

Na. 136<sup>5</sup>



# U n t e r s u c h u n g

zweier verwandter

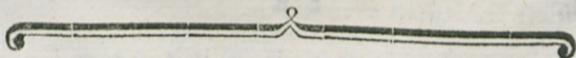
## R e c h t s f r a g e n :

- 1) Ob ein in gewisser Sache eingesetzter Erbe neben einem ohne gleiche Beschränkung eingesetzten als legatarius anzusehen sey?
- 2) Was Rechtens sey in dem Falle, da ein Erblasser jemand im Geniesbrauch zum Erben einsetzt, zugleich aber verordnet, daß nach dessen Tode ein anderer sein (des Testirers) Erbe seyn solle?

vom

Postdirector Hennemann

in Schwerin.



Schwerin und Bismar,  
in der Voednerschen Buchhandlung. 1790.





### Erste Frage.

Ist ein in gewisser Sache eingesetzter Erbe  
neben einem unbeschränkt eingesetzten Erben bloß  
als Legatarius zu betrachten?

#### §. I.

Berger oder vielmehr sein Respondent Au-  
gustin Leyser hat in einer besonderen  
Abhandlung <sup>1)</sup>, die so wol des ersteren Philo-  
callis fori <sup>2)</sup>, als des letzteren Meditationen über  
die Pandecten <sup>3)</sup>, eingerückt ist, die Lehre von dem  
in einer gewissen Sache eingesetzten Erben genauer,

als

1) De herede in re certa instituto.

2) Philocalia fori p. 49.

3) Meditationes ad ff. Sp. 361.

als vorher geschehen war, zu entwickeln gesucht.  
Er stellt hauptsächlich den Grundsatz auf:

der in einer gewissen Sache eingesetzte Erbe  
ist in Rücksicht auf den ohne gleiche Be-  
schränkung neben ihm eingesetzten Erben nur  
als legatarius, in jedem andern Betrachte  
aber als wahrer Erbe anzusehen.

Seitdem ist dies die Lehre der Schule geworden.  
Dennoch scheint's der Mühe zu lohnen, hierüber  
noch einmal Untersuchung anzustellen.

§. 2.

Wenn man jemanden in einer gewissen  
Sache zum Erben einsetzt; so setzt man neben ihm  
noch andere zu Erben ein oder nicht. — Im letzten  
Falle ist er wahrer einziger Erbe — und erhält als  
solcher die ganze Erbschaft<sup>4)</sup>; die der Erbeinsetzung  
gemachte Hinzufügung der gewissen Sache wird  
nämlich als nicht geschehen betrachtet. Der Grund  
hiedon liegt in den Rechtsfällen, daß die testamen-  
tarische und Intestat-Erbfolge zugleich, (außer  
bei Soldaten) nie Statt haben kann<sup>5)</sup>, und daß  
erstere der letztern vorgeht<sup>6)</sup>.

§. 3.

4) L. 1. §. 4. D. de hered. instit. XXVIII, 5.

5) L. 89. D. de reg. jur. L, 17.

6) L. 39. D. de acquir. vel omittenda hered. XXIX, 2.

§. 3.

In natürlicher Folge fließt hieraus, daß ein zweites Testament, ob wol darin nur in gewisser Sache ein Erbe ernannt ist, eben so zu Recht besteht <sup>7)</sup>, als wenn der Sache keine Meldung geschehen wäre. Daher hebt dies zweite Testament, ohngeachtet der nur in gewisser Sache geschehenen Erbeinsetzung, das erste auf, hebt es so gar auf, wenn auch im zweiten Testamente die Clausel hinzugefügt worden, „das erste Testament solle gelten.“ Denn die Erbeinsetzung im zweiten, nach seinen äussern Förmlichkeiten sonst vollständigen Testamente hat darum, daß sie in einer gewissen Sache geschehen ist, keinen Fehler, und ausser dem Soldatenstande kann Niemand mit zweien Testamenten sterben <sup>8)</sup>. — Die Clausel, „das erste Testament solle gelten,“ bewürkt blos, daß der Erbe des zweiten Testaments, als aus einem Fideicommissse gehalten ist, sich mit den Sachen, in denen er eingesetzt worden, zu begnügen, und

dem

7) §. 3. J. quibus modis testam. infirm. II, 17.

THEOPHIL. in paraphr. ad dict. §. J. L. 29. ad Sect. Trebell. XXXVI, 1.

8) L. 19. D. de Testam. militis XXIX, 1.

dem im ersten Testamente Eingesezten die Erbschaft heraus zu geben.

§. 4.

Gesezt aber, es sind, ausser dem in einer gewissen Sache eingesezten Erben, noch mehrere ernannt: so sind diese ebenfalls in gewissen Sachen, oder sie sind ohne solche Beschränkung eingesezt. Im ersten Falle sind sie insgesamt Erben zu gleichen Theilen, indem was ihr Erbrecht betrifft, darauf die Zuschreibung gewisser Sachen keinen Einfluß hat<sup>9)</sup>. Nur ist zu unterscheiden, ob die gewisse Sachen, in welchen sie eingesezt worden, die ganze Verlassenschaft ausmachen oder nicht. Wenn jenes ist: so werden ihnen in der Erbtheilung die zugeschriebenen Sachen dem Willen des Erblassers gemäs zugetheilt — oder vielmehr es wird nach dem Ausdrücke der Geseze angenommen, der Erblasser habe den Erbtheiler gemacht, sey dessen Amte zuvor gekommen<sup>10)</sup>. Wenn aber dieses ist, so erhalten sie die zugeschriebenen Sachen  
voraus

9) L. 9. §. 13. L. 10. D. de hered. instit. XXVIII, 5.

10) L. 35. §. 1. p. D. de hered. instit. XXVIII, 5.

L. 10. C. famil. hercisc. III, 36. L. 21. C. eod.

voraus <sup>11)</sup>), die übrige Erbschaft gehört ihnen als Erben zu gleichen Theilen <sup>12)</sup>).

S. 5.

Noch ist der Fall zur Betrachtung übrig, da neben einem oder mehreren in gewisser Sache eingesetzten, andere ohne Hinzufügung gewisser Sache eingesetzt worden. a) Nach der Analogie muß hier eben wol der in gewisser Sache eingesetzte Erbe wahrer Erbe seyn. Denn es läßt sich nicht einsehen, wie eben die Formel, die in den vorhergehenden Fällen gebraucht, ihm ein Erbrecht gab, es hier nicht geben sollte. Aus der Verordnung des Erblassers kommt das Recht. Eben die Verordnung muß wol sters eben das Recht verleihen. Will man einwenden, da neben dem in einer gewissen Sache, also sehr uneigentlich eingesetzten ein anderer ohne solche Beschränkung eingesetzt worden: so sey zu vermuthen, dieser solle nach der Absicht des Erblassers der eigentliche Erbe, jener mit einer gewissen Sache bedachte nur legatarius seyn: so sehe ich die Nothwendigkeit dieser Vermuthung nicht. Es läßt sich ja

A 4

11) L. 35. §. 1. D. de hered. instit. XXVIII, 5.

