

Heister:  
Von der Wirt-  
kung der still-  
schweigenden  
Kodexklausu-  
ren.

Halle  
1783.







V  
e  
p

6

<sup>19</sup>  
D. Philipp Jakob Heizlers

752.

Juristische Abhandlung:

Von der Wirkung  
der

Stillschweigenden Codicillarklausel,  
besonders in dem Fall, wenn der Testirer solche  
Personen, welchen er einen Pflichttheil schuldig ist,  
mit Stillschweigen übergangen.



Kf 479

---

Halle,

bey Johann Christian Hendel.

1783.

Philippe de la Harpe

Manuscrits

1774

1774

Manuscrits

Manuscrits

Manuscrits

Manuscrits



Manuscrits

1774





Juristische Abhandlung  
V o n d e r W ü r k u n g  
d e r  
stillschweigenden Codicillar Klausel,  
besonders in dem Fall, wenn der Testirer  
solche Personen, welchen er einen Pflichttheil  
schuldig ist, mit Stillschweigen übergangen.

---

§. 1.

**D**ass eine große Menge Solennitäten zu einem zierlichen Testament und dessen Gültigkeit nach den gemeinen Rechten erfordert werde, ist eine den Rechtsgelehrten sehr bekannte Sache. Aber eben diese Menge giebt denjenigen, welchen die Verlassenschaft des Testirers zufallen müste, wenn ihnen kein Testament im Wege stünde, man-





mancherley Gelegenheit an die Hand, die Richtigkeit und Gültigkeit desselben in Zweifel zu ziehen, darüber zu klügeln, bald in Ansehung dieser bald aber einer andern Solennität einen Mangel ausfindig zu machen, und das errichtete Testament nach des Erblassers Tode aus dem Grund der Richtigkeit anzufechten. Es ist deswegen kein Wunder, daß man nach und nach allerley Klauseln ausgedacht, um vermittelst derselben die letzten Willensmeinungen wider allen etwa zu befürchtenden Widerspruch desto sicherer zu stellen, und für die Aufrechthaltung derselben, so viel möglich, besorgt zu seyn. Unter diesen Klauseln nun verdienet diejenige, welche den Namen *Kodicillar-Klausel* führet, um ihres grossen Nutzens willen den obersten Platz, und wird sehr selten ein Testament angetroffen, welchem diese Klausel nicht einverleibet worden. Dieselbe ist kürzlich folgenden wesentlichen Inhalts: Dafern dieses mein Testament nicht gelten möchte als ein zierliches Testament: so will ich doch, daß es gelten soll als ein *Kodicill*. Die Notarien pflegen dieselbe mit wehläufigen Worten ohngefähr folgender Gestalt auszudrücken: Dafern dieses mein Testament einiger Ursachen oder Mängel halben von rechtswegen nicht als ein zierliches Testament bestehen sollte, so will ich doch, daß es gelte, und kräftig sey als ein *Kodicill*, *Sideikommiß*, *Schenkung* von Todes wegen, oder sonst als ein anderer letzter Wille, wie derselbe zu recht am kräftigsten und beständigsten geordnet, und aufgerichtet werden kann, oder mag <sup>1)</sup>.

§. 2.

Damit man die Wirkung und den Nutzen der *Kodicillar-Klausel* sich desto deutlicher vorstellen möge, finde ich folgendes als bekannt zum voraus zu setzen für nöthig. Nämlich ein *Kodicill* ist zwar eine Art eines letzten Willen, welcher aber von einem Testament in einigen Stücken, hauptsächlich aber darinn sich unterscheidet, daß in einem *Kodicill* keine eigentliche Erbeinsetzung (*directa heredis institutio*) geschehen, wohl aber der Erbe in demselben begeben werden kann, die

1) *Ioh. Iodoc. Beck* in seinem Formular Sect. IV. 26. p. m. 995. *Richter Decif.* 63. n. 3. *Ludovici Doctr. Pand. Lib. 29. t. 7. §. 5.* *Hopp.* ad §. 1. *Inst. de Codicill.* *Klein de Testatore cauto cap. 6. n. 455.*



die Erbschaft nicht zu behalten, sondern dieselbe, wenn er solche angetreten haben wird, an eine andere, in dem Kodiccill genannte Person wiederum abzugeben, welches die Rechtsgelehrten Fideicommissum nennen: Ferner, daß bey einem Kodiccill die meisten testamentarischen Solennitäten entbehrlich sind, und wegbleiben können, ohne daß dessen Gültigkeit im geringsten darunter leidet, z. E. wenn ein zierliches, geschriebenes Testament zu recht bestehen soll, müssen dasselbe wenigstens sieben, hierzu ausdrücklich erbetene Zeugen, und zwar lauter Mannspersonen, unterschrieben, und besiegelt haben 2); dahingegen bey Errichtung einer kodiccillarischen Disposition nur fünf Zeugen, wozu auch Weibspersonen gezogen werden können, und derer besondere Erbitterung zu solcher Handlung, wie auch die von denselben zu vollziehende Besiegelung ganz unnöthig ist 3), erfordert werde.

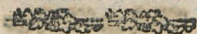
§. 3.

Wenn nun ein Testament als Testament nicht bestehen kann, weil z. E. bey demselben weniger, denn sieben Zeugen gebraucht worden, oder in andern Solennitäten ein Mangel sich äussert; so muß man solches Testament vermöge der Kodiccillarklausel in einen Kodiccill verwandeln, und als einen solchen betrachten. Daher zweyerley erfordert wird, wenn die Kodiccillarklausel ihre gehörige Wirkung haben soll, 1) daß das Testament als Testament zu recht nicht bestehen könne: dann, so lange ein Testament so beschaffen, daß es als ein solches denen Rechten nach passiren kann, so lange bedarf der eingesetzte Erbe der Hülfe der Kodiccillarklausel nicht, sondern gründet sich auf das Testament, und muß der Verlassenschaft als Testamentserbe, mit gänzlicher Ausschließung aller übrigen, theilhaftig werden; indem dey Testirers erste und vornehmste Intention gewesen, ein Testament zu machen, die Kodiccillarklausel aber von demselben anderer Gestalt nicht, denn nur auf den Fall, wenn das

Testa.

2) L. 20. §. 6. L. 21. §. 2. L. 22. §. 4. ff. qui testam. fac. posf. §. 3. 199. Inst. de testam.

3) L. vlt. §. vlt. C. de Codicill. Ludovici vl. pract. distinct. iur. ad tit. Pand. de iur. Codicill.



Testament wider Vermuthen als ein solches nicht bestehen sollte, hinzugefüget worden, woraus deutlich erhellet, daß selbiger die testamentarische Verordnung der Kodiccillarischen vorgezogen, und diese so lange für nicht geschehen geachtet wissen wolle, so lange jene ihren Platz zu behaupten vermögend; 2) daß bey dem Testament wenigstens alles dasjenige anzutreffen sey, was zur Gültigkeit eines Kodiccills erfordert wird; weil es sonst ganz vergeblich seyn würde, wenn man das ungültige Testament als einen Kodiccill betrachten wolte, indem selbiges, wenn es dergestalt fehlerhaft, daß es auch nicht einmal die Erfordernisse eines Kodiccills hat, allemal ein unkräftiger letzter Wille verbleibet, man mag es ansehen als ein Testament oder als einen Kodiccill: weil in dem letzten Fall so wohl, als in dem ersten dasjenige ermangelt, so nach Vorschriften der Gesetze bey einem jeden letzten Willen überhaupt da seyn muß, wenn derselbe für rechtsbeständig geachtet werden soll. Derowegen ist die Kodiccillarklausel unnützlich, so oft 3. E. das Testament von einer blödsinnigen, oder noch in väterlicher Gewalt stehenden Person, oder auch nur mit 3, höchstens mit 4 Zeugen errichtet worden: Denn wenn man auch ein solches ungültiges Testament für einen Kodiccill halten wolte, so würde dennoch nichts weiter, als ein ebenfalls ungültiger Kodiccill herauskommen, welcher den eingesetzten Erben eben so wenig, als das Testament helfen könnte; da bey Errichtung einer kräftigen kodiccillarischen Verordnung wenigstens fünf Zeugen, bey demjenigen aber, welcher eine solche zu errichten gedenket, eben die Eigenschaften erfordert werden, welche ein Testirer haben muß 4).

§. 4.

Wenn aber das errichtete Testament als ein solches denen Rechten nach zwar nicht beständig, jedoch mit allen demjenigen, was bey einem richtigen Kodiccill vonnöthen, versehen ist: so ist der Fall da, in welchem die Kodiccillarklausel wirket, und bestehet solche Wirkung darinne: Man nimt nemlich vermöge der Kodiccillarklausel an, als wenn der Testirer gar kein Testament gemacht, sondern ohne das Testament mit Tode abgegangen

4) L. 6 §. 3. ff. de iur. Codiccill.

