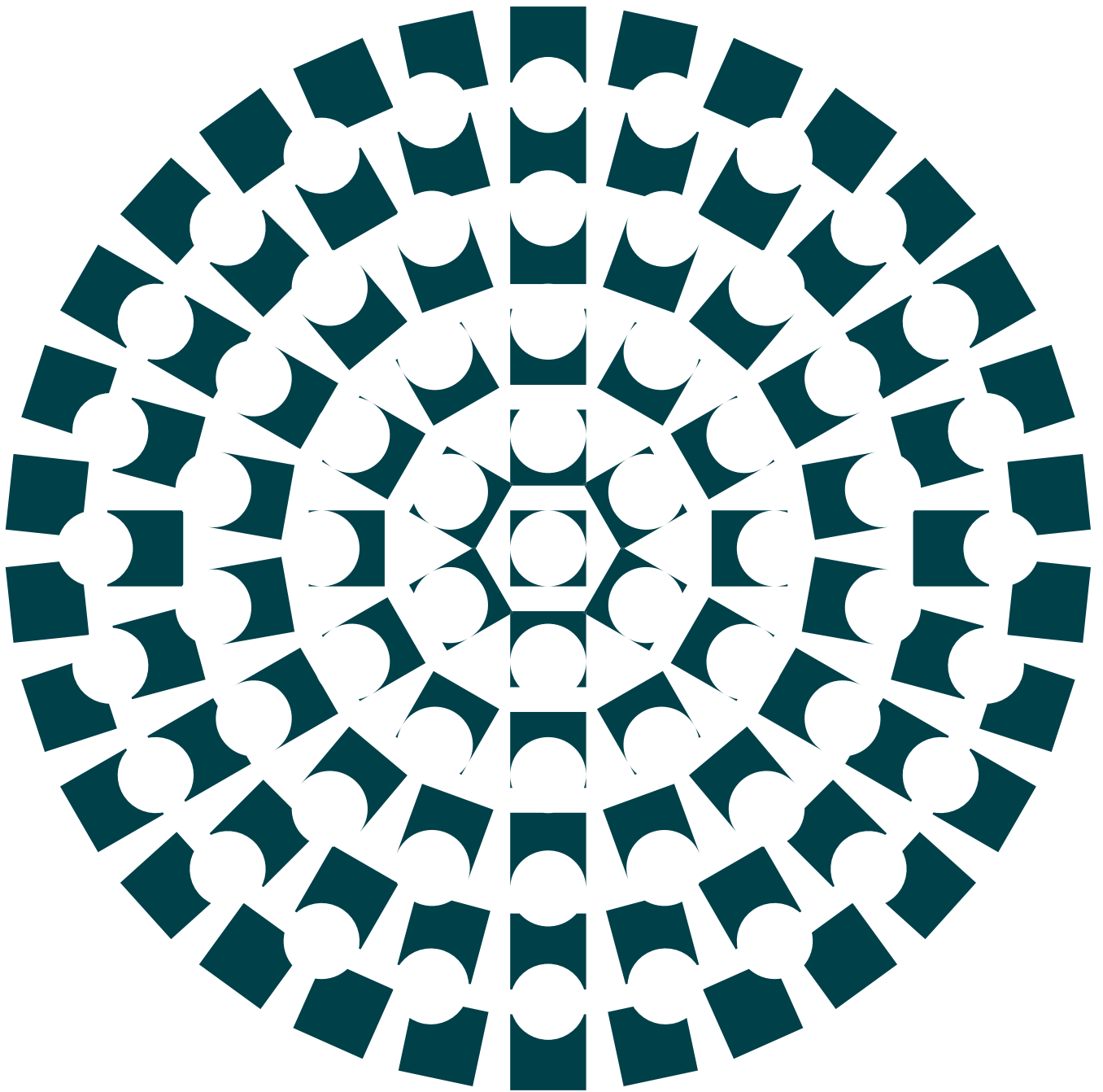


# rechtstexte



nr. 7

# rechtstexte nr. 7

## \_\_\_\_\_ Höchstpersönlichkeit – willentliche (Miss-)Verständnisse des römischen Rechts

Abstrakt \_\_\_\_\_ Dreh- und Angelpunkt unseres heutigen Privatrechtsdenkens, unserer heutigen Sprache der Rechte, ist der Wille – und aus dieser Willensperspektive meinen manche noch heute, auch die römischen Quellen lesen zu können. Der vorliegende Beitrag möchte einem bereits von anderen ange-mahnten Perspektivwechsel, einer anderen Lesart der Quellen das Wort reden. Denn auch soweit das römische Recht dem Willen besondere Bedeutung eingeräumt haben mag, nach hier vertretender Auffassung war und blieb Kristallisationspunkt des römischen Rechtsdenkens und seiner Sprache der Aktionen immer der Tatbestand.

Liest man aber aus dieser Perspektive konsequent auch die römischen Quellen, dann liest man zur sog. Höchstpersönlichkeit: nichts. Das römische Recht kannte keine besondere Voraus-  
setzung einer Höchstpersönlichkeit des Willens des Erblassers.

Autor \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. iur. Walter Boente ist Assistenzprofessor mit  
tenure track an der Universität Zürich und Inhaber des  
Lehrstuhls für Privatrecht, Schwerpunkt ZGB  
([ist.boente@ius.uzh.ch](mailto:ist.boente@ius.uzh.ch)). Der vorliegende Beitrag ist ein  
weitgehend wörtlicher Auszug aus BOENTE WALTER, Höchst-  
persönlichkeit: Eine Erbrechtsgeschichte von Missver-  
ständnissen, in Vorbereitung für Herbst 2026. Herzlichen  
Dank schulde ich Herrn Prof. Dr. iur. Jakob Fortunat  
Stagl, Universität Autònoma de Barcelona, für die vielen  
bereichernden Gespräche, die auch die vorliegende  
Publikation begleitet haben.

Herausgeber \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. iur. Walter Boente.

URL \_\_\_\_\_  
[rechtstexte.online/7](https://rechtstexte.online/7)

DOI \_\_\_\_\_  
<https://doi.org/10.58591/rt.7>

Lizenz \_\_\_\_\_  
Creative Commons Namensnennung 4.0 International

Zitiervorschlag \_\_\_\_\_  
Walter Boente, Höchstpersönlichkeit – willentliche  
(Miss-)Verständnisse des römischen Rechts, rechtstexte  
nr. 7, <https://doi.org/10.58591/rt.7>, N.

# Inhaltsverzeichnis

---

A.	Ein Kurzschluss gleich zu Anfang	01
B.	Alle Wege führen nach Rom	08
C.	Grundlegende Verständnisse und Missverständnisse	14
I.	Die actio als Kristallisationspunkt römischen Rechtsdenkens	15
II.	Willentliche (Miss-)Verständnisse des römischen Rechts	17
1.	Eine Frage der Höhe des Blickpunktes?	18
a.	(K)ein Rechtssubjekt und (k)ein subjektives Recht	19
b.	(K)eine Privatautonomie	22
c.	(K)ein Rechtsgeschäft	23
2.	Nicht in den Begriff zu bekommen	24
III.	Der Tatbestand als Subjekt römischer Rechtssätze	26
1.	Keine Frage der Höhe des Blickpunktes	27
a.	Kein Rechtssubjekt und kein subjektives Recht	28
b.	Keine Privatautonomie	29
c.	Kein Rechtsgeschäft	30
2.	Die Übersetzung der «Sprache der Aktionen» in die «Sprache der Rechte» als Sisyphosaufgabe	31
D.	Höchstpersönlichkeit zwischen Un- und Selbstverständlichkeit	33
I.	Höchstpersönlichkeit im heutigen Begriff	34
1.	(K)eine Wollensvertretung	35
2.	(K)ein Drittwollen auch im Übrigen	37
a.	Drittwollensbestimmungen	38
b.	Drittwollensbedingungen	43
c.	Drittwollensauflagen	46
3.	(K)eine Höchstpersönlichkeit	48
a.	Höchstpersönlichkeit und rituelles Handeln	49
b.	Höchstpersönlichkeit als Form des Rechtsgeschäfts	50
4.	Unbegreifliches im Erbrecht	53
a.	(K)eine Wollensvertretung	56
b.	(K)ein Drittwollen auch im Übrigen	57
aa.	(K)eine Drittwollensbestimmungen	58
(1).	(K)eine Drittwollensbestimmung und Fideikommiss	59
(2).	(K)eine Drittwollensbestimmung auch im Übrigen	61
bb.	(K)eine Drittwollensbedingungen	65
cc.	(K)eine Drittwollensauflagen	69
II.	Höchstpersönlichkeit als selbstverständlich nicht begriffen	71
1.	Selbstbestimmung und keine Stellvertretung	72
2.	Eine bestimmte Bestimmtheit	74
3.	Höchstpersönlichkeit selbstverständlich	77
4.	Erbrecht in der Tat	78
a.	Selbstbestimmung auch im Erbrecht	79
b.	Die bestimmte Selbstbestimmtheit im Erbrecht	80
aa.	Die bestimmte Bestimmtheit von Erbeinsetzung, Vermächtnis und Fideikommiss	81
bb.	Die Selbstbestimmtheit	83
c.	Höchstpersönlichkeit selbstverständlich auch im Erbrecht	86
E.	Massgebliche Wertungen jenseits der Rechtstechnik	87
F.	Der Faden der Rechtsgeschichte	93

# A. Ein Kurzschluss gleich zu Anfang

---

01 \_\_\_\_\_ Dreh- und Angelpunkt unseres heutigen Privatrechtsdenkens, unserer heutigen Sprache der Rechte, ist der Wille.<sup>1</sup> Es überrascht daher kaum, wenn aus dieser Perspektive heute häufig auch auf die Rechtsgeschichte geblickt wird.<sup>2</sup>

02 \_\_\_\_\_ Zumindest für das römische Recht birgt dies jedoch die Gefahr, dass wir etwas in die Quellen hineinlesen, was aus Perspektive der Römer so nicht in den Quellen zu lesen war, und etwas aus den Quellen nicht in unseren Blick gerät, was aus dem Blickwinkel der Römer in diesen geschrieben stand.<sup>3</sup> Denn auch soweit das römische Recht dem Willen besondere Bedeutung eingeräumt haben mag, Kristallisationspunkt des römischen Rechtsdenkens und seiner Sprache der Aktionen war und blieb nach hier vertretener Auffassung immer der Tatbestand.<sup>4</sup>

03 \_\_\_\_\_ Besonders augenfällig wird das Auseinanderfallen beider Perspektiven bzw. Lesarten der Quellen beim Testament, scheinen dort doch eigentlich Tatbestand und Wille ineinander zu fallen.<sup>5</sup> Doch aus der heutigen Willensperspektive liest man nun in den Quellen überrascht von besonderen Anforderungen an die Selbstständigkeit und Bestimmtheit des Willens des Erblassers, welche man, jenseits eines Ausschlusses der Vertretung im Willen, letztlich für unbegründet und nur noch einem überholten «Formalismus» geschuldet hält.<sup>6</sup> Aber auch im Übrigen bekommt man die römischen Rechtssätze aus dieser Willensperspektive kaum in den Griff, meint gar, eine «Antinomie» der Quellen, einen «Streit», eine «Klassikerkontroverse» annehmen zu müssen.<sup>7</sup>

04 \_\_\_\_\_ Der Perspektive des Tatbestandes hingegen fügen sich die römischen Quellen, zumindest besser: Mit dem vom Tatbestand vorausgesetzten Willen einer Person wurde einerseits in der Tat der vom Tatbestand bestimmte Wille dieser Person vorausgesetzt; der Wille einer anderen Person oder ein anders bestimmter Wille war in der Tat ein anderer Wille und allenfalls von anderen Tatbeständen des römischen Rechts umfasst. Und über diese allgemeine Voraussetzung der Persönlichkeit des Willens bzw. des vom Tatbestand bestimmten Willens hinaus liest man aus dieser Perspektive in den römischen Quellen zum Testament: nichts. Das römische Recht kannte keine besondere Voraussetzung einer Höchstpersönlichkeit des Willens des Erblassers.<sup>8</sup>

---

1 Näher dazu der Beitrag von BOENTE WALTER, Selbstbestimmung im Privatrecht – zur weiteren Diskussion, rechtstexte nr. 1 (2023), <https://doi.org/10.58591/rt.1>, m.w.N.

2 Zu solchen Umleseprozessen, insbesondere auch dem Hineinlesen eines Grundsatzes der «Privatautonomie» in unser geltendes Privatrecht, m.w.N. BOENTE WALTER, Höchstpersönlichkeit: Eine Erbrechtsgeschichte von Missverständnissen, in Vorbereitung für Herbst 2026, passim, sowie zur «Privatautonomie» insbesondere DERS., a.a.O., Sechster Teil, § 3.A.

3 Dazu unten N. 18 ff., dort auch m.w.N. zum Stand der Diskussion.

4 Näher dazu unten N. 15 f., 26 ff.

5 Dazu näher unten N. 54 ff.

6 Vgl. dazu unten die Hinweise in Fn. 122.

7 Dazu unten N. 67 m.w.N.

8 M.w.N. unten N. 66 ff.

05

Nun mag man die Frage einer besonderen Voraussetzung der Höchstpersönlichkeit des Willens des Erblassers als eben Besonderheit der Quellen zum Erbrecht gleich wieder beiseitelassen. Nach hier vertretener Auffassung weist aber gerade diese Frage auf ein letztlich grundlegendes Missverständnis der römischen Quellen hin: Fallen beim Testament Wille und Tatbestand in eins, wird die Höchstpersönlichkeit zum Kippunkt beider Perspektiven; bei der Höchstpersönlichkeit kommt es zum Schwur.<sup>9</sup>

06

Doch auch an anderen Stellen der Quellen trägt die hier verworfene Willensperspektive zumindest eine «Unwucht» in das römische Recht hinein: Ganz will sich das römische Recht nicht unserer heutigen Sprache der Rechte, unserem «subjektiven Recht», unserem «Anspruch», unserem «Rechtsgeschäft», unserer «Form» etc., fügen.<sup>10</sup> Geteilt wird daher die Ansicht, dass abermals vor die Quellen zurückzutreten ist, um das römische Recht damit vielleicht sogar richtiger zu begreifen – nach hier vorgetragener Auffassung aus Perspektive des Tatbestandes.<sup>11</sup>

07

Dennoch wird es nicht einfach sein, die in unserer Sprache der Rechte geronnene Willensperspektive hinter uns zu lassen. Die Willensperspektive hat uns fester im (Be-)Griff, als wir es vielleicht glauben mögen. Ein Ausweichen auf neue Worte wird nicht immer möglich sein.

## B. Alle Wege führen nach Rom

08

Doch zunächst zurück auf Los, zur Höchstpersönlichkeit im Erbrecht. So findet sich denn heute auch kaum eine Arbeit, die nicht mit der Rechtsgeschichte, die nicht beim römischen Recht beginnt;<sup>12</sup> der «Ursprung des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit» soll im römischen Recht liegen:<sup>13</sup> Anders als in anderen Rechtsgebieten seien im römischen Erbrecht besondere Voraussetzungen an den rechtswirksamen Willen gestellt und die «Selbständigkeit und Vollständigkeit des Erblasserwillens ... als maßgebliches Kriterium für die Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen»<sup>14</sup> aufgestellt worden.

09

Die Begründungsversuche sind vielfältig, wenn auch heute die Auffassung zu überwiegen scheint, dass solch Grundsatz im römischen Recht «nicht etwa auf ein ethisches Prinzip zurückzuführen» sei, «sondern

<sup>9</sup> Vgl. unten N. 54 ff.

<sup>10</sup> Näher dazu unten N. 18 ff.

<sup>11</sup> Vgl. dazu nicht zuletzt die Nachweise bereits vorgetragener Ansätze unten N. 25 ff.

<sup>12</sup> So für das schweizerische Recht etwa EITEL PAUL, Der letzte Wille des Erblassers – Notizen zu aktuellen Entwicklungen, in: Arnet Ruth/Eitel Paul/Jungo Alexandra/Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 285: «Der Ursprung des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit liegt im römischen Recht.»; zur Abgrenzung der vorliegenden Fragestellung zu den sog. «höchstpersönlichen Rechten» im Sinne des Art. 19c ZGB BUCHER EUGEN/AEBI-MÜLLER REGINA E., Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2. Aufl., Bern 2017, Art. 19-19c ZGB N. 244, m.w.N.

<sup>13</sup> So, vor dem Hintergrund des schweizerischen Rechts, etwa EITEL, Der letzte Wille des Erblassers, in: FS Breitschmid (Fn. 10), S. 285 f., unter Verweis auf ZIMMERMANN REINHARD, «Quos Titius voluerit» – Höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers oder «power of appointment?», München 1991, S. 9 ff.; FISCHER MURIELLE, Der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit im Erbrecht, Jusletter 13. Februar 2017, N. 5 ff.

<sup>14</sup> In Anlehnung an eine Formulierung ZIMMERMANNs, «Quos Titius voluerit» (Fn. 11), S. 17.

auf die altrömischen Formprinzipien». <sup>15</sup>

Begründetheit hin oder her, die «Entwicklungen im *ius commune*» führten schliesslich dazu, dass im 19. Jahrhundert dieser aus dem römischen Recht herausgelesene Grundsatz weiter fortgeschrieben wurde. <sup>16</sup> Das römische Recht war als «heutiges Römisches Recht» häufig weiter geltendes Recht <sup>17</sup> und damit auch der aus dem römischen Recht herausgelesene Grundsatz der Höchstpersönlichkeit.

Durch Vermittlung des gemeinen Rechts fortgeschrieben sieht man solchen Grundsatz dann auch heute noch, nicht zuletzt im deutschem Bürgerliche Gesetzbuch. <sup>18</sup> Dem «BGB-Gesetzgeber» sei es Ende des 19. Jahrhunderts mit dem am 1. Januar 1900 in Kraft getretenen Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mehr gelungen, sich vom römischen Recht zu emanzipieren und die «Rechtsentwicklung zu einem Abschluß» zu bringen. <sup>19</sup> Aber auch im am 1. Januar 1912 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilgesetzbuch meint man, noch Fasern der römischen Rechtssätze weitergesponnen zu finden. <sup>20</sup>

Die diesbezüglichen Rechtssätze des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs gelten noch heute. Probleme des Begreifens dieser wie auch immer gearteten Höchstpersönlichkeit, *de lege lata* und *de lege ferenda*, werden daher nicht selten weiter als Nachwehen römischer Rechtssätze behauptet. <sup>21</sup>

Am römischen Recht führt daher auch hier kein Weg vorbei. <sup>22</sup>

- 
- <sup>15</sup> EITEL, Der letzte Wille des Erblassers, in: FS Breitschmid (Fn. 10), S. 285 f., unter Verweis auf ZIMMERMANN, «Quos Titius voluerit» (Fn. 11), S. 8 ff.
- <sup>16</sup> In Anlehnung an die Formulierungen EITELS, Der letzte Wille des Erblassers, in: FS Breitschmid (Fn. 10), S. 285 f., dort wiederum unter Verweis auf ZIMMERMANN, «Quos Titius voluerit» (Fn. 11); vgl. mit der Rede von der «Kasuistik des immer noch mit Rechtskraft ausgestatteten gemeinen Rechts» als «Rückfallsebene für alle Fragen, welche die pandektistische Rechtswissenschaft nicht systemimmanent beantworten konnte», IMMENHAUSER MARTIN, Von der allgemeinen Kontraktklage zum einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnis: Vom Umgang mit «sonstigen Forderungsverletzungen», in: Pichonnaz Pascal/Vogt Nedim Peter/Wolf Stephan (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 299.
- <sup>17</sup> Vgl. zur Wendung «heutiges Römisches Recht» etwa SAVIGNY FRIEDRICH CARL VON, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, § 1, S. 1 f., § 2, S. 4; zur Bedeutung des römischen Rechts für das schweizerische Erbrecht namentlich BÜHLER THEODOR, Die Methoden der Rezeption des römisch-gemeinen Rechts in die Erbrechte der Schweiz, ZRG GA 120 (2003), S. 1 ff, m.w.N.; allgemein in Hinblick auf die Bedeutung des römischen Recht für das schweizerische Recht etwa CARONI PIO, Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo?, in: Corrao Pietro/Delle Donne Roberto/Gasparri Stefano/Guglielmotti Paola/Varanini Gian Maria/Zorzi Andrea (Hrsg.), Europa e Italia, Studi in onore di Giorgio Chittolini, Europe and Italy, Studies in Honour of Giorgio Chittolini, Firenze 2001, S. 55 ff.; PICHONNAZ PASCAL, Die Schweiz und das Römische Recht, Ein Bild in groben Zügen, in: Fagnoli Iole/Rebenich Stefan (Hrsg.), Das Vermächtnis der Römer, Römisches Recht und Europa, Bern/Stuttgart/Wien 2012, S. 21 ff.; sowie die Beiträge in Fagnoli Iole/Fasel Urs (Hrsg.), Anschauungen römischer Juristen und deren Fortwirken bis in das geltende schweizerische Recht, Bern 2018, jeweils m.w.N.
- <sup>18</sup> Über die «Neuere Privatrechtsgeschichte» für den vorliegenden Zusammenhang etwa ZIMMERMANN, «Quos Titius voluerit» (Fn. 11), S. 16 ff.
- <sup>19</sup> Vgl. ZIMMERMANN, «Quos Titius voluerit» (Fn. 11), S. 56 f.
- <sup>20</sup> Vgl. wiederum EITEL, Der letzte Wille des Erblassers, in: FS Breitschmid (Fn. 10), S. 285, wenn auch in Hinblick auf eine etwaige Rechtfertigung des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit relativierend: «soweit man dieses [das römische Recht] überhaupt zur Rechtfertigung des Höchstpersönlichkeitsgrundsatzes heranziehen wollte.»
- <sup>21</sup> Vgl. bereits hier etwa ZIMMERMANN, «Quos Titius voluerit» (Fn. 11), passim.
- <sup>22</sup> Zur Frage einer, wie auch immer begriffenen, Höchstpersönlichkeit im römischen Recht, namentlich IMMEL GERHARD, Die höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers, Zur Problemgeschichte des § 2065 BGB, Köln 1963, S. 8 ff.; ZIMMERMANN, «Quos Titius voluerit» (Fn. 11), S. 9 ff.; in Anlehnung nicht zuletzt an diese Ausführungen zum schweizerischen Recht etwa STUDHALTER PHILIPP, Die Begünstigung des überlebenden Ehegatten nach Art. 473 ZGB: mit besonderer Berücksichtigung des rechtsgeschäftlichen Wahlrechts, Bern 2007, N. 415 ff.; FISCHER, Höchstpersönlichkeit, Jusletter 13. Februar 2017 (Fn. 11), N. 5 ff., jeweils stark verkürzend; des Weiteren etwa KEIM CHRISTOPH, Die höchstpersönliche Struktur der Verfügung von Todes wegen, Berlin 1990, S. 4 ff.

