

utb 4302



### **Eine Arbeitsgemeinschaft der Verlage**

Böhlau Verlag · Wien · Köln · Weimar  
Verlag Barbara Budrich · Opladen · Toronto  
facultas · Wien  
Wilhelm Fink · Paderborn  
Narr Francke Attempto Verlag / expert verlag · Tübingen  
Haupt Verlag · Bern  
Verlag Julius Klinkhardt · Bad Heilbrunn  
Mohr Siebeck · Tübingen  
Ernst Reinhardt Verlag · München  
Ferdinand Schöningh · Paderborn  
transcript Verlag · Bielefeld  
Eugen Ulmer Verlag · Stuttgart  
UVK Verlag · München  
Vandenhoeck & Ruprecht · Göttingen  
Waxmann · Münster · New York  
wbv Publikation · Bielefeld  
Wochenschau Verlag · Frankfurt am Main

## **Wege zur Rechtsgeschichte**

Ulrike Babusiaux

Hans-Peter Haferkamp

Sibylle Hofer

Peter Oestmann

Johannes Platschek

Tilman Reppen

Adrian Schmidt-Recla

Andreas Thier

Jan Thiessen

Ulrike Babusiaux

# **Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht**

BÖHLAU VERLAG WIEN KÖLN WEIMAR

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux lehrt Römisches Recht, Privatrecht und  
Rechtsvergleichung an der Universität Zürich.

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <https://portal.dnb.de> abrufbar.

Online-Angebote oder elektronische Ausgaben sind erhältlich unter  
[www.utb-shop.de](http://www.utb-shop.de).

Umschlagabbildung:

Affresco con scena di giudizio dai predia di Giulia Felice (Fresko mit einer Gerichtsszene  
aus dem Haus der Julia Felix) inv. 9067. (Su concessione del Ministero per i Beni e le Attività  
Culturali e per il Turismo – Museo Archeologico Nazionale di Napoli, rif. prot. n. 2611 del  
22.04.2020, classifica 28.10.13). Fotograf: Luigi Spina

2., überarbeitete Auflage 2021

© 2021, 2015 by Böhlau Verlag GmbH & Cie, Wien Köln Weimar  
Lindenstraße 14, D-50674 Köln

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.  
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen  
schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Korrektorat: Lektorat Schütz, Kassel

Einbandgestaltung: Atelier Reichert, Stuttgart

Satz: büro mn, Bielefeld

Druck und Bindung: CPI Books GmbH, Leck

Printed in the EU

UTB-Band-Nr. 4302 | ISBN 978-3-8252-5291-5

## Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort zur 2. Auflage</b> .....	13
<b>1 Einleitung</b> .....	15
1.1 Ein römisches Testament aus dem Jahr 142 n. Chr. ....	15
1.2 Quellen des römischen Erbrechts .....	18
1.2.1 Beispiel eines Digestenfragments .....	20
1.2.2 Interpolationenkritik .....	21
1.2.3 Institutionen des Gaius .....	22
1.3 <i>De testamentis et de legatis</i> .....	23
1.3.1 Die Komplexität des römischen Erbrechts .....	24
1.3.2 Zur Methode der römischen Juristen .....	26
1.3.3 Drei Leitfragen .....	27
1.4 Gang der Darstellung .....	27
<b>2 Voraussetzungen</b> .....	29
2.1 Der allgemeine historische Rahmen .....	29
2.1.1 Die römische Republik .....	30
2.1.2 Der Prinzipat .....	33
2.1.3 Die Spätantike .....	36
2.1.4 Zeitlicher Rahmen dieses Lehrbuchs .....	37
2.2 Rechtsschichten des römischen Privatrechts .....	37
2.2.1 <i>Ius naturale</i> .....	38
2.2.2 <i>Ius civile</i> .....	39
2.2.3 <i>Ius praetorium</i> und <i>ius honorarium</i> .....	40
2.2.4 <i>Ius civile</i> und <i>ius novum</i> im Prinzipat .....	41
<b>3 Das Intestaterbrecht</b> .....	47
3.1 Die Familie als Hierarchie .....	48
3.1.1 Das Erbrecht der Hauskinder .....	51
3.1.2 Die <i>emancipatio</i> des Hauskindes .....	54

3.1.3	Das Erbrecht der Agnaten .....	56
3.1.4	Das Intestaterbrecht von Frauen .....	58
3.1.5	Das Erbrecht der Gentilen .....	60
3.2	Die Intestaterbfolge des <i>ius praetorium</i> .....	61
3.2.1	Die erste Klasse der prätorischen Erben .....	62
3.2.2	Die zweite und dritte Klasse der prätorischen Erben .....	63
3.2.3	Das prätorische Ehegattenerbrecht .....	67
3.3	Konkurrenz zwischen <i>ius civile</i> und <i>ius praetorium</i> .....	69
3.3.1	<i>Bonorum possessio sine re – cum re</i> .....	69
3.3.2	<i>Nova clausula Iuliani</i> im Intestaterbrecht .....	71
3.4	Kaiserrechtliche Korrekturen .....	72
3.4.1	<i>Senatusconsultum Tertullianum</i> .....	73
3.4.2	<i>Ius novum</i> und <i>ius antiquum</i> .....	76
3.4.3	<i>Senatusconsultum Orfitianum</i> .....	78
3.5	Fazit zum Intestaterbrecht .....	81
<b>4</b>	<b>Die Erbenstellung</b> .....	<b>83</b>
4.1	Der Erbschaftserwerb nach <i>ius civile</i> .....	85
4.1.1	Die Miterbengemeinschaft .....	85
4.1.2	Die Anwachsung bei Testamentserben .....	87
4.1.3	Anfall und Antritt der Erbschaft .....	91
4.1.4	Die Ersitzung der Erbenstellung .....	93
4.2	Der Erbschaftserwerb nach <i>ius praetorium</i> .....	96
4.2.1	Prätorische Regeln zur Erbenstellung nach <i>ius civile</i> .....	96
4.2.2	Der Nachlassbesitz als prätorisches Erbrecht .....	97
4.2.3	<i>Venditio bonorum</i> .....	100
4.2.4	Der Sklave als Zwangserbe .....	103
4.3	Die Erbfähigkeit nach <i>ius civile</i> und <i>ius praetorium</i> .....	105
4.3.1	Die Vormundschaft über Frauen .....	105
4.3.2	Erbfähigkeit von Gewaltunterworfenen .....	109
4.4	Erwerbsfähigkeit und Erwerbswürdigkeit des <i>ius novum</i> .....	111
4.4.1	Die Kaduzitätsfolgen der <i>lex Iulia et Papia</i> .....	112
4.4.2	Das Ehegattenerbrecht der <i>lex Iulia et Papia</i> .....	115
4.4.3	Erbunwürdigkeit ( <i>indignitas</i> ) .....	117
4.5	Fazit zur Erbenstellung .....	120

<b>5 Der Schutz des Erbrechts</b> .....	123
5.1 Legisaktionen- und Sponsionsverfahren .....	124
5.2 Die <i>hereditatis petitio</i> des Formularprozesses .....	126
5.3 <i>Bonorum possessio</i> und Erbschaftsklage .....	129
5.4 Kaiserliches Recht: Das <i>senatusconsultum Iuventianum</i> .....	131
5.4.1 Die einzelnen Rechtsfolgen .....	133
5.4.2 Fiskal- und Privatprozess .....	137
5.5 Fazit zum Schutz des Erbrechts .....	139
<b>6 Die testamentarische Erbfolge</b> .....	141
6.1 Das Testament nach <i>ius civile</i> .....	142
6.1.1 Manzipationstestament .....	143
6.1.2 Testierfähigkeit .....	147
6.1.3 Erbeinsetzung .....	150
6.1.4 Einsetzung von Miterben .....	153
6.1.5 Ersatzerbenbestimmung ( <i>substitutiones</i> ) .....	155
6.2 Unwirksamkeit und Aufhebung des Testaments nach <i>ius civile</i> .....	160
6.2.1 Verlust der Testierfähigkeit .....	160
6.2.2 <i>Institutio ex certa re</i> .....	162
6.2.3 Widerruf des Testaments .....	164
6.3 Das Testament nach <i>ius praetorium</i> .....	167
6.3.1 Maßgeblichkeit der Testamentsurkunde .....	170
6.3.2 Widerruf nach <i>ius praetorium</i> .....	174
6.3.3 Gesetzlicher Fälschungsschutz .....	176
6.4 Das formlose Testament des Kaiserrechts .....	179
6.4.1 Formlose Nachträge (Kodizille) .....	182
6.4.2 Das Soldatentestament .....	186
6.4.3 Persönlicher Geltungsbereich des Soldatentestaments .....	191
6.4.4 <i>Ius singulare</i> .....	194
6.5 Fazit zum Testamentsrecht .....	196
<b>7 Der Schutz der Erwerbserwartung und Enterbungsregeln</b> .....	199
7.1 Enterbungsregeln des <i>ius civile</i> .....	199
7.1.1 Enterbung des Haussohnes .....	200
7.1.2 Bedingte Erbeinsetzung des Haussohnes .....	202
7.1.3 Enterbung übriger Hauskinder .....	206
7.1.4 Nachgeborene Hauskinder ( <i>postumi</i> ) .....	207

7.2	Die Modifikationen des <i>ius praetorium</i> .....	212
7.2.1	<i>Bonorum possessio contra tabulas</i> .....	214
7.2.2	Teilhabe an fremder <i>bonorum possessio contra tabulas</i> .....	217
7.2.3	<i>Collatio bonorum</i> .....	218
7.2.4	Das Nachrücken von Hauskindern im prätorischen Edikt .....	222
7.3	Prätorische Teilwirksamkeit des Testaments .....	224
7.3.1	Edikt <i>de legatis praestandis</i> .....	224
7.3.2	Erhalt des Erbteils .....	227
7.4	Die Beschwerde wegen pflichtwidrigen Testaments .....	229
7.4.1	Die Pflichtwidrigkeit des Testaments .....	230
7.4.2	Klage gegen mehrere Erben .....	232
7.4.3	Konkurrenzen und Abgrenzungsfragen .....	234
7.5	Fazit zum Enterbungsrecht .....	237
<b>8</b>	<b>Das Vermächtnisrecht</b> .....	<b>239</b>
8.1	Legate nach <i>ius civile</i> .....	240
8.1.1	Vindikations- und Damnationslegat .....	240
8.1.2	Duldungs- und Präzeptionslegat .....	243
8.1.3	Nebenbestimmungen zum Legat .....	247
8.1.4	Erwerb des Legats .....	249
8.2	Unwirksamkeit und Beschränkungen des Legats nach <i>ius civile</i> .....	254
8.2.1	Inhaltsmängel .....	254
8.2.2	Legatsbeschränkungen, <i>lex Falcidia</i> .....	257
8.3	Prätorischer Schutz im Legatsrecht .....	262
8.3.1	<i>Interdictum quod legatorum</i> .....	262
8.3.2	<i>Cautio legatorum servandorum causa</i> .....	263
8.4	Kaiserzeitliche Eingriffe in das Legatsrecht des <i>ius civile</i> .....	267
8.4.1	Das <i>senatusconsultum Neronianum</i> .....	267
8.4.2	<i>Lex Iulia et Papia</i> .....	269
8.5	Formlose Vermächtnisse des <i>ius novum</i> (Fideikommiss) .....	271
8.5.1	Zur Formlosigkeit des Fideikommisses .....	272
8.5.2	Erbschaftsfideikommiss .....	278
8.5.3	Familienfideikommiss .....	282
8.6	Die weitere Ausgestaltung des Rechts der Fideikommiss .....	284
8.6.1	<i>Senatusconsultum Trebellianum</i> .....	286
8.6.2	<i>Senatusconsultum Pegasianum</i> .....	288
8.6.3	Heimliche Fideikommiss .....	296
8.7	Fazit zum Vermächtnisrecht .....	298

<b>9 Die Auslegung von Testamenten</b> .....	299
9.1 Auslegungsmaximen des <i>ius civile</i> .....	299
9.1.1 <i>Plus nuncupatum quam scriptum</i> .....	300
9.1.2 <i>Voluntatis quaestio</i> .....	302
9.1.3 Legatsrecht: <i>falsa demonstratio non nocet</i> .....	307
9.2 Die geringe Bedeutung der Testamentsauslegung im <i>ius praetorium</i> ..	312
9.3 Auslegung im <i>ius novum</i> .....	312
9.3.1 Materielle Auslegungsprinzipien .....	314
9.3.2 Umdeutung von <i>ius civile</i> in <i>ius novum</i> .....	318
9.4 Fazit zur Auslegung .....	326
<b>10 Ergebnisse</b> .....	327
10.1 Rechtsschichten des römischen Erbrechts .....	327
10.2 Entwicklungslinien des römischen Privatrechts .....	329
10.3 Die römische Rechtsfindung .....	330
10.4 Zur Komplexität des römischen Erbrechts .....	331
<b>Literatur</b> .....	333
Abkürzungen .....	333
1. Einleitung .....	334
2. Voraussetzungen .....	336
3. Das Intestaterbrecht .....	338
4. Die Erbenstellung .....	340
5. Der Schutz des Erbrechts .....	342
6. Die testamentarische Erbfolge .....	343
7. Der Schutz der Erwerbserwartung und Enterbungsregeln .....	346
8. Das Vermächtnisrecht .....	347
9. Die Auslegung von Testamenten .....	349
<b>Quellenverzeichnis</b> .....	351
Literarische Quellen .....	351
Vorjustinianische Rechtsquellen und Sammelwerke .....	351
<i>Corpus iuris civilis</i> .....	352
<b>Orts- und Personenregister</b> .....	355
<b>Sachregister</b> .....	359

## Übersichten

Übersicht 1: <i>Corpus iuris civilis</i> .....	18
Übersicht 2: Erläuterung eines Digestenfragments .....	20
Übersicht 3: Das Erbrecht in Gaius' Institutionen .....	23
Übersicht 4: Kapiteltitle in den Abschnitten zum Universalserwerb bei Gaius .....	24
Übersicht 5: Zeittafel zur Orientierung .....	29
Übersicht 6: Die Jurisprudenz der Kaiserzeit .....	35
Übersicht 7: Zeitlicher Rahmen dieses Lehrbuchs .....	37
Übersicht 8: Rechtsschichten der Kaiserzeit .....	45
Übersicht 9a: Erbfolge der Hauskinder .....	53
Übersicht 9b: Nachrücken der Abkömmlinge .....	54
Übersicht 9c: Kein Nachrücken bei weiblichen Hauskindern .....	54
Übersicht 10: <i>Nova clausula Iuliani</i> .....	72
Übersicht 11: Rangfolge der Erbschaft der Mutter nach ihrem Kind .....	75
Übersicht 12: Anwendungsprüfung von <i>ius novum</i> und <i>ius antiquum</i> .....	78
Übersicht 13: Rechtsschichten des kaiserzeitlichen Intestaterbrechts .....	81
Übersicht 14a: Anwachsung bei unterschiedlichen Erbteilen .....	88
Übersicht 14b: Anwachsung bei <i>coniunctio re et verbis</i> .....	90
Übersicht 15: Vergleich von üblicher Ersitzung und Erbschaftserbsitzung .....	94
Übersicht 16: Die Fiktion zur Klageerteilung an den <i>bonorum possessor</i> .....	100
Übersicht 17: Entwicklung der Vormundschaft über die Frau ( <i>tutela mulieris</i> ) .....	108
Übersicht 18: Verteilung des <i>caducum</i> an die im Testament bedachten Eltern .....	113
Übersicht 19: Voraussetzungen der Erbenstellung seit der <i>lex Iulia et Papia</i> ..	115
Übersicht 20: Die Regelungen des <i>senatusconsultum Iuventianum</i> .....	137
Übersicht 21: Entwicklungsstufen der <i>hereditatis petitio</i> .....	139
Übersicht 22: Erbeinsetzung nach dem System des <i>As</i> .....	154
Übersicht 23: Voraussetzungen des wirksamen Testaments nach <i>ius civile</i> .....	167
Übersicht 24: Unwirksamkeitsgründe des Testaments nach <i>ius civile</i> und <i>ius praetorium</i> .....	170
Übersicht 25: Die vier Arten des Kodizills .....	182
Übersicht 26: Umdeutungsmöglichkeiten des Testaments durch Kodizill .....	186
Übersicht 27: Konsequenzen der Formfreiheit des Soldatentestaments .....	191
Übersicht 28: Das Verbot des Übergehens des Haussohnes nach <i>ius civile</i> .....	205
Übersicht 29: Enterbungsregeln für nachgeborene Kinder ( <i>postumi</i> ) .....	212
Übersicht 30: Das Fallbeispiel Julians zur <i>collatio bonorum</i> .....	220

Übersicht 31: Wirtschaftliche Gründe für den Antrag auf <i>bonorum possessio contra tabulas</i> des <i>emancipatus</i> .....	221
Übersicht 32: Auswirkungen der <i>nova clausula Iuliani</i> .....	224
Übersicht 33: Das System der <i>bonorum possessio contra tabulas</i> .....	229
Übersicht 34: Entwicklungsstufen des Enterbungsrechts .....	236
Übersicht 35: Legatsformen des <i>ius civile</i> .....	247
Übersicht 36: Erwerb des Legats bei Beifügung verschiedener Nebenbestimmungen .....	253
Übersicht 37: Stufen des prätorischen Schutzes des Legatars .....	267
Übersicht 38: Ursprüngliche Abweichungen zwischen Legaten und Fideikommissen .....	278
Übersicht 39: Die Regelungen des <i>senatusconsultum Pegasianum</i> zum Ausgleich zwischen Erbe und Fideikommissar .....	293
Übersicht 40: Fortbestehende Differenzen zwischen Fideikommiss- und Legatsrecht .....	296
Übersicht 41: Regeln der Testamentsauslegung nach <i>ius civile</i> .....	311
Übersicht 42: Umdeutungsentscheidungen vom <i>ius civile</i> zum <i>ius novum</i> .....	325



## Vorwort zur 2. Auflage

Die erste Auflage des Lehrwerkes hat gute Aufnahme gefunden, so dass eine zweite Auflage auch von Verlagsseite gewünscht wurde. Sie bot zudem die Gelegenheit, manche Schwächen des Erstlings zu beseitigen. Geblieben sind die mit diesem Lehrwerk verfolgten Anliegen. So wird nach wie vor eine vertiefte Auseinandersetzung mit einem Rechtsgebiet des römischen Privatrechts geboten, also eine Akzentsetzung gegenüber den bisher meist üblichen Gesamtdarstellungen. Unverändert ist auch das Anliegen, dem römischen Erbrecht einen Platz in der Ausbildungsliteratur zu geben, um einerseits seiner historischen Bedeutung gerecht zu werden, andererseits, die historische Schichtung des römischen Privatrechts auch für Student\*innen erfahrbar zu machen.

Für den Anstoß, diesen Ansatz in einem Unterrichtswerk zu verfolgen, danke ich erneut Prof. Dr. Peter Oestmann (Münster), der die Idee einer neuen Lehrbuchreihe aufgebracht und das Konzept entscheidend geprägt hat. Es mag für die Tragfähigkeit dieses Konzeptes sprechen, dass das Lehrbuch von Prof. Dr. Minoru Tanaka (Nagora) und Prof. Dr. Takeshi Sasaki (Kyoto) ins Japanische übertragen wurde, wofür ich beiden sehr verbunden bin.

Im Einzelnen zu Dank verpflichtet bin ich Prof. Dr. Ulrich Manthe (Passau) für den Korrekturhinweis zur Datierung des *senatusconsultum Trebellianum*, Prof. Dr. Jens Peter Meincke (Köln) für Hinweise zum richtigen Verständnis des *senatusconsultum Tertullianum* sowie Prof. Dr. Minoru Tanaka (Nagora) zur Interpretation von D. 35.1.102 Papinianus 9 responsorum. Vor allem aber hat diese neue Version von den vielfältigen kritischen Anmerkungen meiner Mitarbeiterin, Frau lic. phil. Tamar Xandry profitiert, die sich nicht nur den Mühen einer umfassenden Korrektur meines Textes, sondern vor allem auch den Detailproblemen der Übersetzung angenommen hat. Ihre philologischen und textkritischen Hinweise haben zu einer Totalrevision der meisten Übersetzungsvorschläge geführt. Dabei wurden die bestehenden Übersetzungen zur Überprüfung und Anregung herangezogen (Nachweise, Fn. 6), niemals aber einfach übernommen.

Dank gilt schließlich Frau stud. iur. Alice Isepponi, die mich bei der Aktualisierung des Literaturverzeichnisses unterstützt hat, sowie Frau Yvonne Kastner, Herrn BLaw Silvan Schmidt und Frau BLaw Nicole Jaggi für diverse Korrekturarbeiten an der neuen Version.

Meinen Student\*innen in Zürich, die das Lehrwerk nun seit mehr als 10 Semestern nutzen, danke ich für ihre Anregungen und Rückfragen, die immer wieder neue Aspekte der altbekannten Fragen zu Tage treten lassen. Ihnen sei das Werk daher gewidmet.

Zürich, im Juli 2020

Ulrike Babusiaux

# 1 Einleitung

## 1.1 Ein römisches Testament aus dem Jahr 142 n. Chr.

Im Jahr 1940 veröffentlichten die französischen Papyrologen Octave Guéraud und Pierre Jouguet ein römisches Testament. Es bildet bis heute das einzige, fast vollständig überlieferte Exemplar eines original römischen Testaments auf Wachstäfelchen:

*Antonius Silvanus eques alae primae  
Thracum Mauretanae, stator praefecti,  
turma Valeri, testamentum  
fecit. Omnium bonorum meorum  
castrensium et domes-  
ticum Marcus Antonius Satrianus  
filius meus ex asse mihi heres  
esto. Ceteri alii omnes exheredes  
sunto. Cernitoque hereditatem  
meam in diebus centum proximis. Ni  
ita creverit, exheres esto. Tunc  
secundo gradu (Marcus?) Antonius  
R..... lis frater  
meus mihi heres esto cernitoque  
hereditatem meam in diebus  
sexaginta proximis. Cui do lego, si mihi  
heres non erit, denarios argenteos septingentos  
quingenta. [...]  
[...] Do lego Anthoniae Thermutae  
matri heredis mei supra scripti denarios argenteos  
quingentos. Do lego praefecto meo  
denarios argenteos quingenta. [...]  
Hoc testamento dolus malus abesto. Familiam pecuniamque  
testamenti faciendi causa emit Nemonius*

*duplicarius turmae Mari, libripende Marco Iulio  
Tiberino sesquuplicario turmae Valeri,  
antestatus est Turbinium signiferum turmae  
Proculi. Testamentum factum  
Alexandreae ad Aegyptum in castris Augustis  
hibernis legionis Secundae Traianae Fortis  
et alae Mauretanae, sextas kalendas  
Apriles Rufino et Quadrato consulibus. [...]*<sup>1</sup>

Antonius Silvanus, Reiter der ersten mauretanischen Reiterabteilung von Thrakern, Gehilfe des Präфекten, Zug des Valerius, hat sein Testament gemacht: Über mein gesamtes Vermögen, das im Lager befindliche und das häusliche, soll mein Sohn Markus Antonius Satrianus mein Alleinerbe sein.

Alle übrigen anderen sollen enterbt sein. Und er soll meine Erbschaft in den nächsten 100 Tagen förmlich antreten. Wenn er sie nicht auf diese Weise angetreten hat, soll er enterbt sein. Dann soll in zweiter Linie (Marcus?) Antonius R ..... , mein Bruder (oder Cousin), mein Erbe sein und er soll meine Erbschaft in den nächsten 60 Tagen förmlich antreten. Diesem vermache ich mittels Vindikationslegat, wenn er nicht mein Erbe sein wird, 750 Silberdenare. [...]

[...] Ich vermache mittels Vindikationslegat der Antonia Thermutha, der Mutter meines oben eingetragenen Erben,

1 Der Text folgt der Transkription von *Octave Guéraud/Pierre Jouguet*, Un testament latin per aes et libram de 142 après J.-C. (Tablettes L. Keimer), *Études de papyrologie* 6 (1940) 1–20 sowie *Jean Macquéron*, Le testament d'Antonius Silvanus (Tablettes Keimer), *RHD* 23 (1945) 123–170; Korrekturen nach *Detlef Liebs*, Das Testament des Antonius Silvanus, römischer Kavallerist in Alexandria bei Ägypten, aus dem Jahre 142 n. Chr., in: *Klaus Märker/Christian Otto* (Hrsg.), Festschrift Weddig Fricke, Freiburg 2000, 113–128; eine neuere Übersetzung findet sich bei *Benedikt Strobel*, Römische Testamentsurkunden aus Ägypten vor und nach der *Constitutio Antoniniana*, München 2014, 65–109.

Ein römisches Testament aus dem Jahr 142 n. Chr.

17

500 Silberdenare. Ich vermache mittels Vindikationslegat meinem Präfekten  
50 Silberdenare. [...]

Diesem Testament soll Arglist fern sein. Das gesamte Vermögen  
hat, um ein Testament zu errichten, Nemonius,

Vorreiter vom Zug des Marius, gekauft, während Markus Julius Tiberinus Waaghalter  
war,

Untervorreiter vom Zug des Valerius,

er hat Turbinus zum Zeugen angerufen, den Fahnenträger des Zugs des  
Proculus. Das Testament wurde

in Alexandria bei Ägypten in den kaiserlichen

Winterlagern der Zweiten Trajanischen Legion, der Tapferen,

und der mauretanischen Reiterabteilung am 27. März 142 n. Chr.

unter dem Konsulat des Rufinus und des Quadratus errichtet. [...]

Das hier nur auszugsweise wiedergegebene Testament des Antonius Silvanus vom 27. März 142 n. Chr. zeigt die minutiöse Planung des Erblassers: Es beschränkt sich nicht auf die Einsetzung eines Erben, sondern bestimmt auch einen Ersatzerben für den Fall, dass der eingesetzte Erbe nicht antreten will oder kann, und setzt Vermächtnisse aus. Das einmalige Zeugnis gewährt einen Einblick in die römische Testierpraxis und damit in das wichtigste Dokument, das ein Römer im Laufe seines Lebens errichten konnte. Obwohl zweifelhaft ist, ob der Testator in diesem Fall überhaupt das römische Bürgerrecht hatte, folgt sein Testament erkennbar den Vorgaben, die das im 2. Jahrhundert n. Chr. geltende römische Recht für die Errichtung von Testamenten vorsah. Die Regeln der Testamentserrichtung sowie die Rechtsfolgen, die ihre Nichtbeachtung zeitigen, ergeben sich aus dem Erbrecht als dem Teil des Vermögensrechts, der die Übertragung des ‚Pflichtenlebens‘ nach dem Tod des Inhabers regelt. Die für Rom gültigen erbrechtlichen Regeln lassen sich aus den Schriften der römischen Juristen erschließen.

Genauso wie die römischen Testamente sind jedoch auch die Juristenschriften weder unversehrt noch vollständig erhalten. Die Hauptquelle des römischen Juristenrechts aus der Zeit vom 1. Jahrhundert v. Chr. bis zum 3. Jahrhundert n. Chr. bildet eine als Gesetzgebungswerk konzipierte Sammlung der römischen Rechtsquellen durch den byzantinischen Kaiser Justinian I. (527–565 n. Chr.).

## 1.2 Quellen des römischen Erbrechts

Im Rahmen seines Programms der Wiederherstellung der territorialen und rechtlichen Reichseinheit ließ Kaiser Justinian Auszüge aus den römischen Juristenschriften und der Gesetzgebung der römischen Kaiser anfertigen, um sie als eigenes Gesetzbuch zu verkünden. Da sich dieses Gesetzbuch wesentlich auf die Wiederverwertung der römischen Rechtstradition stützt, wird die Sammlung Justinians auch als Kompilation bezeichnet (von *compilare*, wörtlich „ausrauben“, „ausplündern“). Seit der Neuzeit hat sich – in Abgrenzung vom kirchlichen Recht (*Corpus iuris canonici*) – der Name *Corpus iuris civilis* durchgesetzt.

Den ersten Teil der Kompilation bildet ein Lehrbuch des Kaisers Justinian für den juristischen Anfänger, das den Titel *Institutiones* (*instituere* = „beginnen; unterrichten“, davon *Institutiones* = „Anweisungen, Unterricht“) trägt. Der zweite Teil, *Digesta*, besteht aus verschiedenen Ausschnitten (Fragmenten) aus den Schriften der Juristen des 1. Jahrhunderts v. Chr. bis zum 3. Jahrhundert n. Chr. Der dritte Teil, *Codex*, erfasst die Rechtsanordnungen (Konstitutionen) der Kaiser seit Hadrian (117–138 n. Chr.) bis zu Diokletian (284–305 n. Chr.), berichtet also über die kaiserliche Rechtssetzung der Zeit vom 2. bis zum 4. Jahrhundert n. Chr. Der *Codex* ist lediglich in einer zweiten, überarbeiteten Fassung überliefert. Erst der vierte Teil der Kompilation ist ein eigenes Werk Kaiser Justinians. Es handelt sich um Rechtsanordnungen, die Justinian zur Reformierung des überlieferten römischen Rechts erließ. Sie werden entsprechend ihrer reformatorischen Intention als Novellen (*Novellae* – von *novus* = „neu“) bezeichnet und sind zumeist in griechischer Sprache überliefert.

### Übersicht 1: *Corpus iuris civilis*

<b><i>Institutiones</i></b>	Lehrbuch für das erste Studienjahr; angelehnt an <i>Institutiones</i> früherer Juristen
<b><i>Digesta</i></b>	<i>ius</i> (Recht) = Auszüge aus den Schriften der römischen Juristen
<b><i>Codex (repetitae praelectionis)</i></b>	<i>leges</i> (Gesetze) = Sammlung von Konstitutionen seit Hadrian („zweite Auflage“)
<b><i>Novellae</i></b>	überwiegend auf Griechisch verfasste Reform- konstitutionen Justinians

Den für die Kenntnis des antiken römischen Rechts wichtigsten Teil der justinianischen Kompilation bilden die in den Digesten gesammelten Auszüge aus den Juristenschriften. Der Name *Digesta* (von *digerere* = „zerteilen, ordnen“) wird schon von

den römischen Juristen für ihre Schriften verwendet; er bezeichnet eine nach Themen geordnete Sammlung der von einem Juristen erteilten Rechtsauskünfte und Rechtsentscheidungen. Das griechische Pendant *Pandectae* (*pandectes* – „das alles in sich Fassende“) betont dagegen den umfassenden Charakter der Sammlung. Beide Bezeichnungen des justinianischen Werkes deuten auf den Zweck der Kompilation hin: Sie sollte erschöpfend über den Stand des Rechts informieren. Ihr Ziel war es, den Rechtsunterricht und die Rechtspraxis zu Justinians Zeit auf eine einheitliche und autoritative Basis zu stellen.

Diesem Zweck entsprach auch der Auftrag, den Kaiser Justinian (527–565 n. Chr.) der für die Digestenkompilation eingesetzten Kommission von juristischen Experten erteilte: Sie sollte die Auswahl aus den verfügbaren Juristenschriften so vornehmen, dass die jeweils treffendste Formulierung für eine Rechtsaussage gewählt und unnötige Wiederholungen gestrichen würden. Gleichzeitig sollten Widersprüche beseitigt werden, also insbesondere Berichte über Kontroversen zwischen einzelnen römischen Juristen gestrichen werden. Das so ausgewählte Material sollte in 50 Bücher eingeteilt sein, die ihrerseits in (sachlich geordnete) Titel untergliedert werden sollten. Diese Ordnung strebte eine Verbesserung der Zugänglichkeit zum Recht und eine Rechtsvereinheitlichung an. Der Preis für diese Harmonisierung war der Verlust eines Großteils des Ausgangsmaterials: Von Kaiser Justinian selbst erfährt man auch, dass nur etwa 5 % der Juristenschriften in die Digesten aufgenommen wurden. Das Übrige ist dagegen nahezu vollständig verloren gegangen.

Die ursprüngliche Fülle des Ausgangsmaterials lässt sich noch aus den Inskriptionen (von *inscriptio* = „Überschrift, Titel“) ablesen, welche die Kompilatoren den Auszügen vorangestellt haben. So stehen über jedem Fragment, das Aufnahme in die Digesten gefunden hat, der Name des Juristen, aus dessen Schriften das Fragment entnommen wurde, sowie der Titel des Werkes, meist unter Angabe der Buchnummer oder der Nummer der Papyrusrolle, auf der sich die Ausführungen befanden. Die Inskription gibt damit Aufschluss über den Urheber sowie den Anlass und die Entstehungszeit des durch Justinian überlieferten Textes und erlaubt oftmals eine Hypothese über den ursprünglichen Kontext der juristischen Aussage.<sup>2</sup>

---

2 Eine Rekonstruktion der Juristenwerke wurde unternommen von *Otto Lenel, Palingenesia iuris civilis*, 2 Bde., Leipzig 1889 (Nachdr. Graz 1960 mit einem Supplement von *Lorenz Edgar Sierl*, davon 2. Neudr. Aalen 2000).

### 1.2.1 Beispiel eines Digestenfragments

Die jeweilige Textstelle aus den Schriften der römischen Juristen wird im Folgenden nach der Fundstelle in Kaiser Justinians Digesten („D.“) angegeben. Bei der Angabe der Fundstelle bezeichnet die erste Ziffer das Buch der justinianischen Digesten, die zweite den Abschnitt innerhalb eines Buches und die dritte steht für das einzelne Fragment, das heißt das eigentliche Juristenzitat, auch *lex* genannt. Im Mittelalter treten noch weitere Unterteilungen, sogenannte Paragraphen hinzu, die auch in den heute verwendeten Ausgaben am Rande vermerkt werden. Zu beachten ist die Zählung der Paragraphen. Sie beginnt mit der Einleitung (*principium*), die mit pr. bezeichnet wird; erst danach folgt die Zählung mit 1, 2, 3 etc. Gleichsinnig wird auf die Institutionen Justinians mit „Inst.“ und entsprechender Zahlenfolge sowie auf den *Codex Iustinianus* mit „C.“ verwiesen. Beim *Codex Iustinianus* nennt die Inskription den oder die Kaiser, welche die Entscheidung getroffen haben; soweit bekannt, wird auch das Datum und der Adressat des Erlasses mitgeteilt.

Als Beispiel für die Zitierung eines Digestenfragments soll ein Auszug aus dem fünften Titel des 28. Buches der justinianischen Digesten dienen, der sich mit den Voraussetzungen der Erbeinsetzung (*institutio heredis*) befasst:

#### Übersicht 2: Erläuterung eines Digestenfragments

<b>D. 28.5.1pr.</b>	<b>Fundstelle:</b> 28. Buch der Digesten (D.), 5. Titel, 1. Fragment, Einleitung ( <i>principium</i> )
<i>Ulpianus libro primo ad Sabinum</i>	<b>Inskription:</b> Ulpian im ersten Buch zu Sabinus
<i>Qui testatur ab heredis institutione plerumque debet initium facere testamenti. licet etiam ab exheredatione, quam nominatim facit [...].</i>	<b>Text (Übersetzung):</b> Wer ein Testament errichtet, muss gewöhnlich von der Einsetzung des Erben ausgehend den Anfang des Testaments aufsetzen. Es steht ihm frei, auch von der Enterbung ausgehend, die er ausdrücklich vornimmt, [den Anfang aufzusetzen].

Mit D. 28.5.1pr. wird auf die Fundstelle des Fragments in Kaiser Justinians Sammlung verwiesen, die von Justinians Kompilatoren eingefügte Inskription „*Ulpianus libro primo ad Sabinum*“ gibt dagegen Aufschluss über den ursprünglichen Sinnzusammenhang des zitierten Satzes: Es handelt sich um Ausführungen aus dem ersten Buch von Ulpians Sabinus-Kommentar. Thema des Fragments ist die Reihenfolge der Anordnungen im Testament; dabei wird festgehalten, dass die Erbeinsetzung an erster Stelle zu stehen hat. Nur im Ausnahmefall kann eine ausdrückliche Enterbung noch

vor der Erbeinsetzung erfolgen. Alle anderen Anordnungen, die vor der Erbeinsetzung geschrieben stehen, sind dagegen unwirksam. Es fällt sofort ins Auge, dass Antonius Silvanus (Kap. 1.1) diese Regel befolgt hat, da sein Testament mit der Erbeinsetzung seines Sohnes beginnt.

Wie verlässlich sind aber die aus dem 6. Jahrhundert n. Chr. stammenden justinianischen Quellen, um den Rechtszustand der Zeit vom 1. Jahrhundert v. Chr. bis zum 3. Jahrhundert n. Chr. zu beschreiben? Die Frage nach der Authentizität der in der Kompilation überlieferten Schriften der römischen Juristen zielt weniger auf Überlieferungsmängel wie Abschreibfehler oder Verluste von Buchseiten als vielmehr auf zielgerichtete Eingriffe der Mitarbeiter Kaiser Justinians. Ausmaß und Tragweite derartiger Veränderungen werden unter dem Stichwort „Interpolationenkritik“ behandelt.

### 1.2.2 Interpolationenkritik

Als Interpolationen (von *interpolare* = „fälschen, verfälschen“) werden Textveränderungen bezeichnet, mit denen die Kompilatoren den klassischen Text an das justinianische Recht angepasst haben, ohne die Veränderung als solche kenntlich zu machen. Mehrfach wird in den kaiserlichen Anordnungen, die die Kompilation begleiten, betont, Kaiser Justinian habe seinen Kompilatoren den Auftrag erteilt, derartige Veränderungen vorzunehmen. Es besteht daher kaum ein Zweifel, dass die Kommission zur Zusammenstellung der Digesten von dieser Befugnis Gebrauch gemacht hat.

Schwierigkeiten bereitet aber die konkrete Feststellung einer Interpolation, da kaum Vergleichsmaterial vorhanden ist, das geeignet wäre, hinreichend Auskunft über den Rechts- oder Textzustand vor Justinian zu geben. Aus diesem Grund ist die Interpolationenkritik in hohem Maße spekulativ: Die meisten Interpolationsbehauptungen beruhen auf Vorurteilen und Unterstellungen, die in der Regel davon abhängen, wie viel Grundvertrauen der Interpret der Authentizität des Textes entgegenbringt. In der Literatur vom Ende des 19. und vom Beginn des 20. Jahrhunderts war dieses Vertrauen besonders gering: Als Interpolationskriterien galten typische Wendungen und besonders interpolationsverdächtige Wörter, aber auch das Postulat, eine (scheinbar) unzureichende Argumentation oder terminologische Schwäche könne nicht von einem römischen Juristen stammen. Eine eigene Dynamik gewannen diese Argumente, indem sie kombiniert wurden: So wurde aus einem ‚nachweislich‘ interpolierten Fragment auf die Interpolation eines bisher unverdächtigten Textes geschlossen, auch wenn gar kein gleichartiges Interpolationsindiz vorlag. Ein solches Vorgehen ist etwa dann zu beobachten, wenn ein aufgrund argumentativer Schwächen verdächtigtes Fragment zum Beweis der Interpolation eines anderen Fragments verwendet wird, obwohl die

Übereinstimmungen zwischen beiden Texten nicht argumentativer, sondern nur stilistischer Natur sind. Diese methodischen Schwächen waren der Ansatzpunkt für die Gegenbewegung, die ‚Kritik der Interpolationenkritik‘, wie sie bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts einsetzte. Diese kritischen Stimmen hoben hervor, dass der justinianische Auftrag vorrangig auf die Beseitigung von Überflüssigem, vor allem auf die Streichung von Wiederholungen und rechtlich Überholtem sowie auf die Ausmerzung von Widersprüchen zwischen einzelnen Juristen abgezielt habe.

Das eigentliche Ende erlebt die Interpolationenkritik jedoch erst nach dem Zweiten Weltkrieg: Vor allem *Max Kaser* hat die Notwendigkeit betont, die Textkritik an die Sachforschung anzulehnen. Es muss daher in jedem Einzelfall geprüft werden, ob die behauptete Interpolation einem sachlichen Motiv Kaiser Justinians entsprechen könnte. Alle lediglich auf stilistische Eindrücke gestützten Verdächtigungen sind in der Regel zurückzuweisen. Diese Zurückhaltung wird durch den Vergleich mit dem außerhalb der Kompilation Justinians überlieferten Material bestärkt: Soweit erkennbar, beschränken sich die Eingriffe der Kompilatoren auf stilistische Anpassungen und vor allem auf Kürzungen. Freilich sind die meisten Vergleichstexte nur bruchstückhaft oder auszugsweise in Sammelwerken aus dem 4. und 5. Jahrhundert n. Chr. erhalten. Somit sind die Vergleichsmöglichkeiten gering und das Vergleichsmaterial ist seinerseits nicht frei von überlieferungsbedingten Veränderungen.

Nur ein einziges Werk ist außerhalb des justinianischen Corpus vollständig überliefert: die 1816 wiederentdeckten Institutionen des Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.).

### 1.2.3 Institutionen des Gaius

Das Werk stammt aus der Zeit um 160 n. Chr. Sein Autor, Gaius, war wahrscheinlich als Rechtslehrer tätig und dürfte aus der griechischsprachigen Provinz stammen. In vier Bücher gegliedert, führt sein Werk den juristischen Studienanfänger in das Personenrecht (*personae* = „Personen“), das Vermögensrecht (*res* = „Sachen“) und die Rechtsdurchsetzung (*actiones* = „Klagen“) ein. Die Institutionen des Gaius sind im Folgenden mit dem abgekürzten Verfassernamen „Gai.“ unter Angabe des Buches und des Kapitels zitiert. Das Werk ist für die Kenntnis des antiken römischen Rechts von besonderem Wert, weil es nicht nur einen Einblick in die Organisation des Rechtsunterrichts im Prinzipat gibt, sondern auch von Rechtsinstituten oder Gesetzgebungsakten handelt, die in der justinianischen Kompilation gestrichen wurden oder bereits außer Gebrauch waren. Dies gilt auch für das Erbrecht, dem Gaius einen eigenen Abschnitt widmet.

### 1.3 De testamentis et de legatis

Gaius unterteilt das Kapitel über den Erwerb von Eigentum in zwei Abschnitte:

Übersicht 3: Das Erbrecht in Gaius' Institutionen<sup>3</sup>

C.	Sachen (res)	II, 1 – III, 225
I.	Einteilung der Sachen	II, 1–17
II.	Singularerwerb	II, 18–96
III.	Universalerwerb	II, 97–III, 87
	1. Einteilung	II, 97–100
	2. Erbschaftserwerb durch Testament	II, 101–190
	3. Exkurs: Vermächtnisse (legata)	II, 191–289
	4. Erbschaftserwerb ohne Testament	III, 1–76
	5. Sonstiger Universalerwerb	III, 77–87
IV.	Verpflichtungen (Obligationen)	III, 88–225



Der erste Abschnitt ist dem Singularerwerb von Sachen gewidmet, wie er vor allem durch Rechtsgeschäft unter Lebenden verwirklicht wird. Im zweiten Abschnitt behandelt Gaius dagegen den Universalerwerb, wie er vorrangig beim Erbfall stattfindet (in der Übersicht 3 hervorgehoben). Dabei kommt nicht nur die auf dem Willen des Erblassers beruhende Erbfolge nach dem Testament, sondern auch die von Gesetzes wegen angeordnete Erbfolge ohne Testament (Intestaterbfolge, von *intestato* = „ohne Testament“) zur Sprache. Vor allem aber erörtert Gaius an dieser Stelle auch die Vermächtnisse (Legate, von *legare* = „vermachen“), die dem Begünstigten (Vermächtnisnehmer oder Legatar) nach dem Tod des Erblassers das Recht an einer Sache zuweisen. Da die Vermächtnisse nach der übergeordneten Gliederung des Lehrbuchs an sich beim Singularerwerb zu erörtern wären, zeigt die Zuordnung als Annex zu Testament und Intestaterbfolge, dass Gaius den erbrechtlichen Erwerb – unabhängig von Gegenstand und Umfang – als einheitliche Erscheinung ansieht. Damit wird unter dem Titel „von den Testamenten und von den Legaten“ (*de testamentis et de legatis*) das Erbrecht als eigenständiges Rechtsgebiet erfasst.



3 Aus: Ulrich Manthe, *Gaius Institutiones*, 2. Aufl. Darmstadt 2010, 8f.

### 1.3.1 Die Komplexität des römischen Erbrechts

Schon die weitere Gliederung des Abschnitts *de testamentis et de legatis* bei Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) offenbart die Komplexität des römischen Erbrechts.

Übersicht 4: Kapiteltitle in den Abschnitten zum Universalerwerb bei Gaius

<b>2.</b>	<b>Erbschaftserwerb durch Testament</b>	<b>II, 100–190</b>
a.	Testamentsarten	II, 101–108
b.	Soldatentestament	II, 109–113
c.	Erbeinsetzung	II, 114–151a
d.	Hauserben und hausfremde Erben	II, 152–173
e.	Ersatzerbeneinsetzungen	II, 174–184
f.	Erbeinsetzung von Sklaven	II, 185–190
<b>3.</b>	<b>Exkurs: Vermächtnisse</b>	<b>II, 191–289</b>
a.	Begründung des Exkurses	II, 191
b.	Arten von Vermächtnissen	II, 192–223
c.	Gesetzliche Beschränkungen	II, 224–228
d.	Unwirksame Vermächtnisse	II, 229–234
e.	Zur Strafe hinterlassene Vermächtnisse	II, 235–237
f.	Bestimmung des Begünstigten	II, 238–245
g.	Fideikommiss	II, 246–267
h.	Unterschiede zwischen Fideikommissen und Vermächtnissen	II, 268–289
<b>4.</b>	<b>Erbschaftserwerb ohne Testament</b>	<b>III, 1–76</b>
a.	Gesetzliches Erbrecht	III, 1–24
b.	Prätorisches Erbrecht ( <i>bonorum possessio</i> )	III, 25–38
c.	Nachlass Freigelassener	III, 39–42
d.	Nachlass weiblicher Freigelassener	III, 43–44
e.	Erbrecht der Patronsabkömmlinge, der Patronin und der Abkömmlinge der Patronin	III, 45–54
f.	Nachlass latinischer Freigelassener	III, 55–76

Wie die Übersicht 4 zeigt, gibt es nicht nur allgemeine Regeln für die Errichtung von Testamenten, sondern es gelten zusätzlich besondere Vorgaben für die Testamente von Soldaten (siehe 2b). Zudem ist die Möglichkeit, ein Vermächtnis zu errichten, durch

die Möglichkeit, Fideikommiss aufzuerlegen (siehe 3g), gleichsam verdoppelt, weil der Erblasser nicht nur förmliche Vermächtnisse (= Legate), sondern auch formlose Vermächtnisse (= Fideikommiss) aussetzen kann. Zuletzt tritt beim Erbschaftserwerb ohne Testament neben das gesetzliche Erbrecht ein besonderes prätorisches Erbrecht (*bonorum possessio*, siehe 4b). Auch existieren Sonderregeln für das gesetzliche Erbrecht von freigelassenen Sklaven (siehe 4c–f). Schon die Gliederung der Institutionen des Gaius lässt damit zwei wesentliche Züge des römischen Erbrechts hervortreten: Die Vielfalt von Instituten vergleichbarer Zwecksetzung und die große Anzahl an Ausnahme- und Sondervorschriften für bestimmte Gruppen oder Situationen. Diese Heterogenität des römischen Erbrechts ist in der Forschung als juristische Schwäche angesehen worden:

In der Rechtstechnik steht das Erbrecht dieser Periode [sc. des klassischen Rechts] den meisten anderen Gebieten des Privatrechts nach. Ähnlich etwa dem Vormundschaftsrecht, ist es kompliziert und unübersichtlich; die allgemeinen Sätze werden von zahlreichen Ausnahmen durchbrochen und bisweilen überwuchert. [...].<sup>4</sup>

Führt man sich allerdings vor Augen, dass diese Komplexität des römischen Erbrechts das Ergebnis einer historischen Entwicklung darstellt, bietet gerade die vermeintliche Schwäche dieses Rechtsgebietes die Möglichkeit, die Entstehung und das Zusammenspiel unterschiedlicher Entwicklungsstufen des römischen Privatrechts zu untersuchen. Als charakteristisch für die römische Rechtsentwicklung gilt, dass sich die verschiedenen Entwicklungsstufen nicht sukzessive ablösen, sondern anhäufen. Man kann das römische Erbrecht daher auch als für den Rechtshistoriker besonders reizvolles Gebiet ansehen:

However, it is just this characteristic [sc. the fine network] of the Roman law of succession which renders it a particularly interesting field for legal historians. The labyrinthine law

4 Max Kaser, *Das römische Privatrecht*. Erster Abschnitt, München<sup>2</sup> 1971, § 157.III, 671. Dieser Standpunkt findet sich bereits bei Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 203, der betont: „Classical jurisprudence discussed the law of succession on death with obvious predilection and at the same time admirable delicacy, but [...]. This part of classical law was highly complicated and to a large extent perplexedly entangled, but the classical lawyers did little to simplify it. Their professional relish for details and for vexed questions was too strong for them, and, absorbed in the spinning of this fine network, they forgot the maxim *simplicitas legum amica*.“

cries out for historical analysis; available materials are unusually rich; all factors in Roman legal evolution are clearly visible, in particular the strength of Roman jurisprudence as well as its limits and shortcomings.<sup>5</sup>

Kein anderes Rechtsgebiet des römischen Privatrechts bietet derartig reiches Anschauungsmaterial, um die Rechtsentwicklung und die damit verbundene Anhäufung verschiedener Rechtsschichten im Detail beschreiben und beobachten zu können.

Der Grund für die gerade im Erbrecht zu beobachtende Kumulation verschiedener Privatrechtsordnungen ist im für die römische Rechtsentwicklung typischen Beharren auf dem Überkommenen zu suchen. Der sprichwörtliche ‚Traditionalismus‘ der römischen Juristen verhindert die Abschaffung und Aufhebung althergebrachter Rechtsvorschriften und führt dazu, dass das neu eingeführte Recht neben das bestehende tritt, ohne dieses abzulösen. Die damit fast zwangsläufige Anlagerung von Rechtsquellen unterschiedlicher historischer Provenienz und abweichender rechtspolitischer Zielsetzung entspricht der von den römischen Juristen befolgten Methode.

### 1.3.2 Zur Methode der römischen Juristen

Die in den Digesten überlieferten Juristenschriften enthalten vorrangig Fallrecht, das heißt die Entscheidung von Einzelfällen. Daher spricht man davon, die römische Rechtsfindung sei ‚kasuistisch‘, erfolge also durch Fortentwicklung des Rechts von Fall zu Fall. Dabei bildet sich neues Recht immer dort, wo ein bisher nicht vorgesehener Fall zu entscheiden ist oder auch nur zur Erörterung eines neuen Rechtsproblems vom Juristen formuliert wird. Das vom Juristen an diesem Fall erstmalig gefundene Recht bedarf aber der Fundierung im Bestehenden; es kann nur als Fortdenken der bereits existierenden Ordnung und damit durch die Akzeptanz der Fachgenossen bestehen. Schon ihrer Natur nach ist die kasuistische Rechtsfindung daher immer konservativ; ein Wertewandel kann sich nur schrittweise durchsetzen. Durch Gesetzgebung sind dagegen jederzeit Umwälzungen, Reformen und Neuanfänge möglich. Soweit ein Gesetz oder ein kaiserlicher Erlass zu Konflikten oder Friktionen mit der Tradition führt, sind es ebenfalls die Juristen, die im Einzelfall den Ausgleich zwischen den verschiedenen Vorgaben herzustellen suchen. Auch diese Anpassung erfolgt also mittels Einzelfallentscheidung.

<sup>5</sup> Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 204.

### 1.3.3 Drei Leitfragen

Aufgrund der skizzierten Besonderheiten der römischen Rechtsordnung wie der Rechtsfindungsmethode der römischen Juristen kann das römische Privatrecht nur als Entwicklungsprozess dargestellt und beschrieben werden. Genau diese Entwicklung des rechtlichen Denkens soll durch die Untersuchung des römischen Erbrechts erfasst werden. Aus diesem Grund erfolgt die Darstellung der Institute des römischen Erbrechts unter den drei folgenden Leitfragen:

- 1) Welche Entwicklungsstufen sind für eine Regelung des römischen Erbrechts zu erkennen und zu unterscheiden?
- 2) Welche Grundsätze gelten für die jeweilige Entwicklungsstufe und woraus ergibt sich ihre besondere Prägung?
- 3) Auf welche Weise greifen die Juristen auf die zu ihrer Zeit existenten Rechtsschichten zurück, und wie bringen sie konkurrierende Rechtsschichten im Einzelfall zum Ausgleich?

Antworten auf diese drei Leitfragen werden zunächst separat für jedes behandelte erbrechtliche Institut am Ende des jeweiligen Kapitels formuliert (Fazit). Schließlich sind im Rahmen der Ergebnisse (Kap. 10) die Folgerungen für das Erbrecht als Rechtsgebiet und die Erbrechtsentwicklung in Rom insgesamt zu ziehen.

## 1.4 Gang der Darstellung

Die einzelnen Kapitel des Hauptteils (Kap. 3 bis Kap. 9) sind jeweils einem einzelnen erbrechtlichen Thema oder Rechtsinstitut gewidmet, das in seinen historischen Entwicklungsstufen dargestellt und dadurch in seiner Vielschichtigkeit entwirrt werden soll. Dabei sind nicht alle Themen des römischen Erbrechts angesprochen. Wegen ihrer Besonderheit wurde etwa auf die Behandlung der testamentarischen Vormundschaft, der Freilassung und der Schenkung von Todes wegen verzichtet. Bezweckt wurde vielmehr, die Grundbegriffe des Erbrechts in der durch die Quellen vermittelten Komplexität anzusprechen. Daher sind auch Fragen des öffentlichen Rechts und des Strafrechts behandelt, wenn sie Bedeutung für das Erbrecht haben; zudem sind Regelungen, deren Komplexität aus heutiger Sicht übersteigert scheint, ausführlich aufgenommen worden, um ein möglichst genaues historisches Bild des römischen Erbrechts zu zeichnen. Schon aus diesem Grund musste die Darstellung des jeweiligen Themas direkt aus den justinianischen Quellen erfolgen. Dieses Vorgehen hat auch den Vorzug, dem Leser einen unmittelbaren Eindruck von der Fachdiskussion

der römischen Juristen zu vermitteln. Zur Erleichterung des Zugangs sind die exemplarisch zitierten Quellen auch in deutscher Übersetzung abgedruckt.<sup>6</sup> Bei Bedarf sind Übersichten eingefügt, die das Behandelte zusammenfassen; in diesen sind die wichtigsten Ergebnisse farblich hervorgehoben.

Auf die Darstellung von Forschungskontroversen oder abweichender Literaturmeinungen wurde grundsätzlich verzichtet. Die Literaturangaben am Schluss des Buches erlauben dem interessierten Leser, sich über den Forschungsstand zu informieren. Diese Literatúrauswahl erfasst einerseits für Studenten gut zugängliche Werke und andererseits Forschungsliteratur, die als grundlegend für die behandelte Sachfrage anzusehen ist.

Das folgende Kapitel (Kap. 2) dient dazu, beim Leser die Voraussetzungen für die Betrachtung der Rechtsschichten der einzelnen erbrechtlichen Institute zu schaffen. Zu diesem Zweck ist der Leser mit einigen Eckdaten der römischen Geschichte sowie mit grundlegenden Informationen zur römischen Rechtsentwicklung auszustatten.

---

6 Alle Übersetzungen wurden von Thamar Xandry und Ulrike Babusiaux eigenständig angefertigt. Als Hilfsmittel für die Digesten wurden die alte deutsche Übersetzung von *Carl Eduard Otto/Bruno Schilling/Carl Friedrich Ferdinand Sintenis* (Hrsg.), *Das Corpus Juris Civilis* in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter, 7 Bde., Leipzig 1830–1833 sowie die neue deutsche Übersetzung herangezogen, im Einzelnen: *Rolf Knütel/Bertold Kupisch/Sebastian Lohsel/Thomas Rüfner* (Hrsg.), *Corpus iuris civilis* I: Institutionen, 4. Aufl. Heidelberg 2013; *Okko Behrends/Rolf Knütel/Bertold Kupisch/Hans Hermann Seiler* (Hrsg.), *Corpus iuris civilis* II: Digesten 1–10, Heidelberg 1995; *dies.* (Hrsg.), *Corpus iuris civilis* III: Digesten 11–20, Heidelberg 1999; *Rolf Knütel/Bertold Kupisch/Hans Hermann Seiler/Okko Behrends* (Hrsg.), *Corpus iuris civilis* IV: Digesten 21–27, Heidelberg 2005; *Rolf Knütel/Bertold Kupisch/Thomas Rüfner/Hans Hermann Seiler* (Hrsg.), *Corpus iuris civilis* V: Digesten 28–34, Heidelberg 2012. Für die Institutionen des Gaius wurde die Übersetzung von *Ulrich Manthe*, *Gaius Institutiones*, 2. Aufl. Darmstadt 2010, konsultiert.

## 2 Voraussetzungen

Das Erbrecht ist mehr als jedes andere Rechtsgebiet von den kulturellen Prägungen einer Gesellschaft abhängig. Ein vertieftes Verständnis und die Darstellung der historischen Entwicklung des römischen Erbrechts verlangen daher Kenntnisse des allgemeinen historischen wie des rechtshistorischen Rahmens, in dem sich die Erbrechtsentwicklung vollzieht.

Im Folgenden ist zunächst die historische Entwicklung Roms zu skizzieren, bevor die wichtigsten Stadien der römischen Rechtsentwicklung zu beschreiben sind.

### 2.1 Der allgemeine historische Rahmen

Die Geschichte Roms lässt sich in die Zeit der Republik (510–27 v. Chr.), des Prinzipats (27 v. Chr.–284 n. Chr.) und der Spätantike (306 n. Chr.–565 n. Chr.) einteilen.

#### Übersicht 5: Zeittafel zur Orientierung

<b>Römische Republik</b>	510–27 v. Chr.	Anfang: Sturz des Königtums
		Ende: Verleihung des <i>imperium</i> an Oktavian
<b>Prinzipat (Kaiserzeit)</b>	27 v. Chr.–284 n. Chr.	Anfang: Augustus (Oktavian)
		Ende: Beginn der diokletianischen Reformen
<b>Spätantike</b>	306–565 n. Chr.	Beginn: Konstantin I.
		Ende: Justinian I.

Zur Orientierung sind im Folgenden diese Eckdaten zu erläutern und Schlaglichter auf einige Ereignisse und Akteure zu werfen, die für die Rechtsentwicklung bedeutsam waren.

### 2.1.1 Die römische Republik

Nach römischer Geschichtsschreibung beginnt die Republik mit dem Sturz des letzten Königs, der seine Herrschaft über die Stadt Rom und das Umland (Latium) ausgeübt hatte. Mit dem Sturz des Königs scheint die Macht in die Hände von einflussreichen und wohlhabenden Familien (Patriziern) übergegangen zu sein, die alle Schlüsselpositionen des Staates besetzten. In der Nachfolge des Königs stand der Höchstmagistrat (*praetor maximus*), wobei der Name *praetor* (von *praeire* = „vorangehen“) darauf hindeutet, dass er zugleich der Heerführer gewesen sein dürfte. Im Unterschied zum Königtum wurde das Amt jährlich neu vergeben, also wechselweise von Angehörigen der Patrizier ausgeübt.

Die nicht an der Macht beteiligten Bevölkerungsgruppen entwickelten mit der Zeit ein eigenes Standesgefühl und wurden als Plebejer (von *plebs* = „Menge“) bezeichnet. Da sie an den Kriegen Roms teilnehmen mussten, forderten sie Beteiligung an der politischen Macht. Zugeständnisse der Patrizier wurden in verschiedenen Schritten erreicht: So erhielten die Plebejer 494 v. Chr. zwei eigene Magistrate, die als Gegengewicht zur Herrschaft der Patrizier durch den *praetor maximus* dienten. Diese Magistrate wurden als Vorsteher der Plebs (*tribuni plebis*) gewählt und auch von den Patriziern als unantastbar (sakrosankt, von *sacrosanctus* = „unverletzlich, hochheilig“) angesehen. Auf diese Weise konnten die Volkstribune die Plebejer gegen magistratische Willkür schützen, indem sie Widerspruch (*veto*) gegen Maßnahmen der Patrizier einlegten, selbst aber nicht dafür belangt werden konnten. Im Laufe des fünften Jahrhunderts v. Chr. verdoppelte sich sowohl die Zahl der patrizischen Höchstmagistrate (*praetores*) als auch die der *tribuni plebis* auf je vier. Das Recht lag jedoch nach wie vor in den Händen patrizischer Familien, welche die Priester (*pontifices*) stellten, denen die Auskunft über die Sätze des göttlichen wie des menschlichen Rechts anvertraut war und die dieses Vorrecht – so die römische Geschichtsschreibung – einseitig zugunsten ihres Standes nutzten.

Eine erneute Revolte der *plebs* richtete sich gegen diese Willkür. Sie mündete in die erste umfassende Fixierung rechtlicher Vorschriften, in das um 450 v. Chr. erlassene Zwölftafelgesetz (*lex duodecim tabularum*).<sup>7</sup> Seine Rechtsvorschriften wurden im Rom der Kaiserzeit auf griechische Vorbilder zurückgeführt: Eine Delegation sei aus

<sup>7</sup> Das Gesetz ist nicht erhalten; es wird aufgrund von Zitaten vor allem aus der juristischen und antiquarischen Literatur rekonstruiert, dazu zuletzt *Oliviero Diliberto*, *Materiali per la palinogenia delle XII Tavole*, Vol. I, Cagliari 1992; *Michel Humbert/Andrew D. E. Lewis/Michael H. Crawford*, *Lex duodecim tabularum*, in: *Michael H. Crawford* (Hrsg.), *Roman Statutes II*,

Rom in griechische Städte gereist und mit zehn Gesetzestafeln nach Rom zurückgekehrt. In der Rechtsanwendung hätten sich Regelungslücken gezeigt, die durch zwei weitere Tafeln geschlossen worden seien. Auch wenn schon in der Republik die Tafeln des Gesetzes nicht mehr verfügbar waren, dienten die Zwölf Tafeln im gesamten hier betrachteten Zeitraum als Referenz- und Ausgangspunkt der Rechtsentwicklung. Berühmt geworden ist die Aussage des 27 v. Chr. bis 17 n. Chr. schreibenden Historikers Livius, die Zwölf Tafeln seien die „Quelle allen öffentlichen und privaten Rechts“ (*fons omnis publici privatique est iuris*, Liv. 3,34,6).

Zur Befriedung des Gegensatzes zwischen Patriziern und Plebejern genügte das Zwölf Tafelgesetz allerdings nicht. Der römischen Geschichtsschreibung zufolge erstritten die Plebejer in verschiedenen weiteren Schritten die Beteiligung an weiteren Ämtern, insbesondere auch an den magistratischen Höchstämtern, der Prätur und dem Konsulat. Nachdem 387 v. Chr. die Gallier Rom eingenommen und zerstört hatten, soll es im Rahmen der Bemühungen um den Wiederaufbau zur entscheidenden Auseinandersetzung und zum Kompromiss zwischen den beiden Ständen gekommen sein. Die *leges Liciniae Sextiae* von 367 v. Chr. sahen vor, dass zwei Konsuln das höchste Staatsamt ausüben sollten, von denen einer Plebejer sein konnte. Im Gegenzug erhielten die Patrizier das Recht, zwei neu geschaffene Magistraturen zu besetzen.

Die eine der neu geschaffenen Magistraturen war eine Prätur, die sich auf die Regelung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Bürgern beschränkte. Diesem Prätor, der als *praetor urbanus* bezeichnet wurde, stand die Befugnis zu, Recht zu sprechen, er hatte also die Jurisdiktionsgewalt inne (von *ius dicere* = „Recht sprechen“). Diese erfasste ursprünglich vor allem die Zulassung und Überwachung der Vollstreckung, das heißt den zwangsweisen Zugriff auf Person oder Vermögen des Beklagten. Grundlage der vom Prätor überwachten Vollstreckung war zunächst die zugestandene oder offenkundige Verpflichtung des Beklagten, später auch das Ergebnis eines Erkenntnisverfahrens. Das Erkenntnisverfahren selbst wurde nicht vom Jurisdiktionsmagistraten durchgeführt. Dieser setzte vielmehr einen Richter (*iudex*) ein, der das Erkenntnisverfahren durchzuführen und ein Urteil zu fällen hatte, das dann vollstreckt werden konnte. Aus der Zuweisung des Erkenntnisverfahrens an den Richter ergab sich eine Zweiteilung des Verfahrens in eine erste Phase vor dem Prätor (Phase *in iure*) und eine zweite vor dem Richter (Phase *apud iudicem*). Diese Zweiteilung des Prozesses blieb bis in die Kaiserzeit erhalten und ist als Charakteristikum des römischen Zivilprozesses anzusehen.

---

London 1996, 555–721. Nützlich die zweisprachige Ausgabe von Dieter Flach/Andreas Flach (Hrsg.), Das Zwölf Tafelgesetz. *Leges XII tabularum*, Darmstadt 2004.

Die Veränderungen in der inneren Organisation gingen mit ständigen militärischen Auseinandersetzungen einher, in deren Verlauf Rom zunächst Italien unterwarf und sich sodann auch gegenüber Karthago als Konkurrent für die Vorherrschaft im Mittelmeerraum durchsetzte (Erster Punischer Krieg, 264 v. Chr.–241 v. Chr.; Zweiter Punischer Krieg, 218 v. Chr.–201 v. Chr.). Diese Ausweitung der römischen Herrschaft führte zu einer Intensivierung des Handels mit nichtrömischen Städten. In diesem Zusammenhang ist die Einrichtung einer weiteren Prätur zu sehen, deren Inhaber Jurisdiktionsgewalt für die Streitigkeiten zwischen Nichtrömern und zwischen Nichtrömern und Römern hatte. Das Amt des Fremdenprätors (*praetor peregrinus*) soll im Jahr 242 v. Chr. geschaffen worden sein. Ab diesem Zeitpunkt sind zwei unterschiedliche Rechtsprechungsbereiche der Prätoren zu unterscheiden: Der Stadtprätör (*praetor urbanus*) entscheidet Streitigkeiten zwischen Römern, der Fremdenprätör (*praetor peregrinus*) ist für Prozesse zwischen Römern und Nichtrömern oder zwischen Nichtrömern zuständig.

In der Folge wurden weitere Prätorenämter für die Gebiete geschaffen, die Rom dauerhaft besetzte und die nach dem Begriff für den Kompetenzbereich eines Magistraten (*provincia*) als Provinzen bezeichnet wurden. Unter der Alleinherrschaft des Sulla (82 v. Chr.–79 v. Chr.) wurde die Zahl der Prätoren auf acht festgesetzt, gleichzeitig wurde bestimmt, dass jeder Prätör nach seiner Tätigkeit in Rom (als *praetor urbanus* oder *praetor peregrinus*) ein weiteres Amtsjahr in der Provinz zu verbringen habe (81 v. Chr.). In den Provinzen nahm ein ehemaliger Prätör (Proprätör) die Funktion des römischen Statthalters (*praeses provinciae*) wahr, zu der vor allem die Jurisdiktionsgewalt über alle Provinzbewohner gehörte. Die Herrschaft der Prätoren folgte den Grundsätzen, die jeder Prätör zu Beginn seines Amtsjahres in einer Anordnung (*edictum* = „Bekanntmachung“, davon Edikt) niederlegte. Dieses Edikt stellte nicht mehr als ein ‚Programm‘ über die Grundsätze der Amtsführung des Prätörs dar. Daher stand dem Gerichtsmagistraten im Einzelfall durchaus die Möglichkeit offen, von seinen eigenen Vorgaben abzuweichen. Seit der *lex Cornelia de iurisdictione* (67 v. Chr.) war der Prätör aber an sein Edikt gebunden und musste dem Rechtssuchenden die dort vorgesehenen Maßnahmen, insbesondere die im Edikt vorgesehenen Klagen und Einreden, gewähren. Dabei setzte der Prätör nicht nur die Vorgaben um, die durch das Zwölftafelgesetz und andere Gesetze (*leges*) formuliert worden waren; vielmehr enthielt das Edikt auch Klageformeln (*formulae*), die vom Prätör (unter Beratung mit Juristen) aufgrund eigener Jurisdiktionsgewalt geschaffen worden waren.

Im letzten Jahrhundert v. Chr. geriet die römische Republik in eine Krise, die durch innenpolitische Unruhen (Bürgerkrieg) und außenpolitische Bedrohungen gekennzeichnet war. Durch die Abwehr der Bedrohung von außen setzte sich Oktavian (63 v. Chr.–14 n. Chr.) auch im Innern durch: Der Senat verlieh ihm den Ehrentitel

„Augustus“ (27 v. Chr.) und erteilte ihm Sondervollmachten, um nach dem Bürgerkrieg die Ordnung des Staates wiederherzustellen. Auf diese Weise wurde formell die Republik erneuert, materiell aber eine neue Staatsform begründet: der Prinzipat.

### 2.1.2 Der Prinzipat

Als „Prinzipat“ wird die seit der Verleihung von Sondervollmachten an Oktavian (27 v. Chr.) bis zum Beginn der Herrschaft Diokletians (284 n. Chr.) gültige Staatsform bezeichnet. Die Bezeichnung ist abgeleitet vom Begriff *princeps* (wörtlich: „der Erste“) und bezieht sich auf die besonderen Befugnisse, die Oktavian zunächst persönlich, seinen Nachfolgern kraft ihres Amtes zustanden, und die eine besondere rechtliche Position des Herrschers begründeten. Auch wenn sich das Selbstverständnis und der Machtanspruch des *princeps* im Laufe der Kaiserzeit ebenso wandelten wie die politischen Gegebenheiten, blieb die rechtliche Konstruktion im Wesentlichen unverändert. Sie beruhte auf zwei bereits in der Republik bekannten Befugnissen, die dem *princeps* in außerordentlicher Form zuerkannt wurden. Es handelte sich zum einen um eine uneingeschränkte und zeitlich unbegrenzte Kompetenz des Volkstribuns (*tribunicia potestas*), zum anderen um eine unbegrenzte Amtsvollmacht des Statthalters (*imperium proconsulare*). Außerordentlich waren diese Befugnisse deshalb, weil der *princeps* sie ohne die institutionellen Begrenzungen des republikanischen Amtes ausübte: Durch die Verleihung der Befugnisse eines Volkstribuns konnte der Kaiser das den Tribunen zustehende Veto gegenüber allen magistratischen Anordnungen ausüben und – der ursprünglichen Funktion des Amtes entsprechend – den einzelnen Bürger vor magistratischer Willkür schützen. Gleichzeitig war er selbst unantastbar (sakrosankt), so dass das Veto für ihn keine negativen Folgen zeitigte. Da der Kaiser nicht in das Amt des Volkstribuns gehoben wurde, konnte er die *tribunicia potestas* gelöst von den Begrenzungen und Verpflichtungen des Amtes als wirkungsvolles Instrument der innenpolitischen Machtausübung nutzen. Die Amtsvollmacht des Statthalters dagegen war vor allem für die Außenpolitik, insbesondere für die Herrschaft in den Provinzen, von Bedeutung. Die an Oktavian verliehene Herrschaftsmacht (*imperium*) war entgegen der für Statthalter gültigen Praxis weder zeitlich noch gegenständlich begrenzt. Der *princeps* hatte mithin die dauerhafte Obergewalt über die Truppen und das Herrschaftsrecht über alle Bewohner der Provinzen. Zudem kontrollierte er die Statthalter, deren eigene Herrschaftsgewalt über die ihnen zugewiesene Provinz hinter der umfassenderen des *princeps* zurückstehen musste.

Die skizzierte Herrschaftskonstruktion des Prinzipats brachte freilich mit sich, dass die Thronfolge nicht gesichert war, weil die Gewalt mit dem Tod des *princeps* immer

wieder an das Volk zurückfiel. Damit war es notwendig, schon zu Lebzeiten des *princeps* einen Nachfolger zu bestimmen und diesem mit Blick auf die Zukunft Teilhabe an den beiden Hauptbefugnissen zu übertragen. Auch war der *princeps* auf Unterstützung der Eliten des Reiches angewiesen, um beim Herrscherwechsel die Einsetzung seines Nachfolgers auf die beiden Befugnisse zu gewährleisten. Eine besondere Bedeutung bei der Unterstützung des *princeps* kam dabei den Juristen zu, die von Kaiser Augustus (27 v. Chr.–14 n. Chr.), aber auch unter den Kaisern Hadrian (117–138 n. Chr.) und Septimius Severus (193–211 n. Chr.) eine besondere Förderung erfuhren und an der kaiserlichen Rechtssetzung beteiligt waren.

Mit dem Amtsantritt Oktavians soll ein kaiserliches Respondierrecht (*ius respondendi*) für Juristen eingeführt worden sein. Diese, als Privileg verstandene Befugnis soll ihrem Inhaber das Recht verschafft haben, Rechtsgutachten (*responsa*, wörtlich: „Antworten“) nicht nur im eigenen Namen, sondern im Namen des Kaisers zu erteilen, um die vertretene Rechtsansicht mit besonderer Autorität auszustatten. Diese kaiserliche Privilegierung des Respondierrechts von Juristen führte zur Verstärkung der Rechtswirkungen von *responsa* im Prozess: Während die zuvor privat verantworteten Gutachten als Parteivortrag durch den Prätor und den Richter zu beachten waren, galten die aus der Autorität des *princeps* erlassenen Gutachten als verbindliche Anordnung (*lex*, wörtlich „Gesetz“). Sofern also verschiedene Juristen im Namen des Kaisers übereinstimmende Auskünfte über die Rechtslage erteilt hatten, konnte der Richter sein Urteil nicht mehr auf eine abweichende Rechtsansicht stützen. Nur wenn die vorgelegten Gutachten abweichende Meinungen vertraten, blieb ihm die Wahl, sich einer der beiden Meinungen anzuschließen. Der kaiserliche Zugriff auf die Juristen sorgte mithin für eine einheitlichere Rechtsanwendung und führte gleichzeitig zu einer kaiserlichen Kontrolle über das vor Gericht angewandte Recht.

In die gleiche Richtung weist die von Kaiser Hadrian veranlasste Verkündung eines ewigen Edikts (*edictum perpetuum*) für Prätores und Statthalter: Während die jährlichen Edikte der Magistrate Ausdruck ihrer eigenen Jurisdiktionsgewalt waren und trotz Anlehnung an das Edikt des Vorgängers auf eigener Schöpfung beruhten, ließ Kaiser Hadrian durch den Juristen Julian (2. Jahrhundert n. Chr.) eine allgemeingültige Version des prätorischen Edikts vorbereiten. Dieses Edikt wurde um 130 n. Chr. durch einen Senatsbeschluss in Kraft gesetzt und bildete fortan die unveränderliche Grundlage der Rechtsprechung in Rom und in den Provinzen. Zwar stand den Juristen weiterhin die Interpretation und interpretative Ergänzung von Ediktsklauseln offen, durch die Fixierung des Edikts wurde aber der Rechtssetzungsspielraum der Magistrate begrenzt und vor allem schon im Vorhinein durch den *princeps* kontrolliert.

Die Zeit der severischen Kaiser (193–235 n. Chr.) gilt in verschiedener Hinsicht als Höhepunkt des Einflusses der Juristen auf die Staatsgeschäfte. Schon seit Hadrian (117–138 n. Chr.) waren die Juristen sowohl im kaiserlichen Rat (*consilium*) als auch in der kaiserlichen Kanzlei unmittelbar an der Rechtssetzung durch den *princeps* beteiligt. In der Epoche der Severer wirkten mit Aemilius Papinianus (Papinian), Iulius Paulus (Paulus) und Domitius Ulpianus (Ulpian) gleich drei Juristen, die auch durch ihre Schriften zu den bedeutendsten Fachvertretern zählen, als kaiserliche Beamte und Mitglieder des Rates. Alle drei hatten die Position des Prätorianerpräfekten (*praefectus praetorio*) inne und waren damit direkte Vertreter des Kaisers in der Zivilverwaltung und Rechtsprechung. Auf diese Weise waren sie für die Zivil- und Strafgerichtsbarkeit zuständig und konnten in Vertretung des Kaisers auch Berufungsverfahren (*appellationes*) gegen Urteile durchführen. Auch in weniger prominenter Stellung wirkten sie auf die kaiserliche Rechtssetzung ein, indem sie als Kanzleibeamte die kaiserlichen Antworten (*rescripta*, davon Reskripte) auf Rechtsanfragen aus dem ganzen Reich vorbereiteten und als Beratungsgremium für das Kaisergericht dienten. Diese doppelte Funktion ist typisch für die Juristen der gesamten Kaiserzeit, die uns durch ihre ‚private‘ literarische Produktion (Rechtswissenschaft) in Justinians Digesten bekannt sind.

In Übersicht 6 sind die Namen der im Folgenden am häufigsten zitierten Juristen – geordnet nach der kaiserlichen Dynastie, unter der sie wirkten – aufgeführt:

#### Übersicht 6: Die Jurisprudenz der Kaiserzeit

<p><b>27 v. Chr.–96 n. Chr.</b>            Augustus, 27 v. Chr.–14 n. Chr.            restliche Julisch-Claudische Kaiser,            27 v. Chr.–68 n. Chr.            Flavische Kaiser, 69–96 n. Chr.</p>	<p><b>Labeo</b>   <b>Sabinus / Nerva / Cassius            Proculus</b></p>
<p><b>96 n. Chr.–193 n. Chr.</b>            Adoptivkaiser:  <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Trajan, 98–117 n. Chr.</li> <li>▪ Hadrian, 117–138 n. Chr.</li> <li>▪ Antoninus Pius, 138–161 n. Chr.</li> <li>▪ Mark Aurel, 161–180 n. Chr.</li> </ul> </p>	<p><b>Javolen</b>  <b>Neratius/Celsus</b>  <b>Julian</b>  <b>Gaius/Pomponius</b>  <b>Marcellus / Q. Cervidius Scaevola</b></p> 
<p><b>193 n. Chr.–235 n. Chr.</b>            Severer:  <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Septimius Severus, 193–211 n. Chr.</li> <li>▪ Antoninus Caracalla, 211–217 n. Chr.</li> <li>▪ Elagabal, 218–222 n. Chr.</li> <li>▪ Alexander Severus, 222–235 n. Chr.</li> </ul> </p>	<p><b>Papinian</b>  <b>Paulus</b>  <b>Ulpian</b>  <b>Modestinus</b></p>

Die zeitliche Zuordnung eines Juristen zu einer bestimmten kaiserlichen Dynastie kann Aufschluss über die Rahmenbedingungen seines Wirkens geben und erlaubt, seinen Platz innerhalb der verschiedenen Juristengenerationen zu bestimmen. Die Details dieser Geschichte der römischen Jurisprudenz bleiben hier jedoch ebenso wie die Biographien und die Beschreibung der Schriften der einzelnen Prinzipatsjuristen ausgeklammert. Festzuhalten ist lediglich, dass der Prinzipat mit seiner engen Verbindung zwischen Kaisertum und Jurisprudenz die Voraussetzungen bot, die fachwissenschaftliche Diskussion auch literarisch zu fixieren und eine juristische Fachliteratur auszuprägen. Schon in der an die Severerzeit anschließenden Epoche, die als Zeit der „Soldatenkaiser“ (235–284 n. Chr.) bezeichnet wird, weil die häufigen Herrscherwechsel meist durch militärische Umstürze erfolgten, geht diese Möglichkeit wieder verloren. Dies lag vor allem daran, dass die kaiserliche Verwaltung aufgrund der gewaltsamen Herrscherwechsel in dieser Zeit nicht mehr von Juristen, sondern von Militärs dominiert wurde. Wenngleich die kaiserliche Kanzlei weiterhin Rechtsauskünfte erteilte und Recht setzte, verlor die Jurisprudenz ihre herausragende und mächtige Stellung, die sie seit Oktavian innehatte. Allerdings wirkten die Juristen des Prinzipats über ihre Schriften auch auf die Rechtssetzung der nachfolgenden Kaiser ein. Dies gilt in besonderem Maße für die Kaiser Diokletian (Ostrom, 284–305 n. Chr.) und Maximian (Westrom, 286–305 n. Chr.), die versuchten, die Herrschaft über das römische Reich durch dessen Neuorganisation zu sichern, und dabei in ihrer Rechtsprechung bewusst an die Vorbilder des Prinzipats anknüpften.

### 2.1.3 Die Spätantike

Die Zäsur zur Spätantike bildete der mit Kaiser Konstantin I. (306–337 n. Chr.) beginnende Aufstieg des Christentums zur Staatsreligion. Die Berufung auf eine göttliche Legitimation der Herrschaft führte zu einer Veränderung der Herrschaftsbegründung und der Herrschaftsformen, und die Gebote des Christentums veränderten die Vorgaben für das Recht. Dennoch blieben die Schriften der Prinzipatsjuristen und die Rechtssetzungsakte der früheren römischen Kaiser auch im 4. Jahrhundert n. Chr. bekannt und wurden weiter abgeschrieben und verbreitet. In der Zeit der Völkerwanderung (4. und 5. Jahrhundert n. Chr.) wurden sowohl die Rechts- als auch die Reichseinheit geschwächt: Während im Osten des Reiches die antike Tradition fortlebte, endete das Westreich mit dem Tod des letzten von Byzanz anerkannten weströmischen Kaisers Julius Nepos (474–480 n. Chr.).

### 2.1.4 Zeitlicher Rahmen dieses Lehrbuchs

Die Zeitspanne, für welche die Entwicklung des römischen Erbrechts zu betrachten sein wird, ist gegenüber dem skizzierten zeitlichen Rahmen begrenzt. Sie betrifft – allein schon aufgrund der Quellenlage (Kap. 1.2) – vorrangig die Zeit vom 1. Jahrhundert v. Chr. bis zum 3. Jahrhundert n. Chr. (in der Übersicht 7 hervorgehoben). Historisch gesehen erfasst die Darstellung damit die ausgehende römische Republik sowie die römische Kaiserzeit (Prinzipat).

#### Übersicht 7: Zeitlicher Rahmen dieses Lehrbuchs

<b>Römische Republik</b>	510–27 v. Chr.	Anfang: Sturz des Königtums
		Ende: Verleihung des <i>imperium</i> an Oktavian
<b>Prinzipat (Kaiserzeit)</b>	27 v. Chr.–284 n. Chr.	Anfang: Augustus (Oktavian)
		Ende: Beginn der diokletianischen Reformen
<b>Spätantike</b>	306–565 n. Chr.	Beginn: Konstantin I.
		Ende: Justinian I.

Auch dieser Zeitraum von knapp 400 Jahren ist – wie schon die skizzierte historische Entwicklung gezeigt hat – keine homogene Epoche. In der justinianischen Kompilation der römischen Juristenschriften (Digesten) finden sich aber nahezu ausschließlich Werke aus diesem Zeitraum mit einem Schwerpunkt im 2. und 3. Jahrhundert n. Chr. Es ist daher die Rechtsanschauung dieser Juristen der Prinzipatszeit, die auch die Darstellung der römischen Rechtsentwicklung prägt.

## 2.2 Rechtsschichten des römischen Privatrechts

Die römischen Juristen des 2. und 3. Jahrhunderts n. Chr. unterscheiden verschiedene Rechtsschichten, das heißt Regelungen, die einer gemeinsamen Entwicklungsstufe angehören. Diese Unterscheidung von Rechtsschichten nach historischem Ursprung und damit verbunden abweichender rechtspolitischer Zwecksetzung dient den Juristen als elementare Rechtsquellenlehre. Dabei ordnen die römischen Juristen die Rechtsquellen nicht hierarchisch, sondern genetisch, indem sie eine nachfolgende oder hinzutretende Rechtsschicht vor allem in ihrer Gegensätzlichkeit zum bestehenden Recht kennzeichnen. Die Forschung zum römischen Recht bedient sich dieser Ansätze, um die römische Rechtsordnung zu charakterisieren. Man spricht daher von den ‚Rechts-

schichten des römischen Privatrechts'. Damit ist die bereits beschriebene historische Anlagerung von Normen unterschiedlicher Provenienz und Zielsetzung gemeint, die das römische Privatrecht kennzeichnet (Kap. 1.3.1). Da dieses Rechtsschichtenmodell auch bei der Darstellung der erbrechtlichen Institute zugrunde gelegt werden wird, sind im Folgenden die in den Juristenschriften anzutreffenden Charakterisierungen verschiedener Rechtsschichten vorzustellen.

### 2.2.1 *Ius naturale*

Den theoretischen Ausgangspunkt der Reflexion über Rechtsschichten in den Juristenschriften bildet das *Ius naturale* („natürliches Recht“), das nicht mit dem heutigen Naturrecht verwechselt werden darf:

#### D. 1.1.1.3 Ulpianus 1 institutionum

*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: Nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: Videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censei.*

Das natürliche Recht besteht aus dem, was die Natur alle Lebewesen gelehrt hat: Denn dieses Recht ist nicht der Menschheit vorbehalten, sondern ist allen Lebewesen, die auf der Erde und die im Meer geboren werden, und auch den Vögeln gemeinsam. Von diesem Recht stammt die Verbindung von Mann und Frau ab, die wir als Ehe (*matrimonium*) bezeichnen; ebenso die Zeugung von Kindern und ihre Erziehung. Wir sehen nämlich, dass auch die anderen Lebewesen, sogar die wilden Tiere, durch die Kenntnis dieses Rechts erfasst werden.

Ulpian (3. Jahrhundert n. Chr.) definiert als *Ius naturale* das von der Natur gegebene Recht, das als ursprünglich vorgefundenes Recht dem vom Menschen geschaffenen Recht gegenübersteht. Da das menschliche Recht dem naturgegebenen Zustand widersprechen kann, bildet das *Ius naturale* einen Ansatzpunkt für Rechtskritik:

#### D. 1.1.11 Paulus 14 ad Sabinum

*Ius pluribus modis dicitur: Uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. [...].*

Der Begriff „Recht“ wird auf mehrere Weisen verwendet: In der einen Weise, wenn das, was immer billig und gut ist, als Recht bezeichnet wird, das heißt das *ius naturale*. Auf andere Weise, was allen oder der Mehrheit in jeder beliebigen Gemeinde nützlich ist, das heißt das *ius civile*. [...].

Während das *ius naturale* der allgemeinen Gerechtigkeit (*aequitas*) verpflichtet ist, dient das *ius civile*, das heißt das für die Bürger einer Gemeinde geschaffene Recht, der Nützlichkeit (*utilitas*). Das *ius civile* kann daher einseitig bestimmte Gruppen oder Personen begünstigen, was gegen die allgemeine Gerechtigkeit, also das *ius naturale*, verstößt. Die Berufung auf die grundlegende Rechtsschicht des *ius naturale* kann daher – genau wie die Berufung auf die *aequitas* – dazu dienen, Rechtsänderungen und Anpassungen der bestehenden Regelungen zu fordern.

### 2.2.2 *Ius civile*

Die grundlegende Rechtsschicht des vom Menschen geschaffenen Rechts bildet das *ius civile*:

#### Gai. 1,1

*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; [...].*

Alle Völker, die von Gesetzen und Sitten regiert werden, wenden teils ihr eigenes, teils das allen Menschen gemeinsame Recht an. Denn was ein jedes Volk selbst für sich als Recht festsetzt, das ist sein eigenes und wird *ius civile* genannt, sozusagen „das eigene Recht der Gemeinde (*civitas*)“; [...].

Das *ius civile* ist das innerhalb einer Bürgerschaft (*civitas*) geltende Recht; die Berufung auf dieses Recht setzt die Zugehörigkeit zur Bürgerschaft, also das Bürgerrecht, voraus.<sup>8</sup> Hauptquellen des *ius civile* in Rom sind das Zwölftafelgesetz (ca. 450 v. Chr.) und andere Volksgesetze (*leges*) der republikanischen Zeit. Seinen Gegenpol bildet das über die Gemeinde (Rom) hinausweisende Recht, das unabhängig vom Bürgerrecht Anwendung findet und das als *ius gentium* (‘Völkergemeinrecht’) bezeichnet wird. Dieses Völkergemeinrecht ist nicht wie das ‚Völkerrecht‘ auf die zwischenstaatliche Sphäre

<sup>8</sup> Daher wird das *ius civile* in traditionellen Formulierungen auch als *ius Quiritium* = „Recht der Quiriten“, von *quirites* = „römische Bürger“, bezeichnet.

beschränkt, sondern umfasst auch das Privatrecht, das heißt Rechtsverbindungen zwischen Bürgern verschiedener Gemeinden, zum Beispiel in Handelsbeziehungen. Im hier untersuchten Erbrecht spielt das *ius gentium* keine Rolle, was sich aus der engen Verbindung zum Familien- und Personenrecht erklären lässt: Solange das Erbrecht in der archaischen Zeit der Fortsetzung der Familie über den Tod hinaus dient, gibt es kaum Raum für Übertragungen auf Nichtrömer (*peregrinus* = „fremd, ausländisch“, davon Peregrine). Soweit im Verlauf von Republik und Kaiserzeit auch das Erbrecht von Nichtrömern zum Thema wurde, wurden die Lücken des *ius civile* durch das prätorische Recht (*ius praetorium*) und das Kaiserrecht geschlossen.

### 2.2.3 *Ius praetorium* und *ius honorarium*

Das *ius praetorium* oder *ius honorarium* bildet die zweite wichtige Rechtsschicht des vom Menschen geschaffenen Rechts:

#### D. 1.1.7.1 Papinianus 2 definitionum

*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*

Das prätorische Recht ist dasjenige, das die Prätores um der Unterstützung oder der Ergänzung oder der Korrektur des *ius civile* willen zum öffentlichen Wohl eingeführt haben. Dieses wird auch als *ius honorarium* bezeichnet, das zu Ehren (*honor*) der Prätores so genannt wurde.

Der Name *ius praetorium* leitet sich vom Amt des Gerichtsmagistraten (*praetor* oder allgemeiner *honor* = „Amt“, daher auch „Amtsrecht“) ab, verweist also darauf, dass das Recht auf dem prätorischen Edikt beruht. Sein Zweck ergibt sich aus dem Rechtsdurchsetzungszweck des prätorischen Edikts: Das Edikt stellt die Klageformeln und Einreden zur Verfügung, die Voraussetzung für die Gewährung von Rechtsschutz sind. Aus diesem Grund wird das *ius praetorium* vorrangig in seiner Funktion für das *ius civile*, verstanden als Summe der für den römischen Bürger geltenden Rechtsgrundsätze und Rechtsinstitute, definiert. Das prätorische Recht als Prozessrecht des *ius civile* dient in dieser Perspektive zunächst dazu, das *ius civile* zu unterstützen und bei dessen Lückenhaftigkeit zu ergänzen. Der vom Prätor gewährte Rechtsschutz kann aber auch eine das *ius civile* korrigierende Funktion haben. Auch diese Korrekturwirkung kann – wie das gesamte *ius praetorium* – aus dem öffentlichen Auftrag des Prätors gerechtfertigt werden.

Auf diese Weise besteht tendenziell ein Spannungsverhältnis zwischen *ius civile* und *ius praetorium*. Diese Dualität beider Rechtsschichten dauert auch nach Beginn des Prinzipats fort. Obwohl das Edikt seit Kaiser Hadrian (117–138 n. Chr.) als kaiserliches Recht wirkt (Kap. 2.1.2), wird es in den Juristenschriften weiter als *ius praetorium* bezeichnet. Auch das *ius civile* wird bis in die Kaiserzeit als eigenständige Rechtsschicht angesehen, wenngleich das Kaiserrecht auch für diese neue Vorgaben setzt und unmittelbar verändernd in das *ius civile* eingreift.

#### 2.2.4 *Ius civile* und *ius novum* im Prinzipat

Das Kaiserrecht, verstanden als dritte Rechtsschicht des menschlich geschaffenen Rechts, besteht aus Senatsbeschlüssen (*senatusconsulta*) und kaiserlichen Konstitutionen (*constitutiones*). Beiden Rechtssetzungsakten kommt nach Meinung der kaiserzeitlichen Juristen Gesetzeskraft zu:

*Gai. 1,4*

*Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit; idque legis vicem optinet, quamvis [de ea re] fuerit quaesitum.*

Ein Senatsbeschluss ist, was der Senat befiehlt und festsetzt. Und dieser erhält die Aufgabe eines Gesetzes, obwohl diese Wirkung in Frage gestellt wurde.

Als Senatsbeschluss (*senatusconsultum*) wird eine verbindliche Anordnung des Senats bezeichnet. Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) erkennt ihr Gesetzesgleichheit zu, wobei er andeutet, dass diese Wirkung umstritten war. Diese knappe Bemerkung spielt auf die Entwicklung des Senats zu einem Gesetzgebungsorgan des *princeps* an: In der Republik war der Senat die Versammlung der früheren Höchstmagistrate (Prätoren und Konsuln). Seine Hauptbefugnisse waren die staatsrechtliche Genehmigung (*auctoritas patrum*) von Gesetzen (*leges*) und die Erteilung von ‚Ratschlägen‘ (*consultum* von *consulere* = „um Rat fragen“) an Magistrate. Auf Antrag des Höchstmagistraten trat der Senat zusammen, beriet und entschied über die magistratischen Anfragen. Dieses Antragsrecht vor dem Senat (*ius agendi cum senatu*) kam in der Kaiserzeit dem *princeps* aufgrund der *tribunicia potestas* (Kap. 2.1.2) zu. Mit dem Ausbau der kaiserlichen Macht und der Dominanz des kaiserlichen Antrags (*oratio principis*) über die senatorische Diskussion wurde das *senatusconsultum* zur Rechtsquelle, das heißt zum allgemeinverbindlichen Rechtsakt.

Auch die mit dem Sammelbegriff als Konstitutionen (von *constitutum*, *constituere* = „festlegen“) bezeichneten weiteren Rechtssetzungen des *princeps* sind allgemeinverbindlich:

*D. 1.4.1pr.-1 Ulpianus 1 institutionum*

*pr. Quod principi placuit, legis habet vigorem: Utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.*

*1 Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. Haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus.*

*pr.* Was dem *princeps* gefiel, hat Gesetzeskraft, weil ja mit dem Königsgesetz (*lex regia*), das hinsichtlich seines *imperium* erlassen worden ist, das Volk ihm und auf ihn all seine Befugnis und Macht überträgt.

1 Es steht daher fest, dass alles, was der Herrscher folglich durch einen Brief und eine Subskription festgelegt hat oder als Gerichtsherr geurteilt oder durch formlosen Zwischenbescheid befunden hat oder durch Edikt festgelegt hat, Gesetz ist. Dies sind diejenigen Dinge, die wir gemeinhin Konstitutionen nennen.

Die Verbindlichkeit der Konstitutionen wird von Ulpian (3. Jahrhundert n. Chr.) darauf zurückgeführt, dass der *princeps* selbst durch ein Königsgesetz (*lex regia*) in seine Amtsbefugnisse eingesetzt worden sei. Es liegt nahe, dieses Königsgesetz mit einem Antrittsgesetz (*lex de imperio*) in Verbindung zu bringen. Ein solches ist für den Kaiser Vespasian (69–79 n. Chr.) auf einer Bronzetafel überliefert, aber auch für andere Kaiser zu vermuten. Mit diesem Antrittsgesetz werden dem neuen *princeps* von Volk und Senat die kaiserlichen Machtbefugnisse zugestanden. Da das Volk und der Senat Gesetzgeber sind – so Ulpians Argument –, erhält der *princeps* gleichfalls die Kompetenz eines Gesetzgebers.

Von den genannten Konstitutionen sind zunächst die Edikte (*edicta*) zu betrachten: Während das Edikt in der Republik die Anordnung eines Magistraten in seinem Kompetenzbereich bezeichnet, mit der die Grundzüge der Amtsführung festgelegt werden (Kap. 2.1.1), kommt dem *princeps* als Inhaber des *imperium proconsulare maius et infinitum* die Befugnis zu, generell verbindliche Edikte zu erlassen. Das bekannteste und vielleicht wichtigste dieser Edikte ist die unter Kaiser Caracalla 212 n. Chr. erlassene *constitutio Antoniniana* (von Antoninus = Caracalla), durch die allen Bewohnern des römischen Reiches das römische Bürgerrecht verliehen wird.

Dagegen sind die übrigen Konstitutionen ihrer Natur nach Einzelfallentscheidungen. Die wichtigsten sind die Reskripte (*rescripta*, von *rescribere* = „zurückschreiben, schriftlich antworten“), das heißt Rechtsauskünfte, welche die kaiserliche Kanzlei auf Anfrage erteilt. Die genaue Form des Reskriptes richtet sich nach seinem Adressaten: Das Reskript erfolgt in Briefform (*epistula*), wenn sich der Bescheid an bedeutende Persönlichkeiten, Beamte des Kaisers oder eine Gemeinde richtet. Allen übrigen Pri-

vatleuten wird der kaiserliche Bescheid dagegen formlos auf dem Anfrageschreiben mitgeteilt, was den Namen *subscriptio* (wörtlich: „Unterschrift“) erklärt. Verbindlich war diese Auskunft zunächst nur für den Sachverhalt, auf den sich die Anfrage bezog; der gegenüber dem Kaiser niederrangige Entscheidungsträger, zum Beispiel ein Richter, ist also bei seiner Entscheidung an die kaiserliche Rechtsauskunft gebunden. Darüber hinaus erhalten Reskripte präjudizielle Wirkung, indem sie auch in Rechtsstreitigkeiten zitiert werden, die zwar nicht Anlass für die Anfrage waren, aber eine vergleichbare Rechtsfrage betreffen. Eine vergleichbare Wirkung kommt den vom Kaiser als Gerichtsherrn erlassenen Urteilen (*decreta*) oder Zwischenbescheiden (*interlocutiones*) zu, da sie über den Einzelfall hinaus als Präjudizien verwendet werden.

