

Historische Forschungen

im Gebiete des Römischen Privat-Rechts.

von

Dr. Carl Ferdinand Fabricius,
Advocaten und Notarius in Stralsund.

~~~~~

Erstes Heft.



---

---

Berlin.

Verlegt bei C. Reimer.

1837.

Ursprung und Entwicklung  
der  
**Bonorum Possessio**  
bis zum Aufhören des  
**ordo judiciorum privatorum.**

Nebst einem Anhange,  
enthaltend:  
Bemerkungen zu Fr. 1, § 9. Si tabulae test. null. extab.  
und Fr. 32. de liberis et postumis.

~~~~~

Eine rechtshistorische Untersuchung

von

Dr. Carl Ferdinand Fabricius,
Advocaten und Notarius in Stralsund.

—•—

B e r l i n .

Verlegt bei G. R e i m e r .

1837.

Zur Mitfeier
des ersten Secular-Festes
der
Universität Göttingen,

Dem
Senior der Juristen-Facultät daselbst,
Herrn Geheimen JustizRath und Ritter,
Dr. G u s t a v H u g o,
Seinem theuren Lehrer und Promotor,

als Zeichen
inniger Verehrung und Dankbarkeit,
gewidmet

vom Verfasser.

Wem, als Ihnen, Hochverehrter Lehrer und Freund! könnte ich wohl eine die Geschichte der *honorum possessio* behandelnde Schrift widmen, welche ich, um zur Feier des Secularfestes der Alma Georgia Augusta, — in deren Hörsälen ja auch ich während drei Semester heimisch war, und wo ich zehn Jahre später unter Ihren Auspicien die Doctorwürde erwarb, — auch an meinem Theile ein Scherflein beizusteuern, in diesen Tagen an das Licht treten lasse.? Stehen doch seit dem ersten juristischen Unterrichte, dessen ich mich zu erfreuen hatte, die Namen Hugo und *Honorum Possessio* in meinem Geiste, als unzertrennlich verbunden, neben einander! Mahnt uns doch die gegenwärtige Jubelfeier zugleich so lebendig an ein anderes Jubelfest, welches wir am zehnten May des nächsten Jahres freudig begehen werden, an jenem Tage, wo Sie vor einem halben Jahrhundert Ihre Inaugural - Dissertation über die

VIII

honorum possessio vertheidigten, und von da an als öffentlicher Lehrer des Rechts auftraten! Rechnen wir doch eben von jenem denkwürdigen Tage her das Wiederaufleben und die ganze neue, bessere Gestaltung der damals fast zum Knechtesdienste herabgewürdigten Jurisprudenz, als einer wirklichen Wissenschaft! Ist doch endlich jene so bedeutungsvolle Dissertation seit länger als fünf Jahren nicht von meiner Seite gekommen; und kann doch Niemand von deren Trefflichkeit inniger durchdrungen seyn, und sie freudiger anerkennen, als grade Der, der dieses Werk nicht nur zum Gegenstande seines eifrigen Studiums gemacht hat, sondern es jetzt auch, nachdem er auf Ihre Schultern gestiegen, theilweise bekämpft!

Und eben dieses theilweise Bekämpfen ließ es mich, auch um meiner Selbst willen, desto dringender wünschen, daß Sie mir gestatten möchten, Ihren Namen dieser Schrift voranzusetzen. So manche jüngere Juristen haben neuerlich durch Befehdung hochberühmter Männer, durch Verkleinerung bewährten Verdienstes, sich einen Namen zu machen gesucht; und Nichts fürchtete ich mehr, als dieser Zahl hinzugerechnet zu werden. Vor solcher Kährlichkeit nun hat, — außer dem reinen Bewußtseyn, daß nur das Interesse der Wissenschaft mich bei meiner Arbeit leite, — besonders Ihre freundliche Gewährung meiner Bitte mich sicher gestellt, indem Sie Selber jetzt mit als Zeuge für mich auftreten, daß ich die Pietät gegen einen innig verehrten Lehrer zu bewahren gewußt habe.

