gewichtiger Beweis, dass in jenem Zeitalter die wissenschaftliche Ueberlieferung des römischen Rechtes niemals erloschen ist.

Pistoia, im Dezember 1886.

IV.

Replik in Sachen des *linum testamenti incisum*.

Von

Herrn Geheimerat Professor **Dr. Schirmer**

in Königsberg.

Die von mir in der ersten Abhandlung des siebenten Bandes dieser Zeitschrift gegen die fortdauernde civile Gültigkeit des Testamentes, dessen schliessendes Band durchschnitten ist, entwickelten Bedenken hat Krüger ebendasselbst Heft 3, p. 91—93 als völlig unberechtigt und hinfällig darzustellen versucht. Es mag mir vergönnt sein, hier kurz auseinanderzusetzen, weshalb seine Gründe mich in keiner Weise überzeugen haben.

Gegenüber dem Hinweis auf die Fragstellung in L. 20 D. de iniust. 28. 3. und das dadurch nahe gelegte argumentum a contrario, wonach bei nicht vorhandenem Wahnsinn des Erblassers auf eine abweichende Entscheidung des Juristen zu schliessen wäre, stellt Krüger die Behauptung auf, Scävola habe unverkennbar in seinen Digesten die Anfragen, abgesehen etwa von stilistischen Abweichungen, genau so geben wollen, wie sie ihm gestellt worden, und beschränke sich in den Antworten streng auf das ihm unterbreitete Material; die Entscheidung gebe er ohne Beifügung der Gründe und überlasse es den Lesern sich dieselben zurecht zu legen. Der erste Theil dieser Behauptung die unveränderte Wiedergabe der Anfragen betreffend, ist einmal, da diese im Original

nicht vorliegen, absolut unbeweisbar, dann aber auch im höchsten Masse unwahrscheinlich; schon deshalb, weil dabei durchweg schriftliche Anfragen vorausgesetzt werden, während sicherlich ein grosser Theil dieser Konsultationen bloss mündlich erledigt wurde. Durch die Vergleichung der aus den Digesten und Responsen in Justinians Pandekten doppelt aufgenommenen Fälle können wir uns ferner wenigstens einiger Massen anschaulich machen, wie Scävola bei diesem Theile seiner schriftstellerischen Thätigkeit vorgegangen ist. So finden wir in L. 78 pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1 und L. 89 § 3 D. de leg. II 31. dieselbe testamentarische Bestimmung wörtlich angeführt, und gerade dabei sollte man doch am ersten eine exacte Wiedergabe der Anfrage erwarten; nichts desto weniger weichen beide Texte von einander ab, jeder enthält einen Passus der in dem anderen fehlt; der Inhalt von Frage und Antwort wird in den Responsen vollständiger mitgetheilt als in den Digesten¹⁾. Aehnlich wird in der den Responsen entlehnten L. 54 D. pecul. 15. 1. die in der entsprechenden Digestenstelle (L. 58 D. eod.) fehlende, übrigens an sich ziemlich gleichgültige Angabe hinzugefügt, dass der betreffende Prälegatar filius familias war. In den übrigen Doppelstellen (L. 11 D. de distr. pign. 20. 5 = L. 14 D. eod.; L. 93 pr. D. de leg. III 32 = L. 38 § 4 D. eod.; L. 93 § 1 D. eod. = L. 28 § 13. 14 D. de lib. leg. 34. 3; L. 28 D. quando dies leg. 36. 2 = L. 28 D. de instruct. 33. 7; L. 24 pr. D. de appell. 49. 1 = L. 64 D. de re iud. 42. 1; L. 44 D. de pact. 2. 14 = L. 59 D. de adm. tut. 26. 7) bieten die Responsen in Thatbestand und Frage, theilweise selbst in der Antwort, einen sich zwar eng an die Digesten anlehrenden, aber doch verkürzten, und von dem individuellen Falle möglichst absehenden Text. Ich meine nun, die Möglichkeit, mit im Ganzen so geringfügigen Abänderungen der in den Digesten vorliegenden Fassung zu dem denkbar knappsten Masse der Darstellung in den Responsen zu gelangen, beweist recht ersichtlich, dass wir auch dort überall die Worte des Scävola, nicht die der Parteien vor uns haben. Verrätherisch ist in

