



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### **Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### **About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

## Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

## Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 062 123 138



HARVARD LAW LIBRARY

---

Received OCT 25 1921



Germany



\* Die Natur des Prälegats c

nach

Römischem Recht

von

Dr. Gustav Kretschmar,

Rechtsanwalt und Privatdozent an der Universität Leipzig.



Leipzig.

Druck und Verlag der Rosberg'schen Buchhandlung.

1874.

+

**OCT 25 1921**

## Vorwort.

Die Lehre von den Prälegaten ist in neuerer Zeit mehrfach behandelt worden; aber doch läßt sich schwerlich sagen, daß für sämtliche oder auch nur für die wichtigsten in derselben auftauchenden Probleme schon eine allenthalben befriedigende Lösung gefunden worden sei und gerade die neueste umfanglichere Behandlung dieser Lehre von Arndts (in der Fortsetzung des Glüd'schen Commentars Band 47 S. 15 21 d, Seite 21—178) läßt deutlich erkennen, daß über höchst wesentliche Punkte, ja über die Natur des Prälegats selber noch keineswegs Uebereinstimmung herrscht, wie denn gerade Arndts die schon von jeher und neuerdings besonders von von der Pfordten in seiner Abhandlung *de praelegatis* (1832) vertretene Theorie von der ursprünglichen totalen Gültigkeit des Prälegats, welches nur nachgehends zu dem Theile, zu dem der Prälegatar wirklich Erbe werde, zusammenfalle (Evanescentztheorie), wieder mit aller Entschiedenheit aufgenommen hat.

Unter diesen Umständen dürfte ein Versuch jene Probleme auf einem theilweis neuen Wege ihrer Lösung näher zu führen, nicht völlig ungerechtfertigt erscheinen, zumal da bei dem engen Zusammenhange, in welchem die Lehre von den Prälegaten mit wichtigen und allgemeinen Lehren des Römischen Erbrechts steht, fast jede Thatsache, die in Betreff derselben festgestellt werden könnte und jede Lösung eines in ihr noch vorhandenen Problems eine über das unmittelbare Gebiet des Prälegats hinausreichende Bedeutung hat.

Ein solcher Versuch ist in der nachstehenden Arbeit gemacht worden. Der Hauptgedanke, welcher derselben zu Grunde liegt, ist, daß das Prälegat des heutigen gemeinen und großen Theils schon des späteren classischen Rechts kein einheitliches Rechtsinstitut, sondern zusammengesetzt sei aus zwei innerlich verschiedenen Bestandtheilen, einem auf der Basis der Erbgenossenschaft ruhenden Vorzugsrechte des Prälegatar-Erben vor seinen Mit-erben auf ausschließliche Zutheilung des prälegirten Gegenstandes

## Vorwort.

bei der Erbtheilung und einem gewöhnlichen Vorvermächtnisse von allen Erben an den einen Prälegatar-Erben. (Vergl. übrigens die Recapitulation am Schlusse der Arbeit S. 294.)

Ein Hauptbestreben des Verfassers ist gewesen, seine Auffassung, da sie mancherlei Neues und von dem in der heutigen Doctrin Angenommenen Abweichendes enthält, möglichst direct auf die Quellen zu begründen und dabei zugleich darzulegen, wie und mittelst welcher Combinationen und Folgerungen aus ihnen er zu diesen von ihm angenommenen Ergebnissen gelangt ist.

Für einen besondern Zweck, den meiner Habilitation, in Angriff genommen und ursprünglich von einem Specialpunct der Lehre ausgehend, hat die nachstehende Arbeit in ihrem Verlaufe größere Dimensionen, als anfänglich beabsichtigt, angenommen, was auf die Disposition derselben sowie auf die Art und Weise, in welcher die Literatur benutzt und mehr noch auf den Umfang, in welchem sie bei dem Einzelnen angezogen worden ist, nicht ohne Einfluß gewesen ist.

Außerliches anlangend, so ist in Betreff der Citate zu bemerken, daß die Lehrbücher meist bloß mit den Namen ihrer Verfasser (Bangerow und Arndts nach den 7. Auflagen) citirt sind. Dasselbe ist der Fall bei den nachgenannten monographischen Arbeiten über das Prälegat:

von der Pfordten, de praelegatis, Erl. 1832.

v. Buchholz, die Lehre von den Prälegaten, Jena 1850.

Degenkolb, de legato quod fiebat per praeceptionem. Berol. 1855.

Czyhlarz, über das legatum per praeceptionem in Haimel's Oesterreichischer Vierteljahrsschrift. III. 7, Seite 115 ff. (1859).

Die im Eingange erwähnte neueste Darstellung der Lehre vom Prälegat von Arndts im 47. Bande des Glück'schen Commentars ist einfach mit „Arndts, Commentar“ oder Arndts, Commentar Band 47 citirt. Bei Cujacius ist in der Regel neben dem auf die Neapolitanische Ausgabe bezüglichen Citate auch die Columnenzahl des betreffenden Werkes in der Fabrot'schen Ausgabe (mit F.) angegeben. Zu l. 75 §. 1 de leg. II. habe ich mir die Bemerkungen von Mehlhoff im archiv. giurid. XI. pag. 138 ff. vor Beendigung des Druckes nicht mehr verschaffen können.

Eine Uebersicht des Inhalts, in welcher die in dieser Arbeit speciell besprochenen Quellenstellen angeführt sind, geht derselben voraus.

Leipzig, im October 1874.

Der Verfasser.

## Uebersicht des Inhalts.

	Seite
Vorwort . . . . .	I.
I. Abschnitt. Das Prälegat und die heutige Doctrin . . .	1—95
§. 1. Begriff des Prälegats . . . . .	1
Abgrenzung von verwandten Erscheinungen. Ist das einem heres ex asse hinterlassene Vermächtniß ein Prälegat? (l. 18 de aur. et arg. leg. 34, 2. §. 2 flg.) Ueber die Restitutionsverfügung praecepta re oder summa. §. 7.	
§. 2. Haupteigentümlichkeiten des Prälegats . . . . .	10
insbes. der ablehnende Prälegatar kann das ganze Prälegat beanspruchen (l. 7 si quis om. c. test. 29, 4. Anm. 5). Er behält es ganz im Falle der l. 18 §. 2 de his, quae ut ind. 34, 9. §. 12 flg.	
§. 3. Die Regel: heredi a semet ipso legari non potest . . . . .	17
Verschiedene Fassungen derselben (zu l. 18 de leg. praest. Anm. 7). Beim leg. per praeccept. wird die Regel niemals erwähnt, dagegen wird der Satz, daß der Erbe werdende Prälegatar das Prälegat theilweis nach Erbrecht und theilweis nach Vermächtnißrecht hat, allgemein für alle Prälegate in den Quellen ausgesprochen und ist allgemein wahr (vergl. Anm. 10).	
§. 4. Die verschiedenen Theorien über die Natur des Prälegats.	
I. Die Evanescentztheorie . . . . .	26
Verschiedene Ansichten (Anm. 11) insbesondere die Ausführung von Arndts. Besprechung der für die Evanescentztheorie angeführten Quellenstellen (l. 18 de leg. I. u. l. 18 §. 2 (34, 9) §. 30, l. 116 §. 1 de leg. I. §. 32, l. 91 §. 2 de leg. I. §. 33 flg. — l. 32 de leg. III. §. 41 flg. — l. 30 §. 8 ad leg. Falc. §. 46).	
§. 5. Fortsetzung. II. Die Nichtigkeits-theorien und die bedingte Repetition . . . . .	49
Theorie von Buchholz (Convalescenz), Theorie von Bangerow bez. Windscheid (bedingte Repetition des nichtig hinterlassenen Theils). Aehnliche Construction der Glosse und des Donellus. — Widerlegung des von v. d. Pfordten und Arndts gegen die theilweise Nichtigkeit des Prälegats aus l. 34 §. 12 de leg. I. gezogenen Arguments. Wurden bedingte Vermächtnisse stets durch Defizienz ihrer Bedingung caduc? (l. 31 pr., l. 26 §. 1, l. 30, l. 18 (Anm. 28) de cond. et dem. 31, 1. §. 54 flg.) Ueber das Wesen und die Entwicklung der Repetition der Willenserklärungen, namentlich der tacita repetitio der Vermächtnisse (rescriptum Severi). Hiernach erscheint die obige Theorie, welche das Prälegat mit Hilfe einer stillschweigenden bedingten Repetition zu construiren versucht, nicht	

haltbar. Hierbei über l. 87 §. 4 ad leg. Falc. 35, 2 (Anm. 29), l. 128 §. 2 de V. O. 45, 1 (S. 65), l. 81 §. 6, 7, l. 113 §. 4 de leg. I. (S. 67), l. 102 de cond. et dem. 35 1 (S. 71), l. 19 pr. de leg. I. (S. 69 u. 74).

Seite

§. 6. Die l. 75 §. 1 de leg. II. und ihr Verhältniß zu den Prälegatstheorien . . . . . 78

Gewöhnliche Auslegung dieses Gesetzes. Versuche dasselbe anders zu deuten. Besprechung der beiden neuesten Versuche von Arnolds und von Serafini. War die Entscheidung der l. 75 §. 1 de leg. II. auf das eigentliche Präceptionslegat beschränkt (zu l. 32 de dol. mal. 4, 3. S. 86. N. 39.) oder ist sie an den Thatbestand eines dem Prälegatar substituirtten Miterben gebunden? (S. 91 flg.)

II. Abschnitt. Die praeceptio im Prälegat. A. Geschichtliches . 96—210

§. 7. Einleitung . . . . . 96

Unterschied meiner Auffassung von der Theorie des Nieto vom zweifachen Prälegat. Die geschichtliche Entwicklung des Römischen Vermächtnisrechts geht aus von der strengen Scheidung und Exklusivität der einzelnen Legatsarten des jus civile und der für jede derselben besonders bestimmten Rechtsmittel und schließt im Justinian. Recht mit der völligen Verschmelzung der ersteren unter sich und mit dem Fideicommiß, sowie mit der vollständigen Combination der letztern (S. 102). Der Beginn dieses Entwicklungsgangs wird skizzirt.

§. 8. Genera legatorum . . . . . 106

Bedeutung der Eintheilung in genera. Beispiel. die genera furtorum (Gaj. III. 183. S. 108). Nothwendigkeit der Entstehung verschiedener Legatsarten aus der abstracten Natur des Legats. Correspondenz von Anordnungsformel, materieller und prozessualischer Legisaction. Das leg. sin. modo Ausgangspunkt einer freieren Entwicklung. Die actio ex test. und der allgemeine Vermächtnisanspruch (cautio leg. serv. c.). Anwendung des vorher Bemerkten auf das leg. per praeceptionem Entwicklung zur Zeit des Formularprozesses und Standpunct des Gajus.

§. 9. Der Combinationsprozeß der Legatsarten, insbesondere beim leg. p. praeceptionem . . . . . 125

Neue Entwicklung im Beginn der Kaiserzeit. Das SC. Neronianum (Vat. fr. §. 85. S. 126). Während schon z. B. der classischen Jurisprudenz einerseits die ursprüngliche materielle Grundlage des leg. per praecept. (praeceptio im materiellen Sinne) sich löst von der Form des Präceptionslegats und auch in andern Vermächtnisformen erscheint, combinirt sich das formelle leg. per praecept. seit dem Siege der Proculjanischen Ansicht mit Vincinationslegat und Fideicommiß (l. 17 pr. de test. mil. 29, 1. S. 128. l. 35 pr. §. 1 de hered. instit. 28, 5. S. 130. l. 34 §. 1 de leg. III. S. 133. l. 34 §. 6 de leg. II. S. 134. Gaj. II. 222. S. 136. l. 89 §. 4 de leg. II. S. 139. l. 41 §. 3 de leg. III. S. 140. l. 78 §. 6 de leg. III. S. 141. l. 17 §. 2 de leg. I. Anm. 74). Im Justin. Recht ist dieser Auflösungs- und Combinationsprozeß vollendet.

**B. Dogmatisches.**

Seite

§. 10. Allgemeines . . . . . 145

1) Die eig. praeceptio ist ihrer Natur nach gebunden an die Voraussetzung, daß der Prälegatar Erbe werde, nicht aber an sich das mit ihr combinirte simple Vorvermächtniß, Consequenzen. l. 70, l. 77 pr. de condit. 85, 1, l. 27 quando dies leg. 36, 2 §. 146 u. A. 75. —

2) Der eigentliche Realisationsmodus für die praeceptio ist die act. fam. ercisc. Folgerungen. l. 15 de his, quae ut ind. 34, 9. §. 156.

3) Ueber die Abemtion bei Prälegaten, l. 31 §. 1 de adim. leg. 34, 4, l. 48 de J. F. 49, 14, l. 39 §. 2 de leg. III., l. 23, l. 25 de adim. 34, 4, l. 27 §. 3, l. 20 pr. de instr. leg. 33, 7, (A. 84), l. 22 de adim. 34, 4 §. 157—164.

§. 11. Das sog. Accrescenzrecht beim Prälegat . . . . . 164

Verschiedene Ansichten. Opposition gegen die strenge Durchführung des Bangerow'schen Accrescenzprincips. Ansicht des Verfassers: Es ist zu unterscheiden zwischen dem Falle, wo Miterben und extranei im Prälegat concurriren, wo nach l. 34 §. 11 und 116 §. 1 ein der Anwachsung ähnliches Verhältniß zu Gunsten des fremden Collegatars stattfindet (hierzu l. 21 de pecul. leg. 33, 8 und l. 10 de dot. praeleg. 33, 4 §. 169) und zwischen dem Falle, wo die Coprälegatäre Miterben sind. Hier findet auf Grund des Präceptionselements präsumtiv und regelmäßig Bruchtheilung statt. Daß ein wechselseitiges Anwachsungsrecht hier Platz greife oder auch nur im classischen Rechte jemals Platz gegriffen habe, ist unerweislich (l. 34 §. 1 de usufr. leg. 33, 2, l. 104 §. 5, l. 67 §. 1 de leg. I. l. 22 §. 1 fam. erc. 10, 2, §. 175, l. 2 pr. de instr. leg. 33, 7, l. 78 §. 13 ad SC. Treb. 36, 1 §. 176). Vereinigung der l. 34 §. 12 de leg. I. mit der obigen Theorie (§. 179 fig.). Die Entscheidung der lex beruht nicht auf einem wechselseitigen Anwachsungsrecht, sondern ist directe Consequenz der Regel: heredi a semet ipso legari non potest. (Vat. fragm. 87 §. 184.)

§. 12. Gesetzliche praeceptio. Verhältniß zu den Legatsdefinitionen. 189

Fälle der gesetzlichen praeceptio. Retentio und praeceptio (l. 26 §. 1 de pact. dot. 23, 4 §. 193). Die Restitutionsverfügung praecepta re enthält eine praeceptio (l. 1 §. 8 quando de pec. 15, 2, l. 3 §. 3 de usur. 22, 1, l. 72 ad SC. Treb. 36, 1 §. 194 fig.). Die 3 Legatsdefinitionen (Ulp. 24, 1 §. 197, l. 36 de leg. II. §. 198 und l. 116 pr. de leg. I. §. 200) und ihr Verhältniß zur praeceptio. Letztere ist keine delibatio hereditatis und besteht als etwas Besonderes noch im Justin. Recht (l. 1 §. 6 quod leg. 43, 3, l. 76 pr. de leg. II., l. 70 de cond. et dem. 35, 1 §. 205 fig.).

**III. Abschnitt. Das simple Vorvermächtniß . . . 211—297**

§. 13. Das Prälegat: legatum datum, aber pro parte inutiliter datum. 211

Unterschied zwischen leg. non datum und leg. inutiliter datum (l. 1 pr. §. 1 de reg. Caton. 34, 7, l. 14 pr. §. 1 de jur. cod. 29, 7, l. 4 de reb. dub. 34, 5 §. 211—217). Zu dem der Erbquote des Prälegatars entsprechenden Theile ist das Prälegat inutiliter datum, aber nicht non datum, vielmehr vom Testator

	Seite
im Ganzen als Zuwendung gewollt. Konsequenzen (hierbei l. 86 ad leg. Falcid. 35, 2 S. 220).	
§. 14. Natur der theilweisen inutilitas des Prälegats . . . . .	224
Die theilweise Untwirksamkeit des Prälegats ist Ungültigkeit von Anfang an, welche darauf beruht, daß, was wie es vom Testator gesetzt und gedacht ist, keinen denkbaren nützlichen Fall haben kann, überhaupt ungültig angeordnet ist. Nachweis zunächst für die Legate mit obligatorischem Inhalt. Zusammenhang dieses Ergebnisses mit den allgemeinen Grundsätzen über vires capere bei Erwerbsgeschäften und dem dies cedens der Vermächtnisse. (l. 11 de leg. I. und l. 69 §. 2 de leg. II. S. 226 flg. stipulatio ex praesenti vires accipit, Ann. 116, l. 91 §. 1 de leg. I., l. 82 pr., l. 86 de cond. et dem. 35, 1 S. 232).	
§. 15. Die secundäre Belastung . . . . .	234
Wenn insgesammt vermacht oder mehrere Erben conjunctim belastet sind, so kann jeder einzelne Erbe für das ganze Vermächtniß haftbar werden, sofern dies nicht durch die Concurrenz eines Mitbelasteten verhindert wird. Anwendung auf die Belastung der Miterben beim Prälegat (l. 18 de leg. praest. 37, 5, l. 40 pr. de leg. III., l. 49 §. 4 de leg. I., l. 17 ut legat. 36, 3, l. 61 pr. de leg. I., l. 11 si quis om. c. test. 29, 4 S. 237 flg.).	
§. 16. Allgemeiner Grund der theilweisen inutilitas des Prälegats .	242
Warum das Prälegat auch bei Vermächtnissen mit dinglichem Inhalt theilweis ungültig ist, l. 116 §. 2 de leg. I., l. 6 §. 4 de hered. instit. 28, 5 S. 245. Beruht diese theilweise Ungültigkeit auf der Catonianiſchen Regel? Vat. fr. 87 l. 83 de leg. II. S. l. 248 flg. Unterschied der Fälle der l. 4 ad leg. Falc. 35, 2, l. 34 §. 13 de leg. I., l. 67 §. 4 de leg. II. S. 254 flg., sowie des Vermächtnisses, welches dem eingesetzten subjectus zu Gunsten seines Gewalthabers aufgelegt wurde, vom eigentlichen Prälegat. (S. 258.)	
§. 17. Das specifisch Römische im Prälegat . . . . .	261
Die theilweise Ungültigkeit des Prälegats und ihre Konsequenzen beruhen auf dem Gegensatz der mittelbaren Vermächtniß- und der unmittelbaren Erbsuccession im Röm. Recht. Verhältniß des Römischen Prälegats zu den modernen Rechten.	
§. 18. Das Problem der l. 75 §. 1 de leg. II. . . . .	270
Die Lösung desselben wird von dem gewonnenen Standpuncte aus unternommen. Eine prävalirende Alternative schiebt, so lange sie schwebt, den dies cedens für die andere Alternative hinaus. So bei dem bedingt eingesetzten, nur freigelassenen S. 277, desgleichen bei dem bedingt freigelassenen, nur legitimen Sklaven. (l. 68 §. 2 de leg. I., l. 65 §. 2. 3 de leg. II. S. 279 flg.) Conträre negative Potestativbedingungen gehen in der Regel erst nach dem Ableben des Betreffenden in Erfüllung. (Hierzu l. 28 de condit. instit. 28, 7, l. 86 de hered. inst. 28, 5.) S. 288 flg. — Vervollständigung des auf S. 171 Bemerkten (S. 292.) — Schluß der Abhandlung und Recapitulation. S. 294.	

## I. Abschnitt.

### Das Prälegat und die heutige Doctrin.

#### §. 1.

#### Begriff des Prälegats.

Ein Prälegat (Vorvermächtniß) ist ein Vermächtniß, welches einem von mehreren Erben zu Lasten der Erbschaft, also auch zu seinen eigenen Lasten hinterlassen wird<sup>1)</sup>.

Kein Prälegat ist es daher, wenn einem heres ex asse ein Legat hinterlassen ist. Denn, wenn dem heres ex asse kein Substitut gegeben ist, so ist es von Anfang an gewiß, daß ein solches Legat niemals einen Effect haben kann, weil und insofern kein wirksam damit Belasteter gesetzt wurde und gedacht werden kann. Wenn dagegen ein Substitut oder sonst Jemand vorhanden ist, der als mit einem solchen Legate ebenfalls belastet angesehen werden kann (z. B. in Folge der Codicillarclausel ein Intestaterbe), so liegt kein Prälegat, sondern ein ganz gewöhnliches Vermächtniß vor, gerade wie wenn

1) So definiert Windscheid §. 627 bei not. 2; ebenso im wesentlichen Arndts, Band. 7. Aufl. §. 544, Commentar B. 47, S. 26, nur daß er von diesem Prälegat im engeren Sinne noch ein Prälegat im weiteren Sinne unterscheidet, welches schon dann vorhanden sein soll, wenn nur überhaupt einem Erben gleichviel von wem ein Vermächtniß hinterlassen ist. Daß dieses Prälegat im weiteren Sinne, selbst wenn es einem Miterben von einem andern Miterben hinterlassen ist, im wesentlichen ganz wie ein gewöhnliches Vermächtniß zu behandeln ist, nur daß es nach Befinden mit der actio familiae erciscundae geltend gemacht werden kann, ist jetzt wohl allgemein anerkannt. (Siehe darüber Arndts, Commentar S. 11 ff. Bangerow, Lehrb. 7. Aufl. II. §. 523 S. 418.) Der obigen Definition stimmen bei oder dissentiren wenigstens nicht Puchta, Band. und Vorlesungen §. 526, Keller, Band. §. 559, Sintenis, Civr. III. §. 200, not. 1, Baron, Band. §. 438 bei not. 8.

von Anfang an dem Institutum vom Substitutum vermacht worden wäre. Jene Ansicht, daß auch einem heres ex asse ein Prälegat gegeben werden könne, hängt bei ihren Vertheidigern, wie namentlich v. d. Pfordten (de praelegatis §. 3) und Nieto, Meermann's thes. VII. 656, 662, bei dem letzteren mit Beschränkung auf die von ihm allein Prälegat genannte eigentliche praeceptio) eng zusammen mit der von ihnen gleichfalls vertretenen Idee, daß auch das eigentliche Prälegat an einen Miterben für dessen Erbtheil nicht von Anfang an ungültig sei, sondern nur unwirksam werde, wenn letzterer die Erbschaft antrete. So meinen sie, sei auch das Legat an einem heres ex asse nicht von Anfang an null, sondern gültig und bleibe gültig, wenn die Erbschaft ausgeschlagen werde und an einen Substitutum komme, auf welchen das onus des dem ausschlagenden Universalerben gegebenen Legats nun übergehe.

v. d. Pfordten, §. 3 bei not. t.

Von den Gesetzen, welche hierfür angezogen werden, sind die meisten (vergl. Buchholz, Prälegate S. 130 und not. 121) entweder unbeweisend oder handeln gar nicht von Legaten an einen heres ex asse, sondern an Theilerben.

Es kann also nur die l. 16 de aur. et argento leg. (34, 2) in Betracht kommen, in welcher allerdings die mit einem Fideicommiss bedachte Tochter als Universalerbin instituiert, ihr aber ihr Vater, in dessen Gewalt sie sich befindet, substituirt ist.

l. 16 D. de aur. et arg. leg. (34, 2) Scaevola 18 Dig. Filiam in potestate patris manentem mater scripsit heredem, eique patrem Maevium substituit et ita scripsit: *quisquis mihi heres erit, fidei eius committo, uti ornamenta mea omnia, aurum, argentum, vestimenta, quibus ego usa sum, ne veneant et filiae meae reserventur; quaesitum est, quum filia recusante pater ex substitutione heres exstisset et intestato decessisset, filia autem bonis eius abstinuerat, an fideicommissum petere possit. Respondit secundum ea quae proponerentur videri patris utiliter fidei commissum. Claudius: quoniam verbo servandi, quod scriptum est, videri in id tempus dilatatum fideicommissum, quo sui iuris futurus esset is, cui dabatur.*

Dieses interessante Gesetz<sup>2)</sup> beweist dreierlei Dinge, die für die Lehre von den Prälegaten von Bedeutung sind, nämlich

1) daß das Fideicommiss an die Tochter allerdings gültig ist, aber gerade um deswillen, weil es als vom Vater und nicht von der Tochter gegeben angesehen wird. Denn Scävola respondirt: *videri patris utiliter fidei commissum*; wonach der Schluß nahe liegt, daß, wenn die Tochter als mit dem Fideicommiss sich selber belastet anzusehen wäre, es eben inutiliter gegeben sein würde, wie es in l. 34 §. 11 de leg. I. dem eingesetzten Erben von sich selbst inutiliter gegeben ist. Auch würde es nicht, wie von der Pfordten loc. cit. will, wenn die Tochter ausschlägt, auf den Substituten übergehen. Denn vom Institut gegebenen Vermächtnisse gehen, wenn der Institut nicht Erbe wird, nicht auf den Vulgar-Substituten über, sondern sie werden von demselben aus eigener Person geschuldet, wenn und in wie weit sie von ihm ebenfalls gegeben sind, sei es von vornherein durch ausdrückliche Belastung oder seit dem *rescriptum Severi* (l. 74 de leg. I.) durch *tacita repetitio*.

Das Fideicommiss in der lex 16 cit. ist also kein dem heres ex asse von sich selbst gegebenes, sondern ein vom Vater der Tochter gegebenes Vermächtniß und nur das könnte sich fragen, ob es vom Vater qua substitutus oder qua pater gegeben ist. Letzteres würde der Fall sein, wenn man annehmen könnte, daß es schon im ersten Grade dem Vater, falls die instituirte Tochter auf sein Geheiß angetreten hätte und er durch sie sonach Erbe geworden wäre, auferlegt worden wäre. (Fall der l. 11 de leg. I.) Für die in l. 16 gegebene Entscheidung kommt auf diese Möglichkeit nichts an, weil die Tochter aus der Institution ausschlug, der Vater also die Erbschaft nicht durch die Tochter erwarb, und somit nicht qua pater aus dem Fideicommiss haften konnte.

Ob sie überhaupt verneint werden muß, dabei kommt es darauf an, wie man die Formel *quisquis mihi heres erit* versteht. Bezieht sich dieselbe unter allen Umständen nur auf solche Erben, die aus dem Testament Erben werden, nicht aber auf

2) Besprochen ist die Stelle mehrfach, jedoch meist bloß in einzelnen Beziehungen, s. Buchholz, S. 131. 318. 545. Retes in Meerm. thes. VI, 212.

den Gewalthaber, der nur durch den vom Testator direct be-  
rufenen Erben, daher nicht *ex judicio testatoris* zur Erbschaft  
kommt,

vgl. l. 8. §. 1 *de vulg. et pup. substit.* (28, 6),  
so ist es unmöglich, daß der Vater hier überhaupt im ersten Grade  
als belastet gedacht werden kann, weil er weder *nominatim* be-  
lastet, noch in dem Ausdruck: *quisquis mihi heres erit* mit be-  
griffen ist. Nimmt man aber an, daß diese beschränkte Deutung  
des Ausdrucks: *quisquis mihi heres erit*, sich nur auf die  
Einsetzung (Substitution) von Erben beziehe, wofür spricht, daß  
mittels dieser Formel sonst indirect eine Erbeinsetzung von perso-  
nis incertis hätte bewirkt werden können, daß sie sich aber nicht  
beziehe auf die Belastung mit Vermächtnissen, so würde es we-  
nigstens möglich sein anzunehmen, daß der Vater schon im ersten  
Grade für den Fall, daß er die Tochter hätte antreten lassen  
und durch sie Erbe geworden wäre, mit dem Vermächtnisse an  
dieselbe beschwert gewesen sei. Wie der Fall factisch liegt, kommt  
nur in Betracht, daß der Vater der Tochter jedenfalls *qua sub-*  
*stitutus* belastet war, (denn der Ausdruck: *quisquis mihi heres*  
*erit* geht auf alle Grade l. 98 *de leg. III.* und enthält gewisser-  
maßen eine ausdrückliche *repetitio compendiosa*) und somit liegt  
einfach ein Legat vom Substituten an den Institututen vor, welches  
niemals ein Prälegat, sondern ein ganz gewöhnliches Legat ist.

Aber nun entsteht

2) im Falle der l. 16 *cit.* die Frage, ob, da die Tochter  
schon zur Zeit der Errichtung des Fideicommisses in der Ge-  
walt des Vaters stand, jenes nicht trotzdem, daß es ihr nicht  
von ihr selbst, sondern vom Vater gegeben war, ungültig hin-  
terlassen worden sei, weil es ihr von ihrem Gewalthaber ge-  
geben war. (vergl. Gaj. II. 244.) War es ihr pur gegeben, so war  
es gemäß der Catonianischen Regel unzweifelhaft ungültig; und  
wäre es ein Legat gewesen, so würde, da es zur Zeit Scävolas  
immer noch auf die *verba* ankam, entschieden worden sein, daß  
es pur und folglich ungültig gegeben worden sei. Da es aber  
ein Fideicommiss war, so wird nach der hier zulässigen freieren  
Auslegung der Worte: *filiae reserventur* angenommen, daß  
Fideicommiss sei der Tochter unter der Bedingung gegeben,  
daß sie aus der väterlichen Gewalt heraustrete, vergl. l. 11 §.

10 de leg. III., und daher entschieden, daß es, weil bedingte Vermächtnisse nicht unter die Catonianische Regel fallen, gültig vermacht sei.

3) Der Vater, welcher die Erbschaft ex substitutione erworben hatte, starb ohne Testament und die Tochter, welche bis zu seinem Tode in der Gewalt verblieben war, wurde als sua seine Erbin, sagte sich jedoch von der Erbschaft los. Kann sie das Fideicommiss von den nun eintretenden Nachfolgern des Vaters (wahrscheinlich bon. poss. ab intestato) einfordern? An der bejahenden Antwort, obwohl sie nicht direct ausgesprochen ist, läßt sich nach der ganzen Fassung der Stelle nicht zweifeln. Da die Tochter aber sua heres war, also der dies cedens und veniens ihres Fideicommisses mit dem Tode des Vaters, der sie von der Gewalt frei machte, folglich in demselben Augenblick eintrat, wo sie selber als Erbin des Vaters Schuldnerin des Fideicommisses und somit in Betreff desselben ihre eigene Schuldnerin wurde, so geht daraus hervor, daß das bloße Zusammentreffen des Erben als Vermächtnißschuldners und des Legatars als Vermächtnißgläubigers die Vermächtnißforderung keineswegs unbedingt aufhebt, sondern letztere doch zur Geltung kommt und sogar klagweise zur Geltung gebracht werden kann, wenn nur der Erbe dem Erfolge nach aufhört Erbe zu sein, wenn er, wie die Quellen sagen (z. B. l. 83 D. d. A. v. O. Hered. 29, 2) rem non habet, wengleich er ipso jure Erbe bleibt.

Für die Lehre von den Prälegaten ist dies insofern von Bedeutung, als sich hieraus ergibt, daß durch die bloße Confusion an sich, dadurch, daß der Honorirte und derjenige, der für das Vermächtniß zu haften hat, in einer Person zusammentreffen, ein Vermächtniß als solches nicht schon vernichtet wird, was noch bestimmter durch l. 34 §. 13 de leg. I. und l. 4 ad leg. Falcid. (35, 2) (s. unten im letzten Abschnitt) bestätigt wird. Ein solches Zusammentreffen bewirkt bloß, daß der Honorirte behält, was er in seiner Eigenschaft als Erbe des Schuldners zu zahlen hätte, aber sich nicht selber zahlen kann; es zerstört aber nicht den Vermächtnißtitel, aus dem er es in seiner Eigenschaft als Honorirter wirklich hat. Nur darf man nicht vergessen, daß beim Prälegat es sich allerdings nicht, wie in den angeführten

Stellen, vergl. noch l. 67 §. 3, 4 de leg. II. (31), um ein Zusammentreffen des Honorirten mit dem Erben des Dnerirten, sondern mit dem Dnerirten selber handelt und daher der Legatstitel, der durch die bloße Confusion als solche nicht untergeht, durch diese letztere besondere Art des Zusammentreffens untergehen oder sich als deshalb von Anfang an nichtig erweisen könnte. Wohl aber ist man nun meines Erachtens nach berechtigt, die Untersuchung über den Grund und die Art der Ungiltigkeit des Prälegats mit Sicherheit auf das letzterwähnte Terrain, das Zusammentreffen des Honorirten mit dem Dnerirten selber, beschränken zu können.

Nach dieser Abschweifung, auf deren Ergebnisse später zurückzukommen sein wird, kehre ich zu der Abgränzung des Begriffes des Prälegats von dem des gewöhnlichen Vermächtnisses zurück.

Kein Prälegat liegt vor, wenn dem Institutum nicht von sich selber, sondern vom Substitutum,

cit. l. 16 de aur. et arg. (34, 2), l. 104 § 6 D. de leg. I.

(30), l. 10 §. 2 si quis om. c. test. (29, 4),

oder umgekehrt dem Substitutum vom Institutum vermacht ist.

l. 88 §. 4 de leg. II.

Denn da jeder einzelne Grad den Character eines selbständigen Testamentes hat, so fällt hier im Grunde die Belastung auf eine andere Erbschaft, als diejenige ist, für welche der Honorirte zugleich als Erbe in Aussicht genommen ist. Natürlich ist hier nicht an eine doppelte Erbschaft im objectiven Sinne zu denken, wie etwa bei der Pupillarsubstitution oder unter Umständen beim Soldatentestament, sondern nur an ein mehrfaches jus successionis, von denen jedes durch eine besondere Delation characterisirt ist. Ist einem Erben des ersten Grades ein Vermächtniß sowohl von den Institutum, als auch von seinem Substitutum gegeben, so liegt ein Prälegat in Verbindung mit einem gewöhnlichen Legat vor. Dies ist der Fall der berühmten l. 75 §. 1 de leg. II. (31) und der l. 32 de leg. III.

Kein Prälegat liegt ferner vor, wenn einem Erben unter der Bedingung: si heres non erit, vermacht ist. Denn hier schließt der Testator selbst durch den Inhalt, welchen er der Bedingung des Vermächtnisses giebt, die Möglichkeit aus, daß der

Vermächtnißnehmer als sich selber theilweise belastet gedacht werden könnte.

l. 11 pr. ad SC. Treb. (36, 1), l. 31 quando dies (36, 2),  
l. 104 § 6 de leg. I. (30), f. Buchholz Seite 281 ff.,  
Arndts, Commentar S. 30 not. 43 und S. 59 not. 5.

Kein Prälegat ist es, wenn ein Gewalthaber oder ein Gewaltuntergebener zum Theilerben eingesetzt und im ersteren Falle dem Gewaltuntergebenen, im anderen Falle dem Gewalthaber ein Vermächtniß hinterlassen ist. Denn im ersten Falle ist nach dem classischen Rechte und von den im Justinianischen Recht für die Vermögensverhältnisse zwischen Vater und Hauskind eingetretenen Modificationen abgesehen, das Vermächtniß an den Gewaltuntergebenen allerdings für den Erbtheil des Gewalthabers ungiltig, aber nicht, weil es ein Prälegat wäre, sondern weil schon gemäß der Catonianischen Regel dem Gewaltuntergebenen des Erben nicht giltig vermacht werden kann. Im zweiten Falle aber ist das Vermächtniß an und für sich ganz giltig und nur, wenn der Gewalthaber durch den subjectus Erbe wird, erlischt das Vermächtniß.

Gaj. II. 245 § 33 Inst. de leg. (II. 20), l. 25 de leg. I. (30), f. auch über den letzteren Fall im letzten Abschnitt.

Die, wie es scheint, abweichende Ansicht von Arndts (Commentar S. 29 not. 42) hängt wohl damit zusammen, daß er als charakteristisch für das Prälegat nur die Vereinigung der Eigenschaft des Vermächtnißnehmers und des mitbelasteten Erben in einer Person ansieht, auch wenn dieselbe nicht ex judicio testatoris hervorgeht und daß er zugleich der herrschenden Ansicht entgegen das Prälegat erst durch dieses Zusammentreffen ungiltig werden läßt.

Vergl. noch Buchholz S. 115 flg.

Endlich ist natürlich kein Prälegat vorhanden, wenn einem Theilerben zwar eine Zuwendung gemacht ist, aber nicht als Vermächtniß.

Vergl. Arndts, Commentar S. 28.

Hierher gehört meines Erachtens nach auch der Fall, wenn der Testator einem von ihm eingesetzten Erben, wäre es auch ein Theilerbe, auflegt, die Erbschaft *excepta, praecepta, retenta certa re* oder *quantitate* an einen Universal-fideicommissar zu

restituiren. Dies ist kein Prälegat und zwar nach der herrschenden Ansicht nicht, weil diese eine solche Verfügung, soweit die certa res in dem Erbtheile des Fiduciars enthalten ist oder die quantitas überhaupt aus demselben entnommen werden kann, als ein dem Fiduciar vom Universal-fideicommissar hinterlassenes Singularfideicommiss auffaßt.

Vergl. Reuner, instit. ex re certa Seite 94, 107 ff., bes. S. 106 not. 21; Bangerow, Pand. II. S. 536 Ann. II. S. 484 ff.; Windscheid, S. 666 not. 7, S. 652 not. 17.

Nach der entgegengesetzten Ansicht, welche annimmt, daß der Fiduciar das ihm Vorbehaltene jure hereditario behält, vergl. Brinz, Pandecten S. 929,

Arndts, Commentar S. 45 not. 77 und die daselbst Citirten, ferner Mandry, im Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. LI. S. 98 ff., kann eine solche Verfügung unter Umständen ein Prälegat sein (vergl. Arndts S. 44 not. 72), ist aber meiner Ansicht nach, in der ich vielleicht bei Brinz S. 928 Unterstützung finden dürfte, kein Prälegat, sondern stets entweder ein einfaches Fideicommiss, welches nur den Miterben des Fiduciars, ihm selbst aber gar nicht aufgelegt ist, oder gar kein Vermächtniß, wenigstens kein Vermächtniß im gewöhnlichen Sinne. Ersteres ist der Fall, wenn der Fiduciar praecepta, retenta certa re restituiren soll, weil er die auf die Erbtheile seiner Miterben fallenden Theile der Sache von diesen allerdings auf dem Wege des Vermächtnisses erhält, letzteres ist der Fall in Betreff desjenigen Theiles der Sache, welche auf seinen eigenen Erbtheil fällt, und ferner wenn die Restitution praecepta quantitate, die ja aus dem eigenen Erbtheil des Fiduciars zurückbehalten wird, verfügt ist.

Für ein eigentliches Vermächtniß halte ich eine solche Verfügung nicht, weil ein damit Belasteter nicht bloß nicht genannt ist — denn darauf würde bei einer fideicommissarischen Anordnung niemals etwas angekommen sein — sondern weil dabei an einen Belasteten gar nicht gedacht ist. Es ist nicht gesagt und nicht gemeint, daß der Fideicommissar etwas zurückgeben, sondern daß der Fiduciar etwas nicht herausgeben solle. Es giebt eine ganze Classe von Verfügungen, die ohne Vermächtniß zu sein oder ohne es wirksam sein zu können, doch auf Grund der

voluntas testatoris wirken; sie schaffen kein selbstständiges Vermächtnisrecht und geben keine *petitio fideicommissi*, aber sie erhalten den *status quo* und gewähren eine *defensio voluntatis*. Frappante Beispiele solcher Verfügungen finden sich in l. 65 §. 1 de R. V. (6, 1) (kein Vermächtnis und doch *defensio voluntatis*), l. 88 §. 13 de leg. II. (31) (kein giltiges Vermächtnis und doch *exceptio*), ebenso in l. 6 §. 1 de pecul. leg. (33, 8) (ungiltige *adjectio* und doch *exceptio* auf Grund derselben).

Die civilistische Schwierigkeit, welche bei Anordnung eines Universalfideicommisses *re praecepta* zur Annahme eines dem Fiduciar vom Fideicommissar gegebenen Singularvermächtnisses gedrängt hat,

f. bes. Vangerow II. §. 536 S. 485 u. l. 16 §. 3 ad senat. Trebell. (36, 1),

ist allerdings vorhanden, liegt aber lediglich in der Natur des Universalfideicommisses und nicht, wie mir scheint, darin, daß dem Zusage: *praecepta, retenta re* auf keine andere Weise als durch Annahme eines Singularfideicommisses die vom Testator gewollte Wirkung verschafft werden könnte. Die erwähnte Schwierigkeit ist in dem in der l. 16 §. 3 cit. referirten allerdings etwas verschiedenen Falle, wie uns bezeugt wird, schon von Julianus überwunden worden, vermöge einer Construction, die uns weder nöthigt noch berechtigt anzunehmen, daß sie in unserem Falle nur durch Annahme eines dem Fideicommissar auferlegten Singularfideicommisses beseitigt werden könnte. Ob nicht die in unserem Falle vorhandene juristische Schwierigkeit auf einem ähnlichen Wege gelöst werden könne, wie er in dem Falle der l. 6 §. 1 D. de pecul. leg. (33, 8) von Ulpian eingeschlagen worden ist, nämlich durch Wegstreichen des Zusage: *praecepta re*, wodurch das etwa civilistisch Unpassende in der Anordnung des Universalfideicommisses verschwände, und durch Gewährung einer *defensio voluntatis* (*exceptio doli*) an den Fiduciar auf Grund des in jenem Zusatz doch zweifellos enthaltenen Willens des Testators mag dahin gestellt bleiben. Die Zulassung einer solchen *exceptio* würde noch keineswegs die Annahme eines eigentlichen Singularfideicommisses involviren, um so weniger, als die Restitution ex Trebelliano bekanntlich nach classischen Rechte nur das in bonis übertrug, also in vielen Fällen sich beim Fiduciar trotz

der Restitution Quiritischen Eigenthum und Exceptionsschutz in Betreff der zu präcipirenden Sache zusammen finden mußte<sup>3)</sup>.

## §. 2.

### Haupteigenthümlichkeiten des Prälegats.

Das Prälegat — und mit diesem Namen werde ich im Folgenden lediglich das sogen. Prälegat im engeren Sinne bezeichnen, mit dessen Abgränzung von anderen verwandten Erscheinungen ich mich im vorigen § beschäftigt habe — bietet eine Reihe von Eigenthümlichkeiten dar, welche die neuere Doctrin mit Recht veranlaßt haben, dasselbe mit einem technischen Namen, eben dem des Prälegats oder Vorvermächtnisses zu belegen und ihm im Systeme einen besondern Platz unter den Vermächtnissen einzuräumen.

Es ist unverkennbar, daß diese von der neuern Doctrin hervorgehobnen Eigenthümlichkeiten sämmtlich aus einer gemeinsamen Quelle fließen, nämlich aus dem Umstande, daß der Prälegatar zugleich selbst als theilweis Belasteter erscheint.

Im Nachstehenden stelle ich diese Haupteigenthümlichkeiten der Prälegate, welche unzweifelhaft in den Quellen sich vorfinden

3) Nach meiner Auffassung, die sich jedoch erst aus dem ganzen Verlauf dieser Arbeit ergeben wird, enthält die im Text erwähnte Verfügung kein Vorvermächtniß im Sinne der Eingangs gegebenen Definition, sondern eine wahre materielle praecipio, wie sie auch wiederholt genannt wird (l. 30 §. 4, 5 ad SC. Trebell. 36, 1, vergl. auch l. 125 de leg. I.) und vielleicht den einzigen Fall, wo eine solche noch rein und unvermischt d. h. ohne Combination mit einem gewöhnlichen Vermächtnisse vorkommt. In's Practische übersetzt heißt dies z. B. Folgendes: der Fiduciar, dem so zu restituiren auferlegt ist, ist zur Realisation seiner praecipio mindestens gegenüber seinem Universalfiduciar, dem ex Trebelliano restituirt wird, auf die Retention und bez. die Erbtheilungsklage beschränkt; sein Praecipionsrecht ist gebunden an die Voraussetzung daß er, der Fiduciar, die Erbschaft antritt und zwar freiwillig antritt, weshalb er die praecipio verliert, wenn er sich zur Antretung zwingen läßt (l. 28 § 14 ad SC. Treb.); was von seinem Erbtheil in die praecipio fällt, hat und behält er jure hereditario, empfängt es nicht erst titulo singulari vom Fideicommissar zurück und muß es sich, weil er es nach Erbrecht und zugleich aus dem iudicium des Testators hat, in die Quart imputiren. Ein quasi legatum liegt freilich wenigstens nach Justinian. Rechte vor, insofern und wenn die actiones gänzlich auf den Fideicommissar übergehen (§. 9 Inst. II. 23.) und der Fiduciar dennoch einen realen Werth aus der Erbschaft behält, aber eine delibatio hereditatis ist dies nicht. (Vergl. das unten am Ende des zweiten Abschnitts Ausgeführte.)

und über welche zugleich die neuere Doctrin im Wesentlichen einig ist, kurz zusammen

1) Das Prälegat ist für die Erbtheile der andern mitbelasteten Erben gültig und wirksam, für den Erbtheil des Prälegatars selbst aber wirkungslos (inutile) dergestalt, daß der Prälegatar, wenn er Erbe wird, das Vermächtniß für seinen Theil als Erbe hat, nicht als Vermächtnißnehmer.

l. 18, l. 34 §. 11, 116 §. 1 de leg. I., l. 18 §. 2 de his quae ut ind. (34, 9).

Daher muß er sich diesen Theil des Prälegats, nicht was er davon von den Miterben bekommt, in die Falcidische Quart einrechnen lassen,

l. 74, 86, 91 ad leg. Falcid. (35, 2),

und wenn ihm ein Universal-fideicommiß seines Erbtheils aufgelegt ist, so fällt dieser Theil in das Fideicommiß<sup>4)</sup>.

Auch haftet er für diesen Theil, weil er ihn als Erbe, nicht als Legatar hat, nicht mit dem interdictum quod legatorum.

l. 1 §. 6 quod legat. (43, 3).

2) Weist der Prälegatar die Erbschaft von sich (durch repudiatio, omissio oder abstentio), so kann er gleichwohl das ganze Prälegat als Vermächtnißnehmer beanspruchen<sup>5)</sup>.

3) Verliert Jemand, weil er die vom Testator errichteten Codicille als gefälscht mit Unrecht angefochten hat, als unwürdig,

4) Lex 18 §. 3 ad SC. Trebell. (36, 1). Ist ihm freilich aufgegeben, zu restituiren: Quidquid ex hereditate ad eum pervenerit, so ist unter diesem Ausdruck das ganze Prälegat einschließlich des von dem Miterben Erhaltenen begriffen, l. 16 Cod. de fideicomm. (6, 42).

5) l. 17 §. 2 jct. l. 18, l. 87—90 de leg. I. (30) l. 12 Cod. de leg. (6, 37), l. 32 de leg. III. (32), l. 7 si quis omiss. causa test. (29, 4). Quidam Titium et Maevium instituit heredes et centum Titio legavit; uterque omisso testamento legitimam adiit hereditatem; non probe legatorum actionem (nämlich die ex edicto, si quis omissa causa testamenti zuständige Prätorische Klage) Titius postulabit. Non probe; nämlich an und für sich würde er die ganzen legitimen 100 auf Grund seiner eignen omissio von Maevius fordern können, welchem, vorausgesetzt, daß Titius zuerst omittirte, dessen Portion präsumtiv anwuchs. Omittirte nun auch Maevius, so blieb dem Titius seine Klage auf das ganze Prälegat auf Grund des Edicts. Da er aber selber wider den Willen des Testators omittirt und um seines Erbtheils willen es vorgezogen hatte, unter Verwerfung des iudicium testatoris ab intestato anzutreten, so steht seiner an sich gegen den gleichfalls auf diese Weise antretenden Maevius ex edicto begründeten Klage der Grundsatz entgegen, daß wer dem Willen des Testators entgegenhandelt, nicht zu seinem Vortheil auf diesen selben Willen Bezug nehmen darf. Von diesem Satze finden sich vielfache Anwendungen in den Quellen, z. B. bei

was ihm in diesen Codicillen vermacht ist, nicht aber, was ihm in dem Testament, welches er nicht ansucht, hinterlassen ist, so verliert er die Prälegate, die ihm in den angefochtenen Codicillen gegeben waren, zu demjenigen Theile, welchen ihm seine Miterben zu gewähren haben würden, behält aber den auf seinem eigenen Erbtheil haftenden Theil des Prälegats als Erbe.

l. 15 de his, quae ut indign. (34, 9), wahrscheinlich auch l. 22 de adimend. leg. (34, 4).

Dagegen behielt der Theilerbe, welcher es stillschweigend übernommen hatte (durch fideicommissum tacitum) seinen Erbtheil an einen Unfähigen (incapax) zu restituiren, wenn ihm derselbe in Folge dessen vom Fiscus entzogen wurde, das ganze ihm gegebene Prälegat, denjenigen Theil, welcher ihm von seinen Miterben hinterlassen war, weil er dessen Restitution überhaupt nicht übernommen hatte, denjenigen Theil aber, welcher auf seinen eigenen Erbtheil fiel, weil, wie Papinian sagt, *ratio juris et possessionis varietas non inducit divisionem voluntatis*<sup>6</sup>.

Der Sinn des Papinianischen Ausspruchs ist: Der Wille des Testators, welcher einem Theilerben ein Prälegat giebt, ist ein einheitlicher, ungespaltener und geht einfach dahin, daß der

---

der bon. possessio contra tabulas der Kinder (Schmidt, Notherbenrecht S. 133 not. 209) und der des Patronus (vergl. Schmidt, Pflichttheilsrecht des Patronus S. 91 not. 158), demgemäß wird dem Titius die Klage gegen Mävius denegirt.

Der Schluß der Stelle lautet: *Idem si utrique legasset*, d. h. einem jeden von beiden wird die *actio legatorum ex edicto* gegen den andern versagt. Sehr natürlich, denn jeder befindet sich dem andern gegenüber in der Lage, ein Legat in Anspruch nehmen zu wollen aus dem *judicium* desselben Testators, dessen *judicium* er selber in Betreff der Erbschaft durch die *omissio* verworfen hat. Wenn aber zwei in gleicher Verfehlung gegen den Willen des Erblassers sich befinden, so ist die Rolle des Vertheidigers stets stärker als die des Angreifers. Jeder behält trotz seiner Verfehlung daher, was der Andere von ihm an sich verlangen könnte, keiner kann fordern, was der Andere um seiner Verfehlung willen ihm eigentlich geben müßte.

6) l. 18 §. 2 de his, quae ut indign. (34, 9). *Pro parte heres institutus praedii legatum acceperat, et in hereditate non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat; quamquam legatum pro ipsius parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret, tamen ei praedium integrum esse relinquendum respondi; neque enim rationem iuris ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis.* Ähnlich, aber weniger bestimmt l. 12 eod. tit. (34, 9) u. l. 3 de his quae in test. (28, 4), vergl. Arndts, Commentar S. 88; Wangerow, Archiv f. die civil. Recht 35. S. 288.

Prälegatar den ganzen Gegenstand des Prälegats ungetheilt, auf welche Weise er ihn immer haben will und haben kann, bekommen und behalten soll. Die ratio juris ist die Rechtsregel, daß dem Erben von sich selber nicht vermacht werden kann und daß also derjenige Theil des Prälegats, welcher auf den Erbtheil des Prälegatars fällt, unwirksam ist und, wenn der Prälegatar Erbe wird, von ihm nicht jure legati, sondern pro herede besessen wird. Jener einheitliche Wille des Testators ist aber eine reine Thatfache und Thatfachen können von Rechtsregeln nicht beseitigt oder geändert, sondern nur der rechtliche Erfolg der Thatfache kann von der Rechtsregel beeinflusst und modificirt werden. Folglich obwohl die obige Rechtsregel: heredi a semet ipso inutiliter legatur, das Prälegat dem Erfolg nach spaltet in einen Theil, der als Vermächtniß gültig und in einen Theil der als Vermächtniß ungültig ist und vom Prälegatar nur pro herede besessen wird, bleibt doch der Wille des Testators als Thatfache betrachtet ungetheilt und ungespalten, und wo auf den Umfang dieses tatsächlichen Willens etwas ankommt, wird er als auf die Zuwendung des ganzen Gegenstandes des Prälegats gerichtet in Betracht gezogen.

Die Entscheidung, daß der Fiduciärerbe, welcher es mittelst fideicommissum tacitum übernommen hat, einem Erwerbunfähigen (incapax) seinen Erbtheil zu restituiren, doch den auf diesen Erbtheil fallenden Theil eines ihm gegebenen Prälegats behält, trotzdem er ihn pro herede und nicht als Vermächtnißnehmer besitzt, hängt mit dem Obigen folgendermaßen zusammen:

Die Befugniß des Fiscus, das fideicommissum tacitum einzuziehen, ist eingeführt, um der Umgehung der Gesetze (der lex Papia Poppaea und bez. des senatusconsultum Pegasianum) entgegenzutreten, welche gewissen Personen, z. B. den caelibes untersagten, ex testamento zu capiren. Was danach, solchen Personen im Testamente offen hinterlassen, von ihnen nicht erworben werden konnte, sondern caduf wurde und präsumtiv bei dem Fiduciar verblieb,

l. 60 de leg. II.,

das sollte, wenn es in fraudem legis heimlich hinterlassen wurde, vom Fiscus als ereptorium eingezogen werden.

Aber eben deshalb reicht diese Ereptionsbefugniß des

Fiscus nicht weiter, als der gesetzwidrige Wille des Testators reichte.

Eripirt als tacitum fideicommissum wird daher nicht, was der Testator dem fähigen Fiduciarerben wirklich zuwenden wollte — denn hierin streitet der Wille des Testators nicht gegen das Gesetz, sondern befindet sich mit ihm in voller Uebereinstimmung —; eripirt wird vielmehr nur, was der Testator dem unfähigen Fideicommissar wirklich zugedacht und heimlich zuzuwenden versucht hat — denn hierin ist der Wille des Testators gesetzwidrig und hierin von ihm der Versuch gemacht, seinen gesetzwidrigen Willen durch Umgehung des Gesetzes doch zu realisiren.

Allerdings wird auch der Fiduciarerbe bestraft, der sich durch die Uebernahme des fideicommissum tacitum dazu hergegeben hat, den gesetzwidrigen Willen des Testators auszuführen, aber doch nur dadurch, daß ihm das Gesetz diejenigen Vortheile entzieht, die ihm sonst durch das Gesetz selbst und nicht durch den Willen des Testators in seiner Eigenschaft als Fiduciar gewährt worden sein würden.

Also z. B. das jus accrescendi beruht auf dem Gesetz und kommt nicht aus dem Willen des Testators; demgemäß wächst dem Theilerben nicht an, welcher ein fideicommissum tacitum übernommen hat, wenn z. B. sein Miterbe wegfällt und ihm sonst dessen Portion accresciren würde.

l. 83 de A. v. O. Her. (29, 2).

Ebenso war es das Gesetz (die lex Papia Poppaea) und nicht der Wille des Erblassers, welches gewissen Personen, den patres heredes und legatarii, die caducorum vindicatio gewährte; dem Fiduciar, welcher ein tacitum fidei commissum übernommen hat, wird diese Gunst versagt, auch wenn er Kinder hat. (Ulp. fr. 25, 17).

Das offen auferlegte Fideicommiss, auch wenn es caducum wurde, blieb beim Fiduciar, bei dem ejus fideicommissum erat. Nach Justinian. Recht seit der lex un. Cod. de cad. toll. (6, 51) ist dies gemeines Recht, früher war es ein besonderes gesetzliches Privilegium (jus singulare) des Fiduciars, das ihm den Vorzug gab vor denjenigen, die das Caducum sonst mittelst caducorum vindicatio oder kraft jus antiquum an sich ziehen konnten.

l. 60 de leg. II., l. 11 fin. de leg. I.

Dies gesetzliche Privileg verliert der Uebernehmer eines *tacitum fideicommissum*; ja im alten Recht liegt der eigentliche Inhalt des fiscalischen Exceptionsrechts gerade darin, daß es ihm jenes Vorzugsrecht auf das *caducuum* nimmt und den Fiscus an seine Stelle setzt.

Endlich und dies gilt auch noch im Justinianischen Recht, verliert der Fiduciärerbe, der seinen Erbtheil als *tacitum fideicommissum* zu restituiren übernommen hat, die Falcidische (sog. Trebellianische) Quart. Denn auch der Anspruch auf die Quart ist ein Anspruch, den das Gesetz dem Erben gewährt, nicht gemäß, sondern gegen den Willen des Erblassers.

l. 86 fin. ad SC. Trebell. (36, 1).

Nun bildet, wie oben entwickelt, vom Standpunkte der *ratio juris*, der reinen Rechtsregel aus, derjenige Theil des Prälegats, welcher auf den Erbtheil des Prälegatars fällt, einen Bestandtheil dieses Erbtheils, wird von ihm *pro herede* besessen, fällt in das ihm auferlegte Erbschaftsfideicommis und muß in die Falcidische Quart eingerechnet werden.

Folglich scheint es, als ob der Fiduciärerbe, welcher ein *tacitum fideicommissum* übernommen hat, unvermeidlich auch denjenigen Theil des ihm hinterlassenen Prälegats, welcher auf seinen Erbtheil fällt, ganz und völlig an den Fiscus verlieren müsse. Denn derselbe steckt ja ganz in dem Erbtheile, welchen zu restituiren er heimlich übernommen hat und da er auch die Quart, in der er sonst diesen Theil des Prälegats ganz oder theilweise würde haben zurückhalten können, an den Fiscus verliert, so sieht man in der That vom Standpunkte der *ratio juris* aus nicht ab, wie Papinian respondiren kann, daß ihm dennoch das ganze prälegirte Grundstück einschließlich des auf seine Erbportion fallenden Theiles belassen werden müsse.

Der Grund ist, daß es sich bei der Frage, was dem Fiduciar gegenüber auf Grund eines *tacitum fideicommissum* eripirt werden könne, gar nicht darum handelt, aus welchem Grunde, ob nach Erbrecht oder nach Vermächtnisrecht der Fiduciar etwas erwerben könne oder erworben habe, sondern lediglich darum, ob nach dem materiellen Willen des Testators etwas dem fähigen Fiduciar oder dem unfähigen Fideicommissar bleibend zufallen solle und ferner ob der Fiduciar etwas erhalte oder zurückhalten

dürfe, lediglich durch die Gunst des Gesetzes. Das erste wird nicht eripirt, das zweite und dritte wird eripirt. Da das Prälegat nach dem materiellen thatsächlich ungespaltnen Willen des Erblassers ganz dem Fiduciar zugedacht ist und nach diesem Willen ihm verbleiben soll, mag man der Ansicht sein, daß er es jure hereditario behalte oder durch Singularfideicommiß vom Fideicommissar zurückbekomme, so kann ihm nichts davon eripirt werden. Wollte man es ihm aber eripiren, weil es zu seinem erbrechtlichen Theile in die Quart falle und die Quart ja ein gesetzlicher Vortheil für ihn sei, den er ebenfalls an den Fiscus verliere, so ist zu entgegnen, daß das Gesetz zwar das Recht auf die Quart giebt, aber nicht alles, was in die Quart fällt und in dieselbe imputirt werden muß, vom Gesetze her stammt sondern nur dasjenige, was nicht schon der Wille des Testators dem Erben so zugewendet hat, daß es in die Quart eingerechnet werden muß. Daher ist die Quart sehr oft aus zwei Bestandtheilen zusammengesetzt, einem ex judicio des Testators stammenden und einem legalen, lediglich durch das Gesetz beschafften Theile. Der erstere besteht aus demjenigen, was in die Quart imputirt werden muß, der letzte aus demjenigen, was das Gesetz nun zur Ergänzung noch zulegt. Der erste, in den auch der erbrechtliche Theil eines Prälegats fällt, unterliegt der Creption nicht, weil er ex judicio des Testators stammt, der letztere unterliegt ihr, weil er ex lege kommt.

Das vorstehende Ergebnis ist unabhängig von der Entscheidung der viel ventilirten und schwierigen Frage, wie sich L. 18 §. 3 Dig. ad SC. Treb. (36, 1) und l. 86 D. ad Falcid. (35, 2) zu einander verhalten und wie es komme, daß nach dem letzteren Gesetze das ganze Prälegat beim Fiduciarerben verbleibe und dessenungeachtet doch bald der ganze auf den Erbtheil des Fiduciars fallende Theil desselben, bald bloß eine Quote dieses Theils in die Quart eingerechnet werden müsse.

Vergl. Wangerow §. 523 S. 419 und die daselbst Citirten, siehe über diesen Punkt den letzten Abschnitt.

Wenn in dem eben erwähnten Falle der Prälegatar, trotzdem er die Erbschaft verlor, das ihm hinterlassene Prälegat ganz behielt, so verliert er es umgekehrt ganz, ohne Unterschied zwischen dem Theile, den er von sich selbst als Erbe, und den-

jenigen Theilen, welche er nach Vermächtnißrecht von seinen Miterben hat, wenn er es unterlassen hat, den Mord des Erblassers zu rächen (si in ulciscenda morte testatoris cessavit).

l. 15 §. 1 ad SC. Silanian. (29, 5).

4) Endlich eine letzte Eigenthümlichkeit des Prälegats, welche in den Quellen mit der Regel: heredi a semet ipso inutiliter legatur, auch geradezu in Verbindung gesetzt wird, besteht darin, daß, wenn mehreren Personen gemeinschaftlich ein Prälegat hinterlassen ist, in einem Falle, nämlich wenn ein Erbe und einer oder mehrere Miterben mit dem Prälegat bedacht sind, das was dem Erben von sich selber vermacht ist, an den oder die Collegatäre desselben gelangt, in einem andern Falle aber, nämlich wenn zweien auf ungleiche Theile eingesetzten Erben prälegirt ist, ein jeder von ihnen am Legat im umgekehrten Verhältnisse participirt, wie an der Erbschaft.

l. 34 §. 11, 12, l. 116 §. 1 de leg. I. (30).

Ueberblicken wir die vorstehenden Eigenthümlichkeiten des Prälegats, so läßt sich nicht verkennen, daß dieses Institut gewissermaßen ein Doppelwesen von in sich zwiespaltiger Natur zu sein scheint, indem es bald in zwei selbstständige Bestandtheile geschieden bald als ein ungetheiltes Ganze auftritt. Mit jeder dieser Erscheinungsformen aber wird in den Quellen die Rechtsregel: heredi a semet ipso legari non potest in Verbindung gebracht, indem als Consequenz derselben die Trennung der beiden Bestandtheile des Prälegats, die Behandlung desselben als eines ungetheilten Ganzen aber als Abweichung von ihr dargestellt wird.

Da die Erscheinung der theilweisen Unwirksamkeit des Prälegats, dessen Natur näher zu untersuchen wir uns zur Aufgabe gestellt haben, eine Consequenz der obigen Regel ist und als solche in den Quellen ganz ausdrücklich bezeichnet wird, so wenden wir uns zuvörderst zu einer näheren Betrachtung dieser Regel selbst.

### §. 3.

**Die Regel: heredi a semet ipso legari non potest.**

Die Regel: heredi a semet ipso legari non potest, erscheint

keineswegs allein in dieser Gestalt in den Quellen; vielmehr läßt sich eine dreifache Fassung derselben unterscheiden.

Die erste und einfachste lautet wie angegeben: *heredi a semet ipso legari non potest*,

Ulpian. fragm. XXIV. 22,

oder mit einer geringfügigen Modification:

*Heredi a semet ipso legatum dari non potest* (a coherede potest) Florentinus in l. 116 §. 1 de leg. I. (30).

Die zweite Fassung zeigt einen Zusatz zu der einfachen Regel, den des Wortes: *inutiliter*.

Julian. in l. 18 de leg. I. (30), *quamvis a semet ipso (heredi) inutiliter legatum fuisset*.

Ulpian. in l. 34 §. 11 de leg. I. (30) *a semet ipso ei legatum inutiliter videtur*.

Ulpian. in fragm. Vat. 87 *quoniam a semet ipsis inutiliter legatum est*.

Modestin. in l. 34 §. 1 de leg. II. (31) *quum inutiliter a se ipso quemque eorum, quam habebat, partem accipere voluisset*

und

*non sic interpretandam scripturam, ut fideicommissum inutile fiat*.

Endlich erscheint der Gedanke der Regel in einer dritten Form: *non consistit legatum heredi relictum pro parte ejus hereditaria*.

Papinian. l. 18 §. 2 *quae ut indignis (34, 9) quamquam legatum pro ipsius parte non constitisset ideoque portionem istam pro herede possideret*.

Derselbe l. 15 de his, *quae ut indign. (34, 9) parte hereditarias, in quibus legatum consistere non potuit*.

Scaevola l. 40 pr. de leg. III. (32), *cum in parte hereditatis fideicommissum non constiterit, quam suo jure per honorum possessionem avunculus habiturus est und an nihilominus in partem agrorum consistat*.

Africanus l. 18 de leg. praest. (37, 5), *partem filii sui, in qua onus legatorum non consisteret*<sup>7)</sup>.

<sup>7)</sup> Vergl. Buchholz S. 189 not. 63. Dagegen Arndts, Commentar S. 112, nach welchem dieses Fragment gar nicht hierher gehören soll. Aber:

endlich Papinianus l. 75 §. 1 de leg. II. praeceptionum portiones, quae pro parte coheredum constiterunt.

Daß hier überall ein und derselbe Gedanke zu Grunde liegt, nämlich daß ein Vermächtniß, bei dem der Erbe zugleich als Onerirter und als Honorirter gesetzt werde, insoweit unwirksam sei und nicht bestehen könne, kann nun freilich keinem Zweifel unterliegen. Dagegen ließe es sich wohl fragen, ob in den verschiedenen Formen, in welchen jener Gedanke uns entgegentritt, nicht vielleicht sich Spuren der geschichtlichen Entwicklung desselben zu erkennen geben.

Die älteste Form der Regel ist jedenfalls die zuerst angeführte; zwar wird sie uns nicht ausdrücklich als regula veterum bezeichnet; aber dies ist sehr natürlich, weil die Regel auch in dieser Form im Recht der classischen Zeit noch durchaus practisch und verständlich ist. Wenn dagegen die classischen römischen Juristen bei einem Rechtsfalle besonders hervorheben, daß er von den veteres herrühre, so wollen sie in der Regel zugleich andeuten, entweder daß derselbe ganz oder theilweise unanwendbar geworden sei (z. B. Gaj. I. 144, IV. 30), oder daß er wenigstens einer gewissen Erklärung und Erläuterung bedürfe, um ihn dem Bewußtsein ihres Zeitalters vollkommen verständlich zu machen (z. B. Gaj. III. 180, l. 1 §. 16, l. 3 §. 18 de acquir. v. am. poss. (41, 2), l. 91 §. 3 de V. O. (45, 1), l. 12 de auct. et cons. tut. (26, 8) u. a. a. D.). Für das Alter der Regel aber spricht die ganze Fassung derselben, namentlich das: legari non potest; dieselbe Ausdrucksweise findet sich in einer ganzen Reihe namentlich von erbrechtlichen Regeln, an deren

---

durch die bon. possessio contra tabulas kommen die gültig gegebenen Vermächtnisse wohl in die Lage, nicht prästirt werden zu brauchen, nicht aber kann deshalb von ihnen gesagt werden, daß sie keinen rechtlichen Bestand hätten oder gehabt hätten (vgl. Leifst, bon. possessio in Glück's Commentar zu Buch 37, 2. Band, S. 53 ff.) Ferner und hauptsächlich: In l. 18 cit. handelt es sich um ein Vermächtniß, welches trotz der bon. possessio contra tabulas auch nach Prätorischem Recht prästirt werden muß. Denn der mit dem Vermächtniß Bedachte ist der zum Erben eingesetzte Enkel des Testators, also eine persona conjuncta. Folglich muß der Grund des non consistere pro parte nepotis anders wo liegen, als in der bon. possessio contra tabulas und er liegt, wie mir scheint, eben darin, daß das Vermächtniß ein Prälegat war. Dies erkennt auch Cujacius (tract. 4 ad African. opp. I. p. 1322 F. 1361) an, indem er für das non consistere die l. 116 §. 1 de legat. L. anzieht.

verhältnißmäßig hohem Alter sich schwerlich zweifeln läßt, z. B. a legatario legari non potest; Ulp. frag. XXIV. 20, Gaj. II. 260 ante heredis institutionem legari non potest. Ulp. fr. XXIV. 15 post mortem heredis legari non potest. eod. §. 16 poenae causa legari non potest. ibid. §. 17 per servum hereditarium, quod est ejusdem hereditatis, heredi acquiri non potest, welche letztere Regel uns in l. 1 §. 16 de acquir. poss. (41, 2) ausdrücklich als von den veteres herrührend bezeichnet wird (vgl. noch über dieselbe Regel l. 38 §. 2 eod. (41, 2), l. 43 de A. v. O. H. (29, 2)).

Mit dieser ersten Form ist die zweite: heredi a semet ipso inutiliter legatur so gut als identisch. Während die eben erwähnten verwandten Regeln über die Ungültigkeit der Legate sich bei Ulpian und beziehentlich bei Paullus (R. Sent. III. 6 §. 2, 6) meist in der Fassung legari non potest finden, zieht z. B. Gajus den Ausdruck: inutiliter legatur vor (vgl. Gaj. II. 229, 233, 235 und a. a. O.) oder braucht beide abwechselnd ohne ersichtlichen Unterschied (Gaj. II. 230, 234, 260).

Während beide Fassungen darin übereinkommen, daß, wenn dem Erben von sich selber vermacht wird, in der Anordnung, im legare selbst etwas Fehlerhaftes liege, welches die Wirksamkeit des Legats verhindert, könnte man vielleicht in der zweiten Fassung einen Anklang an die regula Catoniana finden und vermuthen, daß sie sich mit Rücksicht auf letztere Regel gebildet habe. Wichtiger ist, daß die erste und zweite Form der Regel sich nicht auf das Gebiet dessen, was wir Prälegat nennen, beschränkt, sondern über dasselbe hinaus reicht, indem darin ohne allen Bezug darauf, ob Theilerben vorhanden sind oder nicht, ausgesprochen wird, daß das dem Erben von sich selber gegebene Legat unwirksam sei.

Vgl. von der Pfordten p. 15.

Diese Fassung der Regel trifft daher allerdings auch den Fall, wenn ein heres ex asse mit einem Legat an sich selber belastet oder einem Theilerben oder Legatar ausdrücklich aufgegeben worden wäre, sich selber ein Vermächtniß zu zahlen.

Vgl. l. 16 de aur. et arg. leg. (34, 2), l. 34 §. 1 de leg. II., in welcher Stelle Modestini's die Regel für das Fideicommissum zurecht gemacht ist. l. 69 §. 2 fin. de leg. II.

vgl. auch l. 2 Cod. quando dies leg. (6, 53) nec tali fideicommisso adstringitur.

Dagegen tritt bei der oben angegebenen dritten Fassung der Regel die Beziehung auf ein eigentliches Prälegat überall deutlich hervor. Denn in allen diesen Stellen ist geflissentlich davon die Rede, daß ein Theil des Vermächtnisses Bestand habe oder nicht habe, ein Theil desselben jure legati, der andere jure hereditario gehabt werde.

Ebenso verhält sich die erste und zweite Fassung der Regel entschieden gleichgültig gegen das alte legatum per praeceptionem, ja man kann wohl annehmen, daß sie ursprünglich wenigstens auf letzteres gar nicht berechnet war. Denn das legatum per praeceptionem konnte wohl kaum jemals nominatim von einem bestimmten Erben, wurde vielmehr seiner ganzen Natur nach stets impersonell von der Erbschaft e communi (l. 14 de dot. praeleg. 33, 4), ex media hereditate (l. 88 §. 3 de leg. II.) gegeben, während bei dem legatum per damnationem eine gänzlich impersonelle Belastung nicht möglich war und selbst beim legatum per vindicationem die Belastung eines oder einiger Erben recht wohl vorkommen konnte. Man denke nur daran, daß die Anwendung des alten Grundsatzes: ante heredis institutionem legari non potest und die damit zusammenhängende Behandlung des Falles, wo inter medias institutiones legirt wurde, sehr häufig dahin führen mußte, daß auch bei Anordnung eines Vindicationslegats nur einzelne Erben speciell belastet wurden.

vgl. Paull. R. S. III. 6, 2. Ulp. fr. I. §. 21. und ebenso ist es gewiß, daß der Testator, sei es durch absichtliche Benutzung jener Rechtsgrundsätze, sei es durch ausdrückliche Verfügung bewirken konnte, daß mit einem von ihm gegebenen Vindicationslegat nicht die ganze Erbschaft, sondern nur einer oder einzelne bestimmte Erben onerirt wurden.

Vgl. l. 81 §. 4 de leg. I., l. 86 §. 1 eod., l. 66 §. 5 de leg. II. Daß in der letzten Stelle ein Damnationslegat gemeint sei, wie Manche wollen, ist keineswegs so ausgemacht.

Unter diesen Umständen ist es doch wohl mehr als bloßer Zufall, daß in sämtlichen Stellen, welche die Regel in ihrer

ersten und zweiten Fassung enthalten, keine Beziehung auf „praeceptiones“ sich entdecken läßt, während die dritte Form der Regel allerdings auch auf praeceptiones angewendet wird.

l. 75 §. 1 de leg. II., vgl. auch namentlich l. 1 §. 6 quod legat. (43, 3)<sup>8)</sup>.

So scheint es mir nicht unwahrscheinlich, daß die Regel: heredi a semet ipso legari non potest aufgestellt worden ist, unabhängig von dem legatum per praeceptionem, sei es daß jenes zu der Zeit, wo man die Regel erfand, noch gar nicht vorhanden war, sei es daß man durch jene Regel zunächst nur ausdrücken wollte, daß eine Anordnung, wodurch ein Erbe persönlich sich selber mit einem Legate belastet wurde, juristisch unmöglich und gewissermaßen als sich selbst widersprechend nichtig sei.

Vgl. Arndts, Commentar S. 109.

Für das legatum per praeceptionem mochte lange Zeit hindurch kein practisches Bedürfnis vorwalten, die durch die ratio juris natürlich auch bei ihm gebotene Scheidung zwischen einem als Vermächtniß wirksamen und einem als Vermächtniß unwirksamen Theile irgendwie besonders zu betonen. Denn da ein legatum per praeceptionem ursprünglich nur einem Erben gegeben werden konnte,

vgl. Plin. epist. V. 7, wonach es scheint, daß bei dem Praeceptionslegat unbedingt Erbeinsetzungsfähigkeit verlangt wurde und bloße Legatsfähigkeit nicht ausreichte, vgl. Rudorff, Testament des Dasumius in der Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 12 S. 341,

der Bedachte also nur, wenn er wirklich Erbe wurde, die praeceptio bekam und die Klage für die ganze praeceptio eine und dieselbe war, nämlich die act. fam. erciscundae, so war es ganz natürlich, daß man, wie es ja auch dem Willen des Testators ganz entsprechend war, die praeceptio ursprünglich als ein Ganzes auffaßte, dafür, daß diese Auffassung noch im classischen Recht trotz des Sieges der Proculenianischen Ansicht stattfand, vgl. l. 76

8) Praeceptio und praecipere, auch wo letzteres von einem wirklichen Vermächtnisse gebraucht wird, weist übrigens nicht nothwendig auf ein legatum per praeceptionem hin; so wird in l. 34 §. 1 de leg. III. ein Damnationslegat praeceptio genannt. Meistentheils aber wird man bei dem Ausdruck praeceptio allerdings berechtigt sein, an ein eigentliches legatum per praeceptionem zu denken.

pr. de leg. II., l. 48 de jur. fisc. (49, 14), l. 1 Cod. si cert. pet. (4, 2),

zumal die practische Veranlassung zwischen legatenrechtlichen und erbrechtlichen Gaben zu scheiden, welche bei den übrigen Legatsformen schon in der Verschiedenheit der Klagen lag, beim Präceptionslegat erst in Folge der lex Falcidia und der spätern Kaiserlichen Gesetzgebung (SC. Silanianum, Pegasianum u. s. f.) eintreten mochte, ja mit voller Entschiedenheit sich erst geltend machte, als die Proculenianische Meinung, daß auch einem Nichterben giltig per praeceptionem legirt werden könne und in dessen Folge durch Papinian der Satz zur Herrschaft kam, daß auch der die Erbschaft ausschlagende Prälegatar den ganzen Gegenstand des Präceptionslegats zu bekommen habe, d. h. also als das alte reine legatum per praeceptionem durch den Sieg der Proculenianischen Ansicht verschwunden war.

Vgl. l. 12 Cod. de legat. (6, 37)<sup>9)</sup>.

Hiermit stimmt es, daß in den Darstellungen, welche uns über das legatum per praeceptionem erhalten sind (Gaj. II. 216—223. Ulp. fr. XXIV. 6 und 11), von denen die erstere ziemlich ausführlich ist, nicht die entfernteste Hindeutung sich findet, daß man speciell die Regel: heredi a semet ipso legari non potest mit dem Präceptionslegat irgendwie in Verbindung gebracht habe. Dessen ungeachtet haben die spätern Juristen den der Regel zu Grunde liegenden Gedanken auch beim Präceptionslegat offenbar nicht verkannt. Dies ergiebt sich z. B. aus l. 42 fam. erciscund. (10, 2). Hier liegt ein Präceptionslegat vor (freilich das einer Erbschaftsforderung, welche bekanntlich ipso jure zwischen den Erben getheilt ist) und die Entscheidung läßt deutlich den Gedanken erkennen, daß der Präceptionslegatar, welcher die famil. erciscundae actio an-

9) Beim Präceptionslegat mußte der die Erbschaft ausschlagende oder sich abstinirende Legatar das Vermächtniß ursprünglich verlieren, weil er dadurch die einzige Klage verlor, mit der es überhaupt geltend zu machen war; bei den übrigen Formen der Legate stand der Geltendmachung des Vermächtnisses Seiten des der Erbschaft entsagenden Prälegatars kein Rechtsgrund entgegen, sondern nur die Rücksicht auf den Willen des Testators, wenn man annahm, daß dieser dem Prälegatar das Prälegat nur unter der Voraussetzung zugebacht habe, daß er die Erbschaft annehmen werde und daß, wenn jener sie nicht haben wollte, er damit dem judicium des Testators zuwiderhandle. vergl. l. 87—90 de leg. I., l. 18 de leg. I.

stellt, einen Theil der praeceptio schon durch den Erbschaftsantritt habe und durch die Thätigkeit des Theilungsrichters also nur noch denjenigen Theil der praeceptio erlangen könne, welcher ihm von seinen Miterbey zugewiesen war.

Der Begriff dessen, was wir jetzt technisch Prälegat nennen, war also den Römischen Juristen allerdings schon zum Bewußtsein gekommen, der Gedanke, daß unabhängig von den einzelnen Vermächtnißformen der Umstand, daß einem von mehreren Erben ein Vermächtniß zu Lasten der Erbschaft, also mit von sich selber hinterlassen sei, eine Reihe von gemeinsamen Wirkungen hervorbringe, war ihnen vollkommen vertraut geworden, ja es finden sich zahlreiche Ansätze für diese Erscheinungsform des allgemeinen Vermächtnißbegriffes — denn dies ist das Prälegat, ähnlich wie das Quotenvermächtniß, nicht eine Art der Vermächtnisse — nun auch einen besondern technischen Ausdruck (praelegare) einzuführen,

vgl. Arndts, Commentar S. 24. Buchholz, S. 22 ff. und 63 ff.

aber allerdings war dies das Product einer langen geschichtlichen Entwicklung. Prälegat waren wohl schon seit sehr früher Zeit vorgekommen,

vgl. über die verschiedenen Ansichten über das Alter der Prälegat namentlich Degenkolb, S. 9 ff. und bes. S. 14; Buchholz, S. 33 bez. S. 117.

der Begriff des Prälegats aber, herausgeschält aus seiner concreten Erscheinung in den einzelnen Legatsformen, ist sicher erst das Werk der classischen Jurisprudenz und ist in gewissem Sinne selbst von ihr uns noch unvollendet hinterlassen worden, wenigstens unvollendet in der Formulirung. Nimmt man an, daß das Wesen des Prälegats zunächst an und in den einzelnen Formen des Legats und Fideicommisses besonders erkannt und damit zusammenhängend in verschiedenen Fassungen formulirt worden sei, so ist es auch erklärlich, daß zumal bei der practischen Richtung der Römischen Jurisprudenz das Princip selbst, in welcher Fassung immer, sich verhältnißmäßig weniger häufig ausgesprochen findet, als die für den gewöhnlichen Fall, daß der Prälegatar auch wirklich Erbe wurde, practisch wichtigste Spitze desselben, nämlich daß der Prälegatar den auf seinen Erbtheil fallenden

Theil des Prälegats als Erbe und nur den auf den Theil seiner Miterben kommenden kraft Vermächtnisrechtes habe, ein Satz, der in zahlreichen Stellen entweder ausdrücklich hervorgehoben oder wenigstens angedeutet wird<sup>10)</sup>.

Vgl. l. 1 §. 6 quod leg. (43, 3), l. 42 fam. ercise. (10, 2), l. 104 §. 3, 4 de leg. I. (Damnationslegat: deducta sua parte petet), l. 75 §. 1 de leg. II., l. 74, 86, 91 ad leg. Falcid. (35, 2), l. 3 §. 4, l. 18 §. 3 ad SC. Trebell. (36, 1), l. 18 §. 2 de his, quae ut indign. (34, 9) u. a. m.

10) Arndts, Commentar, S. 74. meint, passend sei dieser Ausdruck nur dann, wenn eben etwas aus dem Erbvermögen prälegirt sei (nicht gerade bloß eine Erbschaftssache, sondern auch z. B. eine erbhaftliche Forderung oder die Befreiung von einer solchen). Sei dagegen das Prälegat solchen Inhalts, daß dadurch nur eine Obligation begründet werde auf eine solche Leistung, die zu der Erbschaft in keiner Beziehung stehe, so könne nicht gesagt werden, daß der Prälegatar irgend etwas hereditario jure habe und in solchem Falle könne daher auch keine Rede sein von den Folgerungen, welche daraus abgeleitet würden, daß der Prälegatarerbe das Vermächte zum Theil als Erbe zum Theil als Vermächtniß habe (z. B. Einrechnung in die Falcidische Quart, Verpflichtung des mit einem Universalvermächtniß belasteten Prälegatars, den Theil des Prälegats, welcher auf seinen Erbtheil fällt, mit herauszugeben). Ungenau also sei es, diesen Satz als allgemein bei allen Prälegaten zutreffend aufzustellen. Obwohl in dieser Bemerkung sicher etwas Wahres liegt, so scheint mir doch Arndts namentlich in seinen Folgerungen viel zu weit zu gehen.

Der im Text erwähnte Satz will nicht sagen, daß der Prälegatar einen Theil der vermachten Sache stets jure hereditario habe, sondern daß er denjenigen Theil des Prälegats, welchen er sich selber zu gewähren haben würde, als Erbe behalte und nicht als Vermächtnißnehmer von sich selber bekomme. Ist z. B. eine fremde Sache prälegirt, so besteht der Theil des Prälegats, welcher als ungültig vermacht jure hereditario beim Prälegatar bleibt und folglich von ihm bei Berechnung seines Erbtheils mit zu zählen ist, nicht in einem Theile der fremden Sache selbst, sondern in demjenigen Betrage, welchen er selber nach Verhältnis seines Erbtheiles beitragen müßte, um die fremde Sache einzukaufen. Ist die fremde Sache wirklich gemeinschaftlich aus Erbschaftsmitteln eingekauft worden, so hat der Prälegatar denjenigen Theil der Sache, welcher der aus seinem Erbtheile gewährten Quote des Kaufpreises entspricht, freilich nicht jure hereditario, aber auch nicht jure legati, sondern besitzt ihn einfach pro emptore. Seinen Erbtheil aber muß er gerade so hoch berechnen, als ob die für die Einkaufung der prälegirten Sache daraus entnommene Summe sich noch darin befände; er behält also auch hier einen Theil des Prälegats jure hereditario in seinem Erbtheil zurück, nämlich diejenige Quote des Wertes der durch das Prälegat auferlegten Leistung, die von ihm selbst zu übernehmen sein würde. Den Betrag dieser Quote muß er sich gerade so gut in die Falcidische Quart einrechnen oder seinem Universalfideicommissar restituiren, wie den auf seinen Erbtheil fallenden intellectuellen Theil einer ihm prälegirten Erbschaftssache.

## §. 4.

## Die verschiedenen Theorien über die Natur des Prälegats.

## I. Die Evaneszenztheorie.

Wir haben im Bisherigen (§. 1 und 2) zuvörderst das Prälegat nach seinem Begriff und seinen in der heutigen Doctrin im Wesentlichen allgemein anerkannten Haupteigenthümlichkeiten betrachtet und sodann in §. 3 eine Regel kennen gelernt, welcher, obwohl sie in verschiedenen Fassungen vorkommt, doch ein und derselbe Gedanke zu Grunde liegt, nämlich daß dasjenige, was einem Erben von sich selber hinterlassen werde, unwirksam vermacht sei. Von diesem Gedanken mußten wir behaupten, daß aus ihm jene Eigenthümlichkeiten des Prälegats abzuleiten seien, obwohl man nicht übersehen dürfe, daß die Consequenzen dieses Gedankens sich nicht lediglich auf das Gebiet des Prälegats beschränken, wo sie nur am prägnantesten hervortreten, sondern überall sich geltend machen, wo diejenige Person, welche mit einem Vermächtnisse honorirt wird, zugleich als Onerirter gedacht werden kann oder gedacht werden muß.

Die Existenz eines Zusammenhanges zwischen dem vorstehend erwähnten Gedanken und dem Prälegat ist so allgemein anerkannt, daß darüber kein Wort mehr zu verlieren ist. Anders dagegen verhält es sich mit der Frage nach dem eigentlichen Inhalt desselben und nach der Wirkung, welche er auf das Prälegat ausübt. Ist die theilweise Unwirksamkeit des Prälegats, welche Consequenz jenes Gedankens ist, eine ursprüngliche, von Anfang an schon bei der Errichtung des Vermächtnisses vorhandene Ungültigkeit oder wird das Prälegat zu dem Erbtheile des Prälegatars erst ungültig, wenn der Prälegatar auch wirklich Erbe wird? Liegt also anfängliche Nichtigkeit vor oder geht das Prälegat zu dem erwähnten Theile erst später zu Grunde (evanescit)? Und ferner, wenn wir die Beschaffenheit der Unwirksamkeit des Prälegats in einer oder der andern Weise festgestellt haben, welches ist dann der innere Grund derselben<sup>11)</sup>?

11) Hierüber finden sich bei den verschiedenen Schriftstellern die verschiedensten, theilweise sich unter sich selbst widersprechenden Ansichten, z. B. es wird gesagt, daß actio und passio nicht concurriren können (vergl.

§. 4. Die verschiedenen Theorien über die Natur des Prälegats. 27

Diese letztere Frage nach dem innern Grunde unseres Principis ist meist nur beiläufig berührt, und, wie aus den in der Anmerkung erwähnten Citaten hervorgeht in der verschiedensten Weise oder mindestens in den verschiedensten Formulierungen beantwortet worden. Es ist eigentlich nur

Arndts, Commentar S. 69 ff. und a. a. D., vgl. Pandekten §. 544 not. f und g,

der der Sache eine ausführlichere Untersuchung gewidmet hat.

Arndts geht zunächst entschieden von dem Gedanken aus, daß das Prälegat von Anfang an völlig gültig sei und erst dadurch, daß der Prälegatar Erbe werde, zu dessen Erbtheile

---

Nieto Meerm. thes. VI. S. 651) oder daß, was der Prälegatar aus dem Erbschaftsantritt erworben hat, ihm nicht nochmals aus dem Legat zufallen kann oder daß der universelle Erbtitel einen absoluten Vorrang vor dem Singularittitel des Legats behauptet, s. Kunze, Cursus d. R. R. S. 732. Oftmals spielt bei dieser Unwirksamkeit des Prälegats die Confusion eine Rolle, hiemitellen auch der Grundsatz von dem concursus duorum causarum lucrativarum. Meist wird der Grund zurückgeführt auf den Satz, daß Niemand sich selber obligirt werden, daß dieselbe Person nicht zugleich Gläubiger und Schuldner sein könne und was das Eigenthumsvermächtniß anlangt, hinzugefügt, daß man Eigenthum an derselben Sache ja immer nur aus einer causa, nicht aber aus mehreren haben könne. Auch wird wohl gefragt, ob einer dieser Gründe allein genüge, um die theilweise Unwirksamkeit des Prälegats, welchen Inhalt es auch haben möge, aus ihm zu erklären oder ob es je nach Verschiedenheit der Fälle verschiedener Gründe bedürfe.

Buchholz, S. 136, Arndts, Commentar S. 74.

Ebenso verschieden sind die Ansichten über den Werth dieses Satzes von der theilweisen Unwirksamkeit des Prälegats. Zwischen dem „logisch nothwendigen“ Sage Windscheids (Band. § 627 not. 3) und dem „in der Natur der Sache vollkommen begründeten Dogma“ Bangerows (Band. II. S. 419) einerseits und dem „gänzlich irrationalen“ Princip Clauffens (jurist. Zeitschrift herausgegeben von dem Schleswig-Holst.-Lauenb. Advocatenverein Jg. 1845. S. I. S. 144 ff.), welches in der practischen Anwendung sogar von seinen eignen Urhebern, den Römischen Juristen, verlassen worden sei, liegt in der That eine Kluft, wie sie größer kaum gedacht werden kann. Obwohl aber Clauffens radicales Vorgehen allgemeinen Widerspruch gefunden hat, so ist doch bei der Mehrzahl der neueren Schriftsteller (mit Ausnahme von Bangerow, Band. II. § 523 und Archiv f. d. civil. Pr. XXXV. S. 260 ff. a. a. D.) die Neigung unverkennbar, die Consequenzen des Satzes, namentlich wo sie wie in der Lehre von dem sog. Accrescenzrecht der Coprälegatäre besonders scharf hervortreten, möglichst abzustumpfen, und zwar von dem Gesichtspuncte aus, daß jener Satz dem wahren materiellen Willen des Testators doch eigentlich widerspreche und lediglich ein Product strenger Rechtsconsequenz sei.

vgl. noch Arndts, Commentar S. 93. 167 ff. Windscheid, § 627. not. 4 u. 5. — Im Allgemeinen über die verschiedenen Ansichten noch Buchholz, a. a. D., Degenkols p. 23, v. d. Pfordten p. 21.

unwirksam werde. Er unterscheidet daher streng die beiden Fälle, wenn der Prälegatar Erbe wird und wenn er nicht Erbe wird (die Erbschaft ablehnt). Im letzteren Falle bleibt das gültig gegebene Prälegat vollkommen gültig und der Prälegatar kann das ganze Vermächtniß in Anspruch nehmen. Im ersteren Falle, wo das Prälegat für seinen Erbtheil unwirksam wird, hat der Prälegatar den auf denselben fallenden Theil des aus der Erbschaft Vermachten als Erbe, nicht als Vermächtnißnehmer; wenn aber das Vorvermächtniß nur eine Obligation des Erben zum Inhalt hat, so ist diese zu dem dem Erbtheile des Prälegatars entsprechenden Theile nichtig. Diese Unwirksamkeit des Prälegats beruht bei Arndts je nach Verschiedenheit des Inhalts des Vorvermächtnisses auf verschiedenen Gründen. Wenn nämlich dieser Inhalt eine Obligation des Erben ist, so entsteht gar keine Vermächtnißverbindlichkeit, weil der Prälegatar sich nicht selber verpflichtet sein kann; falls eine erbchaftliche Sache der Gegenstand des Vermächtnisses ist, zudem auch aus dem Grunde nicht, weil er als Erbe ohnehin schon zum Theil das Eigenthum der Sache hatte und darum Niemand verpflichtet sein kann, ihm diesen Eigenthumsantheil erst zu geben. So sei es schon im vorjustinianischen Recht beim Damnationslegat und beim Fideicommiss gewesen, ebenso aber auch beim Präceptionslegat, insofern es (nach Sabinianischer Ansicht ausschließlich, nach Proculianischer neben der rei vindicatio) die actio familiae erciscundae, also eine persönliche Klage unter den Miterben erzeugte. Beim Vindicationslegat aber — und also nach Justinianischem Rechte nunmehr bei jedem Vermächtnisse, welches ein unmittelbares dingliches Recht gewährt — soll der Grund unseres Satzes darin zu suchen sein, daß das Eigenthum derselben Sache, ganz oder zum Theil, nicht aus mehrfachem Grunde erworben werden könne (dominium non potest nisi ex una causa contingere l. 3 §. 4 de acqu. vel am. poss. 41, 2).

In der Regel nun werde der Erwerb des Eigenthumsantheils an der prälegirten Sache durch die Erbantrittung eher erfolgen, als er jure legati erfolgen könne; hier reiche also der oben angegebene Grund aus; wo aber etwa das Gegentheil denkbar sei, vgl. Arndts, S. 72 bei not. 26, da müsse man den Erwerb des Eigenthums durch die Erbfolge

als überwiegend ansehen; da triumphire also der Erbtitel über den Singularartikel.

Was nun die zuerst aufgeworfene Frage nach der Art der theilweisen Ungültigkeit des Prälegats anlangt, durch deren Beantwortung sich zugleich die zweite Frage nach dem innern Grunde derselben im Wesentlichen erledigen dürfte, so ist dieselbe bereits vielfach ventilirt worden, und es stehen sich hierbei zwei Hauptansichten gegenüber. Nach der einen, welche man immer noch als die herrschende bezeichnen kann, ist das Vorvermächtniß für den Erbtheil des Vorvermächtnißnehmers nichtig. Die Schwierigkeit, welche diese Ansicht zu beseitigen hat, besteht darin, daß anerkanntermaßen, wenn der Prälegatar die Erbschaft ablehnt, er doch das ganze Prälegat beanspruchen kann. Nach der zweiten Ansicht, welche, nachdem sie zuletzt von v. d. Pfordten in seiner Dissertation *de praelegatis* (1832) vertheidigt (über die ältere Literatur s. Buchholz S. 180 not. 40 und Arndts, *Commentar* S. 103 not. 83) und in klarer und consequenter Weise durchgeführt worden war, neuerdings von Kunze (*Cursus d. R. R.* S. 732, 1869) wieder bestimmt ausgesprochen und wie erwähnt, sodann von Arndts, der sich in den frühern Ausgaben seines Lehrbuches unentschieden aussprach, in der Fortsetzung des Glück'schen *Commentars* 1871, vgl. Band. 7. Aufl. 1872, in gründlicher und umsichtiger Weise zu rechtfertigen versucht worden ist, ist das Prälegat von Haus aus seinem ganzen Umfange nach gültig und wird erst dadurch, daß der Prälegatar die Erbschaft erwirbt, pro parte ungültig. Die Schwierigkeit, welche diese Ansicht zu beseitigen hat, liegt hauptsächlich in der berühmten l. 75 §. 1 *de leg. II.* Denn wenn das Prälegat ursprünglich seinem ganzen Umfange nach gültig ist, so bleibt es völlig unerklärlich, wie das angezogene Gesetz für den Fall, daß der Prälegatar nach dem *dies cedens* der Legate, aber vor der Erbantretung stirbt, die Entscheidung geben kann, daß derselbe dann nur diejenigen Theile des Prälegats, welche auf die Erbtheile seiner Miterben fallen, auf seine (des Prälegatars) Erben transmittire, nicht aber denjenigen Theil des Prälegats, welcher auf seinen eignen Erbtheil fällt.

Fragen wir zuvörderst nach den quellenmäßigen Gründen, auf welche die Vertheidiger der ursprünglichen Gültigkeit des

Prälegats ihre Theorie stützen. Hier wird nun eine ganz stattliche Reihe von Quellenstellen aufgeführt. Zunächst

1.

die lex 18 de leg. I. (Julianus lib. 31 Digest.) et quidem totum legatum petere *potest*, quamvis a semet ipso inutiliter ei legatum *fuisset*, sowie

die lex 18 §. 2 de his, quae ut indign. (34, 9) Papinian. lib. 15 resp. verbis: quamquam legatum pro ipsius parte non *constitisset* ideoque portionem istam pro herede possideret.

Es wird nämlich mit Rücksicht auf die angewendete Temporalfolge und den conjunctivus plusquamperfecti in diesen Stellen der Sinn gefunden, als ob gesagt wäre: obgleich das Legat, wenn der Prälegatar die Erbschaft angetreten hätte, pro parte ungültig legirt sein, für diesen Theil keinen Bestand gehabt haben würde.

Vgl. Arnolds, S. 110, 111, v. d. Pfordten, S. 20. Dagegen, allerdings wohl mit unzureichenden Gründen, Buchholz, S. 192.

Allein in der zweiten Stelle erklärt sich das *constitisset* sehr einfach daraus, daß es von dem Perfectum *respondi* abhängig ist; ja aus dem Umstande, daß auf das Plusquamperfectum *constitisset* das Imperfectum *pro herede possideret* folgt, scheint mir vielmehr geschlossen werden zu müssen, daß Papinian sagen wollte: obwohl das Legat pro parte hereditaria des Prälegatars von Anfang an keinen Bestand gehabt hatte und folglich, als nun der Prälegatar Erbe wurde, er diesen Theil des Prälegats nur als Erbe und nicht als Vermächtnisnehmer besitzen konnte. Denn wenn das *pro herede possidere* als eine Folge (*ideoque*) des *non consistere* bezeichnet wird und zwar als eine auch zeitlich später eintretende Folge, so ist es doch viel natürlicher, da das *pro herede possidere* doch jedenfalls schon mit dem Augenblicke des Erbwerdens eintreten konnte und präsumtiv eintrat, das *non consistere* in die Zeit vor dem Erbschaftsantritt zu verlegen, als zu supponiren, Papinian habe bei dem *pro herede possideret* nur an den Fall gedacht, wo der Erbe erst nach der Erbantretung den Besitz der prälegirten Sache erlangt habe.

Was die erste Stelle anlangt, so soll einmal zugegeben werden, daß die Temporalfolge in derselben etwas Auffälliges hat<sup>12)</sup>, welches wohl dazu veranlassen kann, anzunehmen, daß der mit *quamvis* eingeführte Hauptsatz keinen absoluten Sinn habe, sondern durch einen von Julian stillschweigend verstandnen aber weggelassenen bedingten Satz ergänzt, beziehentlich beschränkt werden müsse. Aber warum muß dieser weggelassene bedingte Satz denn gerade der sein: „wenn der Prälegatar die Erbschaft angetreten hätte?“ Wenn es sich, wie hier, um ein von den Compilatoren aus seinem ursprünglichen Zusammenhange herausgerissenes Fragment handelt, so muß dasselbe, um seinen wahren Sinn, soweit dies überhaupt möglich ist, zu ermitteln, nothwendig mit demjenigen Fragmente zusammengehalten werden, an welches es von den Compilatoren unmittelbar angeknüpft worden ist. Es ist dies §. 2 der *lex 17 de leg. I.* (Ulpian 15 ad Sabinum).