# C. Grundlegende Verständnisse und Missverständnisse

---

14 \_\_\_\_\_ Dabei sticht zunächst ins Auge, dass die römische Rechtssprache den Begriff einer wie auch immer gearteten «Höchstpersönlichkeit» selbst gar nicht kannte.<sup>23</sup> Um daher das römische Recht oder Rechtsdenken überhaupt in ein Verhältnis zu unserer heutigen Rechtssprache setzen zu können, kommt man daher nicht umhin, die römische «Sprache der Aktionen» zunächst in unsere heutige «Sprache der Rechte» zu übersetzen.<sup>24</sup>

## I. Die actio als Kristallisationspunkt römischen Rechtsdenkens

15 \_\_\_\_\_ Anders als unser heutiges, von der Perspektive des Rechtssubjekts und seines Willens geprägtes Rechtsdenken,<sup>25</sup> war prägend für das römische Zivilrecht und seine Rechtssprache die Perspektive des Klagens, waren Bezugspunkt vieler Rechtsregeln die sog. *actiones*.<sup>26</sup> Und auch wenn man allgemeine, zu den einzelnen *actiones* ausgebildete Rechtsregeln einer die *actio* übersteigende Gliederung des Rechtsstoffs zuführte, oder sie von aussen an die einzelne *actio* herantrug, blieb die *actio* letztlich Kristallisationspunkt des römischen Rechtsdenkens.<sup>27</sup>

16 \_\_\_\_\_ In Hinblick auf solchen Befund scheint heute Einigkeit zu bestehen, mit dieser oder anderer Akzentsetzung.<sup>28</sup>

## II. Willentliche (Miss-)Verständnisse des römischen Rechts

17 \_\_\_\_\_ Fast im gleichen Atemzug meint man solchem Befund jedoch häufig hinzufügen zu können, dass damit in den Blick tretende Unterschiede zu unserem heutigen Rechtsdenken ganz überwiegend nur vermeintliche seien. Weiter tritt man daher mit den Begriffen unserer Rechtssprache an die römischen Quellen heran, mit unserem Rechtssubjekt und seinem Willen, mit unserem

---

23 Vgl. IMMEL, Die höchstpersönliche Willensentscheidung (Fn. 20), S. 8.

24 Zu solch Übersetzung etwa BOENTE WALTER, Nebeneinander und Einheit im Bürgerlichen Recht, Zur Gliederung des Rechtsstoffs im Bürgerlichen Gesetzbuch, Tübingen 2013, S. 50 ff., 98 ff., m.w.N.

25 Vgl. für den vorliegenden Zusammenhang etwa KASER MAX/KNÜTEL ROLF/LOHSE SEBASTIAN, Römisches Privatrecht: Ein Studienbuch, 22. Aufl., München 2021, § 4 N. 1: «das moderne Privatrecht [rückt] die subjektiven Rechte des einzelnen in den Vordergrund»; ausführlich dazu BOENTE, Höchstpersönlichkeit (Fn. 2), Fünfter Teil, mit umfangreichen Nachweisen.

26 Dazu BOENTE, Nebeneinander und Einheit (Fn. 22), S. 15 ff., m.w.N.

27 Dazu BOENTE, Nebeneinander und Einheit (Fn. 22), S. 25 ff., m.w.N.; vgl. jedoch zugleich über die «Bedeutung von *leges publicae* im Römischen Recht» STAGL JAKOB FORTUNAT, Die Bedeutung von *leges publicae* im Römischen Recht: Der Beitrag Mantovanis zur «*legum multitudo* und Privatrecht» und die Frage der Privatautonomie bei den Römern, ZRG RA 133 (2016), S. 445 ff.; DERS., Der Tempel der Gerechtigkeit, Zur Morphologie und Hermeneutik der Pandekten, Paderborn 2023, S. 200 f., jeweils mit umfangreichen Nachweisen zur Diskussion.

28 Zum sog. «aktionenrechtlichen Denken» etwa KAUFMANN HORST, Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens, JZ 1964, S. 482 ff.; BUCHER EUGEN, Für mehr Aktionendenken, AcP 186 (1986), S. 1 ff.; SCHULZE GÖTZ, Subjektives Recht und Klage – Axiome im deutschen und französischen Zivilrechtssystem, in: Schulze Götz (Hrsg.), Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint – Droit privé européen: l'unité dans la diversité, Der modernisierte Zivilprozess in Europa – Le procès civil modernisé en Europe, München 2014, S. 6 f., 17 f., jeweils m.w.N.

subjektiven Recht, unserem Rechtsgeschäft, unserer Stellvertretung – und schaut zu, was sich aus solcher Perspektive an Recht aus den römischen Quellen herauslesen lässt.<sup>29</sup>

18

## 1. Eine Frage der Höhe des Blickpunktes?

Nicht selten wird dabei nahegelegt, die Römer hätten zu unserem Rechtsdenken, zu unseren Rechtsbegriffen mit der Zeit schon noch gefunden. Heute heisst es in verschiedensten Wendungen, manches sei «den antiken römischen Rechtsquellen ... noch unbekannt»,<sup>30</sup> anderes dort noch nicht «voll durchgebildet»,<sup>31</sup> «mehr empfunden als gedacht» gewesen,<sup>32</sup> oder es hätten die römischen Juristen das ein oder andere von ihnen geführte Wort als «allgemeinen, in ein juristisches Begriffssystem eingegliederten oder sich aus ihm ergebenden Rechtsbegriff ... noch nicht verstanden».<sup>33</sup>

### a. (K)ein Rechtssubjekt und (k)ein subjektives Recht

19

Dies soll nicht zuletzt auch für die Grundbegriffe unserer heutigen Rechtsprache gelten. Ein «Rechtssubjekt» etwa bzw. der darüber vermittelte Begriff der «Rechtsfähigkeit» sei im römischen Recht «noch» nicht begriffen worden:

«Die moderne Dogmatik spricht von *Rechtsfähigkeit* als der Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten (*Rechtssubjekt*) zu sein, und nennt den, dem diese Fähigkeit zukommt, eine *Person* im Rechtssinn. ... Den Begriff der Rechtsfähigkeit hat die neuzeitliche Lehre aus den römischen Quellen abgeleitet, obwohl die Römer selbst ihn noch nicht formuliert haben.»<sup>34</sup>

20

Und auch in Hinblick auf den heutigen Begriff des subjektiven Rechts meint man im römischen Recht bereits die noch «unentwickelten Vorstufen ‘subjektiver Rechte’ erkennen» zu können:<sup>35</sup>

«Die Denkform des ‘subjektiven Rechts’ wurde aus den römischen Ansätzen erst von der neuzeitlichen Theorie voll durchgebildet.»<sup>36</sup>

<sup>29</sup> Vgl. vor diesem Hintergrund nicht zuletzt auch den Beitrag von CARDILLI RICCARDO, Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer, in: Haferkamp Hans Peter/Reppen Tilman (Hrsg.), Wie pandektistisch war die Pandektistik?, Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015, Tübingen 2017, S. 83 ff.

<sup>30</sup> Vgl. KASER/KNÜTEL/LOHSSE, Römisches Privatrecht (Fn. 23), § 16 N. 1.

<sup>31</sup> Vgl. DIES., a.a.O., § 2 N. 1.

<sup>32</sup> Vgl. JÖRS PAUL/KUNKEL WOLFGANG/WENGER LEOPOLD, Römisches Recht, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1949, § 48, S. 80; diese Wendung aufnehmend etwa auch SCHERMAIER MARTIN J., in: Schmoeckel Mathias/Rückert Joachim/Zimmermann Reinhard (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, Tübingen 2003, vor § 104 N. 2.

<sup>33</sup> Vgl. DORN FRANZ, in: Schmoeckel Mathias/Rückert Joachim/Zimmermann Reinhard (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432, 1. Teilband: vor § 241-§ 304, Tübingen 2007, § 241 N. 12; zum näheren Zusammenhang hier sogleich unten N. 23 mit Fn. 42.

<sup>34</sup> KASER/KNÜTEL/LOHSSE, Römisches Privatrecht (Fn. 23), § 23 N. 1.

<sup>35</sup> Vgl. KASER MAX, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, in: Handbuch der Altertumswissenschaft, Rechtsgeschichte des Altertums, Dritter Teil, Dritter Band, Erster Abschnitt, 2. Aufl., München 1971, § 7 I, S. 36.

<sup>36</sup> KASER/KNÜTEL/LOHSSE, Römisches Privatrecht (Fn. 23), § 2 N. 1; vgl. auch KASER, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt (Fn. 33), § 48 II, S. 195: «Wie unser Wort ‘Recht’ bedeutet auch *ius* bald in einem *objektiven* Sinn die rechtlichen Normen und Einrichtungen, also die Rechtsordnung und ihre Elemente, bald in einem *subjektiven* die dem einzelnen von der Rechtsordnung verliehene Machtbefugnis. Doch haben die Römer diesen Unterschied theoretisch nicht durchgebildet und überhaupt schwächer empfunden als wir Heutigen».

Unterschiede zur heutigen Rechtssprache scheinen so vornehmlich einer unterschiedlichen Abstraktionshöhe, einer unterschiedlichen Höhe des Blickpunktes des Rechtsdenkens geschuldet. Fast wirkt es aus dieser Perspektive, als sei bei den Römern «der Sachverhalt zu rasch an die Rechtsgründe geknüpft worden» und der «Weg vom Tatsächlichen zum Rechtsgedanken» noch «zu kurz» gewesen.<sup>37</sup>

## b. (K)eine Privatautonomie

Ganz Ähnliches meint man aber auch festzustellen, wenn man noch näher an das «Materielle des Römischen Rechts»<sup>38</sup> herantritt und dieses etwa mit dem heutigen Begriff der «Privatautonomie» als «Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinen Willen»<sup>39</sup> in den Griff zu bekommen versucht, bzw. mit dem, «was allgemeiner Individualismus oder Selbstverantwortung genannt werden könnte».<sup>40</sup> Auch in Hinblick auf eine so begriffene «Privatautonomie» lautet der «zentrale Befund»:

«Die Römer praktizieren die Privatautonomie, aber nicht unbeschränkt, und über Prinzip wie Grenzen sprechen sie kaum in theoretischer Form.»<sup>41</sup>

Wenn die römischen Juristen noch nicht zu einem Begriff der «Privatautonomie» fortgeschritten seien, liege das daran, dass «im römischen Recht ohnehin nicht alles ausdrücklich begründet», ansonsten aber «eher zum einzelnen Fall und aus dessen Logik begründet» werde.<sup>42</sup> Im Raum steht damit auch hier die «These, dass Privatautonomie ... in Rom stets mitverstanden wurde, aber nur selten problematisiert».<sup>43</sup>

- 
- <sup>37</sup> So in Anlehnung an Ausführungen bei SAMUEL GEOFFREY, System und Systemdenken – Zu den Unterschieden zwischen kontinentaleuropäischem Recht und Common Law, ZEuP 1995, 375, 396, zum «englischen Rechtsverständnis»: «Im englischen Rechtsverständnis ist insofern ... der Sachverhalt zu rasch an die Rechtsgründe geknüpft worden und ist der Weg vom Tatsächlichen zum Rechtsgedanken zu kurz.»; mit Hinweis hierauf bereits BOENTE, Nebeneinander und Einheit (Fn. 22), S. 240.
- <sup>38</sup> Vgl. mit solcher Formulierung SAVIGNY FRIEDRICH CARL VON, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 27; näher zum Zusammenhang dieses Zitats unten N. 31.
- <sup>39</sup> FLUME WERNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 1. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1965, I § 11, S. 1; näher zur heutigen Begrifflichkeit BOENTE, Höchstpersönlichkeit (Fn. 2), Sechster Teil. § 3, m.w.N.
- <sup>40</sup> BALDUS CHRISTIAN, Römische Privatautonomie, AcP 210 (2010), 2, 27; vgl. etwa auch MANIGK ALFRED, Privatautonomie, in: Kaser Max/Kreller Hans/Kunkel Wolfgang, Festschrift für Paul Koschaker, mit Unterstützung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin und der Leipziger Juristenfakultät zum sechzigsten Geburtstag überreicht von seinen Fachgenossen, Weimar 1939, S. 266 ff.
- <sup>41</sup> BALDUS, Römische Privatautonomie, AcP 210 (2010) (Fn. 38), 2, 7; vgl. auch die Hinweise bei GANNER MICHAEL, Selbstbestimmung im Alter, Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland, Wien 2005, S. 34 f.
- <sup>42</sup> Vgl. BALDUS, Römische Privatautonomie, AcP 210 (2010) (Fn. 38), 2, 7 f.: «Wir finden vielfach die Frage, ob Private ein bestimmtes Geschäft wirksam abschließen konnten und seine Wirkungen gegen sich gelten lassen mussten; wir beobachten eine permanente Ausweitung rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmöglichkeiten; aber soweit wir Reflexion darüber finden, dient sie primär der sinnvollen Lösung des Einzelfalles im Zusammenhang bereits entschiedener Fälle. Das hat mehrere Gründe. Zum einen wird im römischen Recht ohnehin nicht alles ausdrücklich begründet. ... Soweit aber begründet wird, wird eher zum einzelnen Fall und aus dessen Logik begründet.»
- <sup>43</sup> DERS., a.a.O., 2, 9, dort S. 29: «Es gibt kaum Entscheidungen römischer Juristen gegen die Privatautonomie (im heutigen Sinne), viele, die sie stillschweigend realisieren, einige wenige, die sie thematisieren (meist in Andeutungen ...) – und genug, die sich aus der Privatautonomie erklären, wenn man den Fall nur präzise genug betrachtet.»; eine abweichende Schwerpunktsetzung findet sich namentlich bei STAGL, Die Bedeutung von *leges publicae*, ZRG RA 133 (2016) (Fn. 25), 445, 458, nach dessen Befund die Römer in bestimmten Gebieten des Privatrechts «permanent und intensiv die Privatautonomie beschneidend in diese Rechtsgebiete ein[griffen]»; mit bereits anderer Begrifflichkeit KASER, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt (Fn. 33), § 48 IV, S. 197: «*ius privatum* [ist] ... die *Privatautonomie*, also der Inbegriff der Beziehungen und Bindungen, die der einzelne durch seine Rechtshandlungen zu begründen vermag.»

## c. (K)ein Rechtsgeschäft

Kaum noch überraschend setzt sich dieser Befund denn auch für weitere Grundbegriffe unserer heutigen Rechtssprache fort, nicht zuletzt dem «Rechtsgeschäft». Auch dieser Begriff soll den Römern «noch unbekannt» gewesen sein:

«Die... Begriffe des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung sind, wie überhaupt die Allgemeinbegriffe der heutigen Privatrechtstheorie, den antiken römischen Rechtsquellen zwar noch unbekannt. Sie wurden aber in der reichen Kasuistik der römischen Juristen gleichsam im Keim vorgebildet, so dass sich die neuzeitliche Theorie bei ihrer Ausbildung auf die römischen Quellen stützen kann.»<sup>44</sup>

## 2. Nicht in den Begriff zu bekommen

Damit bliebe nun nur noch, auf die römischen Rechtsquellen zuzutreten und an sie auch die uns drängende Frage heranzutragen, wie es denn um die «Höchstpersönlichkeit» im römischen Recht bestellt gewesen ist. Dennoch bleibt ein letzter Zweifel. Ganz scheint man nämlich das römische Recht aus Perspektive des Rechtssubjekts und seines Willens nicht in die heutigen Begriffe zu bekommen. Das Zusammenfallen der von den römischen Juristen ausgebildeten Rechtsbegriffe und Rechtssätze mit unseren heutigen Rechtssätzen und Rechtsbegriffen scheint letztlich nur ein vermeintliches zu bleiben, wenn es etwa heisst:

«*Persona* ist bei den Römern jeder Mensch, auch der Sklave ..., obschon später in der Regel Freie als *personae* bezeichnet werden. Die Ausgangsbedeutung von *persona* (Maske?) ist umstritten. – *Status* ist nicht Rechtsfähigkeit, sondern allgemein die Rechtsstellung eines Menschen.»<sup>45</sup>

«Mit dem Begriff des subjektiven Rechts deckt sich der Begriff der *actio*, mit der eine Leistung geltend gemacht wird, ... nicht notwendig.»<sup>46</sup>

«Die Römer praktizieren die Privatautonomie, aber nicht unbeschränkt, und über Prinzip wie Grenzen sprechen sie kaum in

<sup>44</sup> So etwa KASER/KNÜTEL/LOHSSE, Römisches Privatrecht (Fn. 23), § 16 N. 1; vgl. auch DIES., a.a.O., § 16 N. 2: «Die vom Einzelfall ausgehende Betrachtungsweise der Römer blickt im Allgemeinen nur auf das konkrete Geschäft, das den Juristen zur Begutachtung vorlegt worden ist, und dahinter allenfalls auf den speziellen Typus dieses Geschäfts (z. B. Kauf, *stipulatio*, Testament). Ihr ausgeprägter juristischer Sachverstand hat die Römer jedoch dazu geführt, die Beurteilung der Geschäfte so aufeinander abzustimmen, dass die moderne Theorie daraus die allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre ableiten konnte.»; ähnlich für den vorliegenden Zusammenhang etwa auch DULCKEIT GERHARD, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht, in: Festschrift für Fritz Schulz, Erster Band, Weimar 1951, S. 148 ff.; zurückhaltender etwa HONSELL HEINRICH/FARGNOLI IOLE, Das römische Privatrecht, 9. Aufl., Bern 2021, § 61, S. 32, dazu unten bei Fn. 53; CARDILLI, Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer, in: FS Luig (Fn. 27), S. 87 ff.; zum Begriff der «Willenserklärung» vgl. die Hinweise bei SCHERMAIER, HKK BGB-I (Fn. 30), §§ 116–124 N. 2, m.w.N.; weiter zum Begriff des «Vertrages» bzw. «Erbvertrages» für den vorliegenden Zusammenhang etwa GREBIENIOW ALEKSANDER, Der Erbvertrag der Römer und der Erbvertrag heute, Einige Erwägungen zu dem Buch von M.F. Merotto, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 90 (2022), 1, 4 ff., dort auch über das «hermeneutische Problem der Fehlanpassung der modernen Begriffe».

<sup>45</sup> KASER/KNÜTEL/LOHSSE, Römisches Privatrecht (Fn. 23), § 23 N. 1; ausführlich und m.w.N. zur Diskussion STAGL JAKOB FORTUNAT, *Persona*: Maske mit menschlichem Antlitz, Zur juristischen Archäologie einer Beobachtung Robert Spaemanns, in: Höffe Otfried/Windhöfel Thomas (Hrsg.), Wider intellektuelle Moden, Robert Spaemann zum Gedächtnis, Zeitschrift für Lebensrecht, Beiheft 1, Berlin 2025, S. 65 ff.; DERS., Die Personwerdung des Menschen: Anfänge im Römischen Recht, in: Thomas Hans/Hattler Johannes (Hrsg.), Personen, Zum Miteinander einmaliger Freiheitswesen, Heusenstamm 2012, S. 89 ff.; vgl. auch DUVE THOMAS, HKK BGB-I (Fn. 30), §§ 1–14 N. 4: «Das ... römische Recht kennt keine entsprechende Abstraktion. Die Rechtsstellung war konkret und relativ, d.h. in Bezug auf das jeweilige Rechtsverhältnis und im Verhältnis zu einer Gruppe bestimmt (*status*).», jeweils m.w.N.

<sup>46</sup> KASER/KNÜTEL/LOHSSE, Römisches Privatrecht (Fn. 23), § 4 N. 11, sowie DIES., a.a.O., § 4 N. 5 mit Blick auf den «privatrechtlichen Begriff des Anspruchs (Klaganspruchs), also des (privaten) Rechts, das im Prozessweg geltend gemacht werden kann»: «Dieser privatrechtliche Anspruch, der der *actio* zugrunde liegt, ist aber in der römischen Auffassung stets ein bloßer *Reflex* davon geblieben, dass die Rechtsordnung unter bestimmten Voraussetzungen die Gewährung von Rechtsschutz mit Hilfe einer *actio* vorsieht.», Hervorhebungen im Original.

theoretischer Form.»<sup>47</sup>

«Zur Bezeichnung dessen, was wir Rechtsgeschäft oder Vertrag nennen, hatten die Römer eine ganze Reihe mehr oder weniger untechnischer Begriffe».<sup>48</sup>

«Zu den Selbstverständlichkeiten des heutigen Rechtslebens gehört die Vollmacht. ... Das römische Recht kannte weder die Stellvertretung noch den Vertrag zugunsten Dritter.»<sup>49</sup>

«Wenn man die römischen Quellen näher untersucht, lässt sich ... eine ... Identifizierung der *obligatio* mit dem Schuldverhältnis als Ganzem nicht finden; dieses Denken war dem römischen Recht grundsätzlich fremd.»<sup>50</sup>

«Es war und ist ... ein Fehler, sich das römische Eigentum in einer Gestalt vorzustellen, in der es ... 'noch in unseren heutigen Rechtsordnungen weiterlebt'.»<sup>51</sup>

25

So mögen sich die römischen Quellen unserem heutigen Rechtsdenken nicht zur Gänze fügen. Doch davon, dass solch Unterschiede in der Begrifflichkeit gerade bei den Grundbegriffen unseres Rechtsdenkens, unserer Rechtssprache, hervortreten, lässt man sich heute selten irritieren.<sup>52</sup>

### III. Der Tatbestand als Subjekt römischer Rechtssätze

26

Tritt man jedoch aus solchem Anlass noch einmal von der Warte unseres heutigen Rechtsdenkens ab und abermals auf das römische Recht und sein von der *actio* geprägtes Rechtsdenken zu, so scheint sich das römische Recht nicht nur in der Abstraktionshöhe, nicht nur in der Höhe des Blickpunktes von unserem heutigen Recht zu unterscheiden, sondern im Blickpunkt selbst: Das römische Recht findet sich nicht als aus der Perspektive eines Rechtssubjekts und seines Willens bestimmt, sondern als einem

47 BALDUS, Römische Privatautonomie, AcP 210 (2010) (Fn. 38), 2, 7, dort weiter S. 7 f.: «Wir finden vielfach die Frage, ob Private ein bestimmtes Geschäft wirksam abschließen konnten und seine Wirkungen gegen sich gelten lassen musste; wir beobachten eine permanente Ausweitung rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmöglichkeiten; aber soweit wir Reflexion darüber finden, dient sie primär der sinnvollen Lösung des Einzelfalles im Zusammenhang bereits entschiedener Fälle.»; mit anderem Befund STAGL, Die Bedeutung von *leges publicae*, ZRG RA 133 (2016) (Fn. 25), S. 445 ff., dazu bereits soeben Fn. 41.