12) L. 21. C. famil. hercisc. III, 36.

sehr wol denken, daß einer zwey Erben haben wolle, doch so, daß der eine für seine Portion sich mit einer gewissen Sache begnüge — und daß er dies in unserem Falle gewollt habe, das zeigt die Verordnung. Es liegt ein gar zu wesentlicher Unterschied darin, ob man jemanden in einer gewissen Sache zum Erben einsetzt, oder ob man ihm eine gewisse Sache vermacht. Im ersten Falle will man, daß er die Sache titulo universali — im letztern, daß er sie titulo singulari haben solle. Warum sollte man vermuthen, in einem Ausdrucke, der eine Erbeinsetzung enthält, sey nur ein Legat gemeint?

b) Das ältere Römische Recht bestätigte ausdrücklich das Erbrecht des in gewisser Sache eingesetzten, auch dann, wenn ihm ein Erbe ohne gleiche Beschränkung zugegeben worden. — Kaiser Gordian antwortete dem Septius Iuvenalis <sup>13</sup>):

Es ist ungezweifelt, daß der in einer gewissen Sache eingesetzte so betrachtet werde, als wenn er ohne Erwähnung dieser Sache eingesetzt worden; doch daß es zur Pflicht des zum *judicio familiae herciscundae*

13) Codex GREGOR. Lib. 3. Tit. 5. l. 1.

Secundae bestellten Richters gehört, (officio familiae erciscundae iudicis convenire) daß er (der in der gewissen Sache eingesetzte) nicht mehr erhalte, als wenn er in dieser gewissen Sache hätte eingesetzt werden können.

Laßt uns die Stelle etwas genauer betrachten.

Der Kaiser gab hier dem Sertius Iuvenalis Belehrung über einen ihm vorgetragenen Fall — Ausdrücklich zeigt die Belehrung, daß in dem Falle jemand in einer gewissen Sache zum Erben eingesetzt war; und da von einer Erbtheilung geredet wird — da der zu solcher bestellte Richter dem in der gewissen Sache eingesetzten nichts als die gewisse Sache zuerkennen soll: so ist eben so klar, als wenn es auch ausdrücklich gesagt wäre, daß neben dem in gewisser Sache eingesetzten, noch ein anderer eingesetzt war — denn sonst wäre der in gewisser Sache eingesetzte allein Erbe, keine Erbtheilung, keine Anweisung des Richters, ihm mehr nicht, als die gewisse Sache, zuzuerkennen, gedenkbar. Es ist weiter klar, daß der neben dem in gewisser Sache eingesetzten, gerufene Erbe (wahrscheinlich der Sertius Iuvenalis) ohne Beschränkung eingesetzt worden. Nicht nur sieht man das daraus, daß

von einem in gewisser Sache eingesetzten in singulari geredet — sondern auch wiederum daraus, daß verordnet wird, der *judex familiae heriscundae* solle dem in gewisser Sache eingesetzten lediglich die ihm zugeschriebene Sache zutheilen, an Statt zwischen diesem und einem andern auch in einer gewissen Sache eingesetzten ja hätte getheilet werden müssen, daß jeder die gewisse Sache vorweg nehme, und der Ueberrest der Erbschaft ihnen gemeinschaftlich gehöre. —

Es ist also zuvörderst ungezweifelt, das Gesetz redet von unserem Falle — von dem Falle, da neben einem in gewisser Sache eingesetzten ein anderer ohne solche Beschränkung eingesetzt worden.

Was aber bestimmt es nun in diesem Falle? Es sagt einmal,

der in gewisser Sache eingesetzte Erbe sey so anzusehen, als wenn er ohne Erwähnung der Sache zum Erben eingesetzt wäre. —

Dann aber wäre er ja in jeder Rücksicht — also auch in Rücksicht auf den ohne gewisse Sache eingesetzten Erben, wahrer ungezweifelter Erbe.

Das Gesetz sagt zweitens,

der im *judicio familiae heriscundae* bestellte Richter solle dahin sehen, daß der in

ge-

gewisser Sache eingesezte nicht mehr Vortheile erhalte, als er haben würde, wenn er hätte in gewisser Sache eingesezt (darauf beschränkt) werden können.

Es läßt also zwischen ihm und dem in gewisser Sache nicht eingesezten das *judicium familiae erciscundae* zu. Dies hat aber nie Statt, als zwischen Personen, die sich als Erben erkennen <sup>14</sup>), es hat nur die Erbtheilung zum Gegenstande <sup>15</sup>). Der in gewisser Sache eingesezte muß folglich auch in Rücksicht auf den unbeschränkt eingesezten für einen Erben gelten. — Die Auseinandersetzung zwischen ihnen muß eine Erbtheilung seyn. — Wozu bedurfte es überhaupt der Bemühung des zur Erbtheilung bestellten Richters, dafür zu sorgen, daß der in gewisser Sache ernannte Erbe mehr nicht, als diese Sache, erhalte, wenn derselbe nicht Erbe wäre, und so die Erbschaft selbst sich anmaßen könnte. — Als *legatarius* dürfte er ja nicht eigenmächtig das *legat* an sich nehmen — er mußte dasselbe aus den Händen des Erben erwarten

14) L. 1. L. 24. §. 1. L. 36. L. 37. L. 49. L. 51.  
§. 1. D. de famil. ercisc. X, 2. HUBER ad D.  
lib. X. Tit. 2. §. 3.

15) L. 2. pr. D. eod.

ten — und im Falle gleichwol geschehener Anmaßung jagte das *interdictum quorum bonorum* <sup>16)</sup> oder unde vi <sup>17)</sup> ihm den Besitz ab, mit deren keinem der zur Erbtheilung gegebene Richter, sondern nur der Prätor zu thun hat. Das Gesetz des Gordians ist Justinians Gesetzbuche nicht eingerückt. Man muß sich also mit der vorbemerkten Analogie begnügen, die auch die Sammler des Justinianischen Gesetzbuches entscheidend genug gehalten haben müssen, da sie weder jene Verordnung, noch eine andere Bestimmung des Falles aufnahmen. Gordian selbst zielte auf die Analogie mit den Worten: es ist ungezweifelt.

### §. 6.

c) Nicht wol mit sich selbst vereinbarlich und in sich begreiflich ist die diesem entgegen laufende gleich Eingangs (§. 1.) bemerkte Berger's Laysersche Theorie, daß der neben einem unbeschränkt gerufenen Erben in gewisser Sache eingesetzte zwar wahrer Erbe sey — in Rücksicht auf den ihm zugegebenen Erben aber nur als *legatarius*

16) L. 1. D. quod legat. XLIII, 3.