Ich durfte aber auch dreuſt wagen, Sie um ſolche Gunſt zu bitten; denn ich weiß, wie grade Sie vorzugsweiſe geneigt ſind, neuen Anſichten und Forſchungen Jüngerer Ihre Aufmerkſamkeit wohlwollend zuzuwenden; ich weiß, daß es Sie erfreuet zu ſehen, wie Ihre Schüler, dichtgeſchaart, in dem reichen Schachte der Wiſſenſchaft, den Sie geſchürft und abgeteuft haben, nach den verſchiedenſten Richtungen hin neue Gänge anbrechen, und das reine Erz, vom tauben Geſteine befreiet, zu Tage zu fördern rüſtig ſtreben. Und dieſe Freude iſt denn auch um ſo natürlicher, je mehr Sie ſelbſt, als Vater und Stifter der hiſtoriſchen Schule, berechtiget ſind die Errungenschaften Ihrer Jünger, — gleichwie ein Paterfamilias die Profectitien ſeiner Söhne, — als einen Theil Ihres eignen geiſtigen Erwerbes zu betrachten.

Alſo weit entfernt, mich Ihnen als Gegner gegenüber zu ſtellen, begeben ich mich vielmehr unter die Hegide Ihres Namens, um mich durch Dieſe gegen die Angriffe zu ſchirmen, denen meine Schrift, wie ich mir nicht verhehlen mag, mich genugsam bloß ſtellen wird.

Zuerſt nemlich wird man mir kaum verzeihen, daß ich, als Praktiker, der ſich ſeit funfzehn Jahren, ſtatt in den Hörsaalen der Univerſitäten, nur in den Hallen der Gerichtshöfe umhergetummelt hat, es dennoch wage, nicht etwa über einzelne Rechtsfälle und über Dinge, die der praktiſchen Jurisprudenz angehören, zu ſchreiben, ſondern über einen tief in die

Geschichte und Theorie des älteren Römischen Rechts eingreifenden Gegenstand neue Ansichten aufzustellen. Und dennoch möchte ich leicht das Beste von Dem, was ich hier gebe, zum Theile einem durch lange Uebung etwas geschärften praktischen Blicke verdanken, indem Dieser grade mich die Bedeutung des großen Unterschiedes zwischen der *pro herede possessio* und jedem übertragenen Besitze erkennen lehrte. Ja, noch mehr! ich darf behaupten, daß eben die Advocatur, wenn sie nicht bloß als Handwerk getrieben wird, uns vorzugsweise in die allernächste Verwandtschaft zu den classischen Juristen der Römerzeit stelle; denn eben auch unsere Beschäftigung besteht eigentlich ja allein im Analysiren einzelner Rechtsfälle und im Interpretiren gesetzlicher oder gewillkürter Dispositionen. Also bei allen *quaestiones* und *responsa* der Alten drängt sich uns unwillkürlich die Frage auf: „Wie würdest du entscheiden, wenn an dich die Frage „gerichtet wäre?“ und weil wir uns kaum zur Ruhe geben, bevor nicht unsere juristische Ueberzeugung mit dem Urtheile des Römers in Uebereinstimmung gebracht worden, sind wir, einigermassen wenigstens, vor dem Fehler gesichert, uns leichthin mit dem halben Verstehen einer Stelle zu begnügen.

Ein zweiter und begründeterer Vorwurf dürfte mir darüber gemacht werden, daß ich die meisten älteren, Ihrer Dissertation vorangegangenen Bearbeitungen unserer Lehre, und vielleicht auch manches neuere Werk, zu Rathe zu ziehen versäumt habe. Etwas fällt

dieser Fehler wohl der zu guten Schule zur Last, in welcher ich meine Studien des Römischen Rechts gemacht habe; denn da ich das besondere Glück hatte, fast alle Meister der historischen Schule, außer Ihnen Selbst also, v. Savigny, den leider zu früh dahin geschiedenen Hasse, und Göschen, zu meinen Lehrern zu zählen, und von Bergmann in die civilistische Praxis eingeführt zu werden, so habe ich ziemlich gelernt auf eignen Füßen zu stehen, und selten das Bedürfniß der Krücke gefühlt, weshalb ich sie denn mitunter auch wohl da verschmähet haben mag, wo sie mir die trefflichsten Dienste hätte leisten können. Einigermassen dürfte aber auch der Umstand mich entschuldigen, daß theils mit Ihrer Snaugural-Dissertation eine ganz neue Aera für die hier behandelte Lehre beginnt, theils die neu entdeckten Institutionen des Gajus unsere Kenntniß von der *honorum possessio* ungemein bereichert und unsern Blick in diese Doctrin erweitert haben, wodurch denn das vor Ihrem Auftreten Geschriebene, mit wenigen allerdings bedeutenden Ausnahmen, jetzt etwas schaal und abgestanden erscheint.