48 HONSELL/FARGNOLI, Römisches Privatrecht (Fn. 42), § 61, S. 32.

49 MAYER-MALY THEO, Römisches Recht, 2. Aufl., Wien/New York 1999, § 25, S. 124.

50 WEGMANN STOCKEBRAND ADOLFO, in: Babusiaux Ulrike/Baldus Christian/Ernst Wolfgang/Meissel Franz Stefan/Platscheck Johannes/Rüfner Thomas (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, Band II, §§ 59–112, Tübingen 2023, § 68 N. 5, m.w.N. zur Diskussion sowie dort N. 5 ff. zu weiteren Unterschieden.

51 SCHERMAIER MARTIN J., *Dominus actuum suorum*, Die willenstheoretische Begründung des Eigentums und das römische Recht, ZRG RA 137 (2017), 49, 102; mit Bezugnahme auf die Ausführungen SCHERMAIERS etwa auch STAGL JAKOB FORTUNAT, in: Babusiaux Ulrike/Baldus Christian/Ernst Wolfgang/Meissel Franz Stefan/Platscheck Johannes/Rüfner Thomas (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, Band I, §§ 1–58, Tübingen 2023, § 35 N. 155 über das «Eigentum am Dotalgegenstand»: «Die ganze Konstruktion liegt außerhalb des herkömmlichen Eigentumsbegriffs.»

52 Anders etwa namentlich SCHERMAIER, Die willenstheoretische Begründung des Eigentums und das römische Recht, ZRG RA 137 (2017) (Fn. 49), 49, 101 f., der seine Ausführungen unter den Überschriften «Welcher Eigentumsbegriff für das römische Recht?» und «Welche Begriffe für das römische Recht?» fasst; kaum zurückziehen kann man sich auf das «Materielle» des römischen Rechts, vgl. SAVIGNY, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Fn. 36), S. 27 f.; dazu sogleich unten N. 31 f.

besonderen Anlass geschuldet.<sup>53</sup> Römisches Recht, so scheint es, wurde aus der Perspektive eines, im weitesten Sinne, «Tatbestandes» bestimmt.<sup>54</sup> Als Subjekt der Rechtssätze erscheint dieser Tatbestand, nicht der «Mensch», nicht die «Person» und deren vernunftbegabter «Wille». Das «aktionsrechtliche Denken» der Römer bedingte vielmehr eine Rechtssprache, die letztlich quer zu unserer heutigen Rechtssprache liegt.<sup>55</sup>

## 1. Keine Frage der Höhe des Blickpunktes

27

Die entstehende Unwucht, wenn man das römische Recht statt um den «Tatbestand», um die Achse des Rechtssubjekts und seinen Willen drehen lässt,<sup>56</sup> mag sich häufig kaum bemerkbar machen. Umgekehrt scheinen sich jedoch die römischen Quellen der hier vorgetragenen Perspektive des Tatbestandes zumindest etwas besser fügen zu wollen.

### a. Kein Rechtssubjekt und kein subjektives Recht

28

Besser scheint sich vor diesem Hintergrund so zunächst zu fügen, dass weder «Mensch» oder «Person», wie heute, als Rechtssubjekt, noch aus dieser Perspektive ein subjektives Recht, als Ausdruck einer Willens- oder Rechtsmacht,<sup>57</sup> von den römischen Juristen unmittelbar begriffen wurden.<sup>58</sup>

53 Dieser Ausgangspunkt wird denn auch noch allgemein geteilt, vgl. etwa KASER/KNÜTEL/LOHSE, Römisches Privatrecht (Fn. 23), § 15 N. 2: «Die vom Einzelfall ausgehende Betrachtungsweise der Römer blickt im Allgemeinen nur auf das konkrete Geschäft, das dem Juristen zur Begutachtung vorgelegt worden ist»; über «Le droit romain, les codes civils et le *case law*» vgl. etwa auch SCHMIDLIN BRUNO, *Droit privé romain I, Origines et sources, Famille, biens, successions*, 2. Aufl., Genf 2012, S. 34 ff.; für den vorliegenden Zusammenhang vgl. des Weiteren BABUSIAUX ULRIKE, *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht*, 2. Aufl., Wien/Köln/Weimar 2021, S. 26.

54 Vgl. zu solch häufig zunächst noch eingenommener Perspektive etwa HUBER EUGEN, *Deutsches Privatrecht, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* 20 (1896), 93, 134: «Bei jenen [den römischen Juristen] ... ist der *casus Material*, *questio* und *responsum* Urform der Jurisprudenz. Hieraus ist alles zusammengesetzt oder entnommen, hieraus sind Digesten gebildet, Kommentare angefüllt, Sentenzen abgestreift.»; dort mit Verweis auf BRINZ ALOIS, *Civilrecht, Einleitung, Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung* I (1855), 6, 7 ff.

55 Auf die Notwendigkeit eines Perspektivwechsels hinweisend und wohl in Richtung der hier vertretenen Auffassung bereits FLUME WERNER, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis, Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn/München/Wien/ Zürich 1990, S. 1 und passim: «Rechtsakt und *actio* sind die Pole, auf die das Denken der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit vornehmlich bezogen ist.»; wohl aus Perspektive seines Untersuchungsgegenstandes bzw. der von ihm angenommenen zentralen Bedeutung des «Rechtsgeschäfts» für unser heutiges Rechtsdenken (näher dazu BOENTE, *Höchstpersönlichkeit* (Fn. 2), Sechster Teil. § 3.A, m.w.N.), steht bei FLUME jedoch nicht der Tatbestand, sondern der «Rechtsakt» im Vordergrund, so dass nach DEMS., a.a.O., S. 11 f., das «modernrechtliche Denken» etwa bereits beim «Vertragsabschluß mit der gesetzlichen Regelung von Angebot und Annahme» mit dem römischen Rechtsdenken in eins fallen soll; zu den Differenzen zu der hier vertretenen Auffassung vgl. das hier im Text Folgende; vgl. des Weiteren auch die Arbeiten SCHERMAIERS MARTIN J., *Eigenschaftsirrtrum und Kauf: Werner Flume rechtsgeschichtlich*, *forum historiae iuris*, Beitrag vom 30.3.2009, <https://for-histur.net/en/2009-03-schermaier/2009-03-schermaier> (besucht am: 13. Februar 2026), N. 47, wenn auch vor dem Hintergrund seines Untersuchungsgegenstandes mit etwas anderer Schwerpunktsetzung: «Zwischen antikem und modernen Willensbegriff liegt ein wichtiger, in der rechtshistorischen Forschung bislang vernachlässigter Paradigmenwechsel. So schloss nach Ulpian *error* den *consensus* aus, und wir, vertraut mit den §§ 116 ff. BGB, nicken beifällig: wie bei uns. Dass Ulpian aber etwas ganz anderes mit diesem Satz gemeint haben könnte als wir, kommt uns erst in den Sinn, wenn wir seine Gleichsetzung von einseitigem und beiderseitigem Irrtum ernst nehmen. Spätestens dann ist es mit der Übereinstimmung von römischem und modernem Recht nämlich vorbei. Wer hier nicht mit Textkritik korrigierend eingreifen will, muss nachdenken und wird so vom Dogmatiker zum Dogmenhistoriker, zum Rechtshistoriker.»; schliesslich die Beiträge in Haferkamp/Repgen (Hrsg.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik?* (Fn. 27), sowie dort nicht zuletzt der Beitrag von CARDILLI, *Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer*, a.a.O., S. 83 ff.; zu noch anderen Perspektiven auf das römische Recht etwa BÜRGE ALFONS, *Römisches Recht, Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung, Eine Einführung*, Darmstadt 1999, passim.

56 Dazu soeben N. 24 f.

57 Zur Ausbildung des heutigen Begriffs des subjektiven Rechts näher BOENTE, *Höchstpersönlichkeit* (Fn. 2), Fünfter Teil. § 1, mit umfangreichen Nachweisen.

58 Näher dazu bereits oben N. 19 ff.

## b. Keine Privatautonomie

Weiter verwundert so zumindest weniger, wenn aus heutiger Perspektive festgestellt wird, dass die Römer selbst einen Begriff wie die «Privatautonomie» nicht ausgebildet hatten.<sup>59</sup> Anlasslose Willensfreiheit, wie wir sie aus Perspektive unseres heutigen Rechtssubjekts etwa im Grundsatz über die Freiheit der Person und ihres Willens vermittelt finden, scheint in den römischen Quellen eher beschrieben als begriffen worden zu sein.<sup>60</sup> Die Willensfreiheit der Person tritt einem im römischen Recht in der Regel als bereits in Ausgleich mit weiteren Bewertungsgrundlagen in seinen Tatbeständen und ihren diesbezüglichen Rechtsregeln geronnen gegenüber.<sup>61</sup>

## c. Kein Rechtsgeschäft

Sieht man im römischen Recht als Subjekt der diese Rechtsregeln tragenden Rechtssätze den Tatbestand, nicht die Person und ihren Willen, scheint zudem auch verständlicher zu werden, warum selbst der Versuch des Umlens der Rechtssätze des römischen Rechts auf eine aus der Perspektive von Person und Willen formulierte Rechtsgeschäftslehre bis heute nicht zur Gänze gelungen ist.<sup>62</sup>

## 2. Die Übersetzung der «Sprache der Aktionen» in die «Sprache der Rechte» als Sisyphosaufgabe

Überrascht vor diesem Hintergrund zumindest weniger, dass sich die Aufgabe, die römischen Rechtssätze und Rechtsbegriffe, diese «Sprache der Aktionen», in unsere «Sprache der Rechte» zu übersetzen bis heute als Sisyphosaufgabe erweist, so meint man doch häufig, solchem Ungemach bereits dadurch aus dem Weg gehen zu können, dass man sich auf das «Materielle des Römischen Rechts» zurückzieht.<sup>63</sup> Gerade aber in dieser Hinsicht muss es heissen:

«Die Vertheidiger des Römischen Rechts haben nicht selten den Werth desselben darin gesetzt, daß es die ewigen Regeln der Gerechtigkeit in vorz

<sup>59</sup> Dazu soeben N. 22.

<sup>60</sup> So letztlich auch D. 1,5,4,pr. sowie Inst. 1,3,1: «Et libertas quidem est, ex qua etiam liberi vocantur, naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur.» = «Freiheit, wovon die Freien benannt werden, ist die natürliche Fähigkeit dessen, was Jedem zu thun erlaubt ist, sobald es nicht durch Gewalt oder ein Recht verhindert wird.», Übersetzung nach OTTO CARL EDUARD/SCHILLING BRUNO/SINTENIS CARL FRIEDRICH FERDINAND, Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter, Erster Band, 2. Aufl., Leipzig 1839, S. 5; anders hingegen die Übersetzung bei Behrends Okko/Knütel Rolf/Kupisch Berthold/Seiler Hans Hermann (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, Band I, Institutionen, 2. Aufl., Heidelberg 1997, S. 6, mit der Wendung «was einem jeden zu tun beliebt»; auch im Folgenden wird, sofern nicht anders ausgewiesen, die Übersetzung von OTTO/SCHILLING/SINTENIS in den Vordergrund gestellt; als (offen) «zielsprachenorientierte» Übersetzungen sind die Übersetzungen bei Behrends et al. (Hrsg.), a.a.O., für die vorliegende Arbeit, die gerade auf in der Zielsprache begründete Probleme hinweisen möchte, trotz ihrer ansonsten hohen Bedeutung ungeeignet; zur Frage nach «Menschenrechten» im römischen Recht etwa GILTAJ JAKOB, Menschenrechten in het Romeinse recht?, 2011, S. 49 f., 180 f.; vgl. schliesslich., wenn auch aus etwas anderer Perspektive, VOGT-SPIRA GREGOR, Der Diskurs der Freiheit in Rom und Horaz' erstes Epistel-Buch, Antike und Abendland 70 (2024), S. 28 ff.

<sup>61</sup> Vgl. vor diesem Hintergrund JHERING RUDOLF VON, Der Besitzwille, zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode, Jena 1889, S. 364.

<sup>62</sup> Vor diesem Hintergrund stellen sich nicht zuletzt auch die von SCHERMAIER, HKK BGB-I (Fn. 30), vor § 104 N. 2 ff., insbesondere N. 6 ff. herausgearbeiteten Defizite der heutigen Diskussion um «Rechtsgeschäft und privatautonomes Handeln» als noch immer gegenwärtige Fernwirkungen dieses vergeblichen Bemühens des Umlens der Rechtssätze des römischen Rechts auf eine aus der Perspektive von Person und Willen formulierten Rechtsgeschäftslehre dar; zu diesem Bemühen soeben oben N. 23.

<sup>63</sup> Mit dieser Wendung SAVIGNY, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Fn. 36), S. 27; vgl. für den vorliegenden Zusammenhang etwa FINKENAUER THOMAS, Direkte Stellvertretung bei Stipulationen?, ZRG RA 125 (2008), 440, 442: «Nicht der Mechanismus entscheidet, sondern das Ergebnis».

üglicher Reinheit enthalte, und so gleichsam selbst als ein sanctionirtes Naturrecht zu betrachten sey. Erkundigt man sich genauer, so wird freylich wieder der größte Theil als Beschränktheit und Spitzfindigkeit aufgegeben, und die Bewunderung bleibt meist auf der Theorie der Contracte haften: wenn man hier die Stipulationen und einigen andern Aberglauben abrechne, so sey im übrigen die Billigkeit dieses Rechts über die Maaßen groß, ja es sey zu nennen l'expression des sentiments mis par Dieu même dans le coeur des hommes. Allein gerade dieses übrig bleibende materielle des Römischen Rechts, was man so für seine wahre Vortrefflichkeit ausgiebt, ist so allgemeiner Natur, daß es meist schon durch gesunden Verstand ohne alle juristische Bildung gefunden werden könnte, und um einen so leichten Gewinn lohnt es sich nicht, Gesetze und Juristen von zweytausend Jahren her zu unserer Hülfe zu bemühen.»<sup>64</sup>

32

Und noch darüber hinaus setzt denn auch das blosse «Lesen» der römischen Quellen, sprich «die Fähigkeit, visuelle Informationen aus grafischen Zeichenfolgen zu entnehmen und deren Bedeutung zu verstehen»,<sup>65</sup> eine Rechtssprache voraus.<sup>66</sup> Damit droht aber, dass selbst das Materielle, von dem man in den römischen Quellen zu lesen meint, in diesem Sinne falsch «verstanden» wird.

## D. Höchstpersönlichkeit zwischen Un- und Selbstverständlichkeit

---

33

Diese (Miss-)Verständnisse des römischen Rechts setzen sich denn auch unmittelbar fort, versucht man in den römischen Quellen von einer «Höchstpersönlichkeit» zu lesen.<sup>67</sup>

### I. Höchstpersönlichkeit im heutigen Begriff

34

So trägt man mit dem heutigen Begriff der «Höchstpersönlichkeit» die Frage an die römischen Quellen heran, ob eine Verfügung von Todes wegen bzw. der darüber vermittelte Wille höchst persönlich, unter Ausschluss jeder Stellvertretung und sonstiger Drittbestimmung, durch das Rechtssubjekt bzw. die Person des Erblassers selbst bestimmt sein muss.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> SAVIGNY, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Fn. 36), S. 27 f., m.N.

<sup>65</sup> Vgl. CHRISTMANN URSULA/GROEBEN NORBERT, Stichwort «Lesen», in: Wirtz Markus Antonius (Hrsg.), Dorsch, Lexikon der Psychologie, 20. Aufl., Bern 2021; näher über die «Psychologie des Lesens» CHRISTMANN URSULA/GROEBEN NORBERT, in: Franzmann Bodo/Hasemann Klaus/Löffler Dietrich/Schön Erich (Hrsg.), Handbuch Lesen, München 1999, S. 145 ff., jeweils m.w.N.

<sup>66</sup> Umfassende Nachweise zur Bedeutung von Rechtssprache und nicht zuletzt der Frage ihrer Übersetzbarkeit bei BOENTE WALTER, Difficultés de connaissance des institutions familiales étrangères – les difficultés liées à la traduction, Droit de la famille 2015, S. 20 ff.

<sup>67</sup> Umfassend dazu etwa IMMEL, Die höchstpersönliche Willensentscheidung (Fn. 20), S. 8 ff.; ZIMMERMANN, «Quos Titius voluerit» (Fn. 11), S. 9 ff., jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

<sup>68</sup> So etwa auch die Perspektive ZIMMERMANNs, «Quos Titius voluerit» (Fn. 11), passim.

## 1. (K)eine Wollensvertretung

Zunächst scheint man sich damit abgefunden haben, dass die heute wie selbstverständlich begriffene Stellvertretung im Willen von den Römern nicht begriffen wurde. Die Römer hätten (noch) nicht über das hierfür notwendige, «fortgeschrittene juristische Abstraktionsvermögen» verfügt, aber in dieser Hinsicht bereits «bemerkenswerte Ansätze» herausgearbeitet:<sup>69</sup>

«Die unmittelbare (direkte) Stellvertretung, die die heutige Auffassung als Stellvertretung im technischen Sinn versteht, nämlich die Vornahme eines Rechtsgeschäfts im Namen einer (selbständigen) Person mit dem Erfolg, dass die Wirkungen des Geschäfts in der Person des Vertretenen eintreten, ist im abendländischen Privatrecht von vereinzelt älteren Erscheinungen abgesehen verhältnismäßig jung. Der Gedanke, dass die Wirkungen eines Rechtsakts in einer anderen (unabhängigen) Person eintreten sollen als in der, die gehandelt hat, setzt ein fortgeschrittenes juristisches Abstraktionsvermögen voraus. ... Freilich finden sich in den Digesten immerhin bemerkenswerte Ansätze».<sup>70</sup>

Als hinderlich wird nicht zuletzt «der alte Formalismus» vermutet.<sup>71</sup>

## 2. (K)ein Drittwollen auch im Übrigen

Doch zumindest diesseits der Rechtstechnik der Stellvertretung, und damit unter Voraussetzung eines wie auch immer bestimmten eigenen Wollens, meint man, in noch anderer Hinsicht in den römischen Quellen von dem Wollen eines Drittwollens lesen zu können – so in Hinblick auf die nähere Bestimmung eines noch unbestimmten Wollens der Person wie auch der Bedingung dieses Wollens durch das Wollen der Person selbst oder eines Dritten.

### a. Drittwollensbestimmungen

Dabei gerät aus der Perspektive des Willens zunächst die Rechtstechnik bzw. der Begriff der Bestimmtheit des Rechtsgeschäfts und die hiervon wiederum begrifflich umfasste Möglichkeit der gewollten näheren Bestimmung des Rechtsgeschäfts durch ein weiteres Wollen in den Blick, nicht zuletzt auch durch das Wollen eines Dritten.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> Vgl. KASER/KNÜTEL/LOHSSE, Römisches Privatrecht (Fn. 23), § 21 N. 1; zugleich wird in anderen Zusammenhängen jedoch ein «ausgeprägter juristischer Sachverstand» der Römer betont, so etwa DIES., a.a.O., § 15 N. 2; dazu näher hier Fn. 42.

<sup>70</sup> DIES., a.a.O., § 21 N. 1; ähnlich die Betonung etwa bei MAYER-MALY, Römisches Recht (Fn. 47), § 25, S. 124; zu weiteren Begründungsansätzen FINKENAUER, Direkte Stellvertretung bei Stipulationen?, ZRG RA 125 (2008) (Fn. 61), 440, 444; SCHMOECKEL MATHIAS, HKK BGB-I (Fn. 30), §§ 164–181 N. 3, jeweils m.w.N.; zur Frage, ob den «Römern ... funktional der direkten Stellvertretung gleichwertige Institute zur Verfügung gestanden haben», wie dies etwa für die Stipulation behauptet wird, wiederum FINKENAUER, Direkte Stellvertretung bei Stipulationen?, ZRG RA 125 (2008) (Fn. 61), 440, 440.

<sup>71</sup> Vgl. HONSELL/FARGNOLI, Römisches Privatrecht (Fn. 42), § 10 I, S. 35: «Ein allgemeines Institut der Stellvertretung war dem römischen Recht unbekannt. Nach römischer Auffassung mussten die Parteien beim Rechtsgeschäft persönlich handeln. Namentlich der alte Formalismus mag der Grund dafür gewesen sein, dass Rechtshandlungen nur für die Person des Handelnden Wirkungen hervorbringen konnten.»; vgl. auch PICHONNAZ PASCAL, Les fondements romains du droit privé, 2. Aufl., Zürich/Basel 2020, N. 1983 ff.; aus Perspektive der Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts etwa ZK/KLEIN, 3. Aufl. 2020, Allgemeine Einleitung zu den Art. 32–40 OR N. 1 ff., jeweils m.w.N.; gegen solche Argumentation namentlich FLUME, Rechtsakt und Rechtsverhältnis (Fn. 53), S. 81 ff.

<sup>72</sup> Mit ähnlich weiter Perspektive zum heutigen Recht etwa KLEINSCHMIDT JENS, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, Zulässigkeit, Verfahren und Kontrolle von Inhaltsbestimmungen und Feststellungen Dritter im Schuld- und Erbrecht, Tübingen 2014, passim.