Ulpian spricht hier von einem Legate, das *uni ex heredibus* hinterlassen war. Das paßt nun freilich auf ein eigentliches Prälegat, aber es paßt ganz ebensogut auf ein sogen. anomales Prälegat, bei dem zwar einem Erben, aber nicht von sich selber legirt ist. Am Schlusse des von ihm herrührenden Fragments sagt nun Ulpian, auch wenn der mit diesem Legate bedachte Erbe abstinire, (wodurch er natürlich der *actio famil. eriscundae*, die ja auch dem anomalen Prälegatar nach der herrschenden Meinung unbedingt und selbst nach Arndts wenigstens unter Umständen zusteht, vgl. §. 1 not. 1, verlustig geht) könne er doch immerhin sein Legat noch erlangen und nun ist von den Compilatoren das Julianische Fragment angefügt, welches sagt: und zwar kann er es ganz verlangen, *quamvis a semet ipso inutiliter ei legatum fuisset*, d. h. selbst in dem Falle, wo ein eigentliches Prälegat vorgelegen haben und dasselbe ihm daher von sich selber ungültig hinterlassen worden sein sollte.

Diese Auslegung wird wesentlich dadurch unterstützt, daß Julian, da er Sabinianer war, bei seinem Ausspruche kein *legatum per praeceptionem* im Auge gehabt haben kann; denn

12) Der Schluß aus der Temporalfolge ist übrigens sehr unsicher, vergl. l. 77 pr. de condit. et demonstr. (35, 1) *verbis: quamvis fecisset* und l. ult. de A. R. D. (41. 1).

dieses konnte nach Sabinianischer Ansicht nur von Jemanden, der Erbe war und blieb, und lediglich mit der Erbtheilungslage gefordert werden; nur das Präceptionslegat aber ist immer eigentliches Prälegat. Sprach aber Julian von einem Legate von anderer Form, z. B. von einem Damnationslegat, in welcher Form die Anordnung eines eigentlichen Prälegats gewiß verhältnißmäßig selten vorkam (Arndts S. 35), so lag es sehr nahe, daß er noch besonders hervorhob, wie der abstinentende Legatar selbst in dem Falle, wo ein eigentliches Prälegat vorläge, obgleich ihm in diesem Falle von sich selber ungültig legirt worden sein würde, doch das ganze ihm Vermachte perfitiren könne.

## 2.

Daß die Unwirksamkeit des Prälegats nur nachträglich durch den Erbschaftsantritt des Prälegatars bewirkt werde, sollen ferner beweisen die *lex 34 §. 1 de leg. II. Modestin. 10 resp. vers.*:

*cum inutiliter a semet ipso partem accipere voluit und: non sic interpretandam hanc scripturam, ut fideicommissum inutile fiat.*

v. d. Pfordten, S. 20.

und die *lex 116 §. 1 de leg. I.*, weil der am Anfang dieser Stelle sich findende Ausspruch des Florentinus *heredi a semet ipso legatum dari non potest* alsbald dahin erläutert werde, daß der Prälegatar von sich selber nicht vindiciren könne, woraus erhelle, daß das Wort *dari* nicht auf die Zeit der Errichtung des Legats, sondern vielmehr auf diejenige seiner Entrichtung und somit auf die Zeit, wo der Prälegatar die Erbschaft angetreten habe und der dies *veniens* des Legats herangekommen sei, bezogen werden müsse.

v. d. Pfordten, S. 21. 22. Arndts, Commentar S. 110. not. 94.

Nach demjenigen, was Buchholz S. 185 ff. über die Beweiskraft der ersten Stelle beigebracht hat, kann man dieselbe als beseitigt betrachten (s. auch Arndts, Commentar S. 112. not. 99). Nicht anders steht es mit der zweitangeführten Stelle, denn einmal dient das „*a se vindicare non potest*“ nicht zur Erläuterung des an die Spitze des Fragments gestellten Satzes:

heredi a semet ipso legari non potest, sondern wird umgekehrt dargestellt als eine Consequenz, welche sich aus dem letztern Satze für den im Fragmente speciell besprochenen Thatbestand eines Prälegats per vindicationem an mehrere Vermächtnisnehmer ergiebt, unter denen sich neben einem Theilerben auch mehrere Nichterben befinden. Daß der Prälegatar von sich selber nicht vindiciren kann, ist doch nicht weniger wahr, wenn er auch nicht Erbe wird, als es wahr ist, wenn er Erbe wird. Sodann aber heißt: legatum ab herede dari non potest nicht, das Legat kann von dem Belasteten nicht zum Eigenthum übertragen werden, denn nur die vermachte Sache, nicht das Legat kann überhaupt zum Eigenthum gegeben werden (dari potest) und bei einem Vindicationslegat kann von einem Uebertragen des Eigenthums Seiten des Dnerirten an den Honorirten nicht die Rede sein, weil dasselbe direct auf letztern übergeht — sondern es heißt: das Legat kann vom Erben nicht hinterlassen werden, vergl. auch Buchholz, S. 190.

Daß übrigens, wenn von einem Vindicationslegat unter der Voraussetzung, daß der Belastete Erbe werde und gerade um dieser Voraussetzung willen gesagt wird, daß der Bedachte es vom Belasteten nicht vindiciren könne, damit nach Römischer Anschauung zugleich gesagt wird, daß es von Anfang an ungültig angeordnet sei, kann erst im letzten Abschnitt ausgeführt werden.

3.

I. 91 §. 2 de leg. I. (Julianus 36 Digest.)

Duobus heredibus institutis alteri Stichum legaverat et eidem Sticho decem. cum Stichus vivo testatore ad libertatem pervenisset, totum legatum ei debetur, nam in solidum constituisse causam legati in ejus persona hoc quoque argumento est, quod, si heres, cui legatus fuerat, hereditatem non adisset, solidum ab altero herede consequi possit.

Diese Stelle soll nach v. d. Pfordten S. 20 mit ausdrücklichen Worten bestätigen, daß das Prälegat von Anfang an seinem ganzen Umfange nach gültig sei, während Arndts (Commentar S. 112) sie zwar nicht für geradezu beweisend erklärt, aber meint, sie spreche doch dafür, daß der Prälegatarerbe Anspruch auf das ganze Prälegat habe, wenn er nur die Erbschaft nicht angetreten, nicht bloß dann, wenn er sie ausgeschlagen hat.

Die Stelle beweist aber weder dies noch dasjenige, wofür sie gewöhnlich angezogen wird,

so in fast allen Compendien; Arndts, § 514 not. h. Windscheid, § 627 no. 5. Bangerow, § 523 no. III. 1 S. 428. Buchta, § 526 not. b; ferner Arndts, Commentar, S. 86 not. 55.

nämlich, daß der Prälegatar, wenn er die Erbschaft ablehne, das ganze Prälegat bekomme, was allerdings ganz richtig ist, aber wie schon Cujaz Observat. 25 cap. 39 bemerkt, nicht in dieser Stelle steht.

Denn sie spricht gar nicht von dem Prälegat des Sklaven Stichus, sondern von dem diesem prälegirten Sklaven gegebenen Legate der 10 und sie besagt in ihren Schlußworten von diesem letztern Legate, und nicht von dem Prälegate des Stichus, daß der Prälegatar<sup>13)</sup>, wenn er die Erbschaft nicht angetreten habe das ganze dem Stichus gegebene Legat von seinem Miterben falls dieser nunmehr die ganze Erbschaft erlangt (denn sonst könnte er nicht in solidum haften), fordern könne. Dies wäre unmöglich, wenn das Legat an den Stichus nicht von Anfang an in solidum gültig gewesen wäre und insofern hat Julian vollständig recht, wenn er den Umstand, daß das dem prälegirten Sklaven hinterlassene Legat nach Befinden seinem ganzen Umfange nach eingefordert werden kann, als stringenten Beweis dafür anführt, daß dasselbe auch von Anfang an seinem ganzen Umfange nach gültig hinterlassen gewesen sein müsse. Aber keineswegs wird durch letzteres der Schluß gerechtfertigt, daß nun auch das Prälegat des Stichus von Anfang an in totum gültig gewesen sein müsse; vielmehr ist es sehr wohl möglich, daß, obwohl das Prälegat des Stichus nicht in totum, sondern nur pro parte coheredis dem Prälegatarerben gültig gegeben war, doch das dem Stichus hinterlassene Legat von Anfang an in solidum rechtsbeständig gewesen ist, ja meines Erachtens ist es gerade die Absicht Julians gewesen, an dem in der Stelle

13) Anders Cujaz (Opp. VI. 252), der auch hier als Forderungsberechtigten den Stichus ansieht. Dagegen Arndts, Comment. S. 86. not. 55. Richtig ist übrigens natürlich auch, daß der bei Lebzeiten des Testators freigelassene Stichus stets das ganze ihm gegebene Legat bekommt, es mögen alle beiden Erben antreten oder nur Einer.

bespprochenen Falle zu zeigen, daß zur vollständigen Gültigkeit eines einem legirten Sklaven gegebenen Legats nicht erfordert werde, daß das Legat des Sklaven selbst in solidum gültig hinterlassen sei. Da die Stelle, so aufgefaßt, eine erhebliche Bedeutung für die von uns behandelte Frage haben würde und, obwohl mehrfach interpretirt,

Cujac. ad lib. 36 Dig. Jul. VI. 251, Nieto, Meerm. thes. VII. 647. Buchholz S. 181.

meines Wissens von diesem Standpunkte aus noch nicht aufgefaßt worden ist, so dürfte es gerechtfertigt erscheinen, wenn im Nachstehenden der Versuch einer solchen Interpretation gemacht wird.

Hierbei ist zum Verständniß vorauszuschiden, daß zur Gültigkeit eines Legats an den eignen Sklaven des Testators erfordert wird, daß derselbe leztwillig entweder mit der Freiheit begabt oder selber legirt wird.

l. 7 §. 6, l. 8 quando dies leg. (36, 2), l. 69 pr. de leg. I.

Das einem eignen Sklaven auf diese Weise gültig gegebene Legat geht dadurch nicht zu Grunde, daß der bedachte Sklave bei Lebzeiten des Testators freigelassen oder veräußert wird, vielmehr erwirbt der Sklave die cedente im ersten Fall sich selber, im zweiten aber seinem neuen Herrn den Anspruch auf das ihm gegebene Legat,

l. 69 §. 1, l. 91 §. 1, 3—5 de leg. I.

dessen dies übrigens adita hereditate und nicht schon morte testatoris cedirt.

l. un. §. 6 Cod. de cad. toll. (6, 51)<sup>14</sup>).

In unserm Falle nun ist der Sklave des Testators, Stichus, welchem seinerseits ein Legat von 10 gegeben worden ist, nicht einem extraneus, sondern einem der Erben selbst legirt, d. h. es ist ein Prälegat des Sklaven und ein simples Legat an den prälegirten Sklaven vorhanden. Der Sklave ist aber bei Leb-

---

14) Der Satz, daß dem eignen Sklaven des Erben (wegen der Cato-  
nianischen Regel) ungültig legirt werde, spielt in dieser Stelle keine Rolle,  
weil derselbe sich nicht auf den dem Erben legirten Sklaven bezieht, der  
immer erst mit der Erbantrittung Eigenthum desselben wird, sondern ledig-  
lich auf denjenigen Sklaven, der schon zur Zeit der Testamentserrichtung  
Eigenthum des Erben ist.

zeiten des Testators freigelassen worden und Julian entscheidet, daß ihm das ganze Legat die cedente anfallt (totum legatum ei debetur).

Diese Entscheidung Julians ist nun an sich vollständig erklärt und gerechtfertigt durch die oben erwähnten, unter den Römischen Juristen völlig feststehenden Sätze. Der Sklave, dem das Legat gegeben ist, ist selbst legirt, es ist ihm also gültig vermacht und die nachträgliche Freilassung berührt die Gültigkeit seines Legats nicht im mindesten, sondern bewirkt nur, daß er es sich selber erwerben kann.

Ist man also mit v. d. Bfordten und Arndts der Ansicht, daß ein Prälegat von Anfang an in totum gültig sei, so steht es, was die Gültigkeit der Errichtung betrifft, einem gewöhnlichen Legate völlig gleich und es kann nicht der geringste Zweifel obwalten, daß das dem prälegirten Stichus vermachte Legat von Anfang an in solidum gültig gewesen sei. Aber Julianus hat einen Zweifel oder, wenn er selber keinen hat, so hält er ihn doch für möglich und erachtet es für nöthig, seine Entscheidung noch durch ein besonderes Argument zu unterstützen. Der Zweifel besteht darin, ob das Legat an den Sklaven in solidum und nicht etwa bloß pro parte rechtsbeständig gewesen sei; der Grund dieses Zweifels aber konnte nach dem oben Bemerkten füglich in nichts anderm liegen, als darin, daß der Sklave prälegirt, also nicht einem extraneus, wo gar kein Zweifel möglich war, sondern dem einen Miterben selbst vermacht war. Aus diesem Umstande konnte aber ein Zweifelsgrund auch nur dann abgeleitet werden, wenn es sich mit dem Prälegat in Betreff seiner Gültigkeit anders verhielt, wie mit einem gewöhnlichen Legat, d. h. wenn es eben nicht im Ganzen, sondern nur theilweis gültig war. Denn dann lag die Annahme sehr nahe, daß auch das Legat an den prälegirten Sklaven (den Stichus) von Anfang an nicht in solidum, sondern nur zu dem Theile, zu welchem er selbst gültig vermacht war, gültig hinterlassen sei. Daß Römische Juristen wirklich in ähnlicher Weise gefolgert haben, sehen wir aus dem Anfang der bekannten l. 49 ad leg. Falcid. 35, 2 (Paull. 12 ad Plautium):

Servo, quem tibi legaveram, fundum legavi. Atilicinus, Nerva, Sabinus primum in servo rationem legis Fal-

*cidiae habendam et quota pars ex eo decederet, eam partem in fundo legato inutilem futuram, deinde ex reliquis partibus fundi legis Falcidiae portionem decessuram, sicut ex omnibus legatis.*

Vorausgesetzt, daß das Prälegat für den Erbtheil des Prälegatars ungültig war, folglich auch sein dies beim Tode des Erblassers theilweis inutiliter cedirte, mußte die eben erwähnte Ansicht dahin führen, auch das Legat an den prälegirten Sklaven für zu dem entsprechenden Theile ungültig zu erklären. Nun ist wohl zu beachten, daß die vorstehende Ansicht von dem einen Haupte der Sabinianischen Schule, welcher Julian bekanntlich angehörte, nämlich von Sabinus selbst, der hierin mit den Proculen Nerva und Atilicinus stimmte (Rudorff, Rechtsge-  
schichte I. S. 184) aufgestellt, dagegen von einem anderen späteren Haupte der Sabinianischen Schule, nämlich dem Cassius (l. 49 ad leg. Falc.) verworfen worden war und zwar auf Grund derselben Argumentation über den Totalerwerb des einen Miteigentümers durch den gemeinschaftlichen Sklaven, welche nachher gerade Julian zur allgemeinen Anerkennung gebracht hat (s. unten Anm. 16).

Da nun Julian den Satz: *heredi a semet ipso inutiliter legatur* ebenfalls anerkennt (l. 18 de leg. I.), so lag für ihn der Fall des prälegirten Sklaven, dem seinerseits wieder legirt ist, so recht gelegen, um auszusprechen, daß die theilweise Ungültigkeit des Legats des Sklaven keineswegs die theilweise Ungültigkeit des Legats an den Sklaven herbeiführe, letzteres vielmehr trotzdem von Anfang an in solidum rechtsbeständig sein könne.

Das Argument, welches Julian zur Unterstützung dieser seiner These wählt, ist nun auch gerade nach der Richtung hin gewählt, in welcher nach der obigen Ansicht des Sabinus der Zweifel liegen könnte, und um so schlagender. Denn wenn es auch nur in einem Falle überhaupt möglich sein soll, daß der Prälegatar selbst das ganze dem ihm prälegirten Sklaven hinterlassene Legat wirklich erlangen kann, so muß es eben von vornherein gültig in totum hinterlassen sein, niemoß gerade beim Prälegatarerben die Möglichkeit vorhanden ist, daß er trotzdem das dem prälegirten Sklaven hinterlassene Vermächtniß

schließlich doch nur theilweis oder auch gar nicht erlangen (consequi) wird, weil er, wenn und soweit er Erbe und der prälegirte Sklave sein Eigenthum wird, seinem eignen Sklaven natürlich kein Legat zahlen kann, weil also beim Prälegatarerben, was bei dem zu Lebzeiten des Testators freigelassenen Sklaven nicht vorkommen kann, das Legat an den prälegirten Sklaven, obwohl in totum gültig gegeben, nachträglich häufig zusammenfallen wird.

Es ist nun noch zu zeigen, wie es nach der Julianischen (recipirten) Ansicht kommt, daß das Legat an den prälegirten Sklaven in vollem Umfange gültig sein und dem Prälegatar anfallen kann, während ihm der prälegirte Sklav nur theilweis gültig vermacht ist und der dies des Prälegats also nur theilweis utiliter cedirt. Damit verhält es sich nun folgendermaßen: der dies des Prälegats des Stichus selbst cedirt morte testatoris und daher allerdings theilweis gültig und theilweis ungültig; wenn nun der Miterbe des Prälegatars antritt<sup>15)</sup>, so cedirt der dies des dem prälegirten Sklaven hinterlassenen Legats der 10 und gleichzeitig erwirbt der Prälegatar das Eigenthum des Sklaven zu dem Erbtheile des antretenden Miterben jure legati, während der andere Theil des Sklaven noch in der Erbschaft verbleibt. Der Sklave ist also zum Theil Eigenthum des Prälegatars und zwar nach Vermächtnißrecht, zum Theil noch Erbschaftssklave, m. a. Worten, er ist servus communis. Vom servus communis aber gilt bekanntermaßen der Satz: quoties servus

15) Dies und daß der Prälegatar selbst nicht angetreten hatte, wird in der Stelle vorausgesetzt. Träte Letzterer seinerseits an, so würde das Legat an den Sklaven, trotzdem es in solidum gültig hinterlassen war, doch stets entweder ganz oder theilweise zusammenfallen müssen. Für dies Ergebniß kommt nichts wesentliches darauf an, ob es zum Anfall eines einem freigelassenen oder legirten eigenen Sklaven gegebenen Vermächtnisses nothwendig sei, daß sämtliche eingesetzte Erben angetreten haben, wie Crailsheim (z. Lehre vom Erwerb der Vermächtnisse im Archiv f. d. civilist. Prag. Bd. 47 S. 403) will. Die Richtigkeit dieser Ansicht möchte ich übrigens sehr bezweifeln. Das argumentum a contrario aus l. 91 §. 1 de leg. I. ist gegenüber l. 86 de condit. et demonstrat. (35, 1) schwach und läßt sich vollends durch die Erwägung beseitigen, daß, solange die lex Papia bestand, das Dasein eines einzelnen heres necessarius neben Miterben, die vor der Apertur nicht antreten konnten, doch schwerlich bewirkt haben wird, daß nun sämtliche Legate schon vor der Eröffnung der Tafeln cedirten.

*communis omnibus dominis acquirere non potest, ei soli acquirit, cui potest*<sup>16)</sup>.

Es bezieht sich auch dieser Satz keineswegs bloß auf den definitiven Erwerb des vermachten Rechtes, sondern ebensowohl auf den beim dies cedens eintretenden Anfall des Legats,

vgl. bes. den Schluß der schon oben citirten l. 49 pr. ad leg. Falcid. (35, 2) *communi autem servo cum legatum sit, totum pertinere ad socium, quia in eam personam legatum consistere possit.*

Jetzt bleibt nur noch übrig nachzuweisen, daß der Prälegatar-Erbe das dem ihm prälegirten Sklaven hinterlassene Legat lediglich in seiner Eigenschaft als Vermächtnißnehmer des Sklaven, nicht in seiner Eigenschaft als Erbe erwerben kann, daß er also das Legat an den Sklaven nur erwirbt propter partem servi, quam jure legati habet, und nicht und zu seinem Theile propter partem servi, den er nach Erbrecht hat oder haben könnte. So verhält es sich aber in der That. Denn nach einer Regel, die schon den veteres zugeschrieben wird,

l. 1 §. 16, l. 38 § 2 de A. v. A. poss. 41, 2, l. 43 de A. v. O. Her. (29, 2), beide leztcitirten ebenfalls von Julian, dem Verfasser unsres Fragments, (über diese Regel vgl. N. Schmidt, Die Persönlichkeit des Sklaven. I. Freiburger Universitätsprogramm v. 1868 no. V. S. 35 ff.)

kann der Erbe durch einen Erbschaftssklaven weder einen Theil der Erbschaft noch irgend etwas, was zu dieser Erbschaft gehört, erwerben (also auch kein Legat, denn dies ist eine Erbschaftsschuld, l. 40 de oblig. et act. 44, 7), aber dies gilt nicht,

16) l. 23 §. 3 de A. R. D. (41, 1), vgl. noch l. 1 §. 4 de stipul. serv. (45, 3), l. 25 §. 4 de usufr. (7, 1) u. a. a. D. und zwar ist es gerade Julian, aus dessen Digesten (35. und 52. B.) die beiden leztcitirten Stellen herrühren und dessen Auffassung, wie wir aus l. 23 §. 3 (41, 1) und l. 25 §. 4 (7, 1) ersehen, von Scävola und Ulpian gebilligt und ausdrücklich (eo jure utimur) als geltendes Recht dargestellt wird, welcher diesen Satz im Zusammenhang mit seinem (nicht ebenso durchgängig gebilligten) Principe, daß servus communis duorum servorum personam sustinet (l. cit. 1 §. 4 de stipul. serv. (45, 3), l. 81 §. 1 de leg. l. fr. Vat. 76) mit Energie einer entgegenstehenden Ansicht (l. 49 pr. ad leg. Falc. 35, 2) gegenüber verfochten und auch wirklich zur allgemeinen Geltung gebracht hat.

wenn der Sklav, durch den erworben werden soll, nur zum Theil servus hereditarius ist, zum andern Theil dem Erben aus einer andern causa zugehört<sup>17)</sup>.

Stellt man das Ergebnis unsrer Stelle zusammen, so ist es folgendes:

Das Legat an einen prälegirten Sklaven ist, obwohl derselbe theilweis gültig und theilweis ungültig legirt ist, doch von Anfang an in solidum gültig und fällt nur dann und in so weit zusammen, als der Prälegatar Eigenthümer des prälegirten Sklaven wird und zugleich auch die Erbschaft erwirbt, also insofern er seinem eignen Sklaven ein Legat auszahlen müßte. Tritt der erstere Umstand nicht ein, weil der prälegirte Sklav bei Lebzeiten des Erblassers freigelassen, also das Prälegat befreitigt wird, so wird das ganze Legat an den Sklaven von dem Freigewordenen selbst, tritt der zweite Umstand nicht ein, so wird das ganze Legat durch den Sklaven dem Prälegatar erworben. Für die vollständige Gültigkeit der Anordnung des dem prälegirten Sklaven gegebenen Legats genügt es nämlich, daß derselbe wenigstens theilweis gültig legirt ist und der Prälegatar ihn wenigstens theilweis jure legati bekommen kann, weil letzterer in dieser seiner Eigenschaft vollständig durch den Sklaven erwerben kann, was er in seiner Eigenschaft als Erbe durch ihn nicht erwerben könnte. Wehnlich ist in l. 65 §. 3 de leg. II. die Freilassung des prälegirten Sklaven post mortem praelegatarii unter allen Umständen wirksam, weil, die testamentarische Anordnung angesehen, der Prälegatar dem Sklaven nicht bloß als Erbe, sondern theilweis auch als Legatar gegenübersteht.

17) l. 1 §. 17, 18 de A. v. A. poss. 41, 2 Si ex parte heredi instituto servus legatus sit (unser Fall), propter partem, quam ex causa legati habet (denjenigen Theil des Prälegats, mit dem er auf den Miterben angewiesen ist), acquirat fundi hereditarii possessionem.

Idem dicendum est, si servum communem (den ich mit meinem Erblasser gemeinschaftlich hatte) jussero adire hereditatem, quia propter partem meam acquirat. (Ein communis servus kann qua alienus auch sine libertate zum Erben eingesetzt werden, dies ist der wahre Sinn der l. 89 de hered. instit. (28, 5) und das sine libertate schwerlich Emblem, wie Mühlenbruch in Glück's Commentar, Bd. 39 S. 209 not. 90 und Arndts, Bd. 46 S. 437 not. 2 wollen). Vgl. noch l. 63 §. 9 pro socio (17, 2) Julianus ait: non propter communionem hoc acquisitum est, sed ob suam (socii) partem nec oportet id communicari.

4.

l. 32 de leg. III. (Scaevola 14 Dig.), vgl. Arndts, Commentar, S. 113. Sextiam filiam ex quadrante, ex reliquis Seium et Marcium, sororis filios, scripsit heredes; Sextiam substituit Marcio, et Marcium Sextiae, dedit autem per praeceptionem Marcio certas species; Marcus partem hereditatis, ex qua scriptus erat, omisit, et eo intestato defuncto bona eius ad fratrem legitimum Seium devoluta sunt; quaesitum est, an Sextia ex substitutione etiam haec, quae praelegata Marcio erant, iure substitutionis a legitimo herede defuncti sibi vindicare possit. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, Sextiam in legatis, quae Marcio data sunt, substitutam non esse.

Diese Stelle beweist für die Theorie der nachträglichen Unwirksamkeit nur dann, wenn man die Worte: Marcus partem hereditatis, ex qua scriptus erat, *omisit* et eo intestato defuncto bona eius ad fratrem legitimum Seium devoluta sunt, dahin versteht, daß Marcus die Antretung der Erbschaft unterlassen hat und so gestorben ist, ohne angetreten zu haben. Allein diese Voraussetzung trifft in Wirklichkeit nicht zu. Omittere hereditatem, honorum possessionem, legatum, heißt nicht: die Erbschaft verlieren, auf irgend eine beliebige Weise, z. B. dadurch, daß der Erbe es unterläßt anzutreten und darüber hinwegstirbt, sondern es heißt: die Erbschaft verlieren mit seinem Willen. Allerdings ist der Ausdruck omittere nicht gleichbedeutend mit repudiare. Letzteres heißt speciell ausschlagen, die Erklärung abgeben, daß man die Erbschaft nicht haben wolle; omittere allgemein die Erbschaft nicht haben wollen, auf welche Weise dieser Wille sich auch an den Tag legen mag. Omittiren kann man daher auch, indem man die Antretungsfrist mit Willen verstreichen läßt, oder die potestative Bedingung, unter welcher man zum Erben eingesetzt ist, nicht erfüllt und dadurch den Verlust der Erbschaft für sich herbeiführt. Sonach ist omittere hereditatem ein umfassender Begriff, der alle diejenigen Fälle, in denen eine Erbschaft dem Delaten mit seinem Willen verloren geht, im Gegensatz zu denjenigen Fällen in sich begreift, wo der Verlust derselben für den Delaten durch Zufall, casu, herbeigeführt wird,

z. B. durch den Tod des Delaten vor gescheneher Erbantrittung, durch Defizienz einer casuellen Bedingung u. s. f. Allerdings steht *omittere* bisweilen im Gegensatz zu *repudiare*, wenn das bloß tatsächliche Ablehnen der Erbschaft dem ausdrücklichen Ausschlagen entgegengesetzt werden soll, l. 24 §. 2 de minor. (4, 4), und man kann somit eine engere und eine weitere Bedeutung von *omittere* unterscheiden; immer aber, auch wo ein solcher Gegensatz vorkommt, bewegt er sich innerhalb desselben allgemeinen Begriffs des freiwilligen Verzichtens auf die angebotene Erbschaft, *omittere* im weitern Sinne,

l. 1 §. 4 ut in poss. leg. (36, 4).

Ein wirklicher principieller Gegensatz aber zwischen *omittere* und *repudiare* ist so wenig vorhanden, daß *omittere* in der That völlig gleichbedeutend mit *repudiare* gebraucht wird.

l. 58 solut. matrim. (24, 3), l. 14 §. 3 de fundo dot. (23, 5).

Der Gegensatz zwischen dem freiwilligen Aufgeben der deferirten Erbschaft, eben dem *omittere* im weitern Sinne, und dem zufälligen Verluste derselben hat auch sehr wichtige practische Folgen, die es sehr erklärlich machen würden, wenn, wie ich anzunehmen geneigt bin, *omittere* geradezu der technische Ausdruck für die erstere Art des Verlustes einer deferirten Erbschaft wäre. Es hat sich im Römischen Rechte allmählig der Grundsatß gebildet, daß einem Vermächtnißnehmer das ihm vom Testator Zugesagte nicht willkürlich vom Belasteten dadurch solle entzogen werden können, daß Letzterer durch Ablehnung der mit dem Vermächtniß belasteten Zuwendung das Vermächtniß zu Falle bringe. Dieser Gedanke, welcher sich im Justinianischen Rechte, mit dem allgemeinen Principe, daß jeder, an den eine letztwillige Zuwendung durch Wegfall des zunächst Belasteten gelangt, das darauf gelegte *onus* regelmäßig zu übernehmen habe,

l. unic. Cod. de cad. toll. (6, 51) §. 7—9,

kreuzt und in seiner practischen Wirkung durch letzteres Princip meist verdeckt wird, ist zuerst durch das Prätorische Edict (*edictum, si quis omissa causa testamenti*) in einer noch durch mancherlei Voraussetzungen beschränkten Weise verkörpert worden, erweist sich aber auch in manchen andern Beziehungen als treibendes Princip. Es würde hier zu weit führen, diese Beziehungen im Einzelnen zu verfolgen, indessen mag wenigstens eine davon

erwähnt werden, weil sich in ihr besonders klar der Gegensatz zwischen dem wahren *omittere*, dem Verluste der Erbschaft durch Nichthabenwollen, und dem zufälligen Verluste derselben erkennen läßt,

vgl. l. 10—13 de leg. praest. (37, 5).

Derjenige, welcher die *bon. possessio contra tabulas parentis* ergreift, hat bekanntlich gemäß dem *edictum de legatis praestandis* diejenigen Vermächtnisse zu gewähren, welche den *so-gen. personis conjunctis* hinterlassen sind. Diese *bon. possessio contra tabulas* der Kinder, welche anders, wie die des Patrons, *contra lignum* geht, wird gegen denjenigen Grad des Testaments eröffnet, aus welchem im Augenblick des Todes des Testators die *bon. possessio secundum tabulas* deserirt werden könnte,

Schmidt, Notherbenrecht S. 89 not. 71.

und es sind an die *conjunctae personae* demgemäß die Vermächtnisse desjenigen Grades zu zahlen, gegen welchen die *bon. possessio* gebeten wird.

l. 10 §. 2 de leg. praest. (37, 5).

Ausnahmsweise, obwohl die *bon. poss.* gegen den ersten Grad eröffnet ist, werden nur die Legate des zweiten Grades bezahlt,

a) wenn die *casuelle* Bedingung, welche für die Erbeinsetzung des ersten Grades gesetzt ist, *deficirt* (l. 13 de leg. praest. 37, 5 verbunden mit l. 18 §. 5 de *bon. poss. c. tab.* 37, 4) und

b) wenn der erste Grad der Erbeinsetzung sich dadurch erledigt, daß der Institut nach dem Tode des Erblassers stirbt, ohne angetreten zu haben, l. 10 §. 2 (37, 5).

Gingegen sind die Vermächtnisse des ersten Grades (und in der Regel wohl auch die des zweiten Grades) zu bezahlen, wenn der Institut die Erbschaft *omittirt* (l. 12 de leg. praestandis 37, 5) oder die ihm gesetzte *Potestativbedingung* nicht erfüllt (l. 13 de leg. praest.),

vgl. über Vorstehendes Schmidt, Notherbenrecht S. 135 und

Le ist, Fortsetzung von Glück's Commentar II. S. 53 ff.

Hier ist eine Weiterentwicklung des dem *edictum si quis omissa causa testamenti* zu Grunde liegenden Gedankens nicht zu verkennen, die darin besteht, daß den Vermächtnisnehmern ihre Legate, die ihnen durch den Wegfall des ihnen belasteten Instituten eigentlich verloren gehen würden, nicht bloß dann erhalten

werden, wenn der Institut *dolos* in *necem legatariorum* ablehnt (Voraussetzung des *edict. si quis omissa causa*), sondern auch dann, wenn er nur überhaupt freiwillig, wenn auch weil ihm die Erbantrittung nie Vortheil bringen kann, ganz gerechtfertigter Weise

l. 20 de bon. poss. c. tab. 37, 4

sich von der Erbschaft lossagt. Diese Weiterentwicklung des Gedankens bleibt aber insofern völlig in dem ursprünglichen Rahmen desselben, als der Vermächtnisnehmer nicht gegen den Untergang seines Legats in Folge des zufälligen Wegfallens des ihm belasteten Erben, sondern nur dagegen geschützt wird, daß der Belastete durch seine Willkür diesen Untergang des Vermächtnisses herbeiführe.

Einen noch entschiednern Schritt auf der Bahn, das Schicksal der Vermächtnisse unabhängig zu machen von dem Schicksal der damit belasteten Zuwendung, enthält die sogen. *tacita repetitio*, vgl. Arndts, Commentar, B. 47 S. 265 ff.

d. h. die durch ein Rescript des Severus und Caracalla (Antoninus) aufgestellte Rechtsvermuthung, daß die vom Institut hinterlassenen Vermächtnisse nach dem präsumtiven Willen des Testators als vom Substituten wiederholt angesehen werden sollen

l. 74 de leg. I.

Dieser Satz, dessen Tragweite übrigens vielfach überschätzt wird, geht über den vorstehend besprochenen Gedanken hinaus, insofern er das vom Institut hinterlassene Vermächtniß auch gegen den Verlust durch zufälliges Nicht-Erbwerden des Instituten zu schützen geeignet ist. Dagegen ist es vielleicht keine ganz ungegründete Vermuthung, wenn ich annehme, daß die analoge Ausdehnung der *tacita repetitio* auf den Fall, wo die belastete Portion nicht an einen Substituten, sondern durch *Accrescenzrecht* an einen im gleichen Grade mitberufenen Intestat-erben<sup>18)</sup> oder an einen testamentarischen Miterben gelangt, selbst noch im Ausgang der classischen Periode unter dem Einfluß des ursprünglichen Gegensatzes zwischen freiwilligem und zufälligem

18) Kommt die belastete Portion an einen entfernteren Intestaterben durch *successio ordinum* oder *graduum*, so wird das Vermächtniß nicht geschuldet, l. 1 §. 9 de leg. III. (32), vgl. auch die Entscheidung in l. 1 Cod. de fideicomm. lib. (7, 4).

Wegfallen des onerirten Erben gestanden und nur in dem Falle Platz gegriffen habe, wo die Accrescenz in Folge des Nichthabenwollens der Erbschaft Seiten des onerirten Erben eintrat<sup>19)</sup>.

Die Hervorhebung des repudiare in allen diesen Stellen spricht dafür, daß die Tendenz dieser tacita repetitio nur dahin gegangen sei, das Vermächtniß gegen willkürliche Vereitelung Seiten des nominatim Onerirten sicherzustellen. Jede tacita repetitio beruht auf dem präsumtiven Willen des Erblassers. Wenn dieser wirklich für alle Fälle wollte, daß der Vermächtnißnehmer sein Vermächtniß bekommen solle, warum vermachte er dann von dem einen Erben nominatim und nicht von der Erbschaft schlechthin oder von allen Erben desselben Grades? Die tacita repetitio vom Substituten erstreckt sich auf alle Fälle, des Eintritts der Substitution, weil nach classischem Rechte der Substitut für die vom Institutiven gegebenen Vermächtnisse niemals haftet, außer wenn er persönlich damit belastet wurde. Der Miterbe, dem accrescirte, haftete aber schon nach classischem Rechte für die dem Wegfallenden auferlegten Legate, falls diese vom Letztern nur nicht nominatim hinterlassen waren.

l. 29 §. 1, 2 de leg. II. verb. mit l. 49 §. 4 eod., l. 17 ut legat. (36, 3), l. 91 §. 2 de leg. I.

Der Gedanke, daß die Repudiation aus dem Grunde erwähnt werde, weil beim zufälligen Wegfallen des onerirten Erben, z. B. durch Tod, nach damaligem Rechte die wegfallende Portion nicht angewachsen, sondern an den zur vindicatio caducorum Berechtigten gelangt wäre, der ohnehin die onera tragen mußte, ist unstatthast, weil in l. 61 §. 1 (a. 19) von Intestaterben die Rede ist, in l. 4 Cod. cit. aber die Miterben Enkel sind, also Personen, die das jus antiquum in caducis hatten.

Können wir nach dem Vorstehenden davon ausgehen, daß omittere stets oder mindestens regelmäßig das freiwillige Aufgeben der Erbschaft bezeichne<sup>20)</sup>, so entbehrt die l. 32 de leg.

19) vgl. l. 61 §. 1 de leg. II (31), l. 4 Cod. ad Sc. Trebell. (6, 49) namentlich am Ende; auch, nur entfernter die interessante l. 2 §. 7 de suis et legit. (38, 16) fin.: cum onere fideicommissi.

20) Hierfür erklären sich auch Bangerow, Arch. f. d. civil. Praxis Bd. XXXVII. S. 333, bes. Leist, Commentar 2. Bd. S. 54 ff., vgl. ferner Dirksen, manuale s. v. omittere §. 2 und die von Brisson de sign. verb. s. v. omittere unter 1 und 2 zusammengestellten zahlreichen Stellen. Einige

III. nicht nur jeder Beweiskraft für die Pfordten-Arndts'sche Theorie, sondern bestätigt auch die gewöhnliche Auslegung der l. 75 §. 1 de leg. II, welche mit jener Theorie unvereinbar ist. Während nämlich der Thatbestand der l. 75 §. 1 de leg. II und der l. 32 de leg. III im Wesentlichen derselbe ist, (in beiden ist dem wegfallenden Theilerben, der mit einem Prälegat bedacht ist, ein Miterbe substituirt) ist die Entscheidung der Transmissionsfrage verschieden. In l. 32 wird das ganze Prälegat auf den Erben des Prälegatars transmittirt, in l. 75 §. 1 wird der Theil desselben, welcher auf den Erbtheil des Prälegatars fällt, nicht transmittirt. Die einzige Verschiedenheit, die sich im Thatbestand entdecken läßt, liegt darin, daß in l. 75 §. 1 der Prälegatar starb, ehe er antrat, also sein Tod die Antretung vereitelte, in l. 32 der Prälegatar die Erbschaft schon omittirt hatte, als er starb.

## 5.

l. 30 §. 8 ad leg. Falc. (35, 2), Maecianus 8 fideicomm.

Cum lex Falcidia intervenit, non veniunt in contributionem, quas ipsi heredi a semet ipso vel servo ejus legata fidei commissa sunt.

Diese Stelle wird von den Vertheidigern der Theorie der nachträglichen Unwirksamkeit als ein bedeutendes Argument für die Richtigkeit derselben aufgeführt, weil darin die nahe Verwandtschaft des Prälegats mit dem Falle anerkannt werde, wenn dem zum Erben eingesetzten Sklaven zu Gunsten seines gegenwärtigen Herrn ein Legat auferlegt worden sei.

Arndts, Commentar S. 107.

Denn für diesen Fall steht fest, daß das Vermächtniß nicht der Catonianischen Regel unterliegt, demgemäß von Anfang an

---

besonders prägnante: l. 1 §. 2, 6 si quis om. causa (29, 4) — praetermittere und omittere ist völlig identisch — l. 8 de mort. c. don. (39, 6), l. 34 §. 1 de substit. (28, 6), l. 23 de cond. et dem. (35, 1). Eine Stelle, in welcher omittere den zufälligen Verlust der Erbschaft bezeichnet, findet sich meines Wissens nirgends. In l. 9 de suis et leg. (38, 16) bildet das vel morte vel qua alia ratione impediti sint den Gegensatz zu dem vorhergehenden omiserint adire hereditatem, vgl. Leist, S. 54 not. 75. So verstehen die Stelle auch die Basiliken und deren Scholien, Heimb. IV. S. 483. XXI. und not. 9.

gültig hinterlassen ist und nur dann zusammenfällt, wenn der Herr durch den eingesetzten Sklaven, welchen er noch in der Gewalt hat, selber Erbe wird, während es bestehen bleibt, wenn der Sklav inzwischen freigelassen oder veräußert worden ist.

Gaj. II. 245, §. 33 Inst. de leg. (2, 20), l. 17 fin. quando dies (36, 2).

Es ist nun zuzugeben, daß, wenn wirklich unter dem hier mit dem Prälegat zusammengestellten Vermächtniß ein von dem zum Erben eingesetzten Sklaven dem Herrn desselben gegebenes Legat zu verstehen wäre, dies ein sehr gewichtiges Argument für die Theorie der nachträglichen Unwirksamkeit sein würde, ein um so gewichtigeres, als die beiden in der Stelle erwähnten Legate gerade in Beziehung auf die Berechnung der Falcidia in Parallele gestellt werden (vgl. §. 2 no. 1).

Was gegen die Erheblichkeit dieser Analogie von Buchholz, S. 183 bemerkt, ist in der That nicht stichhaltig (Arndts, S. 108 not. 89).

Allein die Sache ist die, daß jene Analogie in Wahrheit gar nicht existirt. Denn die Worte der Stelle: *vel servo ejus* bedeuten nicht: *vel quae ipsi domino a servo ejus legata sunt*, sondern vielmehr: *vel quae servo ejus (sc. heredis) legata fidei commissi ejus (sc. heredis) commissa sunt*, also nicht von einem Vermächtnisse, welches von einem zum Erben eingesetzten Sklaven dem Herrn desselben hinterlassen worden, ist die Rede, nicht dieses wird mit dem Prälegat in Parallele gestellt, sondern es ist die Rede von einem Vermächtnisse, welches dem Sklaven des Erben von diesem letzteren, also von seinem Herrn gegeben ist.

Hierfür spricht schon die rein grammatische Interpretation. Hätte der Jurist den ersten Fall im Auge gehabt, so müßte man erwarten, daß er geschrieben hätte: *vel quae a servo herede domino ejus legata sunt*; wie die Worte lauten, wäre es höchstens möglich zu construiren: *quae ei (sc. ipsi heredi) a servo ejus legata sunt* und hierzu müßte man supponiren, der Sklav sei zugleich mit seinem Herrn zum Erben eingesetzt und nun von Ersterem seinem Herrn und Miterben ein Legat hinterlassen worden. Eine solche Supposition, die m. W. auch noch von Niemanden gemacht worden ist, würde zwar nicht geradezu unmöglich, aber doch im hohen Grade gezwungen sein,

auch bliebe dabei immer noch unbegreiflich, wie dieser Fall mit dem des Prälegats zusammengestellt werden könnte.

Diejenige Auslegung der Stelle hingegen, wonach von einem dem Sklaven des Erben hinterlassenen Vermächtnisse die Rede ist, verträgt sich nicht nur mit den Worten derselben — es ist nicht einmal nöthig, zu einer eigentlichen Ellipse seine Zuflucht zu nehmen, während man bei der entgegengesetzten Auslegung annehmen muß, daß ein *ei a* ausgelassen worden sei, was eine sehr gewagte Ellipse enthalten würde — sondern stimmt auch mit dem ganzen Sinne der Stelle und deren weiterem Fortgange, aus welchem erhellt, daß *Mācianus* um deswillen die *contributio* ausschließt, weil dieselbe bei inuutiliter hinterlassenen Legaten nicht in Anwendung kommt.

Ganz entschieden sprechen ferner für die hier vertheidigte Auslegung die *Vasiliiten* (*Heimbach* IV. S. 107, *Bas.* XLI. 1, 29 th. 8) *οὐκ ἔρχεται εἰς συμψηφισμὸν τοῦ φαλιδίου τὰ τῷ κληρονόμῳ παρ' ἑαυτοῦ ληγατευθέντα ἢ τοῖς δούλοις αὐτοῦ χωρὶς αἰρέσεως* (vel *servis ejus sine conditione Heimb.*) und genau ebenso versteht der *Scholias*t die Stelle (*schol.* 8) *τὸ ἀχρήστως ληγατευθὲν, ὡς τῷ κληρονόμῳ ἢ τῷ δούλῳ αὐτοῦ* (quod inuutiliter legatum est, veluti heredi vel servo ejus *Heimb.*), vgl. auch *schol.* 9, *Mommsen* in der *Digestenausgabe*. Vol. II. S. 209 unter 1.

Die *Glosse* kennt keine andere Erklärung, als daß die Rede sei von Vermächtnissen, *quae data sunt a domino instituto servo ejus*.

Ebenso versteht die Stelle *Cujacius* (*observat. et emend.* XIV. c. 10 und XV. quaest. *Papin.* zu l. 3 de reg. *Caton.* IV. 384, F. 397) und gerade darauf gründet er seinen Vorschlag im anschließenden Satz statt: in die certa, zu lesen die incerta. Eine Begründung der entgegengesetzten Auslegung sucht man bei den Vertheidigern derselben,

v. d. *Pfordten*, S. 23, *Buchholz*, S. 183, *Arndts*, *Commentar* S. 107, 108,

vergebens.

Die von den Letzteren behauptete Analogie existirt daher nicht nur nicht, sondern die Analogie, welche wirklich existirt, findet statt zwischen dem Prälegat und dem dem Sklaven des

Erben hinterlassenen Vermächtnisse, welches anerkanntermaßen gemäß der Catonianischen Regel von Anfang an ungültig ist.

Gaj. II. 244, vgl. oben §. 1 sub 2.

§. 5.

**Fortsetzung. II. Die Nichtigkeitstheorien und die bedingte Repetition.**

Der eben besprochenen Ansicht gegenüber steht die andere, daß das Prälegat zu demjenigen Theile, welcher auf den Erbtheil des Prälegatars falle, von Anfang an ungültig sei und keinen Rechtsbestand habe. Diese letztere Ansicht hat sich nun aber, wie schon erwähnt, mit dem nach den Quellen feststehenden Satze (vgl. §. 2 sub 2) abzufinden, daß der Prälegatarerbe, wenn er die Erbschaft ablehnt, das ganze Prälegat in Anspruch nehmen kann.

Je nach der Art und Weise, in welcher die Erklärung dieses Satzes unternommen wird, lassen sich innerhalb der erwähnten Theorie der anfänglichen Nichtigkeit zwei Nuancen unterscheiden.

Gemäß der einen, welche in neuerer Zeit hauptsächlich von Buchholz vertheidigt worden ist,

Buchholz, S. 187 ff., wo auch bei not. 61 die ältere Literatur angeführt ist. Degenkolb, S. 23.

ist das Prälegat pro parte von Anfang an ungültig, convalescirt aber entgegen dem strengen Rechte aus Rücksichten der Billigkeit, welche aus dem Willen des Testators hergeleitet werden, wenn der Prälegatar die Erbschaft ablehnt.

Die Argumentation Buchholz's ist in den wesentlichen Punkten folgende: Die Anordnung des Prälegats ist ein unbedingtes Rechtsgeschäft, jedoch in der Weise vollführt, daß gleich von Anfang an nach einer civilistischen Regel (*heredi a semet ipso legari non potest*) das Prälegat auf den Erbtheil des Honorirten als Legat für diesen nicht besteht. Diese anfängliche Ungültigkeit eines Theils am Prälegat ist aber rein aus Rechtsprincipien hervorgegangen und steht mit dem Willen des Testators in grellem Conflict, während das Gesetz bei der testamentarischen Succession den Willen des Erblassers so viel als mög-

lich aufrecht erhalten will. Allerdings kann dem Prälegatar zu dem Theile, wo er instituirt ist, nicht zugleich Erbschaft und Legat deferirt werden, vielmehr geht die Erbdelation, welche als *plenior honor* betrachtet wird, vor. Sobald es aber feststeht, daß der so auf doppelte Weise Berechtigte gar nicht oder nicht mehr (in einigen Fällen der *Indignität*) als Erbe auftrete, so läßt nun das Gesetz mit Rücksicht auf den Willen des Testators eine neue Delation eintreten, wodurch jener (bisher ungültige) Theil als Legat *convalescirt*. Durch die *Repudiation* der Erbschaft ist nicht bloß der Grund weggefallen, aus welchem jene theilweise Ungültigkeit des Legats als eines solchen entstanden ist, sondern auch noch ein Grund hinzugetreten, welcher das anfänglich Ungültige in ein Gültiges umschafft, so daß jetzt das ganze Legat *jure legati* erworben werden kann, gleichsam als wenn erst nach der *Repudiation* oder *Restitution* des Honorirten der dies für den auf seiner Erbportion haftenden Vermächtnistheil *cedire*.

Daß in dem Falle, wenn der Prälegatarerbe ohne Erklärung über den Erbschaftsanfall und den Erwerb des Prälegats gestorben ist, nicht das ganze Vermächtniß auf seine Erben transmittirt werde, vielmehr die Consequenz der Nichtigkeit bestehen bleibe, erklärt B. dadurch, daß der Wille des Erblassers, auch dem Erben seines Erben soviel als seinem unmittelbaren Erben zuzuwenden, sich nicht herausstelle, also in diesem Falle nicht die gleiche Willigkeit für die *Convalescenz* des ganzen Prälegats spreche.

Es ist wohl nicht zu viel gesagt, wenn man findet, daß in dieser Auseinandersetzung die in dem so sehr fleißig gearbeiteten Buchholz'schen Buche öfters hervortretende Unklarheit und Nebeneinanderstellung verschiedner disparater Gesichtspunkte, bei der Nichtiges und Unrichtiges sich mischt, besonders sichtbar wird. So ist es namentlich durchaus schief, die Erscheinung, daß der Prälegatar, welcher ablehnt, das ganze Prälegat bekommt und diejenige, daß er das ganze Prälegat behält, wenn ihm die Erbschaft wegen Uebernahme eines *tacitum fideicommissum* eripirt wird (l. 18 §. 2 de his, quae ut indign. 34, 9, f. o. §. 2 hinter Anm. 6), zusammenzustellen und in beiden Fällen *Convalescenz* anzunehmen. Denn im zweiten Falle be-

fügt ja der Prälegatar und Fiduciar nach der ausdrücklichen Erklärung Papinians pro herede und nicht jure legati und was die Rücksicht auf den Willen des Testators bewirkt, ist nicht die Convalescenz des ungültigen Vermächtnistheils, sondern bloß das Richteripirtwerden des betreffenden Theils, welcher pro herede besessen wird und also als Vermächtniß ungültig bleibt<sup>21)</sup>.

Daß jene Erklärung nicht besonders befriedigend ist, hat ihr Hauptvertheidiger Buchholz S. 198 selber zugekannt und nach demjenigen, was neuerdings Arndts (Commentar S. 101 ff.) dagegen ausgeführt hat, kann man sie wohl als endgültig abgethan ansehen<sup>22)</sup>.

In einer wesentlich andern Weise unternimmt es diejenige Meinung, welche man gegenwärtig als die herrschende bezeichnen kann und welche in neuerer Zeit namentlich von Vangerow ausgeführt,

Vangerow, Lehrb. II. §. 523 S. 418 und bes. 430 ff. Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 35 S. 260 ff.

und im wesentlichen auch von Windscheid,

Pandect. II. §. 627 not. 5 und bez. 6, adoptirt worden ist, den Satz, daß der die Erbschaft ablehnende Prälegatar das ganze Prälegat bekomme, mit der auch von ihr anerkannten anfänglichen Ungültigkeit des Prälegats zu vereinigen.

---

21) Weit eher ließe sich in demjenigen, was der von Buchholz S. 197 not. 102 angezogene Barbosa (tract. de leg. opp. posth. tom. I. p. 314 not. 4) sagt: juris fictione perinde habetur ac si nunquam fuisset institutus et sic propter hanc juris fictionem supervenientem valebit in totum praelegatum, quasi ab initio non esset relictum, die Spur eines wenigstens einheitlichen und consequenten juristischen Gedankens finden, nach welchem die theilweise Ungültigkeit des Prälegats eine unentschiedene Nichtigkeit sein und inzwischen ein Zustand der Pendency stattfinden würde, nach dessen Entscheidung durch die Antretung oder Ablehnung Seiten des Prälegatars nun rückwärts an den Tag treten würde, ob das Legat gültig oder ungültig gegeben gewesen sei, ex postfacto apparet, quid actum est, z. B. l. 15 de reb. dub. (34, 5), l. 8 de reb. cred. (12, 1) u. a. a. St.; mit der Ausschlagung eines Legats verhält es sich ja in der That in ähnlicher Weise (l. 38 §. 1 de leg. I., l. 17 §. 1, l. 35 ad leg. Aquil. 9, 2.)

22) Auch Windscheid §. 627 not. 5 erklärt: nicht richtig wäre die Auffassung, daß das Vermächtniß durch das Richteripirtwerden des Vermächtnißnehmers nachträglich gültig werde (mit Beziehung auf die Catonianische Regel).

Bangerow sagt (S. 429 ff.): Unzweifelhaft müsse man den Grundsatz an die Spitze stellen, daß wirklich der Theil des Prälegats, womit der Legatar selbst onerirt sei, von Anfang an keinen Rechtsbestand habe und an eine erst später eintretende Unwirksamkeit dürfe schlechthin nicht gedacht werden. Aus diesem Satze folge nun aber unmittelbar, daß, wenn der Prälegatar die Erbschaft erwerbe, dieser Theil entweder jure hereditario in seiner Erbportion verbleibe oder an collegatarii conjuncti anwache (l. 34 §. 11, 12; l. 116 §. 1 de leg. I.). Streng genommen führe aber dieser Satz dahin, daß auch dann, wenn der Prälegatar nicht Erbe werde, jener Legatentheil keinen Rechtsbestand habe, weil er von Anfang an ungültig hinterlassen worden sei und ein ungültig hinterlassenes Vermächtniß wegen nachher wegfallenden Ungültigkeitsgrundes nicht gültig werden könne. Für diesen Fall könne aber der Erblasser unbedenklich nachhelfen, indem er dem Prälegaten (meinem Erben Titius vermache ich mein Haus) den Zusatz beifüge: wenn Titius mein Erbe nicht wird, so soll er doch das ganze Haus haben. Jenen Zusatz aber müsse man, um den wahren Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen, nothwendig bei einem jeden Prälegaten subintelligiren, wenn nicht klar vorliege (z. B. durch die expresse Bedingung: si heres esset, l. 92 pr. de leg. III., l. 20 pr. de instr. leg. 33, 7), daß derselbe das Erbwerden des Prälegatars auch als Voraussetzung des Legatenerwerbs angesehen habe.

Man müsse also für den an sich ungültigen Theil des Prälegats den Gesichtspunkt einer repetitio tacita zu Grunde legen, was durch l. 88 de leg. I. und l. 19 ibid. unterstützt werde und in Folge der tacita repetitio müsse man nun, wenn der Prälegatar nicht Erbe werde, in Betracht des ungültigen Prälegatentheils annehmen, derselbe sei dem Honorirten rechtsgültig unter der Bedingung vermacht, wenn er nicht Erbe werde. Verzichte nun der Honorirte auf die Erbschaft, so sei die Bedingung im Augenblick der Ausschlagung erfüllt und folgeweise der unter dieser Bedingung hinterlassene Theil nun ebenfalls sofort erworben; sterbe aber der Prälegatar, ohne angetreten zu haben, so sei die Bedingung: si heres non erit in Gemäßheit allgemeiner Grundsätze über die Erfüllung negativer Potestativbedingungen nicht schon bei Lebzeiten des Honorirten, sondern

erst mit dem wirklich erfolgten Tode desselben in Erfüllung gegangen, weil auch noch im letzten Augenblick des Lebens ein Entgegenhandeln möglich gewesen wäre; demgemäß habe der Prälegatar die Erfüllung der Bedingung nicht erlebt und daher den betreffenden Theil des Prälegats auch nicht auf seine Erben transmittiren können (l. 75 §. 1 de leg. II.).

Einigermassen anders sind die Erklärungen der Glosse zu l. 75 §. 1 de leg. II. und die des Donellus (comm. jur. civil. VIII. c. 7 §. 8), obwohl sie von Arndts (Commentar S. 92 not. 66 und Buchholz S. 169 not. 2 und 3) mit der Bangerow'schen identificirt werden. Denn bei ihnen ist nicht von einer tacita repetitio unter der Bedingung: si heres non erit die Rede, sondern von einem einfachen Legiren des dem Erbtheil des Prälegatars entsprechenden Theiles des Prälegats unter jener Bedingung. Die Glosse sagt: vel aliter sub conditione videtur ei legari pro sua parte scil. si heres non erit, Donellus: At quod ei a se relictum erat, non transmittitur, nempe ideo, quia pro ea parte, quae ei a se relicta erat, legati dies non cesserit. *Haec enim ei utiliter relinquebatur sub conditione, si heres non esset*<sup>23</sup>).

Die Schwäche dieser Theorie liegt vornämlich darin, daß gegenüber der l. 104 §. 6 de leg. I. und namentlich der lex 31 quando dies (36, 2) sich die Theses nicht aufrecht erhalten läßt, daß die (simple) Bedingung: si heres non erit nicht schon bei Lebzeiten des Prälegatars, sondern erst mit dem wirklich erfolgten Tode desselben in Erfüllung gehe,

vgl. Buchholz, S. 173 ff. (allerdings mit mancherlei Mißverständnissen namentlich in Betreff der tacita conditio) und jetzt bes. Arndts S. 94 ff.

und daher giebt Windscheid, der im übrigen der Bangerow'schen Theorie von der Repetition des Prälegats für den Fall des Nichterbwerbendens beistimmt, der Sache die Wendung, daß er sagt (S. 627 not. 6),

diese günstige Auslegung (nämlich die Annahme einer Wiederholung) trete nicht ein, wenn von derselben nur die

---

<sup>23</sup> Andere ältere Juristen (vgl. Buchholz, S. 170 not. 4) ersetzen die negative Bedingung: si heres non erit durch die positive: si hereditatem repudiaverit, wodurch freilich die Sache am kürzesten abgemacht wird.

Erben des Vermächtnisnehmers Vortheil haben würden, an welche der Erblasser gar nicht gedacht habe.

Sonach stellt sich als letztes Wort der herrschenden Theorie heraus: das Prälegat ist zu dem dem Erbtheil des Prälegatars entsprechenden Theile von Anfang an ungültig; es gilt aber zu diesem Theile für stillschweigend repetirt unter der Bedingung, daß der Prälegatar nicht Erbe werde; dagegen gilt es für nicht repetirt in dem Falle, daß er sein Richterwerden nicht überlebt.

Ein entschiedener Vortheil dieser Theorie, wenigstens in der ihr von Windscheid gegebenen Gestalt besteht darin, daß sie mit keiner der bekannten Quellenstellen in Widerspruch tritt. Zwar hat von der Pfordten (S. 72 §. 22 not. n), welchem Arndts (Comment. S. 155 not. 54) im Wesentlichen beistimmt, aus der l. 34 §. 11 de leg. I.

Si duobus sit legata (eadem res) quorum alter heres institutus sit, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit (vgl. noch l. 34 §. 12 und l. 116 §. 1 eod.) einen solchen Widerspruch ableiten wollen. Denn, sagt er, da nach der lex Julia et Papia Poppaea, welche ja zur Zeit Ulpians, des Verfassers der l. 34, in allen wesentlichen Punkten noch in Kraft stand, ein bedingtes Vermächtniß durch die Defizienz der für dasselbe angeordneten Bedingung entweder in causam caduci gekommen oder caduc geworden, folglich das Anwachsungsrecht bei ihm ausgeschlossen gewesen sei, so könne der Theil des Prälegats, welcher dem Prälegatar von sich selber hinterlassen worden sei, unmöglich unter einer Bedingung (si heres non erit) vermacht gewesen sein.

Denn, wäre dieser Theil wirklich bedingt hinterlassen gewesen, so hätte er bei Defizienz der Bedingung, welche eben durch die Erbantrittung des Prälegatarerben nothwendig erfolgen mußte, caduc werden müssen und nicht, wie l. 34 §. 11 doch ausdrücklich besage, dem Collegatar anwachsen können.

So scharfsinnig diese Argumentation ist, so wenig beweist sie, weil ihre Grundlage, nämlich der Satz, daß bedingte Vermächtnisse unter allen Umständen durch Defizienz der Bedingung caduc geworden seien, nicht erweislich ist. Denn in der l. un.

Cod. de cad. toll. §. 2 (6, 51), welche gewöhnlich dafür angezogen wird, wird die Defizienz der Bedingung, unter welcher ein Vermächtniß hinterlassen worden ist, nur als Ursache des in *causa caduci esse*, nicht aber des eigentlichen *caducum* aufgeführt, d. h. also, nur wenn die Bedingung bei Lebzeiten des Testators deficirte, wurde das Vermächtniß nach den Grundsätzen der *lex Papia* behandelt und war folglich das *Accrescenzrecht* ausgeschlossen. Wenn hingegen die Bedingung erst nach dem Tode des Testators deficirte, so haben wir nicht den geringsten Beweis dafür, daß das Vermächtniß *caduf* geworden sei (vgl. *Ulp. XVII. 1.*, auch §. 5. *leg. un. Cod. cit.* beweist dies nicht) und noch weniger für den Fall, wo die Defizienz der Bedingung erst nach der Eröffnung des Testaments oder der *Codicille* eintrat (für letztere vgl. *l. 16 §. 3 de alim. et cib. leg. 34, 1.*), in welchen das Vermächtniß hinterlassen worden war. Für die Argumentation v. d. Pfordtens aber ist es selbstverständlich ganz wesentlich, daß auch die Defizienz der Bedingung *post apertas tabulas* zur *Caducität* geführt habe, weil vorher nach damaligem Rechte die Antretung der Erbschaft durch den Prälegatar, der ja nothwendig Theilerbe sein mußte, nicht möglich war (§. 1, 5 *l. un. Cod. de cad. toll. 6, 51*)<sup>24</sup>).

Zwar wurde, wie fast mit Gewißheit anzunehmen steht, ein bedingtes Vermächtniß *caduf*, wenn der Honorirte während schwebender Bedingung, wenn auch erst nach dem Tode des Testators verstarb;

vgl. z. B. *l. 46 ad SC. Treb. verbis: Maximus . . sibi ea vindicat, quia defunctus est is, cui restituere jussus erat* in Verbindung mit *l. 60 de leg. II., l. 11 fin. de leg. I.*

aber selbst, wenn hier die Bedingung eine für den Honorirten *potestative* war und demzufolge durch den Tod desselben wirklich

24) Die älteren Juristen sind entschieden dafür, daß die Defizienz der Bedingung, wenigstens die *post apertas tabulas* eintretende, das Vermächtniß nicht *caduf* mache, vgl. *Cujac. ad African. tr. II. zu l. 31 de cond. et dem. I. 1274. F. 1311. Ramos del Manzano, comm. ad leg. Jul. et Pap. Popp. in Meerm. thes. V. p. 511 not. 14.* Die neuern, soweit sie sich darüber aussprechen, schwanken. *Huschke, Richters Jahrb. II. S. 316.* ist für das *Caduf* werden, ebenso wie es scheint *Franke, Beitr. S. 112.* Dagegen ist *Schneider, altciviles u. Justin. Anwachsungsrecht S. 99 not. 74.*

ausfiel, war doch der Grund für das Cadufwerden des Vermächtnisses nicht sowohl der Ausfall der Bedingung, als vielmehr der vor dem Anfall des Vermächtnisses erfolgte Tod des Bedachten, durch welchen, falls er vor dem dies cedens (der Eröffnung des Testaments) erfolgte, ja auch ein pures Vermächtniß nach Römischen Rechte caduf wurde (Ulp. XVII. 1), vgl. l. 31 pr. de condit. et demonstr. (35, 1).

In den Worten dieser Stelle:

*Pamphilam defectam conditione videri ideoque partem ejus apud heredem remansuram,*

liegt ein nicht zu unterschätzendes Argument dafür, daß durch die bloße Deficienz der Bedingung, sogar wenn sie ante apertas tabulas erfolgte (natürlich aber nach dem Tode des Testators), das Vermächtniß nicht caduf, vielmehr nach den Grundsätzen des jus civile antiquum behandelt wurde, also entweder in der Erbschaft verblieb oder etwaigen Collegatarien anwuchs.

Für die Fortdauer des Anwachsungsrechts im classischen Rechte in dem uns speciell interessirenden Falle, wenn dieselbe Sache (per vindicationem) mehreren Legataren, dem einen pur, dem andern unter einer Bedingung hinterlassen war — denn das würde nach der von v. der Pfordten bekämpften herrschenden Construction des Prälegats der Fall der l. 34 §. 11 de leg. I. sein — und nun die Bedingung nach dem Tode des Testators deficirte, haben wir mehrere ausdrückliche Zeugnisse, bei denen an eine Interpolation kaum zu denken ist.

Im Falle der l. 26 §. 1 de condit. et dem. (35, 1) ist dieselbe Sache dem A pur, dem B bedingt vermacht. Hier wird entschieden: *deficiente conditione aderescit etiam heredi ejus, cui pure legatum datum est*<sup>25</sup>).

25) Der Zusatz: *si tamen hereditas ejus adita fuerit*, ist für unsere Frage bedeutungslos. Möglicherweise deutet er an, daß die hereditas jacens des Collegatars,

(abweichend von der herrschenden Meinung, Arndts §. 471 not. 3), wie ihr schwerlich selbst legirt werden, so auch das Accrescirende nicht capiren kann, während wenn der Erbe des Collegatars schon angetreten hatte, diesem, oder wenn z. B. der Collegatar ein Sklav war, welchem accrescirte, während die Erbschaft seines Herrn ruhte, dem künftigen Erben die Accrescenz zu Gute kommen mochte. Ich gehe dabei von dem Gedanken aus, daß, wenn derjenige, welchem accresciren würde, zur Zeit des Eintritts des Accrescenzfalles incapax geworden war, der betreffende Theil nicht anwuchs, sondern caduf wurde. Unsere Stelle ist von Julian, mög-

Hier ist es ganz klar, daß die Defizienz der Bedingung wie die Accrescenz des bedingten Legatentheils erst nach dem dies cedens des puren Legats, d. h. erst nach dem Tode des Testators eingetreten sein kann, da vorher der pure Collegatar sein Legat nicht auf seine Erben transmittiren konnte.

In der lex 30 de cond. et demonstr. (35, 1) wird der Fall gesetzt, daß ein Grundstück *separatim per vindicationem* dem A pur, dem B unter einer Bedingung hinterlassen war. Die Bedingung hing nicht der Person an, sondern konnte auch von einem Andern, als dem eigentlichen Honorirten erfüllt werden und ging folglich, wenn das bedingte Vermächtniß *caducum* wurde, nach der Regel *caduca cum suo onere fiunt* (Ulp. XVII. 1) auf den Vindicanten des *caducum* über. Gleichwohl wird entschieden, daß, wenn B stirbt, ehe die Bedingung eingetreten ist, A die Bedingung nicht zu erfüllen brauche, *utpote quum etiam si conditio defecerit, pars, quam vindicaturus eras (der des B), mihi (dem pur honorirten A) accrescat.*

Der Grund dieser Entscheidung, welche ein entschiednes *caducum* nach Analogie des Anwachsungsrechts behandelt und für ersteres demgemäß eine Abweichung von der Regel: *caduca cum suo onere fiunt*, statuiert, dürfte darin liegen, daß hier ein Fall vorlag, wo der pur bedachte Collegatar (vorausgesetzt nach classischem Rechte, daß er Kinder hatte) unter allen Umständen den bedingten Theil des Legats, falls er ausfiel, bekommen mußte, sei es kraft Accrescenzrechts, sei es durch *caducorum vindicatio*. Denn da er der einzige Collegatar war, konnte es ihm nicht schaden, daß er bloß *re conjunctus* und als solcher nicht *ceteris potior* war (l. 89 de leg. III. Die *patres heredes* kamen entweder, wie ich glaube, erst nach sämtlichen *legatariis conjunctis*, auch nach dem *re conjunctus* zur *caducorum vindicatio* oder es waren im concreten Falle keine *heredes patres* vorhanden.) Bekam aber der pur Honorirte den ausfallenden bedingten Theil des Legats unter allen Umständen, so mochte es unbillig erscheinen, daß er, wenn zufällig ein *Caducitätsfall* eintrat, denselben Theil nur *cum onere* bekommen sollte, den

lich daß später anders entschieden worden wäre, vgl. l. 55 §. 1 de leg. II. (Gajus) *post multas varietates placet.* Auf die Frage näher einzugehen, ist hier natürlich nicht der Ort.

er kraft Accrescenz sine onere bekommen konnte, zumal der Testator ihn separatim, also auch dem Ausdrucke nach auf das ganze Legat berufen hatte <sup>26)</sup>. Dagegen wenn ein Anderer, als der schon nach altem Civilrecht auf das Anwachsende Berechtigte in Folge des Papischen Gesetzes den ausfallenden Theil bekam, war es ganz natürlich, daß er, dem ein ihm sonst nicht zukommendes beneficium lediglich durch jenes Gesetz verschafft wurde, auch das onus übernehmen mußte, da es im Geiste des Papischen Gesetzes lag, daß die von ihm gewährte Begünstigung nur mit der darauf gelegten Last übergehen sollte.

Wie es sich aber auch mit dem Grunde der Entscheidung verhalten mag, für unsere Frage giebt die l. 30 einen zweifellosen Beweis, daß der bedingt hinterlassene Theil eines Legats durch Deficienz der Bedingung keineswegs immer caduc wurde, sondern dem pur bedachten Collegatar anwachsen konnte und wenn er anwuchs, nach reinem altcivilen Rechte und daher sine onere accrescirte <sup>27)</sup>.

Auf dasselbe Ergebnis — Fortbestand des altcivilen Anwachsungsrechts bei Deficienz einer Legatsbedingung — weist möglicherweise noch hin die l. 18 de condit. et demonstr. (35, 1) in den Worten:

ad quem *jure civili deficiente conditione, hoc legatum eave hereditas pertinere potest* <sup>28)</sup>.

Gegen den Vorwurf, daß sie in Widerspruch mit den Quellen stehe, ist somit die Theorie von der bedingten Repetition beim

26) Anders, wenn beiden unter einer (theilbaren) Bedingung vermacht ist, l. 54 §. 1, l. 56 de cond. et dem. (35, 1).

27) Die Differenz mit der nachfolgenden l. 31 de condit. et dem., wo der bedingte Theil nicht anwächst, sondern in der Erbschaft verbleibt, erklärt sich aus dem Unterschiede zwischen Vinculations- und Damnationslegat; daß aber derlei Stellen, in denen sich die unverfennbarsten Spuren des alten Rechts zeigen, in die Pandecten aufgenommen worden sind, daraus, daß, wie bekannt, die generelle l. un. Cod. de cad. toll. erst später erlassen wurde und jene Stellen nach ihrem decisiven Inhalt vortrefflich zu denjenigen Anordnungen passen, welche Justinian später in der l. un. Cod. cit. §. 11 in Betreff der re conjuncti getroffen hat und welche jedenfalls schon vorher im Wesentlichen bei den Compilatoren feststanden.

28) Denn caducum est, quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili, d. h. nach altcivilen Rechte, obwohl nicht nach dem Rechte der lex Papia et Poppaea, capere possit, aliqua ex causa non ceperit. Ulp. XVII 1. Angenommen, daß in der l. 18 cit. „jure civili“ im Gegensatz zu dem jus legis Papiae stände — und dafür spricht, daß an den Gegensatz des Präto-

Prälegat namentlich in derjenigen Fassung, die ihr Windscheid gegeben hat, allerdings genügend geschützt, dagegen ist ihr und wie mir scheint, nicht ohne Grund vorgeworfen worden,

vgl. Arndts, Commentar S. 93, Buchholz, S. 178 ff.,  
v. d. Pfordten, S. 19, 20,

daß die von ihr beliebte Construction eine künstliche und dem tatsächlichen Willen des Testators nicht entsprechende sei. Dies ist aber um so bedenklicher, als die Zerlegung des Prälegats in ein theilweise bedingtes und theilweise unbedingtes Vermächtniß, von welcher ausgegangen wird, nicht als nothwendige Consequenz einer reinen Rechtsregel auftritt, sondern auf den vermuthlichen Willen des Testators, der damit nur den Consequenzen einer solchen Rechtsregel ausweichen wolle, gestützt wird.

Auch ist es nicht leicht einzusehen, wenn der vermuthliche Wille des Erblassers dasjenige ist, auf welchem die theilweise Bedingtheit des Prälegats beruht, warum denn nun grade beim Prälegat der Wille des Erblassers dahin geht, daß die Erben des Prälegatars von diesem bedingten Theile durchaus nichts bekommen sollen, während doch sonst in der Transmision der Vermächtnisse auf die Erben nichts dem Willen des Erblassers besonders Widerstrebendes gefunden wird.

Sieht man von diesen Bedenken ab, so empfiehlt sich die vorstehende Construction durch ihre Schärfe und juristische Consequenz. Denn giebt man einmal zu, daß der Wille des Testators wirklich den bei jener Construction vorausgesetzten Inhalt habe, so ist, da wenigstens im heutigen Rechte weder auf die Worte noch auf den ordo scripturae, sondern lediglich auf den materiellen Willen des Testators etwas ankommt, nicht zu läugnen, daß jene Construction wirklich erklärt, was sie erklären

---

rischen Rechts (bonorum possessio) schon wegen des legatum nicht zu denken ist — und angenommen ferner, daß (vergl. den letzten §. Anm. 141) die negative Bedingung bei der cautio Muciana stets im letzten Lebensmoment des Honorirten in Erfüllung ginge, woraus folgen würde, daß diese negative Bedingung, wenn sie nicht schon vor dem Sterben des Honorirten deficirt ist, überhaupt nicht mehr deficiren kann, also wenn sie ausfällt, stets bei Lebzeiten desselben ausfällt, so würde diese Stelle einen erheblichen Beweis für die aufgestellte These liefern, daß durch die bloße Defizienz der Bedingung (nach dem Tode des Testators resp. nach der Eröffnung der Tafeln) ein Legat niemals caduc geworden sei, sondern nur durch den Tod des Honorirten während schwebender Bedingung resp. durch diejenige Defizienz einer Bedingung, welche in Folge des Ablebens des Honorirten eintritt.

will. Anders dagegen scheint es mir zu stehen, wenn man den Maßstab des classischen Rechts an sie anlegt, wenn man sich also fragt: Haben die classischen Römischen Juristen mit jener Construction der bedingten Repetition beim Prälegat wirklich operirt und konnten sie überhaupt mit ihr dabei operiren? Darauf aber kommt es allerdings an. Denn da wir die Sätze, daß der Prälegatar, wenn er die Erbschaft ablehnt, das ganze Prälegat beanspruchen könne, wenn er aber vor der Erbantrittung stirbt, den auf seine Erbportion treffenden Theil nicht transmittire, bereits im classischen Rechte vorfinden, so muß auch von der Construction, die jene Sätze erklären soll, gefordert werden, daß sie schon im classischen Rechte möglich war. Es ist zunächst ein rein äußerliches, aber wie mir scheint ziemlich erhebliches Argument, welches ich hiergegen anzuführen habe. Der Satz nämlich, daß der ablehnende Prälegatar dennoch das ganze Prälegat bekomme, wird in l. 18 de leg. I. (f. ob. §. 4 no. 1) bereits von Julianus ausgesprochen. Julianus aber kannte, wie uns in l. 61 §. 1 de leg. II. ausdrücklich bezeugt wird<sup>29)</sup>, die *tacita repetitio* der Vermächtnisse noch nicht und bei ihm also konnte jener Satz unmöglich auf einer Construction beruhen, welche die *tacita repetitio* zu ihrer Voraussetzung hat.

Die *tacita repetitio*, wie sie uns im *corpus juris* durchgängig entgegentritt, auch noch im *Codex*, ist selbst eine juristische Construction, es wird durch sie der Satz, daß regelmäßig der Substitut die ursprünglich bloß dem Insituten auferlegten Ver-

29) Vergl. auch die von Julian selbst herrührende l. 87 §. 4 ad leg. Falcid. *verbis: si filius, antequam patri heres existeret* und was Vangerow, *Pand. II. S. 464* und *465* hierzu bemerkt. Gegen die Vangerow'sche Erklärung der letzten Stelle ist allerdings Widerspruch erhoben von Windscheid, *Pand. §. 653* not. 8 und Schläyer, *Falcid. Quart* bei Doppeltestamenten im *Arch. f. d. civilist. Prax. Bd. 53 S. 205*, aber ohne Berücksichtigung der l. 61 §. 1 de leg. II. Zudem ist wohl zu beachten, daß in l. 87 §. 4 von einem *coheres substitutus* die Rede ist, nicht von einem fremden Substituten und daß, da der erstere für theilweis pur und theilweis (auf die Portion des Pupillen) bedingt eingesetzt gilt, es sehr leicht möglich gewesen wäre, daß er, auch ohne Repetition, schon zu Julianns Zeit als aus eigener Person secundär mit demjenigen belastet angesehen wurde, was zunächst dem Pupillen auferlegt war. Diese secundäre kraft Rechtsens von vornherein vorhandene Belastung des mit eingesetzten Pupillarsubstituten würde sich eben nur erlebigen, wenn der Pupill Erbe wird, weil dann entweder dieser selbst oder der Substitut als Erbe des Pupillen jenes Legat zu prästiren hat (vgl. u. §. 15 und §. 18 unter 4).

mächtnisse zu tragen habe, erklärt und vermittelt und zwar geschieht dies auf die Weise, daß zuerst aus der Thatsache, daß der Erblasser dem Institututen Vermächtnisse auflegte, geschlossen wird, daß er diese Vermächtnisse auch dem Substitututen habe auflegen wollen, was eine Präsumtion von dem wirklich ausgesprochenen auf den nicht ausgesprochenen Willen enthält. Sodann wird eine Fiction zu Hilfe genommen, indem der nicht ausgesprochene, aber präsumirte Wille des Testators, der Substitut solle ebenfalls die Vermächtnisse tragen, behandelt wird, als sei er in der That dem Substitututen gegenüber ausgesprochen worden. Die *tacita repetitio* enthält demnach im Römischen Rechte nicht bloß eine Präsumtion des erblasserischen Willens, sondern auf Grund dieser Präsumtion die Fiction, daß, was an der Stelle, wo es eigentlich ausgedrückt werden mußte, nicht ausgedrückt ist, doch für dasselbst ausgedrückt gelten solle (*voluntate testatoris videri repetita a substituto, quae ab instituto fuerant relicta* l. 74 de leg. I., *deberi etiam a substitutis fideicommissum contemplatione iudicii testatoris, quasi tacite ab his repetitum* l. 4 Cod. ad SC. Trebell. 6, 49).

Einer solchen Fiction bedurfte das Römische Recht in der That für die beiden Fälle (s. ob. §. 4 bei Anm. 19), in welchen die *tacita repetitio* der Vermächtnisse in ihm vorkommt, zumal da es dieselbe auch auf Legate und directe Freilassungen,

l. 77 pr. de condit. et dem. (35, 1), l. 80 de V. S. (50, 16), anwendete. Noch die classische Jurisprudenz nämlich hält durchaus daran fest, daß es wenigstens bei Legaten auf die verba ankomme, zwar nicht auf die verba allein, sondern auch auf den Willen, aber doch nur so, daß der Wille ohne die legalen Worte ebenso wenig etwas wirkt, als die legalen Worte gegen den klaren Willen des Testators. Freilich bei Fideicommissen kam es von Anfang an auf den Willen an und nicht auf legale Worte, aber daß es gar nicht auf die Worte (*verba fideicommissi*) ankomme, sondern lediglich auf den Willen, daß ein Fideicommiss durch einen Willen geschaffen werden könne, der in Worten gar nicht ausgedrückt ist oder aus den gebrauchten Worten als positiver Fideicommisswille auch durch Interpretation eigentlich nicht erschlossen werden kann, dazu ist in der classischen Jurisprudenz freilich der Anfang gemacht (vgl. z. B. l. 67 §. 9, 10

de leg. II.), der betretene Weg aber und wohl mit gutem Grunde, mit großer Vorsicht und nur Schritt vor Schritt verfolgt worden<sup>30)</sup>.

Historisch mag die tacita repetitio ihren Anfang bei den Fideicommissen und bei den einem Legat oder einer testamentarischen Freilassung beigefügten Bedingungen, welche letztere innerhalb des Legats gewissermaßen die freiere Natur einer fideicommissarischen Verfügung in sich trugen,

l. 101 pr. de cond. et dem. (35, 1) quum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat, l. 19 pr. eod. (35, 1),

ihren Anfang genommen haben, obwohl es hier möglich gewesen wäre, mit einer reinen Willenspräsumtion auszukommen. Dies thut z. B. Papinian in l. 77 §. 15 de leg. II. wirklich bei einer einem Fideicommiss beigefügten Bedingung (nicht eigentlich für das Fideicommiss selbst; denn dessen Uebertragung auf den Substituten ist nicht lediglich auf eine conjectura voluntatis gestützt, wie die Uebertragung der Bedingung, sondern auf die wirkliche voluntas des Testators, welche in den Worten: ne ex nomine familiae alienarentur auch einen zwar nicht directen, aber durch Interpretation erschließbaren Ausdruck gefunden hat). Daß man jedoch auch hier regelmäßig zu der Fiction der repetitio griff, stimmt so sehr mit der ganzen Entwicklung des Römischen Rechts, seinem Vorschreiten von dem Wortlaut zum Willensinhalt, seinem Verfahren bei den Actionen (ficticiae, utiles) überein, daß man sich nur wundern könnte, wenn es anders gekommen wäre.

Wo nun nicht ausdrückliche wörtliche Wiederholung vorliegt, sondern mit einer stillschweigenden Repetition operirt wird, unter-

30) Man vergl. z. B. l. 108 §. 14 de leg. I. (African) und l. 11 §. 3, 4 de leg. III. (Ulpian), l. 38 §. 7 de leg. III. (Scävola) mit l. 69 §. 3, 4 de leg. II. (Papinian) und l. 114 §. 14 de leg. I. (Rescript des Severus und Antoninus), l. 11 §. 4 de leg. III., l. 2 Cod. de his, quae sub modo (VI. 43), die interessante Entwicklung des an den Schuldner des Erblassers adressirten Fideicommisses von der Auffassung, daß es als an den Erben adressirt angesehen werden müsse (African. in l. 108 §. 13 de leg. I.) zu der, daß es richtig an den Schuldner adressirt sei, weil dieser dadurch implicite mit einem Vermächtniß der Schuldbefreiung bedacht sei (Rescript des Divus Pius in l. 77 de leg. I., l. 37 §. 3 de leg. III.) und s. f. überhaupt Arnolds, Commentar B. 47 II. Abth. S. 406 ff. und Donell. comm. j. civ. lib. VIII. c. 3.

lassen es die Römischen Juristen fast niemals, darauf aufmerksam zu machen, daß die gegebene Entscheidung eben auf der Fiction einer Wiederholung, also darauf beruhe, daß etwas Vorangegangenes und an der entscheidenden Stelle nicht ausdrücklich Wiederholtes für ausdrücklich wiederholt angesehen werde (*repetitum videtur, intelligitur, creditur*) und zwar ist dies überall der Fall, wo *tacita repetitio* überhaupt vorkommt, nicht etwa bloß bei der *repetitio* der Vermächtnisse, wie sie durch das *Rescript* des Severus recipirt ist, sondern auch bei der Repetition der Bedingungen (vergl. l. 77 pr. de condit. et dem. 35, 1, l. 18 pr. de condit. instit. 28, 7, l. 56 de fideicomm. lib. 40, 5) und der Stipulationsclausel, welche ebenfalls in der Gestalt der stillschweigenden Wiederholung vorkommt. Unter diesen Umständen muß es doch in der That höchst auffallend erscheinen, daß in keiner der Stellen, in denen von dem Rechte des die Erbschaft ablehnenden Prälegatars, nunmehr das ganze Prälegat in Anspruch zu nehmen, die Rede ist, auch nur die geringste Andeutung sich findet, daß dies auf einer *tacita repetitio*, ja überhaupt nur auf einer besondern günstigen Auslegung des erblasserischen Willens beruhe. Denn wenn in l. 87--90 de leg. I. auf den Willen des Testators Rücksicht genommen wird, so geschieht es nicht, um den Satz, daß der ablehnende Prälegatar das ganze Prälegat bekomme, zu rechtfertigen, welcher Satz an sich als völlig feststehend betrachtet wird, sondern im Gegentheil um die Meinung derjenigen Juristen zu widerlegen, welche behaupteten, daß gerade nach dem Willen des Testators der Prälegatar, wenn er nicht Erbe sein wolle, gar nichts vom Prälegat bekommen dürfe.

Gegen die Theorie von der *tacita repetitio* scheint mir auch noch Folgendes zu sprechen.

Die *tacita repetitio* ist, wie wir gesehen haben, nichts anderes, als die Fiction einer ausdrücklichen Repetition, d. h. der Wiederholung einer Willensverfügung oder eines Stückes einer solchen an einer andern Stelle einer umfassenden Willenserklärung (Testament, Contractsinstrument). Diese ausdrückliche Repetition ist sehr alt (ein Beispiel findet sich in Cic. top. 4) und kann auf doppelte Weise erfolgen, nämlich durch wirkliche Wiederholung der Worte oder durch Verbindung der zu wiederholenden Verfügung mit einer

nachfolgenden mittelst der Ausdrücke: *hoc amplius, eo amplius, amplius quam, item* <sup>31)</sup>).

Die Wirkung jeder Repetition, mag sie ausdrücklich oder stillschweigend sein, ist nun demgemäß einfach die, daß eine letztwillige Verfügung noch einmal getroffen ist oder für noch einmal getroffen angesehen wird. Daraus folgt, daß sie nach Verschiedenheit der Fälle ganz verschieden wirkt. So kann sie, in spätern Codicillen verfügt, ein im Testament ungültig gegebenes Vermächtniß confirmiren (l. 19 pr. de leg. I.), einem ursprünglich nicht Belasteten ein onus auslegen (dahin gehört die eigentlich sog. *tacita repetitio* der Vermächtnisse), ein Vermächtniß gegen die dem Vermächtnißnehmer drohende Gefahr des Verlustes schützen (Repetition des vermachten Nießbrauchs, falls derselbe durch *capitis deminutio* zu Grunde geht, vgl. l. 2 §. 1, l. 3 pr. §. 1. 2, l. 5 pr. quib. mod. usufr. am. 7, 4, l. 3 §. 2 usufr. quemadm. 7, 9, l. 23 de usufr. leg. 33, 2, l. 8 de ann. leg. 33, 1, anderer Fall l. 1 §. 11 ut legat. serv. c. 36, 3 und l. 11 §. 18 de leg. III.), in welchen letztern Fällen die *repetitio* gewissermaßen ähnlich wirkt, wie wenn jemand wirksam sich selber substituirt wird.

31) Vgl. Windscheid, §. 635 not. 7. Die ganze Lehre von der Repetition ist in der neuern Zeit ziemlich stiefmütterlich behandelt worden, obwohl sie für die richtige Auffassung namentlich des classischen Rechts und für die Auslegung zahlreicher Stellen von nicht geringer Bedeutung ist. Meist wird nur die *tacita repetitio* beiläufig erwähnt und zwar gewöhnlich auch nur diejenige Gestalt der selben, welche durch das *rescriptum Severi* eingeführt worden ist, also die *tacita repetitio* der Vermächtnisse vom Vulgar-substituten. Auf diese beschränkt sich auch (aus naheliegenden systematischen Gründen) die Darstellung von Arnolds im Commentar B. 47 S. 265 bis 286. Neben derselben kommt aber, wie schon erwähnt, die *tacita repetitio* auch bei Bedingungen und bei Stipulationen vor. Für die *tacita repetitio* der Bedingungen,

vgl. auch Bangerow, §. 434 S. 116, siehe außer den von Windscheid §. 635 not. 7 citirten Stellen noch l. 83 de leg. II., l. 56 de fideicommiss. lib. (40 5), von Marcellus herrührend, also früher als das *rescriptum Severi*; für die bei Stipulationen, welche eng zusammenhängt mit dem Satze, daß *stipulationi pacta in continenti adjecta insunt* (für eine *emptio* Gesichtspunkt der Repetition in l. 7 §. 6 de pact. 2, 14), siehe l. 40 de R. cr. (12, 1), — die bekannte *lex Lecta* — l. 126 §. 2 de V. O. (45, 1) und namentlich l. 134 eod. (45, 1) *plerumque, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur*. Bei Stipulationen besteht die *tacita repetitio* darin, daß es angesehen (fingirt) wird, als ob die Stipulationsclausel der betreffenden nicht mit ihr versehenen Verabredung ebenfalls beigelegt worden wäre.

Aber häufig wirkt die Repetition auch vermindern (l. 28 §. 5 de lib. leg. 34, 3) oder beschränkend, z. B. sie fügt demjenigen, der ursprünglich allein mit einem Vermächtnisse bedacht war, einen conjunctus bei —

diese conjunctio ist immer re — l. 3 §. 1 fin. quib. modis ususfr. 7, 4, l. 53 §. 1 de leg. I. — aber nicht immer re tantum. Sonst müßte in dem Damnationslegate der l. 13 de leg. III. Haftung auf res und aestimatio und könnte nicht Theilung eintreten (nach classischem Recht) —

oder wandelt die ursprünglich unbedingte Verfügung in eine bedingte um, d. h. wirkt abimirend (l. 40 §. 2 de condit. et dem. 35, 1, natürlich muß die Repetition in diesem Falle mit dem Zusatz einer Bedingung versehen sein). Umgekehrt kann sie auch ein bedingtes Vermächtniß zu einem puren machen (l. 52 §. 1 de leg. I.)<sup>32)</sup>.

Endlich sind die Fälle gar nicht selten, wo die Repetition gar nichts bewirkt, daher als überflüssig überhaupt nicht gilt, weil, wenn man sie gelten lassen wollte, ihre Wirkung gegen den Willen des Testators verstoßen würde. Das ist z. B. regelmäßig der Fall bei der Repetition vom Pupillarsubstituten und da in solchen Fällen sogar die ausdrückliche Repetition nicht berücksichtigt, sondern als ungültig behandelt wird, so versteht es sich von selbst, daß eine tacita repetitio bei ihnen überhaupt nicht angenommen wird. Es wäre doch in der That ein seltsames Verfahren, wenn man eine Repetition fingiren wollte, mit deren Ergebnis man dem wahren Willen des Betreffenden nicht zu Hülfe käme, sondern ihn vielmehr vereitelte oder fälschte. Den Römischen Juristen ist dieser Gesichtspunkt ganz klar, Neque enim *maligne accipiendum est*, eidem stipulatum usuras, cui et sortem videri, sagt Paulus in der l. 126 §. 2 de V. O. (45, 1). Dasselbst hat nämlich ein Freigelassener und Geschäftsführer des Quintilianus ein Darlehns-capital, dessen baarer Empfang zugleich bekannt wird, nicht sich, sondern seinem abwesenden Principal stipulirt und sodann, aber impersonell, Zinsen

32) Die letzten Fälle hängen zusammen mit der allgemeinen, auch für die Wiederholung geltenden Regel: in legatis novissima scriptura spectanda est, l. 87, 89 de cond. et dem. 35, 1.

von diesem Capital. Die Stipulation des Capitals ist natürlich ungültig, weil auf einen Anderen als den Stipulanten selbst gestellt, obwohl die Verpflichtung zur Rückzahlung *ex causa numerationis*, als Obligation aus dem unterliegenden Realcontracte (*obligatio naturalis* im Sinne einer auf einem rein thatsächlichen Vorgange, dem der *numeratio*, beruhenden klagbaren Obligation) aufrecht erhalten wird. Hingegen ist die Zinsstipulation, weil impersonell gefaßt, gültig, würde aber ungültig werden, wenn man, wie sonst ganz zulässig sein würde, aus dem ersten Gliede der Stipulation den Namen desjenigen, dem geleistet werden soll, hinübernehmen, m. a. W. ihn repetiren wölkte. Das wäre aber eine „*maligna interpretatio*“, mit welcher man ein gültiges Geschäft umstürzen würde. Noch bestimmter erkennt derselbe Paullus in seinen Responen die obige Beschränkung der Repetition an. Er sagt in der schon oben citirten l. 134 §. 1 de V. O. (45, 1),

*plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur, sic tamen ut non ex ea repetitione inutilis fiat stipulatio.*

Gehen wir zu den letztwilligen Verfügungen über, so ist, wie schon angedeutet, für das eben Besprochene der Fall sehr lehrreich, wenn ein vom Pupillen hinterlassenes Legat vom Pupillarsubstituten repetirt wird. Während nämlich die Repetition vom Vulgarsubstituten nicht nur ganz gültig ist, sondern sogar präsumirt wird, ist die pure Repetition des vom Pupillen ebenfalls pur Hinterlassenen, auch wenn sie ausdrücklich geschieht, gradezu ungültig, *non valet*. Denn sie würde, da der Pupillarsubstitut für die dem Pupillen auferlegten Vermächtnisse schon *ex persona pupilli* als dessen Erbe haftet (vgl. l. 87 §. 4 ad leg. Falc. 35, 2), einfach zu einer  *duplicatio*, zu einer Verdoppelung des Vermächtnisses führen, die zwar unter Umständen bei Summen angenommen wird (vgl. l. 12 de prob. et praesumpt. 22, 3 und die oben cit. l. 11 §. 18 de leg. III.), gegen die aber regelmäßig die Vermuthung streitet; denn als präsumtiver Wille des Testators ist stets anzusehen, daß Legate nur einmal geschuldet werden sollen<sup>33</sup>).

<sup>33</sup>) *Repetitio non valet, quia voluntas defuncti haec est, ut semel debeat, l. 113 §. 3 de leg. I. (Marcianus 7. instit.). In Betreff des*

Daher kann derjenige, welchem dieselbe species vom Pupillen und nachmals vom Pupillarsubstituten vermachet ist, selbst wenn er das Legat dem Erbe gewordenen Pupillen gegenüber ausgeschlagen, also den Gegenstand desselben in der That nicht bekommen hat, von dem nachgehends durch den Tod des Pupillen zur Erbschaft gelangenden Substituten das Legat nicht mehr verlangen. Die Repetition ist eben hier und ebenso, wenn das nur vom Pupillen Vermächte unter einer Bedingung vom Substituten wiederholt wird, von Anfang an ungültig und die Sache grade so zu behandeln, als ob das Legat nur einmal, nämlich vom Pupillen hinterlassen worden wäre.

l. 81 §. 7 de leg. I.

Aus demselben Grunde wird in l. 113 §. 4 de leg. I. vgl. l. 32 pr. fin. eod. tit. die Bedingung: *si pupillus ad pubertatem pervenerit*, für nicht mit repetirt angesehen, obwohl sie einem ausdrücklich repetirten Vermächtnisse beigefügt ist,

*nec videtur repetita conditio, quae inutile legatum facit.*

Hier hat nämlich ein Vater seinem unmündigen, von ihm zum Erben eingesetzten Sohne pupillariter substituirt und ein demselben unter der Bedingung, wenn er zur Mündigkeit gelange, auferlegtes Vermächtniß vom Substituten, jedoch ohne ausdrückliche Wiederholung der Bedingung, repetirt. Wollte man hier die Bedingung stillschweigend mit wiederholen, wie es sonst die Regel mit sich bringt, so würde das wiederholte Vermächtniß gerade dadurch wirkungslos werden; denn der Substitut würde dann thatsächlich unter der Bedingung: daß er nicht Erbe werde, belastet sein, weil die Pupillarsubstitution ja bekanntlich zusammenfällt, wenn der Pupill zur Mündigkeit gelangt.

Dagegen ist die Repetition vom Pupillarsubstituten wirksam, wenn von ihm das vom Pupillen unter einer Bedingung Hinter-

---

Vermächtnisses einer species (nicht einer Summe) war durch eine besondere Constitution wahrscheinlich des Divus Pius festgestellt: *eidem saepe legatum corpus* (nämlich in einem und demselben Testamente) *non onerare heredem*, l. 66 pr. §. 5 de leg. II., l. 34 §. 1—5 de leg. I., l. 42 §. 1 de usufr. 7, 1.

Diese Ungültigkeit der Repetition vom Pupillarsubstituten, die recht eigentlich *inutilitas*, Nutzlosigkeit ist, ist auch mit der Grund, warum Papinian in l. 77 §. 15 de leg. II. die Darstellung des dafelbst referirten Falls mit: *ab extraneo instituto anhebt* und dadurch jeden Gedanken an eine Pupillarsubstitution ausschließt.

lassene ausdrücklich nur repetirt wird und der Pupill während schwebender Bedingung stirbt, wo dann das Legat lediglich aus der Substitution d. h. also nur das repetirte Legat gilt,

l. 81 §. 7 fin. de leg. I.

und in der Regel wird die Repetition vom Pupillarsubstituten wirksam sein, wenn derselbe durch den bei Lebzeiten des Vaters erfolgenden Tod des Pupillen nicht als Pupillarsubstitut, sondern in Folge einer duplex, resp. tacita substitutio als Vulgarsubstitut zur Erbschaft gelangt.

arg. ex l. 81 §. 7 si pupillus heres exstiterit, l. 19 §. 1 fin. de leg. I.

Denn hier kann die Repetition weder das Legat unzulässigerweise dupliciren, noch ist sie andererseits ohne Nutzen für den Legatar, in l. 19 §. 1 cit. confirmirt sie. Nur in dem Specialfall der l. 87 §. 4 35, 2 gilt sie nicht, weil sie m. Er. hier überflüssig ist (not. 29).

Suchen wir nach dem von uns vorstehend Entwickelten das Verhältniß des erblasserischen Willens zu der Repetition zusammenfassend zu bestimmen, so ist es folgendes: Der erblasserische Wille wirkt temperirend auf die wirklich vorhandene Repetition. Er beseitigt die ausgedrückte Repetition, wenn sie zu einem ihm widersprechenden Ergebnisse führen würde und er läßt es zu einer tacita repetitio überhaupt gar nicht kommen, wenn deren Ergebnis ihm nicht entsprechen würde. Dies ist grade für die gewöhnlich sogenannte tacita repetitio der relicta a substituto in der Hauptstelle über dieselbe, nämlich in l. 74 de leg. I. ausgesprochen.

Ulpianus (libro IV. Disputationum.) — Licet Imperator noster cum patre rescripserit, videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerant relicta, tamen hoc ita erit accipiendum, si non fuit evidens diversa voluntas, quae ex multis colligetur, an quis ab herede legatum vel fideicommissum relictum noluerit a substituto deberi. Quid enim, si aliam rem reliquit a substituto ei fideicommissario vel legatario, quam ab instituto non reliquerat? Vel quid, si certa causa fuit, cur ab instituto relinqueret, quae in substituto cessaret? Vel quid, si substituit ex parte

fideicommissarium, cui ab instituto reliquerat fideicommissum<sup>34)</sup>?

Schöpferisch dagegen wirkt der Wille des Testators, soweit wir im Rechte der Compilation, nicht nur der Pandekten, sondern auch des Coder sehen können, hier nur in sehr beschränkter Weise. Allerdings hat er die verschiedenen Fälle der tacita repetitio hervorgetrieben, aber doch nur Schritt für Schritt im Kampfe gegen den rigor der verba und des ordo scripturae und grade im wichtigsten Falle gestützt auf ausdrückliche kaiserliche Entscheidung.

