

20226.

Das
Kurländische Notherbenrecht.

Eine
exegetisch-dogmatische Abhandlung

von

Ferdinand Seraphim.

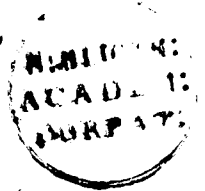


Das
Kurländische Nothverbenrecht.

Eine
exegetisch-dogmatische Abhandlung
zur Erlangung
der Magisterwürde der Rechtswissenschaft,

nach
vorgängiger öffentlicher Disputation,

von
Ferdinand Seraphim,
Candidaten der Rechte aus Kurland.



Motto: „Wenn von dem Punkt, wo Einer stillgestanden,
Ein Anderer könnte weiter gehn.
So wär' ein Ende bald der Wissenschaft vorhanden,
Statt daß wir immer neu am Anfang stehn.“
Mückert.

Dorpat,
Druck von Heinrich Laakmann.
1859.

Seinen theuren Oheimen

und

väterlichen Freunden

Ferdinand Seraphim,

Aktuar des Talsenschen Hauptmannsgerichts,

und

Wilhelm Seraphim,

Oekonomierath des Kurländischen Domainenhofes,

widmet

dieses Werk

in herzlichster Liebe und Hochachtung

der Verfasser.

Der Druck dieser Abhandlung wird gestattet, und ist nach dessen Beendigung sogleich die vorgeschriebene Anzahl von Exemplaren der Censur-Behörde einzureichen.

Dorpat, den 6. Mai 1859.

(Nr. 53.)

Carl v. Rummel,
d. 3. Decan der Juristen-Facultät.

D 21660

V o r w o r t.

Die nachstehende Abhandlung beschränkt sich auf das in Kurland geltende s. g. formelle Notherbenrecht; nicht etwa weil die, in neuerer Zeit mehrfach versuchte, gemeinschaftliche Darstellung desselben und des Pflichttheilsrechts als unzumuthbar erschien, sondern weil solche Beschränkung, bei der nur spärlich zugemessenen wissenschaftlichen Hülfe, durch den Umfang des Gegenstandes, — sollten anders die zahlreichen einschlägigen Controversen auch nur einigermaßen die erforderliche Berücksichtigung finden — dem Verfasser von selbst geboten war.

Auch schien es zunächst besonders nöthig das s. g. formelle Notherbenrecht schärfer, als es in den bisherigen Darstellungen des kurländischen Erbrechts geschehen ist, vom bloßen Pflichttheilsrecht zu unterscheiden und gegen dieses abzugrenzen, sowie die früher nicht berücksichtigten Verschiedenheiten zwischen dem im eigentlichen Kurland (den ehemaligen Herzogthümern Kurland und Semgallen) und im ehemaligen Piltenschen Kreise (dem früheren Bisthum Kurland) geltenden Notherbenrecht genauer hervorzuheben.

Ueber die Grundsätze, denen ich bei der Behandlung meines Gegenstandes folgte, ist in der Einleitung zu dieser Abhandlung das Nähere angegeben und hier nur noch zu bemerken, daß ich einige der von mir citirten Werke nicht selbst habe benutzen können, weil dieselben sich weder auf der Dorpater Universitätsbibliothek befinden, noch auch anderweitig — aller angewandten Mühe unerachtet — zu erlangen waren.

Diese Werke, auf die ich indessen nur einige Male verwiesen habe, — wobei ich mich dann auf die betreffenden Citate der von mir benutzten Schriftsteller verlassen mußte — und zu denen, außer anderen, namentlich C. G. M. Walett:

Das Recht der nothwendigen testamentarischen Berücksichtigung gewisser Verwandten oder das s. g. Notherbenrecht. Göttingen 1826 und G. C. Bluntschli: Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem Rechte, mit besonderer Rücksicht auf die Nov. 115. Bern 1829, gehören, sind in dieser Abhandlung mit einem * bezeichnet worden.

Daß dieser erste Versuch einen umfangreichen Theil des Kurl. Privatrechts, in Anleitung der von Wächter (in seinem Handbuche des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts) für die wissenschaftliche Darstellung der Partikularrechte aufgestellten Grundsätze, zu bearbeiten, gewiß noch sehr Vieles zu wünschen übrig lassen wird, davon ist wohl Niemand mehr überzeugt als der Verfasser.

Einen Punkt jedoch glaube ich hier noch hervorheben zu müssen — die Behandlung der Controversen. Eine gleich ausführliche Berücksichtigung aller einschlägigen Controversen lag überall nicht in meiner Absicht, nur die wichtigeren sollten näher erörtert werden; die unwesentlicheren, namentlich solche, die auf die Begründung praktischer Resultate von keinem besonderen Einflusse sind, oder die durch ihre Unhaltbarkeit ein näheres Eingehen nicht zu verdienen schienen, sind nur in der Kürze berührt worden; desgleichen die zunächst nur das Pflichttheilsrecht betreffenden, da es meine Absicht ist die Lehre vom Kurl. Pflichttheilsrecht, als Fortsetzung dieser Abhandlung, später folgen zu lassen, wo denn auch diese Controversen ihre nähere Berücksichtigung finden sollen. Die detaillirte Darstellung des gemeinen Rechts, als integrierenden Bestandtheils des Kurländischen, glaube ich nicht noch erst rechtfertigen müssen. — Manche Mängel, auf welche aufmerksam gemacht zu werden mir nur wünschenswerth sein kann, möge der nachsichtige Leser damit entschuldigen, daß diese Abhandlung unter Verhältnissen geschrieben worden, welche mir nicht immer die, zur gedeihlichen Förderung wissenschaftlicher Zwecke so nöthige, Heiterkeit des Geistes ließen.

Dorpat im Mai 1859.

F. Seraphim.

Einleitung.

§ 1.

Wie das gesammte Kurländische Privatrecht wesentlich auf dem gemeinen Rechte beruht, dessen Bestimmungen die einheimischen Rechtsquellen theils bestätigen, theils modificiren, so ist dieses namentlich auch bei dem Kurländischen Notherbenrecht der Fall.

Dieser Umstand sowohl, als auch die, nur durch ein Zurückgehen auf das gemeine Recht und dessen Dogmengeschichte zu beseitigende theilweise Dunkelheit und Unbestimmtheit der provincialrechtlichen Quellen — welche übrigens in unserer Lehre weniger dürftig fließen, als in mancher anderen — macht es nothwendig das Kurländische Recht mit steter Berücksichtigung des gemeinen zu erörtern, wobei ein zwiefacher Weg möglich ist.

Entweder nämlich giebt man zunächst eine systematische Darstellung des gemeinen Rechts in den einzelnen Instituten oder wenigstens deren Hauptabschnitten und läßt sodann, unter Verweisung hierauf, anhangsweise die provincialrechtlichen Abweichungen folgen, oder man stellt, ohne jene Sonderung, die einzelnen Lehren, sowie sie sich, auf Grundlage sowohl der einheimischen Quellen als auch der subsidiären Rechte, als ein Ganzes herausgebildet haben, auch als ein Ganzes dar.

Beide Wege sind bisher eingeschlagen worden und wenn gleich auf beiden Gutes geleistet worden ist, so kann doch die Frage, welcher von ihnen der bessere ist, nicht umgangen werden.

Meiner Einsicht dürfte hier entscheidend sein was Wächter, in der Vorrede zu seinem Württembergischen Privatrechte¹⁾, zunächst freilich nur gegen die, bloß auf den Inhalt der einheimischen Rechtsquellen sich beschränkende, Darstellung der Partikularrechte ausspricht:

„Was im Leben und in der Anwendung unseres Rechts seit Jahrhunderten als ein Ganzes bestand und durch das Leben und die Anwendung immer mehr organischen Zusammenhang erhielt, muß auch von der Wissenschaft als ein Ganzes aufgefaßt und dargestellt werden, und wenn auch da und dort jener Zusammenhang noch nicht ganz hergestellt ist, so soll sie (die Wissenschaft) den Weg zeigen, wie er bewerkstelligt werden mag.“

Aus diesem Grunde glaube ich der letzteren der beiden angedeuteten Darstellungsweisen den Vorzug geben zu müssen, weil bei der ersteren, durch jene Sonderung des gemeinen Rechts von den provinzialrechtlichen Bestimmungen, ebenfalls jener durch das Leben und die Anwendung hervorgebrachte organische Zusammenhang mehr oder minder getrübt wird.

§ 2.

Die Lehre vom Notherbentrecht ist nach gemeinem Rechte eine der controversesten, was besonders durch die sorglose Abfassung der einschlägigen Constitutionen und Novellen Justinian's bewirkt worden. Nicht nur über eine große Anzahl diese Lehre betreffender Bestimmungen ist Streit, sondern selbst über den Begriff des Notherbentrechts und über die Angemessenheit des Ausdruckes: „Notherbe“, sowie endlich über die Stellung, welche dem Notherbentrecht im System des Erbrechts anzuweisen ist.

Diese Punkte sind hier Allem zuvor noch in der Kürze zu berühren.

1) Wächter: Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts. Bd. I (Geschichte, Quellen und Literatur), Bd. II (Allgemeine Lehren). — Für diese Abhandlung hat daher dieses treffliche, leider nicht beendete, Werk nicht direct benützt werden können.

Manche Rechtslehrer²⁾ verstehen unter Notherben bloß diejenigen Personen, welche vom Testator entweder in gehöriger Weise zu Erben einzusetzen oder in der gesetzlich bestimmten Weise von der Erbfolge auszuschließen sind, widrigenfalls die Wirksamkeit des Testaments gefährdet ist.

Von den Notherben in diesem Sinne unterscheiden sie dann die Pflichttheilsberechtigten, d. h. diejenigen Personen, welche, wenn sie vom Testator nicht gebührend bedacht sind — was aber nicht gerade durch Erbsetzung zu geschehen braucht — das Testament mit der querela inofficiosi anfechten können.

Anderer³⁾ dagegen fassen den Begriff der Notherben weiter, indem sie unter denselben sowohl die Notherben in dem zuerst angegebenen Sinne, als auch die Pflichttheilsberechtigten ziehen — insofern der Testator die einen und die anderen in seinem Testamente nothwendig berücksichtigen muß, oder eine Erbfolge gegen seinen letzten Willen stattfinden kann. Hierbei werden denn die ersteren als Notherben im engeren Sinne oder Notherben wegen Präterition (Nichtgedenkens)⁴⁾ von den letzteren, als den Pflichttheilsberechtigten oder Notherben wegen Ausschließung vom Pflichttheil, oder auch Notherben wegen Nichtbedenkens⁵⁾, unterschieden.

Damit hängen denn auch die Unterscheidungen: Notherbentrecht im engeren Sinne, formelles Notherbentrecht, Notherbentrecht wegen Präterition oder Nichtgedenkens einerseits und Pflichttheilsrecht, materielles Notherbentrecht, Notherbentrecht wegen Ausschließ-

2) z. B. Franke: das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, S. 3; Goeßen: Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Bd. III. Abth. II. § 850. S. 194.

3) z. B. Glück: Pandekten-Commentar. Bd. 35, S. 82 fg. Mühlentbruch: Lehrbuch des Pandektenrechts. Thl. III, S. 321 fg. (§ 678. 679.). Buchta: Lehrbuch der Pandekten. § 485 und Vorlesungen über das heutige römische Recht. Bd. II, § 485 (S. 362.).

4) Diese Bezeichnung hat Buchta l. c. vorgeschlagen.

5) Auch diese Bezeichnung rührt von Buchta (l. c.) her.

fung vom Pflichttheil oder wegen Nichtbedenkens andererseits zusammen.

Am Weitersten gehen aber diejenigen Juristen ⁶⁾, welche zu den Notherben auch die Personen rechnen, die überhaupt einen, ihnen durch die Willkür des Testators nicht zu entziehenden, Anspruch auf einen Theil des Nachlasses haben, ohne jedoch, falls dieser Anspruch im Testamente unberücksichtigt geblieben ist, zur Erbfolge wider den letzten Willen berechtigt zu sein; wie z. B. der *impubes arrogatus* rücksichtlich der ihm zustehenden *Quarta divi Pii*, die arme Wittve nach römischem Rechte und der überlebende Ehegatte, insofern er, nach deutschem Rechte, einen Anspruch auf die *portio statutaria* hat.

Aber eben deshalb, weil diese Personen in solchem Falle das Testament nicht impugniren können, sondern nur das ihnen Gebührende *salvo testamento* von den Erben aus dem Nachlasse verlangen dürfen, ohne dadurch Erben zu werden, sind sie auch nicht als Notherben zu betrachten und daher diese Ausdehnung des Bereiches des Notherbenrechts, durch Hineinziehen gar nicht hierher gehöriger Fälle, gewiß nicht zu billigen ⁷⁾.

Dagegen kann man den *impubes arrogatus*, die arme Wittve und den überlebenden Ehegatten, rücksichtlich der *portio statutaria*, allerdings zu den Pflichttheilsberechtigten zählen, insofern man unter letzteren überhaupt die Personen begreift, denen gesetzlich ein Anspruch auf einen — wenn auch nicht gerade durch Erbeinsetzung zu hinterlassenden — Theil des erblasserischen Ver-

6) z. B. Arndt: Lehrbuch der Pandekten, § 591 und im Rechtslexikon. Bb. VIII, S. 122 fg., während er doch ebendasselbe S. 80 den Begriff des Notherben nur auf diejenigen Personen stellt, welche der Testator nothwendig, sei es durch Erbeinsetzung oder durch Hinterlassung des Pflichttheils auf andere Weise, berücksichtigen muß, wibrigensfalls Erbfolge gegen den letzten Willen eintreten kann.

7) Franke l. c. §§ 37 u. 38; Puchta: Pandekten und Vorlesungen l. c.; v. Wangerow: Lehrbuch der Pandekten, § 488 am Ende.

mögens zusteht, der ihnen durch letztwillige Verfügung nicht willkürlich entzogen oder geschmälert werden darf ⁸⁾.

Unter diesen Pflichttheilsberechtigten ist aber alsdann wieder zu unterscheiden zwischen solchen, deren Verletzung durch letztwillige Verfügung die Anfechtbarkeit des Testaments durch die *querela inofficiosi* begründet, sonach also eine Erbfolge gegen das Testament herbeiführen kann (Pflichttheilsberechtigte im eigentlichen oder engeren Sinne) und zwischen solchen, welche lediglich das ihnen Gebührende, ohne Anfechtung des Testaments, als Schuld von den Erben verlangen dürfen ⁹⁾.

§ 3.

In dieser Abhandlung wird der Begriff des Notherben in jenem zuerst angegebenen engeren Sinne gebraucht werden, in welchem Franke und Goeschen denselben nehmen.

Puchta ¹⁰⁾ freilich tadelt diesen Sprachgebrauch als willkürlich, indem er behauptet, daß das Wort: „Notherbe“ diesen beschränkten Sinn gar nicht habe, sondern solche Personen bezeichne, welche, nicht gehörig berücksichtigt, wider den Willen des Testators Erben werden können, also sowohl Notherben wegen Präterition, als auch Pflichttheilsberechtigte.

Allein die Sylbe „Noth“ in dem Worte „Notherbe“ deutet entschieden auf ein „Müssen“, nicht auf ein bloßes „Können“ hin und da die nothwendige Berücksichtigung der Pflichttheilsberechtigten im engeren Sinne nicht gerade durch Erbeinsetzung zu geschehen braucht, hierauf also die Sylbe „Noth“ nicht bezogen werden kann, so würde schon sprachlich der Ausdruck „Notherbe“ für die Pflichttheilsberechtigten nicht passen.

Dagegen spricht sich Arndt ¹¹⁾ dahin aus, daß die Bezeich-

8) So Arndt: Lehrbuch der Pandekten l. c.

9) Diese Personen nennt Glück: Commentar. Bb. 35 S. 82, *successores necessarii* κατ' ἐξοχήν.

10) Vorlesungen l. c.

11) Im Rechtslexikon. Bb. VIII, S. 80. Note 3.

nung „Notherbe“ überhaupt nicht eigentlich angemessen sei, da sie vielmehr auf die Nothwendigkeit Erbe zu werden (also auf den Gegensatz der *necessarii heredes* zu den *extranei heredes*), als auf die Nothwendigkeit zur Erbschaft berufen oder doch wenigstens bei der Verfügung über dieselbe sonst berücksichtigt zu werden, hinzudeuten scheine; und daß der Ausdruck „Notherbe“, der lediglich die deutsche Uebersetzung von *necessarius heres* ist, wohl bloß deswegen in der, hier auch beibehaltenen, engeren Bedeutung gebraucht worden, weil die im heutigen Rechte allein noch vorkommenden *necessarii heredes* zugleich auch solche Personen sind, welche schon nach altem Civilrechte zu Erben eingesetzt oder enterbt werden müssen.

Diese Auffassung scheint mir allerdings richtig zu sein und es ist daher wohl wünschenswerth, daß lieber ein anderer Ausdruck zur Bezeichnung unseres Begriffs aufgefunden wäre; indessen wird es, da sich nun einmal der Sprachgebrauch so gebildet hat, immerhin gut sein, bei demselben zu bleiben, so lange es an einem bezeichnenderen Worte fehlt.

§ 4.

In der Regel wird das Recht der Notherben (und ebenso der Pflichttheilberechtigten) in der Lehre von der testamentarischen Delation¹²⁾ des Erbrechts oder gleich hinter derselben¹³⁾ abgehandelt.

Dies ist von Arndts¹⁴⁾ gerügt worden, indem er es für angemessener erklärt das Notherbenrecht, noch hinter der Lehre von den Vermächtnissen, in dem Abschnitte „von den Erbansprüchen gegen den letzten Willen des Erblassers“, in Verbindung mit dem Pflichttheilsrecht im engeren Sinne und den Ansprüchen

12) So bei Goeschen l. c. §§ 850—866 u. §§ 873—892; Mackeloh: Lehrbuch des röm. Rechts. (13. Ausgabe) §§ 654—666.

13) So bei Buchta: Pandekten. §§ 485—494; v. Wangerow l. c. §§ 467—489.

14) Lehrbuch der Pandekten. § 591. Anm.

der armen Wittve und des *impubes arrogatus*, bezüglich der *Quarta divi Pii*, abzuhandeln.

Am wenigsten dürfte es freilich für sich haben unsere Lehre bei der testamentarischen Delation einzuschleichen, denn bei solcher Anordnung würde das Notherbenrecht eine für seine Wichtigkeit zu untergeordnete Stellung erhalten.

Dagegen scheint es mir ganz angemessen und systematisch sogar richtiger mit Buchta und Wangerow das Notherbenrecht, in der Lehre von der Erbfolge gegen ein Testament, gleich an die testamentarische Erbfolge anzureihen, denn nach dem Civilrecht, insbesondere dem neuesten (Nov. 115), giebt es, gleichwie nach dem prätorischen Rechte — in welchem eine *honorum possessio* *ctr. tabulas*, eine *b. p. secundum tabulas* und eine *b. p. intestati* unterschieden wurde, — eine dreifache Erbfolge, nämlich *ab intestato*, *ex testamento* und gegen ein Testament¹⁵⁾. Diese letztere nun (für welche indessen das römische Civilrecht keinen besonderen Namen hat), nicht aber reine Intestaterbfolge, findet bei Verletzung des Notherbenrechts (und auch des Pflichttheilsrechts im engeren Sinne) statt. Von selbst versteht es sich, daß bei solcher Systematisirung die Ansprüche der armen Wittve (nach deutschem Rechte auch des überlebenden Ehegatten), sowie des *impubes arrogatus* anderweitig zu erörtern wären.

§ 5.

Für die systematische Darstellung unserer Lehre dürfte die Vertheilung des zu behandelnden Stoffes unter folgende Hauptabschnitte die natürlichste und angemessenste sein:

Kapitel I. Von den berechtigten Subjekten.

Kapitel II. Von den nothwendigen Voraussetzungen des Notherbenrechts.

Kapitel III. Von dem Inhalte des Notherbenrechts.

Kapitel IV. Von den Folgen des verletzten Notherbenrechts.

15) Buchta: Vorlesungen l. c.

Wenngleich der Zweck dieser Abhandlung nur der ist, das praktische Kurländische Notherbenrecht darzustellen, so wird doch mehrfach — zur Erlangung praktischer Resultate — auch die historische Erörterung Platz greifen müssen und zwar um so mehr, als gerade das Verhältniß der Nov. 115 zum früheren Rechte einer der streitigsten Punkte ist und die Entscheidung aller hiermit zusammenhängenden Controversen sich nur auf historischem Wege bewerkstelligen läßt.

§ 6.

Bezüglich der Literatur des Notherbenrechts kann hier füglich, was das gemeine Recht anbetrifft, auf die bei Francke ¹⁶⁾, sowie bei v. Bangerow ¹⁷⁾ angeführten Schriften verwiesen werden. — Hinsichtlich des Kurländischen Rechtes wären, da es demselben zeither an einer eigentlichen Bearbeitung dieser Lehre noch gänzlich gefehlt hat, nur zu erwähnen:

1) E. A. Neumann: Das Kurländische Erbrecht nach den Gesetzen und der Praxis dargestellt. Mitau 1850.

In diesem Werke beziehen sich auf das Notherbenrecht die §§ 57 und 58 (S. 167—173).

2) Fr. G. v. Bunge: Das Kurländische Privatrecht wissenschaftlich dargestellt. Dorpat 1851.

Ueber das Notherbenrecht handeln hier die §§ 270 und 271 (S. 540—546).

Die schätzenswerthe von Hoven'sche Präjudikaten-Sammlung, welche in einem starken Folianten über 300 Urtheile des Kurländischen Oberhofgerichtes aus den Jahren 1815—1840, zum Theil im Extract, enthält und nur handschriftlich in einem Exemplar existirt ¹⁸⁾, hat mir leider nur

einige Wochen zur Disposition gestanden und enthält, so weit ich mich nach dem, dieser Sammlung beigelegten, Index in derselben orientirt habe, im Ganzen nur wenig auf unsere Lehre Bezügliches. — Der Derschause Landrechtsentwurf oder das s. g. Derschause Landrecht trägt zum Verständniß des geltenden Kurländischen Rechts überhaupt nicht viel bei und liefert auch für das Notherbenrecht wenig Ausbeute, noch weniger freilich der feichte von Blomberg'sche Commentar über die Kurländischen Statuten.

16) l. c. S. 6 fg.

17) l. c. § 467 fg.

18) Vergl. über diese Sammlung die Vorrede zu v. Bunge's Kurl. Privatrecht. S. VI—IX.

Kapitel I.

Von den berechtigten Subjekten.

§ 7.

Auch nach Kurländischem Rechte ist der Testator verpflichtet gewisse Personen zu Erben einzusetzen, wenn nicht ein genügender Grund zu ihrer Ausschließung von der Erbfolge vorhanden ist, widrigenfalls dieselben auch gegen den letzten Willen des Erblassers Erben werden.

Somit ist dem Kurländischen Rechte der Begriff der Noth-erben bekannt; welche Personen aber als solche zu betrachten sind, ergibt sich aus folgenden Bestimmungen unserer einheimischen Rechtsquellen:

Die Kurländischen Statuten § 168. verordnen:

»Pater sine gravi et justa causa, quae arbitrio iudicis definietur, filios et filias, in suo testamento praeterire aut expresse exheredare non potest, salva querela inofficiosi testamenti, coram iudice competente instituenda«.

Nach dem Wortlaute dieses § würden also einerseits nur Söhne und Töchter als Notherben gelten können und andererseits würde nur der Vater — nicht auch andere Ascendenten — verpflichtet sein die Söhne und Töchter, — falls nicht ein genügender Grund zu ihrer Ausschließung vorliegt, zu instituiren.

Indessen hat die Praxis diese Bestimmung, auf Grund der Nov. 115¹⁾, auf Descendenten überhaupt — auch die der Mutter — ausgedehnt²⁾ und gewiß mit Recht, denn eine Abweichung vom gemeinen Rechte dürfte hier wohl nicht beabsichtigt sein.

1) Vergl. Nov 115 cap. 5, wo filii offenbar so viel als liberi überhaupt heißt.

2) v. Bunge: das Kurl. Privatrecht. § 270.

Hier interessirt uns der Inhalt des § 168 der Kurl. Statuten nur in Bezug auf die Frage nach den Personen, welche Noth-erbenqualität haben; in anderer Hinsicht wird der Inhalt dieser Stelle später noch mehrfach in Betracht zu ziehen sein.

Im § 172 der Kurl. Statuten ist ferner bestimmt:

»Liberi quoque, si sine liberis decesserint, testamento suo parentes suos excludere non possunt, sed dimidiam partem illis, fratribus et sororibus vero, vel nepotibus ex illis, alteram semissem relinquere tenebuntur«.

Ehe der weitere Inhalt dieses §, von den Worten: sed dimidiam partem ab, erwogen werden kann, ist zuerst der Zusammenhang desselben mit den vorhergehenden festzustellen.

Gleich die ersten Worte: »Liberi quoque« deuten darauf hin, daß hier auf etwas Früheres Bezug genommen wird und eine nähere Betrachtung der vorhergehenden §§ der Kurl. Statuten zeigt, daß der § 172 an die Bestimmung des § 168 anknüpft, wobei der Gedankengang etwa folgender ist:

Der § 168 verbietet, wie wir bereits gesehen, den Ascendenten ihre Descendenten ohne genügende Ursache zu enterben. In den §§ 169³⁾, 170⁴⁾, 171⁵⁾ folgen dann noch einige andere Beschränkungen der testirenden Eltern zu Gunsten ihrer Kinder.

So soll es (§ 169) den Eltern ohne gravis und justa causa nicht gestattet sein dem Erstgeborenen das Recht der Erstgeburt durch letztwillige Verfügung zu entziehen und auf den zweiten oder dritten Sohn zu übertragen; ferner soll (§ 170) Niemand in seinem

3) § 169 Statut. Curl.: »Nec jus primogeniturae in bonis primogenito adimere et in secundo vel tertio genitos transferre poterit, nisi ex gravi et justa causa infirmitatis vel magni defectus primogeniti.«

4) § 170 Stat. Curl.: »Nec ita quis testari potest ut juri publico in suo testamento praepredicet, qua re et bona filiis ex lege publica debita ad filias transferri non debent.«

5) § 171 Stat. Curl.: »Si pater testamento filiabus certam portionem assignaverit, ea contentae esse debent ac licebit patri filiis duplam, filiabus vero simplam assignare.«

Testamente gegen das jus publicum verstoßen, woher es den Eltern denn auch nicht erlaubt wird das ex lege publica den Söhnen gebührende Vermögen auf die Töchter zu übertragen und endlich wird (§ 171) dem Vater, der als Indigenatsedelmann ab intestato im eigentlichen Kurland von seinen Kindern dergestalt beerbt wird, daß jeder Sohn eine dreifache, jede Tochter aber eine einfache Erbportion erhält⁶⁾, die Befugniß erteilt in seinem Testamente den Söhnen gegenüber den Töchtern eine nur zweifache, den letzteren aber eine einfache Erbportion zu hinterlassen. — Mehr sollen die Töchter also auch durch Testament des Vaters zum Nachtheil der Söhne nicht erhalten; hat dagegen der Vater den Töchtern einen geringeren Erbtheil hinterlassen, so sollen sie auch damit zufrieden sein.

Der Zusammenhang der §§ 169 und 170 mit dem § 168 wird recht anschaulich durch das Anfangswort der beiden ersteren »Nec« — »Nec« hervorgehoben, der § 171 enthält aber nur eine Beschränkung des im vorhergehenden § von den bona ex lege publica filii debita Gesagten.

Im § 172 wird nunmehr an den § 168, an welchen nur beiläufig die dazwischen liegenden §§ angereiht sind, angeknüpft; die Eltern sollen ihre Descendenten nicht ohne genügende Ursache enterben, aber auch die Descendenten, wenn sie ohne Nachkommen versterben, sollen in ihrem Testamente die Ascendenten nicht (willkürlich) ausschließen.

Sonach handelt wenigstens der Anfang des § 172 ganz allgemein vom Notherben — resp. Pflichttheilsrecht der Ascendenten und dies ist auch für die Auslegung des ferneren Inhalts unseres § von Wichtigkeit.

§ 8.

Gewöhnlich pflegt man den § 172 der Kurl. Statuten, so wie den folgenden § 173⁷⁾, lediglich vom Erbgut zu verstehen,

6) Bunge l. c. § 244; Neumann: das Kurl. Erbrecht. S. 37.

7) § 173 Stat. Curl.: »Quodsi vero nec fratres nec sorores

wie dies namentlich auch von Neumann⁸⁾ und von Bunge⁹⁾, und zwar mit Berufung auf die neuere Praxis, geschieht.

Zu dieser Auffassung der Praxis veranlaßte die im § 172, für den Fall der Concurrenz von Ascendenten mit vollbürtigen Geschwistern und vollbürtiger Geschwister Kindern des Testators, anscheinend ganz und gar aufgehobene und im § 173, falls nur Ascendenten vorhanden sind, wenigstens wesentlich beschränkte Testamentifikation, welche man mit der dem Indigenatsadel durch das Privilegium Sigismundi Augusti Art. 7 und das Privilegium Gotthardinum Pct. 6. verliehenen freien Dispositionsbefugniß über sein Vermögen nicht anders vereinigen zu können glaubte, als durch die Annahme, daß die gedachten §§ der Kurl. Statuten lediglich von ererbten Landgütern des Kurländischen Indigenatsadels sprächen; wobei Neumann¹⁰⁾ noch ferner annimmt, daß unter solchen Erbgütern im technischen Sinne nur die vom Vater oder einem agnatischen Ascendenten, direct oder doch ohne daß sie (die Güter) aus dem Kreise der im § 172 erwähnten Personen herausgekommen wären, ererbten Landgüter zu verstehen seien.

Indessen dürften doch wohl einige Bedenken gegen solche Auslegung der §§ 172 und 173 zu erheben sein:

- 1) unterscheiden dieselben durchaus nicht zwischen wohlverworbenerm und ererbtem Vermögen, sondern sprechen ganz allgemein.
- 2) im Privilegium Sigism. Augusti vom 28. Novbr. 1561

aut horum harumque liberos reliquerint, parentibus omnia permittere debent, solis legatis ad pias causas exceptis, quae tamen legata semissem hereditatis excedere non oportet.“

8) Kurl. Erbrecht, S. 117 fg. S. 170. Derselbe in den theoretisch-praktischen Erörterungen. Bd. III, S. 335 fg. und im Inlande vom Jahre 1848, Nr. 49. Sp. 1046.

9) Kurl. Privatrecht, § 269 u. 270.

10) l. c.

Art. 7¹¹⁾ und im Privilegium Gotthardinum v. J. 1570 Punkt 6¹²⁾ ist dem Kurl. Adel nicht nur über wohl-

11) Privilegium Sigism. Aug. Art. 7: „ — — — Proinde petimus, — — ut — — cum plures sint in Livonia, qui cum consanguineis atque aliis familiis jus simultaneae sive conjunctae manus contrahendi facultatem olim nacti sunt, ut hoc ipsum privilegium a Sacra Regia Majestate Vestra, caeteris quoque omnibus, videlicet universae nobilitati, atque illis, qui sub dominio Domini Magistri caeterorumque principium mansuri, ac illis qui S. R. Majestati Vestrae immediate subditi futuri sunt, nostrisque personis ex liberali favore — — — concedatur in omnibus illorum bonis feudalibus, quae modo obtinent, quae in futurum quovis modo, sive speciali gratia, sive contractu licito, obtinere poterunt, non modo cum consanguineis, affinitibus, sed etiam aliis quoque exteris (al. caeteris) familiis atque sociis tale jus simultaneae seu conjunctae manus coire atque contrahere: *hoc est ut habeamus liberam et omnimodam potestatem, de bonis nostris disponendi, dandi, donandi, vendendi, alienandi et in usus bene placitos, non requisito S. R. Majestatis V. consensu, et alterius cujusvis superioris, convertendi.*

12) Privilegium Gotthardinum. Punkt 6: „Ob es wohl bei der Vorfahren Zeiten in diesem Fürstenthum besage der Lehnrechte mit den Landgütern gehalten worden, so ist doch jegliches von der Königl. Majestät höchstbedacht, sowohl aus Begnadigung und Zulaß von Uns, solches aufgehoben, und der Mitterschaft, als denjenigen, somit in gleichen Dienst und Freiheit sitzen, die Freiheit der Gnaden mitbillig gegeben und mitgetheilt, daß ein jeder Lehenträger, der nicht Leibeserben hat, mit denselben möge disponiren, seines Gefallens zu versehen, zu verpfänden, zu alieniren, zu verkaufen, zu vergeben, im Testament zu verschreiben, und, wo solches beim Leben nicht geschehe, das nicht weniger das nächste Geblüt, männliches oder weibliches Geschlecht ab intestato sollte succediren oder erbfähig sein. — Jedoch, daß in alle Wege in gleichem Grade der Blutverwandniß die Schwertsseite zu den liegenden Gründen und Gütern den Vorzug habe, und die Spillsseite nach Billigkeit mit Gelde ablege, und dasselbe darum, damit die Geschlechter bei Würden und guter Haabseitsig bleiben und erhalten werden mögen. — Wenn aber in einem Erbfall die Spillsseite eines oder mehr Grade näher ist, so geneust dieselbe diese Begnadigung an den Gütern vor den Agnaten der Schwertsseite in weitem Grad. — Die Geschlechter aber, so die sammende Hand, und dieselbige gehörige Güter haben, oder kräftiglich unter sich bewilligen würden, welche Verwilligung ihnen frei und ungehindert sein solle, können und mögen, ohne Consens der Agnaten obgerettermassen mit den Gütern nicht gebahren; sondern sollen es mit der Succession und Verordnung halten, wie sammende Hand-Güter-Recht und Gewohnheit ist. — Bei obgemeldeten Privilegien der Gnab und sammenden Hand wollen Wir hiesüro einen Verdrungenen schützen und handhaben. Was Wir

worbeneß Vermögen, sondern, in Ermangelung von Leibeserben, auch über ererbtes, das man doch bei den damaligen Landgütern, den erblichen Lehen, vorzugsweise im Auge hatte, die freie Dispositionsbefugniß gestattet.

3) Das Privilegium Gotthardinum — die einzige Stelle unserer Kurländischen Rechtsquellen aus der herzoglichen Zeit, die m. W. des wohl erworbenen Vermögens gedenkt, sagt im Punkt 6 ausdrücklich:

„Was die wohl gewonnenen oder erworbenen Güter anlangt, mit denselben ist nach gemeinen Rechten ein jeder befugt zu thun und zu lassen seines Gefallens.“ und den Gegensatz zu den wohl erworbenen Gütern bilden, allem Anschein nach, gerade die ererbten Güter, und nicht bloß — wie man aus dem Zusammenhange dieser Gesetzesstelle wohl hat schließen wollen — die, nach der Subjection an Polen, neu ertheilten Lehne¹³⁾ oder diejenigen allodificirten Lehen¹⁴⁾, über welche, wegen des darauf hastenden Gesamthandrechtes, nicht so frei disponirt werden durfte, wie dies sonst gestattet war.

4) Ererbtes Vermögen im technischen Sinne hat nach gem. Deutschen Rechte¹⁵⁾, mit welchem das einheimische, bis zur Unterwerfung an Polen im J. 1561, sich in dieser

aber an neuen Lehen Zeit Unserer Regierung nach dem Privilegio, damit die Königl. Majestät zu Pohlen die Mitterschaft dieser Lande insgemein, da Wir uns sämmtlich der Königl. Majestät subjeciret, begnadiget, vergeben, oder nachmalen, Unserer Gelegenheit nach, verleihen möchten, daran hat der Lehenträger nichts weiteres zu genießen oder sich zu erfreuen, als was seine Inbesitzung, Verlehnung und Handfeste in sich begreift und ausweist. — Was die wohl gewonnenen oder erworbenen Güter anlangt, mit denselben ist nach gemeinen Rechten ein jeder befugt zu thun und zu lassen seines Gefallens. — Vgl. Neumann in den Erörterungen Bd. III, S. 301 fg.

13) Neumann in den Erörterungen Bd. IV, S. 337 fg. — und im Kurl. Erbrechte S. 122.

14) Neumann im Kurl. Erbrechte S. 116.

15) Verber: System des deutschen Privatrechts, § 82.

Beziehung ganz übereinstimmend ausgebildet hatte¹⁶⁾, hinsichtlich der Ererbung nicht die von Neumann behauptete beschränkte Bedeutung, sondern es ist darunter vielmehr jedes in Erbgang gekommene unbewegliche Gut — der Erblasser mochte mit dem Erben noch so entfernt verwandt sein — verstanden¹⁷⁾ und solches ererbtes Vermögen darf den zur Zeit nächsten Intestaterben, nach dem Priv. Goth. wenigstens den Descendenten, den Fall echter Noth abgerechnet, ohne ihre Zustimmung weder durch Veräußerungen unter Lebenden noch auf den Todesfall entzogen werden¹⁸⁾.

Es würde daher, wenn man nach dem Privilegium Sigism. Aug. und Gotthardinum wohl mit Recht den Unterschied zwischen wohlvermorbenem und vererbtem Vermögen überhaupt als noch geltend ansieht und die §§ 172 u. 173 der Kurl. Statuten doch nur auf ererbtes Vermögen beziehen wollte, in der That auffallend sein, daß alsdann letztwillige Verfügungen über ererbtes Vermögen in den Kurl. Statuten nur zum Besten der Ascendenten, wenn dieselben allein vorhanden sind oder mit vollbürtigen Geschwistern resp. deren Kindern concurriren, nicht aber auch zu Gunsten der, dem Erblasser doch gewiß am Nächsten stehenden, Descendenten, der im Priv. Gotthard. gedachten Leibeserben, beschränkt resp. untersagt sind. Und doch knüpft die Bestimmung des § 172, wie bereits gezeigt, deutlich an die im § 168 enthaltene über Descendenten an, hinsichtlich deren aber nur die gemeinrechtlichen Grundsätze über Notherben- und Pflichttheilsrecht aufgestellt werden.

§ 9.

Unter solchen Umständen möchte es vielleicht richtiger sein den weiteren Inhalt des § 172, der zunächst nur für die Descendenten die Verpflichtung anerkennt, die Ascendenten nicht willkürlich

16) v. Bunge: das Liv- und Estländische Privatrecht, § 91. (2. Aufl.)

17) Gerber l. c.; v. Bunge l. c. und im Kurl. Privatrecht, § 269, Num. i.

18) Gerber l. c.; v. Bunge: Liv- und Estländisches Privatrecht l. c.

auszuschließen, auf die Bestimmung des Pflichttheils für diese letzteren, in Concurrenz mit vollbürtigen Geschwistern oder resp. deren Kindern, zu beziehen. Dabei ist es keinesweges nöthig, ja dieser Auffassung nicht einmal angemessen, unter *dimidia pars* und *semis* — wie es gewöhnlich geschieht — Hälften des ganzen Nachlasses zu verstehen, sondern es liegt alsdann näher an Hälften der Intestaterbportionen zu denken, da ja der Pflichttheil gemeinrechtlich eine Quote des Intestaterbtheils ist. Sprachlich dürfte dieser Auslegung wohl nichts Erhebliches entgegenstehen, denn wenn es auch heißt, daß den Eltern *dimidia pars*, den vollbürtigen Geschwistern oder deren Kindern *altera semis* hinterlassen werden solle, so ist damit noch nicht gesagt, daß diese *altera semis* eben so viel betrage, als jene *dimidia pars*, sondern nur, daß, sowie die Eltern einen Anspruch auf eine Hälfte ihres Intestaterbtheils haben, die vollbürtigen Geschwister resp. deren Kinder ebenfalls eine Hälfte (*alteram semissem*) ihrer Intestaterbportion in Anspruch nehmen dürfen.

Eine solche Interpretation möchte auch noch durch die Erwägung unterstützt werden, daß die Bestimmung des § 172 nach der gewöhnlichen Auffassung, welche *dimidia pars* und *semis* von Hälften des ganzen Nachlasses versteht, total unausführbar ist, wenn der Erblasser, außer den § 172 genannten Verwandten, noch eine Wittve hinterlassen hat, die ja bei unbeerbter Ehe in Kurland immer die Hälfte des Nachlasses¹⁹⁾ als *portio statutaria* erhält, woher nicht noch zwei andere Hälften für andere Personen nachbleiben können.

Das Eigenthümliche des § 172 würde dann nur darin bestehen, daß

1) der Pflichttheil der Ascendenten, vollbürtigen Geschwister

19) § 196 Stat. Curl.: „Si liberi non exstent et vir vel uxor alteri superstes fuerit, superstes concurrens cum agnatis defuncti *dimidiam partem* sibi retinebit et alteram propinquis defunctae partis cedet.“

oder deren Kinder, wenn diese Personen mit einander concurriren, immer die Hälfte ihres Intestaterbtheils ausmache, während nach gemeinem Rechte²⁰⁾ der Pflichttheil $\frac{1}{3}$ resp. $\frac{1}{2}$ der Intestaterbportion beträgt, je nachdem diese letztere $\frac{1}{4}$ (oder auch mehr) oder weniger als $\frac{1}{4}$ des ganzen Nachlasses ausmacht.

- 2) Daß auch verstorbener vollbürtiger Geschwister Kinder als Pflichttheilsberechtigte anerkannt sind, während ihnen nach gemeinem Rechte entschieden kein Pflichttheilsrecht zusteht, wengleich manche Juristen dies früher irrthümlich behauptet haben²¹⁾.

Dieses Resultat gewinnt an Wahrscheinlichkeit noch dadurch, daß

- 1) im Justinianischen Rechte der Pflichttheil mehrfach als *tertia propriae substantiae pars*, *media totius substantiae pars* oder als *triens* oder *semis totius substantiae* bezeichnet wird²²⁾, während dieser ungenauen Bezeichnung unerachtet doch immer nur $\frac{1}{3}$ resp. $\frac{1}{2}$ der Intestaterbportion, nicht des ganzen Nachlasses, gemeint sind, und so ist es denn erklärlich, daß die Verfasser der Kurl. Statuten, die wesentlich aus dem römischen Rechte geschöpft sind, diese Ungenauigkeit²³⁾ beibehielten;

20) Nov. 18. cap. 1. die übrigens ebenfalls so unbedeutlich gefaßt ist, daß manche Juristen in ihr eine Abänderung des früheren Rechts auch insofern ausgesprochen finden wollen, daß der Pflichttheil nunmehr $\frac{1}{3}$ resp. $\frac{1}{2}$ des ganzen Nachlasses für alle Pflichttheilsberechtigten zusammen betrage. Allein dies ist entschieden unrichtig. Vergl. Glüd: Commentar, Bd. 7. S. 29 fg.; v. Bangerow l. c. § 475 S. 301 fg.; Nov. 18 cap. 2, Nov. 39 cap. 1 u. Nov. 22 cap. 48.

21) Vergl. hierüber Glüd l. c. S. 12—14; Franke l. c. S. 193; Goeschen l. c. § 892. Diese unrichtige Meinung ist auch im Liquidationsurtheil in der G. v. Offenbergschen Edictatsache vom 3. Decbr. 1830 adoptirt, indem es daselbst heißt: daß nach gem. Rechte auch den Geschwisterkindern die *querela inoff.* zustehe.

22) Nov. 18 cap. 1; Nov. 22 cap. 48.

23) Ich bezeichne diese Ausdrucksweise nur als eine Ungenauigkeit, weil

- 2) die Kurl. Bauer-Verordnung in den §§ 126, 129 u. 130 neben den Descendenten, Ascendenten und vollbürtigen Geschwistern auch die mit letzteren ab intestato concurrirenden Kinder vorverstorbener vollbürtiger Geschwister als Pflichttheilsberechtigte aufführt und im § 130 den Pflichttheil für Descendenten und Ascendenten auf eine Hälfte, für vollbürtige Geschwister und deren Kinder aber auf ein Drittel des ganzen Nachlasses bestimmt, während auch hier, will man nicht zu Absurditäten gelangen, den Pflichttheil nur als $\frac{1}{2}$ resp. $\frac{1}{3}$ der Intestaterbportion auffassen darf, wie dies auch für das Bauerrecht, trotz der Wortfassung des § 130, wohl allgemein anerkannt wird²⁴⁾.

Es ist freilich nicht in Abrede zu stellen, daß bei solcher Interpretation des § 172 die Härte des wunderlichen § 173 der Kurl. Statuten unbeseitigt bleibt, denn wengleich sich allerdings der Fall, daß Eltern ihre Kinder überleben, seltener ereignet und hier die besondere Pietät gegen die Eltern sich als Grund des Gesetzes denken ließe, so bleibt doch immer die Bestimmung desselben, daß der Testator, wenn er nur Ascendenten hinterläßt, diesen im Testamente sein ganzes Vermögen oder doch wenigstens, falls er Vermächtnisse zu milden Stiftungen errichtet, die Hälfte seines ganzen Vermögens zuzuwenden verpflichtet sein soll, in der That eine ganz merkwürdige Beschränkung der Testirfreiheit, die mit dem gem. Rechte und mit den Bestimmungen des Priv. Sigism. Aug. und Gotthard. im schneidendsten Widerspruche steht und um so unerklärlicher erscheint, als sie ganz allgemein hingestellt und nach den bisherigen Erörterungen nicht füglich auf ererbtes Vermögen allein zu beziehen ist, zumal der § 173 in den Worten: »quodsi

in den Stellen, wo sie vorkommt, nur Kinder ersten Grades berücksichtigt werden, wo es denn freilich auf dasselbe herauskommt, ob der Pflichttheil collectiv oder distributiv berechnet wird. Glüd l. c. S. 30; v. Bangerow l. c.

24) Neumann: Kurl. Erbrecht S. 169 fg.; v. Bunge: Kurl. Privatrecht, § 270.

vero« ganz deutlich an den ebenso allgemein sprechenden § 172 anknüpft.

Man könnte wahrlich von dem Verfasser des § 173 der Kurl. Statuten mit mehr Recht sagen, was Fulgostius über Paulus, bezüglich einer schwierigen Stelle dieses Juristen (der l. 17 pr. D. de inoff. test. 5, 2), ausruft²⁵⁾: »Si haberem eum in manibus per capillos eum interrogarem.«

Wenn nun aber einerseits, ungeachtet der nicht ganz deutlichen Bestimmungen des Priv. Sigis. Aug. und Gotthard., sich in Kurland, wenigstens gewiß beim Adel, die Ansicht erhalten hat, daß über ererbtes (unbewegliches) Vermögen letztwillig nicht frei testirt werden dürfe und die fortdauernde Geltung dieser deutschrechtlichen Unterscheidung zwischen wohlervorbenem und ererbtem Vermögen selbst durch die bereits erwähnte Bestimmung des Priv. Gotthard. über wohlervorbenes Vermögen unterstützt worden; andererseits aber der Vorschrift des § 173 der Statuten in der Allgemeinheit, in welcher er spricht, jedenfalls im allgemeinen Rechtsbewußtsein jede Stütze fehlt, so kann man wohl keinen Anstand nehmen die Auffassung der Praxis, welche den § 173 lediglich auf ererbtes Vermögen bezieht, zwar nicht als wissenschaftliche Interpretation, wohl aber als derogatorisches Gewohnheitsrecht für vollkommen berechtigt zu halten, insofern hier die Praxis nur das im allgemeinen Rechtsbewußtsein Lebende aussprach. Ein Gleiches wird man denn aber auch von der in praxi bestehenden Auffassung des § 172 wenigstens dann gelten lassen müssen, wenn man unsere Interpretation dieses § nicht annehmen will.

Unter allen Umständen aber wäre der § 173, bezüglich seiner Anwendbarkeit auf wohlervorbenes Vermögen, durch derogatorisches Gewohnheitsrecht beseitigt.

Bezieht man nun auch den § 172 lediglich auf ererbtes

25) Grande l. c. S. 258.

Vermögen, so entsteht die Frage, in welchem Umfange die Testirfreiheit beschränkt ist? ob nur zu Gunsten der im § 72 gedachten Ascendenten, vollbürtigen Geschwister resp. deren Kinder, oder auch zu Gunsten entfernterer Verwandten? Ersteres ist von Neumann²⁶⁾, Letzteres von Bunge²⁷⁾ behauptet worden.

Die Ansicht von Bunge's scheint auf den ersten Blick den Vorzug zu verdienen, denn sie schließt sich den gemeinrechtlichen Grundsätzen vollkommen an, von denen, in Betreff unserer Frage, das Kurländische Recht im § 172 keine Ausnahme statuiert, der, auf ererbtes Vermögen bezogen, keine singuläre Beschränkung der Testirfreiheit, sondern nur nicht vollständig diejenigen Personen enthielte, denen das Erbgut durch letztwillige Verfügung nicht entzogen werden darf. Die Kurl. Statuten sind aber überhaupt fragmentarisch und unvollständig und nur eine singuläre, nicht schon eine unvollständige Bestimmung des, ohnehin aus dem gem. Rechte zu ergänzenden und zu erklärenden, Partikularrechts scheint eine so einschränkende Interpretation, wie diejenige es ist, durch welche Neumann zu seinem Resultate gelangt, zu rechtfertigen.

— Dennoch dürfte die Ansicht Neumann's, daß die testamenti factio über ererbtes Vermögen nur zu Gunsten der Descendenten und der im § 172 der Statuten gedachten Personen beschränkt sei, die richtigere sein, wenn man diesen § nun einmal bloß auf ererbtes Vermögen bezieht; denn alsdann enthielte er jedenfalls eine Abänderung des Priv. Gotthard. Pft 6, welches die Testirfreiheit bloß zu Gunsten der Descendenten (Leibeserben) beschränkt, und wäre daher als correctorisches Gesetz stricte zu interpretiren. Dagegen dürfte es unzulässig sein den § 172 nur von Stammvätern im engeren Sinne zu verstehen, denn in diese succediren ausschließlich agnatische Männer, die männlichen Descendenten

26) In den Erörterungen Bd. III, S. 335 fg. und im Kurl. Erbrecht S. 115 fg.

27) Im. Kurl. Privatrecht S. 269, Num. i. Die Praxis ist noch schwankend.

und Agnaten des Erblassers, in deren Ermangelung die Stammgutsqualität, sammt den aus dieser fließenden Beschränkungen der Testirfreiheit, wegfällt²⁸⁾. Daraus ist denn aber auch ersichtlich, daß der § 172, welcher auch zu Gunsten der vollbürtigen Schwester und deren Kinder (beiderlei Geschlechts) die Testirfreiheit beschränkt, nicht wohl von eigentlichen Stammgütern handeln kann.

§ 10.

Die Piltenschen Statuten Theil III. Titel I. § 2: stimmen mit dem § 168 der Kurländischen überein, nur daß sie weniger eng gefaßt sind:

„Ohne Ursache können Eltern ihre Kinder nicht enterben, Ursachen aber sind u. s. w.“

Also nicht bloß Söhne und Töchter, sondern Kinder überhaupt, mithin auch Descendenten entfernterer Grade sollen ohne Ursache nicht enterbt werden. Daß „Kinder“ hier in diesem weiteren Sinne zu nehmen ist, folgt schon aus dem Grundsatz, daß, wenn nicht besondere Gründe dazu vorliegen, eine Abweichung vom gemeinen Rechte²⁹⁾ nicht zu statuiren sei.