Auch hier liest man aus dieser Perspektive jedoch davon, dass die römischen Quellen, zumindest für das Wollen der Person selbst, häufig eine bestimmte Formung, eine bestimmte «Förmlichkeit»<sup>73</sup> voraussetzten. Von einem Typen- bzw. Bestimmungszwang dieses Willens ist insbesondere für das Sachenrecht die Rede.<sup>74</sup>

Abgesehen zunächst noch vom Erbrecht, fand man so die Möglichkeit des Wollens der näheren Bestimmung des Rechtsgeschäfts durch ein weiteres Wollen, nicht zuletzt auch dem Wollen eines Dritten, zunächst vor allem im Obligationenrecht eröffnet.<sup>75</sup> Zwar seien die römischen Juristen, jenseits der «stipulatio» und der ihr zugeschriebenen «inhaltlichen Gestaltungsfreiheit»,<sup>76</sup> noch nicht einmal «zur Anerkennung der Vertragsfreiheit vorgedrungen»,<sup>77</sup> sondern nur zu bestimmten, «anerkannten Vertragstypen».<sup>78</sup> Zumindest aber im Rahmen solcher Bestimmung meint man von der Zulässigkeit der gewollten weiteren Bestimmung eines im Übrigen noch unbestimmten Wollens lesen zu können, namentlich durch Dritte.<sup>79</sup>

Doch selbst hier findet man eine Bestimmtheit solcher Unbestimmtheit vorausgesetzt. So sieht man sich gezwungen, aus den Quellen herauszulesen, dass die Bestimmung, die dann nähere Bestimmung des Wollens, der «Willkür» eines Dritten zu überlassen, noch zu unbestimmt sei.<sup>80</sup> Und gerade beim Kauf, der «schon im römischen Recht dogmatisch hoch entwickelt» gewesen sein sollte,<sup>81</sup> liest man in den römischen Quellen darüber hinaus davon, dass zur Bestimmung des Kaufpreises durch Dritte zumindest eine Bestimmung dieses Dritten vorausgesetzt sei.<sup>82</sup> Schliesslich meint man gar feststellen zu müssen, dass «die Römer an das Versprechen

- <sup>73</sup> Vgl. etwa THIER ANDREAS, in: Schmoeckel Mathias/Rückert Joachim/Zimmermann Reinhard (Hrsg.), Band III, Schuldrecht: Besonderer Teil, §§ 433-853, 1. Teilband: vor § 433-§ 656, 2. Teilband: §§ 657-853, Tübingen 2013, §§ 780-782 N. 5.
- <sup>74</sup> Vgl. zum römischen Recht nur KERN CHRISTOPH ALEXANDER, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts, Ein Beitrag zur Standardisierung übertragbarer Güter, Tübingen 2013, S. 36 ff., m.w.N.
- <sup>75</sup> Vgl. dazu die Darstellung bei KASER/KNÜTEL/LOHSSE, Römisches Privatrecht (Fn. 23), § 45 N. 4, § 52 N. 13.
- <sup>76</sup> Vgl. wiederum THIER, HKK BGB-III (Fn. 71), §§ 780-782 N. 5: «jenseits dieser strikten Förmlichkeit war die inhaltliche Gestaltungsfreiheit der Parteien besonders breit ausgeprägt ... Grenzen fand der Gestaltungswille der Parteien lediglich dort, wo die stipulatio auf Dispositionen gerichtet wurde, denen das römische Recht generell die Verbindlichkeit versagte»; mit der Rede von der «Auffangfunktion» der stipulatio etwa NELSON HEIN L. W./MANTHE ULRICH, Gai Institutiones III 88-181, Die Kontraktobligationen, Text und Kommentar, Berlin 1999, S. 235; ähnlich, in den verschiedensten Schattierungen, FINKENAUER THOMAS, HRP-I (Fn. 49), § 21 N. 1; DERS., Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht, Tübingen 2010, S. 3; GRÖSCHLER PETER, HRP-I (Fn. 49), § 24 N. 10, jeweils m.w.N.
- <sup>77</sup> Vgl. GRÖSCHLER, HRP-I (Fn. 49), § 24 N. 9, m.w.N.; MAYER-MALY, Römisches Recht (Fn. 47), § 19, S. 110: «Fremd war den Römern auch das Prinzip der Vertragsfreiheit als Ausdruck der rechtlichen Selbstbestimmung ('Privatautonomie') im rechtsgeschäftlichen Verkehr.»; zur Frage einer Typizität im römischen «Sachenrecht» wiederum KERN, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts (Fn. 72), S. 36 ff., m.w.N.
- <sup>78</sup> So etwa GRÖSCHLER, HRP-I (Fn. 49), 2023, § 24 N. 9: «Obwohl das Konzept des Vertragsschlusses durch Konsens ohne weiteres die Möglichkeit geboten hätte, jede Vereinbarung, also auch das sogenannte nudum pactum, als verpflichtend anzuerkennen, sind weder die klassischen römischen Juristen zur Anerkennung der Vertragsfreiheit vorgedrungen noch ist es zu einer solchen Anerkennung im justinianischen Recht gekommen»; mit der Rede von der «(als Regel) Typengebundenheit oder Typenzwang» KASER/KNÜTEL/LOHSSE, Römisches Privatrecht (Fn. 23), § 33 N. 2, dort jedoch weiter: «In der Sache bestand, da Partner-, Abschluß- und (im Rahmen der anerkannten Typen) Inhaltsfreiheit ohne weiteres gegeben waren, deshalb im römischen Schuldrecht Vertragsfreiheit»; in diese Richtung auch HARKE JAN DIRK, Römisches Recht, Von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen, 3. Aufl., München 2024, § 4 N. 13 ff.
- <sup>79</sup> Allgemein dazu etwa FELS G., Die Bestimmtheit des Kaufpreises im gemeinen Recht, unter Vergleichung neuerer Gesetzgebungen, Berlin 1878, S. 56 ff., unter der Überschrift: «Bestimmtheit des Gegenstandes der Obligationen überhaupt nach römischem Recht».
- <sup>80</sup> Vgl. etwa KASER/KNÜTEL/LOHSSE, Römisches Privatrecht (Fn. 23), § 45 N. 4: «Die Leistung darf nicht völlig unbestimmt, sie muss mindestens bestimmbar sein. Ihre Festsetzung kann nach durchgedrungener Klassikermeinung dem billigen Ermessen (nicht der Willkür) eines Dritten als eines redlichen Mannes überlassen sein (*arbitrium boni viri*); allenfalls sogar der nach billigem Ermessen zu vollziehenden Bestimmung durch den Gläubiger oder Schuldner.»
- <sup>81</sup> Vgl. HONSELL/FARGNOLI, Römisches Privatrecht (Fn. 42), § 44 I, S. 151.
- <sup>82</sup> Vgl. die Quellennachweise bei ERNST WOLFGANG, HRP-II (Fn. 48), § 79 N. 86 ff.

des Käufers höhere Anforderungen bezüglich der Bestimmtheit gestellt haben, als es nach der Natur des Kontrakts ... geboten war».<sup>83</sup>

42

Gleichwohl heisst es aber auch hier, zusammenfassend, dass die römischen Juristen «gewiss schliesslich ... zu einer Erweiterung des engen herkömmlichen Begriffs» solcher Bestimmtheit gefunden hätten.<sup>84</sup> Vermutet wird auch hier, dass die Förmlichkeit der Geschäfte zumindest eines der Hindernisse auf diesem Weg gewesen sei.<sup>85</sup>

## b. Drittwollensbedingungen

43

Ganz ähnlich verhält es sich denn auch mit der Rechtstechnik der Bedingung und der hiervon begrifflich umfassten Möglichkeit, ein Wollen in Abhängigkeit zu einem Wollen eines Dritten zu setzen.<sup>86</sup>

44

Auch hier meint man, in den Quellen fündig zu werden, und so nicht zuletzt auch von der Bedingung durch ein eigenes Wollen zu lesen, von der Bedingung «[ich will],<sup>87</sup> wenn ich will», bei der jedoch zumindest in Hinblick auf eine *obligatio* gerade «keine Verbindlichkeit» entstehe.<sup>88</sup> Und zugleich sieht man sich vor die Herausforderung gestellt, einem zumindest auf den ersten Blick bestehenden Widerspruch zur Bedingung «[du willst], wenn es Dir gefällt» aufzulösen, da unter solcher Bedingung nach den römischen Quellen ein «Kauf ... eingegangen werden» könne.<sup>89</sup>

83 FELS, Bestimmtheit des Kaufpreises (Fn. 77), S. 62: «Es erscheint gewiss als zweifellos, dass die Römer an das Versprechen des Käufers höhere Anforderungen bezüglich der Bestimmtheit gestellt haben, als es nach der Natur des Kontrakts als eines *negotium bonae fidei* geboten war.»; zu dieser Fragestellung etwa auch KLEINSCHMIDT, Delegation von Privatautonomie (Fn. 70), S. 196 ff., beide m.w.N.

84 Vgl. wiederum FELS, Bestimmtheit des Kaufpreises (Fn. 77), S. 64: «Freilich hätte gewiss schliesslich die *bona fides* oder das Bedürfniss des Verkehrs zu einer Erweiterung des engen herkömmlichen Begriffs geführt, wenn nicht die seit Labeo sich ausbildende Theorie der Innominatkontrakte diesem Bedürfniss genügend Rechnung getragen hätte.»

85 Vgl. zur diesbezüglichen Diskussion etwa ERNST, HRP-II (Fn. 48), § 79 N. 86, m.w.N.; DERS., a.a.O., § 79 N. 16, jedoch mit dem Hinweis: «das Kaufrecht der spätclassischen Zeit [wird] durchgängig verzeichnet: Es erscheint in vielen Einzelheiten als zu abstrakt-modern, mit rationalen Verallgemeinerungen auf neue Grundlagen gestellt. ... [Es kann demgegenüber] gezeigt werden, dass und wie die hoch- und spätclassische Jurisprudenz die Bestände römischen Kaufrechts in unzähligen Einzelheiten eindrucksvoll verfeinert, abgestimmt und abgerundet hat – grundlegende Neuansätze, mit denen man zu [diesen] ... 'Designelementen' des Kaufrechts durchgebrochen wäre, kann man der spätclassischen Jurisprudenz m. E. nicht zuschreiben.»

86 Allgemein zur «Bedingungsdogmatik» im römischen Recht ARMGARDT MATTHIAS, Zur Bedingungsdogmatik im klassischen römischen Recht und zu ihren Grundlagen in der stoischen Logik, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 76 (2008), 219, 234 f.: «Die Bedingungslehre der klassischen römischen Juristen ist nur sehr bruchstückhaft überliefert. ... Ob das Verständnis der Juristen ... bereits formal oder nur intuitiv war, lässt sich den ... Quellen nicht mit letzter Sicherheit entnehmen.»; vgl. aber auch die Wertung bei FINKENAUER THOMAS, HKK BGB-I (Fn. 30), §§ 158-163 N. 8: «Das römische Bedingungsrecht war alles in allem eine kunstvoll entwickelte Rechtsmaterie».

87 Die folgenden Klammerzusätze wurden vom Verfasser vor dem Hintergrund der hier darstellten (Wollens-)Perspektive auf das römische Recht bzw. zur Verdeutlichung der heutigen Lesart der Quellen ergänzt; vgl. den entsprechenden Hinweis hier unten Fn. 138.

88 D. 44,7,8: «Sub hac condicione 'si volam' nulla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis: nam nec heres promissoris eius, qui numquam dare voluerit, tenetur, quia haec condicio in ipsum promissorem numquam exstitit.» = «Unter der Bedingung: wenn ich will, entsteht keine Verbindlichkeit; denn das ist so gut wie gar nichts, weil du nicht genöthigt werden kannst, zu zahlen, ausser wenn du willst; so haftet auch der Erbe des Versprechers nicht, der niemals hat geben wollen, weil diese Bedingung niemals wider den Versprecher selbst eingetreten ist.», Übersetzung nach OTTO CARL EDUARD/SCHILLING BRUNO/SINTENIS CARL FRIEDRICH FERDINAND, Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter, Viertes Band, Leipzig 1832, S. 578.

89 Inst. 3,23,4: «Emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest. sub condicione veluti 'si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot'» = «Ein Kauf kann sowohl bedingungsweise als unbedingt eingegangen werden; bedingt z. B. wenn Stichus, der Sclav, dir binnen einer bestimmten Frist gefällt, so soll er dir für so- und soviel Goldstücke verkauft werden.», Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, Corpus Juris Civilis I (Fn. 58), S. 146; vgl. auch Behrends et al. (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis I (Fn. 58), S. 192; dazu etwa WINDSCHEID BERNHARD/KIPP THEODOR, Lehrbuch des Pandektenrechts, Zweiter Band?, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1906, § 387, S. 634 ff. m.w.N.

Während man mit dieser vermeintlichen Widersprüchlichkeit nun «ungewöhnlich stark» beschäftigt ist,<sup>90</sup> schlägt einem in Hinblick auf die weitere Frage nach der Zulässigkeit einer «Bedingung des reinen Wollens eines Dritten»<sup>91</sup> das Schweigen der Quellen entgegen. Zu irritieren scheint dies nicht, vielmehr sieht man sich so nicht durch entgegenstehende Quellen zurückgebunden und meint, die Bedingung eines Wollens durch das Wollen eines Dritten im römischen Recht im Grundsatz für «natürlich zulässig» halten zu können.<sup>92</sup>

### c. Drittwollensauflagen

Schliesslich gerät aus heutiger Perspektive des Willens bzw. des Wollens noch als Rechtstechnik die «Auflage» in den Blick, darunter begriffen «Nebenbestimmungen ..., mit denen ... [jemand] zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet werden ... [soll], ohne dass zugleich einem Begünstigten ein korrespondierender Anspruch erwächst».<sup>93</sup> Und auch hier wird nun wiederum gefragt, was davon in den römischen Quellen zu lesen ist, nicht zuletzt auch, ob als Auflage ein Wollen eines Dritten gewollt sein konnte.<sup>94</sup>

Doch hier nun versschlägt es einem selbst die heutige Rechtssprache, wenn man ein allgemeines Begreifen dieser Fälle etwa als «Voraussetzung»<sup>95</sup> jetzt als zu unbestimmt der heutigen Rechtssprache vorenthält.<sup>96</sup> Dabei sieht man sich aber im Einklang mit dem römischen Recht, das eine Auflage ebenfalls nur für bestimmte Fälle zu begreifen schien.<sup>97</sup>

## 3. (K)eine Höchstpersönlichkeit

Ist uns damit in Hinblick auf die Zulässigkeit eines Drittwollens im römischen Recht bereits mehr Höchstpersönlichkeit entgegengetreten, als im Ausgangspunkt vielleicht zu erwarten war, so ist auch hier noch einmal festzustellen, dass der Begriff der «Höchstpersönlichkeit» in den römischen Quellen an keiner Stelle zu finden ist.<sup>98</sup> Dennoch meint man auch hier, eine

90 Vgl. FINKENAUER, HKK BGB-I (Fn. 30), §§ 158-163 N. 40 ff. m.w.N., dort N. 40: «Die Wollensbedingung – sie besteht in der Erklärung, dass eine Vertragspartei die Vertragswirkungen wolle – beschäftigte Rechtsprechung und Schrifttum ungewöhnlich stark».

91 Mit dieser Wendung etwa KRUG R., Die Zulässigkeit der reinen Wollens-Bedingung, Zugleich ein Beitrag zu den Lehren von Norm und Rechtsgeschäft, Tatbestand und Bedingung, Marburg 1904, S. 126.

92 So zusammenfassend DERS., a.a.O., S. 126: «Die Stipulation unter der Bedingung des reinen Wollens eines Dritten ist natürlich zulässig ... Dies wird aber (bei Rechtsgeschäften unter Lebenden) auch von der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre nicht bestritten», m.w.N.

93 Vgl. für den vorliegenden Zusammenhang nur RÜFNER THOMAS, HRP-I (Fn. 49), § 53 N. 20: «Als Auflagen können Nebenbestimmungen eingeordnet werden, mit denen der Erbe oder die Erben zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet werden sollen, ohne dass zugleich einem Begünstigten ein korrespondierender Anspruch erwächst.»

94 Vgl. dazu namentlich WINDSCHEID BERNHARD, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850.

95 Vgl. in dieser Hinsicht bereits hier WINDSCHEID BERNHARD/KIPP THEODOR, Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1906, § 97 N. 1: «Man kann es tadeln, daß Zusätze dieser Art Voraussetzungen genannt werden; es steht frei, eine bessere Bezeichnung vorzuschlagen.»

96 Näher dazu BOENTE, Höchstpersönlichkeit (Fn. 2), Fünfter Teil. § 2.B.III, m.w.N.

97 Zur Beschränkung auf «Schenkung, Freilassung oder testamentarische Zuwendung» etwa KASER/KNÜTEL/LOHSSE, Römisches Privatrecht (Fn. 23), § 20 N. 19; allgemein etwa MITTEIS LUDWIG, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, Erster Band, Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen, Leipzig 1908, § 12, S. 194: «Der moderne Begriff der Auflage, d. h. der an eine einseitige Vermögenszuwendung durch den Geber geknüpften Vorschrift eines bestimmten Verhaltens, ist in den klassischen Quellen nicht formuliert; dieselben kennen zwar die Sache, aber weder gilt für dieselbe eine zusammenfassende Rechtsregel, noch besitzt die Rechtssprache einen dem heutigen Begriff entsprechenden Terminus.»; vgl. auch MAYER-MALY, Römisches Recht (Fn. 47), § 24, S. 123.

98 Dazu bereits oben N. 14.

«Höchstpersönlichkeit» in den römischen Quellen auch aus heutiger Perspektive in den Begriff zu bekommen.

## a. Höchstpersönlichkeit und rituelles Handeln

49

So scheint zumindest im altrömischen Recht noch häufig ein «förmliches (rituelles) Handeln» der Person selbst und damit eine Art Höchstpersönlichkeit des Rechtsgeschäfts, eine Art Höchstpersönlichkeit des Rechtswollens bzw. Rechtshandelns vorausgesetzt worden zu sein.<sup>99</sup> Es soll sich dabei um «Realformen (Wirkformen)» gehandelt haben, «die den Akt nicht bloß als äußere Zutat begleiten, sondern seinen Inhalt selbst ausdrücken und verkörpern; z. B. die Ergreifung einer Person oder Sache, über die man eine Gewalt erwirbt, oder die Bindung einer Person oder Sache, die einer Haftung unterworfen wird, oder die Lösung von einer Haftung».<sup>100</sup> Ein über solche Fälle möglicherweise zugleich vermitteltes Wollen bzw. Handeln der Person fiel so weitestgehend mit einer Wirkung, mit Rechtsfolgen, in eins, war in diesem Sinne gegenwärtig, unmittelbar, im besonderen Sinne und im besonderen Masse höchstpersönlich.

## b. Höchstpersönlichkeit als Form des Rechtsgeschäfts

50

Doch so angenommenes Zusammenfallen von Wollen und Wirkung bzw. Rechtsfolge erfuhr spätestens im klassischen und nachklassischen römischen Recht seine Auflösung,<sup>101</sup> nicht zuletzt vor dem Hintergrund bald hervortretender Verkehrsbedürfnisse. Zum einen wurde, in bestimmten Rechtsbereichen, die Möglichkeit eröffnet, das Wollen noch mit der Zeit näher zu bestimmen. Zum anderen wurde die Möglichkeit eröffnet, ebenfalls beschränkt auf bestimmte Bereiche des Rechts, ein Wollen in Abhängigkeit von Bedingungen zu stellen.<sup>102</sup> Von den Formen schienen im römischen Recht so nur noch «(wie heutzutage) Schutzformen» geblieben zu sein.<sup>103</sup>

51

Für die Frage aber, was in diesen Fällen neben der Form, dem Schutz, dann noch Bestimmendes blieb, verweist man heute regelmässig auf das «Rechtsgeschäft», als diesen «einheitlichen, typischen Tatbestand, bei dem eine oder mehrere *Personen* durch ihre *Willenserklärungen* einen von der Rechtsordnung anerkannten Erfolg anstreben»:<sup>104</sup>

«Jedes Rechtsgeschäft (z. B. Kaufvertrag, Eigentumsübertragung, Eheschließung, Testament) erhält notwendig mindestens *eine* 'Willenserklärung', mit der jemand einen auf einen erlaubten rechtlichen Erfolg gerichteten Willen kundtut.»<sup>105</sup>

<sup>99</sup> So etwa KASER/KNÜTEL/LOHSSE, Römisches Privatrecht (Fn. 23), § 16 N. 1: «Dem altrömischen Recht ist ebenso wie anderen frühzeitlichen Rechtsordnungen die Vorstellung eigentümlich, dass man (durch erlaubtes Verhalten) rechtliche Bindungen nur durch förmliches (rituelles) Handeln hervorrufen kann.»

<sup>100</sup> DIES., a.a.O., § 16 N. 2.

<sup>101</sup> Allgemeine Hinweise zu dieser Entwicklung bei DENS., a.a.O., § 16 N. 2, m.N.

<sup>102</sup> Zur Entwicklung etwa FINKENAUER, HKK BGB-I, §§ 158-163 N. 5, m.w.N.; vor dem Hintergrund der Stipulation allgemein FINKENAUER, HRP-I (Fn. 49), § 21 N. 36 ff.

<sup>103</sup> KASER/KNÜTEL/LOHSSE, Römisches Privatrecht (Fn. 23), § 16 N. 2, dort weiter: «die privaten oder öffentlichen Interessen dienen, namentlich den Beweis für den Fall künftigen Rechtsstreits sichern wollen.»

<sup>104</sup> DIES., a.a.O., § 15 N. 1, Hervorhebung von «Personen» hinzugefügt; zu abweichendem Begreifen von «Rechtsgeschäft» BOENTE, Höchstpersönlichkeit (Fn. 2), Fünfter Teil. § 1.B.III.3, Fünfter Teil. § 1.C.II, sowie Fünfter Teil. § 1.D.II, jeweils m.w.N.

<sup>105</sup> DIES., a.a.O., § 15 N. 1 f., Hervorhebung im Original; vgl. dazu bereits oben N. 23.

