

## **Kapitel 7: Das 19. Jahrhundert**

### **Savignys Lehre von der Auflage (*modus*)**

#### **Einleitung**

Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) gilt als einer der größten, wenn nicht der größte deutsche Jurist. Jedenfalls war er die überragende Gestalt in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Gemeinsam mit Gustav Hugo (1764–1844) war er der Begründer der historischen Rechtsschule: Er lehnte die Idee, das Recht lasse sich aus philosophischen Prämissen logisch herleiten, ebenso ab wie den Gedanken der Kodifikation. Stattdessen wollte er das Verständnis der geschichtlichen Entwicklung des Rechts zur Grundlage der Rechtswissenschaft machen. Nur auf der Basis genauer Kenntnis der historischen Entwicklung, die zur Entstehung der geltenden Rechtsordnung geführt hat, lässt sich nach Savignys Vorstellung das Recht verstehen und – organisch – fortentwickeln.

In seinem achtbändigen „System des heutigen römischen Rechts“ behandelt Savigny die Rechtsfragen, die heute im allgemeinen Teil des BGB geregelt sind für das (Gemeine) Recht seiner Zeit. Getreu seiner Forderung versucht Savigny in seinen rechtsdogmatischen Arbeiten die historischen Wurzeln jedes Rechtsinstituts und jedes Rechtssatzes aufzuklären. Da in Deutschland das römische Recht rezipiert ist, beschäftigt sich Savigny ausgiebig mit dem antiken römischen Recht. Die Juristen der vorhergehenden Epochen des *Usus modernus* und des Naturrechts, die nicht historisch arbeiteten, sondern die römische Rechtsüberlieferung mit deutschem Gewohnheitsrecht und naturrechtlichem Gedankengut verbanden, zitiert Savigny kaum. Insofern kann man ihm den Vorwurf machen, dass er und seine Schüler selbst die Forderung nach einer organischen Fortentwicklung des Rechts verletzen, weil sie nicht auf dem geschichtlich gewachsenen Rechtszustand aufbauten, sondern sich unter Mißachtung der geschichtlichen Entwicklung wieder dem antiken römischen Recht zuwandten.

In dem abgedruckten Text beschäftigt sich Savigny mit der Auflage (in den römischen Rechtsquellen und von Savigny *modus* genannt). Die Auflage ist – neben Bedingung und Befristung – eine dritte Form der Nebenbestimmung zu einem Rechtsgeschäft. Das BGB wie das römische Recht kennen sie nur bei der Schenkung (§§ 525–527 BGB) und beim Vermächtnis (§§ 2192–2196 BGB). Wichtiger ist die Auflage heute im öffentlichen Recht. Nach § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG kann als Nebenbestimmung zu einem Verwaltungsakt eine Auflage erlassen werden. Im verwaltungsrechtlichen Kontext wird auch in modernen Lehrbüchern noch gern Savignys griffige Begriffsbestimmung „Die Bedingung (...) suspendiert, zwingt aber nicht, der Modus [=die Auflage] zwingt, suspendiert aber nicht“ zitiert.

Die mit Buchstaben bezeichneten Fußnoten sind von Savigny selbst. Erläuternde Hinweise finden Sie in den Endnoten, die mit arabischen Ziffern bezeichnet sind.

**Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, Berlin 1840, ND Aalen 1973, S. 226–237:**

## § 128

### III. Willenserklärungen. – Modus<sup>cccccc</sup>.

Rechtsgeschäfte, welche auf die Übertragung von Vermögensrechten, also auf ein Geben, gerichtet sind, können zugleich Bestimmungen über das fernere Schicksal des Empfangenen, vermittelt einer Verpflichtung des Empfängers, in sich aufnehmen. Die meisten Bestimmungen dieser Art gehören zum eigenthümlichen Inhalt der einzelnen Geschäfte selbst, und es entsteht für sie weder das Bedürfnis, noch die Möglichkeit, sie unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt, den Bedingungen und Zeitbestimmungen ähnlich, zu bringen. So z.B. wenn bey dem Darlehen die Rückgabe des Geldes, oder vom Käufer bey Empfang der Sache die Zahlung des Kaufpreises, versprochen wird, so sind das wesentliche Theile dieser Verträge: verspricht der Käufer, das erkaufte Haus, so lange der Verkäufer lebt, nicht zu veräußern, oder dem Verkäufer darin drey Jahre lang freye Wohnung zu geben, so liegen darin zufällige Nebenverträge; in beiden Fällen dient die Contractsklage<sup>1</sup> dazu, diese Verpflichtungen zur Ausführung zu bringen. Indessen können manche Bestimmungen dieser letzten Art auch in die Form von Bedingungen eingekleidet werden, und wirken dann in anderer Weise<sup>dddddd</sup>. Nur bey einigen Rechtsgeschäften reichte diese Behandlungsweise nicht aus, und so ist für diese eine besondere Art von Nebenbestimmungen, der Modus, ausgebildet worden. Es sind dieses die testamentarischen Verfügungen, und die Schenkung; bey denselben ist zuvor das besondere Bedürfnis im Einzelnen nachzuweisen, weil nur dadurch ein fester Standpunkt für das erwähnte Rechtsinstitut gewonnen werden kann.

