

<b>Titel:</b>	Nur Streit?
<b>Untertitel:</b>	Frühneuzeitliches Testamentsrecht zwischen kirchlicher Seelsorge und herrschaftlicher Ordnungspolitik
<b>Verfasser:</b>	Jansen, Nils
<b>Dokumenttyp:</b>	Beitrag in Sammelband
<b>Medientyp:</b>	Text
<b>Erscheinungsdatum:</b>	2014
<b>Quelle:</b>	Rechtsgeschichte heute. Religion und Politik in der Geschichte des Rechts: Schlaglichter einer Ringvorlesung, herausgegeben von Nils Jansen und Peter Oestmann, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 145–164.
<b>Sprache:</b>	Deutsch
<b>Format:</b>	PDF-Dokument
<b>ISBN:</b>	978-3-16-153108-8
<b>ISSN:</b>	-

## Nur Streit?

### Frühneuzeitliches Testamentsrecht zwischen kirchlicher Seelsorge und herrschaftlicher Ordnungspolitik

*Nils Jansen*

#### *Inhaltsübersicht*

I.	Römisches Recht.....	147
II.	Kanonisches Recht .....	151
III.	Partikulares Recht .....	152
IV.	Probleme der Praxis.....	154
1.	Testamente nach kanonischem Recht .....	156
2.	Die Rechtsfolgen von Formfehlern .....	158
3.	Testamente und Kodizille.....	160
V.	Schluss.....	162

Einer der berühmtesten deutschen Juristen des 17. Jahrhunderts war *Samuel Stryk*. Gemeinsam mit *Christian Thomasius* war er einer der Gründerväter der Universität Halle, der Modelluniversität der deutschen Aufklärung; und der programmatische Titel seines Hauptwerks, „Specimen usus moderni pandectarum“, gab sogar seiner juristischen Epoche, dem „Usus modernus pandectarum“, ihren Namen. In diesem Werk wurde sichtbar, wie *Stryk* sich ein modernes gelehrtes Privatrecht vorstellte: als ein Recht, das seine gedankliche Grundlage in den autoritativen Referenztexten des römischen *Corpus iuris civilis* fand, dabei aber längst von den Regeln des jeweiligen lokalen, heimischen Rechts überformt und an den vernunftrechtlich formulierten praktischen Bedürfnissen einer modernen Gesellschaft und Wirtschaft auszurichten war. Nicht zuletzt deshalb musste das Recht einfach zu verstehen sein; und in seinem „Usus modernus pandectarum“ setzte *Stryk* deshalb in maßstabsetzender Weise sein Programm um, das Recht in einer möglichst klaren Form zu präsentieren.

Dieser moderne Stil kennzeichnet auch die weiteren, teils umfangreichen und detaillierten Einzelabhandlungen, mit denen *Stryk* Rechtsfragen bzw. Rechtsgebiete aufarbeitete, die in der täglichen Rechtspraxis von besonderer Bedeutung waren. Dazu gehört vor allem auch der etwa 1.400 Seiten starke „Tractatus de cautelis testamentorum“, der während des gesamten 18. Jahrhunderts das einflussreichste Werk auf diesem Rechtsgebiet geblieben ist. Dies Handbuch hebt mit einer Klage über die unnötige Subtilität dieses Rechtsgebiets an<sup>1</sup>, das in

der täglichen Praxis nur zu Streit führe. Es sei allgemein bekannt, Welch bunte Fülle von Prozessen aus Testamenten resultiere<sup>2</sup>. Mehr als die Hälfte des vermachten Vermögens werde regelmäßig zur Beute von Advokaten, weil Erben und Ersatzerben miteinander über den Letzten Willen des Verstorbenen in die Haare gerieten<sup>3</sup>; und manch ein Streit über eine Nacherbschaft finde kein Ende, bevor eine der verfeindeten Linien einer Familie erloschen sei<sup>4</sup>.

In diesem Vortrag möchte ich näher untersuchen, auf welchen Gründen die beklagte Komplexität des frühneuzeitlichen Erbrechts beruhte – hier soll vor allem deutlich werden, dass kirchliche und politische Akteure aus ganz unterschiedlichen Gründen auf diesem Rechtsgebiet aktiv wurden, und dass die daraus resultierenden Spannungen zwischen Religion, römischem Recht und lokaler Politik unweigerlich zu Friktionen und Problemen führen mussten<sup>5</sup>. Zugleich möchte ich mit dieser Schilderung ein – hoffentlich anschauliches – Schlaglicht auf das *ius commune* werfen – ein „gemeinsames Recht“, mit dem heutige Juristen immer wieder naiv idealisierende Vorstellungen eines einheitlichen Rechts verbinden<sup>6</sup>, das manche Historiker aber auch als fiktionale Fabelwelt abtun wollen<sup>7</sup>. Ich möchte zeigen, dass es ein „gemeines Recht“ wirklich gegeben hat, dass das Recht der frühen Neuzeit, das auf diesem *ius commune* beruhte, dabei aber ganz anders ausgesehen hat als viele sich das vorstellen<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> S. Stryk, *Tractatus de cautelis testamentorum*. (4. Aufl., Halle/Magdeburg, 1726), *cap. I*, §§1ff; vgl. auch W.X. A. Freyherr v. Kreitmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavarium Civilem, Bd. 3 (München, 1763), 934 (*ad III 2, §§2f*, n. 3).

<sup>2</sup> Stryk, *de cautelis* (Fn. 1), *cap. I*, § 1: „Quanta litium forensium farrago ex ultimis defunctorum elogii nascatur, vulgo notum est“.

<sup>3</sup> Stryk, *de cautelis* (Fn. 1), *cap. I*, § 1: „non raro contingit, ut maxima patrimonii pars, ob iurgia institutorum substitutorumque, ut & legitimorum heredum, super voluntate defuncti oriunda, Advocatorum praeda fiat“. Baldus habe allein mit Nacherbschaftsfragen angeblich mehr als 15.000 Dukaten eingenommen.

<sup>4</sup> Stryk, *de cautelis* (Fn. 1), *cap. I*, § 1.

<sup>5</sup> Insoweit beruht der Text auf N. Jansen, *Testamentary Formalities in Early Modern Europe*, in: K. G. C. Reid/M. J. de Waal/R. Zimmermann (Hg.), *Testamentary Formalities* (2011), 27–50.

<sup>6</sup> Das zeigt sich insbesondere dort, wo der Gedanke eines *ius commune* für das Projekt einer europäischen Rechtsvereinheitlichung herangezogen wird; siehe in diesem Sinne etwa die *Ius Commune Research School* der Universitäten Maastricht, Leuven, Utrecht und Amsterdam, das Masterprogramm „Ius Commune und Human Rights Research“ an der Universität Maastricht oder Buchreihen wie die „Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe“ (Hart Publishing) und die „Ius Commune: European and Comparative Law Series“ (Intersentia). Vgl. mit dieser Konnotation aber auch H.-W. Micklitz, Perspektiven eines Europäischen Privatrechts – *Ius commune praeter legem?*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP) 1998, 253–276, 253; G.-P. Calliess/P. Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law* (2010), 77f.

<sup>7</sup> D. J. Osler, *The Myth of European Legal History*, *Rechtshistorisches Journal* 16 (1997), 393–410.

<sup>8</sup> Zur pluralen, bunten Struktur des *ius commune* siehe etwa N. Jansen, *Ius commune* (Gemeines Recht), in: J. Basedow/K. J. Hopt/R. Zimmermann (Hg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (HWBEuP)* (2009), 916–920; P. Oestmann, *Rechtsvielfalt vor Gericht* (2002); ders., *Rechtsvielfalt*, in: N. Jansen/P. Oestmann (Hg.), *Gewohnheit. Gebot. Gesetz. Normativität* in

## I. Römisches Recht

Das römische Recht bildete die einheitsstiftende Grundlage des *ius commune*. Denn ganz genauso wie das deutsche Bürgerliche Recht sich heute in den Lehrbüchern und Kommentaren zum BGB findet, ergab sich das *ius commune* des 17. und 18. Jahrhunderts aus den gelehrten Kommentaren zum *Corpus iuris Justinianus*. In gleicher Weise wie moderne nationalstaatliche Gesetze waren die Institutionen, die Digesten und der Codex zu den grundlegenden Referenztexten des gelehrten juristischen Diskurses geworden: Sie formulierten den gemeinsamen Ordnungsrahmen, an dem jede Darstellung des Rechts sich zu orientieren hatte, wenn sie für Juristen zugänglich sein wollte; und sie bildeten die Grundlage der gemeinsamen Sprache der europäischen Juristen – hier fanden sich die Begriffe und die gedanklichen Kategorien des Rechts, mit denen Juristen bei der Lösung von Rechtsfragen argumentierten.

Allerdings wäre es ein grobes Missverständnis, daraus zu schließen, dass das *Corpus iuris* auch in derselben Weise „gegolten“ hätte wie eine moderne Kodifikation. Eine solche Vorstellung setzt voraus, dass das Recht einen Ausdruck bzw. ein Mittel (staatlicher) Herrschaft bildet und deshalb unbedingt zu befolgen ist. Eine solche Vorstellung musste den Juristen des *ijs commune* indes schon deshalb fernliegen, weil ihnen bewusst war, dass die Anwendung der römischen Rechtstexte nicht von einer herrschaftlichen Anordnung getragen war und mit dem Gedanken politischer Herrschaft jedenfalls nichts zu tun hatte<sup>9</sup>. Der Begriff der Geltung findet sich in ihrem Sprachschatz deshalb nicht<sup>10</sup>; stattdessen erörterte Stryk in seiner maßgeblichen Einleitung zum „Usus modernus pandectarum“ die Anwendbarkeit (*usus*) und die *auctoritas* des römischen Rechts<sup>11</sup>. Damit rekurrerten gemeinrechtliche Juristen wie Stryk prononciert auf einen Begriff, den Naturrechtslehrer wie Hugo Grotius und Samuel Pufendorf längst wegen seiner Ambiguität aus dem naturrechtlichen, herrschaftsbezogenen Rechtsbegriff zu verbannen versucht hatten<sup>12</sup>.

Geschichte und Gegenwart (2011), 99–123.

<sup>9</sup> Die sogenannte Lotharische Legende, wonach die Anwendung der Digesten 1137 von Kaiser Lothar III. von Supplinburg befohlen worden war, war ein politischer Mythos, der für die juristische Diskussion weitgehend irrelevant blieb; näher K. Luig, Conring, das deutsche Recht und die Rechtsgeschichte, in: M. Stolleis (Hg.), H. Conring (1606–1681). Beiträge zu Leben und Werk (1983), 355–395, 372; N. Jansen, The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective (2010), 35ff.

<sup>10</sup> Der Begriff der Geltung des Rechts wurde offenbar erst im 19. und 20. Jahrhundert geprägt, als die Verknüpfung von Recht und staatlicher Herrschaft selbstverständlich geworden war; vgl. N. Luhmann, Die Geltung des Rechts, Rechtstheorie 22 (1991), 273–286.