Uebrigens möge man aus solcher Vernachlässigung nicht auf eine zu große Hast meiner Arbeit schließen. Hiervon weiß ich mich frei. Bereits in dem ersten Monate des Jahres 1832 entsprang in mir der durch diese ganze Abhandlung sich hindurch ziehende Grundgedanke, indem die juristische Lectüre des Cicero, — ein Studium, welches v. Savigny in seinen Vorlesungen über den Gajus mir früher empfohlen hatte, —

XII

mich damals den Verrinen zuführte, und zwar grade in demselben Zeitpunkte, als sich eben neue Ansichten über die *pro herede possessio* (niedergelegt im vierten Bande des Rheinischen Museums für Jurisprudenz) in mir gebildet hatten. Dieses Zusammen treffen gab den ersten Funken, der bald zur Flamme empormuch. Jetzt wurden die Rechtsquellen mit stetem Hinblick auf Ihre Dissertation eifrig durchsucht, und schon im April 1833 konnte ich den ganzen Plan der gegenwärtigen Schrift meinem verehrten Lehrer v. Savigny vorlegen. Seitdem habe ich mich unausgesetzt mit dieser Lehre beschäftigt, wobei ich mich nun allerdings auch mit der neuern Litteratur bekannt machen mußte, und zwar theils, um meine eignen Ueberzeugungen einer desto umsichtigeren Kritik zu unterwerfen, und das ihnen Widersprechende in den Schriften Anderer zu bekämpfen, theils auch, um mich gegen die Gefahr zu sichern, daß ich etwa mit einer *Ilias post Homerum* vor der gelehrten Welt aufträte.

Ob ich alles Bedeutendere erfaßt habe, weiß ich freilich nicht genau, da dem vom wissenschaftlichen Verkehr entfernt stehenden Praktiker so leicht dieses oder jenes neue Werk entgehen kann. Selbst von dem, was ich benützt habe, verdanke ich Vieles nur der gefälligen Mittheilung meines Freundes, des Herrn Professor Barkow. Also hier bin ich selber mir etwas unsicher, und das um so mehr, als erst, wie schon der zweite Bogen dieses Buches zur Correctur

vorlag, durch einen Zufall Francke's Schrift, über das Recht der Notherben, mir in die Hände gerieth. Im § 9 dieses Werkes fand ich nun den Hauptpunkt meiner Ansichten, nemlich die Annahme, daß die *bonorum possessio* aus dem alten Institute der *Indicium*-Ertheilung hervorgegangen sey, so wie auch Andeutungen über den Einfluß der Kaiser auf das Entstehen der *juris civilis impugnandi causa recepta bonorum possessio*, und endlich meine Interpretationen von *Fr. 12, pr. de injusto etc.* und von *Gai Inst. 2, § 120. sequu.*, ja Letztere fast wörtlich wieder; und im ersten Augenblicke war ich nahe daran, meine Schrift nun ganz zu unterdrücken. Eine ruhigere Betrachtung jedoch ließ mich späterhin hoffen, daß auch neben dem Francke'schen Buche das Meine noch einen selbständigen Werth behaupten dürfe, besonders da Francke'n die wesentliche Verschiedenheit der *pro herede possessio* von jedem übertragenen Besitze, welche eben erst das Eigenthümliche des *Edictes* über die *bonorum possessio* und dessen Abweichung von den Regeln für die *Interdicte Uti possidetis* und *Utrubi* erklärt, wenn nicht ganz entgangen, doch überall unbenuzt geblieben ist. Muß ich also auch darauf verzichten, der Erste gewesen zu seyn, der den Ursprung der *bonorum possessio* aus den *manus in jure consortae* herleitet, so dürfte mir doch das untergeordnetere Verdienst bleiben, diese Herleitung zuerst wissenschaftlich nachgewiesen und begründet zu haben; und daneben kann es mich nur freuen, und

XIV

mir in Bezug auf die Resultate meiner Forschungen einiges Vertrauen einflößen, daß Diese in mehreren Hauptpunkten mit den Ansichten eines so scharfsinnigen Juristen, wie Francke, zusammen treffen.