Man vergl. das allerdings keinen Repetitions-, sondern gewissermaßen einen Retrotractionsfall enthaltende Rescript des Divus Pius und der Divi fratres in l. 26 de manum. test. (40, 4), den zweifelnden Ausdruck in l. 2 eod. (40, 4), die auf ein Rescript des D. Pius gestützte Entscheidung in l. 77 pr. fin. de condit. et dem. (35, 1) vgl. mit l. 18 pr. §. 1 de condit. instit. (28, 7) u. f. w. l. 64 de leg. II. Rescript von Marcus und Commodus. (Hinzufügung einer mutua substitutio zu einem Fideicommiß durch präsumirte Repetition).

Diejenige Wirkung der Repetition, auf welche Bangerow S. 430 besonderes Gewicht legt, nämlich daß durch eine Repetition auch legata inutilia confirmirt werden können, wird in der dafür angezogenen Stelle nicht der tacita repetitio, sondern der ausdrücklichen Repetition zugeschrieben,

l. 19 pr. de leg. I. Ulp. 15 ad Sab. Legata inutiliter data, Papinianus *putat* libro quaestionum confirmari per repetitionem, id est per hanc *scripturam* postea forte in codicillis factam: *hoc amplius* ei heres meus dato und in §. 1: Idem eodem loco et in substituto impuberis scripsit, ut, si fuerit ab impubere inutiliter legatum, substitutus hoc debeat, si „*hoc amplius*“ legatum ab eo sit relictum aliquid.

Dabei ist aber wohl zu beachten, daß grade Papinian es ist, von welchem die l. 87, 90 de leg. I. (ebenfalls aus den

34) Vgl. über den letztgedachten Fall auch die Ausführung des Paullus in l. 83 de leg. II.

Quästionen) und die l. 75 §. 1 de leg. II. (aus den Responsen), also gerade diejenigen Stellen herrühren, welche nach der Bangerow'schen Theorie vermittelt der Annahme einer *tacita repetitio* des ungültig hinterlassenen Theils des Prälegats erklärt werden sollen. Nun sind zwei Fälle möglich. Entweder hat Papinian seine Quästionen vor dem *rescriptum Severi*, wie ich aus verschiedenen Gründen annehme, oder nach demselben geschrieben. Im letzteren Falle muß es in hohem Grade auffällig erscheinen, daß Papinian so entschieden, wie es in den hervorgehobenen Worten geschieht, die ausdrückliche *Repetition* betont. Im erstern Falle wird man um so weniger geneigt sein können, zur Erklärung von bei ihm schon feststehenden Sätzen in Betreff des Prälegats die *tacita repetitio* herbeizuziehen.

Aber auch in denjenigen Fällen, wo der erblasserische Wille ausnahmsweise schon im classischen Rechte eine *tacita repetitio* hervortrieb, wirkte er doch nicht neu schaffend, sondern blos transferirend. Er nahm eine bereits vorhandene und ausgedrückte Verfügung (Legat, Freiheitsertheilung, Bedingung) und übertrug sie gemäß dem vermuthlichen Willen des Testators auf eine andere Stelle, damit sie dort eine vom Testator gewollte Wirkung hervorbringen sollte; aber vorausgesetzt wird dabei doch immer, daß eine ausdrückliche Verfügung vorangegangen sei, welche nun eben nur wiederholt wird; was aber im Testamente überhaupt gar nicht steht, das kann auch nicht wiederholt werden. Freilich ist es möglich, der wiederholten Verfügung einen Zusatz zu geben, welcher in der frühern Verfügung, die wiederholt wird, nicht enthalten war, z. B. der ersteren eine Bedingung (l. 40 §. 2 de condit. et dem. 35, 1) oder dem in der ersten Verfügung Bedachten einen zweiten hinzuzufügen; aber das ist nur möglich bei einer ausdrücklichen *Repetition* und mittelst eines ausdrücklichen Zusatzes zu derselben und es findet sich keine Spur davon, daß dies auch durch stillschweigende *Repetition* habe geschehen können, vielmehr muß behauptet werden, daß ein solches Verfahren, selbst wenn es vorkäme, den Begriff der *Repetition*, welcher ein technisch festbestimmter ist, überschreiten und nicht *Repetition*, sondern etwas ganz anderes sein würde. Allerdings giebt es einen Fall, wo in der That etwas Aehnliches vorkommt; nämlich wenn ein kinderloser *Descendent* mit ganzer

oder theilweiser Herausgabe dessen, was ihm vom Erblasser verschafft worden ist, beschwert wird und, bevor die Zeit der Restitution eingetreten ist, Kinder bekommen hat, welche zu jener Zeit noch vorhanden sind, so fällt die Restitutionsverpflichtung zusammen, gleich als ob ihr die Bedingung: *si sine liberis decesserit*, welche in der That nicht beigelegt war, von Anfang an beigelegt gewesen wäre.

Aber, wenn man bedenkt, daß es erst Justinian gewesen ist, der diesen Satz in seiner gegenwärtigen Gestalt aufgestellt hat und daß er es für nöthig erachtet hat, deshalb zwei Constitutionen, die l. 30 Cod. de fideicomm. 6, 42 vom J. 529 und die l. 6 §. 1 Cod. de instit. et substit. 6, 25 vom J. 530 zu erlassen, in denen er beständig die Autorität des „scharfsinnigsten und geistvollsten“ Papinianus anruft, so muß man annehmen, daß selbst Justinian noch geglaubt hat, mit diesem Satze etwas Absonderliches, von den sonstigen selbst bei ihm noch feststehenden Principien des Römischen Erbrechts wesentlich Abweichendes anzuordnen.

Sieht man sich dann die Stelle Papinians selbst an — es ist die l. 102 de condit. et demonstr. 35, 1 aus dem 9. Buche der Responsen — so zeigt sich, daß dieselbe einen ganz besondern eigengearteten Fall im Auge hat. Es liegt ein Universal-fideicommiss vor, das einem Enkel von seinem Großvater für den Fall auferlegt ist, daß er vor dem dreißigsten Jahre versterbe; der Enkel stirbt vor erreichtem 30. Jahre, hinterläßt aber Kinder. Papinian respondirt: *fideicommissi conditionem conjectura pietatis defecisse, quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inveniretur.*

Ueber das *minus scriptum, quam dictum* (nuncupatum) vgl.

l. 1 §. 5, l. 9 §. 2 de hered. instit. (28, 5), l. 67 §. 9 de leg. II.

Der Sinn ist, man muß annehmen, daß der Großvater bei seiner Anordnung die Rücksichten der Pietät gegen seinen Enkel und dessen künftige Nachkommen beobachtet habe; danach aber muß man annehmen, daß die Bedingung, unter welcher der Enkel die Erbschaft restituiren soll, in unvollständiger Weise niedergeschrieben worden und der Zusatz: *sine liberis*, den die Pietät erforderte, aus Versehen weggeblieben ist.

Mit der *tacita repetitio* hat dieser Fall gar nichts zu thun und nicht den geringsten Zusammenhang. Nicht von vermuthetem Willen, wie bei jener (l. 77 §. 15 de leg. II. *conjectura voluntatis*), sondern von vermutheter Pflichterfüllung und nicht von der Uebertragung einer in sich vollständigen Disposition an eine andere Stelle des Testaments, sondern von der Ergänzung einer in sich unvollständigen Disposition ist hier die Rede.

Bestätigt wird das Princip, daß mindestens nach dem Rechte der classischen Zeit der nicht ausgedrückte Wille des Testators regelmäßig nicht die Kraft gehabt habe, einer testamentarisch pur ausgesprochenen Verfügung eine Bedingung hinzuzufügen, während ihm allerdings die Kraft beizuwohnen, eine ausgedrückte Bedingung zu beseitigen, durch die in l. 9 §. 5 de hered. instit. 28, 5 enthaltene von Ulpian gebilligte Entscheidung des Marcellus. Hat nämlich der Testator einer pur niedergeschriebenen Erbeinsetzung erwiesenermaßen eine Bedingung beifügen wollen, so wird dessenungeachtet die Bedingung nicht für hinzugefügt erachtet, aber die Erbeinsetzung wird auch nicht als pure aufrecht erhalten, sondern sie wird als ungültig behandelt. Wenn aber umgekehrt der Erbeinsetzung eine Bedingung hinzugefügt worden war, welche der Testator erwiesenermaßen nicht hinzugefügt haben wollte, so wird die Bedingung kraft des vorhandenen aber nicht ausgedrückten Willens des Testators weggestrichen und die Erbeinsetzung bleibt als pure bestehen. Hier zeigt sich ganz deutlich, wie der gar nicht ausgedrückte<sup>35)</sup>, wenn auch gewisse Wille des Testators wohl die negative Kraft hat, den ihm nicht adäquaten Ausdruck, das *scriptum* ganz oder theilweis zu beseitigen — was nicht gewollt ist, das soll, obwohl geschrieben, doch nicht gelten, nicht aber die positive Kraft, was nicht geschrieben, sondern bloß gewollt ist, zur Geltung zu bringen (abgesehen von den speciellen Ausnahmefällen, die sich in der Gestalt der *tacita repetitio* und des *Sages: plus nuncupatum*

35) Von diesen Fällen, wo der Wille des Testators gar nicht oder entschieden unvollständig ausgedrückt ist, sind principuell wohl zu unterscheiden diejenigen Fälle, wo er ausgedrückt ist, nur nicht mit directen oder entsprechenden Worten, wo also Interpretation noch helfen kann. Hierhin gehört die Mehrzahl der Fälle der sog. stillschweigenden Fideicommiss.

minus scriptum videri, sowie im Gebiete des Fideicommissrechts allmählig meist auf Grund legislatorischer Verfügung durch Rescripte gebildet haben).

Mit dem im Vorstehenden entwickelten Standpunkte des classischen Römischen Rechts verträgt sich nun offenbar weder die Construction der Glosse und des Donellus, nach welcher dem Prälegat von Anfang an zu demjenigen Theile, zu welchem es dem Prälegatar aufgelegt ist, die Bedingung: si heres non erit stillschweigend beigefügt werden soll, noch diejenige Bangerow's, nach welcher das Prälegat zu jenem Theile erst stillschweigend repetirt und dem so repetirten Prälegat die obige Bedingung stillschweigend ex voluntate testatoris zugesetzt werden soll.

Die Hinzufügung der Bedingung: si heres non erit als einer wahren, willkürlichen aus dem Willen des Testators herrührenden Bedingung zu demjenigen Theile des Prälegats, welcher dem Erbtheile des Prälegatars entspricht, wie sie von der Glosse und von Donellus proponirt wird, würde übrigens im Grunde das Prälegat selbst aufheben, indem es dasselbe in Wirklichkeit in ein einfaches Legat umwandelte. Denn der Begriff des Prälegats besteht eben darin (vergl. S. 1 im Anf.), daß dasselbe von allen Erben, einschließlich des Prälegatars selbst, diesem letzteren hinterlassen ist. Die Bedingung: si heres non erit schließt aber die Möglichkeit aus, daß derjenige, welcher unter dieser Bedingung mit einem Legate bedacht ist, überhaupt vom Testator als Belasteter hat gedacht und gesetzt werden können. Somit beseitigt jene Construction, welche jedem Prälegat wenigstens zu einem Theile die Bedingung: si heres non erit beigügt, den ganzen Begriff des Prälegats; es giebt dann überhaupt kein Prälegat mehr, sondern, was so heißt, ist in Wirklichkeit gleich von Anfang an ein theils pur, theils bedingt von den anderen Erben mit Ausschluß des Prälegatars gegebenes simplex Legat. Bei der neuern Construction, welche eine stillschweigende bedingte Repetition des ungültig hinterlassenen Theils des Prälegats zu Hilfe nimmt, wird zwar scheinbar das vorerwähnte Ergebnis vermieden; in Wahrheit kommt sie aber schließlich auf ziemlich dasselbe hinaus. Es ist nämlich allerdings richtig, daß inutilia legata durch Repetition confirmirt werden können,

## l. 19 de leg. I.

und inwiefern demgemäß eine tacita repetitio den ungültigen Theil des Prälegats in Folge des rescriptum Severi confirmiren könne, werden wir weiter unten sehen. Soviel aber scheint mir sicher, daß Papinian in l. 19 cit. an ganz andere Fälle gedacht hat, welche durch seine Aeußerung, unwirksam gegebene Legate würden per repetitionem d. h. per hanc scripturam postea forte in codicillis factam: hoc amplius ei heres meus dato confirmirt, und durch die spätere Beziehung auf den Pupillarsubstituten genügend angedeutet werden. Wenn z. B. ein Testator, was er im Testamente einem fremden Postumus vermacht hatte — welches Vermächtniß nach vorjustinianischem Rechte ungültig war — in nach der Geburt desselben errichteten Codicillen oder wenn ein Soldat, der in seinem Testamente, welches er noch als paganus gemacht hatte, einem peregrinus ein Vermächtniß hinterlassen hatte, dasselbe in Codicillen, die er während seiner Dienstzeit errichtete, wiederholte oder wenn er, was dem Sklaven des ernannten Erben nur hinterlassen worden war, nachgehends unter einer Bedingung repetirte, so wurden diese ursprünglich ungültigen Vermächtnisse durch die Repetition allerdings confirmirt<sup>36)</sup>.

Zimmer aber wird in l. 19 vorausgesetzt, daß die Repetition in einer andern letztwilligen Verfügung, als in welcher das ursprüngliche ungültige Vermächtniß angeordnet worden ist, getroffen worden sei, nämlich in später errichteten Codicillen oder

36) Vergl. zu diesen Beispielen l. 2 pr. de jur. cod. 29, 7, Gaj. II. 241, §. 26 Instit. II. 20, l. 8 §. 4 de jur. cod. 29, 7, l. 13 §. 2 de test. mil. 29, 1, l. 5 Cod. h. tit. 6, 21. Diese Beispiele sind gewählt mit Rücksicht auf die sog. codicillarrechtliche Fiction (Fein, Fortsetzung v. Glück's Commentar Bd. 44 S. 233 ff.) und die Ausnahmen von letzterer, welche auf dem in l. 7 §. 1 de jur. cod. (29, 7) ausgesprochenen Principe beruhen, daß dieselbe nicht Platz greife in illis, quae non juris sed facti sunt.

Nach der allgemeinen Fassung der l. 19 de leg. I. könnte man sehr wohl auf den Gedanken kommen, daß die confirmatio per repetitionem eine selbstständige Ausnahme von der codicillarrechtlichen Fiction enthalte, also z. B. das Legat der eigenen Sache des Legatars gültig werden könne durch eine Wiederholung in Codicillen, welche zu einer Zeit errichtet wurden, wo der Legatar die Sache veräußert hat. Auf diese wohl zu verneinende Frage näher einzugehen, ist hier nicht der Ort, vgl. über l. 19 de leg. I. noch Fein, Glück's Commentar B. 44 S. 220, der diese confirmatorische Repetition wohl etwas zu eng unter den Begriff der codicilli in praeteritum confirmati bringt.

vom Pupillarsubstituten d. h. in secundis tabulis, und im Grunde liegt in allen diesen Fällen nicht eine Bestätigung des alten ungültigen Vermächnisses vor, welches dasselbe rückwärts convalesciren ließe, sondern die Errichtung eines neuen unter den Umständen, die nunmehr vorliegen, gültigen Vermächnisses, welches nur seinen Inhalt im Wesentlichen aus dem alten ungültigen Vermächnisse entnimmt<sup>37)</sup>.

Hiermit kommt man aber für die Construction der bedingten Repetition ziemlich auf demselben Standpunkte an, der uns veranlassen mußte, die einfache Hinzufügung der Bedingung si heres non erit zu beanstanden, nämlich, daß dadurch der Begriff des Prälegats verloren geht und dasselbe sich seinem ganzen Umfange nach unter der Hand in ein simples Legat umwandelt. Insbesondere aber würde für denjenigen Fall, wo dem Prälegatar ein Substitut gesetzt ist, die Annahme einer Repetition unter der Bedingung si heres non erit (praelegatarius) ganz überflüssig sein und gar nichts anderes bewirken, als wenn der Substitut von vornherein oder durch gewöhnliche unbedingte tacita repetitio mit dem Prälegat belastet worden wäre; insbesondere würde also damit nichts gewonnen werden für die Hinausschiebung des dies cedens des auf den Erbtheil des Prälegatars fallenden Legatantheils, was doch der Hauptzweck jener ganzen Construction ist. Denn das bedingt repetirte Prälegat würde genau unter derselben Bedingung: „Wenn der Prälegatar nicht Erbe wird,“ stehen, wie die Substitution selbst, die ja nur eine bedingte Erbeinsetzung ist; wenn aber jemandem unter derselben Bedingung legirt ist, unter welcher die Erbeinsetzung steht, so cedirt der dies des bedingten Legats gerade so, als ob es pur hinterlassen worden wäre.

l. 21 §. 1 quando dies leg. 36, 2 Paullus libr. II. ad Vitellium, (vgl. auch l. 7 §. 5 eod. tit.) §. 1 Si sub conditione, qua te heredem institui, sub ea conditione Titio legatum sit, Pomponius putat, perinde huius legati diem cedere, atque si pure relictum esset,

37) Vgl. über die sogenannte Confirmation nichtiger Rechtsgeschäfte Wächter, Württemb. Privatrecht §. 100 no. II. Savigny, System Bd. IV. S. 556 ff. Unger, System des Oesterreich. allg. Privatrechts II. §. 92 no. 1 u. j. w. Andre Anj. f. d. Justinian. Recht, Windscheid, §. 83 not. 10.

quoniam certum esset, herede existente debitum iri; neque enim per conditionem heredum fieri incerta legata, nec multum interesse tale legatum ab hoc: *si heres erit, dato.*

Abgesehen von der im Vorstehenden verneinten Frage nach der Möglichkeit und Zulässigkeit einer bedingten Repetition hat aber meines Erachtens nach auch die ganz gewöhnliche unbedingte tacita repetitio mit dem Prälegate nichts mehr und nichts anderes zu thun, als mit jedem gewöhnlichen Legate, ja in gewissem Sinne hat sie mit ihm weniger zu thun, weil die Fälle, in denen eine tacita repetitio überhaupt wirksam werden kann, grade beim Prälegat nur in sehr beschränkter Weise vorkommen können. Die tacita repetitio der Vermächtnisse kommt, wie schon erwähnt (§. 4 bei not. 19), nur in zwei Fällen vor:

- 1) wenn vom Instituten, aber nicht auch ausdrücklich vom Substituten und
- 2) wenn von einem oder einigen mehrerer Miterben namentlich (nominatim) vermacht ist.

War dagegen im erstern Fall das Vermächtniß ausdrücklich a llen Erben (quisquis mihi heres erit, dato; omnes heredes danto, heres meus dato) auferlegt oder vom Substituten ausdrücklich (z. B. auch durch den Ausdruck hoc amplius) wiederholt, so haftete schon nach altem Recht auch der Substitut für dasselbe und eine tacita repetitio griff nicht Platz, weil sie gänzlich überflüssig war. Ebenso verhielt es sich aber, ebenfalls schon im ältern Recht, wenn ein Vermächtniß nicht einem oder mehreren Miterben gleichen Grades namentlich auferlegt, sondern schlechthin von der Erbschaft (imperfionell) oder ausdrücklich von allen Erben hinterlassen worden war, weil auch hier durch das Ausfallen des einen Miterben das Vermächtniß keineswegs zu dessen Theile zusammenfiel, sondern von den andern Miterben, welchen anwuchs, verhältnismäßig mitgetragen werden mußte,

l. 49 §. 4 de leg. II.,

die tacita repetitio also nichts anderes hervorgebracht haben würde, als was schon durch allgemeinen Rechtsfag bewirkt wurde.

vgl. Arndts, Commentar B. 47 S. 264 not. 42.

Da nun ein Prälegat seiner Natur nach stets von der Erbschaft schlechthin, also von allen Erben hinterlassen wird, so

ergiebt sich, daß von einer *tacita repetitio* bei demselben nur insofern die Rede sein kann, als ein Substitut vorhanden ist, dem das Vermächtniß nicht ausdrücklich mit aufgelegt worden ist. Dieser Substitut wird nun seit dem *rescriptum Severi* in Folge der *tacita repetitio* freilich ebenfalls für das Prälegat mit haften<sup>38)</sup> und falls er gerade Substitut des Prälegatars selbst ist, sogar speciell für den der Erbportion desselben entsprechenden Theil des Prälegats, der auf diese Weise durch die *tacita repetitio* allerdings confirmirt wird. Aber weiter bewirkt die *tacita repetitio* nichts, als daß nun auch in diesem Falle die Sache so steht, als wenn von Anfang an das Prälegat von allen Graden hinterlassen worden wäre. Sind dagegen keine Substituten, sondern nur Theilerben desselben Grades vorhanden, so kann beim Prälegat von einer *tacita repetitio* überhaupt nicht die Rede sein, weil selbst die ausdrückliche Repetition von den Miterben hier nicht mehr bewirken würde, als was schon

38) Die bisher herrschende Ansicht nahm an, daß die *tacita repetitio* der Vermächtnisse ausgeschlossen sei, wenn letztere dem *institutus* ungültig aufgelegt waren,

Fein, Fortf. von Glück's Commentar, B. 44 S. 266. Donell, comm. jur. civ. VIII. c. 29 §. 9,

was für unsern Fall dahin führen würde, daß der vom Prälegatar inutiliter hinterlassene Theil des Prälegats durch die *tacita repetitio* vom Substituten nicht confirmirt würde. Ich schließe mich jedoch der von Arndts, Commentar B. 47. S. 269 ff. ausgeführten Ansicht unbedenklich an, wonach auch *inutilia legata* durch stillschweigende Repetition bestätigt werden können (natürlich nur insoweit, als auch eine ausdrückliche Repetition dasselbe Resultat hervorbringen würde). Das für die herrschende Meinung aus l. 14 §. 1 de jur. codic. (29, 7) gezogene Argument ist von Arndts, Comm. 47. B. S. 273 durch die Bemerkung widerlegt, daß das Legat dort in einem bezüglich des Substituten nicht bestätigten Codicill angeordnet war. Berücksichtigt man l. 14 pr. cit. mit, so beruht die ganze Entscheidung der lex 14 cit. einfach darauf, daß die Confirmationssclausel durch den Tod des Institutens zusammengefallen und daher das nach dessen Tode errichtete Codicill durch dieselbe nicht mehr gedeckt ist. Für die Repetition überhaupt, auch die ausdrückliche, von welcher die stillschweigende nur ein Abbild ist, bestätigt die l. 14 de jur. cod. den oben aufgestellten Satz, daß sie im Grunde eine neue, selbstständig für sich zu beurtheilende Verfügung sei, die nur ihren Stoff ganz oder theilweise aus einer früheren entnehme.

Daß die l. 19 de leg. I. die Repetition ungültiger Vermächtnisse nur in der Gestalt einer ausdrücklichen Repetition (*hoc amplius*) kennt, erklärt sich leicht, wenn man annimmt, daß zur Zeit, wo Papinian diese Stelle niederschrieb, das *rescriptum Severi* wahrscheinlich noch nicht erlassen war und darf uns nicht veranlassen, in das letztere eine Beschränkung lediglich auf die vom Institutens gültig hinterlassenen Legate hineinzulegen, welche in demselben nicht ausgesprochen ist.

das Gesetz selbst bewirkt, nämlich daß dieselben, wenn der Prälegatar nicht Erbe wird und ihnen sein Erbtheil accrescirt, für das ganze Legat haften.

Stellen wir das Resultat der vorstehenden Ausführungen kurz zusammen, so ist es dies: die *tacita repetitio* ist auf das Prälegat überhaupt nur in sehr beschränkter Weise (in dem Falle, daß Substituten vorhanden, aber mit dem Prälegat nicht ausdrücklich belastet sind) anwendbar.

Der Annahme einer stillschweigenden Repetition unter Hinzufügung der Bedingung: *si heres non erit (praelegatarius)*, ebenso wie der Annahme, daß diese Bedingung dem auf die Erbportion des Prälegatars fallenden Theile des Prälegats von Anfang an stillschweigend hinzuzufügen sei, steht, wenn nicht unbedingt für das Präfideicommiss, doch sicher für das Prälegat die ganze Anschauungsweise der Römischen Jurisprudenz über die Bedeutung der *verba*, sowie die Natur der Repetition, welche nur wiederholt, was schon verfügt ist und Neues nur durch ausdrücklichen Zusatz in sich aufnehmen kann, entgegen.

Der Satz, daß der ablehnende Prälegatar-Erbe das ganze Prälegat bekomme, findet sich früher als von einer *tacita repetitio* überhaupt die Rede ist und andererseits findet sich in den Quellen nirgends die geringste Spur, daß er mit der *tacita repetitio* jemals in Verbindung gebracht oder gar auf eine bedingte stillschweigende Wiederholung des dem Prälegatar von sich selbst hinterlassenen Legatenantheils gegründet worden sei.

### §. 6.

#### Die l. 75 §. 1 de leg. II. und ihr Verhältniß zu den Prälegatstheorien.

Nachdem wir uns im Vorstehenden mit der herrschenden Theorie, welcher wir sowohl in dieser ihrer Eigenschaft als wegen ihres Zusammenhanges mit einer verhältnißmäßig wenig behandelten Lehre, derjenigen von der Repetition der Willensverfügungen, eine ausführlichere Besprechung widmen zu müssen glaubten, auseinandergesetzt und gefunden haben, daß wir dieselbe nicht zu acceptiren vermögen, kehren wir zu der am Schlusse von §. 4 abgebrochenen Erörterung zurück. Wir hatten daselbst

diejenigen Quellenstellen, welche von den Verteidigern der anfänglichen totalen Gültigkeit des Prälegats für sich angezogen werden, auf ihre Beweiskraft hin geprüft und gefunden, daß sie den behaupteten Beweis nicht liefern, ja in Betreff einiger dieser Stellen, namentlich der l. 30 §. 8 ad leg. Falc. 35, 2 kamen wir zu dem Ergebnisse, daß sie geradezu gegen die Annahme einer anfänglichen totalen Gültigkeit des Prälegats sprächen. Es giebt nun aber außerdem, wie schon in §. 4 angedeutet, eine Stelle, welche mit jener Theorie sich schwerlich auf irgend eine Weise vereinigen läßt. Es ist dies die l. 75 §. 1 de leg. II., auf welche deshalb noch etwas näher einzugehen ist. Dieses berühmte Gesetz lautet wie folgt:

l. 75 §. 1 de leg. II. Papinianus libr. 6 respons. Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictæ, post diem legatorum cedentem, ante aditam hereditatem vita decessit; partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quæ pro parte coheredum constituerunt, ad heredes eius transmitti

Es ist nicht meine Absicht, den zahlreichen Erklärungen dieses Fragments eine neue hinzuzufügen zu wollen; vielmehr acceptire ich unbedingt die gewöhnliche Auslegung, nach welcher in demselben die Entscheidung enthalten ist, daß, wenn ein Theilerbe, welchem ein Prälegat hinterlassen ist, nach dem dies cedens der Legate, also präsumtiv nach dem Tode des Testators aber vor dem Antritte der Erbschaft verstirbt, auf die Erben des Prälegatars nur derjenige Theil des Prälegats, welchen die übrigen Miterben zu prästiren hatten, transmittirt wird, nicht aber das ganze Prälegat.

Daß dieses Gesetz, so verstanden, der Annahme einer anfänglichen totalen Gültigkeit des Prälegats entgegensteht, bedarf keiner weitem Auseinandersetzung. Es wird dies von den Verteidigern dieser Ansicht selbst offen zugestanden und nur der Weg ist verschieden, auf welchem von ihnen versucht wird sich mit jenem Gesetze abzufinden. Einige, namentlich v. d. Pfordten S. 55 §. 15 fin., bekennen geradezu, daß sie alle Hoffnung auf eine passende Auslegung der l. 75 §. 1 aufgegeben hätten und meinen nur, wegen dieses einzigen Gesetzes, welches den That-

bestand vielleicht nicht vollkommen richtig referire, dürfte man sich nicht bewegen lassen, eine Theorie, die durch die Uebereinstimmung so vieler anderer Stellen bestätigt werde, zu verwerfen und in das Wesen des Prälegats Unterschiede hineinzubringen, welche jedes vernünftigen rechtlichen Grundes entbehrten. Andere wollen dadurch helfen, daß sie der l. 75 §. 1 eine andere Deutung unterlegen.

Die ältern Versuche dieser Art,

f. v. d. Pfordten S. 54, Buchholz S. 311 ff. Arndts, Commentar S. 116 ff.,

sind namentlich von dem letzteren Schriftsteller genügend widerlegt worden; und dies gilt auch von demjenigen Versuche, welchen in dieser Richtung neuerdings Schütze im Jahrb. des gem. Rechts, herausgegeben von Becher und Muther, III. S. 418 ff. gemacht hat und wonach der Ausdruck *praeceptio* im engeren Sinne im Gegensatz zu dem Ausdrucke *praelegatum* das zu Gunsten eines Miterben einem andern Miterben ausschließlich auferlegte Vermächtniß bezeichnen und das Wort *constiterunt* nicht wie gewöhnlich zu erklären sein soll, als gleichbedeutend mit: gelten, sondern vielmehr soviel bedeuten soll, wie „feststehen“ oder ermittelt sein.

f. Arndts, Commentar S. 119 ff. Windscheid, §. 627 not. 6.

Dagegen sind nun in letzter Zeit zwei neue Erklärungsversuche aufgestellt worden von Arndts im Commentar S. 124 bis 126 und von Serafini im *archiv. giuridico* 1871 S. 182 ff.

Arndts betont zunächst, daß, wenn auch die von Schütze angenommene engere technische Bedeutung von *praeceptio* unabweislich sei, doch dieses Wort nicht ausschließlich nur in Beziehung auf ein *legatum per praeceptionem* gebraucht werde und keineswegs immer ein eigentliches Prälegat darunter zu verstehen sei; vielmehr könne dieses Wort auch gebraucht werden, wenn nur materiell einem Erben ein Voraus außer seinem Erbtheil zugebracht sei und daher habe wohl auch ein den Miterben namentlich aufgelegtes Vermächtniß *praeceptio* in diesem materiellen Sinne genannt werden können. Papinian gebe nun in l. 75 §. 1 nichts näheres über die Beschaffenheit der *praeceptiones relictæ* seines Rechtsfalls an. Und wenn er nun sein

Erachten dahin abgebe: in Rücksicht der Erbfolge träten die substituirtten Erben an die Stelle des weggefallenen Erben, die Erben des letztern könnten aber die ihrem Erblasser angewiesenen praeceptiones gegen jene Miterben in Anspruch nehmen, sowie sich jetzt auf Seiten derselben deren Vermächtnißlast herausstelle, so sei daraus nicht nothwendig zu folgern, daß in dem Falle, wenn dem weggefallenen Erben deutlich eine ganze Sache der Erbschaft im eigentlichen Sinne prälegirt gewesen sei, dessen Erben nicht die ganze Sache, nicht auch den auf den Erbtheil ihres Erblassers fallenden Theil derselben fordern könnten.

Die Erklärung von Arndts, welche dieser selbst — S. 124 — „nicht vollkommen befriedigend“ nennt, geht im Grunde nur darauf hinaus, das argumentum a contrario abzuschwächen, welches aus der l. 75 §. 1 gegen die Theorie der anfänglichen totalen Gültigkeit gezogen wird, die ihm aus sämtlichen andern Stellen und aus der Natur der Sache bereits als vollkommen festgestellt erscheint. Vorausgesetzt, daß dies der Fall wäre, könnte man sich dabei allenfalls beruhigen. Wenn aber jene Theorie durch die dafür angezogenen Stellen nicht über allen Zweifel erhaben festgestellt ist, wie wir in §. 4 nachzuweisen versucht haben und wenn, wie wir im Folgenden noch darzuthun versuchen werden, es Gründe giebt anzunehmen, der Satz heredi a semet ipso legari non potest habe nothwendig zu dem Resultate führen müssen, daß das Prälegat als eigentliches Vermächtniß, als *delibatio hereditatis pro parte* von Anfang an nichtig sei, so gewinnt das argumentum a contrario aus l. 75 §. 1 de leg. II. seine volle Kraft zurück und dürfte in der That das unüberwindliche Hinderniß gegen die Theorie von der totalen Gültigkeit des Prälegats bilden, als welches es die Gegner dieser Theorie von jeher betrachtet haben.

Serafini, für dessen Erklärung ich mich auf die Relation von Arndts in der Vorrede zur 2. Abtheilung des 47. Bandes des Commentars beziehen muß, meint, in l. 75 §. 1 de leg. II. sei keineswegs der Satz enthalten, welchen die gewöhnliche Erklärung darin finde, sondern im Gegentheile werde gerade durch dieses Gesetz der entgegengesetzte Satz bestätigt, nämlich, daß wenn der Prälegatar post diem legati cedentem ante aditam hereditatem sterbe, das ganze Prälegat seinen Erben

zukomme. In diesem Falle nämlich gelange der Erbtheil des Prälegatars zwar an die ihm substituirtten Miterben, diese aber hätten nun das ganze Prälegat nach Verhältniß ihrer Erbtheile, wie sie sich jetzt nach dem Tode des Prälegatars herausstellten, den Erben des Letzteren zu gewähren. Denn sterbe der Prälegatar nach Antretung der Erbschaft, ohne schon von seinen Miterben das Prälegat eingefordert zu haben, so gehe sein Erbtheil mit dem darin enthaltenen Theile des Prälegats auf seine, des Prälegatars Erben über, und diese hätten von den Miterben natürlich nur den Rest zu fordern; sterbe der Prälegatar aber vor Antretung der Erbschaft, so falle sein Erbtheil an die substituirtten Miterben, dadurch vergrößerten sich deren Erbtheile und nach ihren so vergrößerten und nunmehr die ganze Erbschaft umfassenden Erbportionen müßten die Miterben den Erben des Prälegatars das ganze Prälegat entrichten.

Diese Erklärung beruht offenbar darauf, daß man das Wort *constiterunt* in dem Sinne von „sich herausstellen“, „sich berechnen“ versteht und also annimmt, die *praeceptionum portiones, quae pro parte coheredum constiterunt*, seien diejenigen Quoten, zu denen die *praeceptiones* von den Miterben nach ihren Erbtheilen, wie sie sich nunmehr nach dem Wegfall des Prälegatarerben berechnen und zusammen die ganze Erbschaft ausmachen, zu entrichten seien, kurz unter dem Ausdruck: *praeceptionum portiones* seien nicht einzelne Theile derselben, sondern die Gesamtheit der Quoten zu verstehen, in welchen dieselben von den nunmehr in *totum* hastenden Miterben zu gewähren seien.

Wäre dies wirklich der Sinn jener Stelle, so würde man Papinian schwerlich von dem Vorwurf verfehlten und unklaren Ausdrucks freisprechen können.

Arndts, Pandekten §. 544 not. 3 a. E.; vergl. auch Commentar Bd. 47 S. 121.

Hierzu kommt noch, daß wir grade von Papinian und zwar aus demselben Buche der Responfen eine Stelle besitzen, in welcher sich derselbe einer ganz ähnlichen Ausdrucksweise bedient und in der es ganz unmöglich ist, zu übersehen, daß erst die *pars hereditaria* und die *portiones*, die von den Miterben hinterlassen sind, zusammen das Prälegat ausmachen und diese *portiones* somit wirklich nur einzelne Theile desselben sind.

- l. 15 de his, quae ut indign. 34, 9 Papinianus libr. VI. respons. — Heredi, qui falsos codicillos esse dixit neque obtinuit, hereditas non auferitur; si tamen aliquid a coherede codicillis acceperit, eius actio denegabitur. Itaque si bonorum inter heredes divisionem defunctus codicillis fecerit, *partes* quidem *hereditarias*, in quibus legatum consistere non potuit, tenebit, sed Falcidiae beneficio non utetur, si tantum in *amissis portionibus* erit, quod Falcidiam aequitate compensationis recusaret.

Die divisio bonorum inter heredes, welche in dem von dem einen Theilerben angefochtenen Codicill verfügt war, läßt sich bekanntlich in eine Reihe von gegenseitigen Vorvermächtigungen auflösen, welche, selbst wenn sie nicht in der Form eines legatum per praeceptionem angeordnet sind, doch vice praeceptionis accipiendi sunt.

- l. 35 §. 1 de hered. instit. (28, 5), l. 33 fam. ere. 10, 2, l. 77 §. 8 de leg. II.

Von einem solchen Vermächtnisse ist in dem zweiten Absätze der citirten Stelle die Rede und wie in l. 75 §. 1 werden sich entgegengesetzt die partes hereditariae legati und die amissae portiones, welche, wie sich aus der Stelle klar ergiebt, nichts anderes sind, als diejenigen Theile des Prälegats, welche der Prälegatar von seinen Miterben zu empfangen hat, im Gegensatz zu demjenigen Theile desselben Prälegats, welcher ihm von sich selber gegeben ist und daher als Vermächtniß keinen Rechtsbestand gehabt hat (in quibus legatum consistere non potuit).

Somit gewähren auch die neuesten Versuche, für die l. 75 §. 1 de leg. II. eine von der gewöhnlichen abweichende Auslegung zu gewinnen und damit ein Hauptargument gegen die Theorie der anfänglichen totalen Gültigkeit des Prälegats zu beseitigen, keine Befriedigung. Eine andere Frage aber ist es, ob und in wie weit dieses Gesetz, wenn wir die gewöhnliche Auslegung acceptiren, der entgegengesetzten Ansicht, welche das Prälegat pro parte von Anfang an ungültig sein läßt, eine entscheidende Stütze gewährt. Denn man darf nicht vergessen, daß die l. 75 §. 1 de leg. II. nicht sowohl einen Rechtsatz ausspricht als die gutachtliche Entscheidung eines Rechtsfalles

enthält. Vielleicht nirgends zeigt sich die Meisterschaft der klassischen Römischen Juristen glänzender, als in den Trümmern, welche uns aus ihrer gutachtlichen Literatur erhalten sind; aber grade damit hängt es zusammen, daß in der Darlegung des Thatbestandes dieser Responsen nicht leicht ein Wort zu wenig, aber auch selten ein Wort zu viel zu finden ist. Ehe wir also aus der l. 75 §. 1 eine allgemeine Regel für die Prälegat im Allgemeinen ziehen dürfen, müssen wir genau untersuchen, ob nicht die Entscheidung durch den gegebenen Thatbestand so beschränkt ist, daß sie über denselben hinaus nicht erstreckt werden darf.

Präcisiren wir diesen Thatbestand nochmals in der Kürze.

Einem von mehreren Erben sind *praeceptiones* hinterlassen und ihm einige seiner Miterben substituirt. Er stirbt nach dem dies cedens, aber vor der Antretung der Erbschaft. Sein Erbtheil (*pars hereditaria*), also sein Quotenantheil an dem zwischen den Miterben vom Testator getheilten *jus universum* (l. 9 §. 12 de hered. instit. 28, 5) und mittelst des letztern an den einzelnen Activen und Passiven der Erbschaft gelangt nach feststehender Ansicht der Juristen (*placuit*) an die Substituten; von den *Præceptiones* aber werden die Theile, welche nach den Erbquoten der Miterben Rechtsbestand gehabt haben, auf die Erben des verstorbenen Prälegatarerben transmittirt.

Es sind vornehmlich zwei Punkte, die hier noch zu erörtern sind; erstens: Kommt etwas darauf an, daß in der Stelle grade von *praeceptiones* die Rede ist, und sind wir berechtigt, dasjenige, was hier von den *praeceptiones* ausgesagt wird, schlechthin auf alle diejenigen Vermächtnisse, welche wir jetzt Vorvermächtnisse nennen, auszudehnen?

Zweitens, ist Gewicht darauf zu legen, daß dem Prälegatarerben grade seine Miterben substituirt sind oder würde sich das Ergebnis etwa anders stellen, wenn ihm ein Nichterbe substituirt wäre oder sein ausfallender Erbtheil durch *Accrescenz* (resp. nach klassischem Recht durch *caducorum vindicatio*) an die Miterben gelangte?

### Zu 1.

Das, was wir Vorvermächtniß nennen, konnte zur Zeit der klassischen Juristen auf doppelte Weise hinterlassen werden, ent-

weder durch ein gewöhnliches, allen Erben einschließlich des Prälegatars auferlegtes Vermächtniß (*legatum per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, Fideicommiß*) oder in der besondern Form des *legatum per praeceptionem*.

Die ursprüngliche Natur des Legaters tritt uns in der Sabinianischen Ansicht von demselben entgegen. Die Sabinianer nämlich erklärten, daß ein solches Legat nur einem Theilerben hinterlassen und nur auf einem einzigen Wege, nämlich dem der Erbtheilungsflage geltend gemacht werden könne. Hieraus ergiebt sich, daß im Sinne der Sabinianer das Erwerben des Bedachten eine stillschweigende Voraussetzung der Gültigkeit des Präceptionslegats, also ein legales nachträgliches Erforderniß desselben war, wie etwa beim *legatum sinendi modo* der Umstand, daß die vermachte Sache zur Zeit des Todes dem Testator oder dem Erben gehört hatte (Gaj. II. 211) und ferner, daß dieses Legat seinem materiellen Gehalte nach in einem Vorzugsrecht obligatorischer Natur bestand, vermöge dessen der bedachte Erbe aus dem als gemeinschaftlich gedachten Activbestande des Nachlasses einzelne Gegenstände vorzugsweise vor den übrigen Miterben, auf welche dieselben als Bestandtheile des *universum jus* bereits verhältnißmäßig übergegangen waren, in Anspruch zu nehmen berechtigt wurde. Dagegen erklärten die Proculejaner, deren abweichende Meinung bereits zur Zeit des Gajus das Uebergewicht erlangt hatte, daß auch einem Richterben ein *legatum per praeceptionem* hinterlassen werden könne und daß dem so Bedachten nicht bloß die *actio familiae herciscundae*, also das speciell für die Verwirklichung jenes Vorzugsrechts der Sabinianer geeignete Rechtsmittel, sondern auch die *rei vindicatio* zustehende, grade als ob ihm auch *per vindicationem* legirt worden wäre. Dies führte in dem Falle, wo einem Theilerben eine Sache, welche den Erfordernissen des Vindicationslegats entsprach, vermacht worden war und der Prälegatar Erbe wurde, dahin, daß derselbe die Wahl zwischen der Vindication und der Erbtheilungsflage hatte und zwar wurde er, wenn er sich für die Vindication entschied, nach der reinen Proculejanischen Ansicht über die Wirkungen der *agnitio* beim Vindicationslegat (Gaj. II. §. 195) erst in diesem Augenblicke Eigenthümer der ganzen prälegirten Sache, während diejenigen Juristen, welche

in Betreff des Erwerbs des Vindicationslegats der Sabinianischen Ansicht huldigten — und letztere ist bald nach Gajus die allgemein anerkannte geworden und in den Pandecten recipirt — annehmen mußten, daß der vindicable Gegenstand des Präceptionslegats schon mit dem Antritt der Erbschaft ganz in das Eigenthum des Prälegatars übergehe, aber es immer noch von seiner Entschließung abhängen, ob er denselben mittelst der Vindication als *res propria* ansprechen oder ihn als bisher gemeinschaftlich verblieben behandeln und nur seinen obligatorischen Anspruch auf ausschließliche Abjudication desselben gegen die Miterben geltend machen wollte<sup>39)</sup>.

Der Beginn der Kaiserzeit, die Periode von August bis etwa zu Nero characterisirt sich auf allen Gebieten des politischen und geistigen Lebens durch das Emporkommen und Durchdringen neuer Ideen, neben welchen jedoch die alten Formen, unter deren Herrschaft Roms Größe aufgebaut worden war, fortbauern, ja selbst wo ihr lebendiger Inhalt erstorben ist, sorgfältig conservirt werden. So kommt auch im Gebiete des Erbrechts in dieser Zeit eine schon in der letzten Zeit der Republik begonnene Entwicklung zum Durchbruch, durch welche die alten Formen zwar nicht zerstört werden, aber das Princip der materiellen voluntas des Erblassers, innerhalb der alten Formen durch Lockerung ihrer Strenge und Ausschließlichkeit, wie außerhalb derselben durch das Auftreten ganz neuer Rechtsinstitute (Fideicommissa, Anfänge des Soldatentestaments) zur Geltung gebracht wird.

39) l. 32 de dolo malo 4, 3 Scaevola libr. 32 Dig. Hier ist einem Theilerben ein *Sclav* per praecceptionem legirt, er läßt ihn *vindicta* frei und gewährt ihm dadurch wirksam die Freiheit, während davon, daß derselbe durch Abjudication in sein Alleineigenthum gekommen sei, nicht nur nichts erwähnt ist, sondern, ohne ein Versehen des Theilungsrichters oder der Miterben vorauszusetzen, es unmöglich ist, anzunehmen, letztere seien, wenn ein Theilungsverfahren überhaupt vorausgegangen wäre, in concreto bloß auf die *actio doli* gegen den Freilasser angewiesen gewesen. Die *manumissio* des prälegirten *Scлав* vor dem Theilungsverfahren enthielt natürlich als unwiderrufliche Disposition die definitive Entscheidung des Prälegatars für die *vindicatio*, selbst wenn ihm da noch nichts von dem ihm hinterlassenen Legat bekannt gewesen sein sollte, vergl. l. 19 §. 1 quemadm. serv. am. 8, 6 und l. 44 §. 1 de leg. I. — Siehe ferner l. 92 pr. in fin. de leg. III. Wären die *instrumenta* überhaupt in dem Präceptionslegat begriffen, so würden sie eben nicht *communia*, sondern sofern sich der Prälegatar nicht hinterher ausdrücklich für die Erbtheilungsklage (entschied) *propria* gewesen sein.

Ein Glied in der Kette dieses historischen Entwicklungsprocesses ist auch die Proculejanische Ansicht über das Präceptionslegat. Sie berührt sich in ihrem Grundgedanken sehr nahe mit dem Senatuscons. Neronianum, dessen Geiste zu Gunsten einer beschränkenden Wortinterpretation ja von Sabinus, dem Haupte der gegnerischen Schule <sup>40)</sup>, gerade in Beziehung auf das Präceptionslegat opponirt wurde.

Gaj. II. 218.

Wie nach dem Neronianum, was nur überhaupt legirt ist, auch wenn nicht mit den in concreto passenden Worten, aufrecht erhalten wird nach dem optimum jus des Damnationslegats, so erachten die Proculejaner, was per praeceptionem legirt ist, auch zugleich für per vindicationem legirt, falls es nur überhaupt per vindicationem legirt werden kann. Damit fällt das Erbwerden als stillschweigende Bedingung der Gültigkeit des legatum per praeceptionem hinweg und es entsteht für den antretenden Präceptionslegatar das plenius jus einer doppelten Rechtsverfolgung, indem er zwischen Vindication und Erbtheilungsklage wählen kann <sup>41)</sup>.

Was den Gegenstand des Präceptionslegats betrifft, so scheint es nicht, daß sich die Differenz der Schulen auch darauf bezogen habe. Hierin war das Präceptionslegat vom Anfang an voller gewesen, als das Vindicationslegat. Während letzteres bekanntlich mit einer einzigen Ausnahme nur solche Sachen zum Gegenstand haben konnte, welche sowohl zur Zeit der Errichtung des Testaments als auch zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Quiritarischem Eigenthum standen, bezog sich das legatum per praeceptionem wohl auf alles, was der Testator bei seinem Tode im Vermögen hatte, auf alle res hereditariae und (wegen

---

40) Doch wohl wahrscheinlicher, als von Cilius Sabinus.

41) Hiermit mag das Auftreten der ausdrücklichen Bedingung: si heres erit in eigentlichen Präceptionslegaten zusammenhängen, welche wir von Paullus in l. 92 pr. de leg. III. und von Scävola in l. 20 de instr. leg. 33, 7, also von Juristen aus einer Zeit, in welcher die Proculejanische Ansicht entschieden zur Herrschaft gelangt war, erwähnt finden. Die conditio juris des Sabinianischen Präceptionslegats mußte nun, wenn der Testator dieselbe Wirkung erreichen wollte, durch die conditio expressa: „si heres erit“ ersetzt werden.

der bonae fidei Natur der Erbtheilungsfrage (l. 9 Cod. fam. herc. 3, 36) von vornherein auch auf deren Accessionen<sup>42)</sup>.

Für diejenigen Sachen, welche per praeceptionem, aber nicht per vindicationem legirt werden konnten, ließen wohl auch die Proculejaner für den Miterben nur die actio fam. ercisc. zu,

vgl. Gaj. II. 222 verb. heredi vero familiae herciscundae iudicis officio praestabitur, s. v. d. Pfordten, S. 58, 59, während für den Nichterben und in Betreff fremder Sachen, soweit sie nicht ausnahmsweise per praeceptionem legirt werden konnten, das Legat mittelst des Neronianum als Damnationslegat aufrecht erhalten wurde.

Gaj. II. 220, 222.

Wenn nun der per praeceptionem Bedachte starb, ohne Erbe zu werden, so folgte aus der Sabinianischen Ansicht ohne weiteres, daß von einer Transmiffion auf die Erben nicht die Rede sein konnte und ebenso mochte es bei der Proculejanischen Ansicht, wo auch diese zunächst noch bloß auf die actio familiae herciscundae führte, als das nächstliegende erscheinen, daß durch den Tod des Legatars vor der Antretung die ganze praeceptio zusammenfallen mußte. Indes seit dem Erstarken der Fideicommissstheorie war es möglich auch für solche Fälle eine Transmiffion pro parte coheredum zu construiren. Es ist wahrscheinlich diese Frage, welche zu dem responsum Papinians Veranlassung gegeben hat und, wie er in dem uns in l. 16 Cod. de fideicomm. 6, 42 erhaltenen Responsum gemäß der Proculejanischen Ansicht entschied, daß, wenn eine Tochter die Erbschaft der Mutter, von der ihr ein fundus per praeceptionem legirt war, ausschlage, sie doch das ganze Grundstück vindiciren könne, obwohl bei der Eigenschaft der Prälegatarin als Tochter der Gedanke nahe liegen mochte, daß die Mutter dabei

42) Danach ist anzunehmen, daß es zur Gültigkeit des Präceptionslegats nicht erforderlich war, daß die vermachte Sache schon zur Zeit der Testamentserrichtung dem Testator gehörte, Degenkolb, S. 36, Meyer, Legate §. 4 not. 3: Dafür, daß das Erforderniß des dominium utroque tempore nicht einmal beim Vindicationslegate mit der Catoniana zusammenhänge, s. Arnolds, Catonian. Regel in den civilistischen Schriften II. S. 503 ff. — Vgl. für das Obige auch Paull. R. S. III. 6 §. 1, l. 25 §. 22 fam. ercisc. 10, 2, l. 34 §. 1 de leg. III.

von der Voraussetzung ausgegangen sei, die Tochter werde die Erbschaft wirklich erwerben,

vgl. l. 88 de leg. I.,

so berichtet er uns hier in l. 75 §. 1 de leg. II. von einer durch die Juristen bereits festgestellten (placuit) Fortentwicklung der freien Proculenianischen Ansicht, wonach nun jedes Präceptionslegat mindestens zu demjenigen Theile transmissibel ist, mit welchem es auf der Erbquote der Miterben ruht<sup>43</sup>).

Ja, da in dem responsum schlechthin von praeceptiones die Rede ist, müssen wir sogar annehmen, daß jede praeceptio, auch wenn sie nicht in der Form des legatum per praeceptionem hinterlassen war, pro parte coheredum transmissibel ist und also aus der Erwähnung des praecipere in einer letztwilligen Anordnung an sich nicht geschlossen werden darf, daß der Anspruch darauf von der stillschweigenden Voraussetzung des Erbwerdens des Prälegatars abhängig sein solle.

Nun war es aber überhaupt von jeher nur bei praeceptiones möglich gewesen, an der Transmission des auf der Erbquote der Miterben ruhenden Theiles zu zweifeln. Denn nur hier ließ sich in Rücksicht auf die ursprüngliche Natur des Präceptionslegats, wie wir sie in der Sabinianischen Theorie noch rein ausgedrückt sehen, behaupten, daß die ganze praeceptio im Grunde nur ein appendix der Erbinstitution, mit letzterer untrennbar verbunden und daher auf die Erben des nicht Erbe werdenden Honorirten nicht transmissibel sei. Bei einem simplen Vermächtnisse an einen Theilerben konnte es aber auch den Sabinianern

---

43) Was den in der Erbquote des Prälegatars selbst stekenden Theil der praeceptiones anlangt, so zeigt das erste Glied des Responsi, daß zu Papinians Zeit die wahrscheinlich früher streitige Frage, ob nicht in der Erbsubstitution präsumtiv auch eine Substitution auf die ganze praeceptio liege — vgl. l. 32 de leg. III. —, bereits im verneinenden Sinne entschieden war, während das zweite Glied des Responsums nach der herrschenden und auch von uns angenommenen Auslegung in Betreff dieses Theiles des Prälegats den Satz enthält, daß derselbe auf die Erben des vor der Antretung sterbenden Prälegatars nicht transmittirt werde. Ein Grund nun, diesen letztern Satz auf die in der Stelle erwähnten praeceptiones zu beschränken, liegt nicht im Mindesten vor; im Gegentheil können wir daraus, daß dieser Satz für die praeceptiones ausgesprochen wird, bei denen die Regel: „heredi a semet ipso legari non potest“ wenigstens in dieser Form nicht vorkommt (vgl. §. 3 a. E.), schließen, daß er um so mehr bei den andern Legaten gegolten haben müsse, in Bezug auf welche der Einfluß jener Regel ausdrücklich bezeugt ist.

niemals beigefallen sein, die Transmissio der gültig hinterlassenen Theile, also die Transmissio pro parte coheredum zu leugnen. Somit können wir nun, unsere erste oben aufgestellte Frage betreffend, mit Bestimmtheit aussprechen, daß schon zur Zeit Papinians in Betreff der Transmissionsfrage zwischen praeceptiones und Vorvermächtnissen anderer Art kein Unterschied bestanden habe und daher die Entscheidung der l. 75 §. 1 auf alle Vermächtnisse, welche wir jetzt Prälegate nennen, angewendet werden müsse. Nur ein Vorbehalt muß in dieser Beziehung gemacht werden, nämlich der obige Satz gilt unbedingt nur von Prälegaten, die einem von mehreren Miterben hinterlassen sind. Sind mehrere Miterben in dieser Weise bedacht, so gilt er nicht so ohne weiteres. Papinian spricht nur von einem Prälegatar-Erben, der mit den praeceptiones honorirt war und mit gutem Bedachte. Denn sind mehrere Miterben mit Vorvermächtnissen bedacht, so treten theilweis besondere Rechtsfolgen ein, die zusammenhängen mit jener ursprünglichen Auffassung des Praeceptionslegats, nach der es ein Vorzugsrecht ist unter mehreren, die an sich als Erben, als Nachfolger in das universum jus in gleicher Berechtigung stehen.

Dies führt zu einer Frage, an die ich nicht ohne Bedenken herantrete, die ich aber nicht umgehen kann, weil in ihrer Beantwortung meiner Ueberzeugung nach mit der Schlüssel liegt zur Lösung der Aufgabe, die ich mir gestellt habe, nämlich zu der Frage: Hat es einen materiellen Begriff der praeceptio gegeben, den wir dann in seiner reinen Gestalt in dem alten Praeceptionslegate ausgedrückt finden müßten und giebt es einen solchen noch jetzt? Hat also der materielle Begriff der praeceptio, der schon in der Sabinianischen Auffassung des Praeceptionslegats, aber exclusiv an die Form desselben gebunden, existirte, die Sabinianische Ansicht überdauert und existirt er noch im späteren classischen, ja vielleicht noch im Justinianischen Rechte, nur natürlich hier von jeder Form entbunden und rein auf den Willen des Testators gestellt?

Bevor jedoch auf diesen Punct näher eingegangen werden kann, ist die vorher aufgeworfene zweite Frage erst noch zu erledigen.

Zu 2.

In dem Thatbestande der l. 75 §. 1 findet sich erwähnt, daß die Miterben des Prälegatars demselben substituirt waren. Diesen Umstand als völlig bedeutungslos anzusehen, geht nicht wohl an, da er grade in den decisiven Worten des Responsums erwähnt wird. Hierzu kommt, daß in der l. 32 de leg. III., deren nahe Beziehung zu l. 75 §. 1 in §. 4 unter 5 am Schluß hervorgehoben worden ist, der wegfallende Prälegatar und einer seiner Miterben einander gegenseitig substituirt sind, so daß, da sich jede gegenseitige Substitution in zwei einfache (der Theilerbe A soll dem Theilerben B, der Theilerbe B dem Theilerben A substituirt sein) auflösen läßt, in beiden Fällen derselbe Umstand als zum Thatbestand gehörig erwähnt wird. Daraus ist nun allerdings nicht ohne Weiteres zu folgern, daß die Entscheidung der l. 75 §. 1 durchgängig nur bei derjenigen Gestaltung des Thatbestandes zutrefte, wo der Prälegatar einen Miterben zugleich zum Substituten hat, daß sie also auf diesen Thatbestand zu beschränken sei; vielmehr wird es genügen, wenn nur nachgewiesen werden kann, daß die Aufstellung des Thatbestandes im Anfang der Stelle unvollständig war, also jedenfalls ergänzt werden mußte und daß grade die Ergänzung mittelst der *coheredes substituti* diejenige ist, durch welche der nach der gewöhnlichen Auslegung in der Stelle enthaltene Satz am schärfsten illustriert wird.

Nun enthält der Anfang der Stelle an thatächlichen Angaben nur soviel, daß ein Theilerbe, welchem *praeceptiones* hinterlassen waren, nach dem *dies cedens*, aber vor Antretung der Erbschaft verstarb. Daß Miterben desselben Grades vorhanden waren, ist danach freilich gewiß; aber daraus allein läßt sich schon die nächstliegende Frage, an wen sein Erbtheil denn nunmehr gelange, offenbar nicht entscheiden. Es sind immer noch drei Möglichkeiten vorhanden, entweder der Prälegatar hat blos Miterben und keinen Substituten, oder er hat Substituten, aber diese sind entweder Miterben oder Nichterben (*extranei*).

Im ersten Falle ließ sich nach damaligem Rechte nicht ohne Weiteres sagen, an wen der Erbtheil des durch den Tod aus-

fallenden Prälegatars gelange, ob an die Miterben oder möglicherweise an ganz andere Personen; vielmehr mußte dann unterschieden werden, ob Accrescenzrecht oder caducorum vindicatio und, wenn letztere, zu Gunsten welcher Personen sie eintrat. Die Nothwendigkeit dieser Unterscheidungen und jeden Einfluß der Caducität beseitigt Papinian mit dem einen Wort: substitutos. Denn durch die Substitution wurde bekanntlich die Gefahr des Caducwerdens ausgeschlossen und daß gerade dies eine hauptsächlichliche Veranlassung, Substitutionen und namentlich Substitutionen unter Miterben anzuordnen, gewesen sei, sagt uns ausdrücklich die l. un. pr. Cod. de cad. toll. (6, 51). Nun kommt es aber Papinian offenbar nicht blos darauf an, uns zu sagen, an wen die ausfallende Erbquote des Prälegatars gelangt, sondern zugleich zu zeigen, daß, selbst wenn sie an solche Personen kommt, welche ebenfalls mit der praeceptio beschwert sind, doch nur die auf den ursprünglichen Erbquoten derselben ruhenden Theile der praeceptio auf die Erben des durch den Tod wegfallenden Prälegatarerben transmittirt werden. Dies ist der Grund, warum er dem Prälegatar seine Miterben zu Substituten giebt.

Hätte nämlich der Prälegatar nicht Miterben, sondern Fremde zu Substituten gehabt, so verstand es sich freilich von selbst, daß seine Erbquote an den Substituten fallen mußte; aber zugleich verstand es sich ebenfalls von selbst, daß der Substitut an sich überhaupt nicht für die praeceptio haftete und dieselbe daher immer nur zu dem Theile, mit welchem die Miterben belastet waren, in Wirksamkeit treten konnte, mochte der Prälegatarerbe ausschlagen oder sterben. Denn der fremde Substitut war ja mit der praeceptio gar nicht belastet und sollte er als mit derselben belastet angesehen werden, so hätte es eines ferneren thatsächlichen Zusages bedurft, nämlich daß auch dem Substituten ausdrücklich oder durch die Formel: quisquis mihi heres erit auferlegt gewesen sei, dem Institut den Gegenstand des Prälegats mit zu leisten<sup>44</sup>).

44) Nämlich die tacita repetitio war zu jener Zeit, wenn auch in ihren Anfängen vorhanden (l. 77 §. 15 de leg. II.), doch schwerlich schon zur dispositiven Rechtsregel erhoben. Daran aber, daß die tacita repetitio eines

Ganz anders verhielt es sich in allen diesen Beziehungen, wenn der Prälegatar seine Miterben oder auch nur einen derselben zu Substituten hatte. Die Gefahr, daß der Erbtheil des wegfallenden Prälegatarerben caduf werden könnte, war hier durch die Eigenschaft des Miterben als Substituten abgewendet. Zugleich steht aber der substituirte Miterbe im Wesentlichen einem Erben gleich, der zum Theil pur, zum Theil unter einer Bedingung eingesetzt ist, und daraus folgt, daß er für dasjenige, was ihm im ersten Grade als Vermächtniß auferlegt ist, auch mit derjenigen Portion haftet, welche ihm in Folge der Substitution anfällt, ohne daß es wie beim fremden Substituten jemals einer ausdrücklichen Belastung im zweiten Grade oder einer Repetition von ihm als Substituten bedurft hätte<sup>45)</sup>.

Da dies sogar von dem gilt, was von ihm im ersten Grade nominatim vermacht ist, so gilt es noch viel mehr von dem, was im ersten Grade von allen Erben, von der ganzen Erbschaft vermacht ist, wie letzteres bei jedem Prälegatar der Fall ist. Somit konnte Papinian den im Anfang der l. 75 §. 1 unvollständig aufgestellten Thatbestand in keiner instructiveren und zugleich einfacheren Weise ergänzen, als indem er dem Prälegatar einen Miterben zum Substituten gab, namentlich auch insofern, als er an diesem Beispiele, bei dem sich

---

vom Institutum ungültig hinterlassenen Vermächtnisses sich präsumtiv von selbst verstanden habe, war damals vollends noch nicht zu denken. Dies ergibt sich daraus, daß uns in l. 19 pr. de leg. I. von der Confirmationskraft selbst der ausdrücklichen Repetition in Betreff ungültiger Legate nur als von einer Meinung Papinians (putat) berichtet wird und zwar von Ulpian, der doch das rescriptum Severi jedenfalls schon kannte. Es mag dabei vor der Hand noch dahingestellt bleiben, daß schwerlich jemals ein Römischer Jurist ein dem Institutum von einem fremden Substituten hinterlassenes Vermächtniß mit dem Namen praeceptio bezeichnet haben würde.

45) l. 1 §. 13 ad leg. Falc. Die im Text angeknüpfte Folgerung wird bestätigt durch den ersten (unbestrittenen) Theil der citirten Stelle. Das dem eingesetzten Miterben aufgelegte Vermächtniß streckt sich eo ipso aus auf die ihm durch Substitution anfallende Portion. Die Tendenz des Römischen Rechts geht dahin, in dieser Beziehung Substitution, Accrescenz und selbst Caducität gleichzustellen; was dem Miterben auf diese Weise zufällt, nützt seinen Legatarien; vgl. für die Accrescenz (portio non gravata accrescit gravatae, l. 78 ad leg. Falcid. 35, 2, für die cadufe Portion, welche an den Miterben fällt, l. 1 §. 14 ad leg. Falcid. 35, 2, wo die entsprechende Meinung des Proculus von Paulus gebilligt wird.

gegen die eventuelle Totalbelastung des coheres substitutus nichts einwenden ließ, besonders klar zeigen konnte, daß trotzdem beim Tode des Prälegatar-Erben nur die auf die ursprünglichen Quoten der Miterben fallenden Theile transmittirt würden<sup>46)</sup>.

Da der coheres substitutus behandelt wird wie ein Erbe, der theilweis pur, theilweis bedingt eingesetzt ist, so steht in jeder Substitution eines Miterben und namentlich also auch in der sogen. wechselseitigen Substitution etwas Doppeltes, primär eine Substitutions- und secundär eine Accrescenzberechtigung, welche sofort hervortritt, wenn etwa die Substitution aus irgend einem andern Grunde als dem, daß der Institut Erbe wird, zusammenfällt und welche dem substituirten Miterben dann doch die Portion, auf die er substituiert ist, mittelst Anwachsung verschafft. Sehr lehrreich für dieses Hervortreten des zunächst von der Substitution verdeckten Anwachsungsrechts des substituirten Miterben ist die l. 19 §. 1 de injust. tost. (28, 3), wo derselbe, obwohl seine Substitution durch das Agnasciren eines präterirten postumus gebrochen wird, doch kraft des in dem nicht gebrochenen ersten Grade des Testaments fortbestehenden Accrescenzrechts die Portion des ausfallenden Miterben bekommt.

Vgl. d. schol. 2 der Basiliken zu dieser Stelle, Heimb. IV.

§. 50 in reciproca substitutione substitutio implicita est juri accrescendi.

Liegt sonach in der Substituierung eines Miterben eine Combination von Substitution und Anwachsungsrecht vor, bei welcher beides doch auch selbstständig auseinandertreten und wirksam werden kann, so sind wir m. E. nun auch berechtigt, im Justinianischen Rechte, wo nach Beseitigung der caduca jeder Miterbe unbedingt Accrescenzrecht hat und andererseits vermöge der Ausdehnung der tacita repetitio jeder Substitut, auch der extraneus mit den vom Institut, wenn auch ungültig hinterlassenen Vermächtnissen als eventuell belastet angesehen werden muß, in der l. 75 §. 1 de leg. II. den allgemeinen und ausnahmslosen Satz zu finden:

46) Der Grund dieser Eigenthümlichkeit des Prälegats kann erst weiter unten gezeigt werden.

daß, wenn der Prälegatar nach dem dies cedens, aber vor der Erbantrittung stirbt, sein Erbtheil an die Substituten oder accrescenzberechtigten Miterben gelangt, das Vorvermächtniß selbst aber nur zu den ursprünglichen Theilen der Miterben, ausschließlich der eigenen Erbquote des Prälegatars, auf die Erben des Letzteren transmittirt wird.

---

## II. Abschnitt.

### Die praeceptio im Prälegat.

#### A. Geschichtliches.

##### §. 7.

#### Einleitung.

Bereits an mehreren Stellen dieser Arbeit ist die Frage berührt worden, ob dem alten *legatum per praeceptionem* ein materielles, dasselbe von den andern Legatsformen specifisch unterscheidendes Element zu Grunde gelegen und ob dieses Element die alte (Sabinianische) Auffassung des Präceptionslegats überdauert habe und noch im spätern, bez. noch im Justinianischen Rechte lebendig und sichtbar geblieben sei. Diese Frage, welche ich bejahen zu müssen glaube, ist jetzt näher zu erörtern. Zuvörderst aber muß ich das Verhältniß bezeichnen, in welchem diese meine Ansicht zu derjenigen Unterscheidung steht, die von einer Anzahl älterer Juristen,

vgl. die Nachweisungen bei Buchholz S. 57 not. 104, zwischen dem Prälegat und dem simplen Legat an einen Theilerben aufgestellt und namentlich von Nieto im ersten Capitel seiner Abhandlung *de praelegatis* (Meerm. thes. VII. S. 643 ff.) ausführlich vertheidigt worden ist. Während ich nämlich glaube, daß jene ältern Juristen und speciell Nieto recht gesehen haben, wenn sie in den Quellen eine Unterscheidung zwischen dem simplen Vermächtniß an einen Theilerben und dem von ihnen sogenannten Prälegat (oder vielmehr der *praeceptio*) vorzufinden glaubten, während ich also die Existenz jener Unterscheidung allerdings



anerkenne, ist es doch m. E. nach völlig unrichtig, wenn jene ältere Ansicht die Vermächtnisse an einen Theilerben in zwei selbstständige und von einander völlig unabhängige Arten des simplen Legats und des Prälegats scheiden will, die dann jedes für sich eine Reihe von materiellen Eigenthümlichkeiten haben sollen<sup>47)</sup>.

Vielmehr verhält sich bereits im Justinianischen Rechte die Sache so, daß jedes Vermächtniß, welches einem Theilerben von allen Erben oder impersonell von der ganzen Erbschaft vermacht ist, in welcher Form und auf welche Weise es auch angeordnet sein mag, eine und dieselbe Natur hat, daß also jedes solche Vermächtniß an einen Miterben ein Prälegat, ein Vorvermächtniß im Sinne der neuern Theorie ist; aber allerdings ist dieses Prälegat keine einheitliche Rechtsfigur, sondern es ist combinirt aus zwei im Grunde verschiedenen Bestandtheilen, nämlich einem gewöhnlichen Vermächtnisse, aus welchem nun seit den Justinianischen Reformen stets ein persönlicher resp. hypothekarischer, und, wenn der Gegenstand des Vermächtnisses es gestattet, zugleich ein dinglicher Anspruch entspringt und aus einer *praeceptio* im materiellen Sinne, aus welcher, vorausgesetzt natürlich, daß der Prälegatar Erbe wird, die *actio familiae herciscundae* auf ausschließliche Zuweisung des prälegirten Gegenstandes bei der Erbtheilung hervorgeht. Vollkommen und in allen Fällen durchgeführt ist diese Combination, diese Verschmelzung mehrerer an sich verschiedner Bestandtheile zu dem einen Prälegat zwar

47) Vgl. über die von dieser älteren Theorie statuirten Eigenthümlichkeiten des simplen Legats und des Prälegats Buchholz S. 57 ff. So stellt Nieto S. 648 §. 17 als wesentlichsten Unterschied zwischen dem simplen Legat (*legatum heredi relictum*) und dem Prälegat auf, daß ersteres, wenn der bedachte Erbe die Erbschaft ausschläge, ganz geschuldet werde, letzteres aber, wenn der Prälegatar nicht Erbe werde, nur zu den Erbtheilen der Miterben, wonach dann z. B. die l. 75 §. 1 de leg. II. ausschließlich von einem Prälegat verstanden und in Betreff der l. 32 de leg. III. behauptet wird, der auf die Erbportion des Marcus fallende Theil des Prälegats gelange nicht an den Intestaterben des Marcus, sondern an die dem Marcus in seiner Erbportion substituirt Sextia (§. 18), endlich das in l. 12 Cod. de leg. 6, 37 ganz unzweifelhaft vorhandene *legatum per praeceptionem* für ein simples Legat erklärt wird, weil darin gesagt sei: „*extra partem hereditatis praecipito!*“ Dies sind denn allerdings Behauptungen, die von den neuern Bearbeitern der Lehre von den Prälegaten mit Recht als hobenlos bezeichnet und in deren Folge über die ganze der Nieto'schen Abhandlung zu Grunde liegende Anschauung ein Verdammungsurtheil ausgesprochen worden ist, das sie doch wohl nicht in allen Puncten verdient.

erst im Justinianischen Rechte in Folge der definitiven Beseitigung der Legatsformen und der Ausgleichung der Legate und Fideicommissa, aber vorhanden ist sie schon und zwar in sehr bedeutendem Umfange in der letzten Zeit der classischen Jurisprudenz, insofern namentlich jedes mit der Präceptionsformel versehene Legat eine Combination von eigentlicher *praeceptio* mit einem gewöhnlichen Vermächtniß (Vindicationslegat resp. Fideicommiss) enthält und andererseits Verfügungen, welche formell genommen keine Präceptionslegate sind, wenn sie von dem dadurch Bedachten und Erbe gewordenen gegenüber seinen Miterben geltend gemacht werden, die Natur der *praeceptio* annehmen, also z. B. nach Befinden mit der *actio fam. eriscundae* verfolgt werden können und selbst wenn sie nicht so verfolgt werden, doch nach den bei der Erbtheilungslage maßgebenden Grundsätzen, also mit Berücksichtigung der *bona fides* und des materiellen Willens des Testators behandelt werden, was für die Miterben, die das Prälegat leisten sollen, unter Umständen von großem Werthe sein kann.

Das Verhältniß bei diesem combinirten Prälegat des Justinianischen Rechts ist nun regelmäßig dasselbe, welches bei jedem gewöhnlichen Vermächtnisse des neuen Rechts stattfindet. Denn letzteres ist im Grunde auch nur eine Combination von Ansprüchen, dinglichen und persönlichen, welche an sich ganz verschieden sind und nur darin ihren Vereinigungspunct haben, daß ihr letzter Zweck und Erfolg derselbe ist. Wie daher der gewöhnliche Legatar die Wahl hat zwischen der *actio in rem* und *in personam*, so steht auch dem Prälegatar ein solches Wahlrecht zu, nur daß er, falls er Erbe wird, sich außerdem auch noch der Erbtheilungslage zur Realisirung seines Anspruchs auf vorzugsweise Zutheilung des prälegirten Gegenstandes bedienen kann. Allerdings giebt es aber noch im neuesten Rechte einige Fälle, in denen auch ohne den ausgesprochenen Willen des Testators schon nach der Natur der Verfügung das in dem Vorvermächtnisse enthaltene Präceptionsselement einen überwiegenden Einfluß ausübt, der sich darin ausspricht, daß das Erbwerden des Prälegatars hier ausnahmsweise Voraussetzung dafür ist, daß er überhaupt irgend etwas von dem ihm zugewendeten Prälegat bekommen kann. Dies ist der Fall bei den

meisten Fällen der *institutio ex re certa*, auch wo in derselben nur ein Vorvermächniß zu Gunsten des einen so eingesetzten Erben liegt, und sodann bei der sogen. *divisio honorum*,

vgl. hierüber Reuner, *institutio ex re certa*, a. a. O. bes.

§. 201, 209 ff.

und ebenso kommen bei der letzteren und überhaupt in allen Fällen, wo mehreren Miterben, sei es zusammen, sei es gegenseitig Vorvermächnisse hinterlassen sind, Grundzüge zur Anwendung, welche sich aus einer consequenten Anwendung der Regeln über gewöhnliche Vermächnisse nicht ergeben würden, recht wohl sich aber aus dem im Vorvermächnisse enthaltenen Präceptions-elemente erklären lassen, insofern in dem letztern stets die bewußte Rücksichtnahme auf die im Wege der Erbtheilung zu bewirkende Realisirung der Zuwendung und auf das von den Rücksichten der Billigkeit beherrschte Verhältniß des Bedachten als Miterben gegenüber andern Miterben liegt<sup>48)</sup>.

Um die Existenz und die Natur dieses Präceptions-elementes klarzulegen, wird ein Rückblick auf die Natur und Entwicklung des Römischen Vermächnisses dienlich sein. Man hat sich in neuester Zeit vielfach bemüht, den Begriff des Vermächnisses festzustellen und der neueste Versuch dieser Art,

Hartmann, über Begriff und Natur der Vermächnisse im Röm. Recht. 1872,

ist zu dem Ergebniß gekommen, daß das Vermächniß ein reines Formalgeschäft, eine Rechtsform zur Verleihung von Vermögensstoff auf der rechtlichen Grundlage der Beerbung sei. Sicher liegt in dieser Begriffsbestimmung etwas Nichtiges, aber ich fürchte fast, daß für das Vermächniß des neuesten Rechts kaum eine andere als eine rein negative Definition möglich ist, wie sie von

48) In jeder wahren *praecipio* liegt die Rücksicht auf das gegenseitige Verhältniß unter Miterben ausgesprochen; aber seitdem mit dem Erstarken der Fideicommissstheorie überhaupt der erkennbare Wille des Testators größern Einfluß gewinnt, treten ähnliche Erscheinungen, wie die im Texte angedeuteten auch außerhalb des Gebiets der wirklichen Vorvermächnisse auf. In diese Kategorie gehört z. B. die sog. Compensatio bei wechselseitigen Legaten unter Miterben, mögen es wahre Prälegate sein (l. 78 pr. de hered. inst., l. 94 ad l. Falc. 35, 2, l. 24 Cod. fam. exc. 3, 36, l. 15 de his, quae ut indignis (34, 9) oder nicht (l. 22 pr. ad leg. Falc. 35, 2) und die verschiedene Berechnung der Falcidia, welche in Folge jener Compensation Miterben und dritten Legatarien gegenüber Platz greift.

Wichtigkeit gegeben worden ist, denn der selbe sagt: Vermächtniß ist eine letztwillige Zuwendung, welche weder Einbeziehung noch Erbschaft auf der Todesfall ist.

Wichtigkeit, Pandecten § 613.

Denn das, was wir Vermächtniß nennen, enthält aber das Römische Recht, selbst das Justinianische noch keinen eignen Namen hat, ist in der That kein einheitliches Rechtsinstitut, sondern eine Composition, eine Mischung aus zwei ihrer Anlage nach wesentlich verschiedenen Instituten, dem Fideicommiss und dem Legat des Justinianischen Rechts, welches selbst wieder keine Neuschöpfung, sondern eine Combination der alten Legatsarten ist<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> Vgl. §. 2 zu Inst. de leg. II. 20 ut natura utriusque juris cognita, facile procul permissionem eorum erudi. institutiones aptas accipere. Daß Legate und Fideicommiss auch im Justinianischen Rechte noch im Grunde fortbestehen, so legat, daß auch ihre damals überhaupt noch vorhandenen Eigentümlichkeiten einem jeden Institute erhalten bleiben sollen, geht aus l. 2 Cod. comm. de leg. et fideicommiss. 6. 43 ganz deutlich hervor. Aufgehoben ist der Unterschied zwischen Legat und Fideicommiss, soweit er noch bestand, eigentlich nicht, sondern beide sollen sich gegenseitig ergänzen und vereinigt zusammenwirken zu dem gemeinschaftlichen Ziele der bestmöglichen Verwirklichung des materiellen erblasserischen Willens.

Vgl. Marezoll, Ztschr. f. C. R. u. Proceß Bd. IX. S. 254 ff.

Tarum ist auch die Möglichkeit gesetzt, daß zwischen den so Verbundenen doch ein Widerstreit entstehen könne (ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniet, d. h. nicht, in welchen Punkten zwischen ihnen ein Gegenlag besteht, sondern: wo bei der Anwendung auf den concreten Fall ein Widerstreit zwischen ihnen hervortreten würde). Im Falle eines solchen Widerstreits, der unmöglich wäre, wenn nicht die Verschiedenheiten, welche ihn hervorrufen können, an sich fortbeständen, soll dann freilich die mildere Natur des Fideicommisses den Sieg davon tragen. Von den Punkten, in denen zur Zeit der E.lassung der l. 2 Cod. 6. 43 und selbst noch nach Pandectenrecht ein solcher Widerstreit entstehen konnte, sind allerdings vielleicht die wichtigsten beseitigt durch die l. un. Cod. de cad. toll. 6. 51. §. 12 v. l. Juni 534, so daß nun Justinian in dieser Beziehung nicht mit Unrecht sagen konnte: unam omnibus naturam legatis et fideicommissis imponentes et antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam. Immerhin aber ist, was Justinian in der l. 2 Cod. 6. 43 mit dem Legat und mit dem Fideicommiss vorgenommen hat, um mich so auszudrücken, nicht eine Specification, sondern eine commixtio von Elementen, die immer noch scheidbar bleiben. Man vergleiche z. B. die Aeußerung des Theophilus Inst. III. 27 §. 7 über die sog. Titiscrescenz bei den Annationslegaten auf certa pecunia die danach zunächst auf alle Legate und Fideicommiss übertragen und dann erst auf die Vermächtnisse an die Kirchen zc. beschränkt wird. Da Theophilus nach den sämtlichen einschlagenden Constitutionen l. 1 Cod. 6. 43, l. 46 §. 7 Cod. 1. 3. l. 2 Cod. 6. 43 seinen Institutionencommentar schrieb, obwohl vor der Publication des Codex repetitae praelectionis, so liegt in seiner Aeußerung wenigstens ein starkes Indicium für die Auffassung der exaquo legatorum et fideicommissorum Seitens der Compileren selbst.

Wollte man durchaus einen positiven Ausdruck für das Vermächtniß des Justinianischen Rechts haben, so müßte man etwa sagen, dieses Vermächtniß sei eine Verfügung, welche zugleich Legat und Fideicommiß sei, aber dieser Ausdruck würde in der That weniger positiv und selbst weniger richtig sein, als die negative Definition Windscheids.

Um zu wirklich positiven Ergebnissen zu gelangen, wird man immer wieder auf die ursprüngliche Natur des Fideicommisses und des Legats und in letzterer Beziehung in einem gewissen Umfange auf die alten Legatsarten recurriren müssen, aus deren allerdings damals schon zu Trümmern verwitterten Resten das Justinianische Legat der l. 1 Cod. comm. de leg. 6, 43 zusammengesetzt und, um so zu sagen, zurecht geschnitten ist. Was von diesen alten Legatsarten, jenen scharf umrissenen Gestalten des alten Civilrechts übrig geblieben war, war immerhin bedeutender, als man vielleicht anzunehmen geneigt sein möchte. Die ihnen eigenthümlichen Formen, schon in der classischen Zeit abgeschwächt, waren ihnen freilich durch die bekannte Constitution der Söhne Constantins (l. 21 Cod. de leg. 6, 37 von 339) völlig abhanden gekommen; der langsame Proceß, durch welchen das Quiritarische Eigenthum zu einem Räthsel und leeren Worte herabsank (l. un. Cod. 7, 25), mußte die specifischen Voraussetzungen des Vindications- und bez. Präceptionslegats verflachen und verwischen, endlich der Untergang des Formularproceßes und die zur Alleinherrschaft gelangende extraordinaria cognitio auch in Betreff der Geltendmachung der verschiedenen Legatsarten einen verschmelzenden und nivellirenden Einfluß ausüben und die Einströmung der Fideicommißgrundsätze in die Legatentheorie, die schon in der letzten classischen Zeit sehr sichtbar wird, mächtig fördern; aber der tiefste Kern jener Verschiedenheiten der Legatsarten, nämlich die Verschiedenheit der Art und Weise, auf welche der Legatar das ihm zugewendete emolumentum erlangte, und die damit eng zusammenhängende Verschiedenheit der Klagen, mit denen er es verfolgen konnte<sup>50)</sup>, hatte mit jener unverwüßlichen Zähigkeit, welche den

50) Daher kommt noch im Justinian. Rechte eine *condictio certi ex causa legati* vor l. 9 §. 1 de R. Cr. 12, 1. l. 12 §. 3 depos. 16, 3, ob-

Gebilden des alten Rechts beivohnt, im wesentlichen allen Angriffen der Zeit und jenem mächtigsten Zerstörungsmoment widerstanden, der allmählichen Vertracknung und Auflösung des national-römischen Volksgeistes, in welchem jene Formen entstanden waren und aus welchem heraus sie allein verstanden werden konnten.

Das Justinianische Recht, indem es in der Hand des mit einem Vermächtniß Bedachten alle möglichen Mittel und Wege vereinigt, mit denen er das ihm Zugewendete sich verschaffen kann, bildet den strictesten Gegensatz zu dem Zustande des ältesten Rechts, in welchem dem Legatar immer nur ein Weg eröffnet und dieser eine exclusive Weg durch die Formel des Legats fest ausgedrückt war, und zugleich bildet es den Schlußpunkt einer consequenten geschichtlichen Entwicklung, die von der strengen Scheidung und Exklusivität der einzelnen Legatsformen und der in ihnen und für sie vorgeschriebenen Rechtsmittel, um das Legat zu erlangen, zur völligen Auflösung der erstern und zur vollständigen Combination der letztern geführt hat. Diese Zurückführung des Unterschiedes zwischen den alten Legatsarten auf die Verschiedenheiten der Mittel und Wege, auf welchen das Legat erlangt werden konnte, ist allerdings einigermaßen abweichend von der gewöhnlichen Ansicht, nach welcher jener Unterschied auf die Verschiedenheit des materiell rechtlichen Inhalts zurückgeführt, also wesentlich darauf gestützt wird, ob dem Legatar unmittelbar aus der Erbschaft ein dingliches Recht verschafft oder ihm nur eine dem Erben aufliegende Obligation gewährt werden solle,

vergl. Arndts, Comm. 46. B. S. 15; Mayer, Legate § 2, und noch mehr von derjenigen, welche sie rein aus den Worten der Anordnungsformeln erklären will. Nicht daß ich jene Ansichten für durchaus unrichtig erklären möchte; sie enthalten beide ein richtiges Moment; aber sie treffen, wie mir scheint, nicht den entscheidenden Punct, auf welchem jene Eintheilung der Legatsarten beruht. Ich habe vorhin diesen entscheidenden Punct bezeichnet als die Verschiedenheit der Mittel und Wege, auf welchen

---

wohl als regelmäßige actio in personam für das Vermächtniß nach Justin. Recht sicher die Fideicommisslage anzusehen ist. nov. 108, c. 2.

der Legatar zum Legat gelangt; jetzt will ich ihn an der prägnantesten Stelle zu fassen suchen und dann muß ich sagen, es ist die Verschiedenheit der Klagen, der actiones, auf welcher die Verschiedenheit der alten Legatsarten beruht. So wird, wenn per vindicationem legirt ist, der Legatar in den Stand gesetzt, zu vindiciren; wenn per damnationem, so zu klagen, als wenn der heres ihm condemnirt wäre; wenn per praeceptionem, sein Legat als Miterbe gegenüber den Miterben im Theilungsverfahren, in dem zur freundschaftlichen gegenseitigen Auseinandersetzung zwischen Erbgenossen geordnetes iurgium, zu verfolgen. Versetzen wir uns in die Zeit des Formularprocesses, in welcher aller Wahrscheinlichkeit nach jene Eintheilung der Legate festgestellt und formulirt worden ist, so heißt das: die Verschiedenheit der Legatsarten beruht auf der Verschiedenheit der intentio der für sie gegebenen einzelnen Klagen; das legatum per vindicationem giebt die rei vindicatio mit der intentio: hanc rem meam esse ex jure Quiritium; das Damnationslegat giebt die condictio certi mit der intentio: centum sive rem te (heredem) mihi dare oportere; vielleicht auch später die condictio incerti mit: si parat, te dare facere mihi oportere;

Karlowa, Röm. Civilproceß 3. J. der Legisactionen S. 237, 238.

das legatum sinendi modo giebt die actio incerti ex testamento mit der intentio: quidquid te mihi ex testamento dare facere oportet Gaj. II. 213; das Präceptionslegat die actio familiae ereseundae mit einer Formel, deren Composition wir allerdings nicht vollständig kennen, deren wesentlicher Inhalt aber etwa gelautet haben wird: quantum alteri ab altero adjudicari quantive alterum alteri ob eam rem condemnari oportet, iudex alteri adjudicato etc.

Vergl. Rudorff, Rechtsgefch. II. §. 29, S. 97. Bethmann-Hollweg, Röm. Civilproceß II. §. 87, not. 50. Keller, R. Civilproceß §. 40, not. 458, vergl. noch Becker, die Actionen des Röm. Privatrechts I. S. 240, 241.

Für die Zeit des ausschließlichen Legisactionenprocesses, in welcher das legatum sinendi modo recht wohl noch gar nicht existirt haben könnte und in welcher, da dasselbe offenbar die erste Form ist, in der das legatum eines incertum ins Leben getreten ist, dann

überhaupt nur Legate auf ein certum existirt haben würden, entspricht dem Vindicationslegat die legis actio sacramento in rem (rei vindicatio), dem Damnationslegat, welches sicher zuerst bloß als Legat von certa pecunia aufgetreten ist, die legis actio per manus injectionem und nach der Aufhebung resp. Abschwächung des nexum, die legis actio per conditionem, dem Präceptionslegat endlich die legis actio per iudicis arbitrive postulationem, welche jedenfalls von sehr früher Zeit her schon bestand, da wir wissen, daß Klagen, welche mit dieser legisactio verfolgt wurden, z. B. die actio familiae erciscundae

(vergl. lex Rubr. XXIII. Bruns, fontes p. 76)

und die actio aquae pluviae arcendae aus den zwölf Tafeln herkommen. Das Präceptionslegat könnte daher sehr wohl schon in dem alten Testamente calatis comitiis vorgekommen sein, da wir keinen Grund haben anzunehmen, daß in demselben nicht auch schon mehrere Erben (Söhne, Enkel u. s. f.) hätten eingesetzt werden können und da der Satz: uti legassit u. s. w. sich doch gewiß und vielleicht sogar zunächst auf dieses Testament bezogen hat, während das alte Mancipationstestament, in welchem der familiae emtor noch loco heredis war, sich auch für Einzelverfügungen zunächst an den Satz: cum mancipium faciet, uti lingua nuncupassit, ita jus esto,

vergl. Cic. de orat. I. 57, §. 345. Gaj. II. 103.

angeschlossen haben mag. Als dann die beiden uralten Testamentsformen durch desuetudo verschwanden (Gaj. II. 103) und das alte Mancipationstestament, welches bisher keinen wirklichen Erben, sondern nur einen familiae emtor loco heredis producirte, wahrscheinlich im Zusammenhang mit jenem Verschwinden der öffentlichen Testamente jene tiefe Umwandlung erlitt, in Folge deren in ihm nunmehr ein wirklicher heres eingesetzt werden konnte, während der familiae emtor nur noch dicis gratia hinzugezogen wurde, um die äußerliche Form der Mancipation, innerhalb deren jetzt die Production des heres vor sich ging, aufrecht zu erhalten, da konnten nun in diesem neuen Testamente natürlich alle Legate gerade so hinterlassen werden, wie sie ohne Zweifel schon in den ältesten Testamentsformen des calatis comitiis und des in procinctu hatten hinterlassen werden können und somit kann das legatum per praecipionem

ein sehr altes Gebilde sein, ein älteres als das Mancipations- testament selbst, in das es dann aus den ältesten Testaments- formen mit hinübergenommen sein könnte. So einfach wir uns auch die Verhältnisse des ältesten Rom denken mögen, mit dem Augenblicke, wo die Theilung der Erbschaft erzwungen werden konnte durch das *judicium fam. ercisc.* — und welchen Grund haben wir, dies lediglich auf die Intestaterbfolge zu beschränken — konnte der Testator, der vielleicht neben Söhnen auch Töchter hatte, die präsumtiv aus der Familie durch Heirath austreten mußten, ein wesentliches Interesse haben, auch für die künftige reelle Theilung bindende Vorschriften zu machen. Die Erbein- setzung selbst war hierfür völlig untauglich, da sie nur das *jus universum* gab, welches, weil selbst etwas Gedachtes (*nomen juris*), nur Einem ganz oder Mehreren in gedachten Theilen (*pro indiviso*, in Quoten) gegeben werden konnte; das *Vindicationis-* oder *Damnationslegat* mochte wohl practisch z. B. dem einem Kinde die ihm bestimmte Erbschafts Sache ausschließlich verschaffen, aber es verschaffte sie ihm, wie einem Fremden, starr und scharf, nicht wie dem Kinde des Hauses, das mit seinen Geschwistern friedlich unter Berufung auf den ausge- sprochenen Willen des Vaters theilt oder, wenn es sich mit ihnen nicht zu verständigen vermag, auf das billige Ermessen eines unbetheiligten Dritten (*arbiter*) provocirt.

Vergl. die Ausführung Keller's, *Civilproceß* S. 65, 66, nam. bei not. 233.

Oder sollte in der That nicht schon in jener alten Zeit z. B. das Bedürfniß vorhanden gewesen sein, ein Kind mit Geld ab- zufinden, ohne ihm doch die Ehre des Erbthums zu rauben, die man ihm durch Einsetzung auf die kleinste Quote gewähren konnte, und wenn ein Weg vorhanden war, dies zu erreichen, ohne Geschwister gegen Geschwister auf die *manus injectio* zu verweisen, ohne, um mich modern auszudrücken, die Nächst- stehenden und vom Testator mit der gleichen honor Geehrten sich gegenseitig mit mehr, als wechselfähiger Strenge zu ver- pflichten, warum sollte dieser Weg, den das Präceptionslegat, wie wir es seinem Grundcharacter nach in der Sabinianischen Auffassung noch vorfinden, und den gerade nur dieses Präcep-

tionslegat darbot, nicht schon in verhältnißmäßig früher Zeit eingeschlagen worden sein?

Ob nun diese Hypothese, durch welche die Entstehung des Präceptionslegats in eine erheblich frühere Zeit, als gewöhnlich angenommen wird, heraufgerückt werden würde, richtig sei oder nicht, darauf kommt im ganzen wenig an; es genügt, wenn es dadurch nur überhaupt wahrscheinlicher wird, daß das *legatum per praeceptionem* jedenfalls schon der Zeit des Legislationenprocesses angehört habe, weil es dann mit höchster Wahrscheinlichkeit von Anfang an mit einer für dasselbe speciell bestimmten *legis actio* ausgerüstet gewesen sein muß<sup>51)</sup>.

### § 8.

#### Genera legatorum.

Die 4 bekannten Legatsarten werden uns als *genera legatorum* bezeichnet.

Gaj. II. 192. *Legatorum autem genera sunt quatuor.*

Vergl. noch Gaj. II. 202 quo genere, Gaj. II. 210 *genus legati.*

Darin liegt zweierlei; einmal daß es eine erschöpfende Eintheilung sein soll; jedes Legat, das überhaupt vorkommt, muß sich unter eines dieser *genera* einordnen lassen<sup>52)</sup>, zweitens, daß die Eintheilung auf einer generischen und qualitativen Verschiedenheit beruht, daß es sich dabei um Arten, nicht um bloße *species* der Legate handelt,

51) Ueber das Alter des Präceptionslegats vergl. Buchholz, S. 35, der es vor der *lex Furia*, Degenkolb, p. 13 ff., der es nach der Umwandlung des alten in das neue Mancipationstestament entstehen läßt, aber als erste Form, in der überhaupt Prälegats angeordnet worden seien. Höchstens Gajlitz, S. 116, der das *leg. p. pr.* für das am spätesten entstandene hält, könnte auf eine Zeit kommen, wo die *act. fam. erc.* nicht mehr durch *legis actio p. j. p.* eingeleitet wurde; aber derselbe spricht zugleich aus, daß Bedürfnis und Anlaß des Prälegats d. h. des Vorvermächtnisses an einen Miterben so alt seien, als Legate überhaupt (S. 116 not. 4). Dann aber läßt sich in der That nicht absehen, warum das Präceptionslegat jünger sein soll, als Vindications- oder Damnationslegats an Theilerben, da die *actio fam. ercisc. j. j.* der 12 Tafeln schon eben so gut existirte, wie die *leg. actio sacr. in rem.* oder die *Executivklage per man. inject.*

52) *Aut enim per vindicationem legamus aut per damnationem aut sinendi modo aut per praeceptionem.* Gaj. II. 192. Das Verhältniß ist das der rein disjunctiven *oratio l. 124 de S. V. 50, 16.*

- z. B. die echte *optio legata* mit Wahlrecht des Legatars ist eine species des *Vindicationslegats*, die *partitio legati* in der *fl.* eine species des *Damnationslegats*.

Die Eintheilung in genera, deren Spuren wir so häufig in den Quellen begegnen,

genera tutelarum (Gaj. I. 188), possessionis (l. 3 §. 21 de A. vel A. P. 41, 2), legatorum, stipulationum (l. 5. pr. de V. O. 45, 1), furtorum (Gaj. III. 183. Paull. R. S. II. 31. §. 2), actionum (Gaj. IV. 1. Ulp. 1. 25. pr. de O. et A. 44, 7), legis actionum. (Gaj. IV. 12, quibus modis deutet die generelle Verschiedenheit an wie bei den Legaten. Gaj. II. 192. Ulp. 24, 1. 2). —

und die Entgegensetzung der genera und species ist mit höchster Wahrscheinlichkeit zurückzuführen auf die Juristen des letzten Jahrhunderts der Republik, die veteres, welche sich um die Mucii Scaevolae gruppiren und namentlich auf den letzten und größten Sproß dieses Juristengeschlechts, den Qu. Mucius Scaevola und dessen großes Werk der 18 libri juris civilis, durch welches er das jus civile feststellte und abschloß,

l. 2 §. 1 de orig. jur. 1. 2, *generatim* . . redigendo vergl. üb. d. Bedeut. dieses Werks Rudorff, *RG. I. S.* 161. Spuren der Weiterbildung der genera des Mucischen Werks in l. 3 §. 21 de A. et A. P. 41, 2. Gaj. I. 188 u. f. w. Spuren der Weiterbildung durch Servius, Labeo bis zu Massurius Sabinus, dessen Werk der tres libri juris in systematischer Beziehung wieder einen Abschluß bildet und für die classische Jurisprudenz als Unterlage für zahlreiche Commentare wie bekannt von höchster Wichtigkeit war, s. z. B. Gaj. I. 188, III. 183.

also auf eine Zeit, wo der Formularproceß schon vorherrschend, aber neben ihm doch auch der Legisactionenproceß noch in lebendiger Uebung war.

Es ist nun höchst interessant zu sehen, in welcher Weise diese generelle Redaction des jus civile, diese erste große That der zur Wissenschaft sich erhebenden Römischen Jurisprudenz vollbracht worden ist. Es geschah dies nicht durch Aufstellung allgemeiner abstracter Kategorien, sondern in durchaus positiver und ich möchte sagen historischer Weise unter fast peinlicher Be-

rücksichtigung der in den 12 Tafeln gelegten Grundlagen des alten Civilrechts und der aus demselben entwickelten Klagen, so daß vom Standpunkte der classischen Jurisprudenz aus diese alte Classificirung vielfach im Einzelnen angefochten und namentlich hervorgehoben worden ist, daß manche genera derselben in Wahrheit nur species seien. Dies erklärt sich keineswegs bloß aus dem wissenschaftlichen Fortschritt, der in der Zwischenzeit wirklich gemacht worden war, sondern hauptsächlich aus der Weiterentwicklung des positiven Rechts selbst, welches sich von der directen Anlehnung an die 12 Tafeln und die aus denselben componirten Legisactionsformeln im wesentlichen emancipirt hatte und im Proceß zur Alleinherrschaft des Formularverfahrens fortgeschritten war<sup>53)</sup>.

Es sei mir gestattet, ein Beispiel hervorzuheben, welches zugleich für meinen Zweck von Bedeutung ist. Gajus (III. 183) berichtet uns im Anschluß an Labeo, daß es zwei genera des *furtum* gebe, *furtum manifestum* und *nec manifestum*, daß aber andere Juristen deren 4 annähmen, nämlich noch außerdem das *furtum conceptum* und *oblatum*. Das *furtum* ist nun ebenso wie das *legatum* ein aus dem ältesten Civilrecht herrührender, schon in den 12 Tafeln vorkommender Begriff. So läßt sich erwarten, daß auch der Eintheilungsgrund sich schon in den 12 Tafeln finden wird. Dies ist in der That der Fall; aber wie kommt es dann, daß 2 Eintheilungen existiren können, eine zweigliederige, die von Gajus acceptirte, und eine viergliederige, die übrigens noch von Paullus R. S. II. 31, §. 2 vorgetragen wird<sup>54)</sup>?