¹⁾ Einen weiteren ähnlichen Fall führt Krüger selbst an ebendasselbst Bd. VII, p. 96, Anm. 2.

dieser Hinsicht das Responsum „potuisse“ in L. 14 D. de distr. pign., welches Scävola in Erinnerung an die concrete Gestalt des Falles gesetzt haben dürfte, während Thatbestand und Frage, sowie sie bei dem Juristen lauten, von einem schon geschehenen Pfandverkaufe nichts enthalten. Daher denn auch in den Responsen das correctere „posse“. Ebenso geht es viel zu weit, wenn Krüger es als unverbrüchliche Regel hinstellt, Scävola beschränke sich in seinen Entscheidungen streng auf das ihm unterbreitete Material und gebe dieselben ohne Gründe. Gar nicht selten treffen wir in den Antworten auf Ergänzungen des unvollständigen oder Präcisierungen des ungenauen Thatbestandes: L. 47 § 1 D. de pact. 2. 14 „si tantum ratio accepti atque expensi esset computata“. L. 32 D. de dol. 4. 3 „uerum si ideo properasset manumittere, ne rationes fratribus redderet“ L. 20 § 1 D. si seru. uind. 8. 5 „sed si uoluntas contrahentium manifesta non sit“. L. 9 D. de resc. uend. 18. 5 „non prius, quam emtori pretium esset illatum, uel si pretium nondum esset ab emtore solutum, in vectigal satisfactum esset“. L. 37 pr. D. de leg. III. 32 „si modo nihil praeterea mater cepisset“. L. 35 § 2 D. eod. „et de eo sensisse testatorem certum sit, qui alibi esset“. L. 38 pr. D. eod. „si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsoluisset“. L. 41 § 11 D. eod. „si ita dedisset, ut mulier ratum haberet“. L. 57 § 1 D. de adm. tut. 26. 7 „si scientes emerunt“. L. 58 § 1 D. eod. „si eam pecuniam in se uertisset — quodsi pecunia mansisset in rationibus pupilli“. Desgleichen geht die Antwort über die Frage hinaus: L. 32 D. de dol. 4. 3. Es war nach der Haftung aus dem Fideicommissum gefragt, der Jurist verweist auf die actio doli als möglicher Weise zuständige Klage. L. 58 D. H. P. 5. 3. Die Anfrage geht auf die Zulässigkeit der exceptio doli, die Antwort erklärt diese nicht einmal für nöthig, schon das officium iudicis reiche aus. L. 31 D. de const. pec. 13. 5. Die Frage lautet, ob die Konstitutklage begründet sei, die Antwort fügt hinzu „nec ciuilem eo nomine actionem competere“. L. 35 § 1 D. de donat. 39. 5. Die Frage geht dahin, ob die donatio perfecta sei, die Antwort bejaht zugleich die Gültigkeit des Pfandrechts. L. 19 § 1 D. de fideic. lib. 40. 5. Die Frage betrifft nur den Anspruch auf die Freiheit, die