Es zeigt aber auch diese Stelle, daß Descendenten, insofern eine ihre Enterbung rechtfertigende Ursache nicht vorliegt, zu Erben eingesetzt werden müssen.

Dieselben Resultate liefert uns demnächst die Mitausche Polizei-Ordnung v. J. 1606. Tit. 44. § 4.

Diese Stelle, welche von dem testamentum parentum inter liberos handelt, normirt zunächst die Form eines solchen Testaments und setzt hierauf fest:

— — — „Nur daß in diesen und vorigen Fällen der Vater und Mutter allewege ihre Kinder auf gleichen oder ungleichen Theil, (denn der Vater einem Sohne für dem andern was

28) Gerber l. c.

29) Nov. 115 cap. 3 in den Worten: „filium vel filiam vel ceteros liberos.“

mehr zu bescheiden wohl mächtig), ernenne und einsetze oder aus rechtmäßigen Ursachen ehäredire und enterbe.“

Hiermit fast wörtlich gleichlautend ist die Bauskesche Polizei-Ordnung v. J. 1635. Tit. 26. § 6. und die Friedrichstädtsche Polizei-Ordnung v. J. 1647. Tit. 25. § 6.

Die Piltenschen Statuten sowie die Polizei-Ordnungen von Mitau, Bauske und Friedrichstadt schweigen in Betreff der Ascendenten, indessen sind die Piltenschen Statuten aus den gemeinen Rechten³⁰⁾, und die drei Polizei-Ordnungen aus den, in der fraglichen Beziehung, mit dem gemeinen Rechte übereinstimmenden Kurländischen Statuten zu ergänzen.

Es mag hier noch erwähnt werden, daß in neuerer Zeit Unterholzner³¹⁾ die Ansicht aufgestellt hat: Ascendenten seien auch nach neuestem römischem Rechte (Nov. 115) nicht Rotherben, sondern nur Pflichttheilsberechtigte. — Indessen hat diese ganz singuläre Ansicht, die durch einen unbefangenen Blick in die Nov. 115³²⁾ schon widerlegt wird, keine Anhänger gefunden³³⁾.

§ 11.

Die Kurländische Bauer-Verordnung enthält folgende, hierher gehörige Bestimmungen:

§ 126: „Ein jeder Kurländische Bauer, wenn er weder Erben in absteigender oder aufsteigender Linie, noch leibliche Geschwister und Geschwisterkinder, die mit den Geschwistern concurriren, noch eine Frau hat, kann, bei reifer Ueberlegung

30) Nov. 115 cap. 4 u. 5.

31) Unterholzner: Ausführliche Entwicklung der gesammten Vererbungslehre aus den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten. 1828. Bd. II, § 170 S. 62.

32) Nov. 115 besonders die Anfangsworte des cap. 5: „Haec autem disposuimus ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus; ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus.“

33) Grandt l. c. S. 353.

und vollem Verstande, zu Erben seines ganzen Vermögens einsetzen, wen er will.“

Diese Disposition wird im § 129 für Ehefrauen, Wittwen und abgetheilte ledige Frauenzimmer wiederholt, nur daß hier, anstatt der im § 126 gedachten Frau, der Wittwer genannt wird.

Zum vollständigen Verständniß des § 126 ist noch zu bemerken, daß unter „leiblichen Geschwistern“ in der Bauer-Verordnung „vollbürtige Geschwister“ gemeint sind, wie dies ganz evident aus dem § 118 der B.-V. hervorgeht, woselbst es heißt:

„Hinterläßt aber der Verstorbene oder die Verstorbene keine leiblichen Geschwister und Geschwisterkinder, so sind die Halbgeschwister, das ist, die von einem Vater und verschiedenen Müttern oder von einer Mutter und verschiedenen Vätern stammen, und die Halbgeschwisterkinder — — — die nächsten Erben.“

§ 130: „Niemand darf durch Testament seinen ganzen Nachlaß den rechtmäßigen, in den §§ 126 und 129 genannten, Erben entziehen oder einen vor dem anderen zu sehr begünstigen, sondern Jeder ist verpflichtet, solchen rechtmäßigen Erben wenigstens den Pflichtheil zu lassen, der für Erben in auf- und absteigender Linie, und im Fall der Kinderlosigkeit, für den nachgebliebenen Mann oder die nachgebliebene Frau wenigstens die Hälfte des ganzen Vermögens, für leibliche Geschwister aber, und für die mit diesen concurrirenden Geschwisterkinder, wenigstens ein Dritteltheil des ganzen Vermögens betragen soll. Mit dem Rest des Vermögens kann der Erblasser oder die Erblasserin eines oder das andere ihrer Kinder vorzugsweise, oder auch sonst andere um sie verdiente oder ihnen werthe Personen versorgen.“

§ 131: „Nur in den Fällen, wo es nach den bestehenden allgemeinen Gesetzen einem Erblasser erlaubt ist, seinen rechtmäßigen Erben, sei es begangener Verbrechen oder anderer gesetzlicher Ursachen wegen, die Erbschaft zu entziehen, soll

es auch dem Kurländischen Bauer unerwehrt sein über seinen ganzen Nachlaß in der Art, wie die Gesetze es bestimmen, zum Besten anderer zu verfügen.“

Die nähere Betrachtung dieser §§ der B.-V. ergibt, daß zwar der gemeinrechtliche Unterschied zwischen Notherben- und Pflichttheilsrecht nicht streng hervorgehoben, aber doch auch keinesweges beseitigt ist.

Denn wenn auch einerseits die Descendenten und Ascendenten, die ja auch gemeinrechtlich nicht nur Notherben, sondern auch Pflichttheilsberechtigte sind, in dieser letzteren Eigenschaft, in den §§ 126 und 129 der Kurl. B.-V. mit den übrigen nach Kurländischem Rechte Pflichttheilsberechtigten zusammengestellt werden und im § 130 verordnet ist, daß diesen Personen im Testament der Pflichtheil zu hinterlassen sei; so ist doch andererseits zu erwägen, daß die Bauer-Verordnung, obgleich sie durchaus nicht vorschreibt, den Pflichtheil gerade durch Erbeseinsetzung zuzuwenden, dennoch im § 131 festsetzt, daß den, in den §§ 126 und 129 genannten Pflichttheilsberechtigten um gesetzlicher Ursachen willen „die Erbschaft zu entziehen“ erlaubt sein solle und das ist ebensowohl durch Enterbung als durch Ausschluß vom Pflichtheil möglich, da „Erbschaft“ ebensowohl „Erbfolge“ als auch „Nachlaß“ bedeutet, Ersteres in subjektiver, Letzteres in objectiver Hinsicht³⁴⁾.

Will man also nicht willkürlich, ohne daß irgend welche Nothigung hierzu in den Bestimmungen der B.-V. vorliegt, von vornherein annehmen, daß dieselbe den gemeinrechtlichen Unterschied zwischen Notherben und Pflichttheilsberechtigten aufgehoben habe, so muß man auch nach dem Bauerrechte die Descendenten und Ascendenten als Notherben betrachten und auf sie die im § 131 erwähnte Ausschließung von der Erbschaft im Sinne der Ausschließung von der Erbfolge beziehen.

34) Coeschen l. c. § 778.

Zwar könnte es auf den ersten Blick so erscheinen, daß die B.B. § 126, — wegen des Schlusssatzes: „zu Erben seines ganzen Vermögens einsetzen, wen er will“ — dem Erblasser nur dann die Befugniß zugestehet andere Personen allein zu Erben einzusetzen, wenn pflichttheilsberechtigzte Personen nicht vorhanden sind, sonach also, wenn letztere existiren, dem Erblasser die Verpflichtung auferlege dieselben durch Erbeseinsetzung zu bedenken und bei solcher Auslegung würde allerdings nach dem Bauerrecht die Zahl der Notherben bedeutend vermehrt sein. Allein der § 126 der B.B. kann nicht füglich so interpretirt werden; er besagt bloß, daß beim Vorhandensein von Pflichttheilsberechtigzten, den anderweitigen zu Erben eingesetzten Personen nicht das ganze erblasserische Vermögen, sondern nur das nach Abzug des Pflichttheils Uebrigbleibende, gültig hinterlassen werden darf.

Daß dies allein der Sinn sein soll, zeigt einestheils der Nachdruck, der in unserem § auf die Worte: „seines ganzen Vermögens“ gelegt wird, andernteils die Vergleichung des § 126 mit dem § 129, wo in Bezug auf Ehefrauen, Wittwen und abgetheilte ledige Frauenzimmer gesagt ist, daß dieselben, wenn sie Pflichttheilsberechtigzte hinterlassen, „über ihr ganzes Vermögen“ nicht zum Besten anderer Personen „disponiren“ dürfen, den Pflichttheilsberechtigzten also ihre Portion zu lassen ist.

Sonach wären auch nach Bauerrecht nur die Descendenten und Ascendenten Notherben.

§ 12.

Die Polizei-Ordnung von Bauske Tit. 27 § 11 und von Friedrichstadt Tit. 26 § 11 enthalten endlich noch folgende, nicht wohl zu verstehende, Bestimmung:

„Da einer auf seinem Todtbett liegen würde, und wollte umh Saß und Reides willen seine negste Freunde vorbeigehen und Fremde zu Erben erwählen; würde sich solches nach seinem Absterben befinden, so sind die nächsten Freunde billig vorzuzie-

hen in der Erbschaft, die Fremden dagegen abzuweisen, daß sie hindanstehen müssen“.

Was hier unter den „nächsten Freunden“ gemeint ist, bleibt vollkommen unverständlich und wenn es auch gewiß der Sinn dieser Bestimmung nicht sein soll, daß alle Intestaterben als Notherben zu betrachten seien, so ist doch praktisch damit nichts gewonnen, wenn man mit Bunge³⁵⁾ annimmt, daß höchstens die Intestaterben, die mit dem Erblasser entfernter verwandt sind, als die gemeinrechtlichen Notherben, hiernach, falls sie erwiesener Maassen vom Testator aus Haß und Neid übergangen sind, zur Ansechtung des Testaments berechtigt seien. — Allein wo ist dann die Grenze für die Ansechtbarkeit des Testaments aus diesem Grunde? Bis zu welchem Grade der Verwandtschaft sollen dann die Intestaterben des Erblassers Anspruch auf testamentarische Berücksichtigung haben? Mit welchem Rechtsmittel, in welcher Weise ihr Recht geltend machen?

Ein Gesetz das, wie dieses, so absolut vage abgefaßt ist, daß daran alle und jede Interpretation scheitern muß, ist so gut wie gar nicht vorhanden; denn, um angewandt zu werden, muß ein Gesetz erst interpretirt sein, und ein Gesetz das gar nicht verstanden werden kann, ist demgemäß auch unanwendbar.

Abstrahiren wir aber von diesem unerquicklichen Beispiel legislatorischer Nachlässigkeit, so stellt sich, der bisherigen Ordnung zu Folge, das Resultat heraus, daß nach Kurl. Rechte, ganz ebenso wie nach gemeinem, nur Descendenten und Ascendenten Notherben sind.

Abweichend von dieser Auffassung ist die Darstellung bei Neumann³⁶⁾ und v. Bunge³⁷⁾, indem diese Schriftsteller den Unterschied zwischen Notherben und Pflichttheilsberechtigzten voll-

35) l. c. § 270. Anm. b.

36) Kurl. Erbrecht S. 167 fg.

37) l. c. § 270.

ständig verwischen. Ja Bunge³⁸⁾ sagt sogar ausdrücklich, daß die s. g. Notherben diejenigen Personen seien, welche im Testament nicht übergegangen werden dürfen, sondern auf einen gewissen Theil des Vermögens — den s. g. Pflichttheil — nothwendig zu Erben eingesetzt werden müssen, widrigenfalls die Uebergangenen die Erbeseinsetzung mit der querela inofficiosi testamenti anfechten resp. mit der actio ad supplendam legitimam auf Ergänzung des nicht vollständig hinterlassenen Pflichttheils klagen können. — Zu diesen Notherben, denen der ganze Pflichttheil durch Erbeseinsetzung gerade zu hinterlassen sei, zählt v. Bunge³⁹⁾ nicht bloß Descendenten und Ascendenten, sondern auch agnatische Geschwister, ferner den conjux superstes und nach Bauerrecht endlich noch vollbürtige Geschwister und deren Kinder, wenn sie mit vollbürtigen Geschwistern concurriren.

Dies scheint auch die, freilich nicht ausdrücklich ausgesprochene, Ansicht Neumann's zu sein, indem er die genannten Personen sämmtlich als zum Pflichttheil berechtigt bezeichnet und nur dem conjux superstes Notherbenqualität beilegt⁴⁰⁾, weil er in der hier fraglichen Beziehung den Descendenten gleich zu achten sei.

Nach dieser Ansicht wäre allerdings kein Unterschied mehr zwischen Notherben- und Pflichttheilsrecht; aber eine solche Auffassung ist weder in den — bereits angeführten — provincialrechtlichen Quellen, noch im gemeinen Rechte begründet und für letzteres auch — meines Wissens — in der Allgemeinheit nie aufgestellt worden, wengleich in früherer Zeit wohl einige Juristen⁴¹⁾ behauptet haben, daß, nach Nov. 115, den Descendenten und Ascendenten — nicht auch anderen Pflichttheilsberechtigten — der Pflichttheil gerade durch heredis institutio zugewendet werden müsse. —

38) l. c. S. 540.

39) l. c. S. 541—543.

40) l. c. S. 167, 168.

41) Vergl. Mühlenbruch in der Fortsetzung des Glück'schen Pandekten-Commentars, Bd. 35 S. 317 fg. Note 39 und die daselbst citirten Schriftsteller.

Indessen ist auch diese, in solcher Beschränkung auf Kinder und Eltern des Erblassers aufgestellte, Meinung, deren Unrichtigkeit sich aus Nov. 115 cap. 5 pr. recht deutlich ergibt, schon längst gründlich widerlegt worden⁴²⁾.

Ist nun auch den Descendenten und Ascendenten der Pflichttheil nicht nothwendig titulo heredis institutionis zu hinterlassen, so sind sie doch immer Pflichttheilsberechtigte⁴³⁾ im engeren und eigentlichen Sinne des Wortes. — Dasselbe gilt auch nach Land- und Stadtrecht von den Geschwistern, mit Ausnahme der fratres et sorores uterini, insofern ihnen eine persona turpis im Testament vorgezogen worden⁴⁴⁾; desgleichen, wenn anders unsere Interpretation des § 172 der Statuten richtig ist, im eigentlichen Kurland — nicht auch im Piltenschen — nach Land- und Stadtrecht von den Kindern vollbürtiger Geschwister und nach Bauerrecht⁴⁵⁾ allgemein von vollbürtigen Geschwistern und den „mit diesen concurrirenden Geschwisterkindern.“

Ob unter den „mit den vollbürtigen Geschwistern concurrirenden Geschwisterkindern“ in der Kurl. B.V. nur die in concreto wirklich mit vollbürtigen Geschwistern concurrirenden Geschwisterkinder, wie Neumann⁴⁶⁾ und v. Bunge⁴⁷⁾ annehmen, oder überhaupt vollbürtiger Geschwister Kinder, die, weil ihr parens bereits verstorben ist, zur Concurrenz mit vollbürtigen Geschwistern, wären solche vorhanden, berechtigt sind, zu verstehen seien, was mir richtiger scheint; desgleichen ob nach Bauerrecht die vollbürtigen Geschwister und Geschwisterkinder nur praelata

42) Mühlenbruch l. c.

43) Pr. § 1. 2. Instit. de inoff. testament. (2, 18); l. 1. l. 6 pr. 1. 23. pr. D. de inoff. test. (5, 2); l. 15. pr. D. cod. Nov. 115 cap. 3. 4. 5.

44) § 1. Inst. de inoff. test. (2, 18); l. 1. D. de inoff. test. (5, 2); l. 21. 27. C. de inoff. test. (3, 28.).

45) Kurl. B.V. §§ 126. 129. 130.

46) l. c. S. 168.

47) l. c. S. 542.

turpi persona pflichttheils berechtigt sind, was sich auf Grund des § 131 der Kurl. B.B. wohl vertheidigen läßt — dies sind Fragen, für deren nähere Erörterung hier, wo es sich nur um die genauere Unterscheidung und Abgrenzung des Notherbenrechts gegenüber dem Pflichttheilsrecht handelt, nicht der Ort sein kann.

Der überlebende Ehegatte dagegen ist weder Notherbe noch auch Pflichttheilsberechtigter im eigentlichen Sinne, sondern hat, wie dies in der Einleitung (S. 4. 5) bereits angedeutet worden ist, nur einen, durch eine persönliche Klage gegen die testamentarischen Erben, salvo testamento, geltend zu machenden Anspruch auf ungeschmälerte Hinterlassung des ihm ab intestato Gebührenden. Dies galt schon im römischen Rechte bezüglich des Erbrechts der armen Wittwe⁴⁸⁾ und wurde auch in Deutschland, wo nicht etwa partikularrechtlich etwas Abweichendes verordnet war, auf die dem conjux superstes gebührende s. g. portio statutaria angewandt⁴⁹⁾, welche sich auch im Kurl. Rechte⁵⁰⁾ findet. Dies wird denn auch durch die Bestimmungen der B.B. bestätigt⁵¹⁾, während die Quellen des Landrechts nur im Allgemeinen der portio statutaria gedenken, ohne die Folgen einer letzt-

48) Franke l. c. S. 481—483; Arndt im Rechtslexikon Bd. VIII, S. 160 fg.; v. Wangerow l. c. § 488 z. E.

49) Mittermaier: Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts (5. Aufl.) § 443; Phillips Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts, § 169; Runde: deutsches eheliches Güterrecht, S. 375 fg.; Gerber l. c. § 255, vergl. auch Mühlendruck l. c. Bd. 38, S. 30 fg.

50) §§ 191. 193. 196 Stat. Curl. §§ 127. 130 der Kurl. B.B., vergl. mit §§ 106. 112. 120 u. 121., vergl. noch v. Bunge l. c. § 249—255 u. 270 und hier besonders Anm. d. gegen die zum Theil abweichende Ansicht Neumann's im Kurl. Erbrechte, S. 171, welcher den überlebenden Ehegatten auf einen Pflichttheil des ihm ab intestato Gebührenden beschränken will.

51) §§ 127 u. 130 cit. der Kurl. B.B., welche deutlich ausdrücken, daß dem conjux superstes die portio statutaria letztwillig ungeschmälert zu hinterlassen sei, ohne für den Contrabentionsfall Ungültigkeit des Testaments zu bestimmen, woher denn auch nicht diese, sondern, dem gem. Rechte gemäß, eine *condictio ex lege* bei letztwilliger Entziehung oder Schmälderung der p. stat. anzunehmen ist.

willigen Schmälderung oder gar Entziehung derselben näher zu berühren⁵²⁾.

Es kann sonach, was die Subjekte des Notherbenrechtes anlangt, keine Abweichung vom gemeinen Rechte irgend wie gerechtfertigt erscheinen.

Aber wenn Descendenten und Ascendenten auch im Allgemeinen Notherben sind, so haben sie doch im concreten Falle nur beim Vorhandensein gewisser, theils subjectiver, theils objectiver, Voraussetzungen, von denen nunmehr zu handeln ist, ein Notherbenrecht.

52) Falls man nicht etwa, was wohl zulässig sein möchte, den § 193 Stat. Curl. hierher zieht. Nachdem nämlich im § 192 *ibid.* gesagt worden: „Si maritus uxori in testamento dotalitium aut legatum fecerit, servandum erit“

fährt der § 193 fort:

„Erit *praeterea* in arbitrio uxoris, vel dotem illatam vel dotalitium *capere* vel portionem filiarum sibi *sumere*,“

was sich doch wohl so verstehen läßt, daß der Wittwe, welcher gesetzlich die Wahl zwischen der Rückforderung der dos, der Beanspruchung des dotalitii und dem Recht auf einen Kindes- resp. Tochtertheil zusteht, solches Wahlrecht auch dadurch nicht verümmert wird, daß ihr im Testamente des Ehemannes des dotalitium hinterlassen worden. — Dann würde aber aus dem § 193 nothwendig folgen, daß die portio statut., auch den Kurl. Statuten gemäß, nicht letztwillig beschränkt oder entzogen werden darf, während die Ausdrücke „*capere*“ und „*sumere*“ sichtlich nicht auf eine Anfechtung des Testaments und dadurch herbeigeführte Erbfolge gegen den letzten Willen, sondern auf eine persönliche Klage gegen die instituirten Erben hindeuten. — Abweichend ist die Ansicht v. Bunge's l. c. S. 502. Anm. g.

Kapitel II.

Von den nothwendigen Voraussetzungen des Nothbenrechts.

§ 13.

Es müssen folgende Voraussetzungen zusammentreffen, damit Descendenten und Ascendenten im concreten Falle ein Nothbenrecht geltend machen können:

I. Sie müssen überhaupt zu den zur Intestaterbfolge berechtigten Personen gehören¹⁾. Ausgenommen jedoch sind, obgleich sie ein gesetzliches Erbrecht haben:

- a) der unvollkommen Adoptirte bezüglich der Erbschaft des Adoptirenden²⁾;
- b) der vollkommen Adoptirte rücksichtlich des leiblichen Vaters³⁾, — so lange ersterer der Adoptivfamilie angehört.

Dies letztere jedoch ist nicht unbestritten, indem einige Juristen die l. 10 pr. C. de adopt. (8, 48) dahin verstehen, als spräche hier Justinian dem adoptatus bloß um deswillen die querela inoff. test. ab, weil er in concreto nicht (nächster) Intestaterbe sei⁴⁾. — Allein die Meinungsverschiedenheit des Papinianus, Paulus und Marcellus, die Justinian in dieser Stelle, (in welcher er den Unterschied der adoptio plena und minus plena einführt), entschied, bezog sich nicht darauf, ob der filius in adoptionem datus, auch wenn er in casu nicht der nächste Intestaterbe, die querela inoff. test. anstellen dürfe, sondern

1) l. 6. pr. l. 29 § 1 u. 3. D. de inoff. test. (5, 2).

2) l. 10. § 1 u. 2. C. de adopt. (8, 48).

3) l. 10. pr. C. eod.

4) Roffhirt Intestaterbrecht, S. 387 fg. Testament. Erbrecht. I. S. 79 fg.

darauf, ob derselbe, auch wenn er in casu in dem ordo unde cognati zur Intestaterbfolge berufen wäre, zur Querel berechtigt sei. — Hier hat sich nun Justinian für die Ansicht des Papinian entschieden, welcher die Zulässigkeit der Querel negirte und diese Entscheidung ist auch nach der Nov. 118 noch maßgebend, denn wenngleich in derselben der filius in adoptionem datus auch ein besseres Intestaterbrecht, hinsichtlich der Beerbung seines leiblichen parens, erhalten hat, so läßt sich doch von dem Intestaterbrechte, wenn auch ohne dasselbe ein Pflichttheilsrecht nicht denkbar ist, kein Schluß auf dieses letztere machen⁵⁾. Da nun aber Justinian in der Nov. 115 nur die pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten für Nothben erklärt hat, so muß seine eben erwähnte Entscheidung auch für das Nothbenrecht Platz greifen.

Dagegen ist der ex indulgentia principis von einer Frau Adoptirte, im Verhältniß zu dieser, sowie der leibliche Vater im Verhältniß zu dem in plenam adoptionem gegebenen Sohne, allerdings Nothbe.

Auch dies ist bestritten worden, indessen doch wohl mit Unrecht, denn bezüglich des ersteren sagt l. 5 C. de adopt. (8, 48), daß er ganz einem leiblichen Sohne gleich zu erachten sei⁶⁾:

»et eum perinde, atque ex te progenitum, ad vicem naturalis legitimique filii, habere permittimus.«

und in Betreff des leiblichen Vaters entscheidet l. 30 C. de inoffic. test. (3, 28):

5) Glük: Commentar. Bd. 7. S. 11; Franke l. c. S. 182 fg.; Sintenis: pract. Eibtrecht, Bd. III, S. 119 fg. Anm. 55; Arndts im Rechtslexikon, Bd. VIII. S. 122 und Lehrbuch § 592; v. Bangerow l. c. § 474; insbesondere aber Büchel: Streitfragen aus Nov. 118. S. 70 fg.; vergl. auch Mühlenbruch l. c. Bd. 35, S. 180 fg., welcher zwar zum selben Resultate gelangt, aber nur weil der plene adoptatus nicht Intestaterbe des leiblichen Vaters sei.

6) Glük l. c. S. 373 fg. (der aber gleichwohl S. 11, Note 44 mit Berufung auf G. Rordt comm. ad Dig. p. 159 die entgegengesetzte Ansicht vertritt); Franke l. c. S. 185 fg.; Mühlenbruch l. c. S. 183 fg.; v. Bangerow l. c. vergl. auch l. 29 § 3. D. de inoff. test.

»adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso agere potest.«

Diese Entscheidung hat man nun theils auf den Fall beschränken wollen, daß der plene adoptatus durch den Tod des Adoptivvaters sui juris geworden, theils durch l. 10 pr. C. de adopt. für beseitigt erachtet, weil es daselbst heißt:

»et is ei (dem plene adoptatus) solus pater intelligatur, quem lex fecit et natura non dereliquit.«

und kurz vorher:

»et ad eum solum respiciat filius, cui eum et natura aggregavit et lex per adoptionem assignavit.«

Wenn man aber auch zugiebt, daß die l. 30 C. cit. nur den Fall im Auge habe, daß der plene adoptatus durch den Tod des Adoptivvaters sui juris geworden, weil der Adoptirte durante patria potestate nur über sein peculium castrense und quasi castrense testiren konnte und hierbei, wie später erörtert werden soll, die Notherben nicht zu berücksichtigen brauchte, so ist doch dieses Letztere von Justinian, wie sich weiterhin ergeben wird, aufgehoben worden, und ob nun der Adoptirte durch den Tod des Adoptivvaters sui juris wird oder in dessen Gewalt stirbt, in beiden Fällen stirbt er als Glied einer fremden Familie und sonach stehen sich beide Fälle juristisch gleich⁷⁾. Aus der l. 10 pr. C. cit. aber kann ebenfalls für die Begründung der gegentheiligen Ansicht nichts Ueberzeugendes abgeleitet werden, denn aus derselben darf, der bloßen Reciprocität halber, nicht geschlossen werden, daß auch der leibliche Vater gegen den plene Adoptirten kein Pflichttheils- resp. Notherbenrecht habe; der vollkommen Adoptirte erhält ein neues Pflichttheils- und Notherbenrecht gegen den Adoptivvater und soll es nicht auch gegen den leiblichen Vater behalten, der letztere dagegen erhält durch die in adoptionem (plenam) datio seines Kindes kein neues Pflichttheils- und Noth-

7) Grandé l. c. S. 189.

erbenrecht, woher ihm auch nicht füglich sein bisheriges zu entziehen ist⁸⁾.

Auch dem impubes arrogatus, obwohl sein Intestaterbrecht zugegeben wird, haben viele Juristen, denen auch Grandé⁹⁾ beistimmt, ein Notherbenrecht gegen den Arrogator abgesprochen und ihn lediglich auf die Quarta divi Pii beschränken wollen, wozu aber kein genügender Grund vorhanden sein dürfte¹⁰⁾, denn wäre die gemeine Ansicht richtig, so würde der unmündig Arrogirte schlechter dran sein als der mündig Arrogirte, während doch die Constitutio divi Pii, welche die Arrogation Unmündiger gestattete und die Quarta divi Pii einführte, offenbar, wie ihre Bestimmungen zeigen, den impubes arrogatus gerade begünstigen wollte¹¹⁾.

Darum ist der Anspruch auf eine quarta pars omnium bonorum d. h. des Nachlasses des Arrogators dem impubes arrogatus nur zuerkannt:

- 1) wenn er exheredit ist, gleichviel ob sine justa causa oder ex justa causa¹²⁾, denn sein Recht auf die Quart wird nicht nur in § 3 Inst. de adopt. (1, 11) schlechthin, sondern auch in l. 8 § 15 D. de inoff. test.¹³⁾ für den

8) Grandé l. c. 187 fg.; v. Wangerow l. c.; Büchel l. c. S. 76 fg.; A.M. sind: Mühlbruch l. c. Bd. 35, S. 221 fg., der überhaupt das Intestaterbrecht des leiblichen Vaters gegen den in plenam adoptionem gegebenen Sohn in Abrede stellt; Buchta l. c. § 488, Note b; Arndts l. c. S. 122, Note 182; vergl. jedoch gegen Mühlbruch Roghirt Intestaterbrecht, S. 320 fg., testament. Erbrecht I, S. 83 fg.

9) Grandé l. c. S. 476 fg.; ihm folgt auch Buchta l. c. § 488. Note d. vergl. mit § 493.

10) v. Wangerow l. c. I, § 252; Sintenis l. c. III, § 139. S. 115 fg. Anm. 45; Arndts im Rechtslexikon l. c. S. 162 fg.

11) § 3 Inst. de adopt. (1, 11); l. 22. pr. D. de adopt. (1, 7); l. 2. C. de adopt. (8, 48); l. 13. D. si quid in fraud. patr. (38, 5); Gajus I, § 102.

12) A.M. ist wiederum Grandé l. c. S. 474, vergl. jedoch dagegen die Note 10 angeführten Schriftsteller.

13) »Si quis impubes arrogatus sit ex his personis, quae et contra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc

Fall anerkannt, wenn er, wegen seiner natürlichen Verwandtschaft mit dem Arrogator, an sich, d. h. abgesehen von seinem Recht auf die Quart, zur querela inoff. test. berechtigt, mit dieser letzteren abgewiesen wird, eben weil er die Enterbung verdiente.

2) wenn er sine justa causa emancipirt ist.

Als suus konnte der impubes arrogatus schon ohnehin im Falle der Präterition ab intestato zur Erbschaft des Arrogators gelangen oder honorum possessio ctr. tabulas agnoscere und es brauchte sonach für ihn auf den Fall der Präterition nicht noch besonders gesorgt zu werden.

Aus der l. 8 § 15 cit. ersehen wir, daß dem impubes arrogatus allerdings die nur subsidiäre querela inoff. test. abgesprochen wird, weil er durch den gesetzlich ihm zustehenden, mittelst actio personalis ¹⁴⁾ geltend zu machenden, Anspruch auf die Quarta divi Pii auch hinsichtlich des früher nie mehr betragenden Pflichttheils gedeckt war; durch die Nov. 18 wurde aber der Pflichttheil der bisher $\frac{1}{4}$ der Intestaterbportion betrug, auf $\frac{1}{3}$ resp. $\frac{1}{2}$ derselben erhöht und insofern nunmehr dieselbe in einzelnen Fällen mehr betragen wird als die Quarta divi Pii, ist auch kein Grund vorhanden dem impubes arrogatus die querela inoff. test. resp. die condictio ad supplendam legitimum abzusprechen, und seit Nov. 115 hat nun auch der impubes arrogatus, wie jeder andere Notherbe, ein Recht auf Institution, wenn er nicht unter Angabe eines gesetzlichen und wahren Enterbungsgrundes ausgeschlossen ist.

puto removendum a querela, quum habeat quartam ex constitutione divi Pii. — Quod si egit nec obtinuit, an quartam perdat? et puto, aut non admittendum ad inofficiosum, aut, si admittatur, etsi non obtinuerit, quartam ei quasi aes alienum concedendam.“ Vergl. v. Bangrow l. c. und Sinteris l. c. S. 117.

14) l. 8. § 15. D. de inoff. test. in fine; l. 1. § 21. D. de collat. (37, 6): — — „et magis est ut ad heredem transferat, quia personalis est actio.“

Diese hier entwickelten Grundsätze des gem., insbesondere römischen, Rechts gelten nun auch in Kurland, insofern es sich lediglich um die privatrechtlichen Wirkungen der Arrogation handelt ¹⁵⁾.

Auch die Kurländischen Rechtsquellen erkennen die Intestaterbberichtigung der Descendenten und Ascendenten als Voraussetzung des Notherbenrechts an, insofern die Kurl. B. B. in den §§ 130 und 131 von dem Pflichttheils- und resp. Notherbenrecht der in den §§ 126 und 129 genannten „rechtmäßigen“ Erben spricht, unter welchen nur die gesetzlichen Erben zu verstehen sind, und im § 131 sich in dieser Beziehung auf die bestehenden allgemeinen Gesetze bezieht, hierin ihre Uebereinstimmung mit dem Land- und Stadtrecht, so wie mit dem gem. Rechte bekundend.

§ 14.

II. Descendenten und Ascendenten müssen auch in concreto die nächsten Intestaterben des Testators sein, sie dürfen daher nicht durch nähere, wenn auch nicht notherbberechtigte, Intestaterben ausgeschlossen sein ¹⁶⁾. — Ist also z. B. der Testator mit Hinterlassung eines minus plene adoptatus und eines Ascendenten verstorben, so hat letzterer kein Notherbenrecht, denn der minus plene adoptatus, wiewohl er nicht Notherbe des Testators ist, würde ab intestato vorgehen; der Ascendent ist erst in der zweiten Klasse der Intestaterben berufen, das Adoptivkind schon in der ersten.

Eine abweichende Ansicht hat Puchta ¹⁷⁾ aufgestellt, indem er behauptet, es komme nur darauf an, daß kein anderer Notherbe vorhanden sei, der ein näheres Intestaterbrecht habe, so daß also der Notherbe, wäre er auch in casu nicht der nächste Intestaterbe, doch sein Notherbenrecht geltend machen könnte — Für

15) v. Bunge l. c. § 212.

16) l. 6. § 1. D. de inoff. test. (5, 2).

17) Pandecten l. c. § 488 Note f. vergl. mit § 493 und Vorlesungen ad h. l.

diese ganz singuläre Ansicht spricht aber nichts als die Behauptung Puchta's: daß die Notherben ihren besonderen Kreis bilden und daher auch in die Ordnungsfrage die anderen Intestaterben nicht hineingezogen werden dürfen¹⁸⁾.

Diese zweite Voraussetzung des Notherbenrechts ist in den Kurländischen Rechtsquellen ebenfalls angedeutet, indem nicht nur der § 172 der Kurl. Statuten in den Worten:

• *Liberi quoque, si sine liberis decesserint, testamento suo parentes suos excludere non possunt.* »

deutlich darauf hinweist, daß die Ascendenten beim Vorhandensein näherer Intestaterben, der Descendenten, kein Notherbenrecht haben; sondern überdies keine gleiche Hinweisung auch in dem Umstande liegt, daß die Notherben in den §§ 126, 129 u. 130 der Kurl. B.V. stets in der Ordnung, in welcher sie ab intestato zur Erbfolge berufen sind, mithin also nach der Nähe des Intestaterbrechts, aufgeführt werden.

§ 15.

Durch einen renuntiativen Erbvertrag — Erbverzicht oder Enterbungs-Vertrag¹⁹⁾ — kann übrigens, sowie auf ein vertragsmäßiges, ebenso auch auf ein gesetzliches Erbrecht verzichtet werden²⁰⁾. — Hier interessiert uns nur der Erbverzicht insofern er ein gesetzliches Erbrecht zum Gegenstande hat und für diesen Fall hat ein solcher Verzicht nur dann einen Sinn, wenn die Existenz des Intestaterben, wie z. B. des Notherben, den künftigen Erblasser in der Dispositionsbefugniß über sein Vermögen beschränkt und diese Beschränkung eben durch den Erbverzicht gehoben werden soll²¹⁾.

18) Vergl. hiergegen Mühlenthal 1. c. Bd. 35, S. 140 fg.; Arnbt 1. c. S. 123; v. Wangerow 1. c. § 474.

19) Letztere Bezeichnung rührt von Haffe (im Rheinischen Museum II, S. 151) her.

20) Beseler: die Lehre von den Erbverträgen, Thl. II, Bd. II, S. 234.

21) Gerber 1. c. § 261, Note 1.

Die Wirkung des Erbverzichts, für welchen weder nach gemeinem, noch nach Kurländischem Rechte eine besondere Form vorgeschrieben ist²²⁾, besteht darin, daß das Erbrecht des Verzichtenden direct und unmittelbar aufgehoben wird, denn der renuntiative Erbvertrag ist kein obligatorischer Vertrag, wie früher öfter behauptet worden²³⁾, der etwa bloß eine exceptio pacti begründet, sondern er hebt das Intestat-Erbrecht, und damit auch das Notherbenrecht, des Verzichtenden ebenso unmittelbar auf, als der affirmative Erbvertrag dieses, und nicht etwa bloß eine persönliche Klage, bewirkt²⁴⁾.

Der Verzichtende giebt sein jetzt schon existentes Recht auf ein künftiges Erbrecht auf; freilich unter der stillschweigenden Voraussetzung der Delation desselben, da sich ja erst zur Zeit des Anfalles der Erbschaft die Wirksamkeit des Verzichts äußert. Es bedeutet daher der Verzicht auf den Fall der Delation, wie Francke²⁵⁾ mit Recht bemerkt, nichts anderes, als daß der Erbverzicht seine Wirksamkeit erst in dem Momente äußert, in welchem der Erbschaftsanfall, der eben durch den Verzicht ausgeschlossen ist, nach den Grundsätzen der Intestaterbfolge stattfinden würde.

Erlebt nun der Renuntiant den Erbfall, so ist der Erbverzicht auch für seine Nachkommen wirksam²⁶⁾, also z. B. für die Enkel, wenn der Sohn des Testators renuntiiert hat; denn, nach den Grundsätzen der Intestaterbfolge sind sie durch ihren noch lebenden, erbfähigen, aber in Folge seines Verzichts in casu nicht mehr erbberechtigten, parens ausgeschlossen und haben folg-

22) Beseler 1. c. 246; Gerber 1. c.; v. Bunge 1. c. § 278.

23) Vergl. hierüber Beseler 1. c. § 24, insbesondere S. 230 fg.

24) Haffe 1. c. S. 151 u. 169; Francke 1. c. 217 fg.; Mühlenthal 1. c. Bd. 35, S. 268; Beseler 1. c. 238 fg.; Gerber 1. c. Note 1, wofelbst auch die abweichenden Ansichten anderer Juristen erwähnt sind.

25) 1. c. S. 218.

26) Beseler 1. c. S. 250.

lich auch kein Notherbenrecht. — Beseley ²⁷⁾ will dieses Resultat durch Berufung auf die Regel: »semel heres, semper heres« gewinnen, allein dies ist eine sictliche *petitio principii*, bei welcher Beseley das allererst zu Beweisende, daß nämlich, wegen des Erbverzichts des *parens*, nicht dessen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Nachkommen, sondern Anderen die Erbschaft deserirt werde, als bewiesen voraussetzt.

Stirbt dagegen der Renuntiant vor dem Erblasser mit Hinterlassung von Nachkommen, die alsdann, abgesehen von dem Verzichte, die nächsten Notherben wären, so wirkt der Erbverzicht auf diese, in dem gewählten Beispiele also auf die Enkel, wenn sie dem Erbverzicht nicht selbst beigetreten sind, durchaus nicht. — Dies muß man auch dann annehmen, wenn die Enkel e. g. ihre verzichtenden Eltern beerbt haben, selbst wenn letztere den Verzicht auf sie erstreckt haben; obgleich für diesen Fall von manchen Juristen die gegentheilige Ansicht aufgestellt worden ist ²⁸⁾.

Allein das gesetzliche Erbrecht resp. das Notherbenrecht der Enkel ist ein ganz selbstständiges, nicht etwa ein von dem verzichtenden *parens* abgeleitetes, Recht und der Erbverzicht auch kein obligatorischer Vertrag, der eine, auch die Erben verbindende, obligatorische Verbindlichkeit begründet, sondern dieser enthält eben nur den, für den Verzichtenden absolut wirkenden, Verzicht auf ein künftiges Erbrecht, woraus dem Acceptanten durchaus kein vermögensrechtlicher Anspruch gegen den Renuntianten erwächst ²⁹⁾.

Hat der verzichtende, vor dem Testator verstorbene, *parens* seine Kinder auf den Pflichttheil pure instituiert, auf den Rest des Nachlasses aber unter der Bedingung, daß sie dem künftigen Erblasser gegenüber den Erbverzicht wiederholen, so können sich

27) l. c.

28) Vergl. hierüber Beseley l. c. S. 250 fg.

29) Beseley l. c. S. 250 fg. vergl. mit S. 48 *ibid*; Gerber l. c. Note 3; vergl. auch Mühlenbruch l. c. Bd. 38, S. 89 fg.

freilich dadurch die Kinder veranlaßt sehen dem Verzichte beizutreten ³⁰⁾, allein dieser Beitritt ist doch immer ein freiwilliger, denn eine Verbindlichkeit dazu existirt nicht, wenn die Kinder sich mit dem Pflichttheil begnügen wollen und daher die qu. Bedingung unerfüllt lassen.

§ 16.

Die im Obigen erörterten Grundsätze über die Wirkung des Erbverzichtes können allerdings dann zu Unbilligkeiten führen, wenn z. B. der gegen eine gehörige Abfindung auf sein Erbrecht verzichtende Sohn des Erblassers vor diesem, mit Hinterlassung von Kindern, stirbt, die nun als Erben ihres Vaters die Abfindung desselben erhalten und doch auch zugleich ihr Intestat-erbrecht resp. Notherbenrecht gegen den Großvater unverkürzt behalten sollen.

Mühlenbruch ³¹⁾ will hier durch eine *exceptio doli* gegen die Ansprüche der Enkel auf den Nachlaß des Großvaters helfen, wenn dieselben in der väterlichen Erbschaft, nach Abzug der legitima, noch den vollen Werth des großväterlichen Nachlasses finden und der Erbverzicht ausdrücklich auf die Erben erstreckt worden.

Beseley ³²⁾ dagegen glaubt in unserem Falle die Enkel ganz allgemein zur Collation desjenigen verpflichtet zu können, was ihr *parens praedefunctus* bei Gelegenheit des Erbverzichtes aus dem Vermögen des Erblassers erhalten hat.

Indessen scheint mir die Ansicht Mühlenbruch's nicht begründet, denn wie kann durch den rein zufälligen Umstand, daß die väterliche Erbschaft, nach Abzug der legitima, den vollen Werth des großväterlichen Nachlasses beträgt, gegen die Enkel, die ein selbstständiges, formelles Notherbenrecht haben und doch

30) Mühlenbruch l. c. S. 95 fg; Beseley l. c. S. 251.

31) l. c. S. 96.

32) l. c. S. 252 und die daselbst Note 37 angeführten Schriftsteller.

auch durch den, seine Obligatio begründenden, Erbverzicht ihres verstorbenen Parens, selbst wenn dieser Verzicht auf die Erben gestellt wäre, ganz und gar nicht gebunden sind, eine exceptio doli gerechtfertigt werden?

Auch die von Beseler, in Uebereinstimmung mit älteren Juristen, ganz allgemein aufgestellte Collationsverbindlichkeit der Enkel scheint mir in dieser Allgemeinheit nicht richtig, denn Gegenstand erbrechtlicher Collation ist nur die dos, die propter nuptias donatio, unter Umständen eine donatio simplex und nach der Praxis auch das s. g. subsidium paternum³³⁾, unter dessen Begriff die Abfindung doch in sehr vielen Fällen nicht zu subsumiren sein wird.

Der Sachsenspiegel³⁴⁾ verpflichtet allerdings die abgefundenen Kinder das bei der Abfindung Erhaltene den nicht abgefundenen Kindern bei der Beerbung der abfindenden Eltern zu conferiren; allein wenn mit der Abfindung ein Erbverzicht verbunden ist, so sollen die Abgefundenen überhaupt kein Intestat-erbrecht haben und sind daher auch nicht zur Collation verbunden.

Aus dieser Bestimmung läßt sich also gewiß das allgemeine Princip nicht entwickeln, daß die Nachkommen des verzichtenden Kindes zur Collation des ihrem Parens bei der Abfindung zu Theil Gewordenen verpflichtet seien. Denn da der Verzichtende, als von der Erbfolge ausgeschlossen, selbst solche Verpflichtung nicht hat, so kann dieselbe auch seinen ihn beerbenden Kindern, bei der Selbstständigkeit ihrer Erbberchtigungen gegen den Großvater u. s. w., nicht füglich obliegen.

33) v. Wangerow I. c. II, § 516. In der l. 20. pr. C. de collat. (6, 20) wird als Collationsgegenstand auch noch der Geldwerth der vom Erblasser für den Descendenten erkaufen militia d. h. verkäuflichen Bedienung, erwähnt, die aber jetzt nicht mehr vorkommt. Vergl. Arnolds Lehrbuch § 529. Ann. 1 und im Rechtslexikon Bd. III, S. 838 u. 846, Note 201.

34) Sächsisches Landrecht I, 13, § 1; vergl. Beseler I. c. S. 314 fg. und v. Nummel: zur Lehre von der Einweisung des Vorausempfangenen. Dorpat 1843. S. 40 fg. Eine gleiche Collationsverbindlichkeit ist auch durch § 107 der Kurf. B. B. begründet.

Sollen also die ihr Intestat resp. Notherbenrecht gegen den großväterlichen Nachlaß geltend machenden Enkel zur Collation der ererbten Abfindung ihres Parens, als solcher, verbunden sein, so müßte eine solche Verbindlichkeit durch einen, dem Erbverzicht des Parens hinzugefügten, obligatorischen Vertrag allererst begründet werden, in welchem der abgefundene Sohn verspricht, daß seine ihn beerbenden Kinder, die Enkel, falls sie dem Erbverzicht nicht beitreten, die Abfindung alsdann als eine Schuld, entweder dem noch lebenden Großvater oder den anderweitigen Erben desselben, zurückzahlen werden. — Dies wäre aber keine eigentlich erbrechtliche Collation.

Der hier erörterte Grundsatz, daß der Erbverzicht auf die Nachkommen des, vor dem Erblasser verstorbenen, Renuntianten nicht wirke, erleidet eine nur scheinbare Ausnahme alsdann, wenn nach statutarischem Rechte, wie dies für Friedrichstadt³⁵⁾ und Bauske³⁶⁾ der Fall ist, die abgefundenen Kinder und somit auch deren Descendenten, in Concurrnz mit nicht abgefundenen nicht erbberchtigt sind. — Hier aber ist es nicht der, mit der Abfindung häufig noch verbundene, Erbverzicht, sondern die statutarische Disposition, daß die Abfindung selbst die Abgefundenen von der Erbschaft der Eltern ausschliesse, wodurch die Nachkommen des Verzichtenden, auch wenn er vor dem Erblasser verstorbt, vom Intestaterbrecht, so wie vom Notherbenrecht ausgeschlossen sind³⁷⁾. — Die, singulärer Weise, für die ganze Descendenz wirkenden Erbverzichte der Töchter, welche nach deutschem Rechte beim hohen Adel und der ehemaligen reichsunmittelbaren Ritterschaft vorkommen, sind dem Kurländischen Rechte natürlich fremd, da dieses weder einen hohen Adel noch einen reichsunmittelbaren, im Sinne des deutschen Rechtes, kennt.

35) Friedrichstädtische Polizei-Ordnung Tit. 26. § 12; vergl. v. Bunge I. c. § 248, Note e.

36) Bauske'sche Polizei-Ordnung Tit. 27. § 12; vergl. v. Bunge I. c.

37) Beseler I. c. S. 325.

§ 17.

III. Das Testament, gegen welches das Notherbenrecht geltend gemacht werden soll, darf weder

- a) ein testamentum militare³⁸⁾, soweit es als solches besteht, noch
- b) ein Pupillartestament³⁹⁾ oder endlich
- c) ein Quasipupillartestament⁴⁰⁾ sein.

Die letzteren beiden Punkte sind jedoch bestritten, desgleichen ob nach Nov. 115 noch immer das Notherbenrecht gegen das Testament eines filius familias über sein peculium castrense oder doch wenigstens über das peculium quasi castrense cessire.

Was nun zunächst das Pupillartestament anlangt, so hat Zimmern⁴¹⁾, und in Uebereinstimmung mit ihm Franke⁴²⁾, darzuthun gesucht, daß durch Nov. 115 stillschweigend die Institution der Notherben des Pupillen geboten sei, weil nach der Nov. eben die Erbeseinsetzung der Ascendenten zur Form der Testamente gehöre, woher denn auch im testamentum pupillare die Mutter resp. die mütterlichen Ascendenten des Pupillen instituiert werden müßten. Weiter noch ist indessen Zimmern⁴³⁾ gegangen, indem er selbst für das ältere Recht behauptet, daß diejenigen Personen, welche Pflichttheilsberechtigzte des Unmündigen und des Vaters sind, insofern sie auch in der Lage sich befinden, das Testament des Vaters als inofficiosum anzugreifen, das Recht hätten das Pupillar-

testament, in welchem sie nicht berücksichtigt worden, mit der querela inoff. test anzufechten.

Alein dieser Ansicht steht die klare l. 8 § 5 D. de inoff. test. entgegen:

«Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit, et ita Papinianus respondit, neque patris frater, quia filii testamentum est; ergo nec frater impuberis, si patris non dixit; sed si in patris obtentum est, neque hoc valet, nisi pro parte patris rescissum est, tunc enim pupillare valet.»

Der Schlusssatz von sed an enthält weiter nichts, als die bekannte Regel, daß mit der gänzlichen Aufhebung des väterlichen Testamentes, als dessen pars et sequela das Pupillartestament gilt, auf dieses letztere erlischt, und es ist ganz unmöglich durch diese Stelle die Zimmern'sche Ansicht zu begründen⁴⁴⁾, indem aus der l. 8 § 5 D. cit. vielmehr deutlich das Gegentheil hervorgeht:

«nisi pro parte patris rescissum est, tunc enim pupillare valet.»

Durch die Nov. 115 kann aber das frühere Recht, in der hier in Rede stehenden Beziehung, nicht für aufgehoben erachtet werden, denn das ganze Institut der Pupillarsubstitution war auch schon nach bisherigem Rechte eine, neben den allgemeinen Grundsätzen über die testamentarische Berücksichtigung der Pflichttheilsberechtigten und Notherben bestehende, Singularität, insofern überhaupt regelmäßig Niemand für einen andern testiren darf. Wenn nun die Nov. 115 an Stelle der früheren allgemeinen Grundsätze über die Berücksichtigung der Notherben zum Theil neue einführte, so ist hierdurch die Aufhebung jener Singularität, die dies ja auch früher war, nach der hermeneutischen Regel: «lex posterior gene-

38) § 6. Inst. de exhered. liber. (2, 13); l. 8. § 3 u. 4. D. de inoff. test. (5, 2); l. 9. l. 24. C. de inoff. test. (3, 28); l. 9. l. 10. C. de milit. test. (6, 21).

39) l. 8. § 5. D. de inoff. test. (5, 2).

40) l. 9. C. de impub. et al. subst. (6, 26); § 1. Inst. de pup. subst. (2, 16); l. 43. pr. D. de vulg. et pupill. subsit. (28, 6); l. 7. § 1 u. 8. C. de cur. fur. (5, 70).

41) Meufftel und Zimmern römischrechtliche Untersuchungen, S. 86.

42) l. c. S. 456 fg.

43) l. c. S. 83—85.