Die Gleichstellung der kaiserlichen Rechtssetzung mit dem Volksgesetz (*lex*) erklärt, warum das Kaiserrecht auch als Rechtsquelle des *ius civile* genannt wird:

*D. 1.1.7pr. Papinianus 2 definitionum*

*Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.*

Das *ius civile* aber besteht aus dem, was sich aus Gesetzen, Plebisziten, Senatsbeschlüssen, Urteilen der Kaiser und aus der Auslegung der Rechtsgelehrten herleitet.

Rechtsquellen des *ius civile* sind sowohl die republikanischen Volksgesetze (*leges*) und Plebiszite (*plebiscita*) als auch die Senatsbeschlüsse (*senatusconsulta*) und kaiserlichen Urteile (*decreta principum*). Als letzte Rechtsquelle nennt Papinian die Autorität der Rechtsgelehrten (*auctoritas prudentium*). Damit werden die Ansichten und Lehrmeinungen, welche die Juristen als Berater von Parteien, Prätores oder auch dem Kaiser vertraten oder in ihren Schriften niederlegten, bezeichnet. Grundlage für die Geltung dieser Ansichten bildete der fachwissenschaftliche Konsens zwischen verschiedenen Juristen über die richtige Lösung eines Falls oder einer abstrakten Rechtsfrage. Sie wird seit Augustus durch das kaiserliche Privileg des Respondierrechts verstärkt (Kap. 2.1.2).

Die Liste der bei Papinian aufgeführten Rechtsquellen belegt, dass das *ius civile* auch im 3. Jahrhundert n. Chr. keine abgeschlossene Rechtsschicht bildet, sondern auch in der Kaiserzeit weiter anwächst. Dabei ist einerseits zu beobachten, dass die Konstitutionen, für die Papinian stellvertretend die Urteile (*decreta*) nennt, das bestehende *ius civile* für den Einzelfall konkretisieren. Nur soweit sich im Einzelfall ein Bedürfnis ergibt, wird das bestehende Recht verändert und entsprechend dem Bedürfnis angepasst. Vorbild dieser schrittweisen kaiserlichen Rechtsanwendung ist die kasuistische Methode der Juristen (Kap. 1.3.2). Andererseits gibt es Senatsbeschlüsse, mit denen

der Kaiser ein neues und abweichendes Recht (*ius novum*) gegenüber dem tradierten *ius civile* setzt und durchsetzt.

Das Kaiserrecht ist also nicht lediglich als eine dritte Rechtsschicht zu verstehen, die sich über dem überkommenen *ius civile* und *ius praetorium* anlagert. Vielmehr umgreift das Kaiserrecht aufgrund des Anspruchs, umfassendes Recht zu sein, die bestehende Ordnung und nimmt sie in sich auf, soweit dies mit den rechtspolitischen Zielen des Herrschers vereinbar ist. Dieses Selbstverständnis entspricht der verfassungsrechtlichen Konstruktion des Prinzipats: Genauso wie die Staatsform des Prinzipats die in der Republik für bestimmte Amtsträger ausgebildeten Befugnisse verwendet, um eine die republikanischen Befugnisse überschreitende Herrschaft des *princeps* zu legitimieren (Kap. 2.1.2), nimmt auch das vom *princeps* gesetzte Recht das republikanisch gebildete Recht in sich auf und bildet es unter Anlehnung an das republikanische Vorbild fort.

Das Festhalten an republikanischen Rechtsvorstellungen zeigt sich sogar dort, wo die Kaiser bewusst neues Recht (*ius novum*) schaffen: Dies geschieht einerseits – wie gesehen – durch Senatsbeschlüsse, also einer bereits zu Zeiten der Republik bekannten Rechtssetzungsform, andererseits im Rahmen kaiserlich geschaffener Gerichte mit Spezialzuständigkeiten. Das für einzelne Fragen von kaiserlichen Beamten angewandte Verfahren wird als *cognitio extra ordinem*, das heißt „außerordentliches Erkenntnisverfahren“ (davon: „Kognitionsverfahren“), bezeichnet. In dieser Bezeichnung kommt zum Ausdruck, dass die kaiserlichen Gerichte nicht nach den Regeln des prätorischen Edikts, sondern allein nach den vom Kaiser formulierten Regeln Recht sprechen. Die Besonderheiten der *cognitio extra ordinem* liegen mithin sowohl in den Durchführungsfragen des Prozesses als auch in den für die erörterten Rechtsfragen geltenden Regeln. Obwohl die kaiserlichen Spezialzuständigkeiten im Laufe der Kaiserzeit eine wichtige Quelle neuen Rechts (*ius novum*) werden, bleibt es formell bei der Begrenzung auf Spezialfragen und auf die kaiserliche Gerichtsbarkeit. Indem jedoch die kaiserliche *cognitio extra ordinem* neben die bestehenden Jurisdiktionsinstanzen, vor allem den Prätor und den Statthalter tritt, geraten diese unter Konkurrenz- und Anpassungsdruck. Auf diese Weise führt das durch die Kognition geschaffene *ius novum* ganz allmählich zur Ablösung der aus *ius civile* und *ius praetorium* gebildeten Ordnung, ohne dass diese jemals formell außer Kraft gesetzt würden.

## Übersicht 8: Rechtsschichten der Kaiserzeit

<b>Römische Republik</b>	Gesetze ( <i>leges</i> ), v. a. Zwölftafelgesetz und Auslegung durch ältere Juristen	<i>ius civile</i>
<b>Römische Republik</b>	Edikte der Prätores und Statthalter; Auslegung des Edikts durch zeit- genössische Juristen	<i>ius praetorium</i>
<b>Kaiserzeit (Prinzipat)</b>	Konstitutionen <i>senatusconsulta</i> <i>cognitio extra ordinem</i>	Fortschreibung des <i>ius civile</i> und des <i>ius praetorium</i> Einführung neuen Rechts ( <i>ius novum</i> )
<i>ius naturale</i> als rechtsbegründende Kategorie gegenüber allen Schichten		

Die beschriebenen Entwicklungsstufen des römischen Privatrechts, die sich aus Sicht der kaiserzeitlichen Juristen als unterschiedliche Rechtsschichten darstellen, sind im Folgenden für das römische Erbrecht zu untersuchen.



### 3 Das Intestaterbrecht

Bereits das Zwölftafelgesetz (ca. 450 v. Chr.) unterscheidet danach, ob die Erbfolge aufgrund Testaments oder nach dem Gesetz eintritt. Die gesetzliche Erbfolge ist subsidiär, kommt also nur dann zur Anwendung, wenn der Erblasser kein Testament hinterlassen hat (V,4): „Wenn jemand, der keinen Hauserben hat, testamentslos stirbt, soll der gradnächste agnatische Verwandte den Hausbesitz und das Vermögen haben.“<sup>9</sup> (*si intestato moritur, cui suus heres nec essit, agnatus proximus familiam pecuniamque habeto.*) Die Voraussetzung des testamentslosen Versterbens (*intestatus* = „ohne Testament“, davon: Intestaterbfolge) meint dabei Folgendes:

*D. 50.16.64 Paulus 67 ad edictum*

„*Intestatus*“ est non tantum qui testamentum non fecit, sed etiam cuius ex testamento hereditas adita non est.

„Ein ohne Testament Verstorbener“ (*intestatus*) ist nicht nur derjenige, der kein Testament errichtet hat, sondern auch derjenige, aus dessen Testament die Erbschaft nicht angetreten worden ist.

Das Intestaterbrecht greift nicht nur dann ein, wenn der Erblasser von vornherein kein wirksames Testament errichtet hat, sondern auch dann, wenn das errichtete Testament aus einem anderen Grund nicht zur Anwendung gelangt. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn der eingesetzte Erbe vorverstorben ist, oder sich weigert, die Erbschaft anzutreten. In diesem Fall treten Familienangehörige und Verwandte des Erblassers die Erbfolge an; das Intestaterbrecht wird daher auch als „Familienerbrecht“ bezeichnet.

Die von den Erben erworbene Rechtsposition wird in den Zwölftafeln als Vermögenseigentumsposition beschrieben. Dabei wird das Vermögen mit der Synonymdoppelung *familia pecuniaque* gekennzeichnet, erfasst also sowohl die Dienerschaft (Sklaven) des Testators (*familia* = „Dienerschaft, Hausgenossenschaft“) als auch die finanziellen Mittel (*pecunia* = „Geld“):

9 Die Rekonstruktion folgt *Michel Humbert/Andrew D. E. Lewis/Michael H. Crawford, Lex duodecim tabularum*, in: *Michael Crawford* (Hrsg.), *Roman Statutes II*, London 1996, 580.

*D. 50.16.195.1 Ulpianus 46 ad edictum*

„*Familiae*“ appellatio qualiter accipiatur, videamus. et quidem varie accepta est: Nam et in res et in personas deducitur. in res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis „adgnatus proximus familiam habeto“. [...].

Wir wollen betrachten, auf welche Weise die Bezeichnung *familia* verstanden wird. Und sie ist allerdings auf verschiedene Weise aufgefasst worden: Sie wird nämlich sowohl auf Sachen als auch auf Personen angewendet. Auf Sachen, wie zum Beispiel im Zwölftafelgesetz, mit diesen Worten „der gradnächste agnatische Verwandte soll die *familia* haben“. [...].

Ulpian (3. Jahrhundert n. Chr.) betont, dass sich der Begriff *familia* im Intestaterbrecht der Zwölftafeln auf Sachen, nicht auf Personen beziehe. Das Wort *familia* steht also nicht nur für die personenrechtliche Beziehung zwischen Familienangehörigen, sondern kann auch das Vermögen bezeichnen.

Aufgrund der Abhängigkeit des Intestaterbrechts von den Familienstrukturen sind im Folgenden auch die Grundsätze des römischen Familienrechts vorzustellen und in ihrer Bedeutung für das Intestaterbrecht zu würdigen.

### 3.1 Die Familie als Hierarchie

Die römische Familie ist – genau wie die *civitas* (Kap. 2.2.2) – als Rechtsgemeinschaft definiert. Diese Gemeinschaft ist hierarchisch organisiert:

*D. 50.16.195.2 Ulpianus 46 ad edictum*

[...] *iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus. [...].*

[...] nach eigenem Recht (*ius civile*) bezeichnen wir als Familie mehrere Personen, die entweder der Natur nach oder rechtlich der Gewalt eines einzelnen unterworfen worden sind, wie zum Beispiel den Hausvater (*pater familias*), die Mutter (*mater familias*), den Haussohn (*filius familias*), die Haustochter (*filia familias*) und diejenigen, die der Reihe nach an ihre Stelle nachfolgen, wie zum Beispiel Enkel und Enkelinnen und so weiter. Als *pater familias* aber wird derjenige bezeichnet, der im Haus

die Vermögensgewalt innehat, und richtigerweise wird er auch mit diesem Namen bezeichnet, wenn er auch kein Kind hat. Wir bezeichnen nämlich nicht allein seine Person, sondern auch die Rechtsstellung. [...].

Familie im Sinne des *ius civile* ist ein Personenverband, welcher der Gewalt eines Oberhauptes untersteht. Das Oberhaupt der römischen Familie ist der Hausvater (*pater familias*), der die anderen Angehörigen der Familie in seiner Gewalt hat. Dabei ist zu beachten, dass die väterliche Gewalt auch für die Abkömmlinge der Haussöhne gilt, also generationsübergreifend wirkt. Solange also der Großvater lebt, stehen seine Söhne und deren Kinder in seiner Gewalt. Da einem Haussohn mit dem Ausscheiden aus der väterlichen Gewalt die Möglichkeit eröffnet wird, selbst Oberhaupt einer Familie zu sein, wird er als *pater familias* („Hausvater“) bezeichnet, sobald er aus der Gewalt des Vaters ausscheidet. Diese Bezeichnung gilt unabhängig davon, ob der aus der Gewalt Ausscheidende verheiratet ist oder Kinder hat; sie kennzeichnet also nur die eigene Unabhängigkeit von der väterlichen Gewalt. Bei Enkeln ist zu beachten, dass sie mit dem Tod des Großvaters in die Gewalt ihres Vaters übergehen, also ihrerseits nicht rechtlich selbstständig werden, sondern nur den Gewalthaber wechseln.

Die Hausgewalt des Hausvaters (*patria potestas*) umfasste ursprünglich das Recht, über Leben und Tod der Abkömmlinge zu entscheiden; noch in der Zeit des Prinzipats beinhaltet sie die Befugnis zur Aussetzung von neugeborenen Hauskindern. Vermögensrechtlich führt die Gewaltunterworfenheit zur Vermögensunfähigkeit: Hauskinder erwerben durch Geschäfte nicht für sich selbst, sondern – gleichsam als „verlängerter Arm“ des Hausvaters – nur mit Wirkung für diesen. Aus diesem Verständnis der Hausgewalt erklärt sich, warum die *familia* in einem weiteren Sinne auch die Sklaven erfasst: Auch sie stehen in der Gewalt des Hausvaters und erwerben – genau wie die Hauskinder – mit Wirkung für diesen:

Gai. 2,87

*Igitur liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri [...] nanciscuntur [...] id nobis acquiritur [...]; et ideo si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest; et si iuventibus nobis adierit, hereditas nobis acquiritur, proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus; et convenienter scilicet legatum per eos nobis acquiritur.*

Was also unsere Hauskinder, die wir in der Hausgewalt haben, ebenso was unsere Sklaven [...] erlangen, [...] das wird für uns erworben, [...]. Und daher kann er [derjenige, der in der Hausgewalt ist], wenn er zum Erben eingesetzt worden ist, nur auf unser Geheiß hin die Erbschaft antreten [...]; und wenn er sie auf unseren Befehl hin

angetreten hat, wird die Erbschaft für uns ebenso erworben, wie wenn wir selbst zu Erben eingesetzt worden wären; und dementsprechend wird – wie sich versteht – ein Vermächtnis durch sie für uns erworben.

Sowohl Sklaven als auch Hauskinder erwerben für den *pater familias*. Dies gilt auch für den erbschaftlichen Erwerb: Ist ein Haussohn oder eine Haustochter im Testament eines Dritten zum Erben eingesetzt oder ist ihnen ein Vermächtnis zugedacht worden, entscheidet der Hausvater, ob das Erbe anzutreten oder das Vermächtnis anzunehmen ist. Die Hauskinder erwerben die Erbschaft also nicht für sich selbst, sondern für den Hausvater als Inhaber des Familienvermögens.

Voraussetzung für die Begründung der Hausgewalt (*patria potestas*) über die Kinder ist das Bestehen einer rechtmäßigen römischen Ehe zwischen den Eltern:

*Gai. 1,55*

*Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus, quod ius proprium civium Romanorum est. [...].*

Ebenso stehen unsere Kinder, die wir in rechtmäßiger Ehe gezeugt haben, in unserer Hausgewalt (*potestas*). Dieses Recht ist den römischen Bürgern vorbehalten. [...].

Eine rechtmäßige Ehe setzt voraus, dass beide Eheleute das römische Bürgerrecht haben. Mit Nichtrömerinnen kann ausnahmsweise dann eine nach römischem Recht gültige Ehe eingegangen werden, wenn ihnen das Privileg der Eheeingehung nach römischem Recht, das *conubium*, verliehen worden ist.

Das Gewaltverhältnis – das heißt die Vermögensunfähigkeit des Hauskindes – endet grundsätzlich erst dann, wenn der Gewalthaber verstirbt:

*D. 50.16.195.2 Ulpianus 46 ad edictum*

*[...] Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: Singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. [...].*

[...] Und wenn der *pater familias* verstirbt, beginnen die Personen, wie viele auch immer ihm unterworfen gewesen sind, einzelne Familien zu haben; denn jeder einzelne von ihnen übernimmt den Namen *pater familias*. [...].

Mit dem Tod des Hausvaters werden die Hauskinder gewaltfrei und vermögensfähig; dabei wird nicht zwischen Haussöhnen und Haustöchtern unterschieden. Ein Unterschied zwischen Haussöhnen und Haustöchtern ergibt sich aber daraus, dass Haussöhne selbst Hausgewalt über in rechtmäßiger Ehe geborene Abkömmlinge

begründen können, während die Haustöchter lediglich Gewalt über sich selbst erlangen (Kap. 3.1.4).

Aus diesem Nachrücken der Hauskinder in die Position des Hausvaters bei dessen Tod ergibt sich die erste Stufe der römischen Intestaterbfolge nach *ius civile*. Der bereits zitierte Zwölftafelsatz V,4 sieht vor, dass der testamentslose Erblasser von seinem Hauserben (*suus heres*) beerbt wird: „Wenn jemand, der keinen Hauserben hat, testamentslos stirbt, [...]“ (*si intestato moritur, cui suus heres nec essit* [...]). Die Rechtsnachfolge der Hauskinder in die Stellung des Hausvaters wird dabei nicht angeordnet, sondern vorausgesetzt.

### 3.1.1 Das Erbrecht der Hauskinder

Die gleichsam natürliche Nachfolge der Hauserben in die Rechtsposition des Hausvaters ist eine Konsequenz der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder zu Lebzeiten des Hausvaters:

#### *D. 28.2.11 Paulus 2 ad Sabinum*

*In suis heredibus evidentius apparet continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. [...].*

Es erscheint in Bezug auf die Hauserben ziemlich einleuchtend, dass die Fortsetzung der Eigentümerstellung dazu führt, dass es keine Erbschaft gegeben zu haben scheint, weil diese angeblich seit langem Eigentümer waren, die auch zu Lebzeiten ihres Vaters auf gewisse Weise für Eigentümer gehalten werden. Daher wird auch der Haussohn nach dem Hausvater benannt, unter Hinzufügung dieses alleinigen Merkmals, durch das der Erzeuger von dem, der gezeugt worden ist, unterschieden wird. Nach dem Tod des Vaters scheinen sie daher nicht eine Erbschaft zu erwerben, sondern sie erlangen vielmehr die freie Verwaltung des Vermögens. [...].

Zu Lebzeiten des Hausvaters sind die Hauskinder selbst nicht vermögensfähig, aber aufgrund des Gewaltverhältnisses am Familienvermögen beteiligt. Sie haben also keine eigene Verwaltungsbefugnis, sondern unterstehen auch insoweit dem Vorrecht des Hausvaters. Aus dieser Sicht bedeutet der Tod des Hausvaters die Übernahme der Verwaltung durch die schon zuvor mitberechtigten Hauskinder. Da der Hausvater

wie die Hauskinder der Familie angehören, führt der Tod des Hausvaters nicht zum Ende des Familienvermögens, sondern nur zum Wechsel der Verwaltungsbefugnis.

*Gai. 3,2*

*Sui autem heredes existimantur [...] liberi, qui in potestate morientis fuerunt, veluti filius filiae, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote filio nato prognatus prognatave. [...] ita demum tamen nepos neptisve et pronepos proneptisve suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit sive alia ratione, veluti emancipatione; nam si per id tempus, quo quis moriatur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegemus.*

Als Hauserben gelten aber [...] die Hauskinder, die in der Hausgewalt des Sterbenden standen, wie beispielsweise ein Sohn oder eine Tochter, ein Enkel oder eine Enkelin, die von einem Sohn abstammen, ein Urenkel oder eine Urenkelin, der oder die von einem Enkel abstammen, welcher der Sohn des Sohnes ist. [...]. Dennoch zählen ein Enkel oder eine Enkelin und ein Urenkel oder eine Urenkelin nur dann zu den Hauserben, wenn die im Grade vorhergehende Person aus der Hausgewalt des Hausvaters ausgeschieden ist, sei es, dass dies durch den Tod oder aus einem anderen Grund geschehen ist, beispielsweise durch *emancipatio*; wenn nämlich jemand zu dem Zeitpunkt, an dem er stirbt, einen Sohn in seiner Hausgewalt hat, kann der von diesem abstammende Enkel nicht Hauserbe sein. Dieselbe Aussage gilt auch im Falle der übrigen Hauskinder der Reihe nach.

Die Hauserbenstellung ist nicht auf die Kinder des Erblassers beschränkt. Vielmehr sind alle Abkömmlinge, die über die Söhne in der Gewalt des (Groß-)Vaters stehen, als Hauserben anzusehen. Die gradferneren Abkömmlinge wie Enkel und Urenkel werden aber zu Lebzeiten der gradnäheren, also der Söhne und Enkel, von diesen verdrängt. Erst wenn ein Sohn oder Enkel aus der Hausgewalt ausscheidet, rücken seine Kinder, das heißt die Enkel des Erblassers, in die Position ihres Vaters ein (Stammesprinzip). Solange der Haussohn lebt und nicht emanzipiert ist, verdrängt er die Abkömmlinge (Repräsentationsprinzip).

Diese Verdrängung betrifft freilich nur die eigenen Abkömmlinge:

*Gai. 3,7*

*Igitur cum filius filiae et ex altero filio nepotes neptesve extant, pariter ad hereditatem vocantur; nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Aequum enim videbatur nepotes neptesve in patris sui locum portionemque succedere. Pari ratione et si*

*nepos neptisque sit ex filio et ex nepote pronepos proneptisve, simul omnes vocantur ad hereditatem.*

Wenn folglich ein Sohn oder eine Tochter sowie Enkel oder Enkelinnen, die vom anderen Sohn abstammen, vorhanden sind, werden sie gleichermaßen zur Erbschaft berufen, und der Gradnähere schließt den Gradferneren nicht aus; denn man hielt es für gerecht, dass Enkel und Enkelinnen an die Stelle und in den Erbteil ihres Vaters nachrückten. Aus der gleichen Überlegung werden auch dann, wenn sowohl ein Enkel oder eine Enkelin, die von einem Sohn abstammen, als auch ein Urenkel oder eine Urenkelin, die von einem Enkel abstammen, vorhanden sind, alle zugleich zur Erbschaft berufen.

Durch das Stammesprinzip sind die von einem vorverstorbenen Sohn oder Enkel abstammenden Abkömmlinge neben den gradnäheren Söhnen oder Enkeln zur Erbfolge berufen. Die Kinder des vorverstorbenen Sohnes oder Enkels sind daher gleichberechtigte Hauserben mit den Geschwistern des Sohnes, also ihren Onkeln und Tanten. Haustöchter dagegen, die zu ihren Lebzeiten gleichberechtigt mit ihren Brüdern als Hauserben berufen sind, bilden keinen Stamm. Daher werden ihre Abkömmlinge nicht als Hauserben des mütterlichen Großvaters berufen, sondern sind, sofern sie in legitimer Ehe gezeugt wurden, in der Familie des Ehemanns erbberichtigt.

Nach diesen Grundsätzen ergibt sich die in Übersicht 9a–9c dargestellte erste Erbklasse der Intestaterbfolge nach *ius civile*:

#### Übersicht 9a: Erbfolge der Hauskinder

Großvater (Erblasser)			
Vater 1		Vater 2	Tochter/Schwester
Sohn 1	Sohn 2	Sohn 3	
Enkel 1	Enkelin	Enkel 2	
Urenkelin		Urenkel	
1/3		1/3	1/3

Verstirbt der Großvater zu Lebzeiten von Vater 1, Vater 2 und deren Schwester, erben die drei gemeinsam nach Kopfteilen; somit erhält jeder ein Drittel des Nachlasses.

## Übersicht 9b: Nachrücken der Abkömmlinge

Großvater (Erblasser)			
Vater 1		Vater 2	Tochter/Schwester
Sohn 1	Sohn 2	Sohn 3	
1/6	1/6	1/3	1/3

Ist Vater 1 vorverstorben, treten seine Söhne (Sohn 1 und Sohn 2) an seine Stelle. Auf diese Weise erhalten die Söhne 1 und 2 je ein Sechstel, Vater 2 und dessen Schwester je ein Drittel.

## Übersicht 9c: Kein Nachrücken bei weiblichen Hauskindern

Großvater (Erblasser)			
Vater 1		Vater 2	Tochter/Schwester
Sohn 1	Sohn 2	Sohn 3	
1/2		1/2	
Enkel 1	Enkel 2	Enkelin 1	Enkel 3

Ist die Schwester vorverstorben, während Vater 1 und Vater 2 leben, teilen sich die beiden den Nachlass, erhalten also je die Hälfte. Abkömmlinge der Schwester erhalten nichts, treten also nicht an die Stelle der Schwester, weil sie als Frau keinen Stamm bildet. Dagegen bilden die männlichen Abkömmlinge Stämme: Aus diesem Grund treten Enkel 1 und 2 anstelle des Sohnes 1, Enkelin 1 anstelle des Sohnes 2 und Enkel 3 anstelle des Sohnes 3, wenn der jeweilige Sohn vorverstorben ist. Während aber die männlichen Abkömmlinge ihrerseits einen Stamm bilden, endet der Stamm von Sohn 2 mit der Enkelin 1, da sie selbst keine Hausgewalt begründen kann.

Das die Hauserbenstellung begründende Gewaltverhältnis des Hausvaters über seine Hauskinder endet aber nicht nur mit dem Tod des Gewalthabers, sondern kann auch zu dessen Lebzeiten beendet werden.

3.1.2 Die *emancipatio* des Hauskindes

Diese rechtsgeschäftliche Beendigung der Hausgewalt wird als *emancipatio* („Entlassung aus der väterlichen Gewalt“) bezeichnet. Die Bezeichnung leitet sich ab von der Form des Rechtsgeschäfts, der Manzipation (*mancipatio*), die in diesem Zusammenhang zum Zwecke der Freilassung vollzogen wird. Die Manzipation ist ein

Libralakt, das heißt ein kaufähnliches Rechtsgeschäft, das „mit Kupfer und Waage“ (*per aes et libram*) vorgenommen wird. Der Ursprung der Libralakte ist im Zuwägen des Kaufpreises zu sehen, liegt also im Barkauf. Im hier interessierenden Zeitraum dient das Geschäft *per aes et libram* als Übertragungsakt, mit dem Eigentum an manzipierfähigen Sachen (*res mancipi*) sowie Gewalt an gewaltunterworfenen Personen (Sklaven und Hauskindern) erworben wird. Der kaufrechtliche Ursprung des Geschäftes lebt allein im Ritual fort: Zum Erwerb des Eigentums oder der Gewalt schlägt der Erwerber mit einer Kupfermünze an die Waage und übergibt diese dem Veräußerer „sozusagen anstelle des Kaufpreises“ (*quasi pretii loco*, Gai. 1,119). Diese „Manzipation mittels einer Münze“ (*mancipatio nummo uno*) hat sich vom ursprünglichen Erwerbzzweck des Geschäftes gelöst. Damit kann die Manzipation für andere Zwecke genutzt werden:

Gai. 1,132

*Praeterea emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri vero liberi sive masculini sexus sive feminini una mancipatione exeunt de parentum potestate: Lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his verbis: „Si pater ter filium venum duit a patre filius liber esto.“ [...]*

Im Übrigen hören Hauskinder durch *emancipatio* auf, in der Hausgewalt der Väter zu sein. Aber ein Sohn tritt freilich erst nach drei Manzipationen, alle anderen Abkömmlinge aber sowohl männlichen als auch weiblichen Geschlechts treten nach einer Manzipation aus der Hausgewalt der Väter aus; das Zwölftafelgesetz spricht nämlich nur bei einem Sohn von drei Manzipationen mit folgenden Worten: „Wenn der Vater den Sohn dreimal zum Verkauf gegeben hat, soll der Sohn vom Vater frei sein.“ [...]

Zur Entlassung aus der väterlichen Gewalt müssen Haussöhne dreimal, übrige Abkömmlinge nur einmal in fremde Gewalt veräußert und vom neuen Gewalthaber freigelassen werden. Die Erschwernis bei der *emancipatio* des Sohnes stützt Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) auf einen Satz des Zwölftafelgesetzes (ca. 450 v. Chr.), nach dem der Sohn vom Vater frei sei, wenn dieser ihn dreimal zum Verkauf gegeben habe. Es besteht die Vermutung, dass die Freiheit des Sohnes im Zwölftafelgesetz ursprünglich als Strafe für den Hausvater vorgesehen war, der seine elterliche Macht durch zu häufigen Verkauf des Sohnes in fremde Dienste missbraucht hatte. Diese Sanktion wird im hier interessierenden Zeitraum ausgenutzt, um das Gewaltverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen zu beenden. *Ernst Rabel* hat die *emancipatio* daher als ‚nachgeformtes Rechtsgeschäft‘ bezeichnet, mit dem die anerkannten Rechtsfolgen

des väterlichen Manzipationsaktes („Freiheit des Sohnes“) zweckentfremdet werden („Entlassung aus der Gewalt“).

Auf Ebene des Intestaterbrechts nach *ius civile* führt die *emancipatio* zum Ausscheiden des Hauskindes aus der Gruppe der Hauserben, und – sofern es sich um einen Sohn handelt – zum Nachrücken seiner Abkömmlinge. Die Gewaltfreiheit des Hauskindes wird als Verlust der Familienzugehörigkeit und damit als Statusverlust (*capitis deminutio*) angesehen. In der Tat steht das emanzipierte Hauskind erbrechtlich einem vorverstorbenen Hauskind gleich.

Sind bei testamentslosem Versterben des Hausvaters keine Hauskinder (mehr) vorhanden, sieht das Zwölftafelgesetz (V,4) vor, dass der gradnächste Agnat Erbe werden soll: „[...] ,soll der gradnächste Agnat den Hausbesitz und das Vermögen haben.“ (*agnatus proximus familiam pecuniamque habeto*).

### 3.1.3 Das Erbrecht der Agnaten

Als *agnatus* (von *adgnatus* = „der Hinzugeborene“) wird ein Blutsverwandter bezeichnet, der in ununterbrochener männlicher Linie von einem gemeinsamen Vorvater abstammt:

*Gai. 3,10*

*Vocantur autem adgnati, qui legitima cognatione iuncti sunt. Legitima autem cognatio est ea, quae per virilis sexus personas coniungitur. Itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei vocantur, nec requiritur, an etiam matrem eandem habuerint. Item patruus fratris filio et invicem is illi agnatus est. [...].*

Diejenigen werden aber Agnaten genannt, die durch gesetzliche Verwandtschaft verbunden sind. Gesetzlich aber ist diejenige Verwandtschaft, die durch Personen männlichen Geschlechts vermittelt wird. Daher sind Brüder, die von demselben Vater geboren wurden, gegenseitig Agnaten, die auch „Geschwister von der Vaterseite“ (*consanguinei*) genannt werden, und es wird nicht geprüft, ob sie auch dieselbe Mutter gehabt haben. Ebenso ist der Onkel dem Neffen und umgekehrt der Neffe dem Onkel Agnat. [...].

Agnatisch verwandt sind danach Personen, die gemeinsam unter der Gewalt ein- und desselben *pater familias* stehen oder stehen würden, falls dieser noch lebte. Es handelt sich um eine Verwandtschaftsform, die aufgrund der Beschränkung der Hausgewalt auf Männer nur über diese vermittelt wird. Frauen können nur insoweit agnatisch verwandt sein, als sie mit anderen unter einer gemeinsamen Hausgewalt stehen oder stehen würden, also soweit sie Töchter, Enkelinnen oder Cousinen sind.

Die Verwandtschaftsgrade der agnatischen Verwandtschaft bestimmen sich nach der Anzahl der Zeugungen, die zwischen Angehörigen eines Gewaltverhältnisses bestehen. Agnatische Verwandte des Erblassers im ersten Grad sind dessen Vater und die eigenen, in der Gewalt des Erblassers befindlichen Kinder. Seine agnatischen Verwandten des zweiten Grades sind Geschwister, die sich in der Gewalt desselben Vaters befinden oder befinden würden, sowie der Großvater und über einen Sohn vermittelte Enkel. Der dritte Grad agnatischer Verwandtschaft schließlich besteht zwischen dem Erblasser und seinen Neffen und Nichten, sofern diese von seinem Bruder (und nicht von seiner Schwester) abstammen, sowie zu Onkeln und Tanten, die Geschwister des Vaters sind.

Erbberechtigter nach dem Intestaterbrecht des *ius civile* ist allein der gradnächste Agnat:

*Gai. 3,11*

*Non tamen omnibus simul agnatis dat lex XII tabularum hereditatem, sed his, qui tum, cum certum est aliquem intestatum decessisse, proximo gradu sunt.*

Dennoch gibt das Zwölftafelgesetz nicht allen Agnaten zugleich die Erbschaft, sondern denjenigen, die in dem Moment, wenn feststeht, dass jemand ohne Testament verstorben ist, die gradnächsten sind.

Der gradnächste Agnat schließt die übrigen agnatisch Verwandten aus. Maßgeblich für die Bestimmung der Gradesnähe ist der Zeitpunkt, in dem die Intestaterbfolge eintritt, also feststeht, dass der Erblasser ohne gültiges Testament verstorben ist.

Anders als bei Hauserben gilt für den *proximus agnatus* kein Stammesprinzip:

*Gai. 3,12*

*Nec in eo iure successio est. Ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit vel, antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege competit.*

In diesem Rechtsbereich gibt es auch keine Nachfolge. Und wenn daher der gradnächste Agnat die Erbschaft ausgeschlagen hat oder gestorben ist, bevor er sie angetreten hat, so steht den Agnaten der folgenden Grade nach dem Gesetz kein Recht zu.

Ein Nachrücken der Abkömmlinge in die Erbenstellung als *agnatus proximus* ist nicht vorgesehen. Sind mehrere Agnaten als Gradnächste berufen, teilen sie sich die Erbschaft nach Kopfteilen:

Gai. 3,16

*Quod si defuncti nullus frater extet, sed sint liberi fratrum, ad omnes quidem hereditas pertinet; sed quaesitum est, si dispari forte numero sint nati, ut ex uno unus vel duo, ex altero tres vel quattuor, utrum in stirpes dividenda sit hereditas, sicut inter suos heredes iuris est, an potius in capita. Iam dudum tamen placuit in capita dividendam esse hereditatem. Itaque quotquot erunt ab utraque parte personae, in tot portiones hereditas dividetur, ita ut singuli singulas portiones ferant.*

Wenn also kein Bruder des Verstorbenen vorhanden ist, es aber Kinder von Brüdern gibt, so steht zwar allen die Erbschaft zu; aber es wurde in Frage gestellt, wenn zufällig Kinder unterschiedlicher Anzahl geboren waren (so dass von einem Bruder ein oder zwei, vom anderen drei oder vier Kinder [abstammten]), ob die Erbschaft nach Stämmen zu teilen sei, wie es bei den Hauserben rechtens ist, oder eher nach Köpfen. Dennoch hat man es schon seit langer Zeit für gut befunden, dass die Erbschaft nach Köpfen zu teilen sei. Deshalb wird die Erbschaft in so viele Teile geteilt werden, wie viele Personen auf beiden Seiten vorhanden sind, so dass auf diese Weise jeder Einzelne je einen Teil erhält.

Sind agnatische Verwandte des ersten und des zweiten Grades (Geschwister des Erblassers) vorverstorben, kommen die Agnaten des dritten Grades zum Zug. Sind als solche insgesamt fünf Kinder von zwei vorverstorbenen Brüdern, also Neffen oder Nichten des Erblassers, vorhanden, sind sie alle als gradnächste Agnaten berufen. Würde man das Stammesprinzip – wie bei Hauserben – zur Geltung bringen, müssten die Neffen oder Nichten den jeweiligen Erbteil ihres Vaters unter sich aufteilen. Da bei der agnatischen Verwandtschaft das Erbe aber nicht nach Stämmen, sondern nach Köpfen geteilt wird, erhält stattdessen jeder Neffe und jede Nichte den Kopfteil, das heißt ein Fünftel ( $1/5$ ) der Erbschaft.

### 3.1.4 Das Intestaterbrecht von Frauen

Zwar sind Haustöchter gleichberechtigt neben Haussöhnen als Hauserben berufen. Wie gesehen, sind aber ihre Abkömmlinge nicht in der Vatersfamilie erbberechtigt. Ebenso sind Frauen zwar als Agnaten zur Intestaterbfolge berufen, können aber mangels Gewaltverhältnis selbst keine agnatische Verwandtschaft vermitteln (Kap. 3.1.1). Scheidet die Haustochter aus der väterlichen Gewalt aus, ist sie zwar gewaltfrei, hat aber ihrerseits keine von ihr abhängigen Verwandten:

*D. 50.16.195.5 Ulpianus 46 ad edictum*

*Mulier autem familiae suae et caput et finis est.*

Die Frau aber ist sowohl der Anfang als auch das Ende ihrer eigenen Familie.

Ulpian (3. Jahrhundert n. Chr.) bringt diese Situation auf den Punkt, die Familie der Frau sei auf sie selbst begrenzt. Da die (ehelichen) Kinder in der Gewalt des Vaters stehen, sind sie nach *ius civile* nur mit der Familie des Ehemanns verwandt. Ein verwandtschaftliches Verhältnis zu ihren Abkömmlingen konnte eine Frau ursprünglich nur dann begründen, wenn sie sich selbst in die Ehegewalt (*manus*) des Ehemanns begab:

*Gai. 3,3*

*Uxor quoque, quae in manu eius est, sua heres est, quia filiae loco est. Item nurus, quae in filii manu est, nam et haec neptis loco est. Sed ita demum erit sua heres, si filius, cuius in manu est, cum pater moritur, in potestate eius non sit. [...].*

Auch eine in *manus* stehende Ehefrau ist seine Hauserbin, weil sie im Verhältnis einer Haustochter steht; ebenso eine Schwiegertochter, die sich in der Ehegewalt des Sohnes befindet, denn auch sie steht im Verhältnis einer Enkelin. Aber sie wird nur dann Hauserbin sein, wenn der Sohn, in dessen Ehegewalt sie steht, zum Zeitpunkt des Todes des Vaters nicht in dessen Hausgewalt ist. [...].

Eine in *manus* ihres Ehemanns befindliche Ehefrau hat den Status einer Haustochter und kann daher ihre Kinder als Schwester beerben. Steht sie in der Gewalt des Schwiegervaters, hat sie ihm gegenüber das Erbrecht einer Enkelin; sie erbt also nur dann, wenn ihr Mann, der als Haussohn erbberechtigt ist, vorverstorben ist. Obwohl die Eingehung einer *manus*-Ehe bereits am Ende der Republik unüblich war, wird sie von Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) aus didaktischen Gründen mitbehandelt: Der rechtshistorische Rückblick zeigt, dass die erbrechtliche Schlechterstellung der Ehefrau ursprünglich durch die Eingehung einer *manus*-Ehe vermieden werden konnte. Schloss die Frau dagegen – wie es im Prinzipat üblich war – eine Ehe, ohne sich in die Gewalt ihres Ehemanns zu begeben, war sie entweder gewaltfrei oder stand in der Hausgewalt ihres Vaters. Im letzteren Fall war sie in ihrer Herkunftsfamilie erbberechtigt, wurde also als Hauserbin (des Vaters) oder gradnächste agnatische Verwandte (zum Beispiel ihres Bruders oder Onkels) zur Intestaterbfolge berufen.

Allerdings wurde in einer nicht näher bestimmbar Zeit nach den Zwölf Tafeln das Intestaterbrecht der Frauen als *agnatus proximus* weiter beschränkt:

Gai. 3,14

[...] *nostrae vero hereditates ad feminas ultra consanguineorum gradum non pertinent. Itaque soror fratri sororive legitima heres est, amita vero et fratris filia legitima heres esse non potest; sororis autem nobis loco est etiam mater aut noverca, quae per in manum conventionem apud patrem nostrum iura filiae nacta est.*

[...] unsere Erbschaften stehen aber nicht denjenigen Frauen zu, die gradferner als Geschwister von der Vaterseite (*consanguinei*) verwandt sind. Daher ist eine Schwester gegenüber ihrem Bruder oder ihrer Schwester gesetzliche Erbin, eine Vaterschwester aber und eine Tochter des Bruders kann nicht gesetzliche Erbin sein; im Verhältnis einer Schwester aber steht mir gegenüber auch die Mutter oder Stiefmutter, die dadurch, dass sie in die Ehegewalt gekommen ist, bei meinem Vater die Rechte einer Tochter erlangt hat.

Frauen, die gradferner als Geschwister von der Vaterseite (*consanguinei*) waren, konnten einer juristischen Interpretation des Intestaterbrechts zufolge nicht als *agnatus proximus* erben. Somit waren Frauen, die mit dem Erblasser im dritten Grad verwandt waren, nicht zur Erbfolge berufen.

Auf diese Weise konnte zwar eine Schwester des Erblassers als agnatisch Verwandte erben; dagegen wurde eine Tante von der Vaterseite ebenso ausgeschlossen wie etwa eine Nichte des Erblassers, obwohl Onkel und Neffen von der Vaterseite zur Erbfolge zugelassen waren.

### 3.1.5 Das Erbrecht der Gentilen

Die dritte Stufe der Intestaterbfolge wird im Zwölftafelgesetz von den Gentilen (Angehörigen der *gens* = „Sippe“) begründet.

Gai. 3,17

*Si nullus agnatus sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem vocat. Qui sint autem gentiles, primo commentario rettulimus; et cum illic admonuerimus totum gentilicium ius in desuetudinem abisse, supervacuum est hoc quoque loco de eadem re curiosius tractare.*

Wenn es keinen Agnaten gibt, beruft dasselbe Zwölftafelgesetz die Angehörigen der Sippe (*gens*) zur Erbschaft. Wer aber die Sippenangehörigen sind, habe ich im ersten Buch berichtet; und weil ich dort darauf hingewiesen habe, dass das gesamte Sippenrecht außer Gebrauch gekommen ist, ist es überflüssig, auch an dieser Stelle dieselbe Sache allzu sorgfältig zu behandeln.

Dieses Erbrecht der Sippe (*gens*) ist zur Zeit des Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) bereits aus der Übung gekommen. Da der Zwölftafelsatz formell fortbestand, musste Gaius in seinem Anfängerlehrbuch auf die Veränderung der Rechtslage hinweisen.

Weitergehende Veränderungen der Intestaterbfolge nach *ius civile* beruhen auf dem prätorischen Recht, das sich neben dem Intestaterbrecht des *ius civile* ausbildete.

### 3.2 Die Intestaterbfolge des *ius praetorium*

Genau wie das Erbrecht nach *ius civile* unterscheidet auch das prätorische Edikt danach, ob der Antragsteller den Nachlass als Testamentserbe oder als Intestaterbe beansprucht. Während das *ius civile* den Übergang der Rechtsinhaberschaft anordnet, erlaubt das *ius praetorium* dem Berechtigten zunächst nur eine faktische Inhaberschaft am Nachlass. Diese wird als Nachlassbesitz (*bonorum possessio*) bezeichnet und verschafft dem Inhaber durch das Wirken des Prätors den Besitz sowie alle wirtschaftlichen Vorteile der Erbschaft. Der Prätor kann aber „keinen Erben schaffen“ (Kap. 4.2.2). Grundlage der prätorischen Zuweisung des Nachlassbesitzes ohne Testament (*bonorum possessio ab intestato*) ist das Edikt: „Wenn keine Testamentstafeln vorhanden sein werden“ (*si tabulae testamenti nullae extabunt*).<sup>10</sup> In diesem Edikt nennt der Prätor die Antragsberechtigten, die bei Fehlen eines Testaments die Einweisung in den Nachlassbesitz verlangen können. Dabei unterscheidet das Edikt verschiedene Klassen von Intestaterben:

#### D. 38.6.1.1 Ulpianus 44 ad edictum

*Sed successionem ab intestato in plures partes divisit: Fecit enim gradus varios, primum liberorum, secundum legitimorum, tertium cognatorum, deinde viri et uxoris.*

Er [der Prätor] hat die Erbfolge *ab intestato* aber in mehrere Gruppen aufgeteilt: Er hat nämlich verschiedene Klassen geschaffen: als erste die der Kinder, als zweite die der nach *ius civile* zur Erbfolge Berufenen, als dritte die der Blutsverwandten und sodann die von Ehemann und Ehefrau.

In der ersten Klasse des prätorischen Edikts sind die Abkömmlinge (*liberi*) berufen; in der zweiten Klasse die gesetzlichen Erben (*legitimi*); in der dritten die Blutsverwandten (*cognati*) und in der vierten sind Eheleute berechtigt (*vir et uxor*). Die Juristen ver-

<sup>10</sup> Otto Lenel, Das Edictum perpetuum, 3. Aufl. Leipzig 1927, 355.

weisen auf diese im Edikt genannten Klassen unter Hinzufügung des Wortes „woher“ (*unde*), um die Grundlage der jeweiligen Berechtigung zum Nachlassbesitz anzuzeigen.

Die genannten vier Klassen sind nacheinander zum Antrag des Nachlassbesitzes berechtigt; zu beachten ist, dass der Antrag für die Berechtigten einer Klasse nur innerhalb einer bestimmten Frist möglich ist: Die Frist beträgt für Eltern und Kinder ein Jahr, in allen anderen Fällen 100 Tage. Mit Verstreichen der Frist ist die nächste Klasse antragsberechtigt.

Die vom Prätor gebildeten Klassen greifen teilweise auf das *ius civile* zurück; teilweise werden Personen in die Intestaterbfolge aufgenommen, die nach *ius civile* keine Erbberechtigung haben.

### 3.2.1 Die erste Klasse der prätorischen Erben

In der ersten Klasse *unde liberi* beruft der Prätor alle Abkömmlinge des Erblassers:

*Gai. 3,26*

*Nam liberos omnes, qui legitimo iure deficiuntur, vocat ad hereditatem, proinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent, sive soli sint, sive etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrant.*

Denn er beruft alle Abkömmlinge (*liberi*), die nach *ius civile* im Stich gelassen werden, ebenso zur Erbschaft, wie wenn sie zum Zeitpunkt des Todes ihres Vorfahren in seiner Hausgewalt gestanden hätten, sei es, dass sie alleine vorhanden sind, sei es, dass auch Hauserben, das heißt diejenigen, die in der Hausgewalt des Vaters gestanden haben, den Anspruch mit ihnen teilen.

Unter die Abkömmlinge (*liberi*) fallen nicht nur die ohnehin nach *ius civile* berechtigten Hauserben (*sui heredes*), sondern auch diejenigen Abkömmlinge, die durch *emancipatio* aus der Hausgewalt ausgeschieden sind (Kap. 3.1.2). Genau wie nach *ius civile* gilt diese Berechtigung gleichermaßen für männliche wie für weibliche Nachkommen. Sind mehrere Generationen von Abkömmlingen vorhanden, also zum Beispiel Enkel neben Kindern, stellt sich die Frage, wie innerhalb eines Stammes zu verfahren ist. Nach *ius civile* führt die *emancipatio* des Haussohnes zum Nachrücken der Enkel (Kap. 3.1.3); da aber das *ius praetorium* auch den emanzipierten Sohn zur Intestaterbfolge beruft, kann hier das Stammesprinzip nicht in gleicher Weise Anwendung finden:

Die Intestaterbfolge des *ius praetorium*

*D. 38.6.5.2 Pomponius 4 ad Sabinum*

*Si filius emancipatus non petierit bonorum possessionem, ita integra sunt omnia nepotibus, atque si filius non fuisset, ut quod filius habiturus esset petita bonorum possessione, hoc nepotibus ex eo solis, non etiam reliquis adcreseat.*

Wenn der emanzipierte Haussohn die *bonorum possessio* nicht verlangt hat, so ist alles ungeschmälert für die Enkel vorhanden, wie wenn es keinen Sohn gegeben hätte, so dass dies, was der Sohn erhalten hätte, nachdem er die *bonorum possessio* verlangt hätte, allein den Enkeln, die von ihm abstammen, nicht auch den übrigen anwächst.

Ein Nachrücken der Enkel an die Stelle des emanzipierten Sohnes kommt nach *ius praetorium* nur in Betracht, wenn der Sohn keinen Antrag auf Erteilung der *bonorum possessio ab intestato* gestellt hat. Sind die Enkel in der Hausgewalt des Großvaters verblieben und damit Hauserben nach *ius civile* geworden, ergibt sich mithin ein Konflikt zwischen dem Intestaterbrecht des *ius civile* und dem *ius praetorium*: Nach *ius civile* sind allein die Enkel, nach *ius praetorium* dagegen nur der emanzipierte Haussohn zur Intestaterbfolge berufen. Dieser Widerspruch zwischen vorrangigen Intestaterben nach *ius civile* und erstklassig berufenen Intestaterben nach *ius praetorium* wird erst durch eine Neuerung des prätorischen Edikts in der Kaiserzeit überwunden. Diese wird als *nova clausula Iuliani* bezeichnet (Kap. 3.3.2).

### 3.2.2 Die zweite und dritte Klasse der prätorischen Erben

Die zweite Klasse der prätorischen Intestaterbfolge *unde legitimi* verweist auf das *ius civile*:

*D. 38.7.2.4 Ulpianus 46 ad edictum*

*Haec autem bonorum possessio omnem vocat, qui ab intestato potuit esse heres, sive lex duodecim tabularum eum legitimum heredem faciat sive alia lex senatusve consultum. [...].*

Diese *bonorum possessio* aber beruft jeden, der Intestaterbe sein konnte, sei es, dass das Zwölftafelgesetz ihn zum gesetzlichen Erben macht, sei es ein anderes Gesetz oder ein Senatsbeschluss. [...].

Nach der zweiten Klasse sind all diejenigen zur *bonorum possessio ab intestato* berufen, die Intestaterben nach *ius civile* sind. Antragsberechtigt sind also die Hauserben und die gradnächsten Agnaten. Die prätorische Anordnung hat zur Folge, dass die gewalt-

unterworfenen Kinder des Erblassers sowohl in der ersten Klasse (als *liberi*) als auch in der zweiten Klasse (als *legitimi*) den Nachlassbesitz *ab intestato* beantragen können. Erst nach ihnen steht *unde legitimi* genau wie nach *ius civile* auch dem *proximus agnatus* der Nachlassbesitz *ab intestato* zu. Kein Antragsrecht haben die Gentilen, deren Berechtigung im *ius praetorium* genau wie im späteren *ius civile* als überholt angesehen wird. Dafür treten im Laufe der Kaiserzeit durch Senatsbeschluss begründete gesetzliche Erbrechte hinzu, die den Berechtigten genauso das Antragsrecht auf die *bonorum possessio ab intestato* vermitteln wie es den Erbberechtigten der Zwölftafeln zusteht (Kap. 3.4).

Da die zweite Klasse der prätorischen Intestaterben nur die nach *ius civile* Berufenen zum Antrag berechtigt, sind emanzipierte Hauskinder in dieser Klasse ausgeschlossen. Da sie ihre Familienzugehörigkeit durch *capitis deminutio* verloren haben, sind sie weder als Hauserben noch als Agnaten zur Intestaterbfolge nach *ius civile* zugelassen. Auch der durch Interpretation des *ius civile* bewirkte Ausschluss von agnatisch verwandten Frauen über den zweiten Grad der *consanguinitas* hinaus (Kap. 3.1.4) wird vom Prätor beachtet.

Diese in der zweiten Klasse ausgeschlossenen Personen werden erst in der dritten Klasse *unde cognati* vom Prätor als Intestaterben berufen. In dieser Klasse beruft der Prätor die Blutsverwandten (*cognati*, von *cognatus* = „blutsverwandt“) zur Intestaterbfolge. Die Blutsverwandtschaft ist von der agnatischen Verwandtschaft zu unterscheiden:

#### D. 38.10.4.2 Modestinus 12 pandectarum

*Cognitionis substantia bifariam apud Romanos intellegitur: Nam quaedam cognationes iure civili, quaedam naturali conectuntur, nonnumquam utroque iure concurrente et naturali et civili copulatur cognatio. Et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intellegitur quae per feminas descendit, quae vulgo liberos peperit. Civilis autem per se, quae etiam legitima dicitur, sine iure naturali cognatio consistit per adoptionem. Utrouque iure consistit cognatio, cum iustis nuptiis contractis copulatur. [...].* Das Wesen der Verwandtschaft wird bei den Römern auf zweifache Weise verstanden, denn einige Verwandtschaften werden durch *ius civile*, einige durch *ius naturale* begründet, bisweilen wird die Verwandtschaft durch das Zusammentreffen beider Rechte, sowohl des *ius naturale*, als auch des *ius civile*, begründet. Und zwar wird die natürliche (kognatische) Verwandtschaft für sich ohne zivilrechtliche (agnatische) Verwandtschaft als diejenige verstanden, die durch Frauen vermittelt wird, die Kinder außerhalb einer Ehe auf die Welt gebracht haben. Die Verwandtschaft nach *ius civile* aber, die auch als legitime Verwandtschaft bezeichnet wird, tritt für sich ohne Verwandtschaft nach *ius naturale* durch Adoption ein. Eine Verwandtschaft

nach beiderlei Recht besteht, wenn sie aufgrund einer rechtmäßigen Eheschließung begründet wird. [...].

Die beiden Verwandtschaftsformen bilden ein Beispiel für unterschiedliche Rechtsschichten: Die *cognatio* wird von Modestinus (3. Jahrhundert n. Chr.) als Anwendungsfall des *ius naturale* dargestellt (Kap. 2.2.1), während die Agnation dem *ius civile* zuzuordnen ist. Beide Verwandtschaftsformen können getrennt oder in Kombination vorkommen: Nur kognatisch verwandt sind Mütter und ihre Kinder, weil es für die Agnation am Gewaltverhältnis fehlt. Dagegen findet sich eine Agnation ohne Blutsverwandtschaft bei der Annahme eines Kindes durch Adoption, da der Adoptivvater Hausgewalt über das angenommene Kind begründet.<sup>11</sup> Sowohl kognatische als auch agnatische Verwandtschaft besteht, wenn ein Kind in einer römischen Ehe geboren wird, da durch das Gewaltverhältnis zum Vater eine agnatische Verwandtschaft, durch die Tatsache der Geburt eine Blutsverwandtschaft zu Mutter und Vater begründet wird.

Das prätorische Intestaterbrecht *unde cognati* erlaubt die Berücksichtigung der natürlichen Verwandtschaft, das heißt der Blutsverwandtschaft, im Erbrecht:

*Gai. 3,27*

*Adgnatos autem capite deminutos non secundo gradu post suos heredes vocat, id est, non eo gradu vocat, quo per legem vocarentur, si capite minuti non essent, sed tertio proximitatis nomine. Licet enim capitis deminutione ius legitimum perdidierint, certe cognationis iura retinent. [...].*

Agnaten hingegen, deren Rechtsstellung geschmälert worden ist, beruft er [der Prätor] nicht in der zweiten Klasse nach den Hauserben; das heißt, er beruft sie nicht in derjenigen Klasse, in der sie von Gesetzes wegen berufen wären, wenn ihre Rechtsstellung nicht geschmälert worden wäre, sondern in der dritten Klasse aufgrund der nahen Verwandtschaft. Wengleich sie durch die Schmälerung der Rechtsstellung zwar ihr gesetzliches Recht verloren haben, behalten sie nämlich die Rechte der Blutsverwandtschaft. [...].

<sup>11</sup> Die Adoption erfolgt – wie die *emancipatio* – durch Manzipation des Hauskindes an einen Treuhänder, der es freilässt. Ist auf diese Weise durch dreimalige Manzipation des Haussohnes oder einmalige Manzipation anderer Hauskinder das Gewaltverhältnis erloschen, beansprucht derjenige, der Adoptivvater werden will, im Rahmen eines fiktiven Prozesses (*in iure cessio*) die Hausgewalt über das Kind. Der frühere Hausvater widerspricht nicht, so dass das Kind unter die Hausgewalt des Adoptivvaters tritt.

Ein Sohn ist durch *emancipatio* aus der Gewalt des Vaters ausgeschieden und hat damit auch seine agnatische Verwandtschaft in der Familie verloren. Dieser Statusverlust (*capitis deminutio minima*) betrifft nur die agnatische Verwandtschaft. Dagegen bleibt die einfache Blutsverwandtschaft auch nach der *emancipatio* bestehen. Aus diesem Grund können aus der Familie ausgeschiedene Personen die *bonorum possessio ab intestato* in der dritten Klasse *unde cognati* erhalten.

Auch die Frauen, die wegen der Gradferne ihres Verwandtschaftsverhältnisses zum Erblasser nach *ius civile* nicht zur Intestaterbfolge der Agnaten zugelassen werden, werden vom Prätor in der Klasse *unde cognati* geschützt:

Gai. 3,29

*Feminae certe agnatae, quae consanguineorum gradum excedunt, tertio gradu vocantur, id est, si neque suus heres neque agnatus erit.*

Auf jeden Fall werden agnatische Frauen, die gradferner als Geschwister von der Vaterseite sind, in der dritten Klasse berufen, das heißt, wenn es weder einen Haus-erben noch einen Agnaten geben wird.

Wie gesehen, werden Frauen nach *ius civile* ab dem dritten Grad nicht mehr als erbberechtigte Agnaten angesehen (Kap. 3.1.4). Dagegen können sie den Nachlassbesitz *unde cognati* erlangen. Auf diese Weise erhalten sie die *bonorum possessio ab intestato* zwar erst nach den Hauserben und nach dem *agnatus proximus*, sind aber nicht wie nach *ius civile* vollständig ausgeschlossen. Noch bedeutsamer ist die in der Klasse *unde cognati* vollzogene Anerkennung der durch Frauen vermittelten Verwandtschaft:

Gai. 3,30

*Eodem gradu vocantur etiam eae personae, quae per feminini sexus personas copulatae sunt.*

In derselben Klasse werden auch diejenigen Personen berufen, die durch Personen weiblichen Geschlechts [verwandtschaftlich] verbunden worden sind.

In der dritten Klasse des prätorischen Intestaterbrechts können auch Personen den Nachlassbesitz erlangen, die nicht im Mannesstamm mit dem Erblasser verwandt sind, sondern von einer mit dem Erblasser verwandten Frau abstammen. Entgegen der Ordnung des *ius civile* werden damit auch die Abkömmlinge von Frauen als erbberechtigte Verwandte anerkannt. Diese Berücksichtigung der kognatischen Verwandtschaft bedeutete einen Paradigmenwechsel im römischen Familien- und Erbrecht:

*D. 38.8.1pr. Ulpianus 46 ad edictum*

*Haec bonorum possessio nudam habet praetoris indulgentiam neque ex iure civili originem habet: Nam eos invitat ad bonorum possessionem, qui iure civili ad successionem admitti non possunt, id est cognatos.*

Dieser Nachlassbesitz beruht auf bloßer Nachsicht des Prätors und hat seinen Ursprung nicht im *ius civile*. Denn er lädt diejenigen zur *bonorum possessio* ein, die nach *ius civile* nicht zur Erbfolge zugelassen werden können, das heißt die Kognaten.

Ulpian betont, dass allein das prätorische Recht eine Intestaterbfolge aufgrund der Blutsverwandtschaft kenne und zulasse, was er als bedeutende Neuerung gegenüber dem *ius civile* ansieht. Auch mit Blick auf die Ehegatten bringt die prätorische Intestaterbfolge bedeutsame Neuerungen.

### 3.2.3 Das prätorische Ehegattenerbrecht

Wie gesehen, konnten sich Ehegatten nach *ius civile* nur im Rahmen einer *manus-Ehe ab intestato* beerben (Kap. 3.1.4). Waren die Ehegatten – wie es seit dem Ende der Republik üblich war – in einer freien Ehe verheiratet, bestand zwischen ihnen weder ein Verwandtschaftsverhältnis nach *ius civile* noch eine Erbberechtigung der Witwe oder des Witwers *ab intestato*.

Das so gezeichnete Bild ist um die Regelungen der Mitgift (*dos*) zu ergänzen: Die Mitgift wurde der Ehefrau von Seiten ihrer Familie in die Ehe mitgegeben und diente während des Bestands der Ehe zum Unterhalt der Ehegatten, nach dem Ende der Ehe zur Versorgung der Frau. Das fehlende Erbrecht der Witwe nach ihrem Mann wurde daher teilweise durch die Klage auf Herausgabe der *dos* (*actio rei uxoriae*, wörtlich: „Klage auf das Frauengut“) ersetzt. Zwar erhielt die Frau auf diese Weise eine Unterhaltssicherung, gelangte aber nicht in den Genuss des Vermögens des Ehemanns. Auch der Witwer ging – wenn eine gewaltfreie Frau ohne Testament verstarb – nach *ius civile* leer aus.

In diese Lücke trat das prätorische Recht, das subsidiär zu den drei genannten Klassen des prätorischen Intestaterbrechts auch den Ehegatten ein Antragsrecht auf die *bonorum possessio ab intestato* zuerkannte:

*D. 38.11.1pr.-1 Ulpianus 47 ad edictum*

*pr. Ut bonorum possessio peti possit unde vir et uxor, iustum esse matrimonium oportet. [...].*

1 *Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore. [...].*

pr. Damit der Nachlassbesitz *unde vir et uxor* verlangt werden kann, muss eine rechtsgültige Ehe vorliegen. [...].

1 Damit aber diese *bonorum possessio* zur Anwendung kommt, muss die Betroffene zum Zeitpunkt des Todes die Ehefrau sein. [...].

Einzige Zulassungsbedingung für die *bonorum possessio ab intestato* in der Klasse *unde vir et uxor* ist die nach *ius civile* wirksame Ehe im Zeitpunkt des Todes. Mit dieser Anerkennung eines Ehegattenerbrechts verzichtet der Prätor auf eine bis dahin unentbehrliche Voraussetzung der Intestaterbfolge: die Verwandtschaft.

Als Rechtfertigung für die gegenüber dem *ius civile* veränderten Standards des prätorischen Rechts gilt den Juristen die Billigkeit (*aequitas*):

#### D. 37.1.6.1 Paulus 41 ad edictum

*Bonorum possessionis beneficium multiplex est: Nam quaedam bonorum possessiones competunt contra voluntatem, quaedam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus ius legitimum vel non habentibus propter capitis deminutionem. Quamvis enim iure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor. [...].*

Der Vorteil des Nachlassbesitzes ist vielgestaltig: Denn einige Arten der *bonorum possessio* stehen gegen den Willen, einige in Übereinstimmung mit dem Willen der Verstorbenen zu; und sie stehen gewiss denjenigen zu, die ohne Testament ein gesetzliches Erbrecht haben, aber auch denjenigen, die wegen eines Statusverlusts (*capitis deminutio*) kein solches Recht haben. Obwohl nämlich nach *ius civile* die Kinder, die wegen eines Statusverlustes (*capitis deminutio*) aufgehört haben, Haus-erben zu sein, kein Recht haben, hebt der Prätor wegen der Billigkeit gleichwohl den Statusverlust auf. [...].

Die Zulassung der emanzipierten Kinder zur Intestaterbfolge bildet die wichtigste Abweichung des prätorischen Erbrechts von der Ordnung des *ius civile*. Sie wird von Paulus (3. Jahrhundert n. Chr.) als „billig und gerecht“ angesehen, weil der Prätor alle Abkömmlinge gleich behandelt und sie unabhängig vom Vorliegen eines Gewaltverhältnisses zur Erbfolge nach ihrem Vater zulässt. Die im *ius civile* selbstverständliche Bindung des Erbrechts der Kinder an die Hausgewalt ist damit aufgehoben. Maßgeblich ist fortan das Kindschaftsverhältnis zwischen Erblasser und Erbe.

Die unterschiedlichen Vorgaben der Intestaterbfolge nach *ius civile* und *ius praetorium* können im Einzelfall zu Widersprüchen führen.

### 3.3 Konkurrenz zwischen *ius civile* und *ius praetorium*

Zwar besteht aus einer formalistischen Sicht keine Konkurrenz zwischen der prätorischen und der zivilen Erbfolge, weil der Prätor – wie gesehen (Kap. 3.2) – keinen Erben im Sinne des *ius civile* schaffen kann. Die Einweisung in den Nachlassbesitz eröffnet dem Berechtigten aber die Möglichkeit, die Erbenstellung nach *ius civile* zu ersitzen (Kap. 4.1.4). Weist der Prätor mithin einen nach *ius civile* nicht berechtigten Antragsteller in den Nachlassbesitz ein, gefährdet dies die Rechtsposition des zivilen Erben, da er nach Fristablauf seine Erbenstellung verliert. Da die Erbberechtigungen nach *ius civile* und *ius praetorium* nicht übereinstimmen, muss jeweils festgestellt werden, ob die Einweisung in den Nachlassbesitz Ersitzungsfolgen hat oder nicht, der Nachlassbesitz sich also im Ergebnis gegenüber dem Erbrecht nach *ius civile* durchsetzt oder dem zivilen Erben nicht entgegengehalten werden kann.

Kann der Nachlassbesitzer dem zivilen Erben die Erbenstellung tatsächlich streitig machen, sprechen die Juristen von einer *bonorum possessio* mit Sachzugriff (*cum re*); ist die Einweisung in den Nachlassbesitz dem zivilen Erben gegenüber dagegen ohne Wirkung, ist die *bonorum possessio ab intestato* ohne Sachzugriff (*sine re*) erteilt worden.

#### 3.3.1 *Bonorum possessio sine re – cum re*

Die *bonorum possessio ab intestato* ohne Sachzugriff (*sine re*) bedeutet, dass der Prätor den Vorrang des zivilen Erbrechts anerkennt. Dies gilt vor allem dann, wenn der nach *ius civile* Berechtigte auch nach *ius praetorium* Vorrang vor dem *bonorum possessor* genießen würde:

Gai. 3,36

*Nam si verbi gratia iure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo, quod iure civili heres sit, nihilo minus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit.*

Wenn nämlich zum Beispiel ein Erbe, der in einem wirksam errichteten Testament eingesetzt worden ist, die Erbschaft förmlich angenommen hat, aber den

Nachlassbesitz gemäß dem Testament nicht beantragen wollte, weil er mit der Erbenstellung nach *ius civile* zufrieden war, so können trotzdem diejenigen, die zur Erbschaft berufen wären, wenn kein Testament errichtet worden wäre, den Nachlassbesitz beantragen; jedoch steht ihnen die Erbschaft ohne Sachzugriff (*sine re*) zu, da ihnen der Testamentserbe die Erbschaft entziehen kann.

Hat sich der nach *ius civile* berufene Testamentserbe mit der Erbenstellung nach *ius civile* begnügt, also auf die Beantragung der *bonorum possessio* verzichtet, steht den prätorischen Intestaterben der Antrag auf Erteilung der *bonorum possessio ab intestato* offen. Da kein vorrangiger Antrag auf den Nachlassbesitz nach dem Testament vorliegt, wird der Prätor dem Antrag der Intestaterben entsprechen, denn formal sind die Voraussetzungen der prätorischen Intestaterbfolge erfüllt. Allerdings wird der Prätor den Intestaterben nur die *bonorum possessio sine re* erteilen, da auch nach *ius praetorium* die testamentarische Erbfolge der Intestaterbfolge vorgeht.<sup>12</sup>

Zugunsten des *ius civile* entscheidet der Prätor auch dann, wenn der *bonorum possessor ab intestato* mit einem vorrangig berechtigten Intestaterben konkurriert:

*Gai. 3,37*

*Idem iuris est, si intestato aliquo mortuo suus heres noluerit petere bonorum possessionem, contentus legitimo iure. Nam et agnato competit quidem bonorum possessio, sed sine re, quia evinci hereditas a suo herede potest. Et illud convenienter: si ad agnatum iure civili pertinet hereditas et is adierit hereditatem, sed si bonorum possessionem petere noluerit, et si quis ex proximis cognatis petierit, sine re habebit bonorum possessionem propter eandem rationem.*

Dasselbe Recht gilt, wenn jemand ohne Testament verstorben war und sein Hauserbe den Nachlassbesitz nicht beantragen wollte, weil er mit dem gesetzlichen Erbrecht zufrieden war. Denn auch dem Agnaten steht der Nachlassbesitz zwar zu, aber ohne Sachzugriff (*sine re*), weil ihm die Erbschaft von seinem Hauserben entzogen werden kann. Und jenes trifft in gleicher Weise zu, wenn die Erbschaft einem Agnaten nach *ius civile* zusteht und dieser die Erbschaft angetreten hat, er aber den Nachlassbesitz nicht beantragen wollte. Und wenn einer von den nächsten Kognaten den Antrag gestellt hat, so wird er den Nachlassbesitz aus demselben Grund ohne Sachzugriff (*sine re*) haben.

<sup>12</sup> Die *bonorum possessio sine re* ist zwar gegenüber dem zivilen Erben ohne Wirkung, vermittelt dem Inhaber aber Schutz gegenüber Dritten, die die Erbschaft für sich beanspruchen oder der Erbschaft Sachen entziehen.

Auch dieser Konflikt kommt dadurch zustande, dass sich der Erbe mit der zivilrechtlichen Position zufriedengegeben, also auf die Beantragung der *bonorum possessio ab intestato* verzichtet hat. In casu handelt es sich um Hauserben, die auch nach *ius praetorium*, und zwar sowohl in der ersten als auch in der zweiten Klasse, zum Nachlassbesitz berechtigt gewesen wären. Angesichts ihrer Untätigkeit beantragt nun der nachrangig berechtigte *agnatus proximus* die *bonorum possessio ab intestato*. Da kein vorrangig zu berücksichtigender Antrag vorliegt, wird der Prätor diesem Antrag entsprechen. Allerdings wird er die vorrangige zivilrechtliche Stellung der Hauserben berücksichtigen und dem gradnächsten Agnaten nur die *bonorum possessio ab intestato* ohne Sachzugriff (*sine re*) zuweisen.

Während in den geschilderten Fällen ein klarer Vorrang der zivilen Erbenstellung vor dem prätorischen Recht besteht, führt das Zusammentreffen zwischen nachrückenden Hauserben (Enkeln) und dem *emancipatus* (Sohn) des Erblassers zu einer Spaltung der Intestaterbfolge nach *ius civile* und *ius praetorium* (Kap. 3.2.2). Dieser Konflikt wird erst im Kaiserrecht im Rahmen der Ediktsredaktion unter Kaiser Hadrian (130 n. Chr.) einer Lösung zugeführt. Der Terminologie der römischen Juristen entsprechend (Kap. 2.2.3), ist diese Neuerung im Rahmen des *ius praetorium* zu behandeln.

### 3.3.2 *Nova clausula Iuliani* im Intestaterbrecht

Der in Kaiser Hadrians Reform eingeführte Abschnitt des prätorischen Edikts wird als neue Klausel Julians (*nova clausula Iuliani*) bezeichnet, was auf den Urheber der Regelung, den Juristen Julian (2. Jahrhundert n. Chr.), verweist.

#### *D. 38.6.5pr. Pomponius 4 ad Sabinum*

*Si quis ex his, quibus bonorum possessionem praetor pollicetur, in potestate parentis, de cuius bonis agitur, cum is moritur, non fuerit, ei liberisque, quos in eiusdem familia habebit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit neque nominatim exheredes scripti erunt, bonorum possessio eius partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate permansisset [...].*

Wenn sich jemand von denjenigen, denen der Prätor die *bonorum possessio* verspricht, nicht in der Gewalt des Vaters, um dessen Nachlass es geht, befand, als jener verstarb, wird ihm und den Kindern, die er in der Familie desselben [Vaters] haben wird, wenn diesen die Erbschaft in seinem Namen zustehen wird und sie nicht ausdrücklich enterbt worden sind, die *bonorum possessio* für diesen Anteil erteilt, der ihm gehören würde, wenn er in der Gewalt verblieben wäre [...].

Die Klausel sieht vor, dass bei Zusammentreffen eines emanzipierten Sohnes (als vorrangig Berechtigtem nach *ius praetorium*) mit den in der Gewalt des Großvaters verbliebenen Enkeln (als Hauserben nach *ius civile*) der (fiktive) Erbteil des Sohnes zwischen dem Sohn und seinen Kindern zu teilen ist. Somit sind sowohl der prätorische als auch der zivile Intestaterbe zur Erbfolge berufen. Diese innovative Lösung, die nur als Aufteilung der *bonorum possessio ab intestato* zwischen Enkeln und Sohn vorstellbar ist, bedeutet einen Kompromiss zwischen den Anforderungen des *ius civile* und denen des *ius praetorium*: So wird dem *ius civile* dadurch Genüge getan, dass die in die Position von Hauserben nachrückenden Enkel am Erbteil ihres Vaters beteiligt werden; dem *ius praetorium* dagegen entspricht, dass der *emancipatus* gleichberechtigt mit den in der Gewalt verbliebenen Abkömmlingen berufen ist. Gleichzeitig wahrt die *nova clausula Iuliani* die Interessen der weiteren Abkömmlinge, etwa der weiteren Geschwister des *emancipatus*, indem sie den *emancipatus* und seine Kinder nur auf den fiktiven Erbteil des Sohnes beruft. Somit bleibt das Stammesprinzip gewahrt, das für die Geschwister sowohl nach *ius civile* als auch nach *ius praetorium* Gültigkeit beansprucht.

#### Übersicht 10: *Nova clausula Iuliani*

		Großvater (Erblasser)		
Sohn 1	Sohn 2	<i>emancipatus</i> : 1/8		Tochter
		Enkel 1: 1/16	Enkel 2: 1/16	
1/4	1/4	1/4		1/4

Die *nova clausula Iuliani* belegt, dass die Juristen der Kaiserzeit nicht nur Einzelfallentscheidungen trafen, sondern auch versuchten, ein kohärentes System des Intestaterbrechts zu schaffen und Widersprüche zwischen *ius civile* und *ius praetorium* aufzulösen.

Über diese Korrekturen des *ius praetorium* hinaus ordnen zwei Reformen des Kaiserrechts auch ein Intestaterbrecht der Mutter nach ihren Kindern sowie ein Intestaterbrecht der Kinder nach ihrer Mutter an.

### 3.4 Kaiserrechtliche Korrekturen

Nach *ius civile* sind Mütter und ihre Kinder nicht (agnatisch) verwandt und daher nicht gegenseitig erbberechtigt (Kap. 3.1.4); nach prätorischem Recht können sie den Nachlassbesitz voneinander erst im Rahmen der dritten Klasse als Blutsverwandte

(*unde cognati*) verlangen (Kap. 3.2.2). Diese Möglichkeit hilft allerdings dann nicht, wenn zivile Erben vorhanden sind, die aufgrund der ersten Klasse (*unde liberi*) oder der zweiten Klasse (*unde legitimi*) des *ius praetorium* vorrangig zum Zuge kommen. Die fehlende Intestaterbfolge zwischen Mutter und Kindern wird durch zwei Senatsbeschlüsse aus dem 2. Jahrhundert n. Chr. eingeführt.

### 3.4.1 *Senatusconsultum Tertullianum*

Das erste, aus der Zeit des Kaisers Hadrian (117–138 n. Chr.) stammende *senatusconsultum Tertullianum* regelt die Erbfolge der Mutter nach ihren Kindern:

#### *Inst. 3.3.2*

*Postea autem senatusconsulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviae deferenda cautum est: Ut mater ingenua trium liberorum ius habens, [...] ad bona filiorum filiarumve admittatur intestatorum mortuorum, licet in potestate parentis est, ut scilicet, cum alieno iuri subiecta est, iussu eius adeat cuius iuri subiecta est.*

Später aber ist durch das *senatusconsultum Tertullianum*, das zu Zeiten des vergöttlichten Kaisers Hadrian abgefasst worden ist, hinsichtlich der Übertragung der traurigen Erbfolge auf die Mutter, nicht auch auf die Großmutter sehr ausführlich angeordnet worden, dass eine freigeborene Mutter, die das Dreikinderrecht hat, [...] zur Erbfolge ihrer testamentslos verstorbenen Söhne oder Töchter zugelassen wird, auch wenn sie sich in der Gewalt ihres Vaters befindet, so dass sie natürlich, weil sie fremdem Recht unterworfen wurde, auf den Befehl desjenigen hin, dessen Recht sie unterworfen ist, die Erbschaft antritt.

Voraussetzung für die Erbberechtigung der Mutter nach ihrem gewaltfreien und damit vermögensfähigen Kind ist, dass sie selbst freie Römerin *sui iuris* ist und bereits drei Kinder geboren hat. Das Dreikinderrecht entstammt der Ehegesetzgebung des Kaisers Augustus (27 v. Chr.–14. n. Chr.) und sichert der Frau dort die testamentarisch erworbenen Vorteile (Kap. 4.3). Frauen, die weniger als drei (eheliche) Kinder geboren haben und das Dreikinderrecht (*ius trium liberorum*) auch nicht als Privileg verliehen erhalten haben, verlieren den ihnen durch Testament zugewandten Nachlassteil. Der hadrianische Senatsbeschluss geht über diese Regelung hinaus, indem er der gewaltfreien, freigeborenen Frau mit drei Kindern ein eigenes Intestaterbrecht nach den aus der Gewalt des Vaters entlassenen Kindern verspricht. Danach kann die Mutter für sich selbst die Erbschaft ihrer Kinder erwerben.

Das neu geschaffene Intestaterbrecht der Mutter steht allerdings hinter vorrangigen Erbberechtigungen zurück:

### *Inst. 3.3.3*

*Praeferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt [...]. Sed et filiae suae mortuae filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctae, id est aviae suae. Pater quoque utriusque, non etiam avus vel proavus, matri antepositur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii quam filiae excludat matrem: Soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur: Sed si fuerat frater et soror consanguinei et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludat, communis autem erat hereditas ex aequis partibus fratri et sorori.*

Der Mutter aber werden diejenigen Kinder des Verstorbenen vorgezogen, die Haus-erben sind [...]. Aber auch der Sohn oder die Tochter seiner verstorbenen Tochter werden nach den Konstitutionen vor der Mutter der Verstorbenen, das heißt vor der Großmutter, berücksichtigt. Auch wird der Vater von beiden, nicht auch der Großvater oder Urgroßvater, der Mutter vorgezogen, wenn nämlich zwischen ihnen allein über die Erbschaft verhandelt wird. Der von der Vaterseite stammende Bruder aber sowohl eines [vorverstorbenen] Sohnes als auch einer [vorverstorbenen] Tochter schloß die Mutter aus: Eine von der Vaterseite stammende Schwester hingegen wurde mit der Mutter zugleich zugelassen. Wenn aber ein von der Vaterseite stammender Bruder, eine von der Vaterseite stammende Schwester und eine durch Kinder ausgezeichnete Mutter vorhanden waren, schloß zwar der Bruder die Mutter aus, aber die Erbschaft gehörte dem Bruder und der Schwester gemeinsam zu gleichen Teilen.

Vorrang vor der Mutter genießen zunächst die Hauserben des Erblassers und die Abkömmlinge der Tochter, die als erste zur Intestaterbfolge berufen sind. An zweiter Stelle steht der Vater des verstorbenen Kindes. Auch der von der Vaterseite stammende Bruder des Verstorbenen schließt die Mutter aus, während die von der Vaterseite stammende Schwester gleichzeitig mit der Mutter zugelassen wird. Bei Zusammentreffen von Bruder und Schwester von der Vaterseite bleibt es beim Ausschluss der Mutter, so dass die Erbschaft beiden Geschwistern zu gleichen Teilen gehört. Diese Regelung gilt auch und gerade dann, wenn die Geschwister des Erblassers ausschließlich Abkömmlinge des Vaters sind, zum Beispiel aus einer weiteren Ehe des Vaters mit einer anderen Frau stammen.

Im Ausschluss der Mutter bei Überleben eines Bruders von der Vaterseite ist erneut das Bestreben erkennbar, unterschiedliche Familienvermögen getrennt zu halten. Der

Bruder von der Vaterseite setzt nämlich die agnatische Familie, zu der auch der Erblasser gehörte, fort. Für die Mutter des Erblassers, die regelmäßig nicht Teil dieser Familie ist, hat diese Betrachtungsweise zur Folge, dass sie neben einem Bruder erst an vierter Stelle zur Intestaterbfolge berufen ist. Nur mit einer Schwester des Erblassers von der Vaterseite (*consanguinitas*) kann die Mutter schon an dritter Stelle die Intestaterbfolge erhalten.

#### Übersicht 11: Rangfolge der Erbschaft der Mutter nach ihrem Kind

Kind (Erblasser)	Hauserben: Abkömmlinge	Vaterseite			Mutterseite
		Vater	Bruder väterlicherseits	Schwester väterlicherseits	Mutter
			Schwester väterlicherseits	Mutter	
	1.	2.	3.		4.

Die im Senatsbeschluss postulierte Reihenfolge der Intestaterben des Kindes beruht auf einer originellen Kombination bereits bekannter Prinzipien: Der Vorrang der eigenen Hauskinder des verstorbenen Sohnes entspricht dem *ius civile* ebenso wie das vorrangige Erbrecht des Vaters als (früherer) *proximus agnatus* vor der nur kognatisch verwandten Mutter.<sup>13</sup> Auch die Bevorzugung der Geschwister väterlicherseits (*consanguinei*) erklärt sich aus der in der Interpretation des *ius civile* angetroffenen Begrenzung der Erbberechtigung von Frauen nach dem zweiten Verwandtschaftsgrad (Kap. 3.1.4). Die Berücksichtigung der Kinder einer verstorbenen Tochter (Abkömmlinge der weiblichen Erblasserin) sowie die Anerkennung des mütterlichen Erbrechts sind dagegen Neuerungen, die in ihrem Schutz der kognatischen Verwandtschaft noch über das prätorische Edikt hinausgehen, da sie die Mutterschaft als Verwandtschaft nach *ius civile* anerkennen. Allerdings wäre die Mutter auch nach *ius praetorium* in der Klasse *unde cognati* zum Nachlassbesitz berechtigt gewesen (Kap. 3.2.2). Die Bedeutung des *senatusconsultum Tertullianum* liegt daher vorrangig darin, dass es der Mutter die Erbenstellung nach *ius civile* zuweist. Diese Ergänzung der zivilen Intestaterbfolge hat

13 Dabei ist zu beachten, dass das „Kind“, wenn es aus der Gewalt entlassen wurde, nicht mehr agnatisch verwandt ist. Die Stellung des Vaters erklärt sich daher aus der Position als Freilasser aus der Gewalt. Kinder, die außerhalb einer Ehe, also von vornherein gewaltfrei geboren waren, wurden erst durch die spätere Juristeninterpretation unter das *senatusconsultum Tertullianum* gezogen.

auf Ebene des *ius praetorium* zur Folge, dass die Mutter von der Klasse der Kognaten (*unde cognati*) in die Klasse der gesetzlichen Erben (*unde legitimi*) aufrückt.

Schon die Konkurrenzregelung zeigt, dass das *senatusconsultum Tertullianum* das bestehende Intestaterbrecht des *ius civile* und *ius praetorium* nicht vollständig verdrängt, sondern ergänzt. Die kaiserzeitlichen Juristen sprechen insoweit explizit von einer Abstimmung zwischen dem neuen Recht (*ius novum*) des Senatsbeschlusses und dem überkommenen alten Recht (*ius antiquum*).

### 3.4.2 *Ius novum* und *ius antiquum*

Da das *senatusconsultum Tertullianum* nur punktuell das Erbrecht der Mutter regelt, erlaubt es keine Zuweisung der Erbenstellung, wenn nicht die Mutter, sondern ihre Konkurrenten als Intestaterben zum Zuge kommen.

Die von den Juristen vorgenommene Prüfung der Erbberechtigung ist daher mehrstufig: Sie prüfen zunächst, ob die Mutter nach der Regelung des *senatusconsultum Tertullianum* als Intestaterbin berufen ist, wenden also *ius novum* an. Wie gesehen, gilt es bei dessen Anwendung allerdings zu berücksichtigen, dass andere Erbberechtigte der Mutter vorgehen. Der Vorrang dieser Personen wird im Rahmen des *ius novum* nur als Voraussetzung für das mütterliche Erbrecht, also gleichsam hypothetisch, untersucht. Tritt im Rahmen dieser hypothetischen Prüfung zu Tage, dass der Vorrang besteht, endet die Prüfung des *senatusconsultum Tertullianum* und die Erbfolge wird nach *ius civile* und *ius praetorium* entschieden. Erst wenn keiner der nach *ius antiquum* Berechtigten die Erbschaft annimmt, kann erneut untersucht werden, ob die Mutter die Erbschaft nach dem *senatusconsultum Tertullianum* erwerben kann. Nimmt die Mutter, nachdem ihr Erbrecht aufgrund des Senatsbeschlusses festgestellt worden ist, die Erbschaft an, ist das Verfahren um den Nachlass beendet. Schlägt sie aus, kommt (erneut) das alte Recht zur Anwendung:

#### D. 38.17.2.20 Ulpianus 13 ad Sabinum

*Si mater hereditatem filii filiaeve non adierit ex senatusconsulto Tertulliano, in bonorum possessione antiquum ius servandum est: Cum enim cesset praelatio matre omittente senatusconsulti beneficium, ius succedit vetus.*

Wenn die Mutter die Erbschaft eines Sohnes oder einer Tochter nach dem *senatusconsultum Tertullianum* nicht angetreten hat, so muss hinsichtlich des Nachlassbesitzes das alte Recht (*antiquum ius*) beachtet werden; weil nämlich das Vorzugsrecht endete, als die Mutter den Vorteil des Senatsbeschlusses aufgab, tritt [nun] das alte Recht an seine Stelle.

Nach *ius antiquum* können sowohl die nach *ius civile* als auch die nach *ius praetorium* berufenen Intestaterben die Erbschaft antreten. Soweit die Mutter als kognatische Verwandte im Rahmen der *bonorum possessio ab intestato* zur Erbfolge berufen ist, kann auch sie nach diesem Recht nochmals zum Zuge kommen. Allerdings beschränkt sich ihre Erbberechtigung auf die Klasse *unde cognati*. Ihr Recht, sich auf den Senatsbeschluss zu berufen und in der Klasse *unde legitimi* den Nachlassbesitz zu beantragen, hat sie durch den Verzicht auf das zivile Erbrecht verloren.

Umgekehrt bleibt, wenn sie nur auf den Antrag auf *bonorum possessio ab intestato* verzichtet hat, das nach *ius civile* bestehende Erbrecht unberührt:

*D. 38.17.2.21 Ulpianus 13 ad Sabinum*

*Sed si mater repudiaverit bonorum possessionem, de adeunda autem hereditate deliberet, dicendum erit agnatum non succedere, quoniam nondum verum est non adisse matrem.*

Aber wenn die Mutter den Nachlassbesitz abgelehnt hat, über den Antritt der Erbschaft gleichwohl nachdenkt, wird man sagen müssen, dass der agnatische Verwandte in der Erbfolge nicht nachrückt, weil ja noch nicht zutrifft, dass die Mutter nicht angetreten hat.

Die Mutter hat auf die Beantragung der *bonorum possessio ab intestato* (in der Klasse *unde legitimi*) verzichtet, nicht aber das zivile Erbrecht abgelehnt. Damit ist die Anwendungsprüfung des Senatsbeschlusses noch nicht beendet, vielmehr ist in der Schwebe, ob das *ius novum* oder die Intestaterbfolge nach *ius antiquum* Anwendung findet. Aus diesem Grund wird es dem *agnatus proximus*, der nach *ius civile* nach den Hauskindern erbberechtigt wäre, verwehrt, die Erbschaft anzutreten. Erst wenn die Mutter die Erbschaft definitiv ausgeschlagen hat, kommt mit der Anwendung des alten Rechts auch die Agnatenerbfolge nach *ius civile* zum Zuge. Die Alternativen bei der Anwendung des *senatusconsultum Tertullianum* sind in Übersicht 12 zusammengefasst:

Übersicht 12: Anwendungsprüfung von *ius novum* und *ius antiquum*

<b><i>senatusconsultum Tertullianum:</i></b> <b>Ist die Mutter erbberechtigt?</b>	Ja: Sie kann antreten oder verzichten.
	Nein: Das <i>ius antiquum</i> kommt zur Anwendung.
<b><i>ius antiquum:</i></b> <b>Wer ist nach <i>ius antiquum</i> berufen?</b>	<i>ius civile:</i> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Hauserben</li> <li>▪ <i>agnatus proximus</i></li> </ul> <i>ius praetorium:</i> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Abkömmlinge</li> <li>▪ Gesetzliche Erben</li> <li>▪ Kognaten</li> </ul>
	Auch die Mutter kann im Rahmen der <i>bonorum possessio ab intestato</i> als Kognatin berufen werden.
<b><i>ius antiquum:</i></b> <b>Ist ein antrittswilliger Erbe vorhanden?</b>	Ja: Der Antrittswillige wird Erbe.
	Nein: Wenn die Mutter bisher nicht erbberechtigt war, kann sie nach <i>senatusconsultum Tertullianum</i> erben.

3.4.3 *Senatusconsultum Orfitianum*

Eine vergleichbare Gemengelage ergibt sich für das Erbrecht der Kinder nach ihrer Mutter, das durch ein *senatusconsultum Orfitianum* im Jahre 178 n. Chr. eingeführt wurde:

*Inst. 3.4pr.*

*Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatusconsulto Orfitiano effectum est, quod latum est Orfito et Rufo consulibus, divi Marci temporibus. Et data est tam filio quam filiae legitima hereditas, etiamsi alieno iuri subiecti sunt: Et praeferuntur et consanguineis et adgnatis defunctae matris.*

Dass im Gegenteil aber die Kinder zum Nachlass ihrer testamentslos verstorbenen Mütter zugelassen werden, ist durch das *senatusconsultum Orfitianum* zustande gebracht worden, das unter dem Konsulat des Orfitus und des Rufus zu Zeiten des vergöttlichten Kaisers Mark Aurel ergangen ist. Und sowohl dem Sohn als auch der Tochter ist die gesetzliche Erbfolge gewährt worden, auch wenn sie fremdem Recht unterworfen worden sind. Und sie werden sowohl den blutsverwandten Geschwistern als auch den agnatischen Verwandten der verstorbenen Mutter vorgezogen.

Der Senatsbeschluss, der auf Kaiser Mark Aurel (161–180 n. Chr.) zurückgeführt wird, gewährt den Kindern ein Intestaterbrecht nach der Mutter, das dem Intestaterbrecht

der Agnaten (nach *ius civile*) wie der Kognaten (nach *ius praetorium*) vorgeht. Auf diese Weise verdrängt das kaiserliche Intestaterbrecht die bestehende Erbfolgeordnung des *ius civile*:

*D. 38.17.1.9 Ulpianus 12 ad Sabinum*

„*Si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto.*“ *Hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat: Itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio ad crescet. [...].*

„Wenn niemand von den Kindern oder von denen, welchen die gesetzmäßige Erbschaft gleichzeitig anfällt, will, dass diese Erbschaft ihm gehöre, soll das alte Recht gelten.“ Dies wird deswegen gesagt, damit, solange nur ein Sohn will, dass die gesetzliche Erbschaft ihm gehöre, das alte Recht nicht zur Anwendung kommt. Wenn daher von zweien der eine die Erbschaft angetreten hat, der andere sie ausgeschlagen hat, wächst diesem [dem ersten] der Anteil an. [...].

Ulpian (3. Jahrhundert n. Chr.) setzt sich mit dem Wortlaut des Senatsbeschlusses auseinander, in dem die Fortgeltung des alten Rechts nur für den Fall angeordnet wird, dass kein Erbe nach dem *ius novum* antritt. Das alte Recht sei solange ausgeschlossen, wie sich wenigstens ein Kind bereit findet, das Erbe der Mutter anzutreten. Nur wenn alle Kinder ausgeschlagen, können die Intestaterben des *ius civile* und des *ius praetorium* zum Zuge kommen. Da dem Kind ein vorrangiges Erbrecht nach seiner Mutter gewährt wird, das heißt eine hauserbenähnliche Stellung, ist die Abstimmung zwischen *ius antiquum* und *ius novum* im Fall des *senatusconsultum Orfitianum* weniger schwierig als beim *senatusconsultum Tertullianum*: Das kaiserliche Erbrecht der Kinder geht so lange vor, bis alle Kinder ausgeschlagen haben.

Auch das *senatusconsultum Orfitianum* begründet *ius civile*, greift also in die zivile Erbfolgeordnung ein, die ihrerseits auf das *ius praetorium* zurückwirkt:

*D. 38.17.6.1 Paulus liber singularis ad senatusconsultum Orfitianum*

*Filius, qui se nolle adire hereditatem matris dixit, an potest mutata voluntate adire, antequam consanguineus vel adgnatus adierit, videndum propter haec verba „si nemo filiorum volet hereditatem suscipere“, quia extensiva sunt. Et cum verba extensiva sint, paenitentia eius usque ad annum admittenda est, cum et ipsa filii bonorum possessio annalis est.*

Man muss erwägen, ob der Sohn, der gesagt hat, dass er die Erbschaft der Mutter nicht antreten will, nach der Änderung seiner Meinung antreten kann, bevor ein

Verwandter von der Vaterseite oder ein agnatischer Verwandter angetreten ist, und zwar wegen folgender Worte: „Wenn keines der Kinder die Erbschaft übernehmen will“, weil sie sehr weit gefasst sind. Und da der Wortlaut so weit gefasst ist, ist seine Reue nur ein Jahr lang zuzulassen, weil die *bonorum possessio* des Kindes auch selbst auf ein Jahr beschränkt ist.

In dem von Paulus behandelten Fall hat der Sohn, der auf das zivile Erbrecht nach dem Senatsbeschluss verzichtet hat, die *bonorum possessio ab intestato* nach der Mutter verlangt. Da der Nachlassbesitz in der Klasse *unde legitimi* auf das zivile Erbrecht des *senatusconsultum Orfitianum* gestützt wird, stellt sich die Frage, ob der zivile Verzicht auch das prätorische Erbrecht erfasst. Paulus (3. Jahrhundert n. Chr.) entscheidet, dass der Verzicht auf die zivile Erbenstellung dem Antrag auf die *bonorum possessio ab intestato* nicht entgegensteht, weil der Senatsbeschluss das Kind nur dann ausschliesse, wenn es auf beide Erbberechtigungen verzichtet habe. Das *ius antiquum* kommt daher nur dann zur Anwendung, wenn der Sohn sowohl die Erbenstellung nach *ius civile* als auch – gegebenenfalls durch Verstreichenlassen der Antragsfristen – den Nachlassbesitz *ab intestato* nicht übernehmen will.

Auf diese Weise wird der Sohn, der nach dem *senatusconsultum Orfitianum* den Nachlassbesitz *unde legitimi* nach der Mutter erlangen will, besser gestellt als die Mutter, die nach dem *senatusconsultum Tertullianum* den Nachlassbesitz *unde legitimi* als Erbin ihres Kindes beantragt. Wie gesehen (Kap. 3.4.2), wird die Mutter nämlich von der *bonorum possessio ab intestato* in der Klasse *unde legitimi* ausgeschlossen, wenn sie den Erbschaftsantritt (*aditio hereditatis*) nach *ius civile* verweigert hat. Dagegen wird dem Kind, das auf das zivile Erbrecht nach dem *senatusconsultum Orfitianum* verzichtet, die *bonorum possessio ab intestato* in der Klasse *unde legitimi* zugestanden. Paulus rechtfertigt diesen Unterschied mit dem Hinweis auf den Wortlaut des Senatsbeschlusses. Hinzukommen dürfte, dass das Erbrecht der Mutter auch sonst von dem Verzicht vorrangig Berechtigter (nach *ius civile* und *ius praetorium*) abhängt, während die Kinder alle übrigen Berechtigten (nach *ius civile* und *ius praetorium*) verdrängen. Das *ius antiquum* und damit die Verdrängung der Regelung des Senatsbeschlusses treten beim *senatusconsultum Orfitianum* erst dann ein, wenn alle Kinder auf die ihnen offenstehenden Formen der Intestaterbfolge verzichtet haben. Dagegen kommt es bei Anwendung des *senatusconsultum Tertullianum* schon bei der Prüfung der Erbberechtigung der Mutter zur Frage, ob ein vorrangig Berechtigter die *bonorum possessio ab intestato* verlangt hat oder hätte verlangen können. Auch wenn die Juristen die Anwendung des *ius novum* vom *ius antiquum* trennten, erfolgte auf diese Weise beim *senatusconsultum Tertullianum* kein klarer

Schnitt zwischen beiden Rechtsschichten, wie er für das *senatusconsultum Orfitianum* durch die Vorrangregel ermöglicht wird.

Dass die Kinder der Mutter durch das kaiserliche Intestaterbrecht besser gestellt wurden als die Mutter als Intestaterbin der Kinder, ergibt sich dabei schon aus der bei Kaiser Justinian (527–565 n. Chr.) mitgeteilten Konkurrenzregel zwischen den Kindern der Tochter und der nach dem *senatusconsultum Tertullianum* erbberechtigten Mutter (Kap. 3.4.1). Wie gesehen, gehen nämlich die Kinder, die nach dem *senatusconsultum Orfitianum* zu Erben der Tochter berufen werden, der Mutter, die nach dem *Senatsconsultum Tertullianum* erbberechtigt ist, vor. Innerhalb des *ius novum* genießt also das *senatusconsultum Orfitianum* Vorrang vor dem *senatusconsultum Tertullianum*.

Die beiden Senatsbeschlüsse bilden den Endpunkt der Entwicklung des antiken römischen Intestaterbrechts, wenngleich nachfolgende Reskripte und Einzelfallentscheidungen das beschriebene System weiter verfeinert haben. Daher kann von den beiden Senatsbeschlüssen aus ein zusammenfassender Rückblick auf die Rechtsschichten des Intestaterbrechts und ihre Entwicklung unternommen werden.

### 3.5 Fazit zum Intestaterbrecht

1. Am Ende der Kaiserzeit stellt sich das römische Intestaterbrecht als Kombination von verschiedenen Regelungen dar: Grundlage ist nach wie vor das im Zwölftafelgesetz von ca. 450 v. Chr. angelegte Intestaterbrecht der Hauskinder und Agnaten. An diese Grundlage anknüpfend bestimmt der Prätor diejenigen, die nacheinander nach Klassen des Edikts zum Antrag auf die *bonorum possessio ab intestato* berufen sind. Ergänzend treten die mit Blick auf das Erbrecht zwischen Müttern und Kindern formulierten Senatsbeschlüsse als *ius novum* hinzu, das direkt in die zivile Ordnung eingreift.