Die Höchstpersönlichkeit ist man heute hingegen versucht, aus dieser Retroperspektive auf das römische Recht, wiederum der Form zuzuweisen.<sup>106</sup>

#### 4. Unbegreifliches im Erbrecht

Von besonderer Bedeutung wird solches Begreifen für das Erbrecht, «also dem Anwendungsfeld *par excellence* der Privatautonomie». <sup>107</sup> Das römische Recht ruft man hier als Gewährsmann für die «Testierfreiheit» auf. <sup>108</sup> Ganz im Vordergrund soll der «römische Gedanke der individuellen, selbst über das Leben hinaus wirksamen Willensherrschaft, d. h. der *Testierfreiheit*», gestanden haben. <sup>109</sup>

Gerade beim «Testament», der «*testatio mentis*», <sup>110</sup>

«Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.» = «Ein Testament ist die nach gesetzlicher Vorschrift geäußerte Erklärung unseres Willens über das, was Jemand nach seinem Tode geschehen wissen will.», <sup>111</sup>

bzw. entsprechenden Tatbeständen scheinen nun Tatbestand und Rechtsgeschäft bzw. Wille des Rechtssubjekts ineinanderzufallen, <sup>112</sup> und so zeigt man sich heute im besonderen Masse versucht, die Perspektiven des römischen und des heutigen Rechts zumindest in dieser Hinsicht ineinander fallen zu lassen. Zudem waren mit dem Testament Fälle in Bezug genommen, denen mit dem nachfolgenden Tod notwendig ein Zukunftsbezug eigen war

<sup>106</sup> Für das Erbrecht namentlich IMMEL, Die höchstpersönliche Willensentscheidung (Fn. 20), S. 14: «formelle Gründe maßgebend gewesen»; ZIMMERMANN, «Quos Titius voluerit» (Fn. 11), S. 15: «Beschränkungen ergaben sich lediglich aus dem Formalismus des Testamentsrechts», passim; ähnlich RAAPE LEO, Die testamentarische Willkürbedingung nach heutigem und römischem Recht, in: Festschrift für Ernst Zitelmann, Zu seinem 60. Geburtstag überreicht von Verehrern und Schülern, München, Leipzig 1913, S. 13: «kann ich mir, wie die meisten anderen Sonderbarkeiten des römischen Rechts, nur daraus erklären, daß dieses doch zu einem nicht geringen Teile ein Formularrecht gewesen ist, und das hat natürlich, wie seine gute, so auch seine schlechte Seite gehabt ... Diese Einflüsse des Formulars kann man meiner Meinung nach nicht eifrig genug beachten»; vgl. zu solcher Argumentation in Hinblick insbesondere auf das geltende deutsche Recht BOENTE, Höchstpersönlichkeit (Fn. 2), Sechster Teil. § 3.C.I, sowie zum weitgehenden Ineinanderfallen des «Formellen» und des «Materiellen» bereits hier JHERING RUDOLF VON, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Zweiter Theil, Zweite Abtheilung, 1. Aufl., Leipzig 1858, S. 496 f., dem die «Formen nicht etwas rein Aeußerliches» waren, «sondern das Palladium ... [der] Freiheit»; näher dazu BOENTE, Höchstpersönlichkeit (Fn. 2), Fünfter Teil. § 1.D.II.

<sup>107</sup> Vgl. BALDUS, Römische Privatautonomie, AcP 210 (2010) (Fn. 38), 2, 6.

<sup>108</sup> Vor dem Hintergrund der später noch von Bedeutung werdenden Entstehungsgeschichte des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (näher dazu BOENTE, Höchstpersönlichkeit (Fn. 2), Fünfter Teil. § 3), bereits hier der Standpunkt des Redaktors des deutschen Erbrechts SCHMITT GOTTFRIED, Vorentwurf, Begründung, 1879, S. 46, in: Schubert Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht, Teil 1, Testament Erbeneinsetzungsvertrag, Gesetzserben, Pflichtteilsberechtigte, Berlin/New York 1984, S. 162: «Auf dem Standpunkte absoluter Testierfreiheit steht das Recht der *Zwölftafelgesetzgebung*.»; differenzierter, insbesondere vor dem Hintergrund der geschichtlichen Entwicklung des römischen Rechts, AVENARIUS MARTIN, Ordo testamenti, Pflichtendenken, Familienverfassung und Gemeinschaftsbezug im römischen Testamentsrecht, Tübingen 2024, passim; schliesslich jedoch auch DERS., a.a.O., S. 511, mit dem Schluss, dass es mit «Julian ... zur umfassenden Durchsetzung des willenstheoretischen Denkens, das auch das Recht des Testaments erfasste», kam; vgl. aus heutiger Perspektive etwa auch SCHRÖDER NOEL, Die Grenzen der Testierfreiheit, Eine Untersuchung der Beschränkungen des individualschützenden Freiheitsrechtes durch Gesetz, Rechtsprechung und Literatur, Tübingen 2022, S. 12 ff., m.w.N. zur Diskussion.

<sup>109</sup> SCHMITT, Vorentwurf, Begründung, 1879 (Fn. 106), S. 47, in: Schubert (Hrsg.), Erbrecht 1, 1984, S. 163.

<sup>110</sup> Inst. 2,10,pr.: «Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est.» = «[Das Wort] Testament kommt davon her, dass es ein Zeugniss (testatio) des Willens ist.», Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, Corpus Juris Civilis I (Fn. 58), S. 59; vgl. auch Behrends et al. (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis I (Fn. 58), S. 78.

<sup>111</sup> D. 28,1,1, Übersetzung nach OTTO CARL EDUARD/SCHILLING BRUNO/SINTENIS CARL FRIEDRICH FERDINAND, Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter, Dritter Band, Leipzig 1831, S. 5; vgl. auch Knütel Rolf/Kupisch Bertold/Rüfner Thomas/Seiler Hermann (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, Band V, Digesten 28-34, Heidelberg 2012, S. 1; vgl. dazu etwa BABUSIAUX, Römisches Erbrecht (Fn. 51), S. 141.

<sup>112</sup> Dies gilt namentlich für die Auffassung FLUMES, der das römische Recht in dieser Hinsicht nicht auf den Tatbestand, sondern auf den «Rechtsakt» gestellt sieht; dazu bereits oben Fn. 53.

und die so im besonderen Masse die Frage nach einer bereits von Anfang an vorausgesetzten Bestimmtheit aufwarfen, sei es in Hinblick auf die Erbeinsetzung, das Vermächtnis oder das Fideikommiss.<sup>113</sup>

Spätestens aber hier zeigt sich nun, dass die römischen Quellen bzw. Rechtssätze aus unserer heutigen Perspektive des Willens nicht ganz in den Griff zu bekommen sind. Dass in Hinblick auf das Testament in den Quellen von «lex» zu lesen war, nimmt man zwar etwas irritiert wahr, möchte sich dann aber diese «Vorstellung» von der «Gesetzesähnlichkeit» des Testaments damit erklären, dass es wiederum «die alten Formen der Errichtung des Testaments» gewesen seien, «die die Assoziation des Gesetzes hauptsächlich hatten hervorrufen können».<sup>114</sup> Tritt man jedoch mit unserer Frage nach der Voraussetzung einer höchstpersönlichen «Bestimmtheit der Willenserklärung»<sup>115</sup> im Erbrecht noch näher an die römischen Quellen heran, verweigern sich diese aus heutiger Perspektive schliesslich eines Zugriffs und wollen letztlich nicht ganz zueinander passen.<sup>116</sup>

### a. (K)eine Willensvertretung

Die erste Frage, die man mit unserer heutigen Perspektive des Willens an das römische Recht heranträgt, ist wiederum die der Zulässigkeit einer gewillkürten Stellvertretung im Willen und damit die Frage, ob man die Erbeinsetzung, das Vermächtnis, das Fideikommiss zumindest als solches selbst wollen, selbst bestimmen muss. Hier mag man aus solcher Perspektive zunächst den Befund wiederholen, dass das römische Recht keine Willensvertretung gekannt habe<sup>117</sup> – muss sich jedoch wiederum zumindest etwas irritiert zeigen, liest man doch aus solcher Perspektive in den Quellen, «dass wenn die Söhne noch von dem Alter sind, wo sie selbst kein Testament

<sup>113</sup> Vgl. vor diesem Hintergrund SAVIGNY FRIEDRICH CARL VON, System des heutigen Römischen Rechts, Dritter Band, Berlin 1840, § 116, S. 121: «Übrigens ist die Anwendung der Bedingungen auf den letzten Willen häufiger und mannichfaltiger, als auf die Verträge, und daher auch mehr von den alten Juristen ausgebildet.»

<sup>114</sup> AVENARIUS, Ordo testamenti (Fn. 106), S. 437 ff.; zur «Vorstellung von der Gesetzesähnlichkeit des Testaments» DERS., a.a.O., S. 437 ff., dort wiederum mit Verweis auf «die alten Formen der Errichtung des Testaments, die die Assoziation des Gesetzes hauptsächlich hatten hervorrufen können»; vgl. hingegen für den vorliegenden Zusammenhang für ein Nebeneinanderstellen oder zumindest Annähern der Tat(sachen) der einseitigen Gesetzgebung und des einseitigen Testaments bzw. der «lex» und dem «legere» BINDER JULIUS, Wille und Willenserklärung [im Tatbestand des Rechtsgeschäftes], ARSP 5 (1911/1912), 96, 101: «*Declarare voluntatem* sagen nun aber die römischen Quellen fast ausschliesslich ... vom Gesetzgeber und vom Testator. ... Testament geradezu als *lex* bezeichnet wird ... Dagegen bei den eigentlichen Verkehrsgeschäften findet sich die *declaratio voluntatis* m. W. nicht. Man darf daher wohl annehmen, dass dieser Ausdruck keineswegs die W. E. im modernen Sinn bezeichnen sollte, sondern sich auf Fälle beschränkte, wo der Erklärende befiehlt.»

<sup>115</sup> Vgl. bereits hier die Überschrift bei DERNBURG HEINRICH, Pandekten, Dritter Band, 1. Aufl., Berlin 1887, § 76, S. 142.

<sup>116</sup> Nur auf den ersten Blick anders, wenn man etwa mit IMMEL, Die höchstpersönliche Willensentscheidung (Fn. 20), S. 14, und ZIMMERMANN, «Quos Titius voluerit» (Fn. 11), S. 15, Aussprüche der Quellen in Hinblick auf einen etwaige «Höchstpersönlichkeit» als (blosse) Frage der Form begreift, dazu bereits oben N. 52 mit Fn. 104; aber auch aus solcher Perspektive fügen sich die Quellen letztlich nicht, dazu insbesondere unten Fn. 147.

<sup>117</sup> Dazu bereits oben N. 35 f.; zum Folgenden dann jedoch treffend IMMEL, Die höchstpersönliche Willensentscheidung (Fn. 20), S. 8 f.: «gerade weil eine Stellvertretung im Willen unbekannt war, mußte es dem römischen Juristen fernliegen, einen eigenen Willen des Erblassers zu verlangen: er hatte keine Veranlassung, einer Willensvertretung entgegenzutreten. Das Schweigen des römischen Rechts zu Stellvertretung spricht deshalb noch nicht für das Erfordernis eines eigenen Willens des Testierenden.»

machen können, die Eltern es für sie machen können».<sup>118</sup> Wenn man nicht sogleich behauptet, letztlich habe man ein Testament und damit ein Wollen des Vaters für sich selbst vor sich,<sup>119</sup> so beruhigt man sich dabei, dass zumindest die «Pupillarsubstitution ... der einzige Fall» ist, «in dem jemand ein Testament für einen anderen errichten kann»<sup>120</sup> – um sich dann dennoch durch die Quellen zur Frage nach einer «Doppelnatur der Pupillarsubstitution» genötigt zu finden.<sup>121</sup>

## b. (K)ein Drittwollen auch im Übrigen

57

Unmittelbar schliesst sich aus dieser Perspektive aber auch für das Erbrecht die Frage an, was in den Quellen in Hinblick auf die nähere Bestimmtheit eines noch unbestimmten Wollens der Person wie auch der Bedingung dieses Wollens durch ein weiteres Wollen zu lesen ist. Und hier meint man nun von den römischen Quellen allgemein eine Bestimmtheit vorausgesetzt zu finden, von Erbeinsetzung, Vermächtnis und Fideikommiss:

«certum consilium debet esse testantis».<sup>122</sup>

### aa. (K)eine Drittwollensbestimmungen

58

An die Quellen herangetragen ist damit zunächst die Frage, wie die Erbeinsetzung, das Vermächtnis und das Fideikommiss näher bestimmt werden, bzw. die Frage, wie näher bestimmt das Wollen einer Erbeinsetzung, wie

<sup>118</sup> Inst. 2,16, pr.: «Liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solum ita, ut supra diximus, substituere potest, id est ut, si heredes ei non extiterint, alius ei sit heres, sed eo amplius ut et si heredes ei extiterint et adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis heres. veluti si quis dicat hoc modo: 'Titius filius meus heres mihi esto: si filius meus heres mihi non erit, sive heres erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit (id est pubes factus sit), tunc Seius heres esto.' quo casu si quidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres: si vero extiterit heres filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. nam moribus institutum est, ut, cum eius aetatis sunt in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.» = «Seinen unmündigen Kindern, die man in seiner Gewalt hat, kann man nicht nur so, wie Wir oben gesagt haben, substituieren, d. h. dass, wenn sie nicht Erben werden, es ein Anderer sein soll, sondern sogar, dass, selbst wenn sie Erben geworden, aber noch als Unmündige versterben, ein Dritter *ihr* Erbe sein soll; z. B. wenn Jemand so sagt: *mein Sohn Titius soll mein Erbe sein, wenn aber mein Sohn nicht mein Erbe wird, oder es wird und eher stirbt, als er zu seinen Jahren kommt, dann soll Sejus Erbe sein*. In diesem Fall wird, wenn der Sohn nicht Erbe wird, der Substitut Erbe des Sohnes selbst. Denn es ist durch die Sitte so hergebracht, dass wenn die Söhne noch von dem Alter sind, wo sie selbst kein Testament machen können, die Eltern es für sie machen können.», Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, *Corpus Juris Civilis I* (Fn. 58), S. 73; vgl. auch Behrends et al. (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis I* (Fn. 58), S. 95 f.

<sup>119</sup> Ausführlich zur Diskussion RÜFNER, HRP-I (Fn. 49), § 53 N. 37 ff.; SCHANBACHER DIETMAR, HRP-II (Fn. 48), § 100 N. 51 ff.; vgl. vor dem Hintergrund des vorliegenden Untersuchungsgegenstandes auch KEIM, *Höchstpersönliche Struktur* (Fn. 20), S. 24, jeweils m.w.N.

<sup>120</sup> KASER/KNÜTEL/LOHSSE, *Römisches Privatrecht* (Fn. 23), § 79 N. 10: «Die Pupillarsubstitution ist der einzige Fall, in dem jemand ein Testament für einen anderen errichten kann.»; vgl. vor solchem Hintergrund aus Perspektive der heutigen Diskussion SPIRO KARL *Certum debet esse consilium testantis?*, in: Schweizer, Rainer J./Burkert, Herbert/Gasser, Urs (Hrsg.), *Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2002*, S. 260: «Hinweise auf das römische und gemeine Recht sagen schon deshalb nichts, weil Rom keine allgemeine gewillkürte Stellvertretung kannte, sie aber gerade in Testamenten für den besonderen Fall der Pupillarsubstitution zuließ.»

<sup>121</sup> RÜFNER, HRP-I (Fn. 49), § 53 N. 37 ff., dort § 53 N. 43 auch zu einer etwaigen «Doppelnatur der Pupillarsubstitution», sowie SCHANBACHER, HRP-II (Fn. 48), § 100 N. 51 ff.; für den vorliegenden Zusammenhang etwa CHRISTANDL GREGOR, *Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft, Eine Untersuchung zum Schutz des Erblassers vor Fremdbestimmung*, Tübingen 2016, S. 294 f.

<sup>122</sup> UE 22,4: «Incerta persona heres institui non potest, velut hoc modo: Quisquis primus ad funus meum veneri, heres esto, quoniam certum consilium debet esse testantis.», nach KRÜGER PAUL, *Ulpiani liber singularis regularum, Pauli liber quinque sententiarum, Fragmenta saeculorum p. Chr. n. secundi et tertii*, Berlin 1878, S. 24; vgl. bereits hier zum heutigen schweizerischen Recht auch den Beitrag von SPIRO, *Certum debet esse consilium testantis?*, in: FS Druey (Fn. 118), S. 259 ff., mit der Überschrift «Certum debet esse consilium testantis?»; mit Hinweis hierauf etwa auch IMMEL, *Die höchstpersönliche Willensentscheidung* (Fn. 20), S. 10 f.; diese Stelle seinen Ausführungen zum römischen Recht voranstehend auch ZIMMERMANN, «Quos Titius voluerit» (Fn. 11), S. 9; zur Frage, inwieweit UE 20,1 und D. 28,1,1 die damit regelmässig verbundenen Aussagen zu entnehmen sind, IMMEL, *Die höchstpersönliche Willensentscheidung* (Fn. 20), S. 9; zu beachten sind diesbezüglich jedoch, nicht zuletzt vor dem Hintergrund von Inst. 2,20,27, die späteren (zumindest) «Lockerungen des Verbots der Einsetzung von *incertae personae*», vgl. RÜFNER, HRP-I (Fn. 49), § 52 N. 10 a.E., m.w.N.

näher bestimmt das Wollen eines Vermächnisses, wie näher bestimmt das Wollen eines Fideikommisses durch den Erblasser erfolgen muss.

(1). (K)eine Drittwollensbestimmung und Fideikommiss

Dass aber nun namentlich das Fideikommiss, zumindest bei einem ersten Zugriff auf die Quellen, eine solche nähere Bestimmtheit nicht voraussetzt, sondern gerade dazu bestimmt erscheint, in Besonderheit gegenüber dem Vermächtnis, einen dritten Willen näher bestimmen zu lassen,<sup>123</sup> ist einem nur Durchgangsstation.<sup>124</sup> Letztlich, so heisst es, seien diese Quellen, in denen man von einem «ich will, dass Dein Wille bestimmt» zu lesen meint,<sup>125</sup> nicht auf das Fideikommiss bezogen.<sup>126</sup> Und aus solch Perspektive des Willens auf das römische Recht und sein Fideikommiss findet man, jenseits eben dieses Wollens, denn auch nichts Besonderes mehr am Fideikommiss und lässt ihn letztlich mit dem Vermächtnis in eins fallen.<sup>127</sup> Darauf wären schliesslich selbst die Römer gekommen:

«der Unterschied zwischen Legat und Fideikommiß [ist] vor Justinian nie ganz ausgeglichen worden; erst Justinian hat ihn vollständig beseitigt, und bestimmt, daß für alle Vermächnisse nur ein Recht, und zwar im Widerspruchsfall das mildere der Fideikommisse, gelten solle.»<sup>128</sup>

<sup>123</sup> Inst. 2,24,3: «Verba autem fideicommissorum haec maxime in usu habentur; 'peto, rogo, volo, mando, fidei tuae committo'. quae perinde singula firma sunt atque si omnia in unum congesta essent.» = «Bei Fideikommissen werden hauptsächlich folgende Worte gebraucht: 'ich verlange', 'ich bitte', 'ich will', 'ich beauftrage', 'ich überlasse deiner Treue'; jedes einzelne gilt ebensowohl, als wenn alle zusammengestellt sind.», Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, Corpus Juris Civilis I (Fn. 58), S. 99 f.; vgl. auch Behrends et al. (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis I (Fn. 58), S. 128 f.

<sup>124</sup> Anders zumindest auf den ersten Blick, wenn man sich ganz darauf zurückzieht, die Aussprüche der Quellen seien dem «Formalismus des Testamentsrechts» geschuldet, vgl. ZIMMERMANN, «Quos Titius voluerit» (Fn. 11), S. 15, dort S. 11: «Daß Fideikommiß war nicht formgebunden ... Es überrascht daher nicht, wenn wir ... die Wirksamkeit einer Verfügung anerkannt finden, in der der Erblasser einem von mehreren Erben freigestellt hatte, wem unter seinen Miterben er im Falle seines eigenen Ablebens den empfangenen Erbteil restituieren sollte.»; bereits unmittelbar im Anschluss jedoch weiter differenzierend sowie schliesslich DERS., a.a.O., S. 13, mit Verweis auf Ausnahmen aufgrund «legislatorischer Intervention»; zurückhaltender IMMEL, Die höchstpersönliche Willensentscheidung (Fn. 20), S. 15 f.; noch anders RAAPE, Die testamentarische Willkürbedingung, in: FS Zitelmann (Fn. 104), S. 20 f.; KEIM, Höchstpersönliche Struktur (Fn. 20), S. 14 ff.

<sup>125</sup> D. 40,5,46: «Fideicommissa libertas ita potest dari: 'heres, si volueris, fidei tuae committo, ut Stichum manumittas', quamvis nihil aliud in testamento potest valere ex nutu heredis.» = «Die fideicommissarische Freiheit kann so erteilt werden: *mein Erbe, [besser: wenn Du willst, Deiner Treue vertraue ich, dass Du den Stichus freilässt] ich lege dir das Fideikommiss auf, den Stichus, wenn du willst, freizulassen*, obwohl nichts Anderes in einem Testament gelten kann, [was] von dem Willen des Erben [abhängt.]», Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, Corpus Juris Civilis IV (Fn. 86), S. 177; dazu näher unten bei Fn. 149.

<sup>126</sup> Vgl. etwa WINDSCHEID BERNHARD/KIPP THEODOR, Lehrbuch des Pandektenrechts, Dritter Band, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1906, § 633 Fn. 17, S. 603: «I. 46 § 2 D. 40, 5, welche nicht von Vermächtnissen [scil. Fideikommissen, siehe sogleich bei Fn. 125], sondern von Freilassungen handelt, und [im Übrigen] ausdrücklich mit der Freilassung: *si Seius voluerit* das Vermächtnis: *si Titius Capitolium ascenderit* parallelisiert».

<sup>127</sup> Vgl. nur RÜFNER, HRP-II (Fn. 48), § 98 N. 61 ff., m.w.N. zur «Verschmelzung der verschiedenen Vermächtnisformen mit dem Fideikommiss»; vgl. dazu auch die Übersicht «Ursprüngliche Abweichungen zwischen Legaten und Fideikommissen» bei BABUSIAUX, Römisches Erbrecht (Fn. 51), Übersicht 38, S. 278, dann die Übersicht «Fortbestehende Differenzen zwischen Fideikommiss- und Legatsrecht» bei DERS., a.a.O., Übersicht 40, S. 296, sowie bei DERS., a.a.O., S. 298, schliesslich: «Der Unterschied zwischen Legaten und Fideikommissen war zur Zeit des Kaisers Justinian (527-565 n. Chr.) verschwunden».

<sup>128</sup> WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch III (Fn. 124), § 623, S. 575, mit Verweis auf Inst. 2,20,3; 3,27,7.