1. Erbeinsetzung. Besteht die Verpflichtung des Erben darin, dass er einem Dritten Etwas gebe, so ist ein solches Bedürfnis nicht vorhanden, da die Legate<sup>2</sup>, und späterhin auch noch die Fideicommiss<sup>3</sup>, für jenen Zweck vollkommen ausreichen. Aber der Erblasser kann auch ganz andere Dinge dem Erben auflegen: z.B. ein Denkmal zu errichten, öffentliche Spiele oder

---

<sup>cccccc</sup> Unter den oben (§ 116) im Allgemeinen angeführten Rechtsquellen gehören hierher besonders: Dig. XXXV. 1, Cod. VI, 45, VIII, 55.

<sup>dddddd</sup> L. 41 pr. de contr. emt (18. 1.). Hier ist nur gesagt, die Übereinkunft könne, je nach der Absicht der Parteyen, als pactum adjectum, oder als conditio, gemeynt seyn: von einem dritten möglichen Fall (dem modus) ist nicht die Rede.

Gastmähler zu veranstalten, das Grab des Verstorbenen auf bestimmte Weise zu besuchen und zu schmücken u.s.w. Manches dieser Art kann unter der Form einer Bedingung bewirkt werden; für Anderes ist diese unpassend, und überall kann der Erblasser die Form einer neuen, fortwirkenden Verpflichtung vorziehen<sup>4</sup>. Dazu dient dann der Modus.

2. Legat. Auch hier kommen Verpflichtungen der eben beschriebenen Art vor, wozu der Modus angewendet werden kann<sup>eeeee</sup>. Aber bey ihnen war er lange Zeit auch wichtig und unentbehrlich, wenn der Legatar einem Dritten Etwas geben sollte, da der Legatar mit einem neuen Legat nicht belastet werden kann. Durch die Einführung der Fideicommissie freylich, die dem zuletzt erwähnten Zweck völlig genügen, fiel dieses Bedürfnis des Modus hinweg (§ 127. c. d.)<sup>5</sup>.

3. Fideicommissie. Der Modus kommt hier auf gleiche Weise vor, wie bey den Legaten.

4. Eben so auch bey der testamentarischen Freylassung, neben welcher dem Sklaven jede Leistung, sey es als Bedingung, sey es als Modus, nach Gutfinden des Testators auferlegt werden konnte. Hier war das Bedürfnis zu allen Zeiten so ausgedehnt, wie in früherer Zeit bey den Legaten. Denn auch mit einem Fideicommiß kann nur Derjenige belastet werden, der von dem Verstorbenen ein Vermögensrecht bekommen hat<sup>fffff</sup>; da nun die Freyheit ein solches nicht ist, so war es consequent, die Belastung der Freygelassenen mit Fideicommissen, wenn sie blos die Freyheit erhielten, auszuschließen<sup>ggggg</sup>.

5. Bey Schenkungen waren lange Zeit die gewöhnlichen Rechtsmittel (actio praescriptis verbis und condictio) für solche Verpflichtungen des Beschenkten ausreichend<sup>6</sup>. Späterhin fand man es gut, eine ähnliche Behandlung wie den Legaten eintreten zu lassen, und nun war auch hier das Bedürfnis vorhanden, den Modus als eigenes Rechtsinstitut anzuwenden.

Als Name dieses Rechtsinstituts ist modus technisch<sup>hhhhh,7</sup>, obgleich freylich derselbe Name oft in anderer, sehr allgemeiner Bedeutung gebraucht wird, z.B. für die Begränzung oder die Ausübungsart eines Rechts, also für dessen nähere Bestimmung. Im Deutschen hat man dafür Zweck und Zweckbestimmung vorgeschlagen, jedoch nicht passend; denn wenn Jemand einen Freund oder Verwandten zum Erben einsetzt, und ihm die Errichtung eines Denkmals zur Pflicht macht, so hat er zum Zweck bey der Erbeinsetzung, sein Vermögen in die Hände einer

---

<sup>eeeee</sup> L. 17 § 4 de cond. (35. 1.).

<sup>fffff</sup> L. 1 § 6 de leg. 3 (32. un.), L. 9 C. de fideic. (6. 42.).

