

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

I

Herausgegeben von
HELMUT COING
Direktor des Instituts



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1967

GERHARD IMMEL

Öffentliches Testament und Procurator

Eine Streitfrage aus dem *usus modernus pandectarum*

Nach § 2064 BGB kann der Erblasser ein Testament nur persönlich errichten¹. Den Verfassern des BGB kam es darauf an, bei der letztwilligen Verfügung nicht nur die Zulässigkeit einer Vertretung im Willen, sondern auch die einer „Vertretung“ in der Erklärung auszuschließen²; man verlangte deshalb die persönliche Erklärung des Erblassers und verwarf eine Formulierung wie die, die Errichtung eines Testaments könne nicht durch einen Vertreter erfolgen. Eine solche Formulierung verwendete man aber im Familienrecht. Dort bestimmte § 1750 Abs. 1 S. 1 BGB a. F., daß der Annahmevertrag bei der Adoption nicht durch einen Vertreter geschlossen werden könne. Gegen Ende des zweiten Weltkrieges, als die vom Gesetz verlangte gleichzeitige Anwesenheit beider Teile bei der Adoption immer schwieriger zu verwirklichen war, kam die Rechtsprechung gegen den Widerspruch der Literatur auf diesen Unterschied in der Formulierung zurück und ließ bei der Adoption eine „Vertretung“ in der Erklärung (nicht der Bildung) des rechtsgeschäftlichen Willens zu³, ohne allerdings diesen sog. Vertreter mit gebundener Marschroute befriedigend in die Kategorien „Vertreter“ oder „Bote“ einordnen zu können. Diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber 1961 anerkannt⁴ und in § 1751a BGB n. F. den Abschluß des Adoptionsvertrages durch einen Bevollmächtigten gestattet, dessen Vollmacht auf den Abschluß eines bestimmten Annahmevertrages zwischen

¹ Für den Erbvertrag: § 2274 BGB. Vgl. weiter etwa §§ 2282, 2290, 2296, 2347 BGB.

² § 1911 E I; Mot. V 246 f.; Mugd. V 130.

³ So zuerst RG DR 45, 76. Dem hat sich der BGH angeschlossen: BGHZ 5, 344; 30, 306 [313]; vgl. zul. DÖLLE, Familienrecht, Bd. 2 (1965) § 113 I 3; GERNHUBER, Lehrb. d. Familienrechts, 1964, S. 681 Anm. 2 mit weiteren Zitaten aus Schrifttum und Rechtsprechung.

⁴ Art. I Nr. 22 FamRÄndG v. 11. 8. 1961 (BGBl. I 1221).

bestimmten Personen gerichtet und gerichtlich oder notariell beglaubigt sein muß⁵.

Einer solchen Lockerung des Höchstpersönlichkeitsprinzips stünde im Recht der letztwilligen Verfügungen der Formzweck entgegen. Die erbrechtliche Form soll den Beweis für die äußere Authentizität des letzten Willens vorsorglich sicherstellen, tritt doch bei den Rechtsgeschäften von Todes wegen die Beweisfrage meist in einem Zeitpunkt auf, in dem der einzige „klassische“ Zeuge, der über die Echtheit der Erklärung verlässlich Auskunft geben könnte, nämlich der Testator selbst, nicht mehr am Leben ist⁶. Bei der erbrechtlichen Form ist daher die „Beweisfunktion“ ungleich wichtiger als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden, wo die Form ganz andere und ganz verschiedenartige Funktionen ausüben kann. Das alles ist unbestritten und bedarf hier keiner besonderen Rechtfertigung⁷. Was an dieser Stelle interessieren soll, ist, daß die Beweisfunktion der Form im Erbrecht keineswegs gesichertes Gut unserer Rechtstradition ist. Wir wissen, daß es in der Praxis des *usus modernus* in Deutschland eine starke Strömung gegeben hat⁸, die bei einem bestimmten Testamentstyp, dem (öffentlichen) Testament durch Schriftübergabe, die Mitwirkung eines Anwalts (*Procurator*) oder sonstigen Bevollmächtigten bei der Übergabe der Testamentsschrift zulassen wollte. Das Vorbild des (familienrechtlichen) „Vertreters“ mit gebundener Marschroute unserer Tage ist also im Erbrecht des *usus modernus* zu finden. Über die Zulässigkeit einer Testamentserrichtung mit Schriftübergabe durch einen *Procurator* hat man bis ins 19. Jahrhundert hinein gestritten und die Frage schließlich überwiegend verneint⁹; § 2064 BGB ist, wie die Motive erkennen lassen, in gewissem Sinn als letzte gesetzgeberische Reaktion auf diese Auseinandersetzung entstanden. Die nachfolgenden Bemerkungen beschränken sich zeitlich auf den *usus modernus* und gehen

⁵ Zu den dogmatischen Bedenken vgl. DÖLLE a.a.O.

⁶ Hierzu zuletzt KIPP-COING, Erbrecht, 12. Bearb., 1965, S. 87.

⁷ Angriffe gegen die erbrechtliche Form werden aus einer anderen Richtung geführt; vgl. FLUME, Allgemeiner Teil, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 1965, § 16, S. 337 und bes. KEUK, Der Erblasserwille *post testamentum* und die Auslegung des Testaments, Bonn 1965; kritisch dazu MATTERN, DNotZ 1966, S. 382 ff., und IMMEL, AcP 167 (1967), S. 296 ff.

⁸ Sie war nicht auf Deutschland beschränkt. In Savoyen war der *Procurator* bei der Testamentsübergabe ebenfalls zugelassen, vgl. *Leggi e Costituzioni di Sua Maesta* (1770), V 1 art. 9 und L. CHEVAILLER, *Recherches sur la pénétration du droit romain en Savoie*, 1953, p. 269.

⁹ Vgl. u. a. GLÜCK, Bd. 34, S. 191 ff., GLÜCK-MÜHLENBRUCH, Bd. 38, S. 306/07; GUYET, AcP 13, S. 254 ff., WINDSCHEID-KIPP, Pandekten, 9. Aufl. III § 545 S. 229 f. OAG Zerbst SeuffA 2, Nr. 200; OAG Kiel, SeuffA 11 Nr. 263.

sachlich auf jene alte Diskussion nur insoweit ein, als dies für die Entwicklung der Beweisfunktion der erbrechtlichen Form von Bedeutung ist.