gen sey: Ferner nimmt man an, derselbe habe jedoch einen Kodiccill errichtet, wofür eben das unförmliche, oder aus einem andern Grunde ungültige Testament nunmehr gehalten wird. Demohnerachtet aber kann derjenige, welchen in solchem ungültigen Testament zum Erben eingesetzt worden, dieses sein Erbschaftsrecht nicht behaupten; indem derselbe, wenn er es zu behaupten gedächte, solches entweder aus dem Testament, oder aber aus dem Kodiccill, wofür das Testament zu achten, herleiten müste. Nun geht jenes deswegen nicht an, weil das Testament nichtig: dieses aber kann gleichfalls nicht geschehen, indem die Erbeinsetzung in einem Kodiccill denen Rechten nach nicht statt findet 5). Es bleibet deswegen nichts übrig, als daß causa intestati, wie die Rechtslehrer zu sprechen pflegen, eintrete, und die Verlassenschaft nach dem Ableben des Testirers auf diejenigen verfället werde, welche in denen Fällen, wo der Erblasser ohne Testament verstorbet, nach den Gesetzen zu derselben beruffen sind, und den Namen heredes ab intestato führen. Hier wird vermuthlich jemand einwenden, daß, wenn die Erbschaft den Erben ab intestato zufällt, die Kodiccillarklausel dem Testamentserben in der That nichts helfe. Ich antworte, solche Klausel hilft ihm sehr vieles. Es ist bekannt, daß, wenn gleich der Erblasser ohne Testament verstorben, mithin die Verlassenschaft nach dessen Tode auf die nächsten Blutsfreunde und Erben ab intestato verfället worden, von demselben dennoch ein Kodiccill vorhanden, und in diesem nur besagte Erben mit einem Fideikommiß beschweret, d. i. gebeten seyn können, daß sie die von ihm erlangte Erbschaft nicht behalten, sondern demjenigen abtreten und einhändigen möchten, welcher in solchem Kodiccill hierzu ernennet worden. Dieses nun, daß es wirklich geschehen sey, muß in einem an sich unkräftigen, jedoch mit der Kodiccillarklausel versehenen Testament, wenn anders der in derselben geäußerten Willensmeinung des Testirers ein Genüge geschehen, und diese nicht gänzlich vereitelt werden soll, allezeit fingiret, und angenommen werden. Wenn also das Testament gleich nichtig ist, und deswegen der testamentarische Erbe aus solchem Testament der Erbschaft sich nicht anmassen kann, sondern geschehen lassen muß, daß die nächsten Auserwählten die wahre und unmittelbaren Erben des verstorbenen Testirers sind; so verschafft die Kodiccillarklausel demselben doch die

5) §. 2. Inst. de Codicill. l. 2. §. 4. ff. eod.

diesen Nutzen, daß er die Verlassenschaft, welche er ohne diese Klausel gänzlich mit den Rücken hätte ansehen müssen, in der Eigenschaft und nach Art eines Fideikommisses von den Erben ab intestato nunmehr dennoch erlanget 6).

§. 5.

Inzwischen bleibt doch unter den beyden Fällen, wenn nemlich das Testament als Testament, und wenn solches nicht als Testament, sondern nur als ein Kodicill und Fideikommiss bestehet, noch allemal ein grosser Unterscheid übrig: weil der eingefetzte Erbe in dem letztern Fall die Erbschaft nicht unmittelbar von dem Testirer, auch nicht ganz, sondern nach Abzug des vierten Theils empfängt: denn die eigentlichen und unmittelbaren Erben des Verstorbenen sind in diesem Fall, wie ich schon gesagt, die nächsten Blutsfreunde desselben, welchen aber dabey doch auferlegt ist, den Nachlaß an die in dem nichtigen Testament zum Erben ernannte Person nach fideikommissarischen Rechten wiederum abzutreten. Diese fideikommissarischen Rechte aber bringen es so mit sich, daß der wahre und nächste Erbe, so oft demselben die Verbindlichkeit, die erlangte Erbschaft als ein Fideikommiss an einen andern wiederum abzugeben, aufgebürdet worden, den vierten Theil davon, welchen man *Quartam Trebellianicam* nennet, für sich inne zu behalten, der Regel nach befugt ist 7). Bestehet aber das Testament als Testament; so ist der eingefetzte Erbe selbst der wahre und einzige Erbe, und bekommt die Erbschaft unmittelbar von dem Testirer, keinesweges aber aus den Händen der Erben ab intestato, als welche er davon gänzlich ausschliesset: Er erhält überdem dieselbe ganz und ohne allem Abzug, indem in diesem Fall niemand vorhanden, welcher den trebellianischen vierten Theil abziehen berechtiget ist 8). Ich will dieses, was ich jetzt gesagt,

6) L. 29. §. 1. qui testam. fac. post. L. penult. §. ult. de legat. 2. *Cochlanam.* Vol. 5. Resp. 12. n. 242. *Mantica* de Coniectur. ult. volunt. L. 6. r. 4. n. 16. *Stryk* ad *Lauterbach.* compend. iur. tit. de iur. codicill. verba *vitiosum.*

7) §. 7. Inst. de fideicommiss. hered.

8) *Ant. Faber* Decad. 20. Err. pragm. §. n. 3. *Berger* *Oeconom. iur.* L. 2. t. 4. §. 36. not. 3. p. m. 445. *Hopp.* ad. §. 1. Inst. de codicill. *Beck* in *f. Formular.* Buch Sect. IV. §. 31.

sagt, mit einem Exempel erläutern: Herr Decepitus macht ein Testament, und setzet den Sempron zum einzigen Erben seiner ganzen Verlassenschaft ein, ruft aber zu dieser Handlung nur fünf Testamentszeugen, welche noch dazu Weibspersonen sind, und kurz darnach giebt er seinen Geist auf. Hier ist gewis, daß dieses Testament als Testament aus einem zweyfachen Grunde nicht bestehet: denn erstlich sind dabey nur 5 Zeugen, und dann zweytens noch darzu weiblichen Geschlechts gebraucht worden. Inzwischen hat der Testator doch diese Vorsichtigkeit gehabt, daß er demselben die Kodiccillarklausel angehänget. Es wird nun gefragt, ob, und was dieselbe in diesem Fall wirken könne? Hierauf dienet zur Antwort, daß die Kodiccillarklausel in dem angegebenen Fall allerdings ihren Nutzen hat: denn, wenn gleich besagtes Testament mit denen zu einem gültigen Testament erforderlichen Eigenschaften nicht versehen, so fehlt doch an demselben gar nichts, was zur Gültigkeit eines Kodiccills gehöret: indem die Gesetze fünf Zeugen bey Errichtung eines Kodiccills für hinlänglich erklären (§. 2.), und daß selbige just Mannspersonen seyn müssen, an keinem Orte verordnen: daher es der Kraft und Rechtsbeständigkeit des Kodiccills gar nichts benimmt, wenn gleich die dabey gebrauchten fünf Zeugen insgesammt Weibspersonen sind 9). Kann nun obbesagtes Testament als ein Kodiccill bestehen; so muß selbiges auch vermöge der Kodiccillarklausel in einen solchen verwandelt werden. Man nimmt also an, als wenn Decepitus gar kein Testament gemacht, weswegen dessen nächste Unverwandte die Erbschaft ab intestato erlangen. Man fingiret aber, und nimmt weiter an, daß derselbe einen Kodiccill nachgelassen, und in diesem denen Erben ab intestato auferleget, sie möchten die Verlassenschaft, nach Abzug des trebellianischen vierten Theiles an den Sempron als ein Fideikommiß wiederum abtreten, welches zu thun dieselben auch verbunden sind. Es bleibt also der vierte Theil von der Verlassenschaft bey den Erben ab intestato, die übrigen drey Viertheile aber trägt Sempron vermöge der Kodiccillarklausel als ein Fideikommiß davon.

§. 6.

9) Berger Refol. Lauterbach. L. 22. t. 5. p. 513 sq. Meiri Colleg. argent. L. 29. t. 7. §. 15.

Was ich bisher von der Wirkung der Kodicillar Klausel gesagt, darinn stimmen die Rechtsgelehrten ohne Schwierigkeit, wenigstens in dem Fall überein, wenn der Mangel und Fehler nur in der äußerlichen Form des Testaments (in Solennitatibus externis) zu befinden, jedoch den Zottomann hievon ausgenommen, welcher in diesem Stück ganz besondere Gedanken hegt, und von solcher Wirkung fast gar nichts wissen will 10). Kommen wir aber auf die Frage, ob mehrgedachte Klausel ihre Kraft auch alsdann beweise, wenn der Fehler in denen innerlichen, d. i. in der Erbeinsetzung zu beobachtenden Solennitäten (in Solennitatibus externis) besteht? so treffen wir dergleichen Einigkeit unter den Gelehrten schon nicht an. Hierher gehört, wenn im Testament eine solche Person, welcher der Testator einen Pflichttheil schuldig ist, mit Stillschweigen übergangen worden. Und ein solcher Fall, wenn nemlich die Erbeinsetzung aus diesem Grunde nichtig, weil die Eltern ihre Kinder, oder die Kinder ihre Eltern in dem Pflichttheil gehörig nicht zu Erben eingesetzt, sondern vielmehr stillschweigend im Testament übergangen, welches denen bekannten Rechten nach nicht angehet 11), ist gegenwärtig hauptsächlich mein Gegenstand. Viele angesehenene Rechtslehrer sind der Meynung, daß die Kodicillar Klausel in diesem Fall nichts vermöge, sondern die Erbschaft auf die mit Stillschweigen übergangenen Kinder oder Eltern ab intestato verfället werde; diese aber dieselbe dem eingesetzten Erben abzutreten, keinesweges schuldig seyen 12). Andere hingegen behaupten, daß besagte Klausel in dem bestimmten Fall sich allerdings wirksam beweise, dergestalt, daß, obgleich die im Testament mit Stillschweigen übergangenen Kinder oder Eltern die Erbschaft ab intestato erlangen, dieselbigen dennoch vermöge der Kodicillar Klausel schuldig wären

10) Lib. 8. obf. 1.

11) Nov. 115. c. 3. et 4.

12) *Cass. Manzus* de Testam. valid. et invalid. Tit. 8. §. 294. — 306. *Ludweh* de vlt. volunt. P. 2. cap. 5. pag. 418. sq. *Fachinus* Controv. iur. L. 4. cap. 11. *Berlichius* P. 3. concl. 15. n. 59. *Carpz.* P. 3. C. 9. def. 12.

wären, solche Erbschaft denjenigen, welchen der Testirer zum Erben eingesetzt, als ein Fideikommiß wiederum abzutreten 13).

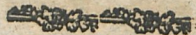
§. 7.