Die Sache ist, daß für beide Eintheilungen in den 12 Tafeln sich Anhaltspuncte finden; aber Servius und Sabinus gehen lediglich aus von dem Gesichtspuncte der in Veranlassung eines

53) Für die Gesamtanschauung der classischen Jurisprudenz kamen weder die geringen Reste des Legisactionenproceßes (Gaj. IV. 31) noch die sich allerdings schon bedeutend hervorbringende *extraordinaria cognitio* in Betracht. Letztere war ein besonderes und als besonders erkanntes Gebiet, erstere waren zu Specialitäten herabgesunkene Reste eines früheren Rechtszustandes.

54) Für die Bedeutung des Unterschiedes der Schulen ist es interessant, daß Gajus, der entschiedene Sabinianer, hier die Eintheilung des Labeo adoptirt, während die des Sabinus, wie die Stelle des Paullus beweist, keineswegs allgemein aufgegeben war.

furtum bereits im alten Civilrecht angeordneten Klagen; jeder Thatbestand, der eine civilrechtliche und durch das Civilrecht characterisirte actio furti erzeugt, für welchen also eine specielle legis actio furti durch das Gesetz gegeben ist,

vgl. über diese specielle legis actio Jhering, Geist des Röm.

R. II. S. 617. Karlowa, R. Civilpr. §. 2. S. 10

spricht ähnlich von dem materiell rechtlichen Bestandtheil der legis actio,

bildet eben darum eine eigne Gattung des furtum selbst. Weil es also schon im ältesten Civilrecht 4 actiones furti gab, die act. furti manifesti, nec manifesti, concepti, oblati, für deren jede im Legisactionenproceß eine eigne Specialformel componirt gewesen sein muß (propria actio constituta est Gaj. III. 186, 187), deßhalb giebt es von diesem Sabinianischen Standpunkte aus auch vier diesen Klagen entsprechende Arten des furtum selbst, obwohl einige dieser Klagen, die actio concepti und oblati, auch gegen denjenigen angestellt werden können, der weder selbst für noch Theilnehmer des furtum ist,

Gaj. II. 186, 187. Theoph. ad Inst. IV. 1. §. 4 fin.

und obwohl die Verschiedenheit der poenae, welche mit diesen verschiedenen Klagen eingefordert werden können, keine qualitative, sondern bloß die rein quantitative des quadruplum (für das f. manifestum), triplum (f. conceptum und oblatum) und duplum (f. nec manifestum) ist, während die wenigstens im alten Civilrecht wirklich bestehende qualitative Verschiedenheit der poenae (für das f. manifestum Capitalstrafe, für alle Arten des furtum nec manifestum Geldstrafe) bei dieser Eintheilung der furta gänzlich ignorirt wird. Daß aber dieser, das entscheidende Eintheilungsmoment für die genera in den Klagen und bloß in den Klagen findende Gesichtspunct noch im classischen Rechte vollkommen lebendig gewesen ist, sofern nur diese alten Klagen noch fortexistirten, das wird dadurch bewiesen, daß, wie schon bemerkt, Paullus und zwar in seinen receptae sententiae, also in einer wesentlich zu practischen Zwecken und zur Darstellung des geltenden Rechts bestimmten Schrift dieselbe Eintheilung vorträgt unter sorgfältiger Hervorhebung eben der Verschiedenheit in den Klagen.

Paull. R. S. II. 31. §. 2 bis 6.

Die zweigliederige Eintheilung des Labeo, welche Gajus (III. 183) adoptirt hat und welche im Justinianischen Rechte recipirt ist (§. 3 Inst. IV. 1 und Theoph. ad §. 3 und 4 IV. 1.) hat für uns nur Interesse als Gegensatz zu der vorigen. Sie ist ohne Zweifel tiefer und, um so zu sagen, moderner, als die vorerwähnte; denn sie geht auf den materiellen Thatbestand des Vergehens ein, dessen Verschiedenheit schon in den 12 Tafeln durch die qualitative Verschiedenheit der Strafen und dadurch angedeutet war, daß dieselben einen Fall des *conceptum furtum* (wenn die gestohlene Sache bei der bekannten lance et linteo erfolgten Hausdurchsuchung gefunden wurde) unter den Generalbegriff des *furtum manifestum* stellten (Gaj. III. 192) und sie bringt es dahin, diesen materiellen Thatbestand zu erkennen, losgelöst von der *actio*, mit der er nach der anderen Anschauung noch unzertrennlich verbunden ist; aber sie verkennet keineswegs die Bedeutung des gegnerischen Eintheilungsgrundes der *actio*; sie kämpft nur dagegen an, daß ihm für den Begriff des *furtum* selbst ein generischer Werth beigelegt werde, während ihm blos ein spezifischer zukomme<sup>55)</sup>.

Ein Punkt, der zu charakteristisch ist, um übergangen zu werden, ist beiden Eintheilungen gemeinsam; beide ignoriren das Prätorische Recht; ignorirten sie es nicht, so müßte die Sabinianische Eintheilung fünfgliederig sein und die *actio prohibiti furti* (Gaj. III. 188.) mit aufnehmen, aber diese ist erst eingeführt durch das Prätorische Edict (Gaj. III. 192) und andererseits müßten Labeo und Gajus consequent zur Annahme eines einzigen *furtum* gelangt sein, das nur in ebensoviele genera als species zerfalle, wie dies Paullus in l. 3 §. 21 de A. et O. P. 41, 2 von der *possessio* und quidam nach Gaj. I. 181 von der *tutela* behaupteten. Denn nach Prätorischem Rechte, in welchem der Capitalstrafe des *f. man.* die Strafe des *quadruplum substituit* ist<sup>56)</sup> und jedes *furtum* mit Geld gesühnt wird, giebt es

55) Gaj. III. 183. nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes, quam genera furtorum. Ein ähnlicher Gegensatz der Ansichten findet sich bei der Auseinanderlegung des Actionsbegriffs in die *actiones in rem* und *in personam* Gaj. IV. 1.

56) Aber doch ist noch im Prätor. Recht das Bewußtsein lebendig, daß das *quadruplum* nur anstatt der Capitalstrafe gegeben werde. Die *actio f. m.* ist perpetua Gaj. IV. 111.

zwischen den verschiedenen Arten des *furtum* eigentlich keinen generischen Unterschied mehr; sie sind allesamt nur specielle Erscheinungsformen des *furtum*s-begriffs, *species*, nicht *genera*.

Von dieser Abschweifung, welche ich nicht für fruchtlos erachten würde, wenn durch sie auf die Natur der Eintheilung in *genera* ein helleres Licht gefallen und namentlich der Punct festgestellt worden wäre, daß, wo wir bei einer solchen Eintheilung auf Sabinianische Anschauungen treffen, eine hohe Wahrscheinlichkeit vorliegt, daß dieselbe mit Verschiedenheiten in den *actiones* zusammenhängt, lehren wir nunmehr zu den *genera legatorum* zurück.

Das *Legat*, in Betreff dessen die 12 Tafeln nur den Ausspruch: „*uti legassit super pecunia tutelave rei suae, ita jus esto*“ enthalten zu haben scheinen, ohne, wie beim *furtum*, specielle Thatbestände aufzustellen und für die Composition der denselben correspondirenden speciellen *Legisactiones* Material zu geben, war im Grunde nur ein Rahmen, eine leere Form, die erst noch durch einen Inhalt ausgefüllt werden mußte, um im Leben verwendbar zu werden und einen practischen Erfolg zu erzielen. An sich war das *Legat* eine abstracte formelle Verfügung, eine autonomische letztwillige Anordnung des Römischen Bürgers, die in bestimmter Form, nämlich im Testament, mit den dem Character des Gesetzes entsprechenden befehlenden Worten und innerhalb des von dem Testator als *pater familias* beherrschten, durch die Worte: *super pecunia tutelave suae rei* angedeuteten Rechtskreises getroffen, die Kraft einer wirklichen *lex* hatte. In dieser Weise definirt denn auch noch Ulpian (24, 1) das *Legat*, nur daß er, weniger durch die Worte der Definition, als durch die Stellung, die er ihr im Zusammenhange seines Werkes anweist, ebenso wie Gajus II. 191, stillschweigend den Begriff des *legare* auf singuläre letztwillige Vermögensverfügungen unter Ausschluß der an sich im *legare* mitbegriffenen Erbeinsetzung, Freilassung und Vormundschaftsbestellung (l. 120 de V. S. 50, 16) beschränkt. *Legatum est, quod legis modo i. e. imperative testamento relinquitur* (Ulp. 24, 1). Damit dieses abstracte *Legat* als concretes in die Erscheinung treten konnte, mußte ihm ein Inhalt gegeben werden, welcher innerhalb der eben angedeuteten Schranken dem Legatar ein practisch brauchbares

Recht verschaffte, d. h. ein solches, welches er, wie es auf einer *lex* beruhte, so auch *lege agendo* verwirklichen und geltend machen konnte. Da aber das Gesetz den *modus lege agendi* hier gar nicht angegeben hatte, so fiel die Aufgabe, diesen zu bestimmen und danach die Klagformel zu componiren, den *pontifices* zu, von denen wir ja wissen, daß sie die Inhaber und Hüter der alten Formularjurisprudenz waren. Ihre Aufgabe bestand aber hier offenbar nicht bloß darin, die passenden Klagformeln zu componiren, sondern zugleich die Formeln für die Anordnung des Legats selbst, die mit jenen correspondiren mußten. Eben wegen dieses engen Zusammenhangs der Klagformel, ohne die das Legat practisch ganz wirkungslos geblieben wäre, mit der Anordnungsformel scheint mir die Idee nicht haltbar, daß die letztere im gemeinen Leben entstanden, ihre Conception jemals den Laien überlassen gewesen und nach den auf diesem Wege außerhalb der Pontificaljurisprudenz entstandenen Anordnungsformeln erst die Klagformeln componirt worden seien. Nach allem, was wir von dem ältesten Römischen Rechte wissen, dürfte wohl der umgekehrte Weg der wirklich eingeschlagene gewesen sein, d. h. die Anordnungsformeln wurden von den Pontifices resp. den Juristen formulirt, so daß sie für eine der vorhandenen und für das Legat brauchbaren *Legisactionen* paßten und wenn ein Legat hinterlassen worden wäre, welches seinem Ausdrucke nach in keine dieser *Legisactionen* paßte, so war es eben ungültig, weil es undurchführbar war. Bei dem allgemeinen und abstracten Character des Legats konnte aber die Klagformel für dasselbe weder überhaupt als specielle *legis actio* noch ausschließlich bloß im Anschluß an eine der allgemeinen Kategorien derselben componirt werden — dies würde implicite eine unzulässige Beschränkung der durch das Gesetz selbst dem Römischen Bürger gewährleisteten Testirfreiheit gewesen sein —, vielmehr ergab es sich von selbst, daß verschiedene Klag- und somit auch verschiedene Anordnungsformeln im Anschluß an die verschiedenen allgemeinen *modi agendi* componirt wurden, die nun für jeden damals überhaupt denkbarer Weise *lege agendo* verfolgbaren Legatsanspruch paßten, in die aber auch jeder Legatsanspruch, um durchführbar und gültig zu sein, hineinpassen mußte.

Warum aber nicht 5 Legatsformen entstanden sind, ent-

sprechend den fünf allgemeinen Formen der *legis actio*, sondern nur drei oder wenn wir das *legatum sinendi modo* in die *Legisactionenzeit* hinaufsetzen, vier, das dürfte sich unschwer erklären, wenn man erwägt, daß die *leg. act. p. pignoris capionem*, der ohnehin von Manchen der Charakter als *legis actio* abgestritten wurde, nur für ganz specielle, lege oder moribus mit diesem *modus agendi* ausgerüstete Fälle bestimmt und für die Geltendmachung irgend welchen materiellen Legatsanspruchs durchaus ungeeignet war, während die *leg. act. per condictio-nem* jedenfalls spätern Ursprungs ist und, was die *legis actio sacramento in personam* anlangt, so unvollständig unser Wissen über dieselbe ist, doch soviel gewiß scheint, daß sie zunächst bestimmt war, das *ex sponsione*, also aus einem zweiseitigen Act entspringende *dare oportere* und wahrscheinlich die alten *Delictsobligationen* auf *damnum decidere* und *sarcire* zur gerichtlichen Geltung zu bringen. Da hinein paßte der Legatsanspruch nicht, der, so allgemein er sein mochte, doch auf einseitiger Anordnung des Testators beruhte und weder mit *poena* noch mit Schadenersatz etwas zu thun hatte.

So bleiben, als ursprünglich verwendbar für das Legat, nur die drei *Legisactionen*, die *l. a. sacramento in rem*, d. h. die schon in sehr früher Zeit durch besondern Namen ausgezeichnete *vindicatio*, die *l. a. per manus iniectionem* und die *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* übrig, welche genau den drei Legatsformen *per vindicationem*, *per damnationem*, *per praeceptionem* entsprechen.

Einige Schwierigkeit macht das *legatum sinendi modo*. Daß es später ist, als das *Vindications-* und *Damnationslegat*, liegt auf der Hand; es ist eine merkwürdige Composition aus beiden: *damnas esto sinere sumere sibi que habere*, ein in die Form des *Damnationslegats* eingewickeltes *Vindicationslegat* und es differirt in der Benennung von den drei andern, nach meiner Ansicht ältern Legaten (*sinendi modo* — *per vindicationem* u. s. f.). Setzt man es an das Ende der Periode der ausschließlichen Herrschaft der *legis actio*, zu welcher Zeit die ursprünglich wenig zahlreichen *species* der Römischen Obligation (*nexum*, *Judicat*, *Delict*) sich schon recht ansehnlich vermehrt hatten (*stipulatio*, wohl auch einzelne *Realcontracte*), so würde

man auf die *legis actio sacramento in personam* als auf die für dasselbe passende Proceßform kommen<sup>57)</sup>, da die *legis actio per conditionem ex lege Silia et Calpurnia* nur für certa pecunia und certae res bestimmt gewesen zu sein scheint. Dann könnte in dieser Function der *legis actio sacram. in personam* die Wurzel liegen für die *actio (incerti) ex testamento* des Formularprocesses mit der Formel *quidquid dare facere oportet*, die wir im classischen Rechte ja ausdrücklich als für das *leg. sin. modo* bestimmt vorfinden (Gaj. II. 213). Diese *actio ex testamento* hat sich dann, wie ich glaube, von hier aus verbreitet auf diejenigen neuern Gestaltungen des Damnationslegats, für welche die eigentliche Klagformel desselben, wie wir sie bei Gajus finden: *heredem rem legatario dare oportere* (Gaj. II. 204) nicht mehr zureichte, namentlich auf die Legatsansprüche auf ein Thun (Ulp. XXIV. 4), Nichtthun und Leiden und hat dann endlich, sei es subsidiär oder *electiv*, den ganzen Raum erfüllt, den die ursprünglichen Klagformeln für die einzelnen Legatsarten nicht mehr auszufüllen vermochten. Denn darüber darf man sich keiner Täuschung hingeben, bereits im classischen Rechte erschöpfen die vier Legatsarten den Begriff des Legats nur noch formell und dies auch nur, weil das Damnationslegat über sein ursprüngliches Gebiet erweitert und alles, was *minus ratis verbis*, aber *imperatio* angeordnet ist, seit dem Neronianum unter das Damnationslegat untergebracht wird; materiell aber erschöpfen sie ihn weder, noch repräsentiren sie ihn vollständig; hinter und unterhalb jedes concreten in einer der Legatsformen zur Erscheinung kommenden Legats liegt ein allgemeiner Legatsanspruch obligatorischer Natur, daß dem Legatar, was ihm der Testator zugebracht, gewährt werden solle, *legatario dari herive oportere*, l. 1 pr. ut legat. 36, 3. Dieser Anspruch ist impersonell, d. h. es ist ein Anspruch schon gegen die ruhende Erbschaft, die gleichsam als Schuldnerin gedacht wird,

57) Dagegen Karlowa, Civilproceß S. 240. Aber, wenn das *damnas esto* damals nicht mehr lebendig auf die *manus injectio* verwies, warum sollte ein *sacramentum* nicht abgestellt werden können auf: du bist schuldig mich das Cornelianische Grundstück an mich nehmen zu lassen? Darauf ließ sich doch mit ja oder nein antworten und das Interesse eventuell durch ein angeöffnendes *arbitrium liti aestimandae* feststellen.

daher ist die *stipulatio legatorum in rem concepta* l. 10 ut leg. 36. 3, vgl. Unger, Oesterreich. Erbrecht §. 7 not. 5, wenn er auch klagbar wird erst mit dem Momente, wo ein Erbe antritt und gegen den antretenden Erben, der sich nun als individuell mit dem Legate belastet ausweist. Dieser Anspruch, obwohl obligatorisch, ist vorhanden auch neben dem *Vindicationslegat*; auch von diesem wird gesagt: *legatum debetur*, z. B. P. R. S. III. 6 §. 2 u. a. a. St., und da der Legatar das Eigenthum an der ihm vermachten Sache erst im Augenblicke der Erbantrittung erwirbt und bis dahin die Erbschaft selbst *domina* derselben ist, so ist es ganz richtig, daß sie es ist, die das Legat dem Legatar schuldet. Hieraus erklärt sich die schon im classischen Rechte häufig beim *Vindicationslegat* vorkommende *actio ex testamento*, die, wenn dem Legatar sein Anspruch nicht in vielen Fällen vereitelt werden sollte, geradezu nothwendig für ihn war, z. B. wenn der Gegenstand des *Vindicationslegats* vor der Erbschaftsantrittung durch Schuld des Erben vernichtet oder ver schlechert worden war (l. 7 §. 5 de dol. 4, 3).

Dieser allgemeine Legatsanspruch tritt allerdings verhältnißmäßig selten rein auf, sondern steckt meistens in der obligatorischen Klage aus dem *Damnationslegat* und oft in der *rei vindicatio* des *Vindicationslegatars*, seit diese persönliche Elemente in sich aufgenommen hat (*cautio de dolo*, *de restituendo fugitivo* u. s. w.) und auf denjenigen *qui dolo desiit possidere* ausgedehnt worden ist. Wo aber auch auf diesem Wege keine volle Befriedigung für ihn zu finden ist, da hat ihm die Jurisprudenz und das Edict Rechtsmittel geschaffen, welche in der That ganz außerhalb der einzelnen Legatsarten liegen und von ihnen völlig unabhängig sind<sup>58)</sup>.

58) Man sehe außer der oben citirten l. 7 §. 5 de dolo die *actio ex testam.* der l. 66 §. 4 de leg. I. Der Erbe begräbt und zwar mit Recht z. B. den Testator (l. 66 §. 7 de leg. I.) im legitimen Grundstüd und macht dasselbe dadurch theilweis religios (l. 4 de relig. 11, 7). Auf den Restitutionsbefehl des Richters im *Vindicationsproceffe* restituirt er, muß also von der *rei vindicatio* absolvirt werden; dennoch behält der Legatar die *actio ex testamento* auf die Restitution des religios gewordenen Theils. Es ist kein Grund diesen Satz etwa bloß aufs *Damnationslegat* zu beziehen, vgl. l. 4, l. 12 §. 1 de relig. 11, 7. Ferner die *actio in factum* der l. 9 §. 4 ad exhib. und l. 1 §. 17 fin. ut legat 36, 3. (Das *Vindicationslegat* erloschen durch Untergang der *species sine dolo heredis*.

Das bedeutendste Product dieses allgemeinen Legatsanspruchs, welches in Verbindung mit den aus den einzelnen Legatsformen entspringenden Klagen in der classischen Zeit allen irgend berechtigten practischen Interessen Genüge leisten mochte, ist die durch das Edict geschaffene *cautio legatorum*. Sie ist *instar actionis*, d. h. sie hat, gerade wie die *cautio damni infecti* und die andern *cautionales stipulationes* die Bestimmung, für einen civilrechtlich nicht oder nicht genügend geschützten Anspruch eine neue Klage zu schaffen l. 1 §. 2 de stip. praet. 46, 5 et, ut sit *nova actio*, intercedunt, ut de *legatis* stipulatio. Die civilrechtlichen directen Klagen aus den alten Legatsformen langen eben ad tuendam defuncti voluntatem (l. 5 §. 24 ut in poss. 36, 4, l. 2 Cod. ut in poss. 6, 54) nicht aus. Sie ist keineswegs beschränkt auf irgend eine bestimmte Art des Vermächtnisses, auch nicht einmal auf bedingte und betagte Vermächtnisse, sondern kann überall verlangt werden, wo aus einer Verzögerung der Erfüllung dem Legatar Nachtheil erwachsen kann. Sie kann geleistet werden schon vor der Antretung der Erbschaft, l. 1 §. 4 ut leg. 36, 3, sofern es nur nicht schon gewiß ist, daß das Vermächtniß nicht geschuldet werde und — ein höchst merkwürdiger Punct, der für die oben vermuthete geschichtliche Stellung und Bedeutung des leg. sinendi modo als Ausgangspunct einer freieren Entwicklung des Legatenrechts sprechen dürfte — sie nimmt im Gegensatz gegen die drei ältern Legate (auch das leg. per praecceptionem l. 51 fam. ercisc.), aber in Uebereinstimmung mit dem legatum sinendi modo und mit dem Fideicommiß (Gaj. II. 280) Früchte und Zinsen von der mora an in sich auf, nicht erst von der *litiscontestatio* an (letzteres wird noch ausgesprochen in l. 1 u. 4 Cod. 6, 47), während sie zugleich — ein neuer Vortheil für den Legatar gegenüber dem *strictum iudicium* des *Damnationslegats* und eine Annäherung an die *bonae fidei actiones* — die *clausula doli* enthält (l. 1 pr. ut legat. 36, 3). Es ist vielleicht nicht zuviel gesagt, wenn man in ihr den Ansat zu einer allgemeinen

---

Trotzdem dauert der Legatsanspruch fort und producirt seiner impersonellen Natur gemäß sogar eine Klage gegen den Dritten, den Quasinfießbraucher.)

Prätorischen Legatenklage entbedt und das Vorbild dessen, was Justinian unter seiner *actio in personam* verstand.

Ob die Römische Jurisprudenz dieses allgemeinen Legatsanspruchs, den sie in der Praxis hatte und anerkannte, sich begrifflich bewußt geworden sei, mag dahin gestellt bleiben; Ansätze zur Construction und Formulirung desselben liegen vor in dem Sabinisch-Justinianischen Quasicontracte (Saj. in l. 5 §. 2 de O. et A. 44, 7, §. 5 Inst. 3, 29) und in dem: *quia hereditas eos obligat* des Paullus in l. 17 de duob. reis (45, 2)<sup>59)</sup>, vgl. auch l. 3 in fin. quib. ex caus. in poss. 42, 4. In Verbindung mit dem Sage: *heres quandoque adeundo jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur* (l. 138 de R. I., l. 193 eod., l. 28 §. 4 de stipul. serv. 45, 3) mochte dies den diesfalligen theoretischen Bedürfnissen der Röm. Juristen Genüge leisten. Letzterer Satz, der übrigens *cum grano salis* zu verstehen ist — denn z. B. das Eigenthum der Erbschaftsachen geht erst mit der Erbantretung auf den Erben (resp. den Legatar) über, aber rückwärts ist weder der eine noch der andere Eigenthümer gewesen, sondern die ruhende Erbschaft als etwas von beiden Verschiednes (l. 80 de leg. II., l. 64 de furt. 47, 2, l. 9 §. 5 de pecul. 15, 1) ist bis zur Erbantretung *domina* — mag die Haftung des später antretenden Erben für die von ihm vor der Antretung vernichtete legitime Sache (l. 7 §. 5 de dol. 4, 3) vermittelt haben und ausdrücklich bezeugt wird uns in l. 28 §. 4 de stip. serv. 45, 3, daß vermittelt seiner die Sabinianer die theoretische Begründung gewannen für den Satz, daß der Erbschaftsflave dem *heres futurus* (impersonell, nicht *nominatim*) gültig stipuliren könne.

Dieser allgemeine auf dem materiellen Willen (*voluntas*) des Testators ruhende Vermächtnisanspruch hat sich aber nur sehr allmählig und in verhältnißmäßig später Zeit entwickelt und es auch in der classischen Zeit nur dahin gebracht, gewissermaßen als Unterlage für die einzelnen Legatsarten zu dienen, so daß er sich zu ihnen nur subsidiär und ergänzend verhält

<sup>59)</sup> Vgl. Brinz, Pand. S. 910, der aber m. E. nach diese Stelle viel zu eng bloß auf das vindicationslegat bezieht.

und nur in einzelnen Anwendungen aus der Region des bloßen Sollens und Gebührens in die der gerichtlichen Anerkennung und der *actio* vorgebracht ist<sup>60</sup>).

Für die frühere Zeit aber, wo jener allgemeine Legatsanspruch noch nicht existirte, wurde das Legat vollständig repräsentirt durch die alten Legatsarten, außerhalb derselben gab es nicht nur formell kein Legat (was ja auch im spätern Rechte blieb), sondern es gab auch keinen materiellen Legatsanspruch, der nicht in einer dieser alten Legatsformen enthalten und durch die aus einem jeden derselben entspringende *propria actio* speciell und vollständig characterisirt gewesen wäre. Jedes Legat mußte in einer der alten Legatsformen erscheinen und indem es in der einen zur Erscheinung kam, war damit dem analytischen Character des altrömischen Rechts, wie des altrömischen Processes entsprechend,

vgl. Ihering, Geist d. R. R. III. S. 21 ff., zugleich gesetzt, daß es nur in dieser und in keiner andern Gestalt existirte, nur auf dem dieser Form entsprechenden Wege erworben und geltend gemacht, nur mit der für diese Form bestimmten *actio* verfolgt werden konnte. Darum erstreckt sich die genaue Correspondenz, welche nach dem oben Ausgeführten zwischen der processualischen *legis actio* und der materiellen *legis actio*, d. h. dem Aus- und Anspruch des Klägers bei der Durchführung derselben (*ajo, hanc rem meam esse ex jure Quiritium; quod tu mihi (ex testamento) damnatus es, manum injicio*) bestand, auch auf die Anordnungsformeln und mußte sich auf sie erstrecken, nur daß, wie mir scheint, bei den letztern auch auf die damals bestehenden Erwerbungsarten des anzusprechenden Rechts Rücksicht genommen worden ist. So finden wir beim *Vindicationslegate* doppelte in der Construction verschiedene Formeln (*do lego — capito u. s. f.*), welche in einer gewissen Parallele zu den beiden ursprünglichen Privatrechtserwerbsarten des *Quiritarischen* Eigenthums, die letztere zu der *mancipatio*, die erstere zu der in *jure cessio* stehen könnten<sup>61</sup>).

60) Im Fideicommiss hat er seinen adäquatesten formellen Ausdruck bekommen und im Bereiche desselben deckt sich eigentlich der aus ihm hervorgehende Anspruch mit dem aus dem Fideicommiss.

61) Diese Vermuthung, für die ich selbstverständlich keinen größeren Werth, als den einer reinen Conjectur in Anspruch nehme, stützt sich auf

Die ursprüngliche Formel des Damnationslegats *damnas esto* trägt ihre Verwandtschaft mit der Judicatsobligation und bez. dem *nexum* und folgeweise ihre Correspondenz mit der *leg. actio per manus injectionem* so deutlich an der Stirn, daß wir darüber kaum im Zweifel sein könnten, selbst wenn wir nicht die unzweideutigsten Spuren davon in der dieser ganzen Gruppe von Obligationen gemeinsamen *imaginaria solutio per aes et libram* und *poena infitiationis* auf das *duplum* fänden. Es ist schon oben angedeutet worden, warum für den obligatorischen Legatsanspruch ursprünglich nur die *leg. actio p. m. inj.* paßte und dann mußte die Anordnungsformel desselben so componirt werden, daß sie eben eine *damnatio* enthielt, auf Grund

die Annahme, daß Quiritarisches Eigenthum von Volksgenossen ursprünglich nicht durch Tradition, sondern (abgesehen von der hierhin nicht gehörenden *usucapio*) nur durch *mancipatio* oder in *jure cessio* habe erworben werden können. Durch *occupatio* konnte es vielleicht, aber nur vom Feinde (*hostis* = *peregrinus*) nach l. 51 §. 1 de A. R. D. 41, 1 und an noch nie im Römischen *commercium* gewesenen Sachen (*res nullius* im eigentlichen Sinne; daher keine *Occupatio*, sondern nur *Usucapion* der Erbschaftsachen, *quae jure hereditario continentur*, l. 36 de stip. serv. 45, 3) erworben werden; ferner darauf, daß die bei der *Mancipatio* zum *manu capere* des Erwerbers noch hinzutretenden Bestandtheile (die Zeugen und die Aussprache der *causa emtionis*) beim Legat durch die Errichtung im Testament und den mit Gesetzeskraft bekleideten, einer Bezeichnung der *causa* nicht bedürftenden Willen des Testators ersetzt werden mochte; daß die Formel: *do lego* schon von Anfang an über das *Vindicationslegat* hinausreicht und die ursprüngliche Formel für die testamentarische Anordnung der *tutela* ist, welche in frühester Zeit jedenfalls *vindicirt* werden konnte (vgl. Karlowa, *Civilpror.* S. 90) und an sich fähig ist, in *jure cedirt* zu werden (in j. c. der *tutela legitima feminarum* Gaj. l. 168, *Ulp.* XI. 6—8), wie denn grade diese Formel vorzugsweise beim Legate des *ususfructus* vorkommt (man vergl. die Vaticanischen Fragmente a. a. D.), welcher bekanntlich *direct* nicht *mancipirt*, wohl aber in *jure cedirt* werden kann; daß das Wort *do* das erste und vielleicht die andern vertretende Wort ist von jenen drei feierlichen Worten des Prätors: *do, dico, addico*, die mit dem *legere peragere* (nicht bloß mit dem *processualischen*, sondern auch mit dem der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörigen) in die engste Verbindung gesetzt werden. Varro de L. L. VI. 29. Wenn dem Ausspruch des Testators: *damnas esto* dieselbe Kraft beiwohnte, wie dem vom *judex* kraft der ihm vom Prätor übertragenen *potestas* oder in der frühern Zeit dem vom rechtsprechenden Magistrat selbst gethanen gleichen Ausspruch, wenn beim Damnationslegat der Testator *jus* machte mit derselben Formel, in welchem es der Magistrat oder *judex* machen konnte, warum soll man das *do* des Testators nicht auch in Zusammenhang bringen mit dem magistratischen *do*, mit welchem derselbe z. B. den Tutor gab? Das versteht sich bei dieser Parallele ja freilich von selbst, daß nun nicht das *do lego* Legat mit der in *jure cessio*, welche einen Scheinstreit voraussetzt, *direct* in Zusammenhang gebracht, sondern nur die analoge rechtsbegründende Kraft des testatorischen mit dem magistratischen Wort und die gleiche Structur beider betont werden soll.

deren man auf jene Weise lege agiren konnte. Daraus erklärt sich auch, warum die Formel des Damnationslegats an den Erben und nicht an den Legatar gerichtet ist.

Endlich die Formel des Praeceptionslegats entspricht der Capionsformel des Vindicationislegats, nur daß sie in dem prae einen Zusatz enthält. Mit der formellen Genauigkeit des alten Rechts, das doch diesen Zusatz erst schuf, würde es sehr wenig übereingestimmt haben, denselben für überflüssig zu erklären, was freilich später die Proculejaner, obwohl auch nur in beschränkter Maaße thaten. Wenn er aber eine Bedeutung hatte, so konnte es keine andre sein, als daß der Testator dem Legatar damit ein Vorzugsrecht einräumte, kraft dessen er eine Sache der Erbschaft im Voraus an sich nehmen sollte. Ein Vorzugsrecht aber kann nur bestehen gegenüber solchen, die an sich mit uns gleich berechtigt sind, die qualitativ dasselbe Recht haben wie wir, nur daß unserm Rechte eine besondere Kraft und Eigenschaft gegeben und gleichsam zugesetzt ist, vermöge deren es stärker und mächtiger ist, als das qualitativ gleiche Recht der Andern. Ueberall wo ein Vorzugsrecht vorkommt, da steht es auf dem Boden eines mit Andern gemeinschaftlichen Rechts, über den es den Vorzugsberechtigten nur erhöht und emporhebt, so daß er der Mächtigere, der potior ist. So ist es bei dem Vorzugsrechte der privilegirten Gläubiger, so bei der Priorität des älteren oder sonst bevorzugten Pfandgläubigers, so war es in der alten vindicatio der caduca, wo den heredes patres, den legatarii patres und dem Fiscus das gleiche Befugniß zu vindiciren zustand, aber die Erben den Legatarien, diese dem Fiscus und allen derjenige vorging, der mit dem wegfallenden Legatar wörtlich verbunden war. Eben deshalb konnte das eigentliche Praeceptionslegat nur einem Theilerben gegeben werden. Denn vor den Andern kann in Wahrheit nur derjenige capiren, mit welchem sonst Andre zugleich capiren würden; der fremde Legatar aber, dem vermacht wird, capirt nicht vor den Erben, einfach deshalb, weil er mit ihnen niemals capiren könnte, sondern er capirt höchstens von den Erben. Endlich, da die Andern, vor denen der Präcipient ein Vorzugsrecht haben soll, seine Genossen sein müssen, Miterben aber erst dadurch Genossen werden, daß sie eben in der angetretenen Erbschaft zusammentreffen, so ist

die stillschweigende Voraussetzung jeder ächten praecipio, daß die Erbgemeinschaft zwischen dem Präcipienten und seinen Miterben bereits hergestellt sei und bestehe und daß das Vorwegnehmen nun erfolge aus der Gemeinschaft, e communi, ex media hereditate. Somit ist es ziemlich gleichgültig, ob man mit Degenkolb S. 39 betont, daß das praecipere geschehe prae aliis, vor den Andern oder ob man sagt, daß man dadurch aus der Gemeinschaft und außer der durch diese bereits geschaffnen und gewährten Erbquote eine Sache besonders und vorzugsweise für sich als propria, als eigne in Anspruch nehme.

Gaj. II. 217 praecipere enim esse praecipuum sumere, quod tantum in ejus persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is *extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus* sit.

Donat. ad libr. 5 Aeneid. quod praeter communionem singulis proprio nomine deputatur;

Glossae j. ad Theoph. II. 20, 2 (Reitz p. 437 not. o. Schult. jur. pr. antejust. p. 120 not. 34) praecipio, τὸ ἐξαιρετὸν λεγᾶτοι, τὸ ἐξωθεῖν τῆς κληρονομίας ὡς ἐν προσθ' ἤκη (als Zusatz, Anhang) καταλιμπανόμενον τῷ μερικῷ κληρονομῶ.

Vergl. noch die Citate bei Schulting, S. 120 not. 34, ferner l. 2 pr. de instr. et instr. leg. 33, 7 praecipionem praeter partes hereditarias dedit., l. 14 de dot. praeleg. 33, 4 coheredes extra partem hereditariam — ex communi praecipua, l. 77 pr. de cond. et dem. (35, 1), l. 88 §. 3 de leg. II., letztere beiden Stellen gehören der Zeit an, wo der materielle Begriff der praecipio als letztwillige Zuwendung auch außerhalb des legatum per praecipionem und der Formel: praecipito auftritt.

Denn beide obige Aussprüche kommen auf dasselbe heraus, was nur von verschiedenen Standpuncten aus angeschaut und aufgefaßt wird. Diese Gleichwerthigkeit beider Ausdrucksweisen hat schon Donellus erkannt, wenn er sagt (Comment. j. civ. VIII. cap. III. im Anf. Han. Ausg. v. 1612 S. 347, dictum est enim hoc genus praecipio, quia scil. in *divisione hereditatis* heres, cui lega-

tum quid erat, id praecipiebat i. e. capiebat *prae aliis*, ut sic *ex hereditate praecipuum* haberet.

Somit ist der wahre Inhalt der praeceptio das Herausnehmen aus der Gemeinschaft, die Umwandlung der *res communis* in eine *res propria* und wenn dieser materielle Anspruch des Präcipienten nicht befriedigt wird durch freundliche Verständigung unter den Communionsgenossen, den Miterben, so ist eben das adäquateste Rechtsmittel die *actio familiae herciscundae*, die die Erbgemeinschaft auflöst, indem sie sie doch zugleich voraussetzt und auf ihr beruht. Irrig aber würde es sein zu meinen, aus der Gemeinschaft könne nur ein Recht hervorgehen auf die Theilung des Gemeinschaftlichen, von welchem nun jeder Genosse einen Theil wenigstens dem Werthe nach bekommen müsse; vielmehr kann gerade aus der Gemeinschaft hervorgehen und deshalb mit der Klage auf Theilung der Gemeinschaft zu verfolgen sein auch ein Anspruch auf ausschließliche unentgeltliche Zuweisung einer gemeinschaftlichen Sache, die wegen der bestehenden Gemeinschaft und kraft des derselben inwohnenden Rechts gemeinschaftlich geworden ist, während sie ohne die Gemeinschaft dem Genossen zum ausschließlichen Eigenthum zugefallen wäre.

l. 24 comm. div. 10, 3:

Julianus libro VIII. Digestorum—*Communis servus si ex re alterius dominorum acquisierit, nihilo minus commune id erit: sed is, ex cuius re acquisitum fuerit, communi dividendo iudicio eam summam percipere potest, quia fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus acquisierit.*

Vergl. Gajus in l. 45 de A. R. D. 41, 1, l. 28 §. 1 de stip. serv. 45, 3.

Inhaltlich ist das Recht aus der praeceptio diesem eben erwähnten Rechte des einen Communionsgenossen durchaus analog, nur daß das erstere natürlich mit der Erbtheilungsklage zu verfolgen ist und sich nicht lediglich auf die Grundsätze der *bona fides*, sondern auf den ausgesprochenen Willen des Erblassers stützt. So enthält die praeceptio eine Modification des aus der Erbgemeinschaft entspringenden Rechts, gewissermaßen einen Zusatz zu Gunsten des einen Miterben, der aber durchaus

in dem Rahmen dieses allgemeinen Communionsrechts bleibt und daher auch in der act. fam. ercisc. geltend gemacht werden kann. Sind die Erben lediglich auf Erbquoten (partes hereditariae) eingesetzt und nicht zugleich mit Präceptionen bedacht, so ist ihr Recht aus der Erbgemeinschaft freilich blos im allgemeinen auf Umsetzung ihrer Erbquoten in reelle Werthe und auf Zuthheilung der letztern bis zum Belauf der Erbquote eines jeden gerichtet. Sind aber einem oder mehreren Miterben Präceptionen gegeben, so hat jeder so bedachte Miterbe dem Theilungsrichter wie den Miterben gegenüber das bestimmte Recht, daß ihm bei der Vertheilung gerade diese bestimmte, ihm durch den Willen des Erblassers zugewiesene Sache zugetheilt, adjudicirt werde<sup>62</sup>).

Kehren wir jetzt nochmals zu der geschichtlichen Entwicklung der Legatsformen zurück, so zeigt sich auch bei dem Präceptionslegate, wie bei dem leg. per vindicationem und per damnationem die genaue Congruenz von Anordnungsformel, Anspruch und Legisaction. Formelle (processualische) Legisaction: l. a. per iudicis arbitrive postulationem; Anspruch (materieller Bestandtheil der Legisaction): actio familiae erciscundae; Anordnungsformel: praecipito, Vorwegnehmen aus der Erbgemeinschaft, mit Vorzug vor den Erbgenossen.

Die Entwicklung in der Zeit des Formularprocesses enthält, soweit ich sehe, nichts specifisch Neues. An die Stelle der formellen Legisactionen treten selbstverständlich entsprechende formulae, es entstehen wohl auch neue Anordnungsformeln, vielleicht jetzt erst die des legatum sinendi modo und die Nebenformeln des Vindicationslegats: sumito, tibi habeto, wahrscheinlich die 2. Formel des Damnationslegats dato<sup>63</sup>) und sicher

62) Vergl. Meunier instit. ex re certa Seite 189, S. 269 in der Note. Im neueren Rechte seit dem Erstarken der Fideicommissie und der allmählichen Aufweichung (vergl. z. B. die Anwendung der „do lego“ Formel auf Legate, die offenbar nicht p. vind. sind, zusammengestellt h. Meyer, Legate S. 19, not. 7) und Verschmelzung der alten Legatsformen gilt dieses mehr oder weniger präsumtiv von jedem innerhalb der Erbtheilung geltend gemachten Prälegete, nicht weil die praecipito verschwunden wäre, sondern im Gegentheil, weil die materielle praecipito fortbesteht und nur das enge Kleid des leg. per praecipionem von sich geworfen hat.

63) Diese Formel erscheint nun auch statt des frühern damnas esto (lex Aquilia) in den Gesetzen (l. Julia et Papia, f. l. 64, §. 10 solut. matr. 24, 3.)

und zwar jedenfalls erst viel später die von Ulpian erwähnten Formeln: *facito, heredem dare jubeo*. Es hängt dies wohl zusammen mit der allmählichen Herausbildung des Römischen Begriffs der *obligatio*, die in ältester Zeit nur in Specialgestalten (*noxum, Judicat, sponsio, Privatstrafe*) existirt haben mag, ohne daß man sich des innern Zusammenhangs und des gemeinsamen Typus derselben von Anfang an völlig bewußt gewesen wäre. Die Römer sind ja erst in verhältnißmäßig später Zeit (man vergl. Gaj. IV. 1) zu der generellen Scheidung der Actionen in *actiones in rem* und *in personam* und eigentlich niemals zu der generellen Eintheilung der Vermögensrechte in dingliche und persönliche durchgedrungen.

Durch alle diese Veränderungen wurde dasjenige sehr wenig berührt, was ich oben als den ursprünglichen Zustand, von welchem die Entwicklung des Römischen Legatsbegriffes ausgegangen sei, bezeichnet und darzulegen versucht habe, nämlich daß jede Legatsform für einen specifischen Legatsanspruch bestimmt war und sich eben deshalb vollkommen exclusiv gegen die andern Legatsarten verhielt. Diese Aufstellung, deren Consequenz und deren prägnantester Ausdruck die Verschiedenheit und strenge Sonderung der für die einzelnen Legatsarten bestimmten Klagen ist, wird nun vollkommen bestätigt noch durch diejenige Darstellung, welche uns Gajus IV. 192 ff. von den 4 Legatsarten giebt, obwohl dieselbe aus einer Zeit herrührt, wo jener ursprüngliche Zustand schon vielfach durchbrochen und verändert war. Gajus führt nicht nur bei jeder einzelnen Legatsart sorgfältig die entsprechende Klage an, deren jede, wie er ausdrücklich angiebt oder wenigstens andeutet, auch eine von den andern specifisch verschiedene Formel hat, sondern er spricht es auch bei jedem einzelnen Legate geradezu aus, daß es mit dieser speciellen Klage geltend gemacht werden müsse.

Gajus II, 194. *Vindicationslegat: et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque qui eam possidet, petat, vindicare debet* i. e. intendere, eam rem suam esse ex jure Quiritium. II. 204. *Damnationslegat: ideo legatarius in personam agere debet* i. e. intendere, heredem sibi dare oportere. II. 213 et ideo huius quoque legati (*sinendi modo*)

nomine in personam actio est: *quidquid* heredem ex testamento dare facere oportet. II. 219 leg. p. praeceptionem: Item nostri praeceptores quod ita legatum est, *nulla alia ratione putant* posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, quam iudicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda i. e. dividunda accipi solet; *officio enim iudicis* id contineri, ut et quod per praeceptionem legatum est, adjudicetur.

## §. 9.

## Der Combinationsproceß der Legatsarten, insbesondere beim legatum per praeceptionem.

Für das leg. per praeceptionem hat dieser Zustand in der Sabinianischen Auffassung desselben seinen reinen und consequenten Ausdruck gefunden; aber wie uns dieselbe in der Darstellung bei Gajus (II. 217 ff.) überliefert ist, liegt sie schon längst mit einer andern, der Proculejanischen, im Kampfe, in welchem der letztern bereits damals der Sieg sich zuneigte. Sehen wir daher zu, ob es sich bei diesem Kampfe wirklich um die Existenz oder Nichtexistenz des Präceptionslegats oder vielleicht um ganz andere Dinge handelte. Es ist schon oben (§. 6 unter 1) erwähnt worden, daß mit dem Beginne der Kaiserzeit eine neue Entwicklung im Römischen Erbrechte anhebt und daß wir als ein Glied derselben auch das Hervortreten der Proculejanischen Ansicht über das Präceptionslegat zu betrachten haben. Das Charakteristische dieser Entwicklung in Betreff der Legatsarten besteht darin, daß sie nicht sowohl darauf ausgeht, die Verschiedenheit derselben zu brechen, sondern nur ihre Strenge zu lockern und ihre Exklusivität zu Gunsten des materiellen Willens des Testators zu beseitigen. Der Weg, den sie einschlägt, ist daher namentlich auch der der Combination. Zunächst scheint es durch die Sitte angekommen zu sein, daß die Testatoren selbst bei Anordnung eines Vermächtnisses verschiedene Legatsformen mit einander combinirten:

vergl. Arndts, Comm. Bd. 46, S. 41. Die l. 30 §. 1 de leg. III. (Combination von Damnations- und sin. modo-Legat) weist auf die Zeit Labeo's zurück. Die

l. 16 de lib. leg. 34, 3 zeigt für einen ähnlichen Fall schon einen weitem Fortschritt, indem dasselbe Ergebnis ohne Combination erreicht wird. Beispiele solcher Combinationen s. Meyer, *Legate* S. 19 not. 3. Speciell für das Präceptionslegat scheint, sei es schon vor, sei es im Zusammenhange mit dem Kampfe der Schulen, eine combinirte Formel P. S. T. H. (*praecipito, sumito, tibi habeto*) die gebräuchliche geworden zu sein. Buchholz, S. 3, not. 15.

Sodann verordnete das SC. Neronianum, ut quod minus ratis verbis legatum sit perinde sit ac si optimo jure legatum esset; optimum autem jus legati per damnationem est — Ulp. 24, 11a, vergl. die etwas beschränktere Fassung bei Gaj. II, 197.

Wenn ich vorhin gesagt habe, daß jene neuere Entwicklung sich keineswegs feindlich gegen die Eigenthümlichkeiten der alten Legatsarten verhalte, sondern nur zu Gunsten des erblasserischen Willens ihre exclusive Beschränktheit zu beseitigen suche, so sind wir gerade beim Neronianum in den Stand gesetzt, nachzuweisen, daß dasselbe nicht etwa das in anderer Form ungültig angeordnete Legat unter Zerstörung seiner specifischen Eigenthümlichkeit in ein Damnationslegat umwandelt, sondern daß es sich vielmehr gegen jene Eigenthümlichkeiten soweit möglich conservirend verhält, recht eigentlich confirmirend wirkt und nur als Klage dem bestätigten Legate natürlich keine andere geben kann, als eine persönliche.

Vat. fragm. §. 85. Si per *damnationem* ususfructus legatur, jus accrescendi cessat; non inmerito, quoniam *damnatio partes facit*. Proinde si rei alienae ususfructus legetur et ex *Neroniano confirmetur* legatum, sine dubio dicendum est, jus accrescendi cessare, si modo post constitutum usumfructum fuerit amissus; quod si *antea* socius amittat, erit danda *totius* petitio. Idemque et si *vinendi modo* fuerit legatus ususfructus (hier wiegt also das Vindicationselement im leg. siu. m. vor). An tamen in *Neroniano*, quoniam *exemplum vindicationis* sequimur, debeat dici utilem actionem, amisso usufructu ab altero, alteri dandam, quaeri potest; et puto secundum Neratium admittendum (also die Eigenthümlichkeit des bestätigten Vindicationslegats schlägt nach dieser Ansicht durch, obwohl der Nießbrauch in Erfüllung

einer lediglich persönlichen Verbindlichkeit von Erben schon bestellt ist<sup>63)</sup>.

Mit dem SC. Neronianum ist eine erste Wresche gelegt in das System des alten Rechts, als dessen Character wir den engsten Zusammenhang zwischen Anordnungsformel, materiellem Legatsanspruch und Klage kennen gelernt haben. Eine Anordnungsformel, die nicht die des Damnationslegats ist, erzeugt nunmehr eine persönliche Klage und es giebt eine persönliche Klage, mit der ein Anspruch realisirt wird, der nicht die Eigenthümlichkeiten des Damnationsanspruchs hat. Hiermit ist ein erster Schritt gethan, auch die specifischen materiellen Legatsansprüche von ihrer Legatsformel zu lösen, so daß sie bei vorhandenem und ausgedrücktem Willen des Testators auch aus andern als den für sie speciell bestimmten Legatsformeln hervorgehen können. In der Anwendung auf das Präceptionslegat, bei dem wir das Hervortreten dieser Erscheinung genauer verfolgen können, heißt das: es kann und es fängt nach und nach an zu geben ein Präceptionslegat, das nicht mit der Formel: *praecipito* angeordnet ist, die wesentlichsten Eigenthümlichkeiten desselben können auch bei in anderer Form getroffenen letztwilligen Verfügungen vorkommen, es giebt somit eine materielle *praecipio*, die unabhängig von der eigentlichen Form des

63) Fragen ließe sich: Ist diese *petitio totius usufructus* und diese *actio utilis* eine *utilis ususfr. vindicatio* oder nur eine *utilis in personam actio ex testamento*, *utilis* deshalb, weil sie, abweichend von der *directa actio* aus dem formellen Damnationslegat des *ususfr. alienus*, den Erben, der etwa die ganze fremde Sache gekauft hat, um den Nießbrauch dem Legatar zu bestellen, verpflichtet, auch den ihm *ipso jure* durch Consolidation heimgefallenen Theil des einen Mitlegatars dem andern wieder hinauszugeben? Ich glaube das letztere, schon wegen der Parallele mit dem *leg. sin. modo*. Merkwürdig ist, daß in keiner Stelle über das SC. Neronianum etwas Näheres über die Klage gesagt ist, mit der das confirmirte Legat geltend gemacht wird; es heißt immer nur: *legatum ex SC. utile erit, confirmatur*. Wenn man (zumal gegenüber dem die Sache redimirt habenden Erben) an eine *utilis vindicatio* denken dürfte, so möchte sie eine neue *species* der *utilis rei vindicatio* nach Ihering'scher Auffassung (Sährb. f. Dogmat. I, S. 120 ff.) abgeben oder sie würde eventuell unter jene Gestaltungen der *Publiciana* rangirt werden können, als welche neuerdings Schulz: über einige Anwendungsfälle der *Publiciana in rem actio* (1873) die meisten Fälle der *utilis rei vindicatio* des Nießeigenthümers darzustellen versucht hat. So ganz unmöglich wäre das nicht, weil es Fälle der *Publiciana* giebt, in denen der Titel ohne gehalten Besitz genügt (l. 12, §. 1, l. 13 de Public. 6, 2.) Zudem wird der Nießbrauchcollegatar regelmäßig die Detention der Nießbrauchssache haben, also eine *quasi traditio* vorangegangen sein.

Präceptionslegats existirt, ja die außerhalb der Form des Legats überhaupt vorkommen kann und daher mit derselben auch nicht zu sterben brauchte, sondern sie überleben konnte und überlebt hat. Was diese von mir sogenannte materielle *praeceptio* ist, habe ich oben schon gesagt; es ist ein Vorzugsrecht des einen oder einzelner Erben gegenüber ihren Erbgenossen resp. gegenüber dem Theilungsrichter auf ausschließliche Zutheilung einer Erbschafts-sache (später überhaupt eines Werths aus der Erbschaft) im Erbtheilungsverfahren. Welche Eigenthümlichkeiten diese materielle *praeceptio* namentlich gegenüber den andern Legatsansprüchen hat, werde ich hernach auseinandersetzen; zunächst habe ich ihre Existenz aus den Quellen zu beweisen, obwohl sie eigentlich Niemanden zweifelhaft sein kann, der anerkennt, daß die alten Legatsarten mehr gewesen sind als leere Hülsen ohne Kern, willkürliche Erfindungen eines wortklaubenden Verstandes und daß auch der Unterschied des *Vindicationslegats* und des *Damnationslegats* in der That in einer materiellen und spezifischen Verschiedenheit des durch sie gewährten Legatsanspruches seinen Grund hat.

Ich führe zunächst an die l. 17 pr. de test. milit. 29, 1. Gajus (libro XV. ad Edictum provinciale) — Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset resque omnes suas *per praeceptionem cuique legando* distribuisset.

Die Stelle handelt von einer *institutio ex re certa* und zwar von einer solchen, die auch im Soldatentestament getroffen ganz die regelmäßigen Wirkungen hat<sup>64)</sup> und besagt, daß die *ex certis rebus* eingesetzten Erben als *heredes sine partibus* behandelt werden und die ihnen in der Erbeinsetzung zugewiesenen Sachen als gegenseitige Vorvermächtnisse bekommen.

Vergl. Neuner, S. 145.

Für uns ist nur der Schluß der Stelle von Bedeutung. Danach

64) Im Gegensatz zu denjenigen Institutionen im Soldatentestament, die den Nachlaß desselben in mehrere verschiedene Erbschaften (*duorum hominum duas hereditates*) spalten. Windscheid, §. 553, not. 15. Neuner, instit. ex re certa S. 496 u. a. a. D.

wird eine solche Erbeinsetzung in Betreff der bestimmten Sachen genau so behandelt, wie wenn dieselben den einzelnen Erben per praeceptionem legirt wären, d. h. es existirt practisch ein Präceptionslegat ohne die Formel: praecipito, ja ohne jede Legatsformel. Daß dies möglich ist, liegt freilich zunächst in dem Umstande, daß das Testament ein Soldatentestament ist, bei dem es eben nicht auf die Form, sondern lediglich auf den Willen des Testators ankommt. Was aber aus diesem Umstande noch gar nicht folgt, ist, daß jene Verfügung gerade als *legatum per praeceptionem* behandelt wird, während sie ebenfogut als Vindications- oder Damnationslegat oder, was das Nächstliegende und schon zu jener Zeit vollkommen Unbedenkliche gewesen wäre, als Präfideicommiss an die einzelnen Erben hätte behandelt werden können. Daß aber in der That hier von einem wirklichen *legatum per praeceptionem* im engsten und specifischen d. h. Sabnitianischen Sinne die Rede ist, das kann keinem Zweifel unterliegen, wenn man bedenkt, daß die Stelle von Gajus herührt. Wenn Gajus schrieb: *resque omnes suas per praeceptionem cuique legando*, so meinte er auch ein wirkliches Sabnitianisches Präceptionslegat, kein anderes und kein Fideicommiss. Da für diese Auswahl des Präceptionslegats in Ermanglung jeglicher Formel ein formeller Grund nicht vorgelegen haben kann, so muß es ein materieller gewesen sein d. h. Gajus muß angenommen haben, daß in einer *institutio ex re certa* der obigen Art ein materieller Wille des Testators ausgedrückt liege, dessen besonderer Inhalt gerade mit dem dem *leg. per praeceptionem* zu Grunde liegenden übereinstimme. Was nun diesen materiellen Inhalt des testatorischen Willens bei der hier in Frage stehenden *institutio ex re certa* betrifft, so läßt sich leicht sagen und ist besser und ausführlicher, als ich es sagen könnte, von Meuner<sup>65)</sup> gesagt worden, worin derselbe eigentlich be-

65) Instit. ex re certa S. 167—199. Materiell mit Meuner im Wesentlichen übereinstimmend, differire ich doch insofern von ihm, als ich mit Hülfe meiner materiellen *praeceptio*, die zuerst nur in der Gestalt des Präceptionslegats, alsbald aber auch in der des Fideicommisses auftritt, construiren, was er ausschließlich (vergl. S. 147 und 197) auf Grund der erstärktesten Fideicommissstheorie und mittelst der Annahme von Präfideicommissen construiren zu können glaubt. Gegen diese Meuner'sche Construction scheint mir die l. 17 pr. cit. ein entscheidendes Argument zu liefern. Uebrigens

sieht. Es ist im Wesentlichen derselbe Wille, den der Erblasser bei der sog. *divisio honorum* hat. Der Testator will, indem er die durch das Recht gebotene Berufung nach Erbquoten unverändert lassen muß und vielleicht auch unverändert lassen will, doch die materiellen Bestandtheile des Nachlasses in bestimmter Weise an die einzelnen Erben vertheilen, er will maßgebende und bez. erschöpfende Bestimmungen für den Vollzug der Erbtheilung geben, und gewissermaßen die Rolle des Erbtheilungsrichters anticipiren

Papinianus 7. resp. l. 33 fam. erc. 10, 2: *paterfamilias divisionis arbitrio fungi voluit.*

Wo dieser Wille vorhanden ist, wo also eine *divisio honorum* oder eine Einsetzung mehrerer Erben *ex rebus certis* von der Art der l. 17 pr. cit. angeordnet ist, da ist auch stets eine echte materielle praecipio vorhanden, es sind die am meisten charakteristischen species derselben, aber eben nur einzelne Species, die den Begriff keineswegs erschöpfen.

Wenn aber nach l. 17 pr. cit. eine Verfügung, die formell nichts vom *leg. per praecipionem* hat, doch als solches behandelt wird, lediglich um des in ihr enthaltenen eigenthümlichen materiellen Willens des Testators willen, so ist damit auch erwiesen, daß im *leg. per praecipionem* ein materielles Element stecken muß, daß es also eine materielle praecipio gibt, die unabhängig von der Form ist.

Bestätigt wird diese These durch l. 35 pr. §. 1 de hered. instit. (28, 5). Es ist dies die bekannte aus Ulpian's Disputationen entnommene Hauptstelle über die *heredis institutio ex re certa*. Ich führe aus dieser langen Stelle nur das für den in Frage stehenden Punct Wesentliche an: Gesezt, es sind 2 Erben eingesetzt, der eine auf das Cornelianische, welches drei Viertel, der andere auf das Livianische Grundstück, welches ein Viertel der Erbschaft ausmacht, so daß dieselbe durch die beiden Grundstücke erschöpft wird. Die beiden Eingesetzten, erklärt Ulpian, völlig übereinstimmend mit dem, was Gajus in der

---

enthält weber sie noch die gleich zu besprechende l. 35 de hered. inst. eine Fiction, sondern letztere eine Construction, die analog der des SC Trebellianum ist (vice), erstere eine simple Gleichstellung (proinde ac.). Vergl. Jhering, Geist d. R. R. III. §. 58.

vorcitirten Stelle sagt, werden zu gleichen Theilen Erben sein, quasi sine partibus instituti, veruntamen *officio iudicis tenebuntur, ut unicuique eorum fundus, qui relictus est, adjudicetur vel adtribuatur.*

Was die Frage betrifft, zu welchem Theile jeder die Schulden tragen müsse, so billigt Ulpian die Erklärung Papinians, daß diese von jedem nach Verhältnis seiner Erbquote anzuerkennen seien; *fundos etenim vice praeceptionis accipiendos.* Sodann heißt es weiter:

*Et si forte Falcidia interveniens rescisionem esset legatorum factura, sic officio iudicis recidit praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat quam esset habiturus, si legatum accepisset vel aliud vel etiam praeceptiones.* (Mommsen vol. I. Seite 840, not. 2, praeceptione?)

Ist es noch ungewiß, ob die Falcidia eintreten wird, so liegt es wieder im officium iudicis, deshalb die beiden Erben sich gegenseitig Cautionen stellen zu lassen.

Die Erwähnung der beiden Grundstücke ist nach Ulpian hier aufzufassen als die Anordnung einer praeceptio enthaltend, sie vertritt die Stelle einer solchen (vice praeceptionis), sie ist dafür anzunehmen. Da hier ein Testament eines paganus in Frage steht, so konnte Ulpian freilich nicht wie Gajus in l. 17 de test. mil. sagen, die fragliche Verfügung stehe dem legatum per praeceptionem gleich; bei dieser Stelle also hat Meuner ganz recht, wenn er meint, daß hier zur Construction die Fideicommissgrundsätze zu Hülfe genommen werden müssen; aber um so klarer tritt es hervor, daß in Ulpians Sinne es eine materielle praeceptio giebt, daß das Element, was die praeceptio ausmacht, in der besonders gestalteten materiellen voluntas des Testators liegt und was das wesentlich practische Moment in dieser seiner praeceptio ist, das hat er uns schon vorher am Schluß des princ. gesagt, nämlich daß es in Folge derselben im officium des Theilungsrichters liege, einem jeden der beiden Erben sein ihm zugedachtes Grundstück zu adjudiciren oder mindestens zu attribuiren (d. h. dem A zu befehlen, daß er dem B und dem C, daß er dem A seinen Antheil an den Grundstücken zum Eigenthum abtrete); andernfalls werde er den contumax

in die *litis aestimatio*, bez. nach *jusjurandum in litem* verurtheilen.

Vgl. l. 7 si serv. vind. 8, 5, l. 5. pr. de in lit. jur. 12, 3.

Daß dies der eigentliche Weg sei, um diese praeceptiones zu reguliren, daß der Theilungsrichter deshalb da nöthig anzurufen und es dessen Sache sei, einem jeden zu seiner praeceptio zu verhelfen, das wiederholt uns Ulpian in dieser Stelle verschiedene Male, ohne die Möglichkeit einer andern Realisirung auch nur anzudeuten, grade wie Gajus, indem er in dem im übrigen gleichen Falle des Soldatentestaments der l. 17 de test. mil. sagt, die Sache sei zu behandeln, wie wenn gegenseitige Praeceptionslegate hinterlassen wären, von seinem Standpuncte aus implicite erklärt, daß sie eben nur im Wege des Erbtheilungsverfahrens mittelst der *act. fam. erisc.* regulirt werden können.

Am Schluß der Stelle nennt Ulpian diese Praeceptionen, die formell keine sind, auch geradezu praeceptiones. Man kann diesen Schluß vielleicht so paraphrasiren: Wenn (in Folge davon, daß auch noch Fremden Legate hinterlassen sind, während die Erbschaft doch nur aus jenen zwei Grundstücken besteht) die *Falcidia* Platz greift und also zu einer allgemeinen Reduction sämmtlicher Legate verschritten werden muß, so sind natürlich und zwar wiederum *officio iudicis*, durch den Theilungsrichter, auch *istae praeceptiones* (eben diese besonders gestalteten unförmlichen Praeceptionen) zu reduciren, und zwar hat der Richter dabei so zu verfahren, daß keiner der beiden Erben aus den ihn angehenden praeceptiones mehr bekommt, als er bekommen würde, wenn er ein (wirkliches, formell richtiges) Legat bekommen hätte, möchte es ein gewöhnliches oder ein *legatum per praeceptionem* gewesen sein. Es ist klar, daß von dem hier vertretenen Standpuncte aus Ulpian die in der Erbeinsetzung *ex re certa* liegende materielle Verfügung ebenso gut praeceptio nennen kann, wie das eigentliche formelle *leg. per praeceptionem*, und wenn er das nun am Schlusse der angezogenen Stelle wirklich thut<sup>66</sup>), so ist das umgekehrt ein Beweis für die Richtigkeit des hier vertretenen Standpuncts.

66) Denn die *istae praeceptiones* sind eben jene (materiellen) Praeceptionen, in den Schlußworten: *vel etiam praeceptiones*, aber hat Ulpian ein wirkliches formelles Praeceptionslegat im Auge. Letzteres noch besonders hervor-

In l. 78 pr. de hered. instit. 28, 5 (Papinianus VI. resp.), wo von derselben Art der Erbeinsetzung *ex re certa* die Rede ist, wie in den vorangeführten Stellen, wird zwar der Name *praeceptio* nicht gebraucht, aber das der reinen *praeceptio* materiell Eigenthümliche übereinstimmend mit dem Obigen hervorgehoben in den Worten:

sed arbitrum dividundae hereditatis supremam voluntatem, factis adjudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus sequi u. s. f.

Mit dem Augenblicke, wo die Exklusivität der einzelnen Legatsformeln gebrochen war, und wo sich also der ihnen entsprechende materielle Wille des Erblassers auch allenfalls in andern Legatsformen und vor allen in der für jeden materiellen Willen geeigneten Form des Fideicommisses wirksam aussprechen konnte, beginnen die möglichen Combinationen sehr mannigfaltig zu werden. Heben wir einige für unsern Zweck besonders bezeichnende hervor.

Da erscheint zunächst die *praeceptio* in dem ihr eigentlich sehr wenig passenden Gewande des Damnationslegats.

l. 34 §. 1 de leg. III. (Scävola):

Filio ex parte heredi scripto *praeceptionem* dedit inter cetera his verbis: Titio, filio meo nomina ex kalendario, quae elegerit filius meus sibi, viginti dare damnas sunt sine dolo malo,

und sodann am Ende des §.:

quaesitum est, an huic filio eorum nominum, quae ipse fecit, *praeceptio* permittenda est? Respondit, ex his *electionem* habere, quae testamenti tempore testator in kalendario habuit.

Wo steht hier das materielle Präceptionselement? In der Bestimmung, daß der zum Theilerben eingesetzte Sohn die Wahl aus dem Kalendarium haben soll (was abweichend ist von dem materiellen Element in der Damnation, wonach vor Justinian der Erbe die Wahl hatte) und in dem Zusatz *sine dolo malo*. In materieller Beziehung wird die Sache grade so behandelt, als

zuheben, hatte er keine Veranlassung; es ist genugsam angedeutet durch den Gegensatz mit den vorhergehenden Worten: *si legatum accepisset vel aliud*. Dieselbe Gegenüberstellung des gewöhnlichen Prälegats und der *praeceptio* im Sinne des leg. p. *praeceptionem* findet sich in l. 1 §. 6 quod leg. 43, 3 (Ulpian) und in l. 76 pr. de leg. II. (Papinian).

ob der Testator gesagt hätte: Titius praecipito sibi viginti nomina ex calendario<sup>67)</sup>.

In l. 34 §. 6 de leg. II. (Modestin) erscheint die praeceptio in der Form eines Vindicationslegats: in praeceptione relinquenda: Paulinae, si quid me vivo dedi, comparavi, sibi habere jubeo.

Der materielle Präceptions-wille liegt in dem ganzen Zusammenhange der Verfügung, die der Testator nicht als eine einzelne von den übrigen Dispositionen losgelöste hinstellt, sondern die er mit den in Betreff der übrigen Miterben getroffenen dergestalt in Verbindung bringt, daß sie ein integrierendes Glied im ganzen Complex derselben bildet.

Vergl. auch l. 12 de condit. et dem. 35, 1 (idcirco relietum est, ut conditio filiorum exaequaretur) mit l. 17 §. 2, 3 eod. tit., sowie die Fälle, wo die Formel e medio sumito ohne oder mit der Formel praecipito vorkommt, z. B. l. 26 de pecul. leg. 33, 8, l. 32 §. 4 de aur. et arg. 34, 2, l. 27 §. 3 de instr. leg. 33, 7, l. 92 pr. de leg. III., l. 41 §. 3 eod., l. 88 §. 3 de leg. II.

Nicht selten begegnen uns daher auch Fideicommissa mit der Formel des Präceptionslegats in precativer Fassung, gewissermaßen fideicommissa per praeceptionem,

vgl. l. 77 §. 19 de leg. II. Filia mea praecipiat sibique habeat volo (Papinian), l. 89 pr. de leg. II. (Scävola), l. 88 pr. de leg. II. (derselbe).

Natürlich steckt aber in solchen Fideicommissen ganz analog demjenigen, was wir beim eigentlichen Präceptionslegate in Folge des Sieges der Proculejanischen Ansicht sehen, präsumtiv allemal auch ein gewöhnliches Fideicommiss, d. h. seine Geltendmachung ist nicht nothwendig in das Erbtheilungsverfahren verwiesen und an das Erbwerden des Fideicommissars gebunden. Wenn letzteres der Fall sein soll, so bedarf es eines speciellen Ausdrucks, oder einer besondern Gestaltung des erblasserischen Willens. Ein solcher liegt z. B. vor bei der divisio bonorum inter liberos<sup>68)</sup> und der institutio ex re certa der l. 35 de

67) Die Parallele mit dem, was oben zu Vat. fr. 85 über die Natur der Confirmation in Folge des Neronianum gesagt wurde, ist unverkennbar.

68) Daß für diese der Name: praeceptio nicht vorkommt, darf uns

hered. instit. Dies sind in der That Fideicommissse, resp. Legate, in denen das Präceptionselement ganz überwiegend ist.

Mit der vorstehenden Darlegung ist die oben aufgeworfene Frage, ob es sich bei dem Kampfe der Sabinianischen und Proculejanischen Ansicht wirklich um die Existenz des Präceptionslegats gehandelt habe, indirect schon beantwortet. Es handelte sich durchaus nicht darum, sondern lediglich um die Exklusivität desselben, um die Frage ob die Formel: praecipito bloß eine reine praecipitatio oder, wo es die Umstände zuließen, auch ein Vindicationslegat herstelle.

Die Sabinianer verteidigten die vollkommene Correspondenz zwischen Formel, Anspruch und Klage, welche die Grundidee des alten Rechts war; die Proculejaner durchbrachen sie durch Combination, indem sie aus einer und derselben Formel ein Doppellegat, ein Präceptionslegat und wo der Gegenstand es zuließ, zugleich auch ein Vindicationslegat entspringen ließen. Das Proculejanische Präceptionslegat ist die erste Erscheinungsform, gewissermaßen der Durchbruchspunct, der allemal in der Gestalt

---

nicht befremden. Bei diesem Namen lag zunächst den Römern doch stets der Gedanke an diejenige letztwillige praecipitatio nahe, die im leg. per praecipitatum und also in imperativischer Form verkörpert war. So mochten sie die institutio ex re certa der l. 35 de hered. instit. und das Damnationslegat der l. 34 §. 1 de leg. III. ohne Bedenken auch praecipitatio nennen, da es (heres esto ex fundo, damnas esto) doch immer in befehlender Form in die Erscheinung trat.

Für die divisio bonorum war das eigentliche Erscheinungsgebiet von Anfang an das Fideicommiss; selbst wo der Vater legando die Güter distribuirte, lag der Gedanke der materiellen Präception unausgesprochen als mera voluntas in dem Zusammenhange der ganzen Disposition; erst aus diesem mußte er herausgeschält und erkannt werden. So war er seiner Erscheinungsform nach ein fideicommissarischer, für den sich auch die Bezeichnung nicht nach etwas Juristischem, sondern nach etwas Factischem (dividere bona) bildete. Wir freilich, die wir auf den gesammten uns überlieferten Stoff des Röm. Rechts aus der Entfernung von fast zweitausend Jahren zurückschauen, die wir in ihm etwas Gewesenes und Abgeschlossenes vor uns haben, können, ihn leicht in genera redigiren und dabei lediglich die materiellen Gesichtspuncte zu Grunde legen. Aehnliches haben die veteres gekonnt und ohne Vorgänger gethan, als das alte jus civile in seiner Entwicklung wesentlich abgeschlossen vor ihnen lag und sie es generatim redigirten. Für die Römischen Juristen der Kaiserzeit aber, die wieder mitten in einem neuen Entwicklungsproceß standen, schafften gewissermaßen immer neue species an, die sich an und um die alten crystallisirten und wenn es sich nun überhaupt um die Classification eines solchen neuen Körpers handelte, so war es ganz natürlich, daß man vorzugsweise dessen äußere Gestalt und formelle Structur (Legat, Fideicommiss) ins Auge faßte.

einer species eintritt, für das gesetzlich combinirte Legat, wie das Legat des Justinianischen Rechts der Ausgangspunct dieser Entwicklung und demgemäß das gesetzlich überhaupt combinirte Vermächtniß ist. Ueber die hier etwa in Betracht kommenden Specialitäten der Sabinianischen und Proculenianischen Auffassung des Präceptionslegats habe ich mich bereits oben in §. 6 sub 1 ausgesprochen; nur das möchte ich nochmals betonen, daß die Combination des Präceptions- und Vindicationslegats, welche aus ihrer Ansicht hervorging, für die Proculenianer um so weniger practische Bedenken haben konnte, als nach ihrer Theorie auch das Vindicationslegat erst durch agnitio erworben wurde und sonach, was den Erwerb des Legats betrifft, sich erst im Augenblicke derselben entschied, ob derselbe aus dem Vindications- oder aus dem Präceptionslegat erfolge, so daß eine eigentliche Concurrency der beiden gar nicht statt hatte.

Den Beweis für die im Vorstehenden entwickelte Bedeutung des Schulstreits, welcher demnach die Existenz des Präceptionslegats gänzlich unberührt ließ, giebt die ganze Darstellung bei Gajus (II. 222):

Secundum hanc igitur opinionem (der Proculenianer), si ea res ex jure Quiritium defuncti fuerit, (also auch für das Vindicationslegat geeignet) *potest a legatario vindicari, sive is unus ex heredibus sit, sive extraneus; et si in bonis tantum testatoris fuerit, extraneo quidem ex senatusconsulto utile erit legatum, heredi vero familiae heriscundae iudicis officio praestabitur.*

Hätten die Proculenianer im ersten Falle angenommen, daß hier lediglich ein Vindicationslegat vorliege und das Präceptionslegat gänzlich beseitigt sei, auch wenn einem Miterben so legitirt werde, so hätte Gajus nicht schreiben können: *potest vindicare*, derselbe Gajus, der in II. 194 vom Vindicationslegat schreibt: *vindicare debet*. Dieses *potest* deutet vielmehr an, daß der Erbe, dem per praeceptionem legitirt ist, durch die Proculenianische Ansicht in den Stand gesetzt wird, nunmehr auch zu vindiciren, während er sonst nur die Erbtheilungsklage anstellen konnte, daß er die Wahl zwischen beiden hat und in Betreff des extraneus; daß dieser nun vindiciren könne, wo er nach der ältern Sabinianischen Ansicht gar kein Rechtsmittel gehabt haben

würde, und nach der jüngern zu dem SC. Neronianum, also zur persönlichen Klage, seine Zuflucht hätte nehmen müssen.

Aus dem zweiten Theile der Stelle aber geht hervor, daß, wenn eine Sache in bonis des Testators mit: praecipito legit war, die Proculejaner keineswegs so verfahren, als ob blos „capito“ dastände. Denn sonst hätten sie nicht zwischen extraneus und Erben unterscheiden und dem letztern die actio fam. ercisc. und zwar (praestabatur) als nothwendiges Rechtsmittel geben können, sondern sie hätten für beide Fälle das SC. Neronianum zu Hilfe nehmen müssen.

Dies dürfte für den versuchten Beweis wohl genügen und es kaum nöthig sein, auf die Unwahrscheinlichkeit hinzuweisen, daß eine der alten Legatsformen durch bloße Schulautorität wenigstens theilweis hätte gänzlich escamotirt werden können, und auf die noch größere, daß trotzdem die spätern Juristen, zu deren Zeit die Proculejanische Ansicht entschieden zum Siege gelangt war, in zahlreichen Stellen, in denen von Sachen die Rede ist, die ganz ebenso gut per vindicationem legit werden konnten, noch von einem legatum per praeceptionem an den Theilerben und niemals<sup>69)</sup> von einem praecipere Seiten eines extraneus reden.

Vom practischen Gesichtspunkte aus — und bei den Röm. Juristen haben scheinbar theoretische Controversen stets einen sehr practischen Hintergrund und werden nicht um der bloßen Construction willen verhandelt — bezeichnet die Proculejanische Ansicht einen entschiedenen Fortschritt. Das Sabinianische leg. per praeceptionem war für den Legatar ein ziemlich zerbrechliches Ding; nicht nur, daß es verlor, wenn er selbst nicht Erbe wurde, er konnte auch durch seine Miterben mit größter Bequemlichkeit darum kommen, ohne daß er viel dagegen machen konnte. War er glücklicher Besitzer der ganzen Sache, so mochte er sich durch Retention helfen<sup>70)</sup>, resp. durch Caution

69) Einen einzigen ganz speciellen Fall ausgenommen, vgl. l. 88 §. 1 de leg. II. und l. 107 pr. de leg. I. (v. d. Pfordten S. 27).

70) Retention und Præception sind Correlate; erstere ist gewissermaßen die passive defensiva Unterlage für die active praeceptio. In re pari potior est causa prohibentis. l. 28 comm. div. 10, 3. Daraus erklärt sich die praeceptio der l. 125 de leg. I. (Fiduciar) und der l. 28 §. 1 de pact. dotal. 23, 4 (die passive durch die irrthümliche Zahlung verloren gegangene

gegen die Gefahr aus dem *interdictum quod legatorum* Schutz erlangen (l. 1 §. 16 *quod legat.* 43, 3). Befah er aber nichts von der Erbschaft, so war seine einzige Klage, mit der er das Legat erlangen konnte, vor der Hand *suspendit*, der besitzende Miterbe konnte ihn erst auf die *hereditatis petitio* verweisen (l. 1 §. 1 *fam. ercisc.* 10, 2) und ihm auch inzwischen das Legat vorenthalten. Und wie wurde es, wenn der Miterbe seinen Theil an der legitimen Sache vor der Anstellung des Theilungsprocesses veräußerte? Hier war der Präcipient rettungslos um seinen Anspruch auf die ganze *praeceptio* gebracht (l. 54 *fam. ercisc.*). Er konnte sich höchstens in den Fällen, wo eine *alienatio iudicii mutandi causa* vorlag, helfen (*Dig. IV. tit. 7*, namentlich l. 12) und auch nur auf einem Umwege, der ihm im günstigen Falle nur Schadenersatz, nicht die Sache selbst verschaffte. Und wie, wenn der Miterbe seinen Theil ohne *dolus*, vielleicht ohne Kenntniß von dem Präceptionslegate veräußerte? Es liegt auf der Hand, wie viel besser die Proculenische Ansicht den Präceptionslegatar stellte, indem sie ihm nach seiner Wahl auch die *vindication* gab.

Allerdings der Miterbe wurde dadurch ungünstiger gestellt, daß der Präcipient nun nicht mehr lediglich auf die vom billigen Ermessen des Theilungsrichters beherrschte, doppelseitige *act. fam. ercisc.* verwiesen war, aber das darin etwa liegende Unbillige wurde schon durch die neuere Gestaltung der *vindication* abgeschwächt und wo diese nicht hingereicht hätte, verstanden es die Römischen Juristen, den Nachtheil auf anderm Wege (*actio* und *exceptio doli*) zu pariren, l. 32 *de dol. mal.* 4, 3, l. 18 *pr. fam. erc.* 10, 2, vergl. auch l. 8 *pr. eod.*, l. 67 *pr. de leg. I.*)

Als bald nach dem Siege der Proculenischen Ansicht tritt eine neue Entwicklungsstufe des Präceptionslegats ein. Das combinirte Legat der Proculenier combinirt sich nun seinerseits wieder mit dem Fideicommiß, d. h. in jedem *leg. per praeceptionem* steckt mindestens eventuell und subsidiär auch ein Fideicommißanspruch, der hervortritt und mit der *petitio fideicommissi* geltend gemacht werden kann, wenn die andern Klagen ihren Dienst zur Realisirung des Legats versagen,

---

retentio des Erblassers verwandelt sich bei der Erbin in die mittelst der Erbtheilungsklage *actio* geltend zu machende *praeceptio*). vergl. auch l. 35 *fam. erc.*, *Vat. fr.* §. 258.

## I. 89 §. 4 de leg. II. Scaevola IV. resp.

Quatuor filios aequis partibus instituit, et fundum per praeceptionem singulis legavit; filii, quum universa bona patris obligata essent, mutua accepta pecunia hereditario creditori solverunt et posteriori obligaverunt; qui, quum ei debitum non solveretur, praedia universa lege pignoris uni ex heredibus vendidit; quaeritur, an, quum iste filius ex causa emtionis ea possideat, fratribus et coheredibus fideicommissi petitio esset, an vero ea perempta esset, quum communiter universa sequenti creditori obligaverint. Respondi, actionem quidem fideicommissi in personam competentem omnibus invicem manere; non autem fideicommissum restituendum est, nisi prius debitum ab iis emtori eidemque coheredi persolveretur.

Der ursprüngliche Anspruch, den die Söhne wechselseitig gegen einander hatten, war, daß das einem jeden per praeceptionem zugewiesene Grundstück e communi pecunia von seinem Pfandnerus befreit würde, damit der Betreffende es frei von demselben präcipiren könne (l. 28 fam. erc. 10, 2, vergl. Gaj. II. 220). Die actio fam. ercisc., eben sowie die vindicatio war den Söhnen durch die gemeinsame neue Verpfändung der universa bona und durch den in Folge derselben vom Pfandgläubiger vorgenommenen Verkauf der sämtlichen Grundstücke verloren gegangen.

Vergl. l. 25 §. 7, l. 45 pr. fam. ercisc., auch gegen den Bruder und Miterben, weil dieser sie pro emtore besaß.

Aber ein persönlicher gegenseitiger Anspruch ex fideicommissio, das also in einer jeden jener Präceptionen implicite gesteckt haben muß, war ihnen allen gegeneinander übrig geblieben (actionem quidem fideicommissi in personam competentem omnibus invicem manere) und, was höchst beachtenswerth ist, dieser Fideicommissanspruch ist gegenüber dem einen Bruder, der jene Grundstücke vom Gläubiger erkaufte hat, an die Voraussetzung gebunden, daß die Andern ihm zuvor die Schuld, die er für sie getilgt hat, auszahlen, an eine Voraussetzung also, die durchaus auf dem Boden der actio fam. ercisc. gewachsen ist und sich nun trotz des Untergangs derselben, nur nicht mehr als klagbarer Anspruch, sondern als Vorbedingung des in die

Gestalt des Fideicommisses übergegangenen Anspruch der andern Brüder aus dem Präceptionslegate reproducirt. Hatte nämlich, wobei wir der einfachen Uebersicht wegen setzen wollen, es wären bloß zwei Brüder, der eine aus eignen Mitteln die ganze Pfandschuld gedeckt, auch den auf seinen Bruder, den Präcipienten des Cornelianischen Grundstücks fallenden Theil, so würde dem Letztern im Theilungsverfahren dasselbe nur gegen Erstattung des auf seine Erbquote fallenden Theils der Auslösungssumme adjudicirt worden sein und hätte der Prälegatar nach der Auslösung, aber vor der Erbtheilung das nun pfandfreie Grundstück, resp. den seinem Bruder davon gehörigen intellectuellen Theil kraft des in seinem Präceptionslegate stehenden Vindicationslegats als sein Eigenthum in Anspruch genommen, so hätte der Bruder, der ausgelöst hatte, mittelst der actio fam. ercisc. die Rückerstattung der auf den Erbtheil des Prälegatars fallenden Auslösungssumme verlangen können (vergl. l. 18 §. 6, 7 fam. ercisc., l. 28 eod.). Denselben Anspruch hat nun der auslösende Bruder als Einrede auch gegen die Fideicommissklage des Präcipienten.

Die Entscheidung für den hier vorliegenden verwickelteren Fall ergibt sich dann leicht, namentlich wenn man die Analogie von l. 59 § 1 mand. 17, 1 und l. 1 Cod. de dol. malo (2 21) herbeizieht<sup>71)</sup>.

Ebenso steht nach l. 41 §. 3 de leg. III. (ebenfalls von Scävola) in einer Verfügung, welche, wenn sie auch an sich die des Vindicationslegats ist (sumito), doch die Hindeutung auf einen materiellen Präceptionswillen des Testators enthält (de medio sumito) und daher auch als Prälegat bezeichnet wird, zugleich ein Fideicommiss (filii, cui fundus ex causa fideicommissi debeatur).

Einmal auf diesem Standpunkte angekommen, konnte es keinem Bedenken mehr unterliegen, mindestens in jedem do-lego-

71) Vergl. über diese Stelle Cujac. resp. Scaev. opp. VI. 759. Buchholz, S. 585 flg., der aber von dem eigentlichen Zusammenhänge keine Idee hat und ganz unnöthiger und wunderlicher Weise (not. 222 S. 587) besondre dem Pfandverkaufte beigefügte pacta zu Hülfe nimmt. Arn dtz, Comm. 47. B. S. 307 supponirt in concreto eine dem Legat angefügte Fideicommissclausel. Warum ist aber dann in der so ausführlichen Stelle dieses Umstandes keine Erwähnung gethan?

Legate auch, zugleich ein Fideicommiß zu finden, namentlich wenn aus der letzteren Auffassung sich irgend ein Vortheil für den Legatar absehen ließ und dies scheint denn auch unter dem Einfluß Scävolas und seiner Schule angenommen worden zu sein. Dann mußte sich die Sache so stellen, daß in sehr vielen Fällen der Legatar die Wahl hatte, ob er mit der Klage aus dem Legat im Wege des ordentlichen Verfahrens vorgehen oder sich mit seinem Anspruch an die außerordentliche Cognition des Fideicommißprätor's wenden wollte, ein Verhältniß, das auch in diesem Punkte, wie in manchen andern eine frappante Ähnlichkeit mit dem Englischen Rechte zeigt, nach welchem derselbe Anspruch ebenfalls öfters vor den Rechts-, wie vor den Billigkeitsgerichtshöfen (courts of law und courts of equity) geltend gemacht werden kann.

Vergl. Rüttimann, Englischer Civilproceß §. 8—10 und S. 234 ff., Blackstone, comment. on the laws of England, herausgegeben von Stewart B. III. ch. 33 S. 480 ff. (20. ed.)

Ein merkwürdiges Beispiel, daß ein do-lego-Legat, welches aller Wahrscheinlichkeit nach ebenso gut mit der Vindication, und wenn nicht mit dieser, wenigstens mit der persönlichen Legatsklage aus dem SC. Neronianum hätte verfolgt werden können, mit der Fideicommißklage geltend gemacht wurde, theilt uns Paullus in l. 78 §. 6 de leg. III. aus seiner eignen Advocatenpraxis mit. Einer Frau war von ihrem Manne legirt worden: quae uxoris causa parata sunt, ei do lego. Paullus klagte auch diejenigen Sachen ein, welche die Frau ihrem Manne affirmirt zur dos gegeben und dieser ihr nachgehends zu ihrem persönlichen Gebrauche überlassen hatte<sup>72)</sup> und ging mit dieser Klage an den Fideicommißprätor. Sein Versuch fiel zwar unglücklich aus, er wurde mit seiner Klage abgewiesen, weil der Prätor befand: testatorem de his rebus non sensisse, aber die practischen Rücksichten, welche Paullus veranlassen mochten, es lieber mit der petitio fideicommissi als mit der Legatsklage zu versuchen, werden grade durch diesen Entscheidungsgrund, wie

72) Dies letztere war wichtig und hätte eigentlich unbedingt zu einer für Paullus günstigen Entscheidung führen sollen. l. 45, 47, 49 §. 3 de leg. III. (Ulpian).

durch das von Paullus selbst am Schlusse der Stelle für sein Verfahren angezogene Citat aus Aburnius Valens ziemlich durchsichtig gemacht. Die Legatsklage war in Paullus Falle weniger ausichtsreich, weil Sachen, welche der Testator nicht für seine Frau angeschafft, sondern von ihr zur dos erhalten hatte, nur durch eine immerhin nicht zweifellose ausdehnende Interpretation unter die verba des Legats gebracht werden konnten. Dagegen mit der Fideicommissklage, bei der es nicht auf die verba, sondern lediglich auf die freie Ermittlung des materiellen Willens des Testators ankam, mochte Paullus und mit Recht, sicher darauf gerechnet haben, jedenfalls durchzudringen<sup>75)</sup>.

Für Vindicationslegat und natürlich auch für das nunmehrige (Proculejanische) Präceptionslegat ist m. Er. nach die elective Concurrenz der actio in rem und der actio in personam und zwar wahrscheinlich sowohl einer Legatsklage, die sich auf eine freiere Auffassung und ertensive Auslegung des Neronianum stützen mochte, als auch der Fideicommissklage bereits zur Zeit Papinians und Ulpian's, also unter der Dynastie der Severi, vollständig durchgedrungen und festgestellt gewesen,

vgl. l. 20 pr. si serv. vind. 8, 5 (Scävola), l. 76 §. 8 de leg.

II. (Papinian), l. 85 de leg. I. (Paullus), l. 3 Cod. de leg. (6, 37) v. §. 211, vgl. noch l. 38 de jud. 5, 1.

für einzelne Fälle (etwa die indifferentere Formel do lego) schon bei weitem früher,

vgl. l. 84 §. 13 de leg. I. Julian, l. 108 §. 2 de leg. I.

Africanus.

Umgekehrt konnten nun unter diesen Umständen auch Zuteilungen, welche einzelnen Theilerben in fideicommissarischer Form, aber so, daß ein materieller Präceptionswille ausgedrückt oder den Umständen nach anzunehmen war, hinterlassen waren, in das Erbtheilungsverfahren einbezogen und mit der Erbtheilungsklage zur Realisation gebracht werden. In wiefern letzteres vielleicht sogar nothwendig gewesen, in wiefern also in dieser Beziehung dem Erbtheilungsverfahren sogar eine attractive Kraft beige-

75) Ganz ähnlich der Unterschied im englischen Proceß: equity looks to the substantial intention of the parties, whereas the courts of law adhere more strictly to the letter of the contract, s. Lord St. Leonard's letters on property law, l. II. p. 7.

wohnt haben könnte, dürfte schwer zu ermitteln sein und würde die Grenzen dieser Abhandlung überschreiten. Für die Fälle der sogenannten *divisio honorum*, die sich, wie gedacht, durch die gegenseitige Zutwendung von Vorvermächtnissen characterisirt, ist das vorstehend erwähnte Verhältniß, die Berücksichtigung und bez. Durchführung im Erbtheilungsverfahren schon früh eingetreten,

l. 77 §. 8 de leg. II. 2. Fall und namentlich l. 7 Cod. fam. ercisc. 3, 36 (Gordian):

Si qua *fideicommissorum* petitio *inter coheredes* consistat, praetor vel praeses provinciae, ejus rei disceptator constitutus, vel judex, *familiae herciscundae* iudicio *aditus*, ut voluntas testatrix servetur, suas partes accommodare debet.

wobei ich allerdings auf das *inter coheredes* Gewicht legen zu müssen glaube. Die Weiterentwicklung ist namentlich für die *divisio inter liberos* in ihren wesentlichen Zügen erkennbar aus l. 10, 21 und 25 (Constantin) Cod. fam. erc. 3, 36, vgl. auch nov. 107 und 18 cap. 7.

Im Justinianischen Rechte ist diese Entwicklung, ganz übereinstimmend mit dem im Anfang dieses Abschnitts (§. 7) angedeuteten Geiste desselben, in der Art abgeschlossen, daß in jedem Vorvermächtnisse präsumtiv eine *praeceptio* mindestens insofern liegt, als es jedenfalls auch im Erbtheilungsverfahren und mit der *actio fam. ercisc.* zur Geltung gebracht werden kann. (l. 17 §. 2 de leg. I.)<sup>74)</sup>

74) So sicher mir dies als das Ergebnis des Justinianischen Rechts erscheint, welches damit übrigens nur aussprach, was seit dem Untergange des *ordo iudiciorum* und der Auflösung der Vermächtnisformen unvermeidlich geworden war, so wenig kann ich mich davon überzeugen, daß schon in der classischen Zeit die Realisation eines eigentlichen Damnationslegats an einen Theilerben an sich in dem officium des Theilungsrichters gelegen habe (so Mayer, Legate §. 1 not. 23, Eynslarz, Seite 128), dasselbe also schon damals in jenen Combinationsproceß zwischen *Praeceptio*-do-*lego* Legat und *Fideicommiss* einbezogen worden sei, dessen vorhin gedacht worden ist.

Allerdings vom Testator ausgehende Combinationen der Damnationsformel mit denen anderer Legate und des *Fideicommisses* finden wir schon bei den classischen Juristen,

vgl. l. 28 §. 2 de lib. leg. 34, 3, l. 95 de leg. III. (hier mit absichtlicher und erkennbar gemachter Scheidung der beiden dem Damnationslegat (*verba*) und dem *Fideicommiss* (*voluntas*) eigenthümlichen Elemente,

Sind nun aber in diesem combinirten und zu einer Einheit verschmolzenen Prälegat des neuesten Rechts die beiden Bestandtheile des gewöhnlichen Vorvermächtnisses und der *praeceptio* überhaupt noch scheidbar und letzteres von irgend welcher Bedeutung? Ich glaube: Ja. Während aber in dem ebenfalls schon vielfach combinirten Prälegat der classischen Zeit auch noch auf die Form der Anordnung etwas ankommt, ein wirkliches formelles Präceptionslegat mit mancherlei Eigenthümlichkeiten in Betreff des Gegenstandes u. s. w.,

bgl. auch l. 89 de cond. et dem. 35, 1, vielleicht auch do lego darique jubeo l. 12 §. 43 de instr. leg. 33, 7, wo ein Prälegat vorliegt und der Prüfung Seiten des *judex* Erwähnung gethan wird.

Aber von einer gesetzlichen Combination dieser Art ist mir kein Beispiel bekannt und gegen ihre Existenz spricht der *stricti juris* Character des aus dem Damnationslegat entspringenden *Judicium*s, während die Klagen aus dem übrigen Legatsarten und dem *Fideicommiss* darin übereinstimmen, daß sie wegen des freieren Ermessens des Richters sämmtlich *bonae fidei actiones* im weitern Sinne sind. Die l. 17 §. 2 de leg. I. ist jedenfalls interpretirt; Ulpian hat wahrscheinlich geschrieben: *si uni ex heredibus per praeceptionem fuerit legatum*. Mit der freieren spätern Auffassung des Präceptionslegats (Papinian) stimmt dann die Stelle vollkommen und auf ein specielles Legat deutet noch die ganze Construction hin: *hoc, hoc legatum*. Die Compilatoren mußten hier die Specialbezeichnung des Legats nothwendig streichen, weil sie den in der Stelle ausgesprochenen Satz als allgemein gültig hinstellen wollten und mußten. Ueberhaupt mögen in der ganzen l. 17 starke Streichungen stattgefunden haben. Das *princ.* und §. 1 derselben sind wahrscheinlich ein Stück der Untersuchung, wie dasjenige Legat beschaffen sein müsse, welches einer *inter ceteras* enterbten *postuma* hinterlassen werden mußte (§. 1 Inst. 2, 13, Ulp. 22, 21), um die Ruption des Testaments zu verhindern (*dissecta membra*, welche zu l. 17 pr. und §. 1 gehören, sind l. 5 de test. tut. 26, 2 und l. 164 pr. de V. S. 50, 16). Von dieser ganzen Untersuchung ist in Folge von Justinians *const. 4 Cod. de lib. praeterit.* 6, 28 v. J. 531 das Meiste weggestrichen worden; pr. und §. 1 der l. 17 sind noch brauchbar gebliebene Reste, die aber natürlich nun mit §. 2 in gar keinem Zusammenhang mehr stehen. Es darf nicht verschwiegen werden, daß auch l. 4 pr. *fam. erc.* 10, 2 allenfalls für die hier bekämpfte Ansicht angezogen werden könnte; indeß hat das *legatum nominis* manches Eigenthümliche und möchte sich von Anfang an gleichgültiger gegen die Formeln verhalten haben. Es konnte schon frühzeitig per *praeceptionem* legit und vom Theilungsrichter attribuirt werden d. h. wie ich glaube, es bedurfte, wenn der Theilungsrichter attribuirte, keiner besonderen *Cession*, sondern der Prätor gab demjenigen, welchem das *nomen* vom *judex* attribuirt war, ohne weiteres *actio utilis*. Die allgemeine Ertheilung der letztern an den mit einem Forderungsvermächtniß Bedachten in l. 18 *Cod. de leg.* 6, 37 stellt dasselbe im Wesentlichen dem *Vindicationslegat* gleich d. h. macht es zu einer unmittelbaren Gabe aus der Erbschaft und diese Entwicklung dürfte schwerlich unvermittelt und ohne Beziehung auf eine schon in der classischen Zeit vorhandene besondere Anschauung in Betreff des *legatum nominis* eingetreten sein.

vgl. Eyzharz, Nr. III. und IV Seite 123—137.

Degenkolb, Nr. IV. p. 26 ff.

noch existirt und das Prälegat sonach in zahlreichen Schattirungen, z. B. als combinirtes Präceptions- und Vindicationslegat, simples Vorvermächtniß ohne formelle. praeceptio, Fideicommiß per praeceptionem u. s. w. vorkommen kann, ist im neuesten Recht der Einfluß der Form völlig verschwunden, das Präceptions-Element zeigt sich äußerlich vorzugsweise darin, daß dem Prälegatar zur Realisation seines Legatsanspruchs auch die act. fam. ercisc. zuständig ist, und innerhalb des Prälegats tritt nun als Unterschied von practischer Bedeutung namentlich derjenige zwischen einfachen d. h. einem Miterben und gegenseitigen d. h. mehreren Theilerben wechselseitig hinterlassenen Prälegaten hervor, bei welchen letztern der materielle Präceptions-wille des Testators sich schärfer ausprägt und besondere Folgen hervorruft. Hier- von im nächsten §.

## B. Dogmatisches.

### §. 10.

#### Allgemeines.

Als materielle Eigenthümlichkeiten des Vorvermächtnisses, welche mit dem in ihm regelmäßig enthaltenen Präceptions-Elemente zusammenhängen, ist m. Er. nach namentlich Folgendes hervorzuheben:

#### 1.

Jede praeceptio ist ihrer Natur nach gebunden an die Voraussetzung, daß der Präcipient Erbe werde. In Betreff des dies cedens führt dies dahin, daß derselbe für die praeceptio nicht eher cediren kann als mit dem Antritt der Erbschaft, während der dies des im Prälegat mit der praeceptio verbundenen gewöhnlichen Vorvermächtnisses ganz nach den gewöhnlichen Regeln cedirt d. h. wenn das Vermächtniß pur gegeben ist, mit dem Tode des Testators, wenn es bedingt gegeben ist, mit der Existenz der Bedingung. Selbst nach dem Siege der Proculejanischen Ansicht mochte es demnach noch streitig sein, ob nicht bei einem per praeceptionem einem Theilerben hinterlassenen Legate auch das mit ihm combinirte gewöhnliche (Vindications-) Legat unter

der Voraussetzung stehe, daß der Prälegatar Erbe werde, was, wenn die Erbeinsetzung selbst bedingt war, auf den Satz führte, daß die Bedingung derselben auch das Legat *in toto suspendire*. Spuren dieser Controverse dürften sich noch in manchen Stellen finden,

vgl. l. 70, l. 77 pr. de cond. et dem. 35, 1. Arndts, Comment. Bd. 47, S. 63 ff.

und es scheint, daß erst durch Scävola und Papinian die Unabhängigkeit des Prälegats von dem Erbwerden des Prälegatars und damit namentlich der Satz festgestellt worden sei, einmal daß der mit einem leg. per *praeceptionem* bedachte Theilerbe, auch wenn er die Erbschaft ausschlägt, das Legat in Anspruch nehmen (*vindiciren*) dürfe,

l. 12 Cod. de leg. 6, 37, in etwas anderer Beziehung l. 32 de leg. III.

und sodann, daß die der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung den Legatsanspruch präsumtiv nicht *suspendire*.

Vergl. l. 27 pr. quando dies leg. 36, 2.