<sup>11</sup> S. Stryk, Discursus Praeliminaris de Usu et Auctoritate Juris Romani in Foris Germaniae, in: ders., Specimen Usus Moderni Pandectarum, Bd. 1 (4. Aufl., Halle, 1713), 1–38. Ähnlich etwa A. Duck, De Usu et Authoritate Juris Civilis Romanorum, in Dominiis Principum Christianorum Libri Duo (Leipzig, 1668); W.A. Lauterbach, Prolegomena de praestantia, auctoritate et libri juris, in: ders., Collegii Theoretico-Practici, Bd. 1 (Tübingen, 1726), 1–28; dort insb. § II: De Corpore Juris Civilis.

<sup>12</sup> Zum Konzept der Autorität H. Grotius, De iure belli ac pacis libri tres, cum notis Jo. Fr. Gronovii et Joannis Barbeyracii (Leipzig, 1758), lib. I, cap. III, §§ IIIff., X, n. 1: „...ne decipiatur ambiguo nominis sono ...“. Gesetze waren für Grotius ein Ausdruck staatlicher Herrschaft (*loc. cit.*, § VI, n. 1), das Gesetz (*lex*) wurde folgerichtig

Waren Gesetze für *Grotius* und *Pufendorf* ein bindender Ausdruck staatlicher Herrschaft, so behandelte *Stryk* die Texte des *Corpus iuris* als „Autoritäten“: als Texte, deren Anwendung im juristischen Diskurs erwartet wurde, für deren Nichtanwendung unter Umständen aber gute Gründe sprechen konnten, etwa weil eine römische Regel obsolet geworden oder von partikularem Recht verdrängt worden war<sup>13</sup>.

Die Texte des *Corpus iuris civilis* bildeten auch dann den Ausgangspunkt der juristischen Argumentation, wenn sie an Defiziten litten, wie das im Testamentsrecht offenkundig der Fall war. *Stryk* hatte ja recht: Die Regeln über die Form letztwilliger Verfügungen waren geradezu aberwitzig kompliziert<sup>14</sup>. Zunächst gab es zwei „ordentliche“ Formen privater Testamente, nämlich das schriftliche und das mündliche Testament durch förmliche Erklärung (*nuncupatio*) vor Zeugen<sup>15</sup>. Dass ein ordentliches Testament von sieben eigens geladenen Zeugen bezeugt werden musste, galt freilich für beide Testamentsformen: Wer ein schriftliches Testament errichten wollte, musste dies in Gegenwart der Zeugen bestätigen und signieren; und die Zeugen mussten das Testament dann am selben Tag unterschreiben und siegeln, brauchten den Inhalt des Testaments aber nicht zu kennen<sup>16</sup>. Für die gelehrten Juristen bestand der Unterschied zwischen den beiden Testamentsformen also nur darin, dass die Zeugen im Falle des schriftlichen Testaments bezeugten, dass das Dokument (das der Erblasser gar nicht selbst geschrieben zu haben brauchte) den Willen des Erblassers verkörperte, während sie im Falle des mündlichen Testaments den Letzten Willen bezeugten, den der Erblasser vor ihnen erklärt hatte<sup>17</sup>. Da dabei auch über mündlich erklärte Testamente normalerweise Urkunden errichtet wurden, waren die beiden Testamentsformen nicht einfach zu unterscheiden<sup>18</sup>.

durch seine förmliche Bindung als eine bindende Regel definiert (*loc. cit.*, *cap. I*, § IX, n. 1). Samuel Pufendorf hat dann unter Verweis auf Thomas Hobbes klar gestellt, dass ein Gesetzsallgemeines Gebot des Herrschers an seine Untertanen nicht aufgrund seiner *ratio*, sondern aufgrund der *potestas* des Normsetzers binde: *S. Pufendorf*, *De iure naturae et gentium libri octo* (cum integris commentariis *Io. Nic. Hertii* atque *Io. Barbeyraci*) (Frankfurt/Leipzig, 1759), *lib. I*, *cap. VI*, §§ 1, 4. Näher N. Jansen, Rechtssystem und informelle Autorität, in: M. Luminati *et al.* (Hg.), Texte und Autoritäten. Autorität der Texte (2012), 52–78.

<sup>13</sup> Zu diesem Konzept informeller Autoritäten Jansen, Making Legal Authority (Fn. 9), 41ff. und *passim*; ders., Rechtssystem und informelle Autorität (Fn. 12).

<sup>14</sup> Siehe F. Schulz, Classical Roman Law (1951), 203: das römische Erbrecht sei „highly complicated and to a large extent perplexedly entangled“ gewesen, und die klassischen Juristen hätten wenig getan, „to simplify it“; speziell zu den Formvorschriften T. Rijfher, Testamentary Formalities in Roman Law, in: Reid/de Waal/Zimmermann, Testamentary Formalities (Fn. 5), 1–26, 5ff., 25f.

<sup>15</sup> C. 6,23,21,4 (*Imp. Theodosius und Valentianus*); Inst. 2,10,14.

<sup>16</sup> C. 6,23,21 *pr.* (*Imp. Theodosius und Valentianus*); Inst. 2,10,3–13 (*testamentum tripartitum*). War der Erblasser außerstande, die Namen der Erben selbst zu schreiben, kam es zu weiteren Schwierigkeiten: C. 6,23,29 (*Imp. Justinian*).

<sup>17</sup> J. Voet, Commentarius in Pandectas (Paris, 1829), *lib. XXVIII*, *tit. I*, §§ 5ff. (schriftliches Testament), § 10 (mündliches Testament).

<sup>18</sup> C. F. v. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld: ein Commentar, Bde. 33–35 (Erlangen, 1829–1832), hier Bd. 33, 329ff.

War ein schriftliches Testament aus formalen Gründen unwirksam (verbreitet galten für schriftliche Testamente striktere Formerfordernisse)<sup>19</sup>, so konnte es deshalb möglicherweise als mündliches aufrechterhalten werden<sup>20</sup>. Für den häufigen Fall eines *testamentum mysticum*, in dem der Erblasser erklärte, dass ein in einem Umschlag verschlossenes Dokument seinen Letzten Willen enthalte<sup>21</sup>, war überhaupt strittig, ob es sich um ein schriftliches oder um ein mündliches Testament handele<sup>22</sup>.

Neben diesen privaten Siebenzeugentestamenten bestand bereits nach römischem Recht die Möglichkeit eines „öffentlichen“ Testaments vor einem Richter oder vor dem *princeps* (*testamentum principi oblatum*)<sup>23</sup>; zudem wurde das Bild durch ein weites Spektrum von Privilegien verkompliziert. Sonderregeln galten für Soldaten<sup>24</sup>, für Blinde und Analphabeten<sup>25</sup>, für die bäuerliche Landbevölkerung<sup>26</sup>, für Seuchenzeiten (*testamentum tempore pestis conditum*)<sup>27</sup> und insbesondere für das Elterntestament, mit denen Erblasser ihr Vermögen unter vereinfachten Voraussetzungen bzw. auch in Schriftform unter ihren Abkömmlingen aufteilen konnten<sup>28</sup>. Wieder andere Regeln galten für Kodizille: letztwillige Verfügungen, die als weniger bedeutend galten, weil sie keine

<sup>19</sup> Näher Jansen, *Testamentary Formalities* (Fn. 5), 46 m. w. N.

<sup>20</sup> v. Glück, Pandekten XXXIII (Fn. 18), 330f.: *testamentum mixtum*, XXXV, 29ff.; Voet, *Commentarius* (Fn. 17), lib. XXVIII, tit. I, § 10. Dagegen etwa A. Perez, *Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani* (Amsterdam, 1671), lib. VI, tit. XXIII, n. 19.

<sup>21</sup> C. 6,23,21 (*Imp.* Theodosius und Valentinianus); I § 7 RNO (Kaysers Maximiliani I. Ordnung zur Unterrichtung der offen Notarien, wie die ihre Aempter übern sollen; Nachdruck etwa in: Neue und vollständige Sammlung der Reichs-Abschiede, hg. v. H. C. v. Senckenberg, Bd. 2 [Frankfurt a. M., 1747], 151ff.); Codex Maximilianeus Bavanicus Civilis (CMBC) III 3 § 5. Solche Testamente wurden allgemein als *testamenta mystica* bezeichnet; siehe Stryk, *de cautelis* (Fn. 1), cap. XVI, §§ 22, 25; C. F. Walch, *Introductio in Controversias Iuris Civilis Recentiores Inter Iurisconsultos Agitatas* (3. Aufl., Jena, 1791), sect. II, cap. IV, *membrum* III, § 17; R. J. Pothier, *Traité des donations testamentaires*, in: ders., *Oeuvres*, Bd. 8, hg. v. M. Bugnet (Paris, 1845), n. 39. In der Notariatspraxis war diese Form weit verbreitet; siehe Voet, *Commentarius* (Fn. 17), lib. XXVIII, tit. I, § 23.

<sup>22</sup> Voet, *Commentarius* (Fn. 17), lib. XXVIII, tit. I, §§ 23, 26; vgl. auch Art. 4 der französischen *Ordonnance concernant les testaments (août 1735)* (in: F.-A. Isambert/F. Decrusy/ A.-H. Taillandier [Hg.], *Recueil général des anciennes lois Françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, Bd. 21 [Paris, 1830], 386–402, 388f.): „testaments nuncupatifs écrits“. Es war allerdings umstritten, ob ein *testamentum mysticum* rein mündlich, also nur mit Zeugen, ohne ein notarielles Protokoll errichtet werden konnte; vgl. Walch, *Controversiae* (Fn. 21), sect. II, cap. IV, *membrum* III, § 17.

<sup>23</sup> C. 6,23,21,4 (*Imp.* Honorius und Theodosius); M. Kaser, *Das römische Privatrecht*. Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen (2. Aufl., 1975), 481f.

<sup>24</sup> Inst. 2,11; C. 6,21,17 (*Imp.* Justinianus). Soldaten hatten Testamente seit alters her formlos errichten dürfen, wobei diese Regel ursprünglich Soldaten aus fremden Nationen privilegieren sollte; vgl. Kaser, *Privatrecht* (Fn. 23), Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht (2. Aufl., 1971), 680ff., auch zu einigen weiteren Privilegien.

<sup>25</sup> C. 6,23,21,1 (*Imp.* Theodosius und Valentinianus); C. 6,22,8 (*Imp.* Justinianus); vgl. auch Inst. 2,12,4. Erforderlich waren dann acht Zeugen.

<sup>26</sup> C. 6,23,31 (*Imp.* Justinianus).

<sup>27</sup> C. 6,23,8 (*Imp.* Diocletianus und Maximianus).

<sup>28</sup> C. 3,36,26 (*Imp.* Constantinus); C. 6,23,21,3 (*Imp.* Diocletianus und Maximianus); Nov. 107. Dazu Kaser, *Privatrecht II* (Fn. 23), 483f.

Einsetzung eines Erben enthielten<sup>29</sup>. Hier genügten fünf Zeugen<sup>30</sup>. Kodizillklauseln, wonach ein schriftliches Testament zumindest in Teilen als Kodizill aufrechterhalten werden sollte<sup>31</sup>, wenn es den Formvorschriften für Testamente nicht genügte, waren die kautelarjuristische Folge.