Je mehr ich aber Francke's Vorzüge anerkenne, desto schmerzlicher berührte mich die Art und Weise seines, und noch dazu in der Hauptsache durchaus ungerechten, Angriffes gegen v. Savigny. Da nun vorauszusehen ist, daß der große Meister auf eine mit solchen Waffen geführte Fehde sich nimmer einlassen, und also die gegen ihn gemachten Aufstellungen nicht selber beantworten und widerlegen werde, so hielt ich es mir, dem Schüler, erlaubt, jenen Angriff geziehend zurückzuweisen, und ich hoffe, mein theurer Lehrer werde mir verzeihen, daß ich statt Seiner hier das Wort ergriffen habe.

Endlich möchte ich Sie noch ersuchen, den Nachträgen und Verbesserungen (Seite 229 ff.) einige Aufmerksamkeit zu schenken. Ganz fertig zu werden mit meiner Aufgabe, durfte ich mir nicht einbilden, auch wenn ich noch länger mit der Veröffentlichung Anstand genommen hätte; und gewiß werden sich manche Strichthümer, manche Ungenauigkeiten, eingeschlichen haben. Was ich an Solchen nun vor der gänzlichen Vollendung des Druckes entdeckte, habe ich dorten zusammengestellt und berichtigt, oder Ausgelassenes nachgetragen.

Was zuletzt den zwiefachen Titel dieser Schrift anlangt, so ist der Erste ein Wurf auf Hoffnung.

Sollte nemlich meine Arbeit sich einiges Beifalls zu erfreuen haben, so werde ich derselben in einem zweiten Hefte noch andere rechtsgeschichtliche Untersuchungen folgen lassen. Zu solchem Behufe liegen Aufsätze über die *arbitria, bonae fidei judicia* und *arbitrariae actiones*; — über das Verhältniß der drei alten Vindicationsformen zu einander; — und über das *duplex dominium*; — nebst einigen kritischen Bemerkungen über das *jus accrescendi scriptis hereditibus* der *filiae et nepotes*; und über *conjuncti* und *disjuncti heredes* und *collegatarii*; — fast schon zum Drucke bereit. Wird indessen über vorliegende Abhandlung der Stab gebrochen, so mögen auch jene Sachen in meinem Pulte ruhen bleiben.

Und nun bitte ich Sie noch einmal, diese Schrift mit Wohlwollen aufzunehmen, und die Gefinnungen der Dankbarkeit und Verehrung freundlich zu genehmigen, mit welchen, wie mit dem innigen Wunsche, daß Sie noch lange in ungeschwächter Kraft, und segensreich wie bisher, unter uns wirken mögen, ich verharre als

Stralsund,
im August 1837.

Ihr treu ergebener
C. F. Fabricius.

Verzeichniß des Inhaltes.

Ursprung und Entwicklung der bonorum possessio bis
zum Aufhören des ordo judiciorum privatorum.

1. Einleitung. (Die bisherigen Ansichten.) . . .	pag. 1.
2. Ursprung der B. P.	- 17.
3. Fortbildung der B. P. bis gegen das Ende der Republik.	- 48.
4. Völlige Ausbildung des ganzen Rechts-Instituts.	- 80.
5. Außere Erscheinung der B. P. zur Zeit ihrer völligen Reife.	- 145.
Bemerkungen zu Fr. 1, § 9. unde liberi. und Fr. 32. de liberis et postumis.	- 211.
Verbesserungen und Nachträge.	- 229.



Ursprung und Entwicklung
der
b o n o r u m p o s s e s s i o
bis zum Aufhören des *ordo iudiciorum*
privatorum.

I. **E i n l e i t u n g .**

Die bisherigen Ansichten.