Antwort geht zugleich auf die Legatsansprüche des Freigelassenen. Nicht unwahrscheinlich ist es allerdings, dass die Konsultation auch auf letztere gerichtet war, und diess nur in der Form, in welcher Scävola diese wiedergiebt, weggefallen ist. Bei dieser Annahme würde die Stelle eine Parallele zu der oben besprochenen L. 14 D. de distr. pign. bieten. — Endlich fehlt es keineswegs an Beispielen einer mehr oder minder eingehenden Begründung der gefällten Entscheidung, L. 3 § 2 D. de transact. 2. 15: „quia neque cum eo ipse transegit, nec negotium Septicii Maeuius gerens accepit“. L. 39 § 1 D. de minor. 4. 4 „maxime quum sit ei paratum promptum auxilium, curatoribus eius idoneis constitutis“. L. 20 § 1 D. si seru. uind. 8. 5 „quum id quoque ius fundi, qui legatus esset, uideretur“. L. 27 D. de prob. 22. 3 „uideatur enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adiecisit“. L. 38 § 4 D. de leg. III. 32 „quum hoc nudum praeceptum est“. Man sehe ferner die ausführliche Motivierung des Gutachtens in L. 40 § 7 D. de statulib. 40. 7. Nicht minder gehören hierher die in L. 3 pr. D. de transact. 2. 15 und L. 24 D. ad municip. 50. 1 ihrem vollen Wortlaut nach mitgetheilten Rescripte. Die hier zum Belag angeführten Stellen mögen genügen; sie lassen sich leicht vermehren. Häufig erklärt sich auch, namentlich in den umfangreichen Fragmenten aus den Legatstiteln, der Mangel einer Begründung daraus, dass die Entscheidung lediglich den nach dem römischen Sprachgebrauche mit den Worten des Testators zu verbindenden Sinn fixiert. — Alles in allem dürfte die obige Durchmusterung der Digesten des Scävola gezeigt haben, dass die Anschauung, als ob der Jurist die ihm vorgelegten schriftlichen Anfragen nur mit einer dünnen Notiz über den bejahenden oder verneinenden Inhalt seines Responsum versehen und die so entstandene Zettelsammlung einfach über das Publicum ausgeschüttet habe, eine irrige ist. Wir haben in den Digesten vielmehr eine wissenschaftliche Arbeit zu erkennen und dürfen gerade bei der ersichtlich in ihnen angestrebten Kürze eine um so grössere Genauigkeit und Prägnanz des Ausdrucks erwarten.

Zu L. 4 D. de his q. test. del. 28. 4 bemerkt Krüger gegen die Argumentation, dass es auffällig erscheinen müsse, wenn

Paulus an Stelle der von Papinian erwähnten Zerstörung der Testamentsurkunde das *linum incidere* setze, „aber konnte denn Papinian beim *delere*, wenn er diess als in der Absicht des Widerrufs geschehen voraussetzt, die Entkräftung des Testaments *iure praetorio* übergehen, also einen sachlich unhaltbaren Bescheid geben?“ Dieser Einwand trifft doch die Sache nicht; die befremdliche Fassung der Note des Paulus wird dadurch in keiner Weise erklärt. Zudem müsste man bei einer solchen Deutung der Stelle, wie Krüger sie hier giebt, wonach Papinian bei dem Testator den Willen, sein Testament aufzuheben, nicht voraussetzen soll, dem Juristen, wie ich schon in meinen früheren Aufsätze angedeutet habe, den Vorwurf machen, dass er gerade das entscheidende Moment des ganzen Falles unausgesprochen lasse. Denn welche sonstige Absicht ausser dem Widerrufe des Testamentes soll man wohl vernünftiger Weise dem ausführlich geschilderten Vorgehen des Erblassers unterlegen? Und weshalb soll denn der Bescheid Papinians, wenn er die Entkräftung *iure praetorio* übergeht, sachlich unhaltbar werden? Darüber, dass er nur von den civilen Folgen des *delere* redet, kann bei den von ihm gebrauchten Ausdrücken kein Zweifel entstehen, und warum soll nun der Fall thatsächlich nicht so gelegen haben, dass es eben nur auf das *ius ciuile* ankam; es waren z. B. die Fristen für die *Agnition* der b. p. bereits verstrichen, oder die *Intestaterben* in dem zerstörten Testamente eingesetzt, so dass es sich praktisch nur um die Gültigkeit der Vermächtnisse handelte. Papinian hat doch nicht die Verpflichtung, seine Leser darüber aufzuklären, weshalb er in seiner Antwort ausschliesslich das *ius ciuile* berücksichtigt. Genug, er thut es und er konnte seine guten Gründe dazu haben.

Bezüglich der Stelle aus der *Collatio* (XVI. 3 § 1) heisst es weiter: „Paulus behandelt hier und in den folgenden Paragraphen (2, 2^a) den Begriff des *intestatus* als Einleitung zur civilen *Intestaterbfolge*; nach Schirmer kann Paulus nicht neben den Fällen, in welchen jene eintritt, mit dem *linum abruptum* einen solchen aufführen, welcher nur *bonorum possessio ab intestato* eröffnet. Ein solcher Schluss ist bedenklich, weil uns die Erörterung des Paulus nur lückenhaft vorliegt; der folgende Paragraph: [*Sine*] *iure praetorio factum*