I

Das öffentliche Testament¹⁰, wie es uns in Gesetzgebung und Literatur des *usus modernus* entgegentritt, ist wohl ein Produkt der zeitgenössischen Praxis und weist gegenüber den überlieferten und von der Reichsnotariatsordnung von 1512 rezipierten römischen Testamentsformen charakteristische Unterschiede auf. Die Particulargesetzbücher stellen es denjenigen Erblassern als Testamentsform zur Verfügung, die „ohne Zierlichkeit der Rechten“ zu testieren wünschen. Im wesentlichen, von Nuancen abgesehen, tritt das öffentliche Testament in zwei Erscheinungsformen auf. Einmal kann der Erblasser seinen letzten Willen mündlich vor Gericht zu Protokoll erklären. Als Beispiel diene das Württembergische Landrecht von 1555/1610. Dort heißt es in Theil III Tit. III § Die Erste Form:

„Erstlich mag ein Mann oder Weibs-Person (so ohne Zierligkeit der Rechten zu testieren begehrt) vor Gericht erscheinen, und daselbst mit verständlichen Worten ihr Gemüth und Letzten Willen eröffnen, Nämlich, . . . Mit angehencktem begehren, solchen ihren letzten Willen in das Gerichtsbuch einzuschreiben etc. . . .“

Der letzte Wille wird zu Protokoll genommen und soll „*der Testierenden Person widerumb vorgelesen werden . . . mit Erinnerung, ob es also recht, und ihres gefallens eingeschrieben oder nicht, damit kein mangel daran sey*“. Dem Protokoll ist Name und Wohnort des Erblassers sowie das Datum der Testamentserrichtung beizufügen. Daran schließen sich weitere Vorschriften über eine Erblasserbefragung, auf die noch einzugehen sein wird¹¹. — Das Vorbild dieser Testamentsform dürfte das sog. *testamentum apud acta conditum* des nachklassischen römischen Rechts sein, das ebenfalls durch mündliche Erklärung zu Protokoll eines Gerichts oder einer anderen, zur

¹⁰ Im Sprachgebrauch der Zeit: *testamentum iudiciale*, *testamentum iudici* (*vel principii*) *oblatum*, *testamentum apud acta*, *coram actis*, *in iudicio*, *coram iudice*, *apud iudicem factum*, *actis publicis insinuatum*. Vgl. W. A. LAUTERBACH, Diss. acad. vol. III, disp. 133 § I.

¹¹ Vgl. weiter Kurpfälzisches Landrecht v. 1582/1700, Th. III tit 3 n. 1; Landrecht des Herzogthums Preußen v. 1620 lib. V tit 1 art. IV § 1; ebenso in den späteren Landrechten von 1685 und 1721; Kurtrierisches Landrecht v. 1668/1713, Tit. I §§ 4, 5 und dazu M. DIRKS, Das Landrecht des Kurfürstentums Trier, 1965, bes. p. 58; Mainzer Landrecht v. 1755, tit. VIII § 2 Abs. 2.

Aufnahme öffentlicher Urkunden zuständigen Behörde errichtet wurde¹². Besondere Formvorschriften gab es nicht, die Mitwirkung von Zeugen war nicht notwendig, weil Gericht oder Behörde gewissermaßen deren Rolle übernahmen.

Die andere Erscheinungsform des öffentlichen Testaments ist die Übergabe einer Schrift an Gericht oder Verwaltungsbehörde¹³. Der Erblasser schreibt seinen letzten Willen selbst nieder oder diktiert ihn, ohne daß hier die Mitwirkung von Zeugen bei der Errichtung der Urkunde obligatorisch ist¹⁴. Dies steht insoweit im Gegensatz zum schriftlichen Zeugentestament (*testamentum tripertitum*), wie es im Codex Justiniani überliefert¹⁵ und als „Testament in Schriften“ von der Reichsnotariatsordnung von 1512 rezipiert worden ist¹⁶. Der Niederschrift folgt die Einreichung der Schrift an Gericht oder Rat; neu ist und steht im Gegensatz zum römischen Recht des öffentlichen Testaments¹⁷, daß die Urkunde auch verschlossen sein darf. Die Erklärung des letzten Willens wird ersetzt durch die Bezugnahme auf den Inhalt der Testamentsschrift. Wolfgang Adam Lauterbach¹⁸ schreibt dazu:

„Implicite declaratur ultima testatoris voluntas, per relationem ad scripturam et schedulam; quando nimirum testator Judici voluntatis suae tenorem obsignatum exhibet, eaque scheda ultimum suum elogium contineri, testatur“¹⁹.

¹² C. 6.23.19.1: *Sicut igitur securus erit, qui actis cuiuscumque iudicis aut municipum aut aurius privatorum mentis suae postremum publicavit iudicium, ita nec de eius umquam successione tractabitur, qui nobis mediis et toto iure, quod nostris est scriniis constitutum, teste succedit.* JÖRS-KUNKEL, RömR., 3. Aufl., § 202. 3. Der Erblasser konnte auch eine Testamentsschrift zur Protokollierung vorbereiten, vgl. WENGER, Die Quellen des römischen Rechts, 1953, S. 752 Anm. 191; KASER, RömPrivR II § 283 II 4 S. 344, der von „Einreichung zu den Akten“ spricht, BIONDI, Succ. test. Don., 2. Aufl. (1955), p. 68.

¹³ Vgl. die unten im Text zitierten Gesetzesstellen.

¹⁴ Dies galt etwa für Sachsen und Preußen; vgl. einerseits die Kursächs. Konstitutionen Pars III Const. III Abs. III (dazu SCHLETTER, Die Konstitutionen Kurfürst August's von Sachsen vom Jahre 1572, Leipzig 1857, S. 213 f.) und CARPZOW, Jurispr. Forens. Romano-Sax. Pars III const. III def. XI n. 2; andererseits die preußischen Landrechte von 1620, 1685 und 1721, jeweils lib. V, tit. 1 art. 4 § 3; aber auch für das gemeine Recht, vgl. CARPZOW l. c. n. 3/4: *sed rectius alii existimarunt, testes in testamento coram actis condito minime necessarios esse.*

¹⁵ C. 6.23.21 pr. Dazu KASER, RömPrivR II § 283 II 1, S. 342 f.

¹⁶ I § 7. Das Testament in Schriften sei nunmehr nicht in großer Übung.

¹⁷ Vgl. etwa BRINZ, Pandekten III, 2. Aufl. p. 62.

¹⁸ W. A. LAUTERBACH, Diss. acad. vol. III. disp. 133 de testamento iudiciali, § XI. n. 1; BÜRCH III concl. IV. n. 23.

¹⁹ JÜRGEN ARNOLD, Das Erbrecht der Reichsstadt Eßlingen, Stuttgart 1965, S. 109, stellt fest, daß eine Errichtung des Testaments in der Praxis Württembergs und besonders Eßlingens nicht üblich war.