#### Übersicht 13: Rechtsschichten des kaiserzeitlichen Intestaterbrechts

<i>ius antiquum:</i>		<i>ius novum:</i>	
<i>ius civile:</i>	<i>ius praetorium:</i>	<i>ius civile:</i>	<i>ius praetorium:</i>
Hauserben	+ <i>emancipati</i>	+ Kinder der Frau	<i>nova clausula Iuliani</i>
<i>proximus agnatus</i>		+ Kinder der Frau + Mütter	
	Kognaten		
	Ehegatten		

Die Übersicht 13 zeigt, dass sich die verschiedenen Rechtsschichten nicht nur übereinander ablagern, sondern gegenseitig durchdringen. Diese wechselseitige Abhängigkeit kommt zunächst dadurch zum Ausdruck, dass das Kaiserrecht Anordnungen auf Ebene des *ius civile* trifft, also gleichsam in eine frühere Schicht eingreift. Sie ist auch darin erkennbar, dass der kaiserrechtliche Eingriff in das *ius civile* im *ius praetorium* rezipiert wird, also eine Neuordnung der prätorischen Erbfolgeordnung bedingt.

2. Trotz dieser gegenseitigen Abhängigkeit beruhen die verschiedenen Schichten keineswegs auf einer einheitlichen rechtspolitischen Zwecksetzung: Während sich das Erbrecht des *ius civile* als Fortsetzung der agnatischen Familienstruktur über den Tod des Oberhauptes hinaus darstellt, setzt das Intestaterbrecht des *ius praetorium* programmatisch auf die Gleichberechtigung von Abkömmlingen, unabhängig davon, ob sie unter der väterlichen Gewalt stehen oder nur kognatisch verwandt sind. Dabei liegt es in der prozessualen Natur der prätorischen Regelung, dass sie formal keine Veränderung der zivilen Erbrechtsordnung bewirken kann. Der eigentliche Eingriff in das überkommene *ius civile* erfolgt erst in der Kaiserzeit, in der durch *senatusconsulta* abweichendes, neues *ius civile* geschaffen wird, das vor allem die erbrechtliche Stellung der Frauen zu ihren Kindern verbessert. Auf diese Weise wird endgültig der Wechsel zu einem kognatischen Familienmodell vollzogen.

3. Das überkommene agnatische Familienmodell wird dennoch nicht abgeschafft, sondern wirkt in der nach wie vor anerkannten Erbberechtigung des *agnatus proximus*, der auch nach *ius praetorium* (*unde legitimi*) berufen ist, fort. Da mit Ausnahme des Gentilenerbrechts die Intestaterbfolge des *ius civile* neben der prätorischen bestehen bleibt, ergeben sich Widersprüche, namentlich bei der *emancipatio* von Hauskindern zwischen der zivilen und der prätorischen Ordnung. Auch diese Widersprüche werden – wie gesehen (Kap. 3.3.2) – erst durch den stärker systematisierenden Zugriff der Kaiserzeit gelöst, die in der *nova clausula Iuliani* einen Ausgleich zwischen *ius praetorium* und *ius civile* schafft. In diesem Edikt werden beide Schichten miteinander verschmolzen, indem sowohl zivile als auch prätorische Erben nebeneinander zur Intestaterbfolge berufen sind. In dieser Regelung zeigt sich die Tendenz des Kaiserrechts, das Spannungsverhältnis zwischen *ius civile* und *ius praetorium* zugunsten einer einheitlichen, vom *princeps* geprägten Ordnung aufzulösen.

## 4 Die Erbenstellung

Das Intestaterbrecht des *ius civile*, vor allem die Position der Hauserben, zeigt, dass die Erbenstellung nach dem gesetzlichen Modell der Zwölf Tafeln auf der Struktur der agnatischen Familie, das heißt auf dem Gewaltverhältnis des Hausvaters über seine Hauskinder, beruht. Diese Begründung der Erbenstellung aus der Nachfolge in die Gewalt erklärt, warum der Erbe als Nachfolger in die gesamte Rechtsstellung des Erblassers angesehen wird:

*D. 50.17.62 Iulianus 6 digestorum*

*Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit.*

Die Erbschaft ist nichts anderes als die Nachfolge in das gesamte Recht, das der Verstorbene hatte.

Dieses Verständnis der Erbenstellung als Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession, von *successio in universum ius*) wird zu einem nicht bekannten Zeitpunkt auch auf die testamentarische Erbfolge übertragen (Kap. 6.1). Der Erbe wird damit aktiv- und passivlegitimiert für die zuvor in der Person des Erblassers entstandenen Klagen:

*Gai. 4,112*

*Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae competunt aut dari solent. Est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. Sed heredibus [eiusdem videlicet] actoris huiusmodi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio.*

Nicht alle Klagen, die gegen jemanden entweder nach *ius civile* zustehen oder vom Prätor gewährt werden, stehen auch gleichermaßen gegen den Erben zu oder werden gewöhnlich gegen ihn gewährt. Es ist nämlich eine ganz unbestrittene Rechtsregel, dass Strafklagen (*actiones poenales*) aus Delikten weder gegen den Erben zustehen noch gewöhnlich gewährt werden, wie zum Beispiel wegen Diebstahls (*actio furti*), wegen Raubes (*actio vi bonorum raptorum*), wegen

Persönlichkeitsverletzung (*actio iniuriarum*) und widerrechtlicher Schädigung (*damnum iniuria datum*). Aber den Erben des Klägers [natürlich desselben] stehen die Klagen dieser Art zu und werden nicht abgewiesen, mit Ausnahme der Klage wegen Persönlichkeitsverletzung und was sich sonst als andere ähnliche Klage findet.

Die Rechtsnachfolge führt dazu, dass grundsätzlich alle Klagen, die für oder gegen den Erblasser zustehen, auf den Erben übergehen; nur Strafklagen (*actiones poenales*) sind passiv unvererblich. Dagegen erwirbt der Erbe des Klägers alle Strafklagen des Erblassers außer der Klage wegen Persönlichkeitsverletzung (*actio iniuriarum*), was sich aus dem höchstpersönlichen Charakter dieser Klage, die vor allem Beleidigungen und kleinere Körperverletzungen ahndet, erklärt. Diese Nachfolgeregelung gilt sowohl für die nach *ius civile* als auch für die nach *ius praetorium* geprägten Klagen.

Trotz der einheitlichen Definition der Erbenstellung nach *ius civile* herrscht in dieser Rechtsschicht eine strenge Alternativität zwischen dem Testamentsrecht und dem Intestaterbrecht:

#### D. 50.17.7 Pomponius 3 ad Sabinum

*lus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: Earumque rerum naturaliter inter se pugna est „testatus“ et „intestatus“.*

Unser Recht lässt nicht zu, dass ein- und derselbe, der zu den Nichtsoldaten gehört, sowohl mit Testament als auch ohne Testament verstorben ist. Und zwischen beiden Rechtsbereichen – „mit Testament“ und „ohne Testament“ – herrscht naturgegeben ein Widerstreit.

Mit Ausnahme der kaiserlichen Sonderregelung für Soldaten (Kap. 6.4.2) kann das Intestaterbrecht nicht angewendet werden, wenn der Erblasser durch Testamentserben beerbt wird. Es gilt der Satz: „Niemand kann zum Teil mit Testament, zum Teil ohne Testament sterben“ (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere possit*). Nur wenn kein Testamentserbe zur Verfügung steht, kommt die Intestaterbfolge zur Anwendung.

Im Folgenden sind zunächst die Einzelheiten, die sich aus diesen Grundsätzen für den Erbschaftserwerb nach *ius civile* ergeben, zu betrachten, bevor die Ergänzungen und Modifikationen des *ius praetorium* zu würdigen sind. Abschließend sind die persönlichen Voraussetzungen für die Erbenstellung nach *ius civile*, *ius praetorium* und *ius novum* zu kontrastieren.

## 4.1 Der Erbschaftserwerb nach *ius civile*

Die Konsequenzen der Universalsukzession als Merkmal der Erbenstellung nach *ius civile* zeigen sich am deutlichsten an der Miterbengemeinschaft, die schon in den Zwölf Tafeln vorgesehen ist.

### 4.1.1 Die Miterbengemeinschaft

Die Rechtsgemeinschaft der Miterben (*consortium*) entsteht von Rechts wegen zwischen den Hauserben:

*Gai. 3,154a*

[...] *Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diviso: Erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: Ciere autem dividere est: unde caedere et secare et dividere dicimus.*

[...] Denn einst bestand nach dem Tod des Hausvaters unter seinen Hauserben eine gewisse Gesellschaft, die gleichzeitig gesetzlich und natürlich war, die als *societas ercto non cito* bezeichnet wurde, das heißt „Gesellschaft zu ungeteiltem Eigentum“. *Erctum* heißt nämlich Eigentum, wovon sich *erus* als Eigentümer ableitet; *ciere* aber bedeutet „teilen“, weshalb wir *caedere* (zerteilen) sowohl im Sinne von „schneiden“ (*secare*) als auch im Sinne von „teilen“ (*dividere*) sagen.

Hauserben bildeten – wie Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) in einem rechtshistorischen Rückblick erläutert – eine „Gesellschaft zu ungeteiltem Eigentum“ (*societas ercto non cito*). Die Bezeichnung der Gesellschaft *ercto non cito* ist offenbar schon für die Leser des 2. Jahrhunderts n. Chr. nicht mehr ohne weiteres verständlich, denn der Jurist erläutert, dass das Wort *erus* (von *erctum*, „Eigentum“) den Eigentümer bezeichne und *ciere* („schneiden“, davon *non cito*) die Teilung anzeige. Die Bezeichnung belegt, dass die vom Erblasser eingenommene Position ungeteilt auf die Hauserben überging und die Aufteilung des Vermögens erst durch diese selbst erfolgen konnte. Genau wie der Erbschaftserwerb der Hauserben ein natürlicher war (Kap. 3.1.1), war auch ihre Gemeinschaft eine natürliche, denn sie folgte automatisch aus dem Ende des Gewaltverhältnisses und dem gemeinsamen Nachrücken der Hauserben in die Position des Hausvaters. Die Übernahme der ursprünglich nur einer Person zustehenden Verfügungsmacht durch eine Personenmehrheit erklärt die besondere Verfügungsgewalt der einzelnen Mitglieder des *consortium*:

*Gai. 3,154b*

*[...] in hac autem societate fratrum [...] illud proprium erat, [unus] quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat. Item unus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat.*

[...] Mit Blick auf diese Gesellschaft von Brüdern aber [...] war jenes kennzeichnend, dass sogar nur einer von den Gesellschaftern einen gemeinschaftlichen Sklaven durch Freilassung befreite und ihn als Freigelassenen für alle erwarb. Ebenso verschaffte einer die gemeinschaftliche Sache durch Manzipation demjenigen zum Eigentum, der sie in der Manzipation erhielt.

Jeder einzelne Miterbe konnte Verfügungen mit Wirkung für alle vornehmen; es bedurfte also keines gemeinsamen Handelns der Miterben, um wirksam über die Erbschaftsgegenstände zu verfügen. Da die Teilhabe am Familienvermögen Ausdruck der familiären Verbindung und der Nachfolge in die Rechtsposition des gemeinsamen Vaters war, waren Interessengegensätze nicht vorgesehen. Allerdings regelte schon das Zwölftafelgesetz die Möglichkeit, die Gemeinschaft zu beenden und den Nachlass untereinander aufzuteilen.

*V, 9–10 Familiam erciscunto ciento. Si petit, iudicem arbitrumve postulat.*<sup>14</sup>

Sie sollen die *familia* herbeirufen und aufteilen. Wenn er klagt, soll er einen Richter oder Schiedsrichter verlangen.

Diese Regelung geht davon aus, dass die Miterben zunächst selbstständig die Teilung des Vermögens vornehmen. Bei Bedarf kann einer der Miterben einen Richter oder Schiedsrichter anrufen, der die Aufteilung des Vermögens anordnet. Die gerichtliche Erbschaftsteilung betrifft jedoch noch in der Kaiserzeit nur das gegenständlich vorhandene Vermögen, nicht die Schulden aus der Erbschaft. Für die Haftung der Erben bleibt es beim Prinzip der Universalsukzession:

*C. 3.36.6 Gord. (s. a.)*

*Ea quae in nominibus sunt non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt.*

Das, was in Form von Schulforderungen besteht, findet keine Teilung, weil es von Rechts wegen aus dem Zwölftafelgesetz nach Erbschaftsanteilen aufgeteilt wird.

<sup>14</sup> Die Rekonstruktion folgt *Michel Humbert/Andrew D. E. Lewis/Michael H. Crawford, Lex duodecim tabularum*, in: *Michael H. Crawford* (Hrsg.), *Roman Statutes II*, London 1996, 580.

Maßgeblich für die Haftung aus der Erbschaft wie für den Erwerb von Forderungen des Erblassers ist der Erbschaftsanteil; diese dem Erben zufallende Rechtsposition kann er weder aufgeben noch durch Richterspruch verlieren. Daher sind auch Vereinbarungen über die Aufteilung der Erbschaftsschulden ausgeschlossen:

*C. 2.3.26 Dioclet./Maxim. (a. 294)*

*Pactum successorum debitoris ex lege duodecim tabularum aes alienum hereditarium pro portionibus quaesitis singulis ipso iure divisum in solidum unum obligare creditori non potest: [...].*

Ein *pactum* der Erben des Schuldners kann, weil nach dem Gesetz der Zwölftafeln die Erbschaftsschuld von Rechts wegen nach den Erbteilen, die von einzelnen [Miterben] erlangt worden sind, aufgeteilt wird, einen einzelnen [Miterben] zugunsten des Gläubigers nicht auf das Ganze verpflichten: [...].

In dem entschiedenen Fall haben sich Miterben im Rahmen ihrer Auseinandersetzung nicht nur über die Aufteilung der im Nachlass befindlichen Güter, sondern auch über die Schuldenübernahme geeinigt. Das Reskript betont, dass die Vereinbarung nur mit Blick auf die Zuweisung der Güter an einzelne Erben wirksam sei. Die einvernehmliche Aufteilung der Schulden widerspricht dagegen dem Zwölftafelgesetz und kann daher den Gläubigern des Nachlasses nicht entgegengesetzt werden. Im Verhältnis zu den Nachlassgläubigern bleibt es bei der Haftung nach den Erbschaftsanteilen.

In diesem Zusammenhang stehen auch die Regelungen über das Nachrücken von Abkömmlingen der Hauserben in die Stelle des vorverstorbenen Haussohnes (Kap. 3.1.1): Die den Hauserben treffende Haftung geht auf seinen Stamm über.

Die dargestellten Prinzipien der Erbengemeinschaft gelten auch zwischen Testamentserben. Bei Ausfall oder Vorversterben eines testamentarischen Miterben kommt es allerdings nicht zum Nachrücken von Abkömmlingen. Vielmehr wächst der Anteil des ausfallenden Miterben den übrigen an.

#### 4.1.2 Die Anwachsung bei Testamentserben

Diese Anwachsung (Akkreszenz von *accrescere* = „anwachsen“) zwischen Miterben führt dazu, dass, solange testamentarische Erben vorhanden sind, diese zum Zuge kommen und die Intestaterbfolge ausgeschlossen ist. Testamentarische Erbfolge und Intestaterbrecht stehen also in einem Ausschlussverhältnis zueinander, das die Juristen mit dem Grundsatz *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* beschreiben

(Kap. 4). Genau wie die Erbenhaftung steht auch die Anwachsung nicht im Belieben der Erbberechtigten, sondern tritt von Rechts wegen ein:

*D. 29.2.53.1 Gaius 14 ad legem Iuliam et Papiam*

*Qui semel aliqua ex parte heres exstitit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est tacite ei deficientium partes etiam invito ad crescent.*

Wer einmal als Erbe auf irgendeinen Teil angetreten ist, der empfängt die Teile der Wegfallenden, auch ohne dass er es will, das bedeutet, es wachsen ihm im Stillen auch gegen seinen Willen die Teile der Wegfallenden an.

Voraussetzung der Anwachsung ist lediglich, dass der profitierende Miterbe selbst die Erbschaft angenommen hat. Weder muss ihm der Ausfall des anderen bekannt sein, noch muss er sich zur Anwachsung erklären. Wächst der ausfallende Erbteil mehreren an, richtet sich die Anwachsung nach ihren Erbteilen, wie Übersicht 14a verdeutlicht:

Übersicht 14a: Anwachsung bei unterschiedlichen Erbteilen

Erblasser (Testament)			
Miterbe 1: 1/8	Miterbe 2: 1/8	Miterbe 3: 1/2	Miterbe 4: 1/4
tritt nicht an	vorverstorben	Anwachsung: 1/6	Anwachsung: 1/12
		Anwachsung von insgesamt 1/4 des Erbes	

Da der Miterbe 3 nach dem Willen des Testators einen doppelt so großen Erbteil haben soll wie der Miterbe 4, erfolgt auch die Anwachsung des durch den Ausfall von Miterben 1 und 2 entstehenden Anteils von 1/4 entsprechend dieser internen Verteilung. Der Miterbe 3 erhält daher im Wege der Anwachsung 1/6 (2/12), der Miterbe 4 nur 1/12 des Erbteils der Ausfallenden.

Besondere Regeln gelten für die Anwachsung, wenn der Erblasser bei der testamentarischen Erbfolge Gruppen von Erben gebildet hat, innerhalb derer eine Anwachsung bevorzugt stattfinden soll:

*D. 50.16.142 Paulus 6 ad legem Iuliam et Papiam*

*Triplici modo coniunctio intellegitur: Aut enim re per se coniunctio contingit, aut re et verbis, aut verbis tantum. Nec dubium est, quin coniuncti sint, quos et nominum et rei complexus iungit, veluti „Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunt“, vel ita „Titius Maeviusque heredes sunt“, vel „Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunt“. Videamus autem, ne etiam si hos articulos detrahas „et“, „que“, „cum“, interdum*

*tamen coniunctos accipi oporteat, veluti „Lucius Titius, Publius Maevius ex parte dimidia heredes sunt“, vel ita „Publius Maevius, Lucius Titius heredes sunt. Sempronius ex parte dimidia heres esto“, ut Titius et Maevius veniant in partem dimidiam et re et verbis coniuncti videantur. [...].*

Eine Verbindung (*coniunctio*) wird auf dreifache Weise verstanden: Es tritt nämlich die Verbindung entweder durch die Sache an sich (*coniunctio re*) oder durch die Sache und die Worte (*coniunctio re et verbis*) oder nur durch die Worte (*coniunctio verbis*) ein. Und es besteht kein Zweifel, dass diejenigen verbunden sind, die sowohl die Verknüpfung der Namen als auch die Bindung an die Sache vereinigt, zum Beispiel „Titius und Maevius sollen zur Hälfte Erben sein“ oder so „Titius und Maevius sollen Erben sein“ oder „Titius soll mit Maevius zur Hälfte Erbe sein“. Wir wollen aber erwägen, ob sie nicht, auch wenn du diese Bindewörter „und“, „auch“, „mit“ wegnimmst, zuweilen dennoch als verbunden angesehen werden müssen, zum Beispiel „Lucius Titius, Publius Maevius sollen zur Hälfte Erben sein“, oder so „Publius Maevius, Lucius Titius sollen Erben sein. Sempronius soll zur Hälfte Erbe sein“, so dass Titius und Maevius auf die Hälfte kommen und als durch die Sache und die Worte verbunden angesehen werden. [...].

Die Gruppenbildung von Erben wird als Verbindung (*coniunctio*) bezeichnet. Sie kann sich entweder aus der Einsetzung auf einen gemeinsamen Erbteil (*coniunctio re*) oder aus der gemeinschaftlichen Nennung bei Einsetzung auf einen gemeinsamen Erbteil (*coniunctio re et verbis*) ergeben. Die wörtliche Verbindung ist freilich weder notwendig noch hinreichend, wie Paulus (3. Jahrhundert n. Chr.) an einigen Beispielen zeigt, in denen die beiden Erben zwar nicht ausdrücklich, aber dem Sinne nach erkennbar auf den gleichen Erbteil eingesetzt sind. Entscheidend ist also die materielle Einsetzung auf den gleichen Erbteil. Es ist daher jeweils durch Auslegung des Testamentswortlauts zu ermitteln, ob eine Gruppenbildung gewollt ist:

#### *D. 28.5.67 Pomponius 1 ad Quintum Mucium*

*Si ita quis heredes instituerit: „Titius heres esto: Gaius et Maevius aequis ex partibus heredes sunt“, quamvis et syllaba coniunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars adcrecit, sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam coniunxisse quam celerius dixisse videatur.*

Wenn jemand so seine Erben eingesetzt hat: „Titius soll Erbe sein; Gaius und Maevius sollen zu gleichen Teilen Erben sein“, so wächst, wenn aber einer von diesen [Gaius und Maevius] stirbt, sein Anteil nicht dem anderen der beiden allein an, sondern auch allen Miterben im Verhältnis zu ihren Erbanteilen, obwohl das kurze Wort

„und“ eine Verbindung schafft, weil er [der Erblasser] ersichtlich nicht so sehr eine Verbindung geschaffen, als vielmehr allzu übereilt formuliert hat.

Die echte Verbindung der Miterben ist nach dem Beispiel des Pomponius (2. Jahrhundert n. Chr.) von der bloßen gemeinsamen Nennung von Miterben zu unterscheiden. Nicht jedes „und“ im Testament führt zu einer *coniunctio* im Sinne der Anwachsungsvorschriften. Entscheidend ist vielmehr, dass sich aus der Auslegung der testamentarischen Vorschriften eine gemeinsame Einsetzung auf einen Erbteil ergibt. Die Konsequenzen der Gruppenbildung werden in Übersicht 14b an einem Beispiel verdeutlicht:

#### Übersicht 14b: Anwachsung bei *coniunctio re et verbis*

„Titius und Maevius sollen Erben sein“ / „Titius und Maevius sollen je zur Hälfte Erben sein“ / „Lucius Titius, Publius Maevius sollen (zur Hälfte) Erben sein.“			
[Lucius Titius]	Publius Maevius	[Miterbe 3]	Miterbe 4
vorverstorben		vorverstorben	
	5/8		3/8

Wenn vier Personen zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt sind und nur Lucius Titius und Publius Maevius als verbundene Erben anzusehen sind, wächst der Erbteil des Lucius Titius bei dessen Tod allein dem Publius Maevius an; der Erbteil des Miterben 3 dagegen, der nicht mit anderen Miterben besonders verbunden ist, wächst allen verbleibenden Miterben, das heißt sowohl dem Publius Maevius als auch dem Miterben 4, an (nach Höhe ihrer Erbteile). Somit erhält Publius Maevius  $1/4$  (eigener Erbteil) nebst  $1/4$  (Erbteil des Lucius Titius) sowie  $1/8$  des Miterben 3, insgesamt:  $5/8$  der Erbschaft. Dagegen erhält Miterbe 4 neben seinem eigenen Erbteil von  $1/4$  nur den Anteil am Erbteil des Miterben 3, also insgesamt  $3/8$  der Erbschaft. Zum Vergleich: Wären Lucius Titius und Publius Maevius nicht verbundene Erben, hätten Publius Maevius und Miterbe 4 wegen des Ausfalls von Lucius Titius und Miterbe 3 die Erbschaft je zur Hälfte erworben.

Der Ausfall von Miterben kann nicht nur durch den Tod des Miterben bedingt sein, sondern auch durch dessen Verweigerung, die Erbschaft zu erwerben. Für den Erbschaftserwerb gelten unterschiedliche Regeln, je nachdem, ob es sich um Haus-erben oder um Nicht-Haus-erben, das heißt „Außen-erben“, handelt.

### 4.1.3 Anfall und Antritt der Erbschaft

Nur Hauserben erwerben die Erbschaft von Rechts wegen:

*Gai. 2,157*

*Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo, velint nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.*

Aber sie werden deshalb Hauserben (*sui heredes*) genannt, weil sie häusliche Erben sind und auch zu Lebzeiten des Hausvaters in gewisser Weise als Eigentümer angesehen werden; daher sind auch an erster Stelle die Hauskinder zur Erbschaft berufen, wenn jemand ohne Testament verstorben ist. Deshalb aber heißen sie Zwangserben (*heredes necessarii*), weil sie auf jeden Fall, ob sie wollen oder nicht, sowohl in die Erbfolge ohne Testament als auch nach dem Testament Erben werden.

Da Hauserben schon zu Lebzeiten des Hausvaters als am Familienvermögen berechtigt angesehen werden (Kap. 3.1.1), fällt ihnen die Erbschaft des Hausvaters automatisch an. Auch können Hauserben ursprünglich nicht wählen, ob sie die Erbschaft erwerben wollen, da sie Zwangserben (*heredes necessarii*) sind. Erst das *ius praetorium* erlaubt ihnen, sich von diesem Zwang zu lösen (Kap. 4.2.1).

Alle diejenigen dagegen, die nicht Hauserben, sondern Außenerben (*heredes extranei*) sind, erwerben die Erbschaft erst durch Antritt:

*Gai. 2,162*

*Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate vel non adeunda.*

Den hausfremden Erben jedoch ist die Befugnis gewährt worden, zu überlegen, ob sie die Erbschaft antreten oder nicht.

Die Außenerben können daher wählen, ob sie die Erbschaft antreten oder auf den Antritt verzichten. Für ihren Erbschaftserwerb ist mithin zwischen dem Erbschaftsanfall (Tod des Erblassers) und dem Erwerb der Erbenstellung (Annahme der Erbschaft) zu unterscheiden. Der Antritt kann je nach Umständen in unterschiedlicher Weise erfolgen. So kann der Testator dem Erben den förmlichen Antritt vorschreiben:

Gai. 2,165

*Cum ergo ita scriptum sit: „Heres Titius esto“, adicere debemus: „Cernitoque in centum diebus proxumis, quibus scies poterisque. Quodni ita creveris, exheres esto.“*

Wenn also so geschrieben worden ist: „Titius soll mein Erbe sein“, müssen wir hinzufügen: „und du sollst dich innerhalb der nächsten hundert Tage entscheiden, sobald du [davon] weißt und [antreten] kannst. Wenn du nicht auf diese Weise förmlich antrittst, sollst du enterbt sein.“

In der testamentarischen Erbeinsetzung hat der Testator dem Titius auferlegt, innerhalb von 100 Tagen seit Kenntnis von der Erbschaft die förmliche Erbschaftsannahme (*cretio*) zu erklären; andernfalls soll er enterbt sein. Hier muss Titius vor Zeugen innerhalb der gesetzten Frist feierlich die Bereitschaft erklären, die Erbschaft anzunehmen, um den Antritt wirksam vorzunehmen. Hat der Erblasser keine derartige *cretio* vorgeschrieben, kann der Antritt auch formlos erfolgen:

Gai. 2,167

*At is, qui sine cretione heres institutus sit aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri: Eique liberum est, quocumque tempore voluerit, adire hereditatem; [...].*

Aber derjenige, der ohne *cretio* zum Erben eingesetzt worden ist oder der, ohne dass ein Testament vorliegt, nach gesetzlichem Erbrecht zur Erbschaft berufen ist, kann entweder durch förmliche Entscheidung oder dadurch, dass er sich wie ein Erbe verhält, oder auch durch bloße Willensäußerung zur Übernahme der Erbschaft Erbe werden. Und es steht ihm frei, die Erbschaft anzutreten, zu welchem Zeitpunkt auch immer er will; [...].

Der formlose Antritt erfolgt durch Verhalten als Erbe (*pro herede gestio*) oder durch formlose Antrittserklärung. Soweit sich mithin aus dem Verhalten oder den Äußerungen des Erben ergibt, dass er zur Erbschaftsannahme bereit ist, liegt ein Erbschaftsantritt vor. Diese Grundsätze kommen auch mit Blick auf den Intestaterben zur Anwendung.

Beim Antritt von Außenerben oder bei der Ausschlagung durch Hauserben kann es zu einer Wartezeit kommen, innerhalb derer die Erbschaft erbenlos ist. Die römischen Juristen sprechen von einer „ruhenden Erbschaft“ (*hereditas iacens*).

#### 4.1.4 Die Ersitzung der Erbenstellung

Nach ursprünglichem *ius civile* konnte durch die Inbesitznahme der ruhenden Erbschaft die Erbenstellung ersessen werden.

*Gai. 2,52*

*Rursus ex contrario accidit, ut, qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, velut si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem. Quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.*

Wiederum kommt es umgekehrt vor, dass jemand, der weiß, dass er eine fremde Sache besitzt, sie ersitzt, zum Beispiel, wenn jemand eine zu einem Nachlass gehörende Sache besessen hat, deren Besitz der Erbe noch nicht erlangt hat; denn ihm ist die Ersitzung erlaubt worden, wenn nur die Sache so beschaffen ist, dass sie durch Ersitzung erworben werden kann. Diese Art von Besitz und Ersitzung heißt *pro herede* („anstelle des Erben“).

Wenn jemand eine ruhende Erbschaft ergriff und anstelle des Erben (*pro herede*) in Besitz nahm, konnte er die Erbenstellung ersitzen, selbst wenn er wusste, dass er nicht als Erbe berechtigt war. Während die Ersitzung (*usucapio*) des Eigentums nach römischem Recht verlangt, dass der Ersitzende beim Besitzerwerb gutgläubig (*bona fide*) ist, setzte also die Ersitzung der Position eines Erben (*usucapio pro herede*) ursprünglich nicht den Glauben an die eigene Berechtigung voraus.

Abweichend von den sonst für die Ersitzung geltenden Regeln war auch die Ersitzungsfrist geregelt:

*Gai. 2,53–54*

*53 Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res, quae solo continentur, anno usucapiantur.*

*54 Quare autem etiam hoc casu soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessiones ut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno: lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno: Ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est [quia neque corporalis est]; [...].*

53 Und diese Ersitzung [der Erbschaft] ist sogar in der Weise gestattet, dass auch Sachen, die mit Grund und Boden verbunden sind, nach einem Jahr ersessen werden können.

54 Die Begründung aber, weshalb auch in diesem Fall eine einjährige Ersitzung für Sachen, die zum Boden gehören, angeordnet wurde, ist folgende, dass man in alter Zeit glaubte, dass die Besitzrechte an zu einer Erbschaft gehörenden Sachen wie die Erbschaften selbst ersessen werden, nämlich nach einem Jahr; denn das Zwölf-tafelgesetz befahl, dass Sachen, die zum Boden gehören, zwar nach zwei Jahren ersessen werden, die übrigen aber nach einem Jahr. Folglich schien die Erbschaft eine der übrigen Sachen zu sein, weil sie nicht zum Boden gehört [und weil sie nicht körperlich ist]; [...].

Während Grundstücke grundsätzlich erst nach zwei Jahren ersessen werden, konnten Grundstücke aus einer Erbschaft wie bewegliche Sachen innerhalb eines Jahres ersessen werden. Maßgeblich für die Ersitzungszeit für Erbschaftssachen war nämlich die Ersitzungsfrist, die für die Erbschaft selbst galt. Da die Erbschaft selbst nicht als eine Immobilie angesehen werden konnte, galt für sie die für Mobilien gültige Frist von einem Jahr.

Auf diese Weise war die Ersitzung von Erbschaften in verschiedener Hinsicht gegenüber der Ersitzung des Eigentums privilegiert. Die Übersicht 15 fasst diese Sonderregeln zusammen:

Übersicht 15: Vergleich von üblicher Ersitzung und Erbschaftsersitzung

Ersitzung des Eigentums	Erbschaftsersitzung ( <i>usucapio pro herede</i> )
Übergabe ( <i>traditio</i> )	Ergreifung der Erbschaft
Ersitzungstitel ( <i>causa</i> )	Wille, anstelle des Erben zu besitzen
Guter Glaube ( <i>bona fides</i> )	Guter Glaube nicht erforderlich
Eigenbesitz an der Sache ( <i>possessio</i> )	Eigenbesitz an der Erbschaft/an Erbschafts-sachen ( <i>possessio</i> )
Verstreichen der Ersitzungsfrist: <b>1 Jahr</b> für bewegliche Sachen <b>2 Jahre</b> für unbewegliche Sachen	Verstreichen der Ersitzungsfrist: <b>1 Jahr</b>
Ausschluss bei gestohlener oder geraubter Sache ( <i>res furtiva</i> )	Ausschluss bei gestohlener oder geraubter Sache ( <i>res furtiva</i> )

Als Grund für diese erleichterte Ersitzung der Erbenstellung werden die Fortsetzung des Hauskultes und der Schutz der Nachlassgläubiger genannt:

*Gai. 2,55*

*Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur.*

Der Grund dafür, weshalb aber der so unrechtmäßige Besitz und die Ersitzung [der Erbschaft] überhaupt zugelassen worden sind, ist folgender, dass die alten Juristen wollten, dass Erbschaften recht früh angetreten werden, damit es jemanden gibt, der den Hauskult fortführt, dessen Beachtung zu jener Zeit äußerst bedeutend war, und damit auch die Gläubiger jemanden hätten, von dem sie ihre Forderungen erlangten.

Die Möglichkeit, die Erbenstellung zu ersitzen, verfolgte das Ziel, den Erben zum Antritt anzuhalten, um den Hauskult zu sichern und den Erbschaftsgläubigern eine Haftungsgrundlage zu verschaffen: Entweder trat also der berufene Erbe an und stellte sich den aus der Erbschaft fließenden sakralen und haftungsrechtlichen Verpflichtungen, oder ein Nichtberechtigter ergriff die Erbschaft (oder Teile davon) und wuchs in Höhe der damit erworbenen Berechtigung in die Pflichten des Erblassers hinein.

Die Juristen der Kaiserzeit sehen die auf diese Weise mögliche Ersitzung einer fremden Sache in Kenntnis der eigenen Nichtberechtigung als Fremdkörper an. Zur Zeit des Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) ist die erleichterte Ersitzung der Erbschaft sogar formell außer Kraft gesetzt:

*Gai. 2,57*

*Sed hoc tempore iam non est lucrativa: Nam ex auctoritate Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur; et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.*

Aber heute gibt es keine gewinnbringende Ersitzung [im Wege der Erbschaftser-sitzung] mehr: Denn aus der Autorität Hadrians ist ein Senatsbeschluss ergangen, dass solche Ersitzungen rückgängig gemacht werden. Und daher kann der Erbe von demjenigen, der die Sache ersessen hat, durch Herausverlangen der Erbschaft diese Sache ebenso erlangen, wie wenn sie nicht ersessen worden wäre.

Die endgültige Abschaffung der vereinfachten Erbschaftser-sitzung beruht auf einem *senatusconsultum* Kaiser Hadrians, das dem Erben auch dann eine Herausgabeklage (Kap. 5) gegen den Erbschaftsbesitzer zuerkannte, wenn die Ersitzungszeit abgelaufen war. Offenbar war im 2. Jahrhundert n. Chr. das Bedürfnis, den Erbschaftsgläubi-gern eine Haftungsgrundlage zu bieten, weniger stark als zur Zeit der ursprünglichen

Regelung, so dass die im Vergleich zur sonstigen Ersitzung systemwidrige *usucapio pro herede* durch einen Bösgläubigen aufgehoben werden konnte.

Ein Grund für die Abkehr von der erleichterten Erbschaftsersitzung könnte darin liegen, dass das prätorische Recht den Zugriff der Erbschaftsgläubiger auf den Nachlass vereinfachte. Daher liegt die Annahme nahe, das Bedürfnis für die erleichterte Erbschaftsersitzung sei im Laufe der Zeit entfallen.

## 4.2 Der Erbschaftserwerb nach *ius praetorium*

Den Hintergrund dieser Entwicklung bildet, dass der Prätor mit der *bonorum possessio* nicht nur ein eigenes prätorisches Erbrecht (Kap. 3.2) geschaffen hat. Vielmehr regelte der Prätor auch den Erbschaftsantritt nach *ius civile* und schuf dadurch Verfahrenssicherheit für den Erben und die Erbschaftsgläubiger.

### 4.2.1 Prätorische Regeln zur Erbenstellung nach *ius civile*

Während die Erklärung des Erbschaftsantritts nach *ius civile* nur dann befristet ist, wenn der Testator dem Erben eine solche gesetzt hat, kann der Prätor jedem Erben eine Frist zur Annahme der Erbschaft setzen:

*Gai. 2,167*

[...] *Sed solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod, si velit, adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.*

[...] Aber der Prätor setzt ihm [dem Erben] auf Antrag der Erbschaftsgläubiger gewöhnlich eine Frist, innerhalb derer er die Erbschaft antreten soll, wenn er will, oder wenn nicht, dass es den Gläubigern erlaubt sein soll, den Nachlass des Verstorbenen zu verkaufen.

Dies geschieht vor allem auf Antrag der Erbschaftsgläubiger, die Sicherheit über die Person des Erben erhalten und diesen für Nachlassschulden verklagen wollen. Lässt der Berechtigte die vom Prätor gesetzte Frist ungenutzt verstreichen, wird er vom Prätor als Nichterbe behandelt. Obgleich er nach wie vor Erbe nach *ius civile* ist, wird ihm der Nachlassbesitz, das heißt die Erbenstellung nach *ius praetorium*, verweigert.

Umgekehrt erlaubt der Prätor den Hauserben, die sich nach *ius civile* nicht der Erbschaft entziehen können, diese auszuschlagen:

Gai. 2,158

*Sed his praetor permittit abstinere se ab hereditate [...].*

Aber der Prätor erlaubt ihnen, sich der Erbschaft zu enthalten, [...].

Nach *ius praetorium* können die Hauserben also auf die Erbschaft verzichten, so dass andere nachrangig Berechtigte in den Genuss der *bonorum possessio* gelangen. Sowohl das Recht des Hauserben auf Ausschlagung als auch das Recht des Außenerben, auf den Antritt zu verzichten (Kap. 3.1.1), gehen verloren, wenn sich der Erbe in die Erbschaft eingemischt hat:

Gai. 2,163

*Sed sive is, cui abstinendi potestas est, inmiscuerit se bonis hereditariis, sive is, cui de adeunda deliberare licet, adierit, postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, [...].*

Aber sei es, dass derjenige, der die Befugnis hat, sich zu enthalten, sich in den Nachlass eingemischt hat, oder sei es, dass derjenige, der über den Erbschaftsantritt überlegen darf, angetreten hat: Nachher hat er keine Möglichkeit [mehr], sich der Erbschaft zu entledigen [...].

Hat sich der Erbe mit Nachlassangelegenheiten befasst, kann er nicht mehr auf die Erbschaft verzichten. Sein Verhalten wäre widersprüchlich, wenn er einerseits vom Nachlass profitieren, andererseits nicht die mit der Erbenstellung zusammenhängenden Pflichten übernehmen wollte. Diese Regelung zeigt, dass das Motiv der prätorischen Regelung des Erbschaftsantritts die Haftung des Erben gegenüber den Nachlassgläubigern bildet.

Auch die Regelung über den Nachlassbesitz (*bonorum possessio*) hat die Funktion, eine zu lange Erbenlosigkeit des Nachlasses zu verhindern.

#### 4.2.2 Der Nachlassbesitz als prätorisches Erbrecht

Auch der Nachlassbesitz (*bonorum possessio*) kann – wie gesehen (Kap. 3.2) – nur innerhalb bestimmter Fristen beantragt werden. Zudem sind verschiedene Personen nacheinander zum Antrag berufen:

*D. 38.9.1pr. Ulpianus 49 ad edictum*

*Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent et creditoribus longior mora fieret. E re igitur praetor putavit praestituere*

*tempus his, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possint creditores scire, utrum habeant, cum quo congregiantur, [...].*

Das Edikt über die Reihenfolge der Erben ist deswegen verheißt worden, damit die Erbschaftsgüter nicht länger vakant ohne Eigentümer verbleiben und den Gläubigern keine längere Zahlungsverzögerung entsteht. Aufgrund dieser Sachlage war der Prätor also der Meinung, für diejenigen, denen er die *bonorum possessio* verheißt hat, eine Zeitspanne [zum Antritt] festzusetzen und zwischen ihnen eine Reihenfolge festzulegen, so dass die Gläubiger frühzeitiger wissen konnten, ob sie jemanden haben, gegen den sie vorgehen, [...].

Die gestufte Zulassung mehrerer Erben zur *bonorum possessio ab intestato* dient Ulpian (3. Jahrhundert n. Chr.) zufolge dazu, eine zu lange Vakanz der Erbschaft zu vermeiden. Auf diese Weise soll der Nachlass vor unberechtigten Übergriffen geschützt und Rechtssicherheit für die Erbschaftsgläubiger geschaffen werden. Aus diesem Grund ist die Antragsberechtigung der jeweiligen Erbenklasse auch zeitlich begrenzt: Entschieden sich einer der Berechtigten zum Antrag, wird durch die Einweisung in den Nachlassbesitz die Erbenlosigkeit beendet; folgt kein Antrag, ist mit Fristablauf die nächste Klasse zum Antrag berufen. Selbst wenn sich erst Angehörige einer nachrangigen Klasse zur Beantragung der *bonorum possessio* entscheiden, wird auf diese Weise die Wartezeit der Erbschaftsgläubiger insgesamt begrenzt.

Da sich aufgrund dieser Regelung die Erbenstellung nach *ius civile* und die Stellung als *bonorum possessor* nach *ius praetorium* nicht decken müssen, ist der in den Nachlass eingewiesene Nachlassbesitzer nicht notwendig Rechtsnachfolger des Erblassers. Um die Stellung des *bonorum possessor* der Erbenstellung nach *ius civile* möglichst anzunähern, bedarf es daher flankierender Maßnahmen des Prätors:

#### Gai. 4,34

*Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, velut cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petit, ficto se herede agit. Cum enim praetorio iure et, non legitimo, succedat in locum defuncti, non habet directas actiones et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse neque id, quod ei debebatur, potest intendere dari sibi oportere; itaque ficto se herede intendit, [...] et si illi debeatur pecunia, praeposita simili fictione heredis ita subicitur: „Tum si pareret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertia x milia dare oportere.“*

Man hat außerdem in gewissen Prozessformeln Fiktionen einer anderen Art, zum Beispiel, wenn jemand, der den Nachlassbesitz nach dem Edikt fordert, mit der Fiktion, er wäre der Erbe, klagt; da er nämlich nach *ius praetorium* und nicht nach *ius*

*civile* an die Stelle des Verstorbenen nachfolgt, hat er keine direkten Klagen und kann weder behaupten, dass der Nachlass des Verstorbenen ihm gehöre, noch kann er beanspruchen, dass das, was dem Verstorbenen geschuldet werde, ihm gegeben werden müsse; daher behauptet er [in der *intentio*] mittels einer Fiktion, dass er der Erbe wäre, [...] und, wenn jenem Geld geschuldet wird, wird unter Voranstellung einer vergleichbaren Erbesfiktion so beigefügt: „Wenn es sich dann erweisen würde, dass Numerius Negidius (der Beklagte) dem Aulus Agerius (dem Kläger) 10'000 Sesterzen geben müsste.“<sup>15</sup>

Die wichtigste Unterstützung des *bonorum possessor* durch den Prätor liegt darin, ihm alle Klagen aus der Erbschaft so zu erteilen, als wäre er (der *bonorum possessor*) Erbe nach *ius civile* geworden. Ist der *bonorum possessor* nicht gleichzeitig Erbe nach *ius civile*, kann diese Erteilung nur über eine Fiktion erreicht werden. Diese Fiktion wird durch den Bau der Klageformel ermöglicht. In dieser steht neben einer *intentio* (von *intendere* = „behaupten, zu beweisen suchen“), in der das Begehren des Klägers formuliert wird, eine *condemnatio* (von *condemnare* = „verurteilen, schuldig sprechen“), mit der der Richter ermächtigt wird, den Beklagten zu verurteilen. Eine Verurteilung des Beklagten ist dem Richter nur erlaubt, wenn die Voraussetzungen der *intentio* vorliegen, der Kläger also sein Begehren bewiesen hat. Da die *intentio* als Bedingung der *condemnatio* formuliert ist, kann der Richter dabei nur prüfen, ob die Bedingung vorliegt oder nicht. Ein eigentlicher Entscheidungsspielraum oder gar die Möglichkeit, das klägerische Begehren in der *intentio* zu hinterfragen, steht dem Richter nicht zu.

Diese Abhängigkeit des Richters von der Formelgestalt wurde vom Prätor ausgenutzt, um die Verurteilung an lediglich hypothetische Voraussetzungen anzuknüpfen. Die Fiktion liegt also darin, dem Richter eine zusätzliche Bedingung für die Verurteilung aufzugeben. Im Fall des *bonorum possessor* lautet diese Bedingung: „Vorausgesetzt, dass er, der *bonorum possessor*, Erbe wäre“. Auf diese Weise prüft der Richter nicht nur, ob der Kläger seine Behauptung bewiesen hat; vielmehr ist der Richter gezwungen, diese Prüfung von der (unbewiesen bleibenden) Behauptung der Erbenstellung abhängig zu machen. In dieser vom Prätor vorgenommenen Verknüpfung liegt die Fiktionswirkung: Ergibt sich, dass zugunsten des Erben eine entsprechende Schuld

15 *Aulus Agerius* und *Numerius Negidius* sind Blankettamen für die Parteien. *Aulus Agerius* (wörtlich: der „reiche Kläger“) steht für den Kläger, *Numerius Negidius* (wörtlich: „der Zahler und Leugner“) bezeichnet den Beklagten, vgl. *Leopold Wenger*, Institutionen des römischen Zivilprozessrechts, München 1925, 127, Fn. 7.

besteht, muss der Schuldner aufgrund des Mechanismus der Formel auch zugunsten des *bonorum possessor* verurteilt werden, der kein Erbe ist.

#### Übersicht 16: Die Fiktion zur Klageerteilung an den *bonorum possessor*

	<i>intentio</i>	Fiktion	<i>condemnatio</i>
<b>Klage des Erben:</b>	„Wenn es sich erweist, dass dem Erben Geld (100) geschuldet wird,“	nicht notwendig	„dann sollst du, Richter, den Beklagten auf das Geld (100) verurteilen.“
<b>Klage des <i>bonorum possessor</i>:</b>	„Wenn es sich erweisen würde, dass dem <i>bonorum possessor</i> Geld (100) geschuldet würde,“	„vorausgesetzt, dass er Erbe wäre,“	„dann sollst du, Richter, den Beklagten auf das Geld (100) verurteilen.“

Indem der Prätor dem Nachlassbesitzer alle Klagen zuerkennt, die auch der Erbe nach *ius civile* hätte, setzt er ihn wirtschaftlich einem Erben gleich. Diese Gleichstellung dient letztlich den Interessen der Erbschaftsgläubiger, weil der Nachlassbesitzer nur auf diese Weise die Erbschaftsschuldner belangen und dem Nachlass Mittel zuführen kann. Dem Schutz der Nachlassgläubiger dient erst recht, dass der Prätor im umgekehrten Fall auch die gegen den Erben zustehenden Klagen mit Wirkung gegen den Nachlassbesitzer erteilt.

Letztes Mittel zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger ist der Zwangsverkauf der Erbschaft (*venditio bonorum*). Auch dieser liegt in den Händen des Prätors.

#### 4.2.3 *Venditio bonorum*

Der erste Anwendungsfall der *venditio bonorum* ist der erbenlose Nachlass:

*Gai.* 3,78

*Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum: [...]. Mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes [...] neque ullum alium iustum successorem existere.*

Es wird aber entweder ein Vermögen von Lebenden oder ein Vermögen von Verstorbenen verkauft: [...]. Beim Vermögen von Verstorbenen wird zum Beispiel das Vermögen von denen verkauft, bei denen es gewiss ist, dass es weder Erben [...] noch sonst einen anderen rechtmäßigen Rechtsnachfolger gibt.

Haben alle Hauserben ausgeschlagen und gibt es keinen antrittswilligen Außenerben, kann der Prätor den Gläubigern den Zwangsverkauf der Erbschaft erlauben, damit sie

den Nachlass zur Tilgung der Schulden verwerten und aufteilen können. Der Zwangsverkauf beginnt mit der Beschlagnahme des Nachlasses durch den Prätor: Auf Antrag der Erbschaftsgläubiger weist er sie in den Besitz des Nachlasses ein. Sodann werden die Güter (*bona*), die zur Erbschaft gehören, an den Meistbietenden (*bonorum emptor*) verkauft; dieser befriedigt die angemeldeten Gläubiger, zahlt ihnen also den Anteil ihrer Schuld, der ihnen aus dem Erlös zusteht.

Die *venditio bonorum* kommt weiter dann zur Anwendung, wenn der Erbe, der sich zum Erbschaftsantritt bereit findet, überschuldet ist. In diesem Fall schützt der Prätor die Erbschaftsgläubiger vor der Konkurrenz der Gläubiger des Erben, die durch den Erbschaftsantritt neue Haftungsmasse hinzugewinnen würden. Der Schutz der Erbschaftsgläubiger ist zweistufig:

*D. 42.5.31pr. Ulpianus 2 de omnibus tribunalibus*

*Si creditores heredem suspectum putent, satisdationem exigere possunt pro suo debito reddendo. Cuius rei gratia cognoscere praetorem oportet nec statim eum satisdationis necessitati subicere debet, nisi causa cognita constiterit prospici debere his, qui suspectum eum postulaverunt.*

Wenn die Gläubiger den Erben für verdächtig halten [überschuldet zu sein], können sie eine Sicherheitsleistung für die Rückzahlung ihrer Schulden verlangen. Wegen dieser Angelegenheit muss der Prätor eine Untersuchung vornehmen und er muss ihn [den Erben] nicht sofort der Verpflichtung einer Sicherheitsleistung unterwerfen, außer wenn nach der Untersuchung der Angelegenheit festgestellt hat, dass für diejenigen gesorgt werden müsse, die beim Prätor beantragt haben, ihn [den Erben] als verdächtig zu behandeln.

Halten die Erbschaftsgläubiger den Erben für überschuldet, können sie beantragen, dass der Prätor ihn nur gegen Sicherheitsleistung (*satisdatio*) in den Nachlassbesitz einweist. Bevor der Prätor den Erben zur Vornahme einer entsprechenden Sicherheitsleistung zwingt, wird er die Behauptungen aufgrund einer eigenen Sachprüfung (*cognitio*) untersuchen. Er muss also feststellen, ob die Forderungen der Gläubiger bestehen, und ob der Erbe tatsächlich zahlungsunfähig ist. Die Sicherheitsleistung (*satisdatio*) besteht im Versprechen eines Dritten, der sich als Bürge verpflichtet, die Forderungen der Erbschaftsgläubiger zu befriedigen, wenn deren Durchsetzung durch die Überschuldung des Erben gefährdet ist. Diese Bürgschaft (*fideiussio*) wird durch Stipulation, das heißt förmliches Versprechen, begründet.

Kann der überschuldete Erbe keinen Bürgen stellen, wird er nicht in den Nachlassbesitz eingewiesen. Dieser steht vielmehr den Erbschaftsgläubigern zu:

*D. 42.5.31.3 Ulpianus 2 de omnibus tribunalibus*

*Quod si suspectus satisdare iussus decreto praetoris non obtemperaverit, tunc bona hereditatis possideri venumque dari ex edicto suo permittere iubebit.*

Wenn nun der im Verdacht [der Überschuldung] stehende [Erbe], dem befohlen worden war, eine Sicherheit zu leisten, dem Beschluss des Prätors nicht gehorcht hat, dann wird er [der Prätor] infolge seines Edikts befehlen, [die Nachlassgläubiger] in den Besitz der Erbschaftsgüter einzuweisen und deren Verkauf zu erlauben.

Soweit der Prätor die Überschuldung festgestellt und der Erbe die auferlegte Sicherheitsleistung nicht erbracht hat, weist der Magistrat nicht den Erben, sondern die Erbschaftsgläubiger in den Nachlassbesitz ein. Ziel dieser Einweisung ist erneut die Verwertung, das heißt der Verkauf des Nachlasses (*venditio bonorum*) zur Aufteilung des erzielten Erlöses.

Ist über das Vermögen des Erben bereits die Zwangsvollstreckung angeordnet, können die Erbschaftsgläubiger auch eine Trennung der Vermögensmassen von Erblasser und Erbe (*separatio bonorum*) verlangen:

*D. 42.6.1.1 Ulpianus 64 ad edictum*

*Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis: ut puta debitorem quis Seium habuit: Hic decessit: Heres ei extitit Titius: Hic non est solvendo: Patitur bonorum venditionem: Creditores Seii dicunt bona Seii sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem. [...].*

Die Vermögenstrennung aber wird den Gläubigern gewöhnlich aus diesen Gründen erlaubt: Wie zum Beispiel jemand einen Schuldner namens Seius hatte; dieser ist verstorben; als Erbe war ihm der Titius eingetreten. Dieser ist nicht zahlungsfähig; er erleidet die Vermögensvollstreckung. Die Gläubiger des Seius sagen, dass ihnen das Vermögen des Seius genüge und dass sich die Gläubiger des Titius mit dem Vermögen des Titius zufriedengeben müssten und so gleichsam der Verkauf von zwei Vermögen stattfinde. [...].

Der Schuldner Seius ist verstorben und wird von Titius beerbt. Da Titius nicht zahlungsfähig ist, wird gegen ihn die Vermögensvollstreckung durchgeführt. Um zu verhindern, dass die von Seius erhaltene Erbschaft die Gläubiger des zahlungsunfähigen Erben (Titius) befriedigt, können die Erbschaftsgläubiger die Trennung der Vermögen verlangen. Erlaubt der Prätor die Trennung der Vermögensmassen, können die Nachlassgläubiger in den Nachlass des Seius vollstrecken und brauchen diesen nicht mit den Gläubigern des Erben Titius zu teilen.

Alle Fälle der *venditio bonorum*, das heißt der zwangsweisen Verwertung des Nachlasses durch die Gläubiger, bedeuten für den Verstorbenen eine soziale Schande. Allerdings besteht die Möglichkeit, diese soziale Schande zu vermeiden, indem der Erblasser bei drohender Überschuldung seines Erbes testamentarisch vorsorgt.

#### 4.2.4 Der Sklave als Zwangserbe

Die typische Vorsorge für den Fall der Überschuldung der Erbschaft liegt in der Einsetzung eines eigenen Sklaven als Erben. Dabei ist zunächst zu beachten, dass die Erbinsetzung eines eigenen Sklaven nur dann wirksam ist, wenn der Sklave zuvor oder gleichzeitig testamentarisch freigelassen wird:

*Gai. 2,186*

*Sed noster servus simul et liber et heres esse iuberi debet, id est hoc modo: „Stichus servus meus liber heresque esto“, vel: „heres liberque esto“.*

Aber einem zu uns gehörenden Sklave muss zugleich befohlen werden, sowohl frei als auch Erbe zu sein, das heißt auf folgende Weise: „Mein Sklave Stichus soll frei und Erbe sein“ oder „soll Erbe und frei sein“.

Nur wenn der Sklave im Testament des Herrn freigelassen worden ist, fällt er aus der Erbmasse und kann sie selbst als Erbe erwerben.

Der Vorteil der Erbinsetzung des Sklaven liegt für den Erblasser darin, dass der freigelassene Sklave – genau wie die Hauserben (Kap. 4.I.3) – als Zwangserbe angesehen wird:

*Gai. 2,153*

*Necessarius heres est servus cum libertate heres institutus, ideo sic appellatus, quia sive velit sive nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est.*

Ein „Zwangserbe“ ist ein Sklave, der zusammen mit der Freilassung zum Erben eingesetzt worden ist; er wird deshalb so genannt, weil er, ob er will oder nicht, auf jeden Fall nach dem Tode des Erblassers unverzüglich frei und Erbe ist.

Der als Erbe eingesetzte und im Testament freigelassene Sklave erwirbt die Erbschaft von Rechts wegen, ohne dass er dies verhindern kann. Im Unterschied zu Hauskindern gewährt der Prätor dem Sklaven auch kein Ausschlagungsrecht. Da der freigelassene und eingesetzte Sklave damit in jedem Fall Erbe wird, ist seine Einsetzung ein probates Mittel, die *venditio bonorum* wegen erbenlosen Nachlasses zu vermeiden:

*Gai. 2,154*

*Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est, ut ignominia, quae accidit ex venditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; [...].*

Daher lässt jemand, der sein Vermögen für verdächtig hält [überschuldet zu sein], gewöhnlich seinen Sklaven frei und setzt ihn im ersten oder zweiten oder auch in einem späteren Grad zum Erben ein, so dass dann, wenn er seinen Gläubigern nicht Genugtuung leistet, eher das Vermögen eines solchen Erben als das [Vermögen] des Erblassers selbst verkauft wird, das heißt, damit der Ehrverlust, der aufgrund des Verkaufs des Vermögens eintritt, eher diesen Erben, als den Erblasser selbst trifft; [...].

Da der frühere Sklave in jedem Fall Erbe der überschuldeten Erbschaft wird, wird er häufig erst nachrangig zum Erben eingesetzt, um den Nachlass nach Verzicht aller vorrangig eingesetzten Erben nicht erbenlos werden zu lassen. Damit ist für den Erblasser die Folge der *venditio bonorum* vermieden, weil die Erbschaftsgläubiger nicht den Nachlass verwerten, sondern gegen den ehemaligen Sklaven als Erben vorgehen. Kommt es zur Vollstreckung gegen den Sklaven, ist dies nicht eine *venditio bonorum* des Nachlasses, sondern eine Vollstreckung über das Vermögen des Erben. Für den Erblasser ist damit die soziale Schande des erbenlosen Nachlasses getilgt; für den freigelassenen Sklaven führt die Zwangsvollstreckung über das Vermögen allerdings zum Verlust der bürgerlichen Ehre (Infamie). Dies beinhaltet unter anderem, dass er nicht als Zeuge auftreten kann und die Möglichkeit, Prozesse im eigenen Namen zu führen, verliert.

Da der als Zwangserbe eingesetzte Sklave diesen Folgen nicht entgehen kann, kommt ihm der Prätor dadurch zur Hilfe, dass er die Haftung für die Nachlassschulden ausnahmsweise auf den Nachlass begrenzen kann:

*Gai. 2,155*

*Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur; et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient, nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit adquisitum, [...].*

Ihm [dem Zwangserben] wird als Ausgleich für diesen Nachteil dennoch folgender Vorteil gewährt, dass das, was er nach dem Tode des Patrons für sich erworben hat, sei es vor der Vermögensvollstreckung oder danach, ihm selbst vorbehalten bleibt.

Und auch wenn sein Vermögen nur für einen Anteil [der Schulden] verkauft worden ist, wird sein Vermögen nicht noch einmal wegen der Nachlassschulden verkauft werden, außer wenn er etwas aufgrund der Erbschaft erworben hat, [...].

Während der Erbe grundsätzlich unbegrenzt mit seinem Eigenvermögen für die Erbschaftsschulden einzustehen hat, wird dem Sklaven als Zwangserben erlaubt, das eigene Vermögen von der Erbschaft zu trennen und dadurch dem Zugriff der Nachlassgläubiger zu entziehen. Diese Vermögenstrennung (*separatio bonorum*) erlaubt dem Sklaven, der die überschuldete Erbschaft auch gegen seinen Willen erworben hat, die Erbschaft von seinem eigenen Vermögen abzutrennen und so der Infamie zu entgehen.

### 4.3 Die Erbfähigkeit nach *ius civile* und *ius praetorium*

Die Erbfähigkeit bezeichnet die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die Erbschaft in Empfang zu nehmen und die Rechte als Erbe auszuüben. Uneingeschränkt erbfähig ist nach *ius civile* der gewaltfreie römische Bürger. Beschränkt ist die Erbfähigkeit von Frauen, Hauskindern und Sklaven.

#### 4.3.1 Die Vormundschaft über Frauen

Die beschränkte Erbfähigkeit von Frauen ist eine Folge der allgemeinen Beschränkungen ihrer Handlungsfähigkeit:

*Gai. 1, 189–190*

*189 Sed inpuberes quidem in tutela esse omnium civitatum iure contingit; quia id naturali ratione conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur, [...].*

*190 Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicitur gratia tutor interponit auctoritatem suam [...].*

189 Dass Unmündige aber unter Vormundschaft (*tutela*) stehen, gilt nach dem Recht aller Gemeinschaften, weil dies mit der natürlichen Vernunft übereinstimmt, dass derjenige, der noch nicht erwachsen ist, durch die Vormundschaft eines anderen geleitet wird, [...].

190 Dass aber volljährige Frauen unter Vormundschaft (*tutela*) stehen, scheint nahezu kein einleuchtender Grund geraten zu haben; denn was allgemein geglaubt wird, dass Frauen aufgrund ihrer Leichtfertigkeit meistens hintergangen werden und es deshalb angemessen sei, dass sie durch die Zustimmung ihrer Vormünder geleitet werden, scheint eher ein vorgeschobener als ein wahrer Grund. Denn Frauen, die volljährig sind, führen ihre Geschäfte selbst und in einigen Fällen erteilt ein Vormund nur der Form wegen seine Zustimmung, [...].

Nach römischem *ius civile* standen Frauen ebenso wie unmündige Kinder (*pupilli*) unter Vormundschaft (*tutela*). Diese Vormundschaft bedeutete, dass Frauen für alle Geschäfte, die zu einer Verpflichtung oder rechtlichen Belastung führten, auf die Zustimmung des Vormunds (*auctoritas*) angewiesen waren. Auch wenn sich die Frau entutelt auf diese Zustimmung beschränkte, also – anders als die Vormundschaft über unmündige Kinder – keine Gewalt über ihre Person und ihr Vermögen beinhaltete, lag hierin eine bedeutsame Einschränkung der Handlungsfähigkeit. Diese wirkte sich auch im Erbrecht aus, da die als Erbin berufene Frau die Erbschaft wegen der Erbenhaftung nur antreten konnte, wenn sie die Zustimmung des Vormunds erhielt:

*Gai. 1,176*

*Sed aliquando etiam [...] permittitur tutorem petere, veluti ad hereditatem adeundam.*  
Aber zuweilen ist es auch [...] gestattet, die Bestellung eines Vormunds zu beantragen, zum Beispiel um eine Erbschaft anzutreten.

Gaius' Bemerkung über die Zustimmung des Vormunds zum Erbschaftsantritt betrifft das Recht der Frau, einen Ersatztutor zu verlangen, weil der eigentlich verantwortliche Tutor abwesend ist. Sofern der zuständige Tutor nicht greifbar oder verhindert ist, kann die Frau sich also einen neuen Tutor suchen, um die notwendige Zustimmung eines Vormunds für den Erbschaftsantritt zu erhalten. Das Recht der Frau, einen Ersatztutor zu verlangen, weist auf die Auflösungserscheinungen, denen die Frau entutelt vor allem seit dem letzten Jahrhundert der Republik unterlag: Nach dem Zwölftafelgesetz (ca. 450 v. Chr.) stand die gewaltfreie Frau ursprünglich entweder unter testamentarischer oder gesetzlicher Vormundschaft. Testamentarischer Tutor war ein Mann, der vom Erblasser im Testament bestimmt worden war, gesetzlicher Tutor war der gradnächste Agnat (*agnatus proximus*); bei Fehlen eines Agnaten wurde der Tutor aus den Gentilen ausgewählt. Während die gesetzliche Vormundschaft der Gentilen ebenso abstarb wie das gentilizische Intestaterbrecht (Kap. 3.1.5), wurde die gesetzliche Vormundschaft der Agnaten erst durch Gesetz beseitigt:

*Gai. 1,157*

*Sed olim quidem, quantum ad legem XII tabularum attinet, etiam feminae agnatos habebant tutores. Sed postea lex Claudia lata est, quae, quod ad feminas attinet, <tales> tutelas sustulit; [...].*

Aber einst hatten zwar, was das Zwölf Tafelgesetz anbelangt, auch die Frauen ihre Agnaten als Vormünder. Später aber erging die *lex Claudia*, die, was die Frauen betrifft, solche Vormundschaften aufhob; [...].

Eine auf 44–49 n. Chr. anzusetzende *lex Claudia* hob die gesetzliche Vormundschaft der Agnaten über die Frauen auf. Damit blieb nur die Möglichkeit, der Frau im Testament des Vaters einen Vormund zu bestellen (testamentarische Vormundschaft) oder ihr auf Antrag beim Magistraten einen Vormund bestellen zu lassen (magistratische Tutel). Ein magistratischer Tutor wurde bestellt, wenn im Testament des Vaters (oder des Ehemanns) kein Vormund für die Frau vorgesehen war oder der dort benannte die Vormundschaft nicht ausüben konnte:

*Gai. 1,185*

*Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a praesidibus provinciarum lege Iulia et Titia.*

Wenn jemand überhaupt keinen Vormund hat, wird ihm in der Stadt Rom aufgrund der *lex Atilia* vom Stadtprätor und der Mehrheit der Volkstribunen einer bestellt, der Atilianischer Vormund genannt wird; in den Provinzen aber [wird ihm] aufgrund der *lex Iulia et Titia* von den Provinzstatthaltern [einer bestellt].

Die magistratische Tutel wurde – genau wie der vom Prätor oder Statthalter verliehene Nachlassbesitz – nur auf Antrag erteilt. Die Grundlage bildete für Rom eine aus dem 3. Jahrhundert v. Chr. stammende *lex Atilia* (ca. 210 v. Chr.), in den Provinzen eine *lex Iulia et Titia*, die wohl um 31 v. Chr. erlassen wurde. Wie gesehen, konnte die Frau auch selbst den Antrag auf Erteilung eines Vormunds stellen, wenn sie – für bestimmte Geschäfte wie etwa den Erbschaftsantritt – der Zustimmung eines Vormunds bedurfte.

Die skizzierte Entwicklung zeigt, dass sich die Vormundschaft über Frauen schon im Laufe der Republik von einem Kontrollinstrument zu einer rechtsgeschäftlichen Formalität wandelte: Während die ursprüngliche Regelung des Zwölf Tafelgesetzes eine Herrschaft der agnatischen Familie über die weiblichen Mitglieder begründete, bedeutete schon die Schaffung einer magistratisch angeordneten Tutel eine Aufwei-

chung der familiären Bevormundung der Frau. Erst recht gilt dies für die Vormünder, die der Frau auf einen eigenen Antrag zugesprochen wurden, weil der testamentarisch eingesetzte oder gesetzlich eintretende Vormund verhindert war.

In der Kaiserzeit wird die Vormundschaft über Frauen vor allem durch die Augusteische Ehegesetzgebung (Kap. 4.4) weiter zurückgedrängt. Die Ehegesetzgebung will zur Heirat und zur Zeugung und Geburt von Kindern anhalten. Im Gegenzug verspricht das Gesetz den Frauen Freiheit von der Vormundschaft:

*Gai. 1,194*

*Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum iure [...].*

Aber von der Vormundschaft werden freigeborene Frauen freilich durch das Dreikinderrecht befreit [...].

Soweit eine frei geborene Römerin drei Kinder geboren hatte oder ihr das Dreikinderrecht (*ius trium liberorum*) verliehen worden war, konnte sie ihr Vermögen frei verwalten. Für die römische Kaiserzeit erscheint die Tutel damit als bloße Formalität. Die skizzierte Entwicklung ist in Übersicht 17 zusammengefasst:

Übersicht 17: Entwicklung der Vormundschaft über die Frau (*tutela mulieris*)

<b>Gesetzliche Vormundschaft:</b>	<b>Testamentarische Vormundschaft:</b>	<b>Magistratische Vormundschaft:</b>
Zwölftafelgesetz: für <i>proximus agnatus</i> und <i>gentiles</i>	Zwölftafelgesetz: Befugnis des Hausvaters	<i>lex Atilia</i> (210 v. Chr.): Befugnis des Prätors <i>lex Iulia et Titia</i> (31 v. Chr.): Befugnis des Statthalters
abgeschafft durch <i>lex Claudia</i> (44–49 n. Chr.)	kann auch mit Wahlrecht der Frau mit Bezug auf die Person des Tutors angeordnet werden	nur auf Antrag (der Frau oder eines anderen Berechtigten)
	<i>lex Iulia et Papia</i> (18 v. Chr., 9 n. Chr.) Frauen mit drei Kindern oder dem <i>ius liberorum</i> sind von Vormundschaft frei.	

Aufgrund der beobachteten Auflösung der Tutel als Kontrollinstrument überrascht es nicht, dass Frauen in den juristischen Quellen häufig als Erben erscheinen und auch als Erblasserinnen auftreten, die durch Testament die Rechtsnachfolge in ihr Vermögen ordnen (Kap. 6.1).

Keine Abschwächung erfährt im hier untersuchten Zeitraum dagegen die nach *ius civile* geltende Beschränkung der Handlungsfähigkeit von Hauskindern. Wie gese-

hen (Kap. 3.1), werden Hauskinder mit Blick auf ihre Vermögensunfähigkeit oftmals gemeinsam mit den rechtsunfähigen Sklaven genannt. Diese Parallelität gilt auch für ihre Erbfähigkeit.

#### 4.3.2 Erbfähigkeit von Gewaltunterworfenen

Die Konzentration der Vermögensfähigkeit in der Person des Hausvaters (Kap. 3.1) hat zur Folge, dass für die Erbenstellung des Hauskindes zwei grundverschiedene Konstellationen auftreten können: In der einfachsten Konstellation wird das Hauskind durch den Erbfall gewaltfrei, erbt also – testamentarisch oder *ab intestato* – von seinem eigenen Hausvater. Beerbt das Hauskind dagegen einen Dritten, steht es auch nach dem Erbfall noch in der Hausgewalt des Hausvaters. In dieser Situation entscheidet nicht das Hauskind, sondern sein *pater familias*, ob die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen ist:

##### *D. 29.2.6pr. Ulpianus 6 ad Sabinum*

*Qui in aliena est potestate, non potest invitum hereditati obligare eum in cuius est potestate, ne aeri alieno pater obligaretur.*

Wer in fremder Gewalt ist, kann denjenigen, in dessen Gewalt er sich befindet, gegen dessen Willen nicht zur Erbschaft verpflichten, damit der Hausvater nicht durch Schulden belastet werde.

Da der Hausvater für die Schulden, die sich aus der Erbschaft ergeben, haftet, hat er über den Antritt des Hauskindes zu entscheiden. Er muss also abwägen, ob die aus der Erbschaft fließenden Vorteile diesen Nachteil rechtfertigen oder sogar überwiegen. Eine Erbschaftsannahme durch ein Hauskind ohne Zustimmung des Hausvaters ist nach *ius civile* unwirksam und kann auch nicht genehmigt werden. Abweichendes gilt für den vom Hauskind gestellten Antrag auf Erteilung der *bonorum possessio*:

##### *D. 29.2.6.1 Ulpianus 6 ad Sabinum*

*Sed in bonorum possessione placuit ratam haberi posse eam, quam citra voluntatem adgnovit is qui potestati subiectus est.*

Aber hinsichtlich der *bonorum possessio* ist anerkannt, dass diese genehmigt werden kann, wenn derjenige, der fremder Gewalt unterworfen ist, ohne den Willen [des Hausvaters] beantragt hat.

Der Antrag des Hauskindes auf Erteilung der *bonorum possessio* ist trotz der fehlenden Vermögensfähigkeit nicht vollständig ungültig, sondern nur schwebend unwirksam und kann durch Genehmigung des Hausvaters in Wirksamkeit erwachsen.

Im Gegensatz zum Hauskind fehlt Sklaven die Rechts- und Handlungsfähigkeit. Auch wenn die römischen Juristen ihr Menschsein anerkennen, gelten Sklaven als Sachen im Rechtssinn. Dies wirkt sich auch auf ihre Behandlung im Erbrecht aus.

Aus Sicht des Erbrechts bildet der Sklave einerseits einen Teil des Erblasservermögens, der *familia* (Kap. 3.1); andererseits ist er ein Instrument in den Händen des Eigentümers, das nicht nur die Ausführung von Geschäften, sondern auch die Gestaltung von Testamenten erlaubt. Wie gesehen (Kap. 4.2.4), kann etwa die testamentarische Freilassung und Einsetzung eines eigenen Sklaven als Erben zur Vermeidung der Erbenlosigkeit des Nachlasses dienen. Setzt der Erblasser dagegen einen fremden Sklaven ein, kommt diese Einsetzung dem Eigentümer des Sklaven zugute:

*D. 28.5.31pr. Gaius 17 ad edictum provinciale*

*Non minus servos quam liberos heredes instituere possumus, si modo eorum scilicet servi sint, quos ipsos heredes instituere possumus, cum testamenti factio cum servis ex persona dominorum introducta est.*

Sklaven können wir nicht weniger als Freie zu Erben einsetzen, vorausgesetzt, dass sie Sklaven von denjenigen sind, die wir selbst als Erben einsetzen können, indem die Fähigkeit von Sklaven, durch Testament zu erwerben, aus der Stellung ihrer Herren hergeleitet worden ist.

Die Erbeinsetzung des Sklaven erfolgt mit Blick auf dessen Herrn. Dabei lässt sich sagen, dass der Umweg über den Sklaven der Mobilisierung des durch die Erbeinsetzung vermittelten Vermögensvorteils dient: Begünstigter der Einsetzung ist der jeweilige Eigentümer des Sklaven; auch wenn das Testament unverändert bleibt, wechselt der Begünstigte, sobald der Sklave auf einen anderen übertragen wird. Diesen Effekt der Einsetzung eines Sklaven wird der Erblasser insbesondere dann nutzen, um die im Testament gefundene Erbfolgeregelung gegen Vorversterben des Erben – und damit den Wegfall des Testaments – abzusichern: Verstirbt nämlich der (als Empfänger des Erbes vorgesehene) Eigentümer des Sklaven, treten dessen Erben an seine Stelle und erlangen mittels des Sklaven die Erbenstellung, ohne dass es der Anpassung des Testaments bedarf.

Die bis hierher betrachteten Regelungen des *ius civile* und *ius praetorium* bleiben auch im kaiserzeitlichen Recht in Kraft, das – wie gesehen (Kap. 2.2.4) – die dualistische Trennung der beiden Rechtsschichten fortführt. Dennoch ist gerade das Erbrecht ein Bereich, der durch die Reformbestrebungen der Kaiserzeit stark tangiert ist.

#### 4.4 Erwerbsfähigkeit und Erwerbswürdigkeit des *ius novum*

Der wichtigste und weitreichendste Eingriff in das Erbrecht erfolgt durch die Augusteische Ehegesetzgebung. Als solche werden verschiedene, nacheinander ergangene Gesetze bezeichnet, die darauf abzielen, die römischen Bürger zur Ehe und Kindererzeugung anzuhalten und außereheliche und unstandesgemäße Beziehungen zu unterdrücken. Namentlich sind diese das Gesetz über die Bestrafung von Ehebruch (*lex Iulia de adulteriis coercendis*, 18 v. Chr.), das Gesetz über die Verheiratung in den Bürgerständen (*lex Iulia de maritandis ordinibus*, 18 v. Chr.) und das Gesetz über die Eheschließung (*lex Papia Poppaea nuptialis*, 9 n. Chr.).<sup>16</sup>

Die *lex Iulia de adulteriis* war strafrechtlicher Natur, da sie den Ehebruch (*adulterium*), das heißt den außerehelichen Verkehr einer verheirateten Frau, als Kapitalverbrechen ahndete. Die *lex Iulia de maritandis ordinibus* und die *lex Papia Poppaea* regelten die Eheschließung, indem sie eine allgemeine Ehepflicht einführten und bestimmte Eheverbote bekräftigten und ausbauten: Verboten war freien römischen Bürgern die Ehe mit als ‚anrühig‘ geltenden Frauen, zu denen Prostituierte oder Frauen zählten, die wegen Ehebruchs (*adulterium*) nach der *lex Iulia de adulteriis* verurteilt worden waren. Senatoren war überdies die Ehe mit ehemaligen Sklavinnen (also: Freigelassenen) und Schauspielerinnen untersagt. Die *lex Iulia de maritandis ordinibus* statuierte eine Ehepflicht für Männer im Alter zwischen 25 und 60 Jahren, für Frauen im Alter zwischen 20 und 50 Jahren. Damit verbunden war die Pflicht der Wiederheirat, wenn die Ehe durch Scheidung oder Tod aufgelöst worden war. Befreiung von der Ehepflicht konnte durch Elternschaft (in früherer Ehe) erlangt werden: Freigeborene Eltern von drei Kindern waren nicht (mehr) zur Ehe verpflichtet; Freigelassene benötigten vier Kinder, um die Befreiung zu erlangen. Diese Ausnahme wurde als „Kinderrecht“ (*ius liberorum*) bezeichnet. Bei unverschuldeter Kinderlosigkeit konnte das Recht auch als Privileg verliehen werden.

Erbrechtliche Relevanz erhält die Gesetzgebung dadurch, dass der *princeps* den erbrechtlichen Erwerb als Hebel nutzte, um die rechtspolitisch umstrittenen Ziele seiner Reform durchzusetzen.

16 Zur Rekonstruktion siehe Eric C. Green/Andrew D. E. Lewis/Michael H. Crawford, *Lex Iulia de maritandis ordinibus/lex Papia Poppaea*, in: Michael H. Crawford (Hrsg.), *Roman Statutes II*, London 1996, 801–809.

#### 4.4.1 Die Kaduzitätsfolgen der *lex Iulia et Papia*

Die von den Juristen als *lex Iulia et Papia* zusammengefasste *lex Iulia de maritandis ordinibus* und *lex Papia Poppaea* bestimmte, dass Personen, die der Ehepflicht und der Kindererzeugungspflicht nicht nachkamen, gar nicht oder nur eingeschränkt fähig waren, durch Testament zu erwerben.

*Gai. 2,111*

*Caelibes quoque, qui lege Iulia hereditatem legataque capere vetantur, item orbi, id est qui liberos non habent, quos lex [Papia plus quam dimidias partes hereditatis legatorumque capere vetat, ex militis testamento solidum capiunt].<sup>17</sup>*

Auch Unverheiratete, denen durch die *lex Iulia* verboten ist, Erbschaften und Vermächtnisse zu erwerben, ebenso Kinderlose, das heißt diejenigen, die keine [eigenen] Kinder haben und denen die *lex [Papia]* verbietet, mehr als die Hälfte der Erbschaft und der Vermächtnisse zu erhalten, erwerben aus einem Testament eines Soldaten das Ganze].

Die neuartige Sanktion der Erwerbsunfähigkeit (*incapacitas*) betrifft Unverheiratete (*caelibes*) und Kinderlose (*orbi*), die im Testament eingesetzt oder bedacht sind. Als unverheiratet gilt auch, wer eine nicht standesgemäße und daher verbotene Ehe geschlossen hat. Die Unverheirateten können wegen der *lex Iulia et Papia* gar nicht durch Testament erwerben; die Kinderlosen erwerben nur die Hälfte des ihnen ausgesetzten Erbteils oder Legats. Der damit freiwerdende Erbteil verfällt als *caducum* (von *cadere* = „hinfällig werden“).

Diese Rechtsfolge gilt nicht nur für die testamentarische Einsetzung als Erbe nach *ius civile*, sondern auch für den auf das Testament gestützten Nachlassbesitz (*bonorum possessio secundum tabulas*):

*D. 50.16.138 Paulus 4 ad legem Iuliam et Papiam*

„*Hereditatis*“ *appellatione bonorum quoque possessio continetur.*

In der Bezeichnung „Erbschaft“ ist auch die *bonorum possessio* enthalten.

In seinem Kommentar zur *lex Iulia et Papia* setzt Paulus (3. Jahrhundert n. Chr.) die Erbschaft (*hereditas*) mit dem Nachlassbesitz (*bonorum possessio*) gleich. Das Gesetz

<sup>17</sup> Ergänzung nach *Ulrich Manthe, Gaius Institutiones*, 2. Aufl. Darmstadt 2010, 148, Fn. 1 m. w. N.

ist also auch auf den Nachlassbesitzer anwendbar, der nicht Erbe nach *ius civile* ist. Die Rechtsfolge des Gesetzes wird für jeden einzelnen Erben oder Nachlassbesitzer ermittelt, so dass die erwerbsfähigen Erben und Vermächtnisnehmer auch dann aus dem Testament erwerben können, wenn sie mit Erwerbsunfähigen zusammentreffen. Entsprechend den Regeln über den Ausfall von Miterben (Kap. 4.1.1) fällt den im Testament bedachten Erwerbsfähigen sogar der Anteil des wegfallenden Erben mittels Anwachsung zu:

*Gai. 2,206*

[...] *post legem vero Papiam deficientis portio caduca fit et ad eos pertinet, qui in eo testamento liberos habent.*

[...] aber seit der *lex Papia* ist der Anteil eines wegfallenden [Erben] verfallen und gehört denjenigen, die in diesem Testament bedacht sind und Kinder haben.

Die Erwerbsfähigen, das heißt die eingesetzten Erben, die verheiratet sind und Kinder haben, erhalten gleichsam eine Prämie für ihr Wohlverhalten, indem ihnen die verfallene Hälfte des Erbteils der Kinderlosen ebenso anwächst wie der gesamte Erbteil der Unverheirateten. Übersicht 18 führt anhand eines fiktiven Falls vor, wie diese Umverteilung geschieht:

Übersicht 18: Verteilung des *caducum* an die im Testament bedachten Eltern

Erblasser (Testator)			
Miterbe 1	Miterbe 2	Miterbe 3	Miterbe 4
1/4	1/4	1/4	1/4
unverheiratet	verheiratet (kinderlos)	verheiratet (kinderlos)	verheirateter Vater
erwerbsunfähig	Hälfte des test. Erbteils	Hälfte des test. Erbteils	voll erwerbsfähig, „Kinderprämie“ (+ 1/8 + 1/8 + 1/4)
0	1/8	1/8	3/4

Der Erblasser hat vier Freunde als Miterben zu je 1/4 eingesetzt. Miterbe 1 ist unverheiratet und damit als *caelebs* nicht erwerbsfähig; sein Erbteil fällt als *caducum* weg; für Miterbe 2 und 3 wirkt sich die fehlende Elternschaft nachteilig aus: Sie erhalten als *orbi* nur die Hälfte ihres testamentarisch vorgesehenen Erbteils, das heißt 1/8. Dafür erwirbt Miterbe 4 als verheirateter Vater nicht nur seinen eigenen Erbteil von 1/4; viel-

mehr wachsen ihm die verfallenen  $\frac{1}{8} + \frac{1}{8}$  der Miterben 2 und 3 an und der verfallene Erbteil von  $\frac{1}{4}$  des Miterben 1. Im Ergebnis erbt damit Miterbe 4  $\frac{3}{4}$  des Nachlasses, Miterbe 2 und 3 teilen sich das verbleibende Viertel, Miterbe 1 ist ausgeschlossen.

Sind keine erwerbsfähigen Erben im Testament eingesetzt, fällt das *caducum* an den Staat. Unter Kaiser Augustus (27 v. Chr.–14 n. Chr.) ist der Empfänger noch die Staatskasse (*aerarium populi Romani*), seit Kaiser Caracalla (211–217 n. Chr.) der Fiskus (*fiscus*), das heißt die Privatkasse des Kaisers. In der Praxis bedeutete dies, dass der Fiskus eine Herausgabeklage auf das hinfällige Erbe (*vindicatio caducorum*) erhob, aufgrund derer die Erwerbsunfähigkeit (*incapacitas*) des oder der Erben geprüft werden und der Nachlass herausgegeben werden musste.

Zu beachten ist: Die rechtspolitisch umstrittene Folge der *lex Iulia et Papia* betraf nur den testamentarischen Erwerb; Kinderlose und Unverheiratete konnten also nach wie vor *ab intestato* erben. Zudem waren Ausnahmen für die nächsten Verwandten vorgesehen:

#### C. 6.51.1.1b Iustinianus (a. 534)

*Et cum lex Papia ius antiquum, quod ante eam in omnibus simpliciter versabatur, suis machinationibus et angustis circumcludens solis parentibus et liberis testatoris usque ad tertium gradum, si scripti fuerant heredes, suum imponere iugum erubuit antiquum intactum eis conservans, nos omnibus nostris subiectis sine differentia personarum concedimus.*

Und da die *lex Papia* das frühere Recht, das vor ihr geradezu gegen alle zur Anwendung kam, mit ihren listigen Mitteln und Einschränkungen aufhob und sich davor scheute, ihr Joch allein den Eltern und Kindern des Testators bis zum dritten Grad, wenn sie zu Erben eingesetzt worden waren, aufzuerlegen, indem sie diesen die ältere Gesetzgebung unverändert bewahrte, so gestehen wir [dieses Recht] allen unseren Untertanen ohne Unterschied der Personen zu.

Kaiser Justinian (527–565 n. Chr.), der die *lex Papia* endgültig abschaffte, berichtet, dass die Kaduzitätsgründe nicht für Eltern (Aszendenten) und Kinder (Deszendenten) des Erblassers bis zum dritten Grade gelten. Diese Personen sind also von den Begrenzungen der Erwerbsfähigkeit ausgenommen, was angesichts der bezweckten Stärkung der Familie auch mit dem rechtspolitischen Ziel der *lex Iulia et Papia* vereinbar scheint. Die Verwandtschaftsgrade bestimmen sich – wie sonst auch (Kap. 3.1.4) – nach der Zahl der Geburten zwischen dem Erblasser und dem Begünstigten. Da nur die Verwandten in gerader Linie begünstigt sind, sind mithin die Kinder und Enkel sowie die Eltern und Großeltern von den erbrechtlichen Nachteilen der Ehegesetzgebung

ausgenommen. Übersicht 19 fasst die kumulativ nach *ius civile* und *ius novum* geltenden Voraussetzungen der Erbenstellung für die Kaiserzeit zusammen:

Übersicht 19: Voraussetzungen der Erbenstellung seit der *lex Iulia et Papia*

	uneingeschränkt:	eingeschränkt:	ausgeschlossen:
<b>Erbfähigkeit:</b>	– <i>pater familias</i> – auch über Hauskinder oder – Sklaven	Frauen <i>sui iuris</i> ( <i>lex Voconia</i> )	Nichtrömer (Peregrine)
<b>Erwerbsfähigkeit (<i>capacitas</i>):</b>	verheiratete römische Bürger mit drei Kindern oder Kinderrecht ( <i>ius liberorum</i> )	verheiratete, aber Kinderlose ( <i>orbi</i> )	unverheiratete ohne Kinderrecht ( <i>caelibes</i> )

Eine praktisch wichtige Sonderregelung gilt nach der *lex Iulia et Papia* für Ehegatten.

#### 4.4.2 Das Ehegattenerbrecht der *lex Iulia et Papia*

Da sich Ehegatten nach Intestaterbrecht nur in Ausnahmefällen (Kap. 3.1.5) oder nur subsidiär beerben können (Kap. 3.2.3), ist der überlebende Ehegatte häufig testamentarisch als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht. Die *lex Iulia et Papia* sanktioniert in diesem Zusammenhang nicht nur die ohnehin erbrechtlich nachteilige Ehe- und Kinderlosigkeit, sondern straft auch diejenigen Ehegatten, die in einer nach dem Gesetz verbotenen Ehe verbunden sind. Da Kaiser Justinian die *lex Iulia et Papia* aufgehoben hat, lassen sich diese Sanktionen nur aus einem außerhalb der Kompilation überlieferten Werk, der *Epitome Ulpiani* (UE), ablesen:<sup>18</sup>

#### UE 16,2

*Aliquando nihil inter se capiunt: Id est, si contra legem Iuliam Papiamque Poppaeam contraxerint matrimonium, verbi gratia si famosam quis uxorem duxerit, aut libertinam senator.*

Manchmal erben sie [die Eheleute] nichts voneinander: Dies ist der Fall, wenn sie eine Ehe gegen die *lex Iulia et Papia Poppaea* eingegangen sind, zum Beispiel,

18 Zu dieser Quelle siehe Fritz Schulz, *Die Epitome Ulpiani des Codex Vaticanus Reginae* 1128, Bonn 1926; Martin Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift, Göttingen 2005 mit Rezension von Wolfgang Kaiser, ZRG rom. 127 (2010) 560–603.

wenn jemand eine Frau von schlechtem Ruf oder ein Senator eine Freigelassene zur Ehefrau genommen hat.

Eheleute, die in einer nach der *lex Iulia et Papia* verbotenen Ehe verheiratet sind, können sich nicht gegenseitig zu Erben einsetzen oder durch Vermächtnis begünstigen. Haben Ehegatten nur das Kinderzeugungsgebot nicht beachtet, sind sie also *orbi*, besteht teilweise Erwerbsunfähigkeit:

#### UE 15,1

*Vir et uxor inter se matrimonii nomine decimam capere possunt. Quod si ex alio matrimonio liberos superstites habeant, praeter decimam, quam matrimonii nomine capiunt, totidem decimas pro numero liberorum accipiunt.*

Der Ehe wegen können Mann und Frau voneinander ein Zehntel erben. Wenn sie nun aus einer anderen Ehe überlebende Kinder haben, empfangen sie über das Zehntel hinaus, das sie der Ehe wegen erben, ebenso viele Zehntel entsprechend der Anzahl der Kinder.

Ehegatten, die in rechtmäßiger Ehe verheiratet sind, können sich jeweils ein Zehntel ihres jeweiligen Vermögens durch letztwillige Verfügung zuwenden. Hat der begünstigte Ehegatte Kinder aus einer früheren Ehe, kann er für jedes Kind jeweils ein Zehntel zusätzlich erhalten. Ausnahmen von der Einschränkung der Erwerbsfähigkeit gelten, wenn der Schutzzweck der *lex Iulia et Papia* nicht betroffen ist:

#### UE 16,1

*Aliquando vir et uxor inter se solidum capere possunt, velut si uterque vel alteruter eorum nondum eius aetatis sunt, a qua lex liberos exigit, id est si vir minor annorum XXV sit aut uxor annorum XX minor; item si utriusque lege Papia finitos annos in matrimonio excesserint, id est vir LX annos, uxor L; [...].*

Manchmal können Ehemann und Ehefrau die Erbschaft voneinander in vollem Umfang annehmen, zum Beispiel, wenn beide oder einer von ihnen noch nicht in dem Alter sind, für welches das Gesetz Kinder fordert, das heißt, wenn der Mann jünger als 25 Jahre ist oder die Frau jünger als 20 Jahre; ebenso, wenn beide die durch die *lex Papia* vorgeschriebenen Jahre bei bestehender Ehe überschritten haben, das heißt, wenn der Mann 60 Jahre, die Frau 50 Jahre alt ist; [...].

Volle Erwerbsfähigkeit besteht zwischen Ehegatten, die aufgrund ihres jungen oder ihres hohen Alters noch nicht oder nicht mehr der Kinderzeugungspflicht des Geset-

zes unterfallen. Dies gilt für Männer unter 25 und über 60 Jahren und für Frauen, die jünger als 20 Jahre oder älter als 50 Jahre alt sind. Die Ausnahmebestimmung nimmt Rücksicht auf die biologischen Grenzen der Zeugungsfähigkeit, die schon in der Antike bekannt waren. Dazu gehört auch, dass ungewollte Kinderlosigkeit oder die Kinderlosigkeit wegen Versterbens von Kleinkindern nicht als Verstoß gegen das Gesetz behandelt werden:

*UE 16,1a*

*Libera inter eos testamenti factio est, si ius liberorum a principe inpetraverint [...].*

Die freie Testierfähigkeit besteht zwischen ihnen, wenn sie vom Kaiser das Kinderrecht erlangt haben [...].

So sind kinderlose Ehegatten, denen der *princeps* das Kinderrecht (*ius liberorum*) als Privileg verliehen hat, in vollem Umfang erwerbsfähig. Sie werden so behandelt, als ob sie drei (gemeinsame) Kinder hätten und das Kinderzeugungsgebot der *lex Iulia* erfüllt hätten.

Das durch die Augusteischen Ehegesetze eingeführte Kriterium der sittlichen Eignung des testamentarisch bedachten Erben führte im Laufe der Kaiserzeit zu einer weiteren Ausdifferenzierung der an den Erben gestellten Anforderungen. Die kaisergerichtliche Praxis verlangte von ihm die Erbwürdigkeit (*dignitas*) und versagte ihm, das Erbe anzutreten, wenn seine Erbunwürdigkeit (*indignitas*) erwiesen war.

#### 4.4.3 Erbunwürdigkeit (*indignitas*)

Erbunwürdigkeit führt wie die Erwerbsunfähigkeit zum Entzug des erbschaftlichen Erwerbsrechts. Der dem Erbunwürdigen zuge dachte Nachlass fällt an den Fiskus (*fiscus*), kann von diesem also ebenso vindiziert werden wie das *caducum*. Anders als die Erwerbsunfähigkeit beruht die Erbunwürdigkeit aber nicht auf einem Gesetz, sondern wird von Fall zu Fall von der kaiserlichen Gerichtsbarkeit entwickelt. Dabei geht es zunächst darum, Lücken der strafrechtlichen Einziehung durch den Anfall der Erbschaft an den Fiskus zu schließen.

*D. 48.20.7.4 Paulus liber singularis de portionibus*

*Praeterea ex his, quae per flagitium damnatus adquisiit, portiones liberorum non argentur: Veluti si cognatum suum interemi curaverit et eius hereditatem adiit vel bonorum possessionem accepit: Nam ita divus Pius rescripsit. Cui consequenter illud idem princeps constituit, cum filia familias veneno necasse convinceretur eum, a quo*

*heres instituta erat: Quamvis iussu patris, cuius in potestate erat, hereditatem eam adiisset, tamen fisco eam vindicandam esse.*

Außerdem werden die Erbteile der Kinder nicht durch das vermehrt, was der Verurteilte durch seine sittlich verwerfliche Tat (*flagitium*) erworben hat, zum Beispiel, wenn er dafür gesorgt hat, dass sein Verwandter umgebracht wird, und er dessen Erbschaft angetreten hat oder den Nachlassbesitz erhalten hat, denn so hat der vergöttlichte Kaiser Pius durch Reskript entschieden. Damit übereinstimmend hat derselbe Kaiser Folgendes entschieden, als eine Haustochter überführt wurde, denjenigen mit Gift getötet zu haben, von dem sie als Erbin eingesetzt worden war: Obwohl sie [die Haustochter] auf Befehl des Hausvaters, in dessen Gewalt sie stand, diese Erbschaft angetreten hatte, müsse diese [die Erbschaft] dennoch vom Fiskus herausverlangt werden.

In den beiden zitierten Reskripten des Kaisers Antoninus Pius (138–161 n. Chr.) ist der Erblasser durch eine dem Erben nahestehende Person getötet worden, ohne dass den Erben selbst ein strafrechtlich relevanter Vorwurf trifft. Wäre der Erbe selbst der Anstiftung oder sonstiger Beteiligung für schuldig befunden worden, hätte das Strafrecht eine Einziehung des Erbes erlaubt. Gegenüber den Kindern desjenigen, der einen Verwandten hat umbringen lassen, und gegenüber dem Hausvater der Haustochter, die den Erblasser mit Gift umgebracht hat, greift die strafrechtliche Rechtsfolge jedoch nicht ein. Daher hilft der Kaiser in beiden Fällen mit dem (zivilrechtlichen) Verfall des Erbes an den Fiskus: Zugunsten der Staatskasse kann der Nachlass des Getöteten eingezogen werden, ohne dass es auf die strafrechtliche Verantwortung des Begünstigten ankommt. Entscheidend ist vielmehr, dass der Erbe aufgrund seiner engen familienrechtlichen Beziehung zum Täter als unwürdig (*indignus*) angesehen wird, die Erbschaft zu behalten. Entsprechend wird die Herausgabeklage des Fiskus (*vindicatio caducorum*) gegen ihn erfolgreich sein.

Die Erbunwürdigkeit kann sich nicht nur aus der Reflexwirkung einer fremden Straftat, sondern auch aus eigenem Fehlverhalten ergeben, wie ein weiteres Urteil des Antoninus Pius belegt:

#### *D. 34.9.3 Marcianus 5 regularum*

*Indignum esse divus Pius illum decrevit, ut et Marcellus libro duodecimo digestorum refert, qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per negligentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur.*

Der vergöttlichte Kaiser Antoninus Pius hat entschieden, dass jener erbunwürdig sei – wie auch Marcellus im zwölften Buch seiner Digesten berichtet –, von dem sehr

deutlich bestätigt wurde, dass er darauf hingearbeitet habe, dass die Frau, von der er zum Erben eingesetzt worden war, durch seine Nachlässigkeit und Schuld starb.

Eine Frau hat einen Mann zum Erben eingesetzt; dieser legt es darauf an, dass sie durch seine Nachlässigkeit zu Tode kommt. Bei der fahrlässigen Tötung einer freien Person greift das römische Strafrecht nicht ein. Auch hier hilft Kaiser Antoninus Pius durch eine privatrechtliche *vindicatio caducorum* durch den Fiskus: Der Erbe gilt als unwürdig (*indignus*), so dass der Nachlass dem Fiskus verfallen ist und von diesem eingezogen werden kann.

Nicht nur das Verhalten des Erben, sondern auch das Verhalten des Erblassers kann die Unwürdigkeit des Erben begründen:

#### *D. 34.9.12 Papinianus 16 quaestionum*

*Cum quidam scripsisset heredes quos instituere non potuerat, quamvis institutio non valeret neque superius testamentum ruptum esset, heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit iam pridem senatus hereditatem. [...].*

Wenn jemand Erben in einem [zweiten] Testament eingetragen hatte, die er nicht hatte einsetzen können, obwohl die Erbeinsetzung nicht wirksam war und ein früheres Testament [also] nicht umgestoßen worden war, hat der Senat dennoch schon vor langer Zeit den Erben [des ersten Testaments], die den letzten Willen nicht auf ihrer Seite hatten, wegen Erbunwürdigkeit die Erbschaft entzogen. [...].