Die jetzt allgemein angenommene Lehre hinsichtlich der *bonorum possessio*, wie sie Hugo in seiner berühmten Inaugural-Dissertation, der reichen Fundgrube für alle späteren Untersuchungen über dieses Institut, entwickelt hat, lautet in ihren Grundzügen etwa folgendermaßen:

Es gab im alten Rom zwei ganz getrennte Erbschaftssysteme die *hereditas* und die *bonorum possessio*, jene das Civilrechtliche, auf die zwölf Tafeln gegründet, diese das Prätorische, durch das Edict eingeführt. Da Beide auf dem Begriffe einer Universal-Succession beruhen, und fortwährend neben einander in rechtlicher Kraft bestanden, so ist vor allen Dingen die Frage nach ihrem gegenseitigen Verhältnisse zu beantworten.

Wäre in beiden Systemen die Erbfolge-Ordnung dieselbe gewesen, so daß alle Verschiedenheit sich nur auf die Form und die Wirkungen des Erwerbes bezogen hätte, so würde es am natürlichsten scheinen, daß etwa jeder zur Erbfolge Berufene die Wahl gehabt habe, ob er heres oder *honorum possessor* werden wollte, allein auch die Bedingungen der Möglichkeit des Erwerbes, d. h. die Erbfolge-Ordnung, war in Beiden ganz verschieden, so daß in Bezug auf denselben Nachlaß *Cajus* zur *hereditas* und *Sejus* zur *honorum possessio* berufen seyn konnte, wodurch denn ein wirklicher Conflict beider Systeme nothwendig entstehen mußte. Bei dieser Collision gilt nun als durchgreifendes Princip Folgendes. Die Erbfolge-Ordnung des *Edictes* genießt stets den Vorzug vor der des Civilrechts; ist aber der vom Prätor zur Succession Berufene eben derselbe, welchem auch die *hereditas* deferirt worden, so steht es zu seiner freien Wahl, ob er nun die Erbschaft nach Civilrecht, oder nach prätorischem Rechte erwerben will; wogegen der allein durch das *Edict* Berufene sich auch immer der prätorischen Form, der *agnitio, sive petitio honorum possessionis*, und zwar binnen einer gewissen Frist, bedienen muß, widrigenfalls er seinen Anspruch verliert. Hat der zur *hereditas* und zugleich auch zur *honorum possessio* zunächst Berufene die letztgedachte Form des Erwerbes verschmähet oder versäumt, so kann zwar der in der Erbfolge-Ordnung des *Edictes* auf ihn Folgende jetzt die *B. P.* erbitten; allein seine *B. P.* ist *sine re*, sobald jener zuerst Berufene die Erbschaft nach Civilrecht erworben hat, oder noch erwirbt; denn Diesem muß jetzt der ganze Nachlaß auf sein Verlangen hingegeben werden. — Also in Bezug auf die Erbfolge-Ordnung geht das prätorische, in Bezug auf die Wirkungen des Erwerbes das civilrechtliche Erbrechts-System, jedes dem andern vor.

Ich erlaube mir, das Gesagte mit den eignen Worten meines hochverehrten Lehrers, welche in § 23 der gedachten Dissertation das ganze Resultat kurz zusammenfassen, hier zu belegen.

„Ordo, quem praetor in B. possessionibus sequitur, „omni hereditario juri tanquam fundamentum subji- „ciendus est, adeo quidem, ut nemo rem habere pos- „sit, cui petenti B. P. denegaretur, ita tamen, ut si „exitum spectes capiendae hereditatis, ii heredes, quos „ipsum jus civile jam fecerat, B. possessionem suo „loco ordineque agnovisse nunquam non praesumeren- „tur, quoties vel cernendo, vel adeundo, vel pro he- „rede gerendo, vel tandem se non abstinendo, heredi- „tatem delatam actu acquisiverint.“

Obgleich diese Regeln sich nirgends in unsern Rechts- quellen ausdrücklich so ausgesprochen finden, so konnte man doch vor Entdeckung der Institutionen des Gaius kaum an ihrer Richtigkeit zweifeln; denn in der Anwendung auf die einzelnen Fälle bewährten sie sich fast immer, und einzelne Ausnahmen, wenn hin und wieder von der Erbfolge-Ordnung des Edicts abgewichen ward, ließen sich sehr wohl erklären und mit dem Principe im ganzen in Uebereinstimmung bringen. So namentlich, wenn ein Testament, aus welchem die secundum tabulas bonorum possessio rechtsgültig erworben war, durch die querela inofficiosi umgestoßen wurde, oder wenn ein sub conditione institutus diese B. P. erhalten hatte, und nachher die Bedingung deficirte. In beiden Fällen verlor der bonorum possessor die Erbschaft an einen im Edicte erst nach ihm Berufenen; aber er verlor sie nicht bloß, wenn sein Gegner heres war, sondern auch, wenn dieser lediglich auf die B. P., und zwar in einer späteren Ordnung, Anspruch hatte. Man kann