Nun sind Formvorschriften, wie sie nach römischem Testamentsrecht galten, heutigen Juristen im Prinzip wohlvertraut: Ebenso wie moderne Formerfordernisse<sup>32</sup> sollten die römischen Regeln sicherstellen, dass der Erblasser seinen Letzten Willen wohlbedacht gebildet hatte, und dass er – zumeist nach juristischer Beratung – seinen Willen unmissverständlich zum Ausdruck brachte<sup>33</sup>. Freilich gab es auch Formvorschriften, die ganz anderen Zwecken dienten. Dazu gehörte die Regel, dass ein Erblasser seine Angehörigen (*sui*) nur ausdrücklich enterben konnte; übergang er einen Angehörigen, ohne ihn ausdrücklich zu nennen, war das Testament normalerweise<sup>34</sup> unwirksam (*formelles Noterbrecht*)<sup>35</sup>. Diese Regel diente dem Interesse von Angehörigen, angemessen an der Erbschaft beteiligt zu werden: ein Interesse, das heute – und auch schon im *usus modernus*<sup>36</sup> – mit den ganz andersartigen Regeln des Pflichtteilsrechts geschützt wird<sup>37</sup>.

Weitere Schwierigkeiten kamen hinzu<sup>38</sup>. Dazu gehörten insbesondere konzeptionelle und sachliche Widersprüche, die daraus resultierten, dass Justinian nach Verabschiedung der Institutionen, Digesten und des Codex das Erbrecht tiefgreifenden Reformen unterzogen hatte, die in die Novellen eingegangen, in den älteren Texten des *Corpus iuris* aber nicht berücksichtigt waren. Bis ins 19. Jahrhundert blieb das Verhältnis dieser neueren zu den älteren Regeln ein Problem. Hinzu kam, dass die frühneuzeitlichen Juristen die römischen Quellen aus der Perspektive ihrer Zeit lasen; bisweilen fehlte ihnen einfach das kulturelle Verständnis dieser Quellen, wenn sie beispielsweise mit Regeln wenig anfangen konnten, die gar keinen besonderen Schutzzweck hatten, sondern auf archaischen altrömischen Vorstellungen über die Wirkung förmlicher Rechtsakte beruhten<sup>39</sup>, oder wenn sie nicht verstehen konnten, dass die Erleichterung

<sup>29</sup> *Paulus 5 ad legem Iuliam et Papiam* D. 29,7,20; C. 6,23,14 (*Impf.* Diocletianus und Maximianus).

<sup>30</sup> C. 6,36,8,3 (*Impf.* Theodosius); dazu Kaser, Privatrecht II (Fn. 23), 497. Durch ein Testament bestätigte Kodizille (*codicilli testamento confirmati*) waren ohne weitere Förmlichkeit gültig: Inst. 2,25,3; näher Jansen, Testamentary Formalities (Fn. 5), 44f. m. w. N.

<sup>31</sup> Siehe *Ulpian 2 ad Sabinum* D. 29,1,3; *Julian 37 digesta* D. 29,7,2,4.

<sup>32</sup> Vgl. S. Herrler, Testament, in: HWBEuP (Fn. 8), 1472–1474, 1473f.

<sup>33</sup> Kaser, Privatrecht I (Fn. 24), 686; Schulz, Roman Law (Fn. 14), 248f.

<sup>34</sup> Für Ausnahmen und Einzelheiten siehe Kaser, Privatrecht I (Fn. 24), 703ff., 707f.; ders., Privatrecht II (Fn. 23), 512ff.; Schulz, Roman Law (Fn. 14), 266ff.

<sup>35</sup> Inst. 2,13. Ursprünglich brauchten nur Söhne ausdrücklich benannt zu werden; seit Justinian galt diese Regel jedoch auch für Töchter: C. 6,28,4; Inst. 2,13,5.

<sup>36</sup> Jansen, Testamentary Formalities (Fn. 5), 49 m. w. N.

<sup>37</sup> Schulz, Roman Law (Fn. 14), 269.

<sup>38</sup> Siehe auch H. Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. 1: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800) (1985), 559–561.

<sup>39</sup> Anschaulich in diesem Sinne für das Verbot, die Auswahl des Erben einem Dritten zu überlassen

von Soldatentestamenten schlicht der Privilegierung fremder Söldner in der römischen Armee gedient hatte<sup>40</sup>, also nichts mit den Gefahren des Krieges zu tun hatte und deshalb weder auf Zeiten im Felde zu beschränken<sup>41</sup> noch auf Personen in ähnlicher Gefahr zu erstrecken war<sup>42</sup>.

## II. Kanonisches Recht

Andere Probleme bildeten das Resultat sozialen und rechtlichen Wandels. Seit dem Mittelalter war eine ganze Reihe erbrechtlicher Institute etabliert, für die sich im römischen Recht keine Grundlage finden ließ; dazu gehörten gemeinschaftliche Testamente<sup>43</sup> und Erbverträge<sup>44</sup>, die Institution des Testamentsvollstreckers<sup>45</sup> sowie die Vorstellung, dass das Vermögen nicht zwingend als Ganzes auf die Erben übergehen müsse (so der römischrechtliche Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge)<sup>46</sup>, sondern auch in Teilen auf verschiedene Personen übergehen könne<sup>47</sup>. Beispiele dafür waren Lehensrechte oder die sächsische *Gerade* – hier wurden Teile des Haushalts als Eigentum der Frauen betrachtet und gingen ausschließlich auf Frauen über<sup>48</sup>.

Hinzu kam, dass die Römische Kirche bereits im 12. Jahrhundert, lange vor der Rezeption des römischen Rechts, in erheblichem Maße neue erbrechtliche

(Gaius 1 *de testamentis ad ed. praetoris urbani* D. 28,5,32 *pr.*), R. Zimmermann, „Quos Titius voluerit“ – Höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers oder „power of appointment“? (1991), 9ff. Die frühneuzeitlichen Juristen erklärten dies Verbot mit dem Grundsatz, dass der Letzte Wille nicht von der Willkür eines anderen abhängen dürfe: J. Brunnemann, *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum* (4. Aufl., Frankfurt a. M., 1692), *ad/D. 28,5,32*: „... ultima voluntas non debet ex alieno arbitrio pendere“. Freilich war das nicht recht mit dem Befund in Einklang zu bringen, dass eine solche Auswahl durch einen Dritten bei einem Fideikommiss oder einem Vermächtnis ohne weiteres möglich war: Inst. 2,25,20; Gaius 1 *fideicommissorum* D. 34,5,7,1. Vgl. auch *Ulpian 5 disp.* D. 30,75 *pr.* Hier wollten manche die ethische Maxime gegen den Wortlaut der Quellen auch auf Fideikomisse und Vermächtnisse anwenden: D. de *Covarruvias y Leyva*, *De testamento*, in: *ders.*, *Opera Omnia*, Bd. 1 (Frankfurt a. M., 1608), 1–113, *cap. XIII*, *nn.* 10ff.; J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum electus* (Paris, 1777), *part II*, *liv. III*, *tit. I, sect. I, § 8*; w. N. bei Zimmermann, *loc. cit.*, 18ff. Man konnte darin aber auch eine römische Merkwürdigkeit sehen, die nicht rezipiert (so J. Schiller, *Praxis Juris Romani in Foro Germanico Juxta Ordinem Pandectarum* [4. Aufl., Frankfurt a. M., 1733], *expositio XXXVIII*, § LXXXIII, *qu. II*) bzw. zumindest restriktiv auszulegen war; so etwa *Covarruvias*, *loc. cit.*, n. 14; Brunnemann, *loc. cit.*, n. 1.

<sup>40</sup> Siehe oben Fn. 24.

<sup>41</sup> I § 2 RNO (Fn. 21); vgl. L. J. F. Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen (4. Aufl., Frankfurt a. M., 1793), 410, 417 (§§ 453, 459).

<sup>42</sup> Höpfner, Commentar (Fn. 41), 415 (§ 456).

<sup>43</sup> Coing, Privatrecht I (Fn. 38), 585–587.

<sup>44</sup> Coing, Privatrecht I (Fn. 38), 587–593.

<sup>45</sup> Coing, Privatrecht I (Fn. 38), 597–601.

<sup>46</sup> Zu diesem Grundsatz Schulz, Roman Law (Fn. 14), 211f.

<sup>47</sup> W. Ogris, Testament, in: A. Erler et al. (Hg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG), Bd. 5 (1. Aufl., 1998), Sp. 152–165, 152, 156f.

<sup>48</sup> K. Gottschalk, Eigentum, Geschlecht, Gerechtigkeit. Haushalten und Erben im frühneuzeitlichen Leipzig (2003), 39ff. und *passim*.

Regeln geschaffen hatte, die als universelles kanonisches Recht selbstverständlich zu den gemeinen Rechten gezählt wurden<sup>49</sup> und rasch auch in das lokale Recht vieler Städte und auch der frühen Staaten eingegangen waren<sup>50</sup>. Zwar war eine testamentarische Rechtsnachfolge in frühmittelalterlichen Gesellschaften eine Ausnahme<sup>51</sup>, doch hatte die Kirche von Anfang an Verfügungen *pro salute animae* gefördert. Solche Verfügungen wurden alsbald zu einem wesentlichen Element mittelalterlicher Spiritualität<sup>52</sup>, und es war deshalb nur folgerichtig, dass die Kirche dafür auch detaillierte Rechtsregeln formulierte. Freilich sahen Verfügungen *ad pias causas* ganz anders aus als römische Testamente und mussten deshalb auch anders geregelt werden. Zumeist enthielten sie gar keine Erbeinsetzung, sondern lediglich Vermächtnisse individueller Gegenstände an eine kirchliche Institution. Hatten die römischen Regeln Anreize gesetzt, bei der Errichtung des Testaments juristischen Rat einzuholen<sup>53</sup>, so musste das kanonische Recht es umgekehrt erleichtern, noch in den letzten Lebensstunden mit einer mildtätigen Verfügung die sündige Seele zu retten. Papst Alexander III. hatte deshalb verordnet, dass Testamente ohne weitere Förmlichkeiten wirksam sein sollten, wenn sie vor einem Priester und zwei oder drei Zeugen erklärt worden waren<sup>54</sup>; und während es nach römischem Recht ausgeschlossen war, die Bestimmung des Erben einem Dritten zu überlassen<sup>55</sup>, hatte Papst Innozenz III. auch solche Verfügungen für wirksam erklärt<sup>56</sup>.

### III. Partikulares Recht

Freilich blieb die Kirche nicht der einzige Akteur auf dem Felde des Testamentsrechts. Daneben standen die Städte und entstehenden Staaten, die die römischen und kanonischen Regeln modifizierten und zudem neue Instrumente und Testamentsformen, insbesondere das notarielle und das handschriftliche Testament, einführten<sup>57</sup>. Die Juristen haben solche neuen Testamentsformen ganz selbstverständlich anerkannt. So heißt es bei *Stryk*: „*nihil obstat, quo minus princeps in suo territorio aliam testandi rationem constituere possit, qua*

<sup>49</sup> Jansen, *Ius commune* (Fn. 8), 917 m. w. N.