44) Thibaut im Archiv für civil. Recht, Bd. V, S. 345—347; Franke l. c. S. 454 fg.; Mühlenthal l. c. Bd. 40, S. 390. 391.

ralis non derogat priori speciali,» um so weniger gegeben, als ja auch die Nov. 115 nur von dem regelmäßigen Falle handelt, daß Jemand für sich selbst, nicht aber für einen Andern, testirt. Da nun aber auch endlich die in der Nov. 115 vorgeschriebene formelle Berücksichtigung der Descendenten und Ascendenten, eben so wie jene materielle Verpflichtung zur Hinterlassung des Pflichttheils, ihren Grund nur in der Pietät hat, die der Testator gewissen Personen schuldig ist, so kann das von den römischen Juristen bei der Pupillarsubstitution gegen jene materielle Verbindlichkeit geltend gemachte Argument: «quia pater ei hoc fecit,» auch gewiß zur Anwendung kommen, um in gleichem Falle die Beobachtung der durch Nov. 115 vorgeschriebenen formellen Berücksichtigung als unnöthig erscheinen zu lassen⁴⁵⁾. Diese von jeher und auch noch heute zu Tage herrschende Ansicht⁴⁶⁾, wird auch durch das canonische Recht bestätigt, wo es cap. 1 de test. in 6to (3, 11) heißt:

«Licet autem filius testamento suo matrem portione jure naturae debita privare non possit, pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest; nam testamentum hujusmodi pupillare paternum, vel paterni pars potius est censendum»⁴⁷⁾.

§ 18.

Ob eben dasselbe auch für die Quasipupillarsubstitution gelte, ist, namentlich in neuerer Zeit, sehr in Frage gestellt worden. Veranlassung zu dieser, so wie zu mehrfachen anderen Controversen, hat die l. 9. C. de impub. et al. substit. (6, 26)⁴⁸⁾

45) Tribaut l. c. §. 348—349; Mühlbruch l. c. §. 391 fg.; Buchta l. c. §. 478, Note f; v. Wangerow l. c. §. 453.

46) Vergl. hierüber v. Wangerow l. c. und die meisten Lehrbücher.

47) Vergl. hierüber noch v. Wangerow l. c. in fine.

48) Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, ut, si filium, nepotem, vel pronepotem cujuscunque sexus habeant, nec alia proles descendantium eis sit, iste tamen filius vel filia, nepos vel neptis, pro-

gegeben, jedoch ist von diesen Controversen hier zunächst nur eine zu erörtern, die mit unserer Frage im wesentlichen Zusammenhange steht.

In früherer Zeit nahm man fast allgemein⁴⁹⁾ an, daß die Quasipupillarsubstitution sich, nach Analogie der Pupillarsubstitution, auch auf das eigene Vermögen des wahnstinnigen Kindes erstreckte und bei dieser Ansicht konnte denn allerdings die Frage entstehen, ob die Ascendenten, wenn sie dem wahnstinnigen Kinde quasi-pupillarisch substituiren, die Pflichttheilsberechtigten und Notherben desselben zu berücksichtigen hätten?

In neuerer Zeit ist indessen von Unterholzner⁵⁰⁾, dem dann wieder mehrere andere Juristen⁵¹⁾ beigetreten sind, die, früher nur selten⁵²⁾ aufgestellte, Ansicht verfochten worden, daß die Quasipupillarsubstitution sich lediglich auf das von dem substituierenden Ascendenten dem wahnstinnigen Kinde selbst zugewandte Vermögen beziehe, mithin also nur eine modificirte fideicommissarische Substitution sei.

nepos vel proneptis mente captus vel mente capta perpetuo sit, vel si duo vel plures isti fuerint, nullus vero eorum sapiat, liceat iisdem parentibus, legitima portione ei vel eis relicta, quos voluerint his substituere, ut occasione hujus modi substitutionis, ad exemplum pupillaris, querela nulla contra testamentum eorum oriatur, ita tamen ut, si postea resipuerit vel resipuerint, talis substitutio cesset. — Vel si filia aut alii descendentes ex hujusmodi mente capta persona sapientes sint, non liceat parenti, qui vel quae testatur, alios quam ex eo descendentes, unum vel certos vel omnes substituere. — Sin vero etiam liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis, quae mente captae sunt, nullus descendat, ad fratres eorum, unum vel certos vel omnes eandem substitutionem fieri oportet.

49) Vergl. hierüber Brande l. c. §. 463. In früherer Zeit war fast nur Fulgosius ad const. 9. C. de impub. et aliis subst. N. V. anderer Meinung.

50) Archiv für civil. Pragis, Bd. II, S. 52 fg.

51) v. Löhr: im Archiv für civil. Pragis, Bd. V, S. 105, fg. Bd. IX, S. 99 fg.; Buchta: Gewohnheitsrecht, II, S. 68 fg.; Lehrbuch §. 479; v. Wangerow l. c. §. 456 und Andere.

52) Sie findet sich bei Fulgosius l. c.

Bei dieser Auffassung freilich kann von Notherben des wahnsinnigen Kindes und einer Verletzung ihres Rechtes bei der Quasipupillarsubstitution nicht die Rede sein, denn die Notherben des wahnsinnigen Kindes, als solche, gehen den fideicommissarisch substituierenden Vater gar nichts an, der seiner Pflicht gegen letzteres durch Hinterlassung des Pflichttheils Genüge geleistet hat⁵³⁾. — Diese Unterholzener-Löhr'sche Auffassung ist schon von Franke⁵⁴⁾ mit gutem Grunde angefochten, besonders gründlich aber von Mühlenbruch⁵⁵⁾ widerlegt worden.

Wollte man auch den Umstand weniger urgiren, daß «*liberis substituere*» gerade regelmäßig und technisch so viel heißt, als seinen Kindern einen eigentlichen Erben ernennen, und nur seltener die Bedeutung fideicommissarischer Substitution hat, so darf doch nicht übersehen werden, daß in der l. 9 C. de impub. et al. subst. cit. die Quasipupillarsubstitution, nicht bloß in Bezug auf das Wegfallen der *querela inoff. test.*, mit der Pupillarsubstitution zusammenstellt und noch bestimmter in § 1 Inst. de pupillari subst. (2, 16.)⁵⁶⁾ für ein Analogon der Pupillarsubstitution und nach dem Muster derselben eingeführt erklärt wird. — In dieser letzteren Stelle heißt es ausdrücklich: Ge-

53) Sinteris l. c. III, § 176. Anm. 1.

54) l. c. S. 463 fg.

55) l. c. Bd. 41, S. 8—28, vergl. auch noch Sinteris l. c.; Thibaut im Archiv für civil. Pragis, Bd. V, S. 337 fg. u. Bd. X, S. 217 fg.; Hunger: Erbrecht, S. 298, Note 1; Roghirt: testament. Erbrecht, I, S. 399 fg.; Dülffer: dissertatio inauguralis ad const. 9. C. de impub. et al. subst. Hallae 1848. S. 18 fg.

56) „Nam moribus institutum est, ut, quum ejus aetatis filii sint, in qua ipsi sibi *testamentum facere* non possunt, parentes eis faciant. *Qua ratione excitati* etiam constitutionem posuimus in nostro codice, qua prospertum est, ut, si mente captos habeant filios vel nepotes vel pronepotes cujuscunque sexus vel gradus, liceat eis, et si puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere. Sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quae, postquam pupillus adoleverit, infirmatur.“

wohnheitsrechtlich habe der Vater das Recht für das, in seiner Gewalt befindliche, Kind, welches seiner Unmündigkeit halber nicht selbst testiren könne, ein Testament zu errichten; aus demselben Grunde aber, — *qua ratione excitati* — weil auch Wahnsinnige zur Testamentserrichtung unfähig sind, habe der Kaiser den Ascendenten die Befugniß erteilt, ihren wahnsinnigen Descendenten, nach dem Muster der Pupillarsubstitution, zu substituiren. Da nun aber die Pupillarsubstitution keinesweges bloß auf das von dem Vater zugewandte Vermögen beschränkt ist, so ist es, diesen Aussprüchen der Quellen gegenüber, geradezu unmöglich die Quasipupillarsubstitution hierauf zu beschränken.

Die Quasipupillarsubstitution, in diesem weiteren Umfange, steht übrigens keineswegs ohne historische Vermittelung da, denn aus einer Stelle des Paulus⁵⁷⁾ geht hervor, daß schon in früherer Zeit in einzelnen Fällen durch *beneficium principale* dem Vater gestattet wurde seinem, wegen Blödsinns oder Taubstummheit, zur Testamentserrichtung unfähigen Kinde zu substituiren und diese Substitution wurde, wie die citirte Stelle des Paulus zeigt, nach Analogie der Pupillarsubstitution, als Erbesetzung behandelt.

Die Vertheidiger der gegentheiligen Ansicht heben nun hervor, daß die Befugniß für einen Anderen zu testiren eine Anomalie sei, die sich bei der Pupillarsubstitution zwar aus der väterlichen Gewalt und dem Erwerbsrechte des Vaters durch die seiner Gewalt unterworfenen Kinder erkläre, während sich bei der Quasipupillarsubstitution ein solcher Erklärungsgrund für eine derartige Anomalie nicht finden ließe. Allein wenn auch das Erwerbsrecht des Vaters, Kraft väterlicher Gewalt, der historische Entstehungsgrund der Pupillarsubstitution gewesen, so behielt man diese doch bei und begünstigte sie, als jener ursprüngliche Entstehungsgrund schon lange nicht mehr bestand und unanwendbar geworden war,

57) l. 43. D. de vulg. et pupill. subst. (28, 6).

weil die Kinder in väterlicher Gewalt allmählig auch für sich selbst erwerben konnten. Der Grund aber für das Fortbestehen der Pupillarsubstitution, nachdem ihr das alte Fundament fehlte, ist einfach darin zu suchen, daß schon bei den römischen Juristen der Gesichtspunkt in den Vordergrund trat, daß sie zum Vortheil der Kinder gereiche und eben dieses Motiv veranlaßte ja auch Justinian, nach seiner eigenen Angabe in § 1. Inst. de pup. subst., zur Einführung der Quasipupillarsubstitution, — weil wahnsinnige Kinder ebensowenig als unmündige testirfähig sind.

Zu der eben beregten Anomalie aber würde, nach der Unterholzner-Löhr'schen Theorie, noch eine fernere hinzukommen, sollte der Ascendent nur über das von ihm dem wahnsinnigen Kinde zugewandte Vermögen testiren dürfen, während das übrige Vermögen desselben dessen Intestaterben zufiele; denn alsdann würde das wahnsinnige Kind, gegen die sonst geltende Regel, pro parte testatus, pro parte intestatus sterben.

Sollte Justinian's Verordnung, in welcher er die Quasipupillarsubstitution gestattete und von der er, nach Ausweis der citirten Quellenaussprüche, offenbar als von einer wichtigen Neuerung spricht, zu welcher er humanitatis intuitu bewogen worden, wirklich nur die Bestimmung enthalten, daß ein Ascendent, wenn er nur seinem wahnsinnigen Descendenten den Pflichttheil hinterlasse, von demselben die Intestaterben des Kindes ausschließen könne; so würde in der That die ganze Neuerung Justinian's darauf hinauskommen, daß ein Ascendent, unter gewissen Beschränkungen, das erreichen könne, was er, ohne solche Beschränkungen, durch exheredatio bona mente erreichen kann; womit sich die Einführung der Quasipupillarsubstitution humanitatis intuitu nicht wohl zusammenreimen läßt.

Daß nun aber die exheredatio bona mente, wie nach älterem, ebenso auch nach neuestem Rechte in der That noch bestche, hat Mühlenbruch^{57a)} trefflich dargethan, wie an einem andern

57a) I. c. Bd. 37, S. 391 fg.

Orte nachgewiesen werden soll. Man hat nun freilich behauptet, daß die hier vertheidigte Meinung, für den Fall, daß mehrere Ascendenten exemplariter substituiren, zu mehrfachen Zweifeln⁵⁸⁾, dergleichen, abgesehen von diesem Falle, zu manchen Unbilligkeiten⁵⁹⁾ führe. Allein was die Zweifel anbetrifft, so können diese, an und für sich, nicht bei der Interpretation in Betracht kommen, sondern höchstens, beim Vorhandensein sonstiger hinlänglicher Gegenargumente, adminikulirend wirken und Unbilligkeiten zieht jede Anomalie leicht nach sich. Auch bei der Pupillarsubstitution finden wir solche, denn auch hier kann der substituierende Vater die nächsten Intestaterben des impubes suus von der Erbschaft desselben ausschließen und ebenso dürfen die Mutter und die mütterlichen Ascendenten excludirt werden, wenngleich das ganze Vermögen des Pupillen von den mütterlichen Ascendenten resp. von der Mutter herrührt. Und eben weil die substitutio exemplaris eine Anomalie ist, kann es vorkommen, — wenn nämlich mehre Ascendenten substituiren, — daß das wahnsinnige Kind cum pluribus testamentis stirbt, aber diese Ausnahme von der sonst geltenden Regel: nemo cum pluribus testamentes decedere potest, läßt sich auch bei der gegentheiligen Auffassung der I. 9 C. cit. nicht vermeiden, welche überdies auch noch zu anderen Singularitäten führt. Denn nicht nur würde, derselben zu Folge, das wahnsinnige Kind pro parte testatus, pro parte intestatus sterben, sondern es würde auch zwar dem Substituenten gesetzlich gestattet sein dem Kinde ein Testament zu machen und demselben einen Erben zu ernennen, (dies geben die Gegner zu), aber diese gesetzlich gestattete Erbeseinsetzung soll dennoch, obgleich sie kein Fideicommiss ist, nur als Fideicommiss gelten und bestehen. Alsdann hätten wir den, freilich sonst — abgesehen von dem Te-

58) v. Wangerow I. c. S. 221.

59) v. Wangerow I. c. S. 222 fg.

amente eines Soldaten, dessen Analogie aber unmöglich hier entscheiden kann⁶⁰⁾ — beispiellosen Fall, daß eine directe Substitution sich lediglich auf dasjenige Vermögen beziehe, das der Substitut vom Substituenten ererbt hat. Diesen Gründen Mühlstenbruch's gegenüber erscheinen die von Vangerow⁶¹⁾ recapitulirten Argumente der Gegner nicht überzeugend und wenn v. Vangerow⁶²⁾ endlich noch darauf Gewicht legt, daß Justinian in der l. 7. § 1. C. de cur. fur. (5, 70) sagt:

„Si autem parentes ab hac luce decedere contigerit, nostra constitutio, quam promulgavimus de his, quae in testamento furioso relinquenda sunt, vel substitutione eorum, in suo robore permaneat.“

so kann dem nicht beigegeben werden, denn »eorum« ist keineswegs auf »ea, quae furioso relinquenda sunt,« sondern richtiger auf »parentes« zu beziehen, welches Wort ohnehin bei testamento hinzugebracht werden muß⁶³⁾.

60) Mühlstenbruch l. c. Bb. 44. S. 27. denn bei dem *testamentum militare* kommt nicht der Ausdruck, sondern nur der Wille des Testators, insofern er irgend ausführbar ist, in Betracht. Da nun der Soldat für Niemanden, der selbst testirfähig ist, einen directen Erben ernennen darf, so wird die testamentarische Disposition eines Soldaten, daß nach dem Tode des Erben ein Anderer dessen Erbe sein solle, materiell gleich wie ein Fideicommiss der Erbschaft, jedoch ohne daß die sonst für dieses geltenden Regeln zur Anwendung kommen, aufrecht erhalten und daher lediglich auf das von dem Soldaten herrührende Vermögen des *primus heres* bezogen. — Außerdem giebt es kaum eine erbrechtliche Regel, von deren Beobachtung ein testirender Soldat, so lange er militärisch testiren darf, nicht befreit wäre. Vergl. Duffer diss. cit. S. 28. 29.

61) l. c. S. 218—225.

62) l. c. S. 224.

63) Dieselbe Auslegung dieser Stelle habe ich auch in der erst später mir zugekommenen Dissertation von Duffer gefunden, wofür ich S. 33 heißt: »Vangerow igitur vocem »eorum« ad verba »ea, quae relinquenda sunt« pertinere existimat, ut ascendentem, exemplariter substituentem non nisi de iis disponere sequatur, quae ipse furioso reliquerit. Sed inusitatissimum esset, si de *bonorum substitutione* Justinianus loqueretur, cum verbum ex sententia sua non nisi

§ 19.

Schließt man sich sonach der gemeinen Ansicht über das Object der *substitutio quasi pupillaris* an, so läßt sich nun die Frage aufwerfen: ob das Pflichttheils- resp. Nothbenrecht gegen eine solche Substitution geltend gemacht werden könne?

Diese Frage wurde von älteren Schriftstellern⁶⁴⁾ aus Gründen der Billigkeit bejaht und in neuerer Zeit hat Franke⁶⁵⁾ diese Ansicht näher zu begründen versucht.

Franke geht davon aus, daß die Bestimmung Justinian's in der l. 9. C. cit. sich gar nicht auf das Nothbenrecht beziehe, sondern der Kaiser vielmehr die Absicht gehabt habe, indem er den Ascendenten für ihre wahnsinnigen Kinder zu testiren gestattete, ihrer Willkühr hierbei gewisse Schranken zu setzen, weshalb er ihnen denn auch verbot, falls sie noch andere, nicht blödsinnige Descendenten haben, einen Fremden zu substituiren. — Ist solche andere Descendenz vorhanden, so sei es zwar nur *certae personae* zu substituiren, allein daß den Pflichttheilsberechtigten des wahnsinnigen Kindes ihr Pflichttheil willkürlich entzogen werden dürfe, das sei Justinian's Meinung sicher nicht gewesen, da er ja ausdrücklich nur beim Nichtvorhandensein solcher Descendenten die *querela inoff. test.* gegen die Substitution nicht stattfinden lassen wollte. — Weil nun aber die Nov. 115 die Erbesetzung der Descendenten als etwas zur Form des elterlichen Testaments Nothwendiges erfordere, so müßten nach dem neuesten Rechte allerdings alle Descendenten des wahnsinnigen Kindes,

cum personis conjungi possit, quae substituant aut substituantur aut pro quibus substitutio fiat. Quare cum in eadem enuntiatione paullo superius v. parentibus legatur, eo referendum dixerim; neque enim inelegantia scribendi, quominus ita intelligamus, impedire potest.

64) z. B. Stryp: Us. mod. Pand. XXVIII, 6. § 11; Lauterbach: colleg. th. pract. XXVIII, 6. § 44 und schon Accursius. Vergl. Duffer: diss. cit. S. 37.

65) Franke l. c. S. 465 fg. 470.

in concreto pflichttheilsberechtigigt, von den substituierenden Eltern zu Erben eingesetzt werden, indem es nunmehr nicht genüge, daß ihnen auf andere Weise der Pflichttheil hinterlassen werde.

Ich glaube, daß auch hier die Ansicht Mühlenbruch's⁶⁶⁾, welcher unsere Frage verneint, die richtigere ist, denn abgesehen davon, daß Francke's Meinung zum Theil durch seine unrichtige Auffassung der, später noch zu berücksichtigenden, l. 30. C. de inoff. test. motivirt wird, sprechen noch folgende Gründe gegen dieselbe:

Die *substitutio exemplaris* ist der Pupillarsubstitution nachgebildet, der Grund für die Einführung der ersteren war, wie für die Beibehaltung der letzteren, nach dem Wegfallen ihres historischen Entstehungsgrundes, die mangelnde Testirfähigkeit der Kinder, welchen substituirt wurde; beide bezweckten das Beste der zur Testamentserrichtung unfähigen Kinder. — Wenn nun aus dieser letzteren Rücksicht die römischen Juristen bei der *substitutio pupillaris*, zu einer Zeit, wo die ausschließliche Erwerbsberechtigung des Vaters durch die seiner Gewalt unterworfenen Kinder nicht mehr galt, wo also die Frage über die Verletzung der Pflichttheilsberechtigigten des Kindes natürlich aufgeworfen werden mußte, die Uebergehung derselben dadurch rechtfertigten: *quia pater ei hoc (scil. testamentum) fecit*, so würde dieser Grund sich ebenso gut auf die *substitutio exemplaris* anwenden lassen.

Dazu kommt noch, daß der Kaiser zur Gültigkeit dieser Substitution lediglich fordert, es solle kein Fremder, beim Vorhandensein geistig gesunder Kinder oder Geschwister des wahnsinnigen Kindes, eingesetzt werden, wobei es jedoch hinreicht, wenn auch nur eine dieser Personen instituirt wird. Wollte also Justinian gleichwohl die Gültigkeit der Substitution dadurch bedingen, daß

⁶⁶⁾ Mühlenbruch l. c. Bd. 41, S. 4—8; vergl. auch Fuhr in seinen und Hoffmann's civilistischen Versuchen Nr. VI, S. 86—89, — Duffer l. c. S. 37—39; Sintenis l. c.

den übrigen Pflichttheilsberechtigigten die *portio legitima* zugewendet werde, so hatte er um so mehr Veranlassung dies zu sagen, als er ja den substituierenden Ascendenten verpflichtete dem wahnsinnigen Kinde selbst den Pflichttheil zu hinterlassen. Allein Justinian sagt sogar ausdrücklich:

»ut occasione hujusmodi substitutionis *ad exemplum pupillaris querela nulla contra testamentum eorum oriatur.*«

und wenn Francke⁶⁷⁾ das Wegfallen der *querela inoff. test.* bloß auf den Fall beschränken will, wo ein Fremder substituirt werden darf, so möchte dies um deswillen unzulässig sein, weil der durch vel eingeleitete folgende Satz, so wie der Schlußsatz nur die Fälle behandeln, in denen es nicht erlaubt sein soll Fremde zu substituiren, in denen vielmehr wenigstens eins der Kinder oder, in deren Ermangelung, der Geschwister des wahnsinnigen Kindes zu instituiren ist; sie enthalten demnach nur eine Beschränkung des vorher allgemein ausgesprochenen Satzes: *liceat parentibus quos voluerint his substituere*. Francke's Deutung paßt auch nicht zu den ganz allgemeinen Ausdrücken: *occasione hujusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris d. h. in Veranlassung einer Substitution dieser Art, die der Pupillarsubstitution analog gebildet ist; die Art, also die objektive Beschaffenheit, dieser Substitution und ihre Ähnlichkeit mit der Pupillarsubstitution kann nicht von der Beschaffenheit der substituirt Person abhängen.* — Consequent müßte Francke dann doch auch die Erlöschung der *substitutio exemplaris*, durch die wiedererlangte geistige Gesundheit des wahnsinnigen Kindes, ebenfalls auf den Fall beschränken, daß nur ein Fremder substituirt ist, denn ausdrücklich ist auch nur bei der Behandlung dieses Falles gesagt: *ita tamen, ut si postea resipuerit vel resipuerint talis substitutio cesset.* — Allein die Allgemeinheit auch des Ausdruckes: »*talis substitutio*« — eine Substitution dieser Art — macht eine solche Be-

⁶⁷⁾ l. c. 469.

Schränkung, die meines Wissens auch noch Niemanden eingefallen ist, ganz unzulässig.

Sintenis⁶⁸⁾, welcher im Resultate zwar ebenfalls mit Mühlenbruch übereinstimmt, meint doch, wenn ich ihn anders richtig verstehe, daß sich dieses nicht aus den Worten: *ut occasione hujusmodi substitutionis u. s. w. gewinnen lasse*, denn die Möglichkeit einer Anfechtung der Substitution durch übergangene Pflichttheilsberechtigte resp. Notherben des *mente captus* sei hier nicht denkbar, weil ja vorausgesetzt werde: *si nec alia proles descendentium* (außer dem *mente captus*) *parentibus sit* und deshalb sei also die Auffassung Mühlenbruch's und die übereinstimmende v. Bangerow's⁶⁹⁾ unmöglich. Allein dies ist unrichtig; es sind bei dieser Gegenargumentation die kurz darauf folgenden Worte: *»vel si duo vel plures isti fuerint, nullus vero eorum sapiat«* übersehen. — Wenn demnach ein Ascendent, der mehrere *filii mente capti* hat, dem einen derselben substituirt, so braucht er ebenfalls dem anderen *filius mente captus* nicht den Pflichttheil zu hinterlassen; aber doch ist dieser andere *filius* eine pflichttheilsberechtigte Person und könnte, nach Wiedererlangung ihrer geistigen Gesundheit, an und für sich doch wohl die Querel anstellen, die aber eben durch die *l. 9. C. cit.* ausgeschlossen wird.

§ 20.

Schließlich ist noch das Recht des *peculium militare* in Erwägung zu ziehen.

Für das ältere Recht ist es streitig, ob der *filius familias* bloß in einem Testamente über sein *peculium quasi castrense* oder auch in einem Testamente über sein *peculium castrense* die Pflichttheilsberechtigten und Notherben nicht zu berücksichtigen brauchte.

Das Erstere hat Francke⁷⁰⁾ ausführlich darzuthun gesucht,

68) *l. c.* S. 459 Anm.

69) *l. c.* S. 219.

70) *l. c.* S. 444 fg.

während Mühlenbruch⁷¹⁾ die Ansicht vertheidigt, daß dieses *privilegium* auch beim *peculium castrense* gelte und in der That sprechen für Mühlenbruch's Ansicht überwiegende Gründe:

Zunächst nämlich sagt Pomponius in *l. 10 D. de castrensi peculio* (49, 17):

»Ex nota Marcelli constat, *nec patribus aliquid ex castrensibus bonis filiorum deberi.*»

und in anderen Stellen⁷²⁾ ist der Grundsatz ausgesprochen, daß das *peculium castrense*, welches doch, wenn der Sohn ab intestato starb, dem Vater *jure peculii* zufiel, durch Disposition des Sohnes dem Vater entzogen werden könne.

Demnächst spricht auch schon die ganze Ausbildung des *peculium quasi castrense*, bei welchem doch das fragliche Vorrecht unbestritten ist, *ad exemplum* oder *ad iustar* des *peculium castrense*, dafür, daß bei diesem dasselbe geltend haben werde. Die *l. ult. (37) C. de inoff. test.*⁷³⁾ endlich aber be-

71) *l. c.* Bd. 35, S. 196–219.

72) *l. 5. C. de castr. pecul. milit.* (12, 37); *l. 1. § 22. D. de collat.* (37, 6).

73) Pr. — — — — In his itaque omnibus quasi castrensibus *peculiiis* dubitabatur, si contra hujusmodi testamenta de inofficioso querela extendi oporteret. — Sed prior quaestio erat, si omnes, qui quasi castrense *peculium* habeant, testari in hoc possint, quia non omnibus passim, sed quibusdam personis hoc privilegii loco concessum est, quia militibus quidem et veteranis testamenta facere undique concessum fuerat; sed militibus quidem in expeditione constitutis *jure suo*, veteranis autem *jure communi*. De aliis autem personis omnibus, quae non per speciale privilegium hoc acciperunt, si possint testari, dubitatum fuerat, ut puta viris disertissimis patronis causarum, virisque devotissimis memorialibus et agentibus in rebus nec non magistris studiorum liberalium, archiatris quoque et omnibus omnino, qui *salaria vel stipendia* percipiunt publica. § 1. In his itaque omnibus sancimus, quia ad imitationem *peculii castrensis* quasi castrense *peculium* supervenit, omnes, qui tale *peculium* possident, super ipsius tantummodo rebus, quae quasi castrensis *peculii* sunt, ultima condere (secundum leges tamen) posse *elogia*, hoc nihilominus eis addito privilegio, ut neque eorum testamenta de inofficioso querela expugnentur. — Si enim patronus adversus res, quas libertus ejus ex castris quae-

seitigt jedes Bedenken, denn hier entscheidet Justinian den Zweifel, ob das Testament über ein *peculium quasi castrense* mit der *querela inoff. test.* angefochten werden könne? in folgender Weise: weil das *peculium quasi castrense* dem *peculium castrense* nachgebildet sei, so dürfe über dasselbe testirt werden, zwar unter Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form (*secundum leges tamen*), jedoch mit dem Vorrechte (*hoc nihilominus eis addito privilegio*), daß auch dergleichen Testamente durch die *querela inoff.* nicht umgestoßen werden könnten. Denn wenn sogar der Patron, welcher im Testamente seines undankbaren Freigelassenen übergangen worden, in Ansehung der von diesem *in castris* erworbenen Güter keine *honorum possessio* *etr. tabulas* habe, so sei nicht abzusehen, warum das *ad instar* des *peculium castrense* eingeführte *peculium quasi castrense* der *querela inoff. test.* unterworfen sein solle?

So überzeugend nun diese Gründe für das ältere Recht sind, so ist doch, nach der gewöhnlichen und richtigen Ansicht, dieses Vorrecht des *peculium militare*, in Beziehung auf Descendenten und Ascendenten, durch Nov. 115 cap. 4 aufgehoben⁷⁴⁾, wofelbst es heißt:

»Sancimus itaque non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare.«

Die Worte »in quibus habent testandi licentiam« deuten entschieden darauf hin, daß Justinian hier die in patria potestate

sivit, sui juris indubitanter constitutus, etsi praeteritus fuerit ab ingrato liberto, tamen contra huiusmodi *peculium* contra *tabulas* bonorum possessionem non habet secundum veterum legum sanctionem, quemadmodum oportet, praefata *peculia*, quae *ad instar castrensis peculii* introducta sunt, de inofficioso *querelae* esse supposita⁷⁴⁾ — Vergl. hierzu noch Mühlenbruch l. c. §. 210—215 u. §. fin. Inst. de militari testamento (2, 11), dergleichen über die Auslegung zweier scheinbar für die gegentheilige Ansicht sprechender Gesetze: §. 6. Inst. de exhered. liber. (2, 13) und l. 21. C. de inoff. test. §. 202—210.

74) Grande l. c. §. 450 fg.; Mühlenbruch l. c. §. 216 fg.

besindlichen Kinder und ihr *peculium militare*, wenn auch nicht ausschließlich, so doch jedenfalls ganz vorzugsweise, im Auge hatte.

Anderer⁷⁵⁾ dagegen behaupten, daß die Nov. 115 cap. 4, in der hier fraglichen Beziehung, das ältere Recht nicht geändert habe und nur den Geistlichen durch Nov. 123 cap. 19 die Verpflichtung auferlegt sei, in ihrem Testamente über das *peculium militare* ihre Descendenten und Ascendenten in der sonst vorgeschriebenen Art und Weise zu berücksichtigen.

Allein die Nov. 123 cap. 19 enthält nur eine, keinesweges unnütze, Wiederholung des schon in Nov. 115 cap. 4 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes in besonderer Anwendung auf Geistliche, denen ja der Kaiser die Befugniß erteilt, allen Erwerb, so lange sie sich in der patria potestatis befinden, als *quasi castrense peculium* zu haben und darüber frei zu disponiren, wobei doch immer der Zweifel entstehen konnte, ob für sie das frühere Recht des *quasi castrense peculium* nicht in seinem ganzen Umfange gelten solle? und diesem Zweifel wird durch Nov. 123 cap. 19 sehr zweckmäßig vorgebeugt⁷⁶⁾.

75) So z. B. Glück, Bb. VII, §. 487; Madelich: Lehrbuch des römischen Rechts, §. 666; Rothhirt: testamentarisch. Erbrecht I, §. 81 fg.

76) Grande l. c. §. 460; Mühlenbruch l. c. §. 217.

Kapitel III.

Von dem Inhalte des Notherbenrechts.

§ 21.

Der Testator muß die Descendenten und Ascendenten in gehöriger Weise instituiren oder in gehöriger Weise von der Erbschaft ausschließen. Was aber zur gehörigen Erbeseinsetzung und resp. Ausschließung erforderlich sei, ist streitig und läßt sich nur durch Zurückgehen auf das Recht vor der Nov. 115, so wie durch Feststellung des Verhältnisses derselben zum früheren Rechte entscheiden.

Bei der desfalligen Erörterung kommen zunächst nur die Descendenten in Betracht, da die Ascendenten erst durch Nov. 115 Notherbenqualität erhalten haben.

Nach älterem *jus civile* waren nur die *sui* Notherben; sie mußten *rite* instituirt oder *rite* exhereditirt werden; sonst waren sie präterirt und es traten die, nachher zu erörternden, Folgen der Präterition ein.

Bei den *sui* wurde noch unterschieden zwischen denjenigen, die es schon zur Zeit der Testamentserrichtung waren und den *postumi*¹⁾ d. h. denjenigen, die es erst nachher wurden; woraus denn hervorgeht, daß nur ein Mann Notherben haben, nur in seinem Testamente von der Verletzung des Notherbenrechtes die Rede sein konnte.

1) Anfänglich konnten *postumi* als *personae incertae* weder instituirt noch exhereditirt werden. Allmähig wurde dies jedoch in immer weiterem Umfange gestattet. Vergl. über die Entwicklung des Rechts in dieser Hinsicht, l. 29. D. de liber. et post. hered. instit. vel exhered. (28, 2) und dazu Franke l. c. S. 23 fg.; Mühlbruch l. c. Bb. 36, S. 181 fg.; v. Bangerow l. c. § 468.

Rücksichtlich der Erbeseinsetzung²⁾ galt die allgemeine Regel, daß die *sui* pure instituirt sein mußten; die Institution derselben unter einer Suspensiv-Bedingung machte das Testament nichtig, selbst wenn die Bedingung eine unmögliche ist³⁾, obzwar sonst eine solche *pro non scripta* gilt. Indessen hatte diese Regel doch mehrere Ausnahmen:

1) Der *suus* kann unter einer Potestativ-Bedingung eingesetzt werden⁴⁾ und ob die *conditio* eine potestativa ist, hängt von den Umständen des concreten Falles ab⁵⁾; ist die Erfüllung der Bedingung schon zur Zeit der Testamentserrichtung unmöglich oder besonders schwierig, so gilt der *suus* für präterirt⁶⁾; tritt diese Unmöglichkeit oder Schwierigkeit erst später, namentlich nach dem Tode des Erblassers ein, so gilt die Bedingung als erfüllt⁷⁾. — Eine Institution unter einer Potestativ-Bedingung galt, gleich wie die *„si volet“*, als unbedingte, *ejusmodi institutio pro pura debet haberi*⁸⁾. Sowie nun der solchergestalt eingesetzte *suus* durch Erfüllung der potestativen Bedingung testamentarischer Erbe wird, so bewirkt die Nichterfüllung derselben, daß er, mit der Verpflichtung zur Auszahlung der Legate, Intestaterbe wird, falls keine testamen-

2) Vergl. Franke l. c. S. 45 fg.; Mühlbruch l. c. Bb. 36, S. 349 fg., Bb. 41, S. 157 fg.; v. Bangerow l. c. § 469.

3) l. 15. D. de condit. instit. (28, 7); vergl. Franke l. c. S. 55; Mühlbruch l. c. Bb. 36, S. 335. Bb. 41, S. 159, gegen die Ansicht Anderer, der auch v. Bangerow l. c. beiträgt, daß durch exhereditatio in contrarium casum auch bei der Einsetzung unter einer unmöglichen Bedingung das Testament aufrecht erhalten werde.

4) l. 4. l. 6. 69. 86. D. de hered. instit. (28, 5); l. 12. 15. 28. D. de condit. inst. (28, 7); l. 20. § 4. D. de bonis libert. (38, 2).

5) l. 4. § 1. D. de hered. instit. (28, 5).

6) l. 4. C. de instit. et substit. (6, 25).

7) l. 3. l. 8. § 7. l. 11. D. de condit. instit. (28, 7).

8) l. 1. § 8. D. si quis ommissa causa test. (29, 4); l. 13. D. de legat. praest. (37, 5).

tarischen Miterben oder Substituten vorhanden sind⁹⁾, an welche, andern Falls, die Erbschaft fällt¹⁰⁾. — Gleiche Wirkung mit der Nichterfüllung hat die bestimmte Erklärung nicht erfüllen zu wollen. Stirbt aber der suus ohne irgend eine Erklärung abgegeben zu haben, so kommt es darauf an, ob die potestative Bedingung noch im letzten Augenblicke des Lebens erfüllt werden kann oder nicht. Im ersteren Falle kommt die Erbschaft nicht an die Erben des suus, sondern an die sonstigen Erben des Testators; im letzteren Falle hat der suus, in Ermangelung von Miterben oder Substituten, an welche sonst die Erbschaft fiel, ipso jure die Erbschaft ab intestato erworben, weil noch bei seinen Lebzeiten der defectus conditionis gewiß geworden ist¹¹⁾.

2) selbst unter einer nicht potestativen Bedingung ist die Einsetzung des suus statthaft, wenn er in diesem Falle sub contraria conditione enterbt ist und die Bedingung noch bei seinen Lebzeiten entschieden ist, denn noch bei seinem Leben muß er instituiert oder exheredit sein¹²⁾, sonst war er präterirt.

3) postumi sui konnten auch sub conditione casuali oder mixta instituiert werden, ohne sub contraria conditione enterbt zu sein, wenn die Bedingung nur zur Zeit ihrer agnatio oder quasi agnatio schon eingetreten ist¹³⁾.

Nach dem Rechte der Pandekten galt zwar unsere obige Regel nur für filii sui, nicht auch für Töchter und entferntere Descendenten, die zur Zeit der Testamentserrichtung schon Noth-

9) 1. 1. § 8. D. si quis omissa causa test. (29, 4).

10) 1. 4. pr. u. § 2. D. de hered. instit. (28, 5); 1. 28. D. de condit. instit. (28, 7).

11) 1. 5. D. de hered. instit. (28, 5); 1. 28. D. de condit. instit. (28, 7).

12) 1. 28. pr. D. de liber. et post. (28, 2).

13) 1. 22. 24. D. de liber. et post. (28, 2).

erben waren¹⁴⁾, weil die Präterition dieser letzteren Personen nicht Ungültigkeit des Testaments herbeiführte, sondern dieselben nur scriptis heredibus in partem (virilem resp. dimidiam) accrescunt¹⁵⁾.

Dieser Unterschied zwischen filii sui und anderen tempore testamenti conditi vorhandenen sui ist von Justinian in der l. 4 C. de liber. praeterit. (6, 28) aufgehoben¹⁶⁾. Es ist in diesem Gesetze nicht nur ausdrücklich gesagt, daß fortan Töchter und Enkel, als sui, gleiches Recht mit dem filius suus haben sollten, sondern auch, daß ihre Präterition ebenfalls die Ungültigkeit des Testaments herbeiführe. Es gelten mithin nunmehr über ihre Institution dieselben Regeln wie von der der filii sui¹⁷⁾.

§ 22.

Mehrfachere Erfordernisse gehörten zur rite geschenehen Exheredation¹⁸⁾; sie mußte angeordnet sein:

1) ausdrücklich, wobei es in älterer Zeit sogar auf bestimmte Formeln: exheres esto und dergl. ankam¹⁹⁾, was in dessen Justinian beseitigte²⁰⁾, so daß es nur auf den wirklich ausgesprochenen, deutlichen Willen des Testators ankommt.

2) in einem gültigen Testamente, nicht in einem Codicille²¹⁾.

14) 1. 4. pr. l. 6. § 1. D. de hered. inst. (28, 5); 1. 1. § 8. D. de suis et legit. hered. (38, 16).

15) Gaj. II, 124; Ulp. XXII, 17.

16) Vergl. auch § 5. Inst. de ex heredit. liber. (2, 13).

17) Grande l. c. S. 48; v. Vangerow l. c. A.M.; Mühlenthal l. c. Bd. 37, S. 215 fg. u. Bd. 41, S. 166 fg.

18) Vergl. Grande l. c. S. 59 fg.; Mühlenthal l. c. Bd. 36, S. 391 fg.; Arnolds im Rechtslexikon Bd. 3, S. 890 fg.; v. Vangerow l. c. § 470.

19) Gaj. II, § 127. § 1. Inst. de exheredit. liber. (2, 13); 1. 2. 17. D. de lib. et post. (28, 2); 1. 61. D. de hered. inst. (28, 5) u. a. Stellen.

20) 1. 3. C. de liber. praeter. (6, 28).

21) § 2. Inst. de codicillis (2, 25); 1. 2. C. de codicillis (6, 36); 1. 14. C. de test. (6, 23).

3) *nominatim*. Es ist indessen bestritten, ob *nominatim*, wenn auch nicht «namentlich», so doch «speciell» bedeute, oder ob *nominatim exheredare* nur den Gegensatz zu der generellen, Jedermann bezeichnenden und ausschließenden Formel: *ceteri omnes exheredes sunt* ausdrücke, welche letztere Clausel allein, bei dieser Auffassung, die *exhereditatio inter ceteros* sein soll. Dies ist namentlich die Ansicht Francke's 22).

In den Quellen dürfte jedoch nur die abweichende Ansicht Mühlenbruch's 23) begründet sein, daß *nominatim exheredare* nur soviel bedeute: der zu Enterbende solle so individuell bezeichnet sein, daß man ihn von Anderen bestimmt unterscheiden kann. Daß er bei seinem Namen genannt werde, ist dazu nicht nöthig und ebensowenig, daß der *filius* mit dieser Benennung bezeichnet werde, wenn er nur hinreichend deutlich, selbst durch beschimpfende Benennung, bezeichnet ist 24) und unter Umständen genügt hierzu selbst die Formel: «*ceteri filii exheredes sunt*», wenn die gemeinten nur gewiß sind 25). Für diese Auffassung spricht auch namentlich § 1. *Inst. de exhered. liber.* (2, 13):

«*Nominatim autem exheredari quis videtur, sive ita exheredetur: Titius filius meus exheres esto, sive ita: filius meus exheres esto, non adjecto proprio nomine, scilicet si alius filius non existet.*»

Hieraus folgt zwar nicht, wie Mühlenbruch 26) will, daß mehrere Söhne nicht durch die Formel: «*filii mei exheredes sunt*» *nominatim* enterbt seien, wohl aber, daß keine *exhereditatio no-*

22) l. c. 61.

23) l. c. Bd. 36, S. 300 fg.

24) Gaj. II, 127 u. § 1. *Inst. de exheredit. liber.* (2, 13); l. 1—3. *D. de liber. et post.* (28, 2).

25) l. 25. *pr. D. de liber. et post.* (28, 2); vergl. Mühlenbruch l. c. S. 306 u. 307; Arndts l. c. S. 891 Note 40.

26) l. c. S. 308, vergl. dagegen Arndts l. c. S. 891 Note 40.

minatim facta vorliegt, wenn es beim Vorhandensein mehrerer Söhne heißt: «*filius meus exheres esto*» und es dürfte daher nicht richtig sein, jede *Exhereditatio*, die nicht durch die generelle Clausel: *ceteri exheredes sunt* oder *ceteri omnes exheredes sunt*, geschähe, für eine *nominatim facta* zu erklären. Die *exhereditatio inter ceteros* ist also jede, welche sich nicht als eine *nominatim* geschähe, in dem hier vertheidigten Sinne, darstellt.

Im älteren *Civilrecht* mußten von den, zur Zeit der *Testamenterrichtung* vorhandenen, *sui* nur die *filii sui nominatim* *exhereditari* werden, die übrigen konnten *inter ceteros*, also ohne individuelle Bezeichnung, enterbt werden 27).

Anders war es bei den *postumi sui*, männliche *postumi* jeden Grades mußten *nominatim* *exhereditari* werden; *postumae* jeden Grades dagegen konnten *inter ceteros* enterbt werden, jedoch nur *cum adiectione legati*, zum Zeichen, daß der *Testator* an sie gedacht habe. — Wollte er diesen letzteren kein *Legat* hinterlassen, so mußte er auch sie *nominatim* enterben 28).

Durch die l. 4 *C. de liber. et post.* hat *Justinian* jedoch auch hier diese Unterschiede aufgehoben. Alle *sui* sollen, wenn sie nicht *instituir* sind, *nominatim* *exhereditari* werden.

4) *pure* 29), doch war auch eine bedingte *Enterbung* zulässig, wenn der *Exhereditari* in *contrarium casum* *instituir* war 30). Dies galt allgemein für alle *sui*. Die *Enterbung* war sonst nicht bestimmt genug ausgedrückt; *certo enim iudicio liberi a parentum successione sunt removendi* (vergl. l. 18 *pr. D. de b. p. c. t.*).

27) *pr. Inst. de exheredit. liber.* (2, 13).

28) § 1. *Inst. de exheredit. liber.* (2, 13); *Ulp. XXII, § 21. 22.*

29) l. 3. § 1. *D. de liber. et post.* (28, 2); l. 18. *pr. D. de b. p. ctr. tabulas* (37, 4).

30) l. 86. *D. de hered. instit.* (28, 5); l. 4. *C. de instit. et substit.* (6, 25); l. 28. *D. de lib. et post.* (28, 2). A.M. Mühlenbruch l. c. S. 416 fg. vergl. dagegen Arndts l. c. S. 892, Note 48.

5) nicht *post mortem des suus*³¹⁾. Es galt der Grundsatz: *frustra exheredabitur post mortem suam (sci: suus)*. Noch bei seinen Lebzeiten soll der suus rite instituiert oder exhereditiert sich finden. — Aus diesem selbstverständlichen Grundsatz aber wurde in formeller Hinsicht die Konsequenz gezogen, daß das Testament nichtig sei, in welchem zuerst, auf den Fall, daß der Sohn sterbe, ein Erbe ernannt und hierauf erst der Sohn exhereditiert war³²⁾, während das Testament gültig war, wenn der Sohn zuerst unbedingt enterbt und demnächst ein Anderer unter der Bedingung, daß er den Tod des Sohnes erlebe, instituiert war.

6) nicht *post aditam hereditatem*³³⁾ d. h. der suus kann nicht auf den Fall enterbt werden, daß der eingefetzte Erbe die Erbschaft erworben habe. Auch dieser Grundsatz versteht sich von selbst, denn der suus muß zuerst von der ihm ipso jure zufallenden Erbschaft ausgeschlossen sein, damit überhaupt irgend einem Dritten die Erwerbung derselben möglich werden soll. Aber auch hier, wie sub. 5, veranlaßte das odium exheredationis die rein formelle Konsequenz, daß das Testament nichtig sei, wenn der Testator sagte: *Titius heres esto, et cum erit heres*³⁴⁾, *filius exheres esto* oder *quisquis mihi heres erit*³⁵⁾, *filius exheres esto*, obgleich seine Absicht durchaus gar nicht dahin ging, daß der suus erst auf den Fall, daß der eingefetzte Erbe die Erbschaft erwerbe, exhereditiert sein solle; aber nach strenger Interpretation ließ sich wenigstens in die Worte des Testators dieser Sinn hineinbringen und das genügte.

31) 1. 29. § 10. D. de liber. et post. (28, 2); 1. 4. § 2. D. de hered. instit. (28, 5).

32) 1. 13. § 2. D. de lib. et post. (28, 2).

33) 1. 3. § 2. D. de lib. et post. (28, 2).

34) 1. 68. D. de hered. instit. (28, 5).

35) 1. 3. § 2. D. de lib. et post. (28, 2).

7) *a tota hereditate, ab omnibus heredibus*³⁶⁾. Eine bloß theilweise Enterbung des suus, wenn derselbe nicht etwa auf den anderen Theil instituiert ist, macht das Testament nichtig; denn *exheredationes non sunt adjuvandae*, eine theilweise Exheredation durfte daher nicht weiter erstreckt werden; dasjenige aber, wovon der suus nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, fällt ihm ipso jure zu. Eine solche bloß theilweise Enterbung würde sonach also dem Begriffe der Exheredation widerstreiten.

Wie streng man diesen Grundsatz in rein formeller Beziehung durchführte zeigt l. 19 D. lib. et post. cit., denn hier entscheidet Scaevola, daß ein Testament nicht gelte, wenn dem suus ein Legat hinterlassen und derselbe sodann vom Testator *in cetera parte* exhereditiert wird; während doch der Wille des Erblassers deutlich genug war³⁷⁾. — Endlich

8) *ab omnibus gradibus*³⁸⁾ d. h. wenn im Testamente Institutionen und Substitutionen angeordnet sind, so muß sich die Exheredation auf beide beziehen, falls nicht etwa der suus im ersten Grade instituiert ist³⁹⁾.

Die Exheredation bezieht sich aber auf alle Grade.

- a) Wenn der Testator seinen desfallsigen Willen ausdrücklich erklärt hat⁴⁰⁾, doch darf er nicht sagen: *quisquis mihi heres erit, filius exheres esto*, denn alsdann wäre der suus *post aditam hereditatem* enterbt.
- b) Wenn die Enterbung den Erbeseinzetzungen vorausgeschickt

36) 1. 3. § 2. D. cit.; 1. 19. D. de lib. et post. (28, 2).

37) Vergl. Grandt l. c. §. 68. 69; Mühlenbruch l. c. Bd. 36, S. 426—428.

38) Grandt l. c. 69—72; Mühlenbruch l. c. §. 428 fg.; v. Wangerow l. c. § 470, in fine. Arnbt's l. c. § 893. 894.

39) 1. 14. § 1. D. de liber. et post. (28, 2); 1. 4. § 2. D. de hered. inst. (28, 5).

40) 1. 1. C. de liber. praet. (6, 28).

und ganz allgemein ausgedrückt ist, ante heredis institutionem exheredatus ab omnibus gradibus summotus est⁴¹⁾.

- c) Wenn umgekehrt die Enterbung hinter allen Graden der Erbeseinsetzung steht, wenigstens si apparet eum (testatorem) id eo consilio scripsisse, ut ab omnibus exheredaret, welche Absicht freilich solange anzunehmen sein wird, als sich nicht eine Beschränkung auf den letzten Grad aus der Fassung des Testaments rechtfertigen läßt⁴²⁾.
- d) Wenn nur zwei Grade im Testament gemacht sind und der suus zwischen beiden enterbt ist; inter duos gradus exheredatus ab utroque exheredatus est⁴³⁾. Sind mehr als zwei Grade der Erbeseinsetzungen gemacht, so genügt die einmalige Exheredation zwischen zwei Graden nicht, gleichviel ob es die ersten oder die letzten sind⁴⁴⁾, denn Exheredationen sind nicht zu begünstigen und daher einschränkend zu erklären.
- e) Wenn der Testator mehrere Erben ernennend, jedem derselben besonders substituirt und den suus zwischen einem institutus und substitutus exheredit⁴⁵⁾.

41) 1. 3. § 3. D. de liber. et post. (28, 2).

42) 1. 1. C. de liber. praet. (6, 28), woselbst es zum Schluß heißt: nulla ratio reddi potest, quare videatur in posteriori tantum casu exheredare voluisse. — Vergl. Arnolds l. c. 894, Note 62. Dies war von der Stoffe ab in früherer Zeit die herrschende Meinung und wird auch noch in neuerer Zeit von Franke l. c. S. 70 und von Mühlenbruch l. c. S. 430 vertheidigt. A. M. ist v. Wangerow l. c. in fine.

43) 1. 3. § 4. D. de liber. et post. (28, 2).

44) v. Wangerow l. c. A. M. Franke l. c. S. 71 für den Fall, daß die Exheredation zwischen den beiden ersten Graden steht und Mühlenbruch l. c. S. 431 fg. für den Fall, daß sie zwischen den beiden letzten Graden steht, während Arnolds l. c. S. 894 sie in allen Fällen zwischen zwei Graden für allgemein wirkend hält.

45) 1. 3. § 5. D. de liber. et post. (28, 2). Dies will Mühlenbruch auf den Fall der Exheredation zwischen dem letzten institutus und substitutus beschränken, siehe jedoch v. Wangerow l. c.