Die letztere Meynung kann einem gegründeten Zweifel nicht wohl unterworfen seyn, wenn man nur die Art und Weise, nach welcher die Rodicillarklausel zu wirken pfleget (S. 4. 5), etwas genauer erweget. Die Gegner wollen zwar aus dieser Meynung mancherley ungereimtes erzwingen. Sie sagen, daß, wenn man der Rodicillarklausel auch in dem Fall, wo Kinder und Eltern mit Stillschweigen übergangen sind, die Kraft eines Fideikommisses beylegen wolte, es ein leichtes seyn würde, die heilsamste Verordnung der 115ten Novelle Kap. 3. 4. woselbst festgesetzt worden, daß Kinder und Eltern wenigstens in dem ihnen gebührenden Pflichttheil ausdrücklich zu Erben eingesetzt, keineswegen aber mit Stillschweigen übergangen werden dürfen, widrigen Falls aber die geschehene Erbeinsetzung zum Vortheil der übergangenen Kinder oder Eltern schlechterdings für unkräftig geachtet werden solle, nach Gefallen zu entkräften, und außer Wirkung zu setzen: indem, so bald man die Rodicillarklausel gelten lasse, und die Erbeinsetzung vermittelt derselben in einen Rodicill und Fideikommiß verwandelt, diese in der That nicht unkräftig wäre; weil die stillschweigend übergangenen Kinder oder Eltern die Erbschaft den eingesetzten Erben, ihrer geschehenen Uebergehung ohngeachtet, dennoch restituiren müßten, und daher solche Erbeinsetzung auf diese Weise kraft der Rodicillarklausel wirklich aufrecht erhalten werden, und es eben so viel seyn würde, als wenn man behaupten wolte, daß eine letzte Willensverordnung, obwohl die Legitima oder der Pflichttheil den Kindern und Eltern in Gestalt einer ordentlichen Erbeinsetzung nicht verlassen worden, zu

B 2

Rechte

13) *Stryk de Cautel. testam. cap. 23. §. 39. Bachov. ad Treutl. vol. 1. Disp. 13. th. 10. lit. G. pag. 532. Wernber. Obl. for. 279. n. 12. fqq. Guil. L. 2. obl. 114. n. 2. et 3. Carpz. L. 6. Resp. 7. n. 7. fqq. Peck de Testam. coniug. L. 5. cap. 21. n. 2. Menoch. L. 4. praesumpt. 32. n. 2. Schamboegen ad tit. Inst. de codicill. quaeft. 4. Hopp. ad. §. 1. Inst. eod. Serriv. Ex. 34. th. 65. Meieri Colleg. argent. L. 29. t. 7. §. 20. Brunnem. ad L. ult. Cod. de codicill. n. 7. et nouissime D. Titrel de clausula codicillari subintellecta §. 7. 8. aliique plures.*



Rechte dennoch bestehen könne, welchen Satz jedoch wider die klare Vorschrift der Gesetze so leicht niemand vertheidigen werde. Diesem fügen dieselben noch bey, daß bey der oben gerühmten Bürgsamkeit öfters erwähneter Kodicillarlausel die Pflichten der Eltern gegen ihre Kinder, und der Kinder gegen ihre Eltern nicht bestehen: überdem auch eine bekannte Sache sey, daß ein Testirer, welcher die dem Geblüte schuldige Pflicht ausser Augen setzet, und Fremde denen nächsten Blutsfreunden, ohne eine rechtmäßige Ursache hiezu zu haben, vorziehet, denen Rechten nach einem Menschen ähnlich sey, welcher des Verstandes beraubt, und könne derowegen ein solcher weder ein gültig Testament machen, noch sonst dessen Verordnungen, man möge sie auch halten, wofür man wolle, von Kräften seyn 14).

## §. 8.

Inzwischen bestehen alle die Ungereimtheiten, welche mehr erwähnte Gegner hier anzutreffen vermeynen, nur in ihrem Gehirn, welches aus folgenden deutlich erhellet. Es ist eine in den Rechten ausgemachte Sache, daß die Eltern, wenn sie ohne Testament versterben, und die Kinder als Erben ab intestato nachlassen wollen, berechtigt sind, denselben in einem Kodicill ein Fideikommiß aufzulegen, und die Abgabe der Erbschaft an die in dem Kodicill benannte Person, jedoch nach Abzug ihrer Gebührniß, anzubefehlen, welches sich in den Testamenten der Kinder in Ansehung ihrer Eltern auf gleiche Weise verhält. Diese ohnstreitige Wahrheit verlangt der Gegentheil selbst nicht in Zweifel zu ziehen, vielweniger zu behaupten, daß, wenn solches geschehen, die Kinder oder Eltern irgend wider die Gesetze gehandelt, oder dem mit einem Fideikommiß beschwerten Theil ein Unrecht zugesügt hätten. Nun seze man den Fall, daß die Eltern ein Kind, oder ein Kind seine Eltern im Testament mit Stillschweigen übergangen, dagegen aber eine fremde Person zum Erben eingefezet, und seiner Verordnung die Kodicillarlausel angehänget. Hier ist es offenbar, daß des Testirers wahre Meynung diese gewesen: seine erste Absicht sey zwar ein Testament

III

14) L. 13. ff. de inoff. testam. L. 36. de legat. 3.



zu machen, und die Erben ab intestato, besonders die mit Still-  
 schweigen übergangenen Kinder oder Eltern von dem Nachlaß aus-  
 zuschließen, jedoch aber wollte und müßte er, wenn dieses den Rech-  
 ten nach nicht angehen, auch das Testament wider Vermuthen nicht  
 bestehen sollte, es sich gefallen lassen, daß diese ab intestato ihn be-  
 erbeten, jedoch wolte er in diesem Fall einen Kodiccill errichtet haben,  
 und eben dieses sein Testament dafür angesehen wissen, mit dem ernst-  
 lichen Ansinnen an seine Kinder oder Eltern, diese möchten vors erste  
 dasjenige, so ihnen den Rechten nach gebühret, von seiner Verlas-  
 senschaft abziehen, so dann aber das übrige dem eingesetzten Erben  
 als ein Fideikommiß restituiren. Man sage mir einmal die Ursache,  
 warum in diesem Fall nicht wenigstens das Fideikommiß, da die  
 Erbeinsetzung wegen Uebergangung der Kinder oder Eltern doch nicht  
 bestehen kann, bey Kräften bleiben soll? Ist denn derselbe von dem-  
 jenigen, da z. E. ein Vater gleich anfänglich nur einen Kodiccill ver-  
 fertiget, und in demselben die Kinder mit einem Fideikommiß be-  
 schweret, wesentlich unterschieden? Ich meines Orts kann derglei-  
 chen Unterscheid nicht finden: Denn, macht jemand ein Testament,  
 auf den Fall aber, wenn dieses nicht bestehen sollte, zu gleicher Zeit  
 einen Kodiccill; so ist es ja, so bald das Testament dahin fällt, eben  
 so viel, als wenn dieses gleich anfangs gar nicht, sondern nur der  
 Kodiccill allein da gewesen wäre. Es ist deswegen zu bewundern,  
 daß die Gegner unter diesen Fällen einen so grossen Unterschied zu  
 machen wissen, und in dem letztern, wenn nemlich die Eltern gleich  
 Anfangs ohne Testament verstorben, jedoch den Kindern in einem  
 nachgelassenen Kodiccill die Restitution der Erbschaft auferleget, alles  
 richtig, auch denen Pflichten und Gesetzen gemäß befinden, im erstern  
 dagegen, wenn nemlich das Testament, in welchem die Kinder mit  
 Stillschweigen übergangen sind, vermöge der Kodiccillarklausel in ei-  
 nen Kodiccill übergethet, so viel ungereimtes und gesetzwidriges zu er-  
 blicken vermerken. Genug ist es, daß die Gesetze nur besagter Klausel  
 überhaupt die Kraft einmal begelegt, vermöge deren der Erbe  
 ab intestato verbunden ist, die Erbschaft an den eingesetzten Testa-  
 menterben abzugeben (§. 4.). Wogegen eine Ausnahme in dem  
 Fall, wenn das Testament just darum, weil in demselben Kinder  
 oder Eltern in der legitima nicht zu Erben eingesetzt, sondern still-  
 schweigend übergangen worden, richtig ist, an keinem Ort angetroffen  
 wird.

Bey so gestalten Dingen fallen nunmehr alle Zweifel der Wi-  
 versacher von selbst dahin. Denn, so viel die aus der 115ten No-  
 velle hergeholte Einwendung betrifft, so ist offenbar, daß diese No-  
 velle mit der angenommenen Wirkung der Kodicillarklausel gar wohl  
 bestehen kann. Dieses Gesetz will, daß es nicht erlaube seyn soll,  
 Kinder und Eltern im Testament mit Stillschweigen zu übergehen,  
 sondern daß selbige wenigstens in der Legitima, wenn nemlich keine  
 gesetzmäßige Ursache, sie zu enterben, vorhanden, zu Erben ordent-  
 lich und ausdrücklich eingesetzt werden müssen, mit der Verwarnung,  
 daß sonst das Testament, so viel die in demselben geschene Erbein-  
 setzung betrifft, von keiner Gültigkeit seyn solle. Gut! alles dieses  
 bleibt bey seinen vollen Kräften, wenn man gleich die Kodicillarklau-  
 sel, im Fall Kinder oder Eltern mit Stillschweigen übergangen wor-  
 den, bey ihrer Würksamkeit läßt. Falsch ist es, wenn die Gegner  
 sich einbilden, daß die in einem solchen Testament geschene Erbein-  
 setzung vermöge der Kodicillarklausel wider den klaren Buchstaben  
 öfters angeführter Novelle in der That aufrecht erhalten werde.  
 Nein, die Erbeinsetzung wird nicht aufrecht erhalten, sondern sie  
 fällt; üben Hausen, wenn das Testament gleich mit noch so vielen  
 Kodicillarklauseln ausgerüstet wäre. Der Testator ist in solchem  
 Fall eigentlich ohne Testament gestorben, wenigstens muß man sin-  
 giren, daß er also gestorben sey. Wenn aber dieses ist; wie kann  
 denn gesagt werden, daß die Kinder und Eltern, auf welche der  
 Erblasser die Erbschaft ab intestato verfällt, mit Stillschweigen  
 wären übergangen worden? Gewiß, hier läßt sich das Uebergehen  
 mit Stillschweigen gar nicht einmal gedenken. Ja, möchte jemand  
 sagen, die Kinder oder Eltern, wenn sie gleich die Erben ab intestato  
 sind, dürfen die ab intestato auf sie verfallene Erbschaft vermöge  
 der Kodicillarklausel doch nicht behalten, sondern müssen dieselbe nach  
 einem gewissen ihnen zu verstatteten Abzug dem eingesetzten Erben  
 abtreten, welches schon wider den Sinn mehr belobter Novelle laufe.  
 Ich antworte: die Novelle sagt weiter nichts, als daß ein Testa-  
 ment, in weichen Kinder oder Eltern mit Stillschweigen übergangen  
 worden, diesen zu keinem Nachtheil gereichen, sondern die in dem-  
 selben geschene Erbeinsetzung für unkräftig gehalten, und die Erb-  
 schaft auf die übergangenen Personen und übrigen Erben ab intestato

ver-

verfällt werden solle, welche ja auch bey eintretender Wirksamkeit der Rodicillarklausel genau erfüllet wird. Daß aber die Kinder und Eltern, nachdem sie Erben ab intestato geworden, die Erbschaft an den in dem ungültigen Testament eingesetzten Erben wiederum abgeben müssen, solches geschiehet vermöge des Rodicills, welchen der Erblasser auf den Fall errichtet, wenn sein Testament als Testament nicht bestehen möchte, und die Erbfolge ab intestato eintreten würde. Nun aber ist demselben weder in besagter Novelle, noch sonst in den Gesetzen verwehret, seine Erben ab intestato, wenn diese gleich Kinder oder Eltern wären, vermittelt eines Rodicills mit einem Fideikommiß, oder mit Restitution der Erbschaft zu beschweren?