Indeß leidet dies auch abgesehen von einer hinzugefügten ausdrücklichen Bedingung des Erbwerdens im classischen wie im neuesten Rechte eine Ausnahme in jenen Fällen, von denen ich oben auszuführen gesucht habe, daß sie auch abgesehen von der *Praeceptionsformel* eine materielle *praeceptio im specifischen* und vorwiegenden Sinne enthalten, d. h. bei der *institutio ex re certa* und bei der *divisio honorum*.

Vgl. Reuner, instit. ex re certa S. 201 ff.

Hier ist es nämlich sicher der Wille des Erblassers, daß nur diejenigen, welche Erben werden und die Erbschaft behalten, ihre Prälegate bekommen sollen.

Arndts, Comment. S. 62.

Aber fragen läßt sich allerdings, ob die classischen Römischen Juristen dieses Ergebnis vermittelt haben dadurch, daß sie in diesen Fällen und namentlich bei der *divisio honorum* den dies *cedens* des in denselben enthaltenen Vermächtnisses (*Fideicommisses*) hinausshoben auf den Moment der Erbantragung des Prälegatars, daß sie also dieses Prälegat (*Präfidecommiss*) wirklich unter die Bedingung der Erbantragung stellten. So construirt Reuner S. 201, indem er sagt, für die Ansprüche der

auf bestimmte Sachen eingesetzten Erben auf die als Vorvermächtnisse zu behandelnden *res certae* habe des Erblassers Tod an sich noch gar keine Folge, er enthalte noch nicht den *dies cedens* für diese Legate. In dieser Beziehung glaube ich von der Construction Reuner's abweichen zu müssen; vielmehr ist meine Ansicht darüber folgende: Wenn und insoweit in einer solchen Verfügung eine eigentliche *praeceptio* steckt, kann man im Grunde von einem besondern *dies cedens* gar nicht sprechen. Denn die *praeceptio* steht nicht eigentlich unter der Bedingung der Erbantrittung Seiten des Prälegatars, sondern diese bildet eine nothwendige Voraussetzung ihrer Existenz, ein Erforderniß, welches nur nicht gleich bei der Anordnung selbst schon vorhanden zu sein braucht und da überhaupt noch gar nicht vorhanden sein kann, bis zu dessen Eintreten aber die *praeceptio* nur als ein Unvollkommenes, noch nicht Fertiges existirt, gewissermaßen noch imperfect ist und mit dessen Nichteintreten sie, ohne zur eigentlichen Perfection gekommen zu sein, von selbst gänzlich zusammenfällt. Insofern aber in einer solchen Verfügung, wie seit dem Siege der Proculejanischen Ansicht anzunehmen steht auch wenn sie formell in der Gestalt von Präceptionslegaten, getroffen ist,

l. 3 §. 4 ad SC. Trebell. 36, 1: *datis praeceptionibus ut maximam partem patrimonii inter liberos ita divisisset.* zugleich gewöhnliche Vorvermächtnisse stecken, kann man allerdings von einem besondern *dies cedens* derselben reden und dieser tritt regelmäßig ganz unabhängig von der Erbantrittung als solcher ein. Aber, da der Wille des Testators in den obigen Fällen offenbar nach dem ganzen Zusammenhange der Disposition dahin geht, daß die Vorvermächtnisse als *appendix* der Erbeinsetzungen und als lediglich zur gegenseitigen reellen Ausgleichung und Feststellung der Erbtheile bestimmt angesehen werden sollen, so wird dem Prälegatar, welcher nicht Erbe wird, hier die Verfolgung des an sich *ipso jure* gültig cedirten Vorvermächtnisses versagt, es werden ihm die *actiones* denegirt, resp. seine Vermächtnißklage mit der *exceptio doli* zurückgewiesen.

Vgl. l. 90 §. 1 de leg. I., l. 70 de condit. et dem. 35, 1.

Angenommen wird dieser Wille des Erblassers in der Regel nur, wenn mehreren resp. allen Erben gegenseitig Prälegate hinter-

lassen sind und regelmäßig nicht, wenn nur einem einzelnen Theilerben eine praeceptio gegeben ist. Daraus erklärt sich z. B., daß in l. 75 §. 1 de leg. II. nur von einem heres ex parte die Rede ist, sowie auch der Unterschied, der in der Construction der Entscheidung zwischen l. 70 de cond. et dem. 35, 1 und l. 77 pr. eod. (beide Fragmente von Papinian) sich findet und auf den Cujacius lib. XVI. quaest. Pap. opp. IV. 419 aufmerksam macht. In l. 77 pr. ist bloß dem einen ex parte unter der Bedingung der Emancipation von der Großmutter eingesetzten Enkel ein pures Prälegat und zwar per vindicationem hinterlassen und hier nimmt Papinian, um zu dem Ergebnis der Ausschließung des Vaters jenes Enkels vom Vormächtniß zu gelangen, zu einer Uebertragung der Bedingung der Institution auf das Prälegat mittelst Repetition derselben seine Zuflucht. In l. 70 de cond. et dem. 35, 1 sind zwei Söhne unter derselben Bedingung der Emancipation zu Theilerben eingesetzt und ihnen beiden praeceptiones gegeben und hier erwähnt derselbe Papinian nichts von einer Repetition der Bedingung, sondern stützt seine Entscheidung der völligen Ausschließung des Vaters von dem commodum legatorum auf die in der bewirkten Emancipation liegende Anerkennung des letzten Willens der Frau Seitens des Vaters, also auf den Inhalt dieses Willens, der eben eine praeceptio auch im materiellen Sinne enthält<sup>75)</sup>.

75) Man vergleiche mit diesen Stellen l. 27 pr. quando dies leg. 36, 2, gewöhnliches Präfideicommiß an einen fremden Haussohn, der unter der Bedingung der Befreiung von der väterlichen Gewalt ex parte zum Erben eingesetzt ist. Ich verstehe die Entscheidung Scävola's:

si pure sit datum, a coherede filii pro hereditaria parte fideicommissum peti posse  
 so: Wenn das Fideicommiß wirklich pur hinterlassen ist, d. h. wenn man die Bedingung der Einsetzung hier nach dem Willen des Testators nicht zu repetiren hat, dann ist der dies des Vermächtnisses, aber nur zu dem Erbtheile des Miterben gültig cedirt und kann dasselbe folglich von Letzterem, wenn er angetreten hat, eingeklagt werden und zwar, wie sich von selbst versteht, wenn der Sohn noch in der Gewalt steht, durch den Vater, wenn er nicht mehr in der Gewalt steht, durch ihn selber. Ob und welchen Einfluß der Umstand hat, daß die Lösung von der väterlichen Gewalt nicht als Bedingung der Institution, sondern der Abition gesetzt und der vorausgegangenen puren Institution nur nachträglich hinzugefügt ist (hereditas adimi non potest), mag dahin gestellt bleiben. Jedenfalls ist l. 27 cit. in Thatbestand und Entscheidung verwandt mit l. 77 pr. de condit. 35, 1 (nur daß in letzterer Stelle aus naheliegenden Gründen eine tacita repetitio

## 2.

Der für die eigentliche praeceptio bestimmte und ihr adäquate Realisationsmodus ist die act. fam. erciscundae. Wenn der Prälegatar nicht Erbe wird, so kann selbstverständlich von derselben nicht die Rede sein und damit fällt entweder (bei der divisio honorum u. s. w.) der Legatsanspruch überhaupt zusammen oder er reducirt sich auf einen simplen Vermächtnisanspruch gegen die Miterben resp. Substituten, der nun blos mit den gewöhnlichen Legatsklagen eingefordert werden kann. Wenn aber der Prälegatar Erbe wird, so entsteht nach neuerem Rechte offenbar eine Concurrrenz der act. fam. erciscundae mit den übrigen Legatsklagen und damit tritt beziehentlich trat die Möglichkeit von Collisionen ein, die ich hier nicht sowohl lösen als nur andeuten kann. Die actio fam. ercisc. hat spezifische Eigenthümlichkeiten, wodurch sie sich von den andern Legatsklagen wesentlich unterscheidet; es liegt dies in der innern Natur des den Theilungsklagen zu Grunde liegenden Anspruchs, der sich eigentlich unter keine der beiden Rubriken der persönlichen und dinglichen Ansprüche vollständig unterbringen läßt.

Vergl. Brinz, Pandecten S. 229.

Neußerlich tritt dies darin hervor, daß die actio fam. ercisc. bonae fidei, duplex und mixta ist. Auf den ersten Punkt

---

der Bedingung statuirt wird) und von dem Gesichtspunct der l. 70 de condit. ist nicht die Rede, während der Hauptunterschied im Thatbestand nur darin besteht, daß in letzterer Stelle praeceptiones und zwar mehreren Theilerben praeceptiones gegeben sind. Was die alia quoque ratio gewesen ist, die uns durch die Wegstreichung des der l. 70 de cond. et dem. im Originale Papinian's Vorangehenden verloren gegangen ist, bleibt ungewiß. Vielleicht, da die Söhne angetreten hatten, trat hier eine Concurrrenz und ein Conflict ein zwischen den beiden im Proculenianischen Präceptionslegate enthaltenen Bestandtheilen, der den Söhnen gegebenen praeceptio, auf welche der Vater wegen der conditio emancipationis nie einen Anspruch haben konnte, und der dem Vater schon erworbenen vindication — denn das dem Vater vom Sohne gegebene Legat ebirt ja gültig beim Tode des Erblassers — ein Conflict, von dessen Möglichkeit l. 7 pr. Cod. de leg. 6, 37, wenn auch in andrer factischer Gestaltung, noch Zeugniß ablegt. Ueber eine mögliche Coexistenz desselben Legatenanspruchs (als deserirten) in der Person des Gewalthabers und des subjectus s. l. 10 de opt. leg. 33. 5. Cujaz macht zu l. 70 cit. darauf aufmerksam, daß dem Vater der Legatsanspruch auf die den Söhnen gegebenen Präceptionen doch immer nur theilweis angefallen sein könnte, nämlich zu dem Theile, welchen jeder Sohn von dem andern, seinem Bruder, jure legati zu bekommen haben würde, während er zu dem seiner eignen Erbportion entsprechenden Theile von Anfang an ungültig hinterlassen gewesen sei.

kommt im neuen Recht nicht mehr viel an, weil alle Vermächtnißklagen hier im Grunde *bonae fidei* sind; im ältern Rechte wurden etwaige mögliche Conflict, z. B. wenn der Prälegatar sein Legat vor dem Erbtheilungsverfahren als sein Eigenthum in Anspruch nahm, durch die *actio* und *except. doli* beziehentlich *Caution* ausgeglichen,

l. 32 de dol. 4, 3, l. 8 pr. fam. erc. 10, 2.

Bei Prälegaten mit reiner *Damnationsformel* fand, wenn meine oben aufgestellte Ansicht richtig ist, im classischen Rechte eine concurrirende Erbtheilungsklage nicht statt. Eigentliche Prälegaten in dieser Form (die l. 34 §. 1 de leg. III. hat den Zusatz: *sine dolo malo*, s. oben §. 9 bei not. 67) mochten sehr selten vorkommen. Die Quellen bieten nur ein Beispiel dar in l. 104 §. 3 und 5 de leg. I. (Julian) und behandeln es durchaus als simples Vorvermächtniß: *deducta sua parte Attius decem petet*. Wo bei einem *Damnationslegaten* an einen Theilerben nicht wie in dem oben angezogenen Gesetze die Fassung (*quisquis mihi heres erit*) dazu zwang, ein eigentliches Prälegat anzunehmen, da mochte man geneigt sein es lieber als ein anomales Prälegat aufzufassen, d. h. als ein lediglich von den übrigen Miterben gegebenes. Spuren davon dürften sich noch in der in l. 25 §. 22 fam. erc. 10, 2 und l. 14 de dot. praeleg. 33, 4 ventilirten Frage finden. Man konnte sich in jenen Fällen (in l. 25 §. 22 cit. handelt es sich um ein formell ungültiges, auch nach *Proculejanischer* Auffassung nur durch das *Neronianum* confirmirtes leg. per *praecept.*, in l. 14 cit. um ein *Fideicommiß*, für dessen Entrichtung ein Dritter sorgen soll: *προνοήσει έκδοθῆναι Πολλίωνος*), weil die Personen, welche mit dem Vermächtnisse belastet sein sollten, aus der Anordnung nicht mit Sicherheit zu erkennen waren, entweder für die Analogie des *Damnationslegats* oder für die eines eigentlichen *Präceptionslegats*, bez. für ein wirkliches *Präfideicommiß* entscheiden; man hat das letztere gethan; hätte man aber das erstere vorgezogen, so würde man das Vermächtniß offenbar als anomales Prälegat betrachtet und es als lediglich den Miterben auferlegt angesehen haben<sup>76)</sup>.

76) Auch die schließliche Entscheidung *Scävola's* für ein wirkliches statt für ein allenfalls mögliches anomales *Präfideicommiß* in l. 34 §. 1 de

Von wesentlich größerer Bedeutung ist der Umstand, daß die act. fam. ereiscundae doppelseitig und mixta ist, während die gewöhnlichen Legatsklagen durchaus einseitig sind und auf einen entweder rein dinglichen oder rein persönlichen Anspruch hinauslaufen. Dieser Doppelseitigkeit der Klage entspricht die Gegenseitigkeit des Anspruchs, den jeder der Erbgenossen auf Theilung und, was wohl zu beachten, auf Theilung in der vom Erblasser vorgezeichneten Weise gegenüber den Andern hat. Ueber den nächstliegenden und in der unendlichen Mehrzahl der Fälle practisch allein in Betracht kommenden Umstand, daß der Prälegatar durch das Prälegat eine Bereicherung empfängt und besser gestellt wird als er ohne dasselbe gestellt sein würde, pflegt man wohl meistens zu übersehen, daß auch der Miterbe seinerseits einen Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft und zwar auch in Betreff der prälegirten Sache hat, und daß er möglicherweise ein Interesse daran haben kann (man denke an ein haufälliges oder kostspielig im Stande zu haltendes Grundstück, einen Sklaven, der uns in Nothaltsprüche verwickeln kann), von dieser Gemeinschaft baldmöglichst und in der Weise loszukommen, daß er selber die Sache sicher nicht bekommt. Aber, abgesehen von einem greifbaren und ästimabeln Interesse des Miterben, liegt in jedem Prälegat mehr oder weniger eine Modalität des erblasserischen Willens, gewissermaßen ein an die Erbeinsetzung selbst angeknüpfter modus. Schon das classische Römische Recht hat nun anerkannt und auch Mittel gefunden, den Modalitäten des testatorischen Willens, auch wenn sie, wie der Ausdruck der Quellen lautet (l. 7 de ann. leg. 33, 1). lediglich ad auctoritatem testatoris pertinent, auch wenn darin keine fideicommissarische Zuwendung an irgend einen Dritten (wie z. B. in l. 11 §. 9 de leg. III.) gefunden werden kann, ihre Verwirklichung zu sichern, falls sie nur nicht unvernünftig und sittlich unzulässig sind. Selbst, wo nur ein Erbe vorhanden ist, ist das Römische Recht geneigt, solchen zulässigen Modalitäten des erblasserischen Willens dadurch Wirksamkeit zu verleihen, daß es die Macht, den Erben zur Befolgung derselben zu nöthigen, in die Hand

usufr. leg. 33, 2 gehört mit hierher. — Vergl. Cypharz, Seite 147 not. 5 und gegen denselben Andis, Commentar S. 137 not. 33.

des Magistrats oder der Pontifices legte; wo aber Miterben vorhanden sind, da hat es grade in der *act. fam. ereisc.* das Mittel gefunden und vermöge ihrer dem Miterben resp. dem Theilungsrichter die Macht verliehen, die Erfüllung solcher an sich interesseloser Anordnungen des Testators direct oder indirect zu erzwingen.

l. 7 de ann. leg. 33, 1, vergl. auch l. 71 pr. de cond. et dem. 35, 1, l. 19 de leg. III., in welchen letzteren Stellen nur die factische Gestaltung etwas anders, die zu Grunde liegende Idee ganz dieselbe ist. Die Entscheidung der l. 71 pr. kann bei einem Prälegat an einen *coheres minus industrius* ganz gut practisch werden.

Die Construction, wodurch das Römische Recht diese Anwendung der *act. fam. ereisc.* vermittelte, war die Fiction, daß der Erbe ein Interesse an der Befolgung des testatorischen Willens habe, obwohl er in der That kein eigentliches Vermögensinteresse daran hat,

interesse heredis credendum est l. 71 pr. de cond. et dem. 35, 1.

Treffend sagt Cujazius zu letzterer Stelle (lib. 17 quaest Pap. opp. IV. 457 Fabr. 472):

denique testator affectibus suis legavit und non interest quidem heredis, sed interesse videtur, ut satis fiat providentiae defuncti.

Hier liegt der Punct, an den ich anknüpfen möchte, wenn ich meine, daß in dem Prälegat regelmäßig noch mehr und noch etwas Anderes liegt, als ein simples Vermächtniß, eine reine Zumendung an den Prälegatar-Erben. Indem der Testator ein Prälegat anordnet, hat er dabei regelmäßig außer der Liberalität an den Prälegatar selbst auch noch das Verhältniß vor Augen, welches in Folge davon in Betreff der materiellen Vertheilung des Nachlaßbestandes eintreten und zwischen den Miterben sich herausstellen wird und soll und darin liegt eine besondere Modalität des erblasserischen Willens, die als solche nicht unbeachtet bleiben darf, und sich in der Gewährung eines einseitigen Anspruchs an den Prälegatar nicht erschöpft.

Dieses auf dem besonders gearteten materiellen Willen des

Testators beruhende Element im Prälegat habe ich in Ermanglung eines bessern Ausdrucks „praeceptio“ genannt mit Beziehung auf das alte *legatum per praeceptionem*, in welchem ich die Wurzel dieses Elements und die specielle Form zu erkennen glaube, in der es historisch zuerst aufgetreten ist, während es später, wie ich oben auszuführen bemüht gewesen bin, von dieser Form sich losgelöst und auch außerhalb derselben und unabhängig von ihr sich zur Geltung gebracht hat.

Ob nun in einem Vorvermächtnisse dieses materielle Präceptionselement liegt, das ist eine reine *quaestio facti* nach dem Inhalt des Willens; das läßt sich nicht mit der logischen Scheere einfangen und mit mathematischer Schärfe fixiren. Es giebt darauf auch nicht bloß die Antwort: Ja und Nein, sondern auch die Antwort: Mehr oder Minder. Es kann dieses Präceptionselement im Prälegat verschwindend klein, es kann schwächer und stärker und es kann endlich so stark sein, daß es in der That das ganze Vorvermächtniß beherrscht. Zwischen dem Falle, wo z. B. ein Testator sagt: Meinem Erben X vermache ich meine goldne Uhr, die ihm immer so sehr gefallen hat, und demjenigen, wo ein Vater sein ganzes Vermögen unter seine Kinder nach einem wohlertwogenen und im Einzelnen motivirten Gesamtplane vertheilt, liegt in dieser Beziehung ein Zwischenraum, der eine ganze Reihe von Abstufungen und Uebergängen zuläßt und in sich enthält. Hauptstufen möchten, wie schon oben angedeutet, sein: einfaches und gegenseitiges Prälegat und damit theilweis zusammenhängend: Prälegat, für dessen Erfolg das Erbwerden Voraussetzung, und Prälegat, für dessen Erfolg das Erbwerden nicht Voraussetzung ist.

Während bei den Römern, so lange noch die Bedeutung der Formeln im Volksbewußtsein lebendig blieb, das Präceptionselement, auch wo es nicht ohnedem schon in dem ganzen Zusammenhange der Disposition lag, durch Worte wie: *praecipito, e medio sumito* unverkennbar deutlich gemacht wurde, fehlt im neuesten Recht ein solches äußeres Kennzeichen und wir müssen uns lediglich daran halten, ob zu erkennen ist, daß der Testator seine Verfügung als eine ganz isolirt für sich dastehende, rein zu Gunsten des Prälegatars bestimmte Liberalität aufgefaßt oder ob er dabei an das Verhältniß zu den Miterben gedacht, das

Vermächtniß als ein Stück der von ihm geplanten Vertheilung des Nachlaßbestandes betrachtet und dabei vielleicht auch noch sonstige Zwecke zu erreichen beabsichtigt hat, z. B. Ausgleichung wegen Vorempfängnissen (l. 12 de cond. et dem. 35, 1), Entlastung gewisser Erben von schwierigen Verwaltungen u. s. w. In vielen Fällen und überhaupt bei gegenseitigen Prälegaten liegt das Dasein des Präceptionswillens auf der Hand, aber auch bei einfachen Prälegaten zeigt es sich überall, wo der Testator sich bewußt gewesen ist und gewollt hat, daß der Prälegatar von dem unter die Erben vertheilten Bestande des Nachlasses um den vollen Betrag des Prälegats verhältnißmäßig mehr bekommen solle, als die Miterben.

Damit hängt es zusammen, daß vom Standpuncte des materiellen Willens des Testators aus das Prälegat durchaus als ein ungetheiltes Ganze erscheint, und daß es im Sinne des Testators für den Erfolg des Prälegats ganz gleichgültig ist, daß das Recht dasselbe in zwei Theile zerschneidet, von denen der Prälegatar-Erbe den einen nach Erbrecht, den andern nach Legatenrecht hat; *ratio juris et possessionis varietas non inducit divisionem voluntatis* (vergl. oben §. 2 am Schlusse<sup>77</sup>).

Ich muß mich darauf beschränken zur Begründung und Illustration meiner Auffassung, die ich wenigstens nach Kräften an den Quellen geprüft zu haben mir bewußt bin, die mir als die hauptsächlichsten erscheinenden Punkte hervorzuhellen und specieller zu erörtern.

77) Es ist leicht zu sehen, inwiefern die vorstehend entwickelte Auffassung von der herrschenden differirt. Letztere betrachtet das Prälegat im Grunde nur als ein einfaches Vermächtniß, dessen einzige Eigenthümlichkeit darin besteht, daß es einem Theilerben hinterlassen ist und dessen Singularitäten sich daher sämmtlich aus einem, schließlich doch bloß formellen Grunde, nämlich dem, daß der Erbe sich selber zu nichts verpflichtet sein könne, ableiten lassen sollen.

Historisch genommen hängt dies mit der bald mit mehr bald mit weniger Bestimmtheit ausgesprochen oben bekämpften Ansicht zusammen, daß das Präceptionslegat im Grunde nur eine Unterart des Vindicationslegats gewesen sei. Daß die Auffassung des Verfassers dieser Abhandlung sich vielfach mit derjenigen begegnet, welche Reuner in seinem oft citirten Buche in Betreff der *divisio bonorum* und *institutio ex re certa* ausgeführt hat,

vergl. namentlich dessen Aeußerung S. 259: die einzelnen Zuwendungen stehen in einem sich gegenseitig bedingenden Verhältnisse wird dem Kundigen nicht entgehen.

Eine hier aufzuwerfende und soweit ich sehe, noch nie näher in Betracht gezogene Frage ist, ob und mit welcher Wirkung der Prälegatar, der die Erbschaft angetreten hat, das Prälegat ausschlagen könne. Buchholz, S. 583, meint: ausschlagen könne er und es verhalte sich damit wie mit der Ausschlagung jedes gewöhnlichen Legats; nur müsse man allerdings die Legatsstheile und die Erbquote im Prälegat unterscheiden; die letztere müsse er natürlich trotz der Ausschlagung behalten.

Vergl. auch Reuner, institut. ex re certa S. 291.

Nun ist freilich ganz richtig, daß der Prälegatar durch die Ausschlagung seines Vermächtnisses die ihm etwa gegen die Miterben zustehenden persönlichen und dinglichen Legatsklagen verliert und auch bei der Erbtheilung seinerseits nicht darauf dringen kann, daß ihm die prälegirte Sache nun doch ausschließlich zugesprochen werde. Aber eine andere Frage ist denn doch: Kann der Miterbe, der seinerseits die Erbtheilung anstellt, dadurch gehindert werden, darauf zu dringen, daß der Prälegatar angehalten werde durch Uebernahme des ganzen ihm zugetheilten Objects dem Willen des Erblassers Genüge zu leisten, und vor Allem kann der Erbtheilungsrichter, der einmal mit der Erbtheilung befaßt ist, durch die einseitige Ablehnung des Prälegatar-Erben gehindert werden, in Uebereinstimmung mit dem klaren, vielleicht wohl motivirten und vom Prälegatar selbst anerkannten Willen des Erblassers ihm die ganze Sache zu adjudiciren, wodurch das Eigenthum an derselben, ohne daß es seiner Zustimmung bedarf, ipso jure auf ihn übergeht<sup>78)</sup>?

Daß in den Quellen meines Wissens kein einziges Beispiel von der Repudiation eines Prälegats oder einer praeceptio Seiten des Erbe gewordenen Prälegatars vorkommt, während der Fall, daß der Prälegatar die Erbschaft ablehnt und nun doch das ganze Prälegat behält, öfters erörtert wird, ist schwerlich ein bloßer Zufall. Wie man auch über die Entscheidung der eben aufgeworfenen Frage, die ja practisch außerordentlich selten vorkommen wird, denken mag, so viel ist gewiß, daß der

78) Man kann hiermit auch den Grundsatz in Verbindung bringen, daß ein Vermächtniß nicht theilweis angenommen, theilweis ausgeschlagen werden kann. Im Sinne des Testators ist das Prälegat ein ungetheiltes Ganzes (l. 18, §. 2 D. 34, 9).

Prälegatar-Erbe durch selbstverschuldeten Verlust des Prälegats die Stellung seines Miterben zu ihm niemals ändern und letztere irgendwie schlechter machen kann, als sie ohnedem gewesen wäre.

Ein hierauf bezüglicher Fall wird besprochen in der schon oben in einem andern Zusammenhange angezogenen l. 15 de his quae ut indign. 34, 9 (abgedruckt oben Seite 83).

Hier hat der Prälegatar seine Legatsansprüche wegen Unwürdigkeit verloren, während er die Erbschaft selbst behält.

Und wie lautet hier die Entscheidung? Dem Prälegatar wird natürlich der Vortheil aus dem Prälegat entzogen, es wird ihm die actio deshalb denegirt; aber was uns hier vorzugsweise interessirt ist: Wie stellt sich in Folge dieses Verlustes des Legats das Verhältniß des Verlierenden zu seinen Miterben? Nehmen wir das von Cujazius lib. VI. resp. Pap. opp. IV. p. 1085 gewählte Beispiel: Ein Erblasser hat zwischen seinen beiden, zu gleichen Theilen eingesetzten Erben A und B dergestalt eine divisio honorum vorgenommen, daß er dem A seine Italischen Güter im Werthe von 200, dem B seine Güter in der Provinz im Werthe von 800 durch Vorvermächnisse zugewiesen hat. Der A greift die Codicille als gefälscht und damit auch den Bestand der in ihnen getroffenen Nachlaßvertheilung an, verliert aber den Prozeß und dadurch als unwürdig auch seinen Anspruch auf die vom B ihm als Vorvermächniß zu gewährenden 100, die nun an den Fiscus kommen. Hätte A das ihm gegebene Prälegat nicht durch seine Schuld verloren, so würde er für seinen ihm als Erben zustehenden Quartanspruch auf noch 25 ( $\frac{200}{4}=125-100$ , welche 100 die auf seine Erbquote fallende Hälfte der ihm prälegirten Italischen Güter sind, bleiben 25 Quartrest) nach den Grundsätzen über die sog. Compensation bei Wechsellegaten<sup>79)</sup> in dem ihm zugewendeten Prälegat Befriedigung gefunden haben. Obwohl ihm nun diese Befriedigung durch den Verlust des Legats entzogen wird und obwohl er andrerseits, weil er Erbe bleibt, an sich auch den Anspruch auf die volle Quart der 125 behält,

79) Vergl. Arndts, Commentar 47 S. 7, Dernburg, im Archiv f. d. civil. Pr. Bd. 47 S. 300 ff. und für die hier in Frage stehende Stelle S. 305. Die Auffassung Dernburgs über den besprochenen speciellen Fall (s. nam. S. 301, 302) dürfte ziemlich nahe mit meinem allgemeinen Präceptionselement verwandt sein, s. übrigens oben S. 98 Anm. 48.

kann er ihn seinem Miterben gegenüber doch nicht zur Geltung bringen. Falcidia non utetur, im Verhältniß zum Miterben B wird die Sache grade so behandelt, als ob A sein Prälegat nicht verloren hätte, Ersterer kann nach wie vor verlangen, daß A seinen Anspruch auf die Falcidia (d. h. auf den durch die Erbquote nicht gedeckten Quartrest der 25) mit den ihm von B jure legati hinterlassenen Theile des Prälegats (100) compensire, obwohl A in Folge des Verlusts dieser 100 in der That nichts hat, was er gegen seinen Quartanspruch der 25 aufrechnen könnte. Kurz, der für den A in Betreff seines Prälegats eingetretene von ihm verschuldete Verlust ändert nicht das Mindeste in dem gegenseitigen Verhältnisse der Miterben, wie letzteres in Betreff der reellen Vertheilung des Nachlasses vom Testator eben mittelst der Anordnung der Prälegats festgestellt worden war.

## 3.

Verhältnißmäßig zahlreiche Stellen besitzen wir über die Ademtion bei Prälegaten. Ich hebe zur näheren Erläuterung hier namentlich eine hervor, die von jeher, von dem Standpunkte des gewöhnlichen Legats aus aufgefaßt, große Schwierigkeiten gemacht hat, während ich hoffe, sie von meinem Standpuncte aus vollkommen befriedigend erklären zu können. Es ist dies die l. 31 §. 1 de adm. leg. 34, 4.

Scaevola XIV. Dig. Matri suae heredi ex parte institutae quattuor praedia legavit et fidei eius commisit, ut ex his duo socero restitueret, deinde codicillis socero ademit fideicommissum; quaesitum est, an nihilo minus ex praelegatione ad matrem pertineret. Respondi, nihil proponi, cur ad matrem pertinerent.

Wird ein Vermächtniß nicht erworben, so gereicht dies, abgesehen von dem Falle, wo ein Substitut oder Accrescenzberechtigter vorhanden ist, zum Vortheile des Beschwerten. Ist also ein Legatar wieder seinerseits mit einem Fideicommiss belastet, so ist die Regel, daß das auf irgend eine Weise zusammenfallende Fideicommiss an den Legatar zurückkommt und nicht etwa den Erben zu Gute geht<sup>80)</sup>.

80) l. 17 pr., l. 60 de leg. II., l. 38 §. 6 de leg. III., l. 10 §. 1 de his quae ut ind. 34, 9, l. 92 §. 1 de leg. I., l. 37 §. 1 de leg. III. Letztere Stelle handelt speciell von der Ademtion, bei der von einem Einfluß

Gemäß dieser Regel müßte nun offenbar in unserm Falle das dem Schwiegervater gegebene, aber ihm später admirte Fideicommiß an die Mutter des Testators, als die alleinige Dneritte zurückfallen. Gleichwohl verneint dies Scävola mit den Worten: nihil proponi, cur ad matrem pertinerent, und es bleibt daher nichts übrig als anzunehmen, daß das Fideicommiß in die gemeinschaftliche Erbschaft zurückfalle.

Diese Entscheidung ist vom Standpunkte der gewöhnlichen Theorie aus im hohen Grade anstößig und eigentlich ganz unbegreiflich. Es sind daher zahlreiche Erklärungsversuche gemacht worden und, da keiner derselben recht befriedigen wollte, hat es auch an Vorschlägen zur Aenderung des Textes nicht gefehlt, die sämmtlich darauf hinauslaufen, in den Schlusssatz eine Negation einzuschieben, d. h. die Entscheidung Scävola's, wie sie nach der gewöhnlichen Lesart lautet, in ihr Gegentheil zu verkehren.

Vergl. über diese Stelle und die verschiedenen Meinungen darüber Buchholz, S. 632—646. Er selber schlägt schließlich eine Textänderung vor: cur minus oder quo minus ad matrem pertinerent.

Die gewöhnliche Lesart ist aber handschriftlich durchaus beglaubigt und auch von Mommsen im Text beibehalten worden (Vol. II. S. 170). Allerdings scheint derselbe geneigt (not. 26) auf Grund der Basiliken (des sog. Tipucitus) anzunehmen, daß eine Negation ausgefallen sei. Indes mit aller Bescheidenheit gegen eine so bedeutende Autorität möchte ich doch zu erwägen geben, daß dies selbst nach den Worten des Tipucitus nicht so unbedingt anzunehmen ist. Dieselben lauten: πῶς ἢ μήτηρ μου αὐτὸ λαμβάνει; also wie, auf welche Weise die Mutter das Vermächtniß (zurück) erhält; sie besagen nicht, daß es schlechtthin an sie zurückfällt und würden sich grade um des πῶς willen sehr gut auch mit der gewöhnlichen Lesart vertragen, wenn man bedenkt, daß ja auch nach dieser ein Theil des Fideicommisses an sie als Theilerbin zurückfällt.

der Grundfäße über caduca keine Rede sein kann; bei den erstangeführten Stellen spielen diese theilweis mit hinein. Für das Justinianische Recht steht aber die obige Regel völlig fest. §§. 4, 7, 8 l. un. Cod. de cad. toll. 6, 51.

Bleiben wir daher bei der textlich beglaubigten Lesart stehen, so ist die Stelle m. Er. nach folgendermaßen zu erklären:

Da hier von einem Prälegat an die Mutter die Rede ist, welches auch wiederholt und ausdrücklich als solches bezeichnet wird, so ist davon auszugehen, daß der Testator dasselbe als Glied seiner Gesamtdisposition betrachtet und dabei das Verhältnis, in welchem er die Mutter gegenüber den übrigen Erben reell günstiger stellen wollte, ins Auge gefaßt habe. Indem er nun die Mutter, sofort nachdem er ihr das Prälegat der vier Grundstücke gegeben hatte, ausschließlich mit dem Fideicommiss der zwei Grundstücke an den Schwiegervater belastete, stellte sich in seinem Sinne das reelle Ergebnis seiner Gesamtdisposition folgendermaßen: Angenommen von den vier Grundstücken A, B, C und D war A 4000, B 2000, C 3000, D 1000 werth, während der Nachlaß 30,000 betrug und die Mutter, welche zur Hälfte Erbin war, die Grundstücke A und B an zusammen 6000 restituiren sollte, so bekam sie

- a) als Erbin 15,000, wovon auf die gesammten prälegirten Grundstücke 5000, auf die abzugebenden beiden 3000 fielen,
- b) als Prälegatarin jure legati noch 5000, wovon auf die zu restituirenden Grundstücke A und B wieder 3000 kamen.

Das Gesamtverhältnis, wie es der Testator bei Errichtung des Testaments beabsichtigt hatte, stellte sich dann so, daß die andern Erben reell 10,000, sie selbst  $20,000 - 6000 = 14,000$ , der Schwiegervater 6000 erhielt.

Was der Testator mit dem Prälegat, die Gesamtdisposition und das daraus zwischen der Mutter und ihren Miterben sich ergebende Verhältnis ins Auge gefaßt, erreichen wollte, war also, daß die Mutter 4000 reell mehr haben sollte, als die übrigen Erben. Dieses Verhältnis unter den Miterben — und hierin besteht eben die Eigenthümlichkeit beim Prälegat, weil bei ihm allein jenes Verhältnis überhaupt ins Auge gefaßt wird — soll präsumtiv durch nachträgliche Ereignisse nicht alterirt werden, wird daher präsumtiv auch nicht durch die nachträgliche Ademption des Fideicommisses alterirt. Dies würde geschehen, wenn man nach der gewöhnlichen Regel die 6000 des Fideicommisses an die Mutter allein zurückfallen ließe; denn sie würde nun 20,000, die andern Erben nur ihre ursprünglichen 10,000 haben; dagegen,

wenn man in Uebereinstimmung mit dem, was Scävola respondirt, dies nicht thut, vielmehr die 6000 in die gemeine Erbschaft zurückfallen läßt, so bleibt nun das bei Anordnung des Prälegats bestimmte Verhältniß unter den Miterben, wonach eben die Prälegatarin reell 4000 mehr haben sollte als ihre Miterben, unverändert, weil sie, der als Hälfterbin natürlich 3000 zufallen, nunmehr 17000 hat, während die übrigen Erben jetzt 13000 haben<sup>81)</sup>.

Von dem nun gewonnenen Standpuncte aus lassen sich die sämtlichen hierher gehörigen Stellen, in denen überall von einer nachträglichen Veränderung der ursprünglichen Disposition und überall von Prälegaten die Rede ist, etwa nach folgenden Gesichtspunkten ordnen:

I. Einfaches d. h. einem einzelnen Theilerben hinterlassenes Prälegat. Der Sinn des Testators läßt sich hier stets dahin präcisiren, daß der Prälegatar um den vollen Betrag des Prälegats günstiger gestellt sein soll, als seine Miterben (vergl. l. 12 de cond. et dem. 35, 1).

1) Der Prälegatar ist ausschließlich mit einem (Singular-) Fideicommiß belastet; letzteres fällt weg. Dieser Fall ist der der l. 31 §. 1 de adim. leg. 34, 4 und eben besprochen.

2) Der Prälegatar ist ausschließlich mit einem Singular-Fideicommiß belastet, das Prälegat wird nachgehends dem Prälegatar, der jedoch Erbe bleibt, entzogen. Hier fällt, wenn das Fideicommiß bestehen bleibt, die Last desselben auf die Gesamterbschaft, also auf alle Erben.

Grund: derselbe, wie vorhin bei 1. Wenn man anders verfahren wollte, d. h. wenn man nach der sonstigen Regel dem Prälegatar, der ja Erbe bleibt, dem auch keine Quote seines Erbtheils entzogen wird und der persönlich belastet war, die ganze Last des Fideicommisses noch ferner aufliegen ließe, so würde das vom Testator bei Anordnung des Prälegats ange-

---

81) Die in l. 8 de alim. leg. 34, 1 und beziehentlich l. 7 si cui plus 35, 3 enthaltene Abweichung ist eine auf besondern Gründen beruhende Ausnahme, welche die Regel bestätigt. Ohne diese besondern Gründe würde der Prälegatar seinen Miterben Caution zu leisten gehabt haben, daß er die an ihn (kraft der Caducitätsgrundsätze) ipso jure zurückfallenden Theile der durch den Tod deficirenden Fideicommissarien verhältnißmäßig ihnen restituire.

nommene reelle Theilungsverhältnis, wie bei 1 zu Ungunsten, so hier zu Gunsten der Miterben alterirt werden. Der Beweis findet sich in der bekannten l. 48 de jur. fisc. 49, 14,

onus esse id hereditatis oportere,

deren sonstige Schwierigkeiten uns hier nicht interessieren. Allerdings muß in dem dort erwähnten Falle der Prälegatar-Erbe, miewohl er das Prälegat nicht bekommt, das ganze Fideicommiß bezahlen, aber nur, weil in Betreff des sogenannten tacitum fideicommissum zu Gunsten des Fiscus bis zum Beweis des Gegentheils die Präsumtion gilt, daß der Testator trotz der Aenderung resp. Aufhebung seines früheren Testaments in Bezug auf das stillschweigende Fideicommiß nichts habe ändern wollen, l. 3 de probat. 22, 3. Auch hier gilt: exceptio firmat regulam.

II. Gegenseitiges, d. h. mehrern Erben wechselseitig von einander hinterlassenes Prälegat, wohin vorzüglich die divisio bonorum gehört. Hier liegt der Präceptionswille auf der Hand.

1) Der eine Prälegatar wird zu Gunsten des andern mit einer neuen Auflage belastet. Hier fällt die erste Auflage weg, es findet keine Cumulation beider Auflagen statt, sondern die zweite gilt als Surrogat für die erste. Es ist übrigens hier gleichgültig, ob zwei eigentliche Prälegate oder auf der einen Seite ein eigentliches, auf der andern ein anomales Prälegat steht. Grund der Entscheidung ist: die durch die Anordnung des Testators hergestellte besondere gegenseitige Beziehung der beiden Erben, die präsumtiv nicht oder so wenig als möglich alterirt werden soll; Beweis: die l. 39 §. 2 de leg. III. (Scävola)<sup>81a</sup>).

81 a) Diese und die beiden sub II. 2 erwähnten Stellen lauten:

- l. 39 §. 2 de leg. III. Duae filias aequis ex partibus heredes fecerat: alteri fundum *praelegaverat* et ab ea petierat, ut sorori suae viginti daret: ab eadem filia petit, ut partem dimidiam fundi eidem sorori restitueret: quaesitum est, an viginti praestari non deberent, respondi non esse praestanda.
- l. 23 de adm. leg. 34, 4. Pater inter filios facultatibus divisio filiam ex ratione primipili commodorum trecentos aureos accipere voluit ac postea de pecunia commodorum possessionem paravit, nihilo minus fratres et coheredes sorori fideicommissum praestabunt: non enim absumentum videtur quod in corpus patrimonii versum est. cum autem inter filios divisio patrimonio res indivisas ad omnes coheredes pertinere voluisset, ita possessionem ex commodis comparatam dividi placuit, ut in eam superflui pretii

2) Der Gegenstand des einen Prälegats ist freiwillig veräußert, der Gegenwerth dafür aber vom Testator nicht verschenkt oder consumirt worden, (was eine speciell auf das betreffende Prälegat fallende präsumtive Ademption enthalten würde), sondern im Vermögen verblieben. Das anfänglich bestimmte Verhältniß zwischen den Miterben wird dadurch aufrecht erhalten, daß entweder (Fall der l. 23 de adim. leg. 34, 4) der in der gemeinen Erbschaft sich findende Gegenwerth als Surrogat des ursprünglichen Gegenstandes des Prälegats betrachtet und dem Prälegatar beziehentlich von den Miterben gewährt wird, oder (Fall der l. 25 eod. 34, 4, ebenfalls von Papinian) daß keines der beiden gegenseitigen Vermächtnisse prästirt wird, also der Werth für beide in der gemeinschaftlichen Erbschaft bleibt und an beide Miterben kommt. Das Ergebniß ist in beiden Fällen wesentlich dasselbe: das ursprüngliche Antheilsverhältniß der Miterben am reellen Nachlasse soll eben nicht alterirt werden. Die Verschiedenheit des Weges hängt mit Verschiedenheiten der factischen Gestaltung (formelles Präceptionslegat eines Grundstücks — Präfideicommiß einer Forderung) zusammen<sup>82</sup>).

3) In der freiwilligen Veräußerung des Gegenstandes des Vermächtnisses liegt im Zweifel ein Widerruf des letztern; den Beweis, daß in der Veräußerung kein Widerruf liege, hat der Bedachte zu führen.

Windscheid, §. 654 not. 13, 14, vgl. übrigens Gaj. II. 198.

Beim Prälegat, auch beim einfachen, wird umgekehrt, falls der Gegenwerth nur vorhanden ist, präsumirt, daß die Veräußerung keine Ademption enthalte; es ist Sache der Miterben, den entgegengesetzten Willen des Testators nachzuweisen. Der Grund ist wieder, daß beim Prälegat die Präsumtion gegen jede

*filia portionem hereditariam accipiat: hoc enim eveniret in bonis pecunia relicta.*

l. 25 eod. t. 34, 4. Alteri ex heredibus praeceptionem praedii dedit: mox alteri praestari adversus debitorem actiones ad eum finem mandavit, quo praedium fuerat comparatum. cum postea praedio distracto citra ullam offensam ejus, qui praeceptionem acceperat, pretium in corpus patrimonii redisset, non esse praestandas actiones coheredi respondi.

82) Die reductio in corpus patrimonii ist nicht sowohl Entscheidungsgrund für die Aufrechterhaltung des Vermächtnisses (man vergl. die vorstichtige und zweifelnde Ausdrucksweise noch Ulpian's in l. 11 §. 13 de leg. III.), sondern Gegengrund gegen die alleinige Ademption des einen Prälegats.

nachträgliche Veränderung des Gesamtverhältnisses streitet; der Beweis l. 27 §. 3 de instr. leg. 33, 7<sup>83</sup>).

III. Umgekehrt, wenn der Testator nachträglich eine Verfügung trifft, bei der er ausdrücklich auf das Prälegat Bezug nimmt, so ist eine etwaige Differenz zu beachten, auch wenn sie bei einem gewöhnlichen Legat nicht als absichtliche Veränderung aufgefaßt werden würde (l. 20 pr. de instr. leg. 33, 7)<sup>84</sup>).

83) Liberto, quem heredem in parte rescripsit, fundum per praeceptionem dedit in haec verba: Pamphile liberte praecipito tibi que habeto fundum meum Titianum . . . cum instrumento et his, quae in eodem erunt cum moriar . . . quaesitum est, cum testator in eo fundo aliquantum vini in doliis habuerit, quod vivus totum vendiderat et partem tertiam pretii pro eo acceperat, an vinum in doliis remanens ad libertum ex causa praecipionis pertineat. Respondit verbis quae proponerentur contineri, nisi manifeste contrariam voluntatem coheredes approbant. Scävola meint: schon nach den Worten des hier vorliegenden formellen Präceptionslegats gebührt der ganze Wein dem Prälegatar. Indirect liegt darin, zumal Scävola, wie oben erwähnt, (l. oben vor Ann. 73) in der praecipio zugleich ein Fideicommiss findet, daß auch im Sinne des Testators gegen die Abemtion zu präsumiren ist.

Andere Erklärungen v. d. Pfordten, S. 63, Buchholz, S. 616 ff.

84) Während nämlich bei einem gewöhnlichen Vermächtnisse die nachfolgende Specialisirung eines vorangehenden umfassendern (generellen) Ausdrucks den Umfang des Vermächtnisses nicht einschränkt (non minuit). l. 12 §. 46 de instr. leg. 33, 7, l. 9 pr. de supell. leg. 33, 10, vgl. auch das Testament des Labco in l. 32 §. 6 de aur. et arg. 34, 2, bewirkt die nachträgliche Specialisirung bei der praecipio allerdings die Einschränkung auf das speciell Genannte und zwar, obwohl diese nachträgliche Specialisirung erfolgte in codicillis quos sane post oblivionem testamentariae scripturae fecisset, so daß von einem bewußten Abemtionswillen nicht die Rede sein kann. (Man vgl. dagegen das: memor erat eorum, quae testamento cavisset in l. 31 pr. de adim. leg. 34, 4, wo grade auf diesen letztern Umstand geküßt wird, daß das Specialvermächtniß des Stichus der Frau zu Gunsten des generell honorirten Sohnes entzogen wird. Obwohl übrigens der Sohn in der letztgedachten Stelle Prälegatar ist, handelt es sich doch darin nicht um das für die wahre praecipio charakteristische Verhältniß gegenüber den Miterben, sondern um eine Collision zwischen dem Prälegatar und dritten Vermächtnißnehmern, die nicht Erben sind, vergl. über solche Collision noch l. 7 Cod. de leg. 6, 37, l. 41 §. 3 de leg. III.: utrum filio tantum an Felicissimo et Felicioissimae an tribus. Im Zusammenhange der hier vertretenen Auffassung über das Präceptionsselement im Prälegat liegt der Grund der Entscheidung in der im Text erwähnten l. 20 de instr. leg. darin, daß die praecipio, das Verhältniß unter den Miterben betrachtet, nicht bloß eine einseitige Zuwendung an den Prälegatar enthält, sondern implicite die Verfügung darin liegt, daß derselbe nur den Betrag der praecipio, nicht weniger, aber auch nicht mehr, im voraus aus der gemeinen Masse erhalten und der ganze Rest des reellen Nachlaßbestandes unter die sämtlichen Miterben nach Verhältniß ihrer Erbquoten vertheilt werden solle (vgl. unten noch Ann. 95a). Jede neue Äußerung über den Gegenstand der praecipio enthält also zugleich eine neue Vorstellung und Bestimmung des Testators über die Vertheilung des Nachlaßbestandes unter die an sich

Von selbst versteht es sich, daß, wenn der Testator dem Prälegatar überhaupt Alles, was er ihm zuwendete, auch die Erbschaft, hat entziehen wollen und letztere Absicht nur erfolglos bleibt, weil eine Erbschaft in demselben Testamente nicht adimirt werden kann, wenigstens soviel für adimirt gilt, als rechtlich adimirbar ist, d. h. das ganze Prälegat, soweit es auf die Theile der Miterben fällt.

l. 22 de adim. leg. 34, 4.

Die meisten der vorerwähnten Stellen sind von Buchholz a. a. O. namentlich S. 603—646 sehr ausführlich besprochen, aber ohne Beachtung eines inneren Zusammenhangs, einige wenige von v. d. Pfordten, §. 19. Einzelne davon mögen auch in anderer Weise befriedigend erklärt werden können; in ihrem Zusammenhange betrachte ich sie bis auf weiteres als eine erhebliche Stütze für meine Ansicht.

## §. 11.

### Das sogenannte Accrescenzzrecht beim Prälegat.

Endlich ist es der im Vorstehenden entwickelte Gesichtspunct, der eines regelmäßig im Prälegat liegenden besonders gearteten materiellen Willens des Erblassers, welcher nach meiner Ueberzeugung zur Erlangung einer befriedigenden Erklärung für diejenigen merkwürdigen Erscheinungen (s. oben §. 2 Nr. 4), die man als Folgen des sogenannten Accrescenzzrechts bei Prälegaten darzustellen pflegt, mit herbeigezogen werden muß und von welchem aus es erklärlich wird, daß diese Erscheinungen nicht als allgemein gültige angesehen werden dürfen, sondern ihnen nur ein verhältnißmäßig beschränkter Wirkungsraum zuzugestehen ist. Die nachstehend entwickelte Theorie gehört daher zu jener Kategorie von Ansichten über den betreffenden vielfach bestrittenen Gegenstand, welche die erwähnten eigenthümlichen Erscheinungen als mehr oder minder umfangreiche Abweichungen von der allgemeinen auch für die Prälegate geltenden Regel der Viriltheilung auffassen (so Claussen in seinem oben S. 27

gleichberechtigten Miterben, die zu berücksichtigen ist, auch wenn sie zwischen Erben und gewöhnlichen Vermächtnißnehmern nicht eine eigentliche Abemtion enthalten würde.

not. 11 erwähnten Auffage S. 171—196, Buchholz, Arndts: strenge Folgerungen einiger Römischen Juristen, Band. §. 544 not. 2, Commentar S. 148, 154, 160 ff.) im Gegensatz zu derjenigen trotz vielfacher Opposition noch immer als die herrschende zu bezeichnenden Ansicht, nach welcher die obgedachten Erscheinungen und damit die Entscheidungen in l. 34 §. 11, 12 und l. 116 §. 1 de leg. I. nur einzelne Consequenzen eines für das Prälegat durchgängig gültigen Princip's, nämlich daß, was dem Prälegatar von sich selbst inutil vermacht sei, unbedingt seinen Collegataren anwachsen müsse, sein sollen.

Am consequentesten durchgeführt und am ausführlichsten vertheidigt ist diese letztere Ansicht bekanntlich von v. Bangerow<sup>84a</sup>). Die Ausführung Bangerows in den

Pandecten, II. §. 523 S. 418 ff.

und besonders in seinem bekannten Auffage: von dem Anwachsungsrecht bei Prälegaten Arch. f. d. civil. Pr. Bd. 35 S. 260 ff., so glänzend sie geschrieben ist, so bestechend sie durch ihre civilistische Schärfe und Consequenz wirkt und so sehr es ihr gelungen ist, die früheren Versuche das erwähnte Problem zu lösen und namentlich sowohl die Radicalcur Clauffens als auch den Eclecticismus von Buchholz's in ihrer Unhaltbarkeit aufzuzeigen, vernachlässigt doch den Gesichtspunkt des materiellen Willens des Testators völlig, sie behandelt das mehreren zusammen hinterlassene Prälegat, auch wo die Collegatäre Miterben sind, ganz wie ein gewöhnliches Vermächtniß, für welches nur durch die im Grunde rein formelle Regel heredi a semet ipso legari non potest Modificationen herbeigeführt werden und sie beachtet selbst in dieser Richtung, wie mir scheint, nicht genug, daß das sogenannte Accrescenzrecht bei Prälegaten, von dem es übrigens zweifelhaft sein möchte, ob es diesen Namen überhaupt allenthalben verdient,

84a) Vgl. über die ganze Frage neuerdings insbesondere Arndts, Band. §. 544 not. 2 und die Erörterung im Commentar Bd. 47 no. VI. S. 126—173, Windscheid, Band. §. 627 not. 4, Bering, Erbrecht S. 685 A. 1, Lewes, Erbrecht II. S. 243, Baron, Band. §. 438 not. 10, Keller, Band. §. 559 Anm. 3, dessen Andeutung daselbst mit der Grundlage meiner Ansicht übereinstimmen dürfte. Buchholz behandelt die Sache im 16. Capitel S. 426 ff. (ältere Literatur bes. Seite 430 not. 80) und im ganzen 15. Cap. S. 370, S. 390—406, vgl. noch 5. Cap. S. 198 ff., v. d. Pfordten in §. 23 S. 73 ff.

vergl. Windscheid, Band. §. 603 not. 6  
 zwar eine Consequenz der obigen Regel ist, aber nicht die nächste und auch nicht eine in allen Fällen nothwendig eintretende Consequenz derselben. Die nächste und unmittelbare Consequenz ist bloß, daß das einem Erben von sich selber Hinterlassene ungültig vermacht ist und daher entweder in der Erbschaft bleibt oder anwachsen muß. Damit aber die letztere Alternative wirklich eintreten könne, wird noch ferner vorausgesetzt, daß mindestens ein Collegatar vorhanden sei, dem in der That das ganze Prälegat an sich gültig vermacht, dem nichts davon ungültig vermacht ist und der also, seine Concurrenten hinweggedacht, das Ganze nach Vermächtnisrecht erhalten würde. Dies kann aber nur ein extraneus und niemals ein Miterbe sein.

Daher ist auch durch jene Ausführungen Vangerow's die Opposition nicht zum Schweigen zu bringen gewesen und neuerdings von Männern, wie Windscheid (Pandecten §. 627 not. 4) und Arndts (Band. §. 544 not. 3 und Commentar Band 47 S. 148 ff.) wieder aufgenommen worden und zwar grade vom Standpuncte des materiellen Willens des Testators aus, welchem mit einer rücksichtslosen Durchführung des obigen Princip's in den meisten Fällen wenig gedient sein würde. Während nun mit dem Standpuncte der eben genannten Rechtslehrer der von mir geltend gemachte principiell vollkommen übereinstimmen dürfte, nur daß für mich gerade in einer speciell beim Prälegat vorkommenden Willensrichtung des Testators, nämlich in der darin regelmäßig liegenden Beziehung auf das Verhältniß unter den Miterben, der Grund liegt, warum die durchgängige und ausnahmslose Anwendung des Accrescenzprincip's mir unzulässig erscheint, und während in Folge dessen meine Auffassung sich aufs engste mit derjenigen berührt, welche von Arndts (Comment. S. 149) in Beziehung auf die Geltendmachung des Präceptionslegats mittelst der act. fam. ercisc. dargelegt worden ist; bestehen doch zwischen den von Arndts und Windscheid vorgebrachten übrigens unter sich nicht allenthalben übereinstimmenden Resultaten und denjenigen, welche sich n. m. Anf. ergeben würden, in mehrfacher Hinsicht noch erhebliche Unterschiede. Obwohl ich mir nun versagen muß, meine Ansicht über den betreffenden schwierigen Gegenstand hier ausführlich und nach

allen Richtungen hin zu begründen, so halte ich es doch bei diesem Stande der Sache für gerechtfertigt, wenn ich wenigstens im allgemeinen die Ergebnisse, die ich bei meiner Untersuchung gefunden zu haben glaube, hier mittheile und zugleich kurz andeute, wie ich dieselben mit den Quellen zu vereinbaren gedenke, ja warum ich sie für grade in den Quellen durchaus begründet ansehen kann.

Als Resultat erscheint mir: Zwischen Miterben als Coprätellegataren besteht das sogenannte Accrescenzrecht überhaupt nicht. Dagegen kann es vorkommen zwischen Collegataren, die Miterben und solchen, die nicht Erben sind (extranei). Ob es im letzten Falle Platz greift, ist für unser heutiges Recht eine reine Willensfrage, die nach den besondern Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden sein wird. Im Zweifel, und hier stimme ich mit Windscheid (§. 627 not. 4) überein, wird nach unsrer heutigen Auffassung auch hier angenommen werden müssen, daß der Testator die gleiche Vertheilung gewollt habe, also die Anwendung des Accrescenzprincips wird nur ausnahmsweise stattzufinden haben. Im classischen Rechte lag in diesem zweiten Falle wesentlich eine Formfrage vor; beim Vindicationslegat galt das Accrescenzprincip, wahrscheinlich auch beim Präceptionslegat (Gaj. II. 223, l. 7 Cod. de leg. 6, 37 vergl. mit l. 7 de usufr. acer. 7, 2), obwohl die betreffenden Stellen kein vollständiges und allgemein gültiges Resultat ergeben, sondern deutlich nur soviel erkennen lassen, daß auch beim Präceptionslegate Concurrenz möglich gewesen sei und durch Hinzutritt eines (fremden) Collegatars der Erfolg des: *partes concursu fiunt* habe herbeigeführt werden können. Dagegen beim Damnationslegat und beim Fideicommiss galt das Accrescenzprincip nicht. Für das Justinianische Recht hängt die Sache mit ab von der Auffassung, welche man über die Neugestaltung des Accrescenzrechts durch die l. un. Cod. de cad. toll. 6, 51 hat; ich würde bis auf weiteres geneigt sein anzunehmen, daß im Sinne des Justinianischen Rechts das Accrescenzprincip allerdings bei Concurrenz von Miterben mit extraneis präsumtiv habe Geltung haben sollen, jedoch unbeschadet dessen, daß, wo solches nach der Ausdrucksweise des Testators oder sonst als dem Willen desselben entsprechend erscheinen mochte, die gleichheitliche Theilung

des Prälegats unter den Interessenten zu erfolgen hatte (vergl. z. B. l. 93 §. 5 de leg. III., l. 94 ad leg. Falc. 35, 2, wo practisch genommen ein dem einen Miterben und einem Dritten zusammen gegebenes Prälegat vorliegt, vielleicht auch l. 88 §. 3 de leg. II.). Vom Standpuncte des Justinianischen Rechts aus kann auf die Verschiedenheit der formellen Structur jener Verfügungen von derjenigen eigentlicher Prälegate nichts so Wesentliches mehr ankommen, daß die Möglichkeit gleichheitlicher Theilung auf Verfügungen von jener formellen Structur absolut beschränkt bleiben mußte.

Der Grund für das Vorkommen und beziehentlich die Fortdauer des Accrescenzprincips in diesem zweiten Falle ist von meinem Standpuncte aus sehr einfach. Dasjenige, was von mir materielles Präceptionselement genannt worden ist, bezieht sich eben lediglich auf das Verhältniß des Prälegatars zu seinen Miterben; es bezieht sich aber gar nicht auf sein Verhältniß zu dritten Personen, denen etwa mit ihm zusammen ein Legat gegeben ist. Zu diesen dritten Personen steht er, wie jeder gewöhnliche Collegatar zu seinem Collegatar steht. Wo nun Anwachsung überhaupt möglich ist, d. h. wo die Voraussetzung derselben, daß singulis totum legatum gegeben ist (l. 80 de leg. III.), vorhanden ist, da bekommt jeder Collegatar soviel vom Ganzen, als der andre nicht bekommen kann und in demjenigen, was beide bekommen können, concurriren sie zu gleichen Theilen. Der regelmäßige Fall ist natürlich, daß jeder von beiden an sich das Ganze bekommen könnte, und daß sie daher alle beide im Ganzen concurriren; beim Prälegate aber kommt, weil dem Einen, dem Miterben, von sich selbst wirkungslos (inutiliter) vermacht ist, während dem Andern, dem Nichterben, das Ganze wirksam (utiliter) vermacht ist, das Eigenthümliche zum Vorschein, daß der Letztere, weil er Alles bekommt, was der Andere nicht bekommt, bisweilen, wenn der belastete und zugleich bedachte Erbe heres ex asse ist, das ganze Prälegat, die eine Eventualität der l. 34 §. 11 de leg. I. Dieser Fall liegt eigentlich über den Begriff des Prälegats hinaus, weil eben kein Theilerbe vorhanden ist,

sonst aber wenigstens alles dasjenige erhält, was jener von sich selbst als Vermächtniß nicht bekommen kann und nur

in demjenigen mit ihm concurrirt, was beiden von dem Miterben des Prälegatar-Erben gegeben ist,

Fall der l. 116 §. 1 de leg. I. und zweite Eventualität der l. 34 §. 11 de leg. I.

Demnach ist das Vorkommen der eigenthümlichen Wirkungen dieses sogenannten Accrescenzrechts auch keineswegs, wie man gewöhnlich anzunehmen scheint, auf das Prälegat beschränkt, sondern ganz ähnliche auf dem gleichen Princip beruhende Erscheinungen kommen auch anderwärts vor, nämlich da, wo für einen von mehreren Collegataren aus einem andern Grunde als wegen der Regel, heredi a semet ipso u. s. w., aber ebenfalls aus einem Rechtsgrunde das Vermächtniß als theilweis inutiliter hinterlassen sich erweist. Dergleichen Fälle werden besprochen in l. 21 de pec. leg. 33, 8<sup>4b</sup>), jet. l. 6 §. 1 eod. und besonders in l. 10 de dot. praeleg. 33, 4 (beide von Scävola):

l. 10 Scaevola libro VIII. Quaestionum. Si Sejae pro dote centum fundus legatus sit, idemque Maevio, quod Maevio Falcidia aufert, pro eo, quasi concursus non fuerit, mulier plus vindicet, quia amplius sit in dote mulieris.

Also: der Collegatar, in welchem das Legat ganz gültig ist (hier die mulier, weil sie keinen Abzug durch die Falcidia erleidet), vindicirt den Theil, nach welchem das Legat in der Person des andern Collegatars und zwar schon die cedente beim Tode des Testators inutil wird, für sich allein, denjenigen aber, in welchem das Legat für beide gültig ist, mit dem andern zusammen. Der Erbe, obwohl er im Falle der l. 10 de dot. praeleg. derjenige ist, zu dessen Gunsten die theilweise Unwirksamkeit des Legats in der Person des einen Collegatars in Folge der lex Falcidia eintritt, zieht keinen Vortheil von dieser Unwirksamkeit, dieser Theil bleibt doch nicht bei ihm als Erben,

84b) Scaevola l. 8 quaest. — Si Sticho manumisso peculium legatum sit et Titio servus peculiaris, quantum peculio detractum erit ob id, quod domino debetur (und umsoviel ist das Legat des Peculiums von Rechtswegen kleiner, um soviel verringert es sich ipso jure, s. l. 6 §. 1 de pec. leg. 33, 8, so daß es nur zu diesem Betrage an seinem dies cedens wirksam und gültig ist, l. 8 §. 8 ibid.), tantum ei accedere, cui vicarius legatus est, Julianus ait.

sondern der Collegatar, bei dem das Legat im Ganzen wirksam ist, vindicirt eben um soviel mehr, als auf ihn gekommen sein würde, wenn das Vermächtniß des andern Collegatars ebenfalls im Ganzen wirksam cedirt wäre. Das Princip erstreckt sich übrigens in seiner Wirkung weiter, auch auf Fälle, wo nicht von Collegataren die Rede ist, und wo daher ein Theil des an sich im Sinne des Testators als Ganzes hinterlassenen, aber aus Rechtsgründen theilweis unwirksamen Legats beim Erben verbleibt. Man vergleiche l. 13 §. 4 de fund. dot. 23, 5; auch l. 49 pr. ad leg. Falc. 35, 2 gehört mit hierher; noch entfernter die l. 5 §. 5 de leg. praest. 37, 5.

Ich verkenne durchaus nicht den Unterschied, welcher zwischen dem Prälegat und jenen eben erwähnten Fällen besteht, insofern bei den letztern die theilweise Unwirksamkeit sich erst die cedente herausstellt, während sie beim Prälegate wegen der Catonianischen Regel oder eigentlich deshalb, weil dieses letztere, soweit es dem Prälegatar-Erben selbst primär aufgelegt ist, überhaupt keinen denkbaren nützlichen Fall hat (l. 39 fin. de manum. test. 40, 4), von Anfang an gewiß ist. Für das Princip selbst aber ist jener Unterschied ohne Bedeutung; höchstens könnte er dahin führen, anzunehmen, daß die betreffenden Fälle beim Prälegat den Namen von Anwachsungsfällen überhaupt nicht verdienen, weil bei ihnen in Betreff des inutilen Theiles von Anfang an keine Möglichkeit der Concurrrenz vorhanden sei<sup>84c</sup>). Dies ist auch im gewissen Sinne richtig. Dennoch würde man damit zu weit gehen, weil in der Regel bei jedem Prälegat hinter dem primären ungültigen Vermächtniß von dem Prälegatar an den Prälegatar noch ein eventuell ihm von dem Miterben resp. Substituten gültig gegebenes steckt. Dadurch entsteht ein Pendenzzustand auch für den primär dem Theilerben von sich unwirksam, dem Collegatar aber von ihm wirksam vermachten Theil und die Möglichkeit einer spätern Concurrrenz in demselben zwischen dem (ausschlagenden) Prälegatar-Erben und dem Collegatar. Damit hängt die Ausdrucksweise der Quellen zusammen — für den dem Prälegatar unter allen Umständen wirksam vom Miterben hinter-

84c) *Alfo quia concursus non fuit*, nicht bloß, wie in l. 10 de dot. praes. leg. 38, 4 *quasi concursus non fuerit*.

lassen. Theil in l. 116 §. 1 de leg. I. das Präsens: pertinent für dasjenige, was den Collegataren bez. in Folge des sogen. Anwachsungsrechts zukommt, in l. 116 §. 1 das Futurum: vindicabunt und ebenso in l. 34 §. 11 de leg. I. pertinebit — sowie es dadurch erklärlich wird, daß Ulpian in l. 34 de leg. I. die in §. 11 beginnende Erörterung über das sog. Anwachsungsrecht bei Prälegaten unmittelbar an den in §. 10 besprochenen Fall anknüpfen kann, wo von dem Verhältniß zweier Legatäre, denen dieselbe Sache, dem einen im Haupttestamente, dem andern vom Pupillarsubstituten vermacht ist, gehandelt wird, weil der letztere Legatär möglicherweise (beim Eintritt der Pupillarsubstitution) mit dem Erstem concurriren kann und daher diesen inzwischen (interim) auf die Hälfte beschränkt (vergl. l. 52 §. 1 de leg. I., l. 41 §. 6 fin. de substit. 28, 6). Vollständig klar kann das ganze Verhältniß, wie es nach meiner Auffassung sich stellt, erst im letzten Abschnitt gemacht werden.

Was nun die Quellen betrifft, so ist zu erwähnen, daß von dem jetzt besprochenen zweiten Falle (Concurrenz von Prälegatären, welche Erben sind, mit extraneis) nur die l. 34 §. 11 und die l. 116 §. 1 de leg. I. handeln, wozu noch Vat. fr. §. 87 fin. herbeizuziehen ist. Letztere Stelle ist deshalb verwendbar, weil, wo nachträgliche Anwachsung stattfindet, das Vermächtniß in dem Umfange, zu welchem sie stattfindet, demjenigen, dem anwächst, von Anfang an utiliter gegeben sein muß, aber mit Vorsicht zu benutzen, weil kein reiner Fall der Concurrenz zwischen Prälegatär-Erben und Dritten vorliegt.

Durch diese Quellenstellen wird nun allenthalben (in Betreff des classischen Rechts, wie selbstverständlich und anerkannt, nur für das Vindications- bez. Præceptionslegat) die oben behauptete Geltung des sog. Accrescenzrechts zu Gunsten des extraneus bestätigt<sup>85</sup>).

Anlangend den ersten Fall (die Prälegatäre sind sämtlich

85) Auch zu Gunsten des Prälegatär-Erben findet, soweit dies möglich, (nachträgliche Anwachsung namentlich beim Nießbrauch) gegenüber dem extraneus Anwachsung, jedoch nur bis zum Belauf des dem Erstem wirksam vom Miterben hinterlassenen Theils statt, zu Gunsten des extraneus voll. Vat. fr. 87 mater tamen in utrumque jus accrescendi habet. Ueber die l. 7 de usufr. accresc. 7, 2 s. Pangerow, Archiv Bd. 35 Seite 303. Band. II. S. 427.

Miterben), so ist da meiner Ueberzeugung nach schon im classischen Rechte ein *Accrescenzrecht* niemals zur Anwendung gekommen, vielmehr hat es sich hier von jeher nur darum gehandelt, nach welchem Maßstabe die Vertheilung des Prälegats zwischen den mehreren Miterben, falls dieselben zu ungleichen Theilen eingesetzt waren, vorzunehmen sei, ob nach Verhältniß ihrer Erbquoten oder nach Viriltheilen.

Die Entscheidung scheint schon zur classischen Zeit zu Gunsten der letztern Meinung gefallen zu sein (Gajus in l. 67 §. 1 de leg. I., Papinianus in l. 2 pr. de instr. leg. 33, 7). Die bloße Existenz einer solchen Controverse beweist eigentlich schon, daß mindestens bei *Praeceptionslegaten* unter Miterben vom sogen. *Anwachsungsrechte* keine Rede gewesen sein kann, weil beide Meinungen gleich unverträglich mit demselben sind<sup>86)</sup>.

Bei diesem ersten Falle ist der Grund, warum *Accrescenz*, d. h. also hier wechselseitige *Anwachsung* nicht stattfindet, was das neueste Recht anlangt, wo nunmehr jedes Prälegat ohne Rücksicht auf die Anordnungsweise auch mittelst der *act. fam. ercisc.* realisirbar ist, wesentlich das oftermähnte *Praeceptions-*element. Zwischen den *Coprälegataren*, vorausgesetzt daß sie Erben werden — denn wer von ihnen nicht Erbe wird, tritt dadurch den übrigen gegenüber von selbst in die Stellung eines *extraneus* — besteht schon nach dem Willen des Erblassers ein gegenseitiges Verhältniß. Sie haben nicht nur gegen die etwa vorhandenen nicht bedachten Miterben ein *Vorzugsrecht*, in dessen Folge sie in dieser Beziehung concurriren, sondern auch unter einander einen auf der unter ihnen vorausgesetzten *Erbgemeinschaft* beruhenden und im *Erbtheilungsverfahren* geltend zu machenden Anspruch. Wenn z. B. der Testator von seinen drei Erben A, B und C, dem A und B zusammen ein Grundstück

86) Nach der Bangerow'schen Theorie, die das *Accrescenzprincip* auch unter *Coprälegatar-Erben* festhält, müssen sämtliche concurrirende Theilerben ihre Antheile am Prälegat lediglich nach *Legatenrecht* haben; nach der hier vertretenen Ansicht hat jeder *Coprälegatar* stets mindestens etwas nach *Erbrecht*. Wie viel, darin kann die von Windscheid §. 627 not. 4 angebeutete Vertheilungsweise durch Anrechnung und die in l. 104 §. 5 de leg. I. für das *Damnationslegat* befolgte und von Arndts, *Commentar* S. 134 ff. gebilligte differirende Ergebnisse liefern, was z. B. wegen der *Falcidia* auch practisch wichtig werden kann. Die letztgehachte Vertheilungsweise scheint mir die richtige.

prälegirt hat, so kann nun A zu B, das Verhältniß zwischen ihnen ins Auge gefaßt, sagen: da unser Erblasser mich geheißen hat das ganze Grundstück aus der Erbmasse zu präcipiren, so verlange ich, daß bei der Erbtheilung mir dein Theil daran zugesprochen werde, während ich den meinigen, welchen ich schon in meinem Erbtheil habe, für mich zurückbehalte; aber umgekehrt und ebenfalls auf die Anordnung des Testators gestützt, sagt B zu A: da unser Erblasser mir in Betreff des Grundstücks dasselbe geheißen hat, wie dir, so verlange ich ebenso gut, daß ich meinen Theil behalten darf und mir deiner zugesprochen wird. Es liegt also ein directer Conflict vor zwischen den beiderseitigen Ansprüchen, zwischen zwei Vorzugsrechten, die aber beide unter sich vollkommen gleichwerthig sind und wenn sich die Interessenten nicht gütlich zu verständigen vermögen, so bleibt dem Theilungsrichter nichts übrig, als diesen Conflict dadurch zu lösen, daß er jeden zwingt, etwas von seinem Ansprüche nachzugeben, beziehentlich daß er dergestalt theilt, daß keiner seinen Erbtheil ausschließlich behält, und den des Andern ausschließlich bekommt, sondern jeder von dem seinigen etwas verliert und von dem des Andern etwas hinzuerhält. Der natürlichste Maßstab dafür ist nun freilich die Viriltheilung, aber da die ganze praeceptio auf der Grundlage des materiellen Willens des Testators beruht, ist sie nichts rechtlich und absolut Nothwendiges; es kann ihr, wenn der Testator dies vorgeschrieben hat oder besondere Umstände vorliegen, auch ein anderer Vertheilungsmodus zu substituiren sein<sup>86a</sup>), sei es im Allgemeinen, sei es bloß in Betreff des Verhältnisses zwischen den concurrirenden Prälegatar-Erben selbst, z. B. es kann das directe Verhältniß ihrer Erbquoten oder auch das umgekehrte Verhältniß ihrer Erbquoten als Vertheilungsmaßstab dienen. Das letztere ist z. B. der Fall in l. 34 §. 12 de leg. I. und dies die Bedeutung, die

86a) Vergl. Windscheid, §. 625 not. 5 ff. — Die l. 23, 24 ad SC. Treb. 36, 1 (Windscheid not. 6) und l. 7 §. 2 de reb. dub. 34, 5, obwohl von anomalen Präfideicommissen handelnd, beweisen doch, daß es für den Vertheilungsmodus wesentlich bloß auf den Willen des Testators ankommt (vergl. auch l. 24 de vulg. subst. 28, 6). Bei anomalen Erbschaftspräfideicommissen spricht die Präsumtion eben für die Erbportionen der Bedachten als gewollten Vertheilungsmaßstab, während man für eigentliche Prälegatar nach anfänglichem Schwanken den letzteren Maßstab zu Gunsten der Viriltheilung aufgegeben hat (s. oben).

ihr im Justinianischen Rechte m. Er. nach zugeschrieben werden darf, nachdem die Beziehung, in welcher die in diesem Fragment getroffene Entscheidung im classischen Recht mit der Form des betreffenden Vermächtnisses (leg. per vindicat.) stand (s. unten), hinweggefallen ist. Im classischen Recht war das Verhältniß allerdings nicht so einfach. Im alten Präceptionslegate wirkte das Präceptionselement schon von Anfang an so, wie oben auseinander gesetzt. Je mehr sich dasselbe nun von seiner speciellen Erscheinungsform löslöste, je mehr der in §. 9 dargestellte Combinations- und Verschmelzungsprozeß der praeceptio mit Vindicationslegat und Fideicommiß vorschritt, desto größere und überwiegendere Geltung gewann beim Prälegat dieses materielle Präceptionselement. Etwaige mögliche Conflictte zwischen ihm und dem strengen Standpunkte des formell rein als Vindicationslegat gegebenen Vorvermächtnisses — zwischen Präception und Fideicommiß war keiner möglich, weil bei beiden die voluntas und die aequitas das gleichmäßig Entscheidende war — würden auf die oben mehrfach angedeutete Weise (vergl. z. B. S. 138), also wahrscheinlich zu Gunsten der Grundsätze über die praeceptio ausgeglichen worden sein. Indessen, wie ich unten bei der nähern Erörterung der l. 34 §. 12 zu zeigen hoffe, bedurfte es dessen nicht einmal, weil m. Ueberzeugung nach schon beim classischen Vindicationsprälegat kein wechselseitiges Anwachsungsrecht der Miterben im Sinne der Wangerow'schen Theorie bestanden hat, sondern nur in einem speciellen Falle, eben dem der l. 34 §. 12 de leg. I. dabei ein Ergebnis eintreten konnte, welches dem Erfolge nach mit demjenigen einer wechselseitigen Anwachsung übereinkommen würde. Das Prälegat per damnationem endlich stimmte im Ergebnisse vollkommen mit dem regelmäßigen Erfolge der praeceptio und des Fideicommisses, der Viriltheilung (l. 104 §. 5 de leg. I.). Denn bei ersterem hieß es: damnatio ab initio partes facit, beim letzteren: *perspicua est voluntas omnes ad viriles partes vocantis* (l. 88 §. 6 de leg. II.).

Nun entsteht allerdings die Hauptfrage, wie die eben vortragene Theorie zu den Quellen sich verhält und ob sie mit diesen, welche übrigens grade für den zuletzt besprochenen Fall (Concurrenz von Miterben im Prälegat) etwas reichlicher fließen, in Uebereinstimmung steht. Als regelmäßiges Ergebnis meiner

Theorie würde sich herausstellen, daß die Vertheilung des Prälegats unter die concurrirenden Miterben nach Viriltheilen stattfände, also im Resultat alle gleiche Theile am Gegenstande des Prälegats haben. Ich führe zunächst diejenigen Stellen an, welche dieses Ergebnis in der That bestätigen. Es sind dies l. 34 §. 1 de usufr. leg. 33, 2 (Fideicommiß, Scävola), l. 104 §. 5 de leg. I. (Damnationslegat, Julian) und insbesondere l. 67 §. 1 de leg. I. (Gajus). In Betreff der Auslegung dieser Stellen kann ich mich auf die Interpretation von

Arndts, Commentar B. 47 S. 136 ff. und 163 für Stelle 1; S. 131 ff. und 163 für Stelle 2; S. 129 und 161 für Stelle 3,

beziehen, mit der ich im Wesentlichen übereinstimme. Die beiden ersten Stellen kann man wohl für das classische Recht, aber unmöglich für das Justinianische Recht durch den Hinweis, daß darin von einem Prälegat per damnationem und bez. von einem Präfideicommiß die Rede sei, beseitigen. Insbesondere aber spricht l. 67 §. 1 de leg. I. die Regel der gleichen Vertheilung unter die Prälegatäre ganz im Allgemeinen ohne Hindeutung auf die Verschiedenheit der Legatsarten aus. Zwar könnte eine solche Hindeutung durch Interpolation verwißt sein, aber diese Annahme ist für das Justinianische Recht gar kein Hilfsmittel und für das classische Recht doch nur dann, wenn man bereits als bewiesen voraussetzt, daß beim Vindications- und Präceptionslegat eine Viriltheilung unter zu ungleichen Theilen eingesetzten Miterben nicht habe stattfinden können.

Für meine Theorie (regelmäßige, aber weil es wegen des Präceptionslements in letzter Linie stets auf den Willen des Erblassers ankam, nicht absolut nothwendige Viriltheilung) dürfte auch die Ausdrucksweise des Gajus in seinen Institutionen II. 223, vergl. Arndts, Commentar S. 150 und 154, sprechen, sowie die des Pomponius in l. 22 §. 1 fam. ercise 10, 2. Ich setze die Stelle her, weil sie bisher für diese Frage noch nicht verwerthet worden ist.

Familiae erciseundae judex ita potest pluribus eandem rem adjudicare, si aut pluribus fuerit unius rei praeceptio relicta, ubi etiam *necessitatem* facere Pomponius scribit, ut pluribus adjudicetur vel si certam

*partem unicuique coheredum assignet; sed potest etiam licitatione admissa uni rem adjudicare.*

Also, wenn mehreren Miterben die *praeceptio* ein und derselben Sache hinterlassen ist, so muß der Theilungsrichter sie nothwendigerweise diesen mehreren adjudiciren. Und dabei für den so sehr naheliegenden Fall, wo die Mehreren nicht zu gleichen Theilen instituirt waren, nicht die geringste Andeutung, daß dann, wie doch nach der Bangerow'schen Theorie unvermeidlich, ungleiche Theile zu adjudiciren seien? Wenn dagegen die entschiedene Regel dahin ging, daß den mehreren Miterben gleiche Theile am Prälegat zu adjudiciren seien, so ist der von Ulpian citirte und gebilligte Ausdruck des Pomponius ganz correct. Denn das verstand sich freilich von selbst, daß, wenn ein anderer Vertheilungsmodus vom Testator direct oder indirect vorgeschrieben war, der Theilungsrichter diesem nachgehen und von der präsumtiven Viriltheilung absehen mußte<sup>86b</sup>).

Ich wende mich jetzt zu zwei Stellen, die von beiden Parteien für sich reclamirt werden und in der That *adiaphora* sind, d. h. für keine etwas Entschiedenenes beweisen. Es sind dies die l. 2 pr. de instr. leg. 33, 7 und die l. 78 §. 13 ad SC. Treb. 36, 1.

l. 2 pr. Papinianus libro VII. Respons. Cum pater pluribus filiis heredibus scriptis duobus *praeceptionem bonorum aviae praeter partes hereditarias* dedisset, pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit.

Bergl. einerseits Bangerow, Archiv S. 296, Band II. S. 425 — andererseits Buchholz, S. 377 — als indifferent bezeichnet die Stelle Arndts, Comment. S. 146.

Für meine Theorie genügt es, daß diese Stelle nichts für das Bangerow'sche Anwachsungsprincip beweist. Ich glaube aber sogar, ohne jedoch allzugroßes Gewicht darauf legen zu wollen, daß sie als Beleg für meine Auffassung verwerthet werden kann. Es lag jedenfalls ein wirkliches Präceptionslegat vor und zwar mit dem Zusatz zur Präceptionsformel: *praeter* oder *extra partes hereditarias*. Dieser Zusatz, einem einfachen, d. h. bloß

86b) Bergl. zu dieser Stelle auch die Basiliken (Heimbach IV. S. 263 ex tertia parte singulis schol. 3). Das Argument wird nur verstärkt dadurch, daß der Theilungsrichter die Sachantheile für die Einzelnen auch in Vertheilung setzen kann.

einem Erben hinterlassenen Präceptionslegate (Gaj. II. 217) beigefügt, enthält nichts Besonderes, besagt nichts weiter, als was ohnedem in der Natur jedes solchen Prälegats liegt. Wird aber dieser Zusatz im Plural einem Prälegat an einzelne von mehreren Miterben beigefügt, so wird man grade bei wörtlich genauer Auslegung darin allerdings etwas Besonderes finden müssen, nämlich einen Ausdruck des testatorischen Willens, wonach Jeder der Bedachten seinen Erbtheil am Prälegat für sich ausschließlich behalten und die Concurrenz unter ihnen nur auf die Theile der Miterben beschränkt sein soll, so daß in diesem Fall auf Grund des ausgedrückten erblasserischen Willens die durchgängige sonst regelmäßige und präsumtive Viriltheilung ausnahmsweise als abgelehnt erscheint (s. ob. bei Anm. 86a), vollends aber die Austauschung der Erbquoten im Prälegat, welche eine Folge der Bangerow'schen Theorie sein würde. Was die l. 78 §. 13 ad SC. Treb. 36, 1<sup>87</sup>) anlangt, so beweist sie unzweideutig und direct weder für noch gegen die Viriltheilung.

Bergl. über diese Stelle Bangerow, Archiv B. 35 S. 293 ff., Buchholz, S. 377, Arndts, Comment. S. 147, Czychlarz, S. 146.

Auch jeder Schein eines Beweises gegen die letztere aber dürfte verschwinden, wenn man das: *deducto pro ea parte aere alieno et legatis et viginti aureis* nicht von denjenigen Vermächtnissen versteht, welche der Erbprälegatar Otacilius vom Testator seinerseits zugewendet erhielt, sondern vielmehr von denjenigen, mit denen er belastet war, namentlich also von dem Singularfideicommiß, gemäß dessen der Letztüberlebende der drei Freigelassenen die ganzen (*solidos*) prälegirten Grundstücke von seinen Miterben und Coprälegataren erhalten sollte. Der dem Restitutionsgesuch bei einem Universalfideicommiß beigefügte Zusatz: *deductis legatis* bezieht sich nun aber in der That auf

87) Scaevola lib. 21 Dig. — Pluribus heredibus institutis, in quibus et libertis tribus ex dodrante, iisdem fundos per praeceptionem dedit et ab his petit, ne eos alienarent, *et ut, qui vita superasset, solidos eosdem fundos obtineret*; deinde unius ex his libertis, Otacilii, fidei commisit, uti, *quidquid ad eum ex hereditate bonisve pervenisset, deducto pro ea parte aere alieno, et legatis, et sibi viginti aureis restituat Titio*; quaesitum est, an etiam partes tertias fundorum praelegatorum cum conlibertis eidem deducere deberet. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non debere restituere praeceptionem, quum ipse testator et legata excipi voluisset.

die Vermächtnisse, welche dem Fiduciar a u f g e l e g t sind (vergl. nam. l. 16 §. 3, l. 44 §. 1, l. 3 §. 2 ad SC. Trebell. und Cuj. 17 quaest. Pap. IV. 466 F. 481). Letzterer behält deren Betrag zurück, nicht zwar schlechthin zu seinem eignen Gewinn, aber doch so, daß er dem Fideicommissar, auf welchen kraft und im Falle des SC. Trebell. die Legatenklagen passiv übergehen, bloß zu caviren braucht, daß er ihn deshalb vertreten werde (im Fall des alten Pegasianum behielt er den Betrag der Legate natürlich ohne Nothwendigkeit der Caution zurück, resp. es waren stipulationes partis et pro parte nöthig). Wenn nun aus l. 78 §. 13 ad SC. Treb. ein Argument zu Gunsten des wechselseitigen Anwachsungsrechts unter Coprälegataren gezogen werden soll, so muß man davon ausgehen, daß aus der Entscheidung Scävola's folge, daß Dtacilius das volle Drittheil der prälegirten Grundstücke jure legati und gar nichts davon jure hereditario habe und dafür bildet eine wesentliche Voraussetzung wieder die Annahme, die auch z. B. von Bangerow S. 294 deutlich ausgesprochen wird, daß der Zusatz: deductis legatis den Fiduciar zur Zurückbehaltung der ihm gegebenen, nicht der von ihm qua Erben zu gewährenden Vermächtnisse ermächtige. Nach dem eben Bemerkten aber ist der Sinn des Responsums vielmehr der: der Fiduciar brauche die praeceptio, obwohl sie an sich wegen des: quidquid ex bonis pervenisset, ganz im Universalfideicommiss begriffen war (l. 16 Cod. de fideicomm. 6, 42), nicht zu restituiren, weil der Testator ihm gestattet habe, die ihm auferlegten Vermächtnisse abzuziehen. Eine vollständige Interpretation dieses interessanten und schwierigen Fragments, welche m. W. wohl überhaupt noch aussteht, würde demnach vielleicht sogar ein mehr oder minder für die Viriltheilung sprechendes Ergebnis liefern; der Versuch dazu würde mich aber hier zu weit führen, da dabei zugleich eine ganze Reihe von theilweis ziemlich schwierige Fragen berührenden Gesetzen mit in Betracht zu ziehen sein würde (man vergl. außer den oben citirten l. 51 ad SC. Trebell. 36, 1, l. 86 pr. ad leg. Falc. 35, 2, l. 18 §. 3 ad SC. Trebell. 36, 1 u. f. w.).

Es ist nun nur noch eine einzige Stelle über die Concurrentz von Prälegatar-Erben unter sich übrig. Diese aber ist allerdings die feste Burg für die Vertheidiger des wechselseitigen

Anwachsungsrechts. Es ist dies die bekannte l. 34 §. 12 de leg. I. (Ulpian), die ich des Zusammenhanges wegen gleich mit §. 11 herseze.

§. 11. Si duobus sit legata, quorum alter heres institutus sit, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit.

§. 12. Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.

Anerkannt ist hier allseitig, daß im Sinne Ulpian's ein Vindicationslegat vorliegt und daß bei der Entscheidung vorausgesetzt wird, daß beide Prälegatäre die Erbschaft auch wirklich antreten. Nun ist es zwar einleuchtend, daß diese Stelle eine Abweichung von der von mir für die Concurrrenz von Miterben im Prälegat aufgestellten Regel der Viriltheilung enthält, aber da bei mir jene Regel nur auf dem präsumtiven materiellen Willen des Erblassers beruht, so würde es genügen, wenn ich nur wahrscheinlich machen könnte, daß namentlich im classischen Recht grade in dem in l. 34 §. 12 behandelten Falle besondere Gründe vorhanden gewesen seien, um einen andern Vertheilungsmodus anzunehmen, bez. als zulässig erscheinen zu lassen.

Könnte aber noch ferner gezeigt werden, daß jene Entscheidung der l. 34 §. 12 auch ohne Zuhilfenahme eines wechselseitigen Anwachsungsrechts rein aus der Regel: heredi a semet ipso etc. heraus civilistisch befriedigend sich erklären lasse, so würde jedes Bedenken, die Viriltheilung als die für die Concurrrenz von Miterben im Prälegat allgemein gültige Vertheilungsweise anzuerkennen, sich dadurch erledigen.

Daß wir es nun in l. 34 §. 12 schwerlich überhaupt mit einer unabweislichen Consequenz, mit einer ganz durchgreifend in Anwendung zu bringenden Regel zu thun haben, dafür spricht schon die Ausdrucksweise Ulpian's. Während Ulpian in l. 34 §. 11 und Florentinus in l. 116 §. 1 de leg. I., in welchen Fragmenten es sich um die Concurrrenz von Erben mit extraneis handelt, einfach sagen: ad collegatarium pertinebit, extranei vindicabunt, also dies als eine regelmäßig eintretende Thatsache prädiciren, führt der Erstere den Ausspruch des §. 12 über die

Concurrenz zweier Miterben mit einem: inde dicitur, in Folge dessen, von dem vorerwähnten Gesichtspuncte aus sagt man, ein, ohne hinzuzufügen, daß dieser Ausspruch nun auch unbedingt und allenthalben gelten müsse. Vom Standpuncte der herrschenden Theorie aus ist dieser Umstand und die Verschiedenheit der Ausdrucksweise nicht recht begreiflich, wohl aber von dem meinigen aus, weil danach Ulpian die gezogene Folgerung, ohne sie als absolut und allgemein gültig anzuerkennen, doch keineswegs schlechthin ablehnen durfte, insofern sie grade hier recht wohl mit dem Willen des Testators übereinstimmen mochte. Denn so lange die Bedeutung der Formeln noch in der Volksüberzeugung lebendig und nicht nur den Juristen, sondern auch den gewöhnlich wenigstens mit einer gewissen juristischen Routine versehenen Concipienten von Testamenten geläufig war, konnte man allerdings annehmen, daß ein Testator, welcher zur Anordnung eines Prälegats unter zwei Miterben, die er zu ungleichen Theilen einsetzte, die Formel des Vindicationslegats wählte, während, wenn er schlechthin Viriltheilung unter ihnen wollte, ihm die Auswahl zwischen der Damnationsformel, dem Fideicommiss und, wie ich wenigstens meine, auch der Formel: *praecipitote* freistand, eben nicht den gewöhnlichen, sondern den der Natur des Vindicationslegats (*singulis totam rem*) entsprechenden Vertheilungsmodus beobachtet wissen gewollt habe, welcher, wie hernach noch gezeigt werden wird, hier zur Umkehrung, zur Vertauschung der beiderseitigen Einsetzungsquoten im Prälegat führt.

Von diesem letztern Vertheilungsmodus kann man auch durchaus nicht so schlechthin behaupten, daß er practisch genommen etwas gar so Ungeheuerliches und Unbegreifliches enthalte. Grade wenn der Testator zwei Erben aus irgend welchen Gründen zu so sehr ungleichen Erbtheilen eingesetzt hatte, und solche Erbtheilungen, z. B. auf eine uncia waren im Römischen Leben nichts Seltenes, (vergl. das Testament des *Dafunius*, Rudorff, *Ztschr. f. gesch. Rechtswissensch.*, B. 12 S. 318, *Bruns fontes* p. 147) — mochte er wünschen, durch Anordnung dieses Vertheilungsmodus im Prälegat wenigstens eine theilweise Ausgleichung zwischen den Miterben zu Stande zu bringen, und ebenso lassen sich recht gut practische Gründe denken, warum er

nicht lediglich zu Gunsten des Unciarerben ein einfaches Prälegat verfügte, sondern durch die hier in Frage stehende Anordnung doch noch ein Communionsverhältniß zwischen ihnen bestehen ließ (z. B. Licitationsbefugniß des 11/12 Erben). Den Ausspruch in §. 12 l. 34 de leg. I. aber über den darin erwähnten Fall der Concurrenz zweier Miterben hinaus auszu dehnen, und zwar unter Zuhülfenahme und mit Ziehung aller Consequenzen des Princips der wechselseitigen Anwachsung, dawider macht mich von meinem Standpuncte aus nicht sowohl die Schwierigkeit der sich dann ergebenden Rechnung, (wie Buchholz S. 431 ff. will), sondern die Rücksicht bedenklich, daß dann die Resultate dieses Vertheilungsmodus alsbald so verwickelt und so ungleichmäßig und unübersichtlich ausfallen, daß man vernünftigerweise aus der bloßen Wahl der Vindicationsformel Seiten des Testators nicht mehr schließen konnte, er habe seinen Erben und eventuell dem Theilungsrichter derartige Rechenexempel zur Auflösung hinterlassen wollen und einen Vertheilungsmodus gewählt, dessen reelle Ergebnisse er sich ohne vorgängige Rechnung selber gar nicht klar machen konnte, ganz zu geschweigen von den Resultaten, die herauskommen, wenn einer der mehreren Prälegatäre nachgehends wegfällt und man nun bei der dann eintretenden Vertheilung wieder weiter mit dem Accrescenzprincip operirt,

vergl. Vangerow, Archiv S. 310, namentlich S. 315 u. 321, Buchholz, S. 403, Arndts, Commentar S. 159; andere Rechnungsweise bei Windscheid, Pand. §. 627 not. 4 a. G.

Wo dagegen wie in l. 34 §. 12 nur zwei zugleich mit einem Prälegatē bedachte und belastete Erben vorhanden waren, da standen sich überhaupt nur zwei gleich einfache und gleich übersichtliche Vertheilungsmodi gegenüber, der regelmäßige der Viriltheilung und der mögliche der Austauschung<sup>88)</sup> und es war zumal im classischen Rechte aus den oben erwähnten Gründen ganz gut möglich, den letztern als den hier auch dem Willen

88) Denn von der Vertheilung nach Verhältniß der Erbtheile konnte schon deshalb keine Rede sein, weil dann in diesem Falle das Prälegat selbst gar keinen von dem Erfolge der Institution verschiedenen Erfolg geliefert hätte.

des Testators mehr entsprechenden vorzuziehen. Aber auch im heutigen Rechte halte ich die Anwendung dieses letztern Vertheilungsmodus im Falle der l. 34 §. 12 durchaus nicht für ausgeschlossen, wenn besondere Umstände einen diesfalligen Willen des Erblassers annehmbar machen, wofür uns nun freilich nicht mehr, wie den Römern der classischen Zeit, die vom Testator frei gewählte vindicationsformel zum Anhalt dienen kann.

Da nun die l. 34 §. 12 de leg. I. in der That die einzige Stelle ist, die eine entschiedene und unzweideutige Abweichung von der uns sonst bezeugten Viriltheilung unter Miterben enthält, so würde man schwerlich darauf gekommen sein, sie über den in ihr behandelten besonderen Fall auszudehnen, wenn man nicht in ihr eine bloße Anwendung eines allgemeinen gesetzlichen Principis, nämlich des Principis der wechselseitigen Anwachsung unter Collegataren gefunden und was allerdings sehr viel Schein für sich hat, die in ihr gegebne Entscheidung als eine unmittelbare Consequenz des am Schlusse des §. 11 ausgesprochenen Satzes angesehen hätte. Aber dieser Satz, wonach dem fremden Collegatar des Prälegatarerben, vorausgesetzt, daß letzterer Erbe wird, alles das zufallen soll, was von diesem sich selber vermacht war, ist selbst nur eine Consequenz einer andern und umfassendern Regel, nämlich des Satzes: heredi a semet ipso legari non potest und seines, zwar nicht von Ulpian in §. 11, wohl aber von Florentinus in l. 116 §. 1 de leg. I. ausdrücklich erwähnten Correlats: at a coherede potest. Und dieser Satz in seinen beiden eben erwähnten Functionen ist es, der wie mir scheint, sowohl die in l. 34 §. 11 und l. 116 §. 1 de leg. I. als auch die in l. 34 §. 12 enthaltenen Entscheidungen gleichmäßig direct und unmittelbar aus sich hervortreibt; nicht so, daß die letztere erst wieder nur eine abgeleitete Consequenz der erstern wäre. Denn die in jenen erstern beiden Gesetzen erwähnten Fälle sind von dem in dem letztern vorgetragenen sehr wesentlich verschieden. Die ersteren Fälle haben das Gemeinschaftliche, daß in ihnen wenigstens ein Vermächtnißnehmer vorhanden ist, nämlich der extraneus, dem das ganze Prälegat gültig vermacht ist und der in jedem Theile desselben, der etwa noch einem Andern vermacht ist, mit diesem concurrirt; im Falle des §. 12 hingegen ist kein Einziger vorhanden, dem

das Ganze gültig vermacht wäre, d. h. so, daß er es jemals, falls er nicht aufhört Erbe zu sein, jure legati ganz erwerben könnte; vielmehr sind dem A, wie ich den Unciärerben nennen will, eben nur die  $\frac{1}{12}$  des B — so werde ich den  $\frac{1}{12}$  Erben nennen — kraft des Grundsatzes: heredi a coherede legari potest von B gültig und ebenso dem B von A dessen  $\frac{1}{12}$  gültig vermacht. Damit ist der ganze Gegenstand des Prälegats erschöpft und unter den Prälegatarerben vertheilt, so daß hier für die Frage, was denn aus den ungültig vermachten Theilen werde, gar kein Raum übrig bleibt. Während aber in dem Falle, wo ein extraneus als Collegatar vorhanden ist, dieser in toto und der Prälegatar mit dem extraneus insoweit concurrirt, als Ersterem gültig (nämlich vom Miterben) vermacht ist, besteht zwischen den beiden Prälegatar-Erben in unserm Falle in keinem Theile eine Concurrrenz oder auch nur die Möglichkeit einer solchen.

Auf diese Weise stellt sich nun in unserm Falle die Sache so, daß einem jeden der beiden Erben lediglich vom Andern vermacht ist und zwar geschieht dies, ohne alle Zuhilfenahme einer Antwachsung, direct aus den beiden oben erwähnten Grundsätzen heraus, indem der Grundsatz: heredi a semet ipso legari non potest verhindert, daß A mit B in irgend einem Theile des Legats concurrirt und der Grundsatz: heredi a coherede legari potest, welcher nur die andere Seite, gewissermaßen der selbstverständliche Gegenpol. des erstern Grundsatzes ist und daher neben jenem gar nicht erst besonders ausgesprochen zu werden braucht, bewirkt, daß dem A für den ganzen Erbtheil des B, also zu  $\frac{1}{12}$  und dem B für den ganzen Erbtheil des A, also zu  $\frac{1}{12}$ , gültig legirt ist, welche beiden Theile nun zusammen das ganze Prälegat ausmachen. Für die Richtigkeit dieser Construction besitzen wir nun ein m. Gr. nach sehr bedeutendes Quellenzeugniß in einer schon oben citirten Stelle der Vaticanischen Fragmente (Vat. fr. §. 87). In diesem und dem vorangehenden §. wird der Fall besprochen, daß einer Mutter nebst ihren Söhnen der Nießbrauch zusammen hinterlassen worden sei; uns geht hier bloß das letzte Stück der Erörterung an, wo der Fall so gestellt wird, daß der Nießbrauch per vindi-

ationem vermachet ist und die Söhne Legatarien und zugleich einzige Erben sind:

quod si (Hufschke, quamvis Mommsen) legatarii sint et heredes soli, in do lego legato non est inter eos jus ad crescendi adque (ut qui Hufschke) si alteri ab altero legetur (quoniam a semet ipsis inutiliter legatum est) sibi non concurrunt; matri vero non in totum concurrunt, sed alter pro alterius portione; et in eo dumtaxat jus ad crescendi erit; mater tamen adversus utrumque jus ad crescendi habet.