Der Erblasser hat zwei formgültige Testamente errichtet und darin jeweils andere Erben eingesetzt. Als Grundsatz gilt, dass das spätere Testament das frühere aufhebt, also die im zweiten Testament genannten Erben zum Zuge kommen (Kap. 6.2). Können die im zweiten Testament eingesetzten Erben aber nicht eingesetzt werden, ist das zweite Testament unwirksam, so dass es auch das erste Testament nicht aufheben kann, und der im ersten Testament genannte Erbe zur Erbfolge berufen ist. Papinian (3. Jahrhundert n. Chr.) berichtet von einer Entscheidung des Senats, der den auf diese Weise zum Zuge kommenden ersten Erben für unwürdig gehalten habe. Die Erbschaft sei weder ihm noch dem Erben des zweiten Testaments zuzusprechen, sondern dem Fiskus verfallen. Die Erbunwürdigkeit folgt hier daraus, dass der Erbe des ersten Testaments nach dem Willen des Erblassers nicht mehr Erbe sein sollte. Tritt er die Erbschaft an, obgleich der entgegenstehende Wille des Erblassers offensichtlich ist, missachtet er den Erblasserwillen, was mit dem Verlust des Nachlasses sanktioniert wird.

Auch wenn die vorgestellten Fälle der *indignitas* keine einheitliche und systematische Regelung erfahren haben, lassen sie erkennen, dass die mit der *lex Iulia et Papia*

begonnene Kontrolle der sittlichen Eignung des Erben im Laufe der Kaiserzeit verschärft wird: Erweist sich der Erbe als moralisch-sittlich ungeeignet, soll er nicht zur Erbschaft zugelassen werden. Profiteur der Entwicklung ist der Fiskus, der hinfallige Erbschaften für sich beanspruchen kann.

#### 4.5 Fazit zur Erbenstellung

Die Regelungen zur Erbenstellung lassen die unterschiedlichen Funktionsweisen der Rechtsschichten deutlich hervortreten:

1. Das *ius civile* definiert die Erbenstellung aus der Rechtsnachfolge, die nach dem Vorbild der Hauserben des Hausvaters geprägt ist. Zwar kann der Außenerbe entscheiden, ob er die Erbenstellung annehmen will; entscheidet er sich aber für die Annahme, treffen ihn die Rechtsfolgen – wie Miterbengemeinschaft, Anwachsung und Schuldenhaftung – ohne sein weiteres Zutun. Die Position der Erbschaftsgläubiger wird im *ius civile* nur durch die Unverzichtbarkeit der Schuldenhaftung und die vereinfachte Ersitzung der Erbenstellung geschützt.

2. Die Regelungen des *ius praetorium* zeichnen sich dagegen durch das Bemühen aus, im Interesse der Erbschaftsgläubiger eine rasche Zuweisung des Nachlasses vorzunehmen. Zu diesem Zweck setzt der Prätor den Erbberechtigten Fristen zur Erbschaftsannahme und zur Beantragung der *bonorum possessio*. Lassen sie diese Fristen verstreichen, werden nachrangig Berechtigte zum Antrag auf den Nachlassbesitz zugelassen. Findet sich kein antrittswilliger Erbe, regelt der Prätor auf Antrag der Erbschaftsgläubiger die Nachlassvollstreckung (*venditio bonorum*).

3. Das *ius novum*, beginnend mit der Ehegesetzgebung des Kaisers Augustus (27 v. Chr. – 14 n. Chr.), leitet eine Moralisierung des Erbrechts ein, indem die allgemeine Lebensführung des Erben zum Kriterium für den Erbschaftserwerb erhoben wird. Nach der *lex Iulia et Papia* können nur verheiratete Personen mit entsprechender Kinderzahl uneingeschränkt durch Testament erwerben. Die Kaduzität von Erbteilen führt zunächst zur Anwachsung bei den Erwerbsfähigen, später zum Erwerb durch den Fiskus. Der Fiskus ist es auch, der von der Schaffung besonderer Tatbestände der Erbunwürdigkeit (*indignitas*) profitiert, indem er die Erbschaft unwürdiger Personen einziehen kann. Diese Regeln treten neben die im *ius civile* und *ius praetorium* vorausgesetzte Erbfähigkeit, die sich nach der rechtlichen Handlungsfähigkeit bemisst. Auf

diese Weise werden nicht nur die nach *ius civile* handlungsunfähigen Personen vom Erbschaftserwerb ausgeschlossen. Vielmehr werden nach *ius novum* auch diejenigen vom testamentarischen Erbschaftserwerb ferngehalten, die das kaiserliche Ehe- und Kinderzeugungsgebot nicht befolgt haben.



## 5 Der Schutz des Erbrechts

Die Anerkennung des Erbrechts verlangt es, den Erben als Inhaber der Erbschaft vor unrechtmäßiger Entziehung der Erbschaft durch Dritte zu schützen. Damit ist die *hereditatis petitio* (Erbschaftsklage) als Herausgabeklage des Erben angesprochen. Der prozessuale Schutz des Erbrechts hat sich im Laufe der hier betrachteten Zeitspanne entwickelt und gewandelt. Dabei entspricht der Wandel der Erbschaftsklage der allgemeinen Entwicklung des Prozessrechts, die ihrerseits mit den Rechtsschichten parallelisiert werden kann: Dem traditionellen *ius civile*, wie es sich aus dem Zwölftafelgesetz und seinen interpretativen Fortentwicklungen ergibt, entspricht die erste bekannte Prozessform des römischen Zivilprozesses, das Legisaktionenverfahren (*legis actio*, von *lege agere* = „nach dem Gesetz klagen“). Diese Verfahrensart, die sich durch die limitierte Anzahl peinlich genau formulierter Klagen auszeichnete, war – genau wie das *ius civile* – römischen Bürgern vorbehalten. Obwohl die Legisaktionen durch die Augusteischen *leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum* (17 v. Chr.) nahezu vollständig abgeschafft wurden, werden sie in Gaius' Anfängerlehrbuch aus dem 2. Jahrhundert noch im Einzelnen vorgestellt und behandelt. Offenkundig wurde diese Verfahrensart als Grundlage und Ausgangspunkt der späteren Verfahrensarten des römischen Zivilprozesses angesehen. Bereits in der Republik erhielt das Legisaktionenverfahren Konkurrenz durch das flexiblere Formularverfahren (*agere per formulas* = „durch Klageformeln klagen“), das vor allem im prätorischen Edikt ausgebildet wurde. Das Edikt versammelte Prozessformulare, die entweder der Durchsetzung von Rechtspositionen des *ius civile* dienten oder vom Prätor selbst als *ius praetorium* geschaffen worden waren (Kap. 2.1.1). Zu diesen Formeln gehörte auch das Formular der Erbschaftsklage (*hereditatis petitio*). Das Formularverfahren geriet aber seit Beginn des Prinzipats seinerseits unter Konkurrenzdruck von Seiten des kaiserlichen Kognitionsverfahrens (Kap. 2.2.4). Zwar wurden kaiserrechtliche Spezialzuständigkeiten nur schrittweise für einzelne Gebiete und auch nur ergänzend zum Formularverfahren eingeführt; da aufgrund kaiserlicher Rechtsschöpfung aber Klagen geschaffen wurden, für die es im Formularverfahren keinen Rechtsschutz gab, verdrängte das Kognitionsverfahren stückweise den Formularprozess. Dies gilt besonders im Erbrecht, da seit Augustus nicht nur die Wirksamkeit formloser Nachträge zum Testament (Kodizille,

Kap. 6.4.1), sondern auch die Durchsetzung formloser Vermächtnisse (Fideikommiss) kaiserrechtlich anerkannt wurde (Kap. 8.5).

Die skizzierte Entwicklung des römischen Zivilprozesses ist auch an der Erbschaftsklage des Formularprozesses, ihren Vorläufern im Legisaktionsverfahren und den durch die Kognition herbeigeführten Veränderungen dieser Klage ablesbar.

## 5.1 Legisaktionen- und Sponsionsverfahren

Greifbarer Ausgangspunkt für die Entwicklung der Erbschaftsklage bildet eine Klageart des Legisaktionsverfahrens, die auf die Herausgabe einer Sache oder Sachgesamtheit gerichtet ist. Diese *legis actio sacramento in rem* ist eine dingliche Klage (*in rem* = „auf eine Sache gerichtet“), die mittels einer Prozesswette (*sacramentum* = „Strafsumme, Eid, feierliche Verpflichtung“) durchgeführt wird. Auffällig an dieser Klage sind die starke Ritualisierung des Verfahrens sowie die Notwendigkeit, die im Streit befindliche Sache zum Prozessort mitzuführen:

*Gai. 4,16*

*Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: Qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: „Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio, secundum suam causam sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui“, et simul homini festucam imponebat. Adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. Cum uterque vindicasset, praetor dicebat: „Mittite ambo hominem“. Illi mittebant. Qui prior vindicaverat, sic dicebat: „Postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris.“ Ille respondebat: „Ius feci, sicut vindictam imposui.“ Deinde qui prior vindicaverat, dicebat: „Quando tu iniuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco“; adversarius quoque dicebat similiter: „Et ego te D aeris sacramento provoco“; aut si res infra M asses erat scilicet L asses sacramenti nominabant. [...].*

Wenn dinglich geklagt wurde, wurden bewegliche Sachen und sich bewegende, wenn sie nur zum Gerichtsort herbeigebracht oder herbeigeführt werden konnten, am Gerichtsort auf folgende Weise unter Berufung auf das Eigentum herausverlangt: Derjenige, der die Eigentumsbehauptung erhob, hielt eine Rute; dann fasste er die Sache selbst an, zum Beispiel einen Sklaven, und sprach folgendermaßen: „Ich behaupte, dass dieser Sklave nach *ius Quiritium* mein ist; gemäß seiner Rechtsstellung, wie ich gesagt habe, sieh her, habe ich den Stab auf ihn gelegt“, und zugleich legte er die Rute auf den Sklaven. Der Gegner sprach und tat dasselbe in ähnlicher

Weise. Nachdem jeder der beiden sein Eigentum behauptet hatte, sprach der Prätor: „Lasst beide den Sklaven los!“ Jene ließen ihn los. Derjenige, der zuerst sein Eigentum behauptet hatte, sprach auf folgende Weise: „Ich fordere dich auf zu sagen, aufgrund welcher Rechtslage du dein Eigentum behauptet hast.“ Jener antwortete: „Ich habe Recht ausgeübt, so wie ich den Stab auf ihn gelegt habe.“ Darauf sprach der, der zuerst sein Eigentum behauptet hatte: „Da du zu Unrecht dein Eigentum behauptet hast, fordere ich dich mit einem Geldeinsatz (*sacramentum*) von 500 Kupfer-As heraus.“ Der Gegner sprach auch auf ähnliche Weise: „Auch ich fordere dich mit einem Geldeinsatz (*sacramentum*) von 500 Kupfer-As heraus“, oder wenn die Sache weniger als 1000 As wert war, nannte man natürlich 50 As als Geldeinsatz. [...].

Die Ausführungen zur Herausgabeklage aus dem Eigentum sind auf die Erbschaftsklage, die auf Herausgabe der Erbschaft gerichtet ist, zu übertragen. Die auf die Herausgabe einer Erbschaft gerichtete *legis actio sacramento in rem* verlangte zunächst, Erbschaftssachen als Symbol für die streitige Erbschaft vor den Prätor zu bringen. Sodann mussten beide Parteien – Kläger wie Beklagter – die Behauptung aufstellen, Inhaber der Erbschaft, also Erbe, zu sein. Diese Behauptung wurde durch Berühren der erbschaftlichen Gegenstände unterstrichen. Anschließend befahl der Prätor beiden Prätendenten, den Besitz an der Sache aufzugeben. Nachdem jeder die Behauptung des Gegners hinterfragt hatte, setzte der Kläger einen Geldeinsatz (*sacramentum*) ein, um den Vortrag des Beklagten zu bestreiten. Sodann ‚wettete‘ umgekehrt auch der Beklagte gegen den klägerischen Vortrag. Dieses stark formalisierte ‚Wettverfahren‘ führte dazu, dass der vom Prätor eingesetzte Richter nicht direkt über die Inhaberschaft des Erbes zu entscheiden hatte. Vielmehr war die Erbenstellung als bloße Vorfrage für die Entscheidung über den Verfall des Geldeinsatzes festzustellen. Diejenige Partei, die ihre Erbenstellung beweisen konnte, gewann die Prozesswette und konnte die Sache behalten oder vom Gegner herausverlangen. Wenn eine Partei vor dem Prätor keine Gegenbehauptung aufstellte, also kein eigenes Erbrecht behauptete, konnte die gegnerische Partei von vornherein die Erbschaft als Erbe ergreifen.

Das Ritual der dinglichen *legis actio sacramento* belegt, dass die Erbschaftsklage ursprünglich als Prätendentenstreit konzipiert war, also aus der Konkurrenz zweier Anwärter auf die Erbschaft erwuchs. Eine Besonderheit des Verfahrens bildete die begrenzte Entscheidungsbefugnis des Richters: Er stellte nicht die Erbenstellung fest, sondern konnte nur indirekt über das Vorliegen der Voraussetzungen der Prozesswette entscheiden.

Auch das spätere Sponsionsverfahren (*per sponsionem* = „durch gegenseitige Abmachung, Prozesswette“), das eine Fortentwicklung des dinglichen Legisaktionsverfahrens darstellt, ist durch diese indirekte Entscheidungsfindung gekennzeichnet:

*Gai.* 4,93

*Per sponsionem vero hoc modo agimus: Provocamus adversarium tali sponsione: „Si homo, quo de agitur, ex iure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes?“, deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse.*

Mittels Prozesswette klagen wir aber auf diese Weise: Wir fordern den Gegner zu einer so beschaffenen Wette heraus: „Wenn der Sklave, um den es geht, nach *ius Quiritium* mein ist, versprichst du, 25 Sesterzen zu geben?“, dann geben wir die Formel bekannt, mit der wir verlangen, dass uns die Wettsumme zu geben ist. Mit dieser Formel gewinnen wir nur dann, wenn wir bewiesen haben, dass die Sache unsere ist.

Kennzeichen des Sponsionsverfahrens ist eine Prozesswette, deren Abschluss der Kläger vom Beklagten verlangt: Erneut entscheidet der Richter nur über das Zustehen der Wettsumme; die Frage nach der Erbenstellung wird als Vorfrage behandelt, bildet also die Bedingung für die Zusprache oder Aberkennung der Wettsumme.

Beide früheren Ausgestaltungen der Erbschaftsklage kennen damit nur eine beschränkte Verurteilungsbefugnis des Richters: Als juristischer Laie kann er nur über den Geldeinsatz oder die Wettsumme entscheiden; die Erbenstellung ist dagegen eine Frage, die nur vorfrageweise untersucht wird. Allerdings ist bereits das Sponsionsverfahren weniger stark formalisiert als die ursprüngliche *legis actio sacramento in rem*. Auch gibt schon das Sponsionsverfahren dem Kläger die Möglichkeit, die einschlägige Klageformel, mit der die Wettsumme gefordert werden soll, selbst auszuwählen. Auf diese Weise bildet es das konzeptionelle Bindeglied zum flexibleren Formularprozess.

## 5.2 Die *hereditatis petitio* des Formularprozesses

Im Formularverfahren bestehen zwei Möglichkeiten, die Erbschaftsklage zu erheben: Die *hereditatis petitio* kann einmal weiterhin im Wege der Sponsion eingeklagt werden; daneben tritt im prätorischen Edikt die Möglichkeit, direkt die Herausgabe der Erbschaft zu verlangen:

*Gai. 4,92*

*Petitoria autem formula haec est, qua actor intendit rem suam esse.*

Als *formula petitoria* aber wird diejenige bezeichnet, mit der der Kläger begehrt, dass die Sache sein sei.

Mit dieser Klageformel wird erstmals die Behauptung, Eigentümer oder Erbe zu sein, selbst zum Gegenstand des Verfahrens. Mithin hat der Richter zu entscheiden, ob das Begehren des Klägers begründet ist, das heißt, ob ihm das Eigentum zusteht. Das Prozessprogramm der *formula petitoria* („Herausgabeklageformel“) lässt sich dabei wie folgt rekonstruieren:<sup>19</sup>

*Si paret hereditatem Publi Maevi ex iure Quiritium Auli Ageri esse, si arbitrato tuo res Aulo Agerio non restituetur, quanti ea res est, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito.*

Wenn es sich erweist, dass die Erbschaft des Publius Maevius nach *ius Quiritium* dem Aulus Agerius (dem Kläger) gehört, [und] wenn die Sache nach deinem Ermessen dem Aulus Agerius (dem Kläger) nicht herausgegeben wird, sollst du den Numerius Negidius (den Beklagten) zugunsten des Aulus Agerius (des Klägers) auf so viel Geld verurteilen, wie viel diese Sache wert ist; wenn es sich nicht erweist, sollst du ihn freisprechen.

Nach diesem Prozessprogramm sind verschiedene Schritte des Verfahrens *apud iudicem* zu unterscheiden: In einem ersten Schritt hat der Richter (*iudex*) die Erbenstellung des Klägers zu prüfen, hat also die dafür vorgebrachten Beweise zu würdigen. Stellt der Richter aufgrund dieser Zeugnisse die Erbenstellung des Klägers fest, erlaubt ihm die Klageformel (*si arbitrato tuo ... non restituetur*), dem Beklagten die Rückgabe der Sache aufzuerlegen. Diese Arbiträrklausel (von *arbitrium* = „Ermessen, Spielraum“) gibt dem Richter zwar nicht die Befugnis, den Beklagten direkt zur Herausgabe zu verurteilen, erlaubt aber, dem Beklagten Gelegenheit zu geben, die Sache zurückzugeben, um der drohenden Verurteilung in den Sachwert zu entgehen. Der Beklagte hat also die Wahl, ob er die Erbschaft herausgibt und damit den Prozess gewinnt, oder ob er die Erbschaft behält und damit riskiert, in den Sachwert der Erbschaft verurteilt zu werden, der nach der beim Kläger verzeichneten Einbuße berechnet wird.

<sup>19</sup> Otto Lenel, *Edictum perpetuum*, 3. Aufl. Leipzig 1927, 177f.

Die Arbiträrklausel zeigt, dass die *formula petitoria* zwar das Prozessthema ändert, aber keine Verurteilung im Sinne einer Naturalrestitution erlaubt. Die beschränkte Rechtsfolge der *hereditatis petitio* folgt aus der limitierten Verurteilungskompetenz des römischen Richters: Er kann nur auf Zahlung des Geldwertes verurteilen; es gilt der Grundsatz der Geldverurteilung (*condemnatio pecuniaria*).

Der Wandel der Erbschaftsklage zu einer Herausgabeklage wirkt sich auch auf die Parteirollen aus. Während im Legisaktionenverfahren zwei Erbschaftsprätendenten die Inhaberschaft an der Erbschaft behaupten, muss im Formularverfahren nur der Kläger die Erbenstellung behaupten. Wie schon die Arbiträrklausel zeigt, ergibt sich die Passivlegitimation zur *hereditatis petitio* aus dem Besitz der Erbschaft oder von Erbschaftssachen:

#### D. 5.3.9 Ulpianus 15 ad edictum

*Regulariter definiendum est eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet [...].*

Als Regel ist festzuhalten, dass nur derjenige aus der Erbschaftsklage haftet, der entweder ein Recht als Erbe oder als Besitzer besitzt [...].

Diese Besitzposition kann der Beklagte innehaben, weil er sich selbst für erbberechtigt hält (*pro herede*). Es ist aber nicht länger notwendig, selbst ein Erbrecht zu behaupten, um die Beklagtenrolle zu übernehmen; vielmehr genügt es, dass der Beklagte die tatsächliche Sachherrschaft ausübt (*pro possessore*). Letzteres ist zum Beispiel der Fall, wenn er nichts vom Erbfall weiß oder die Sache schon zu Lebzeiten des Erblassers an sich genommen hat.

Auch dieses Besitzerfordernis wird mit der Zeit gelockert:

#### D. 5.3.13.13 Ulpianus 15 ad edictum

*Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil, et videndum, si non possidens optulerit tamen se petitioni, an teneatur. Et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri: Dolo enim facere eum qui se offert petitioni [...].*

Aber nicht nur von demjenigen kann die Erbschaft eingeklagt werden, der einen körperlichen Erbschaftsgegenstand besitzt, sondern auch wenn er nichts besitzt, muss man gleichfalls prüfen, ob er haftet, wenn er sich dennoch als Prozesspartei anbietet, obwohl er nicht besitzt. Und Celsus schreibt im vierten Buch seiner Digesten, dass er aus Arglist hafte: Derjenige handle nämlich arglistig, der sich [obgleich er nicht besitze] als Prozesspartei anbietet [...].

Nach Ulpian kann nicht nur der Besitzer, sondern auch derjenige mit der *hereditatis petitio* verklagt werden, der sich als Prozesspartei angeboten hat. Da er dem Prozess zugestimmt hat, hat er den Kläger glauben lassen, er sei der Besitzer. Folglich hat er eine Täuschung begangen. Diese Arglist wird ihm zum Verhängnis, denn er wird so behandelt, als sei er Besitzer (gewesen). Entsprechend kann auch derjenige, der seinen Besitz an der Erbschaft oder Erbschaftssachen arglistig aufgegeben hat, um der Erbschaftsklage zu entgehen, mit der Erbschaftsklage auf Herausgabe verklagt werden.

Auch die *hereditatis petitio* des prätorischen Edikts schützt damit den Erben nach *ius civile*. Damit stellt sich die Frage, welchen Schutz der prätorische Erbe (*bonorum possessor*) in Anspruch nehmen kann.

### 5.3 *Bonorum possessio* und Erbschaftsklage

Der Prätor, der einen Antragsberechtigten in den Nachlassbesitz eingewiesen hat, schützt diesen durch ein prätorisches Interdikt (*interdictum* = „Verbot“). Interdikte sind Maßnahmen, die der Prätor aus eigener Jurisdiktionsgewalt erlassen kann und die in der Regel darauf ausgerichtet sind, eine bestehende faktische Situation zu schützen. Das zum Schutz des Nachlassbesitzers erlassene Interdikt ist das Interdikt „*quorum bonorum*“ („von welchem Nachlass“):

*D. 43.2.1pr.–1 Ulpianus 67 ad edictum*

*pr. Ait praetor: „Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas.“*

*1 Hoc interdictum restitutorium est et ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet et appellatur „quorum bonorum“ et est apiscendae possessionis universorum bonorum.*

*pr.* Der Prätor sagt: „Was du von diesem Nachlass, in dessen Besitz jener durch mein Edikt eingewiesen worden ist, als Erbe oder als Erbschaftsbesitzer besitzt oder besitzen würdest, wenn nichts ersessen worden wäre, und was du nämlich arglistig getan hast, um den Besitz aufzugeben, dies sollst du jenem zurückgeben.“

*1* Dieses Interdikt ist restitutorischer Natur und bezieht sich auf das gesamte Vermögen, nicht auf einzelne Gegenstände, und wird als Interdikt „Von welchem Nachlass“ (*quorum bonorum*) bezeichnet und ist ein Interdikt zur Erlangung des Besitzes an der Gesamtheit der Güter.

Der *bonorum possessor* wird in seiner Position als Besitzer geschützt, indem ihm der Prätor die Rückgabe der Erbschaft oder der Erbschaftssachen verspricht, die vom Erben oder einem Dritten entzogen worden sind. Wie Ulpian betont, ist das Interdikt nicht nur konservierend, sondern restitutorisch, indem es dem eingewiesenen *bonorum possessor* die Möglichkeit gibt, die Erbschaftssachen von jedem anderen Besitzer und sogar vom Erben selbst heraus zu verlangen.

Die bereits beobachtete Konkurrenz zwischen zivilem Erben und prätorischem Nachlassbesitzer zeigt sich prozessual darin, dass der *bonorum possessor* umgekehrt vom Erben mit der *hereditatis petitio* auf Herausgabe verklagt werden kann:

*D. 5.3.11pr. Ulpianus 15 ad edictum*

*Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur: Et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo iure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere.*

„Als Erbe besitzt“, wer glaubt, dass er Erbe sei. Aber ob auch derjenige, der weiß, dass er nicht Erbe ist, „als Erbe“ besitzt, wird gefragt: Und Arrianus ist im zweiten Buch zu den Interdikten der Meinung, dass er hafte, welches Recht wir auch anwenden, wie Proculus schreibt. Aber auch der *bonorum possessor* wird ja so angesehen, als besitze er „als Erbe“.

Als passivlegitimiert zur *hereditatis petitio* gilt ein Besitzer, der *pro herede* („als Erbe“) oder *pro possessore* („als Besitzer“) die Erbschaft an sich genommen hat. Damit stellt sich die Frage, ob auch diejenigen verklagt werden können, die zwar wissen, dass sie nicht Erben nach *ius civile* sind, aber zum Beispiel als prätorische Erben den Nachlassbesitz innehaben. Ulpian, der sich auf Arrianus und Proculus (beide 1. Jahrhundert n. Chr.) beruft, betont, dass auch der *bonorum possessor* als passivlegitimiert für die Erbschaftsklage anzusehen ist, weil er als prätorischer Erbe ebenfalls *pro herede* besitzt.

Die Koexistenz zweier sich widersprechender Rechtsbehelfe – der Erbschaftsklage einerseits, des Interdikts *quorum bonorum* andererseits – folgt aus der Überlagerung von *ius civile* und *ius praetorium* mit Blick auf die Erbenstellung: Welche Position sich im Einzelfall durchsetzt, ob also der zivile Erbe die Erbschaft nach dem Interdikt herausgeben oder der *bonorum possessor* die Erbschaft nach der *hereditatis petitio* zu restituieren hat, richtet sich danach, welche Erbberechtigung im Einzelfall als vorrangig angesehen wird. Hier sind die Kriterien, die bereits für die Unterscheidung von *bonorum possessio* ohne Sachzugriff (*sine re*) und von der *bonorum possessio* mit Sachzugriff (*cum re*) maßgeblich waren, anzuwenden (Kap. 3,3.1).

Da das Verhältnis von *bonorum possessio* und konkurrierender Erbenstellung nach *ius civile* im Laufe der Kaiserzeit immer stärker formalisiert, das heißt grundsätzlich geklärt wurde (Kap. 3.3.2), erscheint es nur konsequent, dass die kaiserzeitlichen Juristen auch dem *bonorum possessor* die *hereditatis petitio* erteilen:

#### D. 5.5.1 Ulpianus 15 ad edictum

*Ordinarium fuit post civiles actiones heredibus propositas rationem habere praetorem etiam eorum quos ipse velut heredes facit, hoc est eorum quibus bonorum possessio data est.*

Es entsprach der Ordnung, dass der Prätor, nachdem er den Erben zivilrechtliche Klagen verheißend hatte, auch diejenigen beachtete, die er selbst gewissermaßen zu Erben macht, das heißt, auf diejenigen, denen der Nachlassbesitz (*bonorum possessio*) gewährt worden ist.

Diese Gleichstellung von zivilen und prätorischen Erben wird dadurch gerechtfertigt, dass der *bonorum possessor* ohnehin die Stellung eines zivilen Erben erhält, da ihm der Prätor mithilfe einer Fiktion alle Klagen zur Durchsetzung des Erbrechts gewährt und da er die Erbenstellung ersitzen kann (Kap. 4.2.2). Auf diese Weise hat der Nachlassbesitzer die Wahl, ob er das Interdikt oder die Erbschaftsklage erhebt, um sein Recht durchzusetzen.

Weitergehende Veränderungen der *hereditatis petitio* ergeben sich durch das Kaiserrecht.

## 5.4 Kaiserliches Recht: Das *senatusconsultum Iuventianum*

Das Kaiserrecht griff nicht unmittelbar in die *hereditatis petitio* ein. Vielmehr übertrugen die römischen Juristen Vorgaben, die für die *vindicatio caducorum* des Fiskus (Kap. 4.4.1) von der kaiserlichen Gesetzgebung und Rechtsprechung entwickelt worden waren, auf die privatrechtliche Erbschaftsklage. Die mit Abstand wichtigste Reform bildet in diesem Zusammenhang ein unter Kaiser Hadrian (129 n. Chr.) ergangener Senatsbeschluss. Da der Jurist Iuventius Celsus im Senatsbeschluss als Konsul des Jahres genannt wird, bezeichnet die heutige Literatur den Beschluss als *senatusconsultum Iuventianum*:

*D. 5.3.20.6–6d Ulpianus 15 ad edictum*

6 [...] *de quibus cum forma senatus consulto sit data, optimum est ipsius senatus consulti interpretationem facere verbis eius relatis. „Pridie idus Martias Quintus Iulius Balbus et Publius Iuventius Celsus Titius Aufidius Hoenius Severianus consules verba fecerunt de his, quae imperator caesar Traiani Parthici filius divi Nervae nepos Hadrianus Augustus optimus maximusque princeps pater patriae quinto nonas Martias quae proximae fuerunt libello complexus esset, quid fieri placeat, de qua re ita censuerunt. 6a Cum, antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas idemque in similibus causis servandum.*

*6b Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutiaeve fuissent, restituere debere.*

*6c Item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent: Eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.*

*6d Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denuntiatum esset ei aut litteris vel edicto evocatus esset. censuerunt.“ [...].*

6 [...] Da mit Blick auf diese Angelegenheiten eine Regelung durch Senatsbeschluss ergangen ist, ist es am besten, eine Deutung gerade dieses Senatsbeschlusses vorzunehmen, nachdem wir seinen Wortlaut wiedergegeben haben:

„Am 14. März [129 n. Chr.] brachten die Konsuln Quintus Iulius Balbus und Publius Iuventius Celsus Titius Aufidius Hoenius Severianus [vor dem Senat] einen Antrag ein über das, was der *imperator* Caesar Hadrianus, Sohn des Kaisers Trajan, des Besiegers der Parther, Enkel des vergöttlichten Kaisers Nerva, der Erhabene, der beste und größte *princeps*, der Vater des Vaterlandes, sehr zeitnah am 3. März, in einer Rede hinsichtlich dessen dargestellt hatte, was nach seiner Meinung geschehen solle. In dieser Sache haben sie [die Senatoren] folgendermaßen beschlossen: 6a ‚Wenn diejenigen, die sich für die Erben halten, die Erbschaft verkauft haben, bevor die dem Staat verfallenen Teile aus dem Nachlass des Rusticus für den Fiskus eingeklagt wurden, wird angeordnet, dass für das Geld, das aus dem Kaufpreis für die verkauften Sachen eingenommen worden ist, keine Zinsen gefordert werden dürfen, und dass dasselbe auch in ähnlichen Fällen beachtet werden muss.‘

6b Ebenso wird verordnet: ‚Diejenigen, gegen die die Erbschaftsklage erhoben worden war, müssen, wenn gegen sie entschieden worden war, die Einnahmen

herausgeben, die sie durch die aus dem Nachlass verkauften Sachen erzielt hatten, auch wenn diese vor Erhebung der Erbschaftsklage untergegangen oder [der Erbschaft] abhandengekommen waren.<sup>4</sup>

6c ‚Ebenso sollen diejenigen, die sich des Nachlasses bemächtigt hatten, obwohl sie wussten, dass er ihnen nicht gehörte, auch wenn sie vor Prozessbegründung dafür gesorgt haben, dass sie umso weniger besitzen, so verurteilt werden, als ob sie besäßen. Diejenigen aber, die triftige Gründe hatten, um zu glauben, dass der Nachlass ihnen zustehe, sollen lediglich soweit verurteilt werden, wie sie aus dieser Sache bereichert worden sind.‘

6d ‚Die Erbschaft muss man aber von dem Zeitpunkt an als für den Fiskus eingeklagt ansehen, von dem an jemand zum ersten Mal gewusst hat, dass diese von ihm herausverlangt wird, das heißt, sobald ihm gegenüber entweder eine vorläufige Anzeige gemacht worden war oder er durch ein amtliches Schreiben oder durch öffentlichen Aushang vorgeladen worden war.‘ So haben sie [die Senatoren] beschlossen.“ [...].

Nach diesem Bericht Ulpian (3. Jahrhundert n. Chr.) sind vier Hauptaussagen des *senatusconsultum Iuventianum* festzuhalten:

1. Der Erbschaftsbesitzer, der sich für den Erben hält und als solcher die Erbschaft verkauft, muss das Geld, das er beim Verkauf von Erbschaftssachen erhalten hat, nicht verzinsen.
2. Der Erbschaftsbesitzer muss die Verkaufserlöse für die Erbschaftssachen herausgeben, auch wenn die Sachen selbst vor der Erhebung der Klage untergegangen sind.
3. Hinsichtlich der Haftung ist zwischen dem bösgläubigen Erbschaftsbesitzer, der wusste, dass ihm die Sache nicht gehörte, und dem gutgläubigen, der an sein Erbrecht glauben durfte, zu unterscheiden: Der bösgläubige Besitzer wird so verurteilt, als seien die Erbschaftssachen noch in seinem Besitz; der gutgläubige Erbschaftsbesitzer haftet nur, insoweit er noch bereichert ist.
4. Als „eingeklagt“ gilt eine Erbschaft dann, wenn sie erstmalig herausverlangt wurde.

#### 5.4.1 Die einzelnen Rechtsfolgen

Betrachten wir die einzelnen Hauptaussagen in der Kommentierung Ulpian: Zunächst zur Verzinsungspflicht für Geldschulden (Aussage 1) und zur Frage, wann eine Erbschaft als „eingeklagt“ gilt (Aussage 4):

*D. 5.3.20.11 Ulpianus 15 ad edictum*

„*Petitam autem hereditatem et cetera: Id est ex quo quis scit a se peti: Nam ubi scit, incipit esse malae fidei possessor. „Id est cum primum aut denuntiatum esset“: Quid ergo si scit quidem, nemo autem ei denunciavit, an incipiat usuras debere pecuniae redactae? Et puto debere: Coepit enim malae fidei possessor esse. [...].*

„Dass die Erbschaft aber eingeklagt wird“ und so weiter: Das bedeutet den Zeitpunkt, von dem an jemand weiß, dass sie von ihm herausverlangt wird; denn sobald er das weiß, beginnt er, bösgläubiger Besitzer zu sein. „Das heißt, sobald ihm gegenüber entweder eine vorläufige Anzeige gemacht worden war.“ Was also, wenn er es zwar weiß, niemand ihm gegenüber aber eine Anzeige gemacht hat? Ob er von da an wohl beginnt, Zinsen für das eingenommene Geld zu schulden? Und ich meine, dass er sie schuldet. Denn er hat begonnen, bösgläubiger Besitzer zu sein. [...].

Der Erbschaftsbesitzer, der an seine Erbberechtigung glauben durfte, braucht Geldforderungen, die mit der Erbschaftsklage eingeklagt werden können, grundsätzlich nicht zu verzinsen. Eine mit der *hereditatis petitio* eingeklagte Geldsumme muss erst ab dem Zeitpunkt verzinst werden, an dem der Erbschaftsbesitzer von seiner Nichtberechtigung Kenntnis erhält. Dies ist spätestens mit der Anzeige der Klage (*denuntiatio litis*) der Fall. Die Verzinsungspflicht für Geldschulden hängt mit der Haftung des Erbschaftsbesitzers für die beim Verkauf von Erbschaftssachen erlangten Verkaufserlöse zusammen (Aussage 2):

*D. 5.3.20.17 Ulpianus 15 ad edictum*

[...] *Bonae fidei possessor si vendiderit res hereditarias, sive exegit pretium sive non, quia habet actionem, debet pretium praestare: Sed ubi habet actionem, sufficiet eum actiones praestare.*

[...] Wenn der gutgläubige Besitzer Sachen aus der Erbschaft verkauft hat, wird er für den Kaufpreis einstehen müssen, sei es, dass er den Kaufpreis eingezogen hat oder nicht, weil er dann die Klage hat. Aber wenn er nur die Klage hat, wird es genügen, die Klagen zu gewähren.

Hat der Besitzer Sachen aus der Erbschaft verkauft und dafür einen Verkaufserlös erhalten, treten die Verkaufserlöse an die Stelle der verkauften Erbschaftssachen (Surrogation). Daher muss auch der gutgläubige Erbschaftsbesitzer den für die Sache erzielten Kaufpreis an den Erben herausgeben; hat er den Kaufpreis noch nicht erhalten, kann er dem Erben die gegen den Käufer zustehende Klage auf Zahlung des Kaufpreises abtreten.

Eine weitergehende Haftung trifft den bösgläubigen Erbschaftsbesitzer:

*D. 5.3.20.21 Ulpianus 15 ad edictum*

*Restituere autem pretia debebit possessor, etsi deperditae sunt res vel diminutae. Sed utrum ita demum restituat, si bonae fidei possessor est, an et si malae fidei? Et si quidem res apud emptorem exstant nec deperditae nec diminutae sunt, sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor aut, si recipere eas ab emptore nullo modo possit, tantum quantum in litem esset iuratum. At ubi deperditae sunt et diminutae, verum pretium debet praestari, quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset et verum pretium rei non perderet.*

Der Besitzer wird aber die Einnahmen herausgeben müssen, auch wenn die Sachen untergegangen oder abhandengekommen sind. Aber gibt er sie nur dann heraus, wenn er gutgläubiger Besitzer ist, oder auch, wenn er bösgläubiger Besitzer ist? Und wenn nämlich die Sachen noch beim Käufer vorhanden sind und weder untergegangen noch [der Erbschaft] abhandengekommen sind, so muss der bösgläubige Besitzer ohne Zweifel die Sachen selbst leisten. Ebenso muss er, wenn er sie auf keine Weise vom Käufer zurückbekommen kann, den Wert leisten, den er [der Kläger] mit Blick auf den Streitgegenstand eidlich geschätzt hatte. Aber wenn sie untergegangen oder [der Erbschaft] abhandengekommen ist, muss er für den wahren Wert einstehen, weil der Kläger die Sache, wenn er sie erhalten hätte, nicht verkauft hätte und den wahren Wert der Sache nicht verloren hätte.

Der bösgläubige Besitzer, das heißt derjenige, der weiß, dass er nicht der Erbe ist, muss dem klagenden Erben die Verkaufserlöse auch dann herausgeben, wenn die Erbschaftssachen, die verkauft worden sind, zwischenzeitlich untergegangen oder der Erbschaft anderweitig verloren gegangen sind. Den bösgläubigen Besitzer trifft also eine Garantieflicht für den Wert der Sache, die sich ursprünglich in der Erbschaft befunden hat. Die Höhe des geschuldeten Ersatzes richtet sich danach, ob die Sache untergegangen oder nur der Erbschaft abhandengekommen ist: Ist die Sache noch beim Käufer vorhanden, wird der Erbschaftsbesitzer in den Wert verurteilt, den die Sache für den Erben hat. Der bösgläubige Erbschaftsbesitzer muss in diesem Fall die eigene Unfähigkeit, die Sache selbst herausgeben zu können, in Geld kompensieren. Ist die Sache dagegen untergegangen, muss der Erbschaftsbesitzer den objektiven, das heißt für jedermann gültigen Wert ersetzen. Er haftet also für den zufälligen Untergang der Sache.

Dagegen hat der gutgläubige Erbschaftsbesitzer nur eingeschränkt für die Erlöse aus dem Verkauf von Erbschaftssachen einzustehen:

*D. 5.3.23pr. Ulpianus 15 ad edictum*

*Utrum autem omne pretium restituere debeat bonae fidei possessor an vero ita demum, si factus sit locupletior, videndum: Finge pretium acceptum vel perdidisse vel consumpsisse vel donasse. Et verbum quidem pervenisse ambiguum est, solumne hoc contineret, quod prima ratione fuerit, an vero et id quod durat. Et puto [...] ut ita demum competat, si factus sit locupletior.*

Man muss erwägen, ob der gutgläubige Erbschaftsbesitzer aber den ganzen Kaufpreis herausgeben muss oder aber nur dann, wenn er noch bereichert ist. Stell dir vor, er habe den Kaufpreis nach Empfang entweder verloren oder verbraucht oder verschenkt. Und das Wort „gelangt sein“ ist nämlich zweideutig: Umfasst es nur das, was durch das anfängliche Geldgeschäft vorhanden war, oder aber auch das, was fortbesteht? Und ich bin der Meinung, [...] dass die Erbschaftsklage nur dann zusteht, wenn der Besitzer noch bereichert ist.

Hat der gutgläubige Erbschaftsbesitzer den für die Erbschaftssachen erzielten Kaufpreis verloren, verbraucht oder verschenkt, trifft ihn keine Haftung. Dies folgt aus dem Wortlaut des *senatusconsultum Iuventianum*, das auf das „Gelingen“ (*pervenire*) der Sache an den Erbschaftsbesitzer abstellt. Ein „Gelingen“ ist bei einem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer nur dann anzunehmen, wenn das Geld in seinem Besitz verbleibt. Der gutgläubige Erbschaftsbesitzer wird also in seinem Vertrauen auf sein Erbrecht geschützt, seine Haftung auf die vorhandene Bereicherung begrenzt. Die unterschiedliche Haftung von bösgläubigem und gutgläubigem Erbschaftsbesitzer entspricht der allgemeinen Unterscheidung in der Aussage (3) des *senatusconsultum Iuventianum*: Während der bösgläubige Erbschaftsbesitzer für jeden Zufall haftet, hat der gutgläubige nur für die vorhandene Bereicherung einzustehen. Damit führt das *senatusconsultum Iuventianum* zu einer differenzierten Haftung, je nachdem, ob der Besitzer der Erbschaft seine fehlende Berechtigung kannte oder nicht. Diese Differenzierung entspricht der schon bei der hadrianischen Reform der Erbschaftsersitzung beobachteten Tendenz (Kap. 4.1.4), den bösgläubigen Besitzer gegenüber dem Erben zurückzusetzen und nur den gutgläubigen Besitzer zu privilegieren. In Übersicht 20 sind die Haftungsregime des *senatusconsultum Iuventianum* für beide Arten von Besitzern gegenübergestellt:

Übersicht 20: Die Regelungen des *senatusconsultum Iuventianum*

	<b>Verzinsungspflicht für Geldschulden:</b>	<b>Herausgabe von Verkaufserlösen:</b>	<b>Umfang der Herausgabepflicht:</b>
<b>gutgläubiger Erbschaftsbesitzer:</b>	besteht nicht, solange keine Kenntnis von der Klage (Anzeige)	nur, soweit noch im Vermögen vorhanden („bereichert“)	nur, soweit noch im Vermögen vorhanden
<b>bösgläubiger Erbschaftsbesitzer:</b>	seit dem Zeitpunkt der Erbschaftsergreifung	in jedem Fall; sogar Zufallhaftung, das heißt auch, wenn Erbschafts-sachen selbst untergegangen sind	alles, was er im Zusammenhang mit der Erbschaft erworben hat; Zufallhaftung

Die eingeführte Unterscheidung der Herausgabepflicht nach der Gutgläubigkeit oder Bösgläubigkeit des Erbschaftsbesitzers führt zu einer „Moralisierung“ der Erbschaftsklage. Diese dient nicht mehr dazu, den Streit zwischen zwei Erbschaftsprätendenten zu entscheiden. Vielmehr wird ihr Zweck nunmehr darin gesehen, die unberechtigte Inbesitznahme von Erbschaften zu verhindern.

## 5.4.2 Fiskal- und Privatprozess

Die beobachtete Ausdifferenzierung des Haftungsregimes des Erbschaftsbesitzers in der *hereditatis petitio* folgt dem Vorbild der für den Fiskus geltenden *vindicatio caducorum*, die Anlass für das *senatusconsultum Iuventianum* war. Es war auch für die römischen Juristen keineswegs selbstverständlich, diese für den Fiskalprozess ergangene Regelung auf die private Erbschaftsklage zu übertragen:

*D. 5.3.20.9 Ulpianus 15 ad edictum*

*In privatorum quoque petitionibus senatusconsultum locum habere nemo est qui ambigit, licet in publica causa factum sit.*

Es gibt niemanden, der bezweifelt, dass auch bei Klagen von Privatpersonen der Senatsbeschluss Geltung hat, obwohl er in einer öffentlichen Streitigkeit ergangen ist.

Ulpian (3. Jahrhundert n. Chr.) hebt hervor, dass die Interessenlage in einem Fiskalverfahren als einem öffentlichen Verfahren eine andere ist als die in einem privaten Erbschaftsverfahren. Dennoch hält er die Übertragbarkeit des *senatusconsultum Iuventianum* auf die *hereditatis petitio* für unzweifelhaft.

Für diese Sicht ist zunächst auf die Vorrangstellung zu verweisen, die das kaiserliche Recht mit Blick auf das *ius civile* und *ius praetorium* beansprucht (Kap. 2.2.4): Soweit das Kaiserrecht die traditionellen Rechtsschichten nur fortbildet, sind die kaiserzeitlichen Neuerungen oder Präzisierungen als verbindliche Fortschreibung des Bestehenden zu akzeptieren. Nicht zu unterschätzen ist weiter die Vorbildwirkung kaiserlicher Anordnungen in der *cognitio extra ordinem*: Auch wenn diese Vorgaben zunächst nur für den besonderen Bereich der kaiserlichen Gerichtsbarkeit gelten, sind sie als rechtsverbindlich (*lex*) anzusehen. Soweit möglich, sind die Vorgaben also auch in das bestehende Recht zu rezipieren. Dies gilt vor allem dann, wenn die Übertragung der kaiserrechtlichen Vorgaben rechtstechnisch keine Schwierigkeiten bereitet: Da die *vindicatio caducorum* des Fiskus in ihrer Struktur der privatrechtlichen *hereditatis petitio* entspricht, ist die Auslegung der Klageformel im Lichte des Kaiserrechts ohne Schwierigkeit möglich: So lässt sich die im Senatsbeschluss angeordnete Verzinsungspflicht für Geldschulden (Aussage 1) ebenso wie die Herausgabepflicht für die Verkaufserlöse (Aussage 2) ohne weiteres in die Bestimmung des *quanti ea res est* der Klageformel hineinlesen. Das Wort „*res*“ (Sache) in der Formel bezeichnet nämlich nicht nur die Erbschaftssache selbst, sondern den gesamten Streitgegenstand, kann also alle Vorteile aufnehmen, die der Erbe durch die Vorenthaltung des Besitzes verloren hat. Auch die Differenzierung von gutgläubigem und bösgläubigem Erbschaftsbesitzer (Aussage 3) ist bereits in der traditionellen Interpretation der Klageformel angelegt, indem diese den Besitzer *pro herede* vom Besitzer *pro possessore* trennt. In der Logik des *senatusconsultum Iuventianum* ist der Besitzer *pro herede* der gutgläubige, *pro possessore* der bösgläubige Besitzer. Allein die Anzeige (*denuntiatio*) der Klage als Auslöser der Bösgläubigkeit lässt erkennen, dass das *senatusconsultum Iuventianum* – anders als die *hereditatis petitio* – ein Verfahren der kaiserrechtlichen Kognition (Kap. 2.2.4) betraf. Hier bedurfte es einer sinngemäßen Übertragung auf die für das Formularverfahren geltenden Modalitäten: Für die *hereditatis petitio* ist damit die Ladung des Beklagten vor den Prätor als maßgeblicher Zeitpunkt für die Bösgläubigkeit des Besitzers anzusehen.

Ingesamt bildet daher die Auslegung der Erbschaftsklage nach den Vorgaben des *senatusconsultum Iuventianum* ein Beispiel für den umfassenden Geltungsanspruch des kaiserlichen Rechts, das nicht nur durch direkten Eingriff, sondern auch durch Juristeninterpretation in das *ius civile* und in das *ius praetorium* wirkte.

## 5.5 Fazit zum Schutz des Erbrechts

1. Als Stufen der Entwicklung der Erbschaftsklage sind die bereits angesprochenen drei Verfahrensordnungen zu nennen: Das Legisaktionenverfahren für das *ius civile*, das Formularverfahren für das *ius civile* und das *ius praetorium* und die *cognitio extra ordinem* für das *ius novum*.
2. Das Legisaktionenverfahren zeichnet sich durch eine strenge Förmlichkeit aus, die auch auf Ebene der Erbschaftsklage sichtbar wird: Aktiv- und Passivlegitimation sind von der Behauptung des Erbrechts abhängig; äußerst flexibel und für Interpretationen offen ist dagegen die vom Prätor geschaffene *formula petitoria*. Aus diesem Grund kann die *formula petitoria* auch die weitergehenden Anforderungen, die das *senatusconsultum Iuventianum* für die Haftung des Erbschaftsbesitzers im Rahmen der *cognitio extra ordinem* formuliert, aufnehmen.
3. Die Betrachtung der Erbschaftsklage in ihren verschiedenen prozessualen Ausprägungen belegt die Abhängigkeit der verschiedenen Entwicklungsstufen voneinander und die Kontinuität, die sich von den Regelungen des Zwölftafelgesetzes bis in die Kaiserzeit hineinzieht. Selbst wenn sich eine Entwicklung feststellen lässt, in deren Verlauf sich der Streit zweier Erbschaftsprätendenten um die Erbschaft (Prozesswette) zu einer Schadensersatzklage des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer verändert, ist gleichzeitig das Bemühen erkennbar, jede Veränderung an das bestehende Recht anzuknüpfen. Selbst kaiserrechtliche Neuerungen lösen also das alte Recht nicht ab, sondern werden – soweit dies möglich ist (Kap. 6.4.4) – als Fortschreibung des Bestehenden angesehen.

### Übersicht 21: Entwicklungsstufen der *hereditatis petitio*

<b>Zwölftafeln ca. 450 v. Chr.</b>	Legisaktionen- verfahren: Prozesswette	Aktivlegitimation: Behauptung, Erbe zu sein	Passivlegitimation: Behauptung, Erbe zu sein
<b>Republik seit 367 v. Chr.</b>	Formularverfahren: <i>formula petitoria</i>	Aktivlegitimation: Behauptung, Erbe zu sein	Passivlegitimation: Besitz <i>pro herede</i> / <i>pro possessore</i>
<b>Kaiserzeit, SC <i>Iuventianum</i>, 129 n. Chr.</b>	Formularverfahren / Kognitionsverfahren	Aktivlegitimation: Behauptung, Erbe zu sein	Passivlegitimation: Besitz, Einlassung (arglistig), Besitzaufgabe (arglistig)



## 6 Die testamentarische Erbfolge

Das lateinische Wort *testamentum* leitet sich von *testari* = „bezeugen“ ab, verweist also darauf, dass der letzte Wille des Erblassers vor Zeugen zu erklären ist. Die Zeugen dienen dazu, nach dem Tod des Erblassers die Authentizität und die Richtigkeit der Testamentsworte zu garantieren. In Republik und Kaiserzeit galt das Testament als wichtigstes Rechtsgeschäft eines Römers (Kap. 1.1). Die Überlebenden erwarten die Testamentseröffnung, weil der Inhalt dieses letzten Urteils (*supremum iudicium*) besonders schonungslos ausfallen konnte; gleichzeitig ist das Motiv erkennbar, für besonders schutzwürdige Angehörige der Familie vorzusorgen und ihr Auskommen zu sichern. Die Vielfalt der Motive zeigt sich auch in den verschiedenen rechtlichen Inhalten des römischen Testaments: Es kann Erbeinsetzungen und Enterbungen enthalten, der Testator kann Legate vergeben, Freilassungen vornehmen und Vormundschaften anordnen. Grundlage der verschiedenen letztwilligen Anordnungen ist – noch in der Kaiserzeit – ein einziger Satz des Zwölf Tafelgesetzes (V,3): „Wie jemand letztwillig über seinen Hausbestand oder seine Vermögen oder seine Vormundschaft verfügt hat, so soll es rechtens sein“ (*uti legassit super familia pecuniave tutelave sua, ita ius esto*):<sup>20</sup>

*D. 50.16.120 Pomponius 5 ad Quintum Mucium*

*Verbis legis duodecim tabularum his „uti legassit suae rei, ita ius esto“ latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. [...].*

Diesen Worten des Zwölf Tafelgesetzes „Wie jemand letztwillig über seine Sache verfügt hat, so soll es rechtens sein“ scheint eine äußerst weitreichende Geltung zuerkannt worden zu sein, sowohl für die Erbeinsetzung als auch für die Vergabe von Legaten und Freiheiten, und auch für die Begründung von Vormundschaften. [...].

Aus diesem Zwölf Tafelgesetz wird die Befugnis abgeleitet, Erben einzusetzen, Vermächtnisse (Legate) auszusetzen, Sklaven freizulassen und Vormundschaften anzuordnen.

<sup>20</sup> Die Rekonstruktion folgt *Michel Humbert/Andrew D. E. Lewis/Michael H. Crawford, Lex duodecim tabularum*, in: *Michael H. Crawford* (Hrsg.), *Roman Statutes II*, London 1996, 635–640.

Der Testator hat also umfassend vorzusorgen, indem er nicht nur seinen Rechtsnachfolger bestimmt, sondern auch Legate anordnet, verdiente Sklaven durch Freilassung dem Zugriff des Erben entzieht und für Frauen und Kinder einen Tutor (Vormund) bestimmt, der ihnen bei der Erledigung ihrer Angelegenheiten zur Seite steht. Das Zugeständnis dieser privaten Rechtsmacht des Erblassers verlangt die Einhaltung besonderer Formen:

*Gai. 2,101*

*Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: Nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant: Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.*

Es gab aber zu Beginn zwei Arten von Testamenten: Denn entweder errichtete man sein Testament vor der einberufenen Volksversammlung, die zweimal im Jahr festgesetzt worden war, um Testamente zu errichten, oder vor dem kampfbereiten Heer, das heißt, wenn man die Waffen zum Zweck der Kriegsführung ergriff. *Procinctus* bedeutet nämlich „das kampfbereite und bewaffnete Heer“. Das eine [Testament] errichtete man daher in Friedenszeit und Ruhe, das andere, wenn man sich anschickte, in eine Schlacht zu ziehen.

In einem rechtshistorischen Rückblick stellt Gaius zwei Testamentsformen des *ius civile* vor, die zu seiner Zeit (2. Jahrhundert n. Chr.) außer Gebrauch gekommen sind: Das Testament vor der Volksversammlung (*testamentum calatis comitiis*) sowie das Testament vor dem kampfbereiten Heer (*testamentum in procinctu*). Da Heeresdienst und Teilnahme an der Volksversammlung ausschließlich Männern zustand, war ihnen auch die Errichtung eines Testaments in diesen Formen vorbehalten. Beide frühen Testamentsformen beruhen auf einer öffentlichen Bezeugung des letzten Willens vor der Bürgerschaft. Für die historisch besser bezeugten Zeiten der späten Republik und der Kaiserzeit ist das Testament dagegen ein privater Rechtsakt.

### 6.1 Das Testament nach *ius civile*

Die Möglichkeit, durch Testament selbstherrlich das Schicksal des Vermögens über den eigenen Tod hinaus zu bestimmen, steht in einem Spannungsverhältnis zum Prinzip der Familienerbfolge (Kap. 3): Man vermutet daher, dass sich die Testierfreiheit ursprünglich auf die Befugnis beschränkte, Legate auszusetzen, und das Intestat-

erbrecht der Hauskinder also unangetastet ließ. Ein Indiz in diese Richtung bildet die Verwendung des Wortes *legare* im zitierten Zwölftafelsatzes (V,3: *uti legassit super familia pecuniave [...]*): *Legare* bezeichnet im römischen Recht der Kaiserzeit den Einzelerwerb von Todes wegen, bezieht sich also auf das Vermächtnis (*legatum*). Während der Erbe als Rechtsnachfolger des Erblassers in dessen Rechte und Pflichten eintritt, erwirbt der Legatar nur ein Recht in Bezug auf einen einzelnen Erbschaftsgegenstand oder eine Sachgesamtheit. Wenn der zitierte Wortlaut tatsächlich dem Zwölftafelgesetz entspricht, und wenn *legare* auch in diesem Gesetz nur Vermächtnisse bezeichnet, könnte das Testament ursprünglich tatsächlich auf die Aussetzung von Legaten beschränkt gewesen sein. Ein derartiges „Legatentestament“ bedeutete eine Vermischung von gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge, denn die ausgesetzten Legate sind von den Intestaterben zu erfüllen. Auf diese Weise würde diese frühe private Testamentsform einen Kompromiss zwischen dem Prinzip der Familienerbfolge und der Testierfreiheit des Testators darstellen. Das besser überlieferte Recht der späten Republik und der Kaiserzeit entscheidet eindeutiger zugunsten der Testierfreiheit, indem es dem Testator auch die Einsetzung von Erben und die Enterbung von Hauskindern erlaubt. Dieses Testament im eigentlichen Sinne bildet das Manzipationstestament (*testamentum per aes et libram*).

### 6.1.1 Manzipationstestament

Der Name des Manzipationstestaments ergibt sich daraus, dass das Testament durch eine Manzipation (*mancipatio*) errichtet wird, die durch einen symbolischen Kauf vor fünf Zeugen vollzogen wird. Der Zweck der Manzipation, die wohl ursprünglich ein Barkauf ist, liegt an sich darin, Eigentum an einer Sache oder Gewalt über eine gewaltunterworfenen Person (Sklave oder Hauskind) zu übertragen. Wie bereits für die Entlassung aus der Gewalt (*emancipatio*) gesehen, wurde das Geschäft aber auch zur Erreichung anderer Zwecke verwendet, etwa zur Freilassung von Kindern aus der Hausgewalt (Kap. 3.1.2). Auch das Manzipationstestament beruht auf der Loslösung der *mancipatio* von ihrem Erwerbsszweck, ist also – genau wie die *emancipatio* – ein „nachgeformtes Rechtsgeschäft“.<sup>21</sup>

21 Der Begriff stammt von *Ernst Rabel*, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, ZRG rom. 40 (1906) 290–335 und ZRG rom. 41 (1907) 311–379.

Gai. 2,103

[...] *Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; [...].*

[...] Freilich wird es [sc. das Manzipationstestament] nun anders gehandhabt, als es in alter Zeit üblich war. Denn einst nahm der Vermögenskäufer, das heißt derjenige, der vom Erblasser das Familienvermögen durch Manzipation erwarb, die Stelle des Erben ein, und deshalb trug ihm der Erblasser auf, was nach seinem Willen einem jeden nach seinem Tod gegeben werden sollte; [...].

Das Manzipationstestament diene ursprünglich dazu, den Nachlass und damit die Erbenstellung auf den Vermögenskäufer (*familiae emptor*) zu übertragen, so dass die angeordneten Verfügungen mit Wirkung für den Erben vorgenommen werden konnten. Zu Gaius' Zeiten (2. Jahrhundert n. Chr.) dagegen fungiert der Vermögenskäufer nicht mehr selbst als Erbe. Die Übertragung der Erbschaft auf ihn dient vielmehr dazu, einen Dritten formwirksam als Erben einzusetzen:

Gai. 2,103

[...] *nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.*

[...] Jetzt aber wird im Testament der eine als Erbe eingesetzt, in Bezug auf den auch die Legate hinterlassen werden, der andere wird nur der Form halber wegen der Nachahmung des alten Rechts als Vermögenskäufer herangezogen.

In dieser Form des Manzipationstestaments sind Erbe und Vermögenskäufer getrennt: Zwar wird das Testament nach wie vor durch Übertragung des Vermögens an den Vermögenskäufer errichtet, der Kauf aber, das heißt die Manzipation, wird nur noch der Form halber vorgenommen. Im Zentrum der Errichtung stehen mithin die Testamentstafeln (*tabulae testamenti*),<sup>22</sup> das heißt die Testamentsurkunde. Die Manzipation bildet also das Ritual, das dem schriftlichen Testament Wirksamkeit verleiht:

<sup>22</sup> Als *tabulae* werden Wachstäfchen (aus Schellack) bezeichnet, in die der Text des Testaments eingeritzt wurde. Zur üblichen Form des Testaments siehe Kap. 6.3.1. Zu einem Beispiel für derartige Wachstäfchen siehe Kap. 1.1.

## Gai. 2,104

[...] *qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: „Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio, eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere, et“ ut quidam adiciunt, „aeneaque libra, esto mihi empta“; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: „Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor, itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibetote“; et hoc dicitur nuncupatio: Nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.*

[...] Derjenige, der das Testament errichtet, zieht, nachdem er die Testamentsurkunde geschrieben hat, fünf Zeugen, die mündige römische Bürger sind, und einen Waagehalter (wie bei den übrigen Manzipationen) hinzu und manzipiert jemandem, um die Form zu wahren, sein Familienvermögen. Bei diesem Geschäft verwendet der Vermögenskäufer die folgenden Worte: „Ich behaupte, dass deine Familie und dein Vermögen in deiner Verfügungsmacht und in meiner Obhut sind, und dieses soll, damit du rechtswirksam ein Testament gemäß dem *ius Quiritium* errichten kannst, mit diesem Kupferstück und“ (wie einige hinzufügen) „mit dieser kupfernen Waage durch mich gekauft sein“; dann schlägt er mit dem Kupferstück an die Waage und gibt dieses Kupferstück dem Erblasser an Stelle des Kaufpreises; daraufhin hält der Erblasser die Testamentsurkunde in der Hand und spricht folgendermaßen: „So, wie dies in diesen Wachstafeln geschrieben worden ist, so gebe ich, so vermache ich, so rufe ich zu Zeugen auf, und so gewährt mir, Quiriten, Zeugnis.“ Und dies wird „Nunkupation“ genannt; „nunkupieren“ ist nämlich „öffentlich nennen“ und in der Tat scheint der Erblasser das, was er im Einzelnen auf die Testamentsurkunde geschrieben hat, mit den allgemeinen Worten zu bezeichnen und bestätigen.

Das Manzipationstestament, wörtlich das „Testament durch Kupfer und Waage“ (*testamentum per aes et libram*), folgt dem auch sonst üblichen Manzipationsritual, verlangt also die Beteiligung von fünf Zeugen und eines Waagehalters, der die ursprünglich der Zuwegung des Geldes dienende Waage trägt. Gegenstand der Manzipation ist die Erbschaft. Allerdings erklärt der Vermögenskäufer nur deshalb, die Erbschaft kaufen zu wollen, um dem Testator die Errichtung des Testaments zu ermöglichen. Daher betont er, dass der Erblasser die Verfügungsmacht über sein Vermögen und er, der Vermögenskäufer, die Obhut über dieses Vermögen habe. Auf diese Weise

erwirbt der Vermögenskäufer die Erbschaft nicht definitiv, sondern übt nur vorläufig Gewalt über sie aus. In diesen vermögensrechtlichen Schwebestand hinein erklärt der Erblasser: „So wie dies in diesen Wachstafeln geschrieben worden ist, so gebe ich, so vermache ich, so rufe ich zu Zeugen auf, und so gewährt mir, Quiriten, Zeugnis.“ Diese Erklärung ist eine *nuncupatio*, das heißt eine verbindliche Anordnung über die manzipierte Sache, wie sie auch für Manzipationen zum Eigentumserwerb üblich ist. Diese *nuncupatio* bildet den zentralen Vorgang der Testamenterrichtung, während das Ritual der *mancipatio* nur den Rahmen schafft, in dem eine *nuncupatio* erklärt werden kann. Diese Akzentverschiebung gilt auch für die Rechtsfolgenseite: Zwar ergreift der Vermögenskäufer die Obhut über das Vermögen und erklärt auch, die Erbschaft gekauft zu haben; alleiniger Zweck dieser symbolischen Übertragung ist aber die Testamenterrichtung durch den ‚verkaufenden‘ Testator. Anknüpfungspunkt für das *testamentum per aes et libram* ist nach alledem nicht mehr die Übertragungswirkung der Manzipation, sondern die Möglichkeit, im Moment der Übertragung für alle verbindliche Bestimmungen über die veräußerte Sache zu treffen.

Der Fortschritt des Manzipationstestaments gegenüber den früheren öffentlichen Formen des Testaments liegt in der privaten Gestaltungsmacht: Der Erblasser ist nicht länger darauf angewiesen, das Zusammentreten der Volksversammlung oder des Heeres abzuwarten. Vielmehr kann er seine Angelegenheiten jederzeit nach seinen Bedürfnissen regeln, wenn er die notwendige Anzahl von Mitwirkenden zusammenbringt.

Im Folgenden ist allein das Manzipationstestament zu betrachten. Seine Ausgestaltung folgt den Vorgaben der Kautelarjurisprudenz, das heißt der Juristen, welche die Parteien bei der Gestaltung von Rechtsgeschäften beraten (*cautela*, von *cavere* = „vorsorgen“). Die ursprünglich wohl als Empfehlungen guter Praxis ausgestalteten Regeln gelten den Juristen der Kaiserzeit als normative Vorgaben:

#### D. 28.1.4 Gaius 2 institutionum

*Si quaeramus, an valeat testamentum, in primis animadvertere debemus, an is qui fecerit testamentum habuerit testamenti factionem, deinde, si habuerit, requiremus, an secundum regulas iuris civilis testatus sit.*

Wenn wir fragen, ob ein Testament wirksam ist, müssen wir zuerst unsere Aufmerksamkeit darauf richten, ob derjenige, der das Testament errichtet hat, die Testierfähigkeit gehabt hat, dann, wenn er sie gehabt hat, werden wir prüfen, ob er nach den Regeln des *ius civile* testiert hat.

Gaius nennt zwei Voraussetzungen für die Wirksamkeit von Testamenten: erstens die Testierfähigkeit, zweitens die Einhaltung der Regeln des *ius civile*. Während die

Testierfähigkeit eine besondere Form der Handlungsfähigkeit ist, also an den personenrechtlichen Status anknüpft, verweisen die *regulae iuris civilis* auf die besonderen Vorgaben, welche die Jurisprudenz für die Abfassung von Testamenten entwickelt hat.

### 6.1.2 Testierfähigkeit

Die Testierfähigkeit (*testamenti factio*) als Fähigkeit, mit Wirkung für die Zeit nach dem eigenen Tod über das Vermögen zu verfügen, muss vom Zeitpunkt der Testamentserrichtung bis zum Erbfall ohne Unterbrechung vorliegen. Testierfähig sind nur vermögensfähige, das heißt gewaltfreie Personen (Kap. 3.1.2):

*D. 28.1.6pr. Gaius 17 ad edictum provinciale*

*Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi ius non habet, adeo ut, quamvis pater ei permittat, nihilo magis tamen iure testari possit.*

Wer in der Gewalt des Hausvaters steht, hat kein Recht, ein Testament zu errichten, in dem Maße, dass, auch wenn der Hausvater es ihm erlaubt, er dennoch ebenso wenig rechtswirksam testieren kann.

Daher können Hauskinder mangels Vermögensfähigkeit auch mit Ermächtigung des Hausvaters nicht wirksam testieren. Testierfähig ist ein Hauskind erst, wenn es aus der Hausgewalt ausscheidet und dadurch gewaltfrei wird (Kap. 3.1.2).

Nur beschränkt testierfähig sind Frauen. Dies gilt selbst dann, wenn sie gewaltfrei sind, also weder unter Ehegewalt noch unter Vatersgewalt stehen (Kap. 3.1.4): Wie bereits erläutert (Kap. 4.3.1), stehen gewaltfreie Frauen nämlich unter Vormundschaft, sind also nur eingeschränkt handlungsfähig. Sie bedürfen daher der Zustimmung des Tutors, wenn sie ein Testament errichten wollen. Für die testamentarische Gestaltungsfreiheit der Erblasserin ist dabei entscheidend, wer die Tutel ausübt, ob also der Tutor ein Eigeninteresse verfolgt, und daher ein Mitspracherecht fordert, oder ob er die Frau eigenständig über den Inhalt des Testaments entscheiden lässt. In dieser Frage ist – genau wie für die Entwicklung der Tutel allgemein (Kap. 4.3.1) – eine Entwicklung feststellbar, in deren Verlauf die Erblasserin an Gestaltungsmacht gewinnt.

Nach dem Zwölftafelgesetz standen gewaltfreie Frauen unter der gesetzlichen Vormundschaft der Agnaten:

*Gai. 1,155*

*Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur ‚legitimi‘.*

Für diejenigen, denen in einem Testament freilich kein Vormund bestellt worden ist, sind nach dem Zwölftafelgesetz die Agnaten die Vormünder, die als gesetzliche Vormünder (*tutores legitimi*) bezeichnet werden.

Die Vormundschaft der Agnaten war – genau wie das Intestaterbrecht – für den Fall vorgesehen, dass das Testament keine entsprechende Regelung enthielt oder gar kein Testament errichtet war. Diese gesetzliche Vormundschaft verfolgte offenkundig den Zweck, das Familienvermögen in der agnatischen Familie zu halten und die Risiken, die für dieses Vermögen von Frauen ausgingen, zu limitieren. Dabei lag das Hauptrisiko darin, dass die Frau Vermögen auf ihre Kinder übertrug, die – solange sie ehelich waren – in der Gewalt des Vaters standen und damit in der Mannesfamilie beerbt wurden. Dies war aus Sicht der Herkunftsfamilie der Frau vor allem dann störend, wenn die Frau nicht in die Gewalt des Mannes eingetreten war, denn dann blieb die Frau in ihrer Herkunftsfamilie erbberechtigt. Es bestand damit die Gefahr, dass über die Frau Vermögen aus der Herkunftsfamilie in die Mannesfamilie gelangte. Das Risiko, Vermögen an andere Familien zu verlieren, konnte aber auch aus Sicht der Mannesfamilie bestehen, zum Beispiel, wenn die Frau in *manus*-Ehe einen ersten und in freier Ehe einen zweiten Mann geheiratet und mit diesem Kinder gezeugt hatte. Eine Möglichkeit, diesen unerwünschten Vermögenstransfer zwischen Familien zu verhindern, bestand darin, die Testierfähigkeit der Frauen einzuschränken, Verfügungen zugunsten ihrer Kinder also von der Zustimmung der Agnaten abhängig zu machen.

Die Bevormundung der Frauen durch die Tutel der Agnaten wurde – wie gesehen (Kap. 4.3.1) – im 1. Jahrhundert n. Chr. durch die *lex Cornelia* (44–49 n. Chr.) abgeschafft. Aber schon vor Inkrafttreten dieses Gesetzes konnte sich die Frau von einem unliebsamen Tutor befreien, indem sie einen neuen Tutor erwählte. Die Bestellung eines neuen Tutors nach dem Willen der Frau erfolgte durch Kaufehe (*coemptio*). Die *coemptio* war ein der Manzipation nachgebildeter Verkauf, der einerseits der Eheschließung, andererseits zur Begründung einer Vormundschaft verwendet werden konnte. Durch sie wurde die Frau an den Erwerber manzipiert, gelangte also in dessen Gewalt:

*Gai. 1,115*

*Quod est tale: Si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, [...].*

Damit verhält es sich folgendermaßen: Wenn eine Frau die Vormünder, die sie hat, aufgeben und einen anderen erlangen will, schließt sie mit Zustimmung jener

Vormünder eine Kaufehe; darauf wird sie von demjenigen, mit dem sie die Kaufehe eingegangen ist, an einen Mann, den sie selbst will, weitermanzipiert und, nachdem sie von ihm mit dem Stab freigelassen wurde, beginnt sie, denjenigen zum Vormund zu haben, von dem sie freigelassen wurde; dieser wird „Treuhandvormund“ (*tutor fiduciarius*) genannt, [...].

Erfolgte die *coemptio* zum Zweck, einen Tutor zu bestellen, ging die Frau mit Zustimmung der bisherigen Vormünder die *coemptio* mit einem Dritten ein. Dieser erwarb die eheähnliche Gewalt über die Frau (*manus*), übte diese aber lediglich treuhänderisch aus. Dies wird darin deutlich, dass er die Frau einem weiteren Mann ihrer Wahl manzipierte, der als Tutor fungieren sollte. Indem Letzterer sie aus seiner Gewalt entließ, wurde er ihr Vormund. Soweit die Frau nicht ohnehin aufgrund der Augusteischen Ehegesetze von der Vormundschaft befreit war (Kap. 4.3.1), konnte sie auf diese Weise einen Vormund auswählen, der ihr Vertrauen genoss, und sodann ein Testament errichten, das ihren eigenen Vorstellungen entsprach.

Zu einem früheren Zeitpunkt diente die *coemptio* dazu, der Frau überhaupt die Testierfähigkeit zu verschaffen:

#### *Gai. 1,115a*

*Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio: Tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remanicipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.*

Einst wurde eine *coemptio* zum Zweck der Treuhand auch abgeschlossen, um ein Testament zu errichten; damals nämlich hatten Frauen, mit Ausnahme einiger Personen, nur dann das Recht, ein Testament zu errichten, wenn sie eine *coemptio* eingegangen waren und weiter manzipiert und freigelassen worden waren. Aber diese Notwendigkeit, eine *coemptio* durchzuführen, hat der Senat aufgrund der Autorität des vergöttlichten Kaisers Hadrian erlassen.

Ursprünglich waren ausschließlich Frauen, die durch *coemptio* aus der gesetzlichen Vormundschaft ausgeschieden waren, testierfähig. Dieses Erfordernis wurde durch einen Senatsbeschluss unter Kaiser Hadrian (117–138 n. Chr.) vollständig aufgegeben:

#### *Gai. 2,112*

*Postea vero ex auctoritate divi Hadriani senatusconsultum factum est, quo permissum est sui iuris feminis etiam sine coemptione testamentum facere, si modo non minores*

*essent annorum XII; scilicet ut quae tutela liberatae non essent, tutore auctore testari deberent.*

Später aber erging aufgrund der Autorität des vergöttlichten Hadrian ein Senatsbeschluss, durch den rechtlich selbstständigen Frauen auch ohne *coemptio* erlaubt worden ist, ein Testament zu errichten, wenn sie nur nicht jünger als zwölf Jahre waren, das heißt, dass diejenigen, die nicht von der Vormundschaft befreit worden waren, nur mit Zustimmung des Vormunds ein Testament errichten durften.

Der Senatsbeschluss erlaubte der mündigen Frau, auch ohne vorherige *coemptio* mit Zustimmung ihres Vormunds zu testieren. Zweck des *senatusconsultum* war nicht die allgemeine Befreiung der Frauen von der Vormundschaft, sondern die Anordnung der Testierfähigkeit von Frauen. Vor der hadrianischen Reform konnte eine Frau mit hin nur dann wirksam ein Testament errichten, wenn sie 1. gewaltfrei, 2. mündig, das heißt älter als zwölf Jahre war, 3. durch *coemptio* erworben, manzipiert und wieder freigelassen worden war, und 4. ihr Tutor zustimmte oder sie von der Tutel befreit war (*ius liberorum*). Erst seit Hadrian konnte jede gewaltfreie mündige Frau mit Genehmigung des Vormunds – bei ausreichender Kinderzahl auch ohne Vormund – testieren.

### 6.1.3 Erbeinsetzung

Die Bestimmungen für die Erbeinsetzung ergeben sich einerseits aus dem Errichtungsakt und dem Manzipationstestament, andererseits aus Anforderungen, welche die republikanische Kautelarpraxis mit Blick auf die Erklärungen formuliert hat. Aus der Errichtungsform ergibt sich zunächst die Vorgabe einer klaren Rollenverteilung:

*D. 28.1.20pr. Ulpianus 1 ad Sabinum*

*Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest. [...].*

Wer im Testament als Erbe eingesetzt wird, kann in demselben Testament nicht Zeuge sein. [...].

Der im Testament eingesetzte Erbe darf nicht Zeuge der Testamentserrichtung sein. Diese Vorgabe ergibt sich offenkundig aus der Funktion der Testamentszeugen: Ist ein Zeuge gleichzeitig Partei, ist sein Zeugnis wertlos, weil es möglicherweise durch sein Eigeninteresse bestimmt wird. Bei der Testamentserrichtung ist weiter zu beachten, dass die Erbeinsetzung nur dann wirksam ist, wenn sie in bestimmter Weise erklärt wird:

*Gai. 2,116*

*Ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit; nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita venire testesque ita adhibere aut ita nuncupare testamentum, ut supra diximus.*

Vor allem muss untersucht werden, ob die Erbeinsetzung entsprechend dem förmlichen Herkommen erfolgt ist; denn wenn die Einsetzung anders vor sich gegangen ist, nützt es nichts, das Familienvermögen des Erblassers so zu verkaufen und die Zeugen so hinzuzuziehen und das Testament so durch *nuncupatio* zu bekräftigen, wie ich oben gesagt habe.

Die Form der Erbeinsetzung folgt dem Herkommen (*mos*). Die Einhaltung dieser Form ist Voraussetzung für die Wirksamkeit des Testaments. Auch wenn das Manzipationsritual eingehalten, die Erbeinsetzung aber nicht in der traditionellen Form erklärt worden ist, ist das Testament ungültig:

*Gai. 2,117*

*Sollemnis autem institutio haec est: „Titius heres esto“; sed et illa iam conprobata videtur: „Titium heredem esse iubeo“; at illa non est conprobata: „Titium heredem esse volo“, sed et illae a plerisque inprobatae sunt: „Titium heredem instituo“, item: „heredem facio“.*

Die förmliche Einsetzung aber ist folgende: „Titius soll Erbe sein“; aber auch die folgende scheint bereits allgemein anerkannt: „Ich befehle Titius, Erbe zu sein“; hingegen ist die folgende nicht anerkannt: „Ich will, dass Titius Erbe ist“, aber auch die folgenden sind von den meisten nicht anerkannt worden: „Ich setze den Titius zum Erben ein“, ebenso „Ich mache ihn zum Erben“.

Die überkommene Formulierung lautet „Titius soll Erbe sein“ (*Titius heres esto*). Zur Zeit des Gaius ist auch die Anordnung: „Ich befehle Titius, Erbe zu sein“ (*Titium heredem esse iubeo*) als wirksam anerkannt. Nicht ausreichend sind dagegen Erklärungen wie: „Ich will, dass Titius Erbe ist“, „Ich setze Titius zum Erben ein“ oder „Ich mache Titius zum Erben“. Die Gegenüberstellung zeigt, dass für die Erbeinsetzung ein Befehl an den Erben notwendig ist, die Erbenstellung zu übernehmen. Dieser Befehl ist ohne zeitliche Begrenzung zu erteilen:

*D. 28.5.34 Papinianus 1 definitio*

*Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio.*

Eine Erbschaft wird nicht wirksam von einem bestimmten Tag an oder bis zu einem bestimmten Tag zugewiesen, aber die Erbeinsetzung hat nach der Entfernung des Fehlers über die Zeitangabe Bestand.

Aus diesem Grund kann die Erbenstellung nicht auf Zeit oder unter einer (auflösenden) Bedingung zugewiesen werden; eine Vor- und Nacherbenbestimmung ist ausgeschlossen: Der einmal eingesetzte Erbe bleibt Erbe (*semel heres, semper heres* = „einmal Erbe, immer Erbe“); die unwirksame Befristung wird gestrichen. Davon zu unterscheiden ist die aufschiebend bedingte Erbeinsetzung, die – sobald die Bedingung eingetreten ist – bis zum Tod des Eingesetzten andauert (Kap. 7.1.2). Im Gegensatz zur auflösenden Befristung oder Bedingung ist diese aufschiebende Bedingung oder Befristung möglich und zulässig. Dabei werden Bedingungen, deren Erfüllung nicht möglich ist, als ‚ungeschrieben‘ behandelt:

#### *D. 28.7.1 Ulpianus 5 ad Sabinum*

*Sub impossibili condicione vel alio mendo factam institutionem placet non vitari.*

Es ist anerkannt, dass eine Erbeinsetzung, die unter einer unmöglichen Bedingung oder irgendeinem anderen Fehler vorgenommen worden ist, nicht unwirksam ist.

Die unmögliche oder sonst fehlerhafte Bedingung kann also gestrichen werden, ohne dass dies die Erbeinsetzung selbst beeinträchtigt. Der Eingesetzte wird unbedingter Erbe. Ob die Bedingung als unmöglich anzusehen ist, ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalls:

#### *D. 28.7.6 Ulpianus 9 ad Sabinum*

*Si quis ita institutus sit, si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis eius fecisset: Cum monumentum in triduo perfici non possit, dicendum erit condicionem evanescere quasi impossibilem.*

Wenn jemand unter der Bedingung zum Erben eingesetzt worden ist, dass er nach dem Tod des Erblassers in einem Zeitraum von drei Tagen in nächster zeitlicher Nähe zu dessen Tod ein Grabmal errichte. Da ein Grabmal in einem Zeitraum von drei Tagen nicht fertiggestellt werden kann, wird man sagen müssen, dass die Bedingung gleichsam als unmöglich entfällt.

Hat der Testator den Erben unter der Bedingung eingesetzt, ein Grabmal zu errichten und dabei einen unrealistischen Zeitraum für die Fertigstellung dieses Werks vorgesehen,

ist die Erfüllung der Bedingung unmöglich. Ulpian entscheidet daher, die Bedingung zu streichen und den Erben als unbedingte eingesetzt zu behandeln.

Die Erbeinsetzung kann – der doppelten Form des Manzipationstestaments entsprechend – sowohl mündlich als auch schriftlich erfolgen. Die mündliche Erbeinsetzung erfolgt in Form der *nuncupatio*:

*D. 28.1.21pr. Ulpianus 2 ad Sabinum*

*Heredes palam ita, ut exaudiri possunt, nuncupandi sint: licebit ergo testanti vel nuncupare heredes vel scribere: Sed si nuncupat, palam debet. Quid est palam? Non utique in publicum, sed ut exaudiri possit: Exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus: Et si plures fuerint testes adhibiti, sufficit sollemnem numerum exaudire.*

Die Erben sind auf diese Weise öffentlich anzukündigen, dass sie deutlich gehört werden können. Es wird dem Testierenden also erlaubt sein, die Erben entweder mündlich zu benennen oder schriftlich einzusetzen; wenn er sie aber mündlich benennt, muss er dies öffentlich tun. Was bedeutet öffentlich? Nicht zwingend in der allgemeinen Öffentlichkeit, sondern dass er deutlich gehört werden kann. Deutlich gehört werden soll er aber nicht von allen, sondern von den Zeugen. Und wenn mehrere Zeugen hinzugezogen worden sind, genügt es, dass die für die Form vorgeschriebene Anzahl ihn deutlich hört.

Die vom Manzipationsritual vorgesehene öffentliche *nuncupatio* der Erben (*palam nuncupare*) verlangt, dass die Manzipationszeugen die *nuncupatio* hören und verstehen können. Eine allgemeine öffentliche Bekanntmachung ist dagegen nicht vorgesehen. Diese Präzisierung ist bemerkenswert, da sie zeigt, dass das Manzipationsritual noch zu Anfang des 3. Jahrhunderts n. Chr. praktiziert wurde, also noch nicht durch die Schriftform des Testaments abgelöst worden war (Kap. 6.1.1).

#### 6.1.4 Einsetzung von Miterben

Genauere Vorgaben gelten für die Einsetzung mehrerer Personen als Erben (Miterben, Kap. 4.1.1). Traditionell erfolgt die Bezeichnung und Berechnung der Erbteile nach der für die Münze As gültigen Unterteilung in Zwölftel oder Unzen (*unciae*):

*D. 28.5.13.1 Ulpianus 7 ad Sabinum*

*Pater familias distribuere hereditatem in tot partes potest quot voluerit: Sed sollemnis assis distributio in duodecim uncias fit.*

Der Hausvater kann die Erbschaft in so viele Teile aufteilen, wie er gewünscht hat; aber die förmliche Verteilung des As erfolgt in zwölf Unzen.

Die Aufteilung der Erbschaft auf zwölf Unzen wird von Ulpian (3. Jahrhundert n. Chr.) als förmlich (*sollemnis*) bezeichnet. Will der Erblasser mehrere Erben einsetzen, muss er ihre Erbteile nach dem System der *unciae* bezeichnen: So gibt es die Erbeinsetzung auf ein Sechstel (*sextans*), ein Viertel (*quadrans*) oder auch ein Drittel (*triens*). Der auf das ganze As eingesetzte Alleinerbe heißt entsprechend *heres ex asse* (aus dem ganzen As); die je zur Hälfte eingesetzten Miterben sind *heredes ex semisse* (aus dem halben As). Die Erbeinsetzungen in As und ihre Umrechnung sind in Übersicht 22 zusammengestellt:

Übersicht 22: Erbeinsetzung nach dem System des As

1 As	1/2 As	1/3 As	1/4 As	1/6 As	1/12 As
12 Teile	6 Teile	4 Teile	3 Teile	2 Teile	1 Teil
Alleinerbe	Erbe zur Hälfte	Erbe auf ein Drittel	Erbe auf ein Viertel	Erbe auf ein Sechstel	Erbe auf ein Zwölftel

Das Verständnis der Erbschaft als ein idealerweise in zwölf Teile zerfallendes Ganzes hat rechtliche Implikationen. Diese zeigen sich zunächst darin, wenn der Testator mehr als 12/12 unter den Erben verteilt hat:

#### D. 28.5.13.4 Ulpianus 7 ad Sabinum

*Sed si excesserit in divisione duodecim uncias, aequè pro rata decrescet: Ut puta me ex duodecim unciis heredem, te ex sex scripsit: ego hereditatis habeo bessem, tu trientem.*

Aber wenn er bei der Aufteilung die 12 Unzen überschritten hat, vermindert sich [jeder Erbteil] anteilig. Wie zum Beispiel, wenn er mich auf 12 Unzen als Erben eingesetzt hat und dich auf 6, dann habe ich zwei Drittel der Erbschaft, Du hast ein Drittel [der Erbschaft].

Diese erblasserische Fehlplanung ist nicht mit der Überlastung des Erben (Kap. 8.2.2) oder dem Problem unzureichender Erbmasse zu verwechseln; sie ist nicht wirtschaftlicher, sondern rechnerischer Natur: Der Erblasser hat – vielleicht, weil er später doch mehr Erben eingesetzt hat, als er ursprünglich geplant hatte – die Erbschaft insgesamt in 18 Teile geteilt, wobei dem einen Erben 12, dem andern 6 Unzen zugedacht waren. Trotz der fehlerhaften Zuteilung von insgesamt 18 Unzen wird erkennbar, dass der erste Erbe  $2/3$  der Erbschaft, der zweite  $1/3$  erhalten soll. Daher kann die Verteilung

auf zwölf Unzen gekürzt werden, so dass der erste  $\frac{3}{4}$  ( $= \frac{8}{12}$ ), der zweite  $\frac{1}{4}$  ( $= \frac{4}{12}$ ) erhält. Das von Ulpian gebildete rechnerisch einfache Beispiel soll verdeutlichen, was auch in schwierigeren realen Fällen zu gelten hat: Es ist zu kürzen und die Zahl zwölf als perfekte Teilung des Ganzen zugrunde zu legen.

Entsprechendes gilt auch, wenn der Erblasser über weniger als  $\frac{12}{12}$  verfügt hat:

#### *D. 28.5.13.2 Ulpianus 7 ad Sabinum*

*Denique si minus distribuit, potestate iuris in hoc revolvitur: Ut puta si duos heredes ex quadrante scripserit: Nam hereditas eius residua accedit, ut ex semissibus videantur scripti.*

Wenn [der Hausvater] schließlich in weniger [als 12 Unzen] aufteilt, kommt man von Rechts wegen auf diese Aufteilung [in 12 Unzen] zurück, wie zum Beispiel, wenn er zwei Erben auf ein Viertel [der 12 Unzen] eingesetzt hat. Denn seine restliche Erbschaft wächst [ihnen] an, so dass sie als wie auf die Hälfte [der 12 Unzen] eingesetzt angesehen werden.

Ulpian erläutert die bereits oben behandelte Anwachsung (Akkreszenz, Kap. 4.1.2), wenn der Erblasser nur über einen Teil seines Vermögens verfügt hat. Es kommt also für den verbleibenden Teil nicht zur gesetzlichen Erbfolge, sondern zur Anwachsung an die Testamentserben. Hintergrund dieses Grundsatzes *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* ist die notwendige Gemeinschaft der Miterben (Kap. 4). Nur wenn keine Testamentserben vorhanden sind oder alle Eingesetzten ausgeschlagen haben, ist der Erblasser als testamentslos anzusehen und wird im Wege der Intestat-erbfolge beerbt.

#### 6.1.5 Ersatzerbenbestimmung (*substitutiones*)

Die strikte Trennung von testamentarischer und gesetzlicher Erbfolge erklärt das Bedürfnis, Ersatzerben (*substitutiones*) einzusetzen: Ihre Einsetzung verhindert, dass der Erbteil eines ausfallenden Erben den übrigen anwächst oder das Testament durch Ausfall aller Erben hinfällig wird. Ersatzerben können für den Fall bestimmt werden, dass der eingesetzte Erbe im Erbfall bereits verstorben ist; sie können auch für den Fall eingesetzt werden, dass der vorrangig eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht antreten will oder ausschlägt:

Gai. 2,174

*Interdum duos pluresve gradus heredum facimus, hoc modo: „Lucius Titius heres esto cernitoque in diebus <C> proximis, quibus scies poterisque. Quodni ita creveris, exheres esto. Tum Maevius heres esto cernitoque in diebus centum et reliqua“; et deinceps in quantum velimus, substituere possumus.*

Manchmal ernennen wir zwei oder mehrere Stufen von Erben in dieser Weise:

„Lucius Titius soll Erbe sein und du sollst dich in den nächsten hundert Tagen förmlich entscheiden, von dem Tag an, wo du es weißt und antreten kannst. Aber wenn du nicht so antrittst, sollst du enterbt sein. Dann soll Maevius Erbe sein und du sollst dich förmlich entscheiden innerhalb von 100 Tagen etc.“ und der Reihe nach können wir ihm, so viele wir wollen, substituieren.

In dem von Gaius behandelten Fall hat der Erblasser einen Haupterben und einen Ersatzerben eingesetzt und beiden aufgegeben, sich innerhalb von 100 Tagen förmlich zu entscheiden (*cernere*), ob sie die Erbschaft antreten (Kap. 4.1.3). Diese Vorgabe ist als Bedingung ausgestaltet, wobei bestimmt ist, dass der Erbe mit dem Fristablauf als enterbt gilt und der Ersatzerbe berufen ist. Der Ersatzerbe hat seinerseits die Frist zur förmlichen Antrittserklärung zu beachten, wenn er die Erbschaft nicht an die gesetzlichen Erben verlieren will. Der Erbe oder Ersatzerbe, der die testamentarische Erbschaft nicht angetreten hat, wird nach Testamentsrecht nicht weiter berücksichtigt. Diese Regelung zeigt, dass auch der Ersatzerbe unmittelbar den Erblasser beerbt, nicht etwa den eingesetzten Haupterben.

Abweichendes gilt bei einer besonderen Form der Ersatzerbenbestellung, der Einsetzung eines Ersatzerben für ein unmündiges Kind, das vor Erreichen der Mündigkeit (*pubertas*) verstorben ist (*substitutio pupillaris*):

Gai. 2,179

*Liberis nostris inpueribus, quos in potestate habemus, non solum ita [...] substituere possumus, id est, ut si heredes non extiterint, alius nobis heres sit; sed eo amplius ut, etiamsi heredes nobis extiterint et adhuc inpuereres mortui fuerint, sit iis aliquis heres, velut hoc modo: Titius filius meus mihi heres esto. Si filius meus mihi heres non erit, sive mihi heres erit et hic prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto.*

Unseren unmündigen Hauskindern, die wir in der Hausgewalt haben, können wir nicht nur so [...] einen Ersatzerben einsetzen, das heißt, dass ein anderer unser Erbe sei, wenn sie nicht Erben geworden sind, sondern darüberhinausgehend so, dass jemand ihr Erbe sei, auch wenn sie unsere Erben geworden sind, aber noch als

Unmündige gestorben sind, etwa in folgender Weise: „Mein Sohn Titius soll mein Erbe sein. Wenn mein Sohn nicht mein Erbe sein wird oder, wenn er mein Erbe sein wird und er vorher stirbt, bevor er mündig geworden ist, dann soll Seius Erbe sein.“

Für den unmündigen Sohn, das heißt den Haussohn unter 14 Jahren, kann der Hausvater ein Testament errichten, indem er einen Ersatzerben an dessen Stelle setzt. Diese Möglichkeit besteht sowohl für den Fall, dass der Unmündige noch vor dem Erbfall verstirbt, als auch für den Fall, dass er zunächst Erbe des Hausvaters geworden ist, dann aber vor Erreichen der Mündigkeit verstorben ist. Die Befugnis des Hausvaters, anstelle des Sohnes zu testieren, rechtfertigt sich daraus, dass dieser selbst nicht in der Lage war, wirksam ein Testament zu errichten (Kap. 6.1.2). Für den eingesetzten Ersatzerben stellt sich die Frage, ob er als Erbe des Vaters oder des verstorbenen Hauskindes anzusehen ist:

*Gai. 2,180*

*Quo casu si quidem non extiterit heres filius, substitutus patri fit heres; si vero heres extiterit et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Quam ob rem duo quodam modo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum hereditatum.*

In diesem Fall wird der Ersatzerbe der Erbe des Vaters, sofern ja der Sohn nicht Erbe geworden ist; wenn er aber doch Erbe geworden ist und vor Erreichen der Mündigkeit gestorben ist, dann wird der Ersatzerbe unmittelbar Erbe des Sohnes. Aus diesem Grund liegen gewissermaßen zwei Testamente vor: das eine des Vaters, das andere des Sohnes, als ob der Sohn selbst einen Erben für sich eingesetzt hätte; oder jedenfalls ist es ein einziges Testament mit zwei Erbschaften.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu differenzieren: Verstirbt der (unmündige) Sohn, für den der Vater einen Ersatzerben bestimmt hat, vor dem Erbfall (des Vaters), ist der Ersatzerbe Erbe des Vaters, da der Sohn niemals selbst die Erbschaft innehatte. Das Gegenteil gilt, wenn der Sohn, nachdem er selbst Erbe geworden ist, vor Eintritt der Mündigkeit verstorben ist. Hier wird der vom Vater eingesetzte Ersatzerbe Erbe des Sohnes. Zur Begründung verweist Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) darauf, dass in dem Fall, in dem der Sohn selbst Erbe des Vaters geworden ist, der Vater zwei Testamente errichtet oder jedenfalls über zwei unterschiedliche Erbschaften verfügt habe.

In jedem Fall hängt die Testamentserrichtung für den Sohn vom Testament des Vaters ab.

*D. 28.6.2.1 Ulpianus 6 ad Sabinum*

*Quisquis autem impuberi testamentum facit, sibi quoque debet facere: Ceterum soli filio non poterit, [...].*

Aber wer auch immer für einen Unmündigen ein Testament errichtet, muss auch für sich eines errichten; sonst wird er [der Vater] für den Sohn allein kein Testament errichten können, [...].

Der Vater kann nur dann ein Testament für den Sohn errichten, wenn er für sich selbst wirksam ein Testament errichtet hat. Fällt das Testament des Vaters mangels Erben weg und tritt die Intestaterbfolge ein, kommt auch das Testament des Sohnes nicht zur Anwendung. Diese Abhängigkeit kommt auch in der Testamentsform zum Ausdruck:

*D. 28.6.2.4 Ulpianus 6 ad Sabinum*

*Prius autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere et non convertere ordinem scripturae: Et hoc Iulianus putat prius sibi debere, deinde filio heredem scribere: ceterum si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere. [...].*

Zuerst aber muss jemand für sich einen Erben einsetzen, danach einen Ersatzerben für den Sohn, und er darf die Reihenfolge der schriftlichen Abfassung nicht umdrehen. So glaubt auch Julian, dass man vorher für sich, danach für den Sohn einen Erben einsetzen müsse. Wenn er [der Erblasser] im Übrigen zuerst für den Sohn, danach für sich ein Testament errichtet, sei es nicht wirksam. [...].

Da das Testament für den Sohn vom väterlichen Testament abhängt, muss der Hausvater zuerst seinen eigenen Erben benennen, bevor er einen Ersatzerben bestimmt, der anstelle oder nach dem Sohn erben soll. Die *substitutio pupillaris* ist also nur dann wirksam, wenn der Vater für sich selbst wirksam testiert, das heißt einen Erben eingesetzt hat.

Die Kautelarpraxis hat sich auch mit den Gefahren auseinanderzusetzen, welche die *substitutio pupillaris* für den Unmündigen mit sich bringt. Hierzu gehören insbesondere Begehrligkeiten des Ersatzerben, der geneigt sein kann, den Ersatzerbfall vorsätzlich herbeizuführen:

*Gai. 2,181*

*Ceterum ne post obitum parentis periculo insidiarum subiectus videretur pupillus, in usu est vulgarem quidem substitutionem palam facere, [...] illam autem substitutionem, per quam, etiamsi heres extiterit pupillus et intra pubertatem decesserit, substitutum vocamus, separatim in inferioribus tabulis scribimus easque tabulas proprio lino propriaque cera*

*consignamus et in prioribus tabulis cavemus, ne inferiores tabulae vivo filio et adhuc inpubere aperiantur. Sed longe tutius est utrumque genus substitutionis separatim in inferioribus tabulis consignari, quia si ita consignatae vel separatae fuerint substitutiones, ut diximus, ex priore potest intellegi in altera quoque idem esse substitutus.*

Damit der Unmündige im Übrigen nach dem Tod des Hausvaters nicht offensichtlich der Gefahr von Nachstellungen unterworfen ist, ist es zwar üblich, eine gewöhnliche Ersatzerbeneinsetzung öffentlich vorzunehmen, [...]. Jene Ersatzerbeneinsetzung aber, durch die man einen Ersatzerben beruft, auch wenn der Unmündige Erbe geworden ist und noch als Unmündiger gestorben ist, schreibt man getrennt auf nachstehende Tafeln, versiegelt diese Tafeln mit einer eigenen Schnur und eigenem Wachs und trägt in den früheren Tafeln dafür Sorge, dass die späteren Tafeln nicht zu Lebzeiten des Sohnes und, solange er unmündig ist, geöffnet werden. Aber es ist bei weitem sicherer, dass beide Arten der Ersatzerbeneinsetzung gesondert in den späteren Tafeln versiegelt werden, weil man, wenn die Ersatzerbeneinsetzungen so, wie wir gesagt haben, versiegelt oder getrennt worden sind, aus den früheren Tafeln erkennen kann, dass dieselbe Person auch in den anderen Tafeln Ersatzerbe ist.