<sup>ggggg</sup> L. 94 § 2 L. 95 de leg. 1 (30. un.).

<sup>hhhhh</sup> Der Ausdruck steht in dieser bestimmten Bedeutung in der Überschrift der drey in der Note a. angeführten Titel, eben so in L. 17 § 4 de cond. (35. 1.).

würdigen und geliebten Person zu bringen, nicht ein Denkmal zu veranlassen. Zutreffender ist der Ausdruck Verwendung, da in den allermeisten Fällen das Empfangene, oder ein Theil desselben, zur Ausführung des Modus verwendet werden soll. Jedoch auch dieser Ausdruck hat eine zu abstracte Gestalt, um den Gedanken an das sehr eigenthümliche Rechtsinstitut hervorzurufen, und so ist es besser den lateinischen Kunstaussdruck beizubehalten, der schon durch seine fremde Herkunft zu einer individuellen Bezeichnung geschickter ist.

Es bedarf aber einer Rechtfertigung, dass hier der Modus mit der Bedingung und Zeitbestimmung auf gleiche Linie gestellt, also unter die Selbstbeschränkungen des Willens aufgenommen wird (§ 114)<sup>8</sup>, da er vielmehr eine Erweiterung des Willens auf einen neuen Gegenstand zu enthalten scheint. Jene Auffassung rechtfertigt sich durch die quantitative Betrachtung jedes Vermögens oder Vermögensstücks als einer bloßen Geldsumme. Da diese Betrachtung eben sowohl auf das ursprünglich Gegebene (z. B. die Erbschaft oder das Legat), als auf den Modus, anwendbar ist, so erscheint er Modus als eine Verminderung des Werths der ursprünglichen Gabe, und insofern kann man sagen, dass der auf das Geben gerichtete Wille, durch Aufnahme eines Modus, sich selbst beschränke. Darin ist also auch die Gleichartigkeit des Modus mit Bedingung und Zeit begründet.

Für die Anwendung ist es nötig, den Begriff des Modus, nach zwey Seiten hin, scharf zu begrenzen: er darf nämlich auf der einen Seite nicht verwechselt werden mit der Bedingung, auf der anderen nicht mit dem bloßen Wunsch oder Rath.

Für die Gränze zwischen Bedingung und Modus ist zu bemerken, dass in den meisten Fällen die bezweckte Handlung auf beiden Wegen gleich sicher bewirkt werden kann, nur vermittelt ganz verschiedener Rechtsverhältnisse. Die Bedingung nämlich suspendirt, zwingt aber nicht, der Modus zwingt, suspendirt aber nicht. Der Modus ist daher weit vortheilhafter für den, welcher handeln soll, denn erstlich wird durch ihn der Rechtserwerb selbst (das *dies cedit*)<sup>9</sup> nicht hinausgeschoben, und dadurch in die Gefahr des gänzlichen Verlusts gebracht; zweitens kann der Genuß des Rechts erlangt werden durch bloße *Caution*<sup>10</sup>, ohne Vollziehung der Handlung selbst; drittens ist hier die eintretende Unmöglichkeit der Handlung unschädlich<sup>iiiiii,11</sup> Die Unterscheidung beider Rechtsformen ist daher für jeden einzelnen Fall praktisch

---

<sup>iiiiii</sup> Zweifel könnte erregen L. 1 C. de his quae sub modo (6. 45.) „In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro conditione observatur.“ ... Daß heißt aber nur, der Modus wird eben sowohl als die Bedingung beachtet, aufrecht erhalten, namentlich durch Forderung einer *Caution*: völlige Gleichheit sollte damit nicht ausgesprochen werden. Das ergibt sich deutlich aus dem nachfolgenden Hauptsatz, zu welchem jene Worte bloß als Eingang dienen sollten.

wichtig. auch hier sind die gebrauchten Worte unsichere Führer, und es muss<sup>iiiiii</sup> vielmehr aus den Umständen die wahre Absicht ermittelt werden<sup>kkkkkk,12</sup>. Bleibt die Absicht völlig zweifelhaft, so ist der Modus, als die geringere Beschränkung, vorzugsweise vor der Bedingung, anzunehmen<sup>k</sup>. In Einem Fall wahrer, aber unzulässiger, Bedingung, bey der *conditio jurisjurandi*, wird die Absicht des Testators durch Verwandlung in einen Modus aufrecht erhalten (§ 123. s. t.<sup>13</sup>).