§. 10.

Von keinem bessern Gehalt ist die weitere Einwendung, als wenn die Pflicht der Eltern gegen ihre Kinder, und die Pflichten dieser gegen jene mit der gerühmten Kraft der Rodicillarklausel nicht bestehen könnten. Nichts weniger, denn dieses. Die Gesetze verbinden die Eltern weiter zu nichts, als daß sie den Kindern den Pflichttheil ohne rechtmäßige Ursache nicht entziehen dürfen. Ihr übriges Vermögen aber anlangend, so haben dieselben freye Macht, darüber nach ihrem Gefallen zu disponiren. Es kann ihnen deswegen das Recht nicht abgesprochen werden, die Kinder in ihrem Testament entweder nur in der legitima, in der übrigen Verlassenschaft aber eine fremde Person zum Erben einzusetzen, oder, im Fall sie ohne Testament versterben, die ab intestato erbenden Kinder mit der Restitution der Erbschaft, jedoch nach Abzug des Pflichttheiles, als welcher überhaupt nicht beschweret werden darf (15), vermittelt einer Rodicillarischen Verordnung zu belästigen. Nun geschiehet dieses letztere in der That, so oft ein Testament, welches an sich aus dieser Ursache nichtig, weil der Testator in demselben die Kinder mit Stillschweigen übergangen, vermöge der Rodicillarklausel doch noch die Kraft eines Rodicills behält (§. 4.). Wo bleibt also die angezogene Verletzung der elterlichen Pflichten gegen die Kinder? oder kann wohl bey demjenigen, welcher sich seines Rechts bedienter, folglich

15) L. 30. pr. L. 32. C. de inoff. testam.

lich niemanden Unrecht thut, dergleichen Verletzung statt finden? Es ist wahr, daß ein Testament, in welchem Kinder gänzlich unbedacht geblieben, wider die den Eltern in den Gesetzen auferlegte Pflicht streitet, und eben deswegen ist auch solches, wenigstens so viel die Erbeinfetzung betrifft, ungültig: Dahingegen aber enthält der Kodiccill, in welchen solches Testament kraft der Kodiccillarklausel verwandelt wird, auf keine Weise etwas pflichtwidriges in sich. Derselbe hindert ja die Kinder nicht, ihren Vater ab intestato zu beerben. Sie werden auch dadurch, daß sie vermöge desselben die Erbschaft einem andern wiederum einzuhandigen verbunden, an ihrer Legitima nicht im geringsten gekränkt; indem ihnen, diese davon abzuziehen, und inne zu behalten, allemal unbenommen bleibet. Was können sie aber mit Recht mehr, als diese verlangen, wenn ihnen die Eltern ein mehreres nicht zugedacht? Es kann dieses, was ich jetzt von den Eltern in Ansehung ihrer Kinder gesagt, auch auf die Kinder in Ansehung der Eltern um so mehr angewendet werden, je gewisser es ist, daß die Pflichten der Eltern, gegen die Kinder die Pflichten dieser gegen jene noch überwiegen.

§. II.

Jetzt leuchtet auch der Ungrund dessen, als wenn der Testirer, welcher sich entschliessen kann, in seinem Testament Kinder und Eltern ohne rechtmäßige Ursache mit Stillschweigen zu übergehen, in seinem Kopf nicht richtig, und einem Blödsinnigen gleich zu achten sey, mithin die von demselben errichtete letzte Willensverordnung weder als Testament, noch als Kodiccill bestehen könne, deutlich in die Augen. Denn, vors erste nicht zu gedenken, daß man sich des bey den Römern ehemals üblichen Vorwandes, als wenn der Testirer nicht recht bey Sinnen gewesen, heut zu Tage überhaupt gar nicht zu bedienen brauchet 16), auch solcher Vorwand allenfalls nur bey denen so genannten Testamentis inofficiosis, welche, da sie so wohl in Ansehung der innerlichen, als äußerlichen Solennitäten keinen Mangel haben, aus dem Grund der Richtigkeit unangefochten gelassen werden müssen, auf unsern gegenwärtigen Fall aber, in welchem das Testament wegen Uebergehung der Kinder oder Eltern

16) Gager disl. de Origine querelae Inofficiosi §. 30.

tern an und für sich null und nichtig ist, und also schon aus diesem Grund dawider Klage erhoben werden kann, nicht wohl auszusetzen werden mag; so verdienet dieser Zweifel zweyten auch diese wegen keine sonderliche Aufmerksamkeit, weil die Gegner selbst anführen, daß demjenigen, welcher im Testament seine Eltern oder Kinder stillschweigend übergehet, in den römischen Gesetzen eine Unsinigkeit bios deswegen angedichtet werde, weil er wider die Ehre und natürlichen Pflichten, so man dem Geblüte schuldig, gehandelt. Nun aber habe ich kurz vorher gezeigt, daß derjenige, welcher seine Verlassenschaft den Kindern und andern nächsten Blutsfreunden abintestato zukommen läßt, wider irgend eine Pflicht keinesweges anstößet, wenn er diese gleich vermittelst eines Kodicills, oder, welches auf eins hinausläuft, vermittelst eines Testaments, so aber kraft der Kodicillarklausel in einen Kodicill verwandelt werden muß, dabey angewiesen, die Erbschaft, nach Abzug dessen, so ihnen von Rechts wegen gebühret, einem andern wieder abzutreten. Folglich mag derselbe einem Unsinigen auch nicht verglichen werden. Man siehet dieses auch daraus, wenn Kaiser Justinian in der schon mehr angeregten 113ten Novelle Kap. 3. 4. gesetzt, daß in einem Testament, in welchem Kinder oder Eltern mit Stillschweigen übergangen worden, nur die Erbeinsetzung üben Hausen fallen, die übrigen in demselben befindlichen Vermächtnisse aber insgesammt aufrecht erhalten werden sollen, welches letztere nicht geschehen könnte, wenn der Gesetzgeber den Erblasser für einen des Verstandes beraubten Menschen gehalten hätte; indem man sonst behaupten müste, daß ein toller Mensch entweder gültige Vermächtnisse stiften, oder, daß er ein solcher zwar in Ansehung der Erbeinsetzung, nicht aber auch in Ansehung der übrigen Verordnungen, mithin zu gleicher Zeit toll, und auch nicht toll seyn könne. Die Gegner müssen sich nur nicht einbilden, als wenn die Kinder oder Eltern doch einmal mit Stillschweigen übergangen seyen, welches sonder Zweifel wider die bekannten Pflichten streite. Dies ist ein sehr großer Irrthum. Denn, wenn die Erbeinsetzung vermöge der Kodicillarklausel zum Fideikommiß gemacht wird; so sind ja diese Personen in der That nicht mit Stillschweigen übergangen, sondern sie sind vielmehr die ohnstreitigen Erben abintestato, dabey aber mit einem Fideikommiß belegt, worüber sie sich jedoch um deswillen nicht zu beschweren haben, weil der Erblasser ihnen dieses mit Recht auferlegen können.

C

§. 12.



## §. 12.

Bei dem Beschluß dieses streitigen Punktes kann ich nicht unermüdet lassen, daß die Meynung, welche ich bisher behauptet, auch in der Praxi die Oberhand behält, welches mit ungemein vielen Beyspielen dargethan werden kann 17). Weswegen Stryk 18) dieselbe eine solche Meynung nennet, nach welcher man in den Gerichtsstuben sicher sprechen könne.

## §. 13.

Aus dem, was ich bisher gesagt, entspringt noch ein anderer Zweifel, welcher weit mehrern Schwierigkeiten, als der vorige, unterworfen. Ich habe nemlich gezeigt, daß derjenige Erbe, welchem die Verbindlichkeit, die Erbschaft einem andern zu restituiren, aufgelegt worden, befugt ist, den trebellianischen vierten Theil davon abzuziehen (§. 5.). Ferner habe ich erinnert, daß, wenn man solche Verbindlichkeit just seinen Kindern oder Eltern zugeschoben, diesen der Pflichttheil allemal unbenommen bleiben müsse (§. 10.). Nun entsteht die Fraage, ob denn Kinder und Eltern, wenn sie sich mit einem Fideikommiß beschwert finden, beydes, nemlich den Pflicht- und auch den trebellianischen vierten Theil davon abzuziehen be- rechtiget, oder ob denenselben etwa nur erlaubet, den Pflichttheil allein, ohne eine trebellianische Portion, davon zu nehmen, so, daß der Pflichttheil statt des trebellianischen Gebühnisses zu rechnen, und dieses in jenem gleichsam schon mit begriffen sey? Ueber diese Frage ist unter den Gelehrten sehr viel Disputirens, zumal wenn dieselbe nach den römischen Gesetzen, welche in dieser Sache sehr zweifelhaft sind, entschieden werden soll. Inzwischen ist es ein Glück für uns, daß wir in den kanonischen Rechten davon etwas zuverlässigere Weisung finden. Ich werde mich auf jene, nemlich auf die römischen Gesetze, für dieses mal um so weniger einlassen, je gewisser es ist, daß man in zweifelhaften Fällen nach denen letztern, ich meyne  
den

17) Wernber Obf. 279. in Supplem. Carpz. Lib. 6. Resp. 113. n. 14. Stryk  
vf. mod. Pand. tit. de iur. codicill. §. 12. Berger Oecon. iur. L. 2. t. 4. §.  
36. not. 1. p. m. 444. Marta Digest. nouisf. Tom. 5. t. Codicillus. cap. 3.