- f) Wenn die eingesetzten Erben einander vice versa substituirt sind, in welchem Falle die Exheredation von einem Grade sich doch auf beide bezieht⁴⁶⁾.

§ 23.

Das prätorische Recht⁴⁷⁾, welches nicht bloß die sui, sondern überhaupt die zur b. p. unde liberi berufenen Kinder des Testators, als Notherben betrachtete⁴⁸⁾, ging von einem anderen Gesichtspunkte aus als das jus civile, denn während letzteres bei der Präterition eines suus, je nachdem derselbe bereits tempore testamenti conditi vorhanden war oder erst später agnascirte, gleich anfängliche Nullität resp. Ruption des Testaments eintreten ließ⁴⁹⁾, gewährte der Prätor, obgleich er ebenfalls die rite geschehene Institution oder Exheredation der Notherben verlangte, den übergangenen liberi nur eine ctr. tabulas b. poss., durch deren agnitio das an sich gültige Testament angefochten werden konnte⁵⁰⁾.

Die Erbeseinsetzung der Notherben konnte daher nach prätorischem Rechte nicht bloß pure, sondern auch sub conditione geschehen; wenn jedoch in diesem Falle die Bedingung keine potestative und der Notherbe auch nicht unter der entgegengesetzten Bedingung exheredit ist, so gilt er für präterirt, wenn später die Bedingung ausfällt⁵¹⁾. So lange diese noch schwebt, kann er b. p. secundum tab. nachsuchen, die sich nachher, wenn die Bedingung deficirt, in eine b. p. ctr. tabulas verwandelt. Un-

46) 1. 19. § 1. D. de injusto rupto test. (28, 3).

47) Vergl. Franke l. c. S. 130 fg.; Mühlenbruch Bd. 37, S. 74 fg. v. Wangerow l. c. § 469.

48) Gaj. II § 135—137; Ulp. XXII § 23; § 3—4. Inst. de exhered. liber (2, 13); § 9—12. Inst. de hered. quae ab intest. (3, 1), vergl. Franke l. c. S. 121 fg.

49) Vergl. unten Cap. IV.

50) Vergl. unten Cap. IV.

51) 1. 3. § 11—14. D. de bon. poss. ctr. tab. (37, 4); 1. 2. § 1. l. 5. pr. D. de bon. poss. sec. tab. (37, 11).

mögliche Bedingungen aber hatten aus demselben Grunde hier auch die gewöhnliche Wirkung, sie wurden *pro non scriptis* erachtet⁵²⁾.

Was die Exheredation anlangt, so muß dieselbe, um als rite geschehen zu gelten, ebenfalls ausdrücklich⁵³⁾, in einem gültigen Testamente⁵⁴⁾, *a tota hereditate*⁵⁵⁾, *ab omnibus gradibus*⁵⁶⁾ und für Notherben männlichen Geschlechts *nominatim* angeordnet sein, während für weibliche Notherben die *exheredatio inter ceteros* genügte⁵⁷⁾, welchen Unterschied indessen Justinian in der l. 4 C. de liber. praet. citat. auch für das prätorische Recht aufhob, so daß Notherben beiderlei Geschlechts *nominatim* zu enterben sind.

Auch pure mußten sie enterbt sein, jedoch schloß eine bedingte Enterbung, wenn der Notherbe *sub contraria conditione* instituirt war, die b. p. ctr. tab. aus⁵⁸⁾.

Ebenso ist der Grundsatz, daß der Notherbe nicht *post mortem suam* oder *post aditam hereditatem* exheredit werden dürfe, für das prätorische Recht anzunehmen⁵⁹⁾. Jedoch will für dieses Francke⁶⁰⁾ den Satz: *post aditam hereditatem filius exheredari non potest*, nicht gelten lassen, weil die Präterition prätorischer Notherben das Testament nicht nichtig machte.

52) l. 15. D. de condit. instit. (28, 7).

53) Vergl. Note 20 und l. 18. pr. D. de b. p. c. t. (37, 4).

54) Vergl. Note 21.

55) Vergl. Note 36.

56) l. 8. pr. u. §§ 1—5. D. de b. p. c. t. (37, 4).

57) Gaj. II, § 129—135. § 3. Inst. de exhered. liber (2, 13; l. 4. pr. C. de liber. praet.

58) l. 18. pr. D. de b. p. c. t. (37, 4). Die Ansicht Francke's (l. c. S. 131. 132), daß die bedingte Enterbung allein schon genüge, wenn die Bedingung beim Leben des Testators eingetreten ist, scheint sich mit dem Grundsatz: *exheredationes non sunt adjuvandae*, nicht zu vertragen. Vergl. Mühtenbruch l. c. S. 84.

59) Mühtenbruch l. c. S. 88.

60) l. c. S. 132.

Allein wenn man im Civilrecht auch besonderen Nachdruck auf die Ungereimtheit legte, welche bei strenger Interpretation in der Exheredation *post aditam hereditatem* lag, so war doch der Grund, weshalb man dies that, offenbar der, weil eine solche Enterbung nicht bestimmt und deutlich genug ausgedrückt war und daher bei dem *odium exheredationis* nicht zu begünstigen war⁶¹⁾.

§ 24.

Es fragt sich nun, ob und inwiefern die erörterten Bestimmungen des älteren Civilrechts und des prätorischen Rechts über die Form der Institution und Exheredation durch die Nov. 115 aufgehoben sind?

Die Nov. 115 verordnet:

Cap. 3. *Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium (τὸν υἱὸν ἑδόν) vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcunque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsitan probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.* —

Cap. 4. *Justum autem perspeximus et e contrario de liberorum testamentis haec eadem cum aliqua distinctione disponere. Sancimus itaque, non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare (excludere Homb.), nisi causas, quas enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominaverint.* —

Cap. 5. *Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus. Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus jussi*

61) Mühtenbruch l. c.

fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus; quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri. Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis injuriam praeteritionis et exheredationis auferre (τὴν ὑβρὶν τῆς praeteritionος καὶ exheredationος τῶν γονέων καὶ τῶν παιδῶν ἀνελεῖν). Considerare namque debent parentes, quia et ipsi filii fuerant et eadem a suis parentibus speraverunt et similiter, qui nunc filii sunt, debent studere parentum animos sanare, quia et ipsi parentes fieri desiderant et a suis filiis optant honorari. Unde et constat ad utriusque partis utilitatem atque cautelam praesentem legem fuisse prolatam, quam ex hac occasione promulgandam esse perspeximus⁶²⁾. In aliquo autem negotio disceptantes invenimus, Pulcheriam filiam gratam quidem a sua genetrice fuisse dictam, *exheredatam* autem testamento nominatam tam in paternis quam in *maternis* facultatibus. Et talem quidem scripturam, quia dolo eam et machinatione quorundam compositam fuisse comperimus, nullo modo permisimus obtinere, filiam autem heredem patris ac *matris* jussimus fieri, sicut et in scriptis prolatum super hac causa nostrum manifestat arbitrium.

Die Bestimmungen der Nov. sind also im Wesentlichen folgende:

Die Ascendenten sollen ihre Descendenten und ebenso Descendenten ihre Ascendenten nicht präteriren oder exherediren dürfen, es sei denn, daß ein gesetzlich gebilligter, in Wahrheit begründeter, Enterbungsgrund im Testamente angegeben ist. Solche

62) Richtiger wird dieser Satz von Homberg¹⁾ übersetzt: quam non sine causa, sed data occasione ferre placuit, denn im griechischen Urtexte heißt es: ὃν οὐ χωρὶς αἰτίας, ἀλλὰ προγράσεως γενομένης συνείδομεν προνεγεῖν.

Präterition oder Exheredation soll selbst dann nicht gestattet sein, wenn den genannten Personen der Pflichttheil durch Schenkung, Legat, Fideicommiß oder auf irgend welche andere Art zugewendet wird; jedoch genügt eine Erbeeseinsetzung derselben auf *res certae*.

Hieraus geht hervor, daß nur in concreto pflichttheilsberechtigte Descendenten und Ascendenten in Rede stehen, diese aber zu Erben, wenn auch nur auf *res certae*, zu instituiren oder, unter Allegirung eines wahren, gesetzlichen Enterbungsgrundes, zu präteriren oder exherediren sind.

Ueber das Verhältniß dieser Bestimmungen zu den Vorschriften des früheren Rechts über die Form der Institution und Exheredation giebt es drei verschiedene Hauptansichten:

1) Nach der Meinung mancher Juristen⁶³⁾ sollen für sui und prätorische Notherben die Formvorschriften des älteren Rechts noch unverändert fortbestehen; für alle übrigen pflichttheilsberechtigten Descendenten, sowie für die Ascendenten aber die Nov. 115, rückwärts der Form der Erbeeseinsetzung und Enterbung, maßgebend sein.

2) Andere⁶⁴⁾ dagegen behaupten, daß die formellen Vorschriften des früheren Rechts sich seit der Nov. 115 auf alle Descendenten und Ascendenten erstrecken.

3) Endlich ist auch, im geraden Gegensatz zu dieser letzteren Ansicht, von vielen Juristen die Meinung verfochten worden, daß nunmehr jene Formvorschriften des älteren Rechts auch für sui und die prätorischen Notherben cessiren und es bezüglich auf die Form der Institution und Exheredation, überhaupt nur auf die Beobachtung der Vorschriften der Nov. 115 ankomme⁶⁵⁾.

63) Zu diesen gehören außer den bei Francke (l. c. S. 356 fg.) angeführten älteren Schriftstellern: Fulgostus, Alciat, Cujacius, in neuerer Zeit Mühlstenbruch l. c. Bd. 37, S. 192 fg. und 295 fg. u. v. Vangerow l. c. § 486.

64) So Buchta: Pandekten, § 493, Note e und Heumann in der Wiener Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. XVII, S. 246 fg.

65) Hierher gehören außer den bei Francke (l. c.) angeführten: Duerens, Donellus u. A. noch Bluntschli: Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen, S. 218 fg.; Francke l. c. § 28 u. 31; Goeschel l. c. § 863;

§ 25.

Diese zuletzt erwähnte Auffassung, welche v. Wangerow⁶⁶⁾ für theorisch unhaltbar erklärt, ist meiner Ansicht gleichwohl die einzig richtige; insbesondere scheinen mir die von Arndts⁶⁷⁾ für dieselbe aufgeführten Gründe vollkommen überzeugend zu sein.

Man kann immerhin gerne zugeben, daß Francke's Auslegung⁶⁸⁾ der l. 30 C. de inoff. test. (3, 28)⁶⁹⁾, welche auf seine Auffassung der Nov. 115 von wesentlichem Einflusse gewesen, unrichtig ist; denn die l. 30 C. cit. enthält keinesweges, wie Francke und die mit ihm übereinstimmenden Schriftsteller⁷⁰⁾ meinen, die Bestimmung, daß der präterirte civile und prätorische Notherbe, wenn ihm nur ein Vermächtniß hinterlassen worden, das indessen nicht den vollen Pflichttheil ausmacht, lediglich auf die actio ad supplendam legitimam beschränkt sei, sonach also, nach dem Rechte des Codex, die Nichtigkeit des Testaments resp. die Anfechtbarkeit desselben durch b. p. c. t., unter der gedachten Voraussetzung, wegfallen. Die Worte: »vel alio modo subvertendum«, welche

Arndts l. c. Bd. VIII, S. 116 fg., Lehrbuch § 598; Sintenis l. c. § 195. S. 611 fg. Ann. u. A.

66) l. c. § 486, S. 356; v. Wangerow spricht vom Derogationssystem überhaupt; wer da annimmt, daß durch die Nov. 115 die älteren Formvorschriften über Institution und Exheredation beseitigt sind, muß sich nothwendig zum reinen Derogationssystem bekennen.

67) Im Reichslexikon l. c. S. 118 fg.

68) l. c. S. 342–349.

69) „Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes mgnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus, et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis, *vel alio modo subvertendis* moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat, ut sive adjiciatur in testamento de adimplenda legitima portione sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum *vel alio modo subvertendum* queri poterant, ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere.“

70) Glück l. c. Bd. VII, S. 329 fg.; Boof: Lehre von der Enterbung, S. 100 fg.

Francke auf die f. g. querela nullitatis und die b. p. c. t. bezieht, lassen diese Auslegung nicht zu, weil das, wegen Präterition eines suus, nichtige Testament nicht erst durch eine dagegen gerichtete Klage umgestoßen werden kann, es existirt rechtlich gar nicht, und die b. p. c. t. wird überhaupt in den Quellen nicht als Klage (actio) gegen das Testament bezeichnet. Dagegen ist aus § 3 Inst. de successione libert. (3, 8)⁷¹⁾ ersichtlich, daß die Worte: »vel alio modo subvertendum« sich auf die dem patronus (und dem parens manumissor) zustehende b. p. c. t. extraordinaria gegen das Testament des manumissus beziehen, in welchem ihm nicht der gebührende Theil (anfänglich dimidia, später tertia pars honorum) hinterlassen war. Die l. 30 C. cit. sagt also nur, daß diejenigen Personen, die, wegen nicht vollständiger Hinterlassung des Pflichttheils, früher mit der querela inoff. test. resp. mit der bon. poss. ctr. tab. extraord. das Testament anfechten konnten, nunmehr, wenn ihnen nur etwas auf den Pflichttheil Einzurechnendes hinterlassen worden, auf die actio ad supplendam legitimam beschränkt seien.

Vollends stehen der Francke'schen Auffassung der l. 30 C. cit. entgegen l. 4 C. de liber. praeterit., welche im J. 531, also 3 Jahre nach der l. 30 C. cit., erlassen und in der, gleichwie in den Institutionen und Pandekten, das Recht der sui und prätorischen Notherben als noch bestehend dargestellt wird⁷²⁾.

71) „Si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem et patronas praeterierint — tunc ex nostra constitutione per b. p. c. t. non dimidia, ut antea, sed tertiam partem bonorum liberti consequantur *vel quod deest eis ex constitutione nostra repleatur*. Vergl. l. 4. § 17. C. de bonis libert. (6, 4).“

72) Vergl. Fuhr in der Zeitschrift für Eivilrecht und Proceß, Bd. VII, S. 290 fg.; Mühtenbruch l. c. Bd. 37, S. 103 fg.; v. Wangerow l. c. § 486. — Die bei Fuhr l. c. S. 306, Note 6 und bei Wangerow l. c. S. 352 sich findende Berufung auf l. 4. § 11. C. de bonis libert. (6, 4) scheint auf einem Versehen zu beruhen, da diese Gesetzesstelle nur von dem Intestaterb-rechte der Kinder des Freigelassenen gegen den parens und untereinander, so

Indessen mit dieser Widerlegung der Francke'schen Auslegung der l. 30 C. cit. ist noch nichts gegen das Resultat seiner Auffassung der Nov. 115 entschieden.

Im Cap. 5 giebt Justinian als Veranlassung seines neuen Gesetzes ausdrücklich an: Er habe in Erfahrung gebracht, daß eine Tochter Pulcheria, obgleich sie von ihrer Mutter als eine gute, dankbare Tochter bezeichnet, dennoch sowohl von dem Vater als auch von der Mutter exhereditiert worden. Diese Exheredation nun war, wenigstens in Betreff des mütterlichen Testaments, keine solche im Sinne des älteren Rechts, welches diesen Ausdruck nur auf solche Personen anwandte, die förmlich enterbt werden mußten. Justinian brauchte also den Ausdruck exheredare hier ganz offenbar in jener Bedeutung des gewöhnlichen Lebens, wonach »exhereditatio«, gleichwie das deutsche Wort „Enterbung“, auch auf solche Personen bezogen wird, welche nicht förmlich enterbt zu werden brauchen; und nach der Nov. 115 konnte sehr füglich bei Allen, deren Einsetzung nun vorgeschrieben ist, von Enterbung in diesem Sinne, d. h. von Ausschließung, die Rede sein.

Wenn daher in Nov. 115 cap. 3 pr. gesagt ist: »non licere penitus patri vel matri — — suum filium vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento«, so wird zwar allerdings der Unterschied zwischen praeterire und exheredare gemacht, weil das bisherige Recht nicht nur eine stillschweigende, für gewisse Descendenten genügende, sondern auch eine ausdrückliche, für andere Descendenten, die sui und prätorischen Notherben, erforderliche Ausschließung von der Erbschaft kannte; aber es wird hinzugefügt, daß beides ohne Allegirung einer gesetzlichen, in Wahrheit begründeten, *causa ingratitudinis* nicht

wie von dem Intestaterbrechte des freigelassenen Vaters gegen seine Kinder handelt.

mehr gestattet sein solle. In der That ganz willkürlich ist es aber, das zuletzt erwähnte *exheredes facere* auf den zuerst genannten Vater, rückfichtlich der civilen und prätorischen Notherben, das zuerst erwähnte *praeterire* dagegen auf die zuletzt erwähnte Mutter, bezüglich ihrer Descendenten, zu beziehen. Das Willkürliche einer solchen Auslegung zeigt sich auch darin, daß man dann consequent das *exheredare* bloß auf den *avus* und *proavus*, das *praeterire* bloß auf die *avia* und *proavia* beschränken müßte, während *avus* und *proavus* doch nicht bloß den väterlichen, sondern auch den mütterlichen, Großvater und Urgroßvater bezeichnet; und daß es ferner cap. 3 in fine heißt: *nullum exhereditatis liberis praejudicium generari*. Da nun aber diese Anordnung keinesweges, wie man auch wohl allgemein einverstanden ist, bloß auf diejenigen Descendenten zu beziehen ist, die nach früherem Rechte schon Notherben und daher förmlich zu enterben waren, so hat *exheredare* auch hier, wie in cap. 5, jene Bedeutung des gemeinen Lebens. Diese Auslegung wird ferner noch durch cap. 4 unterstützt. Wenn es hier nämlich heißt: *non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo a rebus propriis — — eos omnino alienare* (*τοὺς ἰδίους γονεῖς praeteritovs καταλιμπάνειν, ἢ καὶ οἰονδήποτε τρόπον τῶν ἰδίων πραγμάτων — — τοὺς παντελῶς ἀλλοτριῶς ποιῆσαι*), so entspricht dieses *alienare* oder *ἀλλοτριῶς ποιῆσαι* vollkommen dem Ausdrucke *exheredes facere* in cap. 3; denn welche andere Ausschließung von der Erbschaft giebt es, außer der Präterition, noch als eben die Exheredation? Dazu kommt noch, daß der Ausdruck *alienus fieri* schon früher von Justinian gerade im Sinne der Exheredation gebraucht wird, denn in der l. 3 C. de liber. praet. wird es für eine gültige Enterbung erklärt, wenn der Testator gesagt hat: *ille filius meus alienus meae substantiae fiat* und gewiß nicht weniger zulässig war es, wenn die Enterbung lautete: *illum filium meum alienum facio meae substantiae*. Es mag sein, daß man den Aus-

druck exheredare in cap. 4 vermied, weil im Sinne des älteren Rechts eine exhereditatio bei Ascendenten überhaupt nicht vorkam, allein diese Möglichkeit ändert im Resultate nichts. Daher übersetzte Harmonopolus schon ganz richtig das (quolibet modo) alienare durch ἀποκλήρους καταλιμπάνειν im Gegensatz zu praeterire (ἀμνημονεύτους καταλιμπάνειν)⁷³⁾.

Also Eltern sollen weder stillschweigend, noch auf andere Weise, (also ausdrücklich) ausgeschlossen werden, wenn kein gesetzlicher Enterbungsgrund angegeben worden.

Im Anfange des cap. 4 sagt Justinian, es solle von der Ausschließung der Eltern dasselbe gelten, wie von der der Kinder, jedoch cum aliqua distinctione, nämlich hinsichtlich der einzelnen Enterbungsgründe. Es ist daher auch in cap. 3 das exheredes facere auf alle Descendenten zu beziehen. Demnächst sagt Justinian in cap. 5 pr., er bezwecke durch sein Gesetz a parentibus et liberis injuriam praeteritionis et exheredationis auferre (τὴν ὄβριον τῆς praeteritionος καὶ exheredationος τῶν γονέων καὶ τῶν παιδῶν ἀνελεῖν). Hier müßte man, nach der Ansicht derjenigen Juristen, welche für sui und prätorische Notherben die formellen Vorschriften des älteren Rechts noch als fortbestehend ansehen, exhereditatio lediglich auf diese eben erwähnte Klasse der Descendenten, dagegen praeteritio auf die übrigen pflichttheilsberechtigten Descendenten und die Ascendenten beziehen, was doch wirklich unmöglich wäre, wie sich dies noch überdies daraus ergibt, daß gleich darauf von der Exheredation einer Tochter im Testamente der Mutter die Rede ist.

Wenn man daher, und gewiß nicht ohne Grund, annimmt, Justinian habe in der Nov. 115 die Ausdrücke: Exheredation und Präterition gleichmäßig auf alle genannten Personen bezogen und sonach keinesweges eine deutliche Anerkennung des früheren formellen Notherbenrechts in der Nov. 115 zu finden

73) Arndts l. c. §. 119, Note 168.

geneigt ist, so ist in der That nicht abzusehen, warum diese Ansicht theoretisch unhaltbar sein soll.

§ 26.

Ein fernerer Haupteinwand der Gegner ist der, daß die Nov. 115, als correctorisches Gesetz, das ältere Recht nur insofern aufhebe, als dieses mit jenem nicht zu vereinigen wäre, im Zweifel also die Fortdauer der älteren Rechtsbestimmungen anzunehmen sei.

Allein mit Recht bemerkt Arndts⁷⁴⁾, daß es zwar allerdings bei der Auslegung eines zweifelhaften Gesetzes zu berücksichtigen, welche Auslegung sich dem bisherigen Rechte am Besten anschliesse, daß aber dies nur ein Moment sei, das in Betracht komme, welches aber keinesweges eine, durch den Inhalt des Gesetzes nicht gebotene und aus anderen Rücksichten unangemessene und unwahrscheinliche, Interpretation zu rechtfertigen vermöge.

Daß nun der Inhalt der Nov. 115 jene beschränkende Auslegung, wonach die früheren Vorschriften über Institution und Exheredation der sui und prätorischen Notherben noch fortbestehen sollen, nicht gebiete, sondern gerade umgekehrt zu entgegengesetzten Resultaten führe, ist nur soeben darzuthun versucht worden. Es kommen aber noch andere Rücksichten in Betracht, welche die hier verteidigte Auffassung der Nov. 115 unterstützen. Schon aus l. 4 C. de liber. praeteritis (6, 28) ist ersichtlich, daß Justinian's Absicht darauf ging das Recht der Notherben zu generalisiren⁷⁵⁾; daher hob er denn in jenem Gesetze die, wie er selbst sagt, unnatürlichen Unterschiede, welche einerseits im Civilrechte zwischen filii sui und anderen sui, und andererseits im prätorischen Rechte zwischen Descendenten männlichen und weiblichen Geschlechts bestanden, auf.

Als nun Justinian, hierzu durch die Enterbung der Pul-

74) l. c. §. 118.

75) Gorchm l. c. § 863.

cheria veranlaßt, den Descendenten und Ascendenten — insoferne sie in concreto zum Pflichttheil berechtigt sind — Notherbenqualität beilegte, lag es ihm, eben bei seinem Streben nach Generalisirung des Notherbenrechts und bei seinem, öfters an den Tag gelegten, Bemühen für seine Zeit nicht mehr passende Unterscheidungen und darauf beruhende Rechtsätze zu beseitigen ⁷⁶⁾, wohl nahe genug auch diejenigen Personen, denen er erst durch die Nov. 115 Notherbenrecht gab, rücksichtlich der Institution und Ausschließung von der Erbschaft, denjenigen Personen, in der oben erörterten Weise, gleichzustellen, welche schon nach früherem Rechte Notherben waren. Die Annahme, daß Justinian gleichwohl das, ohnehin schon verwickelte und durch das Nebeneinanderbestehen und Ineinandergreifen des civilen und prätorischen Rechts noch schwierigere, Notherbenrecht, durch Einführung neuer, nach den damaligen Rechtsansichten garnicht gebotener, Unterschiede noch complicirter habe machen wollen, involvirt die Zuzumuthung einer Gedankenlosigkeit, die man von Justinian, zumal nach seinen Aeußerungen in l. 4 C. de liber. praet. cit., doch wohl nicht füglich erwarten kann. Mit Recht sagt daher Buchta ⁷⁷⁾, daß die Nov. 115 die „Glückarbeit eines Pflüchers“ enthalten würde, wenn sie eine verschiedene formelle Berücksichtigung der sui, der prätorischen Notherben und endlich derjenigen Personen verlangte, welche erst durch die Nov. Notherbenrecht erhielten.

Erscheinen hiernach die oben sub 1 u. 2 angeführten Ansichten der Juristen über das Verhältniß der Nov. 115 zum älteren Rechte als unbegründet, so ist doch nicht in Abrede zu stellen, daß für die nähere Normirung der Erfordernisse sowohl der

76) Man denke nur an Justinian's Verordnungen über res mancipi und nec mancipi, über Verjährung, über Intestaterbrecht, über konitarisches und quiritarisches Eigenthum und dergl. mehr.

77) Vorlesungen § 493. A.M. ist freilich Roghirt: Dogmengeschichte des Civilrechts, S. 374, der dieses Argument Buchta's einen „Gedanken de lege ferenda, aber nicht de lege lata,“ nennt. Aber warum denn?

Institution als auch der Ausschließung der Notherben nöthigenfalls die Bestimmungen des älteren Rechts zur Richtschnur dienen können, insofern sie nämlich zu dem Inhalte und der Tendenz der Nov. 115 passen.

§ 27.

Die Kurländischen Rechtsquellen weichen in ihren Bestimmungen von der hier vertheidigten Auffassung der Nov. 115 nicht ab.

Die Kurl. Statuten zunächst besagen § 168 ausdrücklich, daß der Vater im Testamente seine Söhne und Töchter ohne genügenden Grund weder präteriren, noch ausdrücklich (*expresse*) exherediren dürfe.

Aus dieser Bestimmung, welche, wie bereits früher gezeigt worden, nicht bloß auf den Vater im Verhältniß zu seinen Kindern ersten Grades zu beschränken, sondern auf Ascendenten rücksichtlich ihrer pflichttheilsberechtigten Descendenten überhaupt zu beziehen ist, geht mit Bestimmtheit hervor:

- 1) daß auch hier das Wort: „exheredare“, wie schon aus dem Zusätze „expresse“ ersichtlich, nur die ausdrückliche Ausschließung von der Erbschaft, im Gegensatz zum praeterire, der stillschweigenden Ausschließung, nicht das exheredare im Sinne des älteren römischen Notherbenrechtes, bezeichnen soll.
- 2) daß selbst der Vater, wenn eine *gravis et justa causa* vorliegt, seine Kinder sowohl präteriren, als auch ausdrücklich exherediren darf.

Der § 172 der Kurl. Statuten sagt ferner ganz allgemein, daß auch Kinder ihre Eltern nicht ausschließen (*non excludere*) dürfen, und dieses *excludere* umfaßt doch unzweifelhaft sowohl die Präterition als die Exheredation.

Wenn nun auch die Piltenschen Statuten Thl. III. Tit. 1. § 2 den Eltern allgemein doch nur verbieten ihre Kinder ohne Ursache zu enterben und die Mitausche Polizei-Ordnung Tit. 44 § 4, die Bauskesche Polizei-Ordnung Tit. 26 § 6 u. die Friedrichs

städtische Polizei-Ordnung Tit. 25 § 6 übereinstimmend verordnen, daß Vater und Mutter ihre Kinder entweder einsetzen oder aus rechtmäßiger Ursache exherediren und enterben sollen, so ist auch hier das exherediren und enterben gewiß in keiner anderen Bedeutung zu nehmen, als in welcher das exheredare in der Nov. 115 und im § 168 der Kurl. Statuten gebraucht ist und das Präteriren dabei nicht ausgeschlossen, denn *jus particulare ita interpretandum est, ut quam minime recedat a jure communi*.

Die Kurl. B.B. § 131 schließlich gestattet dem Erblasser nur in den Fällen, wo es, nach den bestehenden allgemeinen Gesetzen, einem Erblasser erlaubt ist seinen rechtmäßigen Erben, sei es begangener Verbrechen oder anderer gesetzlicher Ursachen wegen, die Erbschaft zu entziehen, über sein ganzes Vermögen zum Besten Anderer zu disponiren.

Hier also wird, unter Beziehung auf das Landrecht und das gemeine Recht, (denn beides ist in casu unter dem Ausdrucke: „allgemeine Gesetze“ begriffen), gestattet aus rechtmäßigen Ursachen den Notherben die Erbschaft zu entziehen d. h. sie entweder stillschweigend (durch Präterition) oder ausdrücklich (durch Exheredation) von der Erbschaft auszuschließen, denn das Entziehen begreift beides in sich.

Gleichwohl scheint v. Bunge⁷⁹⁾ anderer Ansicht zu sein, indem er für das Kurländische Recht den Satz aufstellt, daß „Notherben im Testamente nicht stillschweigend (?) übergangen (!) werden dürfen“, dem Testator jedoch gestattet sei „ihnen aus rechtmäßigen Ursachen den Pflichttheil zu entziehen“.

§ 28.

Auf Grund der in Obigem gewonnenen Resultate sind nunmehr die Erfordernisse der Erbesetzung und der Enterbung der Notherben und sodann die einzelnen Enterbungsgründe näher zu erörtern.

78) Kurl. Privatrecht, § 271, S. 544.

Was zunächst

A. die Erbesetzung⁷⁹⁾ betrifft, so sind rücksichtlich dieser folgende Grundsätze anzunehmen:

- 1) Sie kann nicht nur in einem gültigen Testamente, sondern auch, nach den Grundsätzen des deutschen Rechts, die auch in dieser Beziehung in Kurland Geltung haben, in einem affirmativen Erbvertrage oder Erbesetzungsvertrage geschehen⁸⁰⁾.
- 2) Justinian erklärt es für hinreichend, wenn der Notherbe auch nur auf *res certae*, nicht *ex aliqua parte hereditatis*, instituiert ist.

Diese Bestimmung, zugleich die einzige, welche die Nov. 115 über die Erbesetzung der Notherben enthält, ist gleichwohl keine Neuerung Justinian's, denn schon die classischen Juristen stellen es als einen anerkannten Grundsatz hin, daß der Erbe *ex re certa* instituiert werden könne. So sagt Ulpian: *dicebam receptum esse, rerum heredem institui posse*⁸¹⁾, und aus einer Stelle des Paulus sehen wir, daß Scaevola bereits in einem, die Verletzung des Notherbenrechts betreffenden, Falle dieselbe Ansicht als eine geltende hinstellt⁸²⁾. Eine *institutio heredis ex re certa* ist zwar eine vitiose, allein sie wird dadurch aufrecht erhalten, daß man den so Eingesezten *detracta rei certae mentione* als *heres sine parte scriptus* ansieht⁸³⁾. Die

79) Vergl. Grandt S. 385 u. 391—397; Mühlenbruch l. c. Bd. 37, S. 213—222; Arndts l. c., S. 141 fg.; v. Rongerow l. c. § 484.

80) Glüd l. c. Bd. 35, S. 83 fg.; Mühlenbruch l. c. Bd. 38, S. 79 fg.; Beseler l. c. Thl. II, S. 279 fg.; v. Bunge l. c. § 277.

81) l. 35. pr. D. de hered. instit. (28, 5).

82) l. 19. de liber. et post. (28, 2). — — — *adiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse jussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adjuvandae.*

83) l. 1. § 4. l. 9. § 13. D. de hered. instit. (28, 5); l. 29. D. ad SC. Trebell. 36, 1; l. 10. D. de hered. inst. (28, 5); l. 41. § 8. D. de vulg. et pupill. substit. (28, 6).

Wirkung einer solchen Institution war für Notherben ganz dieselbe wie für andere Erben, wobei die Entwicklung der Fideikommiss-theorie seit Augustus von wesentlichem Einfluß war. Sofern nämlich aus der testamentarischen Disposition hervorgeht, daß und zu wessen Gunsten der ex re certa Instituirte auf diese beschränkt sein solle, liegt hierin ein stillschweigendes Universal-fideikommiss resp. die Anordnung eines Singular-Vermächtnisses, indem der Fiduciar von dem Universal-fideikommissar die res certa als Singular-fideikommiss erhält⁸⁴). Ist neben mehreren anderen sine parte oder ex certa parte instituirten Erben auch ein heres ex re certa instituirt, so liegt hierin immer die Anordnung eines Universal-fideikommisses zu Gunsten der sine parte oder ex certa parte eingesetzten Miterben, von denen der ex re certa Instituirte die res certa als Singular-fideikommiss zurückempfängt⁸⁵). Ungeachtet nun der ex re certa Instituirte, unter den gedachten Voraussetzungen, die res certa als Vermächtnisnehmer erhält, wird er doch sonst wirklicher Erbe, wie sich dies schon in der Möglichkeit einen Notherben ex re certa einzusetzen, in dem jus accrescendi zu Gunsten des so Eingesetzten, wenn

84) § 3. Inst. quibus modis test. infirm. (2, 17); I. 29. D. ad SC. Treb. (28, 6): — ut contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant. — Sind sämtliche Erben auf res certae instituirt, so erhalten sie dieselben als Präfidikommiss, I. 35. § 1. l. 78. D. de hered. instit. (28, 5); I. 17. pr. D. de milit. test. (29, 1) und sind im Uebrigen Erben zu gleichen Theilen I. 9. § 13. l. 10. l. 35. pr. § 2. l. 78. pr. D. (28, 5), falls nicht die den einzelnen zugewiesenen res certae die Erbschaft gerade erschöpfen, I. 35. pr. D. eod. Ist aber ersichtlich, daß und zu wessen Gunsten die institutio des Erben ex re certa denselben auf diese letztere beschränken will, so kommen auch hier die im Texte zu Note 84 angeführten Grundsätze zur Anwendung. arg. l. 29. D. (28, 6).

85) Vergl. außer den Note 81 u. 82 angeführten Stellen noch Nov. 107, cap. 1; Nov. 115, cap. 5. und dazu I. 69. pr. D. de legat. II. (Petere poterunt coheredes partem hereditatis, retinente sive praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus) u. I. 13. C. de hered. instit. (6, 24). — cf. Reumer*: die heredis institutio ex re certa Giessen 1853, S. 341; v. Bangerow I. c. § 449, S. 180 fg.

die gehörig Instituirten wegfallen⁸⁶), in der Befugniß zum Abziehen der Quarta Trebellianica⁸⁷), in der Unfähigkeit des ex re certa Instituirten bei dem Testamente Zeuge zu sein⁸⁸), in der Berechtigung und Verpflichtung zur Collation⁸⁹) und in der Berechtigung zur Anstellung des iudicium familiae heriscundae⁹⁰) deutlich zeigt.

Ganz gleichgültig ist es gewiß, ob die res certae einzelne körperliche Sachen sind oder überhaupt einzelne Vermögensgegenstände, die letztwillig zugewendet werden können, z. B. Geldsummen, Forderungen u. dergl. m.⁹¹). Immer aber muß die Erbeseinsetzung so beschaffen sein, daß durch diese der Notherbe etwas zugewendet erhält, sonst ist sie eine Erbeseinsetzung auf Nichts, welche eben deswegen den Vorschriften der Nov. 115 nicht entsprechen würde.

Eine solche Erbeseinsetzung auf Nichts aber findet sowohl dann statt, wenn, nach einer die Erbschaft gerade erschöpfenden Vertheilung derselben, der Notherbe auf das Uebrige eingesetzt ist⁹²), als auch dann, wenn derselbe auf etwas ihm selbst bereits Gehöriges instituirt wird; und zwar ist es in diesem letzteren Falle ganz gleichgültig, ob der Notherbe es von einem Anderen oder von dem Erblasser bei dessen Lebzeiten schon erhalten hatte, desgleichen ob Letzteres in den Pflichttheil einzurechnen ist⁹³) oder nicht. — Nur dann freilich ist keine Erbeseinsetzung auf Nichts

86) v. Bangerow I. c. S. 184.

87) I. 11. C. ad leg. Falcid. 6, 50; I. 29. D. ad SC. Treb. (28, 6); § 3. Inst. quib. mod. test. inof. (2, 17).

88) v. Bangerow I. c.

89) Reumer* I. c. S. 461 fg. S. 472; v. Bangerow I. c. S. 185.

90) I. 35. l. 78. D. de hered. inst. (28, 5).

91) Franke I. c. S. 392; Arnbt's I. c. S. 141, Note 265.

92) I. 17. § 3. D. de hered. instit. (28, 5).

93) a M. für diesen Fall Franke I. c. S. 395, siehe jedoch dagegen Arnbt's I. c. S. 270.

vorhanden, wenn das von dem Erblasser bei Lebzeiten Gegebene dem Empfänger noch wieder entzogen werden konnte, wie z. B. eine *donatio mortis causa*, denn alsdann kann auch noch leicht willig darüber verfügt werden ⁹⁴⁾.

Der Statthaftigkeit einer Einsetzung des Notherben auf *res certae* stehen auch nicht entgegen einige, auf den ersten Blick allerdings scheinbar derogirende, Bestimmungen der einheimischen Rechtsquellen.

Die Mitauische Polizeiordnung Tit. 44 § 4, desgleichen die Bauskeische Tit. 26 § 6 und die Friedrichstadt'sche Tit. 25 § 6 verlangen nämlich, daß Vater und Mutter ihre Kinder auf „gleichen oder ungleichen Theil“ ernennen und einsetzen.

In ähnlicher Weise heißt es in § 171 der Kurl. Statuten: »Si pater testamento filibus *certam portionem* assignaverit, ea contentae esse debent ac licebit patri filiis *duplam*, filibus vero *simplicem* assignare« — und nach § 172 der Kurl. Stat. sind die Kinder verpflichtet, den Eltern *dimidiam partem*, den Geschwistern und Geschwisterkindern aber *alteram semissem* zu hinterlassen.

Man könnte hiernach annehmen, daß der Notherbe nicht auf *res certae*, sondern auf eine *pars quota* gerade des Nachlasses, einzusetzen sei.

Indessen ist eine solche Auslegung doch nicht wohl zu rechtfertigen, denn die citirten Stellen der Polizei-Ordnungen wollen bloß sagen, daß die Eltern dem einen Kinde mehr als dem anderen zu hinterlassen befugt sind und wenn diese Stellen allerdings den regelmäßigen Fall der Erbeseinsetzung auf einen aliquoten Theil des Nachlasses im Auge haben, so ist doch damit die, durch die Nov. ausdrücklich für zulässig erklärte, Einsetzung des Notherben auf *res certae* nicht für aufgehoben zu erachten; zumal man ja auch von denen, welche auf *res certae* instituirt sind,

94) Arndts I. c.

wohl sagen kann, daß ihnen, in Geld berechnet, ein Theil der Erbschaft zugewendet sei.

In gleicher Weise heißt es ja auch von den Pflichttheilsberechtigten, daß ihnen der Pflichttheil, der doch als eine *pars quota* der *portio ab intestato* bezeichnet wird, durch Legat oder *mortis causa donatio* einzelner Vermögensgegenstände hinterlassen werden könne. Nur vom Pflichttheil spricht aber, wie bereits früher dargezuthun versucht worden, der § 172 der Kurl. Stat. bei Erwähnung der *dimidia pars* und der *altera semis*, nicht von der Art und Weise wie die Notherben zu instituiren sind. Ebenso wenig spricht hiervon der § 171 der Kurl. Statuten, welcher lediglich normirt, in welchem Verhältnisse, nicht durch welche Art und Weise der Einsetzung, der Vater sein Vermögen zwischen Söhnen und Töchtern zu vertheilen befugt ist. Denn wenngleich es allerdings heißt, daß die Töchter, falls ihnen eine *certa portio* im Testamente des Vaters hinterlassen worden, damit zufrieden sein sollen; so ist doch damit nicht gesagt, daß die Töchter, wenn ihnen die *simplicis pars* anders, als durch Erbeseinsetzung auf eine entsprechende Quote des väterlichen Nachlasses, zugewendet worden, um deswillen nicht gehörig instituirt seien, sondern es ist hierin nur ausgesprochen, daß die Töchter, (nämlich eines Indigenatsedelmannes), wiewohl Notherbinnen, dennoch, singulärer Weise, keinen Anspruch auf einen bestimmten Pflichttheil haben, daß sie vielmehr mit jedem, noch so geringen Theile des Nachlasses, den ihnen der Vater zuwendet, zufrieden sein müssen. Ob diese letztere Bestimmung noch heute zu Tage praktisch sei? dürfte doch sehr zu bezweifeln sein, indessen ist hier nicht der Ort für die Erledigung dieser Frage.

§ 29.

- 3) Ob und inwieweit eine bedingte Erbeseinsetzung des Notherben zulässig ist, kann, da die Nov. 115 hierüber schweigt und ebenso auch die Kurl. Rechtsquellen keine desfallsigen Bestim-

mungen enthalten, nur nach allgemeinen Grundsätzen entschieden werden.

Darnach ist denn ohne Zweifel die Zufügung einer Potestativ-Bedingung statthast, denn selbst nach dem strengen älteren Noth-erbenrecht war dies erlaubt. Ebenso darf aber auch eine nicht potestative Bedingung dann hinzugefügt werden, wenn ein gesetzlicher, wahrer Enterbungsgrund angegeben ist, weil unter Angabe eines solchen der Notherbe auch unbedingt ausgeschlossen werden kann.

Fehlt aber die Angabe eines Enterbungsgrundes, so ist die nicht potestativ-bedingte Erbeinsetzung ungültig, wengleich beim Tode des Erblassers die Bedingung bereits erfüllt sein sollte⁹⁵⁾, weil eine so bedingte Institution eine Ausschließung für den Fall der nicht erfüllten Bedingung enthält, nach Nov. 115 aber die Ausschließung von der Erbschaft überhaupt, also auch die eventuelle, nur unter Angabe eines gesetzlichen und wahren Enterbungsgrundes geschehen darf. Die abweichende Ansicht einiger Juristen⁹⁶⁾, welche die Erbeinsetzung für gültig halten, wenn beim Tode des Testators die Bedingung erfüllt ist, hängt zum Theil mit der, später zu prüfenden, Meinung zusammen, daß die Verletzung der Vorschriften der Nov. 115 nur relative Nullität oder Rescissibilität der Erbeinsetzungen zur Folge habe. In dessen ist jene Ansicht auch nach dieser Meinung nicht wohl zu rechtfertigen, denn es würde immer der, jetzt für alle Notherben geltende, Grundsatz: *«certo enim iudicio a successione removendi sunt»* hindernd entgegenstehen.

Für den Fall, daß beim Tode des Erblassers die nicht potestative Bedingung noch nicht erfüllt ist, sind auch Francke⁹⁷⁾ und Arndts⁹⁸⁾ der Ansicht, daß die Erbeinsetzung nicht gelte. Ges

95) Goeßhen l. c. § 862; Sinterls l. c. § 195, S. 618. Anm. 2.

96) Francke l. c. S. 385; Arndts l. c. S. 142.

97) l. c.

98) l. c.

wis mit Recht, denn wenn Justinian die Ausschließung des Noth-erben nur unter Angabe eines gültigen Enterbungsgrundes gestattete, so konnte es offenbar sein Wille nicht sein, dem Erblasser die Ausschließung dieser Personen, auch ohne Angabe eines solchen Grundes, indirect und eventuell, durch Hinzufügung irgend welcher, casuellen oder mixten, Bedingung zu erlauben.

Deßhalb scheint mir denn auch die Ansicht Mühlenbruch's⁹⁹⁾ und v. Bangerow's¹⁰⁰⁾, welche annehmen, daß die nicht-potestative Bedingung, da sie doch nicht die gewöhnliche Wirkung haben dürfe, pro non scripta anzusehen und so die Erbeinsetzung aufrecht zu erhalten sei, nicht begründet, denn den Vorschriften der Nov. ist nicht genügt.

Ist der Notherbe bloß vulgariter substituirt, so finden die bisher erörterten Grundsätze über bedingte Einsetzungen nicht statt¹⁰¹⁾; weil eben eine Substitution gar nicht durchweg wie eine bedingte Erbeinsetzung behandelt werden kann: denn die Bedingung jeder Substitution (*si institutus non volet oder non poterit heres fieri*) ist keine eigentliche, sondern eine *quae tacite inest*, sie versteht sich von selbst.

Da jedoch, wenn mehrere Grade der Erbeinsetzung gemacht worden, jeder einzelne Grad als ein besonderes Testament angesehen wird, der bloß substituirt Notherbe rücksichtlich der früheren Grade aber weder instituirt noch auch gehörig ausgeschlossen ist, so werden diese, auch nach Nov. 115, beseitigt und der bloß substituirt Notherbe kommt, mit den in gleichem Grade etwa eingesezten Erben, als institutus zur Erbfolge¹⁰²⁾. Ges

99) l. c. Bd. 37, S. 213 fg., Bd. 41, 184 fg.

100) l. c. S. 335, vergl. auch Heumann l. c. S. 232 fg., der derselben Ansicht ist.

101) A. M. Mühlenbruch l. c. Bd. 37, S. 218 – 222, dessen Meinung auch Sinterls l. c. S. 619 Anm. beigetreten ist.

102) Francke l. c. S. 397; Arndts l. c. S. 144; v. Bangerow l. c. § 484; Heumann l. c. S. 239 fg.

wiß inconsequent ist es, wenn Mühlenbruch ¹⁰³⁾ zu demselben Resultate gelangt, denn, da er die Substitution wie jede andere nicht potestativ-bedingte Einsetzung auffaßt, die nicht-potestative Bedingung aber pro non scripta ansieht, so konnte er auch nicht annehmen, daß der substitutus die instituti verdränge, sondern er mußte behaupten, daß der substitutus mit den instituti zugleich erbe.

§ 30.

Anlangend demnächst

B. die Enterbung ¹⁰⁴⁾, so ist hierüber zu bemerken:

1) sie darf nur unter specieller Anführung eines gesetzlichen und wahren Enterbungsgrundes im Testamente, jedoch ebensowohl ausdrücklich als stillschweigend, also auch durch Präterition, geschehen ¹⁰⁵⁾.

Die Kurländischen Rechtsquellen, deren hierher gehörige Bestimmungen ¹⁰⁶⁾ bereits früher mehrfach in anderer Beziehung erörtert worden, erfordern zwar ebenfalls einen rechtmäßigen Enterbungsgrund, sagen jedoch nicht ausdrücklich, daß derselbe specie ll im Testamente anzugeben sei; allein es versteht sich von selbst, daß nichts destoweniger auch nach Kurl. Rechte solche specielle Angabe erforderlich ist, denn eine Abänderung des gemeinen Rechts ist in den citirten Bestimmungen der einheimischen Rechtsquellen nicht ausgesprochen und daher auch, nach allgemeinen Interpretationsgrundsätzen, nicht für beabsichtigt zu erachten.

Der § 172 der Kurl. Statuten scheint freilich, wenn man ihn außer dem Zusammenhange mit dem gemeinen Rechte betrach-

103) l. c. §. 219. 221.

104) Grande l. c. §. 397 fg.; Arnolds l. c. §. 144 fg.; Mühlenbruch l. c. Bd. 37, §. 222 fg.; Heumann l. c. §. 245 fg.

105) Nov. 115, cap. 3, pr. u. cap. 4, pr.

106) § 168 u. 172. Stat. Curl. Wittensche Statut. Th. III, Tit. 1 § 2; Mitausche P.D. Tit. 44, § 4. Bausf. P.D. Tit. 26, § 6. Friedrichstädt. P.D. Tit. 25, § 6; Kurl. B.B. § 131.

tet, die Ausschließung der Ascendenten im Testamente der Descendenten ganz absolut zu verbieten, denn es heißt: »Liberi quoque — — testamento suo parentes suos excludere non possunt.« Jedoch einerseits der in den Worten »liberi quoque« liegende Anschluß an den § 168 der Kurl. Statuten, in welchem den Ascendenten nur verboten wird ihre Descendenten ohne rechtmäßige Ursache auszuschließen, und die dadurch hervorgehobene Reciprocität; andererseits die Allgemeinheit des Ausdruckes: »excludere«, welcher auch eine willkürliche Ausschließung bedeuten kann ¹⁰⁷⁾ und jedenfalls keine bestimmte Abänderung des gemeinen Rechts enthält, führen nothwendig auch hier dazu, nach allgemeinen Grundsätzen, eine solche Abänderung nicht anzunehmen.

In einem Erbeinsetzungsvertrage darf eine Ausschließung der Notherben nicht statuiert werden, insofern eine einseitige, ohne Zuziehung der betreffenden Notherben vorgenommene, Enterbung gemeint ist; denn für die unveränderte Geltung des römischrechtlichen Grundsatzes, daß Enterbungen nur in eigentlichen Testamenten erfolgen können, spricht nicht nur die Vermuthung, da es gemeinrechtlich an einer abweichenden gesetzlichen Bestimmung und sicheren Praxis fehlt; sondern auch die Regeln: einmal, daß Enterbungen nicht zu begünstigen seien, sodann, daß die Rechtsverhältnisse dritter Personen durch Verträge nicht direct normirt werden dürfen ¹⁰⁸⁾.

Etwas ganz Anderes ist es, wenn in einem affirmativen Erbvertrage die Notherben in ihre Enterbung willigen, denn alsdann liegt ein, mit einem Erbeinsetzungsvertrage verbundener, Erbverzicht vor ¹⁰⁹⁾, der als solcher gültig ist.

107) So ist das excludere auch aufgefaßt im f. g. Verschauschen Landrechte.

108) Mühlenbruch l. c. Bd. 38, §. 98 fg.; Befeler l. c. Th. II, Bd. I, §. 304, wo auch die abweichenden Ansichten Anderer angeführt sind. Gerber l. c. § 260, Note 1.

109) Befeler l. c. §. 303.

- 2) immer muß bei der Enterbung der Wille des Testators, bestimmte Notherben als ingrati auszuschließen, bestimmt ausgedrückt sein. Hierauf deuten die Worte: *nominatim ingratitudinis causas inserere in cap. 3* und *causas specialiter nominare in cap. 4* der Nov. 115; und hierfür spricht auch der Umstand, daß es bei der Vorschrift des älteren Rechts, welches eine *exhereditio nominatim facta* erforderte, nicht sowohl auf eine bloße Formalität, als vielmehr auf eine bestimmte Willenserklärung des Testators, abgesehen war ¹¹⁰⁾.
- 3) da der Testator, unter specieller Anführung einer *causa ingratitudinis*, die Notherben unbedingt ausschließen darf, so ist auch, wenn nur ein solcher Enterbungsgrund angegeben worden, gewiß eine bedingte Ausschließung statthaft und zwar ganz allgemein, nicht bloß für den Fall, daß der Notherbe *sub contraria conditione* instituirt ist; denn die bedingte Ausschließung desjenigen, der um seiner Verschuldung willen unbedingt ausgeschlossen werden dürfte, ist eine Willkür des Testators, welche gegen die sub 1 erwähnte Vorschrift nicht verstößt ¹¹¹⁾.

Deshalb ist es denn auch gleichgültig, ob beim Tode des Testators die Bedingung der Ausschließung noch schwebt ¹¹²⁾ oder schon erfüllt ist. Deficirt sie aber, so ist nicht etwa eine still-

110) Arnbt's l. c. S. 145. A.M.: Franke l. c. S. 399; v. Wangerow l. c. S. 340; Mühlenthal l. c. Bd. 37, S. 230 fg. — Siehe dagegen Sinteris l. c. S. 614, Anm. 1.