Auf der anderen Seite darf der Modus nicht mit solchen Erklärungen verwechselt werden, die gar nicht die Absicht einer rechtlichen Verpflichtung in sich schließen. Wird also ein Legat oder eine Schenkung gegeben mit der Erklärung, dass der Empfänger davon ein Haus zu bauen, oder ein Landgut zu kaufen habe, so gilt diese gewöhnlich als bloßer Ausdruck eines Rathes oder Wunsches, auch wohl bloß um die Veranlassung der Gabe zu bezeichnen; eine Verpflichtung ist dann nur unter solchen Umständen anzunehmen, welche die darauf gerichtete Absicht besonders wahrscheinlich machen<sup>1</sup>.

## §. 129.

### III. Willenserklärungen. – Modus. (Fortsetzung.)

Es ist nunmehr anzugeben, durch welche Mittel der in dem Modus enthaltene Wille eines Gebers zur Ausführung gebracht wird.

1) Ist ein einziger Erbe eingesetzt, und diesem der Modus auferlegt, so kann von einer Obligation nicht die Rede seyn, wenn ihm kein Creditor<sup>14</sup> gegenüber steht. Hier übernimmt die Obrigkeit<sup>15</sup> den Zwang gegen den Erben, theils durch außerordentliche Zwangsmittel, theils indem dem Erben, wenn er Klagen aus der Erbschaft anstellen will, dieselben einstweilen ver-

---

<sup>iiiiii</sup> Eigentlich bezeichnet si die Bedingung, cum die Zeit, ut den Modus (L. 80 de cond. 35. 1), aber dieser Unterschied wird nicht streng beobachtet, s. o. § 125. d. – Auch der Ausdruck *conditio* wird oft gebraucht, wo entschieden ein Modus gemeynt ist. Vgl. L. 71 § 1 de cond. (35. 1.), L. 2 § 7 de don. (39. 5.), L. 44 de man. test. (40. 4.).

<sup>kkkkkk</sup> L. 44 de man. test. (40. 4.), L. 80 de cond. (35. 1.). Die Schwierigkeit dieser letzten Stelle ist doch wohl am sichersten durch Wegstreichen des *non* zu beseitigen, welches nach dem Zeugniß der Glosse auch schon in alten Handschriften fehlte. Die Erklärung von RÜCKER *interpr.* II, 3 ist nicht haltbar.

<sup>k</sup> L. 9 de R. J. (50. 17.).

<sup>1</sup> L. 13 § 2 de don. int. vir. (24. 1.), L. 71 pr. de cond. (35. 1.), L. 2 § 7 de don. (39. 5.).

weigert werden<sup>16</sup>. Sind mehrere Erben eingesetzt, so kann Jeder den Andern durch die actio familiae herciscundae zur Erfüllung des Modus anhalten<sup>lllll, mmmmmm17</sup>.

2) Ist der Modus einem Legatar oder Fideicommissar<sup>18</sup> vorgeschrieben, so nimmt die Verpflichtung die Gestalt einer Obligation an, indem nun der Erbe die Stelle des Verstorbenen vertritt, und für die Ausführung des Willen zu sorgen hat. Dieses geschieht regelmäßig dadurch, dass die Entrichtung des Legats so lange, vermittelt einer doli exceptio, verweigert wird, bis der Legatar für die Erfüllung des Modus Kautio gestellt hat<sup>nnnnnn, 19</sup>. Ist der Legatar durch Zufall bereits in den Besitz des Legats gekommen, so kann es der Erbe zurück fordern, um dann jene Kautio zu erzwingen<sup>oooooo</sup>. Ein eigenes Interesse an der Erfüllung braucht der Erbe nicht nachzuweisen, der Wille des Erblassers ist als sein wohlbegründetes Interesse zu betrachten<sup>pppppp</sup>.

Außerdem kann aber auch dem Legatar gegenüber ein obrigkeitlicher Zwang eintreten, unabhängig von dem erwähnten Rechte des Erben<sup>qqqqqq</sup>.

3) Bey der testamentarischen Freylassung erfolgt die Freyheit von selbst, so dass also hier ein Zwang durch verweigerter Klage nicht möglich ist. Daher wurde hier die Erfüllung des Modus durch die Obrigkeit unmittelbar erzwungen<sup>tttttt</sup>.

4) Bezieht sich der Modus auf eine Schenkung, so ist der Zwang zur Erfüllung so eigentümlicher Art, dass er nur im Zusammenhang mit dem ganzen Recht der Schenkung dargestellt werden kann (§ 175).

Ferner kann auch in allen oben genannten Fällen der Testator selbst den Modus dadurch mehr sichern, dass er dem Verpflichteten, der ihn nicht erfüllt, eine Strafe an eine öffentliche Kasse androht<sup>ssssss</sup>.

---

<sup>lllll</sup> L. 7 de ann. leg. (33. 1.) „interventu iudicis,“ L. 50 § 1 de her. pet. (5. 3.) „principali aut pontificali auctoritate,“ L. 8 § 6 de cond. inst. (28. 7.) (s. v. §. 123. s. t.), L. 1 § 3 ubi pup. (27. 2.).