17) L. 7. C. unde vi, VIII, 4.

rius gelte. Ich kann begreifen, daß der in gewisser Sache eingesezte Erbe in Rücksicht auf die ohne Beschränkung geschehene Hinzufügung eines andern Erben mehr nichts als seine gewisse Sache zum Erbtheil fodern könne — daß er also nur diese gewisse Sache von dem zur Erbtheilung bestimmten Richter erhalte. Aber, einmal, jeder auch unbeschränkt eingesezte Erbe, der einen Miterben hat, erhält in vollständiger Erbtheilung sein Erbtheil in gewissen Sachen. — Und dann, zweitens, begreife ich damit noch nicht, wie jemand, der wahrer Erbe ist, in Rücksicht auf einen Miterben je aufhören könne, für einen Erben zu gelten. Da es unmöglich ist, daß jemand, der Erbe ist, nicht Erbe sey — da ein univerveller und singularer Titel im Widerspruch stehen — da es eine Unwahrheit seyn würde, das, was aus univervellem Titel erworben ist, als aus singularern Titel erworben anzusehen: — so bleibt, wer Erbe ist, es gegen jedermann — so kann, wer etwas als Erbe hat, es nicht als Vermächtniß haben, oder als hätte er es aus Vermächtniß, betrachtet werden. Wie könnte denn je der in gewisser Sache eingesezte Erbe, wahrer Erbe seyn, und dennoch in Rücksicht auf den ihm  
 ohne

ohne Beschränkung zugegebenen Erben die Rechte eines Legatarius haben. Man wird nicht zur Rechtfertigung dieser widersprechenden Betrachtungsart das anführen wollen, daß nach dem §. 3. J. de fideicommiss. hered. (II, 23.) der, welcher das Fideicommiss erhielt, bald als Erbe, bald als Legatarius angesehen wurde. Dort wird das nicht von einer und eben derselben Person gesagt; der, welchem die Erbschaft resituiret ward, war Erbe oder Legatarius, je nachdem ihm aus dem Trebellianischen oder Pegasianischen Rathschlusse solche ausgeliefert ward. Auch ist das unbedeutend, was L e y s e r vom legatarius partiaris anführt (med. II.). Er sey, sagt er, blos Legatarius — und dennoch habe er oft Rechte des Erben. — Das wäre wirklich viel. — Aber welche Rechte hat er denn? — Er lasse sich die Schulden abziehen. Das ist wahr, aber das leidet er nicht, weil man ihn als Erben betrachtet — sondern da ein legatarius partiaris der ist, dem ein Theil der Erbschaft legirt ist, die Erbschaft aber sich nicht versteht, als nach Abzug der Schulden: so folgt aus der Natur des ihm legirten Objects — nicht aus seiner Qualität das Abziehen der Schulden. Der legatarius

*legatarius partiaris*, sagt *Leyser* weiter, über-  
 nehme die erbenschaftlichen Passivklagen. — Das  
 ist mit Erlaubniß unrichtig. Er hat so wenig die  
 Passivklagen zu übernehmen, als er die Activkla-  
 gen hat. — Daher eben die Stipulationen zwi-  
 schen ihm und dem Erben, wovon uns *Theo-*  
*philus* in paraph. Inst. ad s<sup>phum</sup> 5. J. de fi-  
 deicommi. hered. so schön belehrt. — Soll viel-  
 leicht das ein Uebernehmen der Passivklagen hei-  
 ßen, daß er dem Erben, was erkannt wird, zu  
 seinem Theile vergüten muß, so geht dies auf eine  
 Mitübernahme der Schulden hinaus, wovon schon  
 geredet ist. — *Leyser* sagt endlich, der *lega-*  
*tarius partiaris* theile mit dem eingesetzten  
 Erben. Soll das heißen; er habe *actionem fa-*  
*miliae eriscundae* wider ihn: so läugne ich das. —  
 Soll es das nicht heißen: so beweiset es nicht, daß  
 er der Rechte eines Erben zuweilen genieße. —  
 Eigentlich steht überhaupt nirgends, daß der *le-*  
*gatarius partiaris* mit dem Erben theile. *Ulpian*  
 am angezogenen Orte (Tit. 24. §. 25.) sagt  
 das nicht. Er sagt:

„man könne eine Verlassenschaft verma-  
 „chen. Wenn jemand ordne, mein Er-  
 „be *Māvius* soll mit dem *Titio* meine Erb-  
 „schaft

„schaft theilen: so sey die Hälfte der Erbschaft als legirt zu betrachten.“

Hier steht nichts davon, daß Titius mit dem Mävio die Erbschaft theile — es steht vielmehr, die Hälfte der Erbschaft sey als legirt anzusehen. Nach der Natur der legats aber hat der legatarius die Auskehrung des legats vom Erben zu erwarten — also Titius die Ausantwortung der halben Erbschaft vom Mävio. Mävius theilt, und gibt Titio die Hälfte.

§. 7.

d) Man antwortet, auf Demonstration komme hier nichts an — Justinian habe in der L. 13. C. de hered. instit. verordnet, daß der in gewisser Sache Eingesezte in Rücksicht auf den unbeschränkt Eingesezten für einen legatarius gehalten werde. — Sollte das gegründet seyn? — Das Gesetz lautet also:

Quoties certi quidam ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est: alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum

ciarum institutionem referuntur: eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerunt, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex re scriptorum fieri.

Es ist leicht einzusehen, daß man hier die Worte: quos legatariorum loco haberi certum est, hascht, und indem man sie auf das erste Comma, Quoties certi quidam ex re certa instituti sunt heredes

mit zieht, den Satz, der in einer gewissen Sache eingesetzte Erbe sey in Rücksicht auf den ohne Beschränkung zugegebenen Erben als legatarius anzusehen, darin begründet glaubt. —

Aber bey genauerer Erwägung dürfte diese Erklärung sich schwerlich rechtfertigen lassen.

Wenn das:

quos legatariorum loco haberi certum est, auf den ersten alternativen Satz, quoties certi quidam ex re certa instituti sunt haeredes,

mit geht: so hat Justinian von den in  
B einer

einer gewissen Sache eingesetzten Erben allgemein und ohne alle Einschränkung, also ohne Rücksicht darauf: ob neben dem in gewisser Sache eingesetzten jemand ohne Beschränkung eingesetzt worden, oder nicht, und so gut ausser dem Falle einer Concurrenz mit dem neben ihm eingesetzten Erben, als in dem Falle dieser Concurrenz gesagt, daß die in bestimmter Sache eingesetzten als Legatarien betrachtet würden <sup>18)</sup>.

Dies werden aber einmal die Vertheidiger der Leyer'schen Theorie ihn selbst nicht sagen lassen wollen. Denn so würde die Stelle zu viel beweisen. Es würde der Theil der Leyer'schen Lehre, daß der in gewisser Sache eingesetzte Erbe, ausser dem Falle der Concurrenz mit dem unbeschränkt eingesetzten, als Erbe zu betrachten sey, dahin fallen, da da, wo das Gesetz nicht unterscheidet, wir zur Unterscheidung nicht berechtigt sind. —  
Aber

18) Erst in der Folge, erst nach den Worten —  
quos legatariorum loco haberi certum est —  
setzt der Kaiser:  
alii vero ex certa parte vel sine parte.

Aber zweitens, wie hätte Justinian sagen können,

es sey gewiß, daß die in gewisser Sache eingesezte Erben als legatarien betrachtet werden?