111) A.M. ist Sinteris l. c. S. 619, Anm. 2. indem er nur unbedingt Enterbung für zulässig erklärt, weil die Regel des älteren Rechts „certo enim iudicio liberos a parentum successione esse removendos“ auf einem höheren materiellen Rechtsprinzip beruhe, daß seit Nov. 115 für alle Notherben gelte. Vergl. jedoch Arnbt's l. c. S. 145 fg.

112) A.M. ist für diesen Fall Franke l. c. S. 401 sq., weil alsdann der Notherbe präterirt wäre; allein dies darf ja auch nach Franke's Ansicht *adjecta causa* geschehen. S. v. Wangerow l. c. S. 341.

schweigende Erbesetzung unter der entgegengesetzten Bedingung anzunehmen ¹¹³⁾, weil sich ja gar nicht die Größe des Erbtheils für den bloß bedingt Ausgeschlossenen bestimmen läßt; sondern es treten die Folgen ein, welche die Nov. 115 für die Nichtbeobachtung ihrer Vorschriften anordnet, nämlich Wegfallen der Erbesetzungen ¹¹⁴⁾.

- 4) Der Grundsatz, daß der Notherbe ab omnibus gradibus ausgeschlossen werden müsse, ist nicht mehr anwendbar; die Ausschließung unter Angabe eines Enterbungsgrundes wirkt absolut und es kommt daher auch nicht mehr darauf an, an welcher Stelle im Testamente die Ausschließung angeordnet ist ¹¹⁵⁾.
- 5) Die Grundsätze, daß die Enterbung *a tota hereditate*, nicht *post aditam hereditatem* oder *post mortem* des Notherben angeordnet werden dürfe, gelten auch nach der Nov. 115 in materieller Hinsicht, insofern eine Enterbung bloß von einem Theile des Nachlasses, bezüglich des anderen Theiles, falls der Notherbe auf diesen nicht instituirt ist, eine Verletzung der Vorschriften der Nov. enthielte und ferner die Anordnung, daß der *suus heres*, erst nachdem ein Anderer die Erbschaft erworben, ausgeschlossen, desgleichen, daß der Notherbe erst nach seinem Tode enterbt sein solle, eine Widersinnigkeit wäre; der Notherbe wäre also in allen diesen Fällen nicht gehörig ausgeschlossen, aber er wäre auch nicht instituirt. Die § 22 und 23 erörterten formellen Consequenzen aber, die die Römer aus den erwähnten Grundsätzen zogen, gelten gewiß nicht mehr, weil ja *adjecta causa* auch die Präterition der Notherben gestattet ist und überdies diese rein formellen Beschränkungen, welche für die, zwar an

113) Mühlenthal l. c. Bd. 37, S. 227 fg.

114) Arnbt's l. c. S. 146 und im Rechtslexikon, Bd. III, S. 918.

115) Sinteris l. c. S. 614 fg. Anm. 1; Franke l. c. S. 400; Arnbt's l. c. Bd. VIII, S. 148.

gewisse Formen gebundene, sonst aber von der Willkür des Testators abhängende und deshalb nicht begünstigte, ältere Exheredation galten, auf die wohlverdiente, und daher auch nicht gehässige, Ausschließung nicht füglich Anwendung leiden ¹¹⁶⁾.

§ 31.

Sehr bestritten ist es, ob der Enterbungsgrund selbst bedingungsweise ausgedrückt werden dürfe? Diese Frage ist von der sub 3 erörterten über die Zulässigkeit bedingter Ausschließung sehr verschieden und mit ersterer nicht zu verwechseln ¹¹⁷⁾.

Daß ein schon vorhandener Enterbungsgrund, von dessen Existenz der Testator aber nicht genau unterrichtet ist, als *conditio in praesens* oder *in praeteritum collata* beigelegt werden dürfe, ist nicht zu bezweifeln; allein alsdann wäre der Enterbungsgrund auch nicht als eigentliche Bedingung ausgedrückt und nur von dem Falle einer eigentlichen Bedingung ist hier die Rede.

Unsere Frage ist von vielen Juristen, namentlich von Mühlbruch ¹¹⁸⁾, Mayer ¹¹⁹⁾, Arndts ¹²⁰⁾, Sintenis ¹²¹⁾, v. Buchholz ¹²²⁾ bejaht worden, während nur einige, insbesondere Götschen ¹²³⁾, Heumann ¹²⁴⁾ und v. Bangerow ¹²⁵⁾ dieselbe verneinen.

Diese letztere Ansicht scheint auch mir die richtigere zu sein.

116) Grande l. c. §. 398; Arndts l. c. §. 148, insbesondere Sintenis l. c. §. 614 fg. Anm.

117) Dies thut Mühlbruch l. c. Bd. 37, §. 231 fg., vergl. v. Bangerow l. c. und Arndts l. c. §. 146, Note 2b9.

118) l. c. §. 231 fg.

119) Erbrecht I, §. 282.

120) l. c. §. 147.

121) l. c. §. 619 fg. Anm.

122) In der Gleß. Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, Bd. XIII, §. 353.

123) l. c. §. 862.

124) l. c. §. 484, §. 342.

125) In der Gleß. Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. XVII, §. 247 fg.

Justinian schreibt in der Nov. 115 allgemein die Erbeseinsetzung der Descendenten und Ascendenten vor, nur ausnahmsweise, nämlich unter specieller Angabe einer gesetzlichen *causa ingratitudinis*, die Ausschließung dieser Personen gestattend, und diese Enterbungsgründe sind sämtlich solche, die Justinian sich offenbar als schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandene, nicht als erst künftig, bis zum Tode des Testators, eintretende denkt. Dies ist aus der Nov. 115 cap. 3 §. 1–14 und cap. 4 §. 1–8 ersichtlich. Zwar scheint hiergegen cap. 3 §. 14 zu sprechen, wegen der Worte: *et permaneant liberi in ea infidelitate*; allein dieser Satz sagt nur, daß rechtgläubige Eltern ihre Kinder, welche, (wie der Anfang des §. 14 zeigt), schon vor der Testamentserrichtung von der Orthodoxie abgefallen sind und sodann bei ihrer Heterodoxie beharren, aus diesem Grunde — *pro hac maxime causa* — enterben dürfen.

Abfall vom rechten Glauben und Verharren in der Heterodoxie werden also als schon vorhanden bei Errichtung des Testaments vorausgesetzt. Es verhält sich demnach mit dem Ausdrucke: *permaneant* hier ganz ebenso, wie in cap. 3 §. 10 mit dem Ausdrucke *permanserit*, wo doch schon das *tempus praeteritum* auf etwas der Testamentserrichtung Vorhergehendes deutlich hinweist.

Die Enterbung auf den Fall eines erst künftig eintretenden Enterbungsgrundes wäre daher ein Verstoß gegen die formelle Vorschrift Justinian's, welche einmal zur Form der, nur ausnahmsweise gestatteten, Enterbung die namentliche Angabe eines *tempore testamenti conditi* vorhandenen Enterbungsgrundes erfordert, sodann aber auch als Strafverfügung im Zweifel milder zu interpretiren ist. Die hier verfochtene Ansicht muß, aus ganz denselben Gründen, auch dann zur Anwendung kommen, wenn der bedingungsweise beigelegte Enterbungsgrund, falls er nach Errichtung des Testaments einträte, einen *Indignitätsgrund* abgiebt.

Indessen kann doch der Testator, wenn er befürchtet, daß, nach Errichtung des Testaments, der Notherbe sich einer Enterbungsbursache schuldig machen könnte, denselben unter der Bedingung zum Erben einsetzen, daß er keine die Enterbung rechtfertigende Handlung begehe; denn dies ist eine Potestativ-Bedingung, die Vermeidung einer causa ingratitudinis immer von dem Willen des Notherben abhängig. Auf diesem Wege darf also der Testator den Zweck erreichen, der durch bedingungsweise Hinzufügung des Enterbungsgrundes nicht zu erreichen ist. Durch die cautio Mutiana ist es dem Notherben alsdann zwar möglich zum Besitz seines Erbtheils zu gelangen; allein er verliert diesen *de-ficiente conditione* wieder ¹²⁶⁾.

6) Eine Consequenz aus der soeben vertheidigten Ansicht ist es aber, daß *infantes* und *postumi* nicht gültig enterbt werden können ¹²⁷⁾. Nur bei *quasi postumi* läßt sich eine Enterbung denken, da diese schon zur Zeit der Testamenterrichtung eine, die Ausschließung rechtfertigende, Handlung begangen haben können ¹²⁸⁾.

§ 32.

Es sind nunmehr noch

C. die einzelnen Enterbungsgründe ¹²⁹⁾ in Betracht zu ziehen.

Diese sind für die Descendenten und Ascendenten, und für erstere zum Theil nach Verschiedenheit des Geschlechts, verschieden. Die Nov. 115 enthält im cap. 3 § 1—14 die Gründe, aus de-

126) Arndts l. c. S. 147.

127) v. Wangerow l. c. § 484 in fine A.M. ist Mühlenbruch l. c. Bd. 37, S. 354; Sintonis l. c. S. 629; Arndts l. c. S. 155.

128) Arndts l. c. S. 155.

129) Glück l. c. S. 209 fg.; Franke l. c. S. 404 fg.; v. Buchholz: juristische Abhandlungen, S. 128 fg.; Mühlenbruch l. c. Bd. 37, S. 140 fg.; Arndts im Rechtslexikon, Bd. III, S. 895 fg.; v. Wangerow l. c. § 484. — Sintonis l. c. S. 629 fg.

nen Descendenten und im cap. 4 § 1—8 diejenigen, aus denen Ascendenten ausgeschlossen werden dürfen.

Die Kurl. Rechtsquellen erwähnen einzelner Enterbungsgründe nur im § 64 der Kurl. Statuten und in den Piltenschen Statuten Thl. III. Tit. 1 § 2 ¹³⁰⁾ in Beziehung auf Descendenten.

Es sind hier nachstehende Punkte besonders hervorzuheben:

I. Die Gründe aus denen Ascendenten ihre Descendenten enterben dürfen, sind, nach der Reihenfolge der Nov. (cap. 3), folgende:

- 1) wenn die Kinder sich an ihren Eltern thätlich vergriffen haben;
- 2) wenn sie sich anderweitige grobe Injurien gegen ihre Ascendenten haben zu Schulden kommen lassen.

Hierher gehören auch Drohungen mit Thätlichkeiten, ebenso aber auch mittelbare Beleidigungen und es ist daher Incest mit der eigenen Mutter u. s. w., desgleichen mit der eigenen Schwester, oder Unzucht mit des Vaters Braut eine schwere Beleidigung gegen den Vater ¹³¹⁾.

Die Piltenschen Statuten führen die sub 1 u. 2 erörterten Enterbungsgründe ebenfalls an, jedoch enger gefaßt: „wenn Kinder ihre Eltern schmähen, schlagen.“

- 3) Wenn sie gegen ihre Eltern eine Criminal-Anklage erhoben haben, ausgenommen wegen Hochverraths oder Majestäts-Verbrechens.

Dieser Enterbungsgrund bezieht sich, wenn man bei dem Begriff der *accusatio* stehen bleibt, regelmäßig auf männliche Descendenten, da Weiber nur ausnahmsweise eine öffentliche Anklage anstellen durften ¹³²⁾. In den Fällen, in welchen auch

130) — — — „Ursachen aber sind, wenn die Kinder ihre Eltern schmähen, schlagen, nach ihrem Leben trachten, sie in Nöten, Gefängnissen, Krankheiten und dergleichen Uebelthaten vorlassen, penlich vorlagenn.“

131) Mühlenbruch l. c. Bd. 37, S. 182. 181. vergl. l. 1. § 5. D. de injur. (47, 10).

132) Mühlenbruch l. c. S. 143, gegen die abweichende Ansicht v. Buch-

Weiber zu einer *accusatio* zugelassen wurden, ist dieser Enterbungsgrund auch auf weibliche Descendenten anwendbar.

Da indessen einerseits die hier vorausgesetzte *accusatio* durch einen Privat-Ankläger gemeinrechtlich als *antiquit* zu betrachten ist, andererseits, wie Sintenis wohl mit Recht behauptet¹³³⁾, das innerliche Moment dieses Enterbungsgrundes — die in der *accusatio* gegen die Eltern liegende Unnatur — als das Ueberwiegende zu betrachten ist, so muß man, soll anders dieser Enterbungsgrund gemeinrechtlich noch als praktisch betrachtet werden, dem Begriffe der Anklage den des Antrages substituiren, unter welchem letzteren eine ganz formlose Handlung, auch eine bloße Anzeige oder Denuntiation zu verstehen ist¹³⁴⁾. — Dies wird man aber dann auch für Kurland gelten lassen müssen, da hier, Criminalinjurienklagen abgerechnet, die übrigens ohnehin gegen Eltern von ihren Kindern nur wegen *injuria atrox* angestellt werden dürfen^{134a)} und nicht so leicht vorkommen werden, im *Accusationsproceffe* stets der öffentliche Ankläger, (der Kreisfiskal resp. Gouvernementsfiskal), *ex mandato regiminis* *accus*irt.

Darnach ist die praktische Anwendbarkeit der, mit der *Nov.* übereinstimmenden, Piltenschen Statuten l. c. zu beurtheilen, welche als Enterbungsgrund anführen, wenn Kinder ihre Eltern „penlich vorlagen“.

4) Wenn sie mit Giftmischern und Zauberern (*μετὰ φαρμακῶν*) als Genossen derselben verkehren. Der im griechischen Original gebrauchte Ausdruck *φαρμακός*, der sich übrigens auf beide Geschlechter bezieht und in der *Vulgata* durch *maleficus*, von Haloander und Hombergk aber durch *veneficus* übersetzt ist, bedeutet sowohl Giftmischer als auch Zauberer,

holz l. c. §. 130, welcher behauptet, daß es im Justinianischen Rechte gestattet gewesen durch einen *Procurator* einen *accusatio* vorzubringen und das Recht sich eines solchen *Procurators* zu bedienen auch einem Frauenzimmer zugestanden habe.

133) Sintenis l. c. §. 197, S. 630, Anm. 5.

134) Sintenis l. c.

134a) l. 7 §§ 3 u. 4. D. de injur. (47, 10).

insofern letztere sich mit der Bereitung magisch wirkender oder geheimnißvoller Mittel zu gewissen sträflichen Zwecken, wie z. B. zur Abtreibung von Leibesfrüchten, zur Unfruchtbarmachung zc., beschäftigen¹³⁵⁾.

- 5) Wenn die Kinder ihren Eltern nach dem Leben trachten. — Hiermit übereinstimmend sind die Piltenschen Statuten l. c. in den Worten: „nach ihrem Leben trachten“.
- 6) Wenn männliche Descendenten mit ihrer Stief-Ascendentin oder der Concubine ihres Ascendenten unerlaubten Umgang getrieben. Im Gesetze ist zwar nur von dem *filii* die Rede, wenn er mit der Stiefmutter oder mit der Concubine des Vaters *concumb*irt. Allein dasselbe muß auch von entfernteren männlichen Descendenten gelten, welche mit ihrer Stiefgroßmutter u. s. w. oder mit der Concubine eines entfernteren Ascendenten sich vergehen, denn juristisch sind diese Fälle dem namentlich angeführten gleich. Die *ratio* dieses Enterbungsgrundes ist der unerlaubte Umgang mit solchen Frauen, mit denen der Ascendent in erlaubter Geschlechtsverbindung steht. Da nun bei uns der Concubinat verboten ist, während er nach römischem Rechte eine erlaubte Geschlechtsverbindung war, so läßt sich die Ausdehnung dieses Enterbungsgrundes auf den unerlaubten Umgang mit der *Maitresse* des Ascendenten¹³⁶⁾ nicht billigen.
- 7) Wenn Descendenten ihren Ascendenten durch falsche Denuntiation großen Schaden geurteilt. Der im Urtext gebrauchte Ausdruck *σοκοφάντης* bezeichnet den falschen, *chikanösen* Denuncianten, den *caluminator*, wie auch Julian und Haloander das Wort *σοκοφάντης* übersetzen, während die *Vulgata* und

135) Mühlenbruch l. c. §. 144 fg.; Goeßhen l. c. §. 862 und Sintenis l. c. §. 630, Anm. 6.

136) Dies thut v. Buchholz l. c. §. 131, vergl. dagegen Mühlenbruch l. c. §. 147 fg. und Buchta l. c. §. 492, Note d. und über diesen Enterbungsgrund überhaupt Mühlenbruch l. c.

Hombertgl dasselbe durch delator wiedergeben¹³⁷⁾. Diesen Enterbungsgrund bloß auf den Sohn¹³⁸⁾ oder doch wenigstens nur auf männliche Descendenten¹³⁹⁾ zu beschränken, ist kein genügender Grund vorhanden, denn, wengleich im Gesetz nur der Sohn genannt ist, so ist es doch gesetzlich anerkannt, daß filius die Descendenten überhaupt bezeichne, wenn nicht besondere Gründe zur Beschränkung dieses Ausdruckes auf Söhne vorhanden sind: filii appellatione omnes liberos intelligimus¹⁴⁰⁾.

- 8) Wenn männliche Descendenten, (dies bevortwortet Justinian ausdrücklich), sich weigern, sich für die Person oder die Schulden ihres im Gefängniß befindlichen Ascendenten, auf dessen Aufforderung, zu verbürgen, insofern sie dazu vermögend sind. — Uebrigens dürfte dieser Enterbungsgrund, nach der Fassung des Gesetzes, nur auf diejenigen männlichen Descendenten, welche zur Zeit der Aufforderung die nächsten Intestaterben sind (qui possunt ad ejus successionem venire), zu beschränken sein¹⁴¹⁾.

Allgemeiner drücken die Pütschen Statuten l. c. diesen Enterbungsgrund aus: „wenn Kinder ihre Eltern — — — in Gefängnissen — — — vorlassen“. Daß hier die in der Nov. 115 cap. 3 § 8 erwähnte Enterbungsursache gemeint ist, scheint wohl nicht zweifelhaft; aber anstatt der Beschränkung auf männliche Descendenten, wie sie in der Nov. statuiert ist, werden hier ganz allgemein die Kinder genannt. — Die sonstigen Erfordernisse dieses Enterbungsgrundes aber sind aus der Nov. zu ergänzen.

137) Marejoll in v. Grolmann's und v. Böhr's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. IV, S. 392 fg., — Mühlenbruch l. c. S. 149 fg.

138) v. Buchholz l. c. S. 132.

139) Mühlenbruch l. c. Note 61.

140) l. 84. D. de verb. signif. (50, 16), vergl. Sintonis l. c. Ann. 8.

141) v. Buchholz l. c. S. 133; Mühlenbruch l. c. S. 150 fg.

9) Wenn ein Descendent seinen Ascendenten absichtlich an der Errichtung eines Testaments verhindert hat.

- 11) Wenn Kinder sich ohne Einwilligung der Eltern unter die Arenarier — Thierkämpfer — oder Mimen — Schauspieler, die durch Tanz und Gestikulationen alle Arten lächerlicher und unzüchtiger Scenen vorstellten¹⁴²⁾ — begeben und bei diesem Gewerbe verharren, es sei denn, daß die Eltern ein gleiches Gewerbe treiben.

Diesen Enterbungsgrund wollen Einige, namentlich Mühlenbruch¹⁴³⁾, bloß auf den Sohn, von welchem das Gesetz freilich allein spricht, beziehen; indessen dürfte Mühlenbruch dabei doch mit sich selbst im Widerspruche stehen, da er doch den 6ten und 7ten Enterbungsgrund, der ebenfalls nur vom Sohne spricht, wenigstens auf männliche Descendenten entfernterer Grade ausdehnen will.

Arenarier und Mimen waren nach dem prätorischen Edicte, als personae, quae artem ludicram faciunt, infames. — Thierkämpfer (bestiarii) kommen jedoch jetzt nicht mehr vor und auf die heutigen Schauspieler darf die Bestimmung über Mimen unterschieden nicht bezogen werden, weil Schauspieler nach unsern Rechtsbegriffen nicht zu den infamia notati gehören¹⁴⁴⁾. Eben deswegen ist es auch unstatthaft, diesen Enterbungsgrund auf Bärenführer, Marionettenspieler, Seiltänzer, Bänkelsänger und dergl. Personen anzuwenden, da sich in Beziehung auf diese nicht von Infamie oder Ehrlosigkeit¹⁴⁵⁾, sondern höchstens von Verächtlichkeit im Sinne des deutschen Rechts reden läßt¹⁴⁶⁾.

142) Glük l. c. Bd. VII, S. 227. Brissonius de verb. signif. v. Aren. et Pantomimi.

143) l. c. S. 153, ebenso v. Buchholz l. c. S. 134; v. Wangerow l. c.

144) Glük l. c. S. 227 fg.; Goeschen l. c.

145) Glük und Goeschen l. c. A.M.: Franke l. c. S. 407 und Einleit. l. c. S. 632, Ann. 12.

146) Gerber l. c. § 42, nicht ganz richtig spricht hier Glük l. c. von „Anrüchigkeit“.

12) Wenn eine minderjährige Tochter sich der Unzucht ergiebt¹⁴⁷⁾, ohne den Consens der Eltern nachzusuchen heirathet oder wider den Willen der Eltern eine unanständige¹⁴⁸⁾ Ehe eingeht, — auch wenn die Eltern ihr keine Gelegenheit zu einer passenden Verheirathung geboten hatten; — desgleichen wenn eine großjährige Tochter sich derselben Vergehen schuldig macht, nachdem ihr die Eltern Gelegenheit zu einer anständigen Ehe¹⁴⁹⁾ geboten hatten, oder wenn sie sich, auch abgesehen hiervon, mit einem Unfreien einläßt. — Dies scheint der richtige Sinn des allerdings sehr undeutlich gefaßten Gesetzes (Nov. 115 cap. 3 § 11) zu sein¹⁵⁰⁾.

Auch das s. g. Interim (oder die kaiserliche Erklärung) v. J. 1548 Td. 21 § 9 und 10, welches nicht bloß von Töchtern, sondern allgemein von Kindern, also auch von Söhnen, spricht, sagt keinesweges, daß jede gegen den Willen der Eltern eingegangene Ehe einen genügenden Enterbungsgrund abgebe, sondern daß im einzelnen Falle das richterliche Ermessen entscheiden solle¹⁵¹⁾.

Hierher gehört auch der einzige in den Kurl. Statuten speciell angeführte Enterbungsgrund. In dem § 64 derselben heißt es:

147) Im griechischen Urtext heißt es *αίσχρον βίον ἐπιλέξῃται*, was die Vulgata durch *luxuriosam vitam elegerit*, *Salaomber* und *Hombert* aber richtiger durch *turpem vitam delegerit* (oder *eligat*) übersetzen.

148) Daß nur eine solche gemeint sein kann, folgt aus l. 19. D. de ritu nuptiarum (23, 2), denn verweigern die Eltern ohne Grund den Consens, so kann dieser von der Obrigkeit ergänzt werden und die wider den Willen der Eltern eingegangene Ehe rechtfertigt die Ausschließung nicht, weil keine *justa causa offensiois*, sondern eine bloße Willkür der Eltern vorliegt.

149) l. 12. l. 1. D. de sponsalibus (23, 1), denn die Ablehnung einer nicht anständigen Ehe ist ihr Recht, und kann keinen Nachtheil für sie haben.

150) Vergl. über die verschiedenen Auslegungen: *Blud* l. c. S. 236 bis 244; *Grande* l. c. S. 407 fg.; *Mühlenbruch* l. c. S. 153—164; *Sintenis* l. c. 632, Anm. 13.

151) *Grande* l. c. S. 410 fg.; *Mühlenbruch* l. c. S. 163 fg.

«Liberi igitur ob patriam potestatem, in qua constituti sunt, sine consensu parentum matrimonia non inibunt, sub poena exheredationis, si nimirum parentes justam contradicendi causam prae se tulerint.»

Dieses Gesetz bedarf in einigen Beziehungen einer näheren Erörterung.

- 1) Obgleich hier von Kindern, die sich noch in der patria potestas befinden, die Rede ist, so scheint doch bei diesem Ausdrucke, wegen des gleich darauf folgenden *parentum*, nicht sowohl an die väterliche Gewalt, als vielmehr an das allgemeine elterliche Recht, gedacht zu sein¹⁵²⁾, und jedenfalls ist nach der Kirchenverordnung v. J. 1832 § 68 und 71 auch die Einwilligung der Mutter — falls der Vater todt oder sein Aufenthalt unbekannt ist, zur Ehe der Kinder erforderlich.
- 2) Der § 64 der Kurl. Statuten verlangt, ohne zwischen minderjährigen und großjährigen Kindern zu unterscheiden, die Angabe rechtmäßiger Weigerungsgründe; dieses könnte durch den § 70 der Kirchenordnung v. J. 1832 als abgeändert erscheinen, insofern hier verordnet ist, daß die Eltern ihren großjährigen Kindern nur aus speciell bestimmten Gründen die Einwilligung zur Eheschließung verweigern dürfen. Darnach scheinen Eltern den minderjährigen Kindern keine Gründe des verweigerten Consenses angeben zu müssen. Da jedoch das ältere Recht in jedem Falle die Ergänzung des unrechtmäßig verweigerten Consenses dem Ermessen des Richters überließ¹⁵³⁾, so ist es wohl richtiger dieses, weil die Kirchenordnung es nicht aufgehoben, sondern nur rückwärts der großjährigen Kinder die Weigerungsgründe nä-

152) v. Bunge *Kurl. Privatrecht*, § 178, S. 342, vergl. mit § 209 und 210, S. 407 fg. u. 409 fg.

153) v. Bunge l. c. § 178, Anm. h. *Kurl. B.B.* §§ 66 u. 67.

her bestimmt, auch noch gegenwärtig als geltend zu betrachten ¹⁵⁴).

- 3) Der § 64 der Kurl. Statuten, mit welchem in dieser Beziehung auch die Kirchenordnung in den §§ 68—71 übereinstimmt, spricht nicht bloß von Töchtern, sondern auch von Söhnen.

Nach Kurländischem Rechte muß man also sagen: Töchter sowohl als Söhne dürfen von ihren Eltern enterbt werden, wenn sie sich — selbst als Großjährige — ohne den Consens der Eltern nachzufuchen resp. gegen den Willen der Eltern — die in dessen ihren Consens nur aus rechtmäßigen, den großjährigen Kindern sogar nur aus speciell im Geseze bestimmten Gründen verweigern dürfen — verheirathen. Es wird also hier der in der Nov. zwischen der minderjährigen und großjährigen Tochter namentlich gemachte Unterschied nicht statuirt. Was die Nov. über den unzüchtigen Lebenswandel als Enterbungsgrund festsetzt, ist dagegen auch in Kurland als anwendbar zu betrachten. Von Bunge ¹⁵⁵) behauptet noch, daß dieser Enterbungsgrund wegfallt, wenn die ohne Consens der Eltern geschlossene Ehe auf Klage derselben wieder aufgelöst wird; allein für diese Ansicht spricht, meines Wissens, keine Bestimmung der einheimischen Rechtsquellen; vielmehr widerspricht derselben die ratio dieses Ausschließungsgrundes: die, in der Nichtbeachtung der rechtmäßigen elterlichen Weigerungsgründe resp. in der unterlassenen Nachsuehung des elterlichen Consenses liegende, offenbare Hintanziehung der den Eltern gebührenden Ehrerbietung ¹⁵⁶). Diese ratio, und mithin der darauf beruhende Ausschließungsgrund, macht sich aber auch nach Aufhebung der Ehe, auf Klage der Eltern, noch geltend.

154) v. Bunge l. c. und in den theoret. pratt. Erörterungen, Bb. IV, S. 270 fg.

155) Kurl. Privatrecht § 271 und in den Erörterungen l. c. S. 276 u. 283, Anm. 1.

156) Mühlenbruch l. c. S. 155.

Die Bestimmung der Piltenschen Statuten Thl. II. Tit. 2: „Diejenige, so unter väterlicher Gewalt sein, sollen ohne Bewilligung ihrer Eltern sich nicht verheirathen bey Verlust des halben Theils ihrer Anwartsung“

scheint zwar das Verheirathen der Kinder ohne Consens der Eltern als einen Indignitätsgrund anzusehen, welcher Verlust der halben Intestaterbportion bewirkt ¹⁵⁷); aber daraus läßt sich doch noch nicht folgern, daß nach Piltenschem Rechte die Eingehung einer Ehe wider oder ohne den Willen der Eltern kein Enterbungsgrund sei, wie v. Bunge ¹⁵⁸) annimmt; denn es giebt ja auch nach gemeinem Rechte mehrere Enterbungsgründe, die zugleich Indignitätsgründe ¹⁵⁹) sind, und wenn die Piltenschen Statuten den in Rede stehenden Enterbungsgrund zu einem Grunde theilweiser Indignität machten, so haben sie denselben damit nicht aus der Reihe der Enterbungsgründe getilgt.

Ebenso wenig scheint mir auch für die Auffassung Neumann's ¹⁶⁰) zu sprechen, der zu Folge die qu. Bestimmung der Piltenschen Statuten den Sinn haben soll, daß den ohne Consens des Vaters heirathenden Kindern nur die Hälfte des Pflichttheils zu hinterlassen sei. Denn, wenn ein Pflichttheilsberechtigter aus irgend einem Grunde, der zugleich Enterbungsgrund ist, nach gesetzlicher Bestimmung als indignus die Hälfte der ihm *ab intestato* zu fallenden Erbschaft (Anwartsung) einbüßen soll, so folgt doch daraus mit nichten, daß der Erblasser, falls er ein Testament macht, einem solchen Pflichttheilsberechtigten die Hälfte des Pflichttheils hinterlassen müsse, da das Vorhandensein eines Enterbungsgrundes ja vielmehr zur gänzlichen Ausschließung von der Erbschaft berechtigt.

157) v. Bunge Kurl. Privatrecht, § 282 und in den Erörterungen l. c. S. 276 und 280 fg.

158) v. Bunge Kurl. Privatrecht, § 271, Anm. 1 und in den Erörterungen l. c. S. 276.

159) Nov. 115, cap. 3, § 12 u. 13.

160) Kurl. Erbrecht, S. 172, Anm. *.

12) Wenn die Kinder sich eines geisteskranken Ascendenten nicht angenommen haben; alsdann kann sie dieser, wenn er später geneset ist, ausschließen.

Auf diesen Enterbungsgrund beziehen sich wohl auch die Piltenschen Statuten l. c. in den Worten: „sie in — — Krankheiten — — vorlassen“; obgleich, wie namentlich aus den darauf folgenden Worten: „und dergleichen Triebfahlen“ hervorgeht, hier nicht bloß Geisteskrankheiten gemeint sind.

13) Wenn ein wenigstens 18jähriger Descendent sich nicht bemüht seinen, in feindlicher Gefangenschaft befindlichen, Ascendenten loszukaufen.

Die Worte der Piltenschen Statuten l. c.: „sie in Nöten, Gefängnissen — — vorlassen“ dürften wohl auch diesen Enterbungsgrund der Nov. umfassen, gehen jedoch allerdings noch hierüber hinaus.

14) Wenn Kinder rechtgläubiger Eltern in Heterodoxie verfallen und bei derselben verharren.

Dieser Enterbungsgrund fällt heute zu Tage, wie man wohl allgemein einverstanden ist, weg¹⁶¹⁾, zumal der von Justinian aufgestellte Maßstab der Orthodoxie, nämlich Anerkennung der vier ersten öumenischen Concilien: des ersten Nicäischen, des ersten Constantinopolitanischen, des Ephesinischen und des Chalcedonischen, jetzt nicht mehr zur Anwendung kommen kann.

§ 33.

Außerdem sind noch zu erwähnen nach den Piltenschen Statuten l. c.

15) Wenn Kinder ihre Eltern in Nöthen („in Nöten“) verlassen.

16) Wenn sie ihre Eltern in Krankheit verlassen.

17) Wenn sie ihre Eltern in ähnlicher Trübsal (in „dergleichen Triebfahlen“) verlassen.

161) Mühlenbruch l. c. S. 166 und die baselbst citirten Schriftsteller; Boeschen l. c.; Sintenis l. c. S. 629, Anm. 2.

Bei diesen drei letzteren Enterbungsgründen¹⁶²⁾ wird offenbar, wegen ihrer sehr allgemeinen Fassung, das richterliche Ermessen entscheiden müssen, ob in concreto eine genügende Ausschließungsurache vorhanden ist oder nicht, da doch wohl nicht das Verlassen in jeder, noch so unbedeutenden, Krankheit oder in jeder Verlegenheit (Noth) die Enterbung nach der Absicht des Gesetzgebers rechtfertigen soll.

Es liegt eine solche Hinweisung auf das *arbitrium judicis* auch ziemlich deutlich in den Worten: „und dergleichen Triebfahlen“, denn welche Trübsal soll denn von gleicher oder ähnlicher Art mit den vorhererwähnten Krankheiten und Nöthen sein? und mit welchen Krankheiten und Nöthen namentlich?

Es ist übrigens nicht zu bezweifeln, daß außer den, in den Kurl. und Piltenschen Statuten speciell angeführten, bereits erörterten, Enterbungsgründen auch die übrigen gemeinrechtlichen gelten; denn die Piltenschen Statuten, welche überall auf Ausschließlichkeit keinen Anspruch machen, führen zwar bestimmte, zum größten Theil mit Nov. 115, cap. 3 übereinstimmende, Enterbungsgründe an, sagen aber keinesweges, daß diese die einzigen sein sollen; und die Kurländischen Statuten § 168 erfordern nur eine *gravis et justa causa*, quae *arbitrio judicis* definiatur, also eine rechtmäßige, genügende Ursache, über deren Zulänglichkeit im einzelnen Falle das richterliche Ermessen entscheiden soll. Werden nun hiernach allerdings für den Richter in Kurland die gemeinrechtlichen *causae ingratitudinis*, soweit sie noch gelten, zur Richtschnur dienen müssen, so ist er doch jedenfalls im eigentlichen Kurland hierauf nicht beschränkt; er kann, und muß sogar, nach seinem *arbitrium* (*boni viri*) gleich schwere oder gar noch

162) Sie erinnern an den bei Harmenopolus zwischen dem 7. und 8. Enterbungsgrunde der Nov. eingeschalteten Grund, welcher in der Reichschen Uebersetzung so lautet: „Si illis (parentibus) in diutina infirmitate jacentibus aut in egestate et impotentia constitutis filii nullam eorum curam gesserint atque a parentibus vocati eos providentia sua dignari noluerint. — Vergl. Mühlenbruch l. c. S. 150, Note 64a.

schwerere Vergehen, als die in der Nov. aufgeführten, für vollgültige Enterbungsgründe anerkennen.

Die Mitausche Polizei-Ordnung Tit. 44 § 4 erfordert ganz allgemein nur „rechtmäßige Ursachen“ der Enterbung. Für die Auslegung dieses Erfordernisses ist es entscheidend, daß die Mitausche Polizei-Ordnung im J. 1606, also 11 Jahre vor Publikation der Statuten erlassen ist. Demnach können unter den rechtmäßigen Enterbungsgründen wohl nur die gemeinrechtlichen zu verstehen sein.

Anderwärts dürften wohl die Bauslesche Polizei-Ordnung Tit. 26 § 6 und die Friedrichstädtsche Polizei-Ordnung Tit. 25 § 6 aufzufassen sein, welche in den citirten Stellen ebenfalls nur „rechtmäßige Ursachen“ der Enterbung verlangen; denn die Bauslesche Polizei-Ordnung ist im J. 1635, die Friedrichstädtsche im J. 1647, also nach Emanation der Kurländischen Statuten, verfaßt und sind daher beide aus diesen letzteren, als dem zunächst zu berücksichtigenden Subsidiarrechte, zu erklären. Es sind sonach hier die „rechtmäßigen Ursachen“ gleichbedeutend mit der *gravis et justa causa, quae arbitrio iudicis definitur*, im § 168 der Kurl. Statuten.

Dagegen scheint zwar zu sprechen, daß die zuletzt erwähnten beiden Polizei-Ordnungen in den bezogenen Stellen fast wörtlich mit der Mitauschen Tit. 44 § 4 übereinstimmen und entweder aus dieser oder mit ihr aus einer anderen gemeinsamen Quelle geschöpft sind. Allein wenn hiernach der ursprüngliche Sinn der „rechtmäßigen Ursachen“ in ersteren derselben ist wie in der Mitauschen Polizei-Ordnung, so dürfte doch hier, bei der Allgemeinheit des Ausdruckes „rechtmäßig“, die nähere Bestimmung desselben aus dem Kurl. Landrechte zu entnehmen sein.

Die Kurländische Bauer-Verordnung § 131 gestattet die Ausschließung der Mütter, „nach den bestehenden allgemeinen Gesetzen“ wegen begangener Verbrechen oder anderer gesetzlicher Ursachen.

Es liegt in dieser Bestimmung eine deutliche Hinweisung auf das Subsidiarrecht, also in erster Linie auf das Kurländische resp. das Piltensche Landrecht, wonach denn die einzelnen Enterbungsgründe nach Bauerrecht im eigentlichen Kurland und im ehemaligen Piltenschen Kreise verschieden zu bestimmen sind.

§ 34.

II. Die Gründe, aus denen Descendenten ihre Ascendenten enterben dürfen, sind, bei dem gänzlichen Schweigen der einheimischen Rechtsquellen hierüber¹⁶³), nur aus der Nov. 115 cap. 4 §§ 1—8 zu entnehmen. Es sind folgende:

- 1) Wenn Eltern ihre Kinder wegen eines mit Todesstrafe bedrohten Verbrechens, den Hochverrath ausgenommen, einer Criminal-Untersuchung überliefern, geschehe dies nun durch Anklage oder Denuntiation oder auf sonst eine Art¹⁶⁴).
- 2) Wenn sie den Kindern in anderer Weise nach dem Leben getrachtet haben.
- 3) Wenn der Ascendent mit der Frau oder Concubine seines Descendenten unerlaubten Umgang getrieben. Im Urtext ist von der Frau oder Concubine τῷ οἰκεῖον πατρὸς die Rede, indessen ist dies wohl allgemein auf die Frau etc. des Descendenten, auch wenn er nicht suus des Ascendenten ist, zu beziehen, denn abgesehen davon, daß der griechische Text nicht einmal feststeht, indem Galoander τῷ ἰδιῶν πατρὸς liest und daß οἰκεῖος πατρὸς keinesweges den suus gerade bezeichnet, ist die ratio des Gesetzes doch den unerlaubten Umgang mit einer in rechtmäßiger Geschlechtsverbindung mit dem männlichen Descendenten stehenden Person zu strafen¹⁶⁵).

163) Den § 131 der Kurl. B.V. ausgenommen, der aber ganz allgemein, hinsichtlich der Enterbung der Ascendenten, auf das gemeine Recht verweist. —

164) Mühlenbruch l. c. S. 167 fg., — gegen die zum Theil abweichende Auffassung v. Buchholz S. 141.

165) Vergl. Schneider in den Anmerkungen zu der Uebersetzung der

- 4) Wenn Eltern ihre Kinder in der Errichtung eines Testaments gehindert haben. — Gegen die Annahme des P. v. Buchholz¹⁶⁶⁾, daß hier nur von Hauskindern (suis) die Rede sei, weil es im griechischen Text heißt: *ei oi γονεις τους ιδιους παιδας διαθηκας ποιησαι κωλυσειαν* etc., haben sich mit Recht erklärt Mühlenbruch¹⁶⁷⁾ und insbesondere Schneider¹⁶⁸⁾.
- 5) Wenn ein Ascendent seinen Ehegatten durch Gift um Leben oder Verstand zu bringen versucht oder ihm sonst nach dem Leben getrachtet hat¹⁶⁹⁾.
- 6) Wenn dieselben sich ihrer wahnsinnigen Kinder nicht angenommen haben, in welchem Falle diese, nach ihrer Genesung, die Eltern ausschließen dürfen.
- 7) Wenn dieselben ihre in feindlicher Gefangenschaft befindlichen Kinder nicht loszukaufen bemüht gewesen.
- 8) Wenn die Eltern rechtgläubiger Kinder von der Orthodogie abfallen und bei der Heterodoxie beharren.

Dieser letztere Enterbungsgrund kann, aus den sub. I, 14 erörterten Gründen, heute zu Tage keine Anwendung mehr finden.

Nov. 115 in dem corpus juris civilis in's Deutsche übersetzt u. s. w. Bb. 7, Leipzig 1833) S. 541 fg. und in der Gleß. Zeitschrift, Bb. XII, 369 fg.; Buchta l. c. § 492 u. Note i; Arndts l. c. S. 897, Note 82; Sintenis l. c. S. 633, Anm. 16; v. Wangerow l. c. A.M.; v. Buchholz l. c. S. 141 und Mühlenbruch l. c. S. 168 fg.

166) l. c. S. 141.

167) l. c. S. 169.

168) l. c.

169) Der Verfolgte muß auch Ascendent des Kindes sein, Francke l. c. S. 411; Arndts l. c. S. 897, Note 84, es genügt nicht, daß er Stiefvater oder Stiefmutter u. s. w. desselben ist, wie v. Buchholz l. c. S. 142, Note 37a; Mühlenbruch l. c. S. 170; Sintenis l. c. S. 633, Anm. 17; v. Wangerow l. c. behaupten; denn es heißt *liberis licentiam esse*, und unter den *liberi* sind wohl offenbar gemeinschaftliche Kinder der vorher erwähnten beiden Ehegatten gemeint.

§ 35.

III. Vor der Aufzählung der einzelnen Enterbungsgründe bemerkt Justinian in cap. 3 der Nov. 115:

»Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant judicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitude visae sunt, aliquae vero, quum essent dignae, praetermissae sunt, ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat *ex alia lege* ingratitude causas opponere, nisi quae *hujus constitutionis serie continentur.*«

Diese Bestimmung hat nun sehr verschiedene Auslegungen erfahren¹⁷⁰⁾ und man hat in derselben insbesondere den Sinn finden wollen, daß der Kaiser die logische Ausdehnung der genannten Enterbungsgründe verboten habe.

Diese von Mühlenbruch¹⁷¹⁾ als die richtigere weitläufig verteidigte Ansicht dürfte gleichwohl nicht ganz zu rechtfertigen sein.

Mühlenbruch selbst giebt zu, daß Justinian eigentlich nur sage: es sollten außer den in diesem Gesetze (der Nov. 115) enthaltenen Enterbungsgründen, keine anderen gelten; und ferner, daß in einem Gesetze Alles enthalten sei, was sich aus der ratio desselben mit voller Consequenz entwickeln lasse.

Ebenso giebt Mühlenbruch zu, daß es fast unbegreiflich erscheine, wie Justinian, wenn er wirklich die von ihm angeführten Enterbungsgründe nur ihrem buchstäblichen Inhalte nach wollte gelten lassen, eine Reihe eben so schwerer, ja sogar noch schwererer, mit den genannten überdies nahe verwandter, Vergehen übersehen konnte. Aber dennoch, und obgleich er gesteht, daß das Resultat seiner Auslegung für den Verstand wenig befriedi-

170) Vergl. Glück l. c. S. 247 fg.; Mühlenbruch l. c. S. 176 fg.

171) l. c.

gend sei, und selbst eine freiere Auslegung und Anwendung des Gesetzes für gerechtfertigt hält, wenn eine Enterbungsursache im Gesetze durch einen allgemeinen Begriff bezeichnet wird, ja sogar ein Hinausgehen über den Wortverstand für nicht ausgeschlossen erklärt, so oft eine Handlung zwar verschieden ist von der im Gesetze genannten Enterbungsursache, jedoch im juristischen Sinne ebensoviel bedeuete wie diese, — hält er seine Auffassung um deswillen für gerechtfertigt, weil die logische Ausdehnung mit der deutlich ausgesprochenen Ansicht des Gesetzgebers schlechterdings nicht zu vereinigen sei; denn der Kaiser habe dem, in der hier fraglichen Beziehung, bisher unbestimmten und zur Richterwillkühr führenden, Rechte Festigkeit und Sicherheit geben wollen. Lasse man nun hier die Ausdehnung ex ratione legis zu, so sei in der That Alles beim Alten geblieben, es herrsche die alte Unsicherheit.

Allein wenn man selbst noch darauf sogar Gewicht legen wollte, daß Justinian die einzelnen Enterbungsgründe unter fortlaufenden Nummern auführt und sonach andere als die aufgeführten gewiß nicht wollte gelten lassen, so würde man dennoch aus diesen und den übrigen von Mühlenbruch vorgebrachten Argumenten nur zu dem Schlusse kommen müssen, daß aus der allgemeinen *ratio* der Enterbungsgründe, nämlich Undankbarkeit gegen den Testator und schlechter Lebenswandel, keine neuen Enterbungsgründe hergeleitet werden dürfen; keinesweges aber ließe sich dadurch die Behauptung begründen, daß eine Ausdehnung der einzelnen genannten Enterbungsgründe, nach ihrer *ratio*, unstatthaft sei. Diese muß vielmehr, da sie hier weder direct noch indirect ausgeschlossen ist, und auch durchaus nicht zu der alten Unsicherheit führt, nach allgemeinen Interpretationsregeln für zulässig gelten ¹⁷²⁾.

172) Buchta l. c. § 493, Note f; Arnolds l. c. §. 898 fg.; Sintenis l. c. §. 633 fg. Anm. 20; v. Wangerow l. c. vergl. auch Francke l. c. §. 412 fg.

Diese hier für das gemeine Recht vertheidigte Ansicht muß, nach der sub I. gelieferten Erörterung der einheimischen Rechtsbestimmungen (§ 168 der Kurl. Statuten und Piltensche Statuten Thl. III. Tit. 1 § 2), für Kurland um so mehr Platz greifen, als ja im eigentlichen Kurland, mit Ausnahme Mitau's ¹⁷³⁾, sogar über die Zulänglichkeit des Enterbungsgrundes in jedem einzelnen streitigen Falle das Ermessen (*boni viri arbitrium*) des Richters entscheiden und im ehemaligen Piltenschen Kreise wenigstens für mehrere Enterbungsgründe zur Anwendung kommen soll.

§ 36.

IV. Der eingesezte Erbe hat das Vorhandensein des im Testamente angeführten Enterbungsgrundes, und wenn mehrere derselben angeführt sind, wenigstens eines derselben, zu beweisen ¹⁷⁴⁾. Jeder Enterbungsgrund setzt aber eine Verschuldung des zu enterbenden Notherben voraus und die Enterbung ist daher unstatthaft, wenn bezüglich der, an sich als *causa ingratitudinis* geltenden, Handlung die Zurechenbarkeit zur Schuld ausgeschlossen ist oder das Merkmal der Widerrechtlichkeit, z. B. wegen rechter Nothwehr und dergl. fehlt.

V. Ein Enterbungsgrund, welcher nur den einen der testirenden Ascendenten oder Descendenten berührt, kann einem anderen Ascendenten oder Descendenten keine Berechtigung zur Ausschließung geben ¹⁷⁵⁾; und hat der Testator vor Errichtung des Testaments dem Notherben, den er aus einem gesetzlich anerkannten Grunde ausschließen durfte, verziehen, so ist alsdann, durch die Verzeihung, zur Zeit der Testamentserrichtung rechtlich kein Enterbungsgrund mehr vorhanden ¹⁷⁶⁾.

173) Vergl. oben § 33, S. 108.

174) Nov. 115, cap. 3 in fine u. cap. 4, § 9.

175) Mühlenbruch l. c. §. 171 fg.; Arnolds l. c. §. 897 fg.; v. Buchholz l. c. §. 144 fg. l. 155. § 2. de R. J. (50, 17), u. l. 42. de poenis (48, 19).

176) Mühlenbruch l. c. §. 188 fg.; Arnolds l. c. §. 899 fg. A.W. Marejoff in der Oest. Zeitschrift Bd. VI, S. 2.

Hat dagegen der Erblasser, nachdem er den Notherben gültig enterbt, demselben nachher verziehen, so bleibt die Enterbung, solcher Verzeihung ungeachtet, nichts desto weniger, nach der richtigeren Ansicht, bestehen¹⁷⁷⁾, denn sonst würde, im Widerspruche mit den über Aufhebung von Testamenten geltenden allgemeinen Grundsätzen, ein gültiges Testament durch den in der Verzeihung liegenden Willen, daß die Ausschließung nicht weiter gelten solle — mithin durch den bloßen Willen des Testators — aufgegeben werden¹⁷⁸⁾.

VI. Da die Notherben diejenigen Personen sind, die der Testator entweder gehörig zu instituiren oder, unter Angabe eines gesetzlichen und in Wahrheit begründeten Enterbungsgrundes, von der Erbschaft auszuschließen verpflichtet ist, so dürfte es unrichtig sein, das Nichtvorhandensein eines Ausschließungsgrundes zu den Voraussetzungen des Notherbenrechts zu rechnen, wie dies gleichwohl die Meinung Arndts' zu sein scheint¹⁷⁹⁾.

177) Mühlenbruch l. c. S. 185 fg.; Sintenis l. c. S. 634, Anm. 22; v. Bangerow l. c. A. M.: Franke l. c. S. 414 und die bei Mühlenbruch l. c. S. 186, Note 68 angeführten Schriftsteller, zu denen noch Arndts l. c. S. 900 hinzugekommen ist.

178) v. Bangerow l. c., dagegen aber wieder Arndts l. c. S. 900, Note 92, weil hier nicht der Wille direct das Testament aufheben soll; allein dieser Einwurf erscheint mir nicht überzeugend.

179) Lehrbuch der Pandekten, § 592, und im Rechtslexikon Bb. VIII, S. 124.

Kapitel IV.

Von den Folgen des verletzten Notherbenrechts.

§ 37.

Nicht weniger streitig als die, im vorigen Kapitel erörterte, Frage über die Erfordernisse der gehörigen Institution und Ausschließung, ist es ferner, welche Folgen eintreten, wenn gegen die Bestimmungen der Nov. 115 gefehlt worden und wie sich, in der hier fraglichen Beziehung, das Recht der Nov. 115 zu dem früheren Rechte verhalte.

Die Darstellung und Entscheidung der hierher gehörigen Controversen macht es nothwendig, das ältere Recht¹⁾, wenigstens in der Kürze, in Erwägung zu ziehen.

Das ältere *jus civile* stellte für den Fall der Präterition folgende Grundsätze auf:

War ein, zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhandener, *filius suus* präterirt, so war das Testament seinem ganzen Umfange nach nichtig und zwar war diese Nichtigkeit, nach der von Justinian gebilligten²⁾ Ansicht der Sabinianer, eine gleich anfängliche, während die Proculianer nur dann das Testament als nichtig betrachteten, wenn der präterirte *suus* den Testator überlebte³⁾.

Die Präterition anderer, zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandener, *sui* hatte keine Nichtigkeit des Testaments zur Folge, sondern sie accrescirten den eingefetzten Erben, waren diese ebenfalls *sui*, in *partem virilem*, sonst in *dimidiam partem*⁴⁾.

1) Vergl. Franke l. c. §§ 7—9 u. 11—14; Mühlenbruch l. c. Bb. 36, insbes. 309—344 u. S. 436—454, Bb. 37, S. 3—74; Arndts im Rechtslexikon Bb. VIII, S. 81—95; v. Bangerow l. c. § 467, §§ 470—473.