also eigentlich gar nicht einmal behaupten, daß hier die Erbfolge-Ordnung des Civilrechts den Vorrang vor der des Edictes erhalten habe; vielmehr der Prätor selbst corrigirte in diesen Fällen sein Erbfolge-System.

Alein durch die Auffindung des Gajus ist dieses ganze Princip, welches mit Recht den Namen des Hugo'schen führt, in seiner Grundfesten erschüttert; denn wir sind jetzt belehrt, daß bis kurz vor Gajus beständig, und auch zu seiner und Ulpian's Zeit noch in sehr vielen und wichtigen Fällen, eine Ordnung der B. P., nämlich die *secundum tabulas testamenti*, lediglich ein rein provisorisches Recht gewährte, welches dem Rechte aus der deferirten und gültig erworbenen *hereditas* durchaus nachstehen mußte, daß folglich ein vom Edicte in späterer Ordnung berufener *heres* dem *bonorum possessor secundum tabulas* die Erbschaft jederzeit abindiciren und ihn zum *bonorum possessor sine re* machen konnte. Also in der ganzen älteren Zeit, namentlich bis auf Hadrian, hatte die Erbfolge-Ordnung des Civilrechts unbestritten den Vorrang vor der *successio secundum tabulas* aus dem Edicte; und die rein prätorische Erbfolge aus einem Testamente konnte nur dann eine bleibende Wirkung haben, wenn ein *jure civili heres* überall nicht vorhanden war.

Diese Bestimmung des ältern Rechts steht nun zu den oben vorgetragenen Regeln in einem so grellen und schneidenden Widerspruche, daß sie nicht nur nicht aus denselben erklärt werden kann, sondern sich auch gar nicht einmal, — selbst nicht als Ausnahme, — irgend mit ihnen zusammenreimen läßt. Nach meiner Ueberzeugung wenigstens ist das Hugo'sche Princip über das Verhältniß der B. P. zur *hereditas* jetzt überall nicht weiter zu halten, und es bleibt

uns nichts übrig, als ein Anderes aufzusuchen und jenem zu substituiren.

Was uns noch mehr zu diesem Ausspruche berechtigen mag, ist der Umstand, daß Hugo's Lehre bedeutende Schwierigkeiten, welche schon vor ihm erkannt waren, ebenfalls nicht ganz zu heben im Stande ist.

Es drängen sich nämlich unabweisbar die Fragen auf: Welches praktische Bedürfniß veranlaßte den Prätor, neben dem gesetzlich bestehenden Erbrechte ein anderes Abweichendes einzuführen, und jenes dadurch theilweise zu untergraben? Wodurch konnte er zu dieser eigentlich legislatorischen Thätigkeit ermächtigt seyn? Woher endlich entnahm er die Rechtsform, in welche er sein System hinein baute, oder mit andern Worten: an welches andere uns historisch bekannte Institut knüpft sich die Einführung der B. P. an?

Auf die erste Frage ist schon früher geantwortet worden, der Prätor habe die Billigkeit mit dem strengen Rechte ausgleichen wollen; und diese Absicht zeige sich darin, daß er den emancipirten Kindern gleiches Recht mit den Sui gegeben. Eine solche Ausgleichung sey aber um so nothwendiger geworden, je häufiger nach und nach die Emancipationen im Leben vorgekommen wären. Ferner sey es billig, daß der letzte Wille eines Verstorbenen erfüllt werde, wenn gleich diese Willenserklärung auch nicht unter Beobachtung aller für die Testaments-Errichtung vorgeschriebenen Solennitäten geschehen wäre; und eben so endlich spreche die Billigkeit dafür, daß in Ermangelung eines gesetzlichen Erben der Nachlaß des Verstorbenen den nächsten Blutsverwandten, oder, wenn solche nicht vorhanden, dem überlebenden Ehegatten zugetheilt werde.