Das auf die Concurrenz der Mutter Bezügliche geht uns hier weiter nichts an; sie ist extranea; höchstens wird aus dem: alter pro alterius portione noch klarer, daß jeder der beiden Miterben als Legatar lediglich den auf die Erbportion seines Miterben fallenden Theil des Prälegats hat.

Worauf es für uns ankommt ist, daß direct aus dem Satze, daß den Prälegataren von sich selber unwirksam vermachet ist, gefolgert wird, daß die Sache sich so verhalte, als ob überhaupt einem Jeden lediglich vom Andern legirt sei, woraus dann sofort geschlossen wird, daß sie untereinander in keinem Punkte concurriren, d. h. daß zwischen ihnen von Anfang an gar keine Möglichkeit einer Concurrenz besteht, wovon denn wieder die nothwendige Folge ist, daß unter ihnen kein Anwachsungsrecht stattfinden kann. Allerdings ist hier die Rede von dem dem Nießbrauch eigenthümlichen noch nach dem Erwerbe desselben stattfindenden Anwachsungsrecht; aber die Negirung desselben wird zurückgeführt auf die Art und Weise, wie das Legat angeordnet worden ist (quoniam legatum est).

Sobald man nur den Gedanken festhält, daß beim Vindicationslegat an mehrere jedem die Sache ganz vermachet ist, Theile daher nur durch (wenigstens mögliche) Concurrenz und also nur dann und insoweit entstehen können, als beiden das Ganze oder wenigstens dieselben Theile gültig vermachet sind, d. h. so, daß sie an sich beide die cedente erwerben können, so wird man finden, daß es zur Erklärung der l. 34 §. 12 de leg. I. der Annahme eines Anwachsungsrechts, welches stets nur durch Ausfall einer wenigstens eventuell möglichen Concurrenz eintreten kann, gar nicht bedarf.

Man kann sich davon, wie mir scheint, leicht auch durch Folgendes überzeugen: Angenommen, daß in unserm Falle A allein mit einem Prälegate bedacht sei, so ist es klar, daß er lediglich die  $\frac{11}{12}$  des B nach Legatenrecht haben kann, während das Zwölftel, das auf seine eigene Erbportion fällt, als ungültig in der Erbschaft und zwar in seiner Erbportion zurückbleibt. Fügt man nun den B ebenfalls als Legatar auf dieselbe Sache hinzu — also thut genau das, was bei einem separatim hinterlassenen Prälegate geschieht — so wird gar keine Veränderung eintreten, als daß das Zwölftel, welches bisher jure hereditario bei A geblieben wäre, nun an B kommt, aber nicht, auch nicht zum Theil kraft Anwachsungsrechts, sondern einfach, weil es dem B als Ganzes gültig legirt ist, während es dem A ungültig legirt war und folglich bei A in seiner Erbportion jure hereditario zurückblieb, so lange B, der es ganz erwerben konnte, nicht hinzukam<sup>89)</sup>.

Die vorstehend aufgestellte Theorie enthält übrigens keineswegs in allen Punkten etwas durchaus Neues<sup>90)</sup>. Aus ähnlichen Gründen und mit Beziehung auf Vat. fr. 87 ist schon von Mayer, Anwachsungsrecht S. 119 ff., die (nachträgliche) Anwachsung zwischen Prälegatar-Erben geleugnet worden,

vgl. auch Witte, Anwachsungsrecht im Rechtslexicon I. S. 316 not. 12.

Vielleicht liegt es in dieser Beschränkung und in der Idee Meyers, daß die betreffenden Collegatäre verbis conjuncti seien,

89) So nach der herrschenden Ansicht. Nach der Pfordten-Arndtschen Theorie, wo das vom A sich selber Hinterlassene anfänglich gültig hinterlassen ist und nur durch das Erbwerden des A zusammenfällt, findet allerdings zwischen A und B in dem Zwölftel des A Concurrenz und daher Anwachsungsrecht statt. Die obige Stelle der Vat. fr. ist mit ein Grund, warum ich diese Theorie nicht für richtig halte. Allerdings liegt der vorstehenden Ausführung ein etwas engerer Begriff von Anwachsung zu Grunde, als der gewöhnlich aufgestellte; ich sehe eben nicht überall, wo mehr als ein Viriltheil an einen Bedachten gelangt, die Wirkung einer eigentlichen Anwachsung. Dies zu rechtfertigen ist hier nicht der Ort; aber für unsern Fall ist doch zu beachten, daß auch Ulpian und Florentinus nicht den technischen Ausdruck: *accrescere* brauchen, sondern sich des viel allgemeineren Wortes: *pertinere* bedienen.

90) Auch die Glossen zu l. 34 §. 12 de leg. I. gl.: *inde dicitur knüpft die Entscheidung dieses §. unmittelbar an die Sätze: heredi a semet ipso inutiliter, a coherede utiliter legatur an und in der gl.: heredes am Schluß findet sich eine ähnliche Andeutung.*

(was sie, diesen Ausdruck in seinem gewöhnlichen Sinne genommen, entschieden nicht sind), daß seine Ansicht nicht mehr Beachtung gefunden hat. Das, was Bangerow, der dieselbe in seinem oft citirten Aufsatze S. 320 not. 20 erwähnt, zu ihrer Widerlegung beigebracht hat, ist schwerlich ganz zutreffend. Einmal geht Bangerow von dem Satze aus, der doch eigentlich erst bewiesen werden soll, daß, wenn sämtliche Prälegatäre das Legat agnosciren, in Betreff des ungültigen Theils allemal Anwachsungsrecht eintrete, während es sich doch grade darum handelt, ob das Ergebnis der l. 34 §. 12 wirklich erst wieder eine Consequenz der behaupteten wechselseitigen Anwachsung zwischen den Miterben oder nicht vielmehr schon eine unmittelbare Folge des Principis der theilweisen Ungültigkeit des Prälegats sei.

Vergl. auch Mayer, S. 119 bei not. \*\*).

Sodann aber beseitigt Bangerow die Beweiskraft der Stelle in Vat. fr. §. 87, deren Bedeutung er durchaus nicht verkennet, mittelst einer allerdings höchst scharfsinnigen Argumentation, deren Basis aber im Grunde auf dem von Schlayer (Arch. f. d. civil. Praxis, B. 51 n. 18 S. 339 ff.) und Windscheid (Pand. §. 645 not. 4) mit Recht bekämpften, von Bangerow allerdings (Pand. II. §. 554 S. 538 zu l. 3 §. 2 quib. mod. usufr. am. 7, 4) vertheidigten Satze beruht, daß ein Nießbrauchcollegatar durch Anwachsung nicht auch den verlornen Theil selbst zurück erlangen könne.

Sobald man nun aber für den Fall der Concurrrenz von Miterben im Prälegat von einem gegenseitigen Anwachsungsrecht unter denselben absieht und lediglich die theilweise Ungültigkeit des einem Jeden von sich selbst Vermachten in Betracht zieht, stellt sich für alle übrigen Fälle mit Ausnahme desjenigen der l. 34 §. 12 (der Concurrrenz blos zweier Miterben, die zugleich auch beide Prälegatäre sind, wobei wohl zu beachten ist, daß gerade dieser specielle Thatbestand in der lex betont wird, eine Ausdehnung der für denselben gezogenen Folgerung im Fortgange der Stelle nicht erfolgt und wir für den Fall, wo unter mehr als zwei Erben einige mit einem Prälegat zusammen bedacht sind, anderwärts besondere Entscheidungen haben, l. 2 de instr. leg. 33, 7 und bef. l. 67 §. 1 de leg. I. —) wieder die Virilitheilung auch als die der civilistischen Consequenz ganz ent-

sprechende Regel heraus, wobei es sich natürlich von selbst versteht, daß diese Viriltheile von den concurrirenden Miterben nicht völlig *jure legati*, sondern von Jedem der auf seine eigene Erbquote fallende Viriltheil *jure hereditario* gehabt wird. In dem Bangerow, auf dessen Autorität ich mich viel lieber berufe, als ihr opponire, die in ihren Ergebnissen der meinigen ähnliche Buchholz'sche Theorie bespricht, erkennt er (S. 282 und 284) unumwunden an, daß die Viriltheilung auf civilistisch vollkommen correcte Weise construirt werden könne, sobald man nur von dem wechselseitigen Anwachsungsrechte der Prälegatäre absehe. Wenn ein Legat, sagt er, aus irgend einem Grunde keinen Rechtsbestand hat und es findet dabei kein Anwachsungsrecht statt, so bleibt das Vermächtniß nothwendig in der Erbportion des Onerirten zurück. Dies muß also auch in Betreff des ungültigen Theils des Prälegats der Fall sein, wenn dabei kein Anwachsungsrecht stattfindet und da unter dieser Voraussetzung jeder Collegatar ebenso viel bei sich zurückbehält, als er jedem Collegatar abgiebt, so ist die nothwendige Folge die, daß die legitirte Sache zu gleichen Theilen an die Collegatäre fällt, obwohl natürlich die Legats-Antheile der Einzelnen nicht gleich groß sind. Daß in l. 34 §. 12 eine Abweichung von dem nach dem Vorstehenden zu erwartenden Ergebnisse der gleichen Vertheilung ( $\frac{1}{24}$  *jure legati*,  $\frac{11}{24}$  *jure hereditario* für B,  $\frac{11}{24}$  *jure legati*,  $\frac{1}{24}$  *jure hereditario* für A) eintritt, ist freilich wahr, braucht aber keineswegs in irgend welchem wechselseitigen Anwachsungsrechte zu liegen, sondern beruht lediglich auf dem Umstande, daß in diesem Falle es gar keinen ungültig vermachten Theil giebt oder vielmehr, daß die gültig vermachten Theile das ganze Prälegat, das *as* genau ausfüllen, so daß für einen ungültigen Theil, der beim Onerirten zurückbleiben könnte, gar kein Platz ist. In allen andern Fällen aber, wo also mehr als zwei Erben vorhanden sind, da erfüllen die gültig vermachten Theile das *as* nicht, oder wie man vielleicht noch richtiger sagen kann, sie übersteigen das *as* allemal und ohne Ausnahme, so daß eine Reduction vorgenommen werden muß. Da aber die Sache als Ganzes, als *unum legatum*, nicht in Theilen, (wie an wirkliche *verbis conjuncti*) vermacht ist, so muß bei dieser Reduction nun auch das von einem Jeden sich selbst ungültig

Vermächte berücksichtigt werden, welches nach dem eben Ausgeführten bei ihm jure hereditario verbleibt.

Setzen wir z. B. — ich behalte aus naheliegenden Gründen das von Vangerow S. 283 gewählte Beispiel bei — daß A auf  $\frac{1}{2}$ , B und C jeder auf  $\frac{1}{4}$  zu Erben eingesetzt und ihnen zusammen ein Grundstück prälegirt ist, so muß zuerst gefragt werden: Wie viel ist dem A, wie viel dem B, wie viel dem C gültig vermacht? Die Antwort ist: dem A  $\frac{1}{2}$ , (von B und C) dem B  $\frac{3}{4}$  (von A und C) und dem C auch  $\frac{3}{4}$  (von A und B). Dies sind zusammen zwei, folglich ist das  $\frac{1}{2}$  überstiegen und es muß eine Reduction erfolgen, (was im Falle der L. 34 §. 12 nicht nöthig ist). Diese Reduction hat, da drei Prälegatäre vorhanden sind, nach der Anzahl derselben, also durch 3 zu erfolgen und es ist bei ihr nach dem vorher Bemerkten auch das ungültig, d. h. von einem jeden Erben sich selber Vermächte in Betracht zu ziehen, welches ihnen ja nach dem Willen des Testators ebenfalls zugedacht war, wenn sie es auch ex ratione juris, und zwar wegen ihrer Einsetzung zu ungleichen Quoten ein Jeder in verschiedner Größe, nicht als Vermächniß bekommen können und welches (nach geschehener Reduction) für A  $\frac{1}{6} = \frac{2}{12}$ , für B  $\frac{1}{12}$  und für C auch  $\frac{1}{12}$  beträgt. Dieses bleibt bei einem Jeden jure hereditario zurück, während, was ihm von den Miterben gültig vermacht ist, also nach geschehener Reduction dem A  $\frac{1}{6} = \frac{2}{12}$ , dem B  $\frac{3}{12}$  und dem C auch  $\frac{3}{12}$ , ein Jeder jure legati hat. Es ist natürlich practisch genommen einfacher, gleich von vorn herein zu reduciren, d. h. so zu rechnen, als ob einem jeden nur  $\frac{1}{3}$  vermacht wäre, wie dies Vangerow S. 283 thut; im Resultate aber stehen sich beide Rechnungsweisen vollkommen gleich, sie liefern und zwar in allen Fällen, wo mehr als zwei Erben vorhanden sind, genau dasselbe Ergebniß und die obige umständlichere Rechnungsweise ist von mir nur deshalb ausgeführt worden, um das theoretische Postulat, daß eigentlich einem jeden Prälegatar hier ursprünglich das Ganze vermacht sei, schärfer festzuhalten<sup>91</sup>).

91) Es versteht sich, daß einem Jeden bis zum Belaufe des ihm (abgesehen von der Reduction) gültig Vermachten, also dem A bis  $\frac{1}{3}$ , dem B und C bis je  $\frac{1}{4}$  nachträglich durch Wegfall der Collegatäre anwachsen kann.

Somit glaube ich dasjenige, was ich im Anfang dieser Erörterung ausgesprochen habe, nämlich, daß bei der Vertheilung des Prälegats unter Miterben als Prälegatäre ein Anwachsungsrecht überhaupt niemals stattgefunden habe, genügend erläutert und begründet zu haben. Ich kann mir natürlich nicht verhehlen, daß gegen die vorstehenden Aufstellungen mancherlei Einwendungen erhoben werden können. Diese im Voraus zu widerlegen ist mir eben so unmöglich, als innerhalb des Rahmens dieser Arbeit für alle möglichen Combinationen die Consequenzen meiner Theorie aufzuzeigen.

Ich recapitulire daher nur kurz: Für die Vertheilung des Prälegats unter mehrere Miterben ist zunächst der Wille des Testators maßgebend. Dieser kann jeden beliebigen Vertheilungsmodus bestimmen. Hat er keinen bestimmt, so ist kraft des in jedem Prälegat liegenden materiellen Präceptionslements zwischen Miterben gleichmäßige Vertheilung, d. h. Viriltheilung zu präsumiren, jeder erhält gleichviel vom Prälegat, aber theilweis nach Legatenrecht, theilweis nach Erbrecht. Auch wo der Testator die mehreren Coprälegatäre re und verbis oder re tantum verbunden hat, wo also nach der gewählten Ausdrucksweise jeder an sich mit dem ganzen Prälegat bedacht erscheint, tritt doch dem Erfolge nach und zwar völlig übereinstimmend auch mit der civilistischen Consequenz stets Viriltheilung ein, wonach jeder gleichviel, aber den auf seine Erbquote kommenden Viriltheil nach Erbrecht hat, mit einziger Ausnahme des Falles der l. 34 §. 12 de leg. I., wo der Satz, daß dem Erben von sich selber ungültig, vom Miterben aber gültig legirt werde, ausnahmsweise auf die Austauschung der gegenseitigen Erbportionen am Prälegat führt, weil hier die gültig vermachten Bruchtheile genau das ausfüllen (vergl. die ähnliche Erscheinung in l. 17 de A. R. D. 41, 1).

## §. 12.

### Gesetzliche praeceptio. Verhältniß zu den Legatsdefinitionen.

Nachdem ich in §. 10 und 11 von den hauptsächlichsten Wirkungen des Präceptionslements im Prälegat gehandelt habe, habe ich zum Schlusse dieses Abschnitts nur noch einiges auf die

Natur desselben Bezügliches zu bemerken. Ich habe bis jetzt von der praeceptio stets nur gesprochen als von etwas, das durch letztwillige Anordnung hervorgebracht wird, kurz als von einem Bestandtheile eines Vorvermächtnisses. Da aber die praeceptio im Grunde und ihrer eigentlichen Natur nach nichts anderes ist, als eine besonders modificirte Gestaltung des Rechtsverhältnisses, in welchem Miterben als Erbgenossen, als Theilhaber der gemeinschaftlichen Erbschaft stehen, so kommt die praeceptio nicht bloß als Vorvermächtniß vor, erscheint nicht bloß als Folge und besonderer Inhalt einer letztwilligen Verfügung, sondern kann ebenso gut auch auf gesetzlicher Anordnung beruhen. Und in der That finden wir in mehreren Fällen schon im Römischen Rechte wirklich eine gesetzliche praeceptio, die denn auch in ihrer ganzen Structur — natürlich abgesehen von dem Umstande, daß sie eben nicht auf einer Anordnung von Seiten des Erblassers beruht, also nicht Vorvermächtniß ist und abgesehen von dem, was aus diesem Unterschiede folgt — die größte Ähnlichkeit mit der letztwilligen im Vorvermächtnisse stehenden praeceptio darbietet und daher auch mit derselben Klage, nämlich mit der act. fam. eriscundae geltend gemacht wird. Derlei gesetzliche Präceptionen sind namentlich die sogenannte praeceptio dotis, d. h. das Recht des Haussohns, aus dem väterlichen Nachlasse die dos seiner Ehefrau bei der Erbtheilung vorwegzunehmen und die gleiche Befugniß desselben, den Betrag derjenigen seiner persönlichen Schulden, für welche der Vater, der defunctus, mit der actio de peculio, de in rem verso oder quod jussu haftete, bis zum Belauf dieser Haftung zu präcipiren<sup>92)</sup>.

Ja bei dieser gesetzlichen praeceptio kommt es sogar vor, daß, wenn der Vater die natürliche, durch das fortdauernde Gewaltverhältniß begründete Voraussetzung für dieselbe, das Erbwerden des Sohnes, dadurch vereitelt oder suspendirt hat, daß er den Sohn enterbt oder ihn unter einer Bedingung einsetzt, so daß die Möglichkeit der sofortigen und directen actio

92) l. 20 §. 1, 2, l. 46 fam. erc. 10, 2, l. 1 §. 13 de dot. prael. 33, 4 — l. 20 §. 6, 7 fam. erc. 10, 2 u. a. a. St. Vergl. neuestens Manby, Familiengüterrecht §. 33 S. 292 ff., §. 46 III. S. 431 praeceptio dotis bei Auflösung einer Societät l. 66 §. 16 pro socio 17, 2.

fam. ercisc. entzogen ist, die praeceptio dotis doch auf dem Wege einer utilis actio ihm ermöglicht wird, welche sicher als act. fam. erciscund. utilis aufzufassen ist.

l. 1 §. 9 de dot. praeleg. 33, 4, l. 46 fam. erc., vgl. Mandry S. 293 not. 6 und die daselbst Citirten. Die Grundlage dieser praeceptio bildet wohl ein materieller, aber civilrechtlich wegen des Gewaltverhältnisses an sich schutzloser Anspruch.

Der wichtigste Unterschied zwischen dieser gesetzlichen praeceptio und der letztwilligen besteht darin, daß, weil der Titel, die Grundlage zu jener schon vor der Erbschaft liegt<sup>93)</sup>, während die letztwillige praeceptio wie jede letztwillige Singularverfügung die Existenz eines Erben voraussetzt und überhaupt erst mit und nach der Erbschaft anhebt, die erstere in den wichtigsten Beziehungen, z. B. Berechnung der Falcidia, SC. Trebellianum, wie eine vorabzuziehende Nachlassschuld behandelt wird, so daß der Präcipient davon eigentlich nichts jure hereditario oder jure legati, sondern sie ganz kraft eignen Rechts wie ein Gläubiger hat, wogegen die letztwillige praeceptio stets nach Erbrecht bez. nach Legatenrecht gehabt wird<sup>94)</sup>.

Eine Mittelstufe zwischen dieser gesetzlichen praeceptio und der im eigentlichen Vorvermächtniß enthaltenen bilden bez. in ihrer Gestaltung vor der l. 25 Cod. de donat. i. v. et ux. 5, 16 (Justinian 528) die Schenkungen des Vaters an sein Hauskind, namentlich seit sie im Verlaufe der spätern Kaiserzeit convalesciren, nämlich im letzten Lebensaugenblick des Vaters. Auf dieser Stufe ihrer Entwicklung ist es nämlich für sie charakteristisch, daß sie durch den Theilungsrichter und, wie es scheint, lediglich durch diesen, also im Wege der act. fam. ercisc. reali-

93) l. 46 fam. ercisc. 10, 2 quia mortuo patre quaedam filios sequuntur etiam antequam heredes fiunt, (und dies geschieht ja bei Söhnen präsumtiv sofort mit dem Tode des Erblassers, so daß es eigentlich da gar keinen Zwischenraum für eine hereditas giebt, l. 11 de lib. et post. 28, 2) ut matrimonium, ut liberi, ut tutela.

94) Gesetzliche und letztwillige praeceptio kann übrigens combinirt vorkommen, z. B. Vermächtniß der dos seiner Frau an den zum Theilerben eingesetzten Haussohn. Auch beim legatum debiti findet sich eine ähnliche Combination von Legat und Schuld. Es wäre vielleicht nicht ganz unfruchtbar, bei Betrachtung des letztern auch diesen Combinationsstandpunct einmal mit heranzuziehen.

sirt wurden. Vermächtnisse im eigentlichen Sinne waren sie natürlich nicht, obwohl sie practisch vielfach so behandelt werden mußten, vergl. Mandry, Familiengüterrecht §. 32 II. S. 274 ff.<sup>95)</sup>

Zwar findet sich für die letzterwähnte Erscheinung nicht der Name praeceptio vor; aber wohl wird bemerkt und zwar schon von Juristen der classischen Zeit, also noch ehe die Schenkung an Hauskinder die Convalescenzstufe der spätern Kaiserzeit erreicht hatte, daß das Kind die damals eigentlich noch völlig nichtige Schenkung als praecipua retiniren könne.

l. 35 fam. ercisc. 10, 2 (Papinian), Vat. fr. 258. Hier dient noch zur Unterlage die species dotis, wiewohl eine eigentliche Dozbestellung nicht stattgefunden hatte. Ueber die Weiterentwicklung s. z. B. Vat. fr. 281.

Die retentio ist nun überhaupt (vergl. oben Anm. 70) ein nothwendiges Correlat, gewissermaßen die passive Seite der praeceptio; sie ist in vielen Fällen die schon vorhandene Unterlage, aus der nun durch Hinzufügung des adminiculum der act. fam. ercisc. eine wirkliche, auch active praeceptio wird.

Vergl. l. 2 Cod. de inoff. don. 3, 29.

Ein Verhältnis, welches an sich bloß mit Retentionsbefugniß versehen ist, bloß eine justa causa retinendae possessionis begründet (l. 35 fam. erc. 10, 2), erhebt sich dadurch, daß der Berechtigte in die Lage kommt, die act. fam. ercisc. anstellen zu können, also daß er Erbgenosse derer wird, gegen die er, wäre er nicht Miterbe, höchstens retiniren könnte, zur wahren, activ

95) Eine gewisse Verwandtschaft mit den vorstehenden Erscheinungen hat das Vorvermächtniß der meisten modernen Gesetzbücher (mit Ausnahme des Sächsischen), vergl. Arndts, Comment. S. 173 ff., Unger, Oesterreich. Erbrecht §. 55 not. 11. Es ist dies eine Art Separationsrecht des Prälegatars geworden, vermöge dessen derselbe aus den gesammten Erbschaftsactivis das ihm Prälegirte seinem ganzen Betrage nach als Vermächtniß und nichts davon als Erbe bekommt, so daß alle Consequenzen des Sages: heredi a semet ipso etc. beseitigt sind. Zusammen hängt dies mit jener allmählichen Abschwächung des echt römischen Erbenbegriffs, die den Erben wesentlich nur als Nachfolger im Reinbestand des Nachlasses auffaßt und in Betreff der Schulden gewissermaßen nur als Vertreter, soweit letzterer reicht (vergl. schon das benef. inventarii; die deutsche Nichthaftung für Erbschaftsschulden über den Belauf des Nachlasses u. s. w.) und dadurch den specifischen Unterschied zwischen ihm und dem Legatar mehr oder weniger verwischt. In dieser Richtung liegt es auch, wenn das Französische Recht einen Testamentserben eigentlich gar nicht mehr kennt, sondern nur einen legataire universel.

bez. durch Klage durchführbaren praeceptio und wird nun auch so genannt. Ein merkwürdiges Beispiel davon bietet die l. 26 §. 1 de pact. dot. (23, 4) dar.

Papinianus l. IV. resp. Vir dotem, quam ex pacto filiae nomine retinere potuit, si lapsus errore non retinuit, filiam, quae patris sola, matri pro parte heres extiterit, apud arbitrum divisionis non improbe dotis perperam a patre solutae praeceptionem desiderare constitit. Vergl. Cujac. l. IV. resp. Pap. IV. 989 F. 169.

Zwischen Mann und Frau war mittelst pactum dotale vereinbart worden, daß für den Fall der Scheidung, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden wären, die dos vom Manne zurückbehalten werden dürfe. Dieses pactum war gültig (l. 1 §. 1 de dot. praeleg. 33, 4), gewährte aber nur retentio, keine petitio. Es erfolgte eine Scheidung, während eine Tochter aus der Ehe vorhanden war und der Vater zahlte aus Irrthum (errore lapsus) die dos an seine geschiedene Frau zurück. Mann und Frau starben; beider Erbin wurde die gemeinsame Tochter und zwar beerbte sie ihren Vater allein, ihre Mutter mit anderen Erben gemeinschaftlich.

Diese Tochter nun kann im Theilungsverfahren über den Nachlaß der Mutter die Praeception der ganzen irrthümlich vom Vater zurückgezahlten dos verlangen, welche ihr Erblasser, der Vater selbst, klagend nicht zurückfordern konnte, weil er bloß die retentio dotis hatte und ex quibus causis retentionem habemus, petitionem autem non habemus, keine condictio indebiti gegeben wird.

l. 51 de cond. indeb. 12, 6. Modification auf besonderem Grunde beruhend, l. 60 de leg. I.

Ebenso wenig würden andere Erben des Vaters, die nicht auch zugleich Erben der Mutter wurden, die irrthümlich gezahlte dos aus dem Nachlaß der Mutter zurückfordern können. Dies ist der Grund, warum in unserer Stelle die Tochter als Universalerin des Vaters gesetzt wird. Hier also findet statt, was oben gesagt wurde; eine bloße retentio, die practisch ganz unbrauchbar geworden war, erhebt sich in der Person der Erbin des Retentionsberechtigten, weil diese in die Lage kommt, die

act. fam. ercisc. anstellen zu können, zur klagbar geltend zu machenden praecipio.

Ganz Ähnliches würde jedenfalls vorkommen, wenn der Erblasser A eines Theilerben des verstorbenen B auf einem dem B gehörenden Grundstücke gebaut oder Aufwendungen gemacht hätte, die er der A nur restituiren, nicht klagend geltend machen konnte.

Unter diesen Umständen kann es gar nicht auffallen, daß auch die dem Fiduciarerben, welchem aufgegeben ist, die Erbschaft praecipita aliqua summa vel re zu restituiren, zuständige Befugniß als praecipio

l. 125 de leg. I., l. 30 §. 4, 5 ad SC. Trebell. 36, 1. und eine ähnliche Verfügung als Prälegat bezeichnet wird.

l. 3 §. 3 de usur. 22, 1.

In der That berühren sich diese Fälle mit dem eigentlichen Vorvermächtnisse und der im letztern enthaltenen praecipio auf das engste, zumal da, wenn ex SC. Trebelliano restituirt wird, die act. fam. ercisc. zwischen Fiduciar und Fideicommissar stattfinden kann (l. 24 §. 1 fam. erc. 10, 2); aber es wird nun auch erklärlicher werden, warum ich (vergl. oben §. 1 am Ende) in einer solchen Verfügung ein eigentliches Vermächtniß doch nur zu denjenigen Theilen der zu präcipirenden Sache anerkennen kann, welche auf die Erbtheile etwa vorhandener Miterben des Fiduciars fallen, zu dem Theile aber, welcher in dem eigenen Erbtheile des Fiduciars steckt und gegenüber dem Universalfideicommissar, noch eine wahre und reine praecipio annehme, vermöge deren der Erstere diesen Theil nach Erbrecht hat und behält, ohne ihn erst an den Letztern abzugeben und von diesem als Singularfideicommiß zurück zu empfangen<sup>95a</sup>).

Diese Präceptionsnatur der Verfügung: praecipita re, hat auch, wie mir scheint, anderweite practische Folgen. Wenn in

95a) Vergl. auch l. 13 §. 6, 1. Saq. de hered. pet. 5, 3, l. 1 §. 8 quando de pec. 15, 2: Heres qui praecipito servo cum peculio rogatus est restituere hereditatem, si de peculio conveniatur, non utitur Trebelliani exceptione, d. h. er wird trotz der Restitution der Erbschaft behandelt als Erbe, der als solcher das peculium bei sich hat; während der Universalfideicommissar in diesem Falle nicht haftete. Hätte der Fiduciar das präcipirte peculium zwar bei sich, aber nicht als Erbe, sondern bloß als Vermächtnißnehmer, so würde auch er mit jener Klage nicht haften (f. §. 7 leg. cit.).

l. 3 §. 3 de usur. 22, 1 der Fiduciar auch die bona fide aus dem Nachlaß bezogenen Früchte und somit auch die Früchte des zu präcipirenden Grundstücks mit herausgeben muß, so reicht die gewöhnliche Construction, welche in der Verfügung: praecipto fundo restituas — und thatsächlich ist mit dieser die in l. 3 §. 3 cit. enthaltene identisch — nichts weiter als ein Universal-fideicommiß: quidquid ex bonis ad heredem pervenisset und daneben ein Singularrückfideicommiß des fundus erblickt, nicht aus, um die Verbindlichkeit des Fiduciars zur Restitution der Früchte zu erklären. Denn die Verfügung an den Erben, er solle quidquid ex bonis ad eum pervenisset herausgeben, enthält an sich nicht die Anordnung, daß auch die Früchte, welche vor dem dies veniens des Erbschaftsvermächtnisses aus dem Nachlaß gezogen werden sind, mit herausgegeben werden sollen (l. 57 pr. ad SC. Treb. 36, 1, l. 83 pr. de leg. III.) und in einem Singularfideicommiß des fundus an den Fiduciar könnte doch sicher nicht liegen, daß er seinerseits jene Früchte an den Fideicommissar herauszugeben hätte.

Dieses letztere muß also in der besondern Beschaffenheit der Verfügung: praecipto fundo restituas liegen, wonach sie nicht bloß dem Universal-fideicommissar etwas, was ihm sonst zukommen würde, nämlich den fundus zu Gunsten des Fiduciars entzieht, sondern auch umgekehrt dem Ersteren etwas zuwendet, was er auf Grund des bloßen Universal-fideicommisses, ohne den Zusatz: praecipto fundo nicht erhalten würde.

Diese Wirkung des Zusatzes: praecipto fundo wird vollkommen erklärlich, wenn man denselben als Anordnung einer materiellen praecipio auffaßt. Denn diese materielle praecipio enthält eben nicht bloß eine einseitige Zuwendung an den Präcipienten, sondern vermöge ihrer doppelseitigen Natur (s. oben §. 10) eine allgemeine Vorschrift für die Erbtheilung, die alle Interessenten, auch den Präcipienten selbst angeht und verpflichtet und die darauf hinausläuft, daß bei Bornahme der Theilung vom gesammten reellen Nachlaßbestande zunächst der Betrag der praecipio abgesetzt, der ganze Rest aber nach Maßgabe der sonst über die Erbschaft getroffenen Verfügungen unter sämtliche Competenten vertheilt werde. Ist daher ein eigentliches Prälegat an einen Theilerben hinterlassen, so bekommt dieser den Betrag

desselben für sich allein und der übrige Theil des Nachlasses, Activa und Passiva, wird unter die sämtlichen Erben einschließlich des Prälegatars nach Verhältniß der Erbquoten vertheilt. Steht sich aber lediglich ein Fiduciar und ein Universalfideicommissar gegenüber, von denen der Erstere praecepta re restituiren soll, so bewirkt diese Art der praeceptio, daß für den Fiduciar, welcher ja practisch genommen im Verhältniß zum Fideicommissar auch Theilungsinteressent ist, der Gegenstand der praeceptio vorweg abgetrennt wird, alles Uebrige aber, was im Moment der Restitution — die hier dem der Erbtheilung unter eigentlichen Miterben correspondirt — zum reellen Nachlaß gehört und aus ihm stammt, dem Fideicommissar zukommt, mag es juristisch genommen in das Erbschaftsvermächtniß fallen oder nicht. Streicht man den Zusatz: praecepto fundo weg, so werden demgemäß die in der Zwischenzeit zwischen Antretung und Restitution gezogenen Früchte nicht zu restituiren sein — denn sie fallen nicht unter das nomen juris der zu restituirenden hereditas — der Fiduciar wird sie behalten, obwohl er sie sich vielleicht in seine etwaige Quart wird einrechnen müssen. Auch beim eigentlichen Prälegat hat ja der Prälegatar auf die Früchte der prälegirten Sache mittelst der act. fam. eriscundae analog erst Anspruch von der Litiscontestacion an (l. 51 fam. ere. 10, 2, vgl. C z y h l a r z, S. 136), während die vorher gezogenen Früchte gleichmäßig sämtlichen Erben gebühren.

Ähnlich erklärt sich von diesem Standpunkte der materiellen praeceptio aus die Entscheidung der bekannten l. 72 ad SC. Trebell. 36, 1. Das Grundstück, welches der Fiduciar präcipiren darf, stellt sich als fremdes heraus. Vom reinen Legatsstandpunkte aus würde er, bei Unkenntniß des Testators von dieser Eigenschaft des Grundstücks, gar keinen Anspruch haben; vom Standpunkte der praeceptio aus als vom Testator gewollter Vertheilung des activen Nachlaßbestandes unter den Erbschaftsinteressenten, muß er die aestimatio bekommen; sonst würde das vom Testator beabsichtigte Verhältniß unter den Interessenten gegen die präsumptive Absicht desselben verrückt. Und so entscheiden auch in l. 72 cit. Aristo und Pomponius<sup>96</sup>).

96) Vergl. Meunier, instit. ex re certa S. 265 und 274 Ann. und

Wirft man jetzt die Frage auf, wie sich diejenige letztwillige praeceptio, welche nach dem Vorausgeführten einen regelmäßigen Bestandtheil des eigentlichen Vorvermächtnisses bildet, zu dem Begriff des Legats verhalte und ob und wie weit sie, was die Frage nach ihrer Gültigkeit oder Ungültigkeit anlangt, ebenfalls unter dem Einfluß der Regel: heredi a semet ipso inutiliter legatur, stehe, so ist darauf Folgendes zu antworten:

Wenn man die schon oben (§. 8 S. 111) besprochene von Ulpian XXIV. 1 überlieferte Definition des Legats zu Grunde legt, nach welcher Legat ist, was mit befehlenden Worten im Testament hinterlassen wird<sup>97)</sup>, so ist jene praeceptio ohne allen Zweifel ein Legat. Vollkommen deutlich wird dies dadurch, daß das alte Sabinianische Präceptionslegat, welches, da es keinen andern Anspruch als den durch die act. fam. ercisc. geltend zu machenden auf ausschließliche Zuthellung erzeugte, eben nichts weiter als jene letztwillige praeceptio enthielt und deren reinsten und vollkommensten Typus war, trotzdem auch von Gajus, der eben nur diese Gestaltung des Präceptionslegats als echt anerkennt, durchaus als Legat aufgefaßt und als selbstständige Art unter den übrigen Gattungen des Legats aufgeführt wird. Und da Letzteres auch nach dem Siege der Proculejanischen Ansicht in Betreff des nunmehrigen combinirten Präceptionslegats von den spätern Juristen und namentlich von Ulpian, dem Urheber der obigen Definition des Legats geschieht, so ergibt sich daraus, daß auch in den Augen dieser spätern Juristen der in diesem neuen leg. per praeceptionem fortbestehende Präceptionsbestandtheil nichts dem Begriff des Legats Widersprechendes enthalten haben kann, vielmehr auch noch von ihnen die praeceptio selber als Legat im obigen Sinne aufgefaßt worden ist.

---

die parallele Entscheidung Papinian's in l. 77 §. 8 de leg. II., wo wegen der divisio bonorum eine praeceptio im materiellen Sinne vorliegt.

97) Für das Justinianische Recht paßt diese Definition, wegen der Hindeutung auf die Form (imperative) nicht mehr recht und ist deshalb, aber auch bloß deshalb, in demselben nicht aufgenommen.

Zusammengenommen mit der gleich zu erwähnenden Ulpianischen Definition des Fideicommisses würde sie, die Hindeutungen auf die Form weggestrichen, ziemlich die Windscheid'sche Definition vom Vermächtniß (Pand. §. 623 not. 2) ergeben:

B. ist, was letztwillig hinterlassen wird, V. ist eine letztwillige Zuwendung ( die eben nicht unter einen andern positiven Begriff fällt).

Ebenso fällt jene materielle praeceptio, die in der spätern classischen Zeit außerhalb der Form des leg. per praeceptionem in andern Vermächtnissen, namentlich z. B. bei der divisio bonorum in Fideicommissen auf Grund eines besonders gestalteten Willen des Erblassers vorzukommen beginnt, in der That völlig unter den Begriff des Fideicommisses, wie ihn Ulpian (Ulp. 24, 1 und 25, 1) in genauer Correspondenz mit seiner obigen Definition des Legats formulirt: „Fideicommis ist, was nicht mit civilen Worten, sondern precatio hinterlassen wird und nicht aus der Strenge des Rechts hervorgeht, sondern aus dem Willen des Hinterlassenden heraus vergabt wird.

Außer der oben erwähnten Definition des Legats besitzen wir bekanntlich noch zwei andre, die eine sehr kurz gefaßte, von Modestin herrührend: *legatum est donatio testamento relicta*, l. 36 de leg. II.

und etwas ausführlicher in den Institutionen reproducirt:

§. 1 Inst. II. 20 *Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta*, der Zusatz: *a herede praestanda* ist Glossen, vergl. Arndts, Commentar, Band 46 Seite 14 not. 31, die andere von Florentinus in der l. 116 pr. de leg. I.: *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod univrsum heredis foret, alicui, d. h. wie oft, irgend einem andern, quid collatum velit.*

Auch noch mit der ersten dieser beiden andern Definitionen des Legats verträgt sich unsre praeceptio ganz gut. Denn wenn der allgemeine Begriff der donatio der einer Zuwendung ist, welche auf der reinen Liberalität des Lebenden beruht und auf eine Bereicherung des Begabten, die um ihrer selbst willen gewollt wird, hinzielt,

vergl. Windscheid, Band. §. 365 not. 3 und 4, Hartmann, Vermächtnißbegriff Seite 6,

so paßt unter diesen Begriff von donatio auch die praeceptio, welche als Verfügung betrachtet eine Vorschrift des Erblassers für die Erbtheilung zu Gunsten des Präcipienten ist. Ohne Weiteres klar ist dies in Betracht derjenigen Theile der praeceptio, welche von den Miterben herauszugeben sind, aber sogar in Betracht desjenigen Theiles derselben, welcher auf den Erbtheil des Präcipienten selbst fällt und von ihm gleich von der

Erbschaftsantrittung an als intellectueller Theil gehabt wird, gewährt die Praeceptionsverfügung in ihrer Ausführung dem Praecipienten ein gewisses emolumentum, enthält im gewissen Sinne eine Zuwendung und somit etwas, was man ebenfalls als Legat bezeichnen kann.

Denn während er bis dahin den ganzen Gegenstand der praeceptio nur als communis res, in der Gemeinschaft mit seinen Erbgenossen hatte und daher auch in Betreff seines intellectuellen Antheils jenen Beschränkungen unterworfen war, die aus der Natur des bisherigen und vom Testator selbst in Betracht gezogenen Communionsverhältnisses folgen, erlangt er nunmehr (den regelmäßigen und ursprünglichen Fall vorausgesetzt, wo Gegenstand der praeceptio eine Erbschaftssache ist) durch die Adjudication auch für seinen Antheil Befreiung von jenen Beschränkungen, namentlich von dem sich auf jedes Atom der Sache beziehenden Prohibitionsrecht der socii und gewinnt, während er vorher nur die freie juristische Disposition über seinen Antheil und nicht einmal diese allenthalben (Servitutenbestellung!) hatte, nunmehr über die ganze Sache einschließlich seines frühern Antheils die allseitige juristische und die vollständig unbeschränkte factische Disposition<sup>98)</sup>.

Allerdings derselbe Erfolg tritt auch ohne praeceptio ein, wenn einem Theilerben eine Erbschaftssache mittelst gewöhnlichen oder selbst mittelst anomalen Prälegats hinterlassen wird. Denn sowie er durch die Realisation eines solchen Legats die Theile der übrigen Miterben zu dem seinigen hinzubekommt, was bei einem Vindicationsprälegat ja sogar noch früher eintreten wird, als bei der eigentlichen praeceptio, ist er Alleineigenthümer und dadurch ebenfalls von jenen Beschränkungen der Gemeinschaft befreit. Aber der Unterschied bleibt doch immer, daß bei der praeceptio dieser Erfolg grade der von dem Testator direct gewollte und ausgedrückte ist, beim gewöhnlichen Prälegat aber nur die nothwendige Consequenz einer ursprünglich auf etwas

98) In ähnlicher Weise — natürlich muß diese Ähnlichkeit cum grano salis verstanden werden — ist ein Legat vorhanden und gültig (valet), wenn dem Herrn des Bodens, der in dieser Eigenschaft juristisch auch schon Herr der darauf befindlichen superficies ist, die letztere vermacht wird, nam consequetur, ut hac servitute liberetur et superficiem lucrificiat, l. 86 §. 4 de leg. I.

Anderes gerichteten Verfügung, also nur eine secundäre, gewissermaßen eine Reflexwirkung der letztern.

Dagegen unter die von Florentinus aufgestellte dritte Römische Definition des Legats, wonach dasselbe eine *delibatio hereditatis* ist, paßt unsere praeceptio nicht. Jene Definition ist überhaupt im Sinne ihres Urhebers zunächst wohl nur auf das Vindicationslegat berechnet und auch im Sinne des Justinianischen Rechts eigentlich nur für das direct gegebene Vermächtniß einer Erbschaftssache ganz richtig; denn nur hier geht das Vermächte, ohne zuvor Eigenthum des Erben gewesen zu sein, unmittelbar auf den Vermächtnißnehmer über. Aber auch, wenn man in dem alten Damnationslegat und in dem Vermächtniß des Justinianischen Rechts, dessen Gegenstand ein nicht schon in der Erbschaft befindlicher Werth ist, allenfalls mit Recht eine *delibatio hereditatis* im weiteren Sinne finden mag,

über einen hier in Betracht kommenden Gesichtspunct vergl. l. 88 de V. S. 50, 16.

Die praeceptio als solche enthält eine *delibatio hereditatis* überhaupt nicht. Sie enthält sie schon deshalb nicht, weil die stillschweigende Voraussetzung der praeceptio die Antretung der Erbschaft ist, d. h. eben das Aufhören der hereditas als eines als selbstständig gedachten Wesens und ihr Auf- und Untergehen in der eigenen Rechtssphäre des oder der Erben und sie ist ferner kein Legat in diesem Sinne, weil der adäquateste und ursprünglich einzige Ausdruck für den in ihr enthaltenen materiellen Anspruch, nämlich die *act. fam. ercisc.* keine *actio hereditaria*, sondern nur eine auf dem Boden der hergestellten Erbgemeinschaft erwachsene eigene Klage, resp. klagbare Verpflichtung der Mit- und Theilerben ist,

vergl. Meunier, instit. ex re certa S. 399 not. 28 a. Schl.

Eben deshalb ist auch diejenige besondere Gestaltung der *actio fam. ercisc.*, welche auf Grund der echten praeceptio zur Realisirung des in ihr enthaltenen materiellen Anspruchs auf Lösung der Erbgemeinschaft durch ausschließliche Ueberweisung des zu präcipirenden Activums dient, keine *actio hereditaria* und der ihr unterliegende Anspruch kein Anspruch an die Erbschaft, der in der letzteren und gegen die letztere bereits als *onus hereditarium*, wenn auch gewissermaßen nur latent und

im Reime, vorhanden gewesen wäre, sondern er ist nur ein persönlicher Anspruch des Theilerben gegenüber dem Theilungsrichter auf dessen zutheilende Thätigkeit und gegenüber den Miterben auf Geschehenlassen der Zuthellung, beziehentlich auf eventuelle Mitwirkung (Cautioen, praestationes personales) bei derselben<sup>99</sup>).

Dagegen ist der Anspruch aus dem gewöhnlichen Vermächtniß (den andern Legatsarten außer der praeceptio und im neuen Recht auch aus dem Fideicommiß vom Erben) ein wirkliches onus hereditatis, die zur Realisirung dieses Anspruchs bestimmten Klagen sind in der That actiones hereditariae oder wenigstens loco derselben (l. 40 de O. et A. 44, 7) und da im neuen Recht in jedem Prälegat zugleich ein simples Vermächtniß an einen Theilerben steckt, so ist insofern und insoweit dasselbe gültig ist, d. h. zu den Erbquoten der Miterben, das Prälegat selbst allerdings auch eine delibatio hereditatis<sup>100</sup>).

99) Wenn hiaweilen gesagt wird (vgl. Buchholz, S. 38 not. 20), daß die actio fam. erisc. nicht durch die besondere Natur des Präceptionslegats, welches gar keine besondere Klage für den Berechtigten erzeugt habe, begründet werde, sondern nothwendig schon aus dessen Erbrecht folge, so ist davon zwar so viel wahr, daß, da die praeceptio zu ihrer Voraussetzung das Erbwerden des Präceptionslegatars hat, durch letztern Umstand für ihn auch abgesehen von seiner praeceptio die Erbtheilungsklage zuständig geworden ist, aber nicht wahr ist es, daß die Erbtheilungsklage aus der praeceptio nichts Besondres habe. Denn durch die praeceptio und gerade erst vermöge und in Folge derselben empfängt sie jene besondere Kraft und Gestalt, mittelst deren sie sich nun auf etwas erstreckt, auf welches sie sich auf Grund der bloßen Quoteneinsetzung nicht erstreckt haben würde, nämlich auf die ausschließliche Zuthellung des präceptionsweise hinterlassenen Gegenstandes.

100) Vgl. oben §. 8 S. 114 ff. und §. 4 S. 39. Hereditarium actionum loco habentur et legata, quamvis (nämlich als actiones) ab herede cooperint. Jeder Vermächtnißanspruch, ohne Unterschied, ob er beim dies veniens ein dingliches oder persönliches Recht für den Legatar erzeugen wird, kommt schon aus der (ruhenden) Erbschaft her und geht bei der Antretung mit der Erbschaft und durch dieselbe auf den Erben über, bei dem er allerdings nun erst mit einer actio versehen wird. Er ist im Grunde ebenso gut Erbschaftsschuld (beim vindicationslegat allerdings durch den unmittelbaren Eigenthumsübergang im Moment der Abition meist schon wieder getilgte Erbschaftsschuld), wie irgend welche Forderung der Gläubiger des defunctus oder der ruhenden Erbschaft, zumal wenn man den Unterschied beachtet, daß ein Vermächtniß natürlich nur bestehen kann, wenn nach Abzug der eigentlichen Schulden die Erbschaft noch einen Reinerbestand darbietet. Vgl. auch l. 34 §. 6 de leg. II., bei deren näherer Betrachtung man sehen wird, daß das onus legatorum und die Klagen der Erbschaftsgläubiger zusammen die daselbst erwähnten actiones hereditariae i. e. omnes bilden. Dies dürfte Meuner S. 399 not. 28, der die Verwandtschaft der Legatenklagen und der Erbschaftsschulden übrigens

Es ist nun die mehrermähnte Florentinische Definition des Legats, an welche in l. 116 §. 1 unmittelbar die Regel: *heredi a semet ipso legatum dari non potest, a coherede potest* angeschlossen wird. Schon daraus läßt sich abnehmen, daß diese Regel mit der eigentlichen praeceptio Nichts zu thun hat, sondern nur mit dem im neuen Prälegat enthaltenen gewöhnlichen Vermächtnisse an den Theilerben. Gegenüber der praeceptio verhält sich jene Regel gleichgültig; die Entscheidung über deren Gültigkeit oder Ungültigkeit steht auf einem ganz andern Blatte geschrieben, nämlich (vergl. oben §. 10 sub 1 vor Anm. 75) die reine praeceptio, da sie unter der Voraussetzung steht, daß der Präcipient auch wirklich Erbe werde, ist gemäß der Anordnung selbst ein unfertiges Geschäft;

im Sinne von Brinz, Pand. S. 1634.

ein Geschäft, welches ohne einen gewissen Umstand gar nicht sein soll. Das Unfertige liegt darin, daß dieser Umstand, hier die Erbschaftsantrittung, erst in der Zukunft sein kann und daher vor der Hand ungewiß ist. Die praeceptio gehört daher zu denjenigen Geschäften, welche Windscheid Pand. §. 82 not. 1 als (vor der Hand) unwirksam bezeichnet, d. h. welche, wenn sie nicht wirken, z. B. wegen Defizienz einer Bedingung darum nicht wirken, weil sie nicht wirken wollen, im Gegensatz zu denjenigen, welche er ungültig im engern Sinne nennt, d. h. denjenigen, welche nicht anerkannt werden, obwohl sie anerkannt sein möchten. Wird der Prälegatar Erbe, so ist die praeceptio dadurch nun fertig und wirksam geworden, wird er nicht Erbe, so bleibt sie eben unwirksam, gelangt niemals zur Stufe der Fertigkeit und Perfection. Nichtig im eigentlichen Sinne ist daher die prae-

---

ausdrücklich anerkennt, nicht genug beachtet haben. Mit der Erbschaftsantrittung entsteht übrigens in der Regel auch eine Verpflichtung des Erben zur Vermächtnisleistung aus seiner eignen Person (*contrahit, quum adit*), die mit der aus der Erbschaft kommenden und auf ihn übergehenden nicht völlig identisch ist. Letztere Unterscheidung kann auch practisch von Bedeutung werden, vgl. l. 3 §. 3 *quib. ex caus. in poss.* 42, 4. Die vorstehend lediglich zur Illustration des im Text Bemerkten angedeuteten Gedanken, welche hier nur flüchtig und daher nicht ohne die Gefahr von Mißverständnissen skizzirt werden konnten, machen übrigens durchaus nicht auf besondere oder durchgängige Neuheit Anspruch, vergl. z. B. Donellus, *comment. jur. civ.*, auch Meunier a. a. O., Köppen, Syst. des Erbrechts S. 77, v. b. Pfordten, S. 21.

ceptio niemals und zu keinem Theile, auch wenn der Prälegatar nicht Erbe wird,

vgl. Brinz, Pand. S. 1634,

sondern sie ist dann eben nur nicht zu Stande gekommen, sie entbehrt der Existenz insofern, als sie nicht fertig geworden und auf diesen Fall hin überhaupt gar nicht gewollt ist<sup>101)</sup>.

Wenn aber die praeceptio fertig und perfect, d. h. wenn der Prälegatar Erbe geworden ist, so tritt sie nunmehr als wirksames Element zu dem schon vorher im Prälegat vorhandenen gewöhnlichen Vermächtnisse hinzu<sup>102)</sup>.

101) Ähnliche Unfertigkeiten von oder an Geschäften, denen es bei der Errichtung an einem Erfordernisse fehlt, dessen Eintritt erst noch nachträglich erwartet wird, die aber deshalb keineswegs nichtig sind, die man vielmehr als unentschieden gültig bezeichnen könnte, kommen auch anderwärts, und abgesehen von eigentlich bedingten Geschäften vor, z. B. Vindicationslegat von Jungbilibien, die zur Zeit des Testaments nicht in der Erbschaft sind, falls sie es nur zur Zeit des Todes sind. Ähnliches fand beim leg. sin. modo statt. Gewöhnlich geht mit solchen Unfertigkeiten, welche übrigens in den verschiedensten Rechtsgebieten vorkommen, bei denen dasjenige, was eigentlich nicht fertig ist, durchaus nicht immer dasselbe Moment zu sein braucht und die daher keineswegs durchweg über einen Leisten geschlagen werden dürfen, ein Pendencyzustand Hand in Hand, öfters übrigens ohne Rückwirkung, z. B. bedingte Bürgschaft für eine betagte oder unter einer andern Bedingung stehende Hauptschuld, l. 16 §. 5, l. 70 pr. de fidejuss. et mand. 46, 1, die Bestellung einer Servitut am gemeinsamen Grundstück Seiten eines dominus, wo erst die neueste Bestellung von Seiten des letzten Miteigentümers die vorhergehenden ex nunc wirksam macht, l. 18, l. 6 §. 2 commun. praed. 8, 4. l. 11 de S. P. R. 8, 3 u. a. m. Die Unfertigkeit bei der praeceptio dürfte sich derjenigen am meisten nähern, welche durch eine sogenannte tacita conditio (gesetzliche Voraussetzung), die aber zugleich vom Testator implicite selbst gewollt und approbirt ist, hervorgerufen wird.

102) Man könnte sich das Verhältniß so denken, als ob gesagt wäre: der Theilerbe A soll das Cornelianische Grundstück, entweder falls er Erbe wird, in der Erbtheilung präcipiren oder falls er nicht Erbe wird, als gewöhnliches Vermächtniß bekommen. Verhielte sich die Sache so und känden also die beiden Bestandtheile des Prälegats unter zwei conträren sich entgegengesetzten Bedingungen: sive illud factum fuerit sive non fuerit, illi do lego, l. 13 quando dies leg. 36, 2, so würde daraus für die Entscheidung der l. 75 §. 1 de leg. II., insofern sie die Transmiffion auf die Erben des vor der Erbschaftsantretung versterbenden Prälegatars verneint, eine ziemlich einfache und befriedigende Lösung gefunden werden können. Wenn überhaupt, verhält sich aber die Sache doch jedenfalls mindestens nicht durchgängig so, nämlich nicht für die auf die Erbquoten der Miterben fallenden Theile des Prälegats, weil diese nach dem ausdrücklichen Ausspruch der l. 75 §. 1 in der That transmittirt werden. Ich glaube aber, auch für den auf die Erbquote des Prälegatars fallenden Theil läßt sich eine Erklärung des Nichttransmittirtwerdens finden, zu der man der Herbeziehung der praeceptio nicht bedarf. Hiernach stellt sich das Verhältniß

Was nun dieses Hinzutreten des Präceptionselements für Folgen hat, ist im zweiten Theile dieses Abschnitts (§. 10 ff.) darzulegen versucht worden; im Allgemeinen kann man sagen, daß wo überhaupt im heutigen Rechte noch ein Conflict zwischen den beiden Bestandtheilen des Prälegats hervortreten könnte, das Präceptionselement und damit die Rücksicht darauf, daß das Prälegat nach dem präsumtiven Willen des Testators ein einzelnes Stück in seinem Gesamtplane über die Vertheilung des Nachlasses ist, überwiegen wird.

Vorher aber, vor dem Eintreten und Fertigwerden der praeceptio durch das Erbwerden des Prälegatars und vollends dann, wenn die praeceptio überhaupt nicht zur Perfection gelangt, weil der Prälegatar nicht Erbe wird, haben wir es beim Prälegat lediglich nur mit dem in ihm enthaltenen simplen Vorvermächniß zu thun. Dieses steht abgesehen von dem Umstande, daß es pro parte einem Theilerben von sich selber hinterlassen ist und abgesehen von dem, was daraus folgt, völlig unter den allgemeinen Regeln des Vermächtnisses überhaupt, und wenn es sich daher um Fragen handelt, welche Verhältnisse betreffen, die vor der Adition liegen und mit welchen die letztere direct nichts zu thun hat, wie nach der theilweisen Gültigkeit oder Ungültigkeit des Prälegats auf Grund der Regel: heredi a semet ipso etc. und nach dem, was damit z. B. in Betreff des dies cedens zusammenhängt, so braucht man sich dabei um das Präceptionselement im Prälegat nicht weiter zu kümmern, kann es hierbei als in Rechnung kommende Größe völlig eliminiren und muß lediglich mit jenem Bestandtheile des Prälegats operiren und sich abfinden, welcher simples Vermächtniß an den zugleich zum Theilerben ernannten Prälegatar ist.

Wie steht es aber nun, wenn der Prälegatar Erbe wird und also die praeceptio hinzutritt, mit demjenigen Theile des Prälegats, welcher auf der Erbquote des Prälegatar-Erben ruht? Es steht vollkommen fest, daß derselbe von ihm nach Erbrecht und nicht nach Vermächtnißrecht gehabt wird und zwar vom Standpuncte des simplen Vorvermächnisses aus betrachtet, mag

---

von praeceptio und simplen Vermächtniß entweder überhaupt nicht oder mindestens nicht durchgängig disjunctiv, sondern beide bestehen nach dem Erbantritt concurrirend neben einander.

man der Theorie der anfänglichen Nichtigkeit oder der nachträglichen Unwirksamkeit huldigen, um deswillen, weil, was ungültig legirt ist oder gültig legirt nachträglich zusammenfällt, in der Erbschaft und speciell bei dem Erben zurückbleibt, von dem es hinterlassen war.

Bringt nun in diesem Punkte das Hinzutreten der praeceptio irgend eine Veränderung hervor? N. Er. nicht die geringste. Zwar ist nach meiner Auffassung, worauf ich übrigens gar kein besonderes Gewicht legen will, die praeceptio auch für diesen Theil nicht eigentlich nichtig (s. oben bei Anm. 101), aber da der intellectuelle seiner Erbquote entsprechende Theil dem Prälegatar schon gleich mit der Erbschaftsantrittung zufiel, so kann die auf Grund der praeceptio im Theilungsverfahren etwa erfolgende Adjudication ihm für diesen Theil auch keinen neuen Titel geben, sie beseitigt höchstens die vorher auch auf diesem Theile der communio ruhenden Dispositionsbeschränkungen, aber gehabt und besessen wird derselbe vom Standpuncte auch der realisirten praeceptio aus gerade so gut nach Erbrecht und nicht nach Legatenrecht, wie vom Standpuncte des simplen Vermächtnisses aus.

Wenn meine vorentwickelte Auffassung des Prälegats richtig ist, so wird man beanspruchen können, daß sich trotz der Justinianischen Zusammenstreichungen wenigstens noch Andeutungen davon in den Quellen finden müssen, namentlich müßten wir erwarten, daß wenn in den Quellen von einer eigentlichen praeceptio die Rede ist, (also von dem Falle, wo schon im spätern classischen Rechte nach meiner Auffassung eine Combination von eigentlicher praeceptio und gewöhnlichem (do lego) Prälegat auch formell vorhanden war) diese praeceptio zwar als eine Art des Legats bezeichnet, aber doch auch mitunter, zumal wenn die Erbschaft vom Prälegatar angetreten ist, in einen gewissen Gegensatz zu den übrigen Legatsarten gesetzt würde. Dies ist nun wirklich der Fall. Daß solche Stellen nicht häufig sind, ist nach allem Gesagten leicht erklärlich und verschlägt nichts; genug, daß es derlei Stellen giebt. Ich führe zunächst an:

(l. 1 §. 6 quod legat. (43, 3) Ulpianus l. 67 ad edict.)

Qui vero ex causa praeceptionis, utique tenetur hoc interdicto; sed pro ea scilicet parte, quam jure legati

habet, non etiam pro ea, quam quasi heres habet. Idemque erit dicendum, et si *alio genere* legati uni ex heredibus legatum sit; nam et hic dicendum est, pro ea parte, qua heres est, cessare interdictum.

Hier ist vom interdictum quod legatorum die Rede. Mit demselben haftet, wer jure legati etwas occupirt, nicht wer es pro herede hat. Für uns ist die Stelle hier bedeutend, weil die causa praeceptionis den aliis generibus legati ausdrücklich entgegengesetzt wird; also die praeceptio ist Legat, es wird auch aus ihr, wie vorhin bemerkt, gerade wie beim simplen Vorvermächtnisse ein Theil nach Erbrecht und ein Theil nach Legatenrecht vom Erbe gewordnen Prälegatar gehabt, aber sie ist eine besondere Art des Legats und — die Compilatoren haben trotz der Eräquation der Vermächtnisse keine Veranlassung genommen, diese Hindeutung auf eine Verschiedenheit der praeceptio von andern Legaten auszutilgen. Ebenso werden in l. 35 §. 1 de hered. instit. 28, 5 (s. oben §. 9 Seite 130) beim Legat an einen Theilerben unterschieden: legatum vel aliud vel etiam praeceptiones.

Noch charakteristischer ist folgende Stelle:

l. 76 pr. de leg. II. Papinianus l. 7 resp.: Cum filius divisis tribunalibus actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset, atque ita variae sententiae iudicium extitissent, heredem, qui filium vicerat, pro partibus, quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum *praeceptiones sibi datas*, non magis, quam *ceteros legatarios actiones*, constitit; sed libertates ex testamento competere placuit, cum pro parte filius de testamento matris litigasset.

Hier werden nicht bloß die dem zum Theilerben eingesetzten Sohne, der übrigens die Erbschaft angetreten hat, gegebenen praeceptiones den andern Legaten entgegengesetzt, sondern zugleich die praeceptiones den actiones, die die übrigen Legatate haben. Grade dies ist nach meiner Auffassung vom Prälegat und von der praeceptio bedeutend, weil danach (s. §. 7 S. 103) die Verschiedenheit der Legatsarten wesentlich auf der Verschiedenheit der Mittel und Wege beruhte, mittelst deren der Legatar das Legat erlangen konnte; nur der Präceptionslegatar

kann eigentlich präcipiren, in der Erbtheilung zurückhalten und Zutheilung verlangen, die andern Legatäre können bloß klagen, haben actionem, nicht praeceptionem.

Für sich betrachtet könnte man gegen die Beweiskraft dieser Stelle einwenden, daß in ihr der miterbende Sohn und Präceptionslegatar nicht grade andern Prälegatären, sondern überhaupt andern Legatären entgegengesetzt werde. Nimmt man die vorige Stelle hinzu, so zeigt sich, daß ganz derselbe Gegensatz auch gegenüber wirklichen Prälegatären, denen nur nicht per praeceptionem, sondern mittelst einer andern Legatsart legit gewesen wäre, hätte gemacht werden können und müssen<sup>103</sup>).

Hierhin gehören noch die Stellen, wo bei wirklichen Präceptionen, welche damals schon eine auch formell durchgeführte Combination von praeceptio und simplex do-lego-Legat enthielten, mit besonderer Betonung des legatum, das commodum legatorum hervorgehoben wird,

man vergl. z. B. l. 12 de his quae ut ind. 34, 9 de praeceptionibus eidem datis . . . et legatum ei non denegabitur, auch l. 12 Cod. de leg. (6, 37). Die eigentliche praeceptio ging in diesen Fällen freilich zu Grunde, weil der Prälegatar die Erbschaft nicht erwarb oder wieder verlor, aber das mit ihr combinirte andre Legat blieb und war wirksam.

Natürlich wo der Präceptionslegatar Erbe wird, also praeceptio und andres Legat ihm ganz dasselbe verschaffen, da ist auch das praeceptionis compendium ganz identisch mit dem Legat und dem Vortheil aus diesem.

l. 16 Cod. de fideicomm. 6, 42.

Auch in l. 70 de cond. et dem. 35, 1 wird das commodum legatorum bei gegebenen praeceptiones besonders betont. Faßt man hier ersteres, wie das meiner Auffassung entspricht, als den Vortheil aus dem in der praeceptio enthaltenen Vindicationslegate, dessen dies beim Vater schon cedirt war, im Gegensatz zu der Befugniß aus der eigentlichen praeceptio, welche nicht dem Vater, der nicht Erbe wurde, sondern lediglich den

103) Denn damals war die Combination von praeceptio und simplex Vorvermächtniß noch keineswegs allenthalben durchgeföhrt.

Söhnen, die erst emancipirt antreten konnten und wirklich antreten, zukommen konnte, so gewinnt die Stelle eine entschieden tiefere Bedeutung und die alia quoque ratio eine befriedigende Erklärung (vgl. oben §. 10 Anm. 75)<sup>104</sup>).

Beachtenswerth zu Gunsten meiner Auffassung vom Prälegat scheinen mir noch folgende Thatsachen, von deren Richtigkeit man sich aus den Quellen leicht überzeugen kann:

1) Während der Satz, daß der Erbe gewordene Prälegatar den Gegenstand des Prälegats theils nach Erbrecht, theils nach Legatenrecht habe, in zahlreichen Stellen und zwar ohne allen Unterschied, ob Präceptionen gegeben sind oder nicht, ausgesprochen wird,

vgl. oben §. 3 am Schl.,

gibt es keine einzige Stelle, weder in den Trümmern der vorjustinianischen Rechtsliteratur noch in dem Corpus juris, in welcher die Regel: heredi a semet ipso legari non potest oder auch nur die Nebenform derselben, das „non consistere“ direct auf eine Verfügung, die formell als praecipio bezeichnet und als solche in Betracht gezogen würde, angewendet würde. In sämtlichen Stellen, wo von dieser Regel die Rede ist, heißt es: si uni ex heredibus legatum est und die Erwähnung der praecipio wird, wie es fast scheint, abichtlich vermieden,

vgl. die oben §. 3 S. 18 citirten Stellen und hierzu noch l.

30 §. 8 ad leg. Falcid. 35, 2.

In der einzigen Stelle, die man hiergegen anziehen könnte, der l. 75 §. 1 de leg. II. ist auch nur gesagt, daß die Theile welche auf die Erbquoten der Miterben fielen, constitorunt und daher vom Tode des Erblassers an transmissibel waren, von dem auf die Erbquote des Prälegatars fallenden Theile aber ist nicht, wenigstens nicht direct, was doch so nahe lag, ausgesprochen, daß er gar nicht und nach keiner Richtung hin rechtsbeständig gewesen sei<sup>105</sup>).

104) Vgl. auch noch l. 125 de leg. I. sicut legata, ita et praecipio — minuetur, wo es freilich zweifelhaft sein mag, ob ein wirkliches Vorvermächtniß p. praecipit. vorliegt oder nur eine (der praecipio begrifflich übrigens ganz nahe stehende) Restitutionsaufgabe praecipit. re, s. oben vor Anm. 95a.

105) Nämlich vom Standpuncte des Präceptionselements aus war er zwar unfertig und wurde auch nicht fertig, aber eigentlich nichtig war er

In Uebereinstimmung hiermit findet sich in allen den ziemlich zahlreichen Stellen, welche von Vermächtnissen, die einem Theilerben unter der Bedingung: si heres non erit oder die ihm als Institutum von seinem Substitutum oder als Substitutum vom Institutum gegeben sind<sup>106)</sup>, niemals der Ausdruck: praelegare oder per praeceptionem legare, sondern überall nur simpel: uni heredum legavit und dergl.,

l. 11 pr., l. 27 §. 15 ad SC. Treb. 36, 1, l. 31 pr. quando dies leg. 36, 2, l. 104 §. 6 de leg. I., l. 88 §. 4 de leg. II., l. 89 §. 2 eod., l. 22 §. 2 si quis om. c. test. 29, 4, l. 18 pr., l. 28 de cond. instit. 28, 7, l. 26 de manum. test. 40, 4.

2) Während in der Compilation alle Hindeutungen auf die Verschiedenheiten der andern Legatsarten, namentlich auf das leg. per vindicationem und sin. modo sorgfältig auch im Ausdruck getilgt sind, soweit sie nicht gerade in mitgetheilten Originalverfügungen sich finden, ist das gleiche Verfahren in Bezug auf die praeceptio nicht beobachtet worden. Es finden sich sehr zahlreiche Stellen,

vgl. die Citate bei Buchholz, S. 9 not. 45, in denen der praeceptio Erwähnung gethan und sogar recht geklärt bemerkt wird, daß etwas per praeceptionem gegeben und hinterlassen worden sei. Wenn die praeceptio noch im Justinianischen Rechte ein lebendig gebliebener und wirksamer Bestandtheil des Vorvermächtnisses, des Vermächtnisses von allen Erben an einen war und kein bloßer antediluvialischer Formelschnörkel, der von Rechtswegen eigentlich schon mit dem Unterliegen der Sabinianischen Meinung über das leg. per praeceptionem hätte zu Grunde gehen müssen, so ist dies sehr begreiflich und natürlich, andernfalls wenn die praeceptio nichts reelles und im Grunde ein seit Jahrhunderten leer gewordenes Wort war, will es mir nicht in den Sinn, daß nicht nur die spätern

---

nicht. Nach dem Angeführten ist das am Schluß von §. 3 Bemerkte einigermaßen zu modificiren.

106) Allerdings sind dies nicht Vorvermächtnisse im Sinne unsrer heutigen Theorie; aber, wenn die Römischen Juristen diesen Begriff überhaupt schon hatten, so hatten sie doch noch keinen völlig feststehenden technischen Ausdruck dafür, und unterschieden im Ausdruck nur legata quae uni ex heredibus relicta sunt und praeceptiones.

classischen Juristen sich mit diesen Schemen noch soviel abgegeben, sondern daß auch die Compileren die praeceptio und das per praeceptionem im Ganzen so sorgfältig conservirt und offenbar nur selten gestrichen haben, zumal da in den Stellen, wo diese Ausdrücke vorkommen, auch ohne sie vollkommen klar gewesen sein würde und oft genug ausdrücklich gesagt ist, daß einem von mehreren Theilerben vermacht sei. Was Justinian in l. 1 Cod. comm. leg. 6, 43 von der zu beseitigenden subtilitas vel vindicationis vel sinendi aliorumque generum legatorum und was er in §. 2 Inst. de leg. II. 20 von der gänzlich aufzuhebenden solennitas verborum dieser Legatsarten sagt, das bezieht sich allerdings auch auf das leg. per praeceptionem, dessen besondere Existenz als eigne Legatsform, welche ohnedem schon durch die vorangehende Entwicklung mehr als vielleicht bei irgend einer andern Legatsart verwischt worden war, nunmehr völlig aufhören sollte, nicht aber auf die materielle praeceptio, die als ein auf einer besonders gearteten und inhaltlich eigen-gestalteten voluntas des Testators ruhendes Element innerhalb des Vorvermächtnisses noch vorkommt und wirksam ist, wie sie außerhalb des Vermächtnisrechts als gesetzliche praeceptio ihre Geltung behalten hat.

Hiermit verlassen wir die praeceptio, und das Präceptions-element im Vorvermächtniß und wenden uns im letzten Abschnitte zu dem Versuche, die Natur der theilweisen Unwirksamkeit des Prälegats auf Grund der das in ihm enthaltene simple Vorvermächtniß beherrschenden Regel: heredi a semet ipso etc. festzustellen und dadurch zugleich womöglich eine Lösung des in l. 75 §. 1 de leg. II. enthaltenen Problems zu finden.

### III. Abschnitt.

## Das simple Vorvermächtniß.

#### §. 13.

### Das Prälegat: *legatum datum*, aber *pro parte inutiliter datum*. Konsequenzen.

In der bekannten Stelle — l. 1 de reg. Caton. 34, 7 —, in welcher er uns die Definition der Catonianischen Regel mit dem Bemerkten mittheilt, daß dieselbe: „in quibusdam falsa“ sei, thut Celsus, nachdem er ein Beispiel angeführt hat, in welchem wenn man die Worte der Regel: „*inutile foret*“ in dem gewöhnlichen Sinne von: „ungültig, unwirksam werden“ verstehen und diesen wörtlichen Sinn premissen wollte, das gegebene Vermächtniß unter die Regel fallen und daher unter allen Umständen ohne Erfolg sein würde, den Ausspruch: *non esse datum legatum verius est quam inutiliter datum*, d. h. richtiger, innerlich tiefer und wahrer ist es, hier zu sagen, jenes Legat sei gar nicht gegeben (und unterliege also der Catonianischen Regel überhaupt nicht), als zu sagen, es sei *inutiliter* gegeben (und folglich sei in diesem Falle die Regel falsch) <sup>107</sup>).

107) l. 1 pr. §. 1 de reg. Caton. 34, 7 Celsus (libro XXXV. Digestorum): *Catoniana regula sic definit; quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quocumque decesserit, non valere; quae definitio in quibusdam falsa est. §. 1 Quid enim, si quis. ita legaverit, si post kalendas mortuus fuero, Titio dato, an cavillamur? Nam hoc modo si statim mortuus fuerit, non esse datum legatum verius est, quam inutiliter datum. Celsus will m. Er. gar nicht sagen, daß die Catonianische Regel in dem vorgetragenen und beziehentlich in dem §. 2 erwähnten Falle wirklich falsch sei. Falsch ist sie freilich, meint er, wenn man mit dem*

Hier also macht Celsus innerhalb des allgemeinen Gebiets der Unwirksamkeit einen Gegensatz zwischen demjenigen, was non datum und demjenigen, was datum, aber inutiliter datum ist.

Denselben Gedanken, daß es ein besonderes non datum als eigenthümliche Gestaltung der Unwirksamkeit einer letztwilligen Zuwendung gebe, spricht derselbe Celsus aus für den Fall, wenn etwas unter einer Bedingung vergabt und zur Zeit, wo diese existent wird, der Begabte nicht mehr in rerum natura ist, in einer bekannnten, für die Lehre von dem Erbschaftserwerbe und der Accrescenz wichtigen Stelle, §. 6 fin. l. 59 (M. 60) de hered. instit. 28, 5<sup>108</sup>).

Die Hervorhebung eines Gegensatzes zwischen dem, was als non datum und dem, was als inutiliter datum unwirksam sei, beruht übrigens keineswegs auf einer dem Celsus eigenthümlichen Ansicht, sondern findet sich auch bei andern Juristen. Am bedeutendsten, weil sie den eigentlichen innern Grund des Gegensatzes am klarsten erkennen läßt, ist die Aeußerung Scävola's in l. 14 pr. de jur. codicill. 29, 7:

Ego autem ausim sententiam Proculi verissimam dicere;

inutile der Regel sophistisch strenge Wortinterpretation treibt (an cavillatur). Richtiger und wahrer aber ist es, das inutile in einem engern Sinne zu nehmen und dasjenige davon auszuschließen, was nur deshalb im Fall des sofortigen Todes des Erblassers unwirksam wird, weil es für diesen Fall überhaupt gar nicht gegeben, grade für diesen Fall nicht zugewendet sein sollte.

Nam heißt hier, wie oft, vgl. Dirksen, man. S. 609 s. v. nam §. 2. soviel wie certe, plane, deutet einen gewissen Gegensatz, eine Beschränkung des Vorhergehenden an, namentlich in Verbindung mit dem hoc modo si. Es entspricht etwa unserm deutschen: während, allerdings aber, nun aber bei dieser Sachlage, wenn da der Testator sofort gestorben ist, ist es richtiger u. s. f. Sehr ähnlich ist der Gebrauch des: nam isto modo und der ganze Gedankengang in l. 43 ad leg. Aquil. 9, 2. Nach streng wörtlicher Auffassung existirt zwischen Tod des Erblassers und Erbschaftsantrittung kein dominus; nun aber (nam i. m.) würden auf diese Weise unerträgliche und unrichtige Consequenzen eintreten; folglich ist der dominus der lex Aquilia im weitern Sinne zu verstehen. Vgl. über die obige Stelle Arndts, Civil. Schriften, die Catonian. Regel B. II. S. 487, Vangerow, Pand. II. §. 540 S. 507, die allerdings annehmen, Celsus halte in den angegebenen Fällen die Regel auch von seinem Standpuncte aus für falsch.  
108) Ob dieses non datum und seine Beziehung auf Existenz und Defizienz der Bedingung auf den über den Begriff der letztern immer noch herrschenden Streit,

vergl. Unger, Destr. P.-R. II. §. 82 not. 3, Erbrecht §. 16 not. 3, Arndts, §. 66 not. 1—3, Windscheid, §. 86 not. 2 und die daselbst zahlreich Citirten, Einfluß haben könne, mag dahin gestellt bleiben.

nullius enim momenti est legatum, quod datum est ei, qui tempore codicillorum in rebus humanis non est, licet testamenti fuerit; esse enim debet, cui detur, deinde sic quaeri, an *datum comistat*, ut *non ante juris ratio*, quam persona quaerenda sit; et in proposito igitur, quod post obitum heredis codicillis legatum vel ademptum est, nullius momenti est, quia heres, ad quem sermonem conferat, in rebus humanis non est eaque ademptio et datio nunc vana efficietur. Haec in eo herede; qui ex asse institutus erit dato substituto, ita ut ab instituto codicilli confirmarentur.

§. 1... multoque magis solum coheredem totum debere putō, quia is adjunctus sit, qui etiam tunc, quum adjungebatur, in rebus humanis non erat.

Der Erblasser hatte (im Falle des pr. der Stelle) einen Universalserben eingesetzt, bei dem Institutionsgrade die confirmatorische Clausel beigelegt und schließlich einen Substituten ernannt. Nach dem Tode des Universalserben errichtete der Erblasser ein Codicill und ordnete in demselben Legate und Ademptionen an. Es fragt sich, ob diese Anordnungen gültig sind, also nun den Substituten binden, resp. zu Gute kommen können. Nach des Sabinus und Cassius Ansicht war dies der Fall, weil diese die Rechtsregel der sogenannten codicillarrechtlichen Fiction hier in Anwendung brachten, wonach Codicille, in welchem Zeitpunkt sie auch errichtet sein mögen, als Theil des Testaments angesehen werden und ihren formellen und materiellen Rechtsbestand aus dem Testamente entlehnen und erhalten.

Vergl. Fein, Fortsetzung von Glück's Commentar B. 44 S. 263 ff., S. 268.

Stellt man diesen Satz an die Spitze, so konnte gar kein Bedenken obwalten, daß die im (confirmirten) Codicille angeordneten Legate und Ademptionen gültig waren; denn im Testamente selbst getroffen würden sie gültig gewesen sein, weil bei Errichtung derselben der Institut noch lebte, der Grad also noch aufrecht stand, von welchem die Codicille confirmirt waren und folglich derjenige, von welchem die Legate gegeben waren, aus dessen Person sie Kraft gewannen (*vires capiebant*, vergl. l. 11 de leg. I., l. 33 §. 2 de A. R. D. 41, 1) noch existirte.

Scävola aber ist der entgegengesetzten Ansicht des Proculus, nach welcher die in den Codicillen nach dem Tode des Instituten getroffenen Verfügungen nichtig (*nullius momenti, vana*) sind.

Er argumentirt nämlich so: Nicht die Frage, ob das Berufte nach der *juris ratio* rechtsbeständig sei (*an datum consistat*), muß man an die Spitze stellen; zuvor muß man sich vergewissern, ob die factischen und natürlichen Voraussetzungen jeder *datio*, jedes Zuwendens, zu denen, wie unbestritten die Existenz Desjenigen, der empfangen soll, so auch die einer Person, welche geben soll (des *heres*)<sup>109</sup>), gehört, vorhanden gewesen sind; und erst dann, wenn dies feststeht, darf man fragen, ob das Zugewendete auch dem Rechte nach bestehe. Zeigt sich bei der ersten Frage, daß wegen eines Mangels in jenen natürlichen Voraussetzungen überhaupt nicht gegeben ist, so erledigt sich die zweite Frage ganz von selber; denn was überhaupt nicht gegeben ist, ist und bleibt nichtig, auch wenn es, wäre es gegeben, vom Standpuncte des Rechts aus gültig sein würde.

Dieser Gesichtspunkt verbunden mit der Erwägung, daß durch den Tod des Instituten die nur für den ersten Grad des Testaments angeordnete Confirmationsclausel zusammengefallen ist, führt im *pr. der lex cit.* zu der Entscheidung, daß die *codicillari* Verfügungen, welche, die Rechtsregel der *codicillari* rechtlichen Fiction zuerst in's Auge gefaßt, gültig sein würden, dennoch nichtig sind, wie ebenderjelbe Gesichtspunct in dem im §. 1 erwähnten Falle zu der am Schlusse vorgetragenen Entscheidung führt, daß der übrig gebliebene der beiden Eingesezten als allein gültig Belasteter auch allein für das ganze Legat hafte (von welcher Verpflichtung er nur aus Billigkeitsrückichten allenfalls entbunden werden mag, *l. 15 de jur. cod. 29, 7*, vergl. auch *l. 77 §. 29 de leg. II.*<sup>110</sup>).

Jetzt haben wir die Thatfache festgestellt, daß Römische Zu-

109) Daß diese Person der *heres* sei, also die Existenz eines *heres*, ist zwar keine absolute Nothwendigkeit für die *datio*, die Zuwendung überhaupt, wohl aber für das Römische Legat und dessen *ademptio* eine natürliche, weil begriffliche und logische Nothwendigkeit.

110) Darüber, daß man aus der *l. 14 de jur. codic.* auf die Anerkennung einer *tacita repetitio* vor dem Rescript des Severus nicht schließen könne (§. 1 spricht sogar ganz entschieden dagegen, daß Scävola dieselbe schon angenommen habe), s. gegen Fein, S. 266 ff., Arndts, Commentar B. 47 S. 273 bei not. 53, vergl. auch oben S. 77 Anm. 38.

risten und zwar mindestens zwei der allerhervorragendsten mitunter innerhalb der unwirksamen letztwilligen Zuwendungen noch unterscheiden zwischen solchen, die non data und solchen, die inutiliter data sind und daß sie auch an diese Unterscheidung, wo sie sie machen, practische Wirkungen anknüpfen, und zugleich sind wir auch nun in den Stand gesetzt, im Allgemeinen und ungefähr anzugeben, welchen Gesichtspunct sie bei jener Unterscheidung im Auge gehabt haben. Derselbe beruht darauf, daß inutiliter datum in diesem engeren Sinne ist, was aus einem Rechtsgrunde keine Gültigkeit hat, während es vom Testator als Zuwendung wirklich gewollt wurde, wohingegen non datum Dasjenige ist, was der Testator überhaupt nicht vollständig oder ernstlich oder was er auf einen gewissen Fall (Ausfall der Bedingung) gar nicht hat zuwenden wollen oder was er, wenn er einen ihm unbekanntem Umstand gekannt hätte, ernstlicher- und vernünftigerweise nicht zuwenden wollen konnte (Vermächtniß an oder von einem bereits Verstorbenen)<sup>111</sup>).

Danach werden wir z. B. alle Zuwendungen, die eine natürlich unmögliche Leistung zum Gegenstand haben, unter die non data zählen müssen, während alle Zuwendungen, die nur in Folge der Catonianischen Regel ungültig sind, als inutilia im engeren Sinne anzusehen sein werden.

Zwischen den angedeuteten Extremen giebt es aber Zwischenfälle, bei denen man im Zweifel sein kann: Sind sie non data oder bloß inutiliter data? z. B. die Ungültigkeit des Vermächtnisses einer res extra commercium hat zwar nach der richtigen Meinung nichts mit der Catonianischen Regel zu thun,

Arndts, Civil. Schriften II. S. 492, Windscheid, Pand. §. 638 not. 7,

denn ein solches Vermächtniß ist auch als ein bedingtes ungültig — aber andererseits beruht sie doch nur auf juristischer, möglicherweise sich erledigender Unmöglichkeit, nicht auf natürlicher. Und doch würden die Römer vielleicht diesen Fall, wo es dar-

111) Doch kann der Glaube an die Möglichkeit der Zuwendung, weil sie im Sinne des Testators doch gewollt war, ähnlich wie der Glaube an die Möglichkeit einer unmöglichen Bedingung,

Wächter, Druckbogen. Beilage XXV. Seite 12 II. Seite 14 no. 2, von Einfluß für die Frage nach der mens testatoris sein. S. I. 20 §. 1, 2 de hered. instit. 28, 5.

auf angekommen wäre, unter den Gesichtspunct des non datum rangirt haben.

Vergl. die, wie mir scheint, ebendahin zielende Bemerkung von Windscheid, §. 638 not. 7 fin. zu dem: furiosi est, talia legata testamento adscribere der l. 39 §. 8 de leg. I.

Vom Standpuncte der eben gemachten Unterscheidung aus gewinnt auch folgende scheinbar selbstverständliche Stelle eine tiefere Bedeutung und bestätigt wiederum andrerseits die gemachte Unterscheidung.

l. 4 de reb. dub. 34, 4. Paullus lib. XIX. resp. Paullus respondit: cum nomen fideicommissarii testamento adscriptum non sit, nulli personae neque certae neque incertae datum fideicommissum videri indubitatum est.

Der Sinn ist: Ein solches Fideicommiß ist non datum, aus dem natürlichen Grunde, weil es an einer Person fehlt, der im Testament gegeben wäre (vergl. die Erklärung der l. 14 de jur. cod. bei Anm. 109). Für dieses Resultat kommt gar nichts darauf an, ob es, abgesehen von diesem Mangel in der Bezeichnung und damit in der Thatsache des Gebens selbst, vom Rechtsstandpuncte aus utiliter (nämlich einer persona certa) oder inutiliter (einer persona incerta) zugebracht gewesen wäre. Einerlei, es ist eben non datum und um die Frage nach seiner juristischen Gültigkeit braucht man sich nun nicht erst zu kümmern. Hierbei muß man sich nur erinnern, erstens, daß bez. bis auf Justinian einer incerta persona, aber lediglich aus Rechtsgründen, letztwillig nichts zugewendet werden konnte und daß diese früher bei Fideicommissen nicht bestehende Beschränkung erst durch positive Satzung (Senatsschluß auf Hadrian's Betrieb), Gaj. II. 287, §. 25 Inst. II. 20, auch auf letztere und sogar auf Soldatentestamente ausgedehnt wurde, also überhaupt rein positiv ist. Zweitens aber um einen Fall zu finden, wo diese ganze Erörterung zu einem practischen Zwecke verwerthet werden konnte, wird man, wie ich meine, an die Lehre vom tacitum fideicommissum und namentlich an den in l. 123 §. 1 de leg. I. behandelten Fall denken können. Das tacitum fideicommissum nämlich ist ein (im Testament und von dessen Standpuncte aus) nicht gegebenes, ein non datum in diesem Sinne; es steht

draußen ganz verborgen in dem heimlichen vom Fiduciar abgelegten Restitutionsversprechen. Dem in l. 123 §. 1 erwähnten Fideicommiß aber hat der Testator in *fraudem legis* das täuschende Gewand eines im Testamente niedergeschriebenen Fideicommisses, eines *datum fideicomm.* angezogen; er hat es erwähnt, aber ohne Bezeichnung der Person, die bloß der Fiduciar weiß. Ist es nun *datum* — offen gegeben — und daher nicht eripirbar oder ist es doch *non datum* und daher als heimlich außer dem zu publicirenden Testamente zugewendet dem Fiscus verfallen? Das letztere, *respondit Marcellus* in l. 123 §. 1 de leg. I. und Paullus in unsrer l. 4 de reb. dub. fügt hinzu: es ist *non datum* aus demselben Grunde, den auch Marcellus andeutet, weil die Bezeichnung der Person des Bedachten fehlt; und selbst wenn der Fiduciar einwendete: Ich sollte ja aber was mir zu restituiren geheißen war gar nicht an eine unfähige *persona certa*, sondern an eine *persona incerta*, z. B. einen *postumus alienus*, der sich nachgehends freilich auch als *incapax* herausstellte, restituiren und selbst wenn also das Fideicommiß offen im Testamente angeordnet gewesen wäre, würde es ja doch nicht rechtsbeständig, es würde *inutile* gewesen und bei mir *pro non scripto* geblieben sein, wird ihm vom Fiscus erwidert: Darauf, ob das Fideicommiß, wäre es wirklich *datum* (im Testament gegeben) gewesen, juristisch gültig oder ungültig gewesen wäre, kommt gar nichts an, genug daß es, welche Frage eben stets präjudiciell ist, *non datum d. h. eben hier tacitum fideicommissum* ist<sup>112)</sup>.

Im Sinne der eben dargelegten Unterscheidung ist das Prälegat seinem ganzen Umfange nach ein gegebenes, ein nach dem Willen des Testators dem Prälegatar Zugedachtes, aber zu dem Theile, zu welchem es vom Prälegatar-Erben sich selber gegeben ist, ist es als Vermächtniß unwirksam, aus Rechtsgründen un-

112) Fernere Spuren der Unterscheidung dürften außer in der bekannten Thatsache, daß *legatum ademptum* wie ein *non datum* behandelt wird, wonach letzterer Ausdruck doch einen bestimmten technischen Sinn gehabt haben muß, noch in manchen andern Stellen sich finden, z. B. l. 1 §. 4 de his, quae in test. 28, 4, l. 18 §. 3 de alim. leg. 34, 1, l. 67 §. 9 de leg. II., l. 67 pr. eod. *utrum ergo non consistit, quod datur*. Unter den neuern Juristen ist mir nur Donellus *erinnerlich*, der dieser Unterscheidung als einer von selbstständiger Bedeutung gedenkt, *comm. jur. civ. VIII. cap. 2 am Schl.*

gültig und daher ein *legatum (fideicommissum) inutiliter datum*.

Was den ersten Theil dieser Behauptung anlangt, so heißt das: Indem der Testator ein Prälegat anordnet, will er dem Prälegatar den ganzen Gegenstand desselben zuwenden,

1. 34 §. 1 de leg. II. *quaero an huiusmodi scriptura integrum praedium singulis datum esse videatur und: si integrum praedium relictum esse videtur — l. 86 ad leg. Falc. 35, 2 respondi, Titium legata integra retinere debere, l. 18 §. 2 de his quae ut ind. 34, 9 praedium integrum esse relinquendum,*

sein Zuwendungswille — und dieser Wille ist eine reine Thatsache — ist ein einheitlicher und ungespaltner,

1. 18 §. 2 cit., vgl. oben §. 2 Seite 13 ff.,

ihm kommt es bloß darauf an, daß der Prälegatar das ganze ihm Zugedachte bekomme, wobei es ihm an sich sehr gleichgültig ist, aus welchem Rechtstitel er dasselbe bekommt oder behält. Darüber entscheidet dann die *ratio juris*, nach welcher er den auf die Erbquoten der Miterben fallenden Theil natürlich stets nach Vermächtnißrecht hat, den auf die ihm bestimmte Erbquote fallenden aber bald nach Erbrecht bekommt, präcipirt oder retinirt, bald, wenn er nicht Erbe wird, aber hinter ihm nach ein andrer mit dem Legate Belasteter steht, ihn von diesem nach Vermächtnißrecht erhält,

- neque enim rationem juris et possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis, l. 18 §. 2 de his quae ut ind. 34, 9.*

Erst wenn das Recht gar keine Mittel und gar keinen Weg darböte, auf welchem der Prälegatar das Prälegat ganz bekommen und beziehentlich behalten könnte, würde dieser thatsächlich totale Zuwendungswille des Testators nothwendigerweise erfolglos bleiben.

Aus diesem thatsächlich auf Zuwendung des ganzen Prälegats gerichteten Willen des Erblassers erklären sich nun die oben §. 2 unter 1—3 aufgeführten Eigenthümlichkeiten des Prälegats:

- 1) Daß der Prälegatar, welcher nicht Erbe wird und daher

den ihm ebenfalls zugebachten, auf seine ursprüngliche eigne Erbquote fallenden Theil des Prälegats nicht nach Erbrecht bekommen kann, ihn dennoch als Vermächtniß beanspruchen darf<sup>113)</sup>, vorausgesetzt natürlich, daß eben noch ein Andern (Theilerbe oder Substitut) vorhanden ist, der, weil die Erbquote des wegfallenden Prälegatars an ihn gelangt und er selber secundär mit dem Prälegat belastet ist, auch für diesen Theil desselben nunmehr zu haften beginnt.

2) Daß der Erbe gewordne und mit Vermächtnissen überlastete Prälegatar den seiner Erbquote entsprechenden Theil des Prälegats zurückbehält, aber in die Quart sich imputiren muß. Denn er bekommt und hat diesen Theil nach Erbrecht, weil er ihn gemäß der *ratio juris* nicht nach dem Rechte des ihm inutiliter gegebenen Legats haben kann, und zugleich hat er ihn, den Willen des Testators angesehen, direct aus dessen *Judicium*. Was ich aber nach Erbrecht und zugleich aus dem *Judicium* des Testators habe, das muß ich mir in die Quart einrechnen<sup>114)</sup>.

3) Ist dem Prälegatar auferlegt, seinen Erbtheil (*portio nem hereditatis, hereditatem*) zu restituiren, so fällt zwar der seiner Erbquote entsprechende Theil des Prälegats in das *Universalfideicommiss*,

l. 18 §. 3 ad SC. Trebell. 36, 1,

aber dies geschieht m. Er. nach lediglich *ex ratione juris*, nämlich zuerst bewirkt die *ratio juris*, daß er diesen Theil nicht nach Legatenrecht, sondern nach Erbrecht hat, weil ihm derselbe als Vermächtniß von sich selbst inutiliter gegeben war, und sodann bewirkt die *ratio juris*, indem nämlich nach l. 18 §. 3 ad SC. Trebell.,

vgl. Meunier, instit. ex re certa, S. 439,

*portio hereditatis* soviel heißt, wie seine des Prälegatars Erb-

113) Ganz dasselbe gilt von dem suus, der abstinirt, weil ihn der Prätor mit demjenigen gleich behandelt, welcher das *liberum arbitrium ad eundae hereditatis* hat, l. 89 de leg. I.

114) Was ich nach Erbrecht habe, habe ich natürlich in der Regel auch aus dem *Judicium* des Testators. Es kann aber vorkommen, daß ich etwas nach Erbrecht und doch nicht aus dem *Judicium* des Testators habe und das brauche ich dann nicht in die Quart zu imputiren. l. 22 §. 2 ad SC. Trebell. 36, 1, Windscheid, Pand. §. 652 in not. 20.

quote, daß Alles, was er in dieser nach Erbrecht hat, also auch jener Theil des Prälegats unter das nomen juris hereditatis fällt, welches den Gegenstand des Universalfideicommisses bildet.

Aber nach dem Willen des Testators, nach welchem das Prälegat eine ungetheilte Zuwendung an den Prälegatar sein soll, muß dem Letzteren nun auf welche Weise es immer gehen mag, gerade so wie in den Fällen der l. 18 §. 2 de his, quae ut ind. 34, 9 und beziehentlich der l. 16 §. 3 ad SC. Trebell. dem mit der ratio juris eigentlich nicht recht stimmenden Willen des Erblassers Wirkung verschafft wird, das ganze Prälegat einschließlich seines eignen Erbtheils daran belassen werden, vorausgesetzt natürlich, daß der Testator nicht etwa bei Anordnung des Universalfideicommisses den entschiednen Willen an den Tag gelegt hat, daß der Prälegatar auch das (ganze) Prälegat restituiren solle, was der Fall ist, wenn er schlechthin die Restitution der portio (nicht der portio hereditaria) des Prälegatars,

l. 3 §. 4 ad SC. Treb. 36, 1,

oder die von: quidquid ex hereditate ad eum pervenerit,

l. 16 Cod. de fideicomm. 6, 42,

anbefohlen hat.

Daraus erklärt sich nun m. Er. nach die bekannte l. 86 ad leg. Falc. 35, 2, welche wohl nur dann mit l. 18 §. 3 ad SC. Trebell. 36, 1 in einem und zwar schwerlöslichen Widerspruche steht, wenn man in der letztern nicht nur ausgedrückt findet, daß der betreffende Prälegatsheil nach Rechtsgrundsätzen in das Fideicommiß falle, sondern auch, daß derselbe nach dem Willen des Testators an den Fideicommissar restituirt werden müsse. Letzteres ist allerdings wohl die herrschende Ansicht. Von ihr geht namentlich Buchholz im ganzen 18. Capitel aus, vgl. besonders S. 473. Anders Claussen, S. 185.

l. 86 ad leg. Falc. 35, 2. Julianus l. 40 Dig. Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit fideique eius commisit, ut hereditatem retenta quarta parte Secundae et Proculae restituat; eadem fratri quaedam praedia praelegavit; quaero, an Titius ea, quae praelegata sunt, etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est ut restituere, restituere an integra retinere debeat. Respondi, Titium

legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum; sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matris familiae lex Falcidia induceretur.

Julian setzt zwei Fälle:

1) Dem Drittelserben Titius, welchem gewisse Grundstücke prälegirt sind, ist das Universalfideicommiß auferlegt, seine Erbportion, jedoch unter Zurückhaltung des vierten Theils derselben, zu restituiren;

2) es ist ihm schlechthin, ohne Hinzufügung jenes Zusatzes: retenta quarta, auferlegt, seine Erbquote zu restituiren.

Für beide Fälle entscheidet Julian, daß Titius die ganzen Prälegate, sowohl was er von den Miterben empfing, als was auf seine eigne Erbquote fällt, retiniren dürfe, also thatsächlich den Universalfideicommissarien nicht zu restituiren brauche; aber im ersten Falle brauche er nur den zwölften Theil der gesammten Prälegate, entsprechend dem vierten Theile, welchen er nach der ausdrücklichen Anordnung des Testators von seiner Erbquote zurückhalten sollte, in diesen zu retinirenden vierten Theil, im zweiten aber müsse er den dritten Theil derselben, also alles, was davon auf seine eigne Erbquote fiel, in die Falcidia sich einrechnen. Also, wenn der Gesamtnachlaß 12000, der Werth der prälegirten Grundstücke 1200 beträgt, so behält Titius natürlich in allen Fällen die 800 der Prälegate, die von den Miterben kommen. Was dagegen seinen Drittelerbtheil von 4000 betrifft, so behält er im ersten Falle (vom Testator angeordnete Retention des Viertels) 400 Rest der Prälegate und 1000 zurückzubehaltendes Erbtheilsviertel, wovon er sich aber 100 ( $\frac{1}{2}$  des Prälegats) einzurechnen hat, also er retinirt reell 1300 und restituirt reell 2700. Im zweiten Fall (durch das Gesetz gegebne Quart) retinirt er auch die 400 Rest des Prälegats, die er sich aber in die Quart voll imputiren muß und zieht dazu noch 600 ab, behält also 1000 zurück und restituirt reell 3000.