So liest man die Quellen zu Vermächtnis und Fideikommiss heute in eins.<sup>129</sup>

(2). (K)eine Drittwollensbestimmung auch im Übrigen

Im Gegensatz hierzu meint man Aussprüche über eine weitere Bestimmung von anfänglicher Unbestimmtheit zuhauf in den römischen Quellen zu finden.<sup>130</sup> Doch über die heute häufig behauptete Voraussetzung einer besonderen Formung, einer besonderen Bestimmtheit des Wollens bzw. der Unzulässigkeit der näheren Bestimmung durch den «nackten Willen eines Dritten»,<sup>131</sup> schweigen die Quellen abermals. Dies gilt zunächst für das Fideikommiss, für das man aber eben sogleich weiter an das Vermächtnis verwiesen wird.<sup>132</sup> Und auch wenn es dann weiter für das Vermächtnis heisst, es sei «ungültig ... das auf den nackten Willen eines Dritten gestellte Vermächtnis, mag dieser Wille darüber entscheiden sollen, ... Wem oder Was vermacht sein soll»,<sup>133</sup> dann muss man sich eingestehen:

«Dies ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, aber es darf nicht bezweifelt werden.»<sup>134</sup>

Als zulässig angesehen wird hingegen bzw. als «nicht unzulässig, die Entscheidung der ... Frage dem vernünftigen Ermessen eines Dritten zu überlassen, nicht unzulässig auch, die Wahl unter mehreren Möglichkeiten einem Dritten schlechthin zu überlassen».<sup>135</sup> Doch auch hier wollen sich die Quellen nicht ganz fügen bzw. schweigen. In «betreff des Gegenstandes» bemüht man zwar ULPIAN,<sup>136</sup> der jedoch zur konkreten Fragestellung, ob die Entscheidung über den Gegenstand dem vernünftigen Ermessen eines

<sup>129</sup> Für den vorliegenden Zusammenhang etwa IMMEL, Die höchstpersönliche Willensentscheidung (Fn. 20), S. 16; vgl. auch ZIMMERMANN, «Quos Titius voluerit» (Fn. 11), S. 15 mit Fn. 43; abweichend jedoch MEINCKE JENS PETER, Römisches Privatrecht auf Grundlage der Institutionen des Iustinians, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, N. 302: «Beide Vermächtnistypen will Iustinian zu einem einheitlichen Vermächtnistyp verschmelzen ... Doch ließ sich dieses Programm nicht so einfach wie gedacht realisieren. So fehlt schon für beide Vermächtnisarten ein gemeinsamer Oberbegriff. Auch gehören die Legate ausschließlich in das Testamentsrecht, während die Fideikommisse sowohl im Testamentsrecht als auch im Intestaterbrecht eine Rolle spielen. Und schließlich kennen die Institutionen verschiedene Einrichtungen, die sie nur mit dem Legat (wie das Vindikationslegat) oder nur mit dem Fideikommiss (wie das Universalfideikommiss) verbinden. Die These, dass es für Iustinian nur noch ein Vermächtnis gibt ..., gilt für die Zusammenfassung älterer Legatstypen zu einem Legat, für die Zusammenfassung von Legaten und Fideikommissen aber nicht.»;

<sup>130</sup> Vgl. etwa D. 31,76,5: «Pater cum filia pro semisse herede instituta sic testamento locutus fuerat: 'Peto, cum morieris, licet alios quoque filios susceperis, Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem nominis mei'. Necessitas quidem restituendi nepotibus viriles partes praecedere videbatur, sed moderandae portionis, quam maiorem in unius nepotis personam conferri voluit, arbitrium filiae datum.» = «Ein Vater hatte seine Tochter zur Hälfte zur Erbin eingesetzt und sie im Testamente so angeredet: *Ich bitte dich, bei deinem Tode, wenn du gleich noch andere Kinder bekommen solltest, doch meinem Enkel Sempronius, meinem Andenken zu Ehren, mehr zuzuteilen.* Hier erachtete man vor allem Dingen notwendig, den [übrigen] Enkeln gleiche Theile zu erstatten; die Bestimmung des Theils, den er einem Enkel grösser zugeordnet hat, sei dem Ermessen der Tochter anheimgegeben.», Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, Corpus Juris Civilis III (Fn. 109), S. 313; vgl. auch Knütel et al. (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis V (Fn. 109), S. 378.

<sup>131</sup> Statt vieler hier und folgend WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch III (Fn. 124), § 633, S. 602 f., mit jeweils weiteren Nachweisen.

<sup>132</sup> Dazu soeben bei Fn. 125.

<sup>133</sup> WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch III (Fn. 124), § 633, S. 602 f.

<sup>134</sup> DIES., a.a.O., § 633, S. 603 Fn. 18, dort zur Begründung weiter: «Was den Gegenstand des Vermächtnisses angeht, so hat der Wille, welcher über diesen zu entscheiden hat, in der Tat auch über die Existenz des Vermächtnisses zu entscheiden, da er einen Gegenstand wählen kann, der sich von einem Garnichts nur dem Namen nach unterscheidet. Was die Person des Bedachten angeht, vgl. ... I. 32 pr. D. 28,5. – In betreff der Person des Beschwerden entscheidet der zu Note 20 [a.a.O., § 633, S. 604 Fn. 20] bezeichnete Gesichtspunkt».

<sup>135</sup> DIES., a.a.O., § 633, S. 603 f.

<sup>136</sup> DIES., a.a.O., § 633 Fn. 19, S. 603 f., dort: «In betreff des Gegenstandes s. I. 1 D. 31.»

anderen überlassen werden kann, letzten Endes zumindest ausdrücklich nichts sagt.<sup>137</sup>

63

Und für «die Person des Vermächtnisnehmers» gesteht man zwar zu, dass man «ein Quellenzeugnis nicht beibringen» kann, dass also die Quellen abermals schweigen, aber man schreibt nun gleich die eigene, vorstehende Auseinanderlegung ULPIANUS fort, wenn es heisst:

«es leuchtet nicht ein, warum dem Erblasser in betreff der Bestimmung des Empfängers nicht erlaubt sein sollte, was ihm in betreff der Bestimmung des zu Empfangenden nicht verboten ist; um so weniger leuchtet dies ein, als er ja die Bestimmung der Person des Empfängers selbst dem Zufall überlassen kann».<sup>138</sup>

64

Nur noch konsequent erscheint es dann schliesslich, wenn man vor diesem Hintergrund auch die Erbeinsetzung in diese Behauptungen mit einschliesst:

«Keiner der ... bezeichneten Sätze ... ist in den Quellen für Erbeinsetzungen bezeugt. Aber es unterliegt keinem Bedenken, das in dieser Beziehung für Vermächtnisse [und Fideikomnisse] Geltende ... auf die Erbeinsetzung zu übertragen.»<sup>139</sup>

#### bb. (K)eine Drittwollensbedingungen

65

Auch in Hinblick auf die Rechtstechnik der Bedingung und der hiervon begrifflich umfassten Möglichkeit, das Bestehen des Rechtsgeschäfts willentlich in Abhängigkeit zu einem weiteren Wollen bzw. einer weiteren Bestimmung zu setzen, namentlich auch eines Dritten, sind die römischen Quellen zum Erbrecht kaum in den Griff zu bekommen. So mag man aus heutiger Perspektive etwa GAIUS noch dahin lesen, dass als Testament ungültig sein soll eine Erbeinsetzung «[ich will die Einsetzung der Erben,]<sup>140</sup> welche Titius will».<sup>141</sup> Weiter mag man vor dem Hintergrund solcher Fragestellung etwa POMPONIIUS noch dahin lesen, dass als Testament ungültig sein soll eine

<sup>137</sup> Zu D. 31,1 näher hier unten bei und in Fn. 142.

<sup>138</sup> WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch III (Fn. 124), § 633 Fn. 19, S. 603 f., einleitend: «Was die Frage des Ob angeht, s. I. 75 pr. D. 30, I. 11 § 7 D. 32. Diese Stellen handeln zwar nur von der Bedingung des Ermessens des *Beschwerten*; aber mit einer solchen Bedingung gibt der Erblasser die eigene Entscheidung nicht minder aus der Hand, als mit der Bedingung des Ermessens eines Dritten. In betreff des Gegenstandes s. I. 1 D. 31. Für die Person des Vermächtnisnehmers läßt sich ein Quellenzeugnis nicht beibringen».

<sup>139</sup> DIES., a.a.O., § 547 Fn. 3, dort auch zu abweichenden Auffassungen, insbesondere von UNGER JOSEPH, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Sechster Band, Das österreichische Erbrecht, 4. Aufl., Leipzig 1896, § 15 Anm. 4, S. 64; mit Hinweis auf die Ausführungen bei WINDSCHEID/KIPP etwa auch MUSCHELER KARLHEINZ, Erbrecht, Band I, in: Bork Reinhard (Hrsg.), Lehrbuch des Privatrechts, Tübingen 2010, N. 553.

<sup>140</sup> Die Klammerzusätze im Folgenden wurden vor dem Hintergrund der hier dargestellten (Wollens-)Perspektive auf das römische Recht bzw. zur Verdeutlichung der heutigen Lesart der Quellen ergänzt; vgl. dazu bereits hier oben Fn. 85.

<sup>141</sup> D. 28,5,32,pr.: «Illa institutio 'quos Titius voluerit' ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.» = «Jene Einsetzung: [Erben sollen die sein,] welche Titius [haben] will, ist deswegen fehlerhaft, weil sie fremder Willkühr überlassen wurde. Denn die alten [Juristen] bestimmten fest genug, die Rechte der Testamente müssten an und für sich [durch den Erblasser] festgestellt, und dürften nicht von fremder Willkühr abhängig sein.»; Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, Corpus Juris Civilis III (Fn. 109), S. 58; vgl. auch Knütel et al. (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis V (Fn. 109), S. 66 f.

Erbeinsetzung «[ich will], wenn Titius will», gültig hingegen «[ich will,] wenn Titius auf das Capitol steigt». <sup>142</sup>

Entsprechend lesen wir dann aus dieser Perspektive auch noch bei MODESTIN, dass als Testament ungültig sein soll ein Vermächtnis «wenn Maevius will [, will ich]», gültig hingegen «[ich will,] wenn Maevius auf das Capitol steigt». <sup>143</sup> Jedoch sieht man sich aus dieser Perspektive schliesslich vor einen Widerspruch gestellt, wenn man an anderer Stelle ULPIAN dahin lesen möchte, dass als Testament sowohl gültig sein soll ein Vermächtnis «[ich will,] wenn Titius auf das Capitol steigt» als auch «[ich will,] wenn es Titius' Ermessen entspricht» – zumindest soweit ULPIAN zur Begründung die Frage in den Raum stellt, «was ... dazwischen für ein Unterschied [ist], ob mir vermacht wird: [ich will,] falls Titius auf das Capitolium steigt, oder: [ich will,] falls er will?». <sup>144</sup> Scheint ULPIAN aus dieser Perspektive als Testament ein Vermächtnis «[ich will], falls er will» als gültig zu erachten, <sup>145</sup> tritt er damit in Widerstreit zu MODESTIN, nach dem, wiederum mit heutiger Perspektive auf

<sup>142</sup> D. 28,5,68: «Si quis sempronium heredem instituerit sub hac condicione 'si titius in capitolium ascenderit', quamvis non alias heres esse possit sempronius, nisi titius ascendisset in capitolium, et hoc ipsum in potestate sit repositum titii: quia tamen scriptura non est expressa voluntas titii, erit utilis ea institutio. atquin si quis ita scripserit: 'si titius voluerit, sempronius heres esto', non valet institutio: quaedam enim in testamentis si exprimantur, effectum nullum habent, quando, si verbis tegantur, eandem significationem habeant quam haberent expressa, et momentum aliquid habebunt. sic enim filii exhereditatio cum eo valet, si quis heres existat: et tamen nemo dubitat, quin, si ita aliquis filium exheredaverit: 'titius heres esto: cum heres erit titius, filius exheres esto', nullius momenti esse exheredationem.» = «Wenn Jemand den Sempronius unter der Bedingung: Wenn Titius das Capitolium besteigen wird, zum Erben einsetzte, so wird, obgleich Sempronius nicht anders Erbe sein kann, als wenn Titius das Capitolium bestiegen hat, eine Handlung, die [ganz] in der Macht des Titius liegt, doch diese Einsetzung gültig sein, weil in der Schrift nicht ausdrücklich der Wille des Titius [als Grund der Einsetzung genannt] ist. Ja wenn Jemand so schrieb: Titius soll Erbe sein, wenn dies Sempronius haben will, dann ist die Einsetzung ungültig. Denn gewisse Sachen haben, wenn sie im Testamente ausgedrückt werden, keine Wirkung. Wird aber [der Sinn davon] unter andere Worte verborgen, so werden sie die beabsichtigte Wirkung haben. Denn so gilt [z. B.] die Enterbung eines Sohnes auf den Fall hin, wenn Jemand Erbe wird, und doch bezweifelt es Niemand, dass, wenn Jemand so seinen Sohn enterbte: Titius soll Erbe sein, und wenn Titius Erbe sein wird, soll mein Sohn enterbt sein; diese Enterbung ohne Wirkung ist.», Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, Corpus Juris Civilis III (Fn. 109), S. 74; vgl. auch Knütel et al. (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis V (Fn. 109), S. 85.

<sup>143</sup> D 35,1,52: «Nonnumquam contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omnia tacite intellegi potuissent nec essent offutura. Quod evenit, si alicui ita legatur: 'Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit'. Nam quamvis in arbitrio Maevii sit, an Capitolium ascendat et velit efficere, ut Titio legatum debeatur, non tamen poterit aliiis verbis utiliter legari: 'Si Maevius voluerit, Titio decem do': nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. Inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent.» = «Zuweilen tritt der Fall ein, dass etwas namentlich Ausgedrücktes von Nachtheil ist, obwohl es, wenn es weggelassen worden wäre, stillschweigend hätte verstanden werden können, ohne dass dann ein Nachtheil würde entstanden sein; dies geschieht, wenn [z. B.] Jemandem ein Vermächtnis in der Art ausgesetzt worden ist: *dem Titius gebe und vermache ich Zehntausend, wenn Mävius auf das Capitolium gestiegen sein wird*; denn wenn es auch im Belieben des Mävius beruht, ob er auf das Capitolium steigen, und es dahin bringen will, dass Titius ein Recht, das Vermächtniss zu fordern, erhalte, so kann er doch nicht mit andern Worten gültige Weise ein Vermächtniss der Art aussetzen, *wenn Mävius will, gebe und vermache ich dem Titius zehn[tausend Sesterzien]*; denn ein Vermächtniss kann nicht von dem Willen eines Dritten abhängig gemacht werden. Daher heisst es: das namentlich Ausgedrückte schadet, das nicht namentlich Ausgedrückte schadet nicht.», Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, Corpus Juris Civilis III (Fn. 109), S. 618 f.; vgl. auch Knütel Rolf/Kupisch Berthold/Lohsse Sebastian/Rüfner Thomas (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, Band VI, Digesten 35–39, Heidelberg 2024, S. 24 f.; vgl. des Weiteren D. 31.3: «Si ita legetur: 'Heres dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit', utile legatum est, quamvis in potestate eius sit ascendere vel non ascendere.» = «Wenn so vermacht ist: *mein Erbe soll verbunden sein, zu zahlen, wenn er nicht aufs Capitol steigt*, so ist das Vermächtniss gültig, obgleich es in seiner Gewalt steht, hinaufzusteigen oder nicht hinaufzusteigen.», Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, Corpus Juris Civilis III (Fn. 109), S. 284 f.; vgl. auch Knütel et al. (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis V (Fn. 109), S. 339.

<sup>144</sup> D. 31,1: «In arbitrium alterius conferri legatum veluti condicio potest: quid enim interest, 'si Titius in Capitolium ascenderit' mihi legetur an 'si voluerit?' 1. Sed cum ita legatum sit pupillo sive pupillae 'arbitrio tutorum', neque condicio inest legato neque mora, cum placeat in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi. Quae enim mora est in boni viri arbitrio, quod iniectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii?» = «Ein Vermächtniss kann auf das Ermessen eines Andern als auf eine Bedingung gestellt werden; denn was ist dazwischen für ein Unterschied, ob mir vermacht wird: *falls Titius aufs Capitolium steigt*, oder: *falls er will?* S. 1. Wenn aber einem oder eine Unmündigen so vermacht wird: *nach dem Ermessen der Vormünder*, so enthält das Vermächtniss weder eine Bedingung, noch einen Grund zum Aufenthalt, da angenommen ist, dass die Stellung auf Ermessen eines Andern, bei Vermächtnissen, von unparteiischem Ermessen (*boni viri arbitrium*) verstanden werde; wie kann nun aber Aufenthalt entstehen durch unparteiisches Ermessen, dessen Erwähnung im Vermächtnisse gleichsam eine gewisse Grösse ausdrückt, nämlich nach Massgabe der Kräfte des Vermögens?», Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, Corpus Juris Civilis III (Fn. 109), S. 285; vgl. auch Knütel et al. (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis V (Fn. 109), S. 339.

<sup>145</sup> Dazu soeben bei Fn. 142.

das römische Recht, als Testament ungültig sein soll ein Vermächtnis «wenn Maevius will [, will ich]». <sup>146</sup>

67

Versuche, die so nicht zueinander passenden Quellen passend zu machen, «Versuche, Ulpian's Entscheidungen mit den ... [anderen] Stellen ... in Uebereinstimmung zu bringen», werden als «gescheitert» betrachtet,<sup>147</sup> die «Bemühungen der Neueren, die Antinomie zu erklären, ...[als] bisher vergeblich geblieben». <sup>148</sup> Ganz überwiegend findet man sich daher mit der verbleibenden «Antinomie» ab und verweist diese etwa als «Streit» an die Quellen selbst zurück:

«Es bleibt also nichts übrig, als bei der natürlichen Erklärung, nach welcher ein Streit zwischen Ulpian und andern Schriftstellern statt findet, stehen zu bleiben.»<sup>149</sup>

68

Einer anderen Quellenstelle, nach der zumindest auf den ersten Blick gültig zu sein scheint als Testament ein Fideikommiss «[ich will,] wenn Du willst»,<sup>150</sup> hatte man sich bereits mit dem Hinweis entledigt, dass die Quellenstelle in dieser Hinsicht nicht von dem dort auch benannten

<sup>146</sup> Dazu soeben bei Fn. 141.

<sup>147</sup> Vgl. DERNBURG, Pandekten III (Fn. 113), § 76 Fn. 7, S. 144: «Die Versuche, Ulpian's Entscheidungen mit den in der Anm. 6 abgedruckten Stellen [D. 28,5,69; 35,1,52]] in Uebereinstimmung zu bringen ..., sind gescheitert».

<sup>148</sup> Vgl. BARON JULIUS, Pandekten, 9. Aufl., Leipzig 1896, § 396 I 1, S. 690: «die Bemühungen der Neueren, diese Antinomie zu erklären, sind bisher vergeblich geblieben.»

<sup>149</sup> So etwa SCHRADER EDUARD, Abhandlungen aus dem Civil-Rechte, Erstes Bändchen, Hannover 1808, S. 64; vgl. des Weiteren etwa RAAPE, Die testamentarische Willkürbedingung, in: FS Zitelmann (Fn. 104), S. 15: «Zwiespalt der römischen Juristen»; IMMEL, Die höchstpersönliche Willensentscheidung (Fn. 20), S. 15: «Widersprüchlichkeit dieser Äußerungen ist offenkundig»; ZIMMERMANN, «Quos Titius voluerit» (Fn. 11), S. 14: «Plausible Argumente, die Echtheit einer dieser Stellen anzuzweifeln, vermag ich nicht zu erkennen. Es wird sich hier um eine Klassikerkontroverse gehandelt haben»; KEIM, Höchstpersönliche Struktur (Fn. 20), S. 10 f.

<sup>150</sup> D. 40,5,46: «Fideicommissa libertas ita potest dari: 'heres, si volueris, fidei tuae committo, ut Stichum manumittas', quamvis nihil aliud in testamento potest valere ex nutu heredis. 1. Plane et ita 'si Stichus voluerit' potest ei libertas adscribi. 2. Sed et si ita adscriptum sit 'si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo', mihi videtur posse dici valere libertatem, quia condicio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, si Titius Capitolium ascenderit. 3. Quod si ita scriptum sit 'si heres voluerit', non valebit, sed ita demum, si totum in voluntate fecit heredis, si ei liberit. Ceterum si arbitrium illi quasi viro bono dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur: nam et eam libertatem deberi placuit 'si tibi videbitur, peto manumittas': ita enim hoc accipiendum 'si tibi quasi viro bono videbitur'. Nam et ita relictum 'si voluntatem meam probaveris' puto deberi: quemadmodum 'si te meruerit' quasi virum bonum vel 'si te non offenderit' quasi virum bonum vel 'si comprobaveris' vel 'si non reprobareris' vel 'si dignum putaveris'. Nam et cum quidam Graecis verbis ita fideicommissum dedisset: *tw deini, ean dokimasys, eleuverian dovynai boulomai, a divo Severo rescriptum est fideicommissum peti posse*. 4. Quamquam autem in heredis arbitrium conferri, an debeatur, non possit, quando tamen debeatur, conferri potest. 5. Quidam, cum tres servos legasset, fidei heredis sui commisit, ut ex his duos quos vellet manumitteret: fideicommissa libertas valebit et quos ex his vellet, heres manumittet: *quare si eos vindicaret legatarius, quos heres vult manumittere, exceptione doli repellitur*. = «Die fideicommissarische Freiheit kann so ertheilt werden: *mein Erbe, ich lege dir das Fideikommiss auf, den Stichus, wenn du willst, freizulassen*, obwohl nichts Anderes in einem Testament gelten kann, [was] von dem Willen des Erben [abhängt.]. §. 1. Freilich kann auch so: *Wenn Stichus will*, demselben die Freiheit ausgesetzt werden. §. 2. Aber auch wenn so gesagt sein sollte: *wenn Sejus will, so will ich, dass Stichus frei sei*, scheint es mir, dass man sagen könne, die Freiheit gelte, weil es mehr eine Bedingung ist, ebenso wie, wenn mir Etwas vermacht worden, wenn Titius auf das Capitolium gestiegen sei. §. 3. Wenn aber so gesagt ist, *wenn der Erbe will*, so wird es nicht gelten; jedoch nur dann [nicht], wenn er die ganze Sache in den Willen des Erben gestellt hat, wenn es demselben beliebt haben sollte. Sonst wenn er dem Erbe, wie einem redlichen Manne, ein freies Ermessen gegeben hat, so werden wir nicht zweifeln, dass die Freiheit gebühre. Denn man hat angenommen, dass auch die [so ertheilte] Freiheit gebühre: *wenn es dir gutdünken wird, so bitte ich, mögest du freilassen*; das ist nemlich so zu verstehen: wenn es dir, als einem redlichen Manne, gutdünken wird. Denn ich glaube, dass auch was so hinterlassen worden ist: *wenn du meinen Willen gebilligt haben wirst*, gebühre, ebenso wie: *wenn er es um dich, als einen redlichen Mann, verdient haben wird*, oder: *wenn er gegen dich, als redlichen Mann, nicht verstossen haben wird*, oder: *wenn du es gebilligt haben wirst*, oder: *wenn du es nicht gemissbilligt haben wirst*, oder: *wenn du ihn für würdig gehalten haben wirst*. Denn auch als Jemand mit griechischen Worten ein Fideikommiss so gegeben hatte: *ich will, dass dem Sklaven, wenn du es gebilligt haben wirst, die Freiheit gegeben werde*, ist vom höchstseligen Severus rescribirt worden, dass das Fideikommiss gefordert werden könne. §. 4. Obgleich aber die Frage, ob Etwas gebühre, nicht in das Ermessen des Erben gestellt werden kann, so kann doch die Frage, wann es gebühre, in dasselbe gestellt werden. §. 5. Jemand hat, als er drei Sklaven vermacht hatte, seinem Erben das Fideikommiss aufgelegt, dass er von denselben zwei, welche er wollte, freilassen möchte. Die fideicommissarische Freiheit wird gelten, und der Erbe diejenigen von ihnen, welche er will, freilassen; darum wird der Vermächtnisnehmer, wenn er die, welche der Erbe freilassen will, in Anspruch nehmen wollte, mit der Einrede der Arglist zurückgewiesen werden.», Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, Corpus Juris Civilis IV (Fn. 86), S. 177 f.