Man kann alles dieses im allgemeinen zugeben; allein es wird hiedurch noch keinesweges erklärt, weshalb denn eben ein ganz neues System des Erbrechts eingeführt werden mußte, da es doch weit natürlicher und einfacher scheint, wenn solche von der Billigkeit gebotene Abänderungen und Modificationen des Civilrechts dem Letzteren selber angepaßt und mit ihm zu Einem Systeme verschmolzen wären; und an Mitteln, dieses zu bewirken, konnte es weder dem Prätor, noch den Juristen fehlen. Ueberdies aber ist durchaus nicht abzusehen, welche Billigkeit darin liegen sollte, daß dem durch einen weniger förmlichen letzten Willen Berufenen vorläufig die Erbschaft gegeben, hinterher aber doch wieder genommen und dem Civil-Erben zugesprochen wurde.

In Beantwortung der zweiten Frage sagen ältere Juristen, und namentlich Heineccius, der Prätor habe seine Aenderungen des Erbrechts auf einem Schleichwege durchgesetzt, ja das ganze Volk absichtlich betrogen und eben dadurch getäuscht, daß er die von ihm berufenen Erben nicht heredes, sondern honorum possessores genannt habe. Das Überwiegende dieser Ansicht hat Hugo zur Genüge dargethan; aber wenn er dagegen behauptet, der Prätor habe wirklich die Befugniß gehabt, durch sein Edict das Civilrecht nicht allein zu ergänzen, — was allerdings nach seiner trefflichen Ausführung wohl Niemand weiter bezweifeln wird, — sondern auch nach Gutdünken abzuändern und umzustossen, so dürfen wir ihm solches schwerlich auf's Wort glauben; besonders da wir sehen, wie Cicero es dem Verres grade zum Verbrechen macht, daß er gegen das Civilrecht edicirt habe. In der neuesten Zeit wird deshalb die Sache meistens etwas anders aufgefaßt. Man sagt ¹⁾, die Rücksicht

¹⁾ Schon bei Bach in seiner *historia juris*, lib. 2, cap. 2, sect. 3, § 12. finden wir diese Ansicht ausgesprochen.

auf Billigkeit hatte bei außergerichtlichen Nachlaßregulirungen einzelne bestimmte Abweichungen vom strengen Rechte so herkömmlich gemacht, daß diese in der That als Gewohnheitsrecht betrachtet werden konnten; der Prätor nun, indem er diese Abweichungen in sein Edict aufnahm, that weiter nichts, als daß er dies ungeschriebene aber schon im Leben geltende Recht förmlich sanctionirte, um ihm dadurch auch bei gerichtlicher Beurtheilung der Erbschaftsstreitigkeiten die gebührende Anerkennung zu verschaffen.

Auch diese Ansicht dürfte nicht ganz befriedigen. Wenn ich auch zugeben wollte, daß der Suus häufig dem emancipirten Bruder eine Theilnahme an der väterlichen Erbschaft aus gutem Willen zugestanden haben möge, so läßt sich doch bei dem eben nicht sehr liberalen Volks-Character der Römer kaum erwarten, daß regelmäßig auch die gültig instituirten Testaments-Erben zu Gunsten eines Emancipatus praeteritus auf ihr Erbrecht verzichtet haben werden. Ein Gewohnheitsrecht aber gar, welches dem in einem nach Civilrecht ungültigem Testamente eingesetzten Erben jedesmal den Nachlaß erst vorläufig hingegeben, nachher jedoch wieder entziffen hätte, kann nur gradezu als ein Unding bezeichnet werden.

Was endlich den dritten Punkt betrifft, nämlich den Ursprung der B. P. als einer besondern, von der hereditas getrennten Rechtsform, und ihr Hervorgehen aus einem andern früheren Institute, oder doch ihre Anknüpfung an ein solches, so wirkt Hugo ²⁾ als Hypothese hin; die B. P. möge ursprünglich die Form gewesen seyn, unter welcher den Fremden in Rom vom Prätor peregrinus eine Art Erbrecht

²⁾ In seiner Inaugural-Dissertation steht freilich hiervon nichts, wohl aber in seiner Rechtsgeschichte. Vgl. Fünfte Ausgabe, pag. 238, 3. 9 bis 16. (§ „Person Desjenigen, in dessen Vermögen man eintritt“.)

zugestanden wäre, so daß also die rechtlichen Bestimmungen über die B. P. erst aus dem Edicte des praetor peregrinus in das des praetor urbanus übergegangen seyn müßten.