Als Bestandteil der Testamentserrichtung²⁰ unterscheidet sich die Übergabe (*insinuatio*) von der Hinterlegung, die außerhalb des eigentlichen Errichtungsvorganges steht und eine im übrigen formgültig zustandengekommene Testamentsurkunde voraussetzt²¹. Dieser Unterschied ist in der zeitgenössischen Literatur mitunter verwischt.

II

Die Mitwirkung eines Dritten, sei es eines bevollmächtigten Anwalts oder einer Privatperson, bei der Übergabe der Testamentsschrift wurde seit dem 16. Jahrhundert Gegenstand der Auseinandersetzung, an der Gesetzgebung, Theorie und Judikatur in gleicher Weise beteiligt waren.

Eine Reihe von Particularrechten erwähnt beim öffentlichen Testament den Procurator nicht ausdrücklich. Hierher gehört das Württembergische Landrecht von 1555/1610. Nach III 3 dieses Gesetzbuches hat der Erblasser die Schrift „*verschlossen für ein gesessen Gericht [zu] bringen und darbey an[zu]zeigen, wie daß er sein Testament oder letzten Willen in diesem verschlossenen, durch sich selbst oder einen anderen geschriebenen unnd besiegelten Brieff verfaßt hab*“. In den Kursächsischen Konstitutionen von 1572 heißt es in III 3 Abs. 3 in einem anderen Zusammenhang:

Also auch wenn einer ein Testament daheim schreiben lesset, und leget dasselbe hinder das Gerichte, so ist es krefftig . . .

Tit. I § 3 der Kurkölnischen „Rechtsordnung“ von 1663 lautet:

Wann aber jemand gerichtlich testiren will, mag er in Gegenwart des Gerichtsschreibers und zween Scheffen sein Testament eigenhändig unterschrieben, verschlossen, oder unverschlossen vorbringen, und dem Gerichtsschreiber zum Gerichts-Protokoll zu legen ausantworten, der dann alsbald alsolchen Ausantwortungs-Actum auf das Testament schreiben sol.

Aus dem 18. Jahrhundert schließlich sei das Mainzer Landrecht von 1755 zitiert, wo es heißt (Tit 8 § 2):

²⁰ Vgl. BERLICH III concl. IV n. 23: *Eadem solutio patet ad secundam rationem quia illud testamentum quod quis antea conscripsit, et clausum postea scabinis offert, antea testamentum dici et vocari non debuit, . . . postea vero demum ubi Scabinis praesentibus producitur, et insinuat, vere testamentum dici meretur.*

²¹ Vgl. etwa AUG. LEYSER, Med. ad Pand. V. spec. 354, § V: *Testamentum quod quis iudici offerre voluit, sed non obtulit, valet tamen, si quidem requisita testamenti privati habeat.*

Ein Testament oder letzte Willensverordnung kan vor zwey Gerichts-Leuten und einem Gericht-Schreiber außerhalb Gericht, es seye ein schon geschriebenes, verschlossenes, oder offenes Testament aufgenommen werden; § 3: Wann nun einer ein verschlossenes Testament dem sitzenden Gericht, oder zweyen Schöffen und dem Gerichts-Schreiber außerhalb des Gerichts übergäbe, und dasselbe bei denen Gerichts-Acten verwahren zu lassen begehrte, . . .

Aus dem Schweigen dieser Gesetze zogen schon die Zeitgenossen mit Recht den Schluß, daß der Testator bei der Testamentserrichtung persönlich handeln müsse und sich eines Procurators bei der Schrifteinreichung nicht bedienen dürfe. Für die Kursächsischen Konstitutionen führt dies etwa Daniel Moller²² aus:

Ea autem quae ad praesentiam testatoris sive in conficiendo, sive in insinuando testamento pertinent, per Const. prov. non sint . . . mutata, sed dispositioni iuris relicta, nisi dicamus hanc in Constit. omissam non esse sed decisam . . . ubi autem de insinuatione agitur, vel dispositione testamenti, tantum utitur verbo *leget* nec addit *oder legen lesset* quo magis videlicet praesentia testatoris requiri intelligeretur.

Eine andere Gruppe von Particularrechten nimmt eine entgegengesetzte Haltung ein. Im Kurpfälzischen Landrecht von 1572/1700 heißt es in III 2:

Deßgleichen ob jemand ein Testament daheim schriebe oder durch jemand anders schreiben ließ, und dasselb durch sich selbst, oder durch seinen Bevollmächtigten Anwald, und seinem Pettschaft versiegelt, hinder Gericht oder Rath legte, mit Begehren, weil es sein letzter Will, dasselb bis zu seinem Absterben verwahrlich zu halten . . .

In diese Gruppe gehören auch die preußischen Landrechte von 1620, 1685 und 1721. Jeweils in lib. V tit. 1 art. 4 § 3 heißt es, der Testator dürfe eine selbst oder durch einen anderen geschriebene, gesiegelte und verschlossene Schrift „für ein gesessenen Rath oder Gericht bringen, oder bringen lassen, und darbey vermelden . . .“

Während in den soeben genannten Gesetzen die Mitwirkung eines Dritten bei der Übergabe der Testamentsschrift ausdrücklich zugelassen ist, wird die dritte Gruppe gebildet von jenen Gesetzen, die negativ auf den sogleich (unten III) zu behandelnden Meinungsstreit in der Theorie reagieren und demzufolge die Schriftübergabe durch einen Procurator ausschließen. Zu

²² MOLLER, Semestrium libri quinque, lib. I. cap. V. n. 9.

nennen ist hier vornehmlich der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis Kreittmayrs von 1756, der, ein Kurfürstliches Decret vom 24. 8. 1671 inhaltlich aufnehmend²³, in Th. 3 cap. 4 § 2 bestimmt:

Judicialiter ad Acta wird testirt, wenn man 1^{mo} seinen letzten Willen vor Obrigkeit entweder mündlich oder schriftlich declarirt, welcher jedoch 2^{do} der Testator nicht durch einen andern, sondern allzeit selbst in persönlicher Gegenwart verrichten soll.

Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 endlich läßt als Regel nur noch die gerichtliche Errichtung oder Niederlegung des Testaments zu und bestimmt in Teil 1 Tit. 12 § 66:

Jedes Testament oder Codicill muß in der Regel vom Testator selbst dem Gericht übergeben oder zu gerichtlichem Protocolle erklärt werden.