<sup>50</sup> Siehe die Länderberichte von *P. Weimar, A. Wacke, J. Röhrkasten, H. Ehrhard* und *G. Vismara*, *Testament*, in: Lexikon des Mittelalters, Bd. 8 (1997), Sp. 563–573.

<sup>51</sup> *M. Lipp*, Erbfolgeordnung, in: *A. Cordes et al.* (Hg.), HRG, Bd. 1 (2. Aufl., 2008), Sp. 1361–1365; *Ogris*, *Testament* (Fn. 47), Sp. 153ff.; *P. Landau*, Die Testierfreiheit in der Geschichte des Deutschen Rechts im späten Mittelalter und in der frühen Neuzeit, ZRG Germ. Abt. 114 (1997), 56–72, 56ff.; zum sächsischen Recht *Gottschalk*, *Eigentum* (Fn. 48), 38.

<sup>52</sup> *H. Auffroy*, Évolution du Testament en France. Des origines au XIII<sup>E</sup> Siècle (1899), 373: „accessoire d'un Sacrement“.

<sup>53</sup> Siehe den Bericht von *Scaevola 3 resp. D. 39, 88, 17; Schulz*, Roman Law (Fn. 14), 248f.; *M. Averarius*, Formularpraxis römischer Urkundenschreiber und *ordo scripturae* im Spiegel testamentsrechtlicher Dogmatik, in: Festschrift für Okko Behrends (2009), 13–41, 16ff.

<sup>54</sup> X 3,26,10; für Verfügungen *ad pias causas* genügten zwei Zeugen: X 3,26,11.

<sup>55</sup> Siehe oben Fn. 39.

<sup>56</sup> X 3,26,13.

<sup>57</sup> *Höpfner*, Commentar (Fn. 41), 408 (§ 450); *Coing*, Privatrecht I (Fn. 38), 571f.

facta testamenta secundum illam condita aequa valebunt, ac si secundum formam a jure Romano prae scriptam essent ordinata<sup>58</sup>. Solche Regelungen zielten freilich normalerweise nicht darauf, die verbindliche Äußerung eines Letzten Willens zu erleichtern, sondern waren polizeirechtlich motiviert: Es ging um öffentliche Kontrolle und mit der Etablierung eines öffentlich geregelten Notariatswesens darum, fälschungs- und missbrauchssichere Dokumente zu schaffen<sup>59</sup>. Typischerweise verlangte man nämlich eine Erklärung des Letzten Willens vor einer oder zwei mehr oder weniger öffentlichen Personen – vor einem Notar, aber auch vor einem Priester, einem Richter oder Mitgliedern des Rats – und vor wenigen Zeugen. Konzeptionell fügten sich damit auch diese partikularrechtlichen Testamentsformen nicht ohne weiteres in die römischen Kategorien, sondern waren eher an das Testament nach kanonischem Recht angelehnt<sup>60</sup>. Sie ließen sich deshalb ebenso wenig wie Testamente nach kanonischem Recht<sup>61</sup> eindeutig als private bzw. öffentliche Testamente qualifizieren<sup>62</sup>. Auch wenn für öffentliche und Privattestamente grundsätzlich verschiedene Regeln galten<sup>63</sup>, bestand damit faktisch ein fließender Übergang zwischen mehr privaten und eher öffentlichen Testamentsformen<sup>64</sup> wie dem Testament vor einem Richter oder Ratsmitgliedern oder dem alten *testamentum principi oblatum*: einem schriftlichen Testament, das beim Herrscher bzw. bei der Verwaltung hinterlegt wurde<sup>65</sup>. Hinzu kamen typischerweise statutarrechtliche Sonderregeln für öffentliche und notarielle Testamente<sup>66</sup>; ein Beispiel bildet die Anordnung der Reichsnatriatsordnung aus dem Jahre 1512, dass Notare bei der Errichtung privater Testamente ein Protokoll zu erstellen hatten<sup>67</sup>.

<sup>58</sup> Stryk, Usus modernus (Fn. 11), lib. XXVIII, tit. I, § 2.

<sup>59</sup> Vgl. auch CMBC III 2 § 3, sowie die folgenden Vorschriften und auch Kreittmayr, Anmerkungen III (Fn. 1), 934ff.

<sup>60</sup> P. Ourliac/J. de Malafosse, Histoire du droit privé, Bd. 3 (1968), 470; Coing, Privatrecht I (Fn. 38), 572.

<sup>61</sup> Während Stryk Testamente nach kanonischem Recht als Modifikation der römischen Regeln über Privattestamente diskutierte (Usus modernus [Fn. 11], lib. XXVIII, tit. I, § 3), beschrieb Voet diese Testamentsform, allerdings ohne dogmatische Qualifikation, im Zusammenhang mit öffentlichen Testamenten: Commentarius (Fn. 17), lib. XXVIII, tit. I, § 21. Später deutsche Autoren haben dies Testament häufig als öffentlich qualifiziert: v. Glück, Pandekten XXXIV (Fn. 18), 180ff.; vgl. auch P. Roth, Bayerisches Civilrecht, Bd. 3 (Tübingen, 1875), 247f. (§301).

<sup>62</sup> Zeitgenössische Autoren haben sie zumeist parallel mit den verschiedenen Formen öffentlicher Testamente wie dem *testamentum iudici oblatum* diskutiert; vgl. v. Glück, Pandekten XXXIV (Fn. 18), 188–218.

<sup>63</sup> Insbesondere wurden Formerfordernisse nur bei Privattestamenten als Solemnitäten verstanden; näher unten bei Fn. 112ff.

<sup>64</sup> Vgl. Höpfner, Commentar (Fn. 41), 398ff. (§ 443). Entsprechend wendete Voet die meisten römischen Regeln über Zeugen auch auf öffentliche Testamente vor einem Notaran: Commentarius (Fn. 17), lib. XXVIII, tit. I, § 22.

<sup>65</sup> Siehe oben bei Fn. 23; Stryk, de cautelis (Fn. 1), cap. VII, §§ 1ff.; v. Glück, Pandekten XXXIV (Fn. 18), 178f. Statutarrecht erforderte häufig die Präsenz von Zeugen; vgl. CMBC III 4, § 2.

<sup>66</sup> Vgl. CMBC III 4, § 2; Voet, Commentarius (Fn. 17), lib. XXII, tit. IV, § 2; lib. XXVIII, tit. I, § 25.

<sup>67</sup> I § 5 RNO (Fn. 21); vgl. Stryk, de cautelis (Fn. 1), cap. XV, § 44.

Intensiv reguliert waren schließlich auch schriftliche Testamente wie das Elterntestament und insbesondere das eigenhändige Testament, das im 17. Und 18. Jahrhundert insbesondere in den nordfranzösischen *pays de coutumes*<sup>68</sup>, aber auch in einigen anderen Regionen, anerkannt war<sup>69</sup>. Denn hier galt es Kriterien zu formulieren, mit denen sich letztwillige Verfügungen von bloßen Entwürfen und persönlichen Notizen unterscheiden ließen; bereits Justinian hatte deshalb für das eigenhändige Elterntestament insoweit detaillierte Regeln aufgestellt<sup>70</sup>. Man musste deshalb fragen, ob der Erblasser das Testament selbst schreiben und unterschreiben musste, und ob es erforderlich war, ein exaktes Datum in das Dokument einzufügen; verbreitet war es auch erforderlich, Erben ausdrücklich mit Namen zu benennen oder Erbquoten in Buchstaben auszuschreiben<sup>71</sup>.

#### IV. Probleme der Praxis

All das macht deutlich, in welchem Maße das frühneuzeitliche Testamentsrecht in Europa von konzeptioneller Ambiguität in den Grundlagen und Differenzen im Einzelnen geprägt war; gemeinsame Grundsätze waren kaum erkennbar<sup>72</sup>. Handschriftliche Testamente waren nur in Nordfrankreich uneingeschränkt anerkannt. Das öffentliche Testament vor einem Notar und Zeugen, das in den meisten Teilen Europas allgemein üblich<sup>73</sup> und für das Alte Reich in der

<sup>68</sup> Art. XCVII der Coutumes générales de la prévôté et vicomté de Paris<sup>1510</sup>; Art. CCLXXXIX der jüngeren Coutumes de ... Paris<sup>1580</sup>, jeweils in: Nouveau coutumier général ou corps de coutumes générales et particulières de France, hg. v. C. A. Bourdot de Richebourg, Bd. 3 (Paris, 1724), 1ff., 29ff. Detaillierte Formvorschriften finden sich in Art. LVIII der ersten *Ordonnances de la ville et cité de Metz et pays messin*, und in tit. VIII, art. II der revidierten Coutumes générales de ... Metz<sup>1613</sup>, jeweils in: Nouveau coutumier II, loc. cit., 372ff., 395ff. W.N., auch zu älteren *coutumes*, in: E. M. Meijers, Testaments olographes, in: ders., Etudes d'histoire du droit, Bd. 1, hg. v. R. Feenstra/H. F.W.D. Fischer (1956), 246, 249f.

<sup>69</sup> Näher Meijers, Testaments olographes (Fn. 68), 248ff.; Jansen, Testamentary Formalities (Fn. 5), 42ff. m. w. N.

<sup>70</sup> Nov. 107, cap. I.

<sup>71</sup> Art. XCVII/art. CCLXXXIX der Coutumes de Paris<sup>1510/1580</sup> und insb. tit. VIII, art. II der Coutumes générales de Metz<sup>1613</sup> (jeweils oben Fn. 68); Art. 2f., 16 *Ordonnance concernant les testaments* (Fn. 22); Art. 970 Code civil; vgl. auch I 12, § 162 ALR (für kleinere Kodizille) sowie § 578 ABGB. Aus der gelehrten Literatur Voe, Commentarius (Fn. 17), lib. XXVIII, tit. I, § 17; Höpfner, Commentar (Fn. 41), 417f. (§ 460), jeweils für das Elterntestament (vgl. Fn. 70).

<sup>72</sup> Siehe nur den Überblick von G. v. Schmitt, Begründung des Entwurfes eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich ... (Berlin, 1879), nachgedruckt in: W. Schubert (Hg.), Die Vorlagender Redakteuren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Erbrecht 1 (1984), 95–875.