Die Urkundspraxis, zu der Gaius hier Empfehlungen ausspricht, versucht den Unmündigen vor Übergriffen des Ersatzerben zu schützen, indem die Identität der für den Tod des Unmündigen eingesetzten Ersatzerben möglichst geheim gehalten werden soll. Eine erste Maßnahme zur Geheimhaltung besteht darin, das Testament für den Sohn in einer separaten Urkunde zu errichten, die nach Maßgabe des väterlichen Testaments nur dann geöffnet werden darf, wenn der Unmündige verstorben ist. Eine zweite, nach Gaius vorzugswürdige Gestaltung gliedert sogar jegliche Ersatzerbenbestellung aus dem Testament des Vaters aus. Im Testament des Vaters (der ersten Urkunde) wird mithin bestimmt, dass das Testament des Sohnes (die zweite Urkunde) nur dann zu öffnen ist, wenn der Sohn verstorben ist. Auf diese Weise bleibt zu Lebzeiten des Sohnes unbekannt, wer als Ersatzerbe des Sohnes eingesetzt worden ist. Dadurch verringert sich die Gefahr, dass ein habgieriger Ersatzerbe dem Sohn nach dem Leben trachtet. Mit Eintritt der Mündigkeit des Sohnes wird das für ihn durch den Vater errichtete Testament gegenstandslos, und der Sohn ist selbst berufen, ein Testament zu errichten.

## 6.2 Unwirksamkeit und Aufhebung des Testaments nach *ius civile*

Das Testament ist nach *ius civile* unwirksam, wenn die Form der Manzipation nicht eingehalten wird, die Erfordernisse der Erbeinsetzung nicht beachtet worden sind oder dem Testator die Testierfähigkeit fehlte oder nachträglich entfallen ist. Daneben kann sich für den Testator das Bedürfnis ergeben, das bestehende Testament neuen Umständen anzupassen, also das alte Testament aufzuheben und ein neues Testament zu errichten.

### 6.2.1 Verlust der Testierfähigkeit

Da die Testierfähigkeit eine besondere Form der Handlungsfähigkeit darstellt, verliert der Hausvater die Testierfähigkeit, sobald er handlungsunfähig wird. Die Handlungsunfähigkeit tritt ein, wenn der Hausvater geisteskrank (*furiosus*) wird, sie kann aber auch Folge eines Verlusts der Rechtsstellung sein (*capitis deminutio*):

*Gai. 2,145*

*Alio quoque modo testamenta iure facta infirmantur, velut cum is, qui fecerit testamentum, capite deminutus sit; [...].*

Auch auf andere Weise werden Testamente, die rechtmäßig errichtet wurden, entkräftet, etwa, weil derjenige, der ein Testament errichtet hat, eine Statusänderung erlitten hat; [...].

Das eindrucklichste Beispiel einer Statusänderung bildet der vollständige Verlust der Rechtsstellung (*capitis deminutio maxima*), wie er durch Kriegsgefangenschaft eintritt. Der in Kriegsgefangenschaft geratene römische Bürger verliert nicht nur faktisch seine Freiheit, er wird auch rechtlich zum Sklaven, dem nach *ius civile* weder die Freiheit noch das Bürgerrecht oder eine Familienzugehörigkeit zukommt. Kehrt er aus der Kriegsgefangenschaft zurück, wird er in seine Rechtsstellung als freier Bürger restituiert. Diese Restitution wird als Rückkehrrecht (*postliminium*) bezeichnet:

*D. 49.15.5.1 Pomponius 37 ad Quintum Mucium*

*In bello, cum hi, qui nobis hostes sunt, aliquem ex nostris ceperunt et intra praesidia sua perduxerunt: Nam si eodem bello is reversus fuerit, postliminium habet, id est perinde omnia restituuntur ei iura, ac si captus ab hostibus non esset. Antequam in praesidia perducatur hostium, manet civis. Tunc autem reversus intellegitur, si aut ad amicos nostros perveniat aut intra praesidia nostra esse coepit.*

Im Krieg [findet das Rückkehrrecht Anwendung], wenn diejenigen, die unsere Feinde sind, einen von uns gefangen genommen und in ihr Lager geführt haben: Wenn dieser nämlich aus demselben Krieg zurückgekehrt ist, hat er das Rückkehrrecht (*postliminium*), das heißt, es werden ihm alle seine Rechte ebenso wiedergegeben, wie wenn er nicht von den Feinden gefangen genommen worden wäre. Bevor er aber in das Lager der Feinde überführt wird, bleibt er [römischer] Bürger. Er wird aber dann als zurückgekehrt behandelt, wenn er entweder zu unseren Freunden gelangt ist oder begonnen hat, sich innerhalb unseres Lagers aufzuhalten.

Durch das Rückkehrrecht erhält der heimkehrende Kriegsgefangene seine früheren Rechte so zurück, als sei er niemals gefangen genommen worden. Als Zeitpunkt des Rechtsverlusts gilt die räumliche Trennung von der römischen Herrschaft, das heißt die Überführung in das feindliche Lager; umgekehrt führt die Rückkehr in das römische Lager zur Rückgewähr aller Rechte. Nur solange also, wie der Römer unter fremder Herrschaft steht, wird er auch nach römischem Recht als Sklave behandelt. Sobald er wieder in den römischen Herrschaftsbereich zurückgekehrt ist, stehen ihm wieder alle seine Rechte als freier römischer Bürger zu. Dabei wird fingiert, er sei niemals in Feindeshand und niemals Sklave gewesen. Diese Fiktion hilft freilich nur dann, wenn der Römer tatsächlich aus der Kriegsgefangenschaft zurückkehrt. Verstirbt er dagegen in Gefangenschaft, ist sein Testament unwirksam, weil das *ius civile* die Testierfähigkeit sowohl bei der Errichtung des Testaments als auch im Todeszeitpunkt verlangt. Die unter der Alleinherrschaft des Sulla (82–79 v. Chr.) geschaffene *lex Cornelia* soll diese Rechtsfolge verhindern:

*D. 28.1.12 Iulianus 42 digestorum*

*Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent, et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet. [...].*

Nach der *lex Cornelia* werden die Testamente derjenigen, die in Kriegsgefangenschaft verstorben sind, ebenso für wirksam gehalten, wie wenn diejenigen, die sie errichtet hatten, nicht in die Macht der Feinde gelangt wären, und auf dieselbe Weise steht die von ihnen ausgesetzte Erbschaft jedem einzelnen zu [der im Testament als Erbe eingesetzt ist]. [...].

Die *lex Cornelia* verfolgt das Ziel, die Testamente kriegsgefangener Römer auch dann als wirksam zu behandeln, wenn diese ohne Wiedererlangung ihrer Rechtsstellung in der Gefangenschaft verstorben sind. Zu diesem Zweck statuiert die *lex Cornelia* die

Fiktion, der Zeitpunkt der Gefangennahme sei der Todeszeitpunkt. Auf diese Weise bleibt die Regel des *ius civile*, derzufolge die Testierfähigkeit sowohl bei Testamentserrichtung als auch im Todeszeitpunkt vorliegen muss, erhalten; dennoch kann der in Kriegsgefangenschaft verstorbene Römer als testierfähig behandelt werden, weil es nun auf die Testierfähigkeit im Zeitpunkt der Gefangennahme ankommt.

Keine Hilfe bietet die Fiktion in den Fällen, in denen der Gefangene kein Testament hinterlassen hat, also nach Intestaterbrecht beerbt würde. Da die Versklavung die Familienbindungen (*status familiae*) löst, kann auch die Intestaterbfolge nicht zur Anwendung kommen; das Erbe würde als erbenloses Vermögen (*bona vacantia*) an den Fiskus fallen. Auch diesem Missstand wird durch die *lex Cornelia* abgeholfen:

*D. 49.15.22pr. Iulianus 62 digestorum*

*Bona eorum, qui in hostium potestatem pervenerint atque ibi decesserint, sive testamenti factionem habuerint sive non habuerint, ad eos pertinent, ad quos pertinerent, si in potestatem hostium non pervenissent: Idemque ius in eadem causa omnium rerum iubetur esse lege Cornelia, quae futura esset, si hi, de quorum hereditatibus et tutelis constituebatur, in hostium potestatem non pervenissent.*

Das Vermögen von denjenigen, die in die Gewalt der Feinde gelangt und dort verstorben sind, sei es, dass sie [die Gefangenen] die Testierfähigkeit hatten oder nicht, gehört denjenigen, denen es zustehen würde, wenn sie nicht in die Gewalt der Feinde gelangt wären. Und es wurde durch die *lex Cornelia* angeordnet, dass hinsichtlich aller Dinge das Recht auf diese Weise gelte, wie es gelten würde, wenn diejenigen, über deren Erbschaften und Vormundschaften entschieden wurde, nicht in die Gewalt der Feinde gelangt wären.

Der in Kriegsgefangenschaft geratene Römer soll also von denjenigen beerbt werden, die seine Erben geworden wären, wenn er nicht in Kriegsgefangenschaft geraten wäre. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er bei Gefangennahme bereits testierfähig war oder ob er noch als Haussohn in Gefangenschaft geriet. Auch wenn er kein Testament errichtet hat, wird durch die *lex Cornelia* erreicht, dass der in Gefangenschaft geratene Römer von seinen Familienangehörigen beerbt werden kann.

### 6.2.2 *Institutio ex certa re*

Wie gesehen (Kap. 6.1.3), verlangt die Erbeinsetzung die Verwendung bestimmter Worte. Eine Erbeinsetzung, die nicht die nach *ius civile* verlangten Worte verwendet, ist unwirksam und führt zur Nichtigkeit des Testaments. Die wichtigste inhaltliche

Vorgabe für die Formulierung der Erbeinsetzung bildet das Verbot der Einsetzung auf einen bestimmten Gegenstand (*institutio ex certa re*). Aufgrund des Gedankens der Universalsukzession (Kap. 4) kann der Erbe nur anteilig am Vermögen des Erblassers berechtigt sein. Erst in der Erbteilung erfolgt die Zuweisung einzelner Vermögensgegenstände an die Miterben. Dennoch finden sich in den Digesten viele Testamente, die einen Erben auf einen einzelnen Gegenstand einsetzen. Dem entspricht, dass die kaiserzeitlichen Juristen den Verstoß gegen das Verbot mit Nachsicht behandeln:

*D. 28.5.1.4 Ulpianus 1 ad Sabinum*

*Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione.*

Wenn jemand allein auf ein Grundstück eingesetzt worden ist, ist die Erbeinsetzung unter Streichung der Nennung des Grundstücks wirksam.

Nach einer auf Sabinus (I. Jahrhundert n. Chr.) zurückzuführenden Lösung ist die Erbeinsetzung auf eine bestimmte Sache zwar unwirksam, wird aber dadurch gerettet, dass die Sache gestrichen und die Erbeinsetzung als wirksam behandelt wird. Der auf ein Grundstück eingesetzte Erbe wird demnach als Alleinerbe behandelt. Die Lösung gilt aber auch, wenn zwei Miterben auf verschiedene Sachen eingesetzt worden sind:

*D. 28.5.9.13 Ulpianus 5 ad Sabinum*

*Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex parte eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, [...].*

Wenn zwei als Erben eingesetzt worden sind, der eine auf ein Drittel des cornelianischen Grundstücks, der andere auf zwei Drittel desselben Grundstücks, folgt Celsus der nahezu unangefochtenen Meinung des Sabinus, dass unter Abzug der Nennung des Grundstücks beide gleichsam als nicht auf Erbteile eingesetzte Erben sich der Erbschaft bemächtigen, [...].

Im Beispiel hat der Erblasser die beiden Miterben auf verschiedene Anteile an ein und demselben Gegenstand eingesetzt. Streicht man nun die Einsetzung auf die Sache, sind beide Miterben. Die Streichung der anteiligen Einsetzung führt allerdings dazu, dass beide Miterben zu gleichen Teilen erben. Dagegen wird nicht berücksichtigt, welche Anteile der Erblasser durch die Auswahl der Gegenstände vorgesehen hat. In der Kaiserzeit besteht ferner die Möglichkeit, die fehlgeschlagene Erbeinsetzung als Teilungsanordnung zu berücksichtigen:

*D. 28.5.79pr. Papinianus 6 responsorum*

*Qui [...], bonorum maternorum, quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit, paternorum, quae habebat in Syria, Titium. Iure semisses ambos habere constitit, sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem factis adiudicationibus [...] sequi [...].*

Jemand [...] setzte für die mütterlichen Güter, die er in Pannonien besaß, einen Freigelassenen als Erben ein, für die väterlichen Güter, die er in Syrien hatte, den Titius. Es stand fest, dass beide rechtmäßig Miterben zur Hälfte sind, dass aber der Richter bei der Erbschaftsteilung dem letzten Willen mit Blick auf die Zusprache des Eigentums [...] Folge leistet [...].

In diesem Fall hat der Erblasser einen freigelassenen Sklaven auf die von seiner Mutter stammenden Landgüter aus Pannonien, den Erben Titius dagegen auf das vom Vater des Erblassers stammende Landgut in Syrien eingesetzt. Papinian (3. Jahrhundert n. Chr.) wendet zunächst die Lösung des Sabinus (1. Jahrhundert n. Chr.) an, indem er die beiden auf bestimmte Sachen eingesetzten Personen als Miterben (*heredes ex semisse*) behandelt. Zugleich hält er fest, dass im Rahmen der Teilung der Wille des Erblassers zu berücksichtigen sei, und die Eigentumszusprache durch den Richter den testamentarischen Vorgaben zu folgen habe.

### 6.2.3 Widerruf des Testaments

Die Formgebundenheit des Manzipationstestaments führt dazu, dass jede Änderung des Testaments die Errichtung eines neuen Testaments voraussetzt:

*D. 28.1.21.1 Ulpianus 2 ad Sabinum*

*Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt. Quod vero quis obscurius in testamento vel nuncupat vel scribit, an post sollemnia explanare possit, quaeritur: Ut puta Stichum legaverat, cum plures haberet, nec declaravit de quo sentiret: Titio legavit, cum multos Titios amicos haberet [...].*

Wenn man der Meinung war, dass etwas nach der Errichtung des Testaments geändert wird, muss alles von neuem errichtet werden. Es wird gefragt, ob man das, was jemand etwas undeutlich im Testament entweder mündlich ankündigt oder niederschreibt, nach der formgültigen Errichtung nachträglich verdeutlichen kann? Wenn er zum Beispiel den Stichus vermacht hatte, obwohl er mehrere [Sklaven mit dem Namen Stichus] hatte, und er nicht erklärt hat, an welchen er dachte. Oder wenn

jemand zugunsten des Titius ein Legat errichtet hat, obwohl er viele Freunde mit dem Namen Titius hatte [...].

Jede Anpassung des Testaments an veränderte Umstände verlangt also eine Neuvernahme des Testaments. Davon abzugrenzen ist die Auslegung eines unklar formulierten oder im Wortlaut unvollständigen Testaments (Kap. 9.1). Hier kann das bestehende Testament nach dem erkennbaren Willen des Erblassers ergänzt werden.

Die Aufhebung des früheren Testaments durch das spätere ist dauerhaft; fällt das spätere dahin, kann das frühere nicht wieder aufleben:

*Gai. 2,144*

*Posteriore quoque testamento, quod iure factum est, superius rumpitur; nec interest, an extiterit aliquis ex eo heres an non extiterit: Hoc enim solum spectatur, an existere poterit: Ideoque si quis ex posteriore testamento, quod iure factum est, aut noluerit heres esse aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit aut per cretionem exclusus fuerit [...] aut propter caelibatum ex lege Iulia summotus fuerit ab hereditate, quibus casibus pater familias intestatus moritur: Nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore, et posterius aequae nullas vires habet, cum ex eo nemo heres extiterit.*

Auch durch ein späteres Testament, das rechtmäßig errichtet worden ist, wird ein früheres umgestoßen. Und es ist nicht wichtig, ob für das spätere ein Erbe vorhanden ist oder nicht; es wird nämlich nur betrachtet, ob er hätte vorhanden sein können. Und wenn daher jemand gemäß dem späteren Testament, das rechtmäßig errichtet worden ist, entweder nicht Erbe sein wollte oder – entweder zu Lebzeiten des Erblassers oder nach dessen Tod – gestorben ist, bevor er die Erbschaft antrat, oder aber durch den Fristablauf für die förmliche Entscheidung zur Annahme ausgeschlossen worden ist [...] oder nach der *lex Iulia* von der Erbschaft ferngehalten wurde, weil er unverheiratet war, in diesen Fällen stirbt der Hausvater ohne Testament. Denn einerseits gilt das frühere Testament nicht, weil es von dem späteren umgestoßen wurde, andererseits hat das spätere Testament gleichfalls keine Rechtswirkung, weil kein Erbe aus ihm vorhanden ist.

Das spätere Testament hebt das erste vollständig auf; dies gilt sogar dann, wenn sich die Testamente nur teilweise widersprechen, also jedenfalls teilweise nebeneinander Bestand haben könnten. Grund für diese Strenge ist die Bindung des Testaments an das Manzipationsritual: Da das Ritual entscheidet, kann es auch für die Aufhebung

des früheren durch das spätere Testament nicht darauf ankommen, ob der im zweiten Testament genannte Erbe tatsächlich Erbe wird. Es genügt vielmehr, dass er bei Testamentserrichtung überhaupt erbfähig war, also die Erbenstellung nach *ius civile* innehaben konnte. Ist das zweite Testament nach diesen Kriterien wirksam errichtet worden, verdrängt es das erste dauerhaft. Auf diese Weise führt weder die Ausschlagung der Erbschaft durch den im zweiten Testament eingesetzten Erben noch dessen Tod oder Erwerbsunfähigkeit nach der *lex Iulia et Papia* zum Wiedererstarken des ersten Testaments. Vielmehr tritt die Intestaterbfolge ein.

Aufgrund der Formbedingtheit kann das gültig errichtete Manzipationstestament nicht durch formlose Erklärung aufgehoben werden.

*Gai. 2,151*

*Potest, ut iure facta testamenta nuda voluntate infirmantur. Apparet non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure civili valeat. Quin etiam si deleverit quoque aut combusserit tabulas testamenti, non ideo minus desinent valere, quae ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis sit.*

Es ist möglich, dass rechtmäßig errichtete Testamente durch den bloßen Willen entkräftet werden. Es ist aber klar, dass ein Testament nicht dadurch allein entkräftet werden kann, dass der Erblasser später nicht will, dass es gelte, bis zu dem Punkt, dass es, wenn er dessen Leinenschnur zerschnitten hat, um nichts weniger nach *ius civile* gültig ist; ja sogar dann, wenn er auch die Testamentsurkunde zerstört oder verbrannt hat, hört das, was dort geschrieben worden ist, deshalb nicht auf, gültig zu sein, obwohl der Beweis des Inhalts schwierig ist.

Nach *ius civile* bleibt das Manzipationstestament auch dann wirksam, wenn der Testator die Testamentsurkunde öffnet, das Siegel bricht oder die Urkunde zerstört. Solange der Inhalt des Testaments, insbesondere die Erbeinsetzung bewiesen werden kann, ist der durch Manzipationsritual Eingesetzte Erbe geworden und das ursprünglich wirksam errichtete Testament in Kraft geblieben.

In Übersicht 23 sind die wesentlichen Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Testaments nach *ius civile* zusammengestellt. Sie bilden den Ausgangspunkt für das Testamentsrecht des *ius praetorium*.

Übersicht 23: Voraussetzungen des wirksamen Testaments nach *ius civile*

Manzipationsritual:	Testierfähigkeit:	Erbeinsetzung:
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Verkauf der Erbschaft an Vermögenskäufer vor <b>fünf Zeugen</b></li> <li>▪ <i>nuncupatio</i> über die Testamentsurkunde</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <i>pater familias</i></li> <li>▪ <i>mater familias</i> (mit Zustimmung des Tutors und wenn testierfähig; seit Kaiser Hadrian (117–138 n. Chr.) ohne <i>coemptio</i>)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ feierliche Befehlsform „<i>Titius heres esto</i>“ auf eine Quote (12/12 eines As)</li> <li>▪ Ersatzerbenbestellung möglich</li> <li>▪ Erbeinsetzung muss anderen Bestimmungen vorausgehen</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Testament kann <b>mündlich</b> (<i>nuncupatio</i>) oder <b>schriftlich</b> (Urkunde) sein</li> <li>▪ Manzipationsritual ist <b>zwingend</b></li> </ul>	Verlust der Testierfähigkeit: <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Geisteskrankheit</li> <li>▪ Kriegsgefangenschaft</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Verbot der Erbeinsetzung auf eine Sache (<i>institutio ex certa re</i>)</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Aufhebung nur durch neues Manzipationstestament</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Wirksamkeit bei Kriegsgefangenschaft durch <i>fictio legis Corneliae</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ ausnahmsweise <i>substitutio pupillaris</i>: Testament für ein Mündel</li> </ul>

Im Folgenden ist zu untersuchen, auf welche Weise das Testamentsrecht des *ius civile* durch Eingriffe des Prätors modifiziert wurde.

### 6.3 Das Testament nach *ius praetorium*

Wie gesehen (Kap. 3.2), hat das prätorische Edikt im Titel de *bonorum possessionibus* die für das *ius civile* wesentliche Abgrenzung von Testamentserbfolge und Intestaterbfolge übernommen. Der Antrag des testamentarischen Erben auf Erteilung des Nachlassbesitzes nach dem Testament (*bonorum possessio secundum tabulas*) stützt sich auf das erste Unterkapitel des Ediktstitels über die *bonorum possessio*. Voraussetzung ist damit das Vorliegen eines Testaments:

#### D. 37.11.1.8 Ulpianus 39 ad edictum

*Exigit praetor, ut is, cuius bonorum possessio datur, utroque tempore ius testamenti faciendi habuerit, et cum facit testamentum et cum moritur. Proinde si impubes vel furiosus vel quis alius ex his qui testamentum facere non possunt testamentum fecerit, deinde habens testamenti factionem decesserit, peti bonorum possessio non poterit. Sed et si filius familias putans se patrem familias testamentum fecerit, deinde mortis*

*tempore pater familias inveniatur, non potest bonorum possessio secundum tabulas peti. [...].*

Der Prätor verlangt, dass derjenige, dessen Nachlassbesitz erteilt wird, zu beiden Zeitpunkten die Testierfähigkeit gehabt hat, sowohl als er das Testament errichtet als auch, wenn er stirbt. Wenn daher ein Unmündiger oder Geisteskranker oder irgendjemand anderes von denjenigen, die kein Testament errichten können, ein Testament errichtet hat und darauf im Besitz der Testierfähigkeit verstorben ist, kann die *bonorum possessio* nicht verlangt werden. Aber auch wenn ein Haussohn, der glaubte, er sei ein Hausvater, ein Testament errichtet hat und anschließend zum Zeitpunkt seines Todes als Hausvater gilt, kann die *bonorum possessio secundum tabulas* nicht verlangt werden. [...].

Genau wie der Erbschaftsantritt nach *ius civile* setzt auch der Antrag auf die *bonorum possessio secundum tabulas* den Nachweis voraus, dass der Testator bei Errichtung des Testaments testierfähig war. Auch das *ius praetorium* geht davon aus, dass Unmündige, Geistesranke und Hauskinder kein wirksames Testament errichten können. Dies gilt selbst dann, wenn später, das heißt beim Erbfall, die Testierfähigkeit vorliegt, der Unmündige also zum Beispiel mündig oder der Haussohn zum Hausvater geworden ist. Allerdings kann die *bonorum possessio secundum tabulas* – anders als die Erbenstellung nach *ius civile* – erlangt werden, wenn das Testament ursprünglich wirksam errichtet wurde und die Testierfähigkeit nur nachträglich entfallen ist. Nach *ius praetorium* genügt es also, dass die Testierfähigkeit im Moment der Testamentserrichtung vorlag:

*Gai. 2,147*

*Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non iure facta sunt vel iure facta postea irrita facta aut rupta sunt. Nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideo irritum fiat testamentum, quod puta civitatem vel etiam libertatem testator amisit [...] non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere.* Dennoch sind diejenigen Testamente nicht in jeder Hinsicht unwirksam, die entweder von vornherein nicht rechtmäßig errichtet worden sind oder zwar rechtmäßig errichtet worden, später aber ungültig geworden oder umgestoßen worden sind. Wenn nämlich Testamente mit den Siegeln von sieben Zeugen gesiegelt worden sind, kann der im Testament eingesetzte Erbe die *bonorum possessio* nach dem Testament beantragen, vorausgesetzt, dass der verstorbene Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes sowohl römischer Bürger als auch rechtlich selbstständig war. Denn wenn

das Testament deshalb ungültig gemacht wurde, weil der Erblasser zum Beispiel das Bürgerrecht oder sogar die Freiheit verloren hat [...], kann der eingesetzte Erbe die *bonorum possessio* nach dem Testament nicht verlangen.

Nach ordnungsgemäßer Besiegelung des Testaments ist der Erblasser geisteskrank geworden. Da die Geisteskrankheit nur die Handlungsfähigkeit, nicht aber die Rechtsfähigkeit beeinträchtigt, kann der eingesetzte Erbe die *bonorum possessio secundum tabulas* verlangen. Obwohl der Eingesetzte nach *ius civile* nicht Erbe geworden ist, lässt der Prätor die ursprünglich gültige Erbeinsetzung für die Erteilung des Nachlassbesitzes genügen. Voraussetzung ist zum einen das Vorliegen einer vollständigen und ordnungsgemäß besiegelten Testamentsurkunde, zum anderen die Rechtsfähigkeit des Testators. Erleidet der Testator nach Testamenterrichtung dagegen eine *capitis deminutio maxima*, verliert er also seine Rechtsfähigkeit, kann das Testament auch nach *ius praetorium* keine Rechtswirkung haben, da auch das *ius praetorium* keine testamentarische Erbfolge nach einem Rechtsunfähigen kennt.

Die Reihenfolge der Antragsberechtigten für die *bonorum possessio secundum tabulas* richtet sich nach der Reihenfolge der Erbeinsetzungen:

#### D. 37.11.2.4 Ulpianus 41 ad edictum

*Defertur bonorum possessio secundum tabulas primo gradu scriptis heredibus, mox illis non petentibus sequentibus, non solum substitutis, verum substituti quoque substitutis, et per seriem substitutos admittimus. Primo gradu autem scriptos accipere debemus omnes, qui primo loco scripti sunt: Nam sicuti ad adeundam hereditatem proximi sunt, ita et ad bonorum possessionem admittendam.*

Die *bonorum possessio secundum tabulas* wird auf der ersten Stufe den eingesetzten Erben erteilt, darauf wird sie, wenn jene sie nicht fordern, den nachfolgenden erteilt, nicht nur den Ersatzerben, sondern auch den Ersatzerben des Ersatzerben, und [so] lassen wir die Ersatzerben ihrem Rang nach zu. Als auf der ersten Stufe eingesetzt aber müssen wir alle diejenigen ansehen, die an erster Stelle eingesetzt worden sind; denn so wie sie in Bezug auf den Antritt der Erbschaft die nächsten sind, so sind sie auch die nächsten in Bezug auf die Zulassung zur *bonorum possessio*.

Zunächst ist also der Haupterbe zum Antrag auf *bonorum possessio secundum tabulas* berufen; nimmt er die Möglichkeit nicht wahr, kommt der erstrangige Ersatzerbe, bei dessen Ausfall die nachrangigen Ersatzerben zum Zuge. Somit wird der Substitution, die der Testator nach *ius civile* im Testament vorsehen kann, auch im prätorischen Recht Rechnung getragen. Anders als nach *ius civile* kommt nach *ius praetorium* die

Substitutionsregelung nicht erst bei Versterben des Haupterben oder dessen Verzicht auf die Erbschaft, sondern schon dann zur Anwendung, wenn der vorrangig eingesetzte Erbe keinen Antrag auf Erteilung der *bonorum possessio* erhebt.

Die Unterschiede zwischen den Anforderungen an das Testament nach *ius civile* und denen nach *ius praetorium* sind in Übersicht 24 rekapituliert. Sie zeigen, dass der Prätor – anders als das *ius civile* – vorrangig auf die Testamentsurkunde abstellt, also ein ordnungsgemäß errichtetes und von sieben Zeugen gesiegeltes Testament als ausreichend anerkennt.

Übersicht 24: Unwirksamkeitsgründe des Testaments nach *ius civile* und *ius praetorium*

	Nachträgliche Geisteskrankheit des Testators:	Verlust der Rechtsstellung ( <i>capitis deminutio maxima</i> ):	Zwischenzeitlicher Verlust der Testierfähigkeit:
<i>ius civile</i> :	Nichtigkeit des Testaments	Nichtigkeit des Testaments	Nichtigkeit des Testaments
<i>ius praetorium</i> :	wirksam errichtetes Testament gibt Recht zur <i>bonorum possessio secundum tabulas</i>	kein Recht auf <i>bonorum possessio secundum tabulas</i>	nach Wiedererlangung der Testierfähigkeit bis Todeszeitpunkt: Antrag auf <i>bonorum possessio secundum tabulas</i>

Die damit erfolgende Ablösung des prätorischen Begriffs des Testaments von den Vorgaben des *ius civile* erfolgt schrittweise. Die wichtigsten Etappen sind im Folgenden darzustellen.

### 6.3.1 Maßgeblichkeit der Testamentsurkunde

Testamente nach *ius civile* (Kap. 6.1.1) wurden auf Tafeln (*tabulae*), das heißt auf Holztäfelchen geschrieben, die einseitig mit Wachs oder Schellack (Gummilack) überzogen waren (Kap. 1.1). Der Urkundstext wurde in das Wachs oder den Schellack eingeritzt. Nach Fertigstellung des Textes wurden die Tafeln mit den beiden Schreibflächen zueinander zusammengelegt. Das Ganze wurde mit einem Faden umwickelt, der auf der Rückseite der zweiten Tafel in eine Furche (*sulcus*) eingelegt wurde. An dieser Stelle wurde die Urkunde gesiegelt, indem die Urkundszeugen ihr Siegel aufdrückten. Um den (im Innern befindlichen) Text zu lesen, musste also das Siegel aufgebrochen oder der Faden zerschnitten werden. Dieses Testament wurde vom Testator im Rahmen der Manzipation durch *nuncupatio* für wirksam erklärt. Die Manzipationszeugen

(fünf römische Bürger), der Vermögenskäufer und der Waagehalter besiegelten, dass die Testamentsurkunde im Rahmen eines Manzipationsrituals in Kraft gesetzt worden war. Die derart besiegelte Testamentsurkunde diente dem Erben zum Antrag auf Erteilung der *bonorum possessio secundum tabulas*:

Gai. 2,119

*Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur, si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem: Nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit.*

Dennoch verspricht der Prätor, wenn ein Testament mit sieben Zeugensiegeln besiegelt ist, den im Testament eingesetzten Erben den Nachlassbesitz entsprechend der testamentarischen Anordnung, wenn niemand vorhanden ist, dem die Erbschaft ohne Testament nach anerkanntem Recht zusteht, zum Beispiel ein Bruder, der vom selben Vater abstammt, oder ein Bruder des Vaters oder ein Sohn des Bruders. Auf diese Weise werden die im Testament eingesetzten Erben die Erbschaft behalten können, denn das gleiche Recht gilt, auch wenn das Testament aus einem anderen Grund ungültig ist, zum Beispiel weil kein Verkauf des Vermögens [sc. in Form der *mancipatio*] stattgefunden hat oder weil der Erblasser die Worte der *nuncupatio* nicht gesprochen hat.

Der Prätor verlangt ein von sieben Zeugen besiegeltes Testament. Anders als für das *ius civile* ist für das *ius praetorium* aber kein Nachweis eines Manzipationsrituals erforderlich. Vielmehr genügt ein Testament, das durch sieben Zeugen besiegelt ist und für das die Voraussetzungen der Testierfähigkeit und der Erbeinsetzung erfüllt sind. Grundlage des Nachlassbesitzes gemäß dem Testament ist damit eine Urkunde, die prinzipiell geeignet ist, die Errichtung durch Manzipation zu beweisen. Dennoch begnügt sich der Prätor mit dem Nachweis der Besiegelung durch sieben Zeugen, verzichtet also auf die Prüfung, ob die Urkunde tatsächlich im Rahmen einer Manzipation besiegelt wurde.

Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) behandelt nun den Fall, dass der aufgenommenen Testamentsurkunde nachweislich keine Manzipation entspricht, so dass zwar der prätorischen Form, nicht aber dem nach *ius civile* erforderlichen Ritual Genüge getan ist. Damit tritt nach *ius civile* die Intestaterbfolge ein. Solange die Intestaterben aber darauf verzichten, ihr Recht geltend zu machen, respektiert das *ius praetorium* das prima facie

gültig errichtete Testament, und der Prätor weist den im Siebenzeugentestament eingesetzten Erben in den Nachlassbesitz *secundum tabulas* ein. Obwohl also die *bonorum possessio secundum tabulas* erkennbar an die Wirksamkeitsvoraussetzungen des *ius civile* anknüpft, werden diese gleichzeitig teilweise überwunden, da die Manzipation nur noch in der Urkunde bezeugt werden, nicht mehr aber in der Realität stattgefunden haben muss. Diese Rechtsfolge, mit welcher der Prätor ein nach *ius civile* unwirksames Testament nach *ius praetorium* als wirksam behandelt, gilt zunächst nur subsidiär, das heißt, wenn sich kein Intestaterbe findet, die Intestaterbschaft anzutreten. Seit einem Reskript des Kaisers Antoninus Pius (138–161 n. Chr.) kommt dem prätorischen Testamentserben aber Vorrang vor den zivilen Intestaterben zu:

*Gai. 2,120*

*Sed videamus, an etiam si frater aut patruus extant, potiores scriptis heredibus habeantur; rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.*

Wir wollen aber sehen, ob auch dann, wenn ein Bruder oder ein Onkel vorhanden sind, sie für berechtigter gehalten werden als die im Testament eingesetzten Erben; denn in einem Reskript des Kaisers Antoninus wird zu verstehen gegeben, dass diejenigen, die den Nachlassbesitz gemäß einer nicht rechtmäßig hergestellten Testamentsurkunde beantragt haben, sich gegenüber denjenigen, die aufgrund der Erbfolge ohne Testament die Erbschaft herausverlangen, durch die Einrede der Arglist verteidigen können.

Das Reskript gewährt dem Testamentserben, der sich auf ein Siebenzeugentestament stützen kann, eine Arglisteinrede (*exceptio doli*) für den Fall, dass die Agnaten als gesetzliche Erben (Kap. 3.2.2) die Erbschaftsklage (*hereditatis petitio*) gegen den Nachlassbesitzer erheben (Kap. 5.3). Die Arglisteinrede ist ein Rechtsmittel, das den Beklagten vor Arglist (*dolus*) schützen soll; sie hemmt die Klage, wenn der Prätor oder der entscheidende Richter zum Ergebnis gelangt, dass dem Kläger Arglist vorzuwerfen ist. Der Vorwurf der Arglist folgt hier daraus, dass der Prätor dem durch ein Siebenzeugentestament legitimierten Testamentserben die *hereditatis petitio* gegenüber den Intestaterben erteilen würde. Die zivilen Erben müssten also die erhaltene Erbschaft sogleich nach *ius praetorium* wieder herausgeben; damit ist ihre Berechtigung zur Erbschaftsklage eine rein formelle Position, deren Geltendmachung als Arglist qualifiziert werden kann. Nach der Terminologie, die bereits bei Kollisionsfragen zwischen prätorischen und zivilen Intestaterben verwendet wurde (Kap. 3.3.2), steht dem prätori-

schen Erben in diesen Fällen die *bonorum possessio cum re* zu; er setzt sich also gegen den zivilen Erben durch.

Fraglich ist, ob und inwieweit dieser Vorrang des *ius praetorium* auch mit Blick auf andere Formmängel Anwendung finden kann:

*Gai. 2,121*

*Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est; item ad feminarum, quae ideo non utiliter testatae sunt, quod verbi gratia familiam non vendiderint aut nuncupationis verba locutae non sint: [...].*

Es ist sicher, dass dies jedenfalls die Testamente männlicher Personen betrifft; ebenso die von Frauen, die deshalb unwirksam ein Testament errichtet haben, weil sie beispielsweise das Vermögen nicht verkauft haben oder die Worte der *nuncupatio* nicht gesprochen haben: [...].

Der Vorrang des *ius praetorium* vor dem *ius civile* gilt in den Fällen, in denen das Manzipationsritual nicht eingehalten worden ist, die Schriftform des Testaments aber beachtet wurde. Dagegen lässt Gaius offen, ob die kaiserrechtliche Verstärkung des Siebenzeugentestaments auch für Testamente von Frauen gelten kann, die ohne Beziehung eines Vormunds errichtet wurden:

*Gai. 2,121–122*

*121 [...] An autem et ad ea testamenta feminarum, quae sine tutoris auctoritate fecerint, haec constitutio pertineat, videbimus.*

*122 Loquimur autem de his scilicet feminis, quae non in legitima parentum aut patronorum tutela sunt, sed [de his quae] alterius generis tutores habent, qui etiam inviti coguntur auctores fieri. Alioquin parentem et patronum sine auctoritate eius facto testamento non summoveri palam est.*

121 [...] Ob diese Konstitution sich aber auch auf diejenigen Testamente von Frauen bezieht, die sie ohne Zustimmung des Vormunds errichtet haben, muss offen bleiben. 122 Wir sprechen aber freilich von denjenigen Frauen, die nicht in der gesetzlichen Tutel der männlichen Verwandten sind, sondern [von denjenigen,] die Tutoren einer anderen Art haben, die [sc. die Tutoren] auch gegen ihren Willen gezwungen werden, ihre Zustimmung zu erteilen. Dass sonst ein Hausvater oder Patron durch ein Testament, das ohne seine Zustimmung errichtet worden ist, nicht verdrängt wird, ist offenkundig.

Dafür, dass das ohne Zustimmung des Tutors errichtete Testament einer Frau, das die Form des Siebenzeugetestaments einhält, Grundlage *der bonorum possessio secundum tabulas* sein kann, spricht, dass man die Zustimmung des Tutors ebenso als bloßes Ritual ansehen kann, wie die nach *ius praetorium* entbehrliche Manzipation. Allerdings ließe sich die Zustimmung des Vormunds auch als materielle Voraussetzung für die Testierfähigkeit der Frau ansehen, die für das prätorische Testament ebenso zu verlangen ist wie für das Testament nach *ius civile*. Gaius lässt die Frage offen; auch die Digesten enthalten keinen Beleg, der die Frage beantworten könnte. Da die Vormundschaft über Frauen schon in der Republik an Bedeutung verlor (Kap. 6.1.2), ist es durchaus vorstellbar, dass die Zustimmung des Tutors nur im *ius civile* als Gültigkeitsvoraussetzung des Testaments behandelt wurde, während sie im *ius praetorium* der Kaiserzeit als bloße Formalität galt. Sicherheit ist in dieser Frage allerdings nicht zu erlangen.

Für das Verhältnis des prätorischen Testaments zum Testament nach *ius civile* ist insgesamt festzuhalten, dass die *bonorum possessio secundum tabulas* zunächst ein Mittel darstellte, das nach *ius civile* zustehende Recht durchzusetzen, indem sie dem zivilen Erben erteilt wurde. Zu Konflikten mit dem *ius civile* kam es nur dort, wo der Prätor die Erbberechtigung aufgrund des Testaments nach abweichenden Standards entschied: So erteilte der Prätor die *bonorum possessio secundum tabulas* auch dann, wenn der Testator nachträglich testierunfähig geworden war oder eine Manzipation ganz fehlte. Grundlage der abweichenden prätorischen Wertungen ist die Testamentsurkunde, deren Bedeutung sich gegenüber dem Manzipationsritual verselbstständigt.

Die Maßgeblichkeit der Urkunde bestimmt auch die Regeln, die nach *ius praetorium* für den Widerruf des Testaments gelten.

### 6.3.2 Widerruf nach *ius praetorium*

Während nach *ius civile* ein bestehendes Testament nur durch erneute Durchführung einer Manzipation aufgehoben werden kann (Kap. 6.2.3), verlangt der Widerruf nach *ius praetorium* die Zerstörung der Urkunde:

*Gai. 2,151a*

*Quid ergo est? Si quis ab intestato bonorum possessionem petierit et is, qui ex eo testamento heres est, petat hereditatem, potest eum per exceptionem doli mali summovere, si modo ea mens testatoris fuisse probetur, ut ad eos, qui ab intestato vocantur, perveniat hereditas: Et hoc ita rescripto imperatoris Antonini significatur.*

Was gilt also? Wenn jemand den Nachlassbesitz *ab intestato* beantragt hat und derjenige, der aufgrund dieses Testaments Erbe ist, die Erbschaft einklagt, kann er ihn

durch die Einrede der Arglist zurückweisen, wenn nur nachgewiesen wird, dass der Wille des Erblassers dahin ging, dass die Erbschaft an diejenigen gelangen solle, die für den Fall, dass kein Testament vorliege, zur Erbschaft berufen wären; und dies wird durch ein Reskript des Kaisers Antoninus [Pius] so klargestellt.

Hat der Erblasser die Testamentsurkunde zerstört, erteilt der Prätor dem Intestaterben die *bonorum possessio ab intestato*. Damit gibt der Gerichtsmagistrat zu erkennen, dass die Zerstörung der Testamentsurkunde den Aufhebungswillen des Testators ausreichend manifestiert hat. Fraglich ist allerdings, ob sich dieser prätorische Intestaterbe gegen den testamentarisch eingesetzten Erben durchsetzt, ob er also die *bonorum possessio cum re* (Kap. 3.3.1) erhalten kann. Diese Frage scheint bis in die Kaiserzeit nicht generell, sondern von Fall zu Fall entschieden worden zu sein. Seit einem Reskript des Kaisers Antoninus Pius (138–161 n. Chr.) wird dem *bonorum possessor* auch hier generell die Einrede der Arglist (*exceptio doli*) gegen den Testamentserben zuerkannt. Auf diese Weise kommt dem *bonorum possessor ab intestato* grundsätzlich Vorrang vor dem Testamentserben nach *ius civile* zu. Dabei beruht der Vorwurf der Arglist darauf, dass sich der Testamentserbe auf eine lediglich formale Rechtsposition stützt: Da der Testamentserbe den erkennbaren Willen des Erblassers missachtet, gilt er als unwürdig (*indignus*, Kap. 4.4.3), so dass nicht ihm, sondern dem *bonorum possessor* die Erbschaft zusteht.

Ist nicht die Urkunde zerstört, sondern nur der Faden, der die Testamentstafeln umwickelt, zerschnitten worden, ist zu unterscheiden:

#### *D. 37.11.1.10 Ulpianus 39 ad edictum*

*Si linum, quo ligatae sunt tabulae, incisum sit, si quidem alius contra voluntatem testatoris inciderit, bonorum possessio peti potest: Quod si ipse testator id fecerit, non videntur signatae et ideo bonorum possessio peti non potest.*

Wenn die Schnur, womit die Testamentstafeln umwickelt worden sind, zerschnitten worden ist, so kann, sofern ihn ja ein anderer gegen den Willen des Testators zerschnitten hat, die *bonorum possessio* [*secundum tabulas*] verlangt werden; wenn dies nun der Testator selbst getan hat, so werden die Testamentstafeln nicht [mehr] als gesiegelt angesehen und deshalb kann die *bonorum possessio* [*secundum tabulas*] nicht beantragt werden.

Die Zerstörung der Urkunde kann nur dann als Aufhebung des Testaments angesehen werden, wenn der Testator selbst die Fäden, welche die beiden Täfelchen zusammenhalten, zerschnitten hat. Handelt es sich dagegen um den Eingriff eines Dritten, ist

der Wille des Testators intakt und kann entsprechend durch Erteilung der *bonorum possessio secundum tabulas* für den eingesetzten Erben honoriert werden.

Die durch das *ius praetorium* gesteigerte Bedeutung der Testamentsurkunde verstärkt das Interesse des Rechtsverkehrs, diese Urkunden vor Fälschungen zu schützen. Verschiedene gesetzliche Vorhaben formulieren daher Regelungen, die den Schutz von Schriftstücken im Allgemeinen und den Schutz des Testaments im Besonderen gewährleisten sollen. Diese Vorgaben sind im Folgenden kurz vorzustellen, soweit sie sich auf die *bonorum possessio secundum tabulas* auswirken.

### 6.3.3 Gesetzlicher Fälschungsschutz

Das *senatusconsultum Neronianum* (61 n. Chr.) diente allgemein dem Fälschungsschutz von Urkunden. Zu diesem Zweck formulierte es Regeln zur Urkundenserrichtung, die die Unveränderbarkeit der für Geschäfts- wie für Testamentsurkunden üblichen Wachstäfelchen garantieren sollten (Kap. 6.3.1). Insbesondere sollten die Urkundentafeln nicht länger nur mit einem Faden umwickelt, sondern durchbohrt werden, so dass der Faden durch die Bohrung geführt und sodann gesiegelt werden konnte. Auf diese Weise sollte verhindert werden, dass – wie es bei der ursprünglichen Form der Tafelchen mit umwickeltem Faden möglich war – die Fäden auseinandergeschoben, und der Innentext der Urkunde nachträglich verändert werden konnte. Für das *ius praetorium* war diese Regelung deshalb von besonderer Bedeutung, weil nur die Urkunde, die nach den Vorgaben des *senatusconsultum Neronianum* errichtet worden war, als schriftliches Testament anerkannt wurde.

Weitergehend verpflichtete ein auf Kaiser Augustus (27 v. Chr.–14 n. Chr.) zurückgehendes Gesetz zur Reform der Erbschaftssteuer (*lex Iulia de vicesima hereditatum*, 6 n. Chr.) den Prätor, die Identität der Siegelzeugen zu prüfen:

#### D. 29.3.4 Ulpianus 50 ad edictum

*Cum ab initio aperiendae sint tabulae, praetoris id officium est, ut cogat signatores convenire et sigilla sua recognoscere.*

Wenn die Testamentstafeln erstmals eröffnet werden sollen, ist es die Pflicht des Prätors, dass er die Zeugen dazu zwingt, zusammenzukommen und ihre Siegel anzuerkennen.

Bei Testamentseröffnung sollten die Testamentszeugen vom Prätor geladen werden, um die Authentizität der angefügten Siegel zu bezeugen. Da die Erteilung der *bonorum possessio secundum tabulas* ein ordnungsgemäß besiegeltes Siebenzeugentestament

verlangt, wirkte sich diese Vorgabe unmittelbar auf das *ius praetorium* aus: Grundlage für die Erteilung des Nachlassbesitzes konnte nur die Erbeinsetzung in einem nachweislich mit echten Siegeln besiegelten Schriftstück sein.

Die Verpflichtung des Prätors, die Identität der Urkundszeugen zu prüfen, steht in Zusammenhang mit einer in der Kaiserzeit verstärkten öffentlichen Kontrolle der Testamentseröffnung. Diese Kontrolle diente nicht nur der effektiveren Eintreibung der von Augustus auf 5% festgelegten Erbschaftssteuer, sondern half auch, die Einhaltung der Kaduzitätsregeln der *lex Iulia et Papia* (Kap. 4.4.1) zu überwachen. Wenn die Testamentseröffnung in staatlichen Händen lag, konnten erwerbsunfähige oder erbunwürdige Testamentserben rasch festgestellt und die Ansprüche des Fiskus sofort geltend gemacht werden.

Bereits die republikanische Gesetzgebung kennt auch strafrechtliche Maßnahmen, um die Authentizität von Testamenten zu schützen. Das wichtigste, bis in die Kaiserzeit wirkende Gesetz war die unter der Alleinherrschaft des Sulla ergangene *lex Cornelia de falsis* oder *lex Cornelia testamentaria nummaria* (81 v. Chr.). Durch dieses Gesetz wurde ein ständiger Strafgerichtshof (*quaestio perpetua*) eingesetzt, vor dem die Entfernung von Siegeln auf Testamenten, die Herstellung falscher Siegel oder auch die Besiegelung falscher Testamente angeklagt werden konnte. Die *lex Cornelia* ist nur sehr bruckstückhaft überliefert; ihr Hauptzweck scheint aber im Schutz der auch für die *bonorum possessio secundum tabulas* so wichtigen Besiegelung der Urkunde zu liegen:

*D. 48.19.38.7 Paulus 5 sententiarum*

*Qui vivi testamentum aperuerit recitaverit resignaverit, poena Corneliae tenetur: [...].*  
Wer das Testament eines Lebenden geöffnet, vorgelesen und es ungültig gemacht hat, wird durch die Strafe aus der *lex Cornelia* überführt: [...].

Jemand hat das Siegel eines ordnungsgemäß gesiegelten Testaments aufgebrochen. Während die Zerstörung der Testamentsurkunde durch einen Dritten den Antrag auf *bonorum possessio secundum tabulas* nicht hindert (Kap. 6.3.2), macht die Zerstörung der Siegel das Testament wertlos, da der Prätor nur das von sieben Zeugen gesiegelte Schriftstück als Testament anerkennt. Ist das Siegel zerstört worden, muss die Urkunde erneut ordnungsgemäß von sieben Zeugen besiegelt werden:

*D. 28.1.23 Ulpianus 4 disputationum*

*Si testamentum quod resignaverit testator iterum signatum fuerit septem testium signis, non erit imperfectum, sed utroque iure valebit tam civili quam praetorio.*

Wenn das Testament, das der Erblasser entsiegelt hat, wiederum mit den Siegeln von sieben Zeugen versiegelt worden ist, wird es nicht fehlerhaft sein, sondern es wird nach beiden Rechten wirksam sein, sowohl nach dem *ius civile* als auch nach dem *ius praetorium*.

In diesem Fall hat der Erblasser selbst das Testament entsiegelt und dann neu von sieben Zeugen siegeln lassen. Während die Öffnung der Urkunde das Testament nach *ius civile* in Kraft lässt, ist die Verletzung des Siegels durch den Testator nach *ius praetorium* als Widerruf anzusehen. Dieser Widerruf kann seinerseits außer Kraft gesetzt werden, indem der Testator das Siegel durch erneute Besiegelung „repariert.“

Die *lex Cornelia* wird in der Kaiserzeit durch das unter Kaiser Tiberius (14–37 n. Chr.) ergangene *senatusconsultum Libonianum* (16 n. Chr.) sowie ein Edikt des Kaisers Claudius (41–54 n. Chr.) ergänzt:

#### C. 9.23.3 *Imperator Alexander Severus* (a. 223)

*Senatusconsulto et edicto divi Claudii prohibitum est eos, qui ad scribenda testamenta adhibentur, quamvis dictante testatore aliquid emolumentum ipsis futurum scribere, et poena legis Corneliae facienti inrogata est. [...].*

Durch einen Senatsbeschluss und ein Edikt des vergöttlichten Claudius ist es denen, die zur Errichtung der Testamente als Schreiber hinzugezogen werden, verboten worden, auch wenn der Testator es diktiert hat, sich selbst irgendeinen zukünftigen Vorteil zuzuschreiben, und die Strafe aus der *lex Cornelia* ist demjenigen auferlegt worden, der dies tat. [...].

Das *senatusconsultum* und das Edikt verboten dem Schreiber des Testaments, sich selbst die Erbenstellung oder ein Vermächtnis zuzuschreiben, selbst wenn der Erblasser eine solche Verfügung diktiert hatte. Verstieß der Schreiber gegen dieses Verbot, kam die Strafe der *lex Cornelia* zur Anwendung. Dem Schreiber drohte die Verbannung (als freier römischer Bürger) oder sogar der Tod (als Sklave).

Mit der strafrechtlichen Verfolgung des Testamentsschreibers war noch nicht über die privatrechtliche Wirksamkeit des Testaments entschieden. Die Juristen der Kaiserzeit erkennen dem strafrechtlichen Verbot auch privatrechtliche Wirkungen zu:

#### D. 34.8.1 *Iulianus 78 digestorum*

*Si quis hereditatem [...] sibi adscripserit, quaeritur, an hereditas [...] pro non scripto habeatur. Et quid, si substitutum habeat huiusmodi institutio? Respondit: Pars hereditatis, de qua me consulisti, ad substitutum pertinet: Nam senatus cum poenas legis*

*Corneliae constitueret adversus eum, qui sibi hereditatem [...] scripsisset, eodem modo improbasse videtur, [...], ut perinde haberentur, ac si insertae testamento non fuissent.* Wenn jemand [als Schreiber des Testaments] sich selbst die Erbschaft [...] zugeschrieben hat, wird gefragt, ob die Erbeinsetzung [...] als nicht geschrieben angesehen wird. Und was ist, wenn eine derartige Erbeinsetzung einen Ersatzerben enthält? Er [Julian] hat entschieden: Der Teil der Erbschaft, über den du mich befragt hast, gehört dem Ersatzerben. Als der Senat nämlich die Strafen aus der *lex Cornelia* gegen denjenigen festsetzte, der sich selbst die Erbschaft [...] zugeschrieben hatte, scheint er [derartige Einsetzungen] auf dieselbe Weise missbilligt zu haben [...], so dass sie ebenso behandelt werden, als wenn sie nicht ins Testament eingefügt worden wären.

Der Schreiber, dem der Erblasser das Testament diktiert, hat die Gelegenheit genutzt, um sich selbst zum Erben einzusetzen. Nach dem *senatusconsultum Libonianum* unterliegt der Schreiber damit der Strafe nach der *lex Cornelia de falsis* wegen Testamentsfälschung. Der Verstoß gegen das *senatusconsultum Libonianum* wirkt sich auch auf die Erbenstellung aus: Nach Julian (2. Jahrhundert n. Chr.) ist die strafrechtlich sanktionierte Klausel „als nicht geschrieben“ anzusehen (*pro non scripto habetur*), so dass der Ersatzerbe anstelle des Schreibers die Erbschaft antreten kann. Da sowohl das Testament nach *ius civile* als auch das Testament nach *ius praetorium* eine unverfälschte Testamentsurkunde verlangen, ist die Teilunwirksamkeit wegen Verstoßes gegen die *lex Cornelia* für beide Testamentsformen anzunehmen. Anders als die kaiserzeitlichen Vorschriften zur Testamentseröffnung und Besiegelung ist der strafrechtliche Schutz somit nicht nur für das prätorische, sondern auch für das Testament nach *ius civile* von Bedeutung.

Während sich die Testamentsformen des *ius civile* und des *ius praetorium* als eng miteinander verknüpft erweisen, löst sich das Kaiserrecht von den traditionellen Vorgaben, indem es die bis dahin nicht vorstellbare Möglichkeit einräumt, ohne jedes Formerfordernis zu testieren.

## 6.4 Das formlose Testament des Kaiserrechts

Ausgangspunkt für diese grundlegende Modifikation des römischen Testaments durch das Kaiserrecht war die Schaffung von besonderen Verfahren der kaiserlichen Gerichtsbarkeit (*cognitio extra ordinem*, Kap. 2.2.4): Im Rahmen dieser besonderen Gerichtsbarkeit räumte zunächst Kaiser Augustus (27 v. Chr.–14 n. Chr.) formlosen Zusätzen zum

Testament (Kodizillen) und formlosen letztwilligen Verfügungen (Fideikommissen) Verbindlichkeit ein. Seit Trajan (98–117 n. Chr.) wurden zudem schrittweise Privilegien für Soldaten eingeführt, die als „Soldatentestament“ (*testamentum militis*) bezeichnet wurden und ebenfalls nur im Wege der *cognitio extra ordinem* durchsetzbar waren. Die drei Schöpfungen des *ius novum* zeichnen sich durch einen vollständigen Verzicht auf die Vorgaben des *ius civile* oder *ius praetorium* aus: Die seit Augustus anerkannten Kodizille (von *codicilli* = „Briefchen“) sind Ergänzungen, die der Erblasser außerhalb des förmlich errichteten Testaments vornimmt, weil ihm keine Gelegenheit bleibt, das Testament selbst abzuändern oder neu (durch Manzipation oder Urkundserklärung) zu errichten. Die ebenfalls durch Augustus für verbindlich erklärten Fideikommissen (*fideicommissum*, von *fidei committere* = „der Treue anvertrauen“) bezeichnen dagegen formlose Bitten, die der Erblasser auch unabhängig von der Errichtung eines Testaments an einen seiner Erben richtet. Als „Soldatentestament“ wird schließlich das formlos gültige Testament einer Militärperson bezeichnet, das unabhängig von der Einhaltung des Manzipationsrituals oder der Abfassung einer Testamentsurkunde errichtet werden kann.

Als Besonderheiten des *ius novum* zum Testamentsrecht sind im Folgenden nur die Kodizille und das Soldatentestament zu betrachten; Einzelheiten zu den Fideikommissen sind aufgrund ihrer Ähnlichkeit mit Legaten erst im Vermächtnisrecht darzustellen (Kap. 8.5). An dieser Stelle genügt der Hinweis, dass Fideikommissen formlos gültig sind und jedem Begünstigten auferlegt werden können; der Erblasser kann daher jeden, der einen Vorteil aus der Erbschaft erworben hat, mittels Fideikommiss zur Herausgabe des Erworbenen verpflichten.

Über die Zulassung der Klagbarkeit von Kodizillen durch Kaiser Augustus unterrichten die Institutionen Kaiser Justinians (527–565 n. Chr.):

*Inst. 2.25pr.*

*Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petit per fideicommissum ut faceret aliquid: Et cum divus Augustus voluntatem eius implexset, deinceps reliqui auctoritatem eius secuti, fideicommissa praestabant, [...]. Dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset: Et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret, utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. [...].*

Es steht fest, dass es vor den Zeiten des Augustus das Rechtsinstitut des Kodizills nicht gegeben hat; sondern Lucius Lentulus, von dessen Person aus auch die Fideikommissen ihren Anfang genommen haben, hat als erster die Kodizille eingeführt. Denn als er in *Africa* im Sterben lag, schrieb er „Briefchen“ (*codicilli*), die durch ein Testament bestätigt worden waren, in denen er Augustus durch ein Fideikommiss gebeten hat, etwas zu tun. Und nachdem der vergöttlichte Kaiser Augustus seinen Willen erfüllt hatte, folgten die Übrigen nacheinander seinem Vorbild und leisteten die Fideikommissen, [...]. Augustus soll Rechtsgelehrte, unter ihnen auch Trebatius, dessen Ansehen damals überaus groß war, zusammengerufen und gefragt haben, ob dies übernommen werden könne und ob die Verwendung von Kodizillen nicht im Widerspruch zu den Grundsätzen des Rechts stehe. Und Trebatius soll dem Augustus dazu geraten haben, indem er sagte, dass dies für die Bürger wegen der großen und langdauernden Reisen, die [schon] bei den Alten möglich gewesen waren, überaus nützlich und notwendig sei, wodurch jemand, wenn er kein Testament errichten könne, dennoch ein Kodizill errichten könne. [...].

Anlass für die Zulassung der formlosen Testamentsergänzung durch Kodizille war ein Einzelfall: Lucius Lentulus hatte kurz vor seinem Tod in *Africa* in „Briefchen“ Nachträge zu seinem Testament gemacht und dabei den am Erbfall beteiligten Kaiser Augustus gebeten, ein Fideikommiss zu erfüllen. Da Augustus dem Wunsch des Verstorbenen folgte, wurden derartige Nachträge in der Folge für verbindlich gehalten und allgemein befolgt. Da Kodizille anders als Testamente formlos gültig waren, legte Augustus den Juristen des kaiserlichen *consilium* die Frage vor, ob die rechtliche Anerkennung der formlosen Nachträge nicht den Grundsätzen des Rechts widerspreche (*nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset*). Der Jurist Trebatius Testa verneinte die Frage und sprach sich dafür aus, diese formlosen Nachträge zum Testament zuzulassen, um die Nachteile für Erblasser, die außerhalb Roms versterben, zu mildern. Während der Fall des Lentulus ein Kodizill betraf, das zuvor im Testament angekündigt worden war, also auch im Wege der Auslegung in das Testament hätte hineingelesen werden können (Kap. 6.2.3), sind nach *ius novum* alle formlosen Nachträge als wirksam anzusehen, auch wenn sie keine Ankündigung oder Genehmigung in einem Testament gefunden haben.

### 6.4.1 Formlose Nachträge (Kodizille)

Das Zusammentreffen der in *ius civile* und *ius praetorium* gewachsenen testamentarischen Vorgaben mit den kaiserrechtlichen Kodizillen führt zu einer Gemengelage von formgebundenem Testament und formlosem Nachtrag zum Testament:

*D. 29.7.8pr. Paulus liber singularis de iure codicillorum*

*Conficiuntur codicilli quattuor modis: Aut enim in futurum confirmantur aut in praeteritum aut per fideicommissum testamento facto aut sine testamento.*

Ein Kodizill wird auf vier Arten wirksam errichtet: Es wird nämlich entweder im Vorhinein oder im Nachgang [durch ein Testament] bestätigt oder es wird als Fideikommiss verfasst, [entweder] nachdem ein Testament errichtet worden ist, oder ohne Testament.

Paulus (3. Jahrhundert n. Chr.) unterscheidet daher verschiedene Arten von Kodizillen. Die einen erhalten ihre Gültigkeit als Teil des Testaments, die anderen können nur als Fideikommiss wirken: Im ersten Fall bleibt es bei den Formvorgaben der Testamentserrichtung nach *ius civile* und/oder *ius praetorium*; auch muss der im Kodizill erfolgte Nachtrag zum Testament zuvor angekündigt oder nachträglich bestätigt werden. Dagegen kann das als Fideikommiss gültige Kodizill entweder eine Herausgabepflicht für die im Testament Begünstigten begründen oder ganz für sich allein stehen, also ohne Testament (gegen den Intestaterben) wirken. In Übersicht 25 sind diese vier Arten des Kodizills zusammengefasst:

#### Übersicht 25: Die vier Arten des Kodizills

Wirksamkeit nach <b>ius civile / ius praetorium</b>	Wirksamkeit nach <b>ius novum</b> (Fideikommiss)
Kodizillarklausel im Testament: „Alles, was ich später durch Kodizill hinzufüge, soll als Teil dieses Testaments gelten.“	ohne Testament: Das im Kodizill enthaltene Fideikommiss gilt als den Intestaterben auferlegt.
Bestätigung durch späteres Testament: „Alles, was ich im Kodizill geschrieben habe, soll durch dieses Testament gelten.“	mit Testament: Das im Kodizill enthaltene Fideikommiss ist den im Testament genannten Erben (oder Vermächtnisnehmern) auferlegt.



Die Koexistenz des Kodizills im Rahmen der alten, durch *ius civile* und *ius praetorium* gebildeten Ordnung und des Kodizills als formloses Fideikommiss im Rahmen des Kaiserrechts führt zu teilweise widersprüchlichen Vorgaben je nachdem, auf welcher Ebene der Rechtsschichten die Wirksamkeit des Kodizills in Frage steht. Aus diesem

Grund werden einige Vorgaben des überkommenen Rechts in das *ius novum* transportiert:

*D. 29.7.3.2 Iulianus 39 digestorum*

*Testamento facto etiamsi codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex huiusmodi codicillis nullius momenti erit.*

Wenn ein Testament errichtet worden war, wird das Kodizill, auch wenn es darin nicht bestätigt worden war, seine Wirkung dennoch aus diesem Testament beziehen. Schließlich wird ein Fideikommiss aus einem derartigen Kodizill ohne jede Wirkung sein, wenn die Erbschaft nicht von dem im Testament berufenen Erben angetreten worden war.

Liegt ein Testament (im Sinne des *ius praetorium* oder des *ius civile*) vor, ist auch ein als Fideikommiss wirkendes Kodizill nur dann wirksam, wenn das Testament selbst wirksam ist. Tritt der Testamentserbe nicht an, kommt auch das als Fideikommiss geltende Kodizill nicht zur Anwendung. Diese Abhängigkeit des Kodizills vom Testament gilt aber nur dann, wenn ein Testament errichtet worden ist. Hat der Erblasser kein Testament errichtet, aber ein Kodizill hinterlassen, entfaltet dieses seine Wirkungen vollständig nach *ius novum*:

*D. 29.7.3pr. Iulianus 39 digestorum*

*Si quis cum testamentum nullum habebat, codicillis fideicommissa hoc modo dedit: „Quisquis mihi heres erit bonorumve possessor, eius fidei committo“, fideicommissa praestari debent, quia pater familias, qui testamenti factionem habet et codicillos faceret, perinde haberi debet, ac si omnes heredes eius essent, ad quos legitima eius hereditas vel bonorum possessio perventura esset.*

Wenn jemand, obwohl er kein Testament hinterließ, Fideikommisse in einem Kodizill auf folgende Weise angeordnet hat: „Wer auch immer mein Erbe oder Nachlassbesitzer sein wird, seiner Treue vertraue ich es an“, so müssen die Fideikommisse geleistet werden. Denn ein Hausvater, der testierfähig ist und ein Kodizill anfertigte, muss so angesehen werden, als ob alle diejenigen seine Erben wären, an die das gesetzliche Erbe oder der Nachlassbesitz gelangen würde.

In dem von Julian (2. Jahrhundert n. Chr.) geschilderten Fall hat der Erblasser kein Testament hinterlassen, wird also *ab intestato* beerbt; das im Kodizill ausgesetzte Fideikommiss ist dennoch zu beachten, weil das Kodizill als Ausdruck des Willens

verstanden wird, die Intestaterben einzusetzen. Soweit der Erblasser testierfähig ist, enthält das ohne Testament verfasste Kodizill sowohl eine Erbeinsetzung (der Intestaterben) als auch eine Herausgabepflicht des im Kodizill eingesetzten Erben. Obwohl auf diese Weise die Grenzen zwischen förmlichem und formlosem Testament im *ius novum* nahezu aufgehoben sind, halten die Juristen an einer materiellen Unterscheidung zwischen Testament und Kodizill fest:

*D. 29.7.10 Papinianus 15 quaestio*

*Quod per manus traditum est codicillis hereditatem dari non posse rationem illam habet, ne per codicillos, qui ex testamento valent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur.*

Was überliefert worden ist, nämlich, dass eine Erbschaft nicht durch ein Kodizill zugewendet werden kann, beruht auf der Überlegung, dass durch ein Kodizill, das aufgrund des Testaments wirksam wird, das Testament selbst nicht bestätigt werden kann, weil es seine Wirksamkeit durch die Einsetzung der Erben erhält.

Papinian (3. Jahrhundert n. Chr.) erinnert an eine traditionelle Regel, derzufolge das Kodizill keine Erbeinsetzung enthalten kann. Es wäre nämlich widersprüchlich, wenn das Kodizill, das als Annex zum Testament daherkommt, gleichzeitig den Kern der testamentarischen Anordnung, die Erbeinsetzung (*institutio heredis*) enthielte, also seinerseits die Grundlage des Testaments bildet. Diese Regel soll auch dann noch gelten, wenn an sich jede Äußerung des Erblassers als Fideikommiss gedeutet werden kann:

*D. 29.7.13.1 Papinianus 19 quaestio*

*Tractari solet de eo, qui, cum tabulas testamenti non fecisset, codicillis ita scripsit: „Titium heredem esse volo“. Sed multum interest, utrum fideicommissariam hereditatem a legitimo per hanc scripturam, quam codicillorum instar habere voluit, reliquerit an vero testamentum facere se existimaverit: Nam hoc casu nihil a legitimo peti poterit. [...].*

Es kommt oft vor, dass der Fall desjenigen erörtert wird, der, nachdem er kein Testament errichtet hatte, in einem Kodizill Folgendes geschrieben hat: „Ich will, dass Titius mein Erbe ist.“ Aber es besteht ein großer Unterschied, ob er durch diese schriftliche Anordnung, die er als Kodizill behandeln wollte, ein Erbschaftsfideikommiss zu Lasten des gesetzlichen Erben hinterlassen hat, oder aber ob er glaubte, ein Testament zu errichten. Denn in diesem Fall, [dass er glaubte, ein Testament zu errichten], wird nichts vom gesetzlichen Erben verlangt werden können. [...].

Nach Papinian ist die Auslegung des Kodizills als Fideikommiss nur dann möglich, wenn tatsächlich ein Fideikommiss gemeint war, der Erblasser also selbst nicht von einer (formlosen) Testamentserrichtung ausging. Habe der Erblasser dagegen bezweckt, ein Testament zu errichten, sei die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen. In diesem Fall könne nämlich nicht angenommen werden, der Erblasser habe den gesetzlichen Erben eingesetzt und ihm ein Kodizill auferlegt. Auf diese Weise hat der Jurist eine Grenze für die Umdeutung von formunwirksamen Testamenten in Kodizille errichtet: Der Erblasser muss sich von vornherein entscheiden, ob er ein Testament verfasst und dieses durch Kodizill ergänzt, oder ob er ohne Testament Kodizille verfasst, die *ab intestato* wirken. Um die Unwirksamkeit des Kodizills zu vermeiden, hat die Kautelarpraxis allerdings eine Klausel entwickelt, die auch diese Hürde überwindet:

*D. 29.7.1 Ulpianus 4 disputationum*

*Saepissime rescriptum et constitutum est eum, qui testamentum facere opinatus est nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse: Ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur.*

Es ist überaus häufig auf Anfrage entschieden und durch kaiserliche Konstitution bestimmt worden, dass derjenige, der gemeint hat, er errichte ein Testament, und nicht bestimmt hat, dass dieses gleichsam als Kodizill wirksam sei, nicht so angesehen werde, als er habe ein Kodizill errichtet. Und deshalb wird das, was in jenem Testament geschrieben worden ist, dennoch nicht geschuldet, obwohl es gleichwie in einem Kodizill wirksam sein könnte.

Das Testament enthält eine Klausel, dass es im Falle der Unwirksamkeit jedenfalls als Kodizill, das heißt als Fideikommiss zu Lasten der gesetzlichen Erben, gelten soll. Durch diese Klausel kann sich der Erblasser beide, an sich streng alternative Auslegungsmöglichkeiten des Kodizills sichern: Ist das Testament wirksam, gilt es als Annex dazu; ist das Testament unwirksam, wird das Kodizill als Fideikommiss gegen den Intestaterben behandelt. Allerdings wird ein derartiger Wille nicht vermutet; enthält das Testament also keine derartige „Rettungsklausel“, teilt das Kodizill das Schicksal des unwirksamen Testaments.

## Übersicht 26: Umdeutungsmöglichkeiten des Testaments durch Kodizill

Grundsatzentscheidung des Erblassers	
„Ich errichte ein Testament.“	„Ich verzichte auf ein Testament.“
Kodizill als Annex zum Testament	Kodizill <i>ab intestato</i>
Bei Unwirksamkeit des Testaments (nach <i>ius civile / ius praetorium</i> ) ist auch das Kodizill unwirksam.	Das Kodizill ist unabhängig von Testamentsregeln als Fideikommiss wirksam; es bindet die Intestaterben.
Kombination beider Lösungen durch eine Kodizillarklausel: „Ich will, dass mein Testament im Falle der Unwirksamkeit als Kodizill wirkt.“	

Das Beharren der Juristen auf der Notwendigkeit einer ausdrücklichen Kodizillarklausel ist als Versuch anzusehen, den Übergriff des Kodizillarrechts, das allen Grundsätzen des *ius civile* und des *ius praetorium* widerspricht, auf das übrige Testamentsrecht zu verhindern. Das Beispiel der kautelarjuristischen Überwindung dieser Abgrenzung zeigt, dass dieser Versuch auf Dauer weitgehend erfolglos war.

Dennoch werden die Formerfordernisse der beiden früheren Rechtsschichten mit Blick auf die Kodizille niemals vollständig aufgegeben. Ein eigentlicher Verzicht auf die Form findet sich erst bei dem Testament, welches das Kaiserrecht für eine besondere Personengruppe, die Soldaten und ihnen Gleichstehende, schafft: das Soldatentestament (*testamentum militis*).

#### 6.4.2 Das Soldatentestament

Das Soldatentestament als Gegensatz zum Testament von Zivilisten (*testamentum paganorum*<sup>23</sup>) wird durch kaiserliche Dienstanordnungen (*mandata*) entwickelt und durchgesetzt:

##### *D. 29.1.1pr. Ulpianus 45 ad edictum*

*Militibus liberam testamenti factionem primus quidem divus Iulius Caesar concessit: Sed ea concessio temporalis erat. Postea vero primus divus Titus dedit: Post hoc Domitianus: Postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: Eamque et Traianus secutus est et exinde mandatis inseri coepit caput tale. Caput ex mandatis: „Cum in notitiam meam prolatum sit subinde testamenta a commilitonibus relicta*

<sup>23</sup> Nicht zu verwechseln mit der Verwendung von *pagani* zur Bezeichnung von „Heiden“.

*proferri, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam: Secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris“.*

Die freie Testierfähigkeit hat als erster zwar der vergöttlichte Iulius Caesar den Soldaten zugestanden; aber diese Erlaubnis war zeitlich begrenzt. Danach aber hat sie der vergöttlichte Titus als erster verliehen, hierauf Domitian. Danach hat der vergöttlichte Nerva die größte Nachsicht gegenüber den Soldaten walten lassen. Und diese befolgte auch Trajan und begann damit, dass von da an ein so beschaffenes Kapitel in die Dienstanweisungen eingefügt wurde. Ein Kapitel aus den Dienstanweisungen: „Da ich darüber in Kenntnis gesetzt wurde, dass wiederholt von Mitsoldaten hinterlassene Testamente vorgelegt werden, die zu einem Rechtsstreit führen könnten, wenn sie in Hinblick auf die Sorgfalt und auf die Einhaltung der Gesetze beurteilt würden, so bin ich der Unbescholtenheit meiner Gesinnung gefolgt und habe mir für diese besten und treuesten Mitsoldaten die Meinung gebildet, dass man auf ihre Unbefangenheit Rücksicht nehmen müsse, so dass ihr letzter Wille – auf welche Weise auch immer sie testiert hätten – wirksam sei. Sie sollen daher ihre Testamente so errichten, wie sie wollen, sie sollen es so tun, wie sie können, und für die Vornahme der Teilung seines Vermögens soll der schlichte Wille des Testators ausreichen“.

Schon unter Iulius Caesar (100–44 v. Chr.), also im Ausgang der Republik, wurden Soldaten bei der Testamentserrichtung privilegiert; ähnliche Privilegien wurden von den Kaisern Titus (79–81 n. Chr.), Domitian (81–96 n. Chr.) und besonders von Nerva (96–98 n. Chr.) zugestanden. Seit Kaiser Trajan (98–117 n. Chr.) existierte ein eigenes Kapitel in den Dienstanweisungen (*mandata*) für die militärischen Befehlshaber, das den Soldaten erlaubte, in jeglicher Form zu testieren. Als Grund für den Verzicht auf jegliche Formerfordernis nennen die Kaiser das Unwissen und die fehlende Erfahrung der Soldaten für die richtige Errichtung von Testamenten. Daher sollten Soldaten ihre Testamente formfrei errichten können, und sollten nicht den strengen Regeln des Testamentsrechts nach *ius civile* oder *ius praetorium* unterliegen und auch ohne Einhaltung einer Form Vorgaben zur Erbteilung formulieren. Diese Grundsatzklärung bedurfte der Konkretisierung und Abgrenzung. Beides findet sich in den Schriften der kaiserzeitlichen Juristen, die die Besonderheiten des formlosen Soldatentestaments herausarbeiten.

Wegen der Formlosigkeit des Soldatentestaments kann sich zunächst die Frage stellen, ob auch ein mündliches Testament ausreicht:

*D. 29.1.40pr. Paulus 11 responsorum*

*Lucius Titius miles notario suo testamentum scribendum notis dictavit et antequam litteris perscriberetur, vita defunctus est: Quaero, an haec dictatio valere possit. Respondi militibus, quoquo modo velint et quo modo possunt, testamentum facere concessum esse, [...].*

Der Soldat Lucius Titius hat seinem Schreiber sein Testament diktiert, damit er es in Kurzschrift aufschreibe, und ist verstorben, bevor es in Langschrift niedergeschrieben wurde. Ich frage, ob dieses Diktieren [als Testament] wirksam sein kann. Ich habe geantwortet, dass es den Soldaten zugestanden worden sei, auf welche Weise auch immer sie wollen und auf welche Weise sie können, ein Testament zu errichten, [...].

Ein Soldat hatte sein Testament diktiert und war vor Erstellung der Reinschrift verstorben. Von einer Manzipation ist nicht die Rede, so dass kein Testament nach *ius civile* in Betracht kommt. Da ferner kein gesiegeltes Schriftstück vorliegt, sind auch die Vorgaben des *ius praetorium* für die Erteilung der *bonorum possessio secundum tabulas* nicht erfüllt. Unter Berufung auf die kaiserliche Dienstanweisung hält Paulus (3. Jahrhundert n. Chr.) das mündlich erklärte Testament, das heißt den diktierten Testamentsentwurf, für gültig, da es für das Soldatentestament allein auf den Willen ankomme.

Der für die Errichtung geltende Verzicht auf die Form ist auch für den Widerruf des Testaments zu beachten:

*D. 29.1.15.1 Ulpianus 45 ad edictum*

*Sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest. Denique si cancellaverit testamentum suum vel inciderit, nullius erit momenti: Si tamen testamentum cancellaverit et mox valere voluerit, valebit ex suprema voluntate. [...].*

So wie aber ein Soldat die Erbschaft durch formlose Willenserklärung zuwenden kann, so kann er sie auch wegnehmen. Wenn er schließlich sein Testament durchgestrichen oder durchgeschnitten hat, wird es keine Gültigkeit haben. Wenn er aber sein Testament durchgestrichen hat und bald darauf gewünscht hat, dass es wirksam sei, so wird es infolge der letzten Willenserklärung wirksam sein. [...].

Das Soldatentestament kann genauso durch formlose Willensbekundung aufgehoben werden, wie es formlos errichtet werden kann. Der Grundsatz führt, wie Ulpian (3. Jahrhundert n. Chr.) zeigt, dazu, dass einerseits jede Einwirkung des Testators auf die Testamentsurkunde als Widerruf gewertet werden kann, andererseits auch der Widerruf des Widerrufs anzuerkennen ist. Entscheidend ist damit, welcher Wille als letzter bewiesen werden kann. Dieser Vorgabe entspricht, dass auch zwei Testamente nebeneinander Gültigkeit beanspruchen können:

*D. 29.1.19pr. Ulpianus 4 disputationum*

*Quaerebatur, si miles, qui habebat iam factum testamentum, aliud fecisset et in eo comprehendisset se fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent, quid iuris esset. Dicebam: Militi licet plura testamenta facere, sed sive simul fecerit sive separatim, utique valebunt, si hoc specialiter expresserit, nec superius per inferius rumpetur, cum et ex parte heredem instituere possit, hoc est ex parte testato, ex parte intestato decedere. [...].*

Es wurde gefragt, welches Recht gelte, wenn ein Soldat, der bereits ein Testament errichtet hatte, ein weiteres errichtete und in diesem erklärte, dass er es der Treue seines Erben anvertraue, dass das frühere Testament wirksam sei. Ich sagte: Einem Soldaten ist es erlaubt, mehrere Testamente zu errichten, aber sie werden, sei es, dass er sie gleichzeitig errichtet hat, sei es, dass er sie nacheinander errichtet hat, auf jeden Fall sämtlich wirksam sein, wenn er dies besonders angeordnet hat. Auch wird das frühere Testament nicht durch das spätere aufgehoben, weil er [der Soldat] auch nur für einen Teil einen Erben einsetzen kann, das bedeutet, dass er teilweise mit und teilweise ohne Testament versterben kann. [...].

Voraussetzung für die Gültigkeit mehrerer, von einem Soldaten errichteter Testamente ist der Wille, allen Testamenten nebeneinander Wirksamkeit zu verleihen. Daher steht es dem Soldaten jederzeit frei, Ergänzungen zu einem bestehenden Testament vorzunehmen, ohne das bereits errichtete Testament aufzuheben. Ulpian rechtfertigt diese Möglichkeit daraus, dass für Soldaten die Regel *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* nicht gilt (Kap. 4.1), so dass das Soldatentestament auch nur über einen Teil des Vermögens errichtet werden kann.

Wegen der Vorgabe der Formlosigkeit sind auch andere Testamentsregeln des *ius civile* mit Blick auf das Soldatentestament außer Kraft gesetzt. Dies gilt zunächst für das Verbot der *institutio ex certa re* (Kap. 6.2.2):

*D. 29.1.6 Ulpianus 5 ad Sabinum*

*Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditum quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisset: Miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus.*

Wenn ein Soldat einen einzigen Erben auf ein Grundstück eingesetzt hat, wurde angenommen, dass er mit Blick auf den Rest des Vermögens als Intestaterbe verstorben war. Der Soldat kann nämlich teilweise als Erblasser mit Testament, teilweise als Erblasser ohne Testament versterben.

Setzt ein Soldat einen Erben auf eine bestimmte Sache ein, führt dies nach Ulpian zur Spaltung des Nachlasses: Der Erbe erhält also nur die Sache, auf die er eingesetzt ist, für den restlichen Nachlass gilt die Intestaterbfolge. Anders als nach *ius civile* (Regel des Sabinus, Kap. 6.1.3) wird die Einsetzung auf eine Sache nicht in die Erbenstellung umgedeutet. Vielmehr wird die Erbeinsetzung auf die einzelne Sache als wirksam behandelt.

Gleichfalls zulässig ist im Soldatentestament die befristete oder auflösend bedingte Erbeinsetzung:

*D. 29.1.15.4 Ulpianus 45 ad edictum*

*Miles et ad tempus heredem facere potest et alium post tempus vel ex condicione vel in condicionem.*

Der Soldat kann sowohl einen Erben für eine Zeit einsetzen als auch einen anderen nach Ablauf der Zeit oder von einer Bedingung an oder bis zum Eintritt einer Bedingung.

Ulpian betont, ein Soldat könne Vor- und Nacherbschaft anordnen und die Erbfolge nach Zeit oder Bedingung aufteilen. Diese Aufteilung ist nach *ius civile* unzulässig, da sie gegen den Grundsatz *semel heres, semper heres* verstößt (Kap. 6.1.3).

Die Beispiele zeigen, dass sich das Privileg des Soldatentestaments nicht nur auf die äußere Form, also auf die Errichtung eines Testaments durch Manzipation oder gesiegelte Zeugenurkunde, bezieht, sondern auch die innere Form der Testamentserrichtung erfasst.

Die wichtigsten Folgen der Formlosigkeit des Soldatentestaments sind in Übersicht 27 den sonst geltenden Formvorgaben gegenübergestellt:

## Übersicht 27: Konsequenzen der Formfreiheit des Soldatentestaments

	Errichtung:	Regeln für Erbeinsetzung:	Widerruf:
<i>ius civile / ius praetorium</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <i>mancipatio</i></li> <li>▪ Siebenzeugentestament</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Trennung zwischen Intestaterbrecht und Testament</li> <li>▪ Verbot der <i>institutio ex certa re; semel heres, semper heres</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Errichtung eines neuen Testaments</li> <li>▪ Zerstörung der Urkunde</li> </ul>
<i>ius novum für Soldaten</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ auch mündlich (Diktat)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Anwendung des Intestaterbrechts neben dem Testament</li> <li>▪ <i>institutio ex certa re</i> erlaubt; Vor- und Nacherbschaft möglich</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ allein durch Willensäußerung</li> <li>▪ auch teilweise möglich</li> </ul>

Aufgrund der erheblichen Unterschiede, die für die Testamentserrichtung durch einen Soldaten und durch eine Zivilperson gelten, stellt sich die Frage, welche Regeln für Personen zu gelten haben, die zwischen ziviler Rechtsstellung und Soldatendasein wechseln. Damit ist der persönliche Geltungsbereich des Privilegs angesprochen.

## 6.4.3 Persönlicher Geltungsbereich des Soldatentestaments

Das Soldatentestament kann nur von einem Soldaten errichtet werden. Maßgeblich ist damit der Zeitpunkt der Einschreibung auf die Soldliste:

*D. 29.1.42 Ulpianus 45 ad edictum*

*Ex eo tempore quis iure militari incipit posse testari, ex quo in numeros relatus est, ante non: Proinde qui nondum in numeris sunt, licet etiam lecti tirones sint et publicis expensis iter faciunt, nondum milites sunt: [...].*

Von dem Zeitpunkt an beginnt jemand, nach Militärrecht ein Testament errichten zu können, von dem an er in die Soldliste eingetragen worden ist, vorher nicht. Daher sind diejenigen, die noch nicht auf der Soldliste stehen, obgleich sie auch als Rekruten ausgewählt worden sind und auf Staatskosten marschieren, noch keine Soldaten: [...].

Das Privileg der formlosen Testamentserrichtung wurde erst dann gewährt, wenn der Erblasser auf der Soldliste eingeschrieben war, also in der kaiserlichen Administration als Soldat geführt wurde. Diese Einschreibung (*in numeros referre*) erfolgte erst nach einer militärischen Grundausbildung. Daher konnte der Rekrut (*tiro*), der zwar schon den militärischen Eid geleistet hatte, aber noch nicht förmlich in die Listen überschrieben war, nicht als Soldat testieren. Erlangte der Rekrut den Soldatensta-

tus, konnte sein als Zivilist errichtetes Testament unter Umständen nach Militärrecht beurteilt werden:

*D. 29.1.20.1 Iulianus 27 digestorum*

*Cum aliquis facto testamento militare coeperit, id quoque testamentum, quod ante quam militare coeperit fecerat, aliquo casu intellegitur militiae tempore factum, veluti si tabulas inciderit et legerit testamentum ac rursus suo signo signaverit, amplius si et aliquid interleverit perduxerit adiecerit emendaverit: Quod si nihil horum inciderit, testamentum eius ad privilegia militum non pertinebit.*

Wenn jemand nach der Testamentserrichtung seinen Militärdienst begonnen hat, wird auch dieses Testament, das er vor Beginn des Militärdienstes errichtet hatte, in manch einem Fall als während der Dienstzeit errichtet behandelt; beispielsweise, wenn er die Testamentstafeln aufgeschnitten hat, das Testament gelesen und es wiederum mit seinem Siegel versiegelt hat; ferner wenn er auch etwas ausgestrichen, durchgestrichen, hinzugefügt oder verbessert hat. Wenn sich nun nichts davon ereignet hat, so wird sein Testament nicht den Privilegien der Soldaten unterfallen.

Für die Anwendung des Soldatenrechts verlangt Julian (unter Kaiser Hadrian, um 130 n. Chr.), dass sich der Erblasser das Testament als Soldat erneut zu eigen gemacht hat, indem er Veränderungen am Schriftstück vorgenommen hat. Dagegen kann das Testament nicht als Soldatentestament beurteilt werden, wenn der Erblasser das als Zivilist errichtete Testament ohne spätere Willensbekundung als Soldat belässt. In diesem Fall wird er von Julian an den Voraussetzungen, die für die Testamentserrichtung als Zivilperson galten, festgehalten. Großzügiger ist diesbezüglich die spätere kaiserliche Rechtssetzung, von der Ulpian berichtet:

*D. 29.1.15.2 Ulpianus 45 ad edictum*

*Testamentum ante militiam factum a milite, si in militia decesserit, iure militari valere, si militis voluntas contraria non sit, divus Pius rescripsit.*

Der vergöttlichte Pius hat den Bescheid erteilt, dass das Testament, das vor dem Heeresdienst vom Soldaten errichtet worden sei, nach Militärrecht wirksam sei, wenn er während des Heeresdienstes verstorben sei, und wenn es keinen entgegenstehenden Willen des Soldaten gebe.

Einem Reskript des Kaisers Antoninus Pius (138–161 n. Chr.) zufolge kann das von einem Zivilisten errichtete Testament schon dann als Soldatentestament wirksam sein, wenn der Erblasser als Soldat kein abweichendes Testament errichtet hat. Anders als

Julian (2. Jahrhundert n. Chr.) verlangt also Antoninus Pius nicht mehr die Aufnahme des Testaments in den Willen des Soldaten, sondern unterstellt einen entsprechenden Willen, der nur durch gegenteiliges Verhalten entkräftet wird. Das Reskript hat zur Folge, dass ursprünglich unwirksam errichtete Testamente von Zivilpersonen nach Militärrecht volle Wirksamkeit entfalten können.

Genau wie der Beginn des Privilegs ist auch sein Ende an die Soldateneigenschaft gebunden. Es endet daher mit dem Ausscheiden aus dem Soldatendienst. Dabei gilt bei ehrenhafter Entlassung eine Übergangsfrist von einem Jahr:

*D. 29.1.26pr. Macer 2 militarium*

*Testamenta eorum, qui ignominiae causa missi sunt, statim desinunt militari iure valere, quod anni spatium testamentis eorum, qui honestam vel causariam missionem meruerunt, tribuitur. [...].*

Die Testamente von denjenigen, die unehrenhaft entlassen worden sind, hören sofort auf, nach Militärrecht gültig zu sein, weil die Frist von einem Jahr [nach dem Ausscheiden aus dem Militärdienst] den Testamenten von denjenigen zugestanden wird, die eine ehrenhafte Entlassung oder eine Entlassung aufgrund einer Krankheit verdient haben. [...].

Nach Macer (Anfang des 3. Jahrhunderts n. Chr.) bleiben Soldatentestamente von ehrenhaft entlassenen Soldaten während eines Jahres nach der Entlassung in Kraft. Somit hat der Entlassene Zeit, das formlos errichtete Testament durch ein nach *ius civile* oder *ius praetorium* formgültiges Testament zu ersetzen. Ist der Soldat dagegen unehrenhaft entlassen worden, wird das als Soldatentestament errichtete Testament schon mit dem Tag der Entlassung ungültig. Will der Entlassene nicht testamentlos sterben, muss er daher ein nach *ius civile* oder *ius praetorium* gültiges Testament errichten.

Als unehrenhaft entlassen gilt zum Beispiel der Soldat, der sich durch Suizid dem Dienst entzieht. Ausnahmsweise ließ Kaiser Hadrian (117–138 n. Chr.) die Überprüfung zu, aus welchen Gründen die Selbsttötung erfolgt sei:

*D. 29.1.34pr. Papinianus 14 quaestionum*

*Eius militis, qui doloris impatientia vel taedio vitae mori maluit, testamentum valere [...].*  
*divus Hadrianus rescripsit.*

Der vergöttlichte Hadrian hat den Bescheid erteilt, dass das Testament desjenigen Soldaten, der wegen der Untragbarkeit des Schmerzes oder wegen Lebensüberdusses zu sterben vorzieht, wirksam sei [...].

In dem von Papinian (3. Jahrhundert n. Chr.) zitierten Reskript erklärte Kaiser Hadrian das Testament eines Soldaten, der sich selbst getötet hatte, für wirksam, weil die Selbsttötung nicht zur Entziehung vom Dienst, sondern aus allgemeinem Lebensunmut (Depression) erfolgt sei. Die Einzelfallentscheidung, mit der sich Hadrian als gütiger Kaiser geriert, ändert nichts daran, dass grundsätzlich nur der ehrenhaft entlassene Soldat vom Privileg profitiert, also formlos testieren kann.

Die zeitlichen Beschränkungen für das Privileg, als Soldat zu testieren, belegen den Willen der römischen Juristen, die bestehenden Regeln gegen die kaiserliche Privilegierung der Soldaten zu verteidigen. Erst recht versuchen sie, ein Übergreifen der formlosen Testamentserrichtung aus dem *ius novum* in das Testamentsrecht des *ius civile* und des *ius praetorium* zu verhindern. Dem Schutz dieser überkommenen Formgebote dient die in den Juristenschriften anzutreffende Qualifikation der Kodizille und des Soldatentestaments als „Sonderrecht“ (*ius singulare*).

#### 6.4.4 *Ius singulare*

Die Bezeichnung *ius singulare* dient der Abgrenzung der beiden kaiserrechtlichen Neuschöpfungen von der bisherigen Testamentsform:

##### *D. 29.7.2.2 Iulianus 37 digestorum*

*Codicillorum ius singulare est, ut quaecumque in his scribentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent. [...].*

Das Recht der Kodizille ist ein Sonderrecht (*ius singulare*), so dass alles, was in diesen geschrieben werden wird, ebenso behandelt wird, als ob es im Testament geschrieben worden wäre. [...].

##### *D. 29.1.2 Gaius 15 ad edictum provinciale*

*De militis testamento ideo separatim proconsul edicit, quod optime novit ex constitutionibus principalibus propria atque singularia iura in testamenta eorum observari.*

Über das Testament eines Soldaten erlässt der Prokonsul deswegen ein getrenntes Edikt, weil er sehr genau weiß, dass infolge der kaiserlichen Konstitutionen ein eigenes und besonderes Recht in Bezug auf ihre Testamente beachtet wird.

Das Kodizill ist als Sonderrecht anzusehen, weil es Ergänzungen des Testaments ohne Einhaltung der Testamentsform zulässt; auch das Soldatentestament bricht mit den traditionellen Vorgaben der Testamentsform, weshalb die *bonorum possessio* aufgrund eines Soldatentestaments nur aufgrund eines besonderen Edikts erteilt werden kann.

Die Zitate zeigen, dass die römischen Juristen die Geltung der im Rahmen der *cognitio extra ordinem* eingeführten Rechtsinstitute nicht in Frage stellen, sondern die Rechtssetzungsmacht des *princeps* anerkennen (Kap. 2.1.2). Diese Anerkennung schließt Kritik an den systemfremden Neuerungen nicht aus:

*D. 1.3.16 Paulus liber singularis de iure singulari*

*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*

Sonderrecht ist, was gegen den Sinn der Vernunft wegen irgendeiner Nützlichkeit aus der Autorität der Rechtssetzenden eingeführt worden ist.

Als *ius singulare* definiert Paulus (3. Jahrhundert n. Chr.) ein der rechtlichen Vernunft widersprechendes Recht, das aus rechtspolitischen Erwägungen eingeführt worden ist und sich daher nicht als Weiterentwicklung des Bestehenden verstehen lässt (Kap. 1.3.2). Aus dieser Definition ergeben sich die juristischen Regeln zum Umgang mit dem *ius singulare*:

*D. 1.3.14 Paulus 54 ad edictum*

*Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.*

Was aber gegen die Vernunft des Rechts akzeptiert worden ist, darf nicht auf nachfolgende [Rechtsfälle] übertragen werden.

*D. 1.3.15 Iulianus 27 digestorum*

*In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris.*

In Bezug auf das, was gegen die Vernunft des Rechts festgelegt worden ist, können wir keiner Rechtsregel folgen.

Da das *ius singulare* gleichsam ‚von außen‘, das heißt ohne innere Rechtfertigung, an das bestehende Recht herantritt, bleibt es ein Fremdkörper. Aus diesem Grund dürfen die Wertungen und Rechtsfolgen des *ius singulare* nicht entsprechend auf das bestehende Recht übertragen werden; auch kann das *ius singulare* nicht Grundlage für die Bildung einer (neuen) Regel sein. Mit beidem wird ausgesagt, dass die kaiserrechtlichen Schöpfungen nicht geeignet sind, die bestehenden Testamentsregeln außer Kraft zu setzen. Eine Harmonisierung der bestehenden Regeln im Sinne des *ius novum* scheidet also aus. Anders als zum Beispiel im Fall der Erbschaftsklage, die nach den Vorgaben des *senatusconsultum Iuventianum* modifiziert und fortgebildet wird (Kap. 5.4.2), ist damit eine Interpretation der bestehenden

Testamentsregeln nach den kaiserrechtlichen Vorgaben für Kodizill und Soldatentestament ausgeschlossen.

## 6.5 Fazit zum Testamentsrecht

1. Die Betrachtung der verschiedenen Rechtsschichten des römischen Testamentsrechts lässt eine Entwicklung von strenger Formgebundenheit hin zur Formfreiheit erkennen: Während das Testament des *ius civile* – sei es als öffentliches Testament, sei es als Manzipationstestament – nur als formgebundener Akt vorstellbar ist, verzichtet bereits das *ius praetorium* auf das Errichtungsritual und ersetzt dieses durch die von sieben Zeugen besiegelte schriftliche Erklärung. Die von Kaiser Augustus (27 v. Chr.–14 n. Chr.) eingeleitete Entwicklung eines *ius novum* zum Testament erlaubt formlose Zusätze, die entweder als Teil des Testamentsinhalts oder als Fideikommiss wirken; die späteren Kaiser lassen für einen beschränkten Personenkreis sogar formlose Testamente zu.

2. Die schrittweise Aufweichung der Form ist für das prätorische Recht aus der prozessualen Situation bei Erteilung der *bonorum possessio secundum tabulas* an den nach *ius civile* berufenen Erben zu erklären: Auch die Manzipation des *ius civile* muss durch Urkunden bewiesen werden; diese Urkunde tritt mit der Zeit an die Stelle des Formrituals, weil dies den Bedürfnissen der Praxis entspricht. Diesem Anschauungswandel wird durch eine Verbesserung des Schutzes der Urkunde Rechnung getragen. Dagegen dient der gänzliche Verzicht auf die Form, wie er durch das *ius novum* vorangetrieben wird, erbrechtsfremden Motiven, die schon die römischen Juristen als systemfremd ablehnen.

3. Der Umgang der Juristen mit den drei unterschiedlichen Rechtsschichten entspricht den abweichenden Zwecksetzungen: Zwischen *ius civile* und *ius praetorium* kann es nur dann zum Konflikt kommen, wenn das *ius praetorium* andere Personen zu Testamentserben beruft als das *ius civile*. Dies ist der Fall, wenn der nach *ius praetorium* gelungene Nachweis der Testamentserrichtung nach *ius civile* scheitert, weil etwa die Nichteinhaltung der Manzipation nachgewiesen werden kann. Auch werden Unwirksamkeitsgründe des Testaments nach *ius civile* strenger sanktioniert, so dass teilweise die zivile Intestaterbfolge mit der prätorischen *bonorum possessio secundum tabulas* konkurriert. Dass der Prätor in diesen Fällen dem Testamentserben den Vorrang einräumt, folgt der auch im *ius civile* anerkannten Maxime, dass die Intestaterbfolge nur dann eingreift, wenn kein (wirksames) Testament vorhanden ist. Mit Blick auf diese

grundlegenden Prinzipien besteht also ein Gleichlauf zwischen beiden Rechtsschichten. Dagegen widerspricht das *ius novum* der formlosen Testamentsergänzung ebenso wie die für Soldaten eingeführte Möglichkeit, ein formloses Testament zu errichten, den Grundsätzen der existierenden Rechtsschichten, ohne dass eine Synthese möglich erscheint. Da seine Geltung aufgrund der kaiserlichen Autorität nicht zu bestreiten ist, wird es von den Juristen als *ius singulare* von den anderen Rechtsschichten abgegrenzt. Nur auf diese Weise können an sich widersprechende Vorgaben zur Testamentserrichtung nebeneinander fortbestehen.