2) l. 7 D. de liber. et post. (28, 2); pr. Inst. de exhered. liber. (2, 13); Gaj. II, § 123.

3) Gaj. II, § 123.

4) Gaj. II, § 124; Ulp. XXII, § 17.

In der l. 4 C. de liber. praeterit. (6, 28) schaffte jedoch Justinian dieses jus accrescendi ab, indem diesem Gesetze zu Folge die Präterition anderer sui nunmehr ganz dieselbe Wirkung, wie die Präterition des filius suus, haben sollte.

Waren jedoch im Testamente mehrere Grade der Erbeinsetzung gemacht, so findet die Nullität nur bei denjenigen Graden statt, bezüglich auf welche der suus präterirt ist ⁵⁾.

In Folge dieses Grundsatzes: »eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere«, wurde denn auch, wenn der suus im ersten Grade präterirt, im zweiten aber rite exheredit war, die Erbschaft nur den im zweiten Grade Instituirten, also den Substituten, deserirt ⁶⁾, und wenn diese wegfallen, dem suus oder den anderweitigen Intestaterben des Erblassers. War jedoch der suus im zweiten Grade nicht exheredit, sondern instituirt, so wird ihm die Erbschaft, mit Nichtberücksichtigung des ersten Grades, sofort im zweiten Grade ex testamento deserirt ⁷⁾; und wenn ferner der suus im zweiten Grade präterirt, im ersten aber exheredit war, so gingen ihm allerdings die im ersten Grade eingesetzten Erben vor, fielen diese jedoch weg, so trat wieder Intestaterbfolge ein ⁸⁾.

Die Präterition eines suus postumus, gleichviel ob derselbe ein filius suus oder ein anderweitiger suus war, hatte die Folge, daß das an sich gültige Testament erst im Moment der agnatio oder quasi agnatio postumi rumpirt, also nachträglich, seinem ganzen Umfange nach, nichtig ⁹⁾ wurde, und zwar nicht

5) l. 14 § 1 D. de liber et postum. (28, 2); l. 43 § 2 D. de vulg. et pupill. substit. (28, 6).

6) l. 3 § 6 D. de liber. et postum. (28, 2); l. 43 § 2 D. de vulg. et pupill. substit. (28, 6).

7) l. 75 D. de hered. instit. (28, 5); l. 43 § 2 D. de vulg. et pupill. substitut. (28, 6).

8) l. 8 D. de liber. et postum. (28, 2); l. 4 D. de injust. rupt. test. (28, 3).

9) l. 3 § 3 D. de injust. rupt. test. (28, 3).

bloß rücksichtlich des Grades, in welchem der postumus präterirt war, sondern auch rücksichtlich aller folgenden, selbst derjenigen, in Beziehung auf welche er rite exheredit war, wobei jedoch zu berücksichtigen, daß ein schon vor der agnatio oder quasi agnatio postumi weggefallener Grad hierbei nicht in Betracht kommt, sondern nur die folgenden Grade ¹⁰⁾, denn ein nicht mehr vorhandener Grad kann nicht mehr rumpirt werden.

War daher der postumus im ersten Grade präterirt, im zweiten exheredit und der erste Grad bei der agnatio postumi schon weggefallen, so ist der postumus durch die im zweiten Grade instituirten Erben ausgeschlossen; existirt dagegen der erste Grad bei der agnatio postumi noch, so rumpirt letzterer das Testament und wird Intestaterbe ¹¹⁾. Der im ersten Grade exhereditirte, im zweiten Grade präterirte postumus wurde, wenn der erste Grad, bei seiner agnatio, noch nicht aus irgend einem Grunde weggefallen war, durch die instituti primi gradus ausgeschlossen; wogegen, wenn in dem gedachten Zeitpunkte der erste Grad schon weggefallen, das Testament rumpirt und der postumus wiederum Intestaterbe war ¹²⁾. Sind nun im ersten Grade mehrere Erben instituirt, von denen einer oder einige wegfallen, so ist es von wesentlichem Einflusse, ob der postumus zur Zeit dieses Wegfallens schon agnoscert ist oder nicht. Im ersteren Falle, wo durch die agnatio postumi die folgenden Grade schon sofort rumpirt sind, wird derselbe durch das, unter den instituti des ersten Grades stattfindende, jus accrescendi ausgeschlossen ¹³⁾;

10) l. 5 D. de inj. rupt. test. (28, 3); l. 14 pr. D. de liber. et post. (28, 2).

11) l. 5 D. de inj. rupt. test. (28, 3).

12) l. 8 D. de liber. et post. (28, 2).

13) l. 14 D. de liber. et post. (28, 2), vergl. Mühlensbruch l. c. Bb. 36, S. 445 fg. A. M. ist Grade Instituirten bereint und zu gleicher Zeit antreten, durch das Nachrüden des oder der Substituten, das Testament fallen müsse, es sei denn, daß die Substituten schon aus einem anderen Grunde weg-

im zweiten Falle dagegen, wo der zweite und die folgenden Grade noch nicht rumpirt sind und der substitutus daher in die Stelle des ausgefallenen institutus hinaufrückt, wäre der postumus nicht ab omnibus heredibus primi gradus exheredit und rumpirt den ersten Grad daher durch seine agnatio ¹⁴⁾.

Nach dem oben aufgestellten Grundsatz ist denn auch der, in den Quellen nicht entschiedene, Fall zu beurtheilen, wenn der im ersten Grade präterirte postumus im zweiten Grade instituirt ist. Er rumpirt das Testament und wird Intestaterbe, wenn der erste Grad bei seiner agnatio noch existirt; entgegengesetzten Falles wird ihm die Erbschaft ex testamento deferirt ¹⁵⁾.

§ 38.

So lange nun die Ruption des Testamentes durch einen postumus noch erwartet wird, kann die Erbschaft ex testamento nicht deferirt werden ¹⁶⁾. Stirbt also inzwischen der eingefetzte Erbe, so ist er nicht testamentarischer Erbe geworden; ist jedoch ein suus eingefetzt und dieser der einzige im Testamente Instituirte, so ist es bei seinem Tode gewiß, daß aus dem Testamente Niemand Erbe werden kann und der suus wird bei seinem Tode Intestaterbe seines parens ¹⁷⁾.

Ist die Ehefrau des Testators bloß aus Irrthum für schwanger gehalten worden, so kann dies dem Rechte eines instituirten suus, da er bei seinem Tode dennoch ipso jure Erbe geworden, nichts schaden, wohl aber einem extraneus heres ¹⁸⁾.

gefallen sind; allein die substituti sind ja in unserem Falle immer schon durch die agnatio postumi beseitigt und weggefallen, vergl. auch noch Goeßchen l. c. § 857, Note 4, und v. Wangerow l. c. § 470.

14) l. 19 pr. D. de inj. rupt. test. (28, 3).

15) v. Wangerow l. c. § 470 und Mühlenbruch l. c. Bb. 36, S. 453. 454.

16) l. 84 D. de acquir. hered. (29, 2): „quamdiu rumpi testamentum potest, non deferitur ex testamento hereditas.“

17) l. 16 D. de liber et post. (28, 2).

18) l. 84 D. de acquir. hered. (29, 2) u. l. 30 § 6 eod.

Diese Strenge des Civilrechts wurde jedoch durch das prätorische Recht insofern gemildert, als dasselbe den im Testamente des parens eingefetzten Kindern, (sowohl den sui als den emancipati), gestattete, vorläufig, solange noch durch postumi agnatio die Ruption des Testamentes erwartet wird, um b. p. c. t. nachzusehen, deren Vortheile auch den Erben des inzwischen verstorbenen instituirten Kindes zu Statten kamen und welche sich, wenn der postumus nicht erbfähig geboren wurde, in eine b. p. s. t. verwandelte ¹⁹⁾. Haben die eingefetzten Kinder es versäumt diese b. p. c. t. nachzusehen, so wird ihren Erben noch eine b. p. sec. t. oder c. t. ertheilt, je nachdem kein erbfähiger postumus geboren wird oder, umgekehrt der postumus das Testament rumpirt ²⁰⁾.

In einigen Fällen wurde auch das durch Präterition eines suus bereits ungültig gewordene Testament durch b. p. sec. t. (cum re) aufrecht erhalten, nämlich:

- 1) wenn der präterirte suus abstinirt und zwar ist es dann ganz gleichgültig, ob der institutus auch selbst nächster Intestaterbe ist oder nicht; denn der abstinirende suus bleibt nach Civilrecht noch immer Erbe und schließt daher die nach ihm nächsten Intestaterben aus und die b. p. intestati derselben steht der b. p. sec. t. immer nach ²¹⁾.
- 2) Wenn der suus vor dem Testator stirbt. Hier ist zu unterscheiden zwischen dem suus postumus und dem suus jam natus. Stirbt der erstere vor dem Testator, so ist die b. p. s. t. cum re, wenn nicht in dem Testamente sui oder

19) l. 84 D. de acquir. heredit. (29, 2), und l. 4 § 3. D. de b. p. c. t. (37, 4).

20) l. 5 D. de b. p. c. t. (37, 4), vergl. Brandt l. c. S. 92 fg.

21) l. 17 pr. D. de injust. rupt. test. (28, 3), vergl. hierüber und die verschiedenen Ansichten v. Wangerow l. c. § 473, der ebenfalls die im Text angeführte, herrschende, Ansicht vertritt.

prätorische Notherben des Testators exheredit sind ²²); stirbt aber der *suus jam natus* vor dem Testator, so ist, nach der Ansicht einiger Juristen ²³), die *b. p. sec. t.* nur dann *cum re*, wenn der *institutus* zugleich der nächste Intestaterbe ist; nach der Ansicht Anderer ²⁴) jedoch soll hier dasselbe Recht wie beim *postumus suus* gelten.

3) Wenn präterirte *suus* nach dem Testator verstorbt und die Erben des *suus* abstürzen ^{24a}).

§ 39.

Abgesehen von diesen Milderungen des strengen Civilrechts durch das prätorische, stellte letzteres von dem ersteren ganz abweichende Grundsätze über die Folgen der Präterition auf.

Der Prätor betrachtete ein Testament, in welchem prätorische Notherben präterirt worden waren, keinesweges als *testamentum nullum resp. ruptum*, sondern gestattete lediglich die Aufsechtung desselben durch *agnitio* der *b. p. ctr. t.* von Seiten des, beim Tode des Testators sich präterirt findenden, Notherben. Auf diesen Zeitpunkt kam es hier also in ähnlicher Art an, wie bei dem *postumus* auf den Moment seiner *agnatio* ²⁵).

War also der Notherbe im ersten Grade präterirt, im zweiten exheredit, so hängt Alles davon ab, ob beim Tode des Testators der erste Grad schon weggefallen ist oder nicht. Im ersteren Falle kommt nur der zweite Grad in Betracht, und da

22) 1. 12 pr. D. de injust. rupt. test. (28, 3) u. 1. 13 D. de dol. mal. exc. (44, 4), vergl. v. Wangerow l. c. u. Arndts l. c. S. 93. Note 59.

23) arg. 1. 12 pr. D. de inj. rupt. test. (28, 3), Vertheidiger dieser Ansicht sind namentlich: Franke l. c. S. 115 fg.; Mühlenbruch l. c. Bb. 36, S. 310 fg.; Heumann l. c. S. 172 fg.; v. Wangerow l. c., vergl. auch 1. 7 D. de liber. et post. (28, 2) u. Gaj. II, § 148. 149.

24) So Arndts l. c. S. 94 fg. und die daselbst Note 65 angeführten Schriftsteller. Diese Ansicht dürfte sich aber aus den Quellen nicht rechtfertigen lassen, vergl. Note 23.

24a) v. Wangerow l. c. § 473 in fine.

25) 1. 8, § 5 D. de b. p. c. t. (37, 4).

der Notherbe von diesem rite exheredit ist, so steht ihm die *b. p. c. t.* nicht zu; im zweiten Falle dagegen kann er das Testament mit der *b. p. c. t.* anfechten und diese ist hier für den *suus* das einzige Mittel um zur Erbschaft zu gelangen, sie ist für ihn *necessaria b. p.*, denn nach Civilrecht wurde er, da nur der erste Grad nichtig war, durch die Substituten ausgeschlossen.

Der im ersten Grade exhereditirte, im zweiten Grade präterirte Notherbe hat demnach nur dann Anspruch auf *b. p. c. t.*, wenn beim Tode des Testators zwar der erste, nicht aber der zweite Grad schon weggefallen ist; und ist der im ersten Grade präterirte Notherbe im zweiten instituirt, so wird er, wenn im entscheidenden Augenblicke der erste Grad schon weggefallen ist, Testamentserbe, während er entgegengesetzten Falles *b. p. c. t.* agnosciren kann.

Die *b. p. c. t.*, welche bis zur 1. 4 C. de liber. praet. auch dem *suus*, der nicht *filius suus* war, größere Vortheile gewähren konnte als das Civilrecht, nach welchem er nur das *jus accrescendi in partem* hatte, führte übrigens, abgesehen von dem Falle, daß ein *suus* übergangen war, nicht zur reinen Intestaterbfolge ²⁶).

Voraussetzung der *c. t. b. p.* ist,

- 1) daß ein Mann mit Hinterlassung eines Testamentes gestorben, denn Weiber hatten keine Notherben ²⁷).
- 2) daß aus dem Testament, abgesehen von der Präterition und der daraus entspringenden Fehlerhaftigkeit, die Erbschaft *jure civili* oder durch *b. p. sec. tab.* erworben werden konnte ²⁸).

26) Franke l. c. S. 136 fg.; Mühlenbruch l. c. Bb. 37, S. 45 fg., gegen Glück (Bb. VII, S. 290 u. 312) und die älteren Vertheidiger der Ansicht, daß die *b. p. c. t.* eine Art der Intestatsuccession sei; vergl. auch die bei v. Wangerow l. c. § 472, Anm. zu Anfange angeführte neuere Literatur.

27) 1. 4 § 2 D. de b. p. c. t. (37, 4), „quia suos heredes non habent.“

28) 1. 4 pr. 1. 19 D. de b. p. c. t. (37, 4).

War daher der Notherbe in einem früheren Civil-Testamente exheredit, in einem späteren prätorischen Testamente aber präterirt, so konnte er nur dann b. p. c. t. agnosciren, wenn die in letzterem (dem prätorischen) Testamente Instituirten Intestaterben des Testators sind, denn nur unter dieser Voraussetzung haben sie, von der Präterition des Notherben abgesehen, gegenüber den in einem früheren civilrechtlich gültigen Testamente eingesetzten Erben eine wirksame b. p. sec. t.²⁹⁾.

Berechtigt zur b. p. c. t. sind zunächst nur die präterirten Notherben³⁰⁾, indessen kann auch ein instituirter Notherbe, wenn ein anderer Notherbe präterirt und deshalb zur b. p. c. t. berufen ist, schon deshalb allein, commissio per alium edicto, dieselbe nachsuchen³¹⁾, gleichviel ob der präterirte selbst dieses ebenfalls thut oder nicht³²⁾. Im letzteren Falle verwandelt sich die vom institutus agnoscirte b. p. c. t. in einem b. p. sec. t.³³⁾.

In einem Falle kann auch ein institutus, der nicht Notherbe ist, commissio per alium edicto, b. p. c. t. agnosciren, nämlich der in Adoption gegebene, leibliche Sohn, der sich beim Tode des Testators noch in fremder Familie befindet³⁴⁾.

Exhereditirte sind von der b. p. c. t. ausgeschlossen, es steht ihnen dieselbe auch nicht commissio per alium edicto zu³⁵⁾, wenn jedoch das Testament, gegen welches b. p. c. t. nachgesucht wor-

29) l. 12 § 1 D. de b. p. c. t. (37, 4), vergl. Mühlenthal l. c. §b. 38, S. 446 fg. und v. Wangerow l. c. § 472 u. 398, u. l. 2 D. de inj. rupt. test. (28, 3); l. 21 § 5. C. de test. (6, 23); Mühlenthal l. c. S. 364 fg.

30) l. 1 pr. D. de b. p. c. t. (37, 4).

31) l. 3 § 11 D. eod.

32) l. 10 § 6 D. eod.

33) l. 14 pr. l. 15 § 1 D. de legat. praest. (37, 5).

34) l. 8 § 11—13. l. 10 § 1—3. l. 13 § 1 u. 2. D. de b. p. c. t. (37, 4); l. 1 § 2 D. de conjung. cum emanc. liber. (37, 8).

35) l. 8 pr. l. 10 § 5. l. 20 pr. D. de b. p. c. t. (37, 4); l. 1 § 5 D. de conjung. cum emanc. liber. (37, 8).

den, civilrechtlich ungültig ist, sei es wegen Präterition eines suus oder durch Destitution³⁶⁾, so wird dadurch auch die Exhereditation beseitigt und der Exhereditirte wird Intestaterbe neben denjenigen, welche b. p. c. t. erhalten³⁷⁾.

Die rechtliche Folge der wirksam erteilten b. p. c. t. besteht darin, daß das Testament aufgehoben und die Erbschaft unter diejenigen, welche b. p. c. t. agnoscirt haben, nach den Grundsätzen der Intestaterbfolge vertheilt wird³⁸⁾. Ungeachtet der Aufhebung des Testamentes bleiben jedoch einige darin getroffene Verfügungen bei Kräften, nämlich:

- 1) die Exhereditation, wie bereits erwähnt worden;
- 2) die Pupillarsubstitutionen und die Vermächtnisse, mit denen der Pupillarsubstitut gültig onerirt ist³⁹⁾; vorausgesetzt jedoch immer, daß das Testament civilrechtlich gültig ist und bleibt. Der Pupillarsubstitut aber, welcher selbst b. p. c. t. nachsucht, repellitur a substitutione, er verliert die Erbschaft als indignus zum Vortheil des fiscus⁴⁰⁾;
- 3) unter den gleichen Voraussetzungen, wie sub 2, auch eine tutela testamentaria, denn, wenngleich dieses nirgends aus-

36) Vorausgesetzt wird natürlich, nach dem Princip der b. p. c. t., daß die instituti erst nach dem Tode des Testators wegfallen.

37) l. 20 pr. D. de b. p. c. t. (37, 4); l. 32 D. de liber. et post. (28, 2); l. 1 § 9 D. si tab. test. null. exst. (38, 6).

38) l. 8 § 14, l. 11 § 1 D. de b. p. c. t. (37, 4). Ueber den Inhalt der nova clausula edicti de conjung. cum emanc. liber. ej. und die Frage, ob die späteren Veränderungen des Intestaterbrechts, namentlich durch Nov. 118, auch das Recht der b. p. c. t. von Einfluß sind, Falls man dieses Rechtsmittel überhaupt nach Nov. 115 noch für zulässig hält, vergl. v. Wangerow l. c. § 472, S. 280 fg. und die daselbst citirten Schriftsteller.

39) l. 34 § 2 de vulg. et pupill. substit. (28, 6); l. 5 D. de legat. praest. (37, 5).

40) l. 22 D. de vulg. et pupill. substit. (28, 6); l. 5 § 4 D. de legat. praest. (37, 5); l. 2 pr. D. de his quae ut indign. (34, 9). Es scheint mir nicht nothwendig zwischen dem repellitur a substitutione und dem Verlust der Erbschaft an den fiscus ein Widerspruch zu bestehen, wie ihn Grande l. c. S. 145 annimmt.

drücklich ausgesprochen, so ist es doch allgemeinen Rechts-
sätzen entsprechend ⁴¹⁾);

- 4) regelmäßig auch dasjenige, was gewissen Personen, den
s. g. *exceptae* oder *certae personae*, durch Vermächtniß,
mortis causa donatio oder Erbeseinsetzung zugewendet wor-
den ist. Das *edictum de legatis praestandis* ⁴²⁾ sprach
nur von Legaten und Fideicommissen, allein durch die In-
terpretation der römischen Juristen wurde dies Edict auch
auf die genannten anderweitigen Zuwendungen ausgedehnt ⁴³⁾.
Hierbei ist Folgendes hervorzuheben:

Zu den *exceptae personae* gehören:

- a) *liberi et parentes*, ohne daß hier der Unterschied des Ge-
schlechts, die Nähe des Grades, die Unterscheidung zwischen
Agnation und Cognation, so wie endlich der Umstand, ob
diese Personen noch zur Familie des Erblassers gehören
oder nicht, in Berücksichtigung gezogen wurde ⁴⁴⁾; jedoch
wird dabei immer vorausgesetzt, daß diese Personen nicht
selbst b. p. c. t. agnoscirt haben ⁴⁵⁾; auch erhalten *liberi*
et parentes zusammen nie mehr als eine *portio virilis*
der Erbschaft, das heißt soviel wie jeder *Contratubulant*, es
sei denn, daß sie b. p. c. t. hätten agnosciren können,
denn alsdann wird das ihnen Zugedachte, insofern sie es
durch b. p. c. t. hätten erhalten können, aufrecht erhalten ⁴⁶⁾;
b) die Ehefrau des Testators, desgleichen die Frau
des Sohnes, Enkels u. s. w. des Testators, in-

41) 1. 7 l. 9. D. de test. tut. (26, 2), vergl. Grandé l. c. S. 145;
Mühlenbruch l. c. Bd. 37, S. 19.

42) 1. 1 pr. D. de leg. praest. c. t. b. p. pet. (37, 5).

43) 1. 3 pr. 1. 5 § 6. 1. 10 pr. u. § 1 D. eod.

44) 1. 1 pr. § 1 u. 2. D. eod.

45) 1. 5 § 2 D. eod.

46) 1. 5 § 7. 1. 7. 1. 8. pr. u. § 1 l. 15 § 2. 1. 23. D. eod.; 1.
14 pr. D. de b. p. c. t. (37, 4); 1. 3 l. 7 de conj. cum emanc. liber.
(37, 8).

soweit diesen Personen etwas zum Zweck der Restitution
ihrer dos hinterlassen wird ⁴⁷⁾, und dabei ist es statthast,
daß *dotis nomine* mehr hinterlassen wird, als die dos
beträgt ⁴⁸⁾.

§ 40.

Die den *exceptae personae* ausgesetzten Vermächtnisse lasten
auf denjenigen, welche b. p. c. t. wirksam agnoscirt, desgleichen
auf denjenigen Personen, welche ohne *agnitio* der b. p. c. t. als
exceptae personae etwas erhalten haben ⁴⁹⁾.

Die *Contratubulanten* tragen die auf sie fallenden Vermächtnisse
an *personae exceptae* regelmäßig gemeinschaftlich und zwar
selbst dann, wenn sie demjenigen von ihnen auferlegt waren, der
commissio per alium edicto b. p. c. t. agnoscirt ⁵⁰⁾. Wenn
jedoch mit dem Vermächtniß ein *Notherbe* bedacht war, der hätte
er b. p. c. t. nachgesucht, nur einen der *Contratubulanten* be-
schränkt haben würde, so hat auch nur dieser letztere das Ver-
mächtniß zu leisten ⁵¹⁾.

Sind im Testamente des Vaters mehrere Grade der Erbes-
einsetzung gemacht, so sind regelmäßig nur diejenigen Vermächtnisse
an *personae exceptae* zu entrichten, welche gerade in dem-
jenigen Grade, gegen welche b. p. c. t. agnoscirt worden, hin-
terlassen sind ⁵²⁾.

Indessen ist bei der Frage nach der Verpflichtung der *Con-
tratubulanten* zur Entrichtung der Vermächtnisse an *personae ex-
ceptae* noch zu unterscheiden:

47) 1. 1 pr. 1. 8 § 3—6. 1. 10 pr. u. § 1. 1. 15 § 3 D. de legat.
praest. (37, 5).

48) 1. 9 D. eod.

49) 1. 14 § 1. 1. 16 l. 5 § 8 D. eod. vergl. Note 57.

50) 1. 14 § 1 D. de legat. praest. (37, 5).

51) 1. 18 l. 19 D. eod.

52) 1. 10 § 2 l. 11 l. 12 D. eod. Eine leicht erklärliche Ausnahme
von dieser Regel ist in 1. 10 § 2 in fine angegeben.

- a) ein präterirter suus braucht nur dann die qu. Vermächtnisse zu prästiren, wenn die b. p. c. t. für ihn eine necessaria ist⁵³⁾ und ist neben dem suus noch ein anderer Notherbe übergangen, so ist auch dieser von der Prästation der qu. Vermächtnisse liberirt⁵⁴⁾.
- b) Wenn der instituirte Notherbe, *commissio per alium edicto*, und der präterirte, beide b. p. c. t. agnosiren, so müssen sie auch beide, insofern nicht der Präterirte ein suus ist, die Vermächtnisse an die *personae exceptae* entrichten⁵⁵⁾.
- b) In gewissen Fällen werden nicht bloß die den *personae exceptae* hinterlassenen, sondern sämtliche Vermächtnisse aufrechterhalten und zwar:
- a) wenn lediglich der instituirte Notherbe b. p. c. t. agnosirt, während der präterirte suus abstirbt oder der präterirte prätorische Notherbe auf die b. p. c. t. verzichtet⁵⁶⁾;
- b) wenn der instituirte Notherbe die Erbschaft aus dem Testament erwirbt⁵⁷⁾, wogegen anderweitige instituirte *personae exceptae* immer nur die Vermächtnisse an *personae exceptae* tragen⁵⁷⁾.

Die b. p. c. t. geht verloren durch Versäumniß der für

53) 1. 8 § 5 D. de b. p. c. t. (37, 4); 1. 2 D. de conj. cum emanc. liber. (37, 8); 1. 15 pr. 1. 16 D. de leg. praest. (37, 5).

54) 1. 15 pr. D. eod.

55) 1. 15 pr. 1. 16 D. eod.; 1. ult. D. de conj. cum emanc. liber. ejus. (37, 8).

56) 1. 14 pr. 1. 15 pr. u. § 1 de legat. praest. (37, 5); 1. 17 D. de inj. rupt. test. (28, 3).

57) 1. 14 D. de b. p. c. t. (37, 4); 1. 16 in fine D. de legat. praest. (37, 5); „et quod extraneis quoque legata praestare cogatur“ — „tamen, quia plena fruatur voluntate, plenum et obsequium praestare testatoris iudicio pro sua parte debet.“ — Widersprechend ist 1. 15 § 1 in fine D. de legat. praest. (37, 5) „et complures putant certis personis et eum praestare debere, *quod puto verius esse*.“ Ueber den Sinn der schwierigen 1. 5 § 8 D. eod. vergl. v. Bangerow 1. c. § 472, S. 285 fg. und die daselbst angeführten Schriftsteller.

die *agnitio* derselben festgesetzten Frist von 1 Jahre⁵⁸⁾, ferner durch Anerkennung des Testaments⁵⁹⁾. Eine solche liegt natürlich auch darin, daß der instituirte Notherbe, welcher *commissio per alium edicto* b. p. c. t. hätte nachsuchen können, die Erbschaft aus dem Testamente erwirbt; jedoch schützt der Prätor einen solchen *institutus* in dem durch die Erbeseinsetzung ihm zu Theil Gewordenen nur insofern, als er nicht durch b. p. c. t. weniger erhalten hätte; denn sonst hat er nur Anspruch auf dies Wenigere⁶⁰⁾. Für den leiblichen, in Adoption gegebenen, Sohn findet auch hier eine Ausnahme statt, denn gegen die Regel kann er, wenn er auf Befehl des Adoptivvaters die Erbschaft als *institutus* angetreten hat, falls er nachher emancipirt wird, dennoch b. p. c. t. agnosiren und so dem Adoptivvater die Erbschaft wieder entziehen⁶¹⁾.

Das Verhältniß des prätorischen Notherbenrechts zum civilen ergibt sich aus dem Verhältniß der b. p. zum civilen Erbrecht überhaupt⁶²⁾.

§ 41.

In der Nov. 115 verordnet Justinian:

Cap. 3. »Sive igitur omnes memoratas ingratitude causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint et scripti heredes nominatam vel nominatas causas vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suam habere firmitatem decernimus. Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praejudicium generari; sed quantum ad iustitutio-

58) 1. 4 § 1 D. quis ordo in possess. servatur (38, 15); 1. 1 § 12 D. de successorio edicto (38, 9).

59) 1. 10 § 3 l. 14 l. 15 de b. p. c. t. (37, 4); 1. 5 § 2 de legat. praest. (37, 5).

60) 1. 15 § 2 D. de legat. praest. (37, 5).

61) 1. 10 § 2 u. 3. de b. p. c. t. (37, 4).

62) Vergl. hierüber v. Bangerow 1. c. § 399 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

nem heredum pertinet, testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos ab intestato ex aequa parte pervenire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Si vero contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa aut libertates aut tutorum dationes relinqui vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia jubemus adimpleri et dari illis, quibus fuerint derelicta et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum. Et haec quidem de parentum ordinavimus testamentis.»

Cap. 4. »Si autem haec omnia non fuerint observata, nullam vim hujusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum, habere sancimus; — sed rescisso testamento eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus dari disponimus, legatis videlicet vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus aut quibuslibet aliis capitulis, sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem. Si quid autem pro legatis sive fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus aut quibuslibet aliis capitulis in legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere.»

Ueber das Verhältniß dieser Bestimmungen der Nov. 115 zum älteren Nothherbenrechte lassen sich zwei Hauptmeinungen unterscheiden:

1) Nach der einen Ansicht soll, auch noch nach der Nov. 115, wenn gegen die Formvorschriften des älteren Rechts verstoßen worden, Nullität resp. Ruption des Testaments oder b. p. c. t. stattfinden, während, wenn gegen die Vorschriften der Nov. 115 gefehlt worden, die durch diese normirten Folgen solcher Contravention Platz greifen. Diese Ansicht wird von Bluntschli*⁶³⁾ das Enterbungssystem, von Mühlenbruch⁶⁴⁾, das

63) l. c. S. 268.

lenbruch⁶⁴⁾, das Correktionsystem und von Buchta⁶⁵⁾ das Additionalssystem genannt.

2) Die andere Meinung geht dahin, durch die Nov. 115 sei die nullitas juris antiqui resp. Ruption des Testaments, sowie die b. p. c. t. als Folge des verletzten Nothherbenrechts aufgehoben und für sämtliche Nothherben, sowohl für diejenigen, die es schon früher nach civilem und prätorischem Rechte waren, als auch für diejenigen, die erst durch die Nov. Nothherbenqualität erhalten, die Wirkungen des verletzten Nothherbenrechts ganz gleichmäßig bestimmt. Diese Ansicht wird von Bluntschli*⁶⁶⁾ das Ausschließungssystem, von Mühlenbruch⁶⁷⁾ das vollständige Derogationssystem und von Buchta⁶⁸⁾ das Reformsystem genannt.

Beide dieser Hauptmeinungen haben von der Glosse ab ihre zahlreichen Verteidiger gefunden⁶⁹⁾; indessen findet in der neueren Zeit das Derogations- oder Reformsystem in der Theorie immer mehr Anhänger⁷⁰⁾, und nach der Angabe Mühlenbruch's und der von ihm angeführten Schriftsteller⁷¹⁾ soll dasselbe auch in der Praxis von jeher vorgeherrscht haben, was freilich von Vangerow⁷²⁾ in Abrede stellt.

64) l. c. Bd. 37, S. 308.

65) l. c. § 493, Note c.

66) l. c.

67) l. c.

68) l. c.

69) Ueber die vorzüglichsten älteren und neueren Anhänger des einen und des andern Systems, vergl. Mühlenbruch l. c. Bd. 37, S. 308—337.

70) Zu den neuesten Vertretern desselben gehören: Ed. Gans, Schollen zum Cajus S. 294—296; Bluntschli* l. c. S. 245 fg.; Franke l. c. S. 384 fg. (§§ 28—31); Mühlenbruch l. c. S. 340 fg.; Buchta l. c.; Goeßchen l. c. §§ 863, 865; Arnbt's im Rechtslexikon S. 116 fg.; Lehrbuch § 598; Sintenis l. c. § 195, S. 610 fg. u. Anm. 1; Heumann l. c. S. 162 fg.

71) Mühlenbruch l. c. S. 337 und Note 80, vergl. auch Arnbt's im Rechtslexikon S. 120, Note 170.

72) l. c. § 486 (S. 356), vergl. auch Roffhirt. testament. Erbrecht, S. 122—142, Dogmengeschichte des Civilrechts, S. 359 fg.

Wie dem aber auch sei, das Derogationssystem, welches jedenfalls die einfachsten Resultate liefert und daher wohl wahrscheinlich auch in praxi größeren Beifall finden mußte, scheint meiner Einsicht auch überwiegende Gründe für sich zu haben.

Schon früher (Kap. III) ist der Nachweis versucht worden, daß durch die Nov. 115 die Formvorschriften des älteren Rechts über Institution und Exheredation der sui und emancipati beseitigt und für sämtliche Notherben, sowohl für diejenigen, die es schon früher waren, als auch für diejenigen, die erst durch Nov. 115 Notherbenqualität erhielten, die Erfordernisse der Einsetzung und Ausschließung gleichmäßig dieselben geworden sind.

Wenn anders dieser Nachweis gelungen ist⁷³⁾, so dürfte schon deshalb von einer nullitas juris antiqui und einer b. p. c. t., in Folge verletzten Notherbenrechts, nicht füglich mehr die Rede sein können, denn die gedachten Wirkungen setzen nothwendig die Verletzung, somit also auch die rechtliche Fortdauer, der Formvorschriften des älteren Rechts voraus.

Indem nun Justinian sämtliche pflichttheilsberechtigzte Descendenten und Ascendenten für Notherben erklärte, beseitigte er hierdurch einen für die Rechtsanschauung seiner Zeit gewiß nicht mehr passenden Unterschied zwischen sui und in dem ordo unde liberi berufenen Descendenten einerseits und zwischen anderweitigen pflichttheilsberechtigzten Descendenten und Ascendenten andererseits. Es wäre daher ganz unbegreiflich, wenn der Kaiser gleichwohl für die Verletzung des Notherbenrechts dieser Personen verschiedene Wirkungen hätte eintreten lassen wollen, je nachdem sie sui oder prätorische Notherben sind oder erst durch Nov. 115 Notherbenrecht erhalten haben. Daß nun aber Justinian ein solches Glückwerk in der That beabsichtigt habe, ist aus dem Inhalte

73) Freilich bertheiligen auch Manche, welche die Fortdauer jener Formvorschriften für sui und emancipati behaupten, im Uebrigen ebenfalls das Derogationssystem, so z. B. Mühlenthal l. c. S. 340 fg. vergl. mit S. 192 fg.

seines Gesetzes nicht zu ersehen; vielmehr verordnet er, ohne jene Unterscheidungen, ganz allgemein: wenn Descendenten und Ascendenten instituirt oder unter Angabe eines gesetzmäßigen, wahren Enterbungsgrundes ausgeschlossen sind, so soll das Testament gültig sein: ist aber dies nicht beobachtet — sind die Notherben weder instituirt, noch in der angegebenen Weise ausgeschlossen —, so ist das Testament quoad heredis institutionem ungültig, seinem übrigen Inhalte nach aber bleibt es gleichwohl bestehen.

Nach dem Correktionssystem soll nun aber, wenn gegen die Formvorschriften des älteren Rechts verstoßen ist, bald das Testament seinem ganzen Inhalte nach nichtig sein, bald wenigstens, als Wirkung der agnoscirten b. p. c. t., ein großer Theil der Vermächtnisse ungültig werden.

Dem jedoch widerstreitet geradezu die in Nov. 115 cap. 4 in sine hinzugefügte derogatorische Klausel. Nachdem nämlich der Kaiser bestimmt hat, daß, ungeachtet der Verletzung des Notherbenrechts, dennoch die im Testamente angeordneten Legate, Fideikommissen, Freilassungen, Vormundschaftsbestellungen und andere Verfügungen bei Kräften bleiben sollen, fährt er gleich darauf fort:

„Si quid autem pro legatis sive fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus aut quibuslibet aliis capitulis in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium hoc nullo modo volumus obtinere.“

d. h. es sollen die früheren Rechtsbestimmungen, denen zu Folge die Verletzung des Notherbenrechts auch das Wegfallen der Vermächtnisse u. s. w. nach sich zog, durch die Nov. durchaus aufgehoben sein⁷⁴⁾.

Daß diese derogatorische Klausel sich nicht bloß auf Ascendenten, sondern ganz allgemein auf den Inhalt des 3ten u. 4ten

74) Mühlenthal l. c. S. 348.

Capitels bezieht, geht auch aus dem gleich darauf folgenden Sage hervor:

»Et hae quidem exheredationis et praeteritionis poenae, quantum ad ingratitude causas, contra praedictas personas statuendae sunt; si quae autem ex his inter crimina reputantur, eorum auctores etiam alias poenas sentiant legibus definitas⁷⁵⁾.

Mit der derogatorischen Klausel läßt sich das Korrektions-system nicht füglich vereinigen, welches überdies, wie Arndts⁷⁶⁾ mit Recht hervorhebt, Verwickelungen und Schwierigkeiten herbeiführt, für die sich kaum eine Lösung findet. So in dem von Arndts⁷⁷⁾ angeführten Beispiele: ein suus ist ohne Angabe eines Enterbungsgrundes exheredit, ein emancipatus unter Angabe eines Enterbungsgrundes präterirt, ein Tochterenkel übergangen, ein anderer Tochterenkel und ein Ascendent aber zu Erben eingesetzt und sonst noch zu Gunsten fremder Personen Vermächtnisse angeordnet.

Dem Korrektions-system zu Folge können der exhereditirte suus und der übergangene Tochterenkel nach Nov. 115 das Testament beseitigen, müssen aber alle Vermächtnisse anerkennen; der präterirte emancipatus kann b. p. c. t. agnosciren und dadurch auch die Vermächtnisse an personae extraneae beseitigen, muß aber dem zu Erben eingesetzten Ascendenten und Tochterenkel, als personae exceptae, zusammen eine portio virilis lassen, während ab intestato nur eine dieser Personen, nämlich der Tochterenkel, miterben würde.

Was soll nun stattfinden, wenn alle diese Personen ihr Recht geltend machen?

Wenn man gleichwohl, und zwar mehrfach mit der Miene

75) Mühlenthal l. c. S. 349.

76) l. c. S. 117.

77) l. c. S. 117 u. 118.

besonderer Einsicht in den Geist der Auslegung der Gesetze, dem Korrektions-system das Wort geredet hat, so erinnert dies mich wenigstens an die Worte des großen englischen Dichters:

„Bei uns ist Wissen solche Klauerei,

Das ich noch zweifel, ob Zweifel Zweifel sei.“

§ 42.

Wird sonach die Wirkung des verletzten Notherbenrechts lediglich durch die Nov. 115, und zwar für alle Notherben in gleicher Weise, normirt, so herrschen doch verschiedene Ansichten unter den Anhängern sowohl des Korrektions-system's, als auch des Derogations-system's darüber, in welcher Weise, nach der Nov. 115, die Ungültigkeit der Erbeseinsetzungen erfolge?

Es lassen sich hier im Wesentlichen drei Hauptansichten unterscheiden: das sog. Nullitätssystem, das sog. reine Inofficiösitätssystem und das sog. gemischte System.

1) Nach dem reinen Inofficiösitätssystem⁷⁸⁾ ist das, dem Notherben aus der Nov. 115 zustehende, Rechtsmittel die querela inoff. test. juris novi, d. h. die querela inoff. test. mit allen ihren Eigenthümlichkeiten, jedoch theilweise modificirt⁷⁹⁾ durch die Nov., insofern nämlich:

a) das Testament schon bloß deswegen inofficiös ist, weil ein gesetzlicher, in Wahrheit begründeter, Enterbungsgrund nicht angegeben, und dieser Mangel allein den Ausgeschlossenen, wengleich er der Zuneigung des Testators noch so unwürdig sein sollte, zu der querela inoff. test. berechtigt;

78) Ueber die Anhänger dieses Systems, zu denen in früherer Zeit namentlich die französischen Juristen: Cujacius, Donellus, Duarenus und in neuerer Zeit: Glück (l. c. Bd. 7, S. 335 fg.); Balett* (Notherbenrecht § 36); Unterholzner (l. c. II, § 170); Mayer* (l. c. § 104); v. Hartisch (Erbrecht § 126); und Madelsh (l. c. § 660); Roghert: Intestaterbrecht. S. 403 fg., testament. Erbrecht 145 fg. und 178 fg. gehören, siehe v. Wangerow l. c. § 485 u. Glück l. c.

79) Glück l. c. S. 400 fg., 449 fg.; Goeschen l. c. § 890; Mühlenthal l. c. Bd. 37, S. 290.

- b) die *querela inoff. test.*, consequenter Weise, unter den ebengedachten Voraussetzungen, auch für begründet anzusehen ist, wenn dem Notherben, jedoch ohne daß er instituirt oder gehörig ausgeschlossen ist, der volle Pflichttheil oder gar noch mehr hinterlassen wäre;
- c) jetzt lediglich der eingesezte Erbe, als Beklagter, den im Testamente angegebenen Enterbungsgrund zu beweisen hat; während früher der als Kläger mit der *querela inoff. test.* auftretende Notherbe beweisen mußte, daß er sich der Zuweisung des Testators nicht unwürdig gemacht habe⁸⁰⁾;
- d) das Testament zwar immer nur *quoad heredum institutionem*, jedoch rücksichtlich aller Erbeseinsetzungen, aufgehoben wird; während bei der sog. *querela inoff. test. juris antiqui*, nach der richtigeren Ansicht, regelmäßig nur theilweise⁸¹⁾ Infirmation des Testaments eintrat, soweit dies aber geschieht die Vermächtnisse und sonstigen testamentarischen Dispositionen in der Regel wegfallen⁸²⁾;
- 2) das sog. gemischte System^{82a)} weicht von dem reinen Inof-

80) Franke l. c. S. 292 fg. behauptet, daß auch vor der Nov. 115 die Beweislast dem eingesezten Erben, nicht dem mit der *querela inoff. test.* auftretenden Pflichttheilberechtigten, zugestanden habe. Vergl. jedoch dagegen Mühlenbruch l. c. S. 123 fg.; v. Bangerow l. c. § 478, vergl. l. 3 l. 5 D. de inoff. test. siehe übrigens auch Gluck l. c. S. 265, welcher theilweise *A.M.* ist und gegen diesen Mühlenbruch l. c. S. 127.

81) v. Bangerow l. c. § 479; Gluck l. c. S. 436 fg und die daselbst citirten Schriftsteller; Franke l. c. S. 299; Mühlenbruch l. c. Bd. 35, S. 393 fg., Bd. 40, S. 154 fg. *A.M.*: Huschke im Rhein. Museum, Bd. VI, S. 341 fg.; Witte im Rechtslexikon Bd. I, S. 287 und Buchta l. c. § 490, Note m, hinsichtlich der Infirmation der Erbeseinsetzungen.

82) l. 8 § 16 D. de inoff. test. (5, 2).

82a) Zu den Vertheidigern dieser Ansicht, die schon unter den Glossatoren Anhänger fand, gehörten die meisten späteren Italienschen Juristen, und sodann viele deutsche Juristen bis in die neueste Zeit, wo sie namentlich von Höpfner. Kommentar (§ 525); Konopatz Lehrbuch der Institutionen (§ 371 u. 372) und Buchta (l. c. § 493) und Vorlesungen ad h. l. vertheidigt wird. Ueber ältere Anhänger dieses Systems vergl. v. Bangerow l. c. § 485 und Franke l. c. S. 370, Note 13.

- ficiositäts*system darin ab, daß es die *querela inoff. test. juris novi* nur dann für zulässig erachtet, wenn zwar ein gesetzlich gebilligter, aber unwahrer, Enterbungsgrund vom Testator angeführt worden; während dasselbe, wenn bei Ausschließung des Notherben gar kein oder wenigstens kein gesetzlicher Enterbungsgrund angegeben ist, Nullität des Testaments, aber nur rücksichtlich der Erbeseinsetzungen, annimmt.
- 3) Das reine Nullitätssystem⁸³⁾ geht dahin, daß, wenn gegen die Vorschriften der Nov. 115 gefehlt worden, dem Berechtigten in jedem Falle die *s. g. querela nullitatis juris novi d. h.* eine einfache *hereditatis petitio intestati (ex causa nullitatis)*, insoweit die Voraussetzungen solcher Klage überhaupt vorhanden sind, zustehe.

Indessen finden sich unter den Vertheidigern des Nullitätssystemes folgende wesentliche Meinungsverschiedenheiten:

- a) Einige nehmen eine gleich anfängliche, *ipso jure* eintretende, Nullität der Erbeseinsetzungen an⁸⁴⁾; (System der absoluten Nullität).
- b) Andere vertheidigen zwar ebenfalls eine *ipso jure* eintretende, jedoch nicht gleich anfängliche, Nullität, indem sie solche nur insofern annehmen, als beim Tode des Erblassers ein verletzter Notherbe noch vorhanden ist⁸⁵⁾. Diese

83) Auch dieses System fand schon unter den Glossatoren (Martinus) Vertheidiger und in neuerer Zeit haben sich für dasselbe die meisten Juristen entschieden, namentlich: Schneidt* de *querela inoff. inter parentes et liberos exulc.*; Weber zu Höpfner, § 525, Note 2; Gans Scholien zu Cajus S. 295 und Erbrecht in weitgesch. Entw. Bd. II, S. 139 fg.; Bluntschli* l. c. § 25 u. 26; Franke l. c. S. 367 fg.; Arndts im Rechtslexikon l. c. S. 106 245 fg.; Heumann l. c. S. 164 fg.; Arndts im Rechtslexikon l. c. S. 198, Ann. 1; Hunger: Erbrecht, §. und Lehrbuch § 599; Sintenis l. c. § 198, Ann. 1; Ganger: Erbrecht, S. 224, Note 1; Goeßen l. c. § 863. 865 u. *A. m.*

84) J. B. Brandis in der Gieß. Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. VII, S. 197 fg.; Heumann l. c. S. 170 fg. 203 fg.; Goeßen l. c. § 863; Thibaut: System des Pandektenrechts, § 970; Sintenis l. c. § 198; v. Bangerow l. c. § 485; Fetsl l. c. S. 346, Note 15.

85) J. B. Mühlenbruch l. c. Bd. 37, S. 256 fg.

Ansicht ist im Grunde nur eine Modification des absoluten Nullitätsystems.

- c) Weit abweichender ist die Meinung derjenigen Gelehrten, welche behaupten, daß die Erbeseinsetzungen nur insofern nichtig seien, als ein verletzter Notherbe sein Recht gegen das Testament geltend mache, so daß also die Erbeseinsetzungen erst durch den zu erkennen gegebenen Willen des verletzten Notherben beseitigt werden und Intestaterbfolge eintritt⁸⁶). (System der relativen Nullität oder der Rescissibilität.)

Die Anhänger dieses Systems relativer Nullität differiren jedoch noch darin, daß Einige, unter der gedachten Voraussetzung, die Intestaterbfolge nur zu Gunsten der nicht gehörig ausgeschlossenen Notherben⁸⁷), die Meisten aber für alle zur Intestaterbfolge Berufenen eintreten lassen wollen.

Bei näherer Beprüfung dieser verschiedenen Systeme ergibt sich nun zuvörderst, daß das Inofficioitätsystem in der Nov. 115 nicht begründet erscheint⁸⁸). Die Nov. macht überhaupt ein Rechtsmittel, welches dem verletzten Notherben zustehen soll, nicht speciell namhaft.

Wollte man nun aber gleichwohl annehmen, daß Justinian die querela inoff. test. gemeint habe, so würden dieser Annahme erhebliche Bedenken entgegenstehen, denn die querel. inoff. test. jur. nov. wäre in ihren Voraussetzungen (cf. 1, a u. b), hinsichtlich der Beweislast (cf. 1, c) und in ihren Wirkungen (cf. 1, d) von der früheren Inofficioitätsquerel so verschieden, daß man die letztere wohl schwerlich in den Vorschriften der Nov. 115 wiedererkennen kann. Ein besonders erhebliches Argument

86) So Bluntschli* 1. c.; Grandé 1. c. S. 382 fg.; Arnbt's 1. c. S. 111 fg., Lehrbuch § 699.

87) So Buchta 1. c. § 493, insofern er überhaupt, nach dem gemischten Systeme, Nullität statuiert.

88) Vergl. hierüber Grandé 1. c. S. 174 fg.; Mühlenbruch 1. c. S. 248 fg.; Arnbt's 1. c. S. 108 fg.; v. Wangerow 1. c. § 486.

gegen das Inofficioitätsystem liegt demnach in der ganz verschiedenen Grundlage, den abweichenden Voraussetzungen der querel. inoff. jur. novi.

Justinian hat in der Nov. 115 cap. 3 u. 4 keinesweges bloß die Enterbungsgründe fester bestimmt, er hat überdies auch Formen vorgeschrieben, deren Nichtbeobachtung die durch die Nov. bestimmten Folgen nach sich ziehen soll. Es genügt nicht, daß dem pflichttheilsberechtigten, nicht instituirten, Descendenten und Ascendenten die portio legitima durch Vermächtniß, Schenkung mortis causa, oder auf sonst welche Weise, zugewendet sei, sie sollen vielmehr gerade zu Erben, wenn auch nur auf *res certas*, eingesetzt werden, es sei denn, daß ihre Ausschließung von der Erbfolge durch die ausdrückliche Angabe einer gesetzlich anerkannten, von dem eingesetzten Erben zu beweisenden, *causa ingratitudinis* gerechtfertigt ist.

Die Folgen des verletzten Notherbenrechts treten also, nach Justinian's ausdrücklicher Bestimmung, selbst dann ein, wenn dem nicht in gehöriger Weise Ausgeschlossenen mehr als sein ganzes Pflichttheil, jedoch nicht *titulo heredis institutionis*, hinterlassen ist, ja sogar wenn der ausgeschlossene Notherbe sich der Erbfolge durchaus unwürdig gemacht, der Testator es aber versäumt hat den gesetzlichen Enterbungsgrund im Testamente namentlich anzugeben.

Es ist in der That nicht zu glauben, daß der Kaiser der gehässigen, wenige Jahre vorher in der l. 30 u. 32 C. de inoff. test. beschränkten, querela inoff. test. eine solche Ausdehnung habe geben wollen, ja es ist geradezu widersinnig zu vermeinen, daß Justinian diese Klage, die auf dem *color insaniae* beruhte, die nur motivirt wurde *eo colore, quasi non sanae mentis testator fuisset*, auch in solchen Fällen für die geeignete gehalten haben sollte, wo der ausgeschlossene Notherbe zwar die Enterbung nachweisbar reichlich verdient, der Testator aber den Enterbungsgrund im Testamente anzugeben verabsäumt, oder wo der Noth-

erbe den vollen Pflichttheil oder noch mehr, jedoch nichts durch Erbeseinsetzung, zugewendet erhalten hatte; in Fällen also, in denen von einer Lieblosigkeit des Testators nicht die Rede und die nur auf diese basirte civilrechtliche Fiktion der *insania testatoris* mithin gar nicht Platz greifen konnte.

Und was berechtigt denn überhaupt, in Ermangelung aller positivrechtlichen Anhaltspunkte, die in der gedachten Fiktion liegende *singularitas juris*, gegen alle Interpretationsregeln, weiter auszudehnen?