18) Tr. de Cautel. testam. cap. 23. §. 39.

den kanonischen Verordnungen, sich richtet. Wer wegen der erstern Unterricht verlangt, der mag solchen bey andern nachlesen, welche davon weitläufigt gehandelt haben 19).

§. 14.

Was die kanonischen oder vielmehr die päpstlichen Satzungen anlanget, so wird es am besten seyn, wenn man den Fall, da Kinder, und den Fall, da Eltern mit der Restitution der Erbschaft beschwert worden, von einander unterscheidet. Von dem erstern haben die Päpste Innocentius und Gregorius deutlich geordnet, daß die mit der Restitution der Erbschaft beschwerten Kinder nebst der Legitima auch den trebellianischen vierten Theil abzuziehen berechtigt seyn sollen 20). Man würde deswegen denjenigen ausziehen, welcher an dieser Wahrheit noch zweifeln wollte 21). Weil aber die Texte des päpstlichen Rechts nur von solchen Fällen ausdrücklich sprechen, wenn der Testirer seinen Kindern die Restitution der Erbschaft insbesondere auf den Fall auferlegt, wenn selbige dereinst keine Kinder nach sich lassen würden; so erwächst hieraus der Zweifel, ob die mit einem Fideikommiß beschwerten Kinder nach der kanonischen Satzung allemal und ohne Unterschied befugt, nebst dem Pflichtheil auch die trebellianische Portion von der zu restituirenden Erbschaft abzuziehen, oder ob dieses Recht denselben vielmehr nur alsdann zugestanden werden könne, wenn der Testirer die Restitution des Fideikommisses auf den Erfolg einer gewissen Bedingung oder einer bestimmten Zeit gesetzt. Der Wahn, als wenn die Kinder dieses gedoppelten Vortheils sich nur in dem letztern Fall anmassen könnten, in den ohne Beding geordneten, und auf keine bestimmte Zeit gesetzten Fideikommissen (in fideicommissis puris) aber mit der Legitima allein

19) Vid. praesertim *Harpprecht* Vol. 2. Disf. 58. de inre deducendi duas quartas th. 11. - 22. *Hilliger ad Donell.* Lib. 7. cap. 30. lit. I. p. m. 583. 1q. *Vngepaur* Comment. in Decretal. L. 3. t. 26. n. 39. 199.

20) Cap. *Raynurius* 16. et Cap. *Raynaldus* 18. X. de Testam.

21) *Harpprecht.* d. Disf. th. 24. *Manica de Coniect.* vlt. vol. L. 7. t. 11. n. 6. *Faber Cod. Sabaud.* L. 6. t. 27. def. 7. *Gall.* L. 2. Obf. 121. n. 5. 6

lein vorlieb nehmen müsten, ist fast allgemein 22). Wollten wir dieser Meynung beypflichten, so würden wir den Kindern und Eltern in denen Fällen, in welchem das Testament vermöge der Kodicillarklausel in einen Kodicill, und folglich die Erbeinsetzung in ein Fideikommiß verwandelt wird, allemal entweder den Pflichttheil, oder die trebellianische Portion absprechen müssen: da die Restitution der Erbschaft in diesen Fällen niemals unter einer Bedingung geordnet, auch niemals auf eine bestimmte Zeit oder auf einen gewissen Fall hinausgesetzt zu befinden, sondern das Fideicommissum jedesmal purum ist 23). Jedoch diese Meynung wird mehr durch die Menge dererjenigen, welche derselben beitreten, als durch einen wahren und festen Grund unterstützt. Denn, obgleich nicht zu läugnen, daß die hierher gehörigen päpstlichen Satzungen ausdrücklich nur von dem Fall reden, wenn ein Vater seinen Sohn, oder seine Tochter mit der Restitution der Erbschaft unter der Bedingung und auf den Fall, wenn derselbe, oder dieselbe ohne Kinder versterben würde, beschweret; so ist dabey doch dieses als eine bekannte Wahrheit zum voraus zu sehen, daß der eigentliche Sinn des Gesetzgebers aus dem Grunde, wodurch derselbe etwas zu ordnen, oder die ihm vorgelegte Streitfache so, und nicht anderst, zu entscheiden bewogen worden, am allersichersten und zuverlässigsten abgenommen werden möge. Nun aber haben die Päbste Innocentius und Gregorius denen unter obgedachter Bedingung mit einem Fideikommiß beschwerten Kindern ausser der Legitima auch den trebellianischen vierten Theil nicht darum zuerkannt, weil selbigen unter solcher Bedingung die Erbschaft einem andern abzutreten auferlegt worden, sondern vielmehr darum, weil, wie die päpstliche Entscheidung selbst sagt, der Pflichttheil und die trebellianische Portion ganz verschiedene Forderungen sind, deren jede ihren besondern Grund hat, dergestalt, daß ein Kind den Pflichttheil als Kind, und als eine in dem Recht der Natur gegründete Schuld fordern kann: dahingegen der trebellianische vierte Theil nicht in dem Recht der Natur gegründet ist, sondern  
 sein

22) Harpprecht d. disp. th. 69. Gail d. obs. 121. Carpz. P. 3. Const. 1. def. 20. 21. Hahn ad Wesenb. t. ad Sct. Trebell. n. 6. Wernher P. 2. Obs. 458. Rebhahn Disf. de iur. exact. quartar. Cap. 2. pag. 19.

23) Faber Cod. Sabaud. L. 6. t. 17. def. 7. Casp. Manz. de Testam. val. et inualid. Tit. 12. quaest. 58. n. 14. Harpprecht c. 1. th. 71.



sein Daseyn aus dem trebellianischen Nachschluß herleitet, in welchem dieser vierte Theil allen mit der Restitution der Erbschaft beschwerten Erben insgemein, und ohne einen Unterschied zwischen Kindern und Fremden zu machen, zugesprochen wird 14). Erwegen wir diesen Entscheidungsgrund; so erscheinet alsobald, daß derselbe sich einmal, wie das andere verhält, die Restitution der Erbschaft mag denen Kindern mit, oder ohne Bedingung auferleget seyn. Hieraus entstehet die richtige Folge, daß die Kinder, so oft sie die Erbschaft nach der väterlichen Verordnung einem andern restituiren müssen, nach dem wahren Sinn der päpstlichen Sakungen ausser der Legitima auch den trebellianischen vierten Theil allemal, und mit gänzlicher Verwerfung des, von den Rechtsgelehrten zwischen denen bedinglichen und unbedinglichen Fideikommissen gemeinlich gemachten Unterschiedes, davon abzuziehen berechtigt sind.

§. 15.

Man kann auch in der That einen zureichenden Grund davon nicht angeben, warum die mit einem Fideikommiss beschwerten Kinder in dem Fall, wenn dieses nur unter einer gewissen Bedingung oder erst nach einer bestimmten Zeit zu leisten, mehr berechtigt seyn sollen, den zweyfachen Vortheil des Pflichttheils und auch des trebellianischen Theils zu ziehen, denn andere, welche die Restitution der Erbschaft nach des Testirers Tode so fort, und ohne die Erfolung dieser oder jener Bedingung erst abzuwarten, bewerkstelligen müssen. Diese letzteren sind ja ohnedem schon mehr, denn jene, beschweret, weil sie die Erbschaft vor der würllichen Restitution nicht so, wie jene, eine Zeitlang nutzen dürfen. Warum sollen denn jene ausser dieser Nutzung den Pflichtheil wie auch den trebellianischen Theil noch oben drauf erhalten, diese aber blos mit dem einzigen Pflichtheil sich abweisen zu lassen pflichtig seyn? Wollte man sagen, die päpstlichen Verordnungen hätten den gedoppelten Abzug bey denen mit einer gewissen Bedingung versehenen Fideikommissen mit deutlichen Worten verstatet, desgleichen aber wäre in Ansehung der ohne Bedingung geordneten fideikommissarischen Vermächtnisse nirgend

14) d. cap. Raynucius et Raynaldus 16. et 18. X. de Testam.

gend zu finden: so würde damit wenig ausgerichtet seyn; indem es bloß zufälliger Weise geschehen, daß die in denen schon angeführten kanonischen Exten befindlichen päpstlichen Entscheidungen von einem mit einer Bedingung versehenen Fideikommiß sprechen. Nämlich in diesen Entscheidungen sind, wie ganz natürlich, diejenigen streitigen Fälle benahmt, welche zu denselben Anlaß gegeben, und just ein unter einer gewissen Bedingung abzuleistendes Fideikommiß betroffen haben. Wären dem Pabst damals solche Fälle zur Entscheidung vorgetragen worden, wo die Kinder mit der Restitution der Erbschaft ohne alle Bedingung und Verzug beschweret gewesen; so bin ich gewiß, daß die Entscheidung auch von solchen Fällen gesprochen haben, und deswegen doch eben so, wie jetzt, ausgefallen seyn würde; indem bey einerley Entscheidungsgründen auch einerley Urtheil billig zu erwarten stehet. Wendet man ferner ein, daß in dem Fall, wenn das Fideicommissum purum ist, die Restitution der Erbschaft nach des Erblassers Tode gleich geschehen müsse, mithin der Abzug des trebellianischen vierten Theiles mit dem Abzug des Pflichttheiles auf einerley Zeit zutreffe, welches bey den unter einer gewissen Bedingung verlassenen, oder sonst erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit zu entrichtenden Fideikommissen nicht zu besorgen sey 25): so kann ich die Erheblichkeit dieses Einwurffes gleichergestalt nicht einsehen. Denn vors erste ist noch nicht ausgemacht, ob der Abzug des Pflichttheiles und des trebellianischen Gehühnisses nicht allemal auf eine Zeit zutreffen, das Fideikommiß mag mit, oder ohne Beding geordnet seyn, auch so fort, oder erst nach einer gewissen Zeit restituiret werden müssen 26). Vors zweyte ist ja nichts daran gelegen, wenn gleich der Abzug beyder Gehühnisse bey Fideikommissen, welche keine Bedingung bey sich haben, und deren Restitution nach des Erblassers Tode gleich geschehen muß, auf eine Zeit eintreffen. Die Gegner gestehen selbst, daß der Pflichttheil und der trebellianische Theil zu verschiedenen Zeiten abgezogen werden können. Warum soll denn dieses nicht auch zu einer und eben derselben Zeit statt finden? 27) Genug, der Pflichttheil gebühret  
Den

25) Gail. L. 2. Obs. 121. n. 4. Manzius c. 1. n. 3. et 5.