<sup>73</sup> Für einen Überblick Coing, Privatrecht I (Fn. 38), 572; für den Rechtszustand im Deutschland des 19. Jahrhunderts (der zumeist auf älterem Statutarrecht beruhte), siehe v. Schmitt, Erbfolge (Fn. 72), 407ff. Nach Lübischem Recht genügten zwei Ratsmitglieder für ein Zeugentestament: Ius Lubecense, pars II, tit. I, art. II. Für die Niederlande siehe A. Vinnius, In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius (3. Aufl., Amsterdam, 1659), lib. II, tit. X, § 14, n. 4; S. Groenewegen, Tractatus de legibus abrogatis et inusitatibus in Hollandia viciniisque regionibus (3. Aufl., Amsterdam, 1669), ad Inst. 2,10,5, nn. 1f.: ein Notar, zwei Zeugen (sollte ein Kind ersterbt werden, war freilich ein öffentliches Testament erforderlich). Gleiche Regeln galten in Belgien (Perez, Praelectiones [Fn. 20], lib. VI, tit. XXIII, n. 23) und Spanien (Covarruvias, De testamento [Fn. 39], cap. X, nn. 1ff.: Notar und zwei oder drei Zeugen). In den französischen *pays de droit écrit* waren bei einem Notar hinterlegte schriftliche Testamente (*testament nuncupative*

Reichsnotariatsordnung als eine reguläre Testamentsform anerkannt worden war<sup>74</sup>, wurde 1735 in Frankreich verboten<sup>75</sup>. Und in Preußen wurden Privattestamente als eine reguläre Form des Letzten Willens sogar gänzlich abgeschafft<sup>76</sup>. Hinzu kam eine unübersehbare Masse von Unterschieden in Detailfragen. Nach *Johannes Voet*, dem führenden niederländischen Zeitgenossen *Stryks*, war sogar die Frage umstritten, ob man ein Testament vor dem Holländischen Gerichtshof errichten konnte<sup>77</sup>; und er berichtete dann weiter, dass in den unterschiedlichen Provinzen der Niederlande ohnehin verschiedene Regeln gegolten hätten: In Holland konnten Testamente alternativ vor einem Notar und zwei Zeugen oder vor einem Urkundsbeamten und zwei Schöffen (*Schepenen*) errichtet werden, in Friesland galten offenbar keine Sonderregeln und in Utrecht noch andere Formen.

Insbesondere variierten die erforderliche Zahl von und die Anforderungen an Zeugen von Stadt zu Stadt<sup>78</sup>. Denn nach römischem Recht und auch nach vielen partikularen Gesetzen konnte nicht jedermann ein Testament bezeugen: Verwandtschaftliche Beziehungen zum Erblasser oder eine etwaige Beteiligung an der Erbschaft konnten die Zeugenfähigkeit ebenso ausschließen<sup>79</sup> wie Alterserfordernisse<sup>80</sup>, die Unfähigkeit, ein Dokument zu unterschreiben oder

érit und *testamentum mystique*) bereits früh etabliert worden und blieben bis ins 19. Jahrhundert im regelmäßigen Gebrauch; siehe Art. 4ff. *Ordonnance concernant les testaments* (Fn. 22); *Ourliac de Malafosse*, Histoire du droit privé III (Fn. 60), 470f.; Einzelheiten bei *Pothier*, donations testamentaires (Fn. 21), 225–346, nn. 17ff., 38; auch viele coutumes akzeptierten diese Testamentsform neben anderen Formen wie dem eigenhändigen Testament. Ähnliche, allerdings nicht immer ganz klare Regelgalten in Österreich und Italien: *G. Wesener*, Geschichte des Erbrechts in Österreich seit der Rezeption (1957), 131ff.; *E. Besta*, Le successioni nella storia del diritto italiano (1961), 208f.

<sup>74</sup> I §§ 5f. RNO (Fn. 21).

<sup>75</sup> Vgl. Art. 1 der französischen *Ordonnance concernant les testaments* (août 1735), in: Isambert/Decrusy/Taillandier, Recueil général XXI (Fn. 22), 388: „Déclarons nulles toutes celles qui ne seroient faites que verbalement, et défendons d'en admettre la preuve par témoins, même sous prétexte de la modicité de la somme dont il auroit été disposé“. Die Ordonnance hielt in ihren Art. 4ff. allerdings an den im *ius commune* etablierten Testamentsformen des *testamentum nuncupative écrit* und des *testamentum mystique* in denjenigen Regionen des *droit écrit* fest, in denen diese Testamentsformen von jehler einer allgemeinen Praxis entsprachen.

<sup>76</sup> I 12, §§ 66ff. ALR.

<sup>77</sup> *Voet*, Commentarius (Fn. 17), lib. XXVIII, tit. I, §§ 20f.

<sup>78</sup> Vgl. I § 6 RNO (Fn. 21); *Voet*, Commentarius (Fn. 17), lib. XXVIII, tit. I, §§ 6ff., §§ 22f.: in den unterschiedlichen Provinzen galten unterschiedliche Regeln; v. *Glück*, Pandekten XXXIV (Fn. 18), 310–375; *Domat*, loix civiles (Fn. 39), part II, liv. III, tit. I, sect. III, §§ 2ff. Für Österreich *Wesener*, Geschichte (Fn. 73), 131ff.

<sup>79</sup> *Voet*, Commentarius (Fn. 17), lib. XXVIII, tit. I, §§ 8f. (Verwandtschaft).

<sup>80</sup> Vgl. *Voet*, Commentarius (Fn. 17), lib. XXVIII, tit. I, § 22, zur wenig einheitlichen Praxis in den Niederlanden. Vielerorts mussten Zeugen älter sein als das nach römischem Recht gefordert war.

grundsätzlich auch das weibliche Geschlecht<sup>81</sup> – freilich waren von diesem Grundsatz vielerorts auch Ausnahmen anerkannt<sup>82</sup>. Niemals war klar, ob die Zeugen in besonderer Form geladen sein mussten – jedenfalls mussten sie wissen, dass sie für ein förmliches Testament herangezogen wurden<sup>83</sup>.

Solche Unterschiede machten offenkundig, dass Gesetze, solange sie partikular blieben, kaum Rechtssicherheit zu schaffen vermochten. Denn solche Gesetze wurden häufig vergessen und uneinheitlich angewendet<sup>84</sup>. Freilich weisen derart irritierend vielstimmige bzw. komplexe Befunde im Testamentsrecht auf ein allgemeines Charakteristikum des frühneuzeitlichen Rechts hin<sup>85</sup>. Was galt, ergab sich nie aus dem römischen *Corpus iuris* und der gemeinrechtlichen Literatur allein. Vielmehr mussten die Juristen die divergierenden bzw. kollidierenden Normen, Grundsätze und Institutionen verschiedener Rechte miteinander zu einem funktionierenden Gesamtsystem fügen. Will man wissen, was wirklich „galt“, so muss man sich auf regional und historisch eng beschränkte Momentaufnahmen beschränken, die nicht nur die jeweilige statutarische Gesetzgebung und gelehrté Literatur, sondern auch die Prozesse und ihre Akten auswerten<sup>86</sup>. Freilich haben die gelehrten Juristen seit dem 17. Jahrhundert in ihren Darstellungen des gemeinen Rechts auch die Statutargesetzgebung und Gerichtspraxis aufgearbeitet. Wie das Recht des *ius commune* funktionierte, wie römisches, kanonisches und partikulares Recht in der Praxis zusammenspielten und welches Spektrum von Lösungsmöglichkeiten sich auf dieser Grundlage ergab, lässt sich deshalb durchaus auf der Grundlage dieser Literatur rekonstruieren. Das Testamentsrecht bietet hier anschauliche Beispiele.

## 1. Testamente nach kanonischem Recht

In der Welt des 16. und 17. Jahrhunderts war es gewiss nicht unüblich, seinen Letzten Willen einem Priester zu erklären. Wenn es über solche Verfügungen später zum Streit kam, mussten Juristen klären, ob solche Testamente kanonischen Rechts überhaupt anzuerkennen waren und in welchem Umfang das der Fall war. Stellte man hierfür nun auf die allgemeinen Regeln ab, die für das Verhältnis von römischem und kanonischem Recht galten, so scheint die Antwort

<sup>81</sup> *Voei*, Commentarius (Fn. 17), *lib. XXVIII, tit. I, §§ 6, 22*.

<sup>82</sup> Zum Ganzen *Stryk*, Usus modernus (Fn. 11), *lib. XXVIII, tit. I, § 2*; v. *Schmitt*, Erbfolge (Fn. 72), 401; *Roth*, Bayerisches Civilrecht III (Fn. 61), 257ff. (§§ 303f.).

<sup>83</sup> I § 3 RNO (Fn. 21); vgl. *Voei*, Commentarius (Fn. 17), *lib. XXVIII, tit. I, §§ 6, 22*; *Stryk*, de cautelis (Fn. 1), *cap. XV, §§ 16ff.*; *Stryk* hieß insoweit eine Vermutung für geboten, empfahl freilich, sicherheitshalber eine Klausel in das Testament aufzunehmen, wonach die Zeugen ordnungsgemäß geladen waren.

<sup>84</sup> Siehe nur B. *Diestekamp*, Das Verhältnis von Gesetz und Gewohnheitsrecht im 16. Jahrhundert – aufgezeigt am Beispiel der Oberhessischen Erbgewohnheiten von 1572, in: Festschrift für Hans Thieme (1977), 1–33.

<sup>85</sup> *Coint*, Privatrecht I (Fn. 38), 561: „Insofern zeigt das Erbrecht vielleicht nur in schärferer Form die allgemeinen Züge des *Ius Commune*“.

<sup>86</sup> Vgl. P. *Oestmann*, Geistliche und weltliche Gerichte im Alten Reich (2012), 716ff: „es gibt kein Gesamtbild“. Für ein erbrechtliches Beispiel – das sächsische Recht Leipzigs im 17. Jahrhundert – *Gottschalk*, Eigentum (Fn. 48), 34ff, 51ff. und *passim*.

recht einfach gewesen zu sein. Grundsätzlich sollte das kanonische Recht nur dann den Vorrang haben, wenn es eine Sünde bedeutet hätte, das *Corpus iuris canonici* zu übergehen. Bei Formvorschriften war das offenkundig nicht der Fall<sup>87</sup>. Obgleich viele Autoren im Testament kanonischen Rechts ein Institut des *ius gentium*<sup>88</sup> oder des Naturrechts sahen<sup>89</sup>, galten im Testamentsrecht deshalb grundsätzlich römische Regeln, also kein kanonisches Recht<sup>90</sup>. Innerhalb der – im Einzelnen freilich unklaren – Grenzen des Alten Reichs schien dieser Grundsatz zudem eine Bestätigung in der bereits vielfach erwähnten Notariatsordnung zu finden. Denn dort war noch einmal die grundsätzliche Anwendbarkeit der römischen Testamentsformen bekräftigt; dies ließ sich dahin verstehen, dass damit zugleich den abweichenden Regeln des kanonischen Rechts die Anerkennung versagt werden sollte<sup>91</sup>.