Dieser Ausdruck enthielte ja nicht eine Sanction, daß von nun an, die in gewisser Sache eingesezte so angesehen werden sollen —

sondern

eine Erzählung — Versicherung — es sey etwas unstreitiges, daß sie schon vor diesem Gesetze nicht anders betrachtet worden (*quos legatariorum loco haberi certum est.*)

War das wahr? Ist's nicht oben gezeigt, daß der in gewisser Sache eingesezte so angesehen ward, als wäre der Sache nicht erwähnt? Ist's nicht erwiesen, daß er wahrer Erbe war, so wahrer Erbe, daß ein zweites Testament, worin er allein mit jener Beschränkung eingesezt war, das erste aufhob, ohne daß selbst die Clausel: „das erste Testament solle gelten,“ es retten konnte? Ist's nicht ungezweifelt, daß nach Kaiser Gordians

Verordnung der in gewisser Sache eingesetzte — selbst in Rücksicht auf den mit ihm ohne Beschränkung eingesetzten Erben als wahrer Erbe betrachtet ward? Und wo findet sich im ganzen Gesetzbuche des Justinians, oder in den Ueberbleibseln, welche wir von der Römischen Rechtsgelahrtheit vor ihm haben, eine Spur, woraus sich muthmaßen liesse, daß ein in gewisser Sache eingesetzter Erbe blos Rechte des legatarii habe?

Selbst aber auch die Verordnung als neue Gesetzgebung betrachtet, kann man glauben, Justinian habe jenen Satz als neues Gesetz festgesetzt. Man halte mit dem Wahne, er habe das Recht dahin abgeändert, daß ein in gewisser Sache eingesetzter nur als legatarius anzusehen seyn solle, man halte mit diesem Wahne die jüngere *Novelle* 115. C. 3. und 5. zusammen. In dem 3ten Capittel verbietet der Kaiser, die Kinder zu enterben, wenn man ihnen gleich ihren Pflichttheil durch ein legat verlassse.

In dem 5ten Capittel eben der *Novelle* aber erklärt er es hinreichend, wenn man sie in einer gewissen Sache einsetze.

Würde

Würde nicht hier die Verordnung des 5ten Capitels der des 3ten geradezu widersprechen, falls in der L. 13. C. de hered. instit. der in gewisser Sache eingesetzte Erbe zum legatarius herabgesetzt wäre? Ist's nicht un widersprechlich, daß Justinian ihn noch in der Novelle, mithin nach der L. 13. C. de hered. instit. für mehr als einen legatarium, daß er ihn für einen wahren Erben gehalten habe?

S. 8.

Ich erkläre das Gesetz also:

So oft (wenn) gewisse Personen in einer gewissen Sache zu Erben ernannt sind;

oder, statt der ihnen gebührenden Einsetzung (statt des ihnen gebührenden Pflichttheils), pro sua institutione<sup>19)</sup> mit gewis-

B 3

sen

19) Bekanntlich war es damals noch nicht nöthig, was erst die 115te Novelle nothwendig machte, den Pflichttheil unter dem Titel der Einsetzung zu verlassen. Es ging an, und genügte zur Ausschließung der querelae inofficiosi Testamenti, den Pflichttheil in einer gewissen Sache als Legat, oder Geschenk zu verlassen. §. 3. et 6. J. de inofficioso testamento II, 13.

sen Sachen zufrieden zu seyn angewiesen sind von welchen (letztenannten Personen nämlich) es gewiß ist, daß sie als Legatarien betrachtet werden;

andere aber nach gewissen Theilen der Erbschaft, oder ohne Hinzufügung irgend einigen Theils eingesetzt worden:

So verordnen wir, daß nur diejenigen aller zur Erbschaft gehörigen Klagen sich zu gebrauchen haben, oder damit belanget werden sollen, die in einem gewissen Theile oder ohne Ausdrückung irgend eines Theils ernannt sind, und daß keine Verminderung dieser Klagen aus Veranlassung der in einer gewissen Sache eingesetzten Erben geschehen soll.

Ich lasse also das

quos legatariorum loco haberi certum est —

nur auf die Personen gehen, mit denen es in unmittelbarer Verbindung steht, auf die

qui certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt.

Denn

1) wenn

1) wenn das: quos &c. auf beide, so wol die  
 in certa re institutos,  
 als die  
 qui certis rebus pro sua institutione con-  
 tenti esse iussi sunt,  
 gehen sollte: so würde dies durch einen dem rela-  
 tivo: quos, gegebenen Besatz deutlicher bestimmt  
 seyn, welches ja die Natur alternativer Proposi-  
 tion foderte. —

Dann

2) ist nach dem obigen von den in gewisser Sache  
 eingesetzten nicht wahr, daß sie vor der L. 13. C.  
 de hered. instit. nach ausgemachten Rechten als  
 legatarii betrachtet worden; dies ist blos von de-  
 nen wahr, die statt der ihnen gebührenden Ein-  
 setzung mit gewissen Sachen zufrieden zu seyn an-  
 gewiesen, d. i. die nicht zu Erben eingesetzt, son-  
 dern statt der Einsetzung und des Pflichttheils mit  
 gewissen Sachen abgefunden worden. Diese ha-  
 ben die gewissen Sachen nicht aus dem Titel der  
 Erbschaft, sondern aus singulärem Titel, aus  
 bloßer Vermachung erhalten. Auf sie kann also  
 nur das

quos — — certum est  
 sich beziehen. —

B 4

3) Man

3) Man wird diese Deutung um so wahrscheinlicher finden, wenn man erwägt, daß zu Justinians Zeiten man noch keine *commata*, wenigstens nicht mit der heutigen Bedeutung hatte. Statt mit ihnen die Sätze zu scheiden, schrieb man, was zusammen gehörte, und zusammen zu lesen war, in einem Versikel, und ließ die Versikel da aufhören, wo zu pausiren war — 20). Wahrscheinlich ist also der Anfang des Gesetzes etwa so geschrieben gewesen:

Quoties certi quidam —

ex re certa scripti sunt heredes —

vel certis rebus pro sua institutione con-

tenti esse iussi sunt, quos legatariorum lo-

co haberi certum est —

Hier wäre es gleich deutlich gewesen, daß das  
quos — — certum est —

auf die lezt genannte, auf die,

qui certis rebus pro sua institutione con-

tenti esse iussi sunt,

gehe. —

Meine Erklärung ist folglich mit einem Worte diese — Justinian setzt im Anfange des Gesetzes zwey Fälle. Den ersten: — Wenn

[20] GUNDLINGIAN. Th. 4. Abb. 5. 6. 7. GATTERER in element. art. diplomat. Tom. I. §. 53 et 55.

Wenn gewisse Personen in gewisser Sache zu Erben eingesetzt worden —

Den zweiten:

Wenn gewisse Personen, denen die Erbeinsetzung gebühret, nicht zu Erben eingesetzt, sondern statt der ihnen gebührenden Erbeinsetzung mit einer gewissen Sache zufrieden zu seyn angewiesen sind, welche nur als Legatarien betrachtet werden können.