26) Aur. Faber Dec. 11. Err. 7. n. 9. et 19 sqq.

27) Cuiac. L. 3. Obs. 3. circa fin.

den Kindern als Kindern aus dem Grunde des Geblütes und ohne einige Rücksicht auf die Restitution des Fideikommisses. Die trebellianische Portion aber muß ihnen wegen der zu bewerkstellenden Restitution der Erbschaft aus den trebellianischen Rathschluß werden, welcher will, daß ein jeder fiduciarischer Erbe, welchem der Testirer die Restitution der Erbschaft anvertrauet, den vierten Theil deswegen davon abzuziehen berechtigt seyn solle, damit er sich mit der Erbschaft und deren Abgabe an einen andern nicht umsonst und für die lange Weile abzugeben brauche 25). Wenn also ein Kind bey der ihm anbefohlenen Restitution der Erbschaft seinen Pflichtheil gleich bereits davon abgezogen; so hat es doch dafür noch keine Vergeltung, daß es sich mit sothaner Restitution abgegeben; weil der Pflichtheil dafür nicht gerechnet werden kann: theils weil die Legitima mit einem Fideikommiß gar nicht beschweret werden darf 29), mithin unter der anvertrauten fideikommissarischen Erbschaft gar nicht mit begriffen ist; theils aber, weil das Kind dieselbe haben müste, wenn gleich die Restitution nicht ihm, sondern einem andern auferlegt worden wäre. Nichts kann deswegen ein solches Kind hindern, wegen der ihm obliegenden Restitution der übrigen Erbschaft nebst der Legitima auch den trebellianischen vierten Theil gleich einem jeden andern fiduciarischen Erben abzuziehen, und zwar dieses zu eben der Zeit, da der Pflichtheil abgezogen wird. Der Pflichtheil und der trebellianische Theil sind ja zwey verschiedene Forderungen, deren jede ihren besondern Grund hat. Warum soll denn die eine die andere ausschließen? oder wo stehet es geschrieben, daß verschiedene Forderungen nicht sollen zu einer Zeit gehoben werden können 30)?

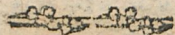
§. 16.

Bei so bewannnten Sachen ist es kein Wunder, wenn unter denen Rechtsgelehrten Männer gefunden werden, welche den bemeldeten Unterschied zwischen bedinglichen, und zwischen solchen Fideikommissen, deren Restitution den Erben schlechtweg und ohne alle

28) *Mev. P. 7. decis. 19. n. 4.*

29) *L. 32. C. de inoff. testam.*

30) *Fachin. L. 5. Controv. iur. Cap. 2. in fin.*



Bedingung auferlegt worden, wider eine ungeheure Menge anderer Gelehrten als ungegründet durchaus verwerfen 31). Weswegen ich auch ohne Bedenken behaupte, daß, so oft ein Testament, in welchem die Kinder von ihren Eltern mit Stillschweigen übergangen worden, vermöge der Kodicillarklausel in einen Kodicill verwandelt wird, mithin die übergangenen Kinder die Erbschaft dem eingefetzten Erben restituiren müssen, diese ausser dem Pflichttheil auch die trebellianische Portion davon abzuziehen allemal befugt sind 32). Die Gegner müssen sich auch nicht einbilden, als wenn die Meynung, daß die mit der Restitution der Erbschaft ohne Bedingung beschwerten Kinder nebst der Legitima auch den trebellianischen vierten Theil inne zu behalten berechtigt, aus denen Gerichtsstüben und Rechtskollegiis gänzlich verbannt sey; indem das Gegentheil davon am Tage lieget 33). Ich habe auch die Ehre, denselben zu versichern, daß diese Meynung bey der hiesigen löblichen Juristenfakultät, insbesondere auch in dem Fall, wenn die geschehene Erbeinfetzung kraft der Kodicillarklausel in ein Fideikommiß verwandelt wird, ebenfalls angenommen worden 34), wovon ich ein besonderes Beyspiel am Ende dieser Abhandlung anzeigen werde.

§. 17.

Nun komme ich auch auf die Frage, ob der gedoppelte Abzug des Pflichttheils wie auch des trebellianischen Theils, welchen ich bisher den Kindern zugestanden, auf gleiche Weise auch den Eltern, wenn diese von ihren Kindern mit der Restitution der Erbschaft be-

her

31) *Praeter Ant. Fabrum. c. l. n. 7. Cuiacium c. l. et Fachineum d. cap. 2. per. tot. vid. etiam Stryk de Success. ab intest. d. f. 7. c. 1. §. 28. Leyser Spec. 405. med. 1. Schilter Ex. ad Pand. 40. §. 21. fq. Ant. Perez ad Cod. tit. ad Sct. Trebell. n. 11. in fin. Schoepffer Synops. iur. priv. tit. ad Sct. Trebell. n. 50. fq. Knorre Obl. 666. ad Ludouici Doctrin. Pand. Bochmer in not. ad c. 16. et 18. X. de Testam. Gonzal. Tellez ad d. c. 16. X. d. Testam. verb. legitimam ipsam n. 23. Vngepaur d. l. in fin.*

32) *D. Titel de Clausula codicill. subintellecta §. 7. Add. Harpprecht d. d. i. f. th. 58. n. 546.*

33) *Leyser c. l. Schilter c. l. §. 22. Schoepffer c. l.*

34) *Vid. Resp. Facult. annexum Perill. Dom. Carrach dissertationi de differentiis iur. rom. et germ. in heredis inflit. necesf. pag. 35.*

lästiget worden, eingeräumt werden müsse? Ich kann nicht läugnen, daß die kanonischen Rechte dem wörtlichen Inhalt nach davon nichts enthalten. Demohngeachtet aber bin ich der Meynung, daß diese Frage allerdings zu bejahen; immassen der Grund, welcher die Päbste bewogen, denen mit einem Fideikommiß beschwerten Kindern diesen zweyfachen Abzug zuzusprechen, auf die Eltern, wenn solche ebenfalls damit beladen sind, nicht minder, denn auf die Kinder, paßt. Denn auch von diesen kann gesagt werden, daß sie den Pflichttheil als Eltern und aus einer natürlichen Pflicht der Kinder gegen dieselben, den trebellianischen vierten Theil dagegen nicht als Eltern, sondern als fiduciarische Erben wegen der zu bewerkstelligenden Restitution der Erbschaft aus dem trebellianischen Rathschluß, mithin beydes aus ganz verschiedenen Fundamenten zu fordern haben. Weswegen auch hier weder der Pflichttheil durch den trebellianischen, noch dieser durch jenen aufgehoben werden mag, sondern recht und billig ist, daß denen mit einem Fideikommiß beschwerten Eltern einer, wie der andere, entrichtet werde 35). Ja ich getraue mir mehr besagtes Recht des gedoppelten Abzuges aus eben diesem Grund auch von den Brüdern und Schwestern zu behaupten, im Fall der Testirer eine berücktigte Person zum Erben eingesetzt, jene aber ohne rechtmäßige Ursache mit Stillschweigen übergangen, als in welchem Fall diesen gleichergestalt ein Pflichttheil gebühret 36), welchen sie, nachdem die Erbeinsetzung vermöge der Rodicillarklausel in ein Fideikommiß übergethet, nebst der trebellianischen Portion mit Recht verlangen können 37).

§. 17.

Dieses mag genug seyn von der Wirkung der Rodicillarklausel, im Fall solche Personen im Testament mit Stillschweigen übergangen worden, welchen der Testirer einen Pflichttheil schuldig ist. Jetzt ist noch übrig, daß ich auch von der stillschweigenden Rodicillarklausel

35) *Stryk* c. 1. §. 34. *Casp. Manz.* de Testam. val. et inual. Tit. 12. Q. 58. n. 9. *Carpz.* P. 2. C. 1. def. 21. n. 8. *sq. Mev.* P. 7. d. 19. *Faber Cod.* Sabaud. L. 6. t. 27. def. 4. n. 6. *Brunnem.* ad L. 15. ff. de inoff. testam. n. 2. *Harpprecht* c. I. th. 37. *Richter* decif. §2. in fin.

36) L. 27. Cod. de inoff. testam.

37) D. *Titel* c. 1. §. 7. vid. tamen *Harpprecht* c. 1. th. 33.

lar Klausel kürzlich handle. Hat jemand ein Testament gemacht; so ist in demselben entweder etwas zu befinden, woraus der Wille des Testirers, daß, wenn das Testament nicht gelten könnte als ein Testament, dasselbe sodann doch als ein Kodiccill gelten solle, erhellet, und abgenommen werden kann, oder es ist in demselben davon gar nichts anzutreffen. Ist dieses: so wird wiederum gefragt, ob die Kodiccillarklausel in diesem Fall wenigstens vermuthet, und wegen dieser Vermuthung eben so gut angenommen werden dürfe, als wenn sie dem Testament wörtlich einverleibet wäre: oder ob vielmehr das Gegentheil zu behaupten? Darf solche vermuthet werden: so wird sie die stillschweigende Kodiccillarklausel (*clausula codicillaris tacita*) genennet. Da im Gegentheil dieselbe, wenn sie entweder mit der gewöhnlichen Formel (§. 1.), oder doch wenigstens mit gleichgültigen und mit dieser in der Folge auf eins hinauslaufenden Worten, dergleichen in den Gesetzen verschiedentlich angetroffen werden 38), im Testament ausgedruckt worden, den Namen der ausdrücklichen Kodiccillarklausel (*clausula codicillaris expressa*) zu führen pfleget 39).