Fideikommiss, «sondern von Freilassungen handelt, und [im Übrigen] ausdrücklich mit der Freilassung: *si Seius voluerit* das Vermächtnis: *si Titius Capitolium ascenderit* parallelisiert». <sup>151</sup>

cc. (K)eine Drittwollensauflagen

69

So bleibt schliesslich nur noch die Frage nach den Drittwollensauflagen. Im heutigen Recht zumindest denkbar, <sup>152</sup> meint man nun zumindest für das Erbrecht auch in den römischen Quellen von der Auflage unter dem Begriff des «modus» zu lesen. <sup>153</sup>

70

Selbst hier aber wollen sich die Quellen nicht fügen. Zumindest nicht in den Begriff zu bekommen ist, warum die «Ausdrücke *modus* oder *sub modo* ... im Zusammenhang mit Nebenbestimmungen zur Erbeinsetzung nicht gebraucht» werden. <sup>154</sup> Auch hier findet man sich jedoch mit der Feststellung einer «mangelnden dogmatischen und terminologischen Erfassung» dessen ab, was man aus heutiger Perspektive nun als «Auflage» begreift. <sup>155</sup>

## II. Höchstpersönlichkeit als selbstverständlich nicht begriffen

71

Gänzlich überzeugt scheint man von solchen Auflösungen der römischen Quellen jedoch auch für den vorliegenden Zusammenhang nicht zu sein. <sup>156</sup> Aufzulösen scheinen sich solche Widersprüche denn auch erst, wenn man aus anderer Perspektive, aus Perspektive eines «Tatbestandes» die Quellen liest. <sup>157</sup> Manches scheint so von selbst verständlich zu werden.

<sup>151</sup> WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch III (Fn. 124), § 633 Fn. 17, S. 603; siehe dazu bereits oben N. 59.

<sup>152</sup> Nicht zuletzt zur Frage eines allgemeinen Begreifens solcher Auflagen als «Voraussetzung» bereits oben N. 46 f.

<sup>153</sup> Vgl. etwa D. 35.1.17.4: «*Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret: sub modo legatum videtur.*» = «Wenn Jemandem etwas zu dem Ende vermacht worden ist, um etwas daraus zu errichten, z. B. ein Denkmal für den Testator, oder einen Bau, oder ein Gastmahl für die Municipalstädter zu geben, oder die Hälfte davon einem Andern herauszugeben, so wird das Vermächtnis als unter eine Bestimmung ausgesetzt betrachtet.», Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, *Corpus Juris Civilis III* (Fn. 109), S. 604; vgl. auch Knütel et al. (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis VI* (Fn. 141), S. 7; dazu etwa ANKUM HANS, *Das Legatum sub modo* im klassischen Römischen Recht, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 87 (2019), S. 351 ff.

<sup>154</sup> Vgl. RÜFNER, HRP-I (Fn. 49), § 53 N. 20 Fn. 44, m.w.N.; mit etwa abweichender Perspektive SAVIGNY, *System III* (Fn. 111), § 128, S. 227 f.: «Erbeinsetzung. Besteht die Verpflichtung des Erben darin, daß er einem Dritten Etwas gebe, so ist ein solches Bedürfnis nicht vorhanden, da die Legate, und späterhin auch noch die Fideicommissa, für jenen Zweck vollkommen ausreichen. ... Aber der Erblasser kann auch ganz andere Dinge dem Erben auflegen ... Dazu dient dann der Modus.»

<sup>155</sup> Vgl. RÜFNER, HRP-I (Fn. 48), § 53 N. 20 Fn. 44.

<sup>156</sup> Allgemein dazu bereits hier oben N. 24 f.

<sup>157</sup> Dazu bereits oben N. 26 ff.; vgl. vor diesem Hintergrund noch die Ausführungen über die teils abweichende Perspektive auf den «Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit in der Lehre der Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten» bei IMMEL, *Die höchstpersönliche Willensentscheidung* (Fn. 20), S. 19 ff.

## 1. Selbstbestimmung und keine Stellvertretung

Findet man von den römischen Quellen in einem Tatbestand den Willen einer Person vorausgesetzt, wurde damit in der Tat der so vom Tatbestand bestimmte Wille dieser Person vorausgesetzt, und bestand mit dem Wille einer anderen Person eine andere Tat.<sup>158</sup> Zwar gelangte man aus solch Perspektive noch dazu, einen Boten der Tat zu begreifen.<sup>159</sup> Auch meinte man etwa in Fällen von Gewaltunterworfenheit, die Tat des Gewaltunterworfenen als eigene Tat der gewalthabenden Person begreifen zu können.<sup>160</sup> Und schliesslich sollte im römischen Recht durch eine Tat auch über eine andere Person bestimmt werden können.<sup>161</sup>

Eine Stelle aber, eine Person, die es in ihrem Willen zu vertreten galt, ein von der Person begrifflich geschiedenes Rechtsgeschäft als «auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung»,<sup>162</sup> geriet aus dieser Perspektive nicht in den Blick.<sup>163</sup> Die Frage der Zulässigkeit einer Stellvertretung, des Wollens dritter Personen bzw. einer «Willenserklärung durch andere»,<sup>164</sup> stellte sich nicht bzw. sollte eine solche Willenserklärung keine Wirkung haben.<sup>165</sup> Rechtsfolgen der heute sog. «Stellvertretung» vermittelten sich im römischen Recht vielmehr, in

- 158 Vgl. dazu auch D. 44, 7, 1: «Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.» = «Alles, was wir unternehmen, macht, wenn es aus einem unsererseits abgeschlossenen Contracte seinen Ursprung nimmt, unsere Handlung zu einer völlig wirkungslosen, sobald der Ursprung der Verbindlichkeit nicht mit unserer Person zusammenhängt, und darum können wir weder stipuliren, noch kaufen, verkaufen, contrahiren, sodass ein Anderer daraus im eigenen Namen klagen könnte.», Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, *Corpus Juris Civilis IV* (Fn. 86), S. 572 f.; vgl. auch HUBER EUGEN, in: Fasel Urs (Hrsg.), *Eugen Hubers Obligationenrechtsmanuskript zum Besonderen Teil des OR*, Bern 2016, N. 989: «Die Römer sträubten sich gegen Annahme von Stellvertretung, weil sie sich den Willen mit der Verbindlichkeit viel mehr verknüpft dachten, als wir. So wenig A. für B. Medizin nehmen kann, so wenig kann er nach röm. Auffassung für ihn Willen äussern. Ganz anders das heutige Rechte, die moderne Praxis wusste schon lange mit dem römischen Recht nichts anzufangen. Nun in Gesetzbüchern positives Recht.»
- 159 Zum *nuntius* des römischen Rechts und etwaigen Parallelen zum Begriff des «Organs» etwa KASER/KNÜTEL/LOHSSE, *Römisches Privatrecht* (Fn. 23), § 21 N. 3 ff.
- 160 Über die «Stipulation bei Gewaltabhängigkeit» etwa FINKENAUER, *HRP-I* (Fn. 49), § 21 N. 16, vgl. zum «Verkauf/Kauf durch Sklaven, Gewaltunterworfenen oder freie Mittelpersonen» etwa ERNST, *HRP-II* (Fn. 48), § 79 N. 24 f.; zu Parallelen zum Begriff der «Organschaft» wiederum KASER/KNÜTEL/LOHSSE, *Römisches Privatrecht* (Fn. 23), § 21 N. 3 ff.; vgl. zu solch Erklärungsansätzen sowie zum römischen *nuntius* auch FINKENAUER, *Direkte Stellvertretung bei Stipulationen?*, *ZRG RA* 125 (2008) (Fn. 61), 440, 490 ff., 493 f.; schliesslich bereits die Ausführungen bei FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* (Fn. 53), S. 83 f.
- 161 Über die «Stellung des Vormunds (tutor) und des Pflegers (curator) gegenüber ihren Schutzbefohlenen» KASER/KNÜTEL/LOHSSE, *Römisches Privatrecht* (Fn. 23), § 21 N. 10 ff., selbst unter den Begriff der «Treuhand» fassend; zu solch Erklärungsansatz wiederum FINKENAUER, *Direkte Stellvertretung bei Stipulationen?*, *ZRG RA* 125 (2008) (Fn. 61), 440, 490 ff.
- 162 Vgl. bereits hier WINDSCHEID/KIPP, *Lehrbuch I* (Fn. 93), § 69, S. 310; dazu näher BOENTE, *Höchstpersönlichkeit* (Fn. 2), *Fünfter Teil*, § 1.C.II.
- 163 Gegen «Das angebliche Prinzip des römischen Rechtes» unter dieser Überschrift etwa HELLMANN FRIEDRICH, *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften*, München 1882, S. 63 ff.; vgl. auch FINKENAUER, *Direkte Stellvertretung bei Stipulationen?*, *ZRG RA* 125 (2008) (Fn. 61), 440, 489 ff., wenn auch jeweils mit letztlich anderer Zielrichtung.
- 164 WINDSCHEID/KIPP, *Lehrbuch I* (Fn. 93), § 73, S. 344.
- 165 D. 45,1,38,17: «Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.» = «Für einen Andern kann Niemand stipuliren, ausgenommen, wenn der Slave für den Herrn, der Sohn für den Vater stipulirt; denn es sind diese Arten von Verbindlichmachung dazu erfunden worden, dass ein Jeder Dasjenige sich erwerben, was sein Interesse betrifft; dass aber einen Andern Etwas gegeben werde, hat für mich kein Interesse. Wollte ich jedoch dies thun, so würde ich mir eine Strafe stipuliren lassen müssen; sodass, wenn Das nicht geschieht, was in der Stipulation aufgenommen worden ist, die Stipulation auch für Den verfällt, welcher weiter kein Interesse dabei hat. Denn wenn sich Jemand eine Strafe stipulirt, so wird nicht auf das Interesse gesehen, sondern auf die Quantität und die Bedingung der Stipulation.», Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, *Corpus Juris Civilis IV* (Fn. 86), S. 612; vgl. auch Inst. 3,19,19; vgl. mit ähnlicher Perspektive auf das Vorstehende bereits FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* (Fn. 53), S. 81 ff.

gewisser Parallele zu den mit der Zeit hervortretenden Verkehrsbedürfnissen, in neuen, besonderen Tat(en)beständen.<sup>166</sup>

## 2. Eine bestimmte Bestimmtheit

74

Zugleich war aus dieser Perspektive bei Tatbeständen, die ein Wollen voraussetzten, aber auch lediglich das vom Tatbestand bestimmte Wollen vorausgesetzt. Im Tatbestand aufging damit die Frage, ob das vom Tatbestand bestimmte Wollen nur Bestimmtes oder auch Unbestimmtes unter sich begriff, nur Unbedingtes oder auch Bedingtes. Anderes Wollen war nicht diesem Tatbestand gemäss, wurde aber auch hier teils mit noch hinzutretenden Tatbeständen aufgegriffen.

75

Anschaulich wird dies gerade beim Kauf und der vom Tatbestand bestimmten Voraussetzung des Kaufpreises.<sup>167</sup> Zudem fügt sich aus dieser Perspektive die heute so begriffene Auflage, in bestimmten Fällen, als neuer Tatbestand.<sup>168</sup>

76

Daher nicht in den Blick geriet zum einen die Frage nach der Zulässigkeit einer weiteren Unbestimmtheit bzw. der Voraussetzung einer Bestimmtheit oder Unbestimmtheit der «Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichteten Privatwillenserklärung»;<sup>169</sup> in den Quellen las man nur in Bezug auf die Ausfüllung des Rahmens des vom Tatbestand bestimmten Wollens. Zugleich lag aus dieser Perspektive bei lediglich den Worten «wenn ich will» als solcher in der Tat kein vom Tatbestand etwaig vorausgesetztes Wollen vor, anders aber in der Tat bei den Worten «ich will, wenn ich wollen werde» – und damit nicht zuletzt auch bei dem sog. Kauf auf Probe.<sup>170</sup> Auch das «ich will, wenn ein Dritter wollen wird» war nun von solchem Rahmen von selbst verständlich mit umfasst.<sup>171</sup>

## 3. Höchstpersönlichkeit selbstverständlich

77

So überrascht letztlich auch kaum noch, dass, soweit ein Tatbestand des römischen Rechts den Willen einer Person voraussetzte, der so bestimmte Wille in der Tat höchst persönlich war. Höchstpersönlichkeit in diesem Sinne war von selbst verständlich und damit letztlich auch allgemein vorausgesetzt.

## 4. Erbrecht in der Tat

78

Schliesslich scheinen sich aus solcher Perspektive auch im Erbrecht die römischen Quellen zumindest etwas besser zu fügen.

<sup>166</sup> Vgl. SCHMOECKEL, HKK BGB-I (Fn. 30), §§ 164-181 N. 3 Fn. 10; zudem aus ähnlicher Perspektive bereits die Ausführungen bei FLUME, Rechtsakt und Rechtsverhältnis (Fn. 53), S. 84 ff.

<sup>167</sup> Dazu bereits oben bei Fn. 80.

<sup>168</sup> Vor diesem Hintergrund etwa zum Streit über «die Anwendbarkeit der *apv* auf die Schenkung unter Auflage» BABUSIAUX ULRIKE, HRP-II (Fn. 48), § 90 N. 51 ff., m.w.N.

<sup>169</sup> Dazu soeben Fn. 160.

<sup>170</sup> Zu diesem oben N. 44 mit Fn. 87.

<sup>171</sup> Dazu, dass dies «natürlich zulässig» sei, bereits hier oben N. 45 mit Fn. 90.

## a. Selbstbestimmung auch im Erbrecht

79

So fügt sich zunächst die Pupillarsubstitution, nicht an Stelle des Kindes, sondern als selbständiger Tatbestand.<sup>172</sup>

## b. Die bestimmte Selbstbestimmtheit im Erbrecht

80

Zugleich war aus dieser Perspektive aber auch im Erbrecht bei den Tatbeständen, die ein Wollen voraussetzten, lediglich das vom Tatbestand bestimmte Wollen vorausgesetzt.<sup>173</sup>

### aa. Die bestimmte Bestimmtheit von Erbeinsetzung, Vermächtnis und Fideikommiss

81

Dies galt bei der Erbeinsetzung, dem Vermächtnis aber auch dem Fideikommiss, das sich in der Tat eben im Wollen eines Wollens noch selbständig neben dem Vermächtnis fand und so auch dem Erblasser die Bestimmung der dann näheren Bestimmung durch einen anderen ermöglichte.<sup>174</sup> Das vom Tatbestand bestimmte Wollen war bei der Erbeinsetzung die Einsetzung von Erben, beim Vermächtnis die Gewährung von Vermögensvorteilen an Dritte und beim Fideikommiss schliesslich die fideikommissarische Bitte als solche – sowie all dies jeweils wiederum unter etwaigen Bedingungen.

82

Weiter schienen aus solcher Perspektive denn auch hier das Vermächtnis «sub modo» und das Fideikommiss «sub modo» als zum Vermächtnis und zum Fideikommiss jeweils hinzutretende Taten(bestände) ihre Plätze zu finden – entsprechend der Erbeinsetzung, bei der sich solch Auflage in der Tat bereits über den Tatbestand von Vermächtnis und Fideikommiss selbst vermittelte.<sup>175</sup>

### bb. Die Selbstbestimmtheit

83

Und aus solcher Perspektive liest man denn nun auch weiter bei GAIUS, zunächst mit vermeintlich nur anderer Betonung, dass der Tatbestand in Hinblick auf die Erbeinsetzung nicht durch die Tat eines anderen, nicht durch den Willen eines anderen, nicht durch die Worte «[die Erbeinsetzung,] welche Titius will» erfüllt ist.<sup>176</sup> Entsprechend heisst es bei POMPONIUS, dass der Tatbestand in Hinblick auf die Erbeinsetzung nicht durch die Tat eines anderen, nicht durch den Willen eines anderen, nicht durch die Worte «wenn

172 Zur «Pupillarsubstitution» und der Frage ihrer «Doppelnatur» bereits hier oben Fn. 119; vgl. weiter unten bei Fn. 198; zum sog. «Soldatentestament» vgl. vor diesem Hintergrund die Ausführungen namentlich von STAGL JAKOB FORTUNAT, Das Soldatentestament unter den Soldatenkaisern, in: Babusiaux Ulrike/Kolb Anne (Hrsg.), Das Recht der «Soldatenkaiser»: Rechtliche Stabilität in Zeiten politischen Umbruchs?, Berlin, München, Boston 2015, 109, 111: «Kraft des ... Soldatentestaments sind Soldaten ... von praktisch allen wichtigen Vorschriften des römischen Erbrechts ... auf formaler und materialer Ebene ausgekommen: Soldaten können testieren, wie sie wollen und was sie wollen; das einzige, was zählt, ist ihr nackter Wille, soweit er nur irgendwie erkenntlich wird».

173 Vor diesem Hintergrund zur Frage der Zulässigkeit einer Einsetzung von «incertae personae» bereits hier Fn. 120.

174 Vgl. dazu bereits oben N. 59 f.

175 Vgl. vor diesem Hintergrund zu «Grabinschriften», insbesondere zur sog. «Grabmalklausel», auch ALONSO JOSÉ LUIS/BABUSIAUX ULRIKE, HRP-I (Fn. 49), § 8 N. 205, m.w.N.; der hier eingenommenen Perspektive fügt sich schliesslich auch Inst. 2,24,pr.: «Potest autem quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, hominem, vestem, argentum, pecuniam numeratam, et vel ipsum heredem rogare ut alicui restituat, vel legatarium quamvis a legatario legari non possit.» = «Man kann auch einzelne Sachen durch ein Fideikommiss hinterlassen, z. B. ein Landgut, einen Sklaven, ein Kleid, Silber, gemünztes Geld, und den Erben entweder selbst bitten, es Jemandem herauszugeben, oder den Vermächtnissberechtigten, wenn schon diesem nicht auferlegt werden kann, ein Vermächtnis herauszugeben [Fn. 76: Doch würde dies vorkommenden Falls für ein Fideikommiss erachtet werden. Schr.].», Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, Corpus Juris Civilis I (Fn. 58), S. 98; vgl. auch Behrends et al. (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis I (Fn. 58), S. 127.

176 Vgl. im Gegensatz oben bei Fn. 139; vgl. auch IMMEL, Die höchstpersönliche Willensentscheidung (Fn. 20), S. 10, wenn auch mit anderer Schlussfolgerung: «Auffallend ist, daß ein eigener Wille des Testators nicht erwähnt wird. Dies ist ein Anhaltspunkt dafür, daß die Wirksamkeit der Verfügung nicht von der Beschaffenheit des Erblasserwillens abhing.»

Titius wollen wird, soll Sempronius Erbe sein» erfüllt ist – hingegen dann, wenn jemand in der Tat Sempronius als Erben einsetzt, jedoch unter der Bedingung «wenn Titius auf das Kapitol steigt».<sup>177</sup> Zudem soll nach *MODESTIN* der Tatbestand erfüllt sein bei den Worten «Ich gebe Titius zehntausend als Vermächtnis, wenn Maevius das Kapitol besteigt», nicht hingegen bei den Worten «Wenn Maevius will, gebe ich Titius Zehntausend», über die in der Tat kein entsprechender eigener Wille zum Ausdruck kommt.<sup>178</sup>

Damit fügt sich aber auch *ULPIAN*'s Auffassung, nach dem, wenn dann in der Tat ein Vermächtnis vorliegt, dieses sowohl unter der Bedingung gültig sein soll «wenn Titius das Kapitol besteigen wird» wie auch unter der Bedingung «wenn es Titius' Entscheidung entspricht»<sup>179</sup> – «denn was ist dazwischen für ein Unterschied, ob mir vermacht wird: falls Titius auf das Capitolium steigt, oder: falls er will».<sup>180</sup> Und Gleiches gilt für die Ausführungen *ULPIAN*'s zum Testament in Hinblick auf das Fideikommiss: Ungültig ist ein diesbezügliches Testament «wenn der Erbe will» – «jedoch nur dann ..., wenn er die ganze Sache in den Willen des Erben gestellt hat, wenn es demselben beliebt haben sollte», wenn «die Frage, ob Etwas gebühre, ... in die Entscheidung des Erben gestellt» wird.<sup>181</sup> Im Gegensatz zu «welche Titius will» bei *GAIUS*,<sup>182</sup> zu «wenn Titius wollen wird, soll Sempronius Erbe sein» bei *POMPONIUS*,<sup>183</sup> oder zu «Wenn Maevius will, gebe ich Titius Zehntausend» bei *MODESTIN*,<sup>184</sup> oder hier bei *ULPIAN* «wenn der Erbe will»,<sup>185</sup> ist die «ganze Sache» nicht «in den Willen» eines anderen gestellt, wenn ein entsprechender Wille des Erblassers gegeben ist, so bei *MODESTIN* das «Ich gebe Titius zehntausend als Vermächtnis, wenn Maevius das Kapitol besteigt»,<sup>186</sup> bei *ULPIAN* das «mir vermacht wird: falls Titius auf Capitolium steigt, oder: falls er will»<sup>187</sup> – und schliesslich bei demselben, wenn das Wollen des Erblassers als Bezugspunkt vorausgesetzt wird, «wenn er dem Erbe, wie einem redlichen Manne, ein freies Ermessen gegeben hat, ... wenn es dir gutdünken wird, so bitte ich, mögest du freilassen; ... wenn du meinen Willen gebilligt haben wirst, gebühre, ebenso wie: wenn er es um dich, als einen redlichen Mann, verdient haben wird, oder: wenn er gegen dich, als redlichen Mann, nicht verstossen haben wird, oder: wenn du es gebilligt haben wirst, oder: wenn du es nicht gemissbilligt haben wirst, oder: wenn du ihn für würdig gehalten haben wirst».<sup>188</sup> So ist denn auch, wiederum *ULPIAN* lesend, ein bedingtes Fideikommiss in der Tat auch dann gegeben «wenn mein Erbe nicht nicht will», wird

<sup>177</sup> Vgl. im Gegensatz oben bei Fn. 140.