Aus diesen Gründen können nun auch die in cap. 3 u. 4 der Nov. 115 vorkommenden Bestimmungen: „es solle, τῆς διαθήκης ἀκρονομένης oder ἀνατροπομένης τῆς διαθήκης, Intestaterbfolge eintreten, nicht auf die Inofficiofistitätsquerel bezogen werden, zumal die Ausdrücke ἀκρονοῦν und ἀνατρέπειν, welche in der Vulgata durch *evacuare* und *rescindere* wiedergegeben sind, sprachlich auch von der Beseitigung des Testaments unmittelbar durch das Gesetz selbst, — nicht etwa erst in Folge einer Rescissionsklage — verstanden werden dürfen⁸⁹⁾.

Ebenso wenig ist darnach auch das f. g. gemischte System zu rechtfertigen⁹⁰⁾, denn insoweit dieses die querela inoff. test. jur. novi für das durch die Nov. 115 gebotene Rechtsmittel hält, machen sich dagegen nicht nur die gegen das Inofficiofistitätsystem erhobenen Bedenken geltend, sondern auch der Einwand, daß alsdann ein unwahrer Enterbungsgrund mehr Gewicht hätte als gar keiner, oder wie Krüz⁹¹⁾ bemerkt, daß ja der Erblasser dadurch

89) Franke l. c. S. 376 fg.; Mühlensbruch l. c. S. 251 fg., I. 5 § 2 D. qui et a quibus manum. (40, 9):

„*Libertas per legem Aeliam Sentiam rescinditur.*“

von einer Aufhebung in Folge einer Klage ist nicht die Rede, die Freilassung soll unwirksam, nichtig sein. — Vergl. auch über eine gleiche Bedeutung von *rescindere* Ulp. Frag. in der Einleitung §§ 1 u. 2.

90) Vergl. Franke l. c. S. 373 fg.; Arnolds l. c. S. 109 fg.; v. Wangerow l. c. § 485, vergl. auch Mühlensbruch l. c. S. 300, Note 79.

91) In den exegetisch-praktischen Abhandlungen über ausgewählte Materie des Civilrechts, S. 104—107.

autorisiert würde eine mit rechtlichen Wirkungen versehene Lüge zu des Notherben Nachtheil⁹²⁾ ausgehen zu lassen. Demnächst aber ist die Unterscheidung, die das f. g. gemischte System statuirt, in der Nov. 115 nicht begründet, denn diese macht die Gültigkeit des Testaments — wenn der Notherbe nicht instituirt worden — davon abhängig, daß ein gesetzlicher Enterbungsgrund angegeben und vom eingesetzten Erben als wahr erwiesen werde. Diese Bedingung der Gültigkeit des Testaments fehlt aber sowohl, wenn kein legaler Enterbungsgrund angeführt, als auch, wenn der angeführte nicht wahr ist, und in beiden Fällen (*si autem haec observata non fuerint*) sollen, nach der Nov., dieselben Folgen eintreten. Eben deshalb nun kann auch der von Buchta⁹³⁾ zu Gunsten des f. g. gemischten Systems vorgebrachte Einwand:

Justinian habe eben nur die Wirkung, nicht aber den Weg festgesetzt, auf welchem jene herbeizuführen sei und diesen, nach den in der Justinianischen Gesetzgebung gegebenen Bezügen, festzusetzen sei Sache der Jurisprudenz, nicht gelten, denn bei diesem Einwande ist nicht in Betracht gezogen, daß die Wirkungen, welche das gemischte System in den beiden, von ihm unterschiedenen, Fällen mit der Verletzung des Notherbenrechts verbindet, durchaus nicht dieselben sind.

Man kann von dem f. g. gemischten Systeme nicht einmal sagen, daß es sich durch enge Anschließen an die Ideen des älteren Rechts empfehle, welches ebenfalls bei Verletzung des formellen Notherbenrechts Nullität annahm, bei Verletzung des materiellen Notherbenrechts (Pflichttheilsrechts) aber die querela inoff. test. gestattete; denn die Nov. 115 handelt, in der hier fraglichen Beziehung, nur vom formellen Notherbenrechte, dessen Vorschriften durch Nichtangabe eines Enterbungsgrundes, sowie durch Angabe einer unwahren *causa ingratitudinis* in gleicher

92) Goeßhen l. c. § 890 in fine.

93) l. c. § 493.

Weise verlegt werden, und es entspricht sicherlich nicht dem Geiste des älteren Civilrechts, daß bei der einen Verletzung der vorgeschriebenen Form Nullität, bei einer anderen aber Inofficiosität eintreten solle, und zwar letztere selbst dann, wenn die Annahme einer solchen schlechterdings dem klaren Begriffe der Inofficiosität widerstritte⁹⁴⁾.

§ 43.

Für das reine Nullitätssystem dagegen sprechen, außer den gegen die beiden anderen Systeme vorgebrachten, noch andere erhebliche Gründe⁹⁵⁾.

Die Novelle 115 ist sowohl ein Dispositivgesetz, insofern sie gewisse Formen für die Berücksichtigung der Notherben festsetzt, als auch ein Prohibitivgesetz, insofern sie die Ausschließung der Notherben, selbst die verdiente, ohne Angabe einer wahren und legalen causa ingratitudinis, verbietet. So heißt es:

Cap. 3 zu Anfange: »Sancimus igitur non licere penitus — — filium vel filiam — — praeterire vel exheredes facere — — nisi forsitan probabuntur ingrati« etc.

Cap. 3 § 13. »Sed haec quidem de personis, quas exheredare non licet, nisi causae ingratitudinis scribantur et probentur, dicta sunt.«

Cap. 4. »Sancimus itaque non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo a rebus propriis — — alienare, nisi causas« u. s. w.

94) Nach der Angabe Goeschen's (l. c. § 865 in fine) und v. Wangerow's (l. c. § 485, S. 345), welche selbst das f. g. gemischte System für unhaltbar erklären, soll dasselbe gleichwohl in der, allerdings schwankenden, Praxis den meisten Beifall gefunden haben, — jedoch meint Arndts (l. c. S. 120, Note 170) daß das Derogationssystem in der von Mühlenbruch verteidigten Weise in der Praxis vorherrschend Anerkennung gefunden habe.

95) Vergl. Franke l. c. S. 371 fg.; Mühlenbruch l. c. S. 249 fg.; Arndts l. c. S. 110 fg.; Sintenis l. c. § 198, S. 640 fg., Anm. 1; v. Wangerow l. c. § 485, S. 345 fg. und Heumann l. c. 170 fg., S. 203 fg.

Nun gilt aber sowohl von Dispositivgesetzen, welche die Beobachtung gewisser Formen für eine Handlung vorschreiben, als auch von Prohibitivgesetzen der Grundsatz, daß sie im Zweifel immer *leges perfectae* sind, die Nichtbeobachtung eines solchen Gesetzes also die Nichtigkeit des gegen den Inhalt desselben vorgenommenen Geschäfts zur Folge hat.

So verordneten schon Theodosius II. und Valentinian in der l. 5 C. de legibus (1, 14)⁹⁶⁾:

— »Imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere, hoc est, ut ea, quae fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est.«

Hätte also Justinian auch nicht speciell gesagt, daß die Verletzung seiner, in der Nov. enthaltenen, Vorschriften Nichtigkeit des Testaments nach sich ziehe, so müßten wir solche schon nach l. 5 C. de legibus cit. annehmen.

Der Kaiser verordnet nun aber überdies in cap. 4 der Nov. 115 deutlich genug, daß das Testament, freilich nur rückichtlich der Erbeseinsetzungen, nicht auch der übrigen testamentarischen Dispositionen, *ipso jure* nichtig sei:

Si autem haec non fuerint observata nullam vim hujusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum, habere sancimus (μηδεμίαν δύναμιν τὴν τοιαύτην διαθήκην, τό γε εἰς τὴν ἔνστασιν τῶν κληρονόμων, ἔχειν θεσπιζόμεν.)

und daß demnach Intestaterbfolge eintreten solle:

sed rescisso testamento eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus dari disponimus

oder wie es im Urtexte noch deutlicher heißt:

96) Vergl. Goeschen l. c. Bd. I, § 18; Schweppe: römisches Privatrecht, § 7; Mühlenbruch l. c. S. 250, Note 75. Vergl. auch l. 23 C. de adicomm. (6, 42).

ἀλλὰ ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης τοὺς ἐξ ἀδιαθέτου εἰς τὴν τοῦ τελευτήσαντος κληρονομίαν καλοῦμεν.

• Allerdings spricht Justinian in dieser Stelle nur von der ungeseglichen Ausschließung der Eltern, aber die Ausschließung der Descendenten, welche dem Testator doch noch näher stehen, kann unzweifelhaft keine andere, gar geringere, Wirkung haben, denn, wenngleich bezüglich der Descendenten in cap. 3 der Nov. 115 nur verordnet ist:

Si autem haec observata non fuerint, nullum exhereditatis liberis praejudicium generari, sed, quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato, (τῆς διαθήκης ἀκυρωμένης) ad parentum hereditatem liberos ex aequa parte pervenire; —

so ist zwar hier die Nichtigkeit der Erbeseinzugungen nicht ganz so deutlich ausgesprochen, aber sie ist nach l. 5 C. de legibus cit. um so unbedenklicher anzunehmen, als der Ausdruck: *testamento evacuato*, wie bereits früher erwähnt, auch sehr füglich von ipso jure eintretender Ungültigkeit, also von der Nullität, verstanden werden darf.

Diese, bei verletztem Notherbenrecht eintretende, Nullität ist aber jedenfalls eine absolute. Dies folgt zunächst aus der Natur der Nov. 115, als eines Prohibitivgesetzes, und aus dem Begriffe der Nullität, wie später noch zu erwähnen sein wird; sodann aber auch aus der Art und Weise, wie Justinian sich über die Nullität der Erbeseinzugungen ausspricht. Das Testament soll hinsichtlich der Erbeseinzugungen gar keine Kraft haben, vielmehr berufe er, der Gesetzgeber (*καλοῦμεν*), mit Beseitigung des Testaments, die Intestaterben zur Erbfolge; sonach stirbt der Erblasser, nach Justinian's Vorschrift, als intestatus.

Auch durch die Geschichte des Notherbenrechts wird diese Auffassung unterstützt. Im älteren Civilrecht war es bekanntlich zwischen den Sabinianern und Proculianern streitig, ob die Präterition des *filii sui* immer, selbst wenn er vor dem Vater

sterbe, oder nur dann, wenn er den Testator überlebe, das Testament nichtig mache. Die erstere, von den Sabinianern vertheidigte, Ansicht hat Justinian in seiner Compilation gebilligt und insbesondere noch in l. 4 C. de liber. praeterit. verordnet, daß dieselbe Wirkung auch die Präterition eines anderen *sui* jeden Grades und Geschlechts, welche früher nur das *jus accrescendi in partem* zur Folge hatte, haben sollen. Beabsichtigte Justinian in dieser Lehre einen Anschluß an das prätorische Recht, so brauchte er sich nur für die Ansicht der Proculianer zu entscheiden, was er ja doch nicht that. Daß Justinian bei Erlassung der Nov. 115 seine Ansicht in dieser Beziehung geändert habe, ist wenigstens aus der Nov. nicht zu ersehen, welche vielmehr recht deutlich für das Gegentheil spricht.

Wenn man die von den Vertheidigern der sog. relativen Nullität für diese angeführten Gründe näher prüft, so scheinen dieselben doch nicht so überwiegend zu sein, als Arndts meint⁷⁾, wie sich dies aus einer Beleuchtung der bei Arndts sorgfältig zusammengestellten Argumente ergeben dürfte. Allerdings ist es die Absicht des Gesetzes die Descendenten und Ascendenten gegen die *injuria exheredationis et praeteritionis* zu schützen, aber dieser Zweck wird durch absolute Nichtigkeit noch besser erreicht, als durch sog. relative. Es ist sodann zwar richtig, daß Justinian nur von den Descendenten und Ascendenten, die schon nach bisherigem Rechte einen Anspruch auf die *legitima* hatten, spricht und daß dieser Anspruch von denjenigen Personen, welche beim Tode des Testators nicht mehr vorhanden, also auch nicht mehr Pflichttheilsberechtigte, sind, auch nicht geltend gemacht werden kann; aber Justinian hat ja in der Nov. 115 den genannten pflichttheilsberechtigten Personen formelles Notherbenrecht verliehen und demgemäß bestimmte Formen ihrer testamentarischen Berücksichtigung vorgeschrieben; es war daher sowohl dem älteren

Nothberbeurtheile, als auch dem Inhalte dieser Vorschrift ganz angemessen, wenn der Kaiser ein Testament, bei dessen Errichtung jene Formvorschriften außer Acht gelassen worden, schlecht hin für ungültig erklärte. Es ist freilich nicht zu läugnen, daß dies unter Umständen ganz anderen Personen zum Vortheil gereichen kann, als den Nothberben, deren Schutz gegen die injuria testamentorum die Nov. bezweckt — nämlich den in einem gültigen früheren Testamente eingesetzten fremden Personen; allein wie dies einerseits dem Zwecke des Gesetzes keinesweges widerspricht, so ist es andererseits nicht sowohl eine Folge der absoluten Nullität, als vielmehr anderer Umstände. Die in einem früheren Testamente instituirten fremden Personen könnten doch nur dann aus demselben Erben werden, wenn in diesem älteren Testamente die, im neueren nicht gehörig ausgeschlossenen, Nothberben rechtmäßig excludirt sind, und alsdann ist eben diese rechtmäßige Ausschließung derselben im älteren Testamente, keinesweges bloß die absolute Nichtigkeit des jüngeren letzten Willens, der Grund, aus welchem die Nothberben zum Vortheil fremder Personen von der Erbschaft ausgeschlossen bleiben. Weil nun aber diese Ausschließung als eine rechtmäßige und verdiente sich darstellt, so kann sie auch dem Zwecke eines Gesetzes, welches wesentlich gegen unverdiente, lieblose Ausschließung zu schützen beabsichtigt, schwerlich widerstreiten.

Ebensowenig darf es als dem Zwecke der Nov. zuwiderlaufen angesehen werden, daß bei absoluter Nullität die Institution der im voraus eingesetzten, jedoch noch erst zu erwartenden, Kinder nichtig ist, wenn die zur Zeit der Testamentserrichtung zwar schon vorhandenen, jedoch an sich entfernteren, Nothberben nicht gehörig berücksichtigt sind; denn es liegt jedenfalls in solcher Uebergehung dieser letzteren, auf die bloße Möglichkeit oder Hoffnung hin, daß nähere Nothberben agnasciren werden, eine, nach der Tendenz des Gesetzes, nicht zu billigende Lieblosigkeit, insofern der Erblasser es ja darauf ankommen läßt, daß ihm mög-

licherweise auch keine, ihn überlebende, Kinder, als nähere Nothberben geboren werden; in welchem Falle dann die entfernteren um so mehr unrechtmäßig ausgeschlossen wären.

§ 44.

Daß bei Annahme absoluter Nullität die Nov. 115 von dem bisherigen Rechte sehr weit abweichen und gegen den Geist des neueren Rechtes rein formellen Rücksichten ein übermäßiges Gewicht beilegen würde, kann theils garnicht, theils nicht als beweisend, zugegeben werden.

Die Nov. 115 hat ja, wie auch Arndts⁹⁸⁾ zugiebt, das ganze Nothberbenrecht der Descendenten und Ascendenten, namentlich auch das der sui und emancipati (auch der in adoptionem dati), in sich aufgenommen und ein durchgreifend gleichmäßiges Recht für dieselben hergestellt, wobei es ganz begreiflich ist, daß Justinian die absolute Nullität, für welche er sich rücksichtlich des älteren Civilrechts entschieden hatte, auf das neue, für alle pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten gleichmäßig eingeführte, Nothberbenrecht übertrug; wodurch er jenen alten Dualismus zwischen Civilrecht und prätorischem Rechte im Nothberbenrechte in gleicher Weise beseitigte, wie ein Jahr später durch die Nov. 118 beim Intestaterbrechte. Damit mußte aber auch jenes, neben dem Civilrechte früher bestehende, Princip des prätorischen Rechtes, welches wegen Verletzung der Nothberben bloße Unsechtbarkeit des Testaments durch b. p. c. t. annahm, so wie die, nur hierauf beruhende, Aufrechterhaltung des Testaments durch b. p. sec. t., wegsallen.

Sollte es nun auch immerhin dem Geiste des neueren Rechtes nicht angemessen sein rein formellen Rücksichten ein so bedeutendes Gewicht beizulegen, so hat dies nicht der Interpret, sondern nur Justinian zu verantworten, dessen Vorschriften in der Nov. 115 im Wesentlichen gerade nur Formen für die Berücksich-

98) l. c. S. 116. 117.

tigung der Notherben und die Folgen der Verletzung dieser Formen festsetzen. Justinian begnügt sich nicht dabei, daß den Descendenten und Ascendenten die legitima zugewendet werde; zu Erben, wenn auch nur auf *res certae*, sollen sie eingesetzt werden, sollte auch der Werth der *res certae* den Betrag der legitima lange noch nicht erreichen; und das Testament ist ungültig, wenn die Enterbungsurfsache des noch so unwürdigen Notherben nicht *specialiter testamento* inserirt worden.

Wenn man ferner, zum Beweise bloß relativer Nullität, auf die Aeußerung Justinian's in cap. 3 in sine Gewicht legt:

»nullum exheredatis liberis praejudicium generari, sed — — testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos ab intestato ex aequa parte pervenire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur« u. s. w.

so dürfte dies nicht richtig sein, denn die Worte: nullum exheredatis liberis praejudicium generari, enthalten in der That, ungeachtet der dagegen gemachten Einwendungen, doch nur den Grund der gesetzlichen Disposition⁹⁹⁾, nicht einen Theil dieser letzteren, wie Arndts will¹⁰⁰⁾. Die qu. Worte haben doch offenbar keine andere Bedeutung, als die bald darauf folgenden: ne liberi falsis accusationibus condemnentur und die im cap. 5 vorkommenden Aussprüche: »haec autem ita disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus«, — »sola enim est nostrae serenitatis intentio a parentibus et liberis injuriam praeteritionis et exheredationis auferre.«

Wenn aber die drei letzten Stellen, wie doch allgemein anerkannt ist, nur den Grund des Gesetzes ausdrücken, so kann auch von den Worten: nullum exheredatis u. s. w. unmöglich etwas anderes gelten, und daß sich alsdann Justinian in cap. 3 pleonastisch ausgedrückt, indem er denselben Grund zuerst in den

99) v. Bangerow l. c. § 485, S. 348; Brandts in der Gieß. Zeitschrift für Eibitrecht und Proceß, Bb. VII, S. 299 fg.

100) l. c. S. 112.

Worten: nullum exheredatis praejudicium generari und kurz darauf in den Worten: ne liberi falsis accusationibus condemnentur, ausspricht, ist allerdings sichtlich genug, aber man sollte doch glauben, daß solche Pleonasmen, bei der oft so weitschweifigen Ausdrucksweise der Justinianischen Constitutionen, eben nichts Ungewöhnliches und Befremdendes seien.

Wollte man indessen — per inconcessum — zugeben, die fraglichen Worte enthielten nicht den Grund der gesetzlichen Bestimmung, sondern schon einen Theil dieser letzteren, so würde gleichwohl daraus nicht folgen, es sei in diesen Worten die Ansicht ausgesprochen, daß die Erbeseinsetzungen bloß gegenüber den Kindern, nicht auch allgemein nichtig seien.

Daß Justinian in einer das Notherbenrecht betreffenden Verordnung, deren ausgesprochene Tendenz es ist, die Notherben gegen die injuria testamentorum sicher zu stellen, in dem auf das verletzte Notherbenrecht der Kinder sich beziehenden Theile, zunächst der Kinder gedenkt und ausspricht, daß die unrechtmäßig Ausgeschlossenen kein praejudicium treffe — dies kann nicht befremdend, aber für relative Nullität durchaus nicht beweisend sein, denn die Art und Weise, wie die Vermeidung dieses praejudicii bewirkt werden soll, wird doch immer, erst in den folgenden Worten angegeben: sed — — — testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos ab intestato ex aequa parte pervenire.

Zwar meint Arndts¹⁰¹⁾, es könne Justinian's Absicht gar nicht gewesen sein absolute Nullität zu statuiren, denn sonst hätte er diese, als das Wesentliche, zunächst ausgesprochen und das Eintreten der Intestaterbfolge nur als die regelmäßige Folge hiervon bezeichnet; da er aber die Eröffnung der Intestaterbfolge zu Gunsten der ausgeschlossenen Kinder als die Hauptwirkung der Gesetzesübertretung hinstelle, so vertrage sich dies mit abso-

101) l. c. S. 112.

Inter Nullität deshalb nicht, weil bei letzterer nicht in jedem Falle die Intestaterbfolge für die Kinder eröffnet sein würde, indem unter Umständen die testamentarische Erbfolge aus einem früheren Testamente eintreten könnte.

Bei dieser Argumentation ist jedoch übersehen, daß die Worte »evacuato testamento« nicht nur, wie ja auch Arndts¹⁰²⁾ annimmt, von ipso jure eintretender Nichtigkeit sehr wohl verstanden werden können, sondern sogar, wegen der Bestimmung in cap. 4, gezeigter Maßen, verstanden werden müssen und daß ferner der Gesetzgeber, wollte er anders bloß gegen die *injuria testamentorum* schützen, wie er daselbst sagt, unmöglich die Absicht haben konnte die in einem früheren, gültigen Testamente rechtmäßig ausgeschlossenen Notherben ebenfalls bloß deshalb zur Intestaterbfolge zu berufen, weil das spätere Testament, welches ja deswegen auch quoad heredum institutionem nichtig ist, eine solche *injuria* enthält; denn da einerseits, wegen der beregten Nichtigkeit des jüngeren Testaments, das ältere nicht rumpirt worden, andererseits dieses letztere auch nicht, aus dem Titel der *injuria testamentorum*, beseitigt werden kann, so tritt mit rechtlicher Nothwendigkeit testamentarische Erbfolge ein.

Arndts¹⁰³⁾ giebt demnach selbst zu, daß Justinian die Wirkungen des verletzten Notherbenrechts für Descendenten und Ascendenten in cap. 3 und resp. cap. 4 in fine nicht habe verschieden, sondern gleichmäßig bestimmen wollen, aber anstatt, eben deshalb, die weniger deutliche Bestimmung in cap. 3 aus der ganz klaren und deutlichen in cap. 4 zu erklären, schlägt er den umgekehrten Weg ein und zwar aus dem eben beleuchteten Grunde, weil bei absoluter Nullität die in cap. 4 angeordnete Intestaterbfolge nicht immer eintreten dürfte und überdies sonst die Worte *resciso testamento* müßig dastehen würden; allein

102) l. c. S. 108 zu Anfange.

103) l. c. S. 112.

dieser letztere Einwand ist offenbar von keinem besonderen Gewichte, denn es würden die *qu.* Worte höchstens einen Pleonasmus, wie er ja bei Justinian nicht selten vorkommt, involviren, indessen sind sie hier sogar, des Nachdruckes wegen, ganz am rechten Plage, sie sagen: das Testament soll, so viel die Erbesetzungen betrifft, nichtig sein und, mit Beseitigung des Testaments, Intestaterbfolge eintreten.

§ 45.

Man hat einen Einwand gegen absolute Nullität auch aus dem Umstande entnehmen wollen, daß nur die Erbesetzungen beseitigt werden, während die übrigen Verfügungen des Testaments bestehen bleiben sollen. Indessen bemerken Mühlenbruch¹⁰⁴⁾ und v. Bangerow¹⁰⁵⁾ hiergegen sehr richtig, daß von theilweiser Nullität noch kein Schluß auf relative gemacht werden könne; denn soweit das Testament nichtig ist, ist es dieses ipso jure sofort. Daß solche theilweise Beseitigung des Testaments bei absoluter Nullität bisher unerhört gewesen, kann keinen Grund abgeben, dem Gesetz, durch überkünstliche Interpretation, einen anderen, als den deutlich ausgesprochenen, Sinn unterzulegen; und warum soll denn nicht auch ein neues Gesetz etwas bisher noch Unerhörtes festsetzen? Hatte man etwa im früheren Rechte etwas von dem Notherbenrechte der Ascendenten, sowie derjenigen Descendenten, die weder sui, noch in dem *ordo unde liberi* zur Erbfolge berufen sind, gehört? oder gar von Notherben eines Weibes? Doch aber hat die Nov. 115, anerkannter Maßen, dieses bisher Unerhörte zu statuiren sich erlaubt.

Arndts¹⁰⁶⁾ macht darauf aufmerksam, daß bei absoluter, wenngleich nur theilweiser, Nullität des Testaments, die in einem früheren gültigen Testamente eingesetzten Erben, wenn sie die Erb-

104) l. c. S. 255 fg.

105) l. c. S. 348.

106) l. c. S. 113, Note 152.

schaft aus demselben erwerben, sowohl die in diesem, als die in jenem hinterlassenen Vermächtnisse anerkennen müßten und so die im jüngeren Testamente angeordneten Vermächtnisse, durch Concurrenz mit den im älteren Testamente auferlegten, nach der lex Falcidia, eine Schmälerung erleiden könnten. Dies ist gewiß richtig, jedoch nicht einleuchtend, warum dies, wie Arndts meint¹⁰⁷⁾, sich mit der Bestimmung der Nov. 115 cap. 3 u. 4 nicht vertrage, daß die Verfügungen außer den Erbeseinsetzungen gültig sein sollen, *tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum*, denn die Vermächtnisse sind ja doch an sich gültig und ihre Schmälerung, durch Berechnung und Abzug der quarta Falcidia, ist nur eine, der Gültigkeit der Vermächtnisse unbeschädigt eintretende, Folge der Ueberlastung der Erben, welche, unter der eben gedachten Voraussetzung, auch dann stattfindet, wenn nicht testamentarische Erbfolge aus einem früheren Testamente eintritt, was auch Arndts an einem anderen Orte¹⁰⁸⁾ selbst behauptet.

Daß nun aber, wie Arndts ferner behauptet¹⁰⁹⁾, wenn wegen Destitution des früheren Testaments dann doch Intestaterbfolge eintrete, alle Vermächtnisse beider Testamente un- gültig würden, ist zwar gewiß Justinian's Absicht nicht gemäß, aber auch sicherlich keine Consequenz der absoluten, gleich anfänglichen Nichtigkeit des Testaments; vielmehr versteht es sich von selbst, daß, in Folge der Destitution des älteren Testaments, dieses weiter gar nicht in Betracht kommt und die Intestaterben, nach den Bestimmungen der Nov. 115, die im jüngeren, *quoad heredum institutionem* ungültigen, Testamente angeordneten Vermächtnisse ganz ebenso zu prästiren verpflichtet sind, wie ohne Destitution die Testamentserben die Vermächtnisse beider Testamente.

Die theoretischen Schwierigkeiten, welche Arndts bei der

107) l. c.

108) l. c. S. 154, Nr. 35 am Ende.

109) l. c. S. 113.

absoluten Nullität darin findet, daß, ungeachtet der gleich anfänglichen Nichtigkeit der Erbeseinsetzungen, das Testament im Uebrigen als solches bei Kräften bleibe, verschwinden doch wohl, wenn man das Eintreten der Intestaterben (resp. der in einem älteren gültigen Testamente eingesetzten Erben) aus dem Gesichtspunkte einer gesetzlichen Substitution betrachtet¹¹⁰⁾.

Gegen das System der s. g. relativen Nullität spricht endlich noch der Umstand, daß eine relative Nullität eine juristische Inconsequenz ist¹¹¹⁾. Dieser Einwand ist keinesweges, wie Arndts meint¹¹²⁾, ein müßiger Streit über den Ausdruck, dem diejenigen entgehen, welche behaupten, die Erbeseinsetzungen seien nicht richtig, sondern nur rescissibel durch den bloßen Willen des verletzten Notherben; allein man kann solches gar nicht behaupten, denn Justinian bedingt in der That nirgends das Eintreten der Intestaterbfolge dadurch, daß der Notherbe seinen, gegen das Testament gerichteten, Willen irgend wie kund gäbe, sondern verordnet ganz allgemein, daß, mit Beseitigung des Testaments, Intestaterbfolge eintreten, der Testator also, abgesehen natürlich von der Existenz eines früheren gültigen Testaments, als intestatus sterben solle. Ueberdies ist in Nov. 115 cap. 4 in fine so unzweideutig die Nullität der Erbeseinsetzungen ausgesprochen, daß sich die Annahme bloßer Rescissibilität, auf welche freilich die s. g. relative Nullität immer hinauskommt, aus den Worten der Nov. nicht rechtfertigen läßt.

Es liegt nun aber im Begriffe der Nullität, daß das Richtige rechtlich überall gar nicht existirt, mithin keine Rechte schmälert, sondern nur bestehenden Rechten nicht im Wege stehen kann, und,

110) Vergl. Mühlensbruch l. c. S. 289 und Note 55a, dem übrigens ja auch Arndts l. c. S. 153 u. 154 hierin bestimmt.

111) Brandts l. c. S. 121 fg.; Sintonis l. c. Bd. I, § 24, Anm. 17; v. Bangerow l. c. S. 347.

112) l. c. S. 114.

eben weil es nicht existirt, auch nicht durch Anerkennung dabei interessirter Personen rechtliche Wirksamkeit erlangen darf.

Hieraus folgt, rücksichtlich der Nullität der Erbesetzungen nach Nov. 115, mit Nothwendigkeit ¹¹³⁾, daß:

- 1) die Nov., für den Fall nicht gehöriger Berücksichtigung der Notherben, kein neues Rechtsmittel eingeführt hat, sondern einfach die hereditatis-petitio intestati zuläßt, welche allein unter der querela nullitatis juris novi zu verstehen ist;
- 2) diese Klage allen denen zusteht, die, wegen Nichtigkeit des Testaments, zur Intestaterbfolge beim Tode des Testators berufen sind, — mag nun der nicht berücksichtigte Notherbe auf sein Recht verzichten oder vor dem Testator sterben oder nicht ¹¹⁴⁾;
- 3) ferner, wegen der Nichtigkeit der Erbesetzungen, die Grundsätze der Intestaterbfolge durchgreifend zur Anwendung kommen, woher denn auch hier das jus accrescendi und die successio graduum et ordinum, je nach den dazu erforderlichen Voraussetzungen, unbedenklich, wie bei der reinen Intestaterbfolge, stattfinden.

§ 46.

Den bisherigen Erörterungen zu Folge dürfte daher auch das System der relativen Nullität oder Rescissibilität in keiner seiner Modifikationen gerechtfertigt erscheinen, ebensowenig jene von Mühlbruch vertheidigte Modifikation des Systems der absoluten Nullität, wornach die Nichtigkeit der Erbesetzungen zwar ipso jure eintritt, jedoch nur, wenn beim Tode des Testators noch ein, nicht gehörig berücksichtigter, Notherbe vorhanden ist.

113) Eintens l. c. Bd. III, § 198, S. 642 fg., Anm. 1. In mancher Beziehung abweichend ist die Darstellung bei Mühlbruch l. c. Bd. 37, S. 256—283, — vom Standpunkte der von ihm vertretenen Modifikation des absoluten Nullitätssystems.

114) U. M. sind natürlich die Verfechter des Systems der relativen Nullität und der Inofficiösität.

Ungeachtet nun im römischen Rechte lediglich das System der absoluten, gleich anfänglichen, Nullität begründet sein dürfte, haben sich doch die Kurl. Statuten v. J. 1617, wohl im Anschlusse an die, von den berühmten französischen Juristen des 16. Jahrhunderts vertretene, Ansicht ¹¹⁵⁾, für das reine Inofficiösitätssystem entschieden.

Der § 168 der Kurl. Statuten verordnet:

»Pater sine gravi et justa causa — — — filios et filias in testamento suo praeterire aut expresse exheredare non potest *salva querela inofficiosi testamenti, coram judice competente instituenda.*«

Daß unter der hier erwähnten querela inoff. test. nur die querela inoff. test. juris novi gemeint, in keinem Falle aber nach Kurländischem Rechte mehr die s. g. querela nullitatis juris veteris resp. die b. p. c. t. anwenbar ist, versteht sich nach den bisherigen Ausführungen, in diesem und dem vorhergehenden Kapitel, von selbst.

Indessen kann die Geltung des reinen Inofficiösitätssystems doch immer nur für das eigentliche (ehemalige Herzogthum) Kurland anerkannt werden, nicht auch für den ehemaligen Piltenschen Kreis, denn da die Piltenschen Statuten v. J. 1611 gar keine Bestimmung über die Folgen des verletzten Notherbenrechts enthalten, so ist wohl um so unbedenklicher auch für den ehemaligen Piltenschen Kreis das hier vertheidigte System der absoluten Nullität anzunehmen, als die einzige das Notherbenrecht betreffende Stelle der Pitt. Statuten Thl. III Tit. 1 § 2 nur die unrechtmäßige Enterbung verbietet und mithin als Prohibitivgesetz im Zweifel eine lex perfecta ist.

Demgemäß wird also sowohl nach Landrecht, als auch nach dem, aus diesem zu ergänzenden, Stadt- und Bauerrechte bei Verletzung des Notherbenrechts im eigentlichen Kurland die

querela inoff. test. juris novi, welche die, an sich gültige, Erbeeinsetzung bloß rescindirt; dagegen im ehemaligen Piltenschen Kreise in demselben Umfange die s. g. querela nullitatis juris novi, in der Eigenschaft einer einfachen hereditatis petitio intestati, Platz greifen müssen.

Nach dem Derogationssystem kann übrigens, mag man nun dem Nullitätssystem oder dem Inofficiofistätssystem folgen, von einer Ruption des ganzen Testamentes durch agnatio postumi oder quasi postumi, wie im älteren Rechte, in keinem Falle mehr die Rede sein, denn die Nov. 115 bestimmt die Folgen des verletzten Notherbenrechtes, indem sie ganz allgemein von Descendenten überhaupt und von Ascendenten spricht, weshalb denn in der That kein Grund vorhanden ist, das Gesetz nicht auch auf postumi zu beziehen¹¹⁶), von welchen man übrigens, als quasi postumi, nach der Nov. 115, auch in der Klasse der Ascendenten reden kann¹¹⁷).

§ 47.

Es ist im Laufe der bisherigen Darstellung mehrfach hervorgehoben worden, daß die Verletzung des Notherbenrechtes nur die Ungültigkeit (sei es Nullität oder Rescissibilität) der Erbeeinsetzungen, mit Inbegriff der Bulgarsubstitutionen, zur Folge hat, während die übrigen testamentarischen Dispositionen regelmäßig bestehen bleiben.

Dieser Punkt bedarf noch einer näheren Betrachtung.

Nach der ausdrücklichen Bestimmung der Nov. 115 cap. 3 und 4 in fine sollen bei Kräften bleiben:

1) Vermächtnisse (Legate und Fideikommissen). Der Notherbe hat natürlich ein Recht darauf, daß ihm sein Pfandtheil nicht durch Vermächtnisse beschwert werde¹¹⁸); doch

116) Arnbt's l. c. S. 154 fg., vergl. die bei Glüd l. c. Bd. 7, S. 372, Note 45 citirten Schriftsteller. — Glüd selbst ist anderer Ansicht mit den l. c. Note 46 angeführten Schriftstellern.

117) Arnbt's l. c. S. 155.

118) l. 32 C. de inoff. test. (3, 28).

kann er zwischen der portio legitima und der quarta Falcidia, die auch anderen Erben zusteht, wählen, je nachdem das eine oder das andere für ihn vortheilhafter ist¹¹⁹) und nach canonischem Rechte kann er, was freilich nicht unbestritten ist, beides beanspruchen¹²⁰). Zu den gültig bleibenden Vermächtnissen müssen auch die dem Notherben, der sein Recht geltend macht, hinterlassenen gerechnet werden, da Justinian, nachdem er vorher von den Vermächtnissen an die Notherben gesprochen, ganz allgemeinen die Aufrechterhaltung der Vermächtnisse verordnet¹²¹), und auch für das Inofficiofistätssystem muß man dasselbe behaupten, denn der Grundsatz des älteren Rechts, daß die vollständige Rescission des Testamentes durch die querela inoff. test. auch die Vermächtnisse beseitige¹²²), wäre jedenfalls durch die Nov. aufgehoben. Geltend gemacht werden übrigens die Vermächtnisse mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln: der actio personalis ex testamento, weil in hoc testamentum non rescissum obtinet — nicht aber mit einer condictio ex lege¹²³).

2) Freilassungen. Dies ist für Kurland nicht ganz unpraktisch, denn, wengleich in Kurland die Leibeigenschaft durch die Kurl. B. v. J. 1817 aufgehoben worden, so existirt dieselbe in Rußland doch noch; indessen wird gegenwärtig auch für die russischen Gouvernements die gänzliche Aufhebung der Leibeigenschaft vorbereitet¹²⁴), so daß also bald dieser Punkt gar nicht mehr praktisch sein wird.

119) Goefhen l. c. § 1042, vergl. l. 8 § 9 D. de inoff. test. (5, 2); l. 36 C. de inoff. test. (3, 28), Nov. 39, cap. 1.

120) c. 10 u. 18 X. de test. (3, 26); Sintenis l. c. § 215, Note 41 über die Literatur vergl. Glüd l. c. Bd. 7, S. 154 fg., Note 95 fg.

121) Mühlenbruch l. c. S. 384—286; Arnbt's l. c. S. 153 A. R.; Franke l. c. S. 289 fg.

122) l. 8 § 16 D. de inoff. test. (5, 2).

123) Mühlenbruch l. c. S. 289, Note 55a; Arnbt's l. c. S. 154.

124)

3) Vormundschaftsbestellungen; überdies aber sollen
 4) *quaelibet alia capitula, legibus concessa* bei Kräften bleiben. Daß zu diesen *alia capitula* auch Pupillarsubstitutionen gehören dürfte wohl nicht zu bezweifeln sein, denn sie gehören nicht zu den Erbeseinsetzungen in den Nachlaß des Testators, welche allein, wegen unrechtmäßiger Ausschließung der Notherben, für ungültig erklärt sind ¹²⁵⁾. Dagegen gehören Enterbungen, selbst rechtmäßige, nicht zu den *alia capitula*, denn dies würde sich mit der *cap. 3 u. 4 der Nov. 115* ganz allgemein angeordneten Eröffnung der Intestaterbfolge nicht vertragen, woher denn auch unter den *alia capitula* immer nur solche Verfügungen verstanden werden dürfen, welche nicht die unmittelbare Erbfolge in das erblasserische Vermögen zum Gegenstande haben ¹²⁶⁾ und aus demselben Grunde muß das von der Enterbung Gesagte auch von der Institution anderer Notherben gelten, was freilich Mayer* ¹²⁷⁾ ebenfalls in Abrede stellt und zwar vom Standpunkte des von ihm verfochtenen Inofficiositätssystems; allein nach der *Nov. 115* bewirkt die Verletzung des Notherbenrechtes, mag man auch zu dessen Geltendmachung, die *querela inoff. test.* für das geeignete Rechtsmittel halten, Ungültigkeit sämtlicher Erbeseinsetzungen — *nullam vim — testamentum, quantum ad institutionem heredum habere.*

125) Glück l. c. Bd. 7, S. 322, 452; Mühlenbruch l. c. S. 286 bis 288.

126) Mühlenbruch l. c. S. 288, Note 54a; Arndts l. c. S. 152 fg.; A. W. Mayer* l. c. S. 284 fg. als Anhänger des Inofficiositätssystems, allein dies läßt sich aus der Beschaffenheit der älteren *querel. inoff.* nicht deduciren, bei welcher der *ex justa causa* Erbedirte von der Intestaterbfolge ausgeschlossen war, wenn nicht etwa ausnahmsweise das ganze Testament rescindirt und vollständige Intestaterbfolge herbeigeführt wurde; nach den *Nov. 115* soll ja aber immer Intestaterbfolge eintreten, insofern die Erbeseinsetzungen immer als ungültig wegfallen.

127) l. c.

Außer der Pupillarsubstitution würde demnach z. B. die Anordnung von Begräbnissen, zu errichtender Denkmale, anderweitige, kein Vermächtniß enthaltende, Auflagen, Ademtionen von Vermächtnissen, Verbot des Abzuges der *quarta Falcidia* u. dergl. m. zu den *quaelibet alia capitula, legibus concessa* gehören ¹²⁸⁾.

Eine sehr bestrittene Frage ist es aber, ob nicht durch die Codicillarklausel die, wegen Verletzung des Notherbenrechtes, ungültigen Erbeseinsetzungen als Universalabdeikommisse aufrecht erhalten werden können? Die herrschende Meinung ist für die bejahende Beantwortung dieser Frage ¹²⁹⁾, jedoch haben sich in neuerer Zeit Mühlenbruch ¹³⁰⁾, Puchta ¹³¹⁾ und Fein ¹³²⁾ dagegen erklärt.

Die herrschende Meinung scheint indessen doch den Vorzug zu verdienen, für dieselbe sprechen:

1) Die Natur der Sache. Durch die Codicillarklausel, als die Erklärung des Testators: „daß sein letzter Wille, wenn derselbe nicht als Testament gültig sein oder bleiben sollte, als Codicill oder auf jede mögliche Weise gelten solle“, wird die letztwillige Erklärung, wenn nur die zur Gültigkeit eines Codicills gehörenden Erfordernisse vorhanden sind, als Codicill aufrechterhalten, insofern die darin eingesetzten Erben dieselbe als Codicill geltend machen, also auf die Codicillarklausel recurriren.

Thun sie dies, so ist nun Alles so zu beurtheilen, wie wenn

128) Arndts l. c. S. 153, Note 320, gegen Mayer* l. c.

129) Vergl. Grandt l. c. S. 416—421; Arndts l. c. S. 154; Sententis l. c. III, § 208, S. 708, Anm. 10; v. Wangerow l. c. § 527, (wobei selbst auch über die Literatur zu vergleichen ist).

130) l. c. S. 368—373.

131) Pandekten § 534, Note i.

132) In der Fortsetzung des Glück'schen Pandekten-Commentars, Bd. 45, S. 323 fg.

gleich anfänglich kein Testament, sondern bloße Codicille errichtet worden¹³³), entweder sog. *codicilli testamentarii* oder *ab intestato facti*, je nachdem ein früheres, an sich gültiges und durch den, mit der Codicillarklausel versehenen, letzten Willen nicht aufgehobenes Testament vorhanden ist oder nicht¹³⁴).

Daher werden denn auch, unter der gedachten Voraussetzung, die Erbeseinsetzungen, um als Codicillardispositionen gelten zu können, als Universalideikommisse aufgefaßt. Da nun aber in bloßen Codicillen die formelle Berücksichtigung der Notherben gar nicht erforderlich ist, die Codicillarklausel auch keinesweges, wie Manche behauptet haben, in fraudem legis zum Nachtheil der Notherben wirken würde, weil dieselben als Intestaterben oder als testamentarische Erben, aus einem früheren gültigen Testamente, immer ihren Pflichttheil ungeschmälert behalten und außerdem, nach canonischem Rechte, auch die Quarta Trebellianica abziehen dürfen¹³⁵); so möchte wohl, soviel die Natur der Sache betrifft, kein Grund vorhanden sein, in unserem Falle die Wirksamkeit der Codicillarklausel zu bestreiten.

2) Die Aeußerung Ulpian's in l. 24 § 11 D. de fideic. libert. (40, 5): »*Ex testamento, quod agnatione postumae ruptum esse constitit, neque directas libertates competere, neque fideicommissarias deberi, quas non a legitimis quoque heredibus pater familias reliquerit, satis constat.*«

wo doch offenbar von den, in einem durch *postumae agnatione* rumpirten Testamente, angeordneten Freilassungen die Rede ist, die aber dann gültig sein sollen, wenn der Testator auch (quoque) die Intestaterben damit belastet hat, was nur durch die Codicillarklausel möglich war. Es ist daher die Ansicht

133) l. 8 pr. u. § 1 C. de codicillis (6, 36); vergl. b. Vangerow l. c. S. 524.

134) Sintonis l. c. S. 708.

135) Franke l. c. S. 418; Sintonis l. c. § 215, S. 750, Note 41.

Mühlenbruch's¹³⁶), Ulpian habe hier lediglich an solche Freilassungen gedacht, welche in eigentlichen *codicilli ab intestato facti* angeordnet worden, gewiß mit Ulpian's Worten nicht zu vereinigen.

Dieser Aeußerung Ulpian's widerstreitet auch weder l. 2 D. de legatis III.:

»*Ex alio praeterito, licet suus heres sit, fideicommissum relinqui non potest.*«

noch auch l. 31 C. de fideicom. (6, 42) wo Justinian sagt:

»*Quidam filium suum a sacris paternis remisit, et postea, testamento condito eum praeteriit, nullo ei penitus relicto, aliis heredibus derelictis, ipsum autem, quem neque heredem neque exheredatum fecit fideicommissum praegravit. Quaerebatur, si utile est hujusmodi fideicommissum. Tota igitur antiqua dubietate super hoc explosa, nobis in hoc casu placuit, ut emancipatus, utpote injuria a patre affectus, non compellatur fideicommissum a sua persona relictum praestare. Quod etiam in aliis personis, quas exheredari necesse est, locum habere censemus.*«

denn diese Stellen sprechen nur von dem Falle, da der suus oder der emancipatus als praeteritus contra iudicium patris zur Erbfolge gelangt, was dann gar nicht möglich ist, wenn die eingesetzten Erben auf die Codicillarklausel recurrirten, weil alsdann nur ein Codicill vorliegt, bezüglich dessen von Praeterition überhaupt nicht die Rede sein kann¹³⁷).

Indessen nehmen die meisten Vertheidiger der herrschenden Ansicht doch mit Recht an, daß die Codicillarklausel nicht gegen den präsumtiven Willen des Testators zur Geltung gebracht werden dürfe, also propter defectum voluntatis unwirksam bleibe z. B. wenn der Erblasser einen postumus, an dessen Existenz er gar nicht dachte, übergegangen hat¹³⁸).

136) l. c. S. 373.

137) b. Vangerow l. c. S. 527. 528.

138) Franke l. c. S. 419 fg.

Die hier vertheidigte Ansicht muß man auch vom Standpunkte des Inofficioitäts-system's gelten lassen, denn auch bei einem testamentum inofficiosum erweist die Codicillarlausel sich wirksam¹³⁹⁾. Zwar läugnen dies letztere die meisten Juristen¹⁴⁰⁾, allein, wenn die instituirten Erben gleich auf die Codicillarlausel recurriren, so kann garnicht mehr von einem testamentum inofficiosum und dem color insaniae mit seinen Folgen, sondern nur noch von einem Intestatcodicill die Rede sein und es cessirt also die Möglichkeit der querela inoff. test., während die Pflichttheilsberechtigten, wenn sie mit Vermächtnissen überlastet sind, dieselben soweit verkürzen können, daß ihnen der Pflichttheil und die Falcidische Quart frei bleibt.

Die dieser Auffassung scheinbar widerstretenden Stellen, l. 13 D. de inoff. test. und l. 36 D. de legat. III. reden nur von dem Falle, da das Testament als inofficiosum, in Folge der querela, rescindirt worden und deßhalb, wegen des color insaniae, auch die Codicillarlausel unwirksam bleibt¹⁴¹⁾.

§ 48.

Zwischen den beiden in Kurland geltenden Systemen, dem der absoluten Nullität und dem reinen Inofficioitäts-system, finden nun folgende bemerkenswerthe praktische Unterschiede statt¹⁴²⁾.

1) Nach dem Inofficioitäts-system ist das, die Notherben nicht gehörig berücksichtigende, Testament keinesweges nichtig, sondern bloß durch die Querel anfechtbar, die aber nur geschehen, beim Tode des Erblassers noch existirenden, Personen zusteht; nach dem Nullitätssysteme ist das Testament gleich anfänglich ipso jure nichtig; daraus folgt aber

139) v. Wangerow l. c. §. 525; Fein l. c. §. 344 fg.

140) Vergl. v. Wangerow l. c.

141) Fein und v. Wangerow l. c.

142) Hanbold: dissertatio de differentia inter test. nullum et inofficiosum, Cap. V—VII; Mühlenthal l. c. §. 289—295; Goeschel l. c. §. 890.

2) das bloß inofficiöse Testament hat vim rumpendi, hebt also ein früheres gültiges Testament auf; nicht so das nichtige Testament, jedoch wird dies letztere von den Vertheidigern der relativen Nullität consequent verneint, und auch von Mühlenthal¹⁴³⁾, jedoch weniger consequent, geläugnet; und ferner

3) aus einem nichtigen Testament kann keine Erbschaftsantrittung stattfinden, wohl aber aus einem test. inoff., woher denn auch die querela inoff. test. zunächst gegen den Testamentserben¹⁴⁴⁾, so wie gegen dessen Universalsuccessor¹⁴⁵⁾, außerdem jedoch auch gegen den Universalfideicommissar, dem der Erbe die Erbschaft restituirt hat¹⁴⁶⁾, gegen den Exipienten¹⁴⁷⁾, sowie gegen denjenigen gerichtet ist, der sonst, anstatt des eingesetzten Erben, die zunächst diesem deserirte Erbschaft erworben hat¹⁴⁸⁾. Demnach hat

4) die querela inoff. test. gewisse, bei der f. g. querela nullitatis jur. novi wegfallende Eigenthümlichkeiten, zu denen Folgendes gehört:

a) sie ist eine subsidiäre Klage, welche nur dann Platz greift, wenn es an einer anderen, eben so wirksamen oder wirksameren, Klage fehlt¹⁴⁹⁾;

b) sie geht regelmäßig nur wenn sie vorbereitet ist auf die Erben über; als Vorbereitung gilt aber auch schon die von

143) l. c. §. 294.

144) l. 8 § 10 D. de inoff. test. (5, 2).

145) l. 10 C. de inoff. test. (3, 28), vergl. über diese Stelle Grandjean l. c. §. 286 fg., Note 1.

146) l. 1 C. eod.

147) arg. l. 10 C. cit.

148) l. 8 pr. u. l. 20 pr. D. de b. p. c. t. (37, 4), hierher gehören denn auch die Fälle der Transmissio.

149) § 2 Inst. de inoff. test. (2, 18); l. 4 C. de liber. praeterit. (6, 28); vergl. Mühlenthal l. c. Bb. 35, §. 358 fg.; Schnelzer: die allgemeinen subsidiären Klagen des römischen Rechts, S. 440 fg.

dem eingesetzten Erben zu erkennen gegebene Absicht, die Querel anstellen zu wollen¹⁵⁰⁾; nur für Descendenten des Erblassers findet eine Ausnahme von der Regel statt, denn diese transmittiren, wenn sie sterben während der institutus noch deliberirt¹⁵¹⁾, auch ohne alle Vorbereitung, die Querel auf ihre sie beerbenden Descendenten; — die s. g. querela nullitatis dagegen geht, als reine hereditatis petitio, immer unvorbereitet auf die Erben über, sobald nur das, durch dieselbe geltend zu machende, Intestaterbthum erworben ist¹⁵²⁾;

c) bei der querela inoff. test. findet eine besondere successio in querelam statt, welche in dieser Art der s. g. querela nullitatis durchaus fremd ist^{152a)}. Ebenso fand früher bei der Querel ein eigenthümliches jus accrescendi statt, welches indessen durch die Nov. 115 als beseitigt anzusehen ist.