Soweit die Gesetze die Übergabe des Testaments durch einen Procurator weder ausdrücklich ausschließen noch geradezu gestatten, findet eine Befragung des Erblassers, wenn überhaupt eine solche vorgesehen ist²⁴, nur darauf hin statt, ob er das hier übergebene Testament frei von *metus* und *error* errichtet habe. Ein Beispiel liefert wiederum das Württembergische Landrecht. „Darauf“, so heißt es in III 3, „sollen unsere Amptleut unnd Gericht mit gleicher Frag und Erinnerung, wie bei vorgehender Form gesetzt, handeln“. Diese Frage aber geht dahin, „ob sie zu Auffrichtung solches ihres letzten Willens oder Testaments von jemand gezwungen, ohngebührlich überredt oder hinderführt? Oder ob das ihr eigner, freyer wolbedächtlicher unnd endlicher Will und Meinung sei?“ Ein Gesetz aber, das einen Anwalt bei der Übergabe des Testaments als Stellvertreter des Erblassers duldet, muß noch einen Schritt weitergehen. In III 3 des Kurpfälzischen Landrechts heißt es:

Darunder aber diese Bescheidenheit zu halten, daß zu Verhütung allerhand Verdachts und Betrugs im Beisein zweier oder dreier Gerichtspersonen, die er am besten gedulden und leiden mag, dem Testirer solch sein Testament eröffnet und verstendiglich wiederumb fürgelesen und ob diss sein endlicher Will und Meinung sei, befragt . . .²⁵.

²³ Vgl. KREITTMAYR, Anmerkungen Th. 3 cap. 4 § 2 n. 2.

²⁴ Im Mainzer Landrecht von 1755 und in Kreittmayrs Codex Maximilianeus fehlen solche Bestimmungen.

²⁵ Vgl. hierzu JOH. HEUMANN, *Exercitationes juris universi praecipue Germanici*, Altorfii 1749, spec. V: *de testatore per alios voluntatem suam apud acta declarante*, § IV.

Wenn man diese Beobachtung verallgemeinert, so läßt sich sagen, daß da, wo das Gesetz von einem persönlichen Handeln des Erblassers ausgeht, eine Vermutung für die Authentizität des letzten Willens begründet ist. Im Mainzer Landrecht und im bayerischen Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis ergab sich diese Vermutung unmittelbar aus der Tatsache des persönlichen Handelns des Testators. Wo in dieser Gruppe von Gesetzen eine Befragung des Erblassers vorgesehen ist, geht es nur um die Frage nach der inneren Freiheit der nach außen hin persönlich abgegebenen letztwilligen Disposition. Diese Vermutung greift jedoch da nicht in vollem Umfang ein, wo zulässigerweise ein Procurator handelt. Wenn in diesem Fall dem Erblasser das Testament von Amts wegen vorgelesen und er befragt wird, ob die in dieser Schrift niedergelegte letztwillige Verfügung seinem Willen entspreche, so wird damit zwar der Ausschluß von Verdacht und Betrug angestrebt. Das bedeutet aber nichts anderes als nach der äußeren Authentizität des letzten Willens zu fragen. Erst die bejahende Antwort des Testators, die aktenkundig gemacht werden mußte, ergab den Beweis dafür. Dafür reichte also erst ein Tatbestand aus, der außerhalb der eigentlichen Testamentsform mit öffentlichem Glauben geschaffen werden mußte.

Bei den preußischen Landrechten liegt insofern eine Besonderheit vor, als dort Bestimmungen über eine derartige Befragung des Erblassers fehlen, die nach dem eben Gesagten zu erwarten gewesen wären²⁶. Trotz der möglichen Einreichung der verschlossenen Testamentsurkunde durch einen Procurator erachteten diese Gesetze die Echtheit der letztwilligen Verfügung für ausreichend sichergestellt. Es ist aber nun außerordentlich bezeichnend, daß das Preußische ALR von 1794 diese fehlende Sicherstellung des eigenen letzten Willens des Erblassers gewissermaßen nachholte, freilich nicht durch eine bloße Befragung des Erblassers, die dem Gesetzgeber wohl nicht praktikabel genug erschien, sondern durch die positive Anordnung des persönlichen Handelns bei der Testamentserrichtung. Deutlich wird dies in den Schlußvorträgen Svarez'. Svarez begründete dort nämlich die Einführung des gerichtlichen Testaments als Regel, wobei die Überreichung der Schrift durch einen Dritten, wie wir gesehen haben, ausdrücklich ausgeschlossen war, damit, daß

in unseren Zeiten die Simplizität unserer alten deutschen Vorfahren bei Errichtung ihrer letzten Willen, welche Stryk l.c. (scil. de caut. test. cap.

²⁶ Sie finden sich aber bei der mündlichen Erklärung des Testaments zu Protokoll, lib. V. tit. 1. art. 4 §. 1.

I §§ 10, 11) so sehr empfiehlt, nicht so ganz beibehalten werden könne, ohne das Vermögen und die Verlassenschaft des Verstorbenen den Erdichtungen, Unterschiebungen, Verfälschungen und anderen Kunstgriffen listiger Betrüger und Erbschleicher Preis zu geben. Testamente erfordern schon um deswillen einen stärkeren und zuverlässigeren Beweis über die Gewissheit des Willens, folglich auch eine bestimmtere und festere Form als Kontrakte unter Lebendigen, weil die Wahrheit und Richtigkeit der Testamente allemal erst nach dem Tode des Erblassers zur Sprache kommt, wo niemand mehr vorhanden ist, der über die Sache Auskunft geben, und die Mittel, vorgefallene Betrügereien und Unrichtigkeiten ans Licht zu bringen, suppediren kann²⁷.

Zusammengefaßt ergibt sich aus den deutschen Particularrechten also ein mehr oder weniger streng ausgebildetes Prinzip der höchstpersönlichen Erklärung bei der Errichtung des öffentlichen Testaments, je nachdem, ob die Mitwirkung eines Procurators bei der Schrifteinreichung verboten oder zugelassen war. Entsprechend variiert die Wirksamkeit der Beweisfunktion, welche die testamentarische Form ausübt. Je mehr das Höchstpersönlichkeitsprinzip gelockert ist, desto schärfer sind die gesetzgeberischen Maßnahmen, welche die Authentizität des letzten Willens auf andere Weise sicherstellen sollen. Das ist eine Beobachtung, die sich auch in der theoretischen Literatur und Judikatur jener Zeit machen läßt.