testamentum obiecta doli exceptione obtinebit (Schirmer glaubt den Sinn des Satzes durch Aenderungen auf den Kopf stellen zu müssen) zeigt deutlich genug, dass Paulus in dieser Einleitung nicht lediglich vom *ius civile* spricht“. — Ich möchte zunächst nur fragen, ist es möglich den Sinn eines Satzes auf den Kopf zu stellen, der, so wie er in der Handschrift lautet (*sine iure praetorio factum testamentum abiecta doli expectatione obtinebit eorum*, letzteres Wort schliesst sich anscheinend freilich mehr an das Folgende an, ist aber auch da sinnlos), gar keinen Sinn hat? Und wenn es überhaupt möglich ist, geschieht das nicht in ganz gleicher oder noch stärkerer Weise durch das Hinauswerfen des handschriftlichen *sine*? Meine Verwandlung des Nominativs oder Accusativs *factum testamentum* in den Ablativ ist kaum eine Aenderung zu nennen, da alle drei Codices der *Collatio* diese *Casus* beständig mit einander verwechseln; und wenn ich endlich (nach Huschke) aus dem *eorum* die Buchstaben *ur h. restituere* (Krüger merzt *eorum*, wohl als Dittographie, einfach aus), so will ich gewiss auf diese Conjectur kein besonderes Gewicht legen, da ich wohl weiss, dass unter hundert solchen Emendationen kaum eine das Richtige trifft. Aber Krüger's Textconstituierung ist, wie alle die verschiedenen Vorschläge zur Heilung der Stelle, eben auch nur eine Conjectur, und sie hat das gegen sich, dass sie die Ausführung des Paulus durch ein fremdartiges Einschiesel stört. Denn dass es im Allgemeinen die Gewohnheit der Römischen Juristen nicht ist, bei der Bestimmung des Begriffs eines *intestatus* sich in weitläufigere Erörterungen über das prätorische Recht einzulassen, beweist ein Blick auf die analogen Stellen, *pr. I. de hered. q. ab int. III. 1 L. 1 pr. D. de suis et legit. 38. 16*, und speciell dem Character der Sentenzen dürfte das nicht entsprechen, zumal sich in dem Folgenden, besonders in § 2, wo doch gewiss genügender Anlass vorläge, auch nicht der leiseste Hinweis auf eine etwaige *bonorum possessio* findet. Das Alles durch willkürliche oder systematische Auslassungen des Verfassers der *Collatio* resp. der Handschriften zu erklären, geht auch nicht wohl an. So viel wir aus der Vergleichung der in der *Collatio* vorfindlichen mit den auch auf anderem Wege erhaltenen Texten entnehmen können, hat der

Verfasser der *Collatio* nirgends Streichungen vorgenommen. Der *Coll. XII. 7 § 9* am Ende gegenüber der *L. 27 § 11 D. ad leg. Aq. 9. 2* fehlende *Passus* dürfte eher eine Einschaltung der Kompilatoren in den *Digesten* als eine Auslassung in der *Collatio* repräsentieren. Ebenso wenig hat der Schreiber der unseren *Codices* zu Grunde liegenden Handschrift eingreifendere *Attentate* gegen deren Vollständigkeit verübt. Er hat aus Nachlässigkeit einzelne Worte ausfallen lassen, gelegentlich auch einmal (vergl. *Coll. XIII. 4 § 2*) in Folge der Wiederkehr desselben Wortes oder der gleichen Endung eine etwas grössere Lücke verschuldet; diess dürfte namentlich auch im Beginn unseres Paragraphen der Fall sein, wo die Erwähnung der gänzlich unterbliebenen *Testamentserrichtung* nicht entbehrt werden kann. Nirgends aber erlaubt er sich selbständig Streichungen in dem ihm vorliegenden Texte vorzunehmen. Nach alledem ist es mindestens nicht wahrscheinlich, dass zwischen § 1 u. 2 eine Ausführung über das prätorische Recht verloren gegangen sei, und daraus rechtfertigt sich das Bestreben von Huschke und Lachmann, die Schlussworte des § 1 in irgend eine engere Verbindung mit dem Voraufgehenden zu bringen. In eben diesem Sinne habe ich versucht, dem *Passus* eine Beziehung auf Fälle eintretender vollwirksamer, civiler *Intestaterbfolge* unerachtet des Vorhandenseins eines prätorisch gültigen *Testamentes* zu geben, indem auch da der Begriff des *intestatus* in aller Energie zutrifft. Mag das nun aber auch irrig sein, mag Krüger durchweg das Richtige gefunden haben, sowohl in seiner Textrecension, (obschon mir darnach sein § 2 — der Ausgabe der *Sentenzen des Paulus* — nur als ein in den Text gerathenes *Glossum* erscheinen will) als auch in der Annahme, dass hier eine umfangreichere Lücke klaffe, so wäre es damit doch noch nicht im mindesten gerechtfertigt, dem *Paulus* unterzuschieben, er habe in § 1 Fälle wirklicher, civiler *Intestaterbfolge* mit solchen der prätorischen *bonorum possessio ab intestato* wie *Kraut und Rüben durcheinandergeworfen*; vielmehr würde sich gerade umgekehrt zeigen, dass er die durch das prätorische Recht herbeigeführten *Modificationen* der civilen *Intestaterbfolge* abgesondert von dieser selbst behandelt habe.