Der Grund der Verschiedenheit ist von der hier vertretenen Ansicht aus folgender: Im ersten Falle ist, den Willen des Testators angesehen, ein doppelter Abzug zu Gunsten des

Fiduciars angeordnet, erstens der des Prälegats, soweit es in die Erbquote fällt = 400,

denn da der Testator die Restitution des Prälegats nicht mit angeordnet hat, so will er trotz der verfügten Restitution der Erbschaft, daß der Prälegatar nichts vom Prälegat einbüßen soll,

vgl. Neuner, hered. instit. ex re certa S. 435, 436, auch Windscheid, Pand. 666 not. 5 zweiter Satz,

und zweitens der des vierten Theils der Erbquote selbst. Da aber beide vom Testator gewollte Abzüge in dem zwölften Theile der Gesamterbschaft und des Prälegats (letzterer = 100) zusammentreffen und doppelter Abzug vom Testator natürlich nicht gewollt ist, so muß der Fiduciar und zugleich Prälegatar sich dieses Zwölftel in die Quart seiner Erbquote, deren Rückhaltung von der Restitution ihm vom Erblasser ausdrücklich gestattet ist, einrechnen, wodurch nun schon nach vorjustinianischem Rechte der Erfolg erreicht wurde, daß die Restitution ex Trebelliano und nicht ex Pegasiano geschah.

Im zweiten Falle ist blos ein Abzug vom Testator wirklich gewollt, resp. gestattet, nämlich der der 400 des auf das Erbdrittel des Titius fallenden Prälegats. Da aber dieser die Quart nicht erfüllt, so gewährt das Gesetz dem Titius die Befugniß, die volle Quart = 1000 abzugeben. Macht der Fiduciar Titius hiervon Gebrauch, womit er sich seinerseits mit dem Willen des Testators eigentlich in Widerspruch setzt,

l. 86 fin. ad leg. Falc. 35, 2,

so muß er sich eben deshalb soviel in die Quart imputiren, als er (im Prälegat) nach dem Willen des Testators zurückbehalten sollte, d. h. eben die ganzen 400 des im Drittel enthaltenen Prälegats. Denn diese hat er ex judicio testatoris und (wenigstens nach der oben §. 1 am Schl. angenommenen Ansicht) auch wirklich jure hereditario. Nach älterm Rechte, von dessen Gesichtspuncte aus natürlich Julian geschrieben hat, blieb der Fiduciar in diesem zweiten Falle allein Erbe und mußte sich gegenüber dem Fideicommissar durch stipulationes partis et pro parte decken, so daß dieser letztere  $\frac{3}{4}$  der Schulden zur Vertretung übernahm und ihm selbst nur die Vertretung von  $\frac{1}{4}$  derselben blieb; nach Justinianischem Rechte stellt sich die Sache so, daß

diese Vertheilung der Vertretung von selbst durch die Restitution erfolgt.

Was die *ratio juris* in diesen Fällen bewirkt, ist meiner Ansicht nach nur Folgendes: Erstens bewirkt sie, daß ein Universal-fideicommiss und kein Singular-fideicommiss vorliegt, obwohl thatsächlich ein Abzug von der Erbschaft gewollt ist und auch wirklich realisirt wird, und daß demgemäß nach neuerem Rechte in Betreff des Uebergangs der Actionen u. s. f. überall die Grundsätze des *SC. Trebellianum* eintreten. Zweitens bewirkt sie, daß das dem Erbdrittel des Titius entsprechende Drittel des Prälegats, welches er thatsächlich stets zurückbehält, natürlich beim Antritt der Erbschaft von ihm nach Erbrecht gehabt wird und auch niemals nach dem Rechte eines directen Vermächtnisnehmers von ihm gehabt werden kann, sondern nach der Restitution entweder nach Erbrecht fortgehabt oder nach dem Rechte eines Rücksingularvermächtnisses zurückerworben wird (vergl. oben §. 1 am Schlusse)<sup>115)</sup>.

4) In ganz ähnlicher Weise, wie vorstehend, verhält es sich mit der in l. 18 §. 2 de his, quae ut ind. 34, 9 erwähnten Eigenthümlichkeit des Prälegats, wonach, wenn der *Fiscus* ein *tacitum fideicommissum hereditatis* einzieht, dem *Fiduciar* das ganze Prälegat zu belassen ist,

f. darüber die Erörterung in §. 2 C. 12 ff.

115) Vgl. über diese Stelle und ihre verschiedenen Erklärungen Vangerow, II. §. 536 C. 482 und §. 523 C. 419 und die daselbst Citirten, über die verschiedenen Lesarten v. d. Pfordten, C. 97, der schon die von Rommen recipirte obige Lesart vorschlägt. Gegen die Folgerung Vangerow's, daß, weil die Einrechnung in die *Quart* nur ein anderer Ausdruck für die Restitutionsverbindlichkeit sei, eine wirkliche Restitution jenes Prälegatentheils Platz greifen müsse, wenn vom Abzug der *Quart* aus irgend einem Grunde keine Rede sei, macht mich nicht nur die Entscheidung der l. 18 §. 2 de his, quae ut ind. 34, 9 bedenklich, wo von einem Rechte des *Fiduciar*s auf die legale *Quart* nicht die Rede sein kann, sondern auch der Umstand, daß *Julian* in l. 86 ad leg. *Falcid.*, ohne alle Beschränkung erklärt, daß die *Retention* jenes Prälegatentheils Platz greife. Wie nun, wenn derselbe die *Quart* der Erbquote des Prälegatars überstiege? Dies ist sehr wohl möglich, wenn der Werth des Prälegats mehr als  $\frac{1}{4}$  der Gesamterbschaft und doch nicht soviel beträgt, um die Miterben in ihrer *Quart* zu verlegen, z. B. wenn die Erbschaft 12000, das Prälegat 6000 beträgt, behält dann Titius im zweiten Falle wirklich bloß 1000 von den auf seine *Quote* fallenden 2000 des Prälegats zurück, restituirt 1000 davon dem *Fiduciar* und retinirt also doch nicht das ganze Prälegat?

## §. 14.

## Natur der inutilitas des Prälegats.

Daß, was den zweiten Theil unsrer obigen Behauptung (S. 217) betrifft, das Vorvermächtniß zu dem auf die Erbquote des Prälegatars fallenden Theile inutile sei, nicht consistire, steht nach den oben namentlich in §. 3 aufgeführten Quellenstellen fest und ist auch niemals, außer höchstens von Claussen, ernsthaft bezweifelt worden. Streit herrscht nur über die Natur dieser inutilitas, vornehmlich darüber, ob sie anfängliche oder erst nachträglich durch den Erbantritt des Prälegatars eintretende Ungültigkeit sei. Die für die letztere Ansicht angezogenen Quellenstellen haben wir in §. 4 als unbeweisend darzustellen unternommen und in §. 6 gezeigt, daß die im Interesse jener Ansicht gemachten Versuche, der l. 75 §. 1 de leg. II. einen andern als den gewöhnlich angenommenen Sinn abzugewinnen, nicht als gelungen angesehen werden können. Daß die Ausdrücke, in welchen von der theilweisen Unwirksamkeit des Prälegats gesprochen wird, legari non posse, inutile esse, non consistere, präsumtiv auf eine schon von Anfang an bei der Errichtung vorhandene Ungültigkeit hindeuten, kann schwerlich bestritten werden, wenn auch andererseits zugegeben werden mag, daß dadurch die Möglichkeit nicht absolut ausgeschlossen ist, sie könnten auch allenfalls bedeuten: das Legat bestehe zu einem Theile als solches nicht, evanescere legatum pro parte, sobald der Legatar Erbe geworden (Arndts, Commentar S. 110 not. 94), es komme, obwohl von Anfang an gültig, ex post facto in einen Fall, a quo incipere non potuit und werde dadurch inutile (v. d. Pfordten S. 18 not. h). Wenn auch für die practischen Consequenzen grade beim Prälegat von geringerer, ist die Entscheidung dieser Frage doch von theoretischem Standpuncte aus nicht nur für die ganze Auffassung des Prälegats, sondern auch für die Lehre von der Ungültigkeit der Vermächtnisse, den wahren Grund und Sinn der regula Catoniana u. s. w. von sehr erheblicher Bedeutung. Da es aber directe Stellen, wenn man die obigen in §. 3 und 6 angeführten nicht für beweisend anerkennt, nicht giebt, so müssen wir die Sache zunächst einigermaßen von der Peripherie aus angreifen.

Jedes Vermächtniß hat, abgesehen von der Fähigkeit des Erblassers und den formellen Erfordernissen seiner Errichtung, zu seinem rechtlichen Ent- und Bestehen dreierlei nöthig: einen Gegenstand, der vermacht wird und zwei Personen, eine, welcher (Honorirter) und eine, von welcher vermacht wird (Onerirter). Der Gegenstand geht uns hier weiter nichts an. Was die Personen betrifft, so müssen sie, damit das Vermächtniß rechtsbeständig sein kann, so beschaffen sein, daß dasselbe ex iis vires capere potest. Ist es gewiß, daß das Vermächtniß entweder in der Person dessen, der als Bedachter, oder in der Person dessen, der als Belasteter gesetzt und in Aussicht genommen ist, keine Kräfte gewinnen, nicht wirksam werden kann, so ist das Vermächtniß von Anfang an ungültig. An und für sich nun ist der Erbe durchaus eine Person, aus welcher, mag er als Bedachter oder Belasteter gesetzt werden, das Vermächtniß Kräfte gewinnen kann. Ganz richtig bemerkt Brinz, Pand. S. 881: „Daß dem Erben etwas vermacht werde, dem stehe weder von Rechtswegen noch von Natur aus etwas entgegen“, was schon daraus evident wird, daß das Prälegat wenigstens theilweis gültig ist und daß jedem, auch dem Totalerben, von einem Vermächtnißnehmer (durch Fideicommiß) vermacht werden kann; — und daß vom Erben vermacht, daß dieser als Belasteter gesetzt und gedacht werde, dem steht nicht nur nichts entgegen, sondern er ist sogar der regelmäßige Belastete und, vom Standpuncte des altrömischen Legats aus angesehen, die einzige Person, die belastet werden kann.

Anders aber verhält es sich, wenn der Bedachte identisch ist mit demjenigen, aus dessen Person als Belastetem das Vermächtniß Kräfte gewinnen soll. Dann nämlich ist das Vermächtniß entweder ungültig, wenn kein Anderer gefunden werden kann, aus dessen Person, ihn als Belasteten gedacht, dasselbe vires capere potest, oder es ist zwar gültig, aber nur wenn und weil ein solcher Anderer vorhanden ist und als mit dem Vermächtniß belastet gedacht werden kann. Darüber haben wir mehrere Stellen, die zwar zunächst nur von Fideicommissen handeln, die aber (vergl. auch l. 104 §. 3 de leg. I.) mindestens ebenso gut vom Damnationslegate gelten und nach der Gleichstellung der Fideicommissen und Legate im Justinianischen Recht

auch auf jedes Vermächtniß überhaupt angewendet werden müssen, falls nicht ein besonderer Grund nachgewiesen werden kann, ihre Anwendung lediglich auf das eine Obligation des Oneraten erzeugende Vermächtniß einzuschränken.

l. 11 de leg. I. — (Papinianus libro IX. Quaestionum) —

Cum filio familias vel servo alieno legatum vel hereditas datur, fidei committi patris vel domini potest; ac tunc demum ex persona ipsorum fideicommissum vires capit, cum ipsis, per quos commodum hereditatis vel legati patri dominove quaeritur, fideicommissum relinquitur. Denique Julianus non insubtili ratione motus patrem, cuius filius heres institutus est, extero quidem habita ratione legis Falcidiae restituere hereditatem respondit, quoniam ex persona filii teneretur, ipsi vero filio non admissa Falcidia, quoniam ex persona sua sibi filius obligari non posset, ac pater non ut heres, sed ut pater rogari videtur. Et ideo si filio rogatus sit pater post mortem suam, quod ad se pervenit ex legato vel hereditate filio relictis, restituere, isque vivo patre decedat, omnimodo patrem id retenturum, quoniam fideicommissum ex persona patris vires acceperit.

l. 69 §. 2 de leg. II. Papinianus l. XIX. Quaest.

Mater filio impubere herede instituto, tutorem eidem adscripsit eiusque fidei commisit, ut, si filius suus intra quatuordecim annos decessisset, restitueret hereditatem Sempronio; non ideo minus fideicommissum recte datum intelligi debet, quia tutorem dare mater non potuit. Nam etsi pater non iure facto testamento tutoris fidei commiserit, aequae praestabitur, quemadmodum si iure testamentum factum fuisset; sufficit enim, ut ab impubere datum fideicommissum videatur ab eo dari, quem is, qui dabat, tutorem dederat, vel etiam tutorem fore arbitrabatur. Idem in curatore impuberis vel minoris annis debet probari; nec interest, tutor recte datus vivo patre moriatur vel aliquo privilegio excusetur vel tutor esse non possit propter aetatem, cui tutor fuerat datus; quibus certe casibus fideicommissum non intercidit, quod a *pupillo datum* videtur. Hac denique

ratione placuit, a tutore, qui nihil accepit, fideicommissum pupillo relinqui non posse, quoniam, quod ab eo relinquitur extero, non *ipsius proprio*, sed pupilli iure debeatur.

Die erste dieser beiden Stellen ist eine vielbesprochene, namentlich wegen ihres mit dem caducarischen Rechte zusammenhängenden Schlusssatzes,

vergl. Bangerow, Band. II. §. 521 S. 403; Arndts, Comment. B. 47 S. 202 not. 50 und die daselbst Citirten; über die zweite Stelle s. Cujac. XIX. quaest. Pap. IV. 543 F. 557.

Für uns haben dieselben folgende Bedeutung:

Von dem Vater oder Herrn eines zum Erben eingesetzten Haussohnes oder Slaven konnte nach vorjustinianischem Rechte kein Legat (Ulp. 24, 21), wohl aber ein Fideicommiß hinterlassen werden. Ein solches Fideicommiß aber, obwohl dem Ausdruck nach vom Gewalthaber gegeben, gewinnt trotzdem regelmäßig, nämlich, wenn es einem extero hinterlassen ist, Kraft nicht aus der Person des Vaters oder Herrn, sondern aus der des Gewaltuntergebenen, so daß also der Gewalthaber in allen rechtlichen Beziehungen so behandelt wird, als ob er nicht aus eigenem Rechte, sondern nur wie ein Repräsentant des subjectus für das Vermächtniß haftete.

Gleichermaßen (zweite Stelle) kann von dem im Testament ernannten Vormunde eines instituirten Unmündigen, mag die Ernennung rechtlich gültig sein oder nicht, ein Vermächtniß hinterlassen werden; aber auch dieses Vermächtniß wird angesehen, als ob es nicht vom Vormunde, sondern vom Pupillen selbst gegeben wäre und der Vormund haftet dafür nicht aus seinem eignen, sondern aus dem Rechte des Pflegbefohlenen.

Wenn aber jenes Fideicommiß der erstern Stelle nicht einem Fremden, sondern dem Gewaltuntergebenen selbst hinterlassen ist, durch welchen voraussetzlich dem Gewalthaber die Erbschaft (das Legat) erworben wird, dann empfängt das Fideicommiß seine Kraft nicht, wie im ersten Falle aus der Person des Gewaltuntergebenen, sondern aus der Person des Gewalthabers.

Ebenso, wenn (zweite Stelle) dem Pupillen selbst vom Vor-

munde hinterlassen ist, so empfängt, sofern es möglich ist den Tutor, weil ihm selbst etwas hinterlassen ist, als Belasteten zu denken, das Vermächtniß Kraft, nicht wie im ersten Falle aus der Person des Pupillen, sondern aus der eignen Person des Vormunds, wo dies aber nicht möglich ist, weil der Tutor nichts aus dem Nachlaß capirt, da ist das dem Pupillen hinterlassene Vermächtniß ungültig, *relinqui non potest*.

Der Grund ist in beiden Stellen ganz derselbe, nämlich wenn man das Fideicommiß vom Vater an den instituirten Sohn ebenso, wie das an einen Fremden, seine Kraft empfangen ließe *ex persona filii*, so würde es ungültig sein, weil aus seiner eignen Person der Sohn sich selber nicht obligirt werden kann (*quoniam ex sua persona sibi filius obligari non posset*); und ebenso in der zweiten Stelle, wenn dem Pupillen von dem Vormunde, der nichts aus dem Testament empfing, vermacht ist, Legterer also nur aus der Person des Pupillen haften kann, ist das Vermächtniß ungültig, weil es dem Pupillen nur aus dessen eignen Rechte geschuldet werden könnte, dieser also sich selber dafür haftbar sein müßte.

Der Unterschied zwischen L 11 de leg. I. und L 69 §. 2 de leg. II. besteht in der hier fraglichen Beziehung lediglich darin, daß im Falle der L 11 es möglich ist, den Vater, welcher durch den Sohn die Erbschaft oder das Legat erwerben kann, als diejenige Person anzusehen, aus welcher, als belasteter, das Fideicommiß seine Kraft empfängt, ihn also als aus eigener, nicht aus der Person des Sohnes haftend zu denken, während dies bei dem Vormund, der *nihil capit*, unmöglich ist.

Das diesen Entscheidungen zu Grunde liegende Princip und die Regel: *heredi a semet ipso etc.* sind aufs engste verwandt, ja im Grunde sind beide identisch, nur daß die Regel ihrer Fassung nach speciell für das eigentliche Legat vom Erben berechnet ist. Dies hat Cujacius schon erkannt, indem er am Schlusse seiner Erklärung der L 69 §. 2 de leg. II. sagt:

*et pari ratione si a tutore qui nihil capit fideicommissum relinquitur pupillo, inutile est fideicommissum, quia heredi a semet ipso relictum videtur, vergl. auch die Glosse datum zu dieser Stelle.*

Denn der allgemeine unterliegende Gedanke ist der: Wenn

ein Vermächtniß so angeordnet ist, daß als Belasteter dieselbe Person gesetzt ist oder gedacht werden müßte, welcher zugleich die durch dasselbe zu realisirende Zuwendung bestimmt ist, welche also zugleich als Honorirter gesetzt und gedacht wird, so ist das Vermächtniß ungültig.

Der Grund davon ist uns allerdings zunächst bloß für das obligatorische Vermächtniß deutlich angegeben in der l. 11 de leg. I.; das Vermächtniß ist außer Stande und zwar in Folge der Art und Weise, wie es angeordnet ist, außer Stande, diejenige reelle Zuwendung, welche durch dasselbe herbeigeführt werden soll, nämlich die Begründung eines obligatorischen Rechts zu Gunsten des Bedachten jemals herbeizuführen, es kann diesen, den einzig gewollten Erfolg nicht haben und ist daher überhaupt nutzlos, inutile im eigentlichen Sinne.

Daß, wenn das Vermächtniß nur eine Obligation des Erben zum Inhalt hat, diese zu dem dem Erbtheil des Prälegatars entsprechenden Theile wirklich nichtig ist, das erkennt auch Arndts, der besonnenste und umsichtigste Verteidiger der Evanescentztheorie an. (Pand. §. 544 bei not. 2.) Wenn man aber das zugesteht, so wird man sich wohl schwerlich der Consequenz entziehen können, daß auch das Prälegat selbst, insofern zu diesem Theile der Prälegatar als Belasteter gesetzt und gedacht ist, fehlerhaft angeordnet und daher von Anfang an ungültig sei.

Vergl. auch Arndts, Comment. S. 71 not. 25.

Zu demselben Resultate gelangt man, wenn man das in der l. 11 de leg. I. erwähnte vires capere in Betracht zieht. Jedes auf Beschaffung eines Erwerbs gerichtete Geschäft, und ein solches ist das Vermächtniß ebenso wie die stipulatio, hat einen Zeitpunkt, in welchem es vires capirt und wenn es in diesem Zeitpunkt vires nicht capirt bez. capiren kann, ist es ungültig. Die Stipulation, auch die bedingte, capirt vires ex praesenti und daher ist z. B. die Stipulation eines Mißbrauchs Seiten eines Erbschaftsclaven, auch wenn sie unter einer Bedingung geschieht, von Anfang an ungültig, weil ususfructus sine persona esse non potest, und wird nicht etwa

dadurch wirksam, daß die Bedingung nach dem Antritt des Erben eintritt (l. 26 de stip. serv. 45, 3).<sup>116)</sup>

Für das Legat ist der Zeitpunkt des vires capere der dies cedens d. h. der Moment, in welchem der Vermächtnißnehmer einen festen, bez. wenn die Beschaffenheit des Gegen-

116) Wie verträgt sich aber das mit dem, wenn auch offenbar nicht ohne Widerspruch durchgedrungenen Satze, daß ich mir meine eigne Sache unter einer Bedingung allerdings gültig stipuliren kann, l. 98 pr. de V. O. 45, 1, l. 41 §. 2 de leg. I., welche letztere Stelle übrigens für die im Text verteidigte Bedeutung des vires capere ein nicht unbedeutendes Argument abgeben dürfte. Ich meine so: Diejenigen Juristen, welche die Gültigkeit auch der bedingten Stipulation der eignen Sache leugneten, hielten streng und wörtlich an der Regel: stipulatio ex praesenti vires accipit. Die Andern, die Anhänger der recipirten gegentheiligen Meinung, hielten zwar ebenfalls an diesem Satze fest, beschränkten aber seine Wirkung für die bedingte Stipulation auf jene Fälle, in welchen die Regel: extinguitur obligatio, si in eum casum pervenit, a quo incipere non poterat wirklich allenthalben wahr ist; also, wenn der Umstand, welcher nach der Regel: stipulatio ex praesenti vires accipit der Gültigkeit der bedingten Stipulation entgegenstand, von der Beschaffenheit war, daß er später eintretend auch eine gültig geschlossene Stipulation unter allen Umständen und ohne Möglichkeit des Wiederauflebens vernichtete, den Schuldner definitiv liberirte (vergl. l. 98 §. 8 de solut. 46, 3), dann war auch die bedingte Stipulation, bei deren Abschließung ein solcher Umstand vorhanden war, von Anfang an ungültig; wenn nicht, z. B. stipulirt ein Erbschafts-sclav den Nießbrauch oder irgend Jemand eine res extra commercium oder einen freien Menschen bedingt, so ist die Stipulation, obwohl der Nießbrauch durch die aditio eine genußberechtigte Person bekommen, die Sache verkehrsfähig, der Freie Sclav werden könnte, doch von Anfang an ungültig. Denn auch wenn ich mir den Nießbrauch oder eine im Privatverkehr befindliche Sache oder einen Sclaven gültig stipulire, nachgehends aber sterbe ich, die Sache kommt extra commercium oder der Sclav wird (ohne Zuthun des promissor) freigelassen, so fällt die gültig geschlossene Stipulation sicher und ein für allemal zusammen; wenn ich mir aber eine fremde Sache stipulire und diese kommt nachgehends in mein Eigenthum, so fällt die Stipulation nicht unter allen Umständen zusammen, sondern bloß dann, wenn ich mir die Sache ex lucrativa causa stipulirte und sie auch ex lucrativa causa erwarb (vergl. l. 83 §. 6 de V. O. 45, 1).

Ein Theil der hier einschlagenden Fragen ist vom Standpunkte der mildern Meinung aus namentlich von Paullus l. 83 §. 5--7, l. 140 §. 2 de V. O. 45, 1, l. 98 §. 8 de solut. 46, 3) behandelt worden; die ganze Sache hängt aber mit sehr schwierigen, theilweis auch unter den römischen Juristen selbst bestrittenen Materien zusammen (Regel: quae in eam causam etc., media tempora non nocent, concursus duarum causarum lucrativarum, eadem causa et liberandi et obligandi esse non potest, vergl. Vat. fr. 75 fin., l. 83 §. 5 de V. O. 45, 1; auch die controverse Frage nach dem periculum beim bedingten Kauf, l. 8 pr. 18, 6, Brinz., Pand. S. 1487, gehört mit hierher; die Waare ist constitutives Element des Kaufs und zugleich Object nur der einen aus derselben entspringenden Obligation u. s. f. Diese Dinge sind von mir hier erwähnt worden, um zu zeigen, daß sie auch nach der recipirten Ansicht meiner Aufstellung über die Bedeutung des vires capere nicht widersprechen.

standes es gestattet, auf die Erben transmissibeln Anspruch auf den Erwerb des zugewendeten Rechts erhält, obwohl er letzteres selbst erst beim dies veniens, also in der Regel mit der Erbschaftsantretung erwirbt. Vires capere, diem cedere und debere incipere sind in der That identisch, sind nur verschiedene, nach verschiedenen Gesichtspunkten gewählte Ausdrücke für dieselbe Sache, sowohl bei der Stipulation als auch bei der letztwilligen Zuwendung.

Vergl. z. B. l. 213 de V. S. 50, 16; Cujac. XXXII. Dig. Juliani zu l. 9 de opt. leg. Opp. VI. 215 F. 233 diem cedere legati et vires accipere idem esse.

Für diejenigen Legate, deren dies mit dem Tode des Testators cedirt, legt die Catoniana, was die Gültigkeitsfrage betrifft, den Zeitpunkt des vires accipere und des dies cedens in diesem Sinne (nicht in dem Sinne der Transmision) auf den Moment der Errichtung zurück, weil der im Testamente niedergelegte Wille des Testators in der That der letzte ist, den er als für letztwillige Verfügungen rechtlich beachtbaren und wirksamen überhaupt gehabt hat. So lange das Testament steht, ist eben der in ihm ausgesprochene Wille wirklich die ultima voluntas des Testators — einen neuern hat er bis zu seinem Tode nicht gehabt<sup>117)</sup> — und fällt das Testament zusammen, so ist entweder gar keine letztwillig beachtbare voluntas des Testators da oder im neuen Testament eine neue ultima voluntas. Für Fideicommissie gilt die Catonianische Regel gerade so gut wie für Legate d. h. die Gültigkeit des Vermächtnisses bestimmt sich nach demjenigen Momente, in welchem der letzte Ausdruck des (puren) Zuwendungswillens des Testators vorhanden war, nur ist hier ein äußerlich abweichendes Resultat wenigstens möglich, z. B. das Fideicommiss einer dem Vermächtnisnehmer gehörigen, von diesem nachgehends bei Lebzeiten des Testators veräußerten Sache kann trotz der Anwendung der Catoniana gültig sein, wenn der Erblasser nach der Veräußerung die

117) Vor dem Aufkommen der Codicille und Fideicommissie und folglich im Sinne des Verfassers der Catonianischen Regel war dies absolut wahr, weil außerhalb des Testaments kein letzter Wille (im rechtlichen Sinne) existiren konnte.

Fortdauer seines Zuwendungswillens an den Tag gelegt hat<sup>118)</sup>.

Ist nun bei der Errichtung eines Vermächtnisses von vornherein gewiß, daß es an seinem dies cedens viros nicht capiren kann, der dies also inutiliter cediren muß, so ist es schlechthin und von Anfang an ungültig (inutile) ganz abgesehen von der regula Catoniana. Dies wird durch Folgendes bewiesen: Wenn ein Erblasser seinen eignen Sklaven unter einer Bedingung freiläßt und ihn mit einem puren Vermächtniß bedenkt, so unterliegt das Vermächtniß, weil es erst adita hereditate cedirt, nicht der Catonianischen Regel, ist auch an sich, weil cum libertate hinterlassen, gültig und wenn z. B. der Sklave während schwebender Freiheitsbedingung freigelassen oder veräußert wird, so erwirbt er seiner Zeit das Vermächtniß sich selber oder seinem neuen Herrn.

l. 38 §. 4 de her. instit. 28, 5.

Ist aber die Freiheitsbedingung eine solche, welche erst nach der Erbschaftsantretung, d. h. also nach dem dies cedens des dem bedingt Freigelassenen gegebenen Legats in Erfüllung gehen kann, z. B. si heredi decem dederit, so ist das Legat ungültig, es ist dann überhaupt ungültig vermacht.

l. 91 §. 1 de leg. I., l. 86 de cond. et dem. 35, 1 an constiterit und besonders auch l. 82 pr. eod., wo der Zusammenhang mit dem: dies utiliter bez. inutiliter cedit besonders betont ist.

Giebt der Sklav hier der Bedingung gemäß die 10 dem Erben, so wird er freilich frei, aber das Legat bekommt er nicht, weil es in Folge der besondern Beschaffenheit der Freiheitsbedingung, vermöge deren der dies legati unter allen Umständen inutiliter, nämlich zu einem Zeitpunkte cediren mußte, wo der Sklav ex testamento<sup>119)</sup> nicht frei sein konnte, von vornherein

118) Wenn man diese Fortdauer präsumirt (etwa in Verfolgung des Gedankens von §. 1 Inst. de codicill. II. 25 verglichen mit l. 5 de jur. cod. 20, 7), so kommt man freilich practisch für die Fälle, wo ein Fideicommiß formlos angeordnet werden konnte und noch kann, zu einer wesentlichen Beschränkung der factischen Wirkung, immer aber nicht zu einer Beschränkung der theoretischen Anwendbarkeit der Catonianischen Regel für Fideicommiße.

119) Dies ist wesentlich, aber positiv Römisch. Ich muß mir denken

gewiß war, daß es niemals einen Erfolg, niemals einen überhaupt denkbaren utilis casus haben könne (l. 39 de manum. test. 40, 4).

Daß in diesem Falle der Slav das Vermächtniß auch nicht bekommt, wenn er etwa bei Lebzeiten des Testators schon freigelassen wäre, und daß hiernach unter der in l. 38 §. 4 de hered. inst. erwähnten Bedingung eine solche zu verstehen ist, die ante aditam hereditatem erfüllt werden kann, sagt uns Mácianus in l. 86 de cond. et dem. 35, 1 mit dürren Worten:

sed id tunc locum habet, quum *omnimodo* simul cum libertate legatum acquiri potuit

und daraus folgt unmittelbar, daß das Vermächtniß in diesem Falle, nämlich der erst post aditam hereditatem erfüllbaren Freiheitsbedingung nicht etwa erst ungültig wird, wenn sich am dies cedens beim Antritt der Erbschaft findet, daß der bedachte Slav noch Erbschafts-Slav ist, sondern, daß es von Anfang an ungültig gegeben ist. Denn sonst müßte der freigelassene oder veräußerte Slav auch in diesem Falle, wie in demjenigen der l. 86 pr. de condit. et dem. und der l. 38 §. 4 de hered. instit. das Legat erwerben können. Dagegen, ist das Legat an den bedingt freigelassenen Slaven selber bedingt gegeben, so ist es von Anfang an gültig vermacht (obwohl es nachgehends zusammenfallen kann), weil es da nicht von vorn herein gewiß ist, daß am dies cedens des Legats der Slav ex testamento nicht frei werden kann, l. 91 §. 1 de leg. I.

Vergl. auch das oben §. 4 C. 37 zu l. 91 §. 2 de leg. I. Bemerkte.

Ähnlich verhält es sich nun m. Er. mit dem Prälegat, wobei man nur das beachten muß, daß für die Frage nach dem dies cedens eines Vermächtnisses und was damit zusammenhängt das Erbwerden des Belasteten gänzlich gleichgültig und letzteres eine conditio juris ist, welche den Zeitpunkt des dies cedens nicht suspendirt. Denn, insofern man den Prälegatar als Belasteten denkt, aus dessen Person das Prälegat zu jenem Theile Kraft gewinnen soll, hat es in der That keinen denkbar mög-

können, daß der Slav, aus meinem letztwilligen iudicium freigeworden capiren könne; es genügt nicht, daß ich mir ihn, nicht aus meinem iudicium freigeworden als capirend denken kann.

lichen Fall. Vorausgesetzt, daß der Prälegatar Erbe wird, welche Voraussetzung den dies cedens eben nicht suspendirt, wird am dies cedens, man mag die Sache drehen und wenden wie man will, und den dies cedens im übrigen hinlegen wohin man will, der dann sich fixirende Vermächtnißanspruch ein solcher sein, der gegen den Prälegatar selber geht, ein Anspruch des Prälegatars an den Prälegatar und also ein Anspruch, der nutzlos und nullwerthig ist.

Nun aber liegt es in dem Begriff des Prälegats, weil es von allen Erben einschließlich des Prälegatars selbst gegeben ist, daß der Letztere von vorn herein als Belasteter gedacht und gesetzt ist. In dem Falle der l. 11 de leg. I. (Dnerirung des Vaters zu Gunsten seines instituirten Sohnes) ist es allerdings möglich das Fideicommiß aufrecht zu erhalten, weil der Vater gewissermaßen duas personas sustinet, welche beide mit einem Fideicommiß belastet werden können, nämlich die eines bloßen Repräsentanten seines zum Erben eingesetzten Sohnes und diejenige des Hausvaters, an den der Vortheil der Erbschaft durch den Sohn gelangt. Weil das Fideicommiß als der ersten Person aufgelegt gedacht ungültig, als der zweiten aufgelegt gedacht gültig ist, wählt man als wirklich belastet gedacht die zweite, da hierdurch das Fideicommiß aufrecht erhalten wird. Aber beim Prälegat ist eine solche Wahl nicht möglich, weil der Prälegatar nicht zwei Personen in sich hat, die als belastet gedacht werden könnten, sondern nur seine eigne und einzige, die nun immer als sich selber belastet gedacht werden muß.

### §. 15.

#### Die secundäre Belastung.

Allerdings, läßt man die Voraussetzung des Erbwerdens des Prälegatars fallen, so wird es möglich, daß derselbe doch den Gegenstand des Prälegats ganz bekomme; aber er bekommt ihn dann nicht aus dem Prälegat d. h. hier aus derjenigen Verfügung, nach der er sich selber belastet war — denn diese Verfügung ist vom Anfang an als Vermächtniß ungültig, todt und kann auch niemals convalesciren — sondern er bekommt ihn, weil wegen der allgemeinen imperionellen Fassung

der Prälegatsverfügung in derselben neben und hinter der Anordnung: Titius heres sibi ipsi dato auch zugleich noch die andere von Anfang an gültige liegt: Sempronius (coheres) Titio dato. Diese letztere Verfügung ist von Anfang an gültig, weil dem Miterben vom Miterben utiliter vermacht wird (l. 116 §. 1 de leg. I.) und sie ist von Anfang an für die ganze Sache einschließlich des Theils, auf welchen der Prälegatar zum Erben eingesetzt ist, gültig, weil vom Anfang an die Möglichkeit vorliegt, daß der Miterbe Sempronius alleiniger Erbe werden könne, das Vermächtniß also, insoweit er als Belasteter gedacht wird, von Anfang an einen utilis casus hat, in welchem es dem Titius ganz geschuldet werden kann. Es ist allerdings ganz richtig, daß Theilerben präsumtiv nur pro hereditariis partibus für die Vermächtnisse haften; aber wenn die Sache als Ganzes, nicht von vorn herein in Theilen vermacht ist (z. B. vom Erben A  $\frac{1}{3}$ , vom Erben B  $\frac{2}{3}$ ), so ist sie, die Anordnung angesehen und hier ohne Unterschied zwischen Vindicationslegat und Damnationslegat (l. 17 de duob. reis 45, 2, l. 122 §. 1, l. 16 §. 1 de leg. I.), von jedem der als belastet Gedachten und Gesehten ganz hinterlassen und kann daher auch von einem jeden von beiden ganz geleistet werden müssen. Der Legatar soll das Legat stets ganz bekommen und bekommt es auch in der Regel (Ausnahme z. B. l. 15, 19 fin. de jur. cod. 29, 7, l. 125 de leg. I. u. a. a. D.) ganz entweder von beiden, wenn sie Erben werden, oder von Demjenigen der Beiden, welcher Erbe wird und mit dem der Andere, weil er nicht Erbe geworden ist, in der Belastung nun nicht mehr concurrirt. Somit trägt das von mehreren Erben als Ganzes, als ein- und dasselbe (unum) hinterlassene Legat etwas Solidarisches an sich (vergl. Paull. in l. 6 §. 1 de adim. leg. 34, 4); vermacht ist es von einem jeden ganz, gerade wie ein jeder Theilerbe potentiell auf die ganze Erbschaft berufen ist; obligirt wird aber ein jeder nur zu dem Theile, zu dem er Erbe wird, oder um die Fälle der Virilhaftung auch mit zu berücksichtigen, zu dem Theile, zu dem sein Mitbelasteter nicht obligirt wird.<sup>120)</sup>

120) Es giebt ebenso gut eine Concurrenz mehrerer Cooneraten, wie mehrerer Collegatare und eine Anwachsung innerhalb der Belastung wie innerhalb der Bedenkung und für beides gelten gemeinschaftliche und auch

Wendet man das Vorstehende auf das Prälegat an, so ist dasselbe, insofern der Prälegatar als Belasteter gedacht und gesetzt wurde, ungültig und insofern der coheres als Dneriter gedacht und gesetzt wurde, gültig angeordnet und da nun bei jedem echten Prälegat der Prälegatar auf einen Theil eingesetzt ist und neben sich Miterben hat, welche auf die andern Theile eingesetzt sind, so ist der primäre Gedanke des Testators der, daß er den Prälegatar auf seine Erbquote und die Miterben auf die übrigen als belastet setzt, was nothwendig bewirkt, daß das Prälegat zu dem Erbtheile des Prälegatars primär ungültig und zu denen der Miterben primär gültig angeordnet ist. Verläuft nun die Sache allenthalben so, wie es diesem primären Gedanken des Testators entspricht, d. h. wird der Prälegatar zu dem Theile, auf welchen er eingesetzt ist, Erbe und die Miterben zu denjenigen, auf welche sie instituit sind, so bleibt es bei dem der primären Anordnung des Testators entsprechenden Zustande, der ungültige Theil des Prälegats bleibt ungültig und der gültige Theil desselben bleibt gültig. Verläuft die Sache aber anders, d. h. wird entweder der Prälegatar nicht Erbe und die Miterben werden auch auf seinen Theil Erben oder umgekehrt die Miterben werden nicht Erben und der Prälegatar wird auf ihre Theile Erbe, so muß sich auch der der primären nunmehr theilweis zusammenfallenden Anordnung entsprechende Zustand des Prälegats ändern.

Wird der Prälegatar Total-Erbe, so fallen die von den Miterben, welche primär als belastet gedacht waren, gültig hinterlassenen Theile zusammen, weil für sie nun überhaupt kein gültig Belasteter mehr existirt — denn die Miterben haben aufgehört als Belastete gedacht werden zu können (*legatum extinctum est l. 1 §. 13 de SC. Silan. 29, 5*) und der Prälegatar kann eben niemals als sich selbst gültig belastet gedacht werden — der Theil des Prälegatars selbst aber bleibt natürlich so ungültig, wie er von Anfang an war. Wird hingegen der Präle-

wieder verschiedene Regeln. Eine Specialuntersuchung über die Coonerirung — für die Cohonorirung fehlt es nicht daran, — würde vielleicht manches Fruchtbare noch zu Tage fördern können; nach altem Civilrecht vielleicht principiell gar nicht so sehr verwickelt, dürfte die Sache doch wegen des Hineinspielens des Papistich-Poppaischen Gesetzes für das classische Recht erhebliche Schwierigkeiten darbieten.

gatar nicht Erbe, so fällt nunmehr das Hinderniß, welches der Wirksamkeit der schon von Anfang an potentiell beim Prälegat vorhandenen secundären Totalbelastung der Miterben<sup>121)</sup> entgegenstand, nämlich die primäre Belastung des Prälegatars für seinen Erbtheil hinweg. Letztere war zwar rechtlich ungültig angeordnet, aber immerhin war sie angeordnet, (nicht, wie z. B. wenn einem Theilerben *si heres non erit* vermacht ist, gar nicht angeordnet), und gerade weil sie inutiliter angeordnet war, hielt sie den, dem Erbtheil des Prälegatars entsprechenden Theil des Prälegats in dessen Erbtheil zurück, so lange dieser überhaupt, weil noch berufener Erbe, als Belasteter gedacht werden konnte.

Nach neuem Recht ist zu der wirklichen Obligirung aus der secundären Belastung der Miterben noch nöthig, daß die Miterben den ausfallenden Erbtheil des Prälegatars auch wirklich bekommen; nach classischem Rechte ist dies so unbedingt nicht nöthig, wenigstens nicht beim Damnationslegate; bekäme ihn Jemand, der mit dem Prälegat zu keinem Theile jemals belastet gewesen wäre, so müßten die Miterben trotzdem dem Prälegatar das ganze Prälegat prästiren. Dies ist der Gedankengang der *quidam* in l. 18 de leg. praest. 37, 5.

Africanus (libro IV. Quaestionum.) — *Nepos, qui in potestate mansit, et filius suus heredes instituti sunt, nepoti legatum dedit; pater eius emancipatus petit bonorum*

121) Diese eventuelle Totalbelastung jedes einzelnen Miterben ist aber nicht eigentlich ein directes Product der Anordnung des Testators, sondern des Gesetzes. Wie der Theilerbe, welchem das Erbtheil seines wegfallenden Miterben anwächst, dies dem Gesetze und nur indirect dem Willen des Erblassers insofern verdankt, als dieser ihn überhaupt zum Erben eingesetzt hat, so ist die secundäre Belastung des Theilerben auch nur eine gesetzliche Folge des Umstandes, daß der Erblasser die Erbschaft im allgemeinen (alle Erben oder allenfalls mehrere conjunctim) mit einem Vermächtnisse belastet hat. Der Unterschied ist wesentlich nur der, daß der Erblasser das Anwachsungsrecht unter Miterben nicht ausschließen, sondern höchstens modificiren kann, während er die secundäre Belastung durch namentliche Belastung einzelner Erben u. s. w. zu beseitigen vermochte, ähnlich wie er die Anwachsung unter Collegataren durch die Art der Anordnung (*verbis tantum conjunctio*) ausschließen kann, während die einmal ausgesprochne *re conjunctio* im alten Recht mit Rechtsnothwendigkeit Anwachsung wirkte, wo solche überhaupt möglich war. Nach alledem verhält sich die obige Totalbelastung der Theilerben und ihre Folge die secundäre Belastung zur ausdrücklichen oder stillschweigenden *Repetition* ähnlich wie das Anwachsungsrecht zur *Substitution*.

possessionem, nepos legato contentus est; quidam in eum solum, qui in potestate esset, legati actionem nepoti dandam responderunt, quia ei nihil auferatur et emancipatus partem filii sui occupet, in qua onus legatorum non consisteret. Sed rectius dicetur, in emancipatum solum dandam esse actionem nepoti, et quidem non ultra quadrantem.

Belastet sind der *filius suus* und der *nepos* in potestate, der Letztere für seinen Erbtheil sich selber ungültig. Der emancipirte Sohn, der die *bon. poss. c. tab. petirt* und durch den Verzicht des Entfels auf sein Erbrecht den Erbtheil des Letzteren allein occupirt, ist mit dem Prälegat streng genommen nicht belastet, l. 3 §. 7 de leg. praest. 37, 5 und eigentlich müßte also der *filius suus*, der belastet ist, wenn auch primär und ausdrücklich nur zu seinem Theile und der auch Civilerbe bleibt, das Legat an die *persona conjuncta* des Entfels ganz zahlen, auch den ungültigen Theil, weil seine Totalbelastung durch den Erbverzicht des *nepos* wirksam wird. Warum er ihn nach der Entscheidung *African's* nun doch nicht zahlt, sondern der emancipirte Sohn sogar das Ganze prästiren muß, das liegt in der besondern Eigenthümlichkeit des Falls (*nova clausula Juliani*) und des *edictum de legatis praestandis*.

Vergl. Buchholz, S. 581, Schmidt, Rotherbenrecht S. 131 not. 207.

Einen scheinbaren Einwand gegen die vorstehende Theorie könnte man aus l. 40 pr. de leg. III. insofern entnehmen wollen, als es im Falle dieses Gesetzes nicht an der Art und Weise der Anordnung zu liegen scheint, daß Vermächtnißträger und Vermächtnißnehmer in einer Person zusammentreffen, sondern lediglich in besondern äußern Umständen.

Vergl. Arndts, Commentar S. 29 Anm. 41, vergl. auch S. 226.

Dieser Schein dürfte aber verschwinden, wenn man erwägt, daß *Intestaticodicille vicem testamenti exhibent* (l. 19 de jur. cod. 29, 7) und die in ihnen hinterlassenen Vermächtnisse präsumtiv so behandelt werden, als ob alle, an welche die Intestaterbschaft zugleich in demselben Grade<sup>122)</sup> gelangen kann, zu

122) Dies ist wegen l. 1 §. 9 de leg. III. zu beachten.

Erben eingesetzt und mit den Vermächtnissen belastet wären (l. 3 pr. §. 1 de jur. cod. 29, 7). Nun hatte die Erblasserin in unserer l. 40 allerdings speciell ihren väterlichen Oheim ersucht, die Vermächtnisse zu bezahlen, aber sie hatte ihn ersucht in seiner Eigenschaft als legitimus heres, während er nicht nur nicht legitimus heres war, sondern die Erblasserin überhaupt gar keinen legitimus heres, sondern lediglich zwei gleichberechtigte Prätorische Intestaterben (eben ihre beiden Oheime) hatte. Nahm man die Erblasserin beim Wort, so war überhaupt eigentlich kein richtig Belasteter vorhanden und nahm man sie, um ihre Verfügungen aufrecht zu erhalten, nicht beim Wort, so mußten die in demselben Grade zusammen berufenen beiden Intestaterben als die im Sinne der Erblasserin Belasteten angesehen werden, d. h. also der mütterliche Oheim war sich wirklich selber mit einem Fideicommiss belastet. Daß der väterliche Oheim aber für die von ihm zu Gunsten Dritter hinterlassenen Vermächtnisse trotzdem allein und in solidum haftet, das scheint mir sehr einfach darin zu liegen, daß wenn die Erblasserin in der That mit diesen Vermächtnissen auch den mütterlichen Oheim hätte direct belasten wollen, sie dies trotz ihres Irrthums doch wohl auch wirklich gethan haben würde, da ihr seine Existenz sehr wohl bekannt war, sie ihn auch reichlich mit Zwendungen bedacht hatte und ihn also auch, wenn sie nur wollte, mit Fideicommissen belasten konnte<sup>123)</sup>.

Die vorentwickelte Theorie von der secundären Belastung der Miterben stützt sich namentlich auf die Thatsache, daß schon im classischen Recht der Miterbe, welchem accrescirt, für diejenigen Vermächtnisse, welche von allen Erben, von der Erbschaft überhaupt (also impersonell, z. B. auch mit der Formel: quisquis mihi heres erit, in welcher Formel im Grunde sogar eine directe Totalbelastung jedes einzelnen Erben liegt) hinterlassen sind, auch zu demjenigen Theile haftet, auf welchen der wegfallende Miterbe eingesetzt war, während er nach älterm Rechte für diejenigen Vermächtnisse, welche dem wegfallenden Miterben nominatim aufgelegt gewesen waren, wenn ihm dessen Erbtheil accrescirte,

123) Dies scheint mir der wesentlichste Unterschied zwischen l. 40 pr. de leg. III. und l. 77 §. 29 de leg. II. resp. l. 19 de jur. cod. 29, 7 zu sein. S. über die Stelle neuerdings Arndts, Comment. B. 47 S. 226.

ursprünglich nicht haftete (l. 61 §. 1 de leg. II.), sondern erst in Folge der *repetitio tacita*

Die erste Thatsache ist für den Fall, wo der wegfallende Theil dem Miterben *accrescit*, deutlich bezeugt durch die bekannte l. 49 §. 4 de leg. II. und zwar für alle Arten der Legate und nicht minder deutlich durch die weniger bekannte l. 17 ut leg. 36, 3,

Paullus (libro XLVIII. ad edictum). — Si ab uno ex heredibus legatorum satis accipimus, quum ab omnibus heredibus nobis legatum esset, si pars coheredis accrescat promissori, in totum fideiussores tenentur, si solidum legatum is coeperit debere,

während derselben ohne ausdrückliche Erwähnung einer stattfindenden Anwachsung gedacht wird in l. 91 §. 2 de leg. I. und besonders in l. 61 pr. de leg. II.,

Ulpianus (libro XVIII. ad legem Juliam et Papiam). — Si Titio et Maevio heredibus institutis, qui quadringenta relinquebat, a Titio ducenta legaverit, et quisquis heres esset, centum, neque Maevius hereditatem adierit, trecenta Titius debebit,

in welchem letzteren Fragmente 200 vom Titius *nominatim*, 100 aber von allen beiden Erben *impersonell* (mit *quisquis*) hinterlassen sind und nun Titius beim Wegfall des Maevius diese ganzen 100 zu gewähren hat.

Diese secundäre, schon dem altcivilen Rechte angehörige Belastung des Miterben, welche wohl zu unterscheiden ist von derjenigen Haftung für die Vermächtnisse, die aus dem Grundsatz der *lex Papia und Poppaea: caduca cum suo onere fiunt*, aus der hiermit zusammenhängenden Regel des Justinianischen Rechts: *cujus emolumentum, ejus et onus* oder aus einer wirklichen, resp. stillschweigenden *Repetition* hervorgeht, ist von Anfang an *vi ipsa* in der impersonellen Anordnung eines Vermächtnisses (ab omnibus heredibus) enthalten — dadurch unterscheidet sie sich von der *Repetition*, namentlich der stillschweigenden — und sie ist von Anfang an *pur*, indem sie lediglich unter der *tacita conditio* steht, daß der betreffende secundär Belastete Erbe werde <sup>124</sup>).

124) Hierdurch unterscheidet sich meine Construction noch ferner von der Bangerowschen der stillschweigend bedingten *Repetition* (l. ob. §. 5).

Allerdings ist das Nichterbwerden des nicht nominativ belasteten Miterben eine Voraussetzung dafür, daß der Erbe bleibende Miterbe auch für den Theil des Wegfallenden wirklich obligirt werde, aber vorausgesetzt, daß er Erbe wird, cedirt der dies für diesen Theil, mit dem er secundär belastet ist, gerade so gut mit dem Tode des Erblassers, als für den Theil, auf den er von Anfang an direct als Erbe berufen ist. Wenn A und B zu Erben eingesetzt und von ihnen Beiden dem C ein Legat gegeben ist, so wird schwerlich Jemand zweifeln, daß, wenn nach dem dies cedens zuerst C stirbt, sodann A und erst hierauf B Erbe wird, B den Erben des C das ganze Legat einschließlich des auf dem ursprünglichen Erbtheil des A ruhenden Theiles zu gewähren hat. Und, wenn A und B Erben, D Substitut des A und dem C von allen Graden ein Legat gegeben ist und nach dem Tode des Erblassers stirbt C und sodann A, so daß seine Erbquote nun dem Substituten D deserirt wird, so wissen wir mit Bestimmtheit (l. 7 pr. bis §. 4 quando dies leg. 36, 2), daß der dies des Vermächtnisses nicht nur insofern es von dem Institututen A, sondern auch insofern es von dem Substituten D gegeben ist, mit dem Tode des Erblassers, also von Beiden utiliter cedirt. Daß ein solches, von mehreren Erben demselben Vermächtnißnehmer hinterlassenes Legat vom Standpuncte der Onerirung aus ein Solidarlegat, also ein mehrfaches Legat mit mehrfacher persönlicher Beziehung, gewissermaßen ein doppelköpfiges Legat ist, davon kann man sich leicht überzeugen, wenn man die l. 11 si quis om. c. test. 29, 4 in Betracht zieht. Javolenus (libro VII. Epistolarum). — Si ab instituto et substituto eadem res mihi legata sit et omissa causa testamenti hereditatem possideant lege, etiamsi ab *utroque* herede *solidum* mihi debetur, tamen ab uno legatum consecutus ab altero petere non potero; eligere itaque reum potero.

Vergl. auch l. 9 §. 2 eod. Abweichungen, die das Princip bestätigen, in l. 20, l. 18 pr., l. 9 §. 1 eod.

Durch das edict si quis om. causa test. wird nämlich das Zusammenfallen des primär vom Institututen gegebenen Legates, welches nach Civilrecht in Folge der omissio eintreten würde, beseitigt und ebenso das Zusammenfallen des vom Substituten secundär hinterlassenen und nun kehrt sich die Thatsache, die

sonst regelmäßig factisch verdeckt bleibt, heraus, daß jeder von Anfang an, lediglich unter der *tacita conditio: si heres erit* (oder wenn er so behandelt werden wird, als ob er heres wäre) wirklich gültig auf dieselbe Sache belastet ist.

Dieses Princip der secundären Belastung, welches allen impersonell resp. gemeinschaftlich hinterlassenen Vermächtnissen gemeinsam ist, findet daher auch auf das Prälegat Anwendung und eine einfache Consequenz desselben ist, daß wenn der Prälegatar die Erbschaft omittirt, er das ganze Prälegat aus der secundären Belastung des Miterben bekommt, während, wenn er Erbe wird, die secundäre Belastung und damit die Möglichkeit einer wirklichen Obligirung aus derselben natürlich für den betreffenden Theil zusammenfällt. Darum wird jener erste Satz überall als selbstverständlich vorausgesetzt und ausdrücklich nur hervorgehoben, daß der suus, welcher abstirt, obwohl er ipso jure Erbe bleibt, doch das ganze Legat bekommt (weil er eben dem voluntarius heres, der ausgeschlägt, gleich behandelt wird),

l. 89 de leg. I., l. 17 fin., l. 18 eod.;

darum hat man aber auch nicht nöthig, jenen ersten Satz, der sich schon im alten Civilrecht vorfindet und aus ihm sich erklären läßt, durch Billigkeitsrücksichten (Buchholz) oder durch eine stillschweigende Repetition, oder durch das Princip der l. un. Cod. de cad. toll. (6, 51) zu erklären, welches letztere nicht einmal genügen würde, weil auf der weg- und anfallenden Erbportion des Prälegatars gar keine rechtsbeständige Vermächtnißlast lag.

### §. 16.

**Grund der inutilitas. Verhältniß zur Catonischen Regel und zu dem zufälligen Zusammentreffen von Dnerirtem und Honorirtem.**

Die bisherige von l. 11 de leg. I. und l. 69 §. 2 de leg. II. ausgehende Beweisführung leitete direct nur darauf, daß das Vorvermächtniß mit obligatorischem Inhalte pro parte von Anfang an ungültig sein müsse, weil der Testator, indem er den Prälegatar als Dnerirten denkt und setzt, etwas anordnet, was er sich unter keinen Umständen als möglich denken kann, nämlich

daß der Prälegatar sich selber obligirt werden solle. Bestand nun in dieser Beziehung etwa zwischen dem Damnations- und Vindicationislegate oder besteht jetzt zwischen dem Vermächtnisse mit bloß obligatorischer und dem mit dinglicher Wirkung darin ein Unterschied<sup>125)</sup>?

Ein directer Beweis, daß ein solcher Unterschied nicht bestehe, läßt sich allerdings schwerlich führen, aber ebensowenig läßt sich der entgegengesetzte Beweis beibringen, und wenn sich für das Damnationslegat und Fideicommiß erwiesen hat, daß das Prälegat in der That hier von Anfang an ungültig sei, so müßte ein stricter und unzweifelhafter Beweis, daß es sich mit dem Vindicationislegate anders verhalte, um so mehr gefordert werden, als das Römische Vermächtnisrecht grade in Betreff der Fragen nach dem dies cedens und nach der Gültigkeit seiner ganzen Structur nach aus einem Gusse gemacht ist und die in letzterer Beziehung etwa vorhandenen Verschiedenheiten zwischen den verschiedenen Legatsarten lediglich mit der Form und dem Gegenstande zusammenhängen.

Indessen soll wenigstens der Versuch eines indirecten Beweises, der freilich einigermaßen künstlich ist, gemacht werden, weil er uns auf dasjenige hinleitet, was ich als den eigentlichen letzten Grund der theilweisen Ungültigkeit des Prälegats ansehen zu müssen glaube.

Es ist schon oben bemerkt, daß jedes Vermächtniß — und hierin besteht anerkannterweise kein Unterschied zwischen den verschiedenen Arten desselben — dreierlei nöthig habe, einen Gegenstand und zwei Personen, einen Honorirten (Vermächtnisnehmer) und einen Dnerirten (Vermächtnisträger). Nun läßt sich aber nachweisen, daß jene drei Bestandtheile auch als gesonderte gesetzt sein müssen, niemals alle drei oder auch nur zwei in einer und derselben Person zusammentreffen dürfen. Nach unserm heutigen Rechte ist allerdings nur ein Zusammentreffen von

125) Etwas Aehnliches scheint Arndts (Commentar S. 104 ff. jet. S. 71, vgl. ob. S. 4 S. 28) anzunehmen. Dafür, daß das Prälegat per vindicationem pro parte ab initio nullum sei, sagt er, sei ein innerer Grund nicht ersichtlich und bei dem Prälegat per damnationem und dem Präfideicommiß weicht er demselben durch die Auffassung aus, daß mit demselben nur diejenigen, welche wirklich Erben werden, belastet sein sollen (wodurch sich das Prälegat freilich eigentlich in ein anomales F. umwandelt).

Dnerirten und Honorirten möglich, von welchem Zusammentreffen eben das Prälegat die wichtigste und bedeutungsvollste Erscheinung ist; nach Römischem Rechte aber war es dem Testator, da Sklaven zu Erben eingesetzt, ihnen Legate gegeben und sie selbst legirt werden konnten, an sich möglich, in demselben Legate auch den Dnerirten oder den Honorirten zugleich als Gegenstand des Legats zu setzen oder gar einen Sklaven sich selber von sich selber zu legiren, (l. 6 §. 4 de hered. instit.). Ein solches Vermächtniß war aber, obwohl formell möglich, doch unter allen Umständen und unter jeder Form von Anfang an ungültig. Obwohl die reine Gestalt dieser Lehre, wie sie im classischen Rechte bestand, durch die Verordnungen Justinian's in l. 5 Cod. de necess. serv. 6, 27 (der sine libertate zum Erben eingesetzte Sklave gilt auch für letztwillig freigelassen) und in l. 1 u. 2 Cod. de comm. servo manum. 7, 7 (Abschaffung des Accrescenzrechts in Betreff des testamentarisch von dem einen Herrn freigelassenen gemeinschaftlichen Sklaven, und Statuirung der Möglichkeit für denselben, durch die Disposition des einen Herrn frei zu werden) getrübt und ihr vollständiger und symmetrischer Zusammenhang dadurch zerstört worden ist, so läßt sich doch das oben Bemerkte aus den in den Digesten erhaltenen Trümmern noch sehr wohl erkennen.

Vorausgeschickt ist: Letztwillig bedacht werden (sowohl mit Erbschaft als Legat) können sowohl eigne, als auch fremde und (dem Testator und irgend einem Andern) gemeinschaftliche Sklaven; der eigne Sklave nach classischem Rechte nur cum libertate — (nach Justinianischem Rechte ist dies blos noch beim Legat nöthig), der fremde Sklave nur sine libertate — denn einem fremden Sklaven kann ich direct die Freiheit nicht geben — (vgl. z. B. l. 108 §. 9 de leg. I.), der gemeinschaftliche Sklave, weil er nach der Julianischen Theorie (s. oben §. 4 S.) 39 duas personas sustinet, in seiner Eigenschaft als eigner cum libertate, in seiner Eigenschaft als fremder sine libertate.

Die noch in der Compilation erwähnten Fälle des Zusammentreffens von Dnerirten, beziehentlich Honorirten mit dem Gegenstand des Legats sind folgende:

1) Der Testator setzt einen fremden Sklaven zum Erben ein und legirt denselben von sich selber (Concurrenz von Dne-

rirtem und Object). Hier erklärt Florentinus in der l. 116 §. 2 de leg. I.

Alienus servus heres institutus legari ipse a se nec totus nec pro parte potest.

Nun ist es klar, daß ein solches Legat objectiv genommen, keineswegs unter allen Umständen unausführbar gewesen wäre; blieb der Slave in seinem Stande und erwarb er die Erbschaft seinem Herrn, so würde Legterer, wenn das Legat überhaupt rechtsbeständig gewesen wäre, sehr wohl im Stande und auch verpflichtet gewesen sein, seinen Slaven dem Dritten, dem er etwa vermacht worden war, zu geben. Wenn es nun trotzdem offenbar nicht rechtsbeständig ist, so muß dies in der Art und Weise der Anordnung liegen, welche von der Beschaffenheit ist, daß in ihrer Folge das wenigstens momentane Bestehen eines Anspruchs gegen den Slaven auf sich selbst, also eine Concurrenz von Dnerirtem und Object der Dnerirung, gedacht werden müßte. Die hier zu Grunde liegenden Gedanken greifen übrigens weit hinaus über das obligatorische Legat (welches allerdings im Falle der l. 116 §. 2 de leg. I. vorliegt, da ein fremder Slav vermacht wird) und über das Legat überhaupt und beziehen sich auf alle Veräußerungs- und Erwerbsgeschäfte. Sich selber kann Niemand veräußern (auch der Freie, der wegen Theilnahme am Veräußerungsgewinn Slave wird, veräußert sich nicht selbst, sondern läßt sich durch einen Andern veräußern, patitur se venum dari, und verwirkt dadurch die Freiheit) und ebensowenig kann Jemand (ein Slave) direct als Erwerber seiner selbst auftreten. Dies wird bestätigt durch l. 2 de stipulat. serv. 45, 3.

Ulpianus (libro IV. ad Sabinum) — Servus communis ipse se sibi stipulari non potest, quamvis constaret, eum se stipulari domino posse: non enim se domino acquirit, sed de se obligationem.

Wenn ein gemeinsamer Slave von dem einen Herrn sich selber (den Antheil, den dieser an ihm hat) stipulirt, so ist die Stipulation ungültig, wenn sie der Slav auf seine eigne Person (sibi) stellt, gültig, wenn er sie auf die des Herrn stellt. Da ein Slav, mag er sibi oder domino stipuliren, in beiden Fällen dem Herrn erwirbt, hier also dem andern condominus erwerben

würde, so kann der Grund jenes Unterschieds nur darin liegen, daß, während im zweiten Fall derjenige, auf dessen Person die Stipulation gestellt wird, nämlich der Herr und das Object der Stipulation (der Sclav) verschieden sind, im ersten Fall derjenige, auf welchen als primären Erwerber, durch den dann der Herr erst wieder erwirbt, die Stipulation gestellt wird, identisch ist mit dem Gegenstande derselben (vergl. l. 18 §. 1 eod. 45, 3).

2) Der zum Erben eingesetzte eigne Sclav kann weder sich selbst legirt, noch, da die *ademptio* der *datio* ganz parallel geht, von sich selber *adimirt* werden,

l. 6 §. 4 de hered. instit. 28, 5. Ulpianus l. IV. ad Sabinum — Sed si sit cum libertate institutus, an ei libertatis *datio* *codicillis* *adimi* possit, apud Julianum quaeritur. Et putat, in eum casum, quo necessarius fieret, *ademptionem* non valere, ne a semet ipso ei *adimatur* libertas; servus enim heres institutus a semet ipso libertatem accipit; quae sententia habet rationem, nam sicuti legari sibi non potest, ita nec a se *adimi*.

Vgl. zu dieser Stelle Fein, Fortsetz. von Glück's Commentar B. 44 S. 119.

Es ist allerdings, wie Fein bemerkt, ganz richtig, daß hier von einem *communis servus* die Rede ist; aber da dieser *communis servus cum libertate* zum Erben eingesetzt ist, so kommt er vom Standpuncte des classischen Rechts aus eben in seiner Eigenschaft als *proprius servus* in Frage. Das für uns Bedeutende an dieser allerdings mehrfache Complicationen enthaltenden Stelle ist bloß der Schluß: Ein Sclav kann, auch als eigner gedacht, sich selber nicht legirt werden (Zusammentreffen von Honorirtem und Object) und er kann von sich auch nicht *adimirt* werden, obwohl er, von einem andern legirt, *adimirt* werden könnte und ebenso, wenn ihm von einem andern und nicht von sich selbst die Freiheit gegeben wäre, letztere *adimirt* werden könnte. In dieser Stelle haben wir eine Anwendung unsers Principis, daß ein in der Anordnung liegendes Zusammentreffen der gesondert zu denkenden Bestandtheile des Vermächtnisses dasselbe von Anfang an ungültig mache, welche, da der eigne Sclav ganz, der *communis* wenigstens pro parte per *vindicationem* legirt werden kann, sich ebenso gut auf das Bin-

dicationslegat, als auf das Damnationslegat bezogen haben muß<sup>126)</sup>.

3) Dahingegen konnte ein *communis servus* allerdings sich selber legirt werden, d. h. ein solches Legat war an sich gültig, obwohl über seine Wirkung und Bedeutung Streit herrschte,

l. 2 Cod. de comm. serv. 7, 7,

welchem Streit Justinian ganz conform mit seiner in l. 1 Cod. 7, 7 getroffenen und oben erwähnten Neuerung dahin entschied, daß der so legirte Slav frei werden solle für den Theil, der dem Testator gehörte, gemäß dessen Willensmeinung, für den Theil der Miteigenthümer gemäß der l. 1 Cod. 7, 7 gegen entsprechende Entschädigung. Der Grund aber, warum ein gemeinschaftlicher Slav sich selber gültig legirt werden konnte, während dies weder mit einem fremden noch mit einem eignen Sklaven möglich war, lag darin, daß der gemeinschaftliche Slav duas personas sustinet, die eines eignen Sklaven des Testators A und die eines diesem fremden, nämlich dem Miteigenthümer B gehörenden Sklaven, und daß er daher in der einen Eigenschaft sich selber in seiner andern Eigenschaft allerdings legirt werden konnte,

ut ex hac causa possit et ipse legato honorari (ohne Freiheitsertheilung, die das Legat seiner selbst wegen der Prävalenz der Freiheit zerstört hätte, also qua alienus) et ipse legari (qua proprius) l. 2 Cod. cit. im Anf.

Grade diese seltsame Ausnahme bestätigt die Regel, daß es der Natur des Legats überhaupt widerspricht, dasselbe Wesen zugleich als Object und als eines der Subjecte des Legats zu sehen, und daß daher ein in dieser Weise angeordnetes Legat von Anfang an ungültig ist, selbst wenn die Möglichkeit vorhanden wäre, daß ein wirkliches Zusammentreffen später doch vermieden werden könnte. Nun schließt sich aber die für diese Regel zuerst von uns angezogene Stelle, die l. 116 §. 2 de leg. I., unmittelbar an diejenige Erörterung an, welche Florentin daselbst über das Prälegat und die dasselbe beherrschende Regel:

126) Ueber den übrigen hier nicht direct in Betracht kommenden Inhalt dieser Stelle s. Fein, B. 44. S. 115—124. l. 43 §. 3 de leg. I.: Legat des redemptus an sich selbst, enthält keinen Widerspruch. Es ist ein Legat der Befreiung von einem Pfandnegus.

heredi a semet ipso legari non potest anstellt und wiederum folgt die letztere Erörterung unmittelbar auf die Florentinische Definition des Legats: *legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit* (s. oben §. 12), von welcher es gewiß ist, daß sie sich, wenn nicht ausschließlich auf das Vindicationslegat, doch mindestens ebensowohl auf dieses, als auf das Legat mit obligatorischem Inhalt bezieht. So tritt uns aus dem ganzen Zusammenhang der l. 116 de leg. I. wieder der Gedanke entgegen, daß das Prälegat und zwar jedes Prälegat, weil in ihm für den Erbtheil des Prälegatars Onerirter und Honorirter als dieselbe Person entweder ausdrücklich gesetzt oder wenigstens als dieselbe Person in erster Linie gedacht sind, insoweit fehlerhaft angeordnet (*vitiös concipitur*, vgl. l. 18 §. 1 de stip. serv. 45, 3, l. 126 §. 2 de verb. obl. 45, 1 u. s. w.) und deshalb, wie jede fehlerhafte Anordnung, von Anfang an ohne Rechtsbestand ist.

Bei einer Anzahl älterer Juristen,

vgl. Buchholz, S. 195 not. 94, S. 197 not. 104, Cujac.

XVIII. qu. Pap. IV. 469, F. 484, Donellus, comm.

VIII. c. 7,

findet sich der Ausspruch, daß die Catonianische Regel beim Prälegat nicht Platz greife. Bei Donellus hängt dies zusammen mit seiner oben §. 5 bekämpften Construction, wonach das Prälegat pro parte ein bedingtes, unter der Bedingung: *si heres non erit praelegatarius*, hinterlassenes ist. Anders faßt die Sache Cujacius (XVIII. qu. Pap. IV. 469. F. 484, vergl. auch recit. ad lib. XXX. Dig. l. 87—89. F. 1133); ihm ist die Catonianische Regel nicht anwendbar, *quia legatum ab initio constituisse intelligitur in totum*, nämlich die Miterben angesehen, denen *acresciren* kann. Es ist dies im Grunde dieselbe Idee, nur bloß nach einer Seite hin angedeutet und nicht vollständig durchgeführt, welche der oben von mir aufgestellten Theorie der secundären Belastung der Miterben zu Grunde liegt; das Prälegat ist in totum von Anfang an gültig, insofern die Miterben, und in totum von Anfang an ungültig, insofern der Prälegatar selbst als Belasteter gedacht wurde; und da primär alle beide zu denjenigen Erbquoten, zu denen sie berufen sind, als belastet, folglich als in der Belastung concurrirend,

gedacht wurden, so ist das Prälegat primär theilweis gültig und theilweis ungültig.

Daraus ergiebt sich leicht, in welchem Verhältnisse die Catonianische Regel zum Prälegat steht; die Ungültigkeit des letztern beruht nicht auf der Catonianischen Regel, weil der Grund dieser Ungültigkeit, insofern der Prälegatar als Erbe und folglich als Belasteter gedacht wird und so lange er als solcher gedacht werden kann, überhaupt nicht wegfallen kann. Denn fällt er weg d. h. hört der Prälegatar auf Erbe sein zu können, so fällt damit auch zugleich das Prälegat als solches zusammen (wie es primär gedacht war), weil es aufhört einen Belasteten zu haben. Damit aber die Catonianische Regel Platz greifen kann, welche dem spätern Wegfallen eines bei der Errichtung des (puren) Legats vorhandenen Hindernisses die Kraft entzieht, das Vermächtniß convalesciren zu lassen, müßte das Wegfallen jenes Hindernisses an sich ohne die Catonianische Regel die Convalescenz bewirken können, nicht aber, wie beim Prälegat der Fall ist, grade selber das Vermächtniß zerstören, mit kurzen Worten: Da das Wegfallen des Prälegatars als Erben das Prälegat, wie es primär gesetzt ist, vernichten würde, auch wenn es gültig gegeben wäre, so kann dasselbe Wegfallen natürlich nicht das ungültig errichtete Prälegat convalesciren machen und es bedarf der Catonianischen Regel nicht erst, um eine Convalescenz zu verhindern, die überhaupt unmöglich ist.

Die practische Bedeutung der Frage, ob die Ungültigkeit eines Vermächtnisses auf der Catonianischen Regel beruhe, liegt bekanntlich darin, daß ihr nicht alle Vermächtnisse unterworfen sind, sondern nur diejenigen, deren dies mit dem Tode des Erblassers cedirt. Beruhte also die Ungültigkeit des Prälegats auf der Catoniana, so müßten Prälegate, welche unter einer Bedingung oder einem freigelassenen bez. legirten Sklaven hinterlassen wären, sowie das Prälegat eines Nießbrauchs gültig hinterlassen sein.

Nun läßt sich aber sowohl in Bezug auf das Prälegat eines Nießbrauchs als auch in Bezug auf bedingte Prälegate mit ziemlicher Sicherheit der Beweis führen, daß dieselben ebenfalls ungültig sind.

Für das Prälegat eines Nießbrauchs wird dies direct bewiesen durch fr. Vat. 87 (vgl. oben S. 184), indem dasselbst

und zwar, was wohl zu beachten ist, von dem *do-lego-LEGAT* eines Nießbrauchs gesagt wird:

*quoniam a semet ipsis inutiliter legatum est.*

Was das bedingte Prälegat anlangt, so geht schon aus dem Schlusse der l. 11 de leg. I. (f. ob. S. 226) hervor, daß der Grund, welcher bewirkt, daß das vom Gewalthaber dem Gewaltuntergebenen hinterlassene Vermächtniß nicht aus der Person des Letztern, sondern ausnahmsweise aus der Person des Ersteren vires capirt und welcher identisch mit dem die theilweise Ungültigkeit des Prälegats herbeiführenden Principe ist, sich nicht nur auf ein pures, sondern auch auf ein bedingt gegebenes Vermächtniß bezieht. Denn auch von dem dem Sohne vom Vater nach dem Tode des Letztern gegebenen Vermächtniß, welches, was den dies cedens anlangt, einem bedingten Vermächtnisse gleichsteht (l. 4 pr. quando dies leg. 36, 2), wird gesagt, daß es aus der Person des Vaters vires capirt.

Hierhin gehört noch die l. 83 de leg. II., welche, da sie zugleich mehrere andre in dieser Abhandlung besprochne Punkte illustriert und wenig behandelt ist,

die Interpretation von *Cujaz XI. quaest. Paull. opp. V.*

1085, F. 1147, ist ausnahmsweise ziemlich unvollständig, hier noch etwas näher besprochen werden mag.

*Paullus (libro XI. Quaestionum) — Latinus Largus.*

*Proxime ex facto incidit species talis: libertinus patronum ex semisse heredem instituit, et filiam suam ex alio semisse; fidei commisit filiae, ut quibusdam ancillis patroni restitueret, quum hae manumissae essent; et, si eadem filia heres non esset, substituit ei easdem ancillas. Quoniam filia non voluit heres existere, ancillae jussu domini, id est patroni, adierunt defuncti hereditatem. Post aliquantum temporis ab eo manumissae quaerebant, an fideicommissum petere ab eodem patrono possent. Rogo ergo, quid de hoc existimes, rescribas. Respondi, nec repetitum videri in hunc casum fideicommissum, sed alterutrum datum, vel fideicommissum, vel ipsam hereditatem. Melius autem dici, in eundem casum substitutas videri, in quem casum fideicommissum meruerunt, et ideo ad*

substitutionem eas vocari. Quum enim servo alieno fideicommissum ab uno ex heredibus sub conditione libertatis fuerit datum idemque servus ei heredi substituat, licet pure substitutio facta sit, tamen sub eadem conditione substitui videtur, sub qua fideicommissum meruit.

Der wirklich vorgekommene Rechtsfall, der dem Paullus zur Begutachtung vorgelegt wurde, war folgender:

Zwei fremde Slavinnen waren mit einem der einen Mit-erbin auferlegten Universal-fideicommissum unter der Bedingung, daß sie von ihrem Herrn, dem andern Institututen freigelassen würden, bedacht und derselben Theilerbin pur vulgariter substituiert. Da die Institutin ausschlug, der Herr der Slavinnen letztere aus der Substitution antreten ließ, folglich auch diesen Theil der Erbschaft durch sie erworben zu haben schien und nun erst sie freiließ, so entstand die Frage, ob und wie dieselben zu der ihnen zugedachten Hälfte der Erbschaft gelangen könnten.

Der nächste Weg, den die Anfragenden selbst ins Auge gefaßt hatten, schien der zu sein, daß das Universal-fideicommissum einschließlich seiner nun erfüllten Bedingung für im zweiten Grade repetirt angesehen wurde (*tacita repetitio* kraft des *rescriptum Severi*). Der zweite Weg war, daß die Substitution der Slavinnen, obwohl pur angeordnet, als derselben Bedingung, wie das Fideicommissum, unterstellt angenommen wurde (stillschweigende Uebertragung der Bedingung des Fideicommisses auf die Substitution). Dann war die auf den Befehl des Herrn erfolgte Adition der Substitutinnen, weil vor der Existenz der Substitutionsbedingung erfolgt, nichtig, der Herr hatte diesen Theil der Erbschaft gar nicht erworben, die Substitutinnen konnten nachmals antreten und selbst erwerben.

Es ist dieser Weg, den Paullus in seinem Gutachten als den richtigen bezeichnet:

nec repetitum videri in hunc casum fideicommissum, sed alterutrum datum, vel fideicommissum vel hereditatem ipsam. Melius autem dici, in eundem casum substitutas videri, in quem casum fideicommissum meruerunt.

Warum vermirrt Paullus die Repetition des Fideicommisses? Der Grund ist einfach der, daß eine solche Repetition nichts

nügen, sondern trotz der Bedingung nur ein ungültiges Fideicommiß ergeben würde, weil es von den Substitutinnen sich selber gegeben wäre. Wo die *tacita repetitio* aber auf ein *inutile* führen würde, da findet sie überhaupt nicht statt (s. ob. S. 65 ff.). Die Motivirung des *Paulus* läuft auf dasselbe hinaus: nur eins kann in demselben (hier im zweiten) Grade gegeben sein, entweder Fideicommiß oder Erbschaft; wäre das Fideicommiß gegeben, so könnte es nur von der den Substitutinnen zugeordneten Erbschaft, also ungültig gegeben sein und da die Erbschaft mittelst der Substitution wirklich gegeben ist, so ist es unmöglich, auch das Fideicommiß hier als gegeben anzusehen. Zugleich aber schließt diese Motivirung des *Paulus* den einzigen allerdings künstlichen Weg aus, auf welchem man das Fideicommiß retten könnte, nämlich die stillschweigende *Repetition* desselben statt von den Substitutinnen selbst von ihrem Herrn, *qua dominus* (l. 11 de leg. I.). Eine solche stillschweigende *Repetition* wäre aber wenigstens nicht auf das *Rescript* des *Severus* zu gründen gewesen, welches nur vom Substituten selbst wiederholt, was vom Institututen gegeben ist.

Der Schlußsatz unsers Gesetzes, verbunden mit dem vorletzten Absatz der l. 74 de leg. I.:

vel quid si substituit ex parte fideicommissarium, cui ab  
instituto reliquerat fideicommissum,

ergibt den allgemeinen Satz, daß die *tacita repetitio* nicht stattfindet bei einem Vermächtnisse, welches, sei es pur oder bedingt, vom Institututen dem auf dessen Erbtheil Substituirten hinterlassen ist, sondern daß statt deren, wo dies dem vermuthlichen Willen des Testators entspricht, eine stillschweigende Uebertragung der dem Vermächtnisse vom Institututen beigefügten Bedingung auf die Substitution eintritt. Denn die *tacita repetitio* des Vermächtnisses selbst würde in diesen Fällen dahin führen, daß der Substitut als sich selber belastet erschiene, also sie würde auf etwas Ungültiges und Nutzloses führen, was dem Testator als vermuthlicher Wille nicht untergelegt werden darf.

Die theilweise Ungültigkeit des Prälegats, da sie nach dem Vorstehenden auch bei Prälegaten, deren dies nicht mit dem Tode des Erblassers cedirt, stattfindet, ist somit unabhängig von der *Catoniana*; aber die Natur dieser Ungültigkeit ist nicht verschieden

von derjenigen Ungültigkeit, auf welche die Catoniana sich bezieht. Darum wird das Prälegat zusammengestellt und parallelisirt mit einem Legate, welches unzweifelhaft der Catoniana unterliegt, nämlich mit dem Legate an den Slaven des Erben,

Gaj. II. 244; §. 32 Inst. de leg. II. 20,  
das Erstere von Ulpian (Fr. XXIV. 22, 23), das Letztere in der  
l. 30 §. 8 ad leg. Falcid. 35, 2,

f. oben §. 4 Seite 48.

Das pure Legat an den Slaven des Erben ist ungültig, weil es am dies cedens durch ihn direct seinem Herrn, also demjenigen erworben werden würde, der, vorausgesetzt, daß er Erbe wird (conditio tacita), mit dem Legate zugleich belastet ist; das Prälegat ist ungültig, weil es am dies cedens direct demjenigen anfallen würde, der, vorausgesetzt, daß er Erbe wird, mit dem Prälegat onerirt ist.

Beide Legate sind somit aus dem gleichen Grunde ungültig und zwar aus einem Grunde, der, wie bei dem Legat an den Slaven des Erben allgemein anerkannt ist, das Vermächtniß von Anfang an ungültig macht. Die Verschiedenheit zwischen beiden Legaten besteht lediglich darin, daß das Legat an den Slaven des Erben, falls jener vor dem dies cedens aus dessen Gewalt träte, convalesciren könnte, wenn die Catonianische Regel nicht vorhanden wäre, das Prälegat aber, wie oben entwickelt worden ist, man mag seinen dies cedens legen wohin man will, niemals convalesciren kann<sup>127</sup>).

Es giebt im Römischen Rechte mehrere Fälle, in welchen ein Zusammentreffen von Onerirtem und Honorirtem wirklich stattfindet, gleichwohl aber die Wirkungen nicht eintreten, welche beim Prälegat die Folge jenes Zusammentreffens sind, sondern das Legat als solches gültig bleibt und der Gegenstand desselben nach Vermächtnißrecht vom Onerirten erlangt wird.

---

127) Umgekehrt ist das Legat von dem zum Erben eingesetzten Slaven an den Herrn nicht ungültig (Gaj. II. 245; §. 33 Inst. II. 20 u. a. a. D.). Denn am dies cedens fällt dieses Vermächtniß dem Herrn an und dieser hat nicht schon vorausgesetzt bloß, daß der Eingesezte Erbe wird, sondern nur wenn er selbst durch jenen die Erbschaft erwirbt, das Legat zu gewähren. Dieses Vermächtniß hat also von Anfang an einen utilis casus, nämlich daß der Slave selbst für sich oder durch ihn ein andrer als der gegenwärtige Herr Erbe werde.

Die Hauptstellen sind:

- l. 4 ad leg. Falc. 35, 2. Papinianus (libro XVI. Quaestionum) — Fundo legato mihi sub conditione, pendente legati conditione heres me heredem instituit, ac postea legati conditio extitit; in Falcidia ratione fundus non jure hereditario, sed legati, meus esse intelligitur,

und

- l. 34 §. 13 de leg. I. Ulpianus l. XXI. ad Sabinum — Plane si alter ex legatariis heres extiterit heredi, a quo legatum erat relictum, non ideo minus partem collegatario faciet, retinet enim pro parte legatum.

Aus diesen beiden Stellen hat Claussen (S. 157 ff.) Capital für seine Behauptung schlagen wollen, daß das von ihm als gänzlich irrational bekämpfte Dogma von der theilweisen Ungültigkeit des Prälegats in der practischen Anwendung auch von den Römischen Juristen selbst fast immer aufgegeben worden sei, ist aber von Vangerow (Archiv f. d. civil. Pr. Bd. 35 S. 272 ff.) gründlich widerlegt worden.

Für die Theorie von der Pfordten's, welcher das Prälegat für gültig gegeben ansieht und erst durch das wirkliche Zusammentreffen von Honorirtem und Querirtem zusammenfallen läßt und welcher daher auch (§. 10) Legate kennt, die obwohl nicht dem Erben hinterlassen, doch nachgehends die Natur des Prälegats annehmen (z. B. das Legat vom eingesetzten subjectus an den Gewalthaber), führen die obigen Fälle, da in ihnen nicht jure hereditario, wie beim Prälegat, sondern jure legati gehabt wird, auf eine erhebliche Schwierigkeit, die v. d. Pfordten zwar nicht verkennt, aber nicht anders zu beseitigen weiß, als dadurch, daß er annimmt, stricto jure müßte in jenen Fällen das Legat allerdings eigentlich die Natur eines Prälegats annehmen, aber nach der Aequitas werde dies von Papinian und Ulpian verworfen.

v. d. Pfordten, p. 40 Nr. 3 u. p. 79. IV.

Für die von mir vertheidigte Theorie bilden jene Fälle keine Schwierigkeit. Sie haben mit dem Prälegat überhaupt nichts zu thun. Denn das charakteristische Merkmal des Prälegats ist nicht das Zusammentreffen von Querirtem und Hono-

rirtem in einer Person, sondern daß dieses Zusammentreffen von vornherein in der getroffenen Disposition als ein nothwendig eintretendes gesetzt ist. Der Testator kann in seinen Gedanken dieses Zusammentreffen gar nicht beseitigen. Denn denkt er den Prälegatar als nicht Erbe werdend, so denkt er ihn zugleich als nicht belastet werden könnend und damit denkt er ein constitutives Element des Legats hinweg; dächte er aber einen andern Belasteten, so denkt er eo ipso nicht dieses, sondern ein anderes Legat (vgl. das oben über die secundäre Belastung beim Prälegat Bemerkte). In den oben erwähnten Fällen hingegen erfolgt das Zusammentreffen des Honorirten und Onerirten oder besser gesagt desjenigen, der durch das Legat gewinnt und desjenigen, der dadurch verliert, nicht aus der Anordnung des Testators, sondern durch ein außerhalb derselben liegendes, ihr gegenüber zufälliges Ereigniß, nämlich durch die Beerbung des vom Testator direct und gültig Onerirten durch den Legatar. Daher ist die Wirkung auch eine ganz andere, wie beim Prälegat. In jenen Fällen, denen noch die in l. 67 § 4 de leg. II. und l. 3 Cod. de fideicomm. 6, 42 erwähnten hinzuzufügen sind, erlischt das Legat freilich durch das Zusammentreffen, aber es ist nicht ungültig, sondern es wird nur ex nunc aufgehoben und zwar durch Confusion. Durch die letztere wird aber das Legat nicht einmal allenthalben objectiv zerstört, sondern nur die Person des nunmehrigen Onerirten liberirt,

vgl. Vangerow, III. §. 573 S. 93,

Windscheid, II. §. 352 not. 3 u. 4. Qui si adierint hereditatem, confusis actionibus, fideicommisso sunt liberati. l. 3 Cod. de fideicomm. 6, 42,

die Sache wird so behandelt, als ob derselbe sich selber befriedigt hätte (durch Compensation oder Zahlung). Bei einem Eigenthumslegat erhält der Erbe gewordne Legatar durch das Zusammentreffen zwar nun nicht nochmals das Eigenthum der Sache, die er qua Erbe schon hatte, wohl aber wird die causa domini (possessionis) mutirt.

l. 4 ad leg. Falcid. 35, 2. Cujac. ad h. l. opp. IV. 421.

Besonders instructiv ist für diese Fälle die l. 67 § 4 de leg. II.

Papinianus XIX. quaest. Si duos de familia non aequis portionibus heredes scripserit, et partem, forte quar-

tam, extero eiusdem fundi legaverit, pro his quidem portionibus, quas iure hereditario retinent, fideicommissum non petetur, non magis, quam si alteri fundum praelegasset; pro altera vero parte, quae in exterum collata est, virilem, qui sunt de familia, petent, admissa propter heredes virilium portionum pensatione.

Ein Testator A hat seinem Erben B das Fideicommiß aufgelegt, bei seinem Absterben einem der vorhandenen drei Familienglieder C, D und E nach seiner Wahl ein Grundstück zu geben. B setzt den C und D zu seinen Erben ein, legirt aber den vierten Theil des Grundstücks dem F, einem Fremden. In Betreff der  $\frac{3}{4}$  des Grundstücks, welche C und D als Erben des B bekommen und behalten, hat Letzterer dem Willen des A Genüge geleistet und damit ist die Bedingung, unter welcher jenes Fideicommiß von den Familiengliedern gefordert werden könnte, nämlich, daß der B keinen derselben gewählt oder keinem derselben dasselbe letztwillig zugewendet hätte, in Bezug auf diese  $\frac{3}{4}$  deficirt. In Betreff des dem Fremden legirten Viertels hat B dem Willen des A nicht entsprochen, die Bedingung des Fideicommisses ist eingetreten und dasselbe sämmtlichen Interessenten angefallen.

Für uns ist vorzugsweise blos die Differenz von Bedeutung, daß die Erben  $\frac{3}{4}$  jure hereditario retinent, das letzte Viertel aber alle Familienglieder, die Erben C und D eingeschlossen, beanspruchen können, admissa propter heredes virilium portionum pensatione, d. h. E, der nicht zum Erben eingefetzte Fideicommissar, kann blos  $\frac{1}{2}$  des Grundstücks verlangen. Was nämlich das Verhältniß von C und D zum Fideicommiß betrifft, so sind diese in Betreff des dem Fremden F hinterlassenen Viertels, dessen Bedingung, wie bemerkt, in Erfüllung gegangen war, aus dem Testament des A honorirt und zugleich als Erben des damit onerirten B sich selber und außerdem dem nicht zum Erben eingefetzten Familiengliede E deshalb verhaftet. Nun können sich freilich C und D selbstverständlich nicht selber auf die ihnen zukommenden  $\frac{2}{12}$  des Grundstücks verklagen, werden sie vielmehr dem Fremden, dem sie legirt sind, vorausgesetzt, daß das, was sie aus der Erbschaft des B erhalten, noch einen Ueberschuß liefert, herausgeben müssen; aber ihrem Mitfidei-

commiffar dem E gegenüber machen sie Theile, beschränken ihn auf das Zwölftel (l. 34 §. 13 de leg. I., vgl. auch l. 77 §. 27 de leg. II.) und sich selbst gegenüber compensirt ein Jeder das, was er als Fideicommissar zu fordern hätte, mit dem, was er als Erbe des B zu geben hätte, befriedigt sich selbst aus der Erbschaft des B und braucht daher z. B. den entsprechenden Betrag weder in die Falcidia sich zu imputiren, noch ex Trebelliano zu restituiren. Die andern  $\frac{3}{4}$  des Grundstücks hingegen haben C und D nach Erbrecht, weil in Betreff derselben die Bedingung des Fideicommisses, da der B insoweit dem Willen des A gehorcht hatte, gar nicht in Erfüllung gegangen ist. Hätten sie es nicht nach Erbrecht, sondern, wie ihre Antheile am legitirten Viertel, nach Fideicommissrecht, so müßten sie es ebenfalls zu Vierteln und nicht zu den ungleichen Theilen, zu welchen sie eingesetzt sind, haben. (Vgl. auch l. 114 §. 17 de leg. I.) Allerdings trotzdem sie es jure hereditario haben, brauchen sie es sich nicht in die Falcidia zu imputiren<sup>128)</sup>, aber bloß deshalb nicht, weil sie es nicht aus dem freien und ungezwungenen Judicium des Testators B haben, sondern dieser verpflichtet war, es entweder ihnen oder dem E zu hinterlassen.

l. 54 ad leg. Falc. 35, 2.

Das Ergebnis in allen diesen Fällen ist also, daß der Legatar, welcher Erbe des ursprünglich Belasteten geworden ist, sich freilich nicht selber verklagen kann, doch aber das ihm schon aus dem Testamente des Erblassers seines Erblassers gebührende Vermächtniß wirklich als solches percipirt, indem er nämlich mit sich selber compensirt.

Vgl. l. 67 §. 3, 4 de leg. II.

Demzufolge beschränkt er seinen etwaigen Collegatar im Vermächtnisse auf dessen ursprünglichen Theil (partem ei facit),

l. 34 §. 13 de leg. I., vgl. auch l. 67 §. 4 de leg. II., während der wirkliche Prälegatar zu dem Theile, zu dem er Erbe wird, mit dem Collegatar nicht concurrirt, ihm nicht partem facit,

l. 34 §. 11 de leg. I., l. 116 §. 1 eod.

128) Dies ist also wieder ein Fall, wo der Erbe, obwohl jure hereditario habend, doch nicht in die Quarta zu imputiren braucht, s. ob. Ann. 114.

Siehe man nämlich in unsern Fällen den Vermächtnißberechtigten dem Collegatar ebenfalls keinen Theil machen, so würde er sein ihm gebührendes Vermächtniß eben gar nicht, auch nicht durch Compensation mit sich selbst percipiren können, sondern es ganz an den Collegatar verlieren.

Consequenterweise braucht sich ein solcher Vermächtnißnehmer den Betrag seines Vermächtnisses auch nicht in die Quart einrechnen zu lassen,

l. 4 ad leg. Falc. 35, 2,

(während der ächte Prälegatar dies pro parte natürlich thun muß) und steht überhaupt in Betreff desselben, obwohl er sich selber obligirt ist, wie ein Gläubiger da, so daß er sich, mag ihm deductis legatis oder non deductis legatis die Restitution der Erbschaft aufgelegt sein, außer der Quart auch noch den Betrag des Vermächtnisses abziehen wird (was der echte Prälegatar, der mindestens pro parte imputiren muß, niemals kann, s. oben S. 11), obwohl sonst, wenn die Restitution deductis legatis angeordnet ist, diejenigen Legate nicht abgezogen werden dürfen, die nicht petirt werden können.

Vgl. l. 51 ad SC. Trebell. 36, 1.

Eben so wenig wie die vorstehend besprochenen Fälle Prälegate sind, auch wo sie bei Theilerben vorkommen, war ein echtes Prälegat in dem Falle vorhanden, wenn dem Gewalthaber von dem zum Erben eingesetzten subjectus vermachte war.

Dieser jetzt völlig unpractisch gewordene, bez. schon im Justinianischen Rechte wesentlich anders gestaltete Fall bietet doch für unsre Lehre nach seiner Gestaltung im classischen Rechte ein erhebliches theoretisches Interesse dar, denn er ist nahe verwandt sowohl mit den vorbesprochenen Fällen als auch mit dem Prälegat; mit den ersteren, weil jenes Vermächtniß an den Gewalthaber von Anfang an gültig gegeben war, sein dies utiliter cedirte, obwohl nachgehends der Vermächtnißnehmer die belastete Erbschaft erwarb (l. 25 de leg. I.) und es nur erst durch diesen Erwerb zusammen fiel, mit dem Prälegate, insofern es aus derselben Erbschaft herrührt, aus der der Gewalthaber Erbe wird, nicht aus einer frühern, erst durch die Vermittlung seines Erblassers auf ihn übergehenden, und insofern der Erbe gewordne Gewalthaber

demzufolge sich den Betrag dieses Vermächtnisses in die Falcidische Quart einrechnen lassen mußte (l. 25 de leg. I.)<sup>129)</sup>.

Vom Standpuncte der Bangerow-Windscheid'schen Theorie ist dieses Vermächtniß natürlich schon deshalb kein Prälegat, weil es von Anfang an gültig gegeben ist (s. oben S. 46). Dagegen vom Standpuncte der Evanescentztheorie aus ist es, von dem zum Theilerben eingesetzten subjectus gegeben, in der That kaum von einem Prälegat zu unterscheiden, wie es denn Arndts (Commentar S. 29) mit demselben völlig parallelisirt und die Thatfache, daß es anerkanntermaßen von Anfang an gültig gegeben ist, für ihn ein entscheidender Grund ist, eben dasselbe beim Prälegat anzunehmen (Commentar S. 108). Nun aber beweist, selbst abgesehen von dem oben S. 48 zu l. 30 §. 8 ad leg. Falc. Ausgeführten, daß diesem Vermächtnisse und dem Prälegat gemeinsame Imputiren in die Falcidia nichts für die Evanescentztheorie, weil jedes Legat, welches der Legatar nicht capirt, mag es gleich von Anfang an ungültig sein oder erst nachgehends zusammenfallen, in die Quart imputirt wird.

l. 76 §. 1 ad leg. Falc. 35, 2.

Jedenfalls aber besteht zwischen dem Legat an den Gewalthaber des eingesetzten Erben und dem Legat an diesen letztern selbst (Prälegat) noch ein ganz wesentlicher Unterschied. Wenn beim Prälegat der Vermächtnißnehmer die Erbschaft nicht erwirbt, so kann dasselbe nur bestehen, indem es seinen Belasteten ändert, indem an die Stelle des ursprünglich Belasteten ein anderer von Jenem verschiedener (Miterbe, Substitut) tritt; wenn dagegen beim Legat an den Gewalthaber der Letztere die Erbschaft nicht erwirbt und es dadurch fortbesteht, so geschieht dies gerade dadurch, daß der ursprünglich Belastete Erbe bleibt, d. h. also das Prälegat kann nur wirksam werden, indem es eines seiner constitutiven Elemente ändert, für das Vermächtniß an den Gewalthaber aber giebt es einen Fall, wo es ohne irgend eine Veränderung an seinen constitutiven Elementen bestehen bleibt.

Von dem von mir vertretenen Standpuncte aus ist daher

129) Die l. 20 ad leg. Falc. 35, 2 (Mäcianus) enthält schwerlich einen Widerspruch; vgl. Cujac. comment. ad tit. 30 Dig. opp. post. F. IV. 1073. Retes in Meerm. thes. VII. 398.

zwischen dem letztbesprochenen Vermächtnisse und dem Prälegat eine tiefe innere Verschiedenheit vorhanden, von der es nur eine natürliche Folge ist, daß das Erstere von Anfang an gültig, das Prälegat aber, wie ich mit der herrschenden Theorie annehme, pro parte von Anfang an ungültig ist.

Mit dieser Nachweise aber, daß die eben besprochenen Fälle, obwohl bei ihnen ein Zusammentreffen zwischen dem Vermächtnißnehmer und demjenigen, der das Vermächtniß zu tragen hat, stattfindet, auch wo sie Theilerben betreffen, keine echten Prälegate sind, schließt sich unsre letzte Erörterung wieder zusammen mit jener ersten (§. 1), in der wir, bemüht den Begriff des Prälegats abzugrenzen, bei Erläuterung der l. 16 de aur. et arg. leg. 34, 2 fanden, daß jenes Zusammentreffen für sich allein den Begriff des Prälegats nicht herstellen könne, sondern daß dazu das Zusammentreffen des Honorirten mit dem Dnerirten erforderlich sei, d. h. nun aber nach dem Laufe dieser Untersuchung nicht bloß ein Zusammentreffen von Vermächtnißnehmer und Vermächtnißträger — denn es kann Vermächtnißträger geben, die nicht vom Testator als Beschwerte gedacht sind — sondern wirklich des Honorirten und des Dnerirten, d. h. desjenigen, der vom Erblasser als bedacht mit dem Vermächtniß gedacht und gesetzt ist, mit demjenigen, der von ihm als damit beschwert gedacht und gesetzt ist. Von diesem Standpunct aus ist es in der That vollkommen wahr, daß der Satz: heredi a semet ipso legari non potest in dem Sinne, daß deshalb das Vorvermächtniß für den Erbtheil des Vermächtnißnehmers von Anfang an nichtig sei, wie Windscheid, Pand. §. 627 not. 3 sich ausdrückt, ein logisch nothwendiger ist. Aber allerdings logisch nothwendig doch nur vom Standpuncte des Römischen Vermächtnißrechts aus, logisch nothwendig doch nur dann, wenn wir die Begriffe von Erbschaft und Vermächtniß, wie sie der Römische Volksgeist historisch gebildet hat und wie sie uns überliefert sind, allenthalben festhalten und von ihnen ausgehen. Darüber mögen noch einige Worte gestattet sein, die über das Römische Recht nicht hinausführen, sondern nur darüber hinauszeigen sollen.

§. 17.