<sup>mmmmm</sup>

<sup>nnnnn</sup> L. 40 § 5, L. 71 pr. § 1. 2, L. 80 de cond. (35. 1.), L. 48 de fid. lib. (40. 5.). – Der bey dem Erben, wie bey dem Legatar, öfter vorkommende Ausdruck denegantur actiones geht sowohl auf die offizielle Verweigerung von Seiten des Richters (bey dem Erben), als auf die durch des Gegners Widerspruch veranlaßte (bey dem Legatar).

<sup>ooooo</sup> L. 21 § 3 de ann. leg. (33. 1.), L. 17 de usu leg. (33. 2.), L. 25 C. de leg. (6. 37.).

<sup>ppppp</sup> L. 19 de leg. 3 (32 un.).

<sup>qqqqq</sup> L. 92 de cond. (35. 1.) „ex auctoritate D. Severi emancipare eos compulsus est.“ Vgl. über den in dieser Stelle vorkommenden Fall auch L. 15. C. de fideic. (6. 42.).

<sup>ttttt</sup> L. 44 de man, test. (40. 4.), „officio iudicis,“ L. 17 § 2 eod.

Überall aber ist der Modus ähnlichen Beschränkungen unterworfen, wie die Bedingung. Geht er also auf etwas Unsittliches oder Thörichtes, so wird die Erfüllung desselben nicht verlangt<sup>ttttt</sup>.

Ist die Erfüllung des Modus auf irgend eine Weise unmöglich, so fällt die Verpflichtung zu demselben hinweg, ohne dass die Erbschaft oder das Legat selbst, woran er geknüpft war, darunter leidet<sup>uuuuuu</sup>; darin besonders liegt eine wichtige Verschiedenheit von der Bedingung. – Ist die Erfüllung des Modus nicht ganz, sondern nur theilweise, unmöglich oder durch sittliche Gründe verhindert, so wird der mögliche Theil dennoch aufrecht erhalten<sup>k</sup>.

Besonders merkwürdig ist derjenige Modus, welcher in einer Leistung es Erben oder des Legatars an eine dritte Person besteht<sup>l</sup>. Diesen konnte der Testator, besonders seit Einführung der Fideicommisses, dadurch unmittelbar sichern, wenn er dem Dritten, durch die Form eines Legats oder Fideicommisses, ein Klagerecht auf Erfüllung verschafft hätte. Dennoch behandelte man es lange Zeit nicht also, sondern ließ nur die oben erwähnten indirecten Zwangsmittel eintreten, anstatt dem Dritten, was das Einfachste war, ein Klagerecht zu gestatten. Der Grund davon lag ohne Zweifel bloß in der von dem Testator gerade gebrauchten Formel, und es war gewiß fast immer nicht die Absicht des Testators, sondern ein Formfehler, weshalb der Wille nur unvollkommen und minder sicheren Schutz erhielt<sup>m</sup>. Diese Schwierigkeit überwand

---

<sup>ssssss</sup> L. 6 pr. L. 27 de cond. (35. 1.). Die Strafe wird von der dieser Klasse vorgesetzten öffentlichen Behörde eingetrieben; bey uns also von der Armenverwaltung, wenn etwa die Strafe an die Armenkasse im Testament gewiesen ist. Dieser Fall ist wesentlich verschieden von dem *legatum poenae nomine*, und das Verbot dieses letzten bezog sich auf jenen Fall niemals.

<sup>ttttt</sup> L. 7 de ann. leg. (33. 1.), L. 113 § 5 de leg. 1 (30. un.). – Die amtliche Einwirkung höherer Gewalten, z.B. des Kaisers oder der pontifices (Note a. e) bezog sich nicht auf den Schutz des Modus überhaupt, der dazu nicht wichtig genug war, sondern auf den besonderen Inhalt desselben, wenn er etwa auf die Errichtung eines Grabmals gieng, oder auf die Emancipation von Kindern; von diesen Fällen ist in den angeführten Stellen die Rede.

<sup>uuuuuu</sup> L. 8 § 7 de cond. inst. (28.7.), L. 1 C. de his quae sub modo (6. 45.). Dadurch sind die bey Bedingungen vorkommende Fälle fingirter Erfüllung (§ 11) von selbst absorbirt.

<sup>k</sup> L. 6 pr. L. 27, L. 37 de cond. (35. 1.), L. 16 de usu et usufr. (33. 2.).

<sup>l</sup> Ein solcher kommt mitten unter den anderen Arten des Modus, als ihnen völlig gleichartig vor in L. 17 § 4 de cond. (35. 1.).