Sonach dürften die Bedenken, die mich gegen die Stelle der Gaianischen Institutionen (II. § 151) misstrauisch machten, in ungeschwächter Kraft fortbestehen. Es bleibt übrig, diese selbst nochmals einer genauen Betrachtung zu unterziehen. Ich übergehe, was Krüger über die Art bemerkt, wie Gaius in seiner Darstellung des testamentarischen Erbrechts das prätorische an das civile Recht anschliesst, denn da vermag ich wirklich keine greifbare Differenz zwischen unseren beiderseitigen Anschauungen zu erkennen; höchstens, dass ich den § 126 des zweiten Buches deshalb nicht genannt habe, weil ich das Constitutionenrecht noch von dem prätorischen Rechte unterschied, auf welches jenes Anwendung finden soll. Und wenn Krüger nun fortfährt „Wenn (Gaius) aber auch das *ius ciuile* zum Ausgangspunkt nimmt, so muss er doch da, wo dasselbe versagt, das prätorische Recht selbständig einschieben“, so will ich ihm das gern zugeben. Aber dann musste Gaius verständiger Weise einfach schreiben, das *ius ciuile* kennt keine Aufhebung der Testamente durch Widerruf, wohl aber giebt es eine solche im prätorischen Recht. Er konnte aber nicht den neuen Absatz mit den Worten beginnen: „*potest, ut iure facta testamenta contraria uoluntate infirmantur*“. Es ist unmöglich, diesen Satz von etwas Anderem als dem Civilrechte zu verstehen. Dazu nöthigt die schon in meinem ersten Aufsätze hervorgehobene ersichtliche Beziehung dieser Worte auf den § 145, die Erwähnung der *iure facta testamenta*, die, wenn hier das prätorische Recht abgehandelt werden sollte und der allgemeine Satz: das prätorische Recht kennt eine Aufhebung der Testamente durch Widerruf, ausgesprochen ist, überflüssig und irreleitend erscheint. Endlich muss ich es entschieden bestreiten, dass der Ausdruck „*testamenta iure facta infirmantur*“ auf eine indirecte Entkräftung durch *bonorum possessio intestati* gedeutet werden dürfe. Die Möglichkeit einer *bonorum possessio* neben dem Testamente berührt dessen Gültigkeit in keiner Weise, das Testament hat, wenn die *bonorum possessio* nicht erbeten wird, den vollen Effect, den ein gültiges Testament überhaupt haben kann; es ist also nicht *infirmatum*. Nur die *actio ex testamento* wird durch die eventuell entgegenstehende *exceptio doli* gebrochen. Es gilt auch hier das Wort der L. 11 § 2 D. de