In diesen beiden Fällen konnte, falls nun ohne Beschränkung ein anderer zum Erben eingesetzt war,

es streitig seyn,

ob die in gewisser Sache eingesetzte, oder mit gewissen Sachen statt der Einsetzung zufrieden zu seyn angewiesene, auch die Erbschaftsklagen mit anstellen, oder damit mitbelangt werden könnten. — Ob also, wenn der ohne Beschränkung eingesetzte etwa klagte, ihm die Einrede der mehreren Litisconsorten entgegen gesetzt werden, oder wenn er als Erbe belangt würde, er eben diese Einreden vorbringen könnte? —

Diese Frage konnte eines theils scheinen bejahet werden zu müssen. Denn der in der gewissen Sache eingesetzte war vermöge der Einsetzung so wol Erbe, als der ohne Beschränkung eingesetzte. Und wenn der statt der ihm gebührenden Einsetzung mit einer gewissen Sache zufrieden zu seyn angewiesene nicht eingesetzt war: so erhielt er doch die Sache, mit der er zufrieden zu seyn angewiesen worden, als ein Surrogat der ihm gebührenden Einsetzung und seines Pflichttheils. Aber es ließ sich auch das Gegentheil, und vielleicht mit noch stärkeren Gründen behaupten. Der, welcher mit einer gewissen Sache zufrieden zu seyn angewiesen war, war doch nun einmal ein bloßer Legatarius. — In dieser Eigenschaft konnte er die ihm nicht vermachte Erbschaftsklagen sich anzumessen, nicht Recht — oder auf solche zu antworten, nicht Pflicht haben. — Und — was den in gewisser Sache eingesetzten betraf, der an sich wahrer Erbe war: so konnte bey seiner Beschränkung auf eine gewisse Sache, der ohne gleiche Beschränkung eingesetzte Erbe, als ein solcher nach Billigkeit angesehen werden, welchem im Testamente stillschweigend die übrige Erbschaft, und damit die Activ- und Passivklagen zugetheilt worden.

den. Wenn nun schon in dem Falle, da im *judicio familiae erciscundae* der Richter einem Erben die Forderungen und Schulden assignirt hat, die dem Erbrechte nach ihm mit dem Miterben gemein waren, daraus dies entspringt, daß der, dem die Klagen also angewiesen worden, sie aufs Ganze theils in seinem Namen, theils als *Procurator* seiner Miterben anstellen darf, und eben so solche übernehmen muß <sup>21)</sup>: so wird da, wo im Testamente der Erblasser durch die Erbeinsetzung selbst stillschweigend erklärt hat, daß einer seine ganze Erbschaft, eine gewisse Sache ausgenommen, mithin die Activ- und Passivklagen erben solle, dieser sie noch ungezweifelter alleine anstellen, oder übernehmen müssen. — Auch trifft hier ein äußerst richtiges Argument aus der gesetzlichen Entscheidung eines sehr ähnlichen Falles ein. — Bekanntlich bleibt der *fiduciarische* Erbe nach der Restitution der Erbschaft immer noch Erbe <sup>22)</sup>, und die Erbschaftsklagen werden, wenn er einen Theil der Erbschaft oder die *Trebellianische* *quarta* behält, zwischen ihm und dem *Fideicommiss*-erben nach Verhältniß getheilt. Wenn er jedoch

nur

21) L. 3. D. famil. ercisc. X, 2.

22) §. 3. J. de fideicom. hered. II, 23.

nur eine gewisse Sache zurück behält: so hat alleine der Fideicommisserbe die Erbschaftsklagen<sup>23)</sup>. Sollte wol nicht eben also bey einem Erben geurtheilet werden, der nicht, wie doch noch der heres fiduciarius in der ganzen Erbschaft, sondern nur in gewisser Sache gerufen — neben dem von Anfang an, ein anderer in Rücksicht auf die übrige Erbschaft, die gewisse Sache ausgenommen, eingesetzt war? —

Die dergestalt streitige Frage kam um die Zeit der L. 13. C. de hered. instit. zur würllichen Erörterung, so daß sie dem Justinian zur Entscheidung vorgetragen ward. Der Ausdruck des Kaisers

decernimus —

weist dies nach; und das Jahr, in welchem die Entscheidung erfolgte, und die Person, an die sie gerichtet ward, machen glaublich, daß sie zu den bekannten 50 Decisionen gehöre, welche nach Abfassung des ersten Codicis erfolgt sind. — Justinian entschied,

daß nur die aller Erbschaftsklagen sich bedienen, oder damit belangt werden sollten, die nicht in gewisser Sache eingesetzt worden —

und

23) L. 30. §. 3. D. ad Scum Trebell. XXXVI, 1.

und daß diesen Klagen kein Eintrag dadurch, daß in gewisser Sache eingesezte Erben vorhanden seyn, geschehen solle (daß deshalb keine Einrede mehrerer Erben dem Kläger entgegen gesetzt werden solle).

**Justinian** lästet also in seinem Gesetze die in gewisser Sache eingesezten Erben, Erben seyn — er setzt sie nicht zu Legatarien herab. — Nur über die besondere Frage, ob die zur Erbschaft gehörigen Activ- und Passivklagen die in gewisser Sache eingesezte Erben mit angehen, wenn ihnen andere Erben unbeschränkt zugegeben worden? darüber bestimmt er, daß solche Klagen lediglich von den ohne Beschränkung zugegebenen Erben erhoben, oder wider sie angebracht werden sollen. Das Exempel des fiduciarischen Erben, der nach restituirter Erbschaft Erbe bleibt, der aber dennoch, wenn er entweder die ganze Erbschaft restituirt, oder nur eine gewisse Sache sich vorbehält, mit den Erbschaftsklagen nichts zu schaffen hat, sondern sie alle dem Fideicommissarben überlassen muß, ist ein Beweis, daß Erbe seyn, und keine erbchaftliche Klagen haben, neben einander bestehen kann, daß also durch Nehmung dieser Klage das Erbrecht selbst nicht leidet.

## §. 9.

Die Verschiedenheit der *Leyserschen* und meiner Meinung beruhet nicht in bloßem Wortstreite. Die Folgen der Theorie, welche ich vertheidige, fallen ganz anders aus, wie die der *Leyserschen*. Ist der in gewisser Sache Eingesezte in jedem Betrachte Erbe, ob wol ihm ein Erbe ohne Beschränkung zugegeben ist: so folgt 1) daß er die Erbschaft antreten, und die Sache, in der er eingesezt worden, wenn der Besitz ledig ist, in Besitz nehmen kann. Nicht also darf er sein Recht, als von der Erbantrittung des ihm zugegebenen Erben abhängig, ansehen. Er darf folglich auch, im Falle dieser unter Bedingung eingesezt worden, nicht erst deren Existenz erwarten.

Es folgt weiter,

2) daß der, welcher in gewisser Sache eingesezt worden, wenn der neben ihm ohne Beschränkung Eingesezte die gewisse Sache in Besitz hat, solche nicht mit der Personalklage aus dem Testamente, oder der Eigenthums- und Hypothekenklage, sondern mit der *actione familiae erciscundae* von dem unbeschränkt eingesezten Miterben fordern könne

könne und müsse <sup>24)</sup>. Wie könnte er, was ihm titulo universalis hinterlassen ist, mit einer Klage fodern, bey der er zum Grunde legen muß, daß ihm die Sache titulo singulari hinterlassen, daß sie ihm legirt sey.

Es folgt,

3) daß dem in gewisser Sache Eingesetzten, wenn der neben ihm ohne solche eingesetzte wegfällt, das jus accrescendi zustehet. Dies giebt *Leyser* in dem Falle zu, wenn nur einer neben ihm ohne Beschränkung eingesetzt ist <sup>25)</sup>, versagt es aber dem in gewisser Sache Gerufenen, wenn mehrere neben diesem ohne Beschränkung eingesetzt worden, und davon einer hinweg fällt <sup>26)</sup>. Allein, wenn nach dem bisherigen der in gewisser Sache Eingesetzte gerade so, als wäre er ohne Beschränkung eingesetzt, anzusehen ist; — wenn er Erbe ist, und die Hinzufügung der gewissen Sache nur bey

der

<sup>24)</sup> Dies liegt aus der vorangezogenen Verordnung Kaiser Gordians zu Tage (n. 12.). Das *judicium familiae erciscundae* ist bekanntlich ein *judicium duplex*; wer damit belangt wird, dem steht es auch zu.