<sup>m</sup> Nämlich das Legat hätte so lauten müssen: *do lego, oder damnas esto*, das Fideicommiß: *fidei committo, rogo, peto, volo* (Gajus II. 249). war keine dieser Formeln gebraucht, sondern die auferlegte Leistung bloß mit *ut* eingeleitet, so war es ein bloßer Modus, und der Dritte hatte keine Klage. Diese Ansicht ist deutlich ausgesprochen in L. 92 de cond. (35. 1), L. 3 § 5. 6 de leg. praest. (37. 5.), L. 8 § 5 de transact. (2. 15). – Die Sache ist sehr merkwürdig; die Fideicommisses waren eingeführt als Befreyung von der förmlichen Strenge des alten Civilrechts. Die Römer waren aber so an den Formalismus gewöhnt, dass ihnen auch die Fidei-

zuerst K<sup>20</sup>. Severus zum Vortheil der Freyheit, indem er den auf Manumission<sup>21</sup> gerichteten Modus als eine fideicommissarische Freylassung behandelte, und also durch die Fideicommißklage des Sklaven schützte. K. Gordian that den letzten Schritt, indem er dasselbe Recht auf den in einem Geben bestehenden Modus anwandte<sup>n, 22</sup>. Seitdem kann nun von einem Modus, der in einer Leistung an dritte Personen besteht, gar nicht mehr die Rede seyn. Denn ein solcher ist nun, ohne Rücksicht auf die gewählten Ausdrücke, als wahres Legat oder Fideicommiß zu behandeln, und bedarf eines indirecten Schutzes nicht mehr, da der Dritte stets eine Klage auf die Ent

---

### Anmerkungen:

<sup>1</sup> In der Tradition des römischen Rechts unterscheidet Savigny nicht scharf zwischen materiellem Anspruch und Klage. Diese Unterscheidung wurde erst durch Bernhard Windscheid (1817–1892) üblich. Mit der Kontraktklage meint Savigny einen auf Erfüllung der Nebenabrede gerichteten Anspruch aus dem jeweiligen schuldrechtlichen Vertrag.

<sup>2</sup> „Legat“ / *legatum* ist das lateinische Wort für Vermächtnis (vgl. §§ 2147 ff. BGB). Da der Erblasser im Testament den Erben mit einem Vermächtnis beschweren kann, wenn er ihn dazu veranlassen will, einem Dritten etwas zuzuwenden, braucht er sich zu diesem Zweck nicht der Auflage (des *modus*) zu bedienen.

<sup>3</sup> Das *fideicommissum* ist eine Bitte des Erblassers an seinen Erben (oder einen Vermächtnisnehmer), einen Teil des Erbes an einen Dritten abzugeben. Vom Vermächtnis unterschied es sich nach römischem Recht dadurch, dass beim *fideicommissum* die strengen Formvorschriften für Legate nicht beachtet wurden. Ursprünglich war das *fideicommissum* – eben weil die vorgeschriebenen Formen nicht beachtet wurden, rechtlich unverbindlich. Derjenige, an den sich die Bitte des Erblassers richtete, war nur sittlich aufgrund Treue (*fides*) verpflichtet, der Bitte nachzukommen. Kaiser Augustus machte dann auch die *fideicommissa* rechtswirksam und beraubte damit die für Legate geltenden Formvorschriften ihres Sinns. Legat und Fideicommiss waren praktisch funktionsgleich geworden. Vgl. dazu auch Savignys Note n zu § 129.

<sup>4</sup> Die beschriebenen Handlungspflichten konnten nach römischem Recht nicht Inhalt eines Vermächtnisses sein. Sie könnten es wohl auch nach heutigem Recht nicht sein, weil kein Vermächtnisnehmer als Gläubiger des Vermächtnisanspruchs (§ 2174 BGB) benannt werden könnte. Wie Savigny ausführt, wäre es natürlich möglich, die Erfüllung der erwähnten Verpflichtungen zum Gegenstand einer Bedingung des erbrechtlichen Erwerbs zu machen, also etwa im Testament festzulegen, dass jemand nur Erbe wird, wenn er dem Erblasser ein Denkmal errichtet o.ä.. Weil aber die Bedingung nur (den Rechtserwerb) suspendiert, aber nicht (zur Erfüllung der Bedingung) zwingt, kann der Erblasser durch eine solche Gestaltung keine

---

commissa wieder zu einer einengenden Form wurden, zu deren Beseitigung eine neue Anstrengung nöthig war.

<sup>n</sup> L. 2 C. de his q. sub modo (6. 45). – Aus dieser Entwicklung des Rechts erklärt es sich zugleich, warum die L. 48 de fid. lib. (40. 5.), die bloß vom Fall eines Modus handelt, in diesen Digestentitel gesetzt worden ist. Vgl. CUJACII obs. XIV. 25, und opp. IX. 857.