III

Soweit man in Theorie und Praxis des *usus modernus* zu unserer Frage nicht auf die Particularrechte zurückgriff, sondern gemeinrechtlich argumentierte, sah man sich vor die Schwierigkeit gestellt, für das Procuratorproblem eine Lösung aus den Quellen zu finden. Die eine, und zwar die ältere Auffassung, entwickelte zu diesem Zweck eine Form des öffentlichen Testaments, die das persönliche Handeln des Erblassers bei der Testamentserrichtung im ganzen verlangte und deshalb die Mitwirkung eines Procurators bei der Einreichung der Testamentsschrift an das Gericht oder die Verwaltungsbehörde ausschloß²⁸. Zwar kannte man als Regel den Satz, „*quod quis per alium facit ipse fecisse videtur*“²⁹, eine Regel, die in dieser Allgemeinheit durch-

²⁷ SVAREZ, Schlußvorträge, KAMPTZ, Jahrb. XLI, S. 76, zit. b. Koch, ALR, Bd. I, 2, 3. Aufl. 1862, zu ALR § 66 I. 12.

²⁸ Brunnemann in Cod. C. 6.23.19, n. 12.

²⁹ MOLLER, *Semestrium libri quinque*, lib. I. cap. V. n. 1, BERLICH, III concl. IV n. 27.

aus auch auf die Errichtung des öffentlichen Testaments anwendbar erschien. Man wollte sie aber nur für formfreie, oder genauer: nicht für höchstpersönliche Rechtsgeschäfte gelten lassen:

Tunc quod pro regula traditum est, actum illum ad cuius solemnitatem praesentia alicuius requiritur . . . per procuratorem aut alium eius nomine expediri non posse³⁰.

Um diese höchstpersönliche Natur des Testaments nachzuweisen, bezog man sich auf C. 6,23,27: „*sin autem testator tantummodo dixerit*“, auf C. 6,23,19,1, wo das „*publicavit*“ auf den Testator persönlich bezogen wird, und schließlich auf C. 6,23,19,2: „*nostris auribus intimatur*“. Aus allen diesen Stellen folgerte man, es sei allein der Testator gemeint, der hier auftrete, spreche und gehört werden könne. Bei Moller³¹ heißt es:

Inter reliquas solemnitates quae praeter testes et illorum praesentiam ad perfectionem testamenti a quocunque, quocunque in loco vel tempore sive in scriptis sive per nuncupativum facti leges introduxerunt, ipsiusmet quoque testatoris praesentiam potissime requiri constat.

Das ist bewußt sehr allgemein formuliert und betrifft auch nur die praesentia testatoris. Hinzutreten muß jedoch, und zwar nach dieser Lehre auch beim öffentlichen Testament, der *conspectus testatoris*. Dieses Erfordernis leitete man aus der Gleichsetzung mit dem Siebenzeugentestament ab:

Quia testamentum apud acta, et testamentum coram septem testibus aequiparantur, ut ita de utroque idem ius sit statuendum³².

Beim Siebenzeugentestament aber müssen die Zeugen die persönliche Anwesenheit des Testators wahrnehmen; deshalb fährt Moller im Anschluß an C. 6,23,9 fort:

Adeo quidem ut praesentem eum esse non sufficiat, sed necesse sit, etiam ab omnibus testibus videri³³.

Die Rolle der Zeugen wird nun auf den *iudex vel magistratus* übertragen:

Tunc quod iudex vel magistratus, aut qui ab illis ad hoc deputantur, vicem testium in confectione, vel insinuatione testamenti supplent, ideoque non minus ac hi testatorem praesentem ipsemet, ut videant ad excludendam omnem fraudem necesse est³⁴.

³⁰ MOLLER I. c. n. 8. BERLICH I. c. n. 28.

³¹ MOLLER I. c. n. 6.

³² BERLICH I. c. n. 28. LAUTERBACH, Diss. acad. vol. III, disp. 133 § XIV n. 5.

³³ MOLLER I. c. n. 6. Vgl. auch MANZ, tract. de test. (1681), tit. IV n. 84 qu. 1.

³⁴ MOLLER I. c. n. 8. BERLICH III concl. 4 n. 28, LAUTERBACH I. c. § XIV.

Dementsprechend lehnte die sächsische Praxis ein durch einen Vertreter insinuiertes Testament als unwirksam ab:

Dieweil aber dennoch der testator solcher sein testament nicht selbst den Gerichten übergeben und zugestellet, sondern durch seinen gewesenen Amanuensem Heinrich Felckeln insinuiren und übergeben lassen etc. So ist auch angeregtes Testament auß Mangelung gebührender Sollemnitäten zu Recht nicht kräftig noch bestendig³⁵.

Grundsätzlich bekannte sich auch das Reichskammergericht zu dieser Meinung. Cramer berichtet in seinen *observationes juris universi*³⁶ hierüber. Als Franz Carl von Thüngen sein verschlossenes Testament durch seinen bevollmächtigten Advokaten dem Reichskammergericht „*ad deponendum*“ einsenden ließ, „*dissensus haud parvus in Pleno ortus, an fieri possit oblatio Testamenti, quod solemnitatibus destituitur . . . ?*“ Man einigte sich auf einen Mittelweg und entschied am 18. Mai 1694:

Daß das Testamentum per tertium oblatum, wann der Herr Testator inmittels mit Tod abgehen sollte, quoad Solemnitates vor gültig solle angenommen seyn. Wann aber der Testator wieder sollte zu voriger Gesundheit gelangen, so müsse solches durch ihn in Person, id est per praesentiam confirmiret werden . . .

Cramer zieht daraus den Schluß:

Quo ipso igitur principium stabilitum, quod ad Testamentum Camerae Imperiali oblatum, nullis vero Solemnitatibus munitum, Testatoris praesentia requiratur, nisi morte praeventus et impeditus fuerit, quominus praesens esse potuerit³⁷.

Nach dieser Lehre hat die Testamentsform somit vornehmlich die Funktion, den Beweis für die Echtheit des letzten Willens zu sichern. Das persönliche Handeln des Erblassers zusammen mit dem *conspectus testatoris* war dazu am besten geeignet. Von dieser kontrollierenden Rolle der Zeugen mochte man nicht absehen, weil man aus der Literatur eingehend genug darüber unterrichtet war, wie leicht sich die praesentia testatoris vortäuschen

³⁵ Entsch. d. Leipziger Schöffen 1634. Vgl. CARPZOW, *Jurispr. For. Rom. Sax. P. III. const. III. def. 23*.

³⁶ obs. XVII.