Was nun zunächst das fragliche Anwachsungsrecht anbetrifft, so hatte dieses bei der querela inoff. test. ein beschränkteres Gebiet als bei der Intestaterbfolge, denn durch die Querel wurde regelmäßig nicht vollständige Intestaterbfolge herbeigeführt, sondern nur den Verletzten zu ihrer Intestaterbportion verholfen, während das Uebrige den Testamentserben verblieb. Ein jus accrescendi griff also nur unter den in concreto zugleich zur Querel Berufenen Platz, wenn später die Querel einer dieser Personen durch Verzicht oder Verjährung wegfiel; ihre Portion accrescirte

150) l. 6 § 2, l. 7 D. de inoff. test. (5, 2).

151) l. 34 l. 36 § 2 C. de inoff. test. (3, 28), A. W. Marejoll in der Gleiß. Zeitschrift für Elbirecht und Proceß, III, S. 343 fg. u. Arnolds l. c. S. 101, Note 106. Vergl. jedoch dagegen Francke l. c. 317 fg.; Mühlenbruch l. c. Bb. 35, S. 463 fg.

152) Mühlenbruch l. c. Bb. 37, S. 261 fg., vergl. l. 3 u. l. 10 § 1 D. de hered. petit. (5, 3).

152a) A. W. ist Francke l. c. S. 387—389 für den Fall, daß der nächste Aotherbe rechtmäßig erblubirt worden; vergl. jedoch dagegen Mühlenbruch l. c. S. 265.

dann den übrigen in concreto zur Querel Berechtigten¹⁵³⁾. — Dasselbe mußte auch gelten, wenn einer der zugleich Berufenen starb, ohne daß die Voraussetzungen zur Transmissio der Querel auf seine Erben vorhanden sind¹⁵⁴⁾. Dagegen war die Portion eines ex justa causa Exherediten niemals Gegenstand der Accretion, obwohl dies von manchen Juristen¹⁵⁵⁾ behauptet wird; allein diese Ansicht beruht theils auf der unrichtigen Meinung, daß die Querel immer das ganze Testament rescindire, theils auf der, ebensowenig zu rechtfertigenden, Voraussetzung, daß der ex justa causa Ausgeschlossene selbst dann nicht zur Intestaterbfolge gelange¹⁵⁶⁾. Da indessen nach der Nov. 115, dem Inofficiofitätssystem zu Folge, immer das ganze Testament, quoad heredum institutionem, rescindirt werden würde und somit vollständige Intestaterbfolge herbeigeführt wird¹⁵⁷⁾, so sind jetzt die bei dieser letzteren für das Anwachsungsrecht geltenden Grundsätze zur Anwendung zu bringen.

Dagegen ist, nach dem Inofficiofitätssystem, die frühere successio in querelam als noch gültig anzusehen. Es gilt für dieselbe der Grundsatz, daß, wenn von den zunächst zur Querel Berufenen keiner dieselbe anstellt, weil er dies entweder nicht kann¹⁵⁸⁾ oder nicht will¹⁵⁹⁾, oder wenn die zunächst Berufenen mit der Querel abgewiesen werden, weil sie sich der Zuneigung

153) l. 17 pr. D. de inoff. test. (5, 2); l. 23 § 2 eod.

154) v. Bangerow l. c. § 480.

155) z. B. Huschke l. c. u. Witte l. c. (vergl. Note 81), nach deren Ansicht die Portion des Exherediten freilich nicht von vornherein Gegenstand der Accretion für die mit der Querel Obliegenden ist, wohl aber nachher werden kann, wenn der Exherediten, vor dem Erwerbe der ihm ab intestato defektirten Erbschaft, aus irgend einem Grunde wegfällt.

156) Vergl. die bei v. Bangerow l. c. angeführten Schriftsteller, und gegen diese Francke l. c. S. 257 fg. S. 298 fg.; Mühlenbruch l. c. Bb. 35, S. 393 fg., siehe auch Glück l. c. S. 432 fg.

157) Glück l. c. S. 450 fg.

158) l. 31 pr. D. de inoff. test. (5, 2).

159) l. 31 pr. D. eod.

des Testators unwürdig gemacht ¹⁶⁰), — die nach ihnen nächsten Intestaterben des Testators, insofern sie in abstracto ebenfalls Pflichttheilsberechtigte sind, die *querela inoff. test.* anstellen dürfen. Darnach muß denn der Testator, wenn er die nächsten Notherben rechtmäßig ausschließt, auch die entfernteren gehörig, sei es durch Institution oder Ausschließung, berücksichtigen, um sein Testament gegen Anfechtung zu wahren. Dabei ist es aber eine besondere Singularität, daß der im Testamente ausgeschlossene nähere Notherbe, bei der durch die *Querel* des entfernteren herbeigeführten Intestaterbfolge, auch von dieser letzteren ausgeschlossen bleibt, anstatt bei dieser umgekehrt den entfernteren zu excludiren ¹⁶¹).

Uebrigens ist die *successio in querelam*, nach ihrem soeben angegebenen Principe, nicht nur eine *successio ordinum*, sondern auch, obgleich dies von den meisten Juristen bestritten wird ¹⁶²), eine *successio graduum*. Dem scheint freilich die l. 34 C. de inoff. test. zu widersprechen, in welcher Justinian die Transmissio der den Descendenten des Erblassers zustehenden, selbst noch nicht vorbereiteten, *Querel* auf ihre Descendenten deshalb gestattet, weil sonst diese letzteren ganz hilflos wären; allein wenn man vielleicht nicht zugeben wollte, (wozu indessen kein genügender Grund vorhanden), daß die Schwierigkeiten dieser Stelle sich durch die Annahme beseitigen lassen, es habe zur Zeit der Erlassung dieses Gesetzes in dem *ordo unde liberi* noch keine *successio graduum* gegolten, sondern diese sei erst später eingeführt ¹⁶³), so bleibt noch immer der, durch die Worte des Gesetzes nicht ausgeschlossene, Ausweg, daß der Kaiser in der l. 34 C. cit.

160) l. 14 D. eod.

161) v. Bangerow l. c. S. 322.

162) Glück l. c. S. 380 fg. und die daselbst und bei Mühlenbruch l. c. Bd. 35, S. 477 citirten Schriftsteller.

163) Franke l. c. S. 283 fg.; Mühlenbruch l. c. Bd. 35, S. 475 fg.; v. Bangerow l. c. § 480 in fine.

gerade einen Fall vor Augen gehabt, in welchem die *successio graduum* garnicht stattfinden konnte, weil nicht alle zunächst zur *Querel* Berufenen weggefallen sind; denn sonst müßte man für Descendenten eine ganz unerklärliche Abweichung der *successio in querelam* von den Grundsätzen der Intestaterbfolge annehmen ¹⁶⁴).

§ 49.

Mit der soeben erörterten Streitfrage hängt eine andere, nicht minder praktisch wichtige, zusammen. Im Allgemeinen nämlich ist man wohl ziemlich einverstanden darüber, daß nach dem Nullitätssystem, seit der Nov. 115, für Descendenten und Ascendenten die *querela inoff. test.* nicht mehr vorkomme; denn wenn sie gehörig instituiert sind, aber nicht der volle Pflichttheil ihnen zugewendet worden, so steht ihnen nur die *actio expleoria* oder *condictio ad supplendam legitimam ex lege 30 C. de inoff. test.* zu, welche auch in der Nov. 115 cap. 5 für diesen Fall ausdrücklich anerkannt ist. Sind sie dagegen von der Erbschaft ausgeschlossen, so können sie, wenn dies nur rechtmäßig geschehen ist, das Testament nicht als inofficiös anfechten; war aber die Ausschließung eine unrechtmäßige, so ist das Testament immer *ipso jure* nichtig ¹⁶⁵). Indessen wollen doch manche Anhänger des Nullitätssystems ¹⁶⁶) in einem Falle wenigstens noch die *querela inoff. test.* den Descendenten und Ascendenten gestatten, nämlich wenn der nächstberechtigte Notherbe gültig ausgeschlossen, aber der nach ihm folgende garnicht berücksichtigt worden. Diese Ausnahme von der Regel ist jedoch unbegründet ¹⁶⁷), denn wenn die Nov. 115, als ein die Descendenten und Ascendenten als Notherben und Pflichttheilsberechtigte umfassendes Gesetz, zur Gültigkeit des Testaments nur die Berücksichtigung — Ein-

164) v. Bangerow l. c.

165) Goeschen l. c. § 889 und v. Bangerow l. c. § 486.

166) So v. Bangerow l. c. und die daselbst Citirten.

167) Mühlenbruch l. c. Bd. 37, S. 366, Note 30 und Sutenis l. c. III, § 198, S. 644, Anm. 1.

setzung oder rechtmäßige Ausschließung — der nächsten Notherben erfordert, so läßt sich hiermit die Anfechtbarkeit eben desselben Testamentes durch die entfernteren Notherben, die ja doch nach der Nov. vom Testator garnicht zu berücksichtigen sind, nicht wohl vereinigen. Ueberdies aber baut man diese ausnahmsweise Zulässigkeit der querela inoff. test. für die folgenden Notherben auf die, bei der Querel vorkommende, successio in querelam. Abgesehen nun aber auch davon, daß wenigstens die Statthastigkeit einer successio graduum hierbei noch sehr bestritten ist, und in dieser successio in querelam etwas ganz Singuläres, nur der Inofficiostätsquerel Eigenthümliches, liegt, — dürfte es jedenfalls wohl etwas in sich Widersprechendes sein, von einer successio in querelam für die entfernteren Notherben zu sprechen, da doch die Querel selbst den nächsten Notherben, wie die Anhänger des Nullitätssystems mit Recht behaupten, noch der Nov. 115 nicht zusteht¹⁶⁸).

Es scheint sonach die Bemerkung von Sintenis¹⁶⁹) allerdings begründet, daß die in Rede stehende Ausnahme von der regelmäßigen Unzulässigkeit der querela inoff. test. beim Nullitätssystem nur durch ein falsch verstandenes Billigkeitsgefühl veranlaßt worden.

5) Die querela inoff. test. fällt weg:

a) durch Verzicht, welcher übrigens in jeder das Testament, ausdrücklich oder stillschweigend, als gültig anerkennenden Handlung liegt¹⁷⁰); ein nichtiges Testament dagegen kann garnicht durch Anerkennung gültig werden, daher schadet auch nach dem Nullitätssystem dem Notherben die Annahme eines Vermächtnisses nichts, er kann das Testament dennoch als nichtig behandeln;

168) Mühlenbruch l. c.

169) l. c.

170) l. 5 pr. D. de his, quae ut indign. (34, 9); l. 8 § 10 l. 12 § 1 l. 23 § 1 D. de inoff. test. (5, 2).

b) durch fünfjährige Verjährung¹⁷¹), diese Frist gerechnet vom Antritt der Erbschaft durch den Testamentserben¹⁷²), welcher sich übrigens, auf Verlangen des zur Querel Berechtigten, darüber, ob er antrete, in 6 Monaten resp. in einem Jahre, vom Tode des Testators gerechnet, erklären muß, je nachdem sich der eingesetzte Erbe und der Notherbe in derselben oder in verschiedenen Provinzen befinden¹⁷³). Unterbleibt diese Erklärung, so kann der institutus, auf Antrag des Notherben, zu derselben, nach Ablauf der erwähnten Frist, durch den Richter genöthigt werden¹⁷⁴). Bei der s. g. querela nullitatis kann begreiflich von einer Antretung der Erbschaft aus dem Testamente und folglich auch von der, hierauf sich beziehenden, 6—12-monatlichen Frist nicht die Rede sein; auch verjährt letztere Klage gemeinrechtlich in 30 Jahren.

Dieser Unterschied der Verjährungsfristen für die beiden Klagen ist jedoch, im eigentlichen Kurland wenigstens, beseitigt, indem hier, nach § 149 der Kurländischen Statuten, alle Klagen in höchstens fünf Jahren verjähren¹⁷⁵). Im ehemaligen Piltenschen Kreise galten, eine Ausnahme abgerechnet¹⁷⁶, die gemeinrechtlichen Verjährungsfristen¹⁷⁷), also für die s. g. querela

171) l. 8 § 17 l. 9 D. eod.; l. 16 l. 34 l. 36 § 2 C. de inoff. test. (3, 28).

172) l. 36 § 2 C. eod.; früher wurde diese Frist vom Tode des Testators abgerechnet, wenigstens nach der Ansicht des Modestinus.

173) l. 36 § 2 C. cit.

174) Francke l. c. S. 256; Arnolds l. c. S. 97 fg. A.M. v. Wangerow l. c. § 478 in fine, welcher sofort nach Ablauf der Frist, bei unterbliebener Erklärung, das Präjudiz der Erbschaftsantretung in den Worten der l. 36 § 2 C. cit. ausgesprochen findet.

175) § 149 Stat. Curl.: „Actiones omnes quinquennio tolluntur, intra quod spatium, nisi quis instrumentis et obligationibus alioque jure suo usus fuerit, ab omni actione cadet.“

176) Piltensche Statuten Th. II, Tit. 22, § 6 (wofelbst die Frist für die Klage wegen wörtlicher Injurien auf Jahr und Tag festgesetzt wird).

177) Pilt. Statut. Th. II, Tit. 8 § 1. Tit. 15 § 1 und Tit. 9 § 1; vergl. v. Bunge Kurl. Privatrecht, § 59 in fine.

nullitatis. ebenfalls die 30-jährige Frist. Es ist indessen bestritten, ob im Piltenschen, an Stelle dieser früher regelmäßig 30-jährigen Verjährungsfrist der Klagen, entweder, unter dem Einflusse der Kurländischen Statuten, eine fünfjährige¹⁷⁸⁾ oder, unter dem Einflusse der russischen Gesetzgebung, auf Grund des Senats-Ukases vom 21. Juni 1815, eine 10-jährige¹⁷⁹⁾ Klageverjährung getreten ist. So weit meine Kenntniß der Kurländischen Praxis reicht, dürfte das Erstere das Richtige sein, denn lange vor der Emanation des S.-Uk. v. 21. Juni 1815, welcher verordnete, daß alle Klagen, die länger als 10 Jahre dauern, auf diese letztere Frist zu beschränken seien, war es auch schon im ehemaligen Piltenschen Kreise üblich geworden, sich auf den § 149 der Kurl. Statuten, als die Norm für die regelmäßige Verjährungsfrist, zu berufen¹⁸⁰⁾, welche somit auch nach Piltenschem Rechte für die s. g. querela nullitatis gilt.

Indessen muß man doch von dieser fünfjährigen Verjährung, sowohl der querela inoff. test. als auch der sog. querela nullitatis, für das Bauerrecht, und zwar sowohl im eigentlichen Kurland, als auch im ehemaligen Piltenschen Kreise, eine Ausnahme machen; denn der § 95 der Kurländischen B.-B. bestimmt: „Es soll in Civil-Justizsachen die zehnjährige Verjährungsfrist für und gegen die Bauern gelten“ und diese Bestimmung muß, als ein für die Bauern in ganz Kurland geltendes jus singulare, von dem die B.-B. nur einige wenige Ausnahmen statuiert¹⁸¹⁾, auch auf die genannten beiden Klagen bezogen werden.

6) Der Verlust der querela inoff. test. zieht regelmäßig den Verlust des dem Kläger, sowie demjenigen, der dem Kläger Beistand leistete, im Testament Hinterlassenen nach sich und dieses fällt an den fiscus¹⁸²⁾; jedoch kommt dieser Grund-

178) v. Bunge l. c.

179) v. Bunge l. c. § 60 in fine.

180) v. Bunge l. c. § 59.

181) v. Bunge l. c. § 60, Anm. i u. § 59.

182) l. 8 § 14 D. de inoff. test. (5, 2); l. 5 § 11 D. de his, quae ut indign. (34, 9).

satz nur dann zur Anwendung, wenn der Unterliegende freiwillig und im eigenen Namen¹⁸³⁾, auch nicht als Successor eines Anderen, der den Proceß bereits begonnen¹⁸⁴⁾, aufgetreten war, und wenn die Verurtheilung auch nicht in contumaciam erfolgt war¹⁸⁵⁾.

Alles dies verhielt sich bei der querela nullitatis Anders, hier war in keinem Falle von derartigen Nachtheilen des verlorenen Processes die Rede¹⁸⁶⁾.

7) nach dem System der absoluten Nullität kann das Testament, da es gleich anfänglich, wegen nicht gehöriger Berücksichtigung der Notherben, nichtig ist, nicht erst später aus einem anderen Grunde ungültig werden. Auch dies ist nach dem Inofficiositätssystem ganz anders; nach diesem ist das Testament an sich gültig und kann nachher, auch abgesehen von seiner Inofficiosität, ungültig werden. Alsdann aber fallen auch die anderweitigen Verfügungen, nicht bloß die Erbeseinfügungen, weg, wovon jedoch dann eine Ausnahme behauptet wird, wenn die eingesetzten Erben die Erbschaft ausschlagen oder auch nur eine Bedingung, deren Erfüllung lediglich von ihrem Willen abhängt, unerfüllt lassen, weil dieser Fall dem der Ablehnung der Erbschaft gleichkommt¹⁸⁷⁾. Zur Begründung dieser Ausnahme beruft man sich auf die Analogie der b. p. c. t.¹⁸⁸⁾, und darauf, daß der an die Stelle eines indignus Tretende (der sog. Cripient) selbst

183) l. 30 § 1 D. de inoff. test. (5, 2); § 5 Inst. de inoff. test. (2, 18); l. 22 D. de his quae ut indign. (34, 9).

184) l. 22 § 2 u. 3 D. de inoff. test. (5, 2).

185) l. 8 § 14 D. eod.

186) arg. l. 5 § 1 D. de his, quae ut indign. (34, 9) u. l. 24 D. eod., vergl. Mühlentbruch l. c. Bb. 37, S. 291, Note 59.

187) Arnbt's l. c. S. 151.

188) l. 4 § 11 D. de legat. praest. (37, 5).

dann die dem Ersteren auferlegten Vermächtnisse zu erfüllen hat, wenn dieser die Erbschaft ausgeschlagen¹⁸⁹⁾.

Vom Standpunkte des Inofficiositätsystems, nicht minder des Systems der relativen Nullität oder Rescissibilität, scheint denn auch diese Ausnahme in der That begründet.

§ 50.

Es sind bis hierzu nur die Folgen des in einem Testamente verletzten Notherbenrechts entwickelt worden; indessen steht soviel fest, daß dasselbe auch in Erbverträgen nicht verletzt werden darf¹⁹⁰⁾, während darüber allerdings Streit geherrscht hat, wie man sich die Wirkungen solcher Verletzung zu denken habe.

Nach einer, früher auch unter den neueren Germanisten¹⁹¹⁾ sehr verbreiteten, Ansicht soll die Nichtberücksichtigung der Notherben im Erbeseinsetzungsvertrage nur eine Klage auf den Pflichttheil, nicht aber die Ungültigkeit des Erbvertrages, begründen. Allein diese Ansicht ist unrichtig, denn der für dieselbe angeführte Grund, daß die römischrechtlichen Bestimmungen über die Art und Weise, wie Notherben im Testamente zu berücksichtigen sind und über die rechtlichen Folgen ihrer Nichtberücksichtigung, singular und auf die deutschrechtlichen Erbverträge nicht anwendbar seien, würde einmal das allererst zu Beweisende als bewiesen voraussetzen, sodann aber zu dem Resultate führen, daß auf die Notherben im Erbvertrage überhaupt nicht Rücksicht zu nehmen sei; und die Analogie der *donatio inofficiosa*, von welcher man sich leiten ließ, paßt nicht, weil dieses letztere Rechtsgeschäft nicht, wie der Erbvertrag, eine Universalsuccession, sondern eine Singularsuccession begründet und weil demnach gerade die Unsechtbar-

189) I. 16. § 2 D. de his, quae ut indign. (34, 9); I. 3 § 5 D. ad SC. Trebell. (36, 1); I. 3 § 4 D. de jure fisci (49, 14).

190) Mühlbruch I. c. Bb. 38, S. 59; Beseler I. c. II, 1, S. 294 fg.

191) Eichhorn: Einleitung in das deutsche Privatrecht, § 343; Mittermaler: Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts (4. Auflage), § 403; Maurenbrecher: Lehrbuch des gem. deutschen Privatrechts, II, S. 562 u. ff. m.

keit der *donatio inofficiosa* durch die *querela inofficiosae donationis* zum Besten der Notherben eine ganz singuläre, und daher nicht weiter zu extendirende, Beschränkung der Veräußerungsbefugniß *inter vivos* enthält, während der Erbvertrag ein wahres *negotium mortis causa* ist¹⁹²⁾.

Erwägt man nun aber, daß Erbvertrag und Testament das mit einander gemein haben, daß sie beide Erbeseinsetzungen enthalten und daher eine Universalsuccession nach dem Willen des Erblassers begründen, durch welche die Intestaterbfolge ausgeschlossen wird; daß ferner, abgesehen von der, in Erbverträgen unzulässigen, einseitigen Enterbung, die Notherben im Erbvertrage ebenso zu berücksichtigen sind wie im Testamente, was für Kurland noch speciell durch den § 105 der Kurl. B. V. bestätigt wird¹⁹³⁾ und daß es doch in der That auf dasselbe herauskommt, ob der Notherbe in einem Testamente oder in einem Erbvertrage verletzt worden ist, so kann man wohl nur der, schon von älteren Juristen und in neuerer Zeit insbesondere von Mühlbruch¹⁹⁴⁾ und Beseler¹⁹⁵⁾ vertretenen, Ansicht beistimmen¹⁹⁶⁾, daß die Verletzung des Notherbenrechts in einem Erbeseinsetzungsvertrage dieselben Wirkungen habe, wie die Verletzung dieses Rechtes in einem Testamente.

192) Mühlbruch I. c. S. 61 fg.; Beseler I. c. II, 1, S. 295, 297 fg.

193) § 105 der Kurl. B. V.: „Alles, was ein Kurl. Bauer als sein wohl-erworbenes oder angeerbtes Eigenthum besessen hat, vererbt er nach seinem Tode auf seine rechtmäßigen Erben, wenn er nicht, nach den unten weiter auseinandergesetzten Einschränkungen, durch ein Testament oder eine andere gesetzliche letzte Willensmeinung, oder einen gesetzlichen Erbvertrag, seine Erben ernannt und über sein Vermögen zu ihrem Besten disponirt hat.“ — Die fraglichen Einschränkungen bei der Ernennung von Erben in Erbverträgen aber sind die in den §§ 126—131, mit Rücksicht auf das Notherben- resp. Pflichttheilsrecht, bei Testamenten festgesetzten.

194) I. c. S. 65 fg.

195) I. c. S. 296.

196) Mittermaler I. c. (in der 5. Auflage) § 454 ist dieser Meinung ebenfalls beigetreten, desgl. Gerber I. c. § 260, Note 1.

Der verlebte Notherbe, welchem sonach auch in diesem Falle im eigentlichen Kurland die querela inoff. (scil. pacti successorii), im ehemaligen Piltenschen Kreise aber die sog. querela nullitatis jur. novi zusteht, tritt daher an die Stelle des Vertragserben, während die übrigen Bestimmungen des Erbvertrages, ganz ebenso wie in gleichem Falle die anderweitigen testamentarischen Dispositionen, bestehen bleiben. Es gilt dies namentlich von den Vermächtnissen¹⁹⁷⁾, mit denen der Vertragserbe ebenso gültig und in gleicher Weise belastet werden darf¹⁹⁸⁾ wie der testamentarische und der Intestaterbe; aber nicht bloß von Vermächtnissen, wie Besefer¹⁹⁹⁾ behauptet, denn, wenngleich im Erbvertrage, (auch abgesehen von Freilassungen), Vormundschaften und Pupillar substitutionen, welche letztere ja auch bei Testamenten nur eine Singularität sind, nicht gültig angeordnet werden dürfen und daher auch von ihrem Bestehenbleiben nicht die Rede sein kann, so giebt es doch sonst noch sehr viele Dispositionen, die unter den Begriff der alia capitula fallen und im Erbvertrage gültig angeordnet werden können²⁰⁰⁾. Daß Entzungen hierzu nicht gehören, ist bereits an einem anderen Orte erörtert worden.

§ 51.

Hervorzuheben ist übrigens, daß bei Erbverträgen die Regel: „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“ nicht gilt²⁰¹⁾, es darf daher die vertragsmäßige Erbfolge mit der testamentarischen oder der gesetzlichen in den Nachlaß derselben Person concurriren und die, mit dem gesetzlichen oder testamentarischen Erben concurrirenden, Vertragserben stehen zu

197) Mühlenbruch 1. c. S. 68 fg.; Besefer 1. c. S. 301.

198) Gerber 1. c. § 259, Note 5.

199) 1. c.

200) Vergl. Note 128.

201) Mühlenbruch 1. c. S. 80—84; Besefer 1. c. S. 279; Gerber 1. c. § 258.

ersteren im Verhältniß von Miterben, unter denen aber, eben weil die erwähnte Regel: nemo pro parte u. s. w., hier nicht gilt, auch kein jus accrescendi stattfindet²⁰²⁾.

Diese Eigenthümlichkeit der Erbverträge aber bringt es mit sich, daß bei denselben in manchen Fällen eine Verletzung des Notherbenrechts nicht anzunehmen ist, wo sonst, gelte die Regel: nemo pro parte u. s. w., eine solche Verletzung wohl vorläge.

Es lassen sich nämlich etwa folgende Fälle unterscheiden:

- 1) Der Erblasser hat einen Erbeseinsetzungsvertrag über sein ganzes Vermögen geschlossen, ohne die Notherben überhaupt oder ohne alle Notherben zu berücksichtigen.
- 2) Er hat im Erbvertrage fremde Personen nur auf einen Theil seines dereinstigen Nachlasses instituiert, auf das übrige Vermögen aber, das den Pflichtheil der Notherben deckt, diese letzteren im Testamente auf ihre legitima zu Erben ernannt.
- 3) Er hat, nachdem er Fremde auf einen Theil im Erbvertrage instituiert, über den, den Pflichtheil der Notherben vollständig enthaltenden, Rest seines Vermögens nicht letztwillig verfügt, so daß also insoweit Intestaterbfolge eintritt.
- 4) Er hat fremde Personen im Erbvertrage zwar nur auf einen Theil seines Vermögens, jedoch derartig instituiert, daß den Notherben der volle Pflichtheil nicht übrig bleibt, wobei es dann gleichgültig ist, ob der Erblasser in Betreff des Rest's seines künftigen Nachlasses testamentarisch, unter Einsetzung der Notherben, verfügt hat oder Intestaterbfolge eintreten läßt.
- 5) Er hat in einem, über einen Theil seines Vermögens abgeschlossenen, Erbvertrage nur Notherben oder Notherben und andere Personen instituiert, aber doch nicht alle Notherben berücksichtigt. Hier kommt es denn, nach der schon früher sub. 2, 3 und 4 gemachten Unterscheidung, darauf an, ob

202) Besefer 1. c. S. 281 fg.; Gerber 1. c. § 259 u. Note 3.

die, im Erbvertrage nicht berücksichtigten, Notherben bei der, neben der vertragsmäßigen Erbfolge eintretenden, gesetzlichen oder testamentarischen den Pflichttheil frei haben oder nicht.

Es sind hier absichtlich die Fälle, in denen schon das, neben dem Erbvertrage bestehende, Testament eine Verletzung des Notherbenrechts enthält, ausgeschlossen worden.

In dem ersten Falle können die nicht instituirten Notherben ihr Notherbenrecht geltend machen; in dem zweiten, dritten und fünften Falle, insofern sie auch in dem letzteren die legitima frei haben, haben sie weiter gar keinen Anspruch; in dem vierten und fünften Falle dagegen, wenn ihnen in letzterem ebenfalls der volle Pflichttheil nicht zugewendet worden resp. übriggelassen ist, steht den Notherben nur die *condictio ad supplendam legitimam* gegen die vertragsmäßigen Erben zu.

Von den hier entwickelten Grundsätzen findet bei den Erbeseinsetzungsverträgen in Ehe Stiftungen gemeinrechtlich keine Ausnahme statt, wie dies schon die Rechtsparämie: „Kinderzeugung bricht Ehe Stiftung,“ besagt, welche eben nur, insofern nicht vertragsmäßig Kinderlosigkeit zur Bedingung der Erbeseinsetzung gemacht worden, auf die regelmäßigen Wirkungen des verletzten Notherbenrechts geht²⁰³⁾.

Die Einkindschaft (*unio prolium*) aber, insofern sie, wie wohl richtiger sein dürfte, als Erbeseinsetzungsvertrag aufgefaßt wird²⁰⁴⁾, enthält keine Verletzung des Notherbenrechts der Descendenten und Ascendenten der unirenden Eltern, denn es liegt in der Natur dieses, rechtlich anerkannten, Geschäftes, daß durch dasselbe die Stiefkinder, gegenüber den Stiefeltern, das Erbrecht leiblicher Descendenten erhalten, woher sie denn nothwendig diesen

203) Mühlentbruch I. c. §. 107 fg.; Beseler I. c. II, 2, §. 143 fg.; Gerber I. c. §. 261.

204) Gerber I. c. §. 262. A.M. ist Beseler I. c. II, 2, §. 20 u. 21, wo selbst auch die Literatur dieser Streitfrage.

letzteren gleichberechtigt werden, den Ascendenten des Stiefparens aber, als nähere Notherben, vorgehen²⁰⁵⁾.

§ 52.

Die bisher erörterten Wirkungen des verletzten Notherbenrechts greifen indessen bei einer Enterbung in guter Absicht, der f. g. *exhereditio bona mente* d. h. einer auf das wahre Beste des Notherben abzweckenden testamentarischen Verfügung, welche an sich zwar den als Regel über die Berücksichtigung der Notherben geltenden Bestimmungen nicht entspricht, nach der richtigeren, obwohl in neuerer Zeit mehrfach bestrittenen, Ansicht, nicht Platz, indem eine solche Enterbung der Gültigkeit des Testaments in keiner Weise Eintrag thut.

Die Wichtigkeit dieser Frage erfordert jedoch eine nähere Prüfung der, von den Vertretern²⁰⁶⁾ der gegentheiligen Ansicht angeführten, Gründe.

Diese sind im Wesentlichen folgende:

- 1) Einige, welche zwar für das frühere Recht die *exhereditio non mala mente* oder *non notae causa* als ein eigenthümliches Institut zugeben, halten dieselbe durch die neueren Verordnungen Justinian's für beseitigt, insofern derselbe nicht nur in l. 32 C. de inoff. test. die Beschwerung des Pflichttheils verbietet, sondern auch in Nov. 115 cap. 3 u. 4 bestimmte *causas ingratitudinis* festsetze, aus denen allein die Ausschließung der Notherben gestattet ist. Francke²⁰⁷⁾ überdies behauptet
- 2) daß auch im älteren Rechte die *exhereditio bona mente* nicht als eigenthümliches Rechtsinstitut, neben der *exhereditio*

205) Mühlentbruch I. c. §. 105 fg.

206) Zu diesen gehören, außer den bei Glück I. c. §. 257, Note 36 Citirten, insbesondere noch Unterholzner im Archiv für civilistische Praxis II, §. 52 u. 53 und Francke I. c. §. 422 fg. Siehe die Literaturangabe bei Bangerow I. c. §. 487.

207) I. c. §. 424 fg.

notae causa, bestanden habe, denn, wenn auch allerdings in den Quellen von einer exhereditio non mala mente, non notae causa, die Rede sei, so beruhe die Gültigkeit einer solchen Verfügung doch nicht auf der guten Absicht des Testators, sondern vielmehr darauf, daß letzterer überhaupt die Notherben willkürlich enterben durfte und das Testament auch gegen die querela inoff. gesichert blieb, wenn dem Notherben der Pflichttheil zugewandt war oder der Enterbte sich dessen unwürdig gemacht hatte, aus welchem Gesichtspunkte denn auch die, für die exhereditio bona mente angeführten, betreffenden Gesetzesstellen zu erklären seien; und

3) daß die f. g. Enterbung in guter Absicht theils garnicht nöthig, theils für den Notherben nicht einmal nützlich sei.

Allein gegen diese Argumente ist mit Recht geltend gemacht worden ²⁰⁸⁾:

1) die f. g. exhereditio b. m. bestand allerdings im ältesten Rechte als jus singulare, neben den allgemeinen Grundsätzen über Notherben- und Pflichttheilsrecht. Dies wird deutlich unterstützt durch l. 25 C. de inoff. test.:

»Filiis matrem, quae de mariti moribus secus suspicatur, ita posse consulere jure compertum est, ut eos hac conditione instituat heredes, si a patre emancipati fuerint, atque eo pacto secundum tabulas honorum possessionem patrem cum re accipere non videri, qui conditioni minime obtemperaverit, neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam injuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum [et ideo restituere debet] ²⁰⁹⁾.

208) Vergl. insbesondere Mühlenbruch l. c. Bb. 37, S. 391 fg., wo selbst sich S. 396—451 eine ausführliche Widerlegung der Francke'schen Auffassung findet. Eine kurze, aber höchst scharfsinnige Vertheidigung der exhereditio bona mente hat Gellefert Jümmern im Archiv für ebl. Pragk, Bb. VIII, S. 153—156.

209) Ueber die Schwierigkeiten dieser Stelle vergl. Mühlenbruch l. c.

Nach älterem Rechte berechnete jede Verschmäherung des Pflichttheils durch Bedingungen, Zeitbestimmungen u. s. w. zur querela inoff. Demgemäß waren in dem, in l. 25 C. de inoff. test., vorliegenden Falle die, unter einer casuellen Bedingung eingesetzten, Kinder an und für sich zur Querel berechnete, aber diese wird in casu um deswillen für unanwendbar erklärt, weil die qu. bedingte Einsetzung der Kinder deren Vortheil bezwecke (potius putaverit providendum), nicht aber eine Lieblosigkeit der Mutter gegen die Kinder enthalte.

Aus demselben Gesichtspunkte ist auch l. 16 §§ 2 u. 3 D. de curat. furios. et aliis dand. (27, 10) zu erklären. Nachdem hier nämlich zuerst gesagt ist, daß der Vater seinen mündigen, aber wahnstunigen oder verschwenderischen, Kindern im Testamente einen curator ernennen könne, heißt es:

»§ 2. Potuit tamen pater et alias providere nepotibus suis, si eos jussisset heredes esse et exheredasset filium, eique quod sufficeret alimentorum nomine ab iis certum legasset, addita causa necessitateque judicii sui, auf, si non habuit in potestate nepotes, quoniam emancipato filio nati fuissent, sub conditione eos heredes instituire, ut emanciparentur a patre prodigo. § 3. Sed quid si nec consensus esset prodigus? Sed per omnia judicium testatoris sequendum est, ne, quem pater vero consilio prodigum credidit, eum magistratus propter aliquid, forte suum vitium, idoneum putaverit ²¹⁰⁾.

Hier ist nun anerkannt, daß der Testator seinen Enkeln das Vermögen nicht bloß durch Anordnung einer Curatel, sondern

S. 415 fg. und dazu die berichtigenden Bemerkungen von Sintenis l. c. III, S. 636 fg. Anm. 27. Die Schlussworte der Stelle sind wohl gefälscht. Francke l. c. S. 427, auch fehlen sie in vielen älteren Ausgaben des corp. jur. und in den Basilien. Sintenis l. c.

210) Ueber die angebliche Fälschung auch dieser Stelle vergl. Mühlenbruch l. c. S. 436 fg. gegen Faber und Francke (l. c. S. 438).

auch dadurch sichern kann, daß er den Sohn enterbt und demselben, unter Einsetzung der Enkel, hinreichende Alimente vermachet; befinden sich die Enkel in des Sohnes Gewalt, so kann der Testator sie unter der Bedingung, daß sie vom Vater emancipirt werden, zu Erben einsetzen.

Dem emancipirten Sohne sind hier bloß Alimente, nicht der volle Pflichttheil, hinterlassen; denn wäre Letzteres der Fall gewesen, so brauchte der Testator nicht *causam et necessitatem iudicii sui* anzugeben. Ebensovienig darf man die Prodigalität als hinreichenden Ausschließungsgrund ansehen; denn sonst wäre wieder die Hinterlassung der Alimente nicht nöthig gewesen. Obgleich nun aber dem Sohne der volle Pflichttheil nicht hinterlassen ist und demselben somit, nach dem Rechte der Pandekten, die *querela inoff.* zustand, so soll doch die testamentarische Disposition gültig seyn — *sed per omnia iudicium testatoris sequendum est.* Dies erklärt sich, als Ausnahme von der Regel, aus dem Gesichtspunkte der *exhereditatio bona mente*, denn die gute Absicht des Vaters, der seinem verschwenderischen Sohne hinreichende Alimente vermachet und die Kinder des Sohnes zu Erben einsetzt, dürfte außer allem Zweifel sein²¹¹⁾.

Endlich ist auch in l. 16 D. de b. p. c. t. (37, 4) anerkannt, daß der, wegen Präterition, an sich zur b. p. c. t. Berechtigte, zu derselben doch nicht gelassen werden solle, weil die Anordnung des Testators auf das wahre Beste des präterirten Kindes abzwecte. Es heißt hier:

»Si emancipatus filius nepoti in potestate avi relicto ab extraneo herede fideicommissariam hereditatem, si liberatus ab avi potestate fuisset, reliquisset, si suspectus avus sit, quasi consumpturus bona nepotis, non esse ei dandam bonorum possessionem.«

Frände²¹²⁾ freilich behauptet, daß nur dem Großvater,

211) Vergl. Mühlenbruch l. c. §. 443 fg.

212) l. c. §. 430 fg.

nicht auch dem Enkel, in diesem Falle die b. p. c. t. ver sagt sei; allein wenn das Gesetz auch zunächst nur dem Großvater die b. p. c. t. abspricht, die demselben doch nur nomine des Enkels zustehen konnte, so folgt doch einerseits daraus noch nicht, daß sie dem Enkel zustehet und andererseits würde eine solche Folgerung auch unstatthaft sein, denn dieselbe müßte, wie Mühlenbruch²¹³⁾ sehr treffend bemerkt, zu dem Resultate führen, daß alsdann dasselbe Testament, weil es eine auf das wahre Beste des Notherben abzwecende Verfügung enthält, zu Recht bestehe, und zugleich, weil diese Verfügung eine Verletzung des Notherben involvirt, umgestoßen werden könne.

§ 53.

- 2) Dieses, soeben in Betracht gezogene, *jus singulare* kann, eben seiner singulären Natur wegen, schon nach allgemeinen Interpretationsgrundsätzen, weder durch die auf das regelle Recht der *querela inoff. test.* sich beziehenden Bestimmungen in l. 32 u. 36 C. de inoff. test., noch auch durch die Nov. 115, die übrigens ausdrücklich nur von der s. g. *exhereditatio notae causa* spricht, für aufgehoben erachtet werden²¹⁴⁾; und
- 3) sollte auch die *exhereditatio bona mente* nicht gerade notwendig sein, um für das Beste des Notherben zu sorgen, so ist ihre Nützlichkeit doch nicht zu bestreiten, und, wollte man selbst zugeben, daß der Zweck der *exhereditatio bona mente* immer auch auf anderem Wege ebenso gut erreicht werden könnte, so würde doch dies nichts gegen ihre Zu-

213) l. c. §. 423.

214) Glück l. c. §. 259 fg.; Mühlenbruch l. c. §. 394 fg. §. 406 fg. und eine gleiche Verwandtschaft hat es denn auch mit Nov. 117, cap. 1, auf welche Frände l. c. 431 sich beruft, um zu beweisen, daß nach Justinianischem Rechte der Pflichttheil der Kinder nicht dem Mißbrauche des Inhabers der väterlichen Gewalt entzogen werden dürfe.

läufigkeit beweisen, weil ein erlaubter Zweck ja auch häufig auf mehr als einem Wege erreicht werden darf²¹⁵).

Der Nutzen der exhereditio b. m. zeigt sich aber namentlich in den Fällen, wo der Notherbe noch unmündig oder wahnsinnig oder prodigus ist, denn, wenngleich der Testator für das Beste des Notherben auch durch Vormundschaftsbestellung sorgen kann, so ist es doch für das Wohl desselben oft viel besser, wenn der Testator denselben ausschließt und eine Person, der er sein Vertrauen schenkt, mit der Verpflichtung zum Erben einsetzt, dem Notherben, nach erlangter Mündigkeit, geistiger Gesundheit u. s. w., die Erbschaft als fideicommissum hereditatis herauszugeben²¹⁶).

Die Sicherheit für den ausgeschlossenen Notherben ist hier noch größer, als wenn der Testator ihm bloß einen Vormund ernannt hätte; denn der Notherbe bekommt, in den soeben gedachten Fällen, doch immer einen Vormund und während dieser letztere nicht einmal in jedem Falle zur Cautionsleistung verpflichtet ist, muß der heres fiduciarius immer die cautio fideicommissaria leisten, und deren Erlassung im Testamente des Erblassers würde dem Begriffe der exhereditio bona mente zuwiderlaufen.

Demnachst aber ist die vormundschaftliche Vermögensverwaltung im Ganzen nur auf die Erhaltung des vorhandenen Vermögens berechnet und mehrfachen Beschränkungen unterworfen, denen eben der heres fiduciarius nicht unterliegt, — woher es denn auch unter Umständen, z. B. wenn der Testator ein verwickeltes Handelsgeschäft hinterläßt, offenbar für den Notherben viel vortheilhafter ist, wenn der Erblasser einen betrauten Freund zum Erben ernennt und denselben verpflichtet die Erbschaft später dem Notherben zu restituieren.

Nicht minder ist die Exhereditation in guter Absicht dem Notherben auch in folgendem Falle möglich. Der Vater, der

215) Mühlenbruch 1. c. 401—406, §. 426—431, §. 445—450 fg.

216) 1. 18 D. de liber et post. (28, 2); 1. 12 § 2 D. de bonis libert. (38, 2).

ein blödsinniges Kind hat, steht voraus, daß ein bestimmter, sehr naher Verwandter, — der zwar in gutem Rufe steht, den jedoch der Vater, obgleich er alle Ursache hat ihm dennoch nicht zu trauen, aus Familienrücksichten von der Curatel auszuschließen verhindert ist, — aller Wahrscheinlichkeit nach zum Curator des Blödsinnigen ernannt werden würde. Um nun dieses zu vermeiden, setzt er einen bewährten Freund zum Erben ein, mit der Verpflichtung für den Blödsinnigen zu sorgen, ihn zu alimentiren und ihm, im Falle seiner Genesung, die Erbschaft zu restituieren.

Auch für einen, bisher durch Nichts zu bessernden, verschwenderischen Sohn kann es nur sehr wohlthätig sein, wenn der Vater ihm zunächst bloß Alimente und auf den Fall seiner Besserung den Pflichttheil oder gar noch mehr hinterläßt.

Ebenso läßt sich die exhereditio bona mente eines überschuldeten Notherben denken, wenn nämlich seine Schulden so viel betragen, daß ihm wenig oder gar nichts übrig bliebe, wenn ihm der Testator den Pflichttheil hinterließe. Alsdann sorgt der Testator in der That besser für den Notherben, wenn er diesem bloß Alimente vermacht, die ihm sowohl dann zu Gute kommen, wenn er bereits bonis cedirt hat, als auch dann, wenn er dies erst später thut, insofern er, in diesem letzteren Falle, wenigstens die erst später fälligen Alimente, als neuen Erwerb, für sich in Anspruch zu nehmen befugt ist. Und ganz und gar nicht wäre vollends die gute Absicht des Testators und der Vortheil des Notherben zu verkennen, wenn diesem, unter der gedachten Voraussetzung, für die Dauer der Ueberschuldung Alimente, für die spätere Zeit aber — also mit einer, an sich regelmäßig nicht stattfindenden, Zeitbestimmung resp. Bedingung — der Pflichttheil hinterlassen wäre.

In der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis ist denn auch die f. g. exhereditio bona mente anerkannt²¹⁷), und es kann

217) Glück 1. c. §. 260 u. Note 39; Mühlenbruch 1. c. §. 451 fg. und Note 84.

die Anwendbarkeit dieses, gesetzlich begründeten, Instituts auch in Kurland keinem Zweifel unterliegen, zumal die höchste Justizbehörde des Landes sich ebenfalls dafür entschieden hat, daß die *exhereditatio bona mente*, deren Beweis natürlich vorausgesetzt, kein Recht gebe das Testament als nichtig oder *inofficios* anzufechten ²¹⁸).

§ 54.

Die näheren Bestimmungen über die *exhereditatio bona mente*, die übrigens, da hier die Quellen nur sehr wenige unmittelbare Entscheidungsnormen bieten, natürlich nicht unbestritten sind, wären folgende ²¹⁹):

- 1) Es muß ein Grund vorhanden sein, welcher die sog. *exhereditatio b. m.* dem Interesse des Notherben dienlich erscheinen läßt. Zu diesen Gründen gehören nicht bloß die im römischen Rechte nur beispielsweise angeführten, als: Unmündigkeit ²²⁰, Wahnsinn oder Prodigalität ²²¹ des Notherben, die Abhängigkeit von der väterlichen Gewalt eines Anderen, von welchem, wegen des ihm zustehenden Verwaltungs- und Nießbrauchsrechtes, Gefährdung des Vermögens der Kinder zu befürchten ist ²²², sondern auch andere Verhältnisse und Zustände des Notherben, so namentlich: Ueberschuldung desselben, wie bereits gezeigt worden, ferner die Ehe einer Notherbin mit einem Manne, von welchem zu befürchten steht, er werde das Vermögen seiner Frau durchbringen u. dergl. m. ²²³.

218) Liquidationsurtheil des Kurl. Oberhofgerichts in der S. v. Offenbergschen Ebittsache, vom 3. Debr. 1830.

219) Mühlenbruch l. c. S. 455 -465; Sintonis l. c. S. 636 fg.

220) l. 18 D. de liber et post. (28, 2).

221) l. 16 § 2 u. 3 D. de curat. furios. et aliis dand. (27, 10); l. 12 § 2 D. de bonis libert. (38, 2).

222) l. 25 C. de inoff. test. (3, 28); l. 16 D. de b. p. c. t. (37, 4).

223) Mühlenbruch l. c. S. 452 fg.

- 2) Dieser Grund muß vom Testator, der b. m. *exheredit*, wenigstens im Allgemeinen, angegeben sein, weil sich sonst nicht mit Sicherheit darüber urtheilen läßt, ob eine *exhereditatio b. m.* bezweckt worden oder nicht. Es spricht hierfür auch die l. 16 § 2 D. de curat. fur. et aliis dand. (27, 10) in den Worten: *»addita causa necessitateque iudicii sui.«* Die Beweislast hinsichtlich dieses Grundes trifft den eingesezten Erben.
- 3) Uebrigens muß die Disposition des Testators so beschaffen sein, daß aus ihrem Inhalte seine gute Absicht erhellt.
- 4) Was die Form der *exhereditatio bona mente* anlangt, so darf sie nur in einem gültigen Testamente, nicht in Codicillen, geschehen ²²⁴, im Uebrigen ist sie ebensowohl als eine einfache *Exhereditation* wie als *Präterition* gültig ²²⁵.
- 5) Der Inhalt der *exhereditatio b. m.* kann nicht bloß in einer Ausschließung von der Erbschaft und vom Pflichttheil, sondern auch in einer — nach den allgemeinen Grundsätzen über Notherben- und Pflichttheilsrecht nicht statthaf- ten — Beschränkung des Notherben durch Bedingungen, Zeitbestimmungen, Belastung mit einem Fideikommiß u. s. w. bestehen.
- 6) Dem Notherben sind jedenfalls genügende Alimente zu hinterlassen, dies ist schon zum Beweise der guten Absicht nöthig und wird auch durch die Aeußerung der Quellen unterstützt: *»eique quod sufficeret alimentorum nomine — certam legasset«* ²²⁶. Hierbei bemerkt Sintonis ²²⁷) wohl

224) § 2 Inst. de codicillis (2, 25): *codicillis hereditas neque dari neque adimi potest.*

225) Sintonis l. c. S. 638, Anm. 28. *U. M.* ist Mühlenbruch l. c. S. 460 fg., in Gemäßheit seiner Auffassung des Verhältnisses der Nov. 115 zum älteren Rechte.

226) l. 16 § 2 D. de curat. furios. et aliis dand. (27, 10).

227) l. c. S. 638, Anm. 32.

mit Recht, daß, wenn der Pflichttheil so gering ist, daß sein Ertrag kaum oder garnicht ausreicht, um davon subsistiren zu können, der Pflichttheil dem Enterbten unverfürt zuzuwenden ist; sonst aber, in allen anderen Fällen, wenigstens den Umständen und Verhältnissen entsprechende, anständige Alimente.

Uebrigens versteht es sich, nach dem Vorausgeschickten, von selbst, daß, hinsichtlich der angeführten Erfordernisse der *exhereditatio b. m.*, Alles von den Umständen des einzelnen Falles abhängt und darnach namentlich zu beurtheilen ist, ob ein genügender Grund und eine wohlmeinende Absicht vorhanden, ob die getroffene Verfügung derselben entspricht und durch die Verhältnisse gerechtfertigt ist? Nach den Umständen ist insbesondere auch die Frage zu entscheiden, ob dem *b. m.* Exherediten nicht wenigstens indirect oder eventuell der Pflichttheil zu hinterlassen sei? Diese Frage dürfte regelmäßig zu bejahen sein, vorzüglich dann, wenn der so Enterbte keine Kinder hat; entgegengesetzten Falls ist diesen Kindern der Pflichttheil zuzuwenden, wenn nicht auch deren Ausschließung durch besondere Umstände gerechtfertigt ist ²²⁸).

228) Mühlenthal 1. c. S. 462; Sinteris 1. c. S. 630.

T h e s e n .

1. Das Kirchenrecht ist kein selbstständiger Theil des Rechtsgebietes.
2. Die Unterscheidung zwischen *imputatio facti* und *juris* ist aus der Strafrechtswissenschaft zu verbannen.
3. Nach gem. Rechte geht das *jus accrescendi* der *successio graduum* vor.
4. Die *querela inoff. test.* bewirkt regelmäßig nur theilweise Rescission des Testaments, nicht vollständige Intestaterbfolge.
5. Die *bonorum possessio* war regelmäßig der *hereditas* gegenüber *sine re*.
6. Reallasten lassen sich juristisch nur als Zustandsobligationen, mit gespaltenen, die *Obligatio* nicht erschöpfenden, Leistungen, auffassen.
7. Fideikommiss vererben auch auf die von einem höheren Stammvater als der Stifter abstammenden Agnaten.
8. Die *redhibitoria actio* verjährt auch nach Kurl. Rechte in 6 Monaten.
9. Die Klage aus der mündlich geleisteten Bürgschaft verjährt in Kurland nicht in einem Jahre.
10. In Kurland ist die Erblosung als noch geltend zu betrachten.
11. In Kurland wird die Erbschaft unter die, ab intestato concurrirenden, Ascendenten, vollbürtigen Geschwister und deren Kinder ganz wie nach gem. Rechte, nicht aber derartig vertheilt, daß die Ascendenten die eine Hälfte, die concurrirenden Geschwister und Geschwisterkinder die andere Hälfte erhalten.