Schaute man freilich näher hin, so erwies sich ein solches Problem als wesentlich schwieriger. Zunächst hieß es für viele Regionen und Städte – etwa für Bologna, Siena<sup>92</sup>, Bamberg, Köln, Trier, Parchim<sup>93</sup> oder Schleswig –, dass Testamente kanonischen Rechts aufgrund statutarischer Gesetzgebung oder einer entsprechenden Gewohnheit anerkannt seien<sup>94</sup>. Allerdings war häufig unklar, ob eine solche Behauptung wirklich zutraf. In Belgien waren solche Testamente jedenfalls ganz allgemein (also nicht nur für Verfügungen *ad pias causas*) statutarisch anerkannt, und diese Regeln wurden offenbar auch regelmäßig angewendet<sup>95</sup>. Gleichermaßen galt nach *Voet* auch für die katholischen Teile der Niederlande, weil die katholische Lehre hier durch die Regierung eingeführt worden sei<sup>96</sup>. Freilich findet sich für diese Behauptung keine Bestätigung bei anderen niederländischen Autoren wie *Grotius*<sup>97</sup>, *Arnold Vinnius*<sup>98</sup> oder

<sup>87</sup> U. Wolter, Ius Canonicum in Iure Civili. Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte (1975), 16ff., 99.

<sup>88</sup> Vgl. Perez, Praelectiones (Fn. 20), lib. VI, tit. XXIII, n. 23.

<sup>89</sup> Vgl. Vinnius, Institutiones (Fn. 73), lib. II, tit. X, § 3, n. 8.

<sup>90</sup> Covarruvias, De testamentis (Fn. 39), cap. X, XI.

<sup>91</sup> In diesem Sinne Stryk, Usus modernus (Fn. 11), lib. XXVIII, tit. I, § 3; ders., de cautelis (Fn. 1), cap. II, § 1; v. Glück, Pandekten XXXIV (Fn. 18), 185f.

<sup>92</sup> P. Silvio Leicht, Storia del diritto italiano. Il diritto privato, Bd. 2: Diritto reale e di successione (1960), 244f.

<sup>93</sup> Oberappellationsgericht Rostock (14.2.1848), Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten 17, 244f. (Nr. 149), mit Bezug auf eine Entscheidung der Rostocker Spruchfakultät aus dem Jahre 1604.

<sup>94</sup> Ein gründlicher Bericht des deutschen Statutarrechts findet sich bei n. Schmitt, Erbfolge (Fn. 72), 404f.; vgl. auch v. Glück, Pandekten XXXIV (Fn. 18), 186; Coing, Privatrecht I (Fn. 38), 571.

<sup>95</sup> Perez, Praelectiones (Fn. 20), lib. VI, tit. XXIII, n. 23 mit Bezug auf ein entsprechendes Gesetz von 1611.

<sup>96</sup> Voet, Commentarius (Fn. 17), lib. XXVIII, tit. I, § 21.

<sup>97</sup> Vgl. H. Grotius, Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd (hg. und ins Englische übers. v. R. W. Lee: The Jurisprudence of Holland [1926]), boek II, deel XVII, §§ 17f., boek II, deel XXV, § 3.

<sup>98</sup> Vgl. Vinnius, Institutiones (Fn. 73), lib. II, tit. X, § 14, n. 4. Allerdings machte Vinnius sich die Ansicht spätscholastischer Autoren wie Molina und Vazquez zu eigen, dass der Erbe im *forum internum* restitutionspflichtig sei, falls ein aus Formgründen nichtiges Testament einen abweichenden Letzten Willen unmissverständlich zum Ausdruck brachte: loc. cit., § 3, n. 8.

*Simon van Groenewegen*<sup>99</sup>. In Bayern setzte der *Codex Maximilianus* Testamente kanonischen Rechts voraus<sup>100</sup>, und auch in Sachsen und Thüringen war diese Form nach Ansicht von *Stryk* und anderen führenden Autoritäten zumindest für Testamente der Landbevölkerung anerkannt<sup>101</sup>. Aber auch das war eine Ansicht, für die sich bei anderen Autoren keine Bestätigung findet<sup>102</sup>. Und als der bayerische Gesetzgeber diese Testamentsform im 19. Jahrhundert abschaffte, wurde dies Gesetz von den Gerichten offenbar ganz allgemein ignoriert<sup>103</sup>.

Aber auch dort, wo Testamente kanonischen Rechts nicht allgemein anerkannt waren, konnten Verfügungen *ad pias causas*<sup>104</sup>, die der Erblasser in dieser Form getroffen hatte, gleichwohl wirksam sein. Denn für solche Verfügungen waren die Regeln des kanonischen Rechts fast überall anerkannt<sup>105</sup>. Notorisch unklar waren indes wieder die Details und Einzelheiten solcher Privilegien, von denen das frühneuzeitliche Recht geradezu wimmelte, nachdem die vielen Akteure des frühneuzeitlichen Rechts den Katalog römischer Privilegien noch deutlich erweitert hatten<sup>106</sup>. Manche Autoren wollten ein Testament kanonischen Rechts *ad pias causas* auch dann aufrechterhalten, wenn neben der Verfügung zugunsten der Kirche auch anderes mitgeregelt worden war<sup>107</sup>; zudem war die Funktion der Zeugen umstritten<sup>108</sup>. Diese Frage betraf unser nächstes Problem:

## 2. Die Rechtsfolgen von Formfehlern

Angesichts der Komplexität des frühneuzeitlichen Rechts war die Frage, welche Rechtsfolgen die Verletzung eines testamentarischen Formerfordernisses nach sich ziehen sollte, außerordentlich wichtig. Zugleich war dies wieder eine besonders schwierige Frage. Die römischen Formvorschriften hatten einen konstitutiven Charakter gehabt: Nach römischer Überzeugung beruhte die

<sup>99</sup> Vgl. *Groenewegen*, de legibus abrogatis (Fn. 73), *ad Inst.* 2,10,5, *nn.* 1f.

<sup>100</sup> CMBC III 2 § 13; vgl. auch *Kreittmyr*, Anmerkungen III (Fn. 1), 955 (*ad III* 2, § 16, *n.* 2).

<sup>101</sup> *Stryk*, Usus modernus (Fn. 11), *lib.* XXVIII, *tit.* I, §3 (Sachsen); *Lauterbach*, Collegii (Fn. 11), *lib.* XXIX, *tit.* I, §47 (Thüringen und Sachsen).

<sup>102</sup> *Höpfner*, Commentar (Fn. 41), 408 (§ 450); *v. Glück*, Pandekten XXXIV (Fn. 18), 19f., 185f.; beide Autoren betonten, dass diese Testamentsform auch in katholischen Regionen nicht allgemein anerkannt sei.

<sup>103</sup> *v. Schmitt*, Erbfolge (Fn. 72), 405 m. N.

<sup>104</sup> Dazu R. Helmholz, The Oxford History of the Laws of England, Bd. 1: The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640<sup>th</sup> (2004), 387ff., 417ff.; Coing, Privatrecht I (Fn. 38), 593ff.

<sup>105</sup> *Covarruvias*, De testamentis (Fn. 39), *cap.* X, *nn.* 6ff.; *Höpfner*, Commentar (Fn. 41), 422f. (§463). Gegen ein solches Privileg *Voet*, der diese Testamentsform allerdings, zumindest für katholische Gegenden, als allgemeine Testamentsform anerkannte: *Commentarius* (Fn. 17), *lib.* XXVIII, *tit.* I, §§ 19, 21. Das Privileg galt auch in den französischen *pays de droit écrit*, wurde allerdings von gelehrten Autoren aus grundsätzlichen Erwägungen abgelehnt; näher *Domat*, loix civiles (Fn. 39), *part II*, *liv.* III, *tit.* I, *sect.* III, § 22; *liv.* IV, *tit.* II, *sect.* VI, § 7.

<sup>106</sup> Näher Jansen, Testamentary Formalities (Fn. 5), 42ff. m. w. N.

<sup>107</sup> *Covarruvias*, De testamentis (Fn. 39), *cap.* XI, *n.* 2.

<sup>108</sup> Näher *Covarruvias*, De testamentis (Fn. 39), *cap.* XI.

Rechtswirkung eines Testaments nicht auf dem Willen des Erblassers, sondern auf dem Vollzug des formellen Rituals<sup>109</sup>. Die Juristen des *usus modernus* qualifizierten die römischen Formerfordernisse dementsprechend als Solemnitäten (*solemnitates*) und hielten an der Nichtigkeitsfolge fest<sup>110</sup>. Freilich war diese Regel angesichts der unklaren Anforderungen an eine wirksame Testamentserrichtung wenig interessengerecht; und sie beruhte bereits im 17. Jahrhundert auf hoffnungslos archaischen Vorstellungen: Die Wirkungen von Rechtsgeschäften, das war im Privatrecht allgemein anerkannt und galt grundsätzlich auch im Erbrecht, beruhten nicht auf formellen Ritualen, sondern auf dem Parteiwillen<sup>111</sup>. Für das kanonische Recht ging die ganz allgemeine Meinung deshalb davon aus, dass die erforderlichen Zeugen nicht konstitutiv für die Wirksamkeit des Testaments waren<sup>112</sup>. Vielmehr sollte es sich um ein Beweismittel handeln, das grundsätzlich durch einen anderen Beweis ersetzt werden konnte<sup>113</sup>. Gleichermaßen machten manche auch für andere Formen öffentlicher Testamente geltend<sup>114</sup>. Denn wenn man statutarische Verfahrens- und Formregeln, wie sie etwa für öffentliche und notarielle Testamente galten, aus einer gemeinrechtlichen Perspektive betrachtete, konnten solche Regeln kaum konstitutiv für die Wirksamkeit eines Testaments sein<sup>115</sup>. Nach überwiegender Ansicht der spätscholastischen Theologen waren testamentarische Formvorschriften nach *ius naturae* unbeachtlich; im *forum conscientiae* (Beichtgericht) sollte es daher allein auf den wirklichen Willen des Testators ankommen<sup>116</sup>.

Die Juristen des *usus modernus* reagierten auf solche Probleme mit dem Grundsatz *in dubio pro testamento*: Enthielte ein Dokument ein Testament, so wurde vermutet, dass dies wirksam und die erforderlichen Förmlichkeiten beachtet

<sup>109</sup> Siehe oben Fn. 39.

<sup>110</sup> *Vœt*, Commentarius (Fn. 17), *lib. XXVIII, tit. I, § 28; Domat*, loix civiles (Fn. 39), *part II, liv. III, tit. I, sect. III, § 22. Covarruvias*, De testamentis (Fn. 39), *cap. X, [12] ff.* hat darauf sogar im kirchlichen *forum internum* abgestellt.

<sup>111</sup> Siehe nur *Pufendorf*, De iure naturae (Fn. 12), *lib. IV, cap. X, §§ 2ff.; J. G. Heineccius*, Elementa iuris naturae et gentium (Halle, 1738), §§ 286ff. und insbes. §§ 291f.; *Kreittmayr*, Anmerkungen III (Fn. 1), 931f. (ad III 2, §§ 2f., [1]). Sogar die gesetzliche Erbfolge wurde jetzt mit dem vermuteten Willen des Erblassers erklärt: *Pufendorf*, De iure naturae (*loc. cit.*), *cap. XI*,

§§ 1ff.; *Heineccius*, Elementa iuris (*loc. cit.*), §§ 294ff. Formerfordernisse dienten aus einer solchen Perspektive ausschließlich dazu, Irrtümer und Betrug zu verhindern: *Pufendorf*, De iure naturae (*loc. cit.*), *cap. X, § 7; Heineccius*, Elementa iuris (*loc. cit.*), § 287.