---

rechtliche Verpflichtung des Betroffenen zu dem gewünschten Verhalten schaffen. Dies kann er nur durch die Auflage.

<sup>5</sup> Ursprünglich konnte nach römischem Recht nur ein Erbe mit einem Vermächtnis beschwert werden. Daher war die Auflage die einzige Möglichkeit, einem Vermächtnisnehmer bestimmte Handlungspflichten aufzuerlegen. Mit einem Fideikommiss hingegen konnte auch der Vermächtnisnehmer belastet werden. Daher gab es zur Anordnung der Auflage von dem Moment an eine Alternative, in dem der Fideikommiss rechtlich verbindlich wurde. Im modernen Recht kann auch ein Vermächtnisnehmer seinerseits mit einem Vermächtnis belastet, also dazu verpflichtet werden, das Vermächte ganz oder zum Teil an einen Dritten weiterzugeben, vgl. § 2147 S. 1 BGB.

<sup>6</sup> Die von Savigny genannten „Rechtsmittel“ sind Klagen (Ansprüche s. En. 1), die auf Rückgabe des Geschenks gerichtet sind. Der Beschenkte konnte demnach nur indirekt dadurch zur Erfüllung von – mit dem Geschenk verbundenen – Handlungspflichten veranlasst werden, indem ihm mit der Rückforderung des Geschenks gedroht wurde.

<sup>7</sup> Mit der Aussage, *modus* sei technisch, meint Savigny, dass *modus* der Fachausdruck (*terminus technicus*) der römischen Juristen für die beschriebene Einrichtung ist.

<sup>8</sup> Savigny behandelt die (heute so genannten) Nebenbestimmungen als Beschränkungen des Willens, d.h. als Einschränkungen der Tragweite einer Willenserklärung.

<sup>9</sup> Mit *dies cedit* („der [maßgebliche] Zeitpunkt tritt ein“) bezeichnen die Rechtsquellen den Eintritt der Bedingung, an die ein Vermächtnis geknüpft ist. Erst mit Eintritt der Bedingung hat der Vermächtnisnehmer ein Recht auf den Vermächtnisgegenstand. Stirbt er vor Bedingungseintritt, so erhalten seine Erben nichts, auch wenn die Bedingung später eintritt. Stirbt der Vermächtnisnehmer dagegen nach Bedingungseintritt, so geht der Vermächtnisanspruch auf die Erben über. Ist ein Vermächtnis nur mit einer Auflage verbunden, so ist es von vorn herein vererblich.

<sup>10</sup> *Caution* (*cautio*) ist eine Sicherheitsleistung – meist durch Stellung eines Bürgen. Der Vermächtnisnehmer, dem ein bedingtes Vermächtnis zugewandt war, musste die Bedingung erfüllen, um einen Anspruch auf das Vermächtnis zu haben. Grundsätzlich konnte zwar auch der durch eine Auflage belastete Vermächtnisnehmer seinen Anspruch auf das Vermächtnis nur durchsetzen, wenn er die Auflage erfüllte, er konnte aber schon vor Erfüllung der Auflage erfolgreich klagen, wenn er für die (spätere) Erfüllung der Auflage Sicherheit geleistet hatte.

<sup>11</sup> Der in Fn. g zitierte lateinische Text bedeutet: „Bei Vermächtnissen und Fideikommissen wird auch eine hinzugefügte Auflage als Bedingung betrachtet“. Dies lässt Savignys Aussage zweifelhaft erscheinen, dass zwischen Bedingung (*condicio*) und Auflage (*modus*) erhebliche Unterschiede bestehen. Savigny macht den Text durch die Annahme „unschädlich“, der Text wolle nur sagen, dass eine Auflage ebenso wie eine Bedingung rechtlich wirksam ist, ziehe aber nicht in Zweifel, dass die Rechtswirkungen der Auflage andere seien als die der Bedingung.

<sup>12</sup> Das zitierte Buch heißt *Interpretationes de iure civili* und wurde 1752 von dem in Leiden tätigen Johannes Conradus Rücker (1702–1778) veröffentlicht, der zur Richtung der holländischen „eleganten Jurisprudenz“ gehörte.

<sup>13</sup> Die *condicio iurisiurandi* ist die Bedingung, dass etwas geschworen wird. Der Erblasser begünstigt jemandem im Testament unter der Bedingung, dass er schwört, (später) eine bestimmte Leistung zu erbringen. Diese Bedingung ist als solche unzulässig und wird in eine Auflage umgedeutet, die zu beschwörende Handlung zu vollziehen.