³⁷ Mit diesen Ausführungen trat CRAMER der Darstellung LAUTERBACHS (*Coll. Theoret. Pract. Lib. 28. tit. 1. § 45*) entgegen, wonach beim Reichskammergericht die Einreichung der Testamentschrift durch einen Procurator zulässig gewesen sein soll. Vgl. obs. XVII. § 2.

ließ³⁸. Wenn man beim öffentlichen Testament ebenfalls eine persönliche Tätigkeit des Erblassers bei Akt der Schriftübergabe verlangte, so läßt sich sagen, daß auch diese abgeleitete Form eine Beweisfunktion ausübte; Daniel Moller sprach in der schon zitierten Stelle vom *excludere omnem fraudem*. Die im persönlichen Handeln des Erblassers bestehende Form behauptete ihre Funktion auch gegenüber dem Einwand, daß beim öffentlichen Testament jede Solemnität, also jede Form, abgeschafft sei. Das wird bei Carpzow deutlich. Er lehnt es ab, die Formerleichterung auch auf das persönliche Erblasserhandeln zu erstrecken:

Nec putandum omissis solemnitatibus circa testes in testamento iudiciali illud etiam censi omissum, quod ad fraudes removendas, et conservandas testantium voluntates adinventum est, nempe ut ipsemet testator coram actis voluntatem suam exprimat et declaret³⁹.

Dies gilt auch für das Testament durch Schriftübergabe:

Sequitur hinc ergo, non valere testamentum, quod domi conscriptum et consignatum testator per literas, nuncium vel procuratorem actis publicis praesentari et insinuari curavit, sed praecise ad testamenti validitatem requiritur, ut testator ipsemet in iudicio et coram iudice compareat, ac testamentum suum apud acta deponi et ibidem conservari petat⁴⁰.

Überhaupt kann dieser Meinung zufolge der Beweis für die Authentizität des letzten Willens sich nur aus der Einhaltung der Testamentsform ergeben. Andere Beweismittel, welche die Form ersetzen könnten, sind nicht zugelassen. Im 18. Jahrhundert hatte man Veranlassung, dies besonders zu betonen:

Ast quo modo haec securitas testamento Principi vel Iudici oblato obtingere potest, si non ipse testator, sed alius quidem ejus nomine offert? Anne tunc certo et indubitate, sine formidine contrarii, de testantis voluntate constet? Nonne metus fraudis aut suppositionis, a procuratore

³⁸ Hierfür ein Beispiel, das MOLLER n. 7 bei JULIUS CLARUS gefunden hat. „*Clarus quoque refert suis temporibus, mulierem quandam astutam, cum maritus vixdum expirasset, illi e lecto clanculum remoto alium supposuisse, qui fenestris conclavis fere omnibus obductis et capite pannis obvoluto, maritum eius se simulans, in extremis laborantem, et qui prae aegritudine vix loqui posset, testamentum condiderat, in eoque uxorem defuncti haereditatem instituerat, testibus omnibus ad id requisitis vere maritum mulieris, et vocem ejus esse existimantibus: fraude autem postea diuinitus detecta, nisi mulier una cum Notario, qui solus fraudis conscius fuerat, fuga sibi consulisset, futurum fuisse, ut ambo ultimo supplicio afficerentur.*“ Vgl. auch Manz, tract. de test. tit. IV. n. 84 qu. 1.

³⁹ CARPZOW, Jurispr. For. Romano-Sax. Pars III const. III. def. 23 n. 5/6.

⁴⁰ *ibid.*

offerente commissae, perpetuo manebit? . . . Et si fides hujus testamenti postea impugnatur, quomodo probari poterit certa testatoris voluntas? Sane neque procurator, neque ipsi etiam testes, idonei testes erunt, cum in propria causa testimonium perhibeant . . .⁴¹.

Die Lehre aber, die hier so leidenschaftlich bekämpft wird, fand ihren Anlaß in jener Codexstelle, aus der sich der Ausschluß jeglicher Form bei der Testamentserrichtung ergab. Als ihr erster Verfechter ist Samuel Stryk anzusehen, der in einer 1684 von Samuel Christoph Praetorius aus Stettin pro licentia in Frankfurt a. d. Oder verteidigten Dissertation „de testamento per procuratorem oblato“⁴² für die Zulassung eines Procurators bei der Errichtung des öffentlichen Testaments eintrat. In der theoretischen Literatur blieb diese Ansicht stets umstritten⁴³; die Praxis aber, mit Ausnahme der sächsischen, die unter Carpzows Einfluß blieb⁴⁴, nahm sie auf⁴⁵. Die Argumente freilich sind nicht neu; es sind diejenigen, die die ältere Auffassung als *rationes dubitandi* vorgetragen und verworfen hatte. Es galt nun aber zu beweisen, daß im Gegensatz zu jener älteren Lehrmeinung das öffentliche Testament gemeinrechtlich praktisch formfrei errichtet werden konnte und der Erblasser insbesondere den formellen Errichtungsakt nicht zwingend persönlich vorzunehmen hatte. Soweit die Begründungen hier von Interesse sind, zeigen sie, daß man das persönliche Handeln des Erblassers bei der Errichtung des öffentlichen Testaments als bloße Solemnität ansah, die ihren Sinn in sich selbst trug, aber keine darüber hinausgehenden Funktionen zu erfüllen hatte und darum entbehrlich war. Man ging davon aus, daß beim Abschluß von Rechtsgeschäften persönliches Handeln fast ausnahmslos durch Vertreterhandeln ersetzbar ist⁴⁶:

Et quidem notissimi juris est, quod procurator in omni negotio civili admittatur, si speciali mandato instructus; adeo ut actus aequae subsistat gestus a procuratore, quam si ab ipso principali.

⁴¹ SPISIUS, *Diss. iuridica de testamento per procuratorem non offerendo*, Altorfii 1742, § VII. Ähnlich F. Es. PUFENDORF, *Animadvers. iur.* Tom. I. animadv. 81 u. Observationes, obs. 197 *de test. indici per proc. obl.* § 4.

⁴² Sie entspricht cap. VIII des zuerst 1703 in Halle erschienenen *Tractatus de cautelis testamentorum*.

⁴³ Vgl. die Nachweise bei GLÜCK, Bd. 34, S. 191 Anm. 23 und 195 Anm. 28.

⁴⁴ Vgl. die Bemerkung des OAG Cassel bei CANNGIESSER, *Dec. Hasso-Cassell.* Tom. I. dec. 21, n. 6.

⁴⁵ So der Reichshofrat, vgl. MOSER, *Von der teutschen Justiz-Verfassung*, Th. 1. lib. 2 cap. 50 § 14 u. KREITTMAYR, *Anmerkungen zu CodMaxBavCiv.* Th. 3 cap. 4 § II n. 2; G. L. BÖHMER, *Auserles. Rechtsfälle*, Bd. 3 Abt. 2 n. 234 p. 542—545; im übrigen die Angaben bei GLÜCK Bd. 34, S. 191 Anm. 22.

⁴⁶ STRYK, l. c. § XIV. G. L. BÖHMER l. c.