b. p. s. t. 37. 11 „non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed de uiribus exceptionis“. Mir ist ein Beispiel eines solchen ungenauen und fehlerhaften Sprachgebrauchs, wie Krüger ihn bei Gaius voraussetzt, nicht bekannt. In L. 2 D. de his q. in test. del. 28. 4 bezeichnet „totum testamentum infirmare“ gar nicht irgend welches juristische Verhältniss, sondern bloss den thatsächlichen Revocationswillen des Erblassers, und ebenso am Schluss der Stelle: „institutionem non esse infirmendam“ nur den Inhalt der interpretatio, also der Auffassung und Auslegung der factischen Sachlage. — Ich mache weiter darauf aufmerksam, wie Gaius sagt: „apparet autem non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit ualere“; diess leitet nothwendig auf den Gedanken: aber das Testament wird hinfällig, wenn dieser Wille einen bestimmten, positiven Ausdruck erhält, nicht auf die Folgerung: das Testament bleibt zwar gültig, indessen der Prätor giebt hier eine bonorum possessio. Allerdings wendet Krüger weiter ein: „wie könnte Gaius, wenn Schirmer Recht hätte, das *linum incidere* in einen beschränkenden Nebensatz verweisen, dagegen die Darstellung im ganzen auf die indirecte Entkräftung zuspitzen?“ Da meine ich nun zwar, dass etwas immer noch besser ist wie nichts, die Erwähnung des im Eingang angekündigten Falles eines *testamentum contraria uoluntate infirmatum* in einem blossen Nebensatze immer noch eher erträglich sein dürfte als das gänzliche Wegbleiben eines solchen. Allein ich will meine Conjectur gern preisgeben. Es ist eben so gut möglich, dass eine grössere Auslassung in dem handschriftlichen Texte begangen ist; etwa *usque adeo, ut si linum eius inciderit, non ualeat, si non inciderit, nihilo minus iure ciuili ualeat*, oder wie man sonst die vermuthete Lücke passend ausfüllen mag. Die Hauptsache war und ist für mich lediglich der Nachweis, dass die Stelle des Gaius ursprünglich nicht so gelautet haben könne, wie wir sie jetzt vor uns haben, dass die Anfangsworte derselben mit zwingender Nothwendigkeit die Namhaftmachung eines Falles erwarten lassen, in welchem durch *contraria uoluntas iure ciuili* das Testament aufgehoben wird. Die richtige Lesung zu errathen, ist dann ein Zweites. Mag diess letztere gleich nur unvollkommen gelingen, so wird da-

durch doch die Autorität des in sich widerspruchsvollen Textes nicht erhöht. — Für die Richtigkeit der gegenwärtigen Gestalt des Paragraphen beruft sich Krüger noch auf die in demselben enthaltene Steigerung, „vom einfachen Widerruf schreitet Gaius fort zum *linum incidere* und kommt dann zum *delere* und *comburare*“. Ich gestehe, dass ich von vornherein gerade an dieser Steigerung Anstoss genommen habe. Das *usque adeo* erregt doch die Erwartung, dass Gaius nun sein letztes Wort sagen werde. Statt dessen hinkt das *quin etiam* wie eine Art Selbstcorrectur nach. So erhalten wir eine rhetorische Figur, die zu der nüchternen Darstellung des Gaius wenig passen will. Bei meiner Auffassung des Zusammenhanges der Stelle hebt der mit *quin etiam* beginnende Satz nur einen besonderen und am ersten noch zweifelhaft erscheinenden Fall aus der Zahl derjenigen heraus, die bereits in dem Vorhergehenden direct oder indirect (nach meinem früheren Vorschlage) als solche bezeichnet sind, in denen der Widerruf nach Civilrecht wirkungslos bleibe, und damit wird das anstössige Sichselbstüberbieten der Gaianischen Ausführung vermieden. — Eine recht fühlbare Incongruenz der Gedankenverbindung bei Gaius kann freilich nicht in Abrede gestellt werden; der mit *usque adeo* eingeleitete Satz schliesst sich nicht streng logisch an das Vorige an, weil das *linum incidere* nicht ein blosses *ualere nolle* ist, sondern ein positives Handeln, durch welches das *ualere nolle* seinen ersichtlichen Ausdruck erhält. Gaius überspringt hier einen Zwischengedanken, der bei meiner Auffassung des Sinnes der Stelle sich dahin formulieren liesse: „es genügt nicht einmal jede beliebige Erklärung des Revocationswillens“; nach Krüger würde derselbe lauten: „es hilft auch nichts, dass der Widerruf geäussert ist“, wobei dann in dem *usque adeo* u. s. w. nicht eine bloss Beschränkung, sondern eine directe Verneinung enthalten wäre.