---

<sup>14</sup> *Creditor* ist das lateinische Wort für „Gläubiger“. Das „wenn“ ist wohl als „weil“ zu lesen. Das Wort „*obligatio*“ ist das lateinische Pendant zum deutschen Begriff „Schuldverhältnis“. Allerdings gebraucht Savigny das Wort an dieser Stelle nicht in dem Sinn, wie es heute in § 241 Abs. 1 BGB gebraucht wird. Denn danach ist ein Schuldverhältnis (im engeren Sinne) nur gegeben, wenn ein Gläubiger von einem Schuldner keine Leistung zu fordern berechtigt ist, also einen privatrechtlichen Anspruch (§ 194 BGB) hat. Nach Savignys Darstellung führt eine Auflage (*modus*) nie zur Entstehung eines echten Anspruchs. Unter Umständen können jedoch Personen, die ein Interesse an der Erfüllung der Auflage haben, diese indirekt erzwingen. Insbesondere ist dies der Fall, wenn einer von mehreren Miterben mit einer Auflage belastet ist. In diesem Fall können die (nicht belasteten) Miterben die Erfüllung der Auflage im Rahmen des Erbteilungsverfahrens erzwingen. Insoweit dies der Fall ist, spricht Savigny vom Bestehen einer Obligation. Existiert hingegen nur ein Erbe, der mit der Auflage belastet ist, so gibt es keine Privatperson, die als „Gläubiger“ der „Obligation“ die Erfüllung der Auflage erzwingen könnte.

Auch nach dem BGB unterscheidet sich die (erbrechtliche) Auflage vom Vermächtnis dadurch, dass es keinen Anspruch des durch die Auflage Begünstigten auf Erfüllung gibt. Nur bestimmte interessierte Dritte können die Erfüllung der Auflage erzwingen. Diese haben allerdings nach BGB nicht nur indirekte Zwangsmöglichkeiten, sondern einen Anspruch auf die Vollziehung der Auflage (vgl. § 2194 S. 1 BGB).

<sup>15</sup> Die Möglichkeit einer Erzwingung der Auflage durch die Obrigkeit (in der Diktion des BGB: die zuständige Behörde) besteht noch heute, vgl. §§ 525 Abs. 2, 2194 S. 2 BGB.

<sup>16</sup> Auf den Erben gehen neben anderen Vermögensgegenständen des Erblassers auch die diesem zustehenden Ansprüche über. Die Erfüllung der Auflage wird indirekt dadurch erfüllt, dass er solche Ansprüche nicht erfolgreich einklagen kann, solange er die Auflage nicht erfüllt hat.

<sup>17</sup> Die *actio familiae herciscundae* ist die Erbteilungsklage des römischen Rechts. Auf Antrag eines Erben teilt der Richter das Erbe auf und weist jedem Mitglied der Erbengemeinschaft bestimmte Gegenstände durch Gestaltungsurteil als Alleineigentum zu. Nach der von Savigny zitierten Digestenstelle D. 33, 1, 7 (a.E.) kann der Richter im Rahmen dieses Verfahrens auch einem Miterben befehlen, eine testamentarische Auflage zu erfüllen.

<sup>18</sup> Die Ausdrücke „Legatar“ und „Fideikommissar“ bezeichnen den Empfänger eines Legates oder Fideikommisses, in der Sprache des BGB (das die Unterscheidung von Legat und Fideikommiss nicht kennt) also den Vermächtnisnehmer.

<sup>19</sup> Wie schon zuvor ausgeführt, kann die Erfüllung einer Auflage durch einen Vermächtnisnehmer dadurch erzwungen werden, dass dieser das Vermächtnis erst erhält, wenn er für die Erfüllung der Auflage Sicherheit geleistet hat (Vgl. En. 10). Versucht er, das Vermächtnis einzuklagen, bevor er die Sicherheit geleistet hat, so verliert er den Prozess, weil sich der Erbe auf ein dem Vermächtnisanspruch entgegenstehendes Einrederecht berufen kann. Nach römischem Recht ist dieses Einrederecht ein Anwendungsfall der *exceptio doli* (Arglisteinrede).

<sup>20</sup> „Kaiser“

<sup>21</sup> „Manumission“ (*manusmissio*) bedeutet Freilassung.

<sup>22</sup> Aus der zitierten Codexstelle C. 6, 45, 2 ergibt sich, dass Kaiser Severus Alexander (208–235) die Auflage, einen Sklaven freizulassen wie eine fideikommissarische (d.h. sofort wirksame) Freilassung durch Testament behandelte. Kaiser Gordian III. (225–244) ließ die Auflage, die darauf zielte, einem bestimmten Dritten eine Leistung zukommen zu lassen, generell als Fideikommiss gelten.