## 7 Der Schutz der Erwerbserwartung und Enterbungsregeln

Der Grundsatz des Familienerbrechts (Kap. 3) und die Gewährung der Testierfreiheit (Kap. 6) stehen in einem Spannungsverhältnis: Während die hierarchische Familienordnung die Hauskinder gleichberechtigt als natürliche Erben vorsieht, steht es dem Testator grundsätzlich frei, einige Kinder gegenüber den übrigen zu bevorzugen oder auch Nichtfamilienangehörige als Erben einzusetzen. Dieses Spannungsverhältnis zwischen Erwerbserwartung der Hauserben und der gestalterischen Freiheit des Erblassers wird im *ius civile* durch Enterbungsvorschriften gelöst: Die nicht berücksichtigten Hauserben können enterbt werden; die Enterbung (*exhereditatio*) muss aber den dafür geltenden Formvorgaben entsprechen. Durch die Erweiterungen des Familienerbrechts auf *emancipati* (Kap. 3.2.2) und Kognaten (Kap. 3.2.2) im *ius praetorium* werden auch dort Enterbungsregeln statuiert, um einen Ausgleich zwischen testamentarischer Gestaltungsfreiheit und prätorisch geschützter Erwerbserwartung herzustellen. Einen anderen Weg, den Schutz des Familienerbrechts zu gewährleisten, wählt das Kaiserrecht: Ausgehend von republikanischen Vorläufern etabliert sich in der Kaiserzeit eine Beschwerde wegen pflichtwidrigen Testaments (*querela inofficiosi testamenti*; davon Querel), mit der Abkömmlinge und Eltern rügen können, im Testament nicht ausreichend bedacht worden zu sein.

Im Folgenden sind zunächst die Enterbungsregeln des *ius civile* und ihre Fortentwicklung durch das *ius praetorium* zu betrachten, bevor der kaiserzeitliche Ausbau der Querel und dessen Folgen für die bestehenden Rechtsschichten zu skizzieren sind.

### 7.1 Enterbungsregeln des *ius civile*

Die Enterbungsregeln des *ius civile* entstammen – genau wie andere Testamentsregeln (Kap. 6.1.1) – der Beratungspraxis der republikanischen Juristen. Die Vorgabe, dass bestimmte Familienangehörige zu enterben sind, bevor andere als Erben eingesetzt werden können, ist zunächst eine Vernunftregel: Der Testator soll sich selbst Klarheit über die Rechtsfolgen seines letzten Willens verschaffen. Dabei unterscheidet das *ius civile* danach, ob die letztwillige Regelung einen Haussohn oder sonstige Haus-

kinder betrifft. Da der Haussohn die väterliche Familie fortsetzt (Kap. 3.1.1), ist die Schmälerung seiner Erwerbserwartung an besonders strenge Vorgaben geknüpft. Sie werden in dem Satz zusammengefasst, dass der Testator seinen Haussohn nicht übergehen (*praeterire*) darf:

*Gai. 2,123*

*Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: [...].*

Ebenso muss jemand, der einen Sohn in seiner Hausgewalt hat, dafür sorgen, dass er ihn entweder zum Erben einsetzt oder ausdrücklich enterbt; andernfalls wird er sein Testament unwirksam errichten, wenn er ihn mit Schweigen übergangen hat: [...].

Der testierende Hausvater muss also seine Haussöhne entweder als Erben einsetzen oder ausdrücklich enterben. Für jeden neugeborenen Haussohn ist das Testament damit anzupassen; das Hinzutreten eines Haussohnes verlangt also die Abänderung der Testamentsurkunde oder die Neuvernahme des Manzipationsrituals. Ein *praeterire* liegt nicht nur vor, wenn der Sohn im väterlichen Testament gar nicht erwähnt wird, sondern auch dann, wenn die Einsetzung oder die Enterbung nicht formgerecht vorgenommen wurde.

### 7.1.1 Enterbung des Haussohnes

Die Enterbung (*exhereditio*) des Haussohnes kann nur ausdrücklich (*nominatim*) erfolgen:

*Gai. 2,127*

*[...] Nominatim autem exheredari videtur, sive ita exheredetur: „Titius filius meus exheres esto,“ sive ita: „Filius meus exheres esto,“ non adiecto proprio nomine.*

[...] Er wird aber – wie man annimmt – ausdrücklich enterbt, wenn er entweder folgendermaßen enterbt wird: „Mein Sohn Titius soll nicht Erbe sein“; oder folgendermaßen: „Mein Sohn soll nicht Erbe sein“, ohne dass sein Eigennamen hinzugefügt wurde.

Eine ausdrückliche Enterbung liegt vor, wenn der Sohn unter Hinweis auf die Sohnes-eigenschaft enterbt wird. Ist der Sohn nicht ausdrücklich enterbt worden, ist die Enterbung unwirksam, und der Sohn gilt als übergangen, so dass das Testament insgesamt und dauerhaft ungültig ist.

War der übergangene Sohn nach der Testamentserrichtung verstorben, wurde erörtert, ob das Testament ausnahmsweise nachträglich Wirksamkeit entfalten könnte:

*Gai. 2,123*

*[...] adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiam si vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio; sed diversae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.*

[...] was nämlich so weit geht, dass unsere Lehrer meinen, dass sogar, wenn der Sohn zu Lebzeiten des Vaters gestorben ist, niemand aus diesem Testament Erbe sein kann, weil die Erbeinsetzung natürlich sogleich von Beginn an keinen Bestand hatte. Aber die Vertreter der anderen Schule gestehen zu, dass der Sohn dann, wenn er ja zum Zeitpunkt des Todes des Vaters noch lebt, jedenfalls den testamentarisch eingesetzten Erben im Wege steht und dass jener Erbe wird, ohne dass ein Testament vorliegt. Wenn er aber vor dem Tode des Vaters gestorben ist, glauben sie, dass die Erbschaft aufgrund des Testaments angetreten werden kann, ohne dass der Sohn nun im Wege steht, weil sie natürlich meinen, dass ein Testament unter Übergehung des Sohnes nicht sogleich von Beginn an unwirksam errichtet worden sei.

Die Frage war zwischen den beiden juristischen Schulrichtungen des 1. Jahrhunderts n. Chr., die nach ihren Stammvätern als Sabinianer (Sabinus) und Proculianer (Proculus) bezeichnet werden, streitig: Während sich die Sabinianer auf den Standpunkt stellten, die anfängliche Unwirksamkeit des Testaments wegen Übergehens des Sohnes dauere an, selbst wenn der Sohn vor dem Vater verstorben sei, hielten die Proculianer die ursprüngliche Unwirksamkeit des Testaments durch den Tod des Sohnes für geheilt. Obwohl die Meinung der Proculianer durchaus einen sachgerechten Ausgleich zwischen dem Schutz des Sohnes vor Enterbung und dem Schutz des Testatorwillens erlaubt hätte, konnte sie sich im Laufe der Kaiserzeit nicht durchsetzen. Es blieb also bei der strengen, dem allgemeinen Testamentsrecht entsprechenden (Kap. 6.2) sabinianischen Ansicht, dass ein unwirksam errichtetes Testament unwirksam bleibt, auch wenn der Unwirksamkeitsgrund nachträglich entfallen ist. Erst nach *ius praetorium* bestand die Möglichkeit, von der strengen Unwirksamkeitsregel Abstand zu nehmen (Kap. 6.3.1).

Eine gewisse Flexibilität bestand auch nach *ius civile*, wenn der Erblasser Ersatz-erben eingesetzt hatte (Kap. 6.1.5), also Erben verschiedener Stufen vorhanden waren:

#### D. 28.2.3.6 Ulpianus 1 ad Sabinum

*Si ita testatus sit pater familias, ut a primo quidem gradu filium praeteriret, a secundo solo exheredaret, Sabinus et Cassius et Iulianus putant perempto primo gradu testamentum ab eo gradu exordium capere, unde filius exheredatus est: Quae sententia comprobata est.*

Wenn der Hausvater so testiert hat, dass er seinen Sohn zwar auf der ersten Stufe [der Erbeinsetzung] übergangen hat und ihn einzig auf der zweiten Stufe enterbt hat, meinen Sabinus und Cassius sowie Julian, dass das Testament nach der Hinfälligkeit der ersten Stufe erst ab der Stufe wirksam bestehe, auf welcher der Sohn enterbt worden sei. Diese Meinung ist allgemein anerkannt.

Hatte ein Hausvater einen ersten Testamentserben eingesetzt, ohne den Haussohn formgültig zu enterben und gleichzeitig einen Ersatzerben bestimmt, gegenüber dem die Enterbung des Haussohnes formgültig angeordnet war, war sein Testament teilweise wirksam: Während die Einsetzung des Ersterben aufgrund der fehlerhaften (oder fehlenden) Enterbung des Sohnes keine Wirkung entfalten konnte, blieb die zweite Erbeinsetzung aufgrund der insoweit formgültigen Enterbung des Sohnes bestehen. Somit war der Ersatzerbe Testamentserbe geworden. Die weithin übliche Ersatzerbenbestimmung, das heißt die Erbeinsetzung auf der zweiten Stufe, wirkte in diesen Fällen gleichsam als Absicherung gegen die fehlerhafte oder fehlende Enterbung des Haussohnes auf der ersten Stufe.

Die Bestellung von Ersatzerben war – wie gesehen – der Hauptanwendungsfall der Erbeinsetzung unter (aufschiebender) Bedingung (Kap. 6.1.5). Da die bedingte Erbeinsetzung den Erwerb der Erbenstellung von Umständen abhängig macht, die nicht notwendigerweise vom Erblasser beeinflusst oder vorhergesehen werden können, wohnt ihr ein Moment der Unsicherheit inne. Mit Blick auf Haussohne soll eine derartige Unsicherheit – sie gilt als *praeterire* – vermieden werden. Aus diesem Grund ist die bedingte Erbeinsetzung des Haussohnes nur in engen Grenzen zulässig.

### 7.1.2 Bedingte Erbeinsetzung des Haussohnes

Kautelarjuristisch gesehen kann ein Übergehen (*praeterire*) durch eine bedingte Einsetzung des Haussohnes am einfachsten dadurch vermieden werden, dass der Erblasser die bedingte Einsetzung mit einer bedingten Enterbung kombiniert:

*D. 28.7.11 Iulianus 29 digestorum*

*Si quis testamento hoc modo scripserit: „Filius meus si Titium adoptaverit, heres esto: Si non adoptaverit, exheres esto.“ [...].*

Wenn jemand in seinem Testament auf diese Weise geschrieben hat: „Wenn mein Sohn den Titius adoptiert hat, soll er Erbe sein; wenn er ihn nicht adoptiert hat, soll er enterbt sein.“ [...].

In Julians (2. Jahrhundert n. Chr.) Beispiel hat der Testator seinen Sohn zum Erben eingesetzt, falls dieser den Titius als Kind annehme. Im gleichen Testament hat er ihn unter der umgekehrten Bedingung enterbt, also, wenn er den Titius nicht adoptiere. Durch die Kombination der beiden gegensätzlichen Bedingungen ist die erbrechtliche Stellung des Sohnes in jedem Fall klar geregelt: Adoptiert er den Titius, wird der Sohn Erbe; adoptiert er ihn nicht, ist der Sohn (wirksam) enterbt worden. Die für das Testament des Vaters gefährliche Situation des *praeterire* ist ausgeschlossen.

Die verbotene Unsicherheit über die erbrechtliche Situation des Haussohnes kann weiter dadurch vermieden werden, dass der Erblasser den Sohn unter einer Potestativbedingung einsetzt:

*D. 28.5.4pr. Ulpianus 4 ad Sabinum*

*Suus quoque heres sub condicione heres potest institui: Sed excipiendus est filius, quia non sub omni condicione institui potest. Et quidem sub ea condicione, quae est in potestate ipsius, potest: De hoc enim inter omnes constat. [...].*

Ein Hauserbe kann auch unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt werden. Aber davon auszunehmen ist der Sohn, weil er nicht unter jeder [Art von] Bedingung eingesetzt werden kann. Und zwar kann er unter derjenigen Bedingung, die in seiner Macht steht, [eingesetzt] werden. Denn diesbezüglich besteht zwischen allen [Juristen] Einigkeit. [...].

Während andere Hauskinder unter jeglicher Bedingung eingesetzt werden können, ist die Einsetzung des Sohnes nur unter einer Potestativbedingung zulässig. Darunter sind Bedingungen zu verstehen, deren Erfüllung in der Macht des Sohnes steht. Die das *praeterire* begründende Unsicherheit wird hier durch den Willen des Haussohnes selbst verhindert: Es liegt an ihm, die Bedingung zu erfüllen oder auf ihre Erfüllung zu verzichten; ein Übergehen durch den Hausvater ist darin nicht zu erblicken.

Diese Konstruktion hält freilich nur dann, wenn die Erfüllung der Bedingung tatsächlich im freien Ermessen des Sohnes steht. Dafür ist auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen:

*D. 28.5.4.1 Ulpianus 4 ad Sabinum*

*Puto recte generaliter definiri: Utrum in potestate fuerit condicio an non fuerit, facti potestas est: Potest enim et haec „si Alexandriam pervenerit“ non esse in arbitrio per hiemis condicionem: Potest et esse, si ei, qui a primo miliario Alexandriae agit, fuit imposita: Potest et haec „si decem Titio dederit“ esse in difficili, si Titius peregrinetur longinquo itinere: Propter quae ad generalem definitionem recurrendum est.*

Ich meine, dass mit Recht allgemein so der Begriff [der Potestativbedingung] definiert wird: Ob die Erfüllung der Bedingung in der Macht [des Sohnes] gestanden hat oder nicht, ergibt sich aus der Macht des Faktischen. Denn auch die Erfüllung dieser Bedingung „wenn er nach Alexandria gelangt ist“ kann wegen winterlicher Bedingung nicht im freien Ermessen liegen; und sie kann doch möglich sein, wenn sie jemandem auferlegt worden ist, der sich eine Meile von Alexandria entfernt aufhält. Auch die Erfüllung dieser Bedingung „wenn er zehn an Titius bezahlt hat“ kann schwierig sein, wenn Titius eine weit entfernte Reise unternimmt. Deswegen muss man auf die allgemeine Begriffsbestimmung zurückgreifen.

Der potestative Charakter der Bedingung ist aufgrund der individuellen Situation des Sohnes zu ermitteln, stellt also eine Tatfrage dar. Es ist mithin im Einzelfall festzustellen, ob die Bedingung tatsächlich erfüllbar ist. Erweist sich die Bedingung als nicht erfüllbar, ist das Testament unwirksam:

*D. 35.1.83 Paulus 12 responsorum*

*Lucius Titius ita testamentum fecit: „Aurelius Claudius natus ex illa muliere, si filium meum se esse iudici probaverit, heres mihi esto“. Paulus respondit filium de quo quaereretur non sub ea condicione institutum videri, quae in potestate eius est, et ideo testamentum nullius esse momenti.*

Lucius Titius hat sein Testament derart errichtet: „Aurelius Claudius, der von jener Frau geboren worden ist, soll mein Erbe sein, wenn er vor einem Richter bewiesen hat, dass er mein Sohn ist“. Paulus hat geantwortet, dass der Sohn, um den es gehe, nicht unter einer solchen Bedingung, die in seiner Macht stehe, als eingesetzt anzusehen sei, und dass das Testament daher keine Gültigkeit habe.

Der Testator hat einen Aurelius Claudius unter der Bedingung eingesetzt, dass er nachweist, der Sohn des Testators zu sein. Man könnte diese Bedingung als Potestativbedingung ansehen, weil es im Belieben des Sohnes steht, den Nachweis vor dem Richter zu erbringen oder auf einen Gang zum Gericht zu verzichten. Das Gutachten des Paulus (3. Jahrhundert n. Chr.) zeigt, dass der Jurist stattdessen auf

die Erfüllbarkeit der Bedingung – das heißt das tatsächliche Vorliegen der Sohnes-eigenschaft – abstellt, die nicht im Belieben des Eingesetzten steht. Im konkreten Fall führt die Nichtigkeitsfolge zu einer paradoxen Entscheidung: Sobald Aurelius Claudius nachgewiesen hat, der Sohn des Testators zu sein, ist die Bedingung erfüllt; gleichzeitig erweist sie sich als unzulässig und das Testament als hinfällig, weil die Eigenschaft als Haussohn bewiesen und damit nur eine Erbeinsetzung unter Potestativbedingung zulässig wäre.

Die Nichtigkeitsfolge bei der Einsetzung eines Sohnes unter einer Nicht-Potestativbedingung ist bemerkenswert, weil unmögliche Bedingungen der Erbeinsetzung in der Regel einfach gestrichen werden und die Wirksamkeit des Testaments nicht beeinträchtigen:

#### D. 28.7.1 Ulpianus 5 ad Sabinum

*Sub impossibili condicione vel alio mendo factam institutionem placet non vitari.*

Es ist anerkannt, dass eine Erbeinsetzung, die unter einer unmöglichen Bedingung oder einem anderen Fehler vorgenommen worden ist, nicht unwirksam gemacht wird.

Bei anderen Personen als dem Haussohn führt die Einsetzung unter einer unmöglichen, das heißt einer für den Eingesetzten nicht erfüllbaren Bedingung zur unbedingten Wirksamkeit der Erbeinsetzung. Dagegen hält man die Erwerbserwartung des Haussohnes für so wichtig, dass die unzulässige Bedingung nicht einfach gestrichen werden kann, sondern das gesamte Testament in Frage stellt.

Die vom *ius civile* formulierten Vorgaben, um ein Übergehen des Haussohnes im Testament des Vaters zu verhindern, sind in Übersicht 28 zusammengestellt:

#### Übersicht 28: Das Verbot des Übergehens des Haussohnes nach *ius civile*

Haus söhne sind entweder ausdrücklich zu enterben oder einzusetzen.		
Testament muss bei Geburt eines Sohnes angepasst / neu errichtet werden	ordnungsgemä ße, d. h. ausdrückliche Enterbung	ordnungsgemä ße Einsetzung; bedingte Einsetzung nur unter Potestativbedingung
Testator unterlässt Anpassung	Testator enterbt nicht oder nicht ausdrücklich	Testator setzt den Sohn unter einer unzulässigen Bedingung ein
Es liegt ein Übergehen ( <i>praeterire</i> ) des Sohnes vor; <b>das Testament ist unwirksam.</b>		

Auch die anderen Hauskinder haben als vorrangig berechnigte Intestaterben eine durch das *ius civile* geschützte Erwerbserwartung. Daher müssen sie ebenfalls enterbt wer-

den, wenn der Testator Nachteile für die im Testament getroffene Erbfolgeordnung vermeiden will.

### 7.1.3 Enterbung übriger Hauskinder

Für die übrigen Hauskinder, zum Beispiel für die Haustöchter und Enkel, gilt eine gegenüber dem Haussohn abgeschwächte Enterbungsregel:

#### *Gai. 2,128*

*Ceterae vero liberorum personae vel feminini sexus vel masculini satis inter ceteros exheredantur, id est his verbis: „Ceteri omnes exheredes sunt“, quae verba statim post institutionem heredum adici solent. Sed hoc ita est iure civili [...].*

In allen anderen Fällen von Hauskindern, sowohl weiblichen als auch männlichen Geschlechts, werden sie in ausreichender Weise „unter den übrigen“ enterbt, das heißt mit folgenden Worten: „Alle übrigen sollen nicht Erben sein.“ Diese Worte werden gewöhnlich unmittelbar nach der Erbeinsetzung hinzugefügt. Aber so gilt es nach *ius civile* [...].

Hauskinder, die keine Haussöhne sind, können durch den Satz „Alle übrigen sollen enterbt sein“ formwirksam enterbt werden. Es genügt also eine pauschale Enterbung, um ihre Erwerbserwartung auszuschließen. Auch ist die Rechtsfolge einer fehlenden (oder unwirksamen) Enterbung dieser Personengruppe weniger einschneidend für das Testament des Hausvaters:

#### *Gai. 2,124*

*Ceteras vero liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum: Sed praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem ad crescent, si sui heredes sint, in virilem, si extranei, in dimidiam. [...].*

Wenn der Erblasser aber in den übrigen Fällen seine Hauskinder übergangen hat, ist das Testament gültig. Aber diese übergangenen Personen wachsen den im Testament eingesetzten Erben zu einem Anteil an, und zwar zu einem Kopfteil, wenn sie [die testamentarischen Erben] Hauserben sind, und zur Hälfte, wenn sie hausfremde Erben sind. [...].

Sind Hauskinder, die keine Haussöhne sind, im Testament nicht enterbt worden, bleibt das Testament gültig. Gleichzeitig gilt ihr Intestaterbrecht als nicht aufgehoben, so dass sie ungeachtet des Testaments am Erbe partizipieren. Dabei erfolgt die

Aufteilung zwischen dem Testamentserben und den partizipierenden Hauserben nach einer hypothetischen Betrachtung des Intestaterbrechts: Ist der Testamentserbe selbst Hauserbe, wird das Erbe nach Kopfteilen aufgeteilt; handelt es sich um einen hausfremden Erben, dem kein gesetzliches Erbrecht zusteht, erhalten die überangegangenen Hauskinder insgesamt die Hälfte des Nachlasses. Während also das *ius civile* vom Hausvater verlangt, das Testament anzupassen, sobald ein Haussohn geboren ist, muss bei Hinzutreten anderer Hauskinder das Testament nicht unbedingt geändert werden. Es genügt, dass der Erblasser schon bei Errichtung des Testaments ihre Enterbung pauschal angeordnet hat.

Angesichts der unterschiedlichen Kriterien für die Enterbung von Haussöhnen und Haustöchtern erklärt sich, dass eine Sonderregelung für den Fall getroffen werden musste, dass der Hausvater das Geschlecht des Kindes nicht kannte. Dieses Problem stellt sich vor allem bei Hauskindern, die erst nach dem Tod des Hausvaters zur Welt kommen, den nachgeborenen Hauskindern (*postumi*).

#### 7.1.4 Nachgeborene Hauskinder (*postumi*)

Da diese *postumi* in der Gewalt des Hausvaters stehen würden, wenn er bei ihrer Geburt noch lebte, gelten sie als Hauserben:

*Gai. 2,130*

*Postumi quoque liberi nominatim vel heredes institui debent vel exheredari.*

Auch nachgeborene Kinder (*postumi*) müssen ausdrücklich entweder zu Erben eingesetzt oder enterbt werden.

Aus diesem Grund dürfen die *postumi* nicht überangegangen werden, sondern sind zu enterben. Dabei genügt die pauschale Enterbungsklausel nicht; vielmehr muss der Hausvater die hinzutretenden Kinder „als Nachgeborene“ enterben, wenn er nicht die Unwirksamkeit seines Testaments riskieren will:

*Gai. 2,131*

*Et in eo par omnium condicio est, quod et in filio postumo et in quolibet ex ceteris liberis sive feminini sexus sive masculini praeterito valet quidem testamentum, sed postea adgnatione postumi sive postumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. [...].*

Und hierin gilt für alle die gleiche Rechtslage, dass sowohl bei der Übergehung eines nachgeborenen Sohnes als auch eines beliebigen übrigen Hauskindes, sowohl weiblichen als auch männlichen Geschlechts, das Testament zwar Gültigkeit

hat, aber später durch Hinzugeburt eines männlichen oder weiblichen Nachgeborenen umgestoßen und aus diesem Grund als Ganzes entkräftet wird. [...].

Das Testament, das den *postumus* oder die *postumi* nicht berücksichtigt, ist unwirksam, wenn nach dem Tod des Vaters ein von ihm gezeugtes Hauskind (*postumus*) zur Welt kommt. Diese Rechtsfolge ist unabhängig vom Geschlecht des Kindes, gilt also auch bei der Geburt einer nachgeborenen Tochter. Diese gegenüber einer lebenden Haus-tochter verschärfte Enterbungsregel trägt den Unsicherheiten über Geschlecht und Lebensfähigkeit des nachgeborenen Kindes Rechnung: Da der Erblasser nicht wissen kann, ob ihm ein Sohn oder eine Tochter geboren werden wird, wird von ihm eine maximale Vorsorge verlangt, das heißt die ausdrückliche, sonst nur für den Haussohn geltende Enterbung. Gleichzeitig wird die für den Haussohn geltende Unwirksamkeitssanktion modifiziert, indem das Testament nur dann unwirksam ist, wenn das nachgeborene Hauskind tatsächlich lebensfähig zur Welt kommt.

Allerdings wurden nicht nur nach dem Tod des Hausvaters Geborene, sondern auch zu dessen Lebzeiten ‚nachrückende‘ Kinder als *postumi* behandelt. Dies gilt zunächst für die Enkel, die nach dem Tod des Haussohnes geboren werden und damit in die Stellung von Hauserben eintreten (*postumi* im weiteren Sinne):

*D. 28.2.29pr. Scaevola 6 quaestionum*

*Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: „Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunt.“*

Gallus hat eingeführt, dass nachgeborene Enkelkinder folgendermaßen zu Erben eingesetzt werden können: „Wenn mein Sohn zu meinen Lebzeiten sterben wird, und wenn mir dann jemand von ihm als Enkel oder jemand als Enkelin nach meinem Tod in den nächsten zehn Monaten, seitdem mein Sohn starb, geboren werden wird, dann sollen sie Erben sein.“

Die republikanische Kautelarpraxis, als deren Repräsentanten Scaevola (2. Jahrhundert n. Chr.) den Juristen Aquilius Gallus (116 v. Chr.–44 v. Chr.) zitiert, empfahl dem Testator, im Testament für das Nachrücken eines oder mehrerer *postumi* vorzusorgen. Dabei stand der Fall im Vordergrund, dass ein Enkel nach dem Tod des Testators geboren und wegen Vorversterbens des Sohnes in dessen Intestaterbrecht aufgerückt war (Kap. 3.1.2). Die unglückliche Verquickung des Todes des Sohnes und der nachträglichen Geburt eines Enkels hätte hier zur Nichtigkeit des großväterlichen Testaments geführt. Um dies zu vermeiden, wurde dem Testator erlaubt, den

oder die nachgeborenen Enkel unter der Bedingung des Vorversterbens des Sohnes zum Erben einzusetzen.

Ein Nachrücken der Enkel in die Position des Haussohnes ist aber nicht nur bei posthumer Geburt des Enkels zu beobachten, sondern auch dann, wenn der Sohn unter Zurücklassung von (bereits lebenden) Enkeln aus anderen Gründen aus der Hausgewalt ausscheidet:

*Gai. 2,133*

*Postumorum autem loco sunt et hi, qui in sui heredis locum succedendo quasi adgnascendo fiunt parentibus sui heredes: Ut ecce si filium et ex eo nepotem neptemve in potestate habeam, quia filius gradu praecedit, is solus iura sui heredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint; sed si filius meus me vivo moriatur aut qualibet ratione exeat de potestate mea, incipit nepos neptisve in eius locum succedere, et eo modo iura suorum heredum quasi adgnatione nanciscuntur.*

Auch diejenigen stehen aber im Rang von Nachgeborenen, die durch das Nachrücken an die Stelle eines Hauserben sozusagen durch Hinzugeburt gegenüber ihren Hausvätern Hauserben werden. Wie wenn ich zum Beispiel einen Sohn und einen Enkel oder eine Enkelin, die von ihm abstammen, in meiner Hausgewalt habe, so hat der Sohn allein die Rechte eines Hauserben, weil er im Grade vorgeht, obwohl auch der Enkel und die Enkelin, die von ihm abstammen, in derselben Hausgewalt sind. Aber wenn mein Sohn zu meiner Lebzeit stirbt oder aus irgendeinem anderen Grund aus meiner Hausgewalt ausscheidet, so rücken in diesem Zeitpunkt der Enkel oder die Enkelin an seine Stelle nach und erlangen auf diese Weise die Rechte von Hauserben sozusagen durch Hinzugeburt.

Rücken Enkel durch den Tod oder das Ausscheiden des Sohnes aus der Hausgewalt (*emancipatio*) in die Position von Hauserben nach, sind sie nur in dem Sinne als ‚Nachgeborene‘ (*postumi*) zu bezeichnen, dass sie nach Errichtung des Testaments hinzugetreten sind (*postumi* im uneigentlichen Sinne). Auch ihr Übergehen (*praeterire*) führt aber aufgrund ihrer neu eingenommenen Position als Hauserben zur Nichtigkeit des Testaments. Daher muss der Hausvater ein neues Testament errichten oder das bestehende anpassen, wenn er die Unwirksamkeit seiner Verfügung durch das Nachrücken der Enkel vermeiden will. Da Haussöhne nicht nur durch Tod, sondern auch durch *emancipatio* (Kap. 3.1.2) aus der Hausgewalt ausscheiden, so dass die Enkel ihres Stammes nachrücken, kann es vorkommen, dass der Testator sein Testament ständig anpassen muss, wenn er nicht ein *praeterire* dieser *postumi* und damit das Hinfallen seiner letztwilligen Verfügung in Kauf nehmen will.

Zur Überwindung dieser Schwierigkeiten erlaubt eine *lex Iunia Vellaea* von 26 oder 28 n. Chr. dem Testator, die *postumi* als bedingte Erben einzusetzen:<sup>24</sup>

*D. 28.2.29.12 Scaevola 6 quaestionum*

*Et videtur primum caput eos spectare, qui, cum nascerentur, sui heredes futuri essent [...] etsi ita verba sunt: „Qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit“ et cetera.*

Und das erste Kapitel [der *lex Iunia Vellaea*] scheint sich auf diejenigen zu beziehen, die, wenn sie geboren werden, zukünftige Hauserben sind [...], auch wenn die Worte folgendermaßen lauten: „Wer ein Testament errichten wird, der [soll befugt sein], jede Person männlichen Geschlechts [zum Erben einzusetzen], die ihm zukünftiger Hauserbe sein wird“ und so weiter.

Das erste Kapitel der *lex Vellaea* gibt dem Hausvater die Möglichkeit, vorbeugend den Enkel zum Erben einzusetzen. Diese präventive Erbeinsetzung soll nicht nur für den Fall gelten, in dem der Enkel nach dem Tod des Großvaters und Vaters geboren ist, sondern erfasst auch den Enkel, der nach Testamentserrichtung, aber zu Lebzeiten des Testators geboren wurde. Auf diese Weise wird der Testator der Verpflichtung entoben, bei jedem Nachrücken eines Enkels sein Testament anzupassen oder neu errichten zu müssen. Dabei erlaubt die *lex Vellaea* dem Erblasser auch, einen zukünftigen Haussohn unter einer Bedingung einzusetzen, die keine Potestativbedingung ist. Wie gesehen, wäre diese Einsetzung nach den allgemeinen Regeln wegen des Übergehens des Haussohnes (*praeterire*) als unwirksam anzusehen (Kap. 7.1.2). Die Nichtigkeitsfolge des *praeterire* bei bedingter Einsetzung des Haussohnes wird durch die *lex Vellaea* auch für weiter entfernte Verwandtschaftsgrade aufgehoben:

*D. 28.2.29.13 Scaevola 6 quaestionum*

*Etiam si vovente parente vivo nacantur, sequenti parte succedentes in locum liberorum non vult rumpere testamentum: Et ita interpretandum est, ut, si et filium et nepotem et pronepotem habeas, mortuis utrisque pronepos institutus succedens in sui heredis locum non rumpat. [...] nec solum, si nepos vivo patre decedat, nec succedens pronepos avo mortuo rumpat, sed et si supervixit patri ac decedat, dummodo heres institutus sit aut exheredatus.*

<sup>24</sup> Zur Rekonstruktion s. *Peter Stein, Lex Iunia Vellaea*, in: *Michael H. Crawford* (Hrsg.), *Roman Statutes II*, London 1996, 811.

Im folgenden Abschnitt will [die *lex Iunia Vellea*] verhindern, dass diejenigen [Abkömmlinge], die an die Stelle der Kinder nachfolgen, das Testament umstoßen, auch wenn sie zu Lebzeiten des Vaters nach seinem Wunsch auf die Welt kommen. Und das ist folgendermaßen zu deuten: Wenn du [bei Testamentserrichtung] sowohl einen Sohn als auch einen Enkel und einen Urenkel hast, stößt der Urenkel, der nach dem Tod der beiden erstgenannten zum Erben eingesetzt worden ist und an die Stelle des Hauserben nachfolgt, das Testament nicht um. [...]. Und [dies gilt] nicht nur dann, wenn der Enkel zu Lebzeiten seines Vaters stirbt – und der Urenkel nach dem Tod des Großvaters durch sein Nachfolgen das Testament nicht umstößt –, sondern auch, wenn der Enkel seinen Vater überlebt hat und dann stirbt, sofern er nur zum Erben eingesetzt oder enterbt worden ist.

Das zweite Kapitel der *lex Vellea* erlaubt dem Urgroßvater, entferntere Abkömmlinge wie etwa Urenkel, die durch den Tod des Enkels und des Sohnes zum Hauserben aufsteigen, bereits vorsorglich im Testament zu bedenken, um die Unwirksamkeit durch *praeterire* der *postumi* zu vermeiden. Auch hier wird dem Erblasser also ausnahmsweise die Befugnis eingeräumt, einen Hauserben unter einer Bedingung einzusetzen, die keine Potestativbedingung ist. Zudem wird dem Testator die Möglichkeit eröffnet, den *postumus* auch präventiv zu enterben:

*D. 28.3.13 Gai. 2 institutionum*

[...] *Ne ergo eo modo rumpat mihi testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere vel exheredare nominatim debeo, ne non iure faciam testamentum, ita et nepotem neptemve ex eo necesse est mihi vel heredem instituere vel exheredare, ne forte me vivo filio mortuo succedendo in locum eius nepos neptisve quasi adgnatione rumpat testamentum: Idque lege Iunia Vellea provisum est.*

[...] Damit er daher mein Testament nicht auf diese Weise umstößt, ist es notwendig, dass ich genauso, wie ich den Sohn selbst entweder als Erben einsetzen oder ausdrücklich enterben muss, damit ich nicht ein unrechtmäßiges Testament errichte, auch den von diesem Sohn abstammenden Enkel oder die Enkelin entweder als Erben einsetze oder enterbe. Und das deshalb, damit der Enkel oder die Enkelin nicht zufällig zu meinen Lebzeiten nach dem Tod des Sohnes durch das Nachfolgen an seine Stelle gewissermaßen wie durch nachträgliche Geburt das Testament umstoßen. Und dafür ist in der *lex Iunia Vellea* vorgesehen worden.

Der Erblasser muss sowohl die Haussöhne als auch die von ihnen abstammenden Enkel oder Enkelinnen einsetzen oder enterben, um ein *praeterire* im Sohnesstamm und

damit die Nichtigkeit des Testaments zu vermeiden. Da als *postumi* nicht nur diejenigen gelten, die nach dem Tod des Hausvaters geboren werden, sondern all diejenigen, die nach der Testamentserrichtung in die Stellung von Hauserben nachrücken, muss der Testator auch für diese zukünftigen Hauserben Vorsorge treffen. Durch die Anordnung der *lex Vellaea* kann er sie schon im ursprünglichen Testament unter der Bedingung, dass vorrangig Berechtigte verstorben sind, zu Erben einsetzen oder enterben.

In Übersicht 29 sind die Regeln für Einsetzung und Enterbung verschiedener Arten nachgeborener Kinder zusammengefasst:

### Übersicht 29: Enterbungsregeln für nachgeborene Kinder (*postumi*)

Nachgeborene Kinder ( <i>postumi</i> ) sind einzusetzen oder zu enterben.		
<b><i>postumi</i></b> <b>Im eigentlichen Sinne</b> (eheliche Kinder, die nach dem Tod des Testators zur Welt kommen):	<b><i>postumi</i></b> <b>Im weiteren Sinne</b> (Kinder der vorverstorbenen Kinder, die nach dem Tod des Hausvaters geboren werden):	<b><i>postumi</i></b> <b>Im uneigentlichen Sinne</b> (Abkömmlinge, die durch das Ausscheiden ihres Vaters aus der Hausgewalt die Stellung als Hauserben erhalten): 
Testator muss sie namentlich enterben oder einsetzen.	Testator kann sie im ursprünglichen Testament einsetzen oder namentlich enterben.	Testator kann Abkömmlinge für den Fall einsetzen oder enterben, dass sie Hauserben werden.

Die äußerst kleinliche Regelung der Enterbung von Abkömmlingen verschiedener Stufen belegt die Wirksamkeit der Familienstruktur im Erbrecht des *ius civile*: Solange die Abkömmlinge (Hauskinder, Enkel und Urenkel etc.) vermögensunfähig sind, ist die erbrechtliche Partizipation von Hausfreunden an dem vom Hausvater repräsentierten Familienvermögen nur unter engen formalen Voraussetzungen zulässig.

## 7.2 Die Modifikationen des *ius praetorium*

Das *ius praetorium* setzt einerseits die Enterbungsregeln des *ius civile* um, andererseits schafft der Prätor neue Regeln zum Schutz der prätorischen Intestaterben vor Enterbung.

Den Regeln des *ius civile* entsprechend, wird dem Testamentserben die *bonorum possessio secundum tabulas* erteilt (Kap. 6.3), wenn das Testament wirksam ist. Ist das Testament wegen *praeterire* eines Haussohnes oder *postumus* unwirksam, können die übergangenen Personen dagegen die *bonorum possessio ab intestato* verlangen (Kap. 3.2).

Eine erste wichtige Modifikation der Regeln des *ius civile* durch das *ius praetorium* betrifft die bedingte Erbeinsetzung des Haussohnes:

*D. 37.11.2.1 Ulpianus 41 ad edictum*

*Si sub condicione heres institutus filius sit, Iulianus peraeque putavit secundum tabulas competere ei quasi scripto bonorum possessionem, qualisqualis condicio sit, etiam si haec „si navis ex Asia venerit“: Et quamvis defecerit condicio, praetor tamen filium, qui admiserit secundum tabulas, tueri debebit [...].*

Wenn der Sohn unter einer Bedingung als Erbe eingesetzt worden ist, meinte Julian, dass ihm die *bonorum possessio secundum tabulas* genauso zustehen wie einem [unbedingt] Eingesetzten, unabhängig davon, wie auch immer die Bedingung beschaffen sei und auch wenn diese laute „Wenn das Schiff aus Asia gekommen ist“. Und obgleich die Bedingung weggefallen sei, wird der Prätor dennoch den Sohn, den er zur *bonorum possessio secundum tabulas* zugelassen habe, schützen müssen [...].

Während die Einsetzung eines Haussohnes unter einer Nicht-Potestativbedingung nach *ius civile* zur Nichtigkeit des Testaments führt (Kap. 7.1.2), erteilt ihm der Prätor die *bonorum possessio secundum tabulas*. Obwohl die Erbeinsetzung nach *ius civile* unwirksam ist, bleibt das Testament nach *ius praetorium* also in Kraft. Der Nachlassbesitz aus dem Testament soll dem Sohn nach der Meinung Julians (2. Jahrhundert n. Chr.) sogar dann erhalten bleiben, wenn die Bedingung ausfällt, während es nach *ius civile* in beiden Fällen zur Intestaterbfolge käme. Hintergrund dieser Divergenz zwischen beiden Rechtsschichten ist die bereits beobachtete Tendenz des *ius praetorium*, für die *bonorum possessio secundum tabulas* nur das Vorliegen einer gültig errichteten Testamentsurkunde zu verlangen (Kap. 6.3.1), aus der sich die Erbberechtigung des Antragstellers ergibt. Für die Erteilung des Nachlassbesitzes gemäß dem Testament genügt es also, dass der Sohn im Testament genannt und zum Erben eingesetzt worden ist. Die Unzulässigkeit der Bedingung ist dagegen nach *ius praetorium* unerheblich. Schon dieser Fall zeigt, dass sich die Standards für ein *praeterire* nach *ius praetorium* von denen des *ius civile* unterscheiden.

Eigene Regeln gelten für die Enterbung der nur nach prätorischem Recht anerkannten Intestaterben, vor allem für die emanzipierten Hauskinder.

### 7.2.1 *Bonorum possessio contra tabulas*

Da die Enterbungsvorschriften dazu dienen, die Erwerbserwartung der Intestat-erben zu schützen, wirken sich die Abweichungen, die für die Intestaterbfolge nach *ius praetorium* beobachtet worden sind, auch im Rahmen der Enterbungsregeln aus. Das Intestaterbrecht stärkt die Position der Abkömmlinge gegenüber weiter entfernten Verwandten und führt gleichzeitig die Gleichbehandlung aller Abkömmlinge ein, unabhängig davon, ob sie noch in der Gewalt des Vaters stehen oder *emancipati* sind (Kap. 3.2). Beide Tendenzen setzen sich auch im Enterbungsrecht des Prätors fort. So statuiert der Prätor eine Enterbungspflicht für *emancipati*:

*Gai. 2,135*

*Emancipatos liberos iure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes: Sed praetor omnes tam feminini quam masculini sexus, si heredes non instituantur, exheredari iubet, virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim vel inter ceteros: Quod si neque heredes instituti fuerint neque ita, ut supra diximus, exheredati, praetor promittit eis contra tabulas bonorum possessionem.* Emanzipierte Kinder braucht man nach *ius civile* weder als Erben einzusetzen noch zu enterben, weil sie ja keine Hauserben sind. Aber der Prätor befiehlt, dass alle – sowohl weiblichen als auch männlichen Geschlechts –, wenn sie nicht als Erben eingesetzt werden, enterbt werden, diejenigen männlichen Geschlechts namentlich, diejenigen weiblichen Geschlechts entweder namentlich oder „unter den übrigen.“ Wenn sie nun weder als Erben eingesetzt worden sind, noch so, wie wir oben gesagt haben, enterbt worden sind, verspricht ihnen der Prätor die *bonorum possessio contra tabulas*.

Nach *ius praetorium* sind frühere Hauskinder, die durch *emancipatio* aus der Hausgewalt ausgeschieden sind, zu enterben. Dabei gelten die im *ius civile* gültigen Differenzierungen zwischen Haussöhnen und den übrigen Hauskindern auch im *ius praetorium*: Der emanzipierte Haussohn muss also ausdrücklich enterbt werden; die übrigen Hauskinder können durch pauschale Enterbung ausgeschieden werden. Liegt nach diesen Regeln ein *praeterire* des emanzipierten Hauskindes vor, hat dies nach *ius civile* keine Bedeutung. Allerdings wird das Testament nach *ius civile* auf Ebene des *ius praetorium* außer Kraft gesetzt, indem der Prätor dem übergangenen Hauskind den Nachlassbesitz gegen das Testament (*bonorum possessio contra tabulas*) zuweist: Obgleich also das Testament wirksam ist, wird nicht der Testamentserbe, sondern das übergangene Hauskind in den Nachlassbesitz eingewiesen.

Eine prätorische Anpassung der Regeln des *ius civile* findet sich auch in der *bonorum possessio contra tabulas* zugunsten der übergangenen Hauskinder, die nicht – wie der Sohn – das Testament umstoßen, sondern nur mittels Anwachsung partizipieren:

*Gai. 2,125*

*[...] licet hae secundum ea, quae diximus, scriptis heredibus dimidiam partem modo detrahant, tamen praetor eis contra tabulas bonorum possessionem promittit, qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur [...].*

[...] Obwohl diese Personen gemäß dem, was wir gesagt haben, den im Testament eingesetzten Erben nur die Hälfte wegnehmen, verspricht ihnen der Prätor dennoch den Nachlassbesitz gegen das Testament; nach diesem Prinzip werden die hausfremden Erben aus der gesamten Erbschaft verdrängt [...].

Wie gesehen, führt das Übergehen von sonstigen Abkömmlingen des Hausvaters – etwa von Haustöchtern oder Enkeln – nicht zur Nichtigkeit des Testaments, sondern nur zur Anwachsung der Übergangenen zu Lasten des eingesetzten Erben (Kap. 7.1.3). Im Rahmen der *bonorum possessio contra tabulas* geht der Prätor über die Rechtsfolge des *ius civile* hinaus: Er erteilt den Hauserben, soweit sie mit hausfremden Testamentserben konkurrieren, anstelle der nach *ius civile* zustehenden halben Mitberechtigung den Zugriff auf den gesamten Nachlass. Gegenüber anderen Hauskindern, die als Testamentserben eingesetzt sind, bleibt es dagegen bei der Beteiligung nach den Kopfteilen des Intestaterbrechts. Ein Reskript des Kaisers Antoninus Pius (138–161 n. Chr.) schränkt diese Ausweitung der Erbberechtigung der Hauskinder für Haustöchter allerdings wieder ein:

*Gai. 2,126*

*[...] sed nuper imperator Antoninus significavit rescripto suo non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod iure ad crescendi consequerentur. Quod in emancipatarum quoque persona observandum est, ut hae quoque, quod ad crescendi iure habiturae essent, si in potestate fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem habeant.*

[...] Aber kürzlich hat Kaiser Antoninus in seinem Reskript klargestellt, dass Frauen durch den Nachlassbesitz nicht mehr erlangen als das, was sie nach Anwachsungsrecht erlangen würden. Das muss man auch in Fällen von emanzipierten Frauen beachten, dass ohne Zweifel auch diese gerade das durch den Nachlassbesitz erhalten, was sie durch das Anwachsungsrecht bekommen hätten, wenn sie in der Hausgewalt verblieben wären.

Das Reskript des Antoninus Pius beschränkt die *bonorum possessio contra tabulas* bei Frauen auf den Umfang der nach *ius civile* zustehenden Anwachsung. Wie Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) betont, soll diese Beschränkung nicht nur für gewaltunterworfenen, sondern auch für emanzipierte Frauen gelten. Diese sind zwar nicht nach *ius civile* anwachsungsberechtigt, werden aber entsprechend der im prätorischen Recht geltenden Gleichbehandlung genauso behandelt wie Haustöchter.

Insgesamt zielt das *ius praetorium* einerseits darauf ab, die *emancipati* in den Schutz der Erwerbserwartung einzubeziehen, andererseits bezweckt es die Herausdrängung der hausfremden Erben aus dem Nachlass des Vaters, wenn dieser seine Hauskinder nicht (pauschal) enterbt hat. Auch das prätorische Recht ist damit im Rahmen der Enterbungsregeln offenkundig dem Grundsatz der Familienerbfolge verpflichtet, wengleich die Definition der Familie – wie schon beim Intestaterbrecht beobachtet (Kap. 3.2.2) – von der im *ius civile* gültigen abweicht. Die wichtigste prätorische Schöpfung in diesem Zusammenhang bildet die *bonorum possessio contra tabulas*:

*D. 37.4.1pr. Ulpianus 39 ad edictum*

*In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt.*

Mit Blick auf den Nachlassbesitz gegen das Testament müssen wir Kinder (*liberi*), seien es leibliche oder adoptierte, zulassen, wenn sie weder als Erben eingesetzt noch enterbt worden sind.

Die *bonorum possessio contra tabulas* soll jedem Kind des Erblassers zustehen, sofern ein Kindschaftsverhältnis – sei es auf Geburt oder Adoption gegründet – besteht. Maßgeblich für den Schutz der Erwerbserwartung ist nach *ius praetorium* das Verwandtschaftsverhältnis zwischen Vater und Kind. Antragsberechtigt zum Nachlassbesitz gegen das Testament sind damit die emanzipierten Hauskinder beiderlei Geschlechts sowie die in der Gewalt verbliebenen Abkömmlinge, die sich eine Besserstellung aufgrund des *ius praetorium* gegenüber dem *ius civile* erhoffen. Ausgenommen vom prätorischen Schutz ist allein der (übergangene) Haussohn, da dieser bereits einen umfassenden Schutz nach *ius civile* genießt und die *bonorum possessio intestati* beantragen kann. Voraussetzung für den Schutz der *bonorum possessio* ist ein Übergehen (*praeterire*) des Abkömmlings.

Daher kann sich ein im Testament eingesetzter Abkömmling nicht auf die *bonorum possessio contra tabulas* berufen:

*D. 37.4.3.11 Ulpianus 39 ad edictum*

*Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad contra tabulas bonorum possessionem vocari non debet: Cum enim possit secundum tabulas habere possessionem, quo bonum est ei contra tabulas dari? [...].*

Wenn eines der Kinder als Erbe eingesetzt worden ist, darf es nicht zur *bonorum possessio contra tabulas* berufen werden. Weil es nämlich die *bonorum possessio secundum tabulas* haben kann, wozu ist es gut, dass ihm die *bonorum possessio contra tabulas* erteilt werde? [...].

Dem im Testament eingesetzten Kind steht die *bonorum possessio secundum tabulas* zu, so dass es keinen Anlass gibt, ihm die Antragsbefugnis für den Nachlassbesitz gegen das Testament zu erteilen.

Allerdings kann der eingesetzte Abkömmling ausnahmsweise von einer fremden *bonorum possessio contra tabulas* profitieren, das heißt die Teilnahme an einem fremden Nachlassbesitz gegen das Testament verlangen.

**7.2.2 Teilhabe an fremder *bonorum possessio contra tabulas***

Die Teilhabe an einem fremden Nachlassbesitz (*bonorum possessio commisso per alium edicto*) ist für den Fall anerkannt, dass hauseigene Testamentserben mit übergangenen Hauserben zusammentreffen:

*D. 37.4.3.11 Ulpianus 39 ad edictum*

*[...] plane si alius committat edictum, et ipse ad contra tabulas bonorum possessionem admittetur.*

[...] Wenn allerdings ein anderer das Edikt zur Anwendung bringt, wird es [das zum Erben eingesetzte Kind] auch selbst zur *bonorum possessio contra tabulas* zugelassen werden.

Hat ein übergangener Abkömmling die *bonorum possessio contra tabulas* erteilt bekommen, können auch die Abkömmlinge, die im Testament zu Erben eingesetzt worden waren, am Nachlassbesitz partizipieren. Hintergrund für diese Beteiligung am fremden Nachlassbesitz ist die notwendige Gleichbehandlung aller Abkömmlinge: Da das übergangene Kind auch als Intestaterbe nicht den gesamten Nachlassbesitz allein erhalten würde, muss es den gegen das Testament erteilten Nachlassbesitz mit den anderen Abkömmlingen teilen. Da beide Abkömmlinge nach prätorischem Recht gleichberechtigt als Intestaterben berufen wären, sind sie auch dann zu gleichen Teilen erb-

berechtigt, wenn das Testament durch die *bonorum possessio contra tabulas* prätorisch außer Kraft gesetzt wurde.

Ausgeschlossen von der Beteiligung an der *bonorum possessio* sind allein die Abkömmlinge, die der Testator wirksam enterbt hat:

*D. 37.4.8pr. Ulpianus 40 ad edictum*

*Non putavit praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos, sicuti nec iure civili testamenta parentum turbant: [...].*

Der Prätor war der Ansicht, dass man die durch Enterbung Gezeichneten und die [von der Erbschaft] Entfernten nicht zur *bonorum possessio contra tabulas* zulassen dürfe, sowie sie auch nach *ius civile* die Testamente der Hausväter nicht stören: [...].

Die nach *ius civile* (oder *ius praetorium*) wirksame Enterbung gilt auch dann, wenn die prätorische Erbfolge gegen das Testament (*bonorum possessio contra tabulas*) zur Anwendung kommt. Sie verhindert auch die Teilhabe an einer fremden *bonorum possessio contra tabulas*. Diese Rechtsfolge erklärt sich daraus, dass die Enterbungsregeln nur Schutz gegen ein Übergehen der (emanzipierten) Abkömmlinge vermitteln, nicht aber eine Beteiligung am Nachlass garantieren.

Die durch die *bonorum possessio contra tabulas* angestrebte Gleichbehandlung des *emancipatus* mit den in der Gewalt verbliebenen Kindern bedingt, dass der *emancipatus* nicht nur am väterlichen Vermögen beteiligt, sondern auch selbst verpflichtet wird, sein eigenes Vermögen in den Nachlassbesitz gegen das Testament einzubringen (*collatio bonorum* = „Einbringung des Vermögens“, davon Kollation).

### 7.2.3 *Collatio bonorum*

Die Verpflichtung des *emancipatus* zur Einbringung seines Vermögens in den Nachlass erklärt sich aus der Situation der Hauserben im Vergleich zum emanzipierten Hauskind: Während die Beteiligung am Nachlass des Hausvaters eine Kompensation der Vermögensunfähigkeit der in der Gewalt verbliebenen Hauskinder zu Lebzeiten des Hausvaters darstellt, hat der *emancipatus* schon zu Lebzeiten des Hausvaters die Möglichkeit, Vermögen für sich selbst zu erwerben. Dieses Vermögen muss er – wenn er die erbrechtliche Beteiligung am Familienvermögen verlangt – seinerseits „einwerfen“:

*D. 37.6.1pr.–1 Ulpianus 40 ad edictum*

*pr. Hic titulus manifestam habet aequitatem: Cum enim praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui*

*sunt in potestate, bonorum paternorum: Consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna.*

*1 Inter eos dabitur collatio, quibus possessio data est.*

pr. Dieser Titel [des Edikts] hat eine offensichtliche Billigkeit: Da nämlich der Prätor die emanzipierten Kinder zur *bonorum possessio contra tabulas* zulässt und sie zu Beteiligten am väterlichen Vermögen zusammen mit denjenigen macht, die in der Gewalt sind, so glaubt er, dass es folgerichtig sei, dass diejenigen, die nach dem väterlichen Vermögen trachten, auch ihr eigenes Vermögen in die Gesamtmasse einbrächten.

1 Die Einwerfung wird zwischen denjenigen stattfinden, denen der Nachlassbesitz erteilt worden ist.

Nach dem Edikt über die Einbringung des Vermögens (*collatio bonorum*) kann der *emancipatus* also nicht einseitig vom väterlichen Vermögen profitieren, sondern muss das von ihm erwirtschaftete Vermögen mit den gewaltabhängigen Kindern teilen, die am Nachlassbesitz beteiligt sind. Aus dem Kompensationsgedanken folgt, dass die Einbringungspflicht nur gegenüber den beteiligten Hauskindern gilt, die nicht für sich selbst erwerben konnten, nicht aber gegenüber anderen *emancipati*:

*D. 37.6.3.2 Iulianus 23 digestorum*

*[...] Quotiens contra tabulas bonorum possessio datur, emancipati bona sua conferre debent his solis, qui in potestate patris fuerint. [...]. Ponamus patrem quadringenta reliquisse et duos in potestate filios, duos emancipatos, ex quibus alterum centum, alterum sexaginta in bonis habere: Is qui centum habebit centum triginta tria et trientem feret, is vero qui sexaginta contulerit centum viginti, atque ita eveniet, ut collationis emolumentum ad solos, qui in potestate remanserint, perveniat.*

[...] Immer wenn der Nachlassbesitz gegen das Testament erteilt wird, müssen die Emanzipierten ihr Vermögen allein zugunsten von denjenigen einwerfen, die sich in der Gewalt des Vaters befunden haben. [...]. Nehmen wir an, ein Vater habe 400 Sesterzen hinterlassen und zwei in der Gewalt verbliebene Söhne und zwei daraus entlassene; von diesen habe der eine 100 Sesterzen, der andere 60 Sesterzen im Vermögen. Derjenige, der 100 Sesterzen hat, wird also 133 1/3 Sesterzen erhalten, derjenige aber, der 60 Sesterzen eingebracht hat, wird 120 Sesterzen erhalten; und es wird so herauskommen, dass der Vorteil des Einwerfens allein denjenigen zukommt, die in der Gewalt verblieben sind.

Julian (2. Jahrhundert n. Chr.) erläutert die Regel, derzufolge die Kollation nur zugunsten der in der Gewalt verbliebenen Kinder erfolgen soll und zeigt anhand eines Beispiels, welche Folgen diese Regel für den einwerfenden *emancipatus* zeitigt. Im Beispiel hat der Erblasser vier Söhne, zwei Gewaltunterworfenen und zwei Emanzipierte, hinterlassen. Das Vermögen des Erblassers beträgt 400, das des ersten *emancipatus* (A): 100, des zweiten *emancipatus* (B): 60. Nach den Regeln der Kollation sind die Vermögen der *emancipati* separat mit den in der Gewalt verbliebenen Kindern abzurechnen. Der *emancipatus* A teilt also die 100 mit den zwei Haussöhnen, so dass jeder  $33 \frac{1}{3}$  erhält; ebenso teilt der *emancipatus* B sein Vermögen von 60 mit den zwei Haussöhnen, so dass jedem 20 zustehen. Damit ergeben sich die folgenden Erbquoten: A erhält  $133 \frac{1}{3}$ , B hingegen 120, die beiden Haussöhne erhalten je  $153 \frac{1}{3}$  ( $100 + 33 \frac{1}{3} + 20$ ). Nur die Haussöhne profitieren damit von der Einbringung des Vermögens, während die *emancipati* aufgrund der Pflicht zur Kollation kaum Interesse an der Beteiligung am Nachlass haben dürften.

### Übersicht 30: Das Fallbeispiel Julians zur *collatio bonorum*

<b>Hausvater hinterlässt Vermögen von 400</b> wegen <i>praeterire</i> eines oder beider <i>emancipati</i> kommt es zur <i>bonorum possessio contra tabulas</i> und daher zur <i>collatio bonorum</i>			
<b><i>emancipatus</i> A: 100</b>	<b><i>emancipatus</i> B: 60</b>	<b><i>filius familias</i> 1</b>	<b><i>filius familias</i> 2</b>
100	100	100	100
+ $33 \frac{1}{3}$		+ $33 \frac{1}{3}$	+ $33 \frac{1}{3}$
	+ 20	+ 20	+ 20
133 $\frac{1}{3}$	120	153 $\frac{1}{3}$	153 $\frac{1}{3}$

Ob sich der Antrag auf *bonorum possessio contra tabulas* für einen *emancipatus* lohnt, hängt maßgeblich von den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten ab, insbesondere vom Wert des Eigenvermögens des *emancipatus* im Verhältnis zum väterlichen Erbe und der Anzahl der beteiligten Hauserben. Die Zahlenbeispiele in Übersicht 31 verdeutlichen diesen Zusammenhang:

Übersicht 31: Wirtschaftliche Gründe für den Antrag auf *bonorum possessio contra tabulas* des *emancipatus*

Vermögen		Erbberechtigte/Erbquote	Antrag auf Nachlassbesitz
des Vaters	<i>emancipatus</i>		
100	100	4 (+ <i>emancipatus</i> ) 40	Nein
200			
50	100	4 (+ <i>emancipatus</i> ) 30	Nein
150			
100	50	4 (+ <i>emancipatus</i> ): 30	Nein
150			
100	40	4 (+ <i>emancipatus</i> ): 28	Nein
140			
100	10	4 (+ <i>emancipatus</i> ): 22	Ja
110			
100	100	1 (+ <i>emancipatus</i> ): 100	Nein
200			
100	50	1 (+ <i>emancipatus</i> ): 75	Ja
150			

Die Übersicht 31 zeigt, dass sich der Antrag auf *bonorum possessio contra tabulas* durch den *emancipatus* nur dann rechnet, wenn das eigene Vermögen im Verhältnis zum väterlichen Erbe gering ist. Auch wird der *emancipatus* eher von der Beteiligung am väterlichen Vermögen profitieren, wenn wenig Hauserben vorhanden sind, mit denen er sein eigenes Vermögen im Rahmen der Kollation teilen muss. Entscheidend ist also zum einen der Wert des väterlichen Erbes im Verhältnis zum Eigenvermögen des emanzipierten Sohnes, zum andern die zu erwartende Anzahl an Miterben.

Als Miterben des *emancipatus* wie der anderen Hauskinder kommen – wie gesehen – sowohl die Hauserben als auch testamentarische Erben in Betracht, die an der fremden *bonorum possessio contra tabulas* partizipieren. Die Berechnung der Erbteile erfolgt dabei grundsätzlich nach dem Intestaterbrecht; Kinder des Hausvaters erben also im Rahmen der *bonorum possessio contra tabulas* nach gleichen Teilen.

Besonderheiten gelten in dem Fall, dass Hauserben nachrücken, also *postumi* an die Stelle eines ausscheidenden Haussohnes treten (Kap. 7.1.4).

### 7.2.4 Das Nachrücken von Hauskindern im prätorischen Edikt

Das Ausscheiden von Haussöhnen aus der Hausgewalt hat im *ius civile* zur Folge, dass ihre Kinder (Enkel des Erblassers) an ihre Stelle treten und als *postumi* einzusetzen oder zu enterben sind. Das zugrundeliegende Repräsentationsprinzip gilt auch im *ius praetorium*:

#### D. 37.4.1.1 Ulpianus 39 ad edictum

*Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo iure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex iure civili.*

Die Kinder aber werden nach diesem Recht und in dieser Reihenfolge zum Nachlassbesitz gegen das Testament berufen, in der sie zur Erbfolge nach *ius civile* berufen werden.

Die Übertragung der Grundsätze des *ius civile* auf den Nachlassbesitz nach *ius praetorium* hat zur Folge, dass der *emancipatus*, den das Testament des Vaters übergegangen hat, seine eigenen Kinder, das heißt die Enkel des Testators, im Nachlassbesitz verdrängt, auch wenn diese ebenfalls übergegangen worden sind. Nur wenn der *emancipatus* verstorben ist, treten die Enkel an seine Stelle und können, falls sie übergegangen worden sind, die *bonorum possessio contra tabulas* verlangen.

Keine Lösung bietet das Repräsentationsprinzip, wenn Hauserben, die vom emanzipierten Sohn abstammen und nach *ius civile* an die Stelle des Haussohnes nachgerückt sind, mit dem emanzipierten Haussohn konkurrieren. Diese Situation kann gerade im Rahmen der *bonorum possessio contra tabulas* leicht vorkommen, da – wie gesehen – die eingesetzten oder übergebenen Hauserben am Nachlassbesitz des *emancipatus* teilhaben (Kap. 7.2.2). Das 130 n. Chr. von Kaiser Hadrian (117–138 n. Chr.) verkündete dauerhafte prätorische Edikt (*edictum perpetuum*) sieht für diesen Fall eine neuartige Lösung vor, die in den Juristenschriften als „neue Klausel Julians“ (*nova clausula Iuliani*) bezeichnet wird (Kap. 3.3.2). Die Bezeichnung spricht dafür, dass die Bestimmung im Rahmen der von Julian geleiteten Ediktsredaktion geschaffen wurde, also kaiserzeitlichen Ursprungs ist:

#### D. 37.8.1pr. Ulpianus 40 ad edictum

*Si quis ex his, quibus bonorum possessionem praetor pollicetur, in potestate parentis, cum is moritur, non fuerit, ei liberisque quos in eiusdem familia habuit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit neque notam exheredationis meruerunt, bonorum*

*possessio eius partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate permansisset, ita ut ex ea parte dimidiam, reliquam liberi eius hisque dumtaxat bona sua conferat.*

Wenn sich jemand von denjenigen, denen der Prätor die *bonorum possessio* verspricht, nicht in der Gewalt des Vaters befand, als dieser verstarb, wird ihm und den Kindern, die er in der Familie desselben [sc. des Vaters] gehabt hat, wenn diesen die Erbschaft in seinem Namen zustehen wird und wenn sie die Schande der Enterbung nicht verdient haben, die *bonorum possessio* für diesen Anteil erteilt, der ihm gehören würde, wenn er in der Gewalt verblieben wäre. [Dies gilt] in der Weise, dass er von diesem Teil die Hälfte [erhält], den übrigen Teil seine Kinder, und er nur diesen sein Vermögen einwirft (*collatio bonorum*).

Die Klausel bestimmt, dass der emanzipierte Sohn und die von ihm abstammenden, aber in der Gewalt des Großvaters verbliebenen Enkel als ein Stamm gezählt werden. Dabei wird der (fiktive) Erbteil, den der Sohn nach *ius civile* hätte, wenn er in der Gewalt des Vaters verblieben wäre, im Rahmen der *bonorum possessio contra tabulas* zwischen ihnen geteilt. Gleichzeitig beschränkt sich die Kollationspflicht des *emancipatus* auf die eigenen Abkömmlinge, bleibt also innerhalb des Stammes. Voraussetzung für diese gemeinschaftliche Berücksichtigung ist, dass sowohl die Enkel als auch der *emancipatus* zur *bonorum possessio contra tabulas* zugelassen sind, also nicht wirksam enterbt wurden.

Auf diese Weise wird ein Ausgleich zwischen den Vorgaben der beiden Rechtsschichten erreicht, den das Repräsentationsprinzip allein nicht ermöglicht:

#### *D. 37.8.1.1 Ulpianus 40 ad edictum*

*Hoc edictum aequissimum est, ut neque emancipatus solus veniat et excludat nepotes in potestate manentes, neque nepotes iure potestatis obiciantur patri suo.*

Dieses Edikt ist von höchster Billigkeit, damit weder der emanzipierte Sohn alleine zugelassen und die in der Gewalt verbliebenen Enkel ausschließt, noch dass die Enkel durch das Recht des Gewaltverhältnisses ihrem Vater entgegenstehen.

Ulpian (3. Jahrhundert n. Chr.) sieht die *nova clausula Iuliani* als Gebot der *aequitas* an, weil die Regelung sowohl den Schutz des *emancipatus* vor einem *praeterire*, als auch den Schutz der Enkel als nachgerückte Hauserben garantiere. Zudem werden auch die anderen Erbberechtigten vor einer Schmälerung ihres Erbteils geschützt, indem der Stamm des *emancipatus* keine zweifache Berücksichtigung findet.

Übersicht 32: Auswirkungen der *nova clausula Iuliani*

Hausvater (Testament übergeht <i>emancipatus</i> )				
<i>emancipatus</i> (Sohn 1)	Enkel 1	Enkel 2	Sohn 2	Sohn 3
<i>bonorum possessio contra tabulas</i>	Hauserben ( <i>sui heredes</i> )			
<i>nova clausula Iuliani</i>	Sohn 1 ( <i>emancipatus</i> ) Enkel 1 und Enkel 2		Sohn 2	Sohn 3
	1/3 und <i>collatio bonorum</i> durch <i>emancipatus</i>		1/3	1/3

Die *nova clausula Iuliani* belegt das Bemühen um einen Ausgleich zwischen der Erbbeerechtigung nach *ius civile* und der Erbberechtigung nach *ius praetorium*. Dieses Bemühen ist nicht erst in der Kaiserzeit zu beobachten, sondern bereits in der prätorischen Regelung der *bonorum possessio contra tabulas* nachweisbar. So erkennen Annexedikte zum Nachlassbesitz gegen das Testament dem nach *ius civile* wirksamen, aber nach *ius praetorium* außer Kraft gesetzten Testament gewisse Rechtswirkungen zu.

### 7.3 Prätorische Teilwirksamkeit des Testaments

Die *bonorum possessio contra tabulas* bedeutet die Missachtung des nach *ius civile* gültigen Testaments, das im Interesse des übergangenen *emancipatus* prätorisch außer Kraft gesetzt wird (Kap. 7.2.1). Diese Ausschaltung des *ius civile* wird allerdings ihrerseits zurückgenommen, wenn andere schützenswerte Interessen eine Einschränkung der *bonorum possessio contra tabulas* verlangen. Als schutzwürdig gelten – wie gesehen (Kap. 7.2.4) – die Erwerbssaussichten der nachgerückten Hauserben und der Geschwister des *emancipatus*. Gleichsinnig schützt der Prätor auch die durch das Testament selbst geschaffenen Erwerbssaussichten, indem er dem *bonorum possessor contra tabulas* auferlegt, die im Testament ausgesetzten Vermächnisse zu erfüllen. Grundlage dieser Pflicht ist ein besonderes Edikt über die Erfüllung der Legate (*de legatis praestandis*).

#### 7.3.1 Edikt *de legatis praestandis*

Die Verpflichtung des *bonorum possessor*, die Legate aus dem entkräfteten Testament zu leisten, gilt nur zum Schutz bestimmter nahestehender Personen:

*D. 37.5.1pr. Ulpianus 40 ad edictum*

*Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem et ad aliquid novam, ut, qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum.*

Dieser Titel [des Edikts] hat eine gewisse natürliche Billigkeit und in Bezug auf manches eine neue Billigkeit, damit diejenigen, die das Testament des Vaters durch die *bonorum possessio contra tabulas* aufheben, [dennoch] aus seinem Willen einigen Personen die Legate und Fideikommissa leisten. Dies gilt zugunsten der Kinder und Eltern sowie zugunsten der Ehefrau und Schwiegertochter in Hinsicht auf das für die Mitgift Hinterlassene.

Die Verpflichtung des *bonorum possessor contra tabulas*, Legate und Fideikommissa aus dem Testament zu erfüllen, wird als Gebot der natürlichen Billigkeit (*aequitas naturalis*) und der neuen Billigkeit (*aequitas nova*) angesehen. Mit beiden ist ein Interessenausgleich zwischen den im Testament Begünstigten und dem übergangenen *emancipatus* angesprochen. Schutzwürdig sind nur die allgemeinen Erwerbsinteressen von Abkömmlingen und Eltern des Erblassers sowie die Erwartung einer Mitgift durch die Ehefrau oder Schwiegertochter des Verstorbenen. Hat der Testator Vermächtnisse mit dieser Zwecksetzung hinterlassen, werden sie von den Rechtsfolgen der *bonorum possessio contra tabulas* ausgenommen, also als wirksam behandelt:

*D. 37.5.1.1 Ulpianus 40 ad edictum*

*Generaliter parentes et liberos praetor excepit nec gradus liberorum parentiumve enumeravit: in infinitum igitur eis praestabitur. Sed nec personas prosecutus est, utrum ex virili sexu an ex feminino descendit. Quisquis igitur ex liberis parentibusque fuerit, ad legati petitionem admittetur, sed ita demum, si iura cognationis sunt inter eos.*

Der Prätor hat für Vorfahren und Abkömmlinge eine allgemeine Ausnahme vorgesehen und hat die Verwandtschaftsgrade von Kindern oder Eltern nicht beachtet; es wird ihnen also [die Erfüllung der Vermächtnisse] ins Unendliche geleistet werden. Aber er hat auch mit Blick auf die Personen nicht danach unterschieden, ob sie aus der männlichen oder weiblichen Linie abstammen. Jeder also, der aus der Gruppe der Kinder und Eltern stammt, wird aber nur dann zur Klage auf das Vermächtnis zugelassen, wenn Verwandtschaftsrechte zwischen ihnen [dem Erblasser und dem Vermächtnisnehmer] bestehen.

Von der Sanktion des Testaments durch die *bonorum possessio contra tabulas* werden alle verschont (*personae exceptae* = „ausgenommene Personen“), die in direkter Linie mit dem Erblasser verwandt sind. Dabei gelten keine Beschränkung nach Verwandtschaftsgraden und auch keine Unterscheidung nach agnatischer oder kognatischer Verwandtschaft. Voraussetzung ist allein, dass die Person in direkter Linie verwandt ist und vom Testator ein Vermächtnis ausgesetzt erhalten hat. Diese durch das Testament konkretisierte Erwerbserwartung kann sie dem *bonorum possessor contra tabulas* entgegenhalten.

Dabei ist zu beachten, dass nur der *emancipatus* zur Erfüllung der Legate verpflichtet ist. Dies ist etwa dann von Bedeutung, wenn der Erblasser sowohl einen Haussohn als auch einen emanzipten Sohn übergangen hat:

*D. 37.5.15pr. Paulus 41 ad edictum*

*Is qui in potestate est praeteritus legata non debet praestare, etsi contra tabulas bonorum possessionem petierit, quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem optineret: [...].*

Derjenige, der sich in der Gewalt befindet und übergangen worden ist, wird keine Legate erfüllen müssen, auch wenn er die *bonorum possessio contra tabulas* verlangt hat, weil er ja auch – selbst wenn er die *bonorum possessio intestati* nicht verlangt hat – die Erbschaft erlangen könnte: [...].

Das *praeterire* des Haussohnes führt zur Unwirksamkeit des Testaments nach *ius civile*, so dass der Haussohn die *bonorum possessio intestati* beantragen kann (Kap. 7.2) und zudem als Hauserbe unmittelbar Inhaber der Erbschaft wird; dagegen kann der *emancipatus* die *bonorum possessio contra tabulas* verlangen, weil sein *praeterire* nur nach *ius praetorium* beachtlich ist und immerhin eine Testamentsurkunde vorliegt. Die Struktur des prätorischen Edikts, in der vorrangig der Nachlassbesitz bei Vorliegen einer Testamentsurkunde und erst nachrangig die *bonorum possessio* ohne Testament geregelt ist (Kap. 4.2.1), hat zur Folge, dass die *bonorum possessio contra tabulas* des *emancipatus* der *bonorum possessio intestati* des Haussohnes vorgeht. Wie gesehen kann aber der Haussohn, der nicht wirksam enterbt wurde, an der fremden *bonorum possessio contra tabulas* partizipieren, so dass sich beide Söhne den Nachlassbesitz *contra tabulas* teilen. Die den *bonorum possessor contra tabulas* treffende Pflicht zur Erfüllung der Legate gilt dabei aber nicht für den Haussohn, da er zum Antrag auf den Nachlassbesitz aufgrund Intestaterbrechts berechtigt wäre. Treffen ein übergangener *emancipatus* und ein übergangener Hauserbe im Rahmen der *bonorum possessio contra tabulas* aufeinander, kommt es daher zur Spaltung des Nachlasses:

*D. 37.4.20.2 Tryphoninus 19 disputationum*

*Legata tamen ex parte sua iste emancipatus liberis et parentibus praestare cogetur non solida, sed deminuta in dimidium, quod relinquitur manenti in potestate. Sed nec adversus eum constituendae actionis legatorum ratio est, qui mero iure intestato heres existit.*

Der *emancipatus* wird jedoch gezwungen werden, die Vermächtnisse aus seinem Anteil an Kinder und Eltern zu erfüllen – freilich nicht vollständig, sondern verringert um die Hälfte, die er dem in der Gewalt Verbliebenen überlassen hat. Es besteht aber auch kein Grund, gegen diesen [den Haussohn] eine Klage wegen der Vermächtnisse einzuführen, da er mit wahrem Recht als testamentsloser Erbe eingetreten ist.

Wie Tryphonin (3. Jahrhundert n. Chr.) hervorhebt, hat der emanzipierte Sohn, der in den Nachlassbesitz gegen das Testament eingewiesen wurde, die Vermächtnisse nach seinem Anteil, das heißt zur Hälfte, zu erfüllen, während der Hauserbe, der sich mit ihm gemeinschaftlich im Nachlassbesitz befindet, nicht zur Leistung verpflichtet ist.

Das damit erreichte Nebeneinander von Intestaterbfolge (Haussohn) und einer das Testament voraussetzenden Erbfolge (*emancipatus*) zeigt, dass die strenge Trennung von Intestaterbfolge und Testamentserbfolge, die das *ius civile* anfänglich beherrschte (*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, Kap. 4), im *ius praetorium* der Kaiserzeit nicht aufrechterhalten werden konnte. Die Juristenauslegung seit Julian (2. Jahrhundert n. Chr.) befürwortet sogar, die Erbinsetzungen des Testaments neben der *bonorum possessio contra tabulas* als gültig zu behandeln.

### 7.3.2 Erhalt des Erbteils

Hauptargument für diese Rechtsfortbildung ist die funktionale Äquivalenz von Vermächtnis und Erbteil bei der Versorgung naher Angehöriger:

*D. 37.5.5.6 Ulpianus 40 ad edictum*

*Sed et si portio hereditatis fuerit adscripta ei, qui ex liberis parentibusve est, an ei conservanda sit, ut solent legata? Et Iulianus saepissime scripsit in portione quoque hereditatis idem quod in legato probandum [...].*

Aber auch wenn demjenigen, der den Kindern oder Eltern angehört, ein Erbteil zugeschrieben worden ist, ob er ihm erhalten werden muss, wie es für die Legate üblich ist? Und Julian hat wiederholt festgehalten, dass man auch mit Blick auf den Erbteil dasselbe, was mit Blick auf das Legat gilt, billigen muss [...].

Das Edikt *de legatis praestandis* soll auch dann Anwendung finden, wenn die ausgenommenen Personen nicht mit einem Legat bedacht worden, sondern als Erben eingesetzt worden sind. Da sowohl die Erbeinsetzung als auch die Zuschreibung eines Vermächtnisses bezweckt, dem Angehörigen ein Auskommen zu sichern und ihn für die Zukunft zu versorgen, ist die Rechtsfolge des Edikts *de legatis praestandis* sinngemäß auch auf die Erbeinsetzung anzuwenden. Diese Erweiterung des Edikts *de legatis praestandis* auf die Erbeinsetzung wurde kaiserrechtlich festgeschrieben:

*D. 37.5.5.6 Ulpianus 40 ad edictum*

[...] *cuius sententia rescripto divi Pii comprobata est, cum hereditates non modo honestiore titulo, sed et pleniore onere tribuantur.*

[...] dessen Meinung [des Julian] ist durch ein Reskript des vergöttlichten Pius gebilligt worden, weil Erbschaften [jemandem] nicht nur unter ehrenwerterem Titel, sondern auch als bedeutendere Last [im Vergleich zu Legaten] zugewiesen werden.

Das Reskript des Kaisers Antoninus Pius (138–161 n. Chr.) spricht den rechtstechnischen Unterschied, der zwischen Erbeinsetzung und Vermächtnis besteht, an, erklärt ihn aber für zweitrangig: Der Erbentitel sei nicht nur eine besondere Ehre (*honor institutionis*), sondern diene auch dazu, dem Eingesetzten einen Vorteil zuzuwenden. Insoweit bestehe kein Unterschied zwischen Legat und Erbenstellung; vielmehr sei in der Erbeinsetzung eine stärkere Begünstigung durch den Erblasser erkennbar, die auch im Rahmen der ediktalen Regelung Beachtung finden soll. Daher muss der *bonorum possessor* seinen Nachlassbesitz mit den eingesetzten Erben teilen, sofern diese aus dem Kreis der *personae exceptae* stammen.

Auf diese Weise sind der das Testament angreifende *emancipatus* (*bonorum possessio contra tabulas*) und der Testamentserbe gleichzeitig am Nachlass beteiligt. Man könnte daher von einer „Teilunwirksamkeit“ des Testaments sprechen. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass die prätorische Aufhebung des zivilen Testaments in der *bonorum possessio contra tabulas* nicht gegen alle im Testament Begünstigten wirkt. Soweit der Testator Abkömmlinge oder Eltern als Erben eingesetzt oder durch Vermächtnisse begünstigt hat, bleiben diese Anordnungen auch gegenüber dem übergangenen *emancipatus* in Kraft. Die Widersprüchlichkeit dieser Rechtsfolge ist Ausdruck der Komplexität des prätorischen Enterbungsrechts, das in der *bonorum possessio contra tabulas* ein ausdifferenziertes System zum Schutz der verschiedenen Erwerbserwartungen geschaffen hat.

Übersicht 33: Das System der *bonorum possessio contra tabulas*

Schutz des <i>emancipatus</i> vor Übergehen ( <i>praeterire</i> ) = Edikt über die <i>bonorum possessio contra tabulas</i>			
Gleichbehandlung aller Abkömmlinge im Intestaterbrecht	Schutz der Hauserben als natürliche Erben	Stammesprinzip und Schutz der Hauserben	Berücksichtigung des Erblasserwillens
Möglichkeit der Teilhabe an fremder <i>bonorum possessio contra tabulas</i>	Pflicht des <i>emancipatus</i> zur <i>collatio bonorum</i>	<i>nova clausula Iuliani</i> : Verbindung von <i>emancipatus</i> und Enkeln in einem Erbteil	Verpflichtung des <i>bonorum possessor</i> , die Legate zu erfüllen (Ausweitung auf Erbschaften)

Zeigt sich bereits im *ius praetorium* eine Tendenz, die im Einzelfall gegeneinanderstehenden Interessen abzuwägen und Testamente je nach den beteiligten Personen auch teilweise als wirksam zu behandeln, etabliert sich im Kaiserrecht eine echte Kontrolle des Testamentsinhalts. Aufgrund dieser kann nicht mehr nur behauptet werden, die Enterbung sei formell unwirksam oder ausgeblieben. Vielmehr kann auch gerügt werden, die Enterbung sei unberechtigt, oder der zugesprochene Erbteil oder das Vermächtnis zu Unrecht zu gering ausgefallen.

#### 7.4 Die Beschwerde wegen pflichtwidrigen Testaments

Die Beschwerde wegen pflichtwidrigen Testaments (*querela inofficiosi testamenti*, davon Querel), stellte eine besondere Verfahrensart im Rahmen der kaiserlichen Gerichtsbarkeit dar. Der Ursprung dieser Beschwerde reichte bis in die Republik zurück und dürfte zunächst sittlicher Natur gewesen sein: Es widersprach dem familiären Pflichtgefühl (*pietas*), Eltern oder Abkömmlinge nicht ausreichend im Testament zu bedenken oder gar zu enterben. Kontrolliert wurde die Einhaltung dieser sittlichen Regeln vermutlich durch die Zensoren. In der *cognitio extra ordinem* der Kaiserzeit wurde daraus eine einklagbare Verpflichtung.

### 7.4.1 Die Pflichtwidrigkeit des Testaments

Die Querel wird mit der Behauptung erhoben, der Inhalt des Testaments sei pflichtwidrig:

#### *D. 5.2.3 Marcellus 3 digestorum*

*Inofficiosum testamentum dicere hoc est allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit: Quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt.*

„Ein Testament pflichtwidrig nennen“, bedeutet vorzubringen, weshalb man nicht enterbt oder übergangen werden durfte. Das geschieht meistens, wenn Eltern, durch einen falschen Verdacht angestachelt, ihre Kinder entweder enterben oder übergangen.

Als pflichtwidrig gilt ein Testament, in dem jemand zu Unrecht enterbt oder übergangen worden ist. Ein typisches Beispiel sind Eltern, die ihre Kinder aufgrund eines falschen Verdachts enterben. Ohne einen schwerwiegenden Grund ist die unzureichende Berücksichtigung eines Kindes nicht zu rechtfertigen. Der Testator, der dennoch ein Kind oder einen Elternteil übergibt oder nicht ausreichend bedenkt, kann dies nicht wirklich gewollt haben:

#### *D. 5.2.2 Marcianus 4 institutionum*

*Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: [...].*

Wegen pflichtwidrigen Testaments schmückt man seine Klage mit dem Vortrag aus, die Erblasser seien offensichtlich nicht bei gesundem Verstand gewesen, als sie das Testament errichteten. Und dies wird nicht gesagt, weil er wirklich als Geisteskranker oder Verrückter testiert hat, sondern weil er zwar das Testament rechtswirksam errichtet hat, aber nicht mit aus der pflichtgemäßen liebevollen Gesinnung gegenüber der Familie: [...].

Die Querel beruht also auf der Behauptung, der Testator habe bei der Abfassung des Testaments die Situation falsch eingeschätzt und daher einen Abkömmling oder Elternteil zu Unrecht enterbt oder fälschlicherweise zu gering bedacht. Marcian (3. Jahrhundert n. Chr.) betont, dass die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments nicht bezweckt, den derart fehlgehenden Erblasser als geisteskrank und damit testier-

unfähig hinzustellen. Ziel sei vielmehr, den im Testament niedergelegten Willen als Fehleinschätzung oder Missachtung der familiären Verpflichtungen zu korrigieren:

*D. 5.2.17.1 Paulus 2 quaestionum*

*Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. [...].*

Wenn gegen das Testament entschieden wird, es sei pflichtwidrig, wird angenommen, der Verstorbene habe keine Testierfähigkeit gehabt. [...].

Klageziel der *querela inofficiosi testamenti* ist damit die Feststellung, der Testator sei testierunfähig gewesen. Dringt diese Beschwerde durch, ist das Testament unwirksam:

*D. 5.2.6.1 Ulpianus 14 ad edictum*

*Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit) et casu optinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem: Nam intestatum patrem familias facit.*

Wenn jemand von denjenigen Personen, die nicht zur Intestaterbfolge zugelassen werden, wegen pflichtwidrigen Testaments geklagt hat (denn niemand hindert ihn daran) und zufällig gewonnen hat, nützt der Sieg nicht ihm, wohl aber denjenigen, denen das Intestaterbrecht zusteht. Er macht den Hausvater nämlich zum Testamentslosen.

Die Unwirksamkeit des Testaments gilt sogar dann, wenn Personen, die selbst nicht Intestaterben sind, das Testament als pflichtwidrig angreifen. Obwohl sie selbst nicht von der Unwirksamkeit des Testaments profitieren, führt die Querel zum Erfolg, das heißt zum Eintritt der Intestaterbfolge. Erbberechtigt sind damit die nach *ius civile* und *ius praetorium* berufenen Intestaterben (Kap. 3):

*D. 5.2.8.16 Ulpianus 14 ad edictum*

*Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiauerit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est: Et suus heres erit secundum quem iudicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit: [...].*

Wenn der Richter in der Rechtssache eines pflichtwidrigen Testaments ermittelt hat und sein Urteil gegen das Testament verkündet hat und wenn keiner Berufung eingelegt hat, ist es von Rechts wegen aufgehoben. Und derjenige, zu dessen Gunsten entschieden worden ist, wird Hauserbe und Inhaber des Nachlassbesitzes sein, wenn er diesen für sich beantragt: [...].

Die Ungültigkeitserklärung des Testaments durch den Richter führt zur Intestaterbfolge. Soweit der Beschwerdeführer gesetzlicher Erbe ist, kann er daher die *bonorum possessio ab intestato* beantragen.

Nicht immer ist aber das gesamte Testament unwirksam. Vor allem, wenn mehrere Erben im Testament eingesetzt worden sind, kann es zur Nachlassspaltung kommen, wenn mit Blick auf mehrere eingesetzte Erben unterschiedliche Urteile ergehen.

#### 7.4.2 Klage gegen mehrere Erben

Widersprechende Urteile gegen verschiedene Testamentserben sind vor allem deshalb möglich, weil sich die örtliche Zuständigkeit für die Querel nach dem Wohnsitz des eingesetzten Erben bestimmt:

##### *D. 5.2.29.4 Ulpianus 5 opinio*

*In ea provincia de inofficioso testamento agi oportet, in qua scripti heredes domicilium habent.*

Es muss in derjenigen Provinz wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments geklagt werden, in der die eingesetzten Erben ihren Wohnsitz haben.

Da sich die örtliche Zuständigkeit für die Querel nach dem Wohnsitz des eingesetzten Testamentserben richtet, kann es bei Einsetzung mehrerer Erben zur Aufspaltung der Beschwerde vor verschiedenen Gerichten kommen. Damit erhöht sich das Risiko widersprechender Entscheidungen:

##### *D. 5.2.24 Ulpianus 48 ad Sabinum*

*Circa inofficiosi querellam evenire plerumque adsolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur. Quid enim si fratre agente heredes scripti diversi iuris fuerunt? Quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.*

Mit Blick auf die Klage wegen pflichtwidrigen Testaments pflegt sehr oft vorzukommen, dass in ein- und derselben Sache unterschiedliche Urteile verkündet werden. Was [gilt] nämlich, wenn der Bruder [des Erblassers] Klage erhob und die eingesetzten Erben [in Hinblick auf die Anfechtbarkeit] eine unterschiedliche Rechtsstellung hatten? Wenn dies der Fall war, so wird der Erblasser so anzusehen sein, als sei er zum Teil mit, zum Teil ohne Testament verstorben.

Es kann – nach Ulpian sogar häufig – vorkommen, dass die verschiedenen, im Wege der Beschwerde angerufenen Gerichte abweichende Urteile treffen, die Pflichtwidrig-

keit des Testaments also von einem Gericht bejaht, vom anderen abgelehnt wird. Im Beispiel hat der Bruder des Erblassers die Querel gegen einzelne Miterben vor verschiedenen Gerichten erhoben, und die Beschwerde hatte nur vor einigen Gerichten Erfolg. Damit ist das Testament teilunwirksam und der Erblasser wird – soweit das Testament für nicht pflichtwidrig erklärt wurde – durch die Testamentserben beerbt. Soweit dagegen die Querel als begründet angesehen wurde, tritt der Beschwerdeführer, das heißt der Bruder des Erblassers, als Intestaterbe an. Diese Nachlassspaltung gilt auch gegenüber den Erbschaftsgläubigern:

*D. 5.2.15.2 Papinianus 14 quaestionum*

*Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere: [...].*

Ein Sohn, der mit der Klage wegen eines pflichtwidrigen Testaments gegen zwei Erben gerichtlich vorgegangen ist und unterschiedliche Richtersprüche erhalten hat und den einen besiegt hat, von dem anderen besiegt worden ist, kann im Verhältnis zu seinem Anteil sowohl die Schuldner belangen als auch selbst von den Gläubigern belangt werden; ebenso kann er Erbschaftssachen vindizieren und die Erbschaft teilen: [...].

Ein Sohn hat gegen zwei der eingesetzten Erben wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments die Querel erhoben. Der Beschwerde ist gegen einen der Erben stattgegeben worden, gegen den anderen dagegen nicht. Soweit der Sohn nach Intestaterbrecht die Erbschaft erhält, kann er auch von den Erbschaftsgläubigern belangt werden, da er, soweit die Beschwerde Erfolg hatte, als Erbe anzusehen ist.

Trotz der Gefahr widersprüchlicher Entscheide ist die Querel ein weitreichender Rechtsbehelf in den Händen des Angehörigen, der sich als zu Unrecht enterbt oder als zu wenig bedacht ansieht. Dies liegt vor allem daran, dass die *querela inofficiosi testamenti* – wie auch sonstige kaiserrechtliche Rechtsfortbildungen – direkt ins *ius civile* eingreift. Anders als bei der Missachtung des Testaments nach *ius praetorium* ist das angefochtene Testament bei der Querel von Rechts wegen aufgehoben.

Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen sind Abgrenzungsfragen zwischen der kaiserrechtlichen Beschwerde einerseits und dem Rechtsschutz der Erwerbserwartung nach *ius civile* und *ius praetorium* andererseits häufig und in ihrer Auflösung umstritten.

### 7.4.3 Konkurrenzen und Abgrenzungsfragen

Prima facie besteht keine Konkurrenz zwischen dem zivilrechtlichen und prätorischen Enterbungsschutz und der Querel, weil die Vorschriften des *ius civile* und des *ius praetorium* die formell wirksame Enterbung verlangen, während die *querela inofficiosi testamenti* die Berechtigung der Enterbung, also das Enterbungsmotiv, untersucht. Ein Beispiel für diese Abgrenzung bildet:

*D. 5.2.23pr. Paulus liber singularis de inofficioso testamento*

*Si ponas filium emancipatum praeteritum et ex eo nepotem in potestate retentum heredem institutum esse: Filius potest contra filium suum, testatoris nepotem petere bonorum possessionem, queri autem de inofficioso testamento non poterit. Quod si exheredatus sit filius emancipatus, poterit queri et ita iungetur filio suo et simul cum eo hereditatem optinebit.*

Wenn du annimmst, dass der aus der Hausgewalt entlassene Sohn übergangen worden ist und dass der von ihm abstammende Enkel, der in der Hausgewalt zurückbehalten wurde, zum Erben eingesetzt worden ist. In diesem Fall kann der [übergangene] Sohn gegen seinen eigenen Sohn, den Enkel des Erblassers, den Nachlassbesitz beantragen, aber wegen pflichtwidrigen Testaments wird er nicht klagen können. Wenn nun der aus der Hausgewalt entlassene Sohn enterbt worden ist, wird er klagen können, und so wird er mit seinem Sohn verbunden werden und wird zugleich mit ihm die Erbschaft erhalten.

Ein *emancipatus* ist übergangen worden, während der Enkel, der in der Hausgewalt verblieben ist, als Erbe eingesetzt wurde. Da ein *praeterire* vorliegt, kann der *emancipatus* nur die *bonorum possessio contra tabulas* beantragen. Nur falls er enterbt worden wäre, könnte er die *querela inofficiosi testamenti* erheben. Diese würde zum Eintritt der Intestaterbfolge führen, berechtigte also zum Antrag auf die *bonorum possessio ab intestato*. Nach der *nova clausula Iuliani* des Intestaterbrechts würden Sohn und Enkel gemeinsam den (fiktiven) Erbteil des Sohnes erhalten (Kap. 3.3.2).

Ausnahmsweise kann die Querel aber dennoch anstelle der *bonorum possessio contra tabulas* erhoben werden. Dies gilt vor allem für Testamente von Frauen, für die weder Enterbungsregeln nach *ius civile* noch nach *ius praetorium* existieren:

*D. 5.2.28 Paulus liber singularis de septemviralibus iudiciis*

*Cum mater militem filium falso audisset decessisse et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit hereditatem ad filium pertinere ita, ut libertates*

*et legata praestentur. Hic illud adnotandum quod de libertatibus et legatis adicitur: Nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.*

Als eine Mutter fälschlicherweise gehört hatte, dass ihr Sohn, ein Soldat, umgekommen war, und als sie im Testament andere als Erben eingesetzt hatte, entschied der vergöttlichte Kaiser Hadrian, dass die Erbschaft dem Sohn in der Weise zustehe, dass Freilassungen und Vermächtnisse geleistet werden. Hierbei ist hervorzuheben, was über die Freilassungen und Vermächtnisse hinzugefügt wird: Denn wenn ein Testament als pflichtwidrig erwiesen wird, ist nichts von diesem Testament gültig.

Eine Mutter hatte den Sohn übergangen, weil sie gehört hatte, er sei als Soldat gefallen. Kaiser Hadrian (117–138 n. Chr.) weist den Sohn, der die Querel eingelegt hat, durch Urteil in die Erbenstellung ein, wobei er verlangt, die Vermächtnisse und Freilassungen zu erfüllen. Paulus (3. Jahrhundert n. Chr.) hebt dieses Urteil (*decretum*) hervor, da es die Verfügungen aus einem an sich unwirksamen Testament aufrechterhält. Diese Rechtsfolge entspricht dem Edikt über Legate zugunsten ausgenommener Personen, das für die *bonorum possessio contra tabulas* gilt (Kap. 7.3.1). Aufgrund dieses Edikts bleiben Vermächtnisse für einen bestimmten Personenkreis bestehen, obwohl der Prätor das Testament mit Blick auf die Erbenstellung außer Kraft setzt. Auf das Testament einer Frau – wie es im hier entschiedenen Fall vorlag – waren freilich weder die Regeln über die *bonorum possessio contra tabulas* noch das Edikt *de legatis praestandis* anwendbar. Die Querel erscheint daher als eine Ersatzlösung, um die rechtlichen Vorgaben, die für Testamente von Männern galten, auch bei dem Testament einer Frau durchzusetzen.

Erleichtert wird diese Ausweitung der Querel durch die Pauschalität des Beschwerdevorwurfs: Pflichtwidrig ist das Testament, mit dem der Testator seine sittlichen Pflichten verletzt. Welche sittlichen Pflichten den Testator treffen und was diese gebieten, ist eine Tatfrage, die vom jeweiligen Richter zu entscheiden ist. Damit besteht die Möglichkeit, im Einzelfall auch neue Verhaltenspflichten zu formulieren, also flexibel auf den Testamentsinhalt zu reagieren und gesellschaftlichen Veränderungen Rechnung zu tragen. Die Kehrseite der Flexibilität ist Rechtsunsicherheit. Diese betrifft auch die an sich durch die Querel geschützten Personen:

#### *D. 5.2.8.14 Ulpianus 14 ad edictum*

*Meminisse autem oportebit eum, qui testamentum inofficiosum improbe dixit et non optinuit, id quod in testamento accepit perdere et id fisco vindicari quasi indigno ablatum. [...].*

Es wird aber angebracht sein, daran zu denken, dass derjenige, der das Testament zu Unrecht als pflichtwidrig bezeichnet und nicht gewonnen hat, das, was er durch

das Testament erhalten hat, verliert und dass dies, wie wenn es einem Unwürdigen weggenommen worden wäre, für den Fiskus beansprucht wird. [...].

Hält jemand, der im Testament bedacht worden ist, die ausgesprochene Begünstigung für unzureichend und pflichtwidrig, kann er das Testament mit der *querela inofficiosi testamenti* angreifen. Sollte er im Prozess unterliegen, weil der Richter die Pflichtwidrigkeit verneint, verliert der Kläger jeglichen im Testament zugewandten Vorteil: Da er dem Testator zu Unrecht Pflichtwidrigkeit vorgeworfen hat, gilt er nun seinerseits als erbunwürdig (*indignus*) für den testamentarischen Erwerb. Das Vermächtnis oder der Erbteil fällt daher als *bona caduca* an den Fiskus (Kap. 4.4.3); der im Testament Bedachte geht leer aus. Er hätte seinen Angriff auf das Testament besser vorbereiten und die behauptete Pflichtwidrigkeit genauer prüfen müssen.

Genau wie andere kaiserzeitliche Entwicklungen ist damit auch die Querel ein Beleg für die zunehmende Moralisierung des Erbrechts und die Bedeutung fiskalischer Interessen für die zunehmende staatliche Kontrolle der letztwilligen Verfügungen.