<sup>25)</sup> Sp. 361. m. 12.

<sup>26)</sup> Sp. cit. m. 20.

der Erbtheilung in Betracht kömmt: so läſſet ſich nicht begreifen, warum er bey dem Hinwegfallen eines unbeſchränkt Eingefezten, nicht eben ſo wol, wie der übrig bleibende auch unbeſchränkt Eingefezte das Anwachsungsrecht haben ſollte. Ich nehme den Fall näherer Conjunction zwiſchen dem übrig gebliebenen ohne Beſchränkung eingefezten Erben aus; eine Ausnahme, die, nach der Natur aller Ausnahmen, die Regel im nicht ausgenommenen Falle zu Gunſten des in gewiſſer Sache Eingefezten nur beſtätigen, wenigſtens nicht aufheben würde. —

Es folgt,

4) daß der unbeſchränkt zugegebene Erbe dem in gewiſſer Sache Eingefezten keine Falcidiſche quarta abziehen könne. — Denn der in gewiſſer Sache Eingefezte hat ſeine Sache nicht aus dem Titel des Vermächtniſſes, ſondern der Erbschaft. Nur bey Vermächtniſſen hat die Foderung der Quarta Statt. Miterbe gegen Miterben kann keine Quarta fodern. —

So viel von der erſten Frage —

Nun zur

zweiten

## zweiten Frage:

Was ist Rechtens in dem Falle, da ein Erblasser jemanden im Geniesbrauch seines Vermögens zum Erben einsetzt, zugleich aber ordnet, daß nach dem Tode des im Geniesbrauch Eingesezten ein anderer sein (des Testirers) Erbe seyn solle?

### §. I.

Die Meinungen der Rechtslehrer über diese Frage, deren Entscheidung hauptsächlich auf richtiger Auslegung der Verordnung selbst beruht, sind sehr getheilt<sup>1)</sup>.

### §. 2.

#### Erste Meinung.

Einige halten dafür, daß der im Geniesbrauch Eingesezte der einzige Erbe sey, und der nach seinem Tode Gerufene als überflüssig gar nicht beachtet werde. Aber einmal würde damit etwas ganz anderes, als der Erblasser gewollt hat, angenommen werden. Dieser hat doch auf irgend einen

1) WISSENBACH exercit. ad ff. Disp. 56. §. 13.  
p. III. 580.

einen Fall gewollt, daß der dem Niesbraucher Zugegebene Erbe seyn solle; — er hat gewollt, daß die Hinzufügung des Zweiten Effect haben, daß sie nicht umsonst seyn, nicht, als wäre sie nicht geschehen, angesehen werden solle. Es müßten also Geseze aufgewiesen werden können, die den Willen des Erblassers zernichteten, die auf den ihm vorgeschwebten Fall den dem Niesbraucher zugegebenen Erben zur Erbschaft zu lassen verböten. Kann man dafür wol das Argument annehmen, das aus der L. 7. D. de vulgari et pupillari substitut. entlehnt wird?

Dies Gesez sagt:

ein Vater könne seinem Kinde über das 14te Jahr hinaus nicht geradezu (verbis civilibus) substituiren. Man könne den so nichtiglich substituiren, aber auch nicht als einen beygegebenen Erben ersten Grades ansehen. Es würde wider den Willen des Vaters angehen, wenn der Sohn nicht einstweilen alles hätte, was ihm der Vater gegönnt habe.

Folgt hieraus etwas, welches den in Frage seyenden Fall bestimmen könnte? Nur dann könnte jenes Gesez

Gesetz ein Argument geben, wenn in dem vorliegenden Falle der Erblasser eine ungültige Substitution unternommen hätte, und man nun behaupten wollte, der Substituirte müsse, obgleich die Substitution nicht gelte, allenfalls als Miterbe zugelassen werden. Daß dies nicht angehe, könnte man aus jenem Gesetze folgern. Aber der Fall ist nicht hier. — Indem gesagt ist:

„der eine solle im Niesbrauche eingesetzt,  
nach dessen Tode ein anderer Erbe seyn,“

indem ist vom Erblasser entweder eine Substitution des Zweiten, oder eine Zuordnung eines Miterben im ersten Grade intendirt. — Im ersten Falle läßt sich nichts denken, das die Substitution ungültig machte. Denn nach Justinians neueren Verordnungen können fideicommissarische Substitutionen auch Ernennungsbefehlsweise geschehen <sup>2)</sup>. Im zweiten Falle wäre von Anfang an intendirt, daß der Niesbraucher auf den Niesbrauch eingeschränkt, einen Miterben, der die übrige Verlassenschaft erhielte, haben solle. Es träte also entweder der Fall von Anfang an intendirter Substitution — oder doch

2) Arg. L. 2. C. Comm. de legat. VI, 43.

der Fall ihrer Ungültigkeit — mithin der Fall, in dem das Gesetz ein Argument wider die Disposition gäbe, nicht ein <sup>3)</sup>. — Diese muß mithin immer einige Wirkung haben. Die Frage bleibt nur: welche?

§. 3.

Zweite Meinung.

Und da antwortet denn ein anderer Haufe von Rechtslehrern: der im Geniesbrauch Eingesetzte ist, da mit ihm zugleich Niemand in der übrigen Verlassenschaft — in der Proprietät eingesetzt worden, einziger Erbe — der nach seinem Tode gerufene Erbe aber Fideicommiß = Erbe. Und dies ist nach der Versicherung angesehener, selbst dieser Theorie nicht günstiger Juristen, die allgemeine

3) Ich hätte vielleicht für den bestrittenen Satz noch den Grund anführen sollen, daß keine Einsetzung ex die geschehen kann. Aber ausserdem, was ich darüber unten sagen werde: muß ich hier nur bemerken, daß, wenn der Satz sonst paßte, er nicht sagen will, daß die Berufung des Erben nach dem Tode des im Geniesbrauch Eingesetzten ungültig sey, sondern daß sie als unbedingt geschehen, der so gerufene Erbe also als rein gerufen angenommen werden müßte.

meine Lehre 4). Sie hat in den neueren Zeiten, besonders am Huber 5), einen eifrigen Vertheidiger gefunden. In der That lassen sich dafür sehr scheinbare Gründe angeben. Man kann sagen: „der im Geniesbrauch Eingesezte ist mindestens als ein solcher, der in gewisser Sache eingesezt worden, zu betrachten. Wer in gewisser Sache eingesezt ist, erhält die Erbschaft ganz, wenn neben ihm ein anderer nicht eingesezt worden. Dies ist geschehen, wenn, wie hier, erst nach dem Tode des im Geniesbrauche Eingesezten ein Erbe gerufen wird. Also erhält der hier im Geniesbrauche Eingesezte die Erbschaft als alleiniger Erbe. Ein nach dem Tode eines Erben gerufener Erbe ist ihm fideicommissarisch substituirt, mithin ist auch der nach dem Tode des im Geniesbrauche Eingesezten, und bey nicht eranntem Miterben, einzigen Erben, Gerufene Fideicommisserbe.“

Wey alle dem scheint mir doch diese Meinung nicht die richtige. — Ich gebe a) gerne zu,  
C 3

4) MÜLLER ad STRVVIVM exerc. XXXIII. §. 6. §.