<sup>112</sup> *Stryk*, de cautelis (Fn. 1), *cap. XII, §§ 3, 5f.; G. A. Struve*, Syntagma Juris Civilis Secundum ordinem Pandectarum, Cum Additionibus Petri Mülleri, Bd. 2 (3. Aufl., Frankfurt/Leipzig, 1738), *exercitatio XXXII, § 23; Höpfner*, Commentar (Fn. 41), 423 (§ 463); *Covarruvias*, De testamentis (Fn. 39), *cap. XI, [12]; J. H. Böhmer*, Ius Ecclesiasticum Protestantum, Bd. 2 (3. Aufl., Halle/Magdeburg, 1732), *lib. III, tit. XXVI, §§ 21f.* Siehe aber auch *A. Fachineus*, Controversiarum iuris libri decem (Venedig, 1609), *lib. IV, cap. III; Lauterbach*, Collegii (Fn. 11), *lib. XXIX, tit. I, § 50.*

<sup>113</sup> *Coing*, Privatrecht I (Fn. 38), 571 (zur Normsetzung Papst Alexanders III.).

<sup>114</sup> *Vinnius*, Institutiones (Fn. 73), *lib. II, tit. X pr. in fine.*

<sup>115</sup> *Stryk*, de cautelis (Fn. 1), *cap. XV, §§ 46f.* mit einer Entscheidung der Frankfurter Fakultät von 1689.

<sup>116</sup> Ein differenzierteres Bild zeichnet *W. Decock*, Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500–1650) (2013), Kapitel 5, bes. 399f., 403ff.

waren<sup>117</sup>. So hatte *Stryk* mit der Hallenser Spruchfakultät 1705 über ein Testament zu entscheiden, dass der Erblasser schriftlich abgefasst hatte und das dann, im Einklang mit einer verbreiteten Praxis in Görlitz, vom Amtssekretär, einem Notar und einigen Zeugen bei ihm abgeholt worden war<sup>118</sup>. Zwar blieb dies Verfahren hinter den Anforderungen eines Privilegs aus dem Jahre 1496 zurück, wonach das Testament von zwei Mitgliedern des Rats und einem Notar abzuholen war, doch hielt die Fakultät das Testament gleichwohl für wirksam. Das Verfahren habe im Einklang mit dem Regelungszweck des ursprünglichen Privilegs eine effektive Kontrolle durch die Obrigkeit gewährleistet. Auch schien ein späteres Privileg von 1579 einen solchen Umgang mit dem früheren Privileg zuzulassen; und vor allem erfordere das *ius commune* eine Auslegung der Privilegien *pro testamento*. Man kann zweifeln, ob das eine wirklich zwingende juristische Argumentation bildete; aber gewiss bedeuteten solche Entscheidungen einen angemessenen Umgang mit der vorherrschenden Rechtsunsicherheit. Offenkundig war die Qualifikation von Formerfordernissen als Solemnitäten ohne wirkliche Bedeutung für die Praxis; sie erscheint damit als eine doktrinäre Fassade, die in symbolischer Weise den Rückbezug des Rechts auf die römischen Quellen zum Ausdruck brachte, von denen die Praxis sich längst gelöst hatte.

### 3. Testamente und Kodizille

Bei der Rezeption des römischen Rechts war die Unterscheidung von echten Testamenten und bloßen Kodizillen angesichts der klaren Aussagen der römischen Quellen<sup>119</sup> zu einer selbstverständlichen Elementarlehre des gemeinen Erbrechts geworden<sup>120</sup>, dass diese Unterscheidung dem kanonischen Recht unbekannt war, blieb zunächst irrelevant. Die förmliche Einsetzung eines Erben galt deshalb nach *ius commune* als unverzichtbares Erfordernis einer testamentarischen Verfügung<sup>121</sup> – 1512 wurde das in der Reichsnotariatsordnung

<sup>117</sup> Für diesen Grundsatz *A. Gail*, Practicarum observationum, tam ad Processum Judicarium . . . libri duo (Köln, 1668), *lib. II*, *observatio CXVIII*, [19]: „. . . in dubio tenenda illa opinio quae favet testamentis . . .“. Siehe auch *Voe*, Commentarius (Fn. 17), *lib. XXVIII*, *tit. I*, § 28; *Höpfner*, Commentar (Fn. 41), 399 (§ 443): „prae sumptio solemnitatis“; näher *A. Leyser*, Meditationes ad Pandectas (3. Aufl., Leipzig/Wolfsburg, 1741ff.), Bd. 7, *specimen D*, §§ 12ff. Siehe demgegenüber aber auch, für Frankreich, *Domat*, loix civiles (Fn. 39), *part II*, *liv. III*, *tit. I*, *sect. III*, § 22: Formerfordernisse seien wirkungslos, wenn sie nicht ernstgenommen würden.

<sup>118</sup> Den Fall berichtet *Stryk*, Usus modernus (Fn. 11), *lib. XXVIII*, *tit. I*, § 2.

<sup>119</sup> Siehe oben Fn. 29.

<sup>120</sup> *J. G. Heiniccius*, Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum, hg. v. L. J. F. Höpfner (Gießen, 1784), § 676; *Höpfner*, Commentar (Fn. 41), 569f. (§§ 618, 622); *v. Glück*, Pandekten XXXIII (Fn. 18), 324; XXXIV, 14f.; *Vinnius*, Institutiones (Fn. 73), *lib. II*, *tit. XXV*, § 2, n. 1; *Voe*, Commentarius (Fn. 17), *lib. XXIX*, *tit. VII*, §§ 1, 3. Siehe auch *Domat*, loix civiles (Fn. 39), *part II*, *liv. III*, *tit. I*, *sect. I*; *liv. IV*, *tit. I*, *sect. I*.

<sup>121</sup> *Stryk*, de cautelis (Fn. 1), *cap. XVI*, § 1: „substantia testamenti“; *Brunnemann*, Commentarius ad Pandectas (Fn. 39), *ad D. 29.7*, vor *lex 1*; *derv.*, Commentarius in Codicem Justinianum (Leipzig, 1699), *ad C. 6.23.8*; *Höpfner*, Commentar (Fn. 41), 366ff. (§§ 441 n. 2, 442);

*U. Huber*, Heedendaegse Rechtsgeleerdeytheit (5. Aufl., ins Englische übers. v. P. Gane, The Jurisprudence of My Time, 1939), *book II*, *ch. 12*, §§ 5f., *ch. 14*, 16; *B. Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 3 (7. Aufl., Frankfurt a.M., 1891), 25 (§ 538).

ausdrücklich bestätigt<sup>122</sup>; es blieb unter dem bayerischen *Codex Maximilianeus* von 1756 geltendes Recht<sup>123</sup> und liegt auch noch dem ABGB von 1811<sup>124</sup> und übrigens auch dem heutigen *ius commune* von San Marino<sup>125</sup> zugrunde. Freilich war es zumindest in den Niederlanden<sup>126</sup> und in Deutschland<sup>127</sup> üblich, ungültige Testamente als Kodizill aufrechtzuerhalten, soweit das möglich war<sup>128</sup>, und zwar auch dann, wenn das Testament keine entsprechende Kodizillklausel enthielt. Damit wurde eine ungültige Erbeinsetzung unter Umständen als ein Fideikommiss behandelt, das die gesetzlichen Erben ebenso wie ein wirksames Testament belastete.

Hinzu kam, dass die Unterscheidung ihre Relevanz verlor, wo Formerfordernisse für Testamente im Einklang mit dem kanonischen Recht modifiziert worden waren<sup>129</sup>, oder wo eine Erbeinsetzung statutarrechtlich oder nach einem einschlägigen *usus fori* als entbehrlich galt<sup>130</sup>. So hatte die Reichsnotariatsordnung für Testamente der bäuerlichen Landbevölkerung und für Kodizille gleiche Formerfordernisse statuiert<sup>131</sup>; ähnlich ließen sächsische Gewohnheiten am Ende des 17. Jahrhunderts für solche Verfügungen ein Testament nach kanonischem Recht genügen<sup>132</sup>. Das bedeutete, dass für solche Testamente geringere Förmlichkeiten (ein Priester, zwei Zeugen) zu beachten waren als sie nach römisch-gemeinem Recht für ein Kodizill

<sup>122</sup> Nach I § 2 RNO (Fn. 21) galten die Solemnitätserfordernisse des *ius commune*: sieben Zeugen waren für ein ordentliches Testament erforderlich, fünf für ein Kodizill.

<sup>123</sup> CMBC III 3 §§ 1, 9; III 5, §§ 1ff. (benutzt wurde die Ausgabe München 1759).

<sup>124</sup> § 553 ABGB: „Wird in einer letzten Anordnung ein Erbe eingesetzt, so heißt sie Testament; enthält sie aber nur andere Verfügungen; so heißt sie Codicill“.

<sup>125</sup> M. Reinkenhof, Die Anwendung von *ius commune* in der Republik San Marino (1997), 164f., 189ff.

<sup>126</sup> Huber, Rechtsgelerterth (Fn. 121), book II, ch. 14, §§ 12f. Zu solchen Kodizillklauseln siehe oben bei Fn. 31.

<sup>127</sup> M. S. Pistoris, Consiliorum sive responsorum, Bd. 1 (Leipzig, 1587), *consilium* I, nn. 21f.; *Stryk*, de cautelis (Fn. 1), *cap.* XXIII, § 29, mit Hinweis auf eine Entscheidung der Frankfurter Spruchfakultät von 1683. Allerdings war zweifelhaft, wie weit ein entsprechender Wille des Erblassers gemutmaßt werden könne; siehe *Stryk*, de cautelis (Fn. 1), *cap.* XXIII, §§ 31ff.; Höpfner, Commentar (Fn. 41), 575 (§ 628). 1699 hatte die Hallenser Spruchfakultät eine solche Interpretation einer letztwilligen Verfügung abgelehnt, in der der Erblasser seinen Letzten Willen zweimal als „Testament“ bezeichnet hatte; hier könnte, so die Fakultät, kein *animus codicillandi* vermutet werden: *Stryk*, de cautelis (Fn. 1), *cap.* XXIII, § 38. Auch Gesetzgeber empfahlen dementsprechend die Einfügung einer solchen Klausel; vgl. CMBC III 3, § 23.

<sup>128</sup> Für eine Kritik dieser Praxis etwa Perez, Praelectiones (Fn. 20), *lib.* VI, *tit.* XXIII, n. 19.

<sup>129</sup> Siehe oben bei Fn. 92ff.

<sup>130</sup> Für französische und niederländische Städte Vinnius, Institutiones (Fn. 73), *lib.* II, *tit.* XIV, § 12, n. 1; für die Niederlande Groenewegen, de legibus abrogatis (Fn. 73), *ad Inst.* 2,17,7, n. 5, *ad Inst.* 2,20,34 und *ad* 2,25,3. Ähnliche Regeln galten in Aragon und in einigen deutschen Städten; Nachweise bei Coing, Privatrecht I (Fn. 38), 573. In den französischen *pays de droit écrit* waren die römischen Regeln offenbar zunächst durch einige *coutumes* abgeschafft, dann aber gleichwohl gesetzlich oder richterrechtlich wieder eingeführt worden: Ourlaic/de Malafosse, Histoire du droit privé III (Fn. 60), 471.