## §. 18.

Manche verstehen unter dem Namen der stillschweigenden Kodiccillarklausel etwas anders, wenn sie sagen, daß dieselbe vorhanden, so oft die Worte: Dafern dieses Testament nicht gelten sollte als ein zierliches Testament, so will ich doch, daß es gelte als ein Kodiccill, im Testament zwar nicht ausdrücklich, jedoch aber an deren statt eine andere Verordnung zubefinden, aus welcher die gehegte Absicht des Testirers, auf den Fall, wenn das Testament als solches nicht bestehen würde, einen Kodiccill zu machen, nächstens fließe, und sicher geschlossen werden könne. Nach diesem Begriff ist die stillschweigende Kodiccillarklausel in dem Testament zwar in der That, jedoch nicht mit ausdrücklichen Worten enthalten. Dagegen verstehe ich unter diesem Namen eine Kodiccillarklausel, welche der testamentarischen Verordnung weder mit dürren Worten, noch auch sonst in der That einverleibet ist, indem der Testirer an solche Klausel

38) E. gr. in L. 29. §. 1. ff. qui testam. fac. posf. L. 88. §. vlt. de legat. 2. L. 12. §. 1. ff. de iniust. rupt. L. 13. ff. de inoff. testam.

39) Ludwel de vlt. volunt. P. 2. cap. vlt. p. 411. Lauterb. Colleg. pract. L. 39. t. 7. §. 17. Mencken ad Lauterb. Comp. Iur. t. de iur. codicill. ad verba: ad pias causas.

Klausel nicht einmal gedacht hat, folglich dieselbe in seine letzte Willensmeinung auch nicht einrücken können. Nur aber muß dabey zu vermuthen stehen, daß der Testator, wenn er gefragt worden wäre, ob er auf den Fall, wenn das Testament von keinen Kräften seyn, mithin die Erbschaft auf die Erben ab intestato kommen sollte, solches Testament nicht wenigstens als ein Kodicill angesehen wissen, und denen Erben ab intestato die Verbindlichkeit, den Nachlaß dem eingesetzten Testamentserben nach Abzug des trebellianischen vierten Theils hinwiederum abzutreten, auferlegt haben wolte, zur Antwort gegeben haben würde: Ja, dies sey sein Wille. Wer inzwischen Exempel von der stillschweigenden Kodicillarklausel nach jenem Begriff zu wissen verlanget, der wird solche bey denjenigen finden, welche dieses Wort in dem zu Anfang dieses §. angezeigten Verstande gebrauchen 40). Weil im übrigen das Wort stillschweigende Kodicillarklausel unter den Rechtsgelehrten noch keine gewisse und beständige Bedeutung hat; so könnte man, um alle Dunkelheit im Sprechen zu vermeiden, die Kodicillarklausel in die wirkliche (veram), und in die vermuthete (praesumptam), jene aber wiederum in die ausdrückliche (expressam) und stillschweigende (tacitam) gar wohl eintheilen, da denn die vermuthete Kodicillarklausel eben diejenige wäre, welche ich die stillschweigende genennet habe (§. 17.); wogegen diejenige, welche dem Testament mit ausdrücklichen Worten einverleibet ist, die ausdrückliche, die andere aber, welche aus einer andern Verordnung des Testaments nur geschlossen wird, die stillschweigende heißen müste 41).

§. 11.

Nun komme ich wieder auf eine unter den Gelehrten sehr bestrittene Frage, ob man nemlich mit Bestand Rechtens eine stillschweigende Kodicillarklausel behaupten könne? Manche läugnen dieses schlechterdings 42). Andere hingegen verwerfen zwar die stillschweigende Kodicillarklausel auch, nur daß sie derselben doch noch, in etlichen privilegierten Testamtnen, z. E. in dem Testament der Eltern unter ihren Kindern, ferner in den Testamenten der Soldaten zc. ein-

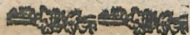
D 2

nen

40) Menoch L. 4. Praesumpt. 31. n. 9. sqq. D. Titul c. 1. §. 32. sqq.

41) Idem §. 31.

42) Wernber P. 1. Obl. 279. n. 7. 8. Anz. Faber Err. 1. Dec. 26. Stryk de Cautel. Testam. Cap. 23. §. 32. sq. Hopp. ad §. 1. Inst. de codicill. circa fin.



nen Platz vergönnen 43). Sie führen zum Grund ihrer Meynung hauptsächlich dieses an, weil Testamente und Kodicile ganz verschiedene Dinge seyen, mithin bey demjenigen, welcher Willens ist ein Testament zu machen, die Absicht, einen Kodicill zu errichten, sich nicht vermuthen lasse. Dem sey aber, wie ihm wolle, so halte ich doch dafür, daß es diejenigen am besten getroffen, welche behaupten, daß die Kodicillarklausel in allen Testamenten, wenn gleich gar keine Spur von derselben darinne zu befinden, dennoch vermuthet, und angenommen werden müsse, dergestalt, daß nach des Testirers Tode alles auf den Fuß einzurichten, auf welchen alles hätte gesetzt werden müssen, wenn solche Klausel in dem Testament mit deutlichen Worten zu befinden gewesen wäre. Es ist zwar wahr, daß die Zahl dererjenigen, welche dieser Meynung zugethan sind, geringe: Jedoch die Gründe, worauf selbige gebauet ist, sind desto stärker, weil solche aus der Natur der Sache fließen. So viel ist wohl gewiß, daß derjenige, welcher ein Testament errichtet, seine künftige Verlassenschaft dem eingesezten Erben mehr, denn denjenigen gegönnet habe, unter welche solche hätte vertheilet werden müssen, wenn der Erblasser ohne Testament verstorben wäre, indem er sonst das Testament gar nicht gemacht haben würde. Wenn nun das Testament als Testament wegen irgend eines Mangels nicht bestehen, folglich der Testirer die Erbfolge ab intestato nicht verhindern kann, so kommt es darauf an, ob man nicht vermuthen könne, daß derselbe, wenn er diesen Fall vorhergesehen, sich der Kodicillarklausel erinnere, und deren Wirkung verstanden hätte, mehrgedachte Klausel seinem Testament entweder selbst einverleibet, oder doch darein gewilliget haben würde, daß solche von demjenigen, durch welchen er das Testament aufsetzen läßt, demselben einverleibet werde. Ich sage, ja, das kann man vermuthen, und aller gefunden Vernunft nach muß man dieses auch vermuthen: indem der Erblasser auf diese Weise seinen Endzweck wo nicht ganz, doch wenigstens größten Theils erreihet; indem die Wirkung der Kodicillarklausel eben darinn besteht, daß die Erben ab intestato die Erbschaft nicht behalten dürfen,

43) *Mantica* de Coniectur. ult. volunt. L. 1. Coniectur. 9. n. 1. fgg. *Menoch* L. 4. praesumpt. 31. n. 2. fgg. *Manzius* d. l. Tit. 4. Q. 7. n. 2. *Lauterb.* Colleg. pract. Tit. de iur. codicill. §. 17. *Schoepffer* Synopf. iur. priv. Tit. de iure codicill. n. 13. *Voetius* ad Tit. de iur. codicil. n. 7. *Carpz.* Decif. 155; n. 6. fgg. et L. 6. t. 1. Resp. 7. n. 17, fg. *Richter* Decif. 63. n. 11.



fen, sondern nach Abzug des trebellianischen vierten Theils dem eingesetzten Testamentserben restituiren müssen, wogegen dieselbe, wenn man die stillschweigende Rodicillarklausel nicht annehmen wollte, bey jenen ganz verbleiben, und diesem, nemlich dem Testamentserben, davon gar nichts zu Theil werden würde, welches offenbar mit der zu vermuthenden Willensmeynung des Erblassers streitet, welcher seinen Nachlaß nicht denen Erben ab intestato, als wovon das errichtete Testament ein untrüglicher Zeuge ist, sondern den testamentarischen Erben zuwenden wollen. Die Gegner erkennen dieses selbst, wenn sie fast insgesamt behaupten, daß die Rodicillarklausel in dem Fall, wenn der Testirer, z. E. ein Bauer, welcher von dieser Klausel gar keinen Begriff hat, das Testament von einem Notarius aufsetzen läßt, und dieser demselben solche Klausel, jedoch ohne Wissen und Geheiß des Testirers, auch ohne demselben solche zu erklären, angehängt, allerdings die Wirkung habe, die Erbeinsetzung in ein Fideikommiß zu verwandeln, und zwar dieses aus der Ursache, weil in zweifelhaften Fällen allemal zu vermuthen sey, daß der Testirer, wenn ihm von der Wirkung dieser Klausel Unterricht gegeben worden wäre, darein gewilliget haben würde; indem muthmaßlicher Weise ein jeder, welcher den Endweck will, auch die Mittel wolle, und allezeit lieber sehe, wenn seine gemachte Disposition bestehet, als wenn sie üben Haufen fällt 44). Hier beweisen die Widersacher den Grund der stillschweigenden Rodicillarklausel selbst. Denn in dem angenommenen Fall gilt die Rodicillarklausel gewißlich nicht deswegen, weil sie dastehet: indem der Notarius dieselbe nur für sich hingesezt, und man sich nicht nach dessen, sondern nach des Testirers Willen zu richten hat. Vielmehr gilt die Klausel in solchem Fall eigentlich nur wegen der zu vermuthenden Einwilligung des Testirers in dieselbe, welches in der That auf eine stillschweigende Rodicillarklausel hinausläuft. Ferner gestehen die Gegner, und die Gesetze verordnen es auch, daß, wenn jemand in einem Rodicill sich einen unmittelbaren Erben eingesetzet, welches die Rechte bekannter massen nicht verstaten, so dann die Erbeinsetzung herumgedrehet, und in die Wege eines Fideikommisses eingelenket werden müsse 45).