5) HYBER ad D. Lib. 28. Tit. 5. §. 9.

daß ein im Geniesbrauche Eingesezter, wenn kein anderer Erbe eingesezt ist, die Erbschaft ganz erhalte. Dies ist aber, wie bey Erörterung der ersten Frage bemerkt worden, von den Gesezen nur als Folge der Regeln, daß die testamentarische Erbfolge der Intestat-Erbfolge vorgehe, und Niemand auffer dem Soldatenstande zu einem Theile, mit einem Testamente, zum andern Theile, ohne dasselbe versterben könne, augenommen. Käme es blos auf die Absicht des Testirers an: so zeigt die Einsezung im Geniesbrauche deutlich, daß der darauf beschränkt Eingesezte blos diesen Geniesbrauch haben solle. Daraus folgt denn die Erklärungsregel, daß, falls bey dieser so beschränkten Einsezung eine andere Disposition vorkommt, die einen andern zur Erbschaft ruft, diese im Zweifel für eine Einsezung im ersten Grade, in Ansehung der Substanz der Verlassenschaft, und nur dann, für eine fideicommissarische Substitution zu halten sey — wenn es unmöglich ist, sie von einer Einsezung im ersten Grade zu erklären.

Aber

b) ist es unmöglich, die Ernennung eines Erben nach dem Ableben des im Geniesbrauche Ein-

Eingesezten als Einsezung im ersten Grade zu erklären. — Sollte dies darum unmöglich seyn, weil ein nach dem Tode des Erben Berufener, für substituirt zu halten ist? Richtig bestimmt heißt dieser Satz, ein nach dem Tode des Erben in der diesem zugetheilten Erbportion, oder in der Erbschaft, worin dieser unbeschränkt eingesetzt ist, Berufener ist für ihm substituirt zu halten. Und allerdings liegt der Satz in der Natur der Sache und der Diction. Er paßt aber, also bestimmt, auf den Fall nicht, da, wie hier, nur in einer gewissen Sache, z. B. im Geniesbrauche, ein Erbe eingesetzt ist, also noch Theile der Erbschaft da sind, in denen der Erbe nicht eingesetzt worden. Hier läßt sich, wenn nach des in gewisser Sache Eingesezten Tode ein anderer zum Erben nicht in eben der Sache, nicht in eben dem Geniesbrauche, sondern entweder unbestimmt, oder bestimmt in einem ganz andern Theile der Erbschaft, gerufen wird, gar wol bedenken, daß diese Berufung eine Erbeinsezung im ersten Grade, eine Zugabe eines Erben seyn solle. Freilich fällt es auf, daß die Berufung,

C 4 nach

nach dem Tode des im Geniesbrauch Eingesezten geschiehet. —

§. 4.

Dritte Meinung.

Aber ich will auch hier nicht die Meinung feststellen, der eine dritte Schaar von Rechtslehrern, und unter ihnen vorzüglich Thomastus<sup>6)</sup> zugethan ist, daß in dem zur Frage stehenden Rufe eine reine unbedingte Einsetzung geschehen, der Gerufene so fort zur Proprietät berechtiget, sein Recht also, so viel die Proprietät betreffe, rein, und nur, was den Geniesbrauch angehe, bis zum Tode des darin Eingesezten suspendirt sey. — Eine solche Deutung würde der Einsetzungsformel — sie würde der Verufung zum Erben nach dem Tode des im Geniesbrauch Eingesezten Gewalt anthun. Wer kann die Worte:

ich seze Cajum (ich seze meine Frau) im Geniesbrauche zum Erben ein. Nach seinem (ihrem) Ableben soll Sempronius mein Erbe seyn — so verstehen:

Cajus

<sup>6)</sup> In notis ad HUBER. L. c.

**Cajus** (meine Frau) soll den Geniesbrauch meiner Verlassenschaft haben. **Sempronius** soll aber mein eigentlicher Erbe, und zwar Erbe neben dem **Cajo** (neben meiner Frau) bey seinem (ihrem) Leben seyn — nach seinem (ihrem) Tode aber soll er erst den Geniesbrauch haben.

Das hiesse willkürlichen Sinn in die Rede hineinragen. Wenn das die Absicht des Testirers war; so hätte er ja blos sagen dürfen:

ich setze **Cajum** (meine Frau) zu Erben im Geniesbrauch — **Sempronium** zum Erben in der Proprietät ein —

Da der Geniesbrauch mit dem Leben des, dem er ohne Eigenthum gegeben wird, aufhört: so verstand sich von selbst, daß **Sempronius** nach der Frauen Tode den Geniesbrauch erhielt.

Das Gesagte wird noch mehr einleuchten, wenn man in den Einsetzungsworten statt des Geniesbrauchs eine andere gewisse Sache, zum Bepiel, ein Landgut, ein Wohnhaus, setzt; übrigens sie unverändert behält. Gesezt, die Worte lauten also:

E: 5. Ich

Ich setze meine Frau zur Erbin in meinem Wohnhause ein — Nach ihrem Tode soll Sempronius mein Erbe seyn. —

Wo bliebe man hier mit der Bestimmung: nach ihrem Tode? — läßt sich diese Stelle hier auch so erklären, daß Sempronius rein, unbedingt schon bey Lebzeit der Frau Erbe seyn sollte?

Man sage nicht, den Gesetzen nach könne das nicht anders seyn — nach diesen könne man Niemandem von einem Tage an eine Erbschaft geben — der Tag werde als nicht hinzugesetzt — und die Erbschaft als rein gegeben betrachtet 7). Dies wäre offenbar Misdeutung der Gesetze. Nur von einem gewissen Tage an kann man keine Erbschaft geben 8). Ein ungewisser Tag macht eine Bedingung im Testamente 9). Unter Bedingung aber kann man ja einsetzen —

Oder will man etwa so schließen? „Der in einer gewissen Sache eingesetzte Erbe ist, wenn ihm

7) L. 34. D. de hered. instit. XXVIII, 5.

8) So bestimmt Justinian den Satz selbst §. 9. J. de hered. instit. II, 14. ibi: ex certo tempore aut ad certum tempus — —

9) L. 75. D. de condit. et demonstr. XXXV, 1.