In Übersicht 34 sind die betrachteten Entwicklungsstufen des Enterbungsrechts vom *ius civile* bis zum Kaiserrecht zusammengestellt:

#### Übersicht 34: Entwicklungsstufen des Enterbungsrechts

<i>ius civile:</i>	<i>ius praetorium:</i>	Kaiserrecht:
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Verpflichtung, Haus-söhne namentlich, andere Hauskinder pauschal zu enterben</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Verpflichtung, alle Abkömmlinge (auch <i>emancipati</i>) namentlich oder pauschal zu enterben</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Verpflichtung zur <i>pietas</i></li> <li>▪ Enterbung oder geringe Zuwendung nur bei gutem Grund</li> </ul>
Sanktion:	Sanktion:	Sanktion:
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Nichtigkeit des Testaments, Intestaterbfolge</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <i>bonorum possessio ab intestato</i> (wenn Nichtigkeit nach <i>ius civile</i>)</li> <li>▪ <i>bonorum possessio contra tabulas</i> (als prätorische Nichtigkeit des Testaments)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Nichtigkeit des Testaments gegenüber dem eingesetzten Erben, gegen den die Querel gerichtet ist</li> </ul>
Probleme:	Probleme:	Probleme:
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ bedingte Erbeinsetzung des Haussohnes; Enterbung und Einsetzung von <i>postumi</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Verhältnis der <i>bonorum possessio contra tabulas</i> zum <i>ius civile</i> (Kollation, <i>de legatis praestandis</i>, Teilhabe an fremder <i>bonorum possessio</i>); Berücksichtigung der <i>postumi</i> (<i>nova clausula Iuliani</i>)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Unbestimmtheit der Rüge; Häufigkeit widersprechender Urteile und Nachlassspaltung</li> </ul>

## 7.5 Fazit zum Enterbungsrecht

Würdigt man abschließend die Vielfalt der Enterbungsregeln mit Blick auf die drei eingangs formulierten Leitfragen (Kap. 1.3.3), ist zunächst die Parallelität in der Entwicklung der Rechtsschichten zwischen Enterbungsrecht und Intestaterbfolge hervorzuheben:

1. Die Enterbungsvorschriften des *ius civile* schützen das Erbrecht der Hauserben, indem sie dem Hausvater die formelle Gestaltung der Enterbung vorschreiben. Dagegen erweitert das *ius praetorium* den Schutzbereich der Enterbungsregeln, indem es insbesondere Enterbungsregeln für die *emancipati* formuliert. Das Kaiserrecht schließlich, das im Intestaterbrecht eine Gleichstellung der kognatischen Familie gegenüber der agnatischen durchsetzt, schützt den Erben vor der pflichtwidrigen Behandlung durch den Testator. Auf diese Weise ist nicht mehr die Form der Enterbung maßgeblich, sondern ihr Motiv; auch wird die Beschwerde möglich, der Erblasser habe den im Testament eingesetzten Erben zu wenig bedacht.

2. Die Grundsätze, die für den Schutz gegen Testamente in der jeweiligen Rechtsschicht gelten, entsprechen den bereits für das Intestaterbrecht beobachteten Tendenzen: Im *ius civile* steht der Schutz der Hauserben als Teilhaber am Familienvermögen im Vordergrund; gleichzeitig wird die Testierfreiheit – verstanden als inhaltliche Gestaltungsfreiheit – hochgehalten. Die Vorgaben an den Erblasser betreffen vor allem die Form der Erbeinsetzung und der Enterbung. Dem *ius praetorium*, das ebenfalls an der Förmlichkeit für die Wirksamkeit der Enterbung festhält, liegt ein verändertes Familienmodell zugrunde, das stärker auf die kognatischen Verbindungen, vor allem der emanzipierten Kinder zu ihrer Herkunftsfamilie, abstellt. Gleichzeitig wird im *ius praetorium* die Tendenz erkennbar, die verschiedenen Interessen der zivilen wie prätorischen Erben zum Ausgleich zu bringen. Diese Bemühungen liegen auch den kaiserzeitlichen Eingriffen in das *ius praetorium* zu Grunde. Die damit verbundenen Auflösungstendenzen, zum Beispiel mit Blick auf die Trennung von Testaments- und Intestaterbrecht, erleichtern den Übergang zu der auf die sittliche Gesinnung des Testators abstellenden Betrachtung in der *querela inofficiosi testamenti*. Auch wenn die Ursprünge dieser Beschwerde schon in der Republik liegen, entspricht die verstärkte sittliche Kontrolle der erblasserischen Motive durch die kaiserliche Gerichtsbarkeit dem in der Ehegesetzgebung des Augustus begonnenen staatlichen Zugriff auf das Erbrecht. Die staatliche Kontrolle entwertet die private Rechtsmacht, die gerade im Testament ihren bedeutsamsten Ausdruck gefunden hat.

3. Die römische Jurisprudenz scheint bei der Ausprägung des Enterbungsrechts auf seinen verschiedenen Stufen eine tragende Rolle gespielt zu haben: So waren die republikanischen Juristen an der kautelarjuristischen Ausgestaltung der Testamentsregeln des *ius civile* und damit auch an der Formulierung der Enterbungsvorschriften beteiligt. Auch das *ius praetorium* war ein Bereich, in dem die Juristen durch Verfeinerung der bestehenden Regeln die widerstreitenden Interessen von Testamentserben und übergangenen Abkömmlingen in Ausgleich bringen mussten. Es überrascht daher nicht, dass die Digesten für die *bonorum possessio contra tabulas* ein reichhaltiges kasuistisches Material und eine große Anzahl juristischer Kontroversen überliefern. Viel weniger ausführlich werden in der juristischen Literatur die Anwendungsfragen der kaiserzeitlichen Querel erörtert. Dies mag damit zusammenhängen, dass der Kern dieses Rechtsbehelfs in der Prüfung der Tatfrage bestand, also der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit des Testaments. Für diese sittliche Frage konnten Leitlinien formuliert und Beispiele angeführt werden, über deren Lösung durchaus unterschiedliche Meinungen bestehen konnten. Diese waren aber auf den jeweiligen Einzelfall beschränkt. Von allgemeinem Interesse waren allenfalls die rechtlichen Fragen, die durch widersprechende Urteile oder durch die Konkurrenz von *bonorum possessio contra tabulas* und *querela inofficiosi testamenti* verursacht wurden. Sie fanden daher bevorzugt Eingang in die römische Rechtsliteratur und in die Digesten.

## 8 Das Vermächtnisrecht

Das Vermächtnis (*legatum*) ist schon im Zwölftafelgesetz von ca. 450 v. Chr. vorgesehen, das mit dem Satz *uti legassit super familia pecuniave tutelave sua, ita ius esto* (V,3) das Legatentestament (Kap. 6.1), das heißt die Zuwendung einzelner Vermögensgegenstände an Nichthauserbern regelt. Im Recht der entwickelten Republik und Kaiserzeit bildet das Vermächtnis das Gegenstück zur Erbeinsetzung:

*D. 30.116pr. Florentinus 11 institutionum*

*Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.*

Ein Vermächtnis ist eine Verminderung der Erbschaft, durch die der Testator will, dass von dem, was gesamthaft dem Erben gehören würde, einem anderen etwas zugewendet werde.

Das Vermächtnis stellt sich als Verringerung der dem Erben als Rechtsnachfolger zufließenden Vermögensvorteile dar: Während die Erbeinsetzung zur Universalsukzession führt, erhält der Vermächtnisnehmer (Legatar) nur einen einzelnen Gegenstand aus der Erbschaft. Typische Legatsgegenstände sind den Titeln der Bücher 33–34 der Digesten zu entnehmen. Die Titel nennen „alljährliche Leistungen“, „Gebrauchsrecht, Nießbrauch, Ertrag, Wohnung und Arbeitsleistung“, „Dienstbarkeit“, „Mitgift“, „Getreide, Wein und Öl“, „Ausstattung und Zubehör“, „Sondergut“ (*peculium*), „Lebensmittelvorrat“ (*penus legata*), „Hausrat“, „Unterhalt und Verpflegung“, „Gold, Silber, Toilettenartikel, Schmuck, Salben, Kleidung, Kleidungsstücke und Statuen“ und „Schuldbefreiung“ als Gegenstände der Legate. Schon diese nicht abschließende Liste zeigt, dass Legate vorrangig der Versorgung von nahestehenden oder schutzbedürftigen Personen über den Tod des Erblassers hinaus dienen.

Der Vielfalt der Legatsgegenstände entsprechend zeichnet sich auch das Legatsrecht durch eine große Ausdifferenzierung von Vorgaben und Rechtsfolgen aus. Dies gilt nicht nur für die verschiedenen Rechtsschichten, sondern schon innerhalb des *ius civile*. Im Folgenden sind daher zunächst die Legatsregeln des *ius civile* einschließ-

lich der gesetzlichen Legatsbeschränkungen zu betrachten, bevor auf den prätorischen Schutz des Legatars und die kaiserzeitlichen Entwicklungen einzugehen ist.

## 8.1 Legate nach *ius civile*

Das Legatsrecht des *ius civile* kennt vier verschiedene Vermächtnisarten, die sich sowohl in ihrer Begründung als auch in ihren Wirkungen unterscheiden:

*Gai. 2,192*

*Legatorum itaque genera sunt quattuor: Aut enim per vindicationem legamus aut per damnationem aut sinendi modo aut per praeceptionem.*

Es gibt also vier Arten von Vermächtnissen; denn man vermacht entweder durch Vindikationslegat oder durch Damnationslegat oder so, dass eine Duldungspflicht begründet wird, oder durch Präzeptionslegat.

Die vier Legatsarten des *ius civile* sind das dinglich wirkende Vindikationslegat, das schuldrechtliche Damnationslegat und die beiden Sonderformen: das Legat mit Duldungspflicht und das Präzeptionslegat. Diese Legatstypen unterscheiden sich nach ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen.

### 8.1.1 Vindikations- und Damnationslegat

Die weitreichendste Befugnis erhält der Legatar, dem durch Vindikationslegat (*legatum per vindicationem*) vermacht wird:

*Gai. 2,194*

*Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, vindicare debet, id est intendere suam rem ex iure Quiritium esse.*

Daher aber wird es als Vindikationslegat bezeichnet, weil die Sache sofort nach dem Antritt der Erbschaft nach *ius Quiritium* dem Legatar gehört; und wenn der Vermächtnisnehmer diese Sache entweder vom Erben oder von irgendeinem anderen, der sie besitzt, verlangt, muss er die Vindikation (Herausgabeklage) erheben, das heißt begehren, dass die Sache nach *ius Quiritium* seine sei.

Der Vermächtnisnehmer eines Vindikationslegats erhält das Eigentum an der vermachten Sache, sobald der testamentarische Erbe die Erbschaft antritt. Der Legatar kann daher die Eigentumsklage (*rei vindicatio*) gegen den Erben erheben („vindizieren“). Voraussetzung für diese Rechtsfolge ist die Verwendung bestimmter Vermächtnisworte:

*Gai. 2,193*

*Per vindicationem hoc modo legamus: „Titio“ verbi gratia „hominem Stichum do lego“; sed et si alterutrum verbum positum sit, veluti „do“ aut „lego“, aequè per vindicationem legatum est: [...].*

Mittels Vindikationslegat (*per vindicationem*) vermachen wir auf diese Weise: „Dem Titius“ beispielsweise „gebe und vermache ich den Sklaven Stichus“; aber auch wenn nur eines der beiden Worte verwendet wurde, zum Beispiel „ich gebe“ oder „ich vermache“, ist in gleicher Weise durch Vindikationslegat vermacht worden: [...].

Das Vindikationslegat wird herkömmlich durch die Synonymdopplung „ich gebe, ich vermache“ (*do lego*) ausgesetzt; zu Gaius' Zeit (2. Jahrhundert n. Chr.) genügt jedoch eines der beiden Worte. Beide verwendete Verben zeigen an, dass der Vermächtnisnehmer unmittelbar Eigentum vom Erblasser erwirbt, dem Legat also dingliche Wirkung zukommt. Das Vindikationslegat kann daher nur an Sachen begründet werden, die im Eigentum des Erblassers stehen:

*Gai. 2,196*

*Hae autem solae res per vindicationem legantur recte, quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt. [...].*

Allein diejenigen Sachen aber werden wirksam mit dinglicher Wirkung vermacht, die nach *ius Quiritium* dem Erblasser selbst gehören. [...].

Das dingliche Vermächtnis, das sich auf einen fremden Gegenstand bezieht, ist unwirksam; das zur Zeit des Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) gültige Kaiserrecht (*senatusconsultum Neronianum*) lässt aber eine Umdeutung des unwirksamen Vindikationslegats in ein Damnationslegat zu (Kap. 8.4.1). Das Damnationslegat (*legatum per damnationem*) hat rein obligatorische Wirkungen:

*Gai. 2,201*

*Per damnationem hoc modo legamus: „Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto“; sed et si „dato“ scriptum fuerit, per damnationem legatum est.*

Durch Damnationslegat vermachen wir auf diese Weise: „Mein Erbe soll verpflichtet sein, meinen Sklaven Stichus zu geben“; aber auch wenn geschrieben wurde „soll geben,“ ist durch Damnationslegat vermacht worden.

Es wird traditionell mit den Worten „der Erbe soll verpflichtet sein“ (*heres damnas esto*) errichtet. Auch hier sind aber im 2. Jahrhundert n. Chr. vergleichbare Formulierungen wie „er soll geben“ (*dato*) zugelassen. Ein Eigentumserwerb des Legatars kann daher erst dann erfolgen, wenn der Erbe die Sache an den Vermächtnisnehmer herausgibt. Weigert sich der Erbe, das Damnationslegat zu erfüllen, kann der Vermächtnisnehmer auf Erfüllung der Verpflichtung klagen. Grundlage ist die Klage aus dem Testament (*actio ex testamento*):<sup>25</sup>

*Iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia ex testamento dare oportere, qua de re agitur, tantam pecuniam et alteram tantam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

Du sollst Richter sein. Wenn es sich erweist, dass Numerius Negidius (der Beklagte) verpflichtet ist, dem Aulus Agerius (dem Kläger) 10'000 Sesterzen aus dem Testament zu geben, was Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist, sollst du, Richter, den Numerius Negidius (den Beklagten) zugunsten des Aulus Agerius (des Klägers) zur Zahlung von so viel Geld und zu noch einmal so viel verurteilen. Wenn es sich nicht erweist, sollst du ihn freisprechen.

Nach dieser Klageformel muss der klagende Vermächtnisnehmer beweisen, dass ihm das Testament ein entsprechendes Forderungsrecht einräumt. Gelingt ihm der Nachweis, wird der Erbe zur Zahlung einer Geldsumme, die dem Wert des vermachten Gegenstandes entspricht,<sup>26</sup> verurteilt (*condemnatio pecuniaria*, Kap. 5.2). Die Beschränkung auf eine Geldsumme im Urteilspruch gilt nicht nur dann, wenn dem Vermächtnisnehmer – wie in der zitierten Musterformel – von vornherein das Recht auf eine Geldsumme vermacht worden ist. Vielmehr kann der Richter auch dann nur auf eine Geldsumme und nicht auf Naturalleistung verurteilen, wenn im Testament das Recht auf eine Sache eingeräumt worden ist. Die Sache selbst erhält der Legatar nur dann, wenn sich der Erbe zur Übertragung bereitfindet. Im Prozesswege kann der

<sup>25</sup> Die Rekonstruktion stammt von *Otto Lenel*, *Das Edictum perpetuum*, 3. Aufl. Leipzig 1927, 367f.

<sup>26</sup> Die Formel erwähnt noch die Verdoppelung des Streitwertes; die Voraussetzungen hierfür sind freilich nicht gänzlich geklärt und können hier außer Betracht bleiben.

Begünstigte aufgrund der beschränkten Kondemnationsbefugnis des Richters nur die Zahlung von Wertersatz durchsetzen.

Da das Damnationslegat nur eine Verpflichtung des Erben zur Übertragung der Sache begründet, kann es – anders als das Vindikationslegat – auch an Sachen begründet werden, die nicht dem Testator gehören:

*Gai. 2,202*

*Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat.*

Und mit dieser Art von Legat kann auch eine fremde Sache vermacht werden, so dass der Erbe gezwungen ist, die Sache zu erwerben und zu leisten oder ihren Schätzwert zu geben.

Das Damnationslegat verpflichtet den Erben nicht nur, eine in der Erbmasse befindliche Sache zu übertragen, sondern begründet sogar die Pflicht, die vermachte Sache, wenn sie nicht zur Erbmasse gehört, zu erwerben und an den Legatar herauszugeben. Will der Eigentümer die Sache nicht an den Erben veräußern oder weigert sich der Erbe, sie zu erwerben, haftet er dem Legatar aus der *actio ex testamento* auf den Geldwert der Sache.

Besonderen Zwecken dienen die zwei Sonderformen des Vindikations- und Damnationslegats, das Duldungslegat (*legatum sinendi modo*) und das Präzeptionslegat (*legatum per praeceptionem*).

### 8.1.2 Duldungs- und Präzeptionslegat

Das Duldungslegat (*legatum sinendi modo*) erlaubt dem Legatar, Sachen an sich zu nehmen und für sich zu behalten:

*Gai. 2,209*

*Sinendi modo ita legamus: „Heres meus [dare] damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibi que habere.“*

Mittels Duldungslegat vermachen wir auf diese Weise: „Mein Erbe soll verpflichtet sein zuzulassen, dass Lucius Titius den Sklaven Stichus ergreift und für sich behält.“

Das Legat mit Duldungspflicht zwingt den Erben, das eigenmächtige Verhalten des Legatars hinzunehmen. Diese Duldungspflicht deutet Gaius als Kompromiss zwischen Vindikations- und Damnationslegat:

Gai. 2,210

*Quod genus legati plus quidem habet quam per vindicationem legatum, minus autem quam per damnationem: nam eo modo non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui, cum alioquin per vindicationem nisi suam rem legare non potest, per damnationem autem cuiuslibet extranei rem legare potest.*

Diese Art von Vermächtnis umfasst zwar mehr als das Vindikationslegat, aber weniger als das Vermächtnis mit verpflichtender Wirkung, denn auf diese Weise kann der Erblasser nicht nur seine eigene Sache wirksam vermachen, sondern auch die seines Erben, während er sonst durch Vindikationslegat nur seine eigene Sache, durch Damnationslegat aber die Sache jedes beliebigen Außenstehenden vermachen kann.

Da das *legatum sinendi modo* den Erben verpflichtet, Handlungen des Legatars zu dulden, kann es sich zwar nicht wirksam auf fremde Sachen beziehen wie das Damnationslegat, erlaubt aber das Vermächtnis an Sachen des Erben. Damit ist es flexibler als das Vindikationslegat, das nur die Verfügung über eigene Sachen des Erblassers ermöglicht, reicht aber weniger weit als das Damnationslegat, das dem Erben sogar eine Verschaffungspflicht auferlegt. Ein Beispiel für das *legatum sinendi modo* bildet:

D. 34.3.16 Paulus 9 ad Plautium

*Ei cui fundum in quinquennium locaveram legavi quidquid eum mihi dare facere oportet oportebitve ut sineret heres sibi habere. Nerva Atilicinus, si heres prohiberet eum frui, ex conducto, si iure locationis quid retineret, ex testamento fore obligatum aiunt, quia nihil interesset, peteretur an retineret: Totam enim locationem legatam videri.*

Demjenigen, dem ich ein Grundstück auf fünf Jahre verpachtet hatte, habe ich alles, was er verpflichtet ist oder verpflichtet sein wird, mir zu geben oder für mich zu tun, vermacht, so dass mein Erbe dulden soll, dass er [der Pächter] es für sich behält. Nerva und Atilicinus sagen, dass der Erbe, wenn er ihn [den Pächter und Legatar] davon abhalte, daraus Nutzen zu ziehen, aus dem Pachtvertrag verpflichtet sein werde, [und] wenn er durch das Recht der Verpachtung irgendetwas zurückhalte, aus dem Testament verpflichtet sein werde, weil es nicht darauf ankomme, ob er verlange oder zurückbehalte, denn das gesamte Pachtverhältnis werde als vermacht angesehen.

Der Testator, der ein Grundstück für fünf Jahre verpachtet hat, vermacht dem Pächter den Erlass aller Verpflichtungen aus dem Pachtverhältnis, indem er dem Pächter erlaubt, alles für sich zu behalten, was er sonst dem Erben als Rechtsnachfolger des

Verpächters leisten müsste. Auf diese Weise wird – wie die Stellungnahme der Juristen Nerva und Atilicinus (beide 1. Jahrhundert n. Chr.) zeigt – nicht das Pachtverhältnis aufgehoben, denn der Legatar kann sich weiterhin gegenüber dem Erben auf die Rechte als Pächter berufen. Vielmehr hat der Erblasser nur seine Forderungen als Verpächter auf den Pächter übertragen, weshalb dem Erben die Berufung auf Vorrechte des Verpächters gegenüber dem Legatar untersagt wird.

Eine besondere Rechtsfolge kennzeichnet auch das Präzeptionslegat (*legatum per praeceptionem*, von *praecipere* = „vorwegnehmen“):

*Gai. 2,216*

*Per praeceptionem hoc modo legamus: „Lucius Titius hominem Stichum praecipito.“*

Durch Präzeptionslegat vermachen wir auf diese Weise: „Lucius Titius soll den Sklaven Stichus vorwegnehmen.“

Durch ein Präzeptionslegat wird eine Person berechtigt, einen Gegenstand aus einem gemeinschaftlichen Vermögen heraus für sich vorwegzunehmen. Der Gegenstand scheidet also aus dem gemeinschaftlichen Nachlass aus und unterliegt nicht der Teilung (Kap. 4.1.1). Vielmehr wird der vermachte Gegenstand dem Erben vorab zugewendet und fällt nicht an die Erbengemeinschaft. Entsprechend wird der Wert dieses Gegenstandes nicht auf den Erbteil angerechnet, sondern steht dem Erben zusätzlich zu seiner quotalen Berechtigung am Nachlass zu. Da die Vorwegnahme voraussetzt, dass der Legatar gleichzeitig Erbe geworden ist, war umstritten, ob das Präzeptionslegat auch für einen Nichterben ausgesetzt werden konnte:

*Gai. 2,217*

*Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant nisi ei, qui aliqua ex parte heres scriptus esset. Praecipere enim esse praecipuum sumere; quod tantum in eius persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit.*

Aber unsere Lehrer meinen zwar, dass keinem anderen auf diese Weise vermacht werden könne außer demjenigen, der zu irgendeinem Teil als Erbe eingesetzt worden war. „Vorwegnehmen“ sei nämlich „das im Voraus Erhaltene zu ergreifen“, was nur im Falle dessen gelinge, der zu irgendeinem Teil als Erbe eingesetzt worden sei, weil dieser das vorweg erhaltene Vermächtnis außerhalb des Erbteils haben werde.

Erneut handelt es sich um einen Streit zwischen den beiden Rechtsschulen des 1. Jahrhunderts n. Chr.: Während die Sabinianer („unsere Lehrer“) nur das an einen Erben

erteilte Präzeptionslegat für wirksam erachten, befürworten die Proculianer eine Umdeutung:

*Gai. 2,221*

*Sed diversae scholae auctores putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse, proinde ac si ita scribatur: „Titius hominem Stichum praecipito“, supervacuo adiecta praesyllaba ‘prae’; ideoque per vindicationem eam rem legatam videri: [...].*

Aber die Vertreter der anderen Schule meinen, man könne auch einem Nichterben durch Präzeptionslegat zuwenden, ebenso wie wenn auf diese Weise geschrieben werde: „Titius soll den Sklaven Stichus vorwegnehmen“, wobei die Silbe „vorweg“ überflüssigerweise hinzugefügt worden sei; und deshalb schein diese Sache mit dinglicher Wirkung vermacht worden zu sein: [...].

Das einem Nichterben ausgesetzte Präzeptionslegat kann nach Meinung der Proculianer zwar nicht als solches Wirksamkeit entfalten, ist aber als Vindikationslegat zu behandeln: Die im *legatum per praeceptionem* erteilte Erlaubnis, die Sache vorwegzunehmen (*praecipere*), enthalte die dingliche Zuwendung der Sache.

Die vier Vermächtnisarten des *ius civile* stellen ein ausdifferenziertes Instrumentarium dar, das dem Erblasser erlaubt, die Rechtsnatur der Zuwendung durch die Wahl der Vermächtnisart genau zu gestalten. Gerade die beiden Sonderformen des Legatsrechts – das Legat mit Duldungspflicht und das Präzeptionslegat – zeigen, dass die Differenzierung der Vermächtnisformen verschiedenen Zuwendungszwecken dient: Während das Vindikationslegat dem Legatar einen raschen und vom Erben unabhängigen Zugriff auf die Sache bietet, erlaubt das Damnationslegat, eine fremde oder noch zu erwerbende Sache zuzuwenden. Das Duldungslegat wiederum ist für den Sonderfall der dem Erben gehörigen Sache geschaffen; das Präzeptionslegat für den Fall der Personenidentität von Legatar und Erbe. Damit ist nach *ius civile* der mit dem Legat verfolgte Zweck in der Form erkennbar und umgesetzt. Nur unter Einhaltung der für das jeweilige Legat vorgeschriebenen Form kann der Erblasser den gewollten Zweck erreichen.

Übersicht 35: Legatsformen des *ius civile*

Vindikationslegat:	Damnationslegat:	Duldungslegat:	Präzeptionslegat:
„ich gebe, vermache“ ( <i>do lego</i> )	„der Erbe soll verpflichtet sein“ ( <i>damnas esto</i> )	„der Erbe soll zur Duldung verpflichtet sein“ ( <i>damnas esto sinere</i> )	„er soll vorwegnehmen“ ( <i>praecipito</i> )
<b>dingliche Wirkung:</b> Legatar wird Eigentümer beim Antritt des Erben und kann <i>rei vindicatio</i> erheben	<b>obligatorische Wirkung:</b> Legatar erhält Forderungsrecht beim Antritt und kann <i>actio ex testamento</i> erheben	<b>obligatorische Wirkung:</b> Erbe muss die Wegnahme durch den Legatar dulden	<b>dingliche Wirkung:</b> umstritten, ob nur für Erben (Sabinianer) oder auch als Vindikationslegat für Nichterben gültig (Proculianer)
→ nur an eigenen Sachen des Testators	→ auch an fremden Sachen (Beschaffungspflicht)	→ auch an Sachen des Erben (Duldungspflicht)	→ nur an eigenen Sachen des Testators

Neben der Wahl der Legatsform kann der Erblasser das Legat auch durch Beifügung einer Nebenbestimmung gestalten, also vorsehen, dass die Zuwendung nur bei Eintritt bestimmter äußerer Umstände oder aufgrund eines bestimmten Verhaltens zustehen soll.

## 8.1.3 Nebenbestimmungen zum Legat

Schon die republikanischen Juristen systematisieren die Nebenbestimmungen nach ihren Voraussetzungen und Wirkungen, indem sie die (aufschiebende) Befristung (*dies*), die Bedingung (*condicio*) und die Auflage (*modus*) unterscheiden. Das Legat unter Auflage ist unbedingte; die Beifügung der Auflage verändert also die Wirksamkeit des Legats nicht:

*D. 32.19 Valens 5 fideicommissorum*

*Si tibi legatum est [...] relictum, uti quid facias, etiamsi non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit, Nerva et Atilicinus recte putaverunt.*

Wenn dir ein Vermächtnis [...] mit der Auflage hinterlassen worden ist, dass du etwas tust, auch wenn es nicht im Interesse des Erben liegt, dass dies getan wird, muss dir die Klage verweigert werden, wenn du dem Erben nicht Sicherheit dafür leistest, dass geschehen wird, was der Verstorbene gewünscht hat; dies haben Nerva und Atilicinus zu Recht angenommen.

Die Erfüllung der Auflage wird dadurch sichergestellt, dass der Erbe die Leistung des Legats so lange verweigern kann, bis der Legatar die Auflage erfüllt oder eine Sicherheitsleistung (Kautio) erbracht hat. Klagt der Legatar auf die Erfüllung des Legats, hängt die Verurteilung des Erben mithin davon ab, dass der Legatar mittels Stipulation (Kautio) verspricht, die in der Auflage verlangte Handlung (*facere*) vorzunehmen. Da die Kautio eine rasche Ersatzleistung garantiert, gilt die Vornahme der Kautio als Erfüllung der Auflage. Der von Nerva und Atilicinus (beide 1. Jahrhundert n. Chr.) entschiedene Fall zeichnet sich durch die Besonderheit aus, dass der Erbe selbst kein Interesse an der Erfüllung der Auflage hat. Hier kann – wenn es zum Prozess kommt – der Prätor die Abgabe der Kautio vom Legatar erzwingen, um den erblasserischen Willen zu schützen.

Steht das Legat unter einer Zeitbestimmung oder Bedingung, ist nach Art der Nebenbestimmung zu differenzieren:

*D. 35.1.1.1–3 Pomponius 3 ad Quintum Mucium*

1 *Cum dies certus adscriptus est, quamvis dies nondum venerit, solvi tamen possunt, quia certum est ea debitu iri.*

2 *Dies autem incertus est, cum ita scribitur „heres meus cum morietur, decem dato“: Nam diem incertum mors habet eius. Et ideo si legatarius ante decesserit, ad heredem eius legatum non transit, quia non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit moriturum heredem.*

3 *Inest autem condicio legati, veluti cum ita legamus: „Quod ex Arescusa natum fuerit, heres dato“ aut „fructus, qui ex eo fundo percepti fuerint, heres dato“ aut „servum, quem alii non legavero, Seio dato“.*

1 Wenn ein bestimmter Termin [für die Erfüllung eines Legats] dazugeschrieben worden ist, können sie [die Legate], obwohl der Termin noch nicht gekommen ist, dennoch erfüllt werden, weil ja sicher ist, dass sie in Zukunft fällig werden.

2 Ein Termin ist aber unbestimmt, wenn so geschrieben wird „wenn mein Erbe sterben wird, soll er zehn geben“, denn sein [des Erben] Tod hat einen unbestimmten Termin. Und deshalb, wenn der Legatar vorher verstorben ist, geht das Legat nicht auf dessen Erben über, weil ja der Anfallstag nicht zu dessen [des Legatars] Lebzeiten gekommen ist, obwohl sicher gewesen ist, dass der Erbe versterben wird.

3 Eine Bedingung für ein Legat ist aber enthalten, wenn wir zum Beispiel so ver machen: „Was von [der Sklavin] Arescusa geboren wird, soll der Erbe geben“, oder „Früchte, die aus diesem Grundstück geerntet werden, soll der Erbe geben“, oder „den Sklaven, den ich keinem anderen vermacht habe, soll er dem Seius geben“.

Pomponius (2. Jahrhundert n. Chr.) grenzt den bestimmten Termin (*dies certus*) von der unbestimmten Zeitbestimmung (*dies incertus*) und der Bedingung (*condicio*) ab: Während es beim bestimmten Termin nicht zweifelhaft sei, dass die einklagbare Verpflichtung aus dem Legat irgendwann entstehe, so dass das Legat sofort erfüllbar, aber erst am Termin einklagbar sei, sei bei der unbestimmten Zeitbestimmung und bei der Bedingung unsicher, ob das Legat überhaupt irgendwann Wirksamkeit entfalte. Versterbe der Legatar vor dem Eintritt des unbestimmten Termins oder der Bedingung, gehe das Legat daher nicht auf seinen Erben über. Dagegen sei das Legat unter bestimmtem Termin dem Legatar erworben und gehe auch auf seinen Erben über.

Mit diesen Differenzierungen sind die Modalitäten des Legaterwerbs angesprochen.

#### 8.1.4 Erwerb des Legats

Das Legat muss nicht nur in den beschriebenen Formen ausgesetzt werden; seine Wirksamkeit ist auch davon abhängig, dass der Testator überhaupt einen Erben einsetzt:

*Gai. 2,229*

*Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.*

Das Legat vor der Erbeinsetzung ist unwirksam, weil die Testamente natürlich ihre Kraft aus der Erbeinsetzung erhalten, und deshalb wird die Einsetzung eines Erben als Hauptsache und Grundlage des gesamten Testaments aufgefasst.

Diese Abhängigkeit des Legats von der Erbeinsetzung kommt in der Testamentsurkunde dadurch zum Ausdruck, dass die Legate nach der Erbeinsetzung zu schreiben sind, weil die Erbeinsetzung die Hauptsache und Grundlage des gesamten Testaments (*caput et fundamentum totius testamenti*) bildet. Weiter sind Legate auch nur dann wirksam, wenn der eingesetzte Erbe die Erbeinsetzung annimmt. Damit ist der Legatar davon abhängig, dass der Hauserbe die Erbschaft nicht ausschlägt beziehungsweise der Außenerbe den Erbschaftsantritt erklärt (Kap. 4.I.3).

Aus dieser Verknüpfung der Legatswirkungen mit der *institutio heredis* ergibt sich eine wichtige Unterscheidung zweier Stichtage für die Wirkungen des Legats, die als *dies cedens* (wörtlich: „der zufallende Tag“) und *dies veniens* (wörtlich: „der eintreffende Tag“) bezeichnet werden. *Dies cedens* oder „Anfallstag“ des Legats ist der Todeszeitpunkt des Testators; *dies veniens* oder „Erwerbstag“ ist der Tag, ab dem das

Legat klageweise geltend gemacht werden kann. Letzterer ist erst ab dem Zeitpunkt der Erbschaftsannahme durch den Erben eingetreten.

Indem das Legat schon mit dem Todeszeitpunkt als „angefallen“ gilt (*dies cedens*), wird der Legatar vor der mutwilligen Verzögerung des Antritts durch den Erben geschützt: Verstirbt der Legatar während der Wartezeit, fällt das Vermächtnis nicht in die Erbmasse, sondern steht dem Erben des Legatars zu. Der Erbe, von dessen Antritt die Durchsetzbarkeit des Legats abhängt, kann also nicht darauf spekulieren, die Erfüllung des Legats durch Zuwarten vermeiden zu können:

*D. 36.2.5pr. Ulpianus 20 ad Sabinum*

*Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum.*

Wenn der Legatar nach dem *dies cedens* des Legats verstorben ist, geht das Legat auf seinen Erben über.

Der Todestag des Erblassers gilt so lange als *dies cedens*, wie nicht der Testator selbst die Wirksamkeit des Legats auf einen anderen Zeitpunkt verschoben hat. Dabei wirkt sich insbesondere die Hinzufügung von Nebenbestimmungen auf den Eintritt des *dies cedens* aus:

*D. 36.2.5.1–2 Ulpianus 20 ad Sabinum*

*1 Itaque si purum legatum sit, ex die mortis dies eius cedit: si vero post diem sint legata relicta, simili modo atque in puris dies cedit, nisi forte id fuit legatum, quod ad heredem non transit: [...].*

*2 Sed si sub condicione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit quam condicio fuerit impleta, ne quidem si ea sit condicio, quae in potestate sit legatarii.*

1 Daher tritt der *dies cedens*, wenn das Legat unbedingt ist, am Tag von dessen Tod [sc. des Erblassers] ein. Wenn aber die Legate für einen späteren Termin hinterlassen worden sind, tritt der *dies cedens* auf ähnliche Weise wie bei den unbedingten Legaten ein, wenn nicht zufällig etwas vermacht worden ist, was nicht auf den Erben übergeht: [...].

2 Wenn aber ein Legat unter einer Bedingung hinterlassen worden ist, tritt der *dies cedens* des Legats nicht eher ein, als dass die Bedingung erfüllt worden ist. [Anderes gilt] nicht einmal, wenn es sich um eine solche Bedingung handelt, die in der Macht des Legatars steht.

Nicht jede dem Legat beigefügte Nebenbestimmung hat Auswirkungen auf den Anfallstag des Legats: Die Beifügung einer (fixen) Zeitbestimmung (*dies*) und einer Auflage

(*modus*) führen nicht zu einer Verschiebung des *dies cedens*. Vielmehr bleibt dieser am Todestag des Erblassers. Eine Verschiebung des *dies cedens* erfolgt aber durch die Beifügung einer (aufschiebenden) Bedingung (*condicio*): Indem sie die Wirkungen des Legats an den Bedingungseintritt knüpft, muss sowohl die Bedingung als auch der Tod des Erblassers eingetreten sein. Als *dies cedens* gilt der Tag, an dem das spätere der beiden Ereignisse eingetreten ist; der *dies cedens* ist damit bis zum *dies veniens* aufgeschoben.

Eine Ausnahme gilt, wenn die Bedingung als unmögliche Bedingung gestrichen wurde:

*D. 36.2.5.4 Ulpianus 20 ad Sabinum*

*Idemque et in impossibili condicione, quia pro puro hoc legatum habetur.*

Und dasselbe gilt auch für eine unmögliche Bedingung, weil dieses Legat für unbedingt gehalten wird.

Ist die Bedingung unmöglich, gilt sie als ungeschrieben (Kap. 6.1.3), so dass das Legat wie ein unbedingtes behandelt wird und der Todestag des Erblassers als *dies cedens* gilt.

Eine weitere Ausnahme betrifft die Fälle, in denen der Bedingungseintritt des bedingten Legats durch den Erben oder eine in der Gewalt des Erben befindliche Person vereitelt wird:

*D. 35.1.24 Iulianus 55 digestorum*

*Iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem impleri, fit, quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset: Quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. [...].*

Nach *ius civile* ist anerkannt, dass, sooft es sich durch denjenigen ereignet, in dessen Interesse es liegt, dass die Bedingung erfüllt werde, dass sie nicht erfüllt wird, die Bedingung ebenso angesehen wird, als ob sie erfüllt worden wäre. Dies haben die meisten sowohl auf Legate als auch auf die Einsetzungen von Erben angewandt. [...].

Nach *ius civile* ist eine Bedingung als eingetreten zu behandeln, wenn jemand, der ein Interesse daran hat, dass sie eintritt oder nicht eintritt, ihren Eintritt verhindert. Dieses Kriterium trifft nicht nur auf den durch das Legat beschwerten Erben oder einen Miterben zu, sondern erfasst auch Personen, die auf eine möglichst ungeschmälerte Erbschaft zugreifen wollen wie etwa Erbschaftsgläubiger. Im Ergebnis soll also verhindert werden, dass sich diese auf Kosten eines im Testament Begünstigten bereichern, weshalb dieser Grundsatz (Fiktion) sowohl für bedingte Erbeinsetzungen als auch für bedingte Legate gilt.

Ein Beispiel für die Wirkung dieser Fiktion im Vermächtnisrecht bilden die Fälle, in denen dem Legatar im Rahmen der Bedingung auferlegt wurde, etwas an den Erben oder einen Dritten zu leisten, um das Legat zu erhalten:

*D. 36.2.5.5 Ulpianus 20 ad Sabinum*

*Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat quo minus impleatur, sed aut per heredem aut per eius personam, in cuius persona iussus est parere conditioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur: Ut puta si iussus sim heredi decem dare et ille accipere nolit. [...].*

Wenn es ebenso irgendeine Bedingung gibt, deren Nichterfüllung nicht vom Legatar abhängt, sondern entweder vom Erben oder von einer Person, hinsichtlich derer [dem Legatar] befohlen worden ist, sich an sie für die Erfüllung der Bedingung zu richten, tritt der *dies cedens* des Legats ein, weil sie [die Bedingung] ja für erfüllt gehalten wird. Wie zum Beispiel, wenn mir befohlen wurde, meinem Erben zehn zu geben, und jener nicht annehmen will. [...].

In Ulpian's Fall ist das Legat unter der Bedingung ausgesetzt, dass der Legatar dem Erben eine Geldsumme zahlt. *Dies cedens* ist damit an sich der Zeitpunkt, an dem der Legatar die Bedingung erfüllt. Vereitelt der Erbe den Bedingungseintritt, indem er die Annahme der Zahlung verweigert, gilt die Bedingung dennoch als eingetreten, so dass das Legat mit dem Zeitpunkt der Verweigerung anfällt.

Einen letzten Sonderfall des (aufschiebend) bedingten Legats bildet das Legat unter einer negativen Potestativbedingung. Hier würde erst mit dem Tod des Legatars feststehen, dass er die in der Bedingung verbotene Handlung tatsächlich nicht durchgeführt hat. Um den Legatar schon vorher in den Genuss des Legats zu bringen, entwickelte der republikanische Jurist Quintus Mucius Scaevola (Konsul im Jahr 95 v. Chr.) eine kautelarjuristische Lösung. Diese liegt darin, vom Legatar eine Sicherheitsleistung (Kaution, von *cavere* = „vorsorgen“) zu verlangen, mit der er sich verpflichtet, das empfangene Legat zurückzugeben, wenn er gegen die negative Potestativbedingung verstößt. Diese Selbstverpflichtung des Legatars wird von späteren Juristen nach ihrem Urheber als „Kaution des Mucius“ (*cautio Muciana*) bezeichnet:

*D. 35.1.7pr. Ulpianus 18 ad Sabinum*

*Mucianae cautionis utilitas consistit in condicionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, ut puta „si in Capitolium non ascenderit“, „si Stichum non manumiserit“ et in similibus: Et ita Aristoni et Neratio et Iuliano visum est. [...].*

Der Nutzen der *cautio Muciana* besteht hinsichtlich der Bedingungen, die mit Blick auf ein Unterlassen abgefasst worden sind, wie zum Beispiel „wenn er das Kapitol nicht bestiegen hat“ [oder] „wenn er den Stichus nicht freigelassen hat“ und aus ähnlichen Bedingungen. Und so glauben es Aristo, Neratius und Julian. [...].

Mittels der *cautio Muciana* kann eine Bedingung als eingetreten behandelt werden, mit der vom Legatar ein Unterlassen verlangt wird, wie zum Beispiel, wenn der Erblasser verlangt, dass der Legatar nicht das Kapitol besteige. Das in Form der Stipulation erteilte Versprechen, das Vermächtnis zurückzuerstatten, sofern er gegen die Bedingung verstößt, erlaubt dem Legatar, schon zu Lebzeiten vom Legat zu profitieren. Die *cautio Muciana* führt also dazu, dass die negative Potestativbedingung als eingetreten behandelt werden kann, so dass der *dies cedens* wie der *dies veniens* mit Ableistung der *cautio* eintritt.

Übersicht 36 fasst die Wirkungen der verschiedenen Nebenbestimmungen zum Legat zusammen. Die detailgenauen Regelungen zeigen nicht nur die hohe praktische Bedeutung des Legatsrechts. Vielmehr belegen sie auch, dass der Testator bei der Anordnung eines Legates darauf achten musste, die gegenläufigen Interessen von Legatar und Erbe gegeneinander abzuwägen und durch die Wahl der passenden Nebenbestimmung zum Ausgleich zu bringen:

Übersicht 36: Erwerb des Legats bei Beifügung verschiedener Nebenbestimmungen

	unbedingtes Legat und Legat unter Auflage ( <i>modus</i> )	Legat unter fester Zeitbestimmung ( <i>dies certus</i> )	Legat unter unbestimmter Zeitbestimmung ( <i>dies incertus</i> )	Legat unter Bedingung ( <i>condicio</i> )
<i>dies cedens</i> (Anfall)	Tod des Testators: Legat ist sofort vererblich		Legat ist erst vererblich, wenn sowohl Bedingung/unbestimmter Termin als auch der Tod des Testators eingetreten sind; fehlt es beim Tod am Eintritt der Bedingung/des unbestimmten Termins, ist das Legat nicht vererblich	
<i>dies veniens</i> (Durchsetzbarkeit)	Antritt des Außenerben; Verstreichen der Ausschlagungsfrist des Hauserben	Eintritt des (festen) Termins oder Erwerb der Erbschaft durch den Erben (beides muss vorliegen)	wie <i>dies cedens</i>  Ausnahmen für beides bei unmöglicher Bedingung und Vereitelung des Bedingungseintritts	

Die Regeln zu Form und Erwerb des Legats nach *ius civile* werden durch ebenso genaue Vorschriften zur Unwirksamkeit der Legate ergänzt.

## 8.2 Unwirksamkeit und Beschränkungen des Legats nach *ius civile*

Die Abhängigkeit des Legats von einer wirksamen Erbeinsetzung (Kap. 8.1.4) bedingt, dass das Legat unwirksam ist, wenn das Testament ungültig ist, also an Form- oder Inhaltsmängeln (Kap. 6.2, Kap. 7.1) leidet. Aus der Unterscheidung von vier Vermächtnisarten des *ius civile* folgt weiter, dass die gewollte Vermächtnisart in der vorgeschriebenen Form, insbesondere unter Verwendung der vorgesehenen Worte anzuordnen ist (Kap. 8.1.1, Kap. 8.1.2). Zudem sind die für jede Vermächtnisart geltenden inhaltlichen Begrenzungen zu beachten. Darüber hinaus gibt es inhaltliche Vorhaben, die für alle Legatsformen zu beachten sind.

### 8.2.1 Inhaltsmängel

Zu den allgemeinen inhaltlichen Vorgaben für Legate zählt zunächst das Verbot, ein Legat allein zu Strafzwecken zu hinterlassen:

*Gai. 2,235*

*Poenae quoque nomine inutiliter legatur. Poenae autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis heres aliquid faciat aut non faciat, veluti quod ita legatur: „Si heres meus filiam suam Titio in matrimonium collocaverit, X milia Seio dato“, vel ita: „Si filiam Titio in matrimonium non collocaveris, X milia Titio dato“; [...].*

Auch um der Bestrafung willen wird unwirksam vermacht. Man ist aber der Ansicht, dass das um der Strafe willen vermacht wird, was hinterlassen wird, um den Erben zu zwingen, dadurch etwas eher zu tun oder nicht zu tun, zum Beispiel, was auf diese Weise vermacht wird: „Wenn mein Erbe seine Tochter dem Titius in die Ehe gegeben hat, soll er dem Seius 10'000 zahlen,“ oder auf diese Weise: „Wenn du die Tochter dem Titius nicht in die Ehe gegeben hast, sollst du dem Titius 10'000 zahlen“; [...].

Die Abgrenzung, die Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) zwischen der zulässigen Verhaltenssteuerung durch Legate und dem Strafflegat trifft, knüpft an den vom Erblasser vorrangig verfolgten Zweck an: Bei Legaten unter einer Potestativbedingung in der Macht des Legatars bietet sich dem Legatar die Möglichkeit, die Zuwendung zu erhalten, sofern er sich den Vorgaben entsprechend verhält. Dagegen bezweckt das

Straflegat allein, das Verhalten des Erben zu steuern; die Zuwendung an den Legatar stellt also lediglich ein Mittel dar, um den Erben, der die Zuwendung an den Legatar vermeiden will, zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen. Diese Zweckentfremdung des Legats ist unzulässig und wird mit der Unwirksamkeit der Verfügung sanktioniert.

Eine Überschreitung der ihm zugestandenen Rechtsmacht bedeutet es auch, wenn der Testator nicht einer bestimmten Person, sondern einem unbestimmten Personenkreis vermacht:

*Gai. 2,238*

*Incertae personae legatum inutiliter relinquitur. Incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subicit, velut cum ita legatum sit: „Qui primus ad funus meum venerit, ei heres meus X milia dato“; [...]. Sub certa vero demonstratione incertae personae recte legatur, velut: „Ex cognatis meis, qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit, ei X milia heres meus dato.“*

Das Legat zugunsten einer unbestimmten Person wird unwirksam hinterlassen. Man ist aber der Ansicht, dass die Person unbestimmt ist, die der Erblasser mit ungewisser Erwartung im Sinn hat, zum Beispiel, wenn auf diese Weise vermacht worden ist: „Wer als erster zu meiner Beerdigung kommt, dem soll mein Erbe 10'000 zahlen“; [...]. Aber hinsichtlich einer feststehenden Gruppe vermacht man einer nicht genau bestimmten Person wirksam, zum Beispiel: „Demjenigen meiner jetzt lebenden Blutsverwandten, der als erster zu meiner Beerdigung kommt, soll mein Erbe 10'000 zahlen.“

Der Testator soll sich eine genaue Vorstellung von der bedachten Person machen; nicht zulässig ist es, das Legat gleichsam nach Zufall zu verteilen. Daher ist das Vermächtnis zugunsten dessen, „der als Erster zu meiner Beerdigung kommt“, unwirksam. Wirksam ist dagegen das Legat zugunsten dessen, „der von den noch lebenden Blutsverwandten als Erster zu meiner Beerdigung kommt“, denn hier hat der Erblasser eine genau begrenzte Gruppe individualisiert, aus der durch die Bedingung ausgewählt werden kann. Hinsichtlich der Wahl des Legatars ist der Testator ansonsten grundsätzlich frei. Voraussetzung ist allein, dass der Bedachte nach *ius civile* (passiv) testierfähig ist, wofür die gleichen Voraussetzungen gelten wie für die Fähigkeit, Erbe zu sein (Kap. 4.3).

Übereinstimmung besteht mit der Erbeinsetzung auch insoweit, als das Legat – genau wie die Erbeinsetzung (Kap. 6.1.3) – von der Testamenterrichtung bis zur Testamentseröffnung – wirksam sein muss. Im Rahmen des Legatsrechts wird diese Bedingung als *regula Catoniana* bezeichnet. Als Urheber dieser Regel gilt Cato Licinianus, der um 152 v. Chr. verstorbene Sohn des Cato maior:

*D. 34.7.1pr. Celsus 35 digestorum*

*Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere. Quae definitio in quibusdam falsa est.*

Die Regel des Cato bestimmt folgendermaßen, dass dieses Vermächtnis, das unwirksam gewesen wäre, wenn der Erblasser zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung gestorben wäre, unwirksam ist, wann auch immer er [der Erblasser] verstorben ist. Diese Begriffsbestimmung ist in einigen Fällen falsch.

Nach Celsus (2. Jahrhundert n. Chr.) ist die Regel des Cato, der zufolge ein Vermächtnis nur dann als wirksam anzusehen ist, wenn es ursprünglich wirksam ausgesetzt wurde, nicht allgemeingültig:

*D. 34.7.1.1 Celsus 35 digestorum*

*Quid enim, si quis ita legaverit: „Si post kalendas mortuus fuero, Titio dato“? An cavillamur? Nam hoc modo si statim mortuus fuerit, non esse datum legatum verius est quam inutiliter datum.*

Was nämlich gilt, wenn jemand auf folgende Weise ein Vermächtnis ausgesetzt hat: „Wenn ich nach dem ersten Tag des Monats tot sein werde, soll an Titius geleistet werden“? Ob wir spitzfindig sind? Denn auf diese Weise ist es, wenn er sofort tot sein wird, richtiger [anzunehmen], dass das Vermächtnis nicht erteilt worden ist, als dass das Vermächtnis unwirksam ausgesetzt worden ist.

Ausnahmen gelten für das bedingte Vermächtnis, das – wie gesehen (Kap. 8.1.3) – auch nachträglich wirksam werden kann, da sich seine Wirksamkeit nicht nach dem Zeitpunkt der Testamentserrichtung, sondern nach dem des Bedingungseintritts richtet. Ein typisches Beispiel für die derart modifizierte Anwendung der *regula Catoniana* bildet:

*D. 30.41.1–2 Ulpianus libro 21 ad Sabinum*

*1 Sed ea quae aedibus iuncta sunt legari non possunt, quia haec legari non posse senatus censuit Aviola et Pansa consulibus.*

*2 Tractari tamen poterit, si quando marmora vel columnae fuerint separatae ab aedibus, an legatum conualescat. Et si quidem ab initio non constitit legatum, ex post facto non conualescet, [...]. Sed si sub condicione legetur, poterit legatum valere, si existentis condicionis tempore [...] aedibus iuncta non sit, [...]. Purum igitur legatum Catoniana regula impediēt, condicionalē non, quia ad condicionalia Catoniana non pertinet.*

1 Aber Sachen, die mit einem Gebäude verbunden sind, können nicht vermacht werden, weil der Senat unter den Konsuln Aviola und Pansa beschlossen hat, dass diese Sachen nicht vermacht werden können.

2 Dennoch wird untersucht werden können, ob das Vermächtnis wirksam wird, wenn die Marmorelemente oder die Säulen einmal vom Gebäude getrennt sein werden. Und wenn freilich ein Vermächtnis von Anfang an nicht bestanden hat, wird es auch aufgrund eines späteren Ereignisses nicht wirksam werden, [...]. Aber wenn [die Sache] unter einer Bedingung vermacht wird, wird das Vermächtnis wirksam sein können, wenn sie zum Zeitpunkt des Bedingungseintritts [...] nicht mit einem Gebäude verbunden ist, [...]. Die *regula Catoniana* wird ein Vermächtnis ohne Zusatz folglich hindern, ein bedingtes nicht, weil sich die *regula Catoniana* nicht auf bedingte Vermächtnisse bezieht.

Ein Senatsbeschluss von 122 n. Chr. untersagte das Vermächtnis von Sachen, die Teil eines Gebäudes waren. Durch dieses Verbot sollte verhindert werden, dass Gebäude wider die wirtschaftliche Vernunft zerstört würden, um Vermächtnisse zu erfüllen. Ulpian (3. Jahrhundert n. Chr.) stellt die Frage, ob die nachträgliche Trennung vom Gebäude zur Wirksamkeit des Legats führen kann oder ob – der *regula Catoniana* entsprechend – das unwirksam errichtete Vermächtnis unwirksam bleibt. Er hält eine strenge Anwendung der Regel für richtig und schließt ein nachträgliches Wirksamwerden des Legats aus. Eine Ausnahme erkennt er aber im Fall der Bedingung des Vermächtnisses an: Spricht der Erblasser das Vermächtnis unter der Bedingung zu, dass die Sachen vom Gebäude getrennt sind, ist das Legat wirksam, wenn die Sachen im Zeitpunkt der Testamentseröffnung nicht mehr mit dem Gebäude verbunden sind.

Diese Differenzierung zeigt, dass die *regula Catoniana* – genau wie andere Vorgaben der Testamentsgestaltung nach *ius civile* – den Zweck verfolgt, den Testator zu genauer Prüfung und Planung anzuhalten: Die *regula Catoniana* bestraft nur den Erblasser, der keine Abklärungen – im Beispielsfall über den Einbau der Sachen in das Gebäude – getroffen hat und dadurch seine Planungspflicht verletzt hat.

### 8.2.2 Legatsbeschränkungen, *lex Falcidia*

Das *ius civile* ließ ursprünglich Vermächtnisse in unbeschränkter Anzahl und Höhe zu:

*Gai. 2,224*

*Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum*

*permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, [...]. quare, qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur.*

Aber einst war es zwar erlaubt, das gesamte Vermögen durch Vermächtnisse und Freilassungen aufzubrechen und dem Erben gar nichts zu hinterlassen als den inhaltslosen Namen „Erbe“; und das Zwölftafelgesetz schien dies zu erlauben, in dem angeordnet wird, dass dies als wirksam anerkannt sein soll, was ein jeder über sein Vermögen durch Testament verfügt hat, [...]. Aus diesem Grund enthielten sich diejenigen, die durch Testament zu Erben eingesetzt worden waren, der Erbschaft, und daher starben die meisten ohne Testament.

Da das Zwölftafelgesetz (ca. 450 v. Chr.) die Aussetzung von Legaten nicht beschränkte, kam es häufiger zur Überlastung des Nachlasses mit Legaten, so dass der Erbe die Erbschaft, die ihm keinerlei Vorteile bot, ausschlug. Damit konnte auch der Legatar nicht vom Legat profitieren, und der Testator wurde *ab intestato* beerbt. Diesem Missstand versuchte die republikanische Gesetzgebung entgegenzuwirken. Allerdings gelang es erst nach mehreren gesetzgeberischen Fehlschlägen, eine Lösung zu finden, mit der die Überlastung der Erbschaft tatsächlich verhindert werden konnte.

Als gescheiterte Versuche einer gesetzlichen Legatsbeschränkung sind eine *lex Furia* (nach 204 v. Chr.) sowie eine *lex Voconia* von 169 v. Chr. überliefert:

*Gai. 2,225*

*Itaque lata est lex Furia, qua exceptis personis quibusdam ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est. Sed et haec lex non perfecit, quod voluit: Qui enim verbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare.*

Deshalb wurde die *lex Furia* erlassen, die mit Ausnahme bestimmter Personen allen übrigen verboten hat, mehr als 1'000 As als Vermächtnisse oder von Todes wegen zu erwerben. Aber auch dieses Gesetz hat nicht erreicht, was es wollte. Wer nämlich zum Beispiel ein Vermögen von 5'000 As hatte, konnte das gesamte Vermögen ausgeben, indem er fünf einzelnen Personen jeweils 1'000 As vermachte.

Die *lex Furia* verbot – unter Ausnahme von Blutsverwandten bis zum sechsten Grad – den Erwerb von Vermächtnissen über 1000 As. Allerdings ordnete sie nicht die Unwirksamkeit des den Betrag überschreitenden Vermächtnisses an, sondern verhängte eine Strafe in Höhe des Vierfachen des Legats (*poena quadrupli*). Nach Gaius' Bericht hatte

das Gesetz keinen Erfolg, da es den Erblasser nicht gehindert habe, unbegrenzt viele Legate von je 1000 As auszusetzen.

Daher verlangte die später ergangene *lex Voconia* ein ausgewogenes Verhältnis von Legat und Erbeinsetzung:

*Gai. 2,226*

*Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur; sed tamen fere vitium simile nascebatur. Nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat testator adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.*

Deshalb wurde später die *lex Voconia* erlassen, in der angeordnet wurde, dass es niemandem erlaubt war, durch Vermächtnisse oder von Todes wegen mehr zu erwerben, als die Erben erwarben. Nach diesem Gesetz allerdings schienen zwar die Erben wenigstens etwas zu haben, aber dennoch entstand ein fast ähnlicher Schaden. Der Testator konnte nämlich dadurch, dass er sein Vermögen auf viele Vermächtnisnehmer verteilte, dem Erben in dem Maße besonders wenig hinterlassen, dass es für den Erben nicht von Vorteil war, wegen eines derartigen Gewinns die Lasten der ganzen Erbschaft auf sich zu nehmen.

Nach der *lex Voconia* sollte der Testator den einzelnen Legataren nicht mehr zuwenden als dem Erben. Auch diese Bestimmung wurde durch die Aussetzung von mehreren Legaten an verschiedene Legatäre umgangen, so dass sich an der Überlastung des Nachlasses nichts änderte. Erfolg im Kampf gegen die Überlastung des Erben erzielte erst eine *lex Falcidia* aus dem Jahre 40 v. Chr.:

*D. 35.2.1pr. Paulus liber singularis ad legem Falcidiam*

*Lex Falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem his verbis: „Qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit.“ Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: „Quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant, eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto isque heres, qui eam pecuniam dare iussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est.“*

Die *lex Falcidia* ist erlassen worden, die im ersten Kapitel mit diesen Worten die unbeschränkte Erlaubnis erteilt hat, über bis zu drei Vierteln zu verfügen: „Diejenigen, die römische Bürger sind, und derjenige von ihnen, der nach dem Zustandekommen dieses Gesetzes zukünftig ein Testament errichten will, soll berechtigt und befugt sein, einen Vermögensvorteil und Sachen jedem zuzuwenden und zu vermachen, wie er will [und] wie es durch diese folgende Gesetzesbestimmung gestattet sein wird.“ Im zweiten Kapitel bestimmte sie [die *lex Falcidia*] das Maß der Legate mit den folgenden Worten: „Jeder römische Bürger, der nach dem Zustandekommen dieses Gesetzes ein Testament errichten wird, soll berechtigt und befugt sein, so viel Vermögen jedem römischen Bürger nach *ius publicum* zuzuwenden und zu vermachen, wie er will, solange das Vermächtnis so ausgesetzt wird, dass die Erben durch dieses Testament nicht weniger als ein Viertel der Erbschaft erhalten. Es soll denjenigen, denen etwas auf diese Weise zugewandt oder vermacht sein wird, erlaubt sein, diesen Vermögensvorteil ohne eigenen Nachteil zu erwerben; und derjenige Erbe, der beauftragt und verpflichtet sein wird, diesen Vermögensvorteil zu geben, muss diesen Vermögensvorteil geben, wie er verpflichtet worden ist.“

In ihrem ersten Kapitel erinnert die *lex Falcidia* an die Testierfreiheit des *ius civile* und betont vor allem, dass es dem Testator freistehe, einer beliebigen Person ein Legat zuzuwenden. Im zweiten Kapitel wird die Testierfreiheit insoweit beschränkt, als dass die Masse aller Legate nicht mehr als  $\frac{3}{4}$  des Nachlasses betragen darf. Ein Viertel, die falzidische Quart (*quarta Falcidia*), soll dem Erben verbleiben. Andere Einschränkungen der aus dem Legat fließenden Berechtigung brauchen die Legatäre dagegen – wie die *lex* abschließend ergänzt – nicht hinzunehmen; der Erbe hat die Legate bis zur Grenze von  $\frac{3}{4}$  zu erfüllen.

Die *lex Falcidia* formuliert damit nicht nur eine Richtschnur, die der Testator bei der Aussetzung von Legaten im Verhältnis zur Erbeinsetzung zu beachten hat. Aus der zitierten Regelung ergibt sich auch die Rechtsfolge, wenn die Legate wertmäßig  $\frac{3}{4}$  der Erbschaft überschreiten:

#### D. 35.2.73.5 Gaius 18 ad edictum provinciale

*Ergo optimum quidem est statim ab initio ita testatorem distribuere legata, ne ultra dodrantem relinquuntur. Quod si excesserit quis dodrantem, pro rata portione per legem ipso iure minuuntur: Verbi gratia si is, qui quadringenta in bonis habuit, tota ea quadringenta erogaverit, quarta pars legatariis detrahitur: Si trecenta quinquaginta legaverit, octava. [...].*

Also ist es gewiss das Beste, dass sofort von Anfang an der Erblasser die Legate so verteilt, dass sie nicht über drei Viertel hinaus hinterlassen werden. Wenn nun jemand die drei Viertel überschritten hat, werden [die Legate] durch das Gesetz von Rechts wegen verhältnismäßig gekürzt. Zum Beispiel wird, wenn jemand, der 400 in seinem Vermögen hatte, diese ganzen 400 ausgeteilt hat, den Legataren ein Viertel entzogen. Wenn er 350 vermacht hat, ein Achtel. [...].

Hat der Erblasser über die 400 in seinem Vermögen durch Legate verfügt, müssen diese insgesamt um 100, jedes Legat also um ein Viertel gekürzt werden. Hat der Erblasser nur 350 von 400 vermacht, sind nur 50 zu viel in die ausgesetzten Legate eingeflossen; entsprechend sind diese nur um ein Achtel zu kürzen. Diese Kürzung erfolgt von Rechts wegen (*ipso iure*). Das Recht des Legatars verringert sich also von vornherein um den Betrag, der bei Kürzung aller Legate für die Garantie der falzidischen Quart zugunsten des Erben notwendig ist. Stellt sich erst nach Auszahlung des Legats heraus, dass die Legatsbelastung übermäßig war, kann der Erbe den zu kürzenden Teil als Nichtschuld kondizieren.

Zu beachten ist, dass diese Kürzung sich nicht auf Legate bezieht, die den Vermögenswert des Nachlasses überschreiten:

*D. 35.2.73.5 Gaius 18 ad edictum provinciale*

[...] *Quod si quingenta legaverit habens quadringenta, initio quinta, deinde quarta pars detrahi debet: Ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet.*

[...] Wenn er nun 500 vermacht hat, obwohl er 400 hatte, muss anfangs der fünfte, dann der vierte Teil abgezogen werden. Vorher nämlich muss abgezogen werden, was außerhalb der Vermögensmasse ist, sodann, was aus den Gütern beim Erben zurückbleiben muss.

Hat der Erblasser, dessen Nachlass 400 beträgt, Legate im Wert von 500 ausgesetzt, ist die Quart nur vom tatsächlichen Wert der Erbschaft zu berechnen, also von 400. Vor der Berechnung der Kürzungsquote ist also zunächst das abziehen, was der Erblasser über den Bestand des Vermögens hinaus vermacht hat. Als Hintergrund dieses Beispiels ist an den Versuch zu denken, die *lex Falcidia* zu umgehen: Würde man nämlich die Quart (100) von den 500 abziehen, würde der Erbe trotz Anwendung des Gesetzes nicht ein Viertel, sondern im Ergebnis nichts (0) erhalten. Daher ist vor Bestimmung der Quart der tatsächliche Wert des Nachlasses zu ermitteln. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die *lex Falcidia* nicht zur Anwendung kommt,

wenn die Legate einen geringeren Wert als  $\frac{3}{4}$  der Erbschaft haben. Insoweit besteht weiterhin uneingeschränkte Testierfreiheit. Will der Erblasser dem Erben Auseinandersetzungen über die Berechnung der *lex Falcidia* ersparen, kann er selbst die Legate auf  $\frac{3}{4}$  der Erbschaft oder weniger beschränken. Im Interesse des Erben setzt die *lex Falcidia* den Legaten nur eine äußerste Grenze.

Der Ausgleich zwischen den Interessen der Legatäre einerseits, des Erblassers andererseits, wird nicht nur durch das *ius civile*, sondern in der prozesspraktischen Umsetzung vor allem durch das *ius praetorium* erreicht.

### 8.3 Prätorischer Schutz im Legatsrecht

Der Prätor ist – wie gesehen (Kap. 4.2) – zuständig dafür, dass der im Testament eingesetzte Erbe auch den Zugriff auf die Erbschaft erhält. Das Mittel hierzu ist die Einweisung in die *bonorum possessio secundum tabulas*, das heißt der Nachlassbesitz gemäß dem Testament. Das *ius praetorium* schützt aber nicht nur den durch Testament berufenen Erben, sondern ist auch um einen Interessenausgleich zwischen den Legatären und dem Testamentserben bemüht. Zu diesem Zweck sieht das Edikt verschiedene Rechtsbehelfe vor, mit denen der Legatar den Erben zur Befolgung der Legate zwingen kann. Umgekehrt verbietet der Prätor dem Legatar, sich die vermachte Sache eigenmächtig zu verschaffen.

#### 8.3.1 *Interdictum quod legatorum*

Dem Schutz des Erben vor Eigenmacht des Legatars dient ein Interdikt (*interdictum*, von *interdicere* = „verbieten“), durch das der Prätor den Nachlassbesitzer (*bonorum possessor*) vor Eigenmacht der Legatäre schützt. Ein Interdikt ist ein prätorischer Befehl, der ohne Prüfung der Sachlage durch einen Richter an die beteiligten Parteien ergeht:

*D. 43.3.1.1–2 Ulpianus 67 ad edictum*

*1 Hoc interdictum volgo „quod legatorum“ appellatur.*

*2 Est autem et ipsum apiscendae possessionis et continet hanc causam, ut, quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi. Etenim aequissimum praetori visum est unumquemque non sibi ipsum ius dicere occupatis legatis, sed ab herede petere: Redigit igitur ad heredes per hoc interdictum ea, quae legatorum nomine possidentur, ut perinde legatarum possint eum convenire.*

1 Dieses Interdikt wird gewöhnlich „Was von Legaten“ (*quod legatorum*) genannt.

2 Es dient aber auch selbst zur Erlangung des Besitzes und bezieht sich auf diesen Fall, dass derjenige, der etwas unter dem Vorwand von Vermächtnissen gegen den Willen des Erben an sich genommen hat, dies dem Erben herausgebe. Denn es erschien dem Prätor in höchstem Maße billig, dass niemand selbst für sich Recht spreche, indem er sich der Vermächtnisse bemächtigte, sondern sie vom Erben einklage. Er bringt folglich den Erben durch dieses Interdikt dasjenige zurück, was unter dem Vorwand von Vermächtnissen in Besitz genommen wird, so dass die Vermächtnisnehmer ihn nunmehr verklagen können.

Das einschlägige Interdikt wird nach den Anfangsworten des Rechtsmittels bezeichnet und trägt daher den Titel „Was von Legaten“ (*quod legatorum*). Der Titel bezieht sich auf den Grund, den der Legatar anführt, um die selbstherrliche Wegnahme von Sachen aus dem Nachlass zu rechtfertigen. Um sein Tun zu rechtfertigen, wird er behaupten, ihm stünde die Sache aufgrund des Legats zu und der Nachlassbesitzer habe ihm die vermachte Sache zu Unrecht vorenthalten. Der Prätor untersagt dem Legatar diese Eigenmacht, erlaubt ihm also nicht, sich einfach aus dem Nachlass zu bedienen. Um sein Recht durchzusetzen, muss der Legatar den Rechtsweg beschreiten. Sachen, die der Legatar ohne Einwilligung des *bonorum possessor* aus dem Nachlass entfernt hat, sind diesem auf Befehl des Prätors zurückzugeben. Mit dieser Zwecksetzung steht das Interdikt in einer Reihe anderer Maßnahmen, die der Prätor im Verlauf der Republik erließ, um Selbsthilfe und Eigenmacht zurückzudrängen.

Umgekehrt schützt das *ius praetorium* das Interesse der Legatäre, ihr Legat gegenüber dem Erben durchzusetzen, wenn dieser die Erfüllung verzögert oder verweigert. Zu diesem Zweck zwingt das prätorische Edikt den Erben, dem Legatar Sicherheit für die Erfüllung des Vermächtnisses zu leisten.

### 8.3.2 *Cautio legatorum servandorum causa*

Sicherheitsleistung (*satisdatio*, von *satisdare* = „Sicherheit geben, Bürgschaft stellen“) bezeichnet die Abgabe einer Kautio, das heißt einer Stipulation, in welcher der Versprechende dem Versprechensempfänger zusichert, den Wert zu ersetzen, den die gesicherte Leistung für den Versprechensempfänger hat. Bei einer *satisdatio* wird dieses Versprechen gleichzeitig von Bürgen abgegeben, die erklären, für den Verpflichteten einzustehen, wenn er selbst zur Zahlung des Wertersatzes nicht in der Lage oder nicht bereit ist. Zugunsten des Legatars zwingt der Prätor den Erben zur Abgabe einer „Sicherheitsleistung zur Befolgung des Legats“ (*cautio legatorum servandorum causa*):

*D. 36.3.1pr. Ulpianus 79 ad edictum*

*Legatorum nomine satisdari oportere praetor putavit, ut, quibus testator dari fierive voluit, his diebus detur vel fiat dolumque malum afuturum stipulentur.*

Der Prätor war der Meinung, dass mit Blick auf die Vermächtnisse eine Sicherheitsleistung erteilt werden müsse, so dass denjenigen, von denen der Testator wollte, dass ihnen etwas gegeben werde oder geschehe, innerhalb dieser Fristen gegeben werde oder geschehe, und dass sie sich durch Stipulation versprechen lassen, dass Arglist fernbleiben werde.

In dieser Kautio verspricht der Erbe, das Legat entsprechend der Vorgaben des Testaments zu erfüllen und sich bei der Erfüllung nicht arglistig zu verhalten. Das Versprechen wird durch die Bürgen gesichert. Verstößt der Erbe gegen diese Verpflichtung, kann der Legatar den Erben auf Zahlung des Wertes des Legats verklagen oder die Bürgen auf diese Summe in Anspruch nehmen.

Da die Wirksamkeit der Legate vom Antritt des Erben (*dies veniens*) abhängt, können die Legatäre ihr Recht auch vor dem Erbschaftsantritt sichern lassen:

*D. 36.4.1.4 Ulpianus 52 ad edictum*

*Tunc ante aditam hereditatem satisdandum de legatis est, cum adhuc dubium est, an hereditas adeatur. Ceterum si certum sit repudiatam vel omissam hereditatem [...], frustra hoc edictum imploratur, cum certum sit legatum [...] non deberi.*

Vor dem Erbschaftsantritt muss hinsichtlich der Vermächtnisse dann Sicherheit geleistet werden, wenn es bis dahin zweifelhaft ist, ob die Erbschaft angetreten wird. Wenn es im Übrigen sicher ist, dass die Erbschaft abgelehnt oder nicht angetreten worden ist [...], wird dieses Edikt vergeblich angerufen, weil sicher ist, dass das Vermächtnis [...] nicht geschuldet wird.

Die *cautio legatorum servandorum causa* ist statthaft, wenn der Erbe noch nicht ausgeschlagen hat, die Wirksamkeit des Testaments und der Legate also noch in der Schwebe ist. Hat der Erbe die Erbschaft zwischenzeitlich ausgeschlagen, kann der Legatar keine Sicherheitsleistung mehr verlangen, weil mit der Ausschlagung auch das Legat gegenstandslos geworden ist (oder einen anderen Erben, zum Beispiel einen Ersatzerben, belastet). Solange die Entscheidung des Erben über den Erbschaftsantritt noch aussteht, verstärkt das *ius praetorium* den im *ius civile* eingeführten Schutz des Legatars gegen den auf einen Ausfall des Legatars spekulierenden Erben. Voraussetzung für den Antrag auf die Kautio ist lediglich der Nachweis, dass das Legat angefallen (*dies cedens*), das heißt der Tod des Erblassers eingetreten ist.

Die Kautio dient allein dazu, den Legataren den Erhalt des Legats zu sichern. Aus diesem Grund entfällt die Kautio, wenn der Legatar Klage erhebt, also sein Recht auf dem Prozesswege durchzusetzen versucht, oder wenn das Legat unwirksam wird:

*D. 36.3.1.14 Ulpianus 79 ad edictum*

*Si quis sub condicione legatum stipulatus pendente condicione decesserit, stipulatio evanescit, quia nec legatum transmittitur. [...].*

Wenn jemand, nachdem er sich in Bezug auf ein Legat unter einer Bedingung die Stipulation hat versprechen lassen, während der schwebenden Bedingung verstorben ist, erlischt die Stipulation, weil ja auch das Legat nicht übertragen wird. [...].

Das aufschiebend bedingte Legat fällt – wie gesehen (Kap. 8.I.4) – erst dann an (*dies cedens*), wenn die Bedingung eintritt. Da die Kautio, die der Erbe zur Sicherung des Legats eingegangen ist, der Erfüllung des Legats dient, ist ihr Zweck entfallen, wenn das Legat seinerseits durch Bedingungsausfall unwirksam geworden ist.

Ist der Erbe zur Sicherheitsleistung außerstande oder nicht bereit, wird der Legatar am Nachlassbesitz des Erben beteiligt:

*D. 36.3.1.2 Ulpianus 79 ad edictum*

*Nec sine ratione hoc praetori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum, ita legatarios quoque carere non debere bonis defuncti: Sed aut satisdabitur eis aut, si satis non datur, in possessionem bonorum venire praetor voluit.*

Und nicht ohne Grund ist der Prätor der Ansicht gewesen, dass auch die Vermächtnisnehmer so wie sich der Erbe den Nachlassbesitz verschafft, nicht auf die Nachlassgüter des Verstorbenen verzichten müssen, sondern es wird ihnen entweder Sicherheit geleistet werden oder, wenn ihnen keine Sicherheit geleistet wird, hat der Prätor gewollt, dass sie in den Nachlassbesitz gelangen.

Hat der Erbe die Einweisung in den Nachlassbesitz aufgrund des Testaments beantragt, also das Testament vorgelegt, aus dem sich seine Berechtigung ergibt (Kap. 6.3), verlangt der Prätor, dass er seinerseits Sicherheit für die Legatäre leistet, ihnen also die Erfüllung der Legate zusagt. Verweigert der Erbe diese Sicherheitsleistung, also das Versprechen der *cautio legatorum servandorum causa*, spricht der Prätor dem Erben gemeinsam mit den Legataren den Nachlassbesitz zu.

Diese Einweisung hat – genau wie die Kautio, die durch sie ersetzt wird – provisorischen Charakter:

*D. 36.4.5pr. Ulpianus 52 ad edictum*

*Is cui legatorum [...] nomine non cavetur missus in possessionem nunquam pro domino esse incipit. Nec tam possessio rerum ei quam custodia datur: Neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.*

Derjenige, dem wegen Legaten [...] keine Sicherheit bestellt wird, beginnt niemals, als Eigentümer [der Erbschaftssachen] zu gelten, obwohl er in den Besitz eingewiesen worden ist. Und es wird ihm nicht so sehr der Besitz der Sachen als vielmehr die Bewachung (*custodia*) erteilt; denn er hat auch kein Recht, den Erben [aus dem Besitz] zu vertreiben, sondern es wird ihm befohlen, zugleich mit diesem zu besitzen, um wenigstens durch den Überdruß der fortwährenden Bewachung dem Erben die Bestellung der Sicherheit abzunötigen.

Die Besitzeinweisung des Legatars mit dem Erben erlaubt dem Legatar mithin nicht, die Erbschaft oder das Eigentum an den vermachten Sachen zu ersitzen (Kap. 4.1.4). Die Einweisung bezweckt allein, dem Legatar eine Kontrolle über die Nachlassverwaltung durch den Erben zu geben. Auf diese Weise soll der Legatar vor Verfügungen des Erben geschützt werden. Gleichzeitig soll der Erbe angehalten werden, das Legat zu erfüllen, um von der lästigen Mitwirkung des Legatars befreit zu werden.

Die Einweisung des Legatars in den Besitz mit dem Erben kommt allerdings dann nicht in Frage, wenn keine Nachlassgegenstände mehr vorhanden sind:

*D. 36.4.10 Paulus 3 sententiarum*

*Si nullae sint res hereditariae, in quas legatarii [...] mittantur, in rem quidem heredis mitti non possunt, sed per praetorem denegatas heredi actiones ipsi persequuntur.*

Wenn keine Erbschaftssachen vorhanden sind, in deren Besitz die Legatäre [...] eingewiesen werden, so können sie zwar nicht in den Besitz einer Sache des Erben eingewiesen werden, aber sie setzen die Klagen, die dem Erben durch den Prätor verweigert wurden, selbst durch.

Selbst in diesem Fall – zu denken ist etwa an die Veräußerung der Erbschaft oder von Erbschaftsgegenständen durch den Erben – soll der Legatar nach dem Willen des Prätors seine Beteiligung am Nachlass erhalten. Aus diesem Grund verweigert der Prätor dem Erben die aus der Erbschaft fließenden Klagen und erteilt sie ausnahmsweise dem Legatar. Durch die Geltendmachung der erbschaftlichen Klagen kann der Legatar jedenfalls den Wert des Legats von den Schuldnern der Erbschaft erlangen.

Durch die abgestuften Rechtsmittel Kautionszwang, Besitzeinweisung und Klageeinweisung sorgt das *ius praetorium* dafür, dass der Legatar in jedem Fall in Höhe seines Legats am wirtschaftlichen Wert der Erbschaft beteiligt wird. Die Stufen des prätorischen Schutzes des Legatars sind in Übersicht 37 zusammengefasst:

Übersicht 37: Stufen des prätorischen Schutzes des Legatars

Sicherheitsleistung (Kaution) durch den Erben		Besitzeinweisung	Erteilung der erbschaftlichen Klagen
auf Antrag des Legatars	bei Antrag des Erben auf <i>bonorum possessio secundum tabulas</i>	anstelle von Sicherheitsleistung (Kaution)	anstelle der Besitzeinweisung
Nachweis (durch Testamentsurkunde) – des Legats – des Eintritts des <i>dies cedens</i>		+ Erbe verweigert Kaution; Kaution scheitert nicht an Legatar	+ Fehlen von Nachlassgegenständen, in die Legatar eingewiesen werden kann

Abweichungen des Prätors von den Vorgaben des Legatsrechts des *ius civile* sind – von den Besonderheiten des prätorischen Testaments abgesehen (Kap. 6.3) – nicht zu beobachten. Erst das Kaiserrecht greift in das Legatsrecht ein und verändert die formellen und inhaltlichen Anforderungen für die Aussetzung eines Legats, indem es einerseits die Regeln des *ius civile* modifiziert, andererseits formlose Vermächtnisse im Rahmen des *ius novum* als verbindlich anerkennt.

## 8.4 Kaiserzeitliche Eingriffe in das Legatsrecht des *ius civile*

Diese kaiserzeitlichen Eingriffe in das Legatsrecht schaffen – wie andere Reformen der Kaiserzeit – unmittelbar anwendbares *ius civile*.

### 8.4.1 Das *senatusconsultum Neronianum*

Eine erste Reform betrifft die verschiedenen Voraussetzungen der Legatstypen des *ius civile*. Ein unter Kaiser Nero (54–68 n. Chr.) ergangener Senatsbeschluss (*senatusconsultum Neronianum de legatis*) ordnete an, ihrer Form nach unwirksame Legate als wirksam zu behandeln, wenn sie die Voraussetzungen eines anderen anerkannten Legatstyps erfüllten. Diese gesetzliche Umdeutung hilft bei der Aussetzung eines Vindikationslegats über eine fremde Sache:

Gai. 2,197

[...] *Postea vero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legaverit, quae eius numquam fuerit, proinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset. Optimum autem ius est per damnationem legati, quo genere etiam aliena res legari potest, [...].*

[...] Später aber ist auf Veranlassung des Kaisers Nero ein Senatsbeschluss ergangen, in dem angeordnet worden ist, dass dann, wenn jemand eine Sache vermacht hat, die ihm niemals gehört hat, das Vermächtnis ebenso wirksam ist, wie wenn es in der besten Rechtsform hinterlassen worden wäre. Die beste Rechtsform aber ist diejenige des Damnationslegats; durch diese Art kann auch eine fremde Sache vermacht werden, [...].

Das *senatusconsultum Neronianum de legatis* erlaubt, das unwirksame Legat in die Legatsform umzudeuten, in der es wirksam errichtet wäre. Das wegen Vermächtnis einer fremden Sache unwirksame Vindikationslegat (Kap. 8.1.1) kann damit als Damnationslegat aufrechterhalten werden.

Umstritten war, ob das *senatusconsultum Neronianum de legatis* auch im Fall eines Präzeptionslegats zugunsten eines Nichterben helfen konnte (Kap. 8.1.2):

Gai. 2,218

*Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum, adeo ut Sabinus existimaverit ne quidem ex senatusconsulto Neroniano posse convalescere: „Nam eo“, inquit, „senatusconsulto ea tantum confirmantur, quae verborum vitio iure civili non valent, non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur“. Sed Iuliano et Sexto placuit etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum; nam ex verbis etiam hoc casu accidere, ut iure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis verbis recte legatur, veluti per vindicationem, per damnationem, sinendi modo; [...].*

Und deshalb ist das [Präzeptions-]Legat unwirksam, wenn einem Nichterben vermacht worden ist; in dem Maße, dass Sabinus der Ansicht war, dass es nicht einmal nach dem *senatusconsultum Neronianum* wirksam werden könne; „denn durch diesen Senatsbeschluss“, sagt er, „werden nur diejenigen Vermächtnisse wirksam gemacht, die aufgrund eines fehlerhaften Gebrauchs der nach *ius civile* erforderlichen Worte nicht gelten, nicht diejenigen, die wegen eines in der Person des Vermächtnisnehmers liegenden Grundes nicht geschuldet werden.“ Aber Julian und Sextus (Africanus) waren der Ansicht, dass auch in diesem Fall das Vermächtnis durch den Senatsbeschluss Wirksamkeit erlange; denn auch in diesem Fall komme es aufgrund des Wortgebrauchs vor, dass das Vermächtnis nach *ius civile*

unwirksam sei, weshalb klar sei, dass derselben Person durch Gebrauch anderer Worte wirksam vermacht werde, zum Beispiel durch Vindikations-, Damnationis- oder Duldungslegat; [...].

Wie gesehen (Kap. 8.1.2), bestand zwischen den Rechtsschulen des 1. Jahrhunderts n. Chr. keine Einigkeit darüber, ob das Präzeptionslegat auch an einen Nichterben ausgesetzt werden könne. Dieser Streit setzte sich auch nach dem Erlass des *senatusconsultum Neronianum de legatis* fort, denn die Sabinianer meinten, dass es sich bei dieser Frage nicht um ein Problem der Form, sondern der Rechtsnatur des Präzeptionslegats handle. Dagegen sahen die Proculianer den Senatsbeschluss als Bestätigung ihrer Annahme, dass ein Präzeptionslegat zugunsten eines Nichterben in ein Vindikationslegat umgedeutet werden könne. Zur Zeit des Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) ist die Frage durch die Stellungnahme von Julian und Africanus (beide 2. Jahrhundert n. Chr.) entschieden: Sie weisen darauf hin, dass sich die Frage der richtigen Wortwahl, die durch das *senatusconsultum Neronianum* entschieden worden sei, nicht von der Frage der Rechtsnatur trennen lasse. Daher werde auch das Präzeptionslegat an einen Nichterben von der kaiserlichen Vorgabe erfasst und sei in ein Vindikationslegat umzudeuten.

Auf diese Weise hat der Senatsbeschluss die Formstrenge der ursprünglichen Legats-typen des *ius civile* aufgehoben, und die Bindung des Erblassers an die gewählte Form verringert. Nach dieser Reform genügt es, dass das Legat einen nach *ius civile* irgendwie zulässigen Inhalt hat. Diese Reduktion der Anforderungen an die Erklärung des erblasserischen Willens entspricht der bereits im Testamentsrecht der Kaiserzeit beobachteten Tendenz, die Formvoraussetzungen des *ius civile* zurückzudrängen (Kap. 6.4). Genau wie die Erbeinsetzung unterliegt auch das Legatsrecht den Kaduzitätsregeln der *lex Iulia et Papia* (Kap. 4.4.1).

#### 8.4.2 *Lex Iulia et Papia*

Die Erwerbsunfähigkeit der Unverheirateten und Kinderlosen, die die *lex Iulia et Papia* (Kap. 4.4.1) anordnete, betraf nicht nur die Erbenstellung, sondern hinderte die Betroffenen auch am Erwerb von Legaten. Nach der *lex Iulia* konnten Unverheiratete (*caelibes*) gar nicht durch Testament erwerben; nach der *lex Papia* erwarben die Kinderlosen (*orbi*) nur die Hälfte des ihnen zugeordneten Legats. Der Rest fiel ursprünglich an die im Testament eingesetzten Legatäre, die erwerbsfähig waren, später dann an den Fiskus. Ausnahmen galten – genau wie für die Erbeinsetzung – zugunsten von Abkömmlingen und Eltern bis zum dritten Grad. Soweit der Testator also nahe

Verwandte in gerader Linie mit Legaten bedachte, waren sie unabhängig von ihrem Familienstand und ihrer Kinderzahl voll erwerbsfähig.

Neben diesen allgemeinen Folgen für die Erwerbsfähigkeit von Legataren hatte die Augusteische Ehegesetzgebung auch Auswirkungen auf die inhaltliche Gestaltung von Legaten. Da das Gesetz über die Verheiratung in den Bürgerständen (*lex Iulia de maritandis ordinibus* aus dem Jahr 18 v. Chr.) – wie gesehen (Kap. 4.4) – eine Ehepflicht einführt und auch die Wiederheirat vorschrieb, wurden bestimmte, bis dahin gültige Bedingungen in Legaten des Ehemanns zugunsten seiner Frau als ungültig angesehen. Dies gilt insbesondere für die Bedingung, nicht wieder zu heiraten:

*D. 35.1.62.2 Terentius Clemens 4 ad legem Iuliam et Papiam*

*Cum vir uxori „si a liberis ne nupserit“ in annos singulos aliquid legavit, quid iuris sit? Iulianus respondit posse mulierem nubere et legatum capere. Quod si ita scriptum esset „si a liberis impuberibus ne nupserit“, legem locum non habere, quia magis cura liberorum quam viduitas iniungeretur.*

Wenn ein Ehemann seiner Frau etwas für jeweils ein Jahr vermacht hat, „wenn sie von den Kindern nicht weggeheiratet haben wird“, was ist rechtens? Julian hat geantwortet, die Frau könne heiraten und das Vermächtnis erwerben. Wenn dies [aber] so geschrieben worden wäre: „Wenn sie nicht von den Kindern, solange sie unmündig sind, weggeheiratet haben wird“, so habe das Gesetz keine Geltung, weil ihr mehr die Sorge für die Kinder als der Stand einer unverheirateten Frau auferlegt wurde.

Der Erblasser hat seiner Frau ein jährlich wiederkehrendes Legat unter der Bedingung ausgesetzt, dass sie die gemeinsamen Kinder nicht durch erneute Heirat allein zurücklasse. Da die Mutter durch das Legat angehalten wird, nicht erneut zu heiraten, verstößt die Bedingung gegen die Ehepflicht der *lex Iulia*. Daher entscheidet Julian (2. Jahrhundert n. Chr.), die Bedingung zu streichen, so dass auch die neue Ehe der Frau den Bezug der Rente nicht hindert. Kein Verstoß gegen die *lex Iulia* liegt nach seiner Auslegung dagegen vor, wenn die Bedingung allein der Sorge um die noch unmündigen Kinder diene. In diesem Fall ist die Bedingung wirksam, so dass die erneute Heirat der Frau zum Verlust des Legats führt.

Bedeutsamer als die eher punktuellen Eingriffe in das Legatsrecht nach *ius civile* war die grundsätzliche Anerkennung der Klagbarkeit formloser Vermächtnisse, der Fideikomnisse (von *fideicommissum* = „der Treue anvertraut“).

## 8.5 Formlose Vermächtnisse des *ius novum* (Fideikommiss)

Ein Fideikommiss, das heißt die Bitte, einer Person, die nicht durch Testament erwerben konnte, etwas zuzuwenden, war ursprünglich nur sittlich verpflichtend. Es lag also im Ermessen des Belasteten, den Wunsch zu erfüllen oder nicht. Seit Kaiser Augustus (27 v. Chr.–14 n. Chr.) wurden diese sittlichen Verpflichtungen auch als rechtlich verbindlich und damit auch als einklagbar angesehen (Kap. 6.4):

### *Inst. 2.23.1*

*Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: Quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant: Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod, quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduum iurisdictionem: Tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.*

Man muss daher wissen, dass alle Fideikommiss ursprünglich unverbindlich waren, weil niemand gegen seinen Willen gezwungen wurde, etwas zu leisten, worum er gebeten worden war. Denn wenn man denjenigen etwas zuwendete, denen man Erbschaften oder Vermächtnisse nicht zuwenden konnte, vertraute man sich der Treue (*fidei committere*) derer an, die aus einem Testament erwerben konnten; und sie wurden deshalb Fideikommiss genannt, weil sie nicht auf einer rechtlichen Verbindlichkeit, sondern nur auf dem Ehrgefühl derer beruhten, die gebeten wurden. Später hat der vergöttlichte Kaiser Augustus als erster einmal und wiederholt – durch die Gunst gegenüber [bestimmten] Personen bewegt oder weil jemand, wie man sagte, wegen seines [des Kaisers] Wohlergehens gebeten worden war oder wegen auffallender Treulosigkeit von einigen – den Konsuln befohlen, ihre Amtsgewalt einzusetzen. Weil dies gerecht erschien und allgemein beliebt war, wurde es allmählich in eine ständige Gerichtsbarkeit umgewandelt, und die Beliebtheit der Fideikommiss wurde so groß, dass nach und nach sogar ein eigener Prätor geschaffen wurde, um über die Fideikommiss Recht zu sprechen, den man den fideikommissarischen Prätor (*praetor fideicommissarius*) nannte.

Rechtliche Verbindlichkeit erhielten fideikommissarische Bitten dadurch, dass Kaiser Augustus begann, die Konsuln zur Einhaltung von Fideikommissen anzuhalten. Ein solcher Auftrag an die Konsuln, ihre Amtsgewalt zum Vollzug einer sittlichen Pflicht zu verwenden, erfolgte zunächst nur in Ausnahmefällen, in denen die Weigerung des Belasteten als grober Verstoß gegen die sittliche Ordnung empfunden wurde. Später setzte sich die Unterstützung der Fideikommissare durch kaiserliche Amtsträger immer mehr durch, so dass es notwendig wurde, einen eigenen Prätor, den *praetor fideicommissarius*, einzusetzen, der im Rahmen der *cognitio extra ordinem* über Klagen aus der Nichterfüllung von Fideikommissen entschied.

Die Reform des Augustus hob das bestehende Legatsrecht nicht auf; vielmehr trat die Durchsetzung der neuen Art von Legaten neben die bestehenden Formen des *ius civile*. Das Nebeneinander führte allerdings zu einer ungleichen Konkurrenz zwischen den strengen Formen der Vermächtnisse nach *ius civile* und den nur an sittlichen Standards gemessenen Fideikommissen.

Im Folgenden sind zunächst die Konsequenzen der Formlosigkeit der Fideikommissionen für die testamentarische Praxis zu skizzieren. Sodann sind die Gesetzesvorhaben des Kaiserrechts zu beleuchten, durch die das Fideikommissrecht (*ius novum*) dem Legatsrecht (*ius civile*) angenähert werden sollte.

### 8.5.1 Zur Formlosigkeit des Fideikommisses

Hauptmerkmal der Fideikommission ist das Fehlen jeglicher Formvorgaben; ihre Rechtsfolgen sind daher zunächst negativ, das heißt aus dem Verzicht auf die üblichen Formen des Vermächtnisrechts, zu beschreiben:

*Gai. 2,249*

*Verba autem utilia fideicommissorum haec [recte] maxime in usu esse videntur: „Peto, rogo, volo, fidei committo“, quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint.*

Es scheint, dass folgende für Fideikommissionen gültigen Worte hauptsächlich in Gebrauch sind: „Ich verlange, bitte, will, vertraue der Treue an“, die einzeln ebenso wirksam sind, wie wenn sie alle in einem Ausdruck zusammengefasst worden sind.

Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) nennt typische Worte, die für Fideikommissionen gebräuchlich sind, wie „bitten“, „verlangen“, „wollen“, „der Treue anvertrauen“. Die Verwendung bestimmter Worte ist aber – anders als für die Erbeinsetzung und Legatsaussetzung

nach *ius civile* – nicht notwendig. Es genügt, dass der Wille des Erblassers eindeutig zum Ausdruck kommt:

*Gai. 2,281*

*Item legata Graece scripta non valent; fideicommissa vero valent.*

Ebenso sind Legate, die auf Griechisch geschrieben worden sind, nicht wirksam, Fideikommisse aber sind wirksam.

Daher sind Fideikommisse auch dann wirksam, wenn sie nicht in lateinischer Sprache, die für die Errichtung eines wirksamen Testaments nach *ius civile* vorgeschrieben war, sondern auf Griechisch ausgesetzt werden.

Die fehlende Bindung an die Verwendung bestimmter Formen wirkt sich – bis zu den Bestrebungen der Kaiserzeit, die Fideikommisse und Legate einander anzugleichen (Kap. 8.6) – auch auf die inhaltlichen Gestaltungsmöglichkeiten aus. Die Testierfähigkeit des Erblassers war trotz Formfreiheit auch für Fideikommisse unabdingbar:

*D. 32.1.1 Ulpianus 1 fideicommissorum*

*Sed si filius familias vel servus fideicommissum reliquerit, non valet. [...].*

Aber wenn ein Haussohn oder ein Sklave ein Fideikommiss hinterlassen hat, ist es unwirksam. [...].

Daher fehlt Sklaven und Hauskindern ebenso die Fähigkeit, Fideikommisse zu hinterlassen (Kap. 6.1.2) wie sie kein Testament errichten können. Dagegen konnte die Erbfähigkeit des Bedachten ursprünglich fehlen:

*Gai. 2,285*

*Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere, et fere haec fuit origo fideicommissorum. [...].*

So konnten zum Beispiel Nicht Römer Fideikommisse erwerben, und dies war ungefähr der Ursprung der Fideikommisse. [...].

Während die Erbeinsetzung wie die Zuerkennung von Legaten nach *ius civile* voraussetzt, dass der Begünstigte Römer und damit (passiv) testierfähig ist, konnten Fideikommisse ursprünglich auch Nicht Römern hinterlassen werden, die mangels römischem Bürgerrecht nicht über die (passive) Testierfähigkeit verfügten.

Auch die durch die *lex Iulia et Papia* eingeführte Erwerbsunfähigkeit von Kinderlosen und Unverheirateten hinderte den Erwerb von Fideikommissen zunächst nicht:

*Gai. 2,286–286a*

*286 Caelibes quoque, qui per legem Iuliam hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse.*

*286a Item orbi, qui per legem Papiam ob id, quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse. [...].*

286 Auch die Unverheirateten (*caelibes*), die durch die *lex Iulia* daran gehindert wurden, Erbschaften und Vermächtnisse zu erwerben, schienen in alter Zeit Fideikommissen erwerben zu können.

286a Ebenso schienen die Kinderlosen (*orbi*), die durch die *lex Papia* deshalb, weil sie keine Hauskinder haben, die Hälfte von Erbschaften und Vermächtnissen verließen, in alter Zeit Fideikommissen vollständig erwerben zu können. [...].

Damit bot ein Fideikommiss die Möglichkeit, die für das Testamentsrecht des *ius civile* geltenden Schranken zu umgehen und einen Erwerbsunwürdigen als Fideikommissar vollumfänglich zu bedenken.

Auch die für das Legatsrecht des *ius civile* anerkannte Beschränkung, Legate nur an bestimmte Personen zu hinterlassen, war für Fideikommissen zunächst nicht wirksam:

*Gai. 2,287*

*Item olim incertae personae [...] per fideicommissum relinqui poterat, quamvis <is> neque heres institui neque legari ei posset. [...].*

Ebenso konnte in alter Zeit einer nicht genau bestimmten Person [...] durch ein Fideikommiss hinterlassen werden, obwohl sie weder als Erbe eingesetzt werden kann noch ihr vermacht werden kann. [...].

Anders als für ein Legat musste der Erblasser den Begünstigten also nicht im Voraus genauer bestimmen, sondern konnte die Auswahl des Begünstigten auch dem Zufall überlassen. Auch das Verbot, Legate strafweise zu hinterlassen (Kap. 8.2.1), wurde erst im Laufe der Kaiserzeit auf Fideikommissen erstreckt:

*Gai. 2,288*

*Item poenae nomine iam non dubitatur nec per fideicommissum quidem relinqui posse.*

Ebenso wird nicht mehr daran gezweifelt, dass nicht einmal durch ein Fideikommiss etwas zur Strafe hinterlassen werden kann.

Zur Zeit des Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) war die Angleichung der Fideikommisse an die Legate durch Juristeninterpretation und kaiserliche Gesetzgebung bereits soweit vollzogen, dass auch ein Fideikommiss nicht zur Strafe des Erben ausgesetzt werden konnte.