<sup>131</sup> I § 2 RNO (Fn. 21): „auf dem Gau, wo Bauersleute Testamente machen, und mehr Zeugen nicht zu bekommen wären...“. Siehe auch Höpfner, Commentar (Fn. 41), 421f. (§ 462) mit ausführlicher Diskussion.

<sup>132</sup> *Stryk*, Usus modernus (Fn. 11), *lib.* XXVIII, *tit.* I, § 3; näher ders., de cautelis (Fn. 1), *cap.* XIII, §§ 19, 25ff., 28ff.

galten (fünf qualifizierte Zeugen). Nach holländischem<sup>133</sup> und nach spanischem<sup>134</sup> Recht war die erforderliche Zeugenzahl für Testamente sogar ganz allgemein auf die fünf Zeugen reduziert worden, die auch für ein Kodizill erforderlich waren. Viele französische *coutumes* hatten die Unterscheidung von Testamenten und Kodizillen ausdrücklich abgeschafft<sup>135</sup>. Und das ABGB führte die dogmatische Differenzierung später *ad absurdum*, indem es gleiche Regeln für beide Institute statuierte. In der vom kanonischen und Statutarrecht geprägten Rechtswirklichkeit des 18. Jahrhunderts war die gemeinrechtliche Elementarlehre zu doktrinalem Ballast geworden, der das Verständnis rechtlicher Regeln geradezu störte<sup>136</sup>.

## V. Schluss

Diese Beobachtungen sollen für einen Eindruck von der Ambiguität und der Überkomplexität des im gemeinen Recht begründeten frühneuzeitlichen Testamentsrechts genügen. Weitere Schwierigkeiten kommen hinzu, wenn man auch den Widerruf von Testamenten mit in den Blick nimmt; hier galten je unterschiedliche Regeln für die einzelnen Testamentsformen<sup>137</sup>: Elterntestamente konnten beispielsweise nur durch ein solemnes ordentliches Testament mit einer ausdrücklichen *clausula derogatoria* widerrufen werden<sup>138</sup>; und es war niemals ganz klar, ob bei einem *testamentum iudici oblatum* die Vermutung für einen Widerruf sprach, wenn der Erblasser das Dokument wieder von dem Gericht zurückgenommen hatte<sup>139</sup>, ob ein Bruch der Siegel eines Testaments als Widerruf zu verstehen war<sup>140</sup> und ob man ein solemnes ordentliches Testament durch ein weniger förmliches Elterntestament *inter liberos* widerrufen konnte<sup>141</sup>.

---

<sup>133</sup> *Voet*, Commentarius (Fn. 17), *lib.* XXVIII, *tit.* I, § 13, *lib.* XXIX, *tit.* VII, §§ 1, 5. Ähnlich *Grotius*, Inleiding (Fn. 97), *boeck* II, *deel* XVII, §§ 17f., *boeck* II, *deel* XXV, § 3; *Groenewegen*, de legibus abrogatis (Fn. 73), *ad Inst.* 2,10,11, n. 7, und *ad Inst.* 2,10,5, nn. 1f.

<sup>134</sup> *Covarruvias*, De testamentis (Fn. 39), *cap.* X, *nn.* 4f.

<sup>135</sup> Vgl. Art. XCIV, 2 des Coutumes du bailliage de Bar<sup>1579</sup>, in: Nouveau coutumier II (Fn. 68), 1019ff.: „Et n'y a difference entre testament & codicil“. Die meisten *coutumes* behandelten „testaments & codicils“ als ein Institut; vgl. auch *Pothier*, donations testamentaires (Fn. 21), *n. 2*.

<sup>136</sup> *Groenewegen*, de legibus abrogatis (Fn. 73), *ad Inst.* 2,25,3: „hodie testamenta et codicilli non differunt“; für Italien vgl. *Besta*, successioni (Fn. 73), 212. Der Gedanke, dass Verfügungen mit einer geringeren Bedeutung unter erleichterten Voraussetzungen möglich sein sollten, blieb freilich insbesondere in Deutschland lebendig; näher *Jansen*, Testamentary Formalities (Fn. 5), 35 m. w.N.

<sup>137</sup> Siehe nur *Stryk*, de cautelis (Fn. 1), *cap.* XXIV; *Covarruvias*, De testamentis (Fn. 39), *rubrica*, *pars* II.

<sup>138</sup> Nov. 107, *cap.* 2; *Stryk*, de cautelis (Fn. 1), *cap.* XXIV, § 19; *Perez*, Praelectiones (Fn. 20), *lib.* VI, *tit.* XXIII, *n.* 28.

<sup>139</sup> Vgl. *Stryk*, de cautelis (Fn. 1), *cap.* XXIV, §§ 38f.; v. *Glück*, Pandekten XXXIV (Fn. 18), 218ff.

<sup>140</sup> *Perez*, Praelectiones (Fn. 20), *lib.* VI, *tit.* XXIII, *n.* 20f.

<sup>141</sup> Siehe nur *Pistoris*, Consilia I (Fn. 127), *consilium* XLIV. Nach Domat konnte eine Verfügung zugunsten von Angehörigen, die ein Erblasser vor fünf Zeugen getroffen hatte, zwar als wirksamer Widerruf früherer Verfügungen gelten; als Testament durfte man diese Verfügung jedoch nicht anerkennen: *Domat*, loix civiles (Fn. 39), *part* II, *liv.* III, *tit.* I, *sect.* V, § 5.

War bereits das ursprüngliche römische Testamentsrecht überkompliziert gewesen, so galt das noch viel mehr für das, was Kirche, Herrscher und Juristen seit dem Mittelalter daraus gemacht hatten.

Die Juristen des *usus modernus* mussten ihre Aufgabe darin sehen, diesen misslichen Rechtszustand zu überwinden; und dafür empfahl *Stryk* eine Doppelstrategie: „*duplex via remanet, vel ut testamento tollamus penitus, vel otiosae illae subtilitates, quibus Romani delectabantur, resecentur*, & ita res ad simplicitatem juris gentium reducatur“<sup>142</sup>. Einstweilen gelte es, letztwillige Verfügungen wohlberaten zu treffen, und *Stryks* Werk ist voll von solchem Rat. Gleichzeitig bestehe die Aufgabe der Professoren und Richter darin, die irreführenden Subtilitäten des Rechts so weit zurückzuschneiden, wie das mit den Mitteln der Wissenschaft möglich war. Das bedeutete, Formerfordernisse einschränkend zu behandeln und vor allem die Rechtsfolgen von Verletzungen solcher Formerfordernisse abzumildern. Es ist bemerkenswert und bildet wohl keinen Zufall, dass *Stryks* französische Zeitgenossen, die mehr Grund hatten, der vereinheitlichenden Gesetzgebung eines erstarkenden Staats zu vertrauen, hier genau umgekehrt vorgingen: Man habe Formerfordernisse ernst zu nehmen, so *Jean Domat* und *Robert Joseph Pothier*, und dürfe deshalb keine Ausnahmen zulassen<sup>143</sup>. Heutige Juristen würden das ganz genauso sehen.

In anderen Teilen Europas war ein solcher etatistischer Standpunkt unplausibel. Hier konnte nur *Stryks* Programm einer wissenschaftlichen Vereinheitlichung des gemeinen Rechts weiterhelfen. Dem diente nicht nur die oben erläuterte Vermutung der Wirksamkeit einer testamentarischen Verfügung<sup>144</sup>. Ein zweites Element bestand in einem „Herkunftsprinzip“, wonach Testamente, die an einem bestimmten Ort wirksam errichtet worden waren, auch an anderen Orten mit abweichendem Recht anerkannt werden sollten<sup>145</sup>. Ein drittes Element dieses

<sup>142</sup> *Stryk*, *de cautelis* (Fn. 1), *cap. I*, § 2 *in fine*; vgl. auch *Kreittmayr*, Anmerkungen III (Fn. 1), 934 (*ad III 2, §§ 2f., [3]*).

<sup>143</sup> *Domat*, *loix civiles* (Fn. 39), *part II*, *liv. III*, *tit. I*, *sect. III*, § 22; siehe auch *Pothier*, *donations testamentaires* (Fn. 21); dort bezog Pothier sich durchgehend auf die *Ordonnance concernant les testaments* (Fn. 22), in der die meisten Probleme des *ius commune* eine klare Lösung gefunden hatten.

<sup>144</sup> Siehe oben bei Fn. 117f.

<sup>145</sup> Siehe nur *Ius Lubecense*, *pars II*, *tit. I*, *art. XVI*; *Domat*, *loix civiles* (Fn. 39), *part II*, *liv. III*, *tit. I*, *sect. III*, § 1; *Vinnius*, *Institutiones* (Fn. 73), *lib. II*, *tit. X*, § 14, n. 5; *Voet*, *Commentarius* (Fn. 17), *lib. XXVIII*, *tit. I*, § 27; *Huber*, *Rechtsgeleertheyt* (Fn. 121), *book II*, *ch. 12*, §§ 62ff.; *Gail*, *observationes* (Fn. 117), *lib. II*, *obserratio CXXIII*, n. 2; *Stryk*, *Usus modernus* (Fn. 11), *lib. XXVIII*, *tit. I*, § 2 *in fine*, *ders* *de cautelis* (Fn. 1), *cap. XVI*, § 1. Wie so oft waren Einzelheiten freilich unklar oder umstritten. Üblicherweise war die Regel auf Erblasser beschränkt, die *bona fide* testiert hatten und mit dem Rückgriff auf fremdes Recht nicht lokale Normen umgehen wollten. Zudem sollte die Regel sich nur auf Formerfordernisse, nicht aber auf weitere Voraussetzungen wie die Testierfähigkeit beziehen; vgl. *Stryk*, *Usus modernus* (Fn. 11), *cap. XV*, § 15, mit dem Bericht einer Entscheidung der Hallenser Spruchfakultät von 1686; *D. Mervius*, *Commentarii in Ius Lubecense* (Frankfurt a. M., 1642/1643), *pars II*, *tit. I*, *art. XVI*, nn. 1ff.; *Perez*, *Praelectiones* (Fn. 20), *lib. VI*, *tit. XXIII*, n. 24; *Kreittmayr*, Anmerkungen III (Fn. 1), 933 (*ad III 2, §§ 2f., n. 3*).

Programms, das man freilich nicht ausdrücklich ansprach, weil es den römischen Quellen und statutarischen Bestimmungen widersprach, bildete die Praxis, eigenhändige Verfügungen als die Normalform gewöhnlicher Testamente anzuerkennen: Solange das Vermögen in der Familie blieb, war eine solche Praxis bereits im 17. und 18. Jahrhundert weit verbreitet und allgemein anerkannt<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> Näher Jansen, *Testamentary Formalities* (Fn. 5), 42ff. m. w. N.