**Das specifisch Römische im Prälegat gegenüber den modernen Rechten.**

Die Eigenthümlichkeiten des Römischen Prälegats als notwendige beruhen, wie wir gesehen haben, darauf, daß in ihm derselbe als Belasteter gesetzt ist, der auch als Honorirter gesetzt ist. Sie würden sofort aufhören, wenn man sich für den betreffenden Theil entweder einen Andern als belastet denkt oder für denselben überhaupt keinen Belasteten zu denken brauchte. Das Erstere ist, wie wir oben ausgeführt haben, schon im Römischen Rechte möglich, indem nämlich der Miterbe von Anfang an in totum eventuell belastet ist, und darauf beruht es, daß der Prälegatar, der nicht Erbe wird, das ganze Prälegat bekommen kann. Wird er aber Erbe und will man trotzdem das Prälegat als pro parte gültig gegeben betrachten und den Prälegatar auch nach Vermächtnißrecht und nicht nach Erbrecht capiren lassen, so bleibt nichts übrig, als ihn entweder aus der Erbschaft und doch nicht von sich selbst als Erben capiren zu lassen und die Erbschaft somit als etwas vom Erben Verschiednes, welches für sich ohne Beziehung auf einen Erben, der sie erwerben würde, belastet werden könnte, zu denken, oder die Succession aus dem Vermächtniß unmittelbar an den defunctus anzuknüpfen und sie nicht hinter die directe Universalsuccession des Erben, sondern neben und bez. vor dieselbe zu stellen. Beides ist aber nach echtem Römischen Rechte nicht möglich. In der ersten Beziehung liegt der Grund davon wesentlich in der Eigenthümlichkeit der Römischen Erbsuccession, in der zweiten in der des Römischen Vermächtnisses. Die Römische hereditas, und was sich im Laufe der Zeit an diesen Grundtypus angefügt und nach ihm gebildet hat, ist directe Universalsuccession in universum jus defuncti. Sie selbst jedoch, auch als einen Zeitraum ausfüllend, als ruhende Erbschaft gedacht, ist nicht Nachfolgerin des defunctus, noch ist derjenige, der schließlich Erbe wird, Nachfolger der hereditas, sondern Letzterer ist unmittelbarer Nachfolger des defunctus und wird behandelt, als ob er vom Tode des Erblassers an in dessen gesamtem Rechtskreis nach-

gefolgt wäre, l. 54 de A. v. O. H. 29, 2, l. 138 de R. J. 50, 17<sup>180</sup>).

Insofern ist er mit der hereditas identisch, heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur:

1. 22 de usucap. 41, 3. In so beschränkter Beziehung, wie Köppen, System §. 2 not. 53 will, ist die Stelle schwerlich zu verstehen.

Allerdings ist nicht das Individuum X oder Y, das nachgehends Erbe wird, schon vorher mit der Erbschaft identisch, wie daraus hervorgeht, daß der Erbschaftsclav dem Erben namentlich nicht stipuliren kann, wohl aber ist sie identisch mit dem künftigen Erben, wie sich daran erweist, daß derselbe Clav gleichmäßig gültig stipulirt, wenn er die Stipulation auf die hereditas und wenn er sie impersonell auf den heres futurus stellt. Eben wegen dieser Identität des heres futurus mit der Erbschaft ist es unmöglich, der letzteren etwas zu entziehen, ohne es zugleich dem ersteren zu entziehen und die Erbschaft zu belasten, ohne zugleich den künftigen Erben zu belasten. Ohne einen künftig möglichen Erben besteht eben überhaupt keine Erbschaft, wenn Niemand Erbe wird, ist keine hereditas jemals dagewesen, weshalb z. B. der Erbschaftsclav gültig stets nur stipulirt, vorausgesetzt, daß die Erbschaft angetreten wird, und somit ist es im Geiste des Römischen Rechts auch für den Testator unmöglich, wenn er anordnet, daß ein Erbe etwas aus der Erbschaft vorwegnehmen soll, etwas anderes anzuordnen, als daß er es von sich selber (vorausgesetzt, daß er Erbe wird) vorausnehmen soll.

Die zweite Möglichkeit wäre, daß der Testator zwar nicht anordnete, daß die Erbschaft und doch nicht auch der künftige Erbe belastet sein solle, daß er also zwar nicht Erbschaft und künftigen Erben bei der Belastung trennte, aber daß er das Vermächtniß so hinterlasse, daß der Vermächtnißnehmer direct ihm selbst ohne alle Vermittlung der Erbschaft oder des Erben in die ihm zugedachte einzelne Sache succediren solle. Dagegen

180) Ob dies eine Fiction ist oder nicht und welche andere Consequenzen mit Recht oder Unrecht daraus gezogen werden mögen (Unger, Erbr. §. 6 not. 4, Arndts, §. 521 not. 1), darauf kommt es hier nicht an

aber streitet der Begriff des Römischen Vermächtnisses. Während die hereditas stets directe Universalsuccession ist, ist das Vermächtniß zwar bisweilen, in dem der spätern Rechtsbildung angehörigen Erbschaftsfideicommiß (SC. Trebellianum) Universalsuccession<sup>131)</sup>, aber niemals unmittelbare, sondern stets mittelbare Succession.

Als mittelbare Succession auf den Todesfall bedarf das Vermächtniß daher stets einer Vermittlung mit der Person des Erblassers durch eine directe Universalsuccession, an die es sich nun unmittelbar oder (bei Fideicommissen von Vermächtnißnehmern) mittelbar anschließt, daher succedit der Vermächtnißnehmer niemals direct dem Erblasser. Für Vermächtnisse mit obligatorischem Inhalte, obwohl man da kaum von Succession im eigentlichen Sinne sprechen kann, ist dies klar; hier kann höchstens von einer Succession vom Erben selbst die Rede sein. Aber auch bei Legaten dinglichen Inhalts ist es nicht anders. Auch beim Vindicationslegate succedirte der Legatar in die einzelne ihm vermachte Sache nicht dem Testator, sondern der Erbschaft desselben,

l. 80 de leg. II. *recta via dominium, quod hereditatis fuit ad legatarium transeat.*

Von einer Rückbeziehung auf den Tod des Erblassers, der die Succession des Legatars, wie die Universalsuccession des Erben, unmittelbar an jenen angeknüpft hätte, ist gar keine Rede,

l. 38 de leg. II., l. 13 §. 2, l. 15 pr. ad leg. Aquil. 9, 2.

Während beim Erben die Zeit der ruhenden Erbschaft innerhalb seiner eignen Universalsuccession liegt, letztere, statt wie sonst Successionen, momentan zu verlaufen, sich durch einen Zeitraum hindurchzieht, liegt jene Zeit für den Legatar vor seiner Singularsuccession; er hat wohl eine sichere Aussicht auf

131) Ich will gleich hier einfügen, wie es sich nach Röm. Rechte verhalten würde, wenn ein Universalpräfidemmiß einer Erbquote hinterlassen wäre. Dies müßte nämlich behandelt werden, als ob es dem damit bedachten Theilerben bis zum Verlauf seiner Erbportion von sich selbst, also ungültig hinterlassen wäre. Das ergibt sich aus l. 40 pr. de leg. III. (s. ob. S. 18 und §. 15 b. Anm. 123), wo bei reiner Anwendung der Prälegatsgrundsätze der mütterliche Oheim  $\frac{3}{4}$  der ganzen Erbschaft bekommen müßte und indirect aus l. 83 de leg. II. (alterutrum). Universalfidemmiß und directe Erbschaft stehen in einem sich quoad quodam concurrentem völlig ausschließenden Verhältniß.

dieselbe, gewissermaßen einen Anspruch an die Erbschaft und damit an den künftigen Erben, aber *directer Successor des Testators* ist er durchaus nicht und in keiner Beziehung<sup>132)</sup>.

Was auch der Spruch: *hereditas defuncti personam sustinet*, besagen oder nicht besagen mag,

vgl. Windscheid, Pand. §. 531 not. 12, Unger, *Erbrecht*: §. 7 not. 9, Arndts, §. 465 not. 1,

das besagt er nicht, daß der Verstorbene noch nach seinem Tode Eigentümer der Erbschaftsachen oder Subject der Erbschaftsrechte und Erbschaftspflichten sei. Mit seinem Tode hat er selber aufgehört dies zu sein, wie sich das z. B. daran zeigt, daß der Erbschaftsclavus nicht auf den Namen seines verstorbenen Herrn gültig stipuliren kann (l. 18 §. 2 de stip. serv. 45, 3), und es kann sich bloß darum handeln, ob die einzelnen Bestandtheile des Nachlasses inzwischen der *hereditas* oder jetzt schon dem künftigen Erben als Individuum gehören<sup>133)</sup>.

Immerhin bedarf es bei dem Vermächtniß, welches der Vermächtnißnehmer ja als eine Zuwendung des Erblassers empfangen soll, allemal einer Vermittlung zwischen Letzterem und dem Vermächtnißnehmer, deren es bei der Erbsuccession, da der Erbe unmittelbar in das Gesamtrecht des Erblassers succedit, nicht bedarf. Diese Vermittlung trifft in letzter Linie allemal und bei dem directen Vermächtnisse allein den Erben und enthält eine Belastung für ihn, sei es, daß er etwas, was schon als Einzelnes sein ist, geben muß, sei es daß er in Folge der Anordnung des Testators aus dem *universum jus*, in welches er schon vom Todesmoment des Erblassers an succedirte, einen in demselben enthaltenen Bestandtheil verliert.

132) Dies scheint Arndts, Commentar S. 153, zu verkennen und tadelt daher schon deshalb wohl mit Unrecht die Aeußerung des Florentinus in l. 116 §. 1 de leg. I.

133) Die im Römischen Rechte recipirte Ansicht geht von dem Ersteren aus und danach wird der Erbe allerdings unmittelbarer Eigentümer der Erbschaftsachen qua einzelner erst durch die Erbanretung, mit welcher nun das ideelle Wesen der *hereditas*, durch das sie bisher zusammengehalten wurde, in der Person des Erben verschwindet und davon nur der Successionstitel für die in den eignen Rechtskreis des Erben übergegangenen einzelnen Sachen übrig bleibt, über dessen Vorhandensein und Consequenzen aber noch in der *hereditatis petitio* gestritten werden kann. Die einzelnen Sachen aber erwirbt der Erbe doch nicht von der Erbschaft, sondern nur durch sie (*per hereditatem*).

Während daher zur Erbsuccession nur zwei Personen nöthig sind, der Erblasser und der Erbe, sind zur Vermächtnißsuccession des Römischen Rechts stets wenigstens drei Personen erforderlich, nämlich außer dem Testator und dem Bedachten auch noch ein Belasteter, der den Erwerb des Vermächtnisses mit der Person des defunctus verknüpft und vermittelt und dieses Dasein eines Belasteten ist für das Römische Vermächtniß eine juristische Nothwendigkeit, nicht bloß, wo es, wie beim obligatorischen Vermächtniß, zugleich constitutives Element des Rechts ist, welches zugewendet werden soll, sondern überhaupt bei jedem Vermächtniß, weil es constitutives Element der Vermächtnißzuwendung als mittelbarer Zuwendung ist.

Es ist eine bekannte Thatsache, daß die meisten neuern Gesetzbücher von dem Römischen Prälegat nichts wissen wollen und den Prälegatar, auch wenn er Erbe wird, in Betreff des ganzen Prälegats als Vermächtnißnehmer, d. h. als Singularsuccessor in die einzelne Sache behandeln.

vgl. Arndts, Comment. S. 173 ff., Unger, Erbr. §. 55 not. 10, 11.

Zwar hat das Sächsische Gesetzbuch §. 2401 ff. die theilweise Nichtigkeit des Prälegats beibehalten, aber da es den Erwerb des Vermächtnisses sofort mit dem Tode des Erblassers eintreten (§. 2426) und die dem Erblasser gehörig gewesenen Sachen und beziehentlich Rechte ohne weiteres auf den Vermächtnißnehmer übergehen läßt (§. 259, 2451, vgl. auch 2286), während es doch im Sinne der modernen Entwicklung ebenfalls einen großen Theil der Principien des Römischen Erbrechts aufgiebt, wie mir scheinen will, ohne genügenden innern Grund (s. auch Arndts, Comment. S. 176 ff.). Denn schließlich beruht die theilweise Nichtigkeit des Prälegats im Römischen Recht doch bloß auf dem Gegensatze zwischen directer Erbsuccession und indirecter Vermächtnißsuccession, welche beide ihrem Begriffe nach nicht neben einander stehen können. Dagegen scheint es mir ganz gut möglich und denkbar, neben der Universalsuccession in derselben Linie noch eine Singularsuccession hergehen zu lassen. Allerdings gehen dann durch die erstere nur alle Verpflichtungen und alle diejenigen Rechte über, welche nicht durch die letztere gemäß der Regel: *species derogat generi* von ihr ausgenommen

sind. Daß diese Universalsuccession, die immer noch *successio per universitatem* ist, weil sie durch einen Act einen Complex von Rechten und Verpflichtungen überträgt, nicht mehr die Römische Erbsuccession mit dem in ihr auch im neuesten Rechte wenigstens der Idee nach noch erhaltenen spiritualistischen Elemente ist, ist freilich klar; aber diese Römische Erbsuccession und namentlich die testamentarische Succession, auf welcher doch nach Römischer Auffassung das ganze Vermächtnißrecht ruht — denn auch die *Intestatcodicille* denken für ihre Verfügungen die Belasteten als testamentarische Erben — hat in den modernen Rechten so tief greifende Veränderungen erlitten, daß man sich nicht wundern dürfte, wenn auch in der angedeuteten Beziehung eine solche vorgegangen wäre.

Jedenfalls hat schon das Römische Recht in dem Universal-fideicommiß eine Universalsuccession gekannt, die von der Erbsuccession nicht bloß darin verschieden ist, daß sie indirect, sondern auch darin, daß sie lediglich universelle Vermögenssuccession ohne jene Beimischung von Repräsentation der Persönlichkeit des Erblassers durch den Erben ist, die der Römischen *hereditas* ihrem ursprünglichen Princip nach anhängt (man vergleiche z. B. *jura sepulcrorum* l. 42 §. 1, l. 55 §. 3 ad SC. Treb. 36, 1, die Bestimmung der l. 1 §. 6, 7 de injur. 47, 10 und halte gegen letztere z. B. §. 139 Abs. 3 des Deutschen RStrGB.'s). Nur der Erbe ist wahrhaft *vice defuncti* (Cic. de leg. II. 19, 48), der Universal-fideicommissar ist nur noch *loco heredis*, nicht mehr *vice defuncti*. Mit dem Augenblicke, wo das Römische Recht im Universal-fideicommiß eine indirecte Universalsuccession schuf, die auf der Anordnung desselben Erblassers beruhte, der auch eine directe Universalsuccession für dieselbe Erbschaft angeordnet oder mit setnem Willen zugelassen hatte, war die Möglichkeit gegeben, daß letztwillige Singularsuccession und letztwillige Universalsuccession auf dieselbe Linie treten konnten. Denn, wenn auch die obligatorischen Verpflichtungen aus den dem Fiduciarerben auferlegten Legaten, soweit sie bei der Restitution noch nicht abgemickelt sind, auf den Universal-fideicommissar übergehen und zwischen dem Letztern und den Vermächtnißnehmern das Verhältniß von Gläubiger und Schuldner eintritt,

l. 2, l. 8 Cod. ad SC. Trebell. 6, 49,

dem directen Erben gegenüber stehen beide auf gleicher Linie, ja das Legat kann vor dem Erbschaftsvermächtniß stehen. Das zeigt sich in dem Verhältniß, in welchem beide zusammen gleichmäßig der Quart des Fiduciars gegenüber treten können, auch wo das Dasein der Quartberechtigung bereits im classischen Rechte die Universalsuccession nach dem Muster des Trebellianum nicht verhinderte (z. B. beim gezwungenen Antritt des Fiduciars).

Vergl. l. 2 ad SC. Treb. 36, 1. Das zu Restituirende besteht in dem Rest des Vermögens weniger die Legate. l. 3 pr. es besteht in der Summe der Legate und dem Totalbetrag des Vermögens.

Es ist wahr, daß die hier einschlagenden Fragen höchst schwierig und noch heutzutage controvers sind,

vergl. Windscheid, Band. §. 667 not. 6, Bangerow, II. S. 559 ff. Die verschiedenen Auffassungen, die in Betreff der Restitution praecepta re möglich sind, hängen ebenfalls mit diesem Punkte zusammen,

und daß die Römischen Juristen selbst mannigfach gezwweifelt und geschwankt haben mögen, zwischen ihrem offenbaren anfänglichen Streben den Begriff ihrer Erbuniversalsuccession auch in der indirecten Vermögenssuccession aus dem Trebellianum allenthalben festzuhalten und zwischen den Anforderungen, welche die innerlich verschiedene Natur dieser neuen Universalsuccession und die Rücksicht auf den Willen des Testators an sie stellte. Aber schwerlich ist zu läugnen, daß die Römischen Juristen bereits eine Universalsuccession in das Vermögen als möglich gedacht und auch practisch statuiert haben, welche unter Abzug gewisser Bestandtheile desselben erfolgt, also in Wirklichkeit nur einen Rest des Vermögens überträgt und doch Universalsuccession ist, weil sie die erbhaftlichen Forderungen und Schulden übergehen läßt, womit dann zugleich die Möglichkeit des Nebeneinanderstehens und des schon bei der Anordnung gültig geschehenden Nebeneinanderstellens von Legats- und indirecter Universalsuccession gegeben ist. Obwohl mir kein Beispiel aus den Quellen bekannt ist, in welchem ein zu Gunsten eines Universal-fideicommissars angeordnetes Legat erwähnt würde, dürfte doch die Möglichkeit und Gültigkeit einer solchen Verfügung, z. B. dem Universal-

fideicommissar ist ein Vindicationslegat sofort, das Universalfideicommiss erst nach dem Tode des Fiduciars gegeben, schwerlich zu bezweifeln sein, sowie daß ein solches Legat, auch wenn später die Restitution erfolgte, allenthalben, z. B. den übrigen Vermächtnißnehmern gegenüber und in Betreff der Quart als ein ganz gewöhnliches Legat hätte behandelt werden müssen<sup>133a)</sup>.

Schließlich würde jeder Weg, auf welchen man den im Römischen Rechte vorhandenen, oben erwähnten Gegensatz zwischen der Erbsuccession als directer Universal- und der Vermächtnißsuccession als indirecter Singularsuccession und damit die Notwendigkeit den Prälegatar-Erben als sich selber mit dem Prälegat belastet zu denken, beseitigen könnte, dahin führen, den Einfluß der Regel: *heredi a semet ipso legari non potest* auszuschließen und die specifischen Eigenthümlichkeiten des Römischen Prälegats (aber deshalb noch nicht die der Römischen *praeceptio*) in Wegfall zu bringen. So würde z. B. die Auffassung des Erben nicht als eines selbst mit den Vermächtnissen Belasteten, sondern als eines bloßen Willensvollstreckers des Verstorbenen (Testamentsexecutors, Administrators, z. B. Englisches Recht) wirken oder die directe Anknüpfung sowohl der (generellen) Universalsuccession des Erben, als auch der speciellen Singularsuccession des Vermächtnißnehmers unmittelbar an die Erbschaft oder die Person des defunctus. Welchen der etwa denkbaren Wege die modernen Rechte, die das Römische Prälegat nicht mehr kennen und anerkennen, nun in Wirklichkeit eingeschlagen haben, in welchem Zusammenhange dann dieses moderne Prälegat in jenen verschiedenen Rechten mit den ihren Erbrechtsystemen sonst zu Grunde liegenden allgemeinen Gedanken stehen möchte und ob es in jedem dieser Rechte auf eine und dieselbe Weise construirt werden könnte oder nicht, das muß hier natürlich gänzlich dahingestellt bleiben. Einem Verzichtleisten, durchgängig mit Römischrechtlichen Principien zu operiren, wird man auf keinem dieser Wege entgehen, während die modernen Ideen, die man zu Hilfe nehmen muß, schwerlich allenthalben gleichmäßig

133a) Ein in gewissen Sinne ähnlicher Thatbestand wird erwähnt in l. 74 §. 1 ad SC. Treb. 36, 1 namentlich in den Worten: *a qua amita fideicommissum (Singularvermächtniß) et ex testamento patris portionem hereditatis petebat et apud praesidem obtinuerat.*

fixirt, bis ins Einzelne durchgebildet und zu jener plastischen scharf umrissenen Gestaltung gediehen sind, die die Principien des Römischen Rechts auszeichnet. Aber daß unsere moderne Anschauung durchweg, wenn auch in den verschiedenen Ländern vielleicht nicht genau von denselben historischen Grundlagen ausgehend, und in Folge dessen auch die verschiednen Gesetzgebungen ganz wesentliche und fundamentale Principien des Römischen Erbrechts wirklich fallen gelassen und beseitigt haben, ist ja eine bekannte und unbestreitbare Thatsache, z. B. ist der Grundsatz: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* fast überall aufgegeben und die Umkehrung des im Römischen Rechte bestehenden Verhältnisses der testamentarischen und gesetzlichen Erbfolge giebt namentlich in den Romanischen Rechten, vorzugsweise dem Französischen dem Erbrechte eine wesentlich andere Gestalt<sup>134</sup>).

Insbefondere haben gerade unsere modernen deutschen Gesetzbücher denjenigen Grundsatz des Römischen Rechts aufgegeben, nach welchem jede Universalsuccession sowohl die directe als die indirecte nur Quotaltheilung zuläßt und auch die Anordnung einer *institutio ex re certa* die abgesehen von ihr stattfindende Viriltheilung nicht ändert. Von den Sätzen, die die modernen Gesetzgebungen über die *institutio ex re certa* aufstellen, von der Gleichgültigkeit, mit der sie den formellen Unterschied zwischen Erbeinsetzung und Vermächtnißanordnung z. B. durch gänzliche Verschmelzung von Testament und Codicill behandeln und Aehnlichem, ist der Weg gar nicht soweit, den Unterschied zwischen Erbschafts- und Vermächtnißzuwendung überhaupt als einen im wesentlichen bloß noch quantitativen anzusehen und beide als neben einanderstehende directe Vermögenszuwendungen des Erblassers aufzufassen.

Vgl. die Bemerkungen von Meuner, *instit. ex re certa* S. 538 ff., Bering, *N. Erbr. S.* 819, 835.

134) Höchst merkwürdig sind gerade in der uns hier interessirenden Beziehung die französische Zuwendung *par préciput* und die Spanische *mejora* in ihrem Verhältnisse zur *reserve legitima* und zur *quotité disponible* (*bienes disponibles*), Vorvermächtnisse eigenthümlicher Art, die wieder ihrerseits zu mancherlei Controversen Anlaß gegeben haben.

## §. 18.

## Das Problem der l. 75 §. 1 de leg. II.

Von dem modernen Vorvermächtniß, auf welches wir soeben hingewiesen haben, kehren wir jetzt am Schluß unsrer Arbeit nochmals zum Römischen Prälegat zurück, um unsre Construction desselben an dem Prüfstein der l. 75 §. 1 de leg. II. zu erproben.

Unsre Construction war: Das Prälegat ist ungültig insofern es vom Prälegatar als Belastetem sich selber, gültig insofern es ihm vom Miterben gegeben ist; daher ist es primär theilweis gültig theilweis ungültig; wenn aber der Prälegatar nicht Erbe wird, so bekommt er es ganz, weil es von den Miterben von Anfang an im Ganzen ihm gültig gegeben ist.

Da nun aber nach l. 75 §. 1 cit. der Prälegatar, der vor der Erbantretung stirbt, für seinen Erbtheil das Prälegat nicht transmittirt, so scheint unsre Construction an derselben Schwierigkeit zu scheitern, welche nach dem oben §. 4 und 5 Ausgeführten, den Versuchen, eine allseitig befriedigende Construction für das Prälegat aufzustellen, von jeher vorzugsweise entgegengestanden hat.

Der Versuch, die l. 75 §. 1 durch Zuhilfenahme des im Vorvermächtnisse enthaltenen Präceptionselementes zu erklären, obwohl er in dem Ausdruck der *lex: praeceptiones* eine äußerliche Stütze haben möchte, würde nach dem oben Anm. 102 Bemerkten doch nur ein Nothbehelf sein.

Ehe wir nun dazu verschreiten, mittelst unserer Theorie der secundären Belastung den Versuch einer Lösung des in l. 75 §. 1 cit. enthaltenen Problems zu machen und darzulegen, daß gemäß derselben beim Prälegat eine partielle Pendency des von den Miterben in totum gültig gegebenen Vermächtnisses stattfindet, müssen wir zuvor die Wirkung, welche die secundäre Belastung d. h. die eventuelle Totalbelastung eines jeden überhaupt mit einem Vermächtnisse, mit einem *unum legatum* onerirten Erben, welches andern Erben ebenfalls aufgelegt ist, in andern Fällen auf den dies cedens quoad transmissionem ausübt, in Betracht ziehen. Hier sind nun folgende Fälle vorzugsweise ins Auge zu fassen, resp. auszuscheiden.

1) Das Legat ist gegeben vom Substituten dem Institut, das Grundstück X ist dem Institut A vom Substituten B vermacht. Hier liegt ein ganz gewöhnliches einföpfiges d. h. lediglich von einem Belasteten gegebenes Vermächtniß und daher bloß primäre, gar keine secundäre Belastung vor. Denn die Formel dieses Vermächtnisses ist: Vorausgesetzt, daß B Erbe wird (*conditio juris* jedes Legats), soll A das Grundstück haben. Der dies desselben, falls ihm nicht etwa eine besondere Bedingung beigefügt worden war, ist in keiner Weise suspendirt und cedirt wie gewöhnlich *morte testatoris*. Da die Erbeinsetzungen des A und des B sich ausschließend gegen einander verhalten, entweder nur A oder nur B aus dem Testament Erben werden können, so fällt das Legat, wenn A Erbe wird, zusammen, aber nicht weil Onerirter und Honorirter in einer Person zusammentrafen, was, da A gar nicht onerirt war, unmöglich ist, sondern weil diejenige eventuelle Relation der hereditas, aus welcher B Erbe werden könnte, sich erledigt und damit auch das Legat, welches seinen einzigen Belasteten verliert trotz seines utiliter cedirten dies zusammenfällt.

Vgl. l. 13 Cod. de fideicomm. 6, 42.

2) Durchaus ähnlich, nur umgekehrt verhält es sich, wenn dem Substituten vom Institut ein Legat gegeben ist. Belastet ist nur der Institut, der Substitut gar nicht, daher auch nicht sich selber. Der dies des Legats cedirt utiliter schon mit dem Tode des Testators, weil er lediglich unter der *conditio juris*: wenn der Institut Erbe wird, steht, das Legat aber fällt wegen Ausfalls des mit ihm einzig Belasteten (des Instituten) zusammen, sowie der Letztere aufhört Erbe werden zu können. Schlugen beide, sowohl der Institut als der Substitut, die Erbschaft *omissa causa testamenti* aus und besäßen dieselbe zusammen *ab intestato*, so würde an sich der Substitut das ganze ihm am Legat Fehlende vom Institut fordern können und der Letztere kann die Prästation desselben nur deswegen mit Grund ablehnen, weil der Substitut, wenn er dem Willen des Testators entsprechend gehandelt hätte, den ganzen Betrag desselben in der Erbschaft gefunden haben würde.

l. 10 §. 1 si quis om. causa test. 29, 4.

3) Dem Institutus A ist ein Legat unter der Bedingung: *si heres non erit* gegeben. Hier sind 3 Fälle möglich:

a. es ist ihm von seinem Substituten gegeben. Dies ist eine einfache Wiederholung des Falles unter 1, und da die Bedingung identisch ist mit der Voraussetzung, unter welcher dem Substituten die Erbschaft deferirt wird, eigentlich ein pures und gar kein bedingtes Legat, welches daher ohne allen Anstand auf die Erben des Legatars transmittirt wird.

l. 104 §. 6 de leg. I. bezieh. l. 31 pr. quando dies leg. 36, 2.

b. Der bedachte Institut hat keinen Substituten, sondern bloß Miterben

Auch dies ist kein Prälegat, weil der Prälegatar überhaupt nicht als sich selber belastet gesetzt ist, sondern ein simples, allerdings in allen seinen Theilen, auch in dem der Erbquote des Prälegatars entsprechenden Theile bedingtes Legat von den Miterben, dessen dies im letzten Lebensmoment des Legatars cedirt und welches dem zufolge der Legatar in toto auf seine Erben transmittirt.

l. 104 §. 6 fin. de leg. I.

c. A, B und C sind im ersten Grade eingesetzt; dem A ist substituirte, und ihm ein Vermächtniß: *si heres non erit* gegeben. Dies ist ein aus 3 a und b combinirter Fall, der ganz ebenso zu behandeln ist. Das Vermächtniß steht unter einer einfachen negativen Bedingung, die spätestens im letzten Lebensmoment des Vermächtnißnehmers erfüllt wird, und wird daher auf dessen Erben transmittirt.

l. 31 pr. quando dies leg. 36, 2.

Das Gemeinsame aller unter No. 1—3 aufgeführten Fälle ist, daß sie zwar Legate an einen Erben sind, auch Legate aus der ganzen Erbschaft — sonst könnte der Legatar nie die ganze Sache bekommen — aber keine Prälegate, weil bei ihnen der betreffende honorirte Theilerbe überhaupt nicht belastet ist, sondern nur die andern Erben, das Vermächtniß ist von ihm gar nicht gegeben (*non datum*) und folglich die Frage, ob es von ihm gegeben rechtsbeständig sein würde oder nicht (*an consistat legatum*), ganz müßig.

Vgl. ob. §. 13.

4. Nun ist der Vollständigkeit halber noch herbeizuziehen

der Fall, wo einem extraneus von allen Erben desselben oder verschiedener Grade legirt ist. Das ist freilich selbstverständlich kein Prälegat, aber mehrfache neben- bez. hintereinander stehende Belastung findet auch hier statt und es fragt sich also: Cedirt der dies des Legats vielleicht verschieden in Beziehung auf die verschiedenen Belasteten, je nachdem dieselben etwa bedingt eingesetzt, resp. Substituten sind? Bekanntlich ist dies nicht der Fall, der dies legati cedirt für alle gleichmäßig präsumtiv mit dem Tode des Testators, gegenüber einem jeden utiliter und mag A oder B oder der Substitut C oder einige von ihnen oder alle Erben werden, dem Legatar fällt das ganze Legat an und er transmittirt es, falls er nur den dies cedens erlebte, auf seine Erben.

Obligirt werden natürlich nur die antretenden Erben, aber nicht bloß zu ihren ursprünglichen, sondern auch zu denjenigen Theilen, die ihnen durch Accrescenz oder Substitution zufallen.

Das Gemeinsame sämmtlicher unter 1 bis 4 erwähnten Fälle ist, daß in ihnen dem Legatar das Ganze gültig, nichts davon ungültig, und daß es von allen Erben, die überhaupt belastet sind, gültig, von keinem ungültig hinterlassen ist. Cedirt daher der dies eines solchen Legats, so cedirt er allenthalben gültig, für keinen einzigen Theil des Legats und gegenüber keinem einzigen Belasteten ungültig und folglich ist es, vorausgesetzt, daß die Erbschaft überhaupt von einem der Belasteten angetreten wird, gewiß, daß das Vermächtniß als Vermächtniß geschuldet wird, ungewiß ist höchstens bloß das, von wem dasselbe, ob von allen oder bloß von einigen der Belasteten wird geleistet werden müssen. Die Ungewißheit, welche vorhanden ist, besteht also bloß darin, a quo debeatur, nicht darin, an debeatur.

5) Anders verhält es sich beim Prälegat. Löst man die diesfallige Verfügung des Testators in ihre einzelnen Bestandtheile auf, wobei ich als einfachsten und typischen Fall denjenigen setzen will, daß A und B jeder zur Hälfte zu Erben ernannt und dem A ein Erbschaftsgrundstück X legirt ist, so lautet die Formel derselben:

A soll das Grundstück X haben, vorausgesetzt daß  
entweder A und B alle beide zusammen oder  
daß bloß A oder bloß B meine Erben werden.

Von diesen drei Alternativen ist die erste diejenige, welche der Testator bei der Anordnung zunächst im Auge hat und welche eintreten muß, wenn nicht eine von seinem Willen unabhängige Veränderung nachgebends stattfindet; sie ist die primäre Alternative, während die zweite und dritte secundäre Alternativen sind, die erst in Betracht kommen, wenn und inwieweit (bei mehr als 2 Miterben) die primäre sich erledigt hat.

Keine dieser Alternativen enthält für sich betrachtet eine eigentliche Bedingung, die den dies des Vermächtnisses suspendiren könnte, vielmehr ist der Umstand, daß eine dieser Alternativen eintrete, nur die nothwendige Voraussetzung (*conditio juris*) daß das Vermächtniß überhaupt zur Wirksamkeit gelangen könne.

Steht nun an dies cedens, als welchen wir, wie regelmäßig und so auch im Thatbestande der l. 75 §. 1 de leg. II. der Fall, den Todesmoment des Erblassers annehmen wollen, die primäre Alternative noch aufrecht, d. h. der Prälegatar und wenigstens noch ein Miterbe kann da noch Erbe werden, so cedirt, weil in dieser Alternative das Vermächtniß theilweis gültig, theilweis ungültig hinterlassen ist, auch sein dies theilweis, d. h. gegenüber den gültig belasteten Miterben und für deren Erbquoten gültig, theilweis, d. h. dem Prälegatar selbst gegenüber und zu derjenigen Erbquote, welche ihm beim Tode des Testators deserirt wird oder werden kann, ungültig<sup>135)</sup>.

Was inutiliter hinterlassen ist und wessen dies demzufolge inutiliter cedirt, das bleibt bekannten Rechten nach in der Erbschaft, beziehentlich in der Erbquote dessen, von dem es ungültig hinterlassen ist, zurück (*remanet in hereditate*) und demgemäß bleibt auch der dem Prälegatar von sich selbst ungültig hinterlassene Theil zunächst in der demselben bestimmten Erbquote

135) Der Ausdruck: dies cedit inutiliter ist quellenmäßig (l. 76 §. 4 de leg. II., l. 18 §. ult. comm. praed. 8, 4), findet sich aber selten. Dies ist sehr natürlich, weil eine besondere Hervorhebung der Thatsache, daß der dies eines Legats inutiliter cedire, nur da geboten erscheint, wo wenigstens die Möglichkeit vorhanden gewesen war, daß er hätte utiliter cediren können d. h. bei Legaten, die nicht schon von Anfang an ohne Rechtsbestand hinterlassen waren. Denn bei Legaten, die von Anfang an rechtsungültig hinterlassen sind, versteht es sich von selbst, daß sie bez. in Folge der Catonianischen Regel nicht convalesciren und ihr dies daher nicht utiliter cediren kann.

zurück, vorausgesetzt daß er nicht einen Collegatar hat, der es ganz erwerben kann, welchenfalls es an diesen letzteren fällt<sup>136)</sup>.

Demgemäß haben wir nun einen Theil des Prälegats, den von den Miterben gegebenen, dessen dies utiliter cedirt und der daher dem Prälegatar als transmissibler Vermächtnißanspruch anfällt, wie dies Papinian in l. 75 §. 1 de leg. II. ausdrücklich erwähnt, und einen anderen Theil, den dem Prälegatar von sich selber ungültig hinterlassenen, welcher zunächst in dessen Erbquote zurückbleibt.

Was den ersterwähnten gültig cedirten Theil des Prälegats betrifft, so haben wir uns mit demselben nicht weiter zu beschäftigen und höchstens ist von ihm anzumerken, daß er wie jeder gültig cedirte Vermächtnißanspruch noch nachgehends zusammenfallen kann, wenn die mit ihm Belasteten die Erbschaft nicht erwerben. Zu denjenigen Theilen, zu welchen die Erbquoten der Wegfallenden etwa an den Prälegatar, der Erbe geworden ist oder noch Erbe werden kann, gelangen, erlischt nunmehr das Prälegat völlig, weil es insoweit seine einzig gültig Belasteten verloren hat, der secundär damit sich selber belastete Prälegatarerbe aber von Anfang an ungültig belastet war<sup>137)</sup>.

Was den andern dem Prälegatar von sich selbst primär hinterlassenen Theil betrifft, so bringt für ihn der dies cedens gar keine Veränderung hervor, er bleibt, wie er vorher im Vermögen des lebenden Erblassers war, so in dessen Erbschaft, ohne aus derselben geschuldet zu werden; aber da die secundäre Alternative, daß er von den Miterben noch gültig geschuldet werden könne, sich noch nicht erledigt hat, so concurriren nun in diesem

136) Dies ist der Fall, wenn der Prälegatar einen Nichterben zum Collegatar hat, welchem ja auch vom Prälegatar gültig vermacht ist (l. 34 §. 11, l. 116 §. 1 de leg. I.), s. oben §. 11.

137) Diese sich eigentlich von selbst aus der von mir aufgestellten Construction ergebenden Consequenzen sind hier hauptsächlich deswegen erwähnt, weil Arndts, Commentar S. 108, 109, gegen die anfängliche Richtigkeit des Prälegats den Einwand erhebt, daß die Größe des nichtigen Theils sich nicht bestimmen lasse. Die Größe des nichtigen Theils läßt sich aber für jeden gegebenen Moment, namentlich für den Moment des dies cedens ganz genau bestimmen und daß dieser nichtige Theil sich nachgehends vergrößern kann, ist ebensovienig etwas Besonderes, wie daß sich der einem Miterben, welcher z. B. mit postumis zusammen eingesetzt ist, gültig gegebene und bez. deferrirte Theil nachgehends vergrößern, resp. sogar verkleinern kann.

Theile zwei Eventualitäten, die, daß der Prälegatar den betreffenden Theil von sich selbst und dann ex ratione juris nach Erbrecht und die, daß er ihn nicht von sich selbst, sondern von seinen Miterben (beziehentlich Substituten) nach Vermächtnißrecht empfängt.

Und zwar beruht die Zuwendung dieses Theils für beide Eventualitäten auf ausdrücklicher Vermächtnißanordnung des Testators. Der Testator hat dem Prälegatar diesen Theil nicht bloß implicite in der ihm bestimmten Erbquote hinterlassen, sondern er hat ausdrücklich gesagt: du Titius sollst diese einzelne Sache von allen Erben, also auch von dir selbst noch außer deiner Erbquote (extra partem hereditariam Gaj. II. 217, l. 14 de dot. praeleg. 33, 4) als Vermächtniß bekommen.

Freilich ist diese Vermächtnißverfügung nach der ratio juris als solche nicht rechtsbeständig, legatum non consistit, aber den thatsächlichen Willen des Testators angesehen, der sich um die ratio juris nicht kümmert, ist es immerhin gegeben (legatum datum, sed inutiliter datum, s. oben §. 13). Der Testator hat wirklich verfügt, nicht bloß der Prälegatar solle einen ideellen Theil der Erbschaft und folglich in ihm und durch ihn auch einen Theil der einzelnen Sache bekommen, sondern er solle eine einzelne Sache und diese pro parte von sich selbst bekommen, während er, wenn er z. B. einem Theilerben unter der Bedingung: si heres non erit legirt, ausdrücklich verfügt: du Titius sollst diese einzelne Sache von allen Erben außer dir selbst erhalten, also gar nicht verfügt, er solle sie in irgend einem Falle und zu irgend welchem Theile von sich selbst haben.

Wo nun eine Anordnung so getroffen ist, daß Jemand dasselbe von sich selbst, also unmittelbar ohne fremde Vermittlung, lediglich durch seinen eigenen Entschluß und Willen, bekommen soll und zugleich alternativ so, daß er dasselbe von einem Anderen, also durch fremde Vermittlung bekommen soll, während er es doch nur einmal bekommen soll oder kann, wo sich also die Disposition so stellt: „Entweder sollst du es von dir selbst oder von einem Anderen erhalten,“ da geht die Alternative, daß er es von sich selbst bekommen solle, der anderen, daß er es von dem Anderen bekommen solle, vor, und so lange jene erste Möglichkeit besteht, so lange ist die zweite vi ipsa dergestalt

suspendirt, daß der dies für jene letztere, obwohl er, diese allein in Betracht gezogen und sie als allein existirend gedacht, früher cediren würde, doch nur erst dann cedirt, wenn die erstere aufgehört hat möglich zu sein, wenn also gewiß geworden ist, daß sie nicht mehr wirksam sein könne.

Es ist dieses Verhältniß, welches beim Prälegat in Betreff des dem Prälegatar von sich selbst gegebenen Theiles stattfindet. Die Regel: heredi a semet ipso inutiliter legatur bewirkt, daß der dies für diesen Theil, den Prälegatar als Belasteten angesehen, inutiliter cedirt, Transmission also nicht stattfindet, zugleich aber hält sie für diesen Theil thatsächlich die Möglichkeit offen, daß er ihn doch noch unmittelbar von sich selbst bekommen kann (wenn er Erbe wird); und dieser letztere Umstand wieder ist der Grund, daß das Prälegat, insofern es gedacht ist als von den anderen Erben gegeben, obwohl von ihnen nur vermachet und lediglich unter der *conditio tacita* ihres Erbwerdens stehend, für diesen Theil pendirt, so lange, bis es gewiß geworden ist, daß der Prälegatar denselben nicht von sich selber erlangen kann.

Es giebt nun im Römischen Recht einen Fall, an welchem der Satz, daß wenn eine letztwillige Zuwendung unter der Alternative steht, entweder von dem damit Bedachten selbst oder von anderen Erben kraft gewinnen zu können, die erstere Alternative vorwiege und die Wirksamkeit der zweiten, trotzdem an sich der dies für dieselbe cedirt sein würde, bis zur Erledigung der ersten suspendire, besonders deutlich wird. Es ist dies der Fall der letztwilligen Freilassung des vom Testator zugleich zum Erben eingesetzten eigenen Slaven.

Wenn nämlich der Testator seinen eigenen Slaven zum Erben einsetzt und ihm zugleich, was zur Gültigkeit der Einsetzung bis auf Justinian erforderlich, die Freiheit hinterläßt, so ist ihm letztere, sofern er Miterben hat, sowohl von sich selber als auch von den Miterben gegeben und er empfängt sie am dies cedens, d. h. hier beim Antritt der Erbschaft entweder von sich selbst, wenn er Erbe wird, oder wenn er nicht Erbe wird, von seinen Miterben, in der Regel also, da der Slave nothwendiger Erbe ist, von sich selbst. Ist der Slav pur freigelassen, zum Erben aber unter einer Bedingung eingesetzt, während neben ihm ein

pur eingesetzter Miterbe vorhanden ist, so wäre es, da die dem Slaven gegebene Freiheit schon cedirt, wenn auch nur von einem Erben die Erbschaft angetreten wird, sehr wohl möglich und in gewissem Sinne für den Slaven selbst sogar vortheilhafter, wenn er die Freiheit nicht von sich, sondern vom Miterben empfinde, der ja zeitiger antreten kann, als der Slav wegen der Suspension seiner Einsetzung durch die derselben beigefügte Bedingung Erbe zu werden im Stande ist. Dessen ungeachtet wird der Slav auch in diesem Falle nicht eher frei als bis sich die Bedingung der Erbeinsetzung entschieden hat. Geht sie in Erfüllung und wird der Slav dadurch ipso jure Erbe, so empfängt er die Freiheit von sich selbst; deficirt die Bedingung der Erbeinsetzung, so wird er nicht Erbe, dennoch aber, nämlich, wenn sein Miterbe bereits angetreten hat, sofort, sonst aber mit dessen Erbanretung frei und empfängt die Freiheit von Letzterem. So lange er aber die Freiheit von sich selbst empfangen, also noch Erbe werden kann, solange empfängt er sie nicht von seinem Miterben, obwohl dieser vielleicht schon angetreten hatte, sondern die zweite Alternative seiner Freiheit, sie nämlich vom Miterben zu erlangen, bleibt so lange suspendirt, bis es gewiß geworden ist, daß er die Freiheit von sich selbst nicht empfangen kann, also daß er selbst nicht Erbe wird und dies geht so weit, daß er inzwischen, so lange die Bedingung seiner Erbeinsetzung und damit die Möglichkeit noch besteht, daß er von sich selbst frei werden könnte, nicht einmal die causa eines statuliber erlangt, sondern einfacher Erbschaftsclave ist und erst mit der Defizienz der Erbschaftsbedingung statuliber, beziehentlich frei wird<sup>138</sup>).

Wie nun hier die Prävalenz der dem Slaven von sich selbst (unmittelbar ohne daß er eines Anderen guten Willens oder eines Anderen Mithilfe bedürfte), wenn auch nur bedingt gegebenen Freiheit vor der ihm von seinen Miterben an sich pur gegebenen Freiheit bewirkt, daß die letztere Alternative bis

138) Vergl. hierüber l. 21 §. 1, l. 22, l. 6 §. 4 de hered. instit. 28, 5, l. 58 de A. v. O. Her. 29, 2, l. 2 §. 2 de statulib. 40, 7, l. 14 de manum. test. 40, 4, für das letzterwähnte nam. l. 2 §. 3 de statulib. 40, 7. Ausnahme utilitatis causa für den cum libertate substituirtten Slaven des Testators l. 2 §. 4 de statulib. 40, 7.

zur negativen Entscheidung der ersteren in der Schweben ist und der Eintritt des dies der Freiheit über den Erbschaftsantritt hinaus suspendirt bleiben kann, so giebt es nun noch einen andern Fall, aus welchem klar wird, daß diese suspendirende Wirkung einer Alternative auf die andere keineswegs auf die Freiheitsertheilung beschränkt ist, sondern überhaupt stattfindet, wenn zwei letztwillige auf denselben Gegenstand bezügliche Verfügungen mit einander concurriren, resp. collidiren, von denen die eine der andern prävalirt.

Es ist eine bekannte Sache, daß wenn derselbe Slave in demselben Testamente gültig legirt und gültig direct freigelassen ist, die Freiheitsertheilung präsumtiv dem Legate vorgeht.

l. 14 pr., l. 37 de leg. II.

Ist also sowohl die Freiheit als auch das Legat pur gegeben, so ist das Legat von Anfang an ungültig. Ist aber die Freiheit unter einer Bedingung, das Legat pur gegeben, so ist das Legat nicht ungültig, weil es einen utilis casus hat, aber, weil ihm eine ihm prävalirende Alternative entgegensteht, nämlich die Möglichkeit, daß die Bedingung der Freiheit in Erfüllung gehen und der Slav somit ex testamento frei werden könnte, cedirt der dies legati, obwohl es pur gegeben ist, nicht wie nach der Regel mit dem Tode des Erblassers, sondern erst mit dem Wegfallen der Freiheitsalternative, also mit der Defizienz der der Freiheit gesetzten Bedingung; das Legat wird behandelt als ob es unter der der Bedingung der Freiheit entgegengesetzten Bedingung gegeben wäre, sub contraria conditione valet, und daraus folgt, daß wenn der Legatar während des Schwebens der Freiheitsbedingung stirbt, er sein Legat auf seine Erben nicht transmittirt, selbst wenn nachgehends die Bedingung der Freiheit deficirt, also der Slav nicht frei wird.

l. 68 §. 2 de leg. I. Gaj. l. XVIII. ad edict. prov. Si pure legatus servus sub conditione liber esse jussus fuerit, sub contraria conditione valet legatum; et ideo existente conditione legatum perimitur, deficiente ad legatarium pertinebit; et ideo, si pendente conditione libertatis legatarius decesserit, posteaque defecerit conditio libertatis, ad heredem legatarii non pertinet legatum.

Nun könnte man allenfalls glauben, es komme diese Suspension des Legats lediglich davon, daß der Freiheitsertheilung eine eigentliche Bedingung beigefügt sei und nun nur vermöge einer Art von stillschweigender Umkehrung die entgegengesetzte Bedingung dem Legate als ebenfalls aus dem Willen des Erblassers herrührende beigefügt erachtet werde. Dem aber ist nicht so; der natürliche Wille des Erblassers würde vielmehr dahin gehen, dem Legatar das Legat des Slaven inzwischen während schwebender Freiheitsbedingung anfallen zu lassen und es ihm, eventuell seinen Erben erst wegzunehmen, wenn die Bedingung der Freiheit einträte; lediglich die ratio juris, welche wenigstens nach vorjustinianischem Recht die Resolution eines bereits cedirten Legats nicht zuläßt, ist es, welche jene obige Construction erzwingt und kraft Rechtsens den dies des pur gegebenen Legats hinauschiebt. Das zeigt sich schon daran, daß genau dieselbe Wirkung eintritt, wenn ein Hausvater einen eignen Slaven von seinem Pupillen legirt und denselben Slaven dem Pupillen cum libertate substituirt hat,

l. 5 §. 3 fin. Cod. de necess. serv. hered. 6, 27, l. 2 §. 1 de statulib. 40, 7, l. 18 §. 1 de vulg. et pup. subst. 28, 6,

wo der Freiheit im Grunde keine Bedingung beigefügt ist, sondern sie lediglich vi juris unter der selbstverständlichen Voraussetzung steht, daß die Substitution in Kraft trete. Auch hier ist das Legat des Slaven in Wirklichkeit pur gegeben, bedingt ist es nur und wird es nur genannt, wenn ihm in der That eine wahre willkürliche Bedingung beigefügt ist,

vgl. l. 81 §. 10 de leg. I,

gleichwohl aber ist es inzwischen suspendirt, erlischt, wenn der Substitutionsfall eintritt und wird wirksam erst, wenn die Substitution und mit ihr die Möglichkeit, daß der Slave frei wird, zusammenfällt.

Vgl. auch l. 9 §. 2 de opt. leg. 33, 5.

Den Schluß- und äußersten Endpunct dieser Entwicklung zeigt uns die Entscheidung Papinian's über das Legat eines Slaven, dem der Testator zugleich nach dem Tode des Legatars letztwillig die Freiheit giebt.

l. 65 §. 2 de leg. II. Papinianus lib. XVI. quaest. Titio

Stichus legatus post mortem Titii libertatem accepit; et legatum adita hereditate, et libertas post mortem Titii competit. Idemque est, et si moriente Titio liber esse iussus est. §. 3 Si tamen Titio ex parte herede instituto servus legatus sit, et post mortem eius liber esse iussus sit, sive adierit hereditatem Titius, sive non adierit, post cuius mortem libertas ei data est, defuncto eo libertas competit.

Noch Julian und Gajus (l. 68 §. 3 de leg. I.) erklärten dieses Legat für absolut (omnimodo) ungültig, quia moriturum Titium certum est, weil also die Freilassung unter einem dies certus verfügt sei und ihr Prävaliren keinen möglichen Erfolg für das Legat übrig lasse.

Papinian aber erklärt sowohl Freiheitsertheilung als Legat für gültig, letzteres aber für nicht transmissibel. Legatum adita hereditate competit, libertas post mortem Titii. Titius bekommt wirklich das Legat des Slaven, sofern er die Erbschaftsantretung erlebt, verliert es aber bei seinem Tode und transmittirt es niemals auf seine Erben. Denn entweder wird der Slav bei Titius Tode frei oder er ist schon vorher gestorben. Dieses Legat, obwohl Eigenthumslegat an einen extraneus, hat also nach Papinian's Construction keinen besondern dies cedens mehr, keinen vor dem Erwerb des vermachten Rechts liegenden dies, welchem die Kraft beimohnte, das angefallne Vermächtniß auf die Erben zu transmittiren, sondern bloß noch einen dies veniens, der den dies cedens in seiner Beziehung auf die Gültigkeit des Legats zugleich in sich enthält, grade wie das Nießbrauchslegat. (Vgl. l. 3 quando dies leg. 36, 2, l. 56 §. 3 ad leg. Falcid. 35, 2.)

Für uns besteht der Werth der obigen Stelle in Folgendem: Erstens zeigt sie, daß die suspendirende Kraft der einen prävalirenden Alternative (der Freiheitsertheilung) soweit gehen kann, daß sie für die andre Alternative (das Legat des post mortem legatarii freigelassenen Slaven) nicht bloß den dies cedens und damit die Transmission bis zur Entscheidung über die Freiheit suspendirt (wie in den vorigen Stellen), sondern daß sie, indem sie gleichwohl das Legat selbst als gültig und wirksam bestehen läßt, sogar den dies cedens quoad transmissionem

völlig beseitigen, es zu einem intransmissiblen machen kann; andererseits aber zeigt sie aufs deutlichste, daß der mögliche Eintritt einer prävalirenden Alternative, obwohl er in Betreff der Suspendirung der Transmiffion meistens genau ebenso wirkt, wie eine ächte vom Testator gesetzte *conditio contraria*, doch keine ist. Denn wäre hier eine echte Bedingung vorhanden, so könnte das Legat des freigelassenen Sklaven nicht gültig, wenn auch intransmissibel, sondern es müßte schlechthin ungültig sein, weil es einer Legatsverfügung gleich stände, die lauten würde: Titius soll den Sklaven Stichus haben, wenn er den Stichus überlebt, d. h. wenn Stichus gestorben sein wird<sup>139)</sup>.

Kehren wir jetzt zum Prälegat zurück, so steht der von dem Prälegatar primär sich selber ungültig, secundär aber von den Miterben gültig hinterlassene Theil desselben unter der Alternative, daß er ihn entweder von sich selbst oder eventuell von den Miterben empfangen kann. Die erste Alternative ist prävalirend, wie bei der letztwilligen Freilassung die dem Sklaven von sich selbst (als *heres*) gegebne Freiheit der von den Miterben ihm ebenfalls gegebenen Freiheit vorgeht, zugleich aber ist diese erstere Alternative am dies cedens nicht entschieden, sie ist vor der Hand nur eine bloße Möglichkeit, die eintreten kann, wenn der Prälegatar Erbe wird, die sich aber ebenfogut erledigen kann, wenn er nicht Erbe wird.

139) Vergl. über diese Stelle Cujac. XVI. quaest. Pap. IV. 409 F. 421 (vortrefflich, aber nicht erschöpfend), Papillon de substitut. in Otto thes. IV. 721. Merkwürdig und auch für heutzutage noch vielfach besprochne Fragen interessant ist sie namentlich auch insofern, als sie den ersten Anlaß zu einem in einem gewissen Zeitpunkte resolvirbaren Legat enthält, von dem sich übrigens auch anderweit schon im classischen Rechte Spuren finden. Das Justinianische Recht schließt dann mit l. 26 Cod. de leg. 6, 37 ab, vergl. Savigny, System III. S. 219 ff., dagegen Eyzharz, z. Lehre v. d. Resolutivbedingung, S. 18 not. 22.

Der anschließende §. 3 der l. 65 cit. — zwischen dessen Anfang und dem Ende von §. 2 die Compileratoren offenbar eine Erwähnung der im alten Rechte geltenden Regel: *libertas post mortem heredis dari non potest* gestrichen haben, statuiert auf Grund der in §. 2 gegebenen Entscheidung die Gültigkeit auch eines Prälegats des letztwillig freigelassenen Sklaven, sowie die Gültigkeit der dem prälegirten Sklaven post mortem des Prälegatarerben hinterlassenen Freiheit. Für die Lehre vom Prälegat ist diese, soweit mir bekannt, noch nicht benutzte Stelle insofern interessant, als sie uns ein Prälegat zeigt, das auch seinem von Anfang an gültigen Theile nach offenbar erst *adita hereditate* cediren und nie auf die Erben des Prälegatars transmittirt werden konnte.

Kurz diese erste prävalirende Alternative beim Prälegat, daß der Prälegatar den betreffenden Theil von sich selber empfangt, tritt nur ein unter der Voraussetzung, daß er zu diesem Theil Erbe wird, sie steht gewissermaßen unter der Bedingung: *si heres erit*.

Eben deshalb aber steht die zweite Alternative für diesen Theil, nämlich, daß der Prälegatar ihn als gültiges Vermächtniß von seinen Miterben bez. Substituten erhalte, unter der entgegengesetzten Voraussetzung: *si heres non erit*, und diese Voraussetzung, obwohl sie in Wahrheit keine ächte vom Testator gesetzte und gewollte Bedingung ist, wird doch wie eine Bedingung behandelt; das Vermächtniß pendirt inzwisphen für diesen Theil und grade wie bei dem Legat des unter einer Bedingung leibwillig freigelassenen Slaven die Pendenz der *contraria conditio* der l. 68 §. 2 de leg. I. die Transmiffion auf die Erben hindert, so ist auch eine Transmiffion des von den Miterben secundär gültig hinterlassenen Prälegatstheils nicht möglich, ehe nicht die der Voraussetzung des *a se ipso accipere: si heres erit praelegatarius* entgegengesetzte Voraussetzung: *si heres non erit* in Erfüllung gegangen ist.

Wann geht nun aber diese negative Voraussetzung für die Transmiffion des Prälegats in Erfüllung? Man könnte meinen, sie gehe in Erfüllung in dem Augenblicke, wo der Prälegatar-Erbe der Erbschaft entfage oder, wenn er stirbt *ultimo spiritu*, im letzten Lebensaugenblick desselben, wie es der Fall ist bei der einfachen negativen Bedingung: *si heres non erit* in den Fällen der l. 31 *quando dies* leg. 36, 2 und der l. 104 §. 6 de leg. I.

Dem ist aber nicht so: denn wir haben es hier nicht mit einer einfachen negativen Bedingung, sondern mit einer conträren negativen Bedingung zu thun, mit der Negation einer andern Alternative anhängenden positiven Bedingung.

Zwei Alternativen stehen sich gegenüber, die eine vorwiegende steht unter der positiven Bedingung: *si heres erit*, die andre entgegengesetzte ebendeshalb unter der negativen Bedingung: *si heres non erit*; d. h. aber unter diesen Umständen soviel als: die zweite Alternative steht unter der Bedingung, daß die Bedingung der ersten Alternative deficire.

Nun ist die erste Bedingung: wenn der Prälegatar Erbe

sein wird, von der Beschaffenheit, daß sie noch im letzten Lebensaugenblick desselben eintreten kann und daraus folgt, wofür wir alsbald auch den quellenmäßigen Beweis erbringen werden, daß die conträre negative Bedingung: wenn der Prälegatar nicht Erbe wird, nicht schon im letzten Lebensaugenblick desselben, in welchem die positive Bedingung: wenn er Erbe wird, erst zu Ende geht, sondern erst nach seinem Ableben, post mortem praelegatarii in Erfüllung gehen kann.

Hieraus folgt nun aber weiter, daß wenn der Prälegatar deshalb nicht Erbe wird, weil er vor der Antretung stirbt, er die Erfüllung jener conträr negativen Bedingung: wenn er nicht Erbe sein wird, überhaupt nicht, auch nicht als Sterbender erlebt hat, und daß er folglich den in der secundären Alternative von den Miterben ihm in Aussicht gestellten Legatsanspruch auf den in seiner Erbquote stehenden Theil des Prälegats auf seine Erben nicht transmittiren kann. Dies und gerade dies ist es, was die l. 75 §. 1 de leg. II. nun auch ausdrücklich bestätigt. Dagegen, wenn der Prälegatar die Erbschaft omittirt und überhaupt den Verlust derselben überlebt, z. B. auch wenn die seiner Erbeinsetzung beigefügte Bedingung bei seinen Lebzeiten deficirt (Arndts, Comment. S. 90), so transmittirt er, da ihn dann das Existentwerden der conträren negativen Bedingung noch lebend antrifft, natürlich den nunmehr cedirten Legatsanspruch bei seinem etwa später vor dem Erwerb des vermachten Rechts selbst erfolgenden Tode auf seine Erben.

Dies ist es, was die l. 32 de leg. III. ausspricht<sup>140</sup>).

Jetzt ist nur noch aus den Quellen nachzuweisen, daß die conträre negative Bedingung: „wenn der Prälegatar nicht Erbe wird“ anders wie die simple negative Bedingung: wenn X (der zwar zum Erben ernannt, aber gar nicht sich selber belastet ist) nicht Erbe wird, nicht schon zu des Prälegatars Lebzeiten in seinem letzten Lebensaugenblick, sondern erst nach seinem Ableben in Erfüllung geht.

140) In dem letztern Gesetze: Omission der Erbschaft und darauf erst erfolgender Tod des Prälegatars und folglich Transmission, in der l. 75 §. 1 de leg. II. Tod des Prälegatars vor der Entscheidung über Omission oder Antretung und folglich keine Transmission, s. oben S. 46. Der übrige Inhalt der l. 32 de leg. III., der für die Lehre von der Substitution bei Vermächtnissen nicht ohne Bedeutung sein dürfte, geht uns hier nichts an.

Daß die einfache Bedingung: „wenn X nicht Erbe wird“ allerdings im letzten Lebensaugenblick desselben in Erfüllung geht, wird durch l. 31 quando dies leg. 36, 2 und beziehentlich l. 104 §. 6 de leg. I. unzweifelhaft bewiesen.

Vgl. Windscheid, Pand. §. 627 Not. 6. Arndts, Commentar S. 96 ff.

Es ist dies aber auch ganz natürlich und kann eigentlich gar nicht anders sein. Diese einfache Bedingung: si heres non erit läßt sich auflösen in zwei alternative Glieder: Wenn der Erbe sterben wird, ohne angetreten zu haben oder wenn er die Erbschaft ablehnt. Beide alternativen Glieder sind von der Beschaffenheit, daß sie noch ultimo spiritu erfüllt werden können. Die Bedingung: quum morietur geht moriente, nicht mortuo honorato in Erfüllung (vgl. §. 4 Inst. III. 15) und daß der Erbe noch ultimo spiritu die Erbschaft ablehnen kann, da es hierzu bloß seines Willens bedarf, ist an sich klar. Schon letzteres würde genügen, um zu beweisen, daß die Bedingung: si heres non erit, im letzten Lebensaugenblick des betreffenden Erben sich erfüllt. Denn es ist bekannt, daß eine Bedingung, welche zwei alternative Glieder hat, in Erfüllung geht, sobald sich nur das eine Glied erfüllt. (§. 11 Inst. II. 14, l. 78 §. 1 de cond. et dem. 35, 1, l. 17 de cond. inst. 28, 7.)<sup>141)</sup>

Anders verhält es sich dagegen mit der conträren negativen Bedingung: Wenn der Prälegatar nicht Erbe wird, mit der wir es nach dem Obigen beim Prälegat zu thun haben.

Nämlich eine solche conträre negative Bedingung ist, wie schon angedeutet, identisch mit der Bedingung: Wenn die ihr entgegengesetzte positive Bedingung, hier also die Bedingung: Wenn der Prälegatar Erbe wird, deficiert.

Der Beweis dieses Satzes, welcher, zumal wenn die unter der vorangehenden positiven Bedingung stehende Alternative

141) Würden einfache negative Potestativbedingungen, sofern sie nicht schon früher erfüllt sind, nicht allemal spätestens im letzten Lebensaugenblick des Betreffenden existent, so könnte es keine cautio Muciana geben, denn da die cautio Muciana in der Regel eine negative Potestativbedingung voraussetzt, welche sich erst beim Tode des Bedachten entscheidet, so würde, wenn die bei ihr vorkommende negative Bedingung erst nach dem Tode des Betreffenden in Erfüllung gehen könnte, die Zuwendung selbst von vornherein ungültig gegeben sein, da ein bereits Verstorbener weder Erbschaft noch Legat erwerben kann.

prävalirend ist, wie mir scheint, ohnedem nur etwas logisch Nothwendiges ausspricht, dürfte auch aus den Quellen unschwer zu führen sein.

In l. 68 §. 2 de leg. I. (s. oben Seite 279) heißt es: *deficiente conditione legatum ad legatarium pertinet.*

Die deficirende Bedingung ist die der testamentarischen Freilassung des legirten Slaven beigefügte positive Bedingung, die eben daselbst erwähnte *contraria conditio* des Legats untre conträre negative Bedingung. Erst die Defizienz der ersteren verhilft dem Legatar zum Legat, d. h. erst die Defizienz der positiven Bedingung läßt die conträre negative in Erfüllung gehen.

In l. 21 de usufr. leg. 33, 2 ist dem Titius der Nießbrauch des Stichus oder es sind ihm, wenn das Schiff aus Asien kommt, 10 vermach. *Non petet usumfructum, antequam condicio decem existat vel deficiat, ne potestas heredi utrum velit dandi auferatur*<sup>142</sup>).

l. 48 §. 1 de vulg. subst. 28, 6 verbis: *sed si sub conditione heres quis scriptus sit, pure autem substitutus est, causa immutatur, quoniam potest ex institutione defici conditio et* (nunmehr) *substitutio aliquid adferre.*

Vgl. übrigens auch l. 10 pr. de adim. leg. 34, 4, l. 1 §. 20 verb. mit l. 3 ut leg. serv. c. 36, 3 und die gleich zu erwähnende l. 28 de condit. insit. 28, 7 *conditionem morte defecisse ideoque diem legati cessisse* verb. mit l. 5 de suis et legit. 38, 16 *Si . . . conditio defecerit.* Die Intestaterbfolge wird deferirt erst nach der Defizienz der Bedingung der testamentarischen Berufung. Ferner l. 4 pr. Cod. de instit. et substit. 6, 25: *nec in defectum ejus exheredavit.* Die zur Enterbung hier nöthige *contraria conditio* muß eben auf die Defizienz der Einsetzungsbedingung gestellt sein.

Jetzt bedarf es bloß noch des Beweises, daß die Defizienz der, unserer negativen conträren Bedingung correspondirenden

142) Hier wird zwar nicht die Cession des dies der ersten alternativen Zuwendung, wohl aber ihre *petitio* suspendirt. Dies ist aber für unsern Satz gleichgültig; genug, daß die Suspendirung in Betreff der einen Alternative so lange dauert, bis sich die andere durch Existenz oder Defizienz ihrer Bedingung entchieden hat.

positiven Bedingung: Wenn der Prälegatar Erbe werden wird, erst mit dem vollendeten Absterben desselben und daher nicht mehr bei seinem Leben erfolgt.

Obwohl auch dieser Satz, wie mir scheint, kaum eines besonderen Beweises bedarf, da eine Bedingung, welche bis zum letzten Lebenshauch erfüllbar ist, doch erst deficiere kann, wenn auch dieser letzte Lebenshauch aufgehört hat, so findet er sich doch auch noch besonders in den Quellen bestätigt und zwar bei Gelegenheit der Lehre von der Erbeinsetzung eines *filius suus* unter einer Potestativbedingung, namentlich durch die bekannte l. 28 de cond. instit. (28, 7).

Papinianus (libro XIII. Quaestionum.) — Si filius sub conditione heres erit, et nepotes ex eo substituantur, quum non sufficit, sub qualibet conditione filium heredem institui, sed ita demum testamentum ratum est, si conditio fuit in filii potestate, consideremus, numquid intersit, quae conditio fuerit adscripta, utrum quae moriente filio impleri non potuit, veluti: *si Alexandriam ierit filius, heres esto*, isque Romae decessit, an vero quae potuit etiam extremo vitae momento impleri, veluti: *si Titio decem dederit, filius heres esto*, quae conditio nomine filii per alium impleri potest. Nam superior quidem species conditionis admittit vivo filio nepotes ad hereditatem, qui, si neminem substitutum haberet, dum moritur, legitimus patri heres extiterit; argumentoque est, quod apud Servium quoque relatum est, quendam enim refert ita heredem institutum: *si in Capitolium ascenderit*; quodsi non ascendisset, legatum ei datum, eumque, antequam ascenderet, mortem obiisse; de quo respondit Servius, conditionem morte defecisse, ideoque moriente eo legati diem cessisse. Altera vero species conditionis vivo filio non admittit nepotes ad hereditatem, qui, substituti si non essent, intestato avo heredes existerent; neque enim filius videretur obstituisse, post cuius mortem patris testamentum destituitur, quemadmodum si exheredato eodem filio ne-

potes, quum filius moreretur, heredes fuissent instituti<sup>143)</sup>.

Ich hebe aus diesem Gesetze hervor, was für den beabsichtigten Beweis nöthig erscheint.

Es gab zweierlei Arten von Potestativbedingungen, unter denen die Einsetzung eines filius suus gültig angeordnet, also das Testament gehörig errichtet war, solche, welche von dem sterbenden Sohne nicht mehr erfüllt werden können, z. B. die Bedingung si Alexandriam ierit, si Capitolium ascenderit und solche, welche noch im letzten Lebensaugenblick von dem sterbenden Sohne erfüllt werden können, z. B. si decem dederit. Zu derselben Kategorie von Bedingungen gehört auch die Bedingung: si heres erit. Denn die Erbschaft kann man abgesehen von besondern concreten Hindernissen noch mit dem letzten Lebenshauche annehmen,

so auch Bangerow, Band. II. S. 431, Arndts, Comment. S. 94, Buchholz, S. 173 not. 15.

Die potestativen Bedingungen der erstern Art deficiren demgemäß, wenn der Betreffende im Sterben begriffen ist, indem er stirbt, also noch bei seinen Lebzeiten,

conditionem morte defecisse ideoque moriente eo legati (welches unter der conträr negativen Bedingung: si Capitolium non ascenderit, also unter der Bedingung, daß die ihr correspondirende positive Erbeinsetzungsbedingung: si Capitolium ascenderit deficire, gegeben war) diem cessisse.

Der Erfolg der Defizienz einer Einsetzungsbedingung ist, daß die gültig getroffene Einsetzung zusammenfällt, wodurch nun

143) Vergl. über dieses Gesetz nam. in der hier fraglichen Beziehung Arndts, Commentar S. 94 ff. gegen Bangerow, II. S. 431. — Buchholz, S. 173, besonders Mühlenbruch, im Glücklichen Commentar B. 36 S. 358 — 377. Gegen Arndts (S. 94 not. 69) und mit Mühlenbruch S. 375 (vergl. auch Schmidt, Notherbenrecht, S. 43 nam. not. 127) nehme ich an, daß in dem ganzen Gesetze bloß von zulässigen Potestativbedingungen d. h. von solchen, unter denen ein filius suus gültig eingesetzt werden kann, die Rede ist, von denen nun 2 Arten unterschieden werden; solche, welche im letzten Lebensaugenblick des filius nicht mehr, und solche, welche noch im letzten Lebensaugenblick erfüllt werden können, so daß von einem testamentum non ratum in der Stelle überhaupt nicht gesprochen wird, sondern bloß von einem Testament, welches durch den Tod des Sohnes nach Befinden destituit wird.

entweder das Testament desititit wird und die Intestaterbfolge eintritt, oder wenn Substituten des bedingt Eingesezten oder Miterben desselben vorhanden sind, die Erbschaft den Ersteren deferirt wird oder der betreffende Erbtheil an Letztere durch Anwachsung gelangt.

Daraus folgt für den Fall unsers Gesetzes (wo dem unter einer zulässigen Bedingung der erstern Art eingesezten *filius suus* lediglich seine eignen Kinder, die Enkel des Testators substituirt sind), daß diese Letzteren bei Lebzeiten ihres Vaters und spätestens in dessen Sterbemoment als Substituten zur Erbfolge ihres Großvaters berufen werden, während, wenn sie ihrem Vater, dem *filius suus* nicht substituirt wären, das Testament wegen Mangels eines Eingesezten desititit werden und die Erbschaft an den sterbenden Sohn, als den nächsten Intestaterben noch im Moment seines Ablebens gelangen würde.

*lex cit.: qui, si neminem substitutum haberet dum moritur, legitimus patri heres existeret* (vergl. auch l. 16 de lib. et post. 28, 2, l. 5 de hered. inst. 28, 5).

Ist dagegen die Institutionsbedingung von der zweiten Art, die noch im letzten Lebensaugenblick des Sohnes erfüllt werden kann, so tritt die Defizienz dieser Bedingung erst nach dem Tode des Sohnes ein. Dies zeigt sich aufs klarste daran, daß hier niemals, wie es bei der vorigen Bedingung möglich war, der Sohn selbst noch als legitimus heres zur Erbschaft seines Vaters gelangen kann, sondern nur die Enkel entweder als Substituten, wenn sie dem Sohne substituirt sind, oder als Intestaterben, wenn sie ihm nicht substituirt sind, zur Erbschaft ihres Großvaters gerufen werden (l. 5 fin. de hered. instit. 28, 5).

Träte die Defizienz der dieser zweiten Art angehörigen Potestativbedingung, ebenso wie die der ersten Art, noch moriente filio in dessen letztem Lebensmomente ein, so müßten die Enkel noch bei Lebzeiten des Sohnes als dessen Substituten zur Erbschaft ihres Großvaters gerufen werden und könnten niemals als directe Intestaterben desselben zu dessen Erbschaft gelangen.

Papinian aber sagt uns ausdrücklich in der l. cit.: *altera vero species conditionis* (die eben noch im letzten Lebensaugenblick des Sohnes erfüllt werden kann) *in vivo filio non admittit nepotes ad hereditatem* (als Sub-

stituten), qui si substituti non essent, *intestato* avo heredes existerent.

und als Grund für diese verschiedene Entscheidung über die zweite Species der Bedingung giebt er uns ausdrücklich an, daß die Deficienz der Institutionsbedingung und damit die Destitution des großväterlichen Testaments (mindestens des ersten Grades desselben) *post mortem filii* erfolge,

neque enim filius videretur obstituisse (den Enkeln, denen er bei der Deficienz einer Bedingung der ersten Art, obwohl schon sterbend, doch als nächster Intestaterbe noch entgegenstand), *post ejus mortem patris testamentum destituitur*, vgl. besonders auch noch über den Schluß der Stelle Schmidt, Rotherbenrecht S. 49 not. 150.

Dieser Beweis dürfte wohl schon genügen. Es giebt aber noch einen andern, der mir geeignet scheint jeden Zweifel, der etwa bei einer abweichenden Auslegung der l. 28 cit. noch bestehen könnte, zu beseitigen. Es ist bekanntlich unzulässig jemanden für die Zeit nach seinem Tode zu enterben,

l. 29 §. 10 de lib. et post. 28, 2, l. 4 §. 2 de hered. instit. 28, 5,

es ist dies natürlich und logisch, nicht blos juristisch unmöglich; ebenso wenig wie man einen Todten zum Erben einsetzen kann, ebenso wenig kann man ihn exherediren; die Enterbung *post mortem* ist in der That eine Unmöglichkeit und damit zugleich eine Absurdität, eine *res inepta*.

Schmidt, Rotherbenrecht, Seite 48 not. 48.

Combinirt man hiermit den Ausspruch des Mäcianus in l. 86 de hered. instit. 28, 5 (bei Rommjen l. 87) *deinde quod etsi quacunq; posita conditione deberet filius sub contraria conditione exheredari in proposito ne possibilis quidem reperiri posset; certe si verbis exprimeretur, inepta fieret: huic enim conditioni: si volet heres esto, quae alia verba contraria concipi possunt, quam haec: „si nolet heres esse, exheres esto?“ quod quam sit ridiculum, nulli non patet,*

und sieht man nun genauer nach, worin denn das Unmögliche und Lächerliche einer solchen Enterbung liegt, so zeigt sich alsbald, daß wir es hier in l. 86 cit. mit einer ein wenig ver-

stedten aber unverkennbaren exhereditatio post mortem zu thun haben. Denn da die der conträren Exheredationsbedingung: si nolet correspondirende zulässige Institutionsbedingung: si volet, welche übrigens bei einem heres suus et necessarius auch eine ächte und wahre Bedingung, keine conditio juris ist, von der Beschaffenheit ist, daß sie selbstverständlich noch im letzten Lebensmoment des Eingesezten erfüllt werden kann, so führt die conträre negative Bedingung „si nolet“, welche nach dem oben Ausgeführten identisch mit der Bedingung ist, wenn die Institutionsbedingung: si volet deficirt, über den letzten Lebensaugenblick des filius hinaus auf die Zeit nach seinem Tode und würde damit, wenn man in diesem Falle zur Gültigkeit der bedingten Einsetzung die Exheredation unter der entgegengesetzten Bedingung gefordert hätte, zu dem Unsinn der Vorschrift einer exhereditatio post mortem geführt haben,

vgl. l. 28 pr. de lib. et post. 28, 2, Schmidt, Rotherbenrecht S. 42 not. 123<sup>144</sup>).

144) Die Erklärung der Glosse (gl. non patet zu l. 86 de her. instit.): es sei lächerlich, jemanden von der Erbschaft auszuschließen, nur für den Fall, daß er diese Ausschließung selber wolle, ist scheinbar, aber grade hier nicht völlig zutreffend. Denn für den suus filius genügt nach Civilrecht nicht einmal der positive Wille, die Erbschaft nicht zu nehmen, um ihn von derselben loszumachen. Könnte die Exheredation eines suus überhaupt simpel bedingt erfolgen, müßte sie nicht stets eine unter der entgegengesetzten Bedingung stehende Einsetzung sich gegenüber haben,

vergl. Schmidt, Rotherbenrecht S. 55,

so würde die Exheredationsbedingung: si nolet beim suus (denselben als necessarius heres angesehen) ganz ebenso vernünftig sein, als es die Einsetzungsbedingung: si volet bei ihm wirklich ist.

Der erste und nächste Grund freilich von den mehreren Gründen, aus denen Mäcianus die Enterbung des unter der Bedingung: si volet eingesezten Sohnes unter der entgegengesetzten Bedingung: si nolet verwirft, ist, daß, nachdem man die Einsetzung unter jener Bedingung einmal als gültig zugelassen hatte, der so eingesezte Sohn eben nicht mehr heres necessarius ist, sondern von selber zum heres voluntarius geworden war (l. 86 §. 1 de hered. instit. 28, 5). Einen freiwilligen Erben zu exhereditiren, hat nun wohl einen Sinn, wenn man ihm zuvor vorgeschrieben hat, die Erbschaft auf eine bestimmte Weise anzutreten und ihn dann für den Fall des Außerachtlassens dieser Vorschrift enterbt (quod ni ita creveris, exheres esto Gaj. II. 165, 176, Ulp. fr. XXII. 27); keinen Sinn aber hat es, wenn man den unter der Bedingung: si volet eingesezten Sohn, der danach auf jede mögliche Weise und durch jede denkbare Willensäußerung, sogar durch bloße pro herede gestio die Erbschaft erwirbt, unter der Bedingung: si nolet enterben wollte. Denn bei ihm, weil er eben completter heres voluntarius ist, versteht sich das, was eine solche Enterbung überhaupt bewirken könnte, schon nach der Art der Einsetzung von selbst, nämlich, daß er nicht Erbe wird, falls er nicht Erbe werden will.

Hiermit habe ich meinen Versuch, das Problem der l. 75 §. 1 de leg. II. zu lösen, zu Ende geführt. Die Lösung liegt m. Er. einfach darin, daß der betreffende Theil des Prälegats, insofern er dem Prälegatar gültig secundär von seinen Miterben, resp. von seinem Substitututen hinterlassen ist und ihm von diesen zukommen kann, unter der conträren negativen Bedingung: Wenn der Prälegatar nicht Erbe werden wird, steht und diese conträre Bedingung, falls sie nicht schon früher, z. B. durch die Omission der Erbschaft existent geworden ist, erst nach dem Tode des Prälegatars, also für die Transmision zu spät in Erfüllung geht. Nicht bloß, wie in den, im Anfang dieses §. unter 4 erwähnten Fällen herrscht Ungewißheit darüber a quo legatum debeatur, sondern wegen der Beschaffenheit der sich gegenüberstehenden Alternativen darüber, an legatum debeatur, ob es zu diesem Theile (als Vermächtniß) geschuldet werde.

Zu der herrschenden Theorie der stillschweigenden bedingten Repetition des ungültig hinterlassenen Prälegattheils steht meine Auffassung in dem Verhältniß, daß die conträre negative Bedingung: wenn der Prälegatar nicht Erbe wird, keine ächte, auf dem Willen und der Anordnung des Testators beruhende Bedingung, sondern nur eine für die eventuelle Haftung der Miterben auf diesen Theil gesetzlich erforderliche Voraussetzung (conditio juris) ist, ebenso wie und weil der ihr correspondirende positive Gegensatz: Wenn der Prälegatar Erbe wird, conditio juris dafür ist, daß der Prälegatar diesen Theil von sich selber bekommen könne, den er dann auch wirklich von sich selber, aber freilich in Folge der ratio juris nicht nach Vermächtnißrecht, sondern nach Erbrecht bekommt.

Jetzt wird sich auch die oben §. 11 S. 171 vorbehaltene Erklärung über das Verhältniß, welches bei der sogenannten Anwachsung des vom Prälegatar sich selber ungültig Vermachten an den fremden Collegatar desselben stattfindet, leicht vervollständigen lassen. Hier bewirkt nämlich die secundäre Belastung des Miterben, innerhalb welcher der Prälegatar und der fremde Vermächtnißnehmer sich beide als in gleichem Umfange, nämlich auf das Ganze Berechtigte gegenüberstehen, ziemlich dasselbe, was in dem Falle, wo vom Pupillen dem Titius und vom Pupillar-substitututen dem Sempronius vermacht ist, der Umstand bewirkt,

daß ein secundärer Erbe (der Substitut) auf dieselbe Sache belastet ist, wegen welcher auch der primäre Erbe (der Pupill) einem Andern belastet ist. Bekanntlich wird ein solches Vermächtniß ähnlich behandelt, wie wenn dem Titius die Sache pur, dem Sempronius unter einer Bedingung (si filius intra pubertatem decesserit) vermacht wäre, und die Folge davon ist, daß zwischen Titius und Sempronius die Möglichkeit einer künftig einmal eintretenden Concurrrenz gegeben ist (Sempronius quandoque Titio concurrat l. 41 §. 6 de vulg. subst. 28, 6), in zwischen aber Titius nur jenen Theil endgültig erwirbt, aus dem ihn die mögliche Concurrrenz des Sempronius in keinem Falle verdrängen kann (l. 34 §. 10 de leg. I.) und daß, je nachdem jene Concurrrenz in Folge des Wirksamwerdens der Pupillar substitution eintritt oder in Folge des Zusammenfallens derselben sich erledigt, auch Sempronius eine Hälfte des Vermächtnisses oder Titius dasselbe definitiv ganz bekommt. Im letztern Falle findet allerdings in Betracht des Theiles, welchen Sempronius möglicherweise hätte bekommen können, wenn die Pupillar substitution in Wirksamkeit getreten wäre, zu Gunsten des Titius ein Vorgang statt, welcher der eigentlichen Anwachsung sehr ähnlich ist, und welchen man als Quasiacrescenz bezeichnen könnte, grade wie die Römischen Juristen von den im Pupillartestament hinterlassenen Vermächtnissen sagen, sie seien anzusehen quasi primis tabulis sub conditione relicta. Was nun in dem oben erwähnten Falle des vom Pupillen und zugleich von dessen Substituten verschiedenen Personen hinterlassenen Vermächtnisses von demjenigen Theile desselben gilt, aus welchem die mögliche Concurrrenz des zweiten Legatars den ersten hinausdrängen kann, das gilt auch von derjenigen Quote des Prälegats, welche vom Prälegatar sich selber ungültig hinterlassen ist und daher, wenn er wirklich Erbe wird, definitiv an den Collegatar gelangt. Denn mit dem Erbwerden des Prälegatars fällt für diesen Bruchtheil die Möglichkeit hinweg, daß der Prälegatar den fremden Collegatar, welchem letztern er aus der durch die primäre Anordnung gegebenen ungleichen Vertheilung des Prälegats gebührt, aus diesem Theile beim Wirksamwerden der secundären Belastung des Miterben durch seine nunmehr auf das Ganze sich erstreckende Concurrrenz nun doch noch verdrängen könnte. Unter einer eigentlichen Bedingung

sieht dieser Bruchtheil des Prälegats natürlich nicht, weder, wenn er an den Collegatar, noch wenn er an den Prälegatar selbst gelangt,

vgl. über das analoge Verhältniß beim Legat vom Pupillar-  
substituten z. B. Bangerow, Arch. f. die civil. Praxis,  
B. 36 S. 221 Anm. 6,

und es ist bei ihm nicht einmal jene Alternative vorhanden, welche im Falle der l. 75 §. 1 de leg. II. stattfindet, nämlich, ob der Prälegatar den betreffenden Theil von sich selber nach Erbrecht oder von einem Andern nach Legatenrecht bekommen werde, sondern nur die Alternative, daß ihn entweder der fremde Collegatar oder der (die Erbschaft ablehnende) Prälegatar, beide aber ex causa legati, erhalten.

Hiermit bin ich am Schlusse meiner Abhandlung angelangt und es erübrigt nur noch, eine kurze Recapitulation der in derselben vertretenen Ansicht über die Natur des Prälegats zu geben:

Das Prälegat unsers heutigen gemeinen und theilweis schon des spätern classischen Rechts ist kein einheitliches Rechtsinstitut, sondern eine Zusammensetzung, eine Combination aus zwei ihrer innern Structur nach wesentlich verschiedenen Bestandtheilen, der eigentlichen praeceptio und einem gewöhnlichen, allen Erben zu Gunsten des einen oder mehreren von ihnen auferlegten Vermächtnisse (simples Vorvermächtniß).

Das erste Element dieser Combination, die praeceptio, ein die Erbschaftsantretung und in Folge davon ein bereits entstandenes Genossenschaftsverhältniß zwischen dem Prälegatar und seinen Miterben voraussetzendes Vorzugsrecht des Erstern auf ausschließliche Zuthellung, welches als reiner und unvermischter Typus in der Gestalt des Sabinianischen leg. per praeceptionem im Römischen Rechte wirklich existirt hat, aber schon seit dem Siege der Proculejanischen Ansicht nicht mehr rein, sondern nur noch combinirt mit einem andern Vermächtnisse vorkommt, beruht auf einem besonders gearteten materiellen Willen des Testators, welcher nicht bloß und lediglich die Verschaffung einer Zuwendung an den Prälegatar, sondern dabei außerdem noch das Verhältniß desselben zu den Miterben, wie es danach in Betreff ihrer verschiedenen Antheile an dem reellen Nachlaßbestande eintreten und sich herausstellen wird, ins Auge faßt

und somit in mehr oder minder umfassender Weise Vorschriften für die Erbtheilung treffen will. (§. 10 a. a. D.)

Demgemäß tritt dieses Element der *praeceptio* nur in Wirksamkeit, wenn der Prälegatar die Erbschaft erwirbt, es verschafft ihm dann eine besonders gestaltete *act. fam. ereise.* auf ausschließliche Zuthellung des prälegirten Gegenstandes, welche vom Theilungsrichter durch alle demselben zu Gebote stehenden Mittel (*adjudicatio, adtributio*, nach Befinden, wenn etwa ganz oder theilweise für den Gegenstand des Prälegats ein Werthszureogat gewährt wird, auch *condemnatio*) vermittelt werden kann und es wirkt auf die Gestaltung des Verhältnisses zwischen dem Prälegatar und seinen Miterben in mehrfachen Beziehungen eigenthümlich und in einer von den Grundsätzen über gewöhnliche Vermächtnisse auch materiell abweichenden Weise ein (§. 10).

Insbesondere besteht danach zwischen mehrern Präceptionsinteressenten kein wechselseitiges Anwachungsrecht, sondern es findet präsumtiv zwischen ihnen Viriltheilung statt (§. 11).

In Betreff der Frage, aus welchem Titel der die Erbschaft erwerbende Prälegatar den auf seine Erbquote fallenden Theil des Prälegats besitzt, führt die *praeceptio* auf kein anderes Ergebnis, als das simple Vorvermächtniß; er hat ihn stets nach Erbrecht, vom Standpunct des simplen Vorvermächtnisses aus, weil dieser Theil als ihm rechtsungültig (*inutiliter*) vermacht in seiner Erbquote zurückbleibt, vom Standpuncte der *praeceptio* aus, weil der ideelle Theil, den er als Erbe schon hat, ihm durch das Erbtheilungsverfahren nicht nochmals gegeben, sondern dadurch nur die ganze ihm zugetheilte, bisher gemeinschaftliche Sache den Beschränkungen der *communio* entnommen werden kann (§. 12).

Die *praeceptio* ist keine *delibatio* der (ruhenden) *hereditas* und damit schon der künftigen Erben, sondern eine Bestimmung über das Verhältniß, das nach angetretener Erbschaft zwischen den als bereits Erben geworden gedachten Eingesezten nach dem Willen des Testators stattfinden soll; sie ist daher in keinem Theile von Anfang an ungültig angeordnet, sie ist nur imperfect, so lange bis der Prälegatar und wenigstens noch ein Miterbe angetreten hat, weil eher das bei ihrer Anordnung

vorausgesetzte Genossenschaftsverhältniß nicht zur Entstehung kommen kann (§. 12).

Dagegen der zweite Bestandtheil des Prälegats, das simple Vorvermächtniß ist eine wahre *delibatio hereditatis*, eine Belastung schon der *hereditas* selbst und damit zugleich auch der künftigen Erben. Als solche wird es beherrscht von der Regel: *heredi a semet ipso legari non potest*, und dieser Grundsatz, für das Römische Vermächtniß auf juristischer Nothwendigkeit beruhend, weil dasselbe seinem Begriff nach eine durch die unmittelbare *Universalsuccession* (des Erben) vermittelte *Singularsuccession* ist (§. 17), führt dahin, daß das Prälegat, obwohl den Willen des Testators angesehen, als ein ungetheiltes Ganzes gegeben (§. 13), insofern der Prälegatar selbst als Belasteter vom Testator gedacht und gesetzt ist, von Anfang an ungültig, insofern aber die Miterben resp. Substituten als belastet gedacht und gesetzt sind, von Anfang an gültig ist; und da primär nach dem nächsten und vom Testator direct ausgesprochenen Gedankengange sämtliche Erben, der Prälegatar wie seine Miterben, zu denjenigen Erbquoten als belastet gedacht und gesetzt sind, auf welche ihre Erbeinsetzungen lauten, so ist das Prälegat von Anfang an primär theilweis gültig (zu den Erbtheilen der Miterben) und theilweis ungültig (zu dem des Prälegatars) hinterlassen. Da aber für den letztern Theil neben und hinter der rechtsunbeständigen Belastung des Prälegatars an sich selber noch eine gültige secundäre, eventuell kraft Rechtsens in Wirksamkeit tretende Belastung der Miterben zu Gunsten des Prälegatars besteht, so findet für diesen Theil eine doppelte Alternative statt, zuerst daß ihn der Prälegatar unter der *conditio juris* daß er Erbe wird, von sich selber in seiner Erbquote, sodann daß er ihn, vorausgesetzt er wird nicht Erbe, von den andern Erben als Vermächtniß bekommt. Wird der Prälegatar Erbe, fällt daher die Entscheidung für die erste, die primäre Alternative, so bleibt es bei der ursprünglichen theilweisen Ungültigkeit des Prälegats; wird er nicht Erbe und fällt somit die Entscheidung für die zweite secundäre Alternative, so tritt das Prälegat nun auch für diesen Theil als Vermächtniß in Wirksamkeit. Der Prälegatar selber bekommt diesen Theil daher immer, sei es nach Erbrecht, sei es nach Vermächtnißrecht; auf seine Erben

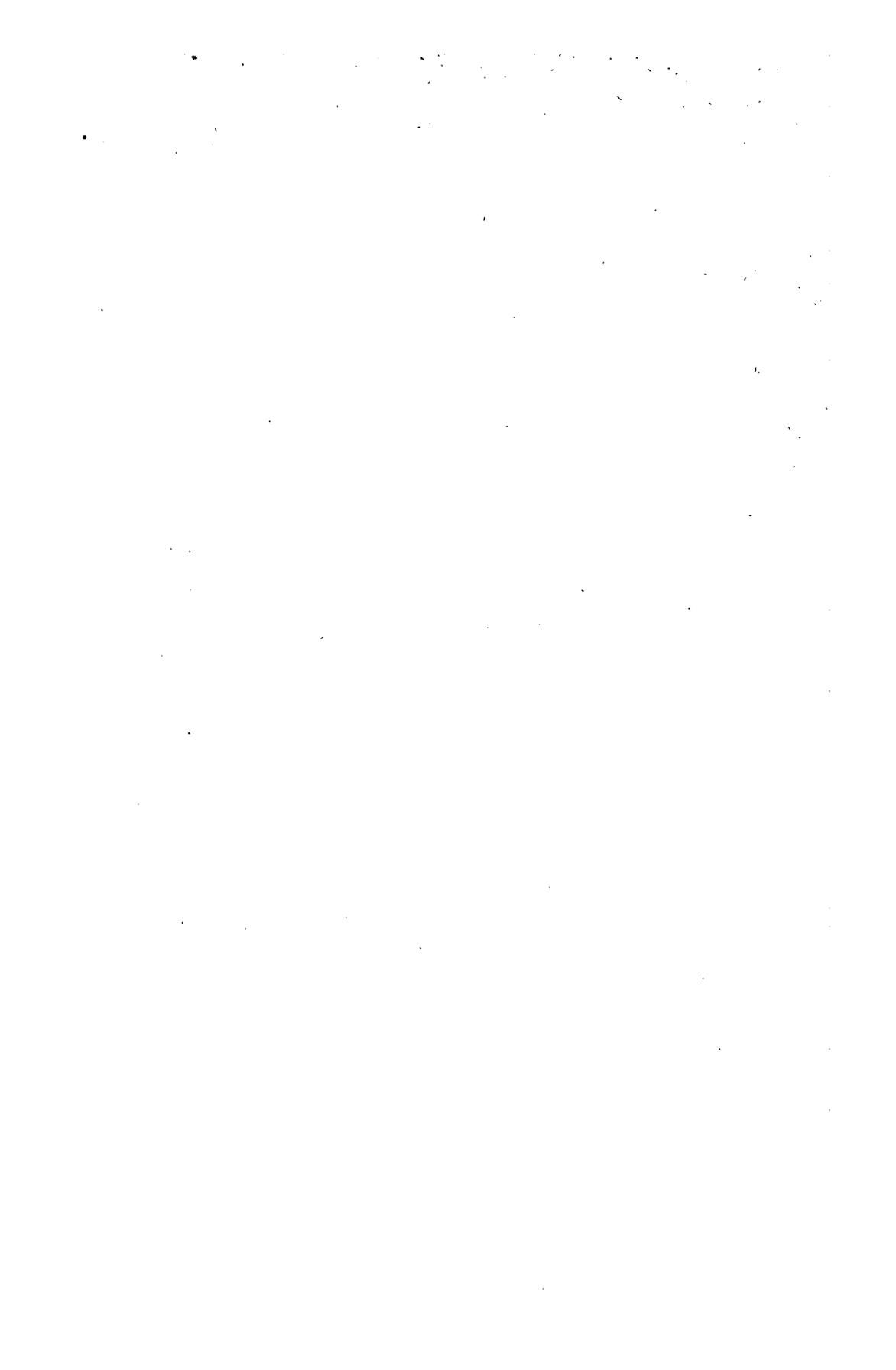
aber transmittirt er den Vermächtnißanspruch auf jenen Theil nur dann, wenn er sein Nichterbwerden d. h. den Eintritt der secundären Alternative für denselben erlebt hat (l. 75 §. 1 de leg. II.).

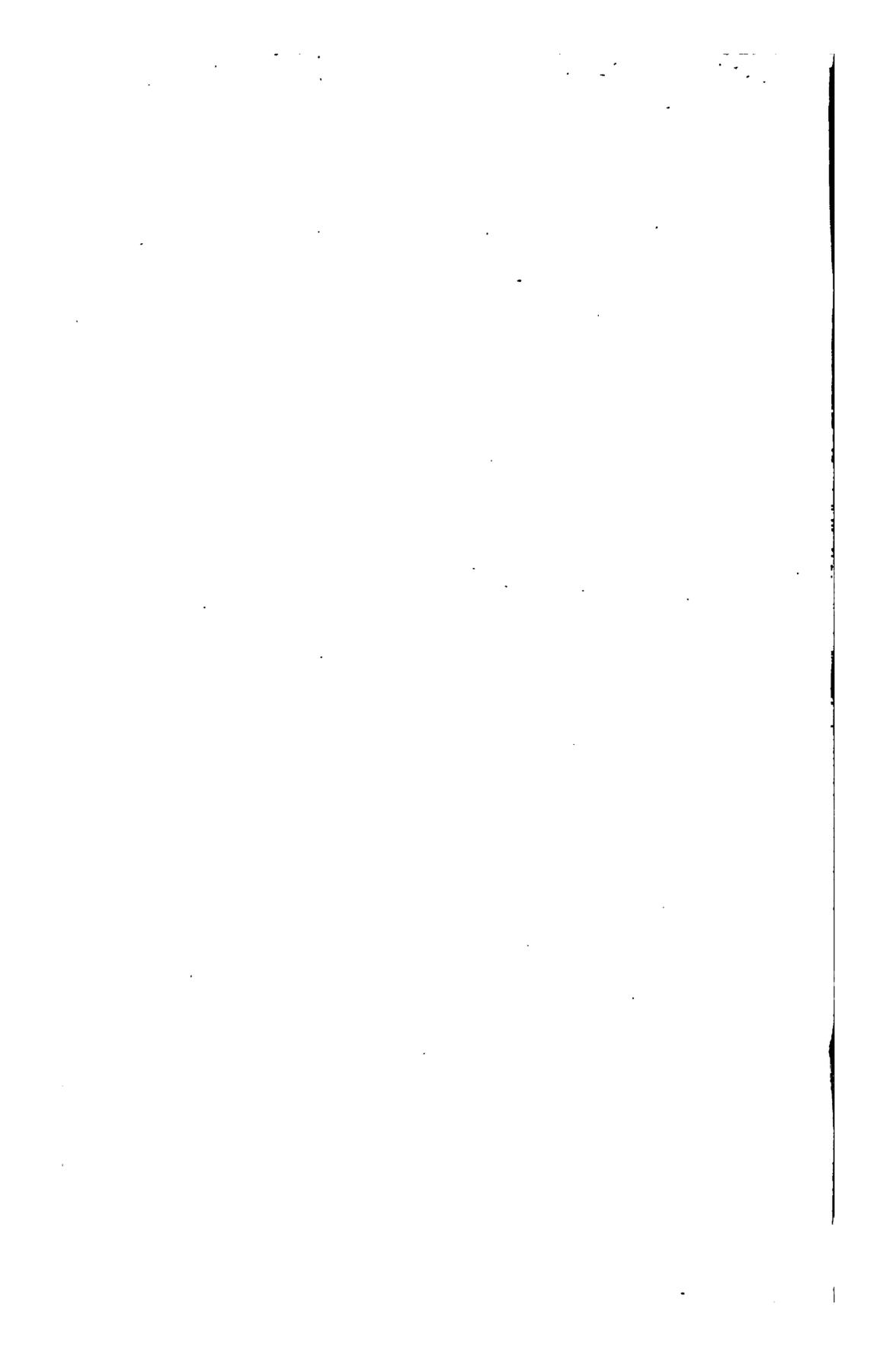
Wenn diese Ansicht richtig ist, so enthält eine jede der beiden Haupttheorien über das Prälegat, die Wichtigkeits- wie die Evaneszenztheorie Wahrheit, nur nicht die ganze und vollständige, sondern Wahrheit nur für je eine Seite des Prälegats; für seine primäre Gestalt ist dann die Wichtigkeitstheorie richtig; aber auch in der Evaneszenztheorie liegt etwas Wahres, nämlich daß das Prälegat von Anfang an allerdings auch zu dem Erbtheil des Prälegatars gültig hinterlassen ist, zwar nicht von ihm selber, aber wohl secundär von den Miterben.



## Berichtigungen.

Seite	15	Zeile	8	lies	Faleibische	statt	Faleibische.		
"	19	"	2	v. u.	lies	legari	statt egari.		
"	88	"	6, 7	v. u.	lies	l. 12 Cod. de leg. (6, 37)	statt l. 16 Cod. de fide mm. (G. 42).		
"	120	"	5	lies	Capionsformel	statt	Capionsformel.		
"	133	"	31	lies	herede	statt	heredl.		
"	147	"	19, 20	füge	das Komma	hinter	Präceptionslegaten und setze es hinter: steht.		
"	247	"	16	lies	personas	statt	personas.		
"	264	Núm.	133	Zeile	6	lies	wurben	statt	wurde.
"	265	Seite	13	v. u.	lies	auch	sonst	statt	doch.
"	281	"	4	füge	hinter	herede	hingu:	(heredi vgl. Rommjen vol. II. S. 51 not. 2).	





HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 062 123 138