Das war die herrschende Lehre⁴⁷; man dehnte sie aber jetzt auch auf das Recht des öffentlichen Testaments aus. Sei die Mitwirkung eines Procurators ausgeschlossen, so sei dies ein Ausnahmefall, keineswegs aber die Regel; Ausnahmen gebe es allerdings für höchstpersönliche Rechtsgeschäfte; diese Rechtsnatur sei aber beim öffentlichen Testament zu bezweifeln: *Nec est, ut excipias, non procedere regulam in actis personalissimis . . .*, denn: *remanet . . . controversia, an testamentum Principi oblatum pro actu personalissimo sit habendum . . .*⁴⁸.

Stryk leitet diese Meinung im einzelnen aus dem Wortlaut der Quellen ab und fügt hinzu, alles, was im Hinblick auf das testamentum Principi oblatum gesagt sei, gelte in gleicher Weise auch für das testamentum iudici oblatum⁴⁹: die persönliche Anwesenheit des Erblassers bei der Schrifteinreichung sei nicht erforderlich. Den *conspectus testatoris* durch Privatzeugen oder Gerichtspersonen, wie ihn die ältere Meinung verlangt hatte, lehnt man jetzt ab, weil man nicht mehr Formvorschriften aufstellen dürfe als das Gesetz selbst⁵⁰: „*Huc facit*“, heißt es bei Stryk weiter, „*quod nihil ad formam vel essentiam negotii civilis pertineat, nisi quod lege est expressum*“, zumal „*in testamento Principi oblato omnis solennitas, quae alioqui in testamento exigebatur, sit remissa, quippe hoc omnes solemnitas superare dicitur in d. 1. 19 pr. C. de Testam.*“⁵¹. Das Testament, so sagten andere, beziehe seine Wirksamkeit allein aus dem öffentlichen Glauben des Gerichts, bei dem es insinuiert werde^{52/53}.

Nach dieser Lehre ist also der Errichtungsakt beim öffentlichen Testament nicht an eine bestimmte Form im Sinne des persönlichen Erblasserhandelns gebunden. Nichtsdestoweniger kommt es aber auf die Erklärung des letzten Willens an:

Certum est (VI) Quotiescunque solennitas in testamento removetur, nihil amplius ad subsistentiam testamenti exigi, quam *declarationem voluntatis testatoris et ejus probationem*, sicut hoc ex testamento militari perspicuum est⁵⁴.

⁴⁷ Vgl. statt aller MOLLER Sem. libri V, lib. I. cap. V. n. 1.

⁴⁸ STRYK l. c. § XV. RIVINUS, *de testamento per proc. iud. obl.* (1735) § IX.

⁴⁹ STRYK l. c. § XV in fine.

⁵⁰ STRYK l. c. § XVI.

⁵¹ STRYK l. c. § XIX.

^{52/53} MEISTER, Pract. Bem. Bem. 11.; LEYSER, Med. ad Pand. spec. 354, IV.

⁵⁴ Vgl. C. 6.21. STRYK l. c. § XIX. Hervorhebung von mir.

In ähnlicher Weise geht die Praxis vor. Das im Oktober 1707 *privato nomine* erstattete *Responsum* 643 von Justus Henning Böhmer⁵⁵ betrifft folgenden Fall. Die Drostin Hedewig von S. hatte 1703

ein Testament aufgerichtet, und weiln sie solches gerichtlich zu vollziehen entschlossen, selbst aber die Überreichung desselben nicht verrichten mögen, so hat sie den Prediger in A. Heinrich B. dahin bevollmächtigt, daß er solches ihr Testament in duplo bey denen Stadt-Gerichten zu G. nebst Überreichung eines *supplicati* insinuiren, und die gebührende gerichtliche Vollenziehung in ihren Nahmen verrichten müssen . . .

Das Testament wurde angefochten und seine Rechtswirksamkeit bestritten. In den *rationes decidendi* des *responsum* heißt es bei der Erörterung der Frage, *ob und welcher gestalt die praesentia testatoris ad testamentum iudiciale nöthig sey?*⁵⁶:

„anerwogen aus denen Rechten bekant ist, daß auf zweyerley Art vornehmlich etwas zu einem Testament erfordert werde, erstlich, ut mera aliqua solennitas et ita pro forma est, atque per aequipollens suppleri minime potest; nechstdem sind viele Dinge in testamentis zu observiren, quae propter solam voluntatis certitudinem necessaria sint, ad solennem formam autem per se non spectant, quorsum spectat inter alias praelectio testamenti in casu, si imperitus literarum testator . . . et alia multa . . .“

Für Georg Ludwig Böhmer kommt es ebenfalls auf die Gewißheit des letzten Willens an⁵⁶.

Bei Stryk ist also die Erklärung des letzten Willens von der Form, in welche diese zu kleiden ist, streng geschieden. Die probatio aber steht bei der *declaratio voluntatis*, wird also als Funktion von der (solennen) Form getrennt. J. H. Böhmer stellt demgegenüber statt auf die *declaratio* in erster Linie auf die *certitudo voluntatis* ab. Formregeln, wie die bei J. H. Böhmer genannte Vorlesung beim Testament des Analphabeten, die der Sicherstellung der *certitudo voluntatis* dienen, gehören demnach nicht zur Solemnität als solcher. Die Parallele zu der Erblasserbefragung in den Particular-rechten ist evident.

Damit wird aber eine Verlagerung der Problematik offenbar. Es geht jetzt um Fragen des Beweisrechts. Da man davon ausging, daß es eine in dem

⁵⁵ J. H. BÖHMER, Consultationes et Decisiones, Pars I, resp. 643.

⁵⁶ G. L. BÖHMER l. c. Vgl. ferner GEIGER u. GLÜCK, Merkwürdige Rechtsfälle Bd. 1, Nr. III p. 43 ff. MEISTER, Pract. Bem., Bem. 11.

persönlichen Handeln des Erblassers bestehende Form samt Beweisfunktion nicht gebe, standen Literatur und Praxis vor der Aufgabe, selbständig Regeln für die Sicherstellung der *ultima voluntas* zu entwickeln. Die erbrechtliche Form wird durch die *probatio per aequipollens* ersetzt. Das deutet J. H. Böhmer an:

Gleichwie nun die solennia einzig und allein ex legum praescriptione dependiren, also sind hergegen diejenigen requisita welche certitudinem voluntatis allein respiciren, so beschaffen, ut aequipollens admittant⁵⁷.