„ihm ein anderer Erbe zugegeben worden, nur  
 „legatarius. — Ein legatarius muß sein legat  
 „aus der Hand des Erben erhalten. Ist nun  
 „der Erbe erst nach des legatarii Tode gerufen:  
 „so kann erst nach des legatarii Tode das legat  
 „fällig werden. Also kann auch der Genies-  
 „brauch der Verlassenschaft dem darin Eingesez-  
 „ten erst nach dessen Tode anfallen, wenn erst  
 „nach seinem Tode ein Erbe gerufen ist. Das  
 „heißt, da der Geniesbrauch mit dem Tode des  
 „Niesbrauchers aufhört, er fällt ihm niemals  
 „an. — Man muß also die Einsetzung des zu-  
 „gegebenen Erben als rein annehmen, und die  
 „Berufung nach dem Tode des im Genies-  
 „brauch Eingesezten, als das Recht nicht suspen-  
 „dierend, übersehen<sup>10)</sup>.“

Wer wird nicht das Fehlerhafte dieser Fol-  
 gerungen so fort bemerken?

a) Es ist oben gezeigt, daß ein in gewisser  
 Sache eingesetzter Erbe wahrer Erbe sey, auch  
 wenn ihm ein anderer Erbe ohne gleiche Be-  
 schränkung zugegeben worden — und selbst in  
 Rücksicht auf diesen —

b) Auch

10) So schließt MÜLLER ad STRVV. l. not. 4.  
 cit.

b) Auch nach der gewöhnlichen Theorie ist der in gewisser Sache eingesetzte Erbe kein bloßer legatarius, obwohl ihm ein anderer Erbe zugegeben ist; er soll nur in Rücksicht und in Concurrrenz mit dem neben ihm nicht in gewisser Sache eingesetzten Erben, nicht als Erbe gelten, sondern die minderen Rechte des legatarii haben. Aber wenn der neben dem in gewisser Sache Eingesetzten unbeschränkt Eingesetzte nach dem Tode des Ersteren gerufen ist: so existirt der Tag des Anfalls und der Antretung der Erbschaft bey des Erstern Leben nicht; ja daferne die gewisse Sache, worin der Erstere eingesetzt war, der Geniesbrauch ist: so ist das ganze Recht, in dem er eingesetzt war, so gar erloschen, wenn dem letzteren die Erbschaft anfallen und acquirirt werden kann. — Es ist mithin zwischen dem im Geniesbrauch Eingesetzten und dem nach dieses Tode unbeschränkt Gerufenen eine Concurrrenz und das gleichzeitige Verhältniß actuellen Erbrechts nicht gedenkbar, in welchem der in gewisser Sache Eingesetzte selbst nach der von mir bestrittenen Meinung der Rechtsgelehrten sich in die Schranken eines legatarii zurückziehen mußte. —

c) Nach

c) Nach der einen, wie nach der andern Theorie hat folglich in dem Falle, der zur Frage steht, der im Geniesbrauche Eingesezte das Recht, die Erbschaft selbst anzutreten, und den Geniesbrauch an sich zu nehmen. — Und so ist dazu, daß die Einsezung im Geniesbrauch Effect habe, gar nicht notwendig, den auf den Tod des Niesbrauchers gerufenen Erben, als rein gerufen, anzusehen. —

Auf allen Fall  
d) stände noch sehr dahin, ob, falls die Einsezung im Geniesbrauch, als ein bloßes Legat, anders nicht Wirkung haben könnte, als wenn man die

nach dem Tode des im Geniesbrauch  
Eingesezten

so ausdrücklich geschehene Verufung des andern Erben in eine reine Verufung umformte, man dazu darum berechtiget, und nicht vielmehr schuldig wäre, es bey der nur auf den Tod des im Geniesbrauch Eingesezten geschehenen Verufung des zweiten Erben zu lassen, es werde aus dem Legat, was da wolle. Die Erbeinsezung ist die Hauptsache des Testaments, wenn also diese und ein

ein Vermächtniß nicht neben einander bestehen kann: so muß billig das Vermächtniß der Erbeinsetzung, nicht diese jenem weichen.

## §. 5.

## Vierte Meinung.

Nach meiner Einsicht soll in dem zur Entwicklung stehenden Falle

a) der im Geniesbrauche eingesetzte Erbe, wahrer, obwol auf den Geniesbrauch eingeschränkter Erbe seyn. —

Ihm ist

b) ein anderer Erbe zugegeben, der die übrige Erbschaft haben soll; aber

c) nicht rein, sondern nach dem Tode des im Geniesbrauch Eingesetzten, das ist von einem ungewissen Tage an <sup>11)</sup>; von einem Tage an, der eine Bedingung macht — die Bedingung nämlich, daß der zugegebene Erbe den Tod des im Geniesbrauch Eingesetzten erlebt haben muß. —

## §. 6.

11) L. 79. §. 1. D. de condit. et demonstrat. XXXV,

1. L. 4. D. quando dies legat. XXXVI, 2.

Es ist kein Zweifel, daß diese Art der Einsetzung Rechts-gültig sey. (§. 4. n. 8. 9.) — Ihre Wirkung ist:

der im Geniesbrauch Eingesezte ist Erbe,

jedoch besteht sein Erbtheil bis dahin, daß der nach seinem Tode eingesezte Erbe etwa vor ihm verstirbt, im Geniesbrauch der Verlassenschaft. — In Ansehung der Substanz sind zwey Fälle denkbar: der nach dem Tode des Niesbrauchers gerufene Erbe erlebt diesen Tod — das heißt, es existirt die Bedingung, worunter er eingesezt worden: so wird er Erbe in der Proprietät; und zwar wegen der, der Bedingung eigenen Kraft, den Erfolg zurück zu ziehen, als wenn er von Anfang an, rein Erbe gewesen wäre <sup>12)</sup>. Oder er stirbt vorweg; die Bedingung, unter der er eingesezt worden, existirt also nicht: nun so ist es so gut, als wäre er gar nicht eingesezt <sup>13)</sup>; der im Geniesbrauch eingesezte Erbe steht nun alleine da; ihm wächst mithin die Erbschaft auch der Proprietät

12) L. 26. ff. de condit. instit. XXVIII, 7.

13) L. unica C. §. 7. de caducis tollendis. VI, 51.

prietät nach an <sup>24</sup>). Er ist allein Erbe. — Bis dahin, daß der eine oder der andere Fall sich eräugnet, liegt, ruhet, so viel die Proprietät betrifft, die Erbschaft. —

14) Arg. L. 1. §. 4. ff. de hered. instit. XXVIII, 5.



(15) I. de h. de condit. instit. XXVIII, 5.  
 (16) I. de h. de condit. instit. XXVIII, 5.

Ko 2370

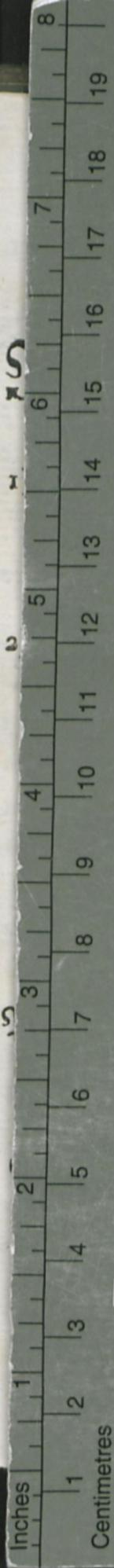
ULB Halle  
006 229 28X

3



me





# Farbkarte #13

B.I.G.

Blue	Cyan	Green	Yellow	Red	Magenta	White	3/Color	Black
Light Blue	Light Cyan	Light Green	Light Yellow	Light Red	Light Magenta	White	Light Grey	Black
Dark Blue	Dark Cyan	Dark Green	Dark Yellow	Dark Red	Dark Magenta	White	Dark Grey	Black

1790.

mann

Philo

anderer

ma Zitt

Erben

ß nach

(estirers)

g einge

Erbe ne

n:

3