<sup>178</sup> Vgl. im Gegensatz dazu oben bei Fn. 141.

<sup>179</sup> D. 31,1, hier nun in Übersetzung von *KNÜTEL/KUPISCH/RÜFNER/SEILER*, *Corpus Iuris Civilis V*, 2012, S. 339; zur abweichenden Übersetzung von *OTTO/SCHILLING/SINTENIS*, *Corpus Iuris Civilis III* (Fn. 109), S. 285, bereits hier bei und in Fn. 142.

<sup>180</sup> Vgl. im Gegensatz dazu oben bei Fn. 142.

<sup>181</sup> Vgl. im Gegensatz dazu oben bei Fn. 148.

<sup>182</sup> Dazu soeben bei Fn. 174.

<sup>183</sup> Dazu soeben bei Fn. 175.

<sup>184</sup> Dazu oben bei Fn. 141.

<sup>185</sup> Dazu soeben bei Fn. 179.

<sup>186</sup> Dazu soeben bei Fn. 141.

<sup>187</sup> Dazu soeben bei Fn. 178.

<sup>188</sup> Vgl. im Gegensatz dazu oben bei Fn. 148.

doch auch hier der Wille des Erblassers als Bezugspunkt in der Tat vorausgesetzt.<sup>189</sup>

85

Und schliesslich fügt sich auch die Pupillarsubstitution, nicht von selbst verständlich, aber selbstverständlich als eigener bestimmter Tatbestand.<sup>190</sup>

### c. Höchstpersönlichkeit selbstverständlich auch im Erbrecht

86

Auch für das Erbrecht galt damit, dass soweit ein Tatbestand des römischen Rechts den bestimmten Willen einer Person voraussetzte, im Besonderen bei der Erbeinsetzung, dem Vermächtnis oder dem Fideicommiss, der so bestimmte Wille in der Tat *höchst persönlich* war. *Höchstpersönlichkeit* in diesem Sinne war im römischen Recht von selbstverständlich und wurde so letztlich allgemein vorausgesetzt.<sup>191</sup>

## E. Massgebliche Wertungen jenseits der Rechtstechnik

87

Die Höchstpersönlichkeit in den römischen Quellen zum Erbrecht sticht ins Auge, sei es, weil man hierin eine nicht von selbst verständliche Ausnahme erblickt, sei es, weil allein hier noch Selbstverständliches in den Blick

189 D. 32,11,5-9: «Ulpianus libro secundo fideicommissorum ... 5. Sic fideicommissum relictum: 'nisi heres meus noluerit, illi decem dari volo' quasi condicionalis fideicommissum est et primam voluntatem exigit: ideoque post primam voluntatem non erit arbitrium heredis dicendi noluisse. 6. Hoc autem 'cum voluerit' tractum habet, quamdiu vivat is, a quo fideicommissum relictum est: verum si antequam dederit, decesserit, heres eius praestat. Sed et si fideicommissarius, antequam heres constituat, decesserit, ad heredem suum nihil transtulisse videtur: condicionalis enim esse legatum nemini dubium est et pendente conditione legati videri decessisse fideicommissarium. 7. Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur 'si volueris', tamen si ita adscriptum fuerit: 'si fueris arbitratus' 'si putaveris' 'si aestimaveris' 'si utile tibi fuerit visum' vel 'videbitur', debebitur: non enim plenum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum. 8. Proinde si ita sit fideicommissum relictum: 'illi, si te meruerit', omnimodo fideicommissum debetur, si modo meritum quasi apud virum bonum collocare fideicommissarius potuit: et si ita sit 'si te non offenderit', aequè debetur: nec poterit heres causari non esse meritum, si alius vir bonus et non infestus meritum potuit admittere.» «5. Ein so hinterlassenes Fideicommiss: wenn nicht mein Erbe nicht gewollt haben wird, so will ich, dass jenem Zehn gegeben werden sollen, ist gleichsam ein bedingtes Fideicommiss und erfordert eine erste Willensäußerung; und darum wird es nach der ersten Willensäußerung nicht in der Willkühr des Erben stehen, zu sagen, dass er nicht gewollt habe. §. 6. Dies Vermächtnis aber: wenn er gewollt haben wird, enthält einen Aufschub, so lange der lebt, dem der Fideicommiss auferlegt ist; aber wenn er, ehe er es gegeben hat, gestorben sein wird, so leistet es der Erbe desselben. Aber auch wenn der Fideicommissinhaber, ehe der Erbe einen Entschluss fasst, verstorben sein sollte, so scheint er nichts auf seinen Erben übertragen zu haben; denn es ist Niemandem zweifelhaft, dass das Vermächtnis ein bedingtes sei, und dass der Fideicommissar, während die Bedingung des Vermächtnisses schwebt, verstorben zu sein scheine. §. 7. Obgleich ein folgender Maassen hinterlassenes Fideicommiss nicht geleistet zu werden braucht: wenn du gewollt haben wirst, so wird es doch geleistet werden müssen, wenn Folgendes beigeschrieben sein wird: wenn du es für gut befunden, wenn du gemeint, wenn du dafür gehalten haben wirst, wenn es dir nützlich geschienen haben wird, oder scheinen wird; denn er hat dem Erben nicht vollständige Freiheit des Willens gegeben, sondern es ist gleichsam ein einem redlichen Mann auferlegtes Fideicommiss hinterlassen worden. §. 8. Deshalb wird, wenn ein Fideicommiss so hinterlassen sein sollte: jenem, wenn er es verdient haben wird, das Fideicommiss jeden Falls geleistet werden müssen, wenn nur der Fideicommissinhaber sich gleichwie bei einem redlichen Mann ein Verdienst hat erwerben können. Und wenn es so hinterlassen sein sollte: wenn er dich nicht beleidigt haben wird, so wird es auf gleiche Weise geleistet werden müssen, auch wird der Erbe nicht vorschützen können, [der Fideicommissar] habe es nicht verdient, wenn ein anderer redlicher und nicht feindseliger Mann ein Verdienst hätte zulassen können.», Übersetzung nach OTTO/SCHILLING/SINTENIS, Corpus Juris Civilis III (Fn. 109), S. 349 ff.; vgl. auch Knütel et al. (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis V (Fn. 109), 2012, S. 414 f.

190 Näher dazu hier oben Fn. 170.

191 Dazu bereits oben N. 77.

gerät.<sup>192</sup>

Für die heutige Diskussion um Höchstpersönlichkeit im Erbrecht ist damit, jenseits der Frage solcher, oder anderer Rechtstechnik, jedoch noch nicht viel gewonnen. Der Blick muss über die Tat hinausgehen, auf die als Recht bewerteten Tatbestände und ihre Rechtsfolgen, auf die zugrundeliegenden Wertungen in Hinblick auf die Erbeinsetzung, das Vermächtnis und das Fideikommiss – und damit abermals hin zum «Materiellen des römischen Rechts».<sup>193</sup> Der Voraussetzung der persönlichen Bestimmung von Verfügungen von Todes wegen im römischen Recht ist die Frage vorausgelagert, ob im Erbrecht den «Römern ... funktional der direkten Stellvertretung gleichwertige Institute zur Verfügung gestanden haben», wie dies etwa für die Stipulation behauptet wird.<sup>194</sup>

Dies nun hängt wiederum wesentlich mit den Funktionen zusammen, die man dem Erbrecht in dieser Hinsicht zuweist.<sup>195</sup> Sieht man für den vorliegenden Zusammenhang die Funktionen von Erbrechtssätzen lediglich darin, Vermögen nach dem Tod rechtlich von der verstorbenen Person auf andere Personen zu übertragen, mögen Erbeinsetzung, Vermächtnis und Fideikommiss, eingedenk etwaiger Bedingungen sowie schliesslich hinzutretend auch das Vermächtnis und das Fideikommiss unter Auflage, in ihrer Gesamtschau die Rechtsfolgen eines Erbrechts, das eine direkte Stellvertretung kennt, weitestgehend abbilden. Je weiter man hingegen das Erbrecht in dieser Hinsicht mit weiteren Funktionen auflädt, indem man etwa über die rechtlichen Konstruktion des Vermögensübergangs als solcher weitere Funktionen vermittelt findet,<sup>196</sup> oder eine solche Funktion namentlich in der Bestimmung des blossen Erbenseins sieht,<sup>197</sup> umso weniger erscheinen im römischen Erbrecht die höchstpersönliche Erbeinsetzung, das höchstpersönliche Vermächtnis oder das höchstpersönliche Fideikommiss, ohne oder mit Auflage sowie ihren Bedingungen, funktional einem Erbrecht gleichwertig, das in dieser Hinsicht die Zulässigkeit einer direkten Stellvertretung, nicht zuletzt bei der Erbeinsetzung, bestimmt.

Doch selbst wenn man sich auf die Ansicht zurückzieht, die Funktion des römischen Erbrechts habe sich für den vorliegenden Zusammenhang auf den benannten blossen Vermögensübergang beschränkt, ist eine Gleichwertigkeit, eine gleiche Wertung wie bei Zulassung der direkten Stellvertretung nicht zur Gänze geben. So wird bei jeder Lesart der römischen Quellen nicht als Recht gefunden, die Erbeinsetzung, das Vermächtnis, oder das Fideikommiss als solches in das Wollen eines anderen zu stellen, nicht

<sup>192</sup> Zur «Vorstellung von der Gesetzesähnlichkeit des Testaments» vor dem Hintergrund einer Alleinstellung des Willens in diesem Zusammenhang bereits hier oben N. 55 mit Fn. 112.

<sup>193</sup> Dazu und zu den damit verbundenen Gefahren oben N. 31 f.

<sup>194</sup> So die «gängige Auffassung» für die Stellvertretung beim Rechtsgeschäft zusammenfassend, FINKENAUER, Direkte Stellvertretung bei Stipulationen?, ZRG RA 125 (2008) (Fn. 61), 440, 440; dazu bereits oben Fn. 68.

<sup>195</sup> Über «Die Funktionen des Erbrechts und ihre Umsetzung» insbesondere DUTTA ANATOL, Warum Erbrecht?, Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung, Tübingen 2014, S. 151 ff.; über eine diesbezügliche «unmittelbare rechtsdogmatische Relevanz philosophischer Erkenntnisse» AUER MARIETTA, Eigentum, Familie, Erbrecht: Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht, AcP 216/2016, 239, 270 ff., wenn auch jeweils vor dem Hintergrund des deutschen Rechts; für das schweizerische Recht etwa die Hinweise bei DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002, § 2, S. 28 ff.; WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht, Band IV, Erster Teilband, Erbrecht, 1. Teil, Basel 2012, § 11, S. 1 f.; PIOTET PAUL, Traité de droit privé suisse, Tome IV, Droit successoral, Fribourg 1975, § 11, S. 1 f.; PIOTET PAUL, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erbrecht, Erster Halbband, Basel/Stuttgart 1978, § 11, S. 1 f.

<sup>196</sup> Zu den Zwecken der Rechtstechniken «Vonselbsterwerb» und «Universalsukzession» bzw. dem Erbgang als solchen namentlich MUSCHELER KARLHEINZ, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, Die rechtstechnischen Grundlagen des deutschen Erbrechts, Tübingen 2002; TITZ DANIELA, Das Vindikationslegat, Reformbedürftigkeit und Reformfähigkeit des deutschen Erbrechts, Tübingen 2017; SCHMIDT JAN PETER, Itinera hereditatis: Strukturen der Nachlassabwicklung in historisch-vergleichender Perspektive, Tübingen 2022, jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

<sup>197</sup> Zu solch Begründungsansätzen näher BOENTE, Höchstpersönlichkeit (Fn. 2), Sechster Teil. § 3.C.II.3.a.

rechtens, dass der Erblasser «von seiner Macht zugunsten Dritter einfach soll abdanken können»,<sup>198</sup> wie dies bei der direkten Stellvertretung der Fall ist<sup>199</sup> – ausgenommen, dies sei durch besondere Tatbestände bestimmt, namentlich hier durch den Tatbestand der Pupillarsubstitution.<sup>200</sup>

Doch auch dies ist nach der hier vorgetragenen Lesart keine Besonderheit, kein besonderer Grundsatz des römischen Erbrechts, sondern die so begriffene Höchstpersönlichkeit allenfalls allgemeiner Grundsatz des römischen Rechts.<sup>201</sup> Und zumindest für diesen Grundsatz mag man an Ansichten anknüpfen, die noch weitergehend die «juristische Unstatthaftigkeit der unmittelbaren Stellvertretung» im römischen Recht als «Consequenz und Ausdruck ihrer ethischen Unzulässigkeit» ansahen,<sup>202</sup> als «Folge ... der ethischen Würdigung der freien Persönlichkeit und ihres Willens»,<sup>203</sup> als Ausdruck davon, dass «Jeder für seine Willenserklärungen mit seiner Persönlichkeit ein[steht]». <sup>204</sup>

Für den Umstand aber, dass das römische Erbrecht letztlich keine Tatbestände kannte, die, wie das für die Stipulation behauptet wird, «funktional der direkten Stellvertretung gleichwertige Institute»<sup>205</sup> abbildeten, mag mit Blick auf die heutige Diskussion angeführt werden, dass vor dem Hintergrund der letztlich doch weitgehenden Drittbestimmbarkeit letztwilliger Verfügungen im römischen Recht kein weiteres «Bedürfnis des Verkehrs» bestanden habe bzw. gesehen wurde,<sup>206</sup> dass zwar ein praktisches Bedürfnis gesehen wurde, aber die «Fälschungsgefahr» als zu gross

- 
- 198 Vgl. zu solcher Wendung WINDSCHEID BERNHARD, Lehrbuch des Pandektenrechts, Dritter Band, 5. Aufl., Stuttgart 1879, § 547 Fn. 3, S. 50; näher dazu BOENTE, Höchstpersönlichkeit (Fn. 2), Fünfter Teil. § 2.C.III.1, m.w.N.
- 199 Zur Ungleichwertigkeit des «Ich will, wenn ein anderer will» und dem «Ich will, dass ein anderer für mich wollen darf», sprich zur Stellvertretung, vgl. näher BOENTE, Höchstpersönlichkeit (Fn. 2), Fünfter Teil. § 2.A.
- 200 Zur Pupillarsubstitution vgl. näher bereits hier oben bei und in Fn. 118 und Fn. 170; dort Fn. 170 auch zum sog. Soldatentestament.
- 201 Vgl. dazu bereits oben N. 74 ff., dort auch zu entgegenstehenden Auffassungen.
- 202 UNGER JOSEPH, Die Verträge zu Gunsten Dritter, JherJb 10 (1871), 1, 12, dort weiter S. 12 f.: «diese aber wieder die Folge der ängstlichen eifersüchtigen Ueberwachung der individuellen Selbständigkeit und Gleichberechtigung. Man befürchtete überdies, und dieß nicht so ganz mit Unrecht, eine Grenzverwirrung, wenn der Eine aus seinem Kreis heraus in den des Andern übergreift, wenn Einer nicht blos sich selbst, sondern auch noch einen Andern oder gar zugleich mehrere Andere einander gegenüber vorstellt, wie dies im heutigen Recht möglich ist. Die individuellen Rechtsgebiete waren ebenso scharf abgegränzt, wie die *agri limitati*.», m.w.N.
- 203 LABAND PAUL, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch, ZHR 10 (1866), 183, 186.
- 204 DERS., a.a.O., S. 183, 186: «Der Gegensatz zwischen dem Römischen Recht und dem heutigen ist aber überhaupt nicht mit logischer Abstraction zu beseitigen, sondern er beruht auf der *Ethik*; er ist nicht eine Folge des *Obligations*-Begriffs, sondern der ethischen Würdigung der freien Persönlichkeit und ihres Willens. Nach Röm. Anschauung ist der Wille der vermögensrechtlich selbständigen Person im Kreise des Privatrechts souverain ... der *eigene* Wille ist grade das innerste Wesen, die unverletzliche Prärogative der freien Person. Daher steht auch Jeder für seine Willenserklärungen mit seiner Persönlichkeit ein.», Hervorhebungen im Original; umgekehrt muss es bei HELLMANN, Stellvertretung bei Rechtsgeschäften (Fn. 161), S. 64 f., heißen: «Vor Allem muss man sich sagen, dass es mehr als seltsam wäre, wenn die römischen Rechtsquellen, die ja der herrschenden Meinung zufolge zahlreiche Entscheidungen über die Unzulässigkeit der Stellvertretung enthalten sollen, es unterlassen hätten, den grossen ethischen Gedanken irgendwo auszusprechen.»; dazu auch MITTEIS LUDWIG, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts, Wien 1885, S. 9 ff.
- 205 Vgl. zu dieser Wendung bereits hier N. 88 mit Fn. 192.
- 206 Diesen Zusammenhang zur Entwicklung der Stellvertretung, zu dieser Besonderheit der Stellvertretung, noch offenlegend UNGER JOSEPH, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Erster Band, 1. Aufl., Leipzig 1859, § 90 N. 36: «Die Errichtung einer letztwilligen Verfügung kann durch einen Repräsentanten nicht stattfinden, es kann daher insbesondere der Vormund nicht statt des Pflégbefohlenen testiren; die Stellvertretung hat sich nemlich überhaupt nur um das Bedürfnis des Verkehrs zu befriedigen allmählig entwickelt, eine Repräsentation in der angegebenen Richtung ist aber gar nicht nothwendig, da im Fall, daß der Erblasser *ab intestato* stirbt, die gesetzliche Erbfolge eintritt.»

angesehen wurde,<sup>207</sup> oder eben noch andere Gründe.<sup>208</sup> Zumindest einer Privilegierung der gesetzlichen Erbfolge durch den Ausschluss der Stellvertretung scheint das römische Recht unverdächtig.<sup>209</sup>

## F. Der Faden der Rechtsgeschichte

---

93

Für den vorliegenden Zusammenhang kann jedoch dahingestellt bleiben, warum das römische Recht nicht allgemein zu einer Ausbildung einer direkten Stellvertretung im Erbrecht gefunden bzw. keine «funktional der direkten Stellvertretung gleichwertige Institute»<sup>210</sup> ausgebildet hatte. Solch Begründung ging in den Tatbeständen des römischen Rechts auf bzw. unter.<sup>211</sup> Zum Nukleus der heutigen Diskussion sollte denn auch vielmehr ein Rechtssatz werden, von dem man dann aus der heutigen Perspektive des Willens in den römischen Quellen zum Erbrecht zu lesen meinte: So trat aus dieser Perspektive zum wie auch immer gearteten allgemeinen Grundsatz der (Höchst-)Persönlichkeit für das Erbrecht noch besonders «die – freilich nicht von allen römischen Juristen anerkannte – Unzulässigkeit von Bedingungen hinzu, wodurch die Zuwendung von dem Willen eines Dritten, ganz Unbetheiligten abhängig gemacht würde» – auch wenn «wenig ... Uebereinstimmung hinsichtlich der genaueren Fassung und Begrenzung» dieses Rechtssatzes bestand.<sup>212</sup> Und dieser Satz erschien einer noch besonderen Begründung bedürftig bzw. sollte man sich mit der Begründung dieses besonderen Erbrechtssatzes im dann gemeinen Recht äusserst schwer tun.<sup>213</sup>

94

Das römische Recht aber wurde und wird damit bis heute missverstanden, und dies grundsätzlicher, als es zunächst den Anschein haben mag.<sup>214</sup>

---

207 Näher zu solcher Begründung m.w.N. etwa BOENTE, Höchstpersönlichkeit (Fn. 2), Fünfter Teil. § 2.C.III.1.

208 Zu der heute vorgetragenen Begründungsvielfalt näher BOENTE, Höchstpersönlichkeit (Fn. 2), Sechster Teil. § 3.C.II.3, mit umfangreichen Nachweisen.

209 Vgl. nicht zuletzt zur sog. «Testierfreiheit» im römischen Recht bereits hier oben N. 53 mit Fn. 106.

210 Vgl. zu dieser Wendung wiederum bereits hier N. 88.

211 Dazu oben N. 77, und hier N. 88 und N. 92.

212 So insbesondere FITTING HEINRICH HERMANN, Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht, ZHR 5 (1862), 79, 119 f.: «Es ist eine allgemein anerkannte und in der That unleugbare Regel des römischen Rechtes, daß sich mit der Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes keine Bedingung verträge, welche die Entstehung des beabsichtigen Rechtsverhältnisses von dem Willen des bedingt Verpflichteten abhängig machen würde. Diese Regel gilt sowohl bei Verträgen, als bei letztwilligen Verfügungen, und bei diesem kommt noch die – freilich nicht von allen römischen Juristen anerkannte [Fn. 44: *Ulpian* nämlich gestattet solche Bedingungen, wenigstens bei Vermächtnissen. Dies ist das unverkennbare Ergebnis aus ...] – Unzulässigkeit von Bedingungen hinzu, wodurch die Zuwendung von dem Willen eines Dritten, ganz Unbetheiligten abhängig gemacht würde.»

213 Näher dazu BOENTE, Höchstpersönlichkeit (Fn. 2), Fünfter Teil.

214 Zum (Kurz-)Schluss bereits hier oben N. 1 ff.



Gestaltungskonzept

Dorian Delnon, SIVIC Scientific Visualisation and Visual Communication, Universität Zürich

PrintCSS

Julie Blanc, <https://julie-blanc.fr/>, mit paged.js



Lehrstuhl für Privatrecht, Schwerpunkt ZGB, Prof. Dr. iur. Walter Boente, Rämistrasse 74/39, CH-8001 Zürich,  
rt@ius.uzh.ch

ISSN 2813-7159