Das bedeutet, daß sich der Beweis für die Echtheit des letzten Willens aus allen Umständen des Einzelfalls ergibt. Aus dem Schrifttum seit dem 18. Jahrhundert liegen hierzu naturgemäß die verschiedensten Stellungnahmen vor. Genannt wird bisweilen der öffentliche Glaube der Gerichte⁵⁸. Im grundsätzlichen war anerkannt, daß der Procurator mit einem *mandatum speciale ad insinuandum datum* ausgestattet sein mußte⁵⁹. Die Vollmacht mußte in der Regel schriftlich erteilt sein; fehlte es daran, so wollte Rivinus den Nachweis der Vollmacht auch durch das Zeugnis zweier glaubhafter Zeugen gestatten, welche die Übergabe der Testamentsurkunde an den Procurator beobachtet haben mußten⁶⁰. Dieser Meinung schloß sich auch Struben⁶¹ an. Der Kasuistik eröffnet Leyser ein weites Feld, wenn er neben dem *mandatum speciale* verlangt, „*deinde necesse est, ut omnis suscipio fraudis, coactionis importunae flagitationis exulet. Si haec saltem verosimiliter apparet, infirmandum est testamentum*“⁶². So war schon in J. H. Böhmers responsum die Spezialvollmacht nur als eines der Indizien für die *certitudo voluntatis* erschienen. Wie sehr man ins einzelne gehen mußte, zeigen die folgenden Ausführungen Böhmers:

[26] nun weisen die acta mit mehrern, daß die seelige testatrix zwey originalia von ihrem Testament gemacht, eines selber geschrieben, das andere abschreiben lassen und untergeschrieben, und untergesiegelt, und daß solches ihr ernstlicher fester Wille sey, mit der clausula iuratoria solenni bestärcket . . . [27] ferner hat sie solches zur gebührenden Vollen-

⁵⁷ J. H. BÖHMER, resp. 643. n. 17.

⁵⁸ MEISTER, Pract. Bem. Bem. 11. LEYSER, Med. ad Pand. spec. 354, IV. S. o. S. 236.

⁵⁹ STRYK l. c. § XIX. BÖHMER resp. 643, n. 37. G. L. BÖHMER, Auserl. Rechtsfälle, II. 2. n. 234. p. 542—545.

⁶⁰ RIVINUS, diss. de testam. per proc. judici obl. Lips. 1735, § 18.

⁶¹ STRUBEN, Rechtl. Bedenken I 134.

⁶² LEYSER l. c. Ähnlich GADENDAM, de test. iud. per proc. ad acta exhibito, Kiliae 1770, § XIV.

ziehung denen Gerichten in G einreichen lassen, und damit auch hiebey kein Zweifel vorfallen möchte, ein ordentliches *supplicatum* an den Rath, mit ihrer eigenen Unterschrift bezeichnet, eingeschicket und dabey den gevollmächtigten Prediger *ad hunc actum legitimiret* . . .

Außerdem war das Testament in duplo eingereicht, ein Exemplar davon *ad acta* angenommen und hinterlegt worden, während man das andere verschlossen nach der Erblasserin Tode in deren Nachlaß fand. Alle diese Umstände begründeten die Überzeugung J. H. Böhmers von der Authentizität des letzten Willens der Erblasserin⁶³. Das Oberappellationsgericht Cassel hatte in der Mitte des 18. Jahrhunderts einen gleichliegenden Fall zu beurteilen; es sprach aus, an der *certa et seria voluntas* des Testators sei „fast nicht zu zweifeln“. Der Erblasser hatte hier in Gegenwart des Notars und zweier Zeugen das Testament eigenhändig unterschrieben, der Procurator hatte eine Spezialvollmacht, und die Deposition bei Gericht war tatsächlich erfolgt. Alles das seien starke Vermutungen für die Richtigkeit des letzten Willens und das Gericht erkannte aus diesen Gründen das Testament als wirksam an⁶⁴. Leyser zitiert schließlich einen Fall, in welchem ein von einem Procurator eingereichtes Testament unwirksam war, weil es an dem Beweis der Authentizität der letztwilligen Verfügung fehlte⁶⁵. Hier hatte der Erblasser sich das Testament aus der gerichtlichen Verwahrung zurückgeben lassen und darin etwas geändert. Die geänderte Testamentsurkunde reichte ein Procurator ein, hatte dabei aber seine Vollmacht nicht nachgewiesen.

Das Motiv für diese Formerleichterung war die Billigkeit⁶⁶ und das Streben nach der materiellen Gerechtigkeit des Einzelfalles⁶⁷. Stryk wollte mit seiner Ansicht dem rechtsunkundigen Testator beistehen:

... hoc fine haec adducta, ne, si forte testator praxeos ignarus, per alium obtulerit testamentum, de cujus tamen voluntate omnibus numeris certi sunt ejus heredes, mox hoc testamentum ex defectu illius requisiti, quod nulla Lex expressa exigit, pro injusto pronuncietur, et heredes ab intestato contra voluntatem testatoris admittantur⁶⁸.

⁶³ J. H. BÖHMER resp. 643.

⁶⁴ CANNIESSER, Dec. Hasso-Cassell. Tom. I. Dec. 21.

⁶⁵ LEYSER l. c. spec. 354 n.V.

⁶⁶ RIVINUS l. c. § X.

⁶⁷ Vgl. für das analoge Problem von (rechtskräftigem) Beweisinterlocut und *probatio per aequipollens*: ENDEMANN, Die Entwicklung des Beweisverfahrens im Deutschen Civilprocess seit 1495, p. 107 f.

⁶⁸ STRYK l. c. n. XXVIII.

Ebenso erklärte das OAG Cassel in der zitierten Entscheidung, es sei nicht angebracht, ein Testament nur deswegen für unwirksam zu erklären, weil einige Rechtslehrer die persönliche Errichtung durch den Erblasser forderten. Andererseits entstand aus solchem Entgegenkommen eine erhebliche Rechtsunsicherheit und eine Fülle neuer Zweifelsfragen. Die Praxis zeigt, daß kein Erblasser sicher war, ein wirksames öffentliches Testament zu errichten, wenn er sich eines Procurators bei der Schriftübergabe bediente; kennzeichnend ist das ängstliche Bemühen jener Erblasserin in J. H. Böhmers responsum, keine Zweifel an der Echtheit ihrer Willensentscheidung aufkommen zu lassen; vermochte aber der Procurator gar seine Vollmacht nicht nachzuweisen, so hatte der Erblasser überhaupt keinen Einfluß auf das wirksame Zustandekommen seines Testaments. Stryk selbst muß diese Gefahren vorausgesehen haben; am Ende seiner *Dissertatio de testamento per procuratorem oblato* rät er nämlich, auf den Procurator zu verzichten: „*cautius enim omnino procedit, qui tutissimam viam eligit, quam qui controversiis litibusque obnoxiam eligit, et se periculo exponit*“⁶⁹. Damit hat Stryk schließlich recht behalten.

⁶⁹ *ibid.*