Ich

44) Stryk de Cautel. Testam. cap. 13. §. 18. *Lauterbach* c. 1. §. 18. *Hopp.* c. 1.

45) L. 76. ff. ad S.R. Trebell. *Mantica* c. 1. L. 6. *Coniect.* 4. n. 14. *Perez* ad Cod. tit. de codill. n. 7. 8. *Philippi* vs. pract. Inst. Tit. de Codicill. *Eclog.* 106. n. 14.

Ich frage einmal, warum geschiehet dieses? gewißlich deswegen, damit des Testirers Wille, wenn selbiger nicht directe, d. i. in der Masse, wie solcher eingerichtet worden, bestehen kann, doch wenigstens per indirectum und auf eine andere thunliche Weise bestehen möge, weil doch allemal zu vermuthen, daß die Intention des Testirers dahin gegangen, daß, wenn sein letzter Wille nicht directe bestehet, derselbe doch durch Umwege, und auf alle nur sonst mögliche Weise aufrecht erhalten werden solle. Man sage mir nun, warum die stillschweigende Kodicillarlausel sich nicht auf eben dergleichen Gründe und Vermuthungen baue lasse? Zudem ist bekannt, wie sehr die letzten Willensverordnungen in denen Gesetzen begünstiget werden 46), und daß dieselben in zweifelhaften Fällen allezeit lieber so erkläret, und angenommen werden müssen, daß sie bestehen, als daß sie nicht bestehen 47). Wie reimt sich aber die gegenseitige, die stillschweigende Kodicillarlausel so sehr anfeindende Meynung mit diesen Rechtsregeln? Dieselbe zielt ja offenbar zum Umsturz der letzten Willensmeynungen ab, deren Aufrechthaltung die Gesetze uns doch so heilig anbefohlen haben. Wie kann endlich das elende Argument, als wenn von demjenigen, welcher ein Testament zu machen gesonnen, nicht zu vermuthen sey, daß er Willens gewesen, einen Kodicill zu errichten, hierwider etwas auszurichten vermögend seyn? Freylich ist ein solcher nicht Willens gewesen, einen Kodicill zu machen, weil er geglaubt hat, daß das Testament als Testament gelten werde. Dem ohnerachtet aber kann man, ohne in das Ungereimte zu verfallen, vermuthen, ja man muß es vernünftiger Weise und mit Beystimmung der Rechte 48) vermuthen, daß der Testirer, wenn er gemust hätte, daß das Testament nicht gelten werde, auf diesen Fall den Endschluß gefaßt haben würde, doch lieber einen Kodicill, als gar nichts, zu machen; indem dadurch der bey Errichtung des Testaments vorgesezte Endzweck, die Erben ab intestato von der Erbschaft auszuschließen, wenigstens noch größten Theils erreicht wird. Schließlich bin ich auch nicht der einzige, der sich erdreistet, der stillschweigenden Kodicillarlausel das Wort zu reden. Es giebt andere gelehrte Männer

46) Bruckner diss. de fauore vlt. volunt. praesertim th. 10. sq.

47) L. 12. ff. de Reg. iur. L. 16. pr. ff. ad Sct. Trebell. ibi: *ne intercidat fideicommissum*. Bruckner d. diss. th. vlt. n. 5. Lauterbach c. l. n. 3.

48) Arg. L. 3. ff. de Testam. milit.

ner, welche desgleichen thun 49). Ich weiß zwar wohl, daß sich die Widersacher auf etliche Gesetze gründen. Jedoch der Raum will mir nicht verstaten zu zeigen, daß solche Gesetze eine bloße Wirkung der denen Testamenten ehemals eigenen, und in Kodiccillen ganz unbrauchbaren Wörterformeln gewesen, dergleichen Dinge aber zu unsern Zeiten gänzlich wegfallen müssen. Inzwischen haben mich andere dieser Mühe bereits überhoben, welche man dieserwegen nachschlagen kann 50).

§. 20.

Die Wirkung der stillschweigenden Kodiccillarklausel anlangend, so ist kein Zweifel, daß solche eben dieselbe sey, welche es seyn würde, wenn die Kodiccillarklausel im Testament wirklich befindlich wäre 51). Daher dieselbe gleich der ausdrücklichen das Testament in einen Kodiccill, und die Erbeinsetzung in ein Fideikommiß verwandelt. Es ist hieran um deswillen nicht zu zweifeln, weil der Testirer, wenn er gewußt, daß sein Testament als Testament nicht gelten werde, diese Klausel aller rechtlichen Vermuthung nach demselben selbst einverleibet, auch geordnet haben würde, daß man sein Testament auf diesen Fall nach Art eines Kodiccills beurtheilen soll (§. 19.) Nun muß diese Vermuthung eben so kräftig seyn, als wenn dergleichen kodiccillarische Verordnung in das Testament wörtlich eingerücket wäre; indem wir überhaupt angewiesen sind, in Auslegung aller Testamentsfachen uns den Willen des Testirers ohne Unterschied, ob derselbe im Testament wörtlich zu befinden, oder nur zu vermuthen, für die erste und hauptsächlichste Richtschnur dienen zu lassen 52). Und wer wolte nicht zugeben, daß derjenige, welcher gewolt, daß dem Testamentserben die ganze Erbschaft ohne Abzug zu Theil werde, auf den Fall, wenn dieses wegen einem Mangel des Testamentes nicht geschehen könnte, nicht auch gewolt haben sollte, daß derselbe wenigstens so viel

ohn

49) D. *Tittel* de Clausul. codicill. subintellec. §. 31. 36. sqq. *Huber* Praelect. Inst. tit. de Codicill. in fin. *Titus* Iur. priv. L. 7. c. 3. §. 40 n. 3. *Heinecc.* Elem. iur. civil. sec. ord. Inst. §. 687. in fin. *Knorre* in Observ. ad *Heinecc.* Inst. d. §. 687. voc. *subintelligi*, ibique plures alii n. 437. laudati. *Boehmer* disl. de verb. direct. et obliq. §. 15. *Klock* Tom. 2. Confil. 42. n. 262. sq.

50) *Boehmer* d. l. *Tittel* d. l. §. 41. sqq.

51) *Mollenbec.* Thesaur. iur. civ. Tit. de iur. codicill. n. 22.

52) L. 23. in fin. Cod. de legat. L. 19. pr. L. 101. pr. de condit. et demonstr. L. 35. §. 3. ff. de hered. instit.

davon, als denen Rechten nach auf einige Weise nur möglich seyn will, überkommen soll? Ich erachte im übrigen ganz überflüssig zu seyn, wenn ich hinzufügen wollte, daß die stillschweigende Kodicillarklausel alsdenn keine statt finde, wenn der Testator im Testament deutlich gesagt hätte, daß er auf den Fall, wenn das Testament als solches nicht bestehen würde, ein Kodicill zu machen keinesweges gesonnen, sondern lieber ohne alle Verordnung, als ohne Testament versterben wolle: indem dieses aus der bekannten Regel, daß die Vermuthung der Wahrheit weichen müsse, sich schon von selbst versteht.

§. 21.

Damit man endlich sehe, daß ich nicht bloße theoretische Grillen, welche in der wirklichen Anwendung der Rechte auf die vorkommenden Fälle nicht passiret würden, vorgebracht, so will ich noch den Auszug aus einem Urtheil hierher setzen, welches vor einigen Jahren in der hiesigen löblichen Juristenfakultät abgefaßt worden, und wodurch alles, was ich in dieser Abhandlung behauptet, ungemein bestätigt wird. Der Fall war dieser: Titius, welcher keine Kinder, jedoch noch eine leibliche Mutter am Leben hatte, machte auf seinem Krankenlager in Gegenwart der zu sich beruffenen Gerichte ein Testament, setzte in demselben seine Haushälterin, die er sich des Tages darauf noch antrauen lassen, zur Erbin ein. Die Mutter erhob nach des Testators kurz darnach erfolgtem Ableben wider die Testamentserin die Nullitätsklage, weil ihr im Testament, in welchem im übrigen gar keine Spur von einer Kodicillarklausel anzutreffen gewesen, der Pflichtheil in Gestalt einer ordentlichen Erbinsetzung nicht beschieden, sondern sie in demselben mit Stillschweigen übergangen worden. Nach beschlossenen Verfahren wurden Acta inrotuliret, und hierher gesendet, worauf wir, lediglich aus dem Grund der stillschweigenden Kodicillarklausel, folgendes Urtheil gefällt:

Zunächst ist das fol. 1. der Titius'sischen Testamentsacten errichtete Testament für zu Rechte beständig nicht zu achten, derowegen die Verlassenschaft des Titius auf die Klägerin als dessen leibliche Mutter *ab intestato* verfallen. Jedoch ist dieselbe solche Verlassenschaft nach Abzug der *Legitimae* und *Quartae Trebellianicae* der Beklagten als ein Sideikommiß wiederum abzutreten pflichtig zc. V. R. W.

7. 11. 1780. 12. 11. 1780. 13. 11. 1780.

n,  
n,  
fel  
ch  
es  
n,  
n  
g

i,  
n  
g  
e  
r  
n  
e  
n  
n  
i  
z  
n  
t  
o  
a  
r  
a

t  
o  
e  
e  
t





Kf 479  
S









<sup>19</sup>  
D. Philipp Jakob Heislers

Juristische Abhandlung:

Von der Wirkung  
der

Stillschweigenden Codicillar Klausel,  
besonders in dem Fall, wenn der Testirer solche  
Personen, welchen er einen Pflichttheil schuldig ist,  
mit Stillschweigen übergangen.



*Handwritten:* Kf 479

Halle,  
bey Johann Christian Hendel.  
1783.