Diese Vermuthung, abgesehen davon, daß sie durch Zeugnisse unserer Rechtsquellen überall nicht unterstützt wird, entbehrt besonders deshalb jeder Wahrscheinlichkeit, weil sich die Abweichungen der prätorischen Erbfolge-Ordnung von der civilrechtlichen vorzugsweise auf Rechtsverhältnisse beziehen, die dem jus civile in seiner eigentlichsten Bedeutung angehören, nemlich auf patria potestas und emancipatio. Die Gleichstellung des Emancipatus mit dem Suus, welche das Wesen der Ordnungen contra tabulas und unde liberi ausmacht, während den Kindern in Betreff des Nachlasses ihrer Mutter nur in der Ordnung unde cognati hinter dem entferntesten Agnaten die B. P. angeboten wird, konnte für ein auf jus gentium basirtes Peregrinen-Recht gar keine Bedeutung haben. Eben so verhält es sich mit den Grundsätzen über Präterition im Gegensatze gegen Erheredation; und endlich ist die B. P. secundum tabulas, wie wir sie aus Gajus kennen, ein nach den bisherigen Begriffen von dem Wesen der B. P. so sonderbares und unerklärliches Ding, daß wir sie unmöglich als ein Institut des jus gentium ansehen dürfen.

Grade im directen Gegensatze mit Hugo, welcher die Entstehung der B. P. an die Erbverhältnisse der Peregrinen, also der, strenge genommen, eigentlich rechtlosen Classe von Rom's Einwohnern anknüpfen will, führt sie der große Erforscher der ältern Römischen Geschichte ganz neuerdings auf ein Ständerecht der privilegiertesten Classe der Römischen Bürger zurück, auf die alte Befugniß der Patricier, Theile des ager publicus gegen Erlegung des Zehnten zu besitzen. In der zweiten Ausgabe seiner Römischen

Geschichte behauptet nämlich Niebuhr, die B. P. sey ursprünglich nichts anderes gewesen als die Form, unter welcher eine Succession der vornehmen Römer in jene possessiones statt gefunden habe. Je gewichtiger Name und Ansehen dieses Mannes sind, dem wir so manche Aufklärungen über das alte Römische Recht, ja den Gajus selbst, verdanken; desto dringender scheint es mir, dieser Behauptung, welche auf den ersten Blick so viel Bestechendes hat, bestimmt entgegen zu treten.

Niebuhr's Worte sind folgende.

(Röm. Geschichte. Bd. 2, pag. 173, ff.) „Eine geringe Bergegenwärtigung der Verhältnisse genügt, um zu überzeugen, daß eine Erbschaft nur Eigenthum befassen, daß namentlich ein Testament durch Mancipation den Besitz niemals enthalten und übertragen konnte. Ohne Hülfe des Staats wäre er bei jedem Todesfall erledigt gewesen, und hätte dem ersten, der sich seiner bemächtigen wollte, offen gestanden: aber dieselbe höchste Gewalt, welche ihn ursprünglich verliehen hatte, gegen Beeinträchtigung schirmte, verlieh ihn dem Erben, der dann ihren Schirm gleich seinem Vorgänger anrufen konnte. Der Prätor gab die Possession des Grundstücks dem, der es, wenn es Eigenthum gewesen wäre, nach Landrecht, oder dem letzten Willen des Verstorbenen, als Erbe angesprochen haben würde: weil aber der Staat über sein Eigenthum frei verfügen konnte, so war auch die Obrigkeit nicht nur durch die Regeln des gesetzlichen Erbrechts nicht streng gebunden, sondern sie konnte auch von den letztwilligen Verfügungen abweichen, die über diese Gegenstände nur als Wunsch galten. Billigkeit und Verständigkeit durften sie bestimmen; also jeden Prätor wie er sie erkannte; und einer konnte hierüber ganz anders, verordnen als seine Vorgänger.