Keine Angleichung erfolgte dagegen mit Blick auf die unterschiedliche Abhängigkeit der Fideikommisse und Legate von der Erbeinsetzung und dem Testament. Während Legate nur dem Erben auferlegt werden konnten, konnte mit Fideikommissen jeder beschwert werden, der einen Vorteil aus dem Nachlass gezogen hat. Dies gilt zunächst für Legatäre:

*D. 30.78 Ulpianus 8 disputationum*

*Fideicommissum, quod a legatario relinquitur, ita demum ab eo debetur, si ad legatarium legatum pervenerit.*

Das Fideikommiss, das zu Lasten eines Legatars hinterlassen wird, wird von diesem nur dann geschuldet, wenn das Legat an den Legatar gelangt ist.

Auch ein Legatar kann mit einem Fideikommiss belastet sein. Der Legatar muss das Fideikommiss jedoch nur insoweit erfüllen, als er selbst in den Genuss des Legats gelangt ist. Auch ist der Umfang des Fideikommisses durch den Umfang des Legats begrenzt.

Weitergehend sind Fideikommisse sogar ohne Testament möglich:

*Gai. 2,270*

*Item intestatus moriturus potest ab eo, ad quem bona eius pertinent, fideicommissum alicui relinquere; cum alioquin ab eo legari non possit.*

Ebenso kann jemand, der ohne Testament sterben wird, jemandem ein Fideikommiss zu Lasten dessen hinterlassen, dem sein Nachlass zukommt, während andererseits zu dessen Lasten kein Vermächtnis gemacht werden kann.

Wie gesehen (Kap. 8.1.4), setzt die Wirksamkeit eines Legats nach *ius civile* die Gültigkeit des Testaments, das heißt die formwirksame Einsetzung und den Antritt des Testamentserbens, voraus. Tritt der Erbe nicht an und kommt es daher zur Intestaterbfolge, gelangt auch das Legat nicht zur Wirksamkeit. Das Gegenteil gilt für Fideikommisse, da der Erblasser diese auch Intestaterben auferlegen kann.

Voraussetzung eines Fideikommisses zu Lasten von Intestaterben ist, dass der Eintritt der Intestaterbfolge vom Erblasser gewollt oder wenigstens mitbedacht wurde:

*D. 29.7.8.1 Paulus liber singularis de iure codicillorum*

*Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur pater familias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.*

Aber deshalb können Fideikommisse den Intestaterben auferlegt werden, weil man ja der Ansicht ist, der *pater familias* habe ihnen aus eigenem Willen die Intestaterbschaft hinterlassen.

Hat der Erblasser die Intestaterbfolge geplant, also bewusst kein Testament errichtet, kann er den Intestaterben Fideikommisse auferlegen. Hingegen kann kein Fideikommiss hinterlassen werden, wenn der Testator ein unwirksames Testament hinterlassen hat:

*D. 32.2 Gaius 1 fideicommissorum*

*Ex filio praeterito, licet suus heres erit, fideicommissum relinqui non potest.*

Zu Lasten eines [im Testament] übergangenen Sohnes kann, auch wenn er Hauserbe sein wird, ein Fideikommiss nicht hinterlassen werden.

Ist das väterliche Testament wegen Übergehens des Haussohnes unwirksam (Kap. 7.1.1), kann dem als Intestaterben eintretenden Sohn kein Fideikommiss auferlegt werden, weil das Eingreifen der Intestaterbfolge nicht dem (erklärten) Willen des Erblassers entspricht. Aus diesem Grund scheidet auch eine Aufrechterhaltung der im Testament hinterlassenen Fideikommisse bei Eintritt der Intestaterbfolge aus:

*D. 31.81 Paulus 9 quaestionum*

*Si quis testamento facto a filiis suis, quos heredes instituisset, fideicommissa reliquisset non ut a legitimis heredibus, sed ut a scriptis, et testamentum aliquo casu irritum factum sit, filii ab intestato venientes fideicommissa ex testamento praestare compelli non possunt.*

Wenn jemand nach der Errichtung seines Testaments zu Lasten seiner Kinder, die er als Erben eingesetzt hatte, nicht wie zu Lasten von Intestaterben, sondern wie zu Lasten von eingesetzten Erben Fideikommisse hinterlassen hatte, und wenn das Testament durch irgendeinen Umstand unwirksam gemacht worden ist, können die Kinder, die als Intestaterben die Erbschaft antreten, nicht gezwungen werden, die Fideikommisse aus dem Testament zu erfüllen.

In dem von Paulus entschiedenen Fall kommt es nur deshalb zur Intestaterbfolge, weil das Testament fehlerhaft errichtet worden ist. Obwohl Personenidentität zwischen den im Testament eingesetzten und den im Wege der Intestaterbfolge eintretenden Erben besteht, da in beiden Fällen die Kinder des Erblassers berufen sind, beschwert das dem Testamentserben auferlegte Fideikommis die Intestaterben nicht. Ein Fideikommis zulasten der Intestaterben wäre nur dann zulässig, wenn der Erblasser auf ein Testament und somit auf die Erbeinsetzung verzichtet hätte.

Maßgeblich für die Wirksamkeit des Fideikommis zugunsten des Intestaterben ist der erkennbare Wille des Erblassers, testamentslos zu versterben. Daher kann der Erblasser auch ein erbenloses Versterben in seinen Willen aufnehmen:

*D. 30.114.2 Marcianus 8 institutionum*

*Qui intestato decedit et scit bona sua ad fiscum perventura vacantia, fidei fisci committere potest.*

Wer ohne Testament verstirbt und weiß, dass seine Güter als erbenloser Nachlass an den Fiskus fallen werden, kann dem Fiskus Fideikommisse auferlegen.

Auf diese Weise kann sogar der den erbenlosen Nachlass beschlagnehmende Fiskus mit einem Fideikommis beschwert werden, vorausgesetzt, der Erblasser weiß, dass der Nachlass ohne Erben ist, und an den Fiskus fällt (*bona vacantia*, Kap. 6.2.1). In diesem Fall erwartet der Erblasser also nicht nur, ohne Testament zu versterben, sondern hat sogar die Konfiskation seines Vermögens vorgesehen.

Diese Ablösung des Fideikommis von der Erbeinsetzung führt in letzter Konsequenz dazu, dass Fideikommisse nicht nur aus Anlass des eigenen Todes, sondern auch für den Fall des Todes des Begünstigten auferlegt werden können:

*Gai. 2,277*

*Item quamvis non possimus post mortem eius, qui nobis heres extiterit, alium in locum eius heredem instituere, tamen possumus eum rogare, ut, cum morietur, alii eam hereditatem totam vel ex parte restituat; et quia post mortem quoque heredis fideicommissum dari potest, idem efficere possumus et si ita scripserimus: „Cum Titius heres meus mortuus erit, volo hereditatem meam ad Publium Maevium pertinere.“ [...].*

Obwohl man gleichfalls nicht für die Zeit nach dem Tode dessen, der unser Erbe geworden ist, einen anderen an dessen Stelle zum Erben einsetzen kann, kann man ihn dennoch bitten, dass er, wenn er sterben wird, einem anderen diese Erbschaft ganz oder teilweise herausgebe; und weil auch für die Zeit nach dem Tode des Erben ein Fideikommis ausgesetzt werden kann, kann man dasselbe bewirken, und

zwar, wenn man auf diese Weise geschrieben hat: „Wenn mein Erbe Titius gestorben sein wird, will ich, dass meine Erbschaft dem Publius Maevius gehört.“ [...].

Während es nach dem Prinzip *semel heres, semper heres* unzulässig ist, einen Erben auf den Tod des Erben einzusetzen (Kap. 6.1.3), kann ein Fideikommiss auch für den Zeitpunkt des Todes des Erben auferlegt werden. Dies bedeutet nichts anderes, als dass der Erbe mittels Fideikommiss verpflichtet wird, die erhaltene Erbschaft einer Person nach der Wahl des Erblassers herauszugeben.

Das Panorama der Abweichungen zwischen dem Testamentsrecht des *ius civile* und der jedenfalls ursprünglich zulässigen Gestaltung von Fideikommissen zeigt, dass die Einführung der Klagbarkeit von Fideikommissen durch Kaiser Augustus (27 v. Chr. – 14 n. Chr.) eine grundlegende Veränderung des Legatsrechts bedeutete.

### Übersicht 38: Ursprüngliche Abweichungen zwischen Legaten und Fideikommissen

	<b>Errichtung:</b>	<b>Begünstigter:</b>	<b>Beschwerter:</b>	<b>Wirkung:</b>
<b>Legate:</b>	▪ förmliche Worte; Testamentsform; bestimmt; nicht zur Strafe	▪ Römer mit Erwerbsfähigkeit	▪ nur Testamentserbe	▪ nur auf den eigenen Todesfall
<b>Fideikommiss:</b>	▪ formlos; auch ohne Testament; auch unbestimmt; auch zur Strafe	▪ auch Peregrine ▪ auch Personen ohne Erwerbsfähigkeit	▪ Legatar ▪ Intestaterbe ▪ sogar Fiskus (erbenloser Nachlass)	▪ auch auf den Tod des Erben

Die in Übersicht 38 zusammengefassten Unterschiede und Abweichungen des Fideikommisses vom Legats- und Testamentsrecht des *ius civile* eröffnen dem Erblasser neue Gestaltungsmöglichkeiten. Im Folgenden sind mit dem Erbschaftsfideikommiss und dem Familienfideikommiss zwei typische Anwendungsfälle des Fideikommisses zu betrachten.

#### 8.5.2 Erbschaftsfideikommiss

Da jeder, der einen Vorteil aus der Erbschaft erhalten hat, mit einem Fideikommiss beschwert werden kann, eignet es sich insbesondere dazu, einen Erben, Legatar oder sogar einen anderen Fideikommissar zur Herausgabe an einen Dritten zu verpflichten. Einen häufig anzutreffenden Anwendungsfall dieser Gestaltung bildet das Erbschafts-

fideikommiss, das heißt die Verpflichtung des Erben, die empfangene Erbschaft ganz oder teilweise an einen Dritten herauszugeben (Universalfideikommiss).

*Gai. 2,250*

*Cum igitur scripserimus: „Lucius Titius heres esto“, possumus adicere: „Rogo te, Luci Titi, petoque a te, ut cum primum possis hereditatem meam adire, Gaio Seio reddas restituas.“ Possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est vel sub conditione vel pure relinquere fideicommissa vel ex die certa.*

Wenn man also geschrieben hat: „Lucius Titius soll Erbe sein“, kann man hinzufügen: „Ich bitte dich, Lucius Titius, und verlange von dir, dass du, sobald du meine Erbschaft antreten kannst, sie dem Gaius Seius übergibst und herausgibst.“ Man kann aber auch hinsichtlich der Herausgabe eines Teils bitten; und es steht frei, Fideikommiss entweder unter einer Bedingung oder ohne Bedingung oder unter einer Zeitbestimmung zu hinterlassen.

Während es nach *ius civile* unzulässig ist, die Erbenstellung zeitlich zu befristen, erlaubt das Erbschaftsfideikommiss, zwei Personen nacheinander in den Genuss der Erbschaft zu bringen. Zu diesem Zweck muss die erste Person als Erbe eingesetzt werden; die zweite dagegen wird als Fideikommissar bedacht, der vom Erben nach Eintritt eines Termins oder einer Bedingung die Herausgabe der Erbschaft verlangen kann. Das Fideikommiss ist in diesen Fällen – genau wie dies für Legate anerkannt ist – aufschiebend bedingt oder befristet; die Besonderheit liegt aber darin, dass es dem Fideikommissar nicht nur die Stellung eines Legatars, sondern – jedenfalls aus wirtschaftlicher Sicht – die Erbschaft verschafft.

Die fideikommissarische Weitergabe der Erbschaft kann sowohl bei der Erbeinsetzung, also im Testament selbst, als auch in einem formlosen Nachtrag (Kodizill, Kap. 6.4.1) angeordnet werden:

*D. 36.1.63 Paulus 14 responsorum*

*Paulus respondit his verbis: „Semproni, heredem te non scripsi festinans per infirmitatem: Ideoque ei dari volo tantum, quantum pro uncia hereditatis competeret“, videri quidem magis quantitatem, quam portionem hereditatis relictam, sed sic accipiendum, uti videatur de uncia etiam restituenda sensisse.*

Paulus antwortete, es habe den Anschein, dass mit den folgenden Worten: „Sempronius, ich habe dich nicht zum Erben eingesetzt, da ich mich wegen Schwäche beeilt habe. Und deshalb will ich, dass ihm so viel gegeben werde, wie viel für ein Zwölftel des Nachlasses zusteht“, zwar eher eine [bestimmte] Menge als ein Anteil

an der Erbschaft hinterlassen worden sei, es aber so zu verstehen sei, dass er offenbar auch die Herausgabe von 1/12 gemeint habe.

Ein Erblasser hat im Testament Erben eingesetzt; die spätere Hinzufügung eines weiteren Erben namens Sempronius hat eine alters- oder krankheitsbedingte Schwäche des Erblassers vorher verhindert. Da eine eigentliche Erbeinsetzung nicht mehr möglich ist, hat der Erblasser die im Testament bereits eingesetzten Erben durch ein Kodizill verpflichtet, den Sempronius in bestimmter Höhe am Nachlass zu beteiligen. Obgleich diese Erbeinsetzung auf einen bestimmten Betrag nach *ius civile als institutio ex certa re* unwirksam wäre (Kap. 6.2.2), kann sie als Fideikommiss Wirksamkeit entfalten. Daher müssen die Erben dem Sempronius den Wert herausgeben, den ein 1/12 der Erbschaft hätte.

Die Anordnung eines Erbschaftsfideikommisses kann auch dazu dienen, einer Person, die zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht vermögensfähig oder nicht erwerbsfähig ist, die Erbschaft zuzuwenden, sobald sie die notwendige rechtliche Stellung erreicht hat. So wird häufig durch Fideikommiss verlangt, einem Kind erst mit Erreichen eines bestimmten Alters die Erbschaft ganz oder teilweise herauszugeben:

#### *D. 22.1.3.3 Papinianus 20 quaestionum*

*Cum Pollidius a propinqua sua heres institutus rogatus fuisset filiae mulieris „quidquid ex bonis eius ad se pervenisset, cum certam aetatem puella complisset, restituere,“ idque sibi mater ideo placuisse testamento comprehendisset, ne filiae tutoribus, sed potius necessitudini res committerentur, [...].*

Als Pollidius von einer seiner Verwandten als Erbe eingesetzt worden war und gebeten worden war, der Tochter der Frau „was auch immer aus ihrem Vermögen an ihn gelangt wäre, herauszugeben, sobald das Mädchen ein gewisses Alter erreicht hätte“, und da die Mutter in ihrem Testament zum Ausdruck gebracht hatte, dass sie diese Gestaltung deshalb beschlossen hätte, damit das Vermögen nicht den Tutoren der Tochter, sondern eher einem Verwandten anvertraut würde, [...].

In dem von Papinian geschilderten Fall diente das dem Verwandten Pollidius auferlegte Fideikommiss dazu, den Zugriff der Vormünder der Tochter auf das Erbe zu verhindern. Anstatt also die Tochter selbst zur Erbin einzusetzen und damit eine Verwaltung des Vermögens bis zum Erreichen der Mündigkeit (*pubertas*) durch die Tutoren hinzunehmen, hat die Erblasserin den Pollidius als Alleinerben eingesetzt und ihn mittels Fideikommiss gebeten, alles aus der Erbschaft Erlangte an die Tochter herauszugeben, sobald diese das Mündigkeitsalter erreicht habe.

Das Erbschaftsfideikommiss wird zudem verwendet, um schon im Testament die Aufteilung des Vermögens zwischen den Erben genauer festzulegen. Ein typisches Beispiel bildet:

*D. 36.1.80.5 Scaevola 21 digestorum*

*Maevia filium heredem instituit ex quincunce, Titiam filiam ex quadrante, Septicium filium ex triente, cuius fidei commisit in haec verba: „Te rogo, fili Septici, si intra vicensimum annum sine liberis morieris, quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, hoc fratribus tuis restituas.“ Quaesitum est, an Septicio filio defuncto intra vicensimum annum sine liberis hoc fideicommissum utrum pro portionibus hereditariis ad fratrem et sororem eius pertineat an vero aequaliter. Respondit pro parte hereditaria.*

Maevia setzte einen ihrer Söhne zum Erben zu  $5/12$  ein, ihre Tochter Titia zu  $1/4$  und ihren Sohn Septicius zu  $1/3$ , dem sie ein Fideikommiss mit folgenden Worten auferlegte: „Ich bitte dich, mein Sohn Septicius, dass du, wenn du innerhalb des zwanzigsten Lebensjahres ohne Kinder sterben wirst, alles, was aus meiner Erbschaft an dich gelangt ist, deinen Geschwistern herausgibst.“ Es wurde gefragt, ob dieses Fideikommiss, wenn der Sohn Septicius innerhalb des zwanzigsten Lebensjahres ohne Kinder gestorben sei, seinem Bruder und seiner Schwester nach den Erbschaftsanteilen gehöre oder aber zu gleichen Teilen. Er hat geantwortet, dass es ihnen nach dem jeweiligen Erbschaftsanteil gehöre.

In dem von Scaevola untersuchten Fall hat eine Mutter ihre Kinder auf verschiedene Erbquoten (1. Sohn:  $5/12$ , Tochter:  $1/4 = 3/12$ , 2. Sohn:  $1/3 = 4/12$ ) eingesetzt. Gleichzeitig hat sie dem zweiten Sohn per Fideikommiss auferlegt, die Erbschaft an die beiden Geschwister herauszugeben, wenn er vor oder im 20. Lebensjahr ohne Hinterlassung von Kindern versterben sollte. Verstirbt der zweite Sohn tatsächlich kinderlos vor Beendigung des 20. Lebensjahres, können die Geschwister sein mütterliches Erbteil herausverlangen. Die Mutter hat also die Aufteilung ihres Erbes über den Tod des einen Sohnes hinaus durch Fideikommiss gestaltet und damit sichergestellt, dass ihr Nachlass insgesamt an ihre Kinder fällt. Rechtlicher Erörterung bedarf der Fall nur deshalb, weil die Erblasserin nicht bestimmt hat, zu welchen Teilen die beiden verbliebenen Geschwister sich den Erbteil des verstorbenen Bruders aufteilen sollen. Scaevola (2. Jahrhundert n. Chr.) entscheidet, maßgeblich sei die im Testament angeordnete Erbquote. Somit erhält die Schwester 37,5 % des Erbteils des zweiten Sohnes, der Bruder 62,5 %.

Eine weitergehende familiäre Bindung erlaubt das Fideikommiss in der Gestalt des Familienfideikommisses.

### 8.5.3 Familienfideikommiss

Unter einem Familienfideikommiss (*fideicommissum familiae relictum*) versteht man die durch Fideikommiss erzielte Verpflichtung nachfolgender Generationen, einen bestimmten Gegenstand, meist ein Landgut oder Grundstück, nur innerhalb der Familie weitervererben zu dürfen:

#### *D. 30.114.15 Marcianus 8 institutionum*

*Cum pater filio herede instituto, ex quo tres habuerat nepotes, fideicommisit, ne fundum alienaret et ut in familia relinqueret, et filius decedens duos heredes instituit, tertium exheredavit, eum fundum extraneo legavit, divi Severus et Antoninus rescripserunt verum esse non paruisse voluntati defuncti filium.*

Als ein Vater nach der Erbeinsetzung seines Sohnes, von dem er drei Enkel gehabt hatte, dessen [sc. des Sohnes] Treue anvertraute, dass er ein Landgut nicht veräußere und dass er es in der Familie zurückhalte, und als der Sohn bei seinem Tod zwei [seiner Söhne] zu Erben einsetzte, den dritten enterbte und dieses Landgut einem Fremden vermachte, haben die vergöttlichten Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla durch Reskript entschieden, es sei erwiesen, dass der Sohn dem Willen des Verstorbenen nicht gehorcht habe.

Der Vater hat seinem Sohn mittels Fideikommiss auferlegt, das Landgut auch für den Fall des eigenen Todes in der Familie zu behalten. Da der Sohn das Landgut einem Nicht-Familienmitglied vermacht hat, hat er gegen das Fideikommiss verstoßen. Damit stellt sich die Frage, ob das Fideikommiss den Erwerb des Nicht-Familienmitglieds verhindert, dem Gebot also gleichsam „dingliche Wirkung“ zukommt. Unter dieser Voraussetzung könnten Personen der nachfolgenden Generation sich auf das Fideikommiss berufen, um die Herausgabe des Grundstücks zu verlangen:

#### *D. 30.114.14 Marcianus 8 institutionum*

*Divi Severus et Antoninus rescripserunt eos, qui testamento vetant quid alienari nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere: Quod si liberis aut posteris [...] aut heredibus aut aliis quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse, sed haec neque creditoribus neque fisco fraudi esse: [...].*

Die vergöttlichten Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla haben durch Reskript entschieden, dass die schriftliche Testamentsbestimmung in Hinblick auf diejenigen, die durch ihr Testament die Veräußerung einer Sache verbieten und den Grund nicht nennen, weshalb sie wollen, dass dies geschehe, keinerlei Gültigkeit habe, weil sie [die Erblasser] damit eine leere Vorgabe gemacht hätten, da sie eine derartige Bestimmung in ihrem Testament nicht wirksam anordnen können, wenn nicht eine Person ermittelt wird, unter deren Berücksichtigung dies vom Erblasser bestimmt wurde. Wenn sie also in Fürsorge für ihre Kinder oder [andere] Nachkommen [...], für ihre Erben oder bestimmte andere Personen einen solchen Willen erklärten, so müsse dieser [als wirksam] aufrechterhalten werden; aber dieser wirke weder für die Gläubiger noch den Fiskus zum Nachteil: [...].

Nach dem von Marcian zitierten Reskript der Kaiser Septimius Severus (193–211 n. Chr.) und Caracalla (211–217 n. Chr.) kann das Familienfideikommiss Dritten nur dann entgegengesetzt werden, wenn es nicht nur allgemein ein Verbot enthält, die Sache aus der Familie zu entäußern, sondern sowohl den oder die Begünstigten als auch das Motiv für die Begünstigung enthält. Als ausreichendes Motiv soll dabei der Hinweis des Erblassers genügen, aus Fürsorge für die Nachkommen oder Erben zu handeln. Gleichzeitig sind damit diese Nachkommen und ihre gesetzlichen Erben als Begünstigte des Fideikommissses benannt. Wirkung gegenüber Dritten zeitigt ein derartiges Familienfideikommiss allerdings nur dann, wenn der vorbehaltene Vermögensgegenstand rechtsgeschäftlich weiterveräußert oder erbschaftlich weitergegeben wird. Gegen eine Beschlagnahme durch den Fiskus oder die Vermögensvollstreckung durch Erbschaftsgläubiger im Wege der *venditio bonorum* kann das Familienfideikommiss dagegen nichts ausrichten.

Ob der Kläger aus einem Familienfideikommiss überhaupt zum Kreis der Begünstigten gehört, wird durch Auslegung entschieden:

#### D. 31.32.6 Modestinus 9 regularum

*In fideicommisso quod familiae relinquitur hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extendit.*

Bei einem Fideikommiss, das der Familie hinterlassen wird, können diejenigen zu seiner Klage zugelassen werden, die namentlich genannt worden sind, oder nach dem Tod von all diesen [können] diejenigen [zu seiner Klage zugelassen werden], die aus dem Geschlecht des Verstorbenen waren zu dem Zeitpunkt, als der Testator starb,

und diejenigen, die von diesen im ersten Grad gezeugt worden sind, wenn der Verstorbene nicht im Besonderen seinen Willen auf weiter entfernte Angehörige ausgeweitet hat.

Bei Anordnung des Familienfideikommisses hat der Erblasser zwar die Berechtigten benannt, diese sind aber verstorben. Daher stellt sich die Frage, ob auch andere Nachkommen berufen sind, das Fideikommiss geltend zu machen, wenn der Erbe dem erblasserischen Willen zuwiderhandelt. Modestinus (3. Jahrhundert n. Chr.) geht von der Wirksamkeit des Fideikommisses auch nach dem Tod der namentlich Berechtigten aus. Nach Versterben der namentlich Bedachten seien deren unmittelbare Nachkommen als Begünstigte anzusehen. Auf diese Weise wird letztlich der Intestaterbe des Begünstigten gegen spätere Verfügungen des Erben geschützt.

Vor allem das Erbschaftsfideikommiss und das Familienfideikommiss zeigen die Flexibilität und die Gestaltungsfreiheit, die der Erblasser durch das neu geschaffene Institut gewinnt. Dies erklärt die Beliebtheit und Häufigkeit von Fideikommissen sowie das Bestreben der kaiserlichen Gesetzgebung, die rechtliche Ausgestaltung weitergehend zu regeln.

### 8.6 Die weitere Ausgestaltung des Rechts der Fideikommisses

Das Bedürfnis nach weiterer rechtlicher Ausgestaltung der Fideikommisses ergab sich zunächst für die Erbschaftsfideikommisses, bei denen es durch die Herausgabe der Erbschaft zu einem Auseinanderfallen von rechtlicher und wirtschaftlicher Erbenstellung kam:

*Gai. 2,251*

*Restituta autem hereditate is, qui restituit, nihilo minus heres permanet; [...].*

Nach der Herausgabe der Erbschaft aber bleibt derjenige, der sie herausgegeben hat, trotzdem Erbe; [...].

Gab der mit einem Erbschaftsfideikommiss belastete Erbe die Erbschaft ganz oder teilweise an den Fideikommissar heraus, blieb er dennoch Erbe. Der Fideikommissar und Inhaber der Erbschaft konnte also nicht gegen Schuldner der Erbschaft vorgehen; umgekehrt traf den Erben die volle Haftung für Erbschaftsschulden, obwohl er selbst keinen oder lediglich einen geringen wirtschaftlichen Vorteil aus der Erbenstellung zog. Dieses Problem war aus dem Erbschafts Kauf (*venditio*

*hereditatis*) bekannt, so dass man sich zu seiner Lösung ursprünglich ebenfalls am Erbschaftskauf orientierte:

Gai. 2,252

[...] *Et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eaedem interponebantur inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: Heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero, qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.*

[...] Und dieselben Stipulationen, die gewöhnlich zwischen dem Verkäufer und dem Käufer einer Erbschaft abgeschlossen werden, wurden zwischen dem Erben und demjenigen, dem die Erbschaft herausgegeben wurde, abgeschlossen. Dies geschah auf folgende Weise: So ließ sich der Erbe von demjenigen, dem die Erbschaft herausgegeben wurde, durch Stipulation versprechen, dass er aufgrund dessen, wofür auch immer er in Erbschaftsangelegenheiten verurteilt worden wäre oder was er sonst in seiner Gutgläubigkeit gezahlt hätte, schadlos gehalten würde, und dass er ganz und gar wirksam verteidigt würde, falls ihn jemand in Erbschaftsangelegenheiten verklagte. Jener aber, der die Erbschaft empfing, ließ sich als Gegenleistung durch Stipulation versprechen, dass ihm dies herausgegeben würde, falls irgendetwas aus der Erbschaft an den Erben gelangt wäre, und dass der Erbe auch damit einverstanden sei, dass er [der Fideikommissar] Forderungen wegen Erbschaftsangelegenheiten als Prozessbeauftragter oder Prozessvertreter verfolge.

Mittels der Stipulationen von Erbschaftskäufer und Erbschaftsverkäufer (*stipulationes emptae et venditae hereditatis*) versprachen sich Fideikommissar und Erbe, den anderen so zu stellen, als sei nicht nur die Erbschaft, sondern auch die Erbenstellung übertragen worden. Entsprechend versprach der Fideikommissar dem Erben, ihn für alle Klagen, die gegen die Erbschaft und damit gegen den Erben gerichtet würden, zu entschädigen. Umgekehrt versprach der Erbe dem Fideikommissar, alle Vorteile, die er aus der Erbschaft erlangt habe und noch erlangen werde, herauszugeben oder zu erstatten. Zudem erlaubte der Erbe dem Fideikommissar, die Forderungen aus der Erbschaft im eigenen Namen geltend zu machen und für sich einzuziehen. Auf diese Weise führten die Stipulationen zwar keinen Übergang der Erbenstellung auf den Fideikommissar herbei, bewirkten aber, dass beide Parteien durch wechselseitige

Verpflichtungen so gestellt wurden, als ob nicht nur die Erbschaft, sondern auch die Erbenstellung übertragen worden wäre.

Eine Vereinfachung dieses Verfahrens bezweckte das *senatusconsultum Trebellianum* vom 25. August 55 n. Chr.

### 8.6.1 *Senatusconsultum Trebellianum*

Der Wortlaut des Senatsbeschlusses wird von Ulpian wie folgt wiedergegeben:

#### *D. 36.1.1.1–2 Ulpianus 3 fideicommissorum*

*1 Factum est enim senatus consultum temporibus Neronis octavo calendas septembres Annaeo Seneca et Trebellio Maximo consulibus, cuius verba haec sunt:*

*2 „Cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his eos subire, in quos ius fructusque transferretur, potius quam cuique periculosam esse fidem suam: Placet, ut actiones, quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic, uti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmetur supremae defunctorum voluntates.“*

1 Das *senatusconsultum* ist nämlich zu Zeiten des Kaisers Nero am fünfundzwanzigsten August unter den Konsuln Annaeus Seneca und Trebellius Maximus errichtet worden. Seine Worte sind die folgenden:

2 „Da es von größter Billigkeit war, dass bei allen fideikommissarischen Erbschaften, wenn irgendwelche Rechtsstreitigkeiten über diesen Nachlass hängig waren, in diese eher diejenigen Personen eintreten, auf die das Recht und die Nutzung übertragen wurden, als dass für wen auch immer die eigene Treue gefährlich sei, so wird beschlossen, dass diejenigen Klagen, die üblicherweise gegen den Erben [sc. Erbe ist Beklagter] und zugunsten der Erben [sc. Erben sind Kläger] erteilt werden, weder gegen diese noch diesen erteilt werden, die ein ihnen auferlegtes Fideikommiss so, wie sie gebeten worden waren, herausgegeben hatten. Vielmehr werden die Klagen diesen und gegen diese erteilt, denen das Fideikommiss aus einem Testament herausgegeben worden war, damit die letzten Willensäußerungen der Verstorbenen in Zukunft umso mehr Beachtung finden.“

Der unter Kaiser Nero (54–68 n. Chr.) ergangene Senatsbeschluss ordnet an, Erbe und Fideikommissar nach Herausgabe der Erbschaft an den Fideikommissar auch ohne Zwischenschaltung der aus dem Erbschafts Kauf stammenden Stipulationen

so zu behandeln, als sei der Fideikommissar Erbe geworden. Entsprechend sollen dem Fideikommissar alle Klagen zugunsten der Erbschaft erteilt werden und er soll für die Erbschaftsschulden einstehen; umgekehrt soll der Erbe von der Haftung, die sich aus der Erbschaft ergibt, befreit sein, kann aber auch keine Rechte aus der Erbschaft geltend machen. Zur Begründung dieser Rechtsfolgen verweist das *senatusconsultum Trebellianum* auf die Billigkeit (*aequitas*) und den letzten Willen des Verstorbenen: Es sei unbillig, den Erben auch nach Herausgabe der Erbschaft weiter haften zu lassen, da er keinen Vorteil aus der Erbschaft habe. Zudem widerspreche es dem Willen des Erblassers, wenn der Fideikommissar keine erbenähnliche Stellung erhalte.

Erreicht wird das vom *senatusconsultum* vorgegebene Ziel durch den Prätor: Genauso wie der Gerichtsmagistrat dem *bonorum possessor* die Klagen des Erben zugewiesen und erbschaftliche Klagen gegen diesen zugelassen hat (Kap. 4.2.2), behandelt er nun den Fideikommissar als aktiv- und passivlegitimiert, indem er den Erbschaftsgläubigern die Klagen gegen diesen erteilt und ihm umgekehrt die Klagen des Erben zuspricht. Man spricht daher von einer Übertragung der Klagen oder von Aktionentransfer. Die damit erreichte Vereinfachung der Rechtslage dient nicht nur dazu, die lästigen Stipulationen zu vermeiden:

#### *D. 36.1.1.3 Ulpianus 3 fideicommissorum*

*Sublata est hoc senatus consulto dubitatio eorum, qui adire hereditatem recusare seu metu litium seu praetextu metus censuerunt.*

Durch dieses *senatusconsultum* ist der Zweifel derjenigen beseitigt worden, die zum Schluss kamen, aus Angst vor Rechtsstreitigkeiten oder unter dem Vorwand der Furcht den Erbschaftsantritt abzulehnen.

Der rechtspolitische Zweck des *senatusconsultum Trebellianum* liegt vielmehr darin, den Erben zum Antritt der Erbschaft anzuhalten, auch wenn er diese anschließend wieder herauszugeben hat. In der Tat ist es nicht attraktiv, eine Erbschaft anzutreten, aus der der Erbe nur Haftung und Schulden zu erwarten hat, aber keinerlei Vorteil. Trat der Erbe aber nicht an, entfiel auch die Verpflichtung, das Erbschaftsfideikommiss zu erfüllen. Indem der Senatsbeschluss anordnete, den Fideikommissar nach der Herausgabe der Erbschaft für die Schulden haften zu lassen, wurde die Situation des herausgebenden Erben verbessert und damit ein Anreiz geschaffen, die Erbschaft anzutreten und das Fideikommiss zu erfüllen.

Die Gefahr, dass das Fideikommiss durch Nichtantritt des Erben hinfällig würde, bestand:

*D. 36.1.1.5 Ulpianus 3 fideicommissorum*

*Hoc autem senatus consultum locum habet, sive ex testamento quis heres esset sive ab intesto rogatusque sit restituere hereditatem.*

Dieses *senatusconsultum* aber kommt unabhängig davon zur Anwendung, ob jemand aus einem Testament oder mittels Intestaterbfolge Erbe wurde und gebeten wurde, die Erbschaft herauszugeben.

Da auch der Intestaterbe mit Fideikommissen belastet werden konnte, drohte dem Erblasser nicht nur, ohne Testament beerbt zu werden; vielmehr bestand das Risiko, überhaupt ohne Erben zu versterben, so dass die Erbschaft als erbenlos vom Fiskus beansprucht werden konnte. Zwar konnten – wie gesehen (Kap. 8.5.1) – sogar dem Fiskus Fideikommissen auferlegt werden. Dann aber musste die Möglichkeit der Einziehung des Vermögens durch den Fiskus schon von vornherein mitbedacht werden. Kam es nur durch Ausschlagung der Erben zur Erbfolge des Fiskus, konnte der Erblasser diesem ebenso wenig ein Fideikommiss auferlegen, wie er bei Scheitern der Testamentserbfolge den Intestaterben belasten konnte. Der Erblasser musste sich also vorab entscheiden, welche Art von Erbfolge eintreten sollte, und dann darauf vertrauen, dass der belastete Erbe die Erbschaft antrat und das Fideikommiss erfüllte.

Dass das *senatusconsultum Trebellianum* die entstandenen Planungsschwierigkeiten des Erblassers nicht vollumfänglich gelöst haben kann, zeigt ein neuer, unter Kaiser Vespasian (69–79 n. Chr.) ergangener Senatsbeschluss, das *senatusconsultum Pegasianum*.

*8.6.2 Senatusconsultum Pegasianum*

Das *senatusconsultum Pegasianum* beinhaltet verschiedene Regelungen, um den Erbschaftsantritt für den Erben attraktiv zu machen, auch wenn die Erbschaft mit Fideikommissen belastet ist. Die erste Regelung betrifft – wie das *senatusconsultum Trebellianum* – die Situation des Erben bei Vorliegen eines Erbschaftsfideikommisses:

*Gai. 2,254*

*Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant atque ob id extinguebantur fideicommissa, postea Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei, qui rogatus est hereditatem restituere, proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinenda conceditur: [...].*

Weil aber umgekehrt die durch Testament eingesetzten Erben, da sie sehr oft gebeten wurden, entweder die gesamte Erbschaft oder fast die gesamte herauszugeben, sich weigerten, die Erbschaft wegen keines oder eines äußerst geringen Gewinns anzutreten, und deshalb die Fideikommission unwirksam wurden, beschloss der Senat später unter dem Konsulat von Pegasus und Pusio, dass es demjenigen, der um Herausgabe einer Erbschaft gebeten worden sei, ebenso erlaubt sei, ein Viertel zurückzuhalten, wie nach der *lex Falcidia* bei Vermächtnissen die Zurückhaltung eines Viertels zugestanden wird: [...].

Nach dem *senatusconsultum Pegasianum* soll der Erbe, der die Erbschaft wegen eines Erbschaftsfideikommisses ganz oder teilweise herausgeben muss, dadurch zum Antritt motiviert werden, dass er ein Viertel der Erbschaft für sich behalten darf. Genauso wie also dem Erben, der durch Legate belastet ist, nach der *lex Falcidia* wenigstens die Quart verbleiben muss (Kap. 8.2.2), soll auch dem durch Erbschaftsfideikommiss belasteten Erben jedenfalls ein Viertel der Erbschaft zustehen.

Die Regelung des *senatusconsultum Pegasianum* hebt die bestehende Regelung des *senatusconsultum Trebellianum* teilweise auf:

*Gai. 2,255–256*

*255 Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatus consulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem iure civili, in eum vero, qui recipit hereditatem, ex senatus consulto Trebelliano; quamquam heres etiam pro ea parte, quam restituit, heres permanet eique et in eum solidae actiones competunt; sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet.*

*256 At si quis plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus est Pegasiano senatus consulto.*

255 Wenn folglich der testamentarisch eingesetzte Erbe zwar gebeten worden ist, nicht mehr als drei Viertel der Erbschaft herauszugeben, dann wird die Erbschaft nach dem *senatusconsultum Trebellianum* herausgegeben; und gegen jeden der beiden werden die Klagen wegen Erbschaftsangelegenheiten verhältnismäßig gewährt, gegen den Erben freilich nach *ius civile*, gegen denjenigen aber, der die Erbschaft empfängt, nach dem *senatusconsultum Trebellianum*. Obwohl der Erbe auch für denjenigen Teil, den er herausgibt, Erbe bleibt und ihm und gegen ihn die Klagen ganz zustehen, wird er aber nicht darüber hinaus belastet und es werden jenem nicht mehr Klagen gewährt, als bei ihm ein Vorteil aus der Erbschaft verbleibt.

256 Wenn hingegen jemand gebeten worden ist, mehr als drei Viertel oder sogar die ganze Erbschaft herauszugeben, kommt das *senatusconsultum Pegasianum* zur Anwendung.

Der Anwendungsbereich der beiden Senatsbeschlüsse richtet sich nach dem Umfang der vom Erblasser vorgesehenen Herausgabepflicht des Erben: Hat der Erblasser dem Erben die Herausgabe von weniger als  $\frac{3}{4}$  der Erbschaft auferlegt, ihm also die Quart von vornherein belassen, genügt die Regelung des *senatusconsultum Trebellianum*. Maßgeblich für den Aktionentransfer sind dabei die Anteile, die dem Erben und dem Fideikommissar an der Erbschaft zustehen: Der Erbe bleibt also nur insoweit in der Haftung, wie er tatsächlich einen Vorteil aus der Erbschaft erhält; der Fideikommissar erhält die erbschaftlichen Klagen nur nach der Quote, nach der er auch an der Erbschaft beteiligt worden ist.

Hat der Erblasser dem Fideikommissar dagegen die Herausgabe der ganzen Erbschaft oder von mehr als  $\frac{3}{4}$  der Erbschaft auferlegt, verbleibt dem Erben also nicht die Quart, kommt das *senatusconsultum Pegasianum* zur Anwendung: Trotz der gegenteiligen Anordnung des Erblassers darf der Erbe aufgrund des *senatusconsultum*  $\frac{1}{4}$  der Erbschaft behalten; der Fideikommissar erhält aufgrund der senatorischen Kürzung seines Rechts nur  $\frac{3}{4}$  der Erbschaft. Die weiteren Haftungsfolgen richten sich in diesem Fall danach, ob der Erbe die Erbschaft trotz der Belastung durch das Fideikommiss freiwillig antritt oder zum Antritt gezwungen werden muss:

*Gai. 2,257*

*Sed is, qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem sive noluerit retinere, ipse universa onera hereditaria sustinet; sed quarta quidem retenta quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent tamquam inter partiarium legatarium et heredem; si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt.*

Aber wer einmal die Erbschaft angetreten hat, trägt persönlich – wenn er sie nur aus seinem Willen angetreten hat – die gesamten Lasten der Erbschaft, ganz gleich, ob er das Viertel zurückbehalten hat oder ob er es nicht hat zurückbehalten wollen. Aber wenn das Viertel zwar zurückbehalten worden ist, müssen gewissermaßen die Stipulationen des Anteils und an Stelle des Anteils abgeschlossen werden wie zwischen einem Teilungsvermächtnisnehmer und einem Erben; wenn er aber die ganze Erbschaft herausgegeben hat, sind die Stipulationen nach dem Vorbild der Stipulationen der gekauften und verkauften Erbschaft abzuschließen.

Hat der Erbe, der nach der Anordnung des Erblassers mehr als  $\frac{3}{4}$  herausgeben musste, die Erbschaft mit oder ohne Berufung auf das Viertel angetreten, ist das *senatusconsultum Trebellianum* ausgeschlossen. Da kein Aktionentransfer stattfindet, haftet der Erbe den Erbschaftsgläubigern, das heißt im Außenverhältnis, in voller Höhe. Um eine Entlastung zu erreichen, muss er – wie schon vor Geltung des *senatusconsultum Trebellianum* – Stipulationen abschließen, welche die Haftung auf den Fideikommissar auslagern und umgekehrt dem Fideikommissar mittels Stipulation die Erhebung der erbschaftlichen Klagen erlauben. Die Art und das Maß dieser Stipulationen richtet sich danach, ob der Erbe das Viertel zurückbehalten hat oder nicht: Hat der Erbe die Erbschaft vollständig herausgegeben, kommen die Stipulationen über den Erbschafts Kauf zur Anwendung (Kap. 8.6.1). Hat sich der Erbe das Viertel vorbehalten, wird der Fideikommissar wie ein Legatar aus einem Teilungsvermächtnis (*partitio legata*) behandelt: Bei einem Teilungsvermächtnis wird der Erbe verpflichtet, die Erbschaft mit dem Legatar in einem gewissen Verhältnis zu teilen, ohne dass der Legatar dadurch zum Erben wird. Auch in diesem Verhältnis sind nach traditionellem *ius civile* Stipulationen üblich, mit denen im Innenverhältnis die Haftung entsprechend der Anteile von Erbe und Vermächtnisnehmer verteilt wird, um den Erben insoweit von der Haftung freizustellen. Diese Stipulationen entsprechen den für den Erbschafts Kauf geltenden Stipulationen mit dem Unterschied, dass sie sich nicht auf die gesamte Erbschaft, sondern nur auf den Erbschaftsanteil beziehen, der dem Legatar vom Erben im Rahmen der Teilung überlassen wurde. Diese Anteile sind beim *senatusconsultum Pegasianum* auf  $\frac{1}{4}$  und  $\frac{3}{4}$  festgelegt: Der Fideikommissar verspricht dem Erben mithin, ihn für die Haftung aus den Erbschaftsschulden in Höhe von  $\frac{3}{4}$  schadlos zu halten; der Erbe erlaubt dem Fideikommissar, die Erbschaftsforderungen in gleicher Höhe für sich einzuklagen.

Diese Regelung, das heißt die analoge Anwendung der Stipulationen über das Teilungsvermächtnis, gilt nach dem *senatusconsultum Pegasianum* auch für Fideikommiss über einzelne Sachen:

Gai. 2,254

[...] *ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinuntur, eadem retentio permissa est. per quod senatus consultum ipse onera hereditaria sustinet; ille autem, qui ex fideicommisso reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partarii loco est, id est eius legatarii, cui pars bonorum legatur; quae species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem. [...].*

[...] auch aus Einzelgegenständen, die durch Fideikommiss hinterlassen werden, ist dasselbe Recht zum Vorbehalt erlaubt. Nach diesem Senatsbeschluss trägt er [der

Erbe] selbst die Lasten der Erbschaft; jener hingegen, der aufgrund des Fideikommisses den restlichen Teil der Erbschaft erhält, steht im Verhältnis eines partiari-schen Vermächtnisnehmers, das heißt eines solchen Vermächtnisnehmers, dem ein Teil des Vermögens vermacht wird; diese Art des Vermächtnisses wird „Teilungsvermächtnis“ genannt, weil der Vermächtnisnehmer die Erbschaft mit dem Erben teilt. [...].

Hat also der Erbe dem Fideikommissar freiwillig die Sache herausgegeben, die ihm mittels Fideikommiss hinterlassen worden ist, bleibt er zwar Erbe, kann aber den Fideikommissar im Innenverhältnis an den Lasten und Vorteilen der Erbschaft beteiligen. Auch diese Beteiligung erfolgt durch wechselseitige Stipulationen und betrifft nur die Quote, die dem Wert der herausgegebenen Sache entspricht.

Indem das *senatusconsultum Pegasianum* nicht nur das Erbschaftsfideikommiss, sondern auch das Einzelfideikommiss einer Regelung unterstellt, vermeidet es Wertungswidersprüche, die unter der Geltung des *senatusconsultum Trebellianum* dadurch zustande kommen konnten, dass sich das Vermögen eines Erblassers ohnehin in einer Sache, etwa einem Grundstück, erschöpfen konnte.

Die bisher skizzierte Rechtslage nach dem *senatusconsultum Pegasianum*, die dem Erben die Erbenstellung belässt und im Grunde zur kautelarjuristischen Lösung vor dem *senatusconsultum Trebellianum* zurückkehrt, gilt aber nur dann, wenn der Erbe freiwillig angetreten ist. Abweichendes gilt, wenn der Erbe zum Erbschaftsantritt gezwungen wurde:

*Gai. 2,258*

*Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatus consulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu praetoris adeat et restituat, proindeque ei et in eum, qui receperit, actiones dentur, ac iuris esset ex senatus consulto Trebelliano. [...].*

Wenn jedoch der testamentarisch eingesetzte Erbe sich deswegen weigert, die Erbschaft anzutreten, weil er behauptet, dass diese bei ihm gleichsam als überschuldet im Verdacht stehe, so wird im *senatusconsultum Pegasianum* angeordnet, dass er auf Befehl des Prätors antritt und herausgibt, falls derjenige, dem herauszugeben er gebeten worden ist, dies verlangt, und dass ebenso für und gegen denjenigen, der empfangen hat, die Klagen gewährt werden, wie dies nach dem *senatusconsultum Trebellianum* rechtens wäre. [...].

Dieser Antrittszwang, das heißt der Erbschaftsantritt auf Befehl des Prätors, kommt auf Antrag des Fideikommissars zustande: Erfährt der Fideikommissar, dass sein Recht gefährdet ist, weil der Erbe nicht antreten will, kann er beim Prätor beantragen, den Erben zum Antritt und zur Herausgabe der Erbschaft zu zwingen. Der zum Antritt gezwungene Erbe hat nach dem *senatusconsultum Pegasianum* keine eigentliche Erbentstellung, da er nicht bereit war, den Willen des Erblassers zu befolgen. Entsprechend hat er kein Recht, die Quart zu fordern, wird aber auch im Außenverhältnis nicht als Erbe behandelt. Vielmehr gilt hier die Regelung des *senatusconsultum Trebellianum* mit der Folge, dass der den Antritt und die Herausgabe erzwingende Fideikommissar als Erbe behandelt wird. Der Hauptanwendungsbereich für den Antrittszwang ist die überschuldete Erbschaft. Dabei kann sich die Überschuldung aus der Belastung der Erbschaft mit Fideikommissen ergeben; sie kann aber auch wegen generell fehlender Zahlungsfähigkeit des Erblassers vorliegen.

In Übersicht 39 ist die Regelung des *senatusconsultum Pegasianum* zur Verteilung der Position des Erben in verschiedenen Konstellationen des Fideikommisses zusammengestellt:

Übersicht 39: Die Regelungen des *senatusconsultum Pegasianum* zum Ausgleich zwischen Erbe und Fideikommissar

Erblasser hinterlässt dem Erben weniger als 1/4 der Erbschaft:		Erblasser hinterlässt dem Erben 1/4 oder mehr der Erbschaft:	Erbe verweigert Antritt wegen Überlastung der Erbschaft:
SC <i>Pegasianum</i> : Erbe bleibt Erbe; Stipulationen im Innenverhältnis		SC <i>Trebellianum</i> : Aktionentransfer = Fideikommissar wird als Erbe behandelt	SC <i>Trebellianum</i> : Aktionentransfer = Fideikommissar wird als Erbe behandelt
Erbe tritt unter Einforderung von 1/4 aus dem SC <i>Pegasianum</i> an	Erbe tritt freiwillig ohne Forderung von 1/4 aus dem SC <i>Pegasianum</i> an	Erbe erhält das Hinterlassene; Fideikommissar erhält den Rest	SC <i>Pegasianum</i> : Antrittszwang und Herausgabe
Stipulationen des Teilungsvermächtnisses	Stipulationen des Erbschaftskaufs		Erbe erhält nichts; Fideikommissar erhält Erbschaft

Neben den Regelungen zur Rechtsnachfolge zwischen Erbe und Fideikommissar ordnet das *senatusconsultum Pegasianum* auch die Erstreckung der *lex Iulia et Papia* auf Fideikommissen an:

*Gai. 2,286a*

[...] *Sed postea senatus consulto Pegasiano proinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt; eaque translata sunt ad eos, qui in eo testamento liberos habent, aut si nullus liberos habebit, ad populum, sicuti iuris est in legatis et in hereditatibus, quae eadem aut simili ex causa vel tota vel ex parte caduca fiunt.*

[...] Aber später wurden sie [sc. die nach der *lex Iulia et Papia* Erwerbsunfähigen] durch das *senatusconsultum Pegasianum* ebenso daran gehindert, auch Fideikommissen ebenso wie Vermächtnisse und Erbschaften erwerben zu können, und diese [Fideikommissen] wurden an diejenigen übertragen, die in diesem Testament genannt sind und Hauskinder haben, oder – wenn niemand Hauskinder haben wird – ans Volk, wie es rechtens ist bei Vermächtnissen und bei Erbschaften, die aus demselben oder aus einem ähnlichen Grund verfallen sind.

Seit dem *senatusconsultum Pegasianum* konnten Fideikommissen somit nicht mehr benutzt werden, um die Kaduzitätsvorschriften der *lex Iulia et Papia* zu umgehen. Vielmehr waren Fideikommissen zugunsten von Unverheirateten (*caelibes*) und Kinderlosen (*orbi*) ebenso unwirksam wie die Legate zugunsten dieser Personengruppen. Die durch Ausscheiden der Unverheirateten oder Reduktion des Anteils der Kinderlosen freiwerdenden Anteile gingen an die im Testament begünstigten Erwerbsfähigen. Gab es keine solchen Personen, fielen die *bona caduca* an die Staatskasse oder den Fiskus (Kap. 4.4.1). Die Tatsache, dass das *senatusconsultum Pegasianum* diese Frage der Erwerbsfähigkeit zusätzlich zu Antrittszwang, Quart und Aktionentransfer regelt, belegt, dass der Senatsbeschluss offenbar eine umfassende Regelung der durch die Fideikommissen aufgeworfenen Rechtsfragen anstrebte und dabei auch Widersprüche zwischen Fideikommissen und Legaten beseitigen wollte. In diese Richtung weisen auch die vielfältigen Einzelanordnungen, die vor allem für die Regierungszeit Kaiser Hadrians (117–138 n. Chr.) bezeugt sind. Dies gilt zunächst für die Fideikommissen zugunsten von Peregrinen:

Gai. 2, 285



[...] *Sed postea id prohibitum est, et nunc ex oratione divi sacratissimi Hadriani senatusconsultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur.*

[...] Aber später ist dies verboten worden, und jetzt ist aufgrund einer Rede des vergöttlichten und hochverehrten Hadrian ein Senatsbeschluss ergangen, dass diese Fideikommission vom Fiskus eingezogen werden sollen.

Ein Senatsbeschluss unter Kaiser Hadrian bestimmte, dass Fideikommission, die für Peregrine errichtet wurden, ebenso unwirksam seien wie Legate an Peregrine und daher an den Fiskus fielen.

Auch Fideikommission an unbestimmte Personen wurden durch Hadrian für unwirksam erklärt:

Gai. 2,287

[...] *Sed senatus consulto, quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis, quod in legatis hereditatibusque constitutum est.*

[...] Aber durch einen Senatsbeschluss, der auf Veranlassung des vergöttlichten Hadrian ergangen ist, ist für Fideikommission dasselbe angeordnet worden, was für Vermächtnisse und Erbschaften [gilt].

Das Verbot, Legate an unbestimmte Personen auszusetzen, wurde von Kaiser Hadrian auf die Fideikommission erstreckt. Gleiches gilt für das Verbot, ein Legat strafweise für den Erben auszusetzen (Kap. 8.2.1), das zur Zeit des Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) auch für Fideikommission galt (Kap. 8.5.1).

Im Verlauf der Kaiserzeit wurden Fideikommission damit insoweit an Legate angeglichen, dass zwingende inhaltliche Vorgaben des Legatsrechts nicht länger durch die Aussetzung von Fideikommission umgangen werden konnten. Dennoch blieben wesentliche Unterschiede zwischen beiden Vermächtnisarten bestehen, indem Legate nur im Testament und nur zulasten des testamentarischen Erben angeordnet werden konnten, während Fideikommission auch zulasten des Intestaterben und auch auf den Tod des Erben ausgesetzt werden konnten. Übersicht 40 fasst die aufgehobenen und fortbestehenden Differenzen zwischen dem Fideikommissionsrecht (*ius novum*) und dem hergebrachten Legatsrecht des *ius civile* zusammen:

### Übersicht 40: Fortbestehende Differenzen zwischen Fideikommiss- und Legatsrecht

	<b>Errichtung:</b>	<b>zugunsten von:</b>	<b>Beschwerte:</b>	<b>Wirkung:</b>
<b>Legate:</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ förmliche Worte; Testamentsform; bestimmt; nicht zur Strafe</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Römern mit Erwerbsfähigkeit nach <i>lex Iulia et Papia</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ nur Testamentserbe</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ nur auf den eigenen Todesfall</li> </ul>
<b>Fideikommiss ursprünglich:</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ formlos; ohne Testament; auch unbestimmt; auch zur Strafe</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ auch Peregrine</li> <li>▪ auch Personen ohne Erwerbsfähigkeit</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ auch Legatar</li> <li>▪ Intestaterbe</li> <li>▪ sogar Fiskus (erbenloser Nachlass)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ auch auf den Tod des Erben</li> </ul>
<b>Fideikommiss:</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ formlos, ohne Testament, nur bestimmt; nicht zur Strafe</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ nur Römer mit Erwerbsfähigkeit nach <i>lex Iulia et Papia</i></li> </ul>	unverändert	unverändert

Die Unterschiede, die noch im 3. Jahrhundert zwischen dem Fideikommissrecht und dem Legatsrecht fortbestehen, beruhen auf der Formlosigkeit des Fideikommisses. Diese Formlosigkeit hat auch zur Folge, dass das Fideikommiss immer wieder bemüht wird, um Erwerbsverbote, vor allem die mit dem *senatusconsultum Pegasianum* auf Fideikommiss erstreckte Erwerbsunfähigkeit nach der *lex Iulia et Papia*, zu umgehen.

#### 8.6.3 Heimliche Fideikommiss

Die Formlosigkeit der Fideikommiss erlaubt es, Fideikommiss auch zum Zwecke der Gesetzesumgehung zu hinterlassen (*tacitum fideicommissum* = „stillschweigendes, heimliches Fideikommiss“):

##### *D. 30.103 Iulianus 83 digestorum*

*In tacitis fideicommissis fraus legi fieri videtur, quotiens quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione vel chirographo obligaret se ad praestandum fideicommissum ei qui capere non potest.*

Eine Gesetzesumgehung ist bei heimlichen Fideikommissen dann anzunehmen, sooft jemand weder im Testament noch in einem Kodizill gebeten wird [herauszugeben], sondern sich durch einen privaten Schuldschein oder ein vertrauliches Schriftstück verpflichtet, das Fideikommiss an jemanden zu leisten, der nicht erwerben kann.

Heimliche Fideikommiss sind ein Mittel der Gesetzesumgehung, weil sie nicht in den eigentlichen Nachlassdokumenten, sondern in zusätzlichen, verborgenen Absprachen der Beteiligten enthalten sind. Es handelt sich also um Verpflichtungen in Dokumenten, die nicht beim Prätor vorzulegen sind, wenn der Erbe den Nachlassbesitz beantragt oder das Testament eröffnet wird (Kap. 6.3.3). Ziel einer solchen Absprache ist es, die Zuwendung an Personen, die nicht (voll) erwerbsfähig sind, weil sie etwa unverheiratet oder kinderlos sind, zu vertuschen und die Erbschaft dem Zugriff des Fiskus zu entziehen.

Wird dieser Umgehungsversuch bekannt, verfällt das Fideikommiss dem Fiskus; ein *senatusconsultum Plancianum*, wohl unter Kaiser Hadrian (117–138 n. Chr.), bedroht den Erben, der ein heimliches Erbschaftsfideikommiss befolgt, mit Strafe:

*D. 35.2.59.1 Modestinus 9 pandectarum*

*Praeterea qui non capienti rogatus est restituere hereditatem, senatus consulto Planciano non conceditur quartam retinere: Sed ea quarta, quam non retinuit, ad fiscum pertinet ex rescripto divi Pii.*

Außerdem wird demjenigen, der gebeten worden ist, die Erbschaft an einen Erwerbsunfähigen herauszugeben, nach dem *senatusconsultum Plancianum* nicht gestattet, das Viertel zurückzubehalten, sondern dieses Viertel, das er nicht zurückbehalten hat, gehört nach einem Reskript des vergöttlichten Pius dem Fiskus.

Das *senatusconsultum Plancianum* entzieht dem Erben den Vorteil der *lex Falcidia*, wie er ihm nach dem *senatusconsultum Pegasianum* grundsätzlich zusteht. Grund dafür ist die Beteiligung an einer Gesetzesumgehung; obgleich der Erbe nicht selbst von dem heimlichen Fideikommiss profitiert, soll er seine Beteiligung am Nachlass verlieren, wenn er sich zugunsten eines Erwerbsunfähigen zur Herausgabe verpflichtet hat. Solange sich alle Beteiligten, insbesondere der Belastete, an die unerlaubte Vereinbarung halten, ist der staatliche Zugriff auf die geheimen Fideikommiss und die mit ihnen verbundenen Erbschaften allerdings beschränkt. Im Grunde kehrt der Erblasser mit einem heimlichen Fideikommiss, das aufgrund seiner Intentionen nicht einklagbar ist, zu der Rechtslage zurück, die vor der Einführung eines Verfahrens im Rahmen der *cognitio extra ordinem* für Fideikommiss unter Kaiser Augustus (27 v. Chr. – 14 n. Chr.) galt: Genau so wie der Erblasser vor der augusteischen Reform vertraut derjenige, der in der späteren Kaiserzeit ein heimliches Fideikommiss auferlegt, darauf, dass der Erbe oder der sonst Beschwerde das Fideikommiss ausführen wird, so dass der Begünstigte nicht auf den Rechtsweg angewiesen sein wird.

## 8.7 Fazit zum Vermächtnisrecht

1. Die Entwicklungsstufen des Vermächtnisrechts lassen sich entsprechend der drei Rechtsschichten des *ius civile*, des *ius praetorium* und des übergreifenden *ius novum* unterscheiden. Noch deutlicher als in anderen Fragen des römischen Erbrechts zeigt sich im Vermächtnisrecht die Zäsur, die der Beginn des Prinzipats bedeutet: Die Einführung der Klagbarkeit der Fideikommissie verändert die Testamentspraxis und lässt Gestaltungen zu, die im *ius civile* und dem davon abhängigen *ius praetorium* nicht vorstellbar oder sogar untersagt waren. Dennoch kommt es nicht zur formellen Abschaffung der überkommenen Formen; selbst die bereits im 1. Jahrhundert n. Chr. durch das *senatusconsultum Neronianum* eingeübnete Unterscheidung verschiedener Legatsformen des *ius civile* wird in Gaius' Anfängerlehrbuch aus dem 2. Jahrhundert noch immer minutiös beschrieben und in ihren Auswirkungen erläutert.

2. Als Grundsätze, welche die jeweilige Rechtsschicht prägen, sind für das *ius civile* die strenge Formbindung und die Abhängigkeit des Legats vom Testament anzuführen. Für das *ius praetorium* sind – in Abhängigkeit von Tendenzen des *ius civile* – der Schutz des Legatars vor Verzögerungen oder der Verweigerung des Erbschaftsantritts durch den Erben sowie der Schutz des Erben vor Selbstjustiz des Legatars hervorzuheben. Das *ius novum* schließlich beruft sich auf die Billigkeit (*aequitas*) und den Erblasserwillen, der in jedem Fall zur Durchsetzung gebracht werden soll. Demgegenüber treten Formvorschriften oder auch inhaltliche Anforderungen an die Vermächtnisse zurück, wenngleich sie teilweise durch kaiserliche Gesetzgebung auch in das Recht der Fideikommissie hineingetragen werden.

3. Die Arbeit der Juristen im Vermächtnisrecht scheint weniger in der Abstimmung der drei Rechtsschichten zu liegen, als in der genauen Analyse der Interessenlage zwischen Legatar und Erblasser. Immerhin besteht aber eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass die kaiserrechtliche Abstimmung zwischen *ius civile* und *ius novum* ihrerseits auf der rechtlichen Beratung des *princeps* durch die kaiserlichen Juristen beruhte. Explizite Auseinandersetzungen der Juristen mit Widersprüchen zwischen Legaten und Fideikommissen fehlen freilich, wenn man einmal von der Darlegung der Unterschiede in Gaius' Institutionen absieht. Dieser Quellenbefund kann allerdings auch auf der Überlieferung beruhen: Der Unterschied zwischen Legaten und Fideikommissen war zur Zeit des Kaisers Justinian (527–565 n. Chr.) verschwunden; es bestand also kein Bedarf für Justinians Kompilatoren, diese Abstimmungsfragen in die Digesten aufzunehmen.

## 9 Die Auslegung von Testamenten

Ein Großteil der in den Digesten überlieferten Entscheidungen zum Erbrecht beschäftigt sich mit der Auslegung von Testamenten, um deren Inhalt und Wirksamkeit zu bestimmen. Der Auslegung von Testamenten kommt eine zentrale Rolle im Erbrecht zu, weil sich nach ihr bestimmt, wer (testamentarischer) Erbe ist, und wer auf welche Weise mit einem Vermächtnis bedacht wurde; auch entscheidet die Auslegung darüber, ob das Testament überhaupt Wirksamkeit entfaltet oder ob wegen seiner Unwirksamkeit die Intestaterbfolge zur Anwendung kommt (Kap. 3.2, Kap. 6.2). Die Wandlungen, denen das Testamentsrecht wie das Vermächtnisrecht vom *ius civile* über das *ius praetorium* zum *ius novum* unterliegen, zeitigen ihre Wirkungen auch und gerade in den Auslegungsentscheidungen der römischen Juristen. Durch die historische Betrachtung des römischen Erbrechts können die Eigenarten der Auslegung auf der Ebene jeder Rechtsschicht beschrieben und die Rechtsschichten in ihrer Funktion voneinander abgegrenzt werden. Zudem zeigt die Auslegung, auf welche Weise die verschiedenen Rechtsschichten nebeneinander herangezogen und wie ihre Regelungen sogar gegeneinander zur Anwendung gebracht werden können.

### 9.1 Auslegungsmaximen des *ius civile*

Das Testament des *ius civile* ist – wie gesehen (Kap. 6.1) – ein Formalakt, der für seine Wirksamkeit nicht nur die Durchführung eines Rituals, die Manzipation, sondern auch die Verwendung bestimmter Wortformeln verlangt. Dabei bildet die für das Manzipationstestament typische Kombination von schriftlicher Beurkundung und mündlicher Verlautbarung (*nuncupatio*) den ersten Ansatzpunkt für die Testamentsauslegung:

#### *D. 28.5.1.1 Ulpianus 1 ad Sabinum*

*Institutum autem heredem eum quoque dicimus, qui scriptus non est, sed solummodo nuncupatus.*

Als „eingesetzt“ sehen wir aber auch denjenigen Erben an, der nicht niedergeschrieben wurde, sondern nur öffentlich bekannt gemacht wurde.

Dass sich der Erbe nicht nur aus der Testamentsurkunde, sondern auch aus der *nuncupatio* ergeben kann, zeigt, dass als Testament des *ius civile* nicht nur die schriftlichen Anordnungen des Testators, sondern auch die im Rahmen der Manzipation erfolgten mündlichen Erklärungen gelten. Soweit also die bei der Manzipation anwesenden Zeugen erklären, dass die Person, die sich als Testamentserbe ansieht, im Rahmen der *nuncupatio* als Erbe benannt wurde, wird das schriftliche Testament, das diese Person nicht nennt, korrigiert. Diese Ergänzung des Geschriebenen durch das mündlich Erklärte bezeichnen die römischen Juristen als Grundsatz, dass „eher das Erklärte als das Geschriebene“ (*plus nuncupatum quam scriptum*) zu befolgen sei.

### 9.1.1 *Plus nuncupatum quam scriptum*

Der Grundsatz *plus nuncupatum quam scriptum* erlaubt zunächst, Auslassungen des Erblassers im schriftlichen Testament sinngemäß zu ergänzen:

#### D. 28.5.1.5 Ulpianus 1 ad Sabinum

*Si autem sic scribat: „Lucius heres“, licet non adiecerit „esto“, credimus plus nuncupatum, minus scriptum: Et si ita: „Lucius esto“, tantundem dicimus: [...].*

Wenn er aber so schreibt: „Lucius Erbe“, obwohl er nicht hinzugefügt hat „soll sein“, meinen wir, dass mehr mündlich erklärt worden, [jedoch] weniger geschrieben worden ist. Und wenn er so schreibt: „Lucius soll sein“, sagen wir das Gleiche: [...].

Die Formulierung „Lucius Erbe“ ist, da die Anordnung „soll sein“ fehlt, der Form nach keine wirksame Erbeinsetzung (Kap. 6.1.3). Dieser offensichtliche Fehler wird durch Verweis auf den Grundsatz *plus nuncupatum quam scriptum* überwunden: Da der Erblasser den Lucius vor allen Zeugen als Erbe bezeichnet hat, hat er ihn trotz des Fehlens der Erbeinsetzungsworte wirksam als Erben eingesetzt.

Eine Grenze wird einer solchen Auslegung durch die Abhängigkeit der Legate von einer wirksamen Erbeinsetzung gesetzt:

#### D. 29.7.20 Paulus 5 ad legem Iuliam et Papiam

*Si palam heres nuncupatus sit, legata autem in tabulis collata fuerint, Iulianus ait tabulas testamenti non intellegi, quibus heres scriptus non est, et magis codicilli quam testamentum existimandae sint: Et hoc puto rectius dici.*

Wenn der Erbe öffentlich mündlich bekanntgemacht wurde, die Legate aber in den Testamentstafeln aufgenommen wurden, sagt Julian, dass sie [die Tafeln] nicht als Testamentsurkunde angesehen werden, da in ihnen kein Erbe niedergeschrieben

worden ist, und dass sie eher für Nachträge (Kodizille) als für ein Testament gehalten werden müssen. Und ich glaube, dass dies ziemlich zutreffend gesagt wird.

Der Erblasser hat die Legate in der Urkunde niedergeschrieben, die Erbeinsetzung aber mündlich erklärt. Da die Erbeinsetzung im schriftlichen Testament fehlt, stellt sich die Frage, ob die Testamentstafeln, die ja lediglich Legate enthalten, als wirksames Testament anzusehen sind. Julians (2. Jahrhundert n. Chr.) Antwort ist verneinend: Da die Erbeinsetzung fehle, fehle dem Schriftstück die Qualität eines Testaments; die Legate könnten daher allenfalls als Kodizille angesehen werden, das heißt als Nachträge zum Testament (Kap. 6.4.1). Diese Nachträge sind nach *ius civile* nur dann zu beachten, wenn sie im Testament (mit Erbeinsetzung) angekündigt und genehmigt werden. Ohne Erbeinsetzung können sie allenfalls nach *ius novum* als Fideikommiss wirksam sein (Kap. 6.4.1).

Der Grundsatz *plus nuncupatum quam scriptum* beschränkt sich aber nicht auf die Ergänzung der Urkunde durch die Erklärungen, die der Erblasser im Rahmen des Manzipationsrituals abgegeben hat. Er kann auch weitergehend dazu herangezogen werden, um Abweichungen zwischen der Urkunde und dem Erblasserwillen zu überwinden:

#### D. 28.5.9.2 Ulpianus 5 ad Sabinum

*Sed si non in corpore erravit, sed in parte, puta si, cum dictasset ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus, Celsus [...] posse defendi ait ex semisse heredem fore, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum: [...].*

Aber wenn er sich nicht hinsichtlich der Person, sondern hinsichtlich des Erbteils geirrt hat, zum Beispiel, wenn, obwohl er diktiert hatte, dass jemand zur Hälfte als Erbe eingetragen werde, er zu einem Viertel als Erbe eingetragen worden sei, sagt Celsus [...], dass geltend gemacht werden könne, dass er zur Hälfte Erbe werde, wie wenn mehr mündlich erklärt worden, [jedoch] weniger geschrieben worden wäre: [...].

Beim Diktat der Testamentsurkunde hat der Testator erklärt, der Erbe solle „auf die Hälfte“ eingesetzt sein, der Schreiber hat jedoch „auf ein Viertel“ niedergeschrieben. In einem solchen Fall meinte Celsus (1. Jahrhundert n. Chr.), der Erblasser habe auch hier gleichsam etwas anderes erklärt (nämlich „Hälfte“) als aufgeschrieben wurde (nämlich „Viertel“). Diese Anwendung des Grundsatzes entspricht nicht mehr der Dualität von Testamentsurkunde und *nuncupatio*; vielmehr bezieht sich *nuncupare* hier auf die Errichtung der Testamentsurkunde, das heißt die mündlichen Erklärungen des Testators beim Diktat der Testamentstafeln. Auch hier können Auslassungen oder Fehler

auftreten, die Celsus ebenfalls nach dem Grundsatz *plus nuncupatum quam scriptum* behandeln will. Auf diese Weise ist der Grundsatz nicht länger ein Ausdruck von Widersprüchen zwischen Testamentsurkunde und *nuncupatio* als zwei Formelementen des Manzipationstestaments, vielmehr weist er auf den Willen des Erblassers, der hinter der Testamentsurkunde steht und in dieser nur unzureichend Ausdruck gefunden hat.

Ist der Wille des Erblassers aber nicht aus der Urkunde ersichtlich oder die schriftliche Erklärung selbst unklar oder lückenhaft geblieben, bedarf es der Ermittlung des Gewollten, das heißt der Klärung, was der Erblasser tatsächlich oder vermutlich bezweckt hat.

### 9.1.2 *Voluntatis quaestio*

Diese Ermittlung der Intentionen des Testators bildet einen wesentlichen Bestandteil der Testamentsauslegung; die Juristen sprechen von einer Willensfrage (*voluntatis quaestio*). Die Beantwortung dieser Frage wird dadurch verkompliziert, dass der Testator nicht mehr lebt und nicht mehr befragt werden kann. Es kann daher nicht darum gehen, den wirklichen Willen zu ermitteln. Ziel ist vielmehr ein Wahrscheinlichkeitsurteil, was der Erblasser nach Erwägung aller Umstände vermutlich gewollt haben dürfte. Erster und wichtigster Anhaltspunkt für diese Erwägung ist die Testamentsurkunde, das heißt der Wortlaut des Testaments (*scriptum*). Ist dieser Wortlaut mehrdeutig (*ambiguitas* = „Mehrdeutigkeit“) oder besteht ein Widerspruch zwischen dem vom Erben oder Vermächtnisnehmer behaupteten Erblasserwillen und dem Wortlaut der Urkunde, bedarf es neben der Urkunde weiterer Argumente, um den wahrscheinlichen Willen des Erblassers herzuleiten und zu begründen.

Diese Eigenart der Willensermittlung ist auch in dem vielleicht berühmtesten Prozess um die Auslegung eines Testaments zu beachten, dem „Fall des Curius“ (*causa Curiana*). Das 93 v. Chr. anzusiedelnde Verfahren ist nicht in den Juristenschriften, sondern durch Cicero überliefert. Im Streit stand das Testament des Erblassers Coponius, der seine ungeborenen Kinder zu Erben eingesetzt hatte: „Wenn mir ein Kind oder mehrere geboren werden, soll er/sollen sie mein Erbe/meine Erben sein“ (*si mihi filius genitur unus pluresve, is mihi heres esto*).<sup>27</sup> Weiter hatte er für den Fall, „wenn das Kind stirbe, bevor es die Mündigkeit erreicht hätte, dann soll [...] mein Erbe sein“ (*si filius ante moritur, quam in tutelam suam venerit, tum mihi, [...], heres esto*),<sup>28</sup> den Manius Curius als Ersatzerben eingesetzt. Sowohl die Einsetzung eines nachgebore-

<sup>27</sup> Cic. inv. 2,122.

<sup>28</sup> Cic. inv. 2,122.

nen Kindes (*postumus*) als auch die Ersatzerbenbestimmung für das unmündige Kind (*substitutio pupillaris*) waren anerkannte Gestaltungsmöglichkeiten des Testaments nach *ius civile* (Kap. 6.1.5; Kap. 7.1.4).

Der Streit entstand daraus, dass dem Coponius gar kein Kind geboren wurde, also ein Fall eintrat, für den im Testament keine Anordnung getroffen worden war. Parteien des Streites waren der im Testament als Ersatzerbe eingesetzte Manius Curius und der nach Intestaterbfolge berufene gradnächste Agnat (*proximus agnatus*). Der Intestaterbe argumentierte, da der eingesetzte Testamentserbe niemals zur Welt gekommen sei, sei das Testament hinfällig, und es komme die Intestaterbfolge zur Anwendung (Kap. 3). Demgegenüber berief sich Curius darauf, nicht nur für den Fall des Versterbens des Kindes, sondern für jeden Ausfall des Haupterben als Ersatzerbe eingesetzt worden zu sein.

Der Wortlaut des Testaments ließ beide Auslegungen zu; da der Erblasser die Ersatzerbenbestellung aber ausdrücklich nur an das Versterben des Kindes geknüpft hatte, sprach das *scriptum* eher für die Auslegung zugunsten des Intestaterben. Der für den *agnatus proximus* als Anwalt auftretende Jurist Quintus Mucius Scaevola (140–82 v. Chr.) betonte daher:

*Cic. Brut. 196*

*[...] quam captiosum esse populo quod scriptum esset negligi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere?*

[...] Wie betrügerisch ist es gegenüber dem einfachen Volk, dass das, was geschrieben worden war, vernachlässigt wird, dass [angebliche] Willensäußerungen durch Vermutung untersucht werden und dass man die schriftlichen Erklärungen einfacher Leute durch die Auslegungskunst wortgewandter Leute verdreht?

Zugunsten seines Mandanten warnte der Jurist also davor, dem Erblasser einen Willen zu unterstellen, den er nicht gehabt habe, nur um das gewünschte Ergebnis zu erzielen und den Willen gleichsam zu ‚optimieren‘.

Dagegen berief sich der für den Ersatzerben Manius Curius plädierende Redner Lucius Licinius Crassus darauf, dass die Ersatzerbeneinsetzung auch für den Fall, dass kein *postumus* zur Welt komme, gemeint gewesen sein müsse:

*Cic. Brut. 197*

*[...] deinde hoc voluisse eum qui testamentum fecisset, hoc sensisse, quoquo modo filius non esset qui in suam tutelam veniret, sive non natus sive ante mortuus, Curius heres ut esset; ita scribere perosque et id valere et valuisse semper. [...].*

[...] Sodann, dass derjenige, der das Testament errichtet hatte, dies gewollt habe und dies so gemeint habe, dass, auf welche Weise auch immer der Sohn die Mündigkeit nicht erreiche, sei es, dass er nicht geboren, sei es, dass er vorher gestorben sei, Curius Erbe sein solle; so schrieben es die meisten, und dies gelte und habe immer gegolten. [...].

Nach dieser Argumentation ist nicht die Formulierung der Bedingung entscheidend, sondern der mit ihr verfolgte Zweck, für den Ausfall des Sohnes vorzusorgen. Zur Unterstützung dieser Auslegung wies Crassus darauf hin, dass genau dieser Zweck der üblichen Testamentspraxis entspreche, und daher auch dem Testament des Coponius zu unterlegen sei.

Im Ergebnis gewann Crassus den Prozess, und Manius Curius wurde als Testamentserbe anerkannt. Ausschlaggebend war nach Ciceros Darstellung vor allem das Argument, die Unterscheidung zwischen dem Tod des Unmündigen und dem Ausbleiben seiner Geburt sei eine unnötige Spitzfindigkeit, auf die nur Juristen verfallen könnten.

Anders als man vielfach geglaubt hat, ging es in der *causa Curiana* nicht darum, ein generelles Prinzip der Testamentsauslegung zu statuieren. Vielmehr zeigt der Fall eine typische Konfliktlage bei der Testamentsauslegung, in der sich eine Partei mehr auf den verborgen gebliebenen Willen, die andere mehr auf den Wortlaut des Testaments stützt. Dabei nehmen beide Parteien für sich in Anspruch, den (wahrscheinlichen) Willen des Testators auf ihrer Seite zu haben. Beweis dafür ist einmal der Wortlaut, einmal die durch andere Indizien bewiesene Intention des Erblassers.

Entsprechende Konfliktlagen finden sich auch in den Entscheidungen der römischen Juristen zur Testamentsauslegung, die in den Digesten gesammelt sind. Die dort dargelegten Fälle zeigen, dass die Indizien, die für die Ermittlung eines im Testament lediglich angedeuteten Willens herangezogen werden können, vielfältig und widersprüchlich sind. Dies folgt aus ihrer Funktion, in einem Einzelfall zur Stützung einer möglichen oder wahrscheinlichen Auslegung des erblasserischen Willens zu dienen. Im Folgenden sind exemplarisch einige typische Argumente für die Klärung dieser Frage vorzustellen.

Zwei wichtige Argumente für die Ermittlung eines im schriftlichen Testament nur unzureichend zum Ausdruck gebrachten Willens sind die wohlwollende (*benigna*) und die menschlich nachsichtigere Auslegung (*humanior interpretatio*). Sie dienen dazu, den unvollständig erklärten Willen sinngemäß zu ergänzen:

*D. 28.2.2 Ulpianus 6 regularum*

*Nominatim exheredatus filius et ita videtur „filius meus exheres esto“, si nec nomen eius expressum sit, si modo unicus sit: Nam si plures sunt filii, benigna interpretatione potius a plerisque respondetur nullum exheredatum esse.*

Der Sohn wird auch so als ausdrücklich enterbt angesehen: „Mein Sohn soll enterbt sein“, wenn sein Name auch nicht ausgesprochen worden ist, vorausgesetzt, dass er der einzige Sohn ist. Denn wenn es mehrere Söhne gibt, wird aufgrund einer wohlwollenden Auslegung von den meisten eher geantwortet, dass keiner enterbt worden sei.

Ein Erblasser, der mehrere Söhne hat, hat in seinem Testament „seinen Sohn“ enterbt. Da der Name des Sohnes fehlt, ist diese Enterbung mehrdeutig und kann keinem der Söhne zugeordnet werden. Damit bestünde theoretisch die Möglichkeit, alle Söhne als enterbt anzusehen. Ulpian (3. Jahrhundert n. Chr.) spricht sich aber für eine wohlwollende Auslegung zugunsten der Söhne aus mit der Folge, dass keiner als enterbt und alle Söhne als übergangen (*praeterire*) anzusehen sind. Bei dieser Auslegung dient dem Juristen die *benignitas* als Argument, um die Haltung des Erblassers zu seinen Söhnen zu charakterisieren: Es wird unterstellt, der Vater habe für seine Söhne nur Gutes bezweckt. Aus diesem Grund kann der Erblasser nicht die Enterbung aller gewollt haben, so dass keiner der Söhne als enterbt gilt. Das Urteil des Wohlwollens kennzeichnet hier also den Erblasser; die Rechtsfolge des angenommenen Wohlwollens ist dabei selbst wenig günstig: Das Testament ist wegen *praeterire* der Haussöhne als unwirksam anzusehen (Kap. 7.1).

In vergleichbarer Weise kann auch die menschliche Nachsicht (*humanitas*) zur Willensermittlung herangezogen werden:

*D. 35.1.112.2 Pomponius 12 epistularum*

*De illo quoque quaeritur: Fundus quibusdam legatus est, si pecuniam certam in funus impensamque referendi corporis in aliam regionem dedissent. Nam nisi uterque dederit, neutri est legatum, quoniam condicio nisi per utrumque expleri non potest. Sed haec humanius interpretari solemus, ut, cum duobus fundus legatus sit, si decem dedissent, et alteri dando partem legatum quoque debeatur.*

Auch Folgendes wird erörtert: Ein Grundstück ist mehreren vermacht worden, wenn sie eine bestimmte Geldsumme für das Begräbnis und für die Auslagen des Transports des Leichnams in eine andere Gegend gegeben hatten. Wenn nämlich keiner von beiden gezahlt hat, ist keinem der beiden vermacht worden, weil ja die Bedingung nur durch jeden der beiden erfüllt werden kann. Aber dies pflegen wir

menschlich nachsichtiger zu interpretieren, so dass, wenn zweien ein Grundstück vermacht worden ist, wenn sie zehn gegeben hätten, auch dem einen der beiden, weil er seinen Anteil gegeben hat, der Anteil des Legats geschuldet wird.

Mehreren ist ein Grundstück unter der Bedingung, dass sie eine bestimmte Summe für die Vorbereitung des Begräbnisses zahlen, hinterlassen worden. Zahlt keiner von ihnen, fällt die Bedingung aus, und das Legat ist hinfällig. Nicht ausdrücklich geregelt hat der Erblasser den Fall, dass nur einer oder einige die Bedingung erfüllen. Hier gilt im Sinne einer menschlich nachsichtigeren Auslegung als angeordnet, dass der einzelne Legatar seinen Anteil unabhängig davon erwirbt, ob die anderen die Bedingung erfüllen oder nicht. Die *humanitas* dient damit dazu, dem Erblasser den Willen zu unterstellen, die Begünstigung jedes einzelnen Legatars sei unabhängig von der Erfüllung der Bedingung durch die anderen Legatäre. Die *humanitas* ist also kein normatives Prinzip, sondern eine Aussage über die wahrscheinliche Motivlage des Erblassers, der seinen Legatären im Zweifel nichts Böses tun wollte.

Auf einer anderen Ebene liegt das häufiger anzutreffende Argument, bei Unklarheit über den Testamentsinhalt sei der Erbe zu begünstigen:

#### D. 31.47 Proculus 6 epistularum

*Sempronius Proculus Nepoti suo salutem. Binae tabulae testamenti eodem tempore exemplarii causa scriptae (ut vulgo fieri solet) eiusdem patris familias proferuntur: In alteris centum, in alteris quinquaginta aurei legati sunt Titio: Quaeris, utrum centum et quinquaginta aureos an centum dumtaxat habiturus sit. Proculus respondit: In hoc casu magis heredi parcendum est ideoque utrumque legatum nullo modo debetur, sed tantummodo quinquaginta aurei.*

Sempronius Proculus grüßt seinen Nepos. Zwei Testamentsurkunden, die zur selben Zeit zur Herstellung einer Abschrift (wie man es üblicherweise zu tun pflegt) geschrieben worden sind, von ein- und demselben *pater familias* werden vorgelegt. Im einen Testament sind 100, im anderen 50 *aurei* (Goldmünzen) dem Titius vermacht worden. Du fragst, ob er 150 oder nur 100 Goldmünzen erhalten werde. Proculus hat geantwortet: In dieser Sache muss man eher den Erben schonen und daher wird in keiner Weise jedes der beiden Legate geschuldet, sondern nur 50 *aurei*.

In dem von Proculus (1. Jahrhundert n. Chr.) berichteten Fall lagen zwei Abschriften des gleichen Testaments vor, die in der Höhe des zugunsten des Titius ausgesetzten Legats variierten: Nach einer Abschrift soll Titius 100, nach der anderen 50 erhalten.

Während ein Jurist (Nepos) sogar die Zusammenzählung der beiden Summen zu 150 erwägt, will Proculus allein ein Legat über 50 anerkennen. Er stützt diese Auslegung auf die notwendige Begünstigung des Erben (*favor heredis*). Damit ist nicht gesagt, dass der Rechtsanwender dem Erben entgegenkommen müsse oder eher zugunsten des Erben zu entscheiden habe. Das Argument beruht vielmehr auf der offenen Beweislage: Da sich keine Abschrift als weniger zuverlässig erweist als die andere, kann nicht bewiesen werden, dass eine Version falsch, die andere richtig ist. Damit stellt sich die Frage, wer die Folgen der fehlenden Beweisbarkeit zu tragen hat. Nach Proculus ist dies der Legatar, weil sich dieser auf eine Begünstigung durch den Erblasser beruft. Diese Regel entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass im Zweifel derjenige, der einen Vorteil für sich geltend macht, den Beweis für diese Tatsache zu erbringen hat. Kann der Legatar den Beweis des höheren Betrags nicht führen, hat der Erbe nur den geringeren – weil eindeutig bewiesenen – Betrag zu zahlen.

### 9.1.3 Legatsrecht: *falsa demonstratio non nocet*

Besondere Fragen sind mit der Willensermittlung im Legatsrecht verbunden: Um Streitigkeiten zwischen Legatar und Erbe zu vermeiden und eine rasche Erfüllung des Legats sicherzustellen, ist der Erblasser gehalten, die Sache möglichst genau zu bezeichnen. Allerdings erlaubt die Beschreibung der Sache – selbst bei Sorgfalt des Erblassers – nicht immer, das Vermachte zweifelsfrei zu identifizieren:

#### *D. 30.36pr. Pomponius 6 ad Sabinum*

„*Titiae textores meos omnes, praeterquam quos hoc testamento alii legavi, lego. Plotiae vernas meos omnes, praeterquam quos alii legavi, lego.*“ *Cum essent quidam et vernae idem et textores, Labeo ait, quoniam nec quos Titiae textores non legaverit, aliter apparere possit, quam si cognitum fuerit, quos eorum Plotiae legaverit, nec quos Plotiae vernas non legaverit, possit, neutrius legato exceptos esse eos de quibus quaeritur et ideo communes ambobus esse: Hoc enim iuris est et si neutrius legati nomine quicquam esset exceptum.*

„Ich vermache der Titia alle meine Weber außer diejenigen, die ich in diesem Testament einem anderen vermacht habe. Ich vermache der Plotia alle meine im Haus geborenen Sklaven außer diejenigen, die ich einem anderen vermacht habe.“ Da einige sowohl im Haus geborene Sklaven als zugleich auch Weber waren, sagt Labeo, weil es ja auch nicht möglich ist, dass diejenigen Weber, die er der Titia nicht vermacht hat, auf andere Weise ersichtlich sind, als wenn man weiß, welche von ihnen er der Plotia vermacht hat, und weil es ja auch nicht möglich ist, dass die im

Haus geborenen Sklaven, die er der Plotia nicht vermacht hat, [auf andere Weise ersichtlich sind, als wenn man weiß, welche von ihnen er der Titia vermacht hat], so seien diejenigen Sklaven, um die es geht, aus dem Vermächtnis für keine der beiden Legatarinnen ausgenommen worden und daher gehörten sie beiden gemeinsam. Das ist nämlich auch rechtens, wenn mit Blick auf von keines der beiden Vermächtnisse irgendetwas ausgenommen worden wäre.

Im Testament sind der Titia alle Sklaven, die als Weber arbeiten, hinterlassen worden, der Plotia dagegen alle Sklaven, die im Haus des Erblassers geboren, also „hausgeborene Sklaven“ (*vernae*)<sup>29</sup> sind. Die vermachten Sachen sind damit durch ihre Eigenschaften identifiziert, gleichzeitig wird die Konkurrenz zu anderen Legaten dahingehend bestimmt, dass sowohl vom Legat für Titia (Webersklaven) als auch vom Legat für Plotia (hausgeborene Sklaven) alle diejenigen ausgenommen sind, „die in diesem Testament einem anderen vermacht sind“.

Die Notwendigkeit, das Legat auszulegen, resultiert aus der fehlenden Eindeutigkeit der Anordnung, weil einige Sklaven sowohl Weber als auch Hausgeborene sind. Auch die vom Testator formulierte Konkurrenzregel gibt keiner der beiden Vermächtnisnehmerinnen den Vorrang, sondern lässt sie nur hinter dritten Vermächtnisnehmern zurücktreten. Aus diesem Grund entscheiden die Juristen, dass die im Haus geborenen Webersklaven beiden Vermächtnisnehmerinnen gemeinsam gehören. Damit sind also drei Legate zu unterscheiden: Die Webersklaven sind der Titia, die hausgeborenen Sklaven der Plotia, die hausgeborenen Webersklaven beiden Frauen gemeinschaftlich vermacht. Hätte der Erblasser ein gemeinschaftliches Legat vermeiden wollen, hätte er die beiden Vermächtnisse noch klarer voneinander abgrenzen, das heißt die jeweils zugedachten Sachen noch genauer individualisieren müssen.

Das erkennbare Bedürfnis, die vermachten Sachen durch Beschreibung eindeutig zu identifizieren, birgt allerdings umgekehrt die Gefahr, der Sache Eigenschaften zuzuschreiben, die sie nicht hat. Nähme man den Erblasser in diesen Fällen beim Wort, wäre die vermachte Sache nicht zutreffend beschrieben und das Legat unwirksam. Gegen diese Konsequenz setzten schon die republikanischen Juristen den Grundsatz: „die falsche Bezeichnung schadet nicht“ (*falsa demonstratio non nocet*).

Dieser Grundsatz gilt zunächst für eigentliche Fehlbezeichnungen der vermachten Sache:

29 Es handelt sich nicht um einen juristischen Begriff, sondern um eine faktische Bezeichnung, vgl. *Elisabeth Herrmann-Otto, Ex ancilla natus*. Untersuchungen zu den ‚hausgeborenen‘ Sklaven und Sklavinnen im Westen des römischen Kaiserreiches, Stuttgart 1994.

*D. 35.1.17pr. Gaius 2 de legatis ad edictum praetoris*

*Demonstratio falsa est, veluti si ita scriptum sit: „Servum Stichum, quem de Titio emi“ „fundum Tusculanum, qui mihi a Seio donatus est“. Nam si constat, de quo homine, de quo fundo senserit testator, ad rem non pertinet, si is, quem emisse significavit, donatus esset, aut quem donatum sibi esse significaverat, emerit.*

Die Bezeichnung [der Sache] ist falsch, wenn zum Beispiel auf folgende Weise geschrieben wurde: „den Sklaven Stichus, den ich von Titius gekauft habe“ oder „das tuskulanische Grundstück, das mir von Seius geschenkt worden ist“. Wenn nämlich feststeht, an welchen Sklaven oder welches Grundstück der Testator gedacht hat, tut es nichts zur Sache, wenn derjenige, den er bezeichnet hat als den, von dem er gekauft hat, geschenkt hatte oder, wenn er von demjenigen, den er bezeichnet hatte als den, der ihm geschenkt hatte, gekauft hat.

Der Erblasser hat den vermachten Sklaven beziehungsweise das vermachte Grundstück namentlich bezeichnet, dabei aber einen falschen Namen verwendet. Solange der Sklave und das Grundstück aufgrund anderer Indizien, zum Beispiel aufgrund ihrer Herkunft oder ihres Erwerbes durch den Erblasser, einwandfrei identifiziert werden können, ist das Legat wirksam und bezieht sich auf den Sklaven oder das Grundstück, welches der Erblasser gemeint hat. Entscheidend ist also nicht der im Testament verwendete Name, sondern die vom Legat nachweislich erfasste Sache.

Bedeutsam wird die Möglichkeit, von der Bezeichnung abzusehen, wenn der Erblasser die vermachte Sache nicht nur falsch bezeichnet, sondern auch mit falschen Eigenschaften belegt hat:

*D. 35.1.17.1 Gaius 2 de legatis ad edictum praetoris*

*Igitur et si ita servus legatus sit: „Stichum cocum“, „Stichum sutorem Titio lego“, licet neque cocus neque sutor sit, ad legatarium pertinebit, si de eo sensisse testatorem conveniat: Nam et si in persona legatarii designanda aliquid erratum fuerit, constat autem, cui legare voluerit, perinde valet legatum ac si nullus error interveniret.*

Auch wenn daher ein Sklave so vermacht worden ist: „Stichus, den Koch“, „ich vermache den Schuster Stichus dem Titius“, obwohl Stichus weder Koch noch Schuster ist, wird er dem Legatar zustehen, wenn feststeht, dass der Testator an ihn gedacht hat. Denn auch wenn in der Bezeichnung der Person des Legatars irgendein Fehler passiert ist, aber feststeht, wem er vermachen wollte, ist das Legat ebenso wirksam, als ob kein Irrtum dazwischengekommen sei.

Schreibt der Testator „Stichus, der Koch“ oder „Stichus, der Schuster“, um den vermachten Sklaven genauer zu charakterisieren, obwohl der gemeinte Sklave keinen dieser Berufe ausübt, ist die Zuschreibung des Berufes falsch. Solange der Sklave Stichus dennoch eindeutig identifiziert werden kann, ist das Legat wirksam. Zur Begründung verweist Gaius (2. Jahrhundert n. Chr.) darauf, dass auch für die Person des Begünstigten nicht die Bezeichnung entscheide, sondern wer gemeint sei. Bezeichnungsfehler sind also so lange unschädlich, wie die vermachte Sache und die begünstigte Person eindeutig identifizierbar sind.

Die Regel *falsa demonstratio non nocet* hilft zuletzt auch dann, wenn der Erblasser dem Vermächtnis eine falsche Begründung (*causa* = „Grund“) hinzugefügt hat:

*D. 35.1.17.2 Gaius 2 de legatis ad edictum praetoris*

*Quod autem iuris est in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, veluti ita „Titio fundum do, quia negotia mea curavit“, item „fundum Titius filius meus praecipito, quia frater eius ipse ex arca tot aureos sumpsit“: Licet enim frater huius pecuniam ex arca non sumpsit, utile legatum est.*

Was aber mit Blick auf die Falschbezeichnung rechtens ist, dies gilt sogar mehr mit Blick auf eine falsche Begründung (*causa*), wie zum Beispiel [wenn] so [vermacht worden ist]: „Ich gebe dem Titius ein Grundstück, weil er sich um meine Geschäfte gekümmert hat“, ebenso: „Mein Sohn Titius soll ein Grundstück vorwegnehmen, weil sein Bruder selbst so viele Goldstücke aus der Kasse verwendet hat.“ Denn auch wenn der Bruder von diesem kein Geld aus der Kasse verwendet hat, ist das Legat wirksam.

Hat der Erblasser seinem Sohn Titius ein Prälegat hinterlassen, um bestimmte Zahlungen, die ein Bruder des Sohnes zu Lebzeiten des Erblassers erhalten habe, auszugleichen, ist das Legat auch dann wirksam, wenn die Zahlungen des Erblassers an den anderen Sohn in Wahrheit gar nicht erfolgt sind. Solange feststeht, dass der Erblasser dem Titius das Legat hinterlassen hat, ist nicht entscheidend, aus welchem Grund das Legat ausgesetzt wurde. Geht der Erblasser von einer fehlerhaften Sachlage aus und nennt diese *falsa causa* im Vermächtnis, führt dies daher nicht zur Unwirksamkeit des Legats. Hätte der Erblasser die Zuwendung an Titius davon abhängig machen wollen, dass der andere Sohn vorab bereits Geld erhalten hat, hätte er dies durch eine Bedingung des Prälegats für Titius erreichen können: Als bedingtes Legat wäre das Präzeptionslegat zugunsten des Titius nur dann wirksam, wenn der Bruder tatsächlich zuvor durch Zahlungen aus der väterlichen Kasse einen Vorteil erhalten hätte (Kap. 8.1.2). Ist das Legat dagegen unbedingte ausgestaltet, ist das Motiv des Erblassers

für die Zuwendung auch dann unerheblich, wenn er es ausdrücklich in das Testament aufgenommen hat. Aus dieser Überlegung lässt sich ableiten, dass die Großzügigkeit der Juristen für Bezeichnungs- und Begründungsfehlgriffe des Erblassers auf der schon in anderen Zusammenhängen beobachteten Verantwortung des Testators für die Formulierung der testamentarischen Anordnung beruht: Es liegt am Testator, sein Motiv in einer Bedingung auszudrücken, wenn sein Irrtum das Legat verhindern soll. Tut er dies nicht, wird die Wirksamkeit des Legats durch die Fehlerhaftigkeit der *causa* nicht tangiert (Kap. 8.1).

Die für die Testamentsauslegung nach *ius civile* geltenden Regeln sind in Übersicht 41 zusammengefasst:

Übersicht 41: Regeln der Testamentsauslegung nach *ius civile*

Ermittlung des Testamentsinhalts		
<i>plus nuncupatum quam scriptum</i>	Auslegung der Testamentsurkunde zur Ermittlung des wahrscheinlichen Erblasserwillens	Legatsrecht: <i>falsa demonstratio non nocet</i>
Der Wortlaut des schriftlichen Testaments wird durch die Erklärungen des Testators im Rahmen der <i>nuncupatio</i> und beim Diktat des Testaments ergänzt und korrigiert	Erblasserwille ist Beweisthema; Ziel ist der Beweis (= zur allgemeinen Überzeugung) eines bestimmten Willens, der in der Testamentsurkunde seinen (möglicherweise unvollständigen) Ausdruck gefunden hat	Notwendigkeit im Legatsrecht, die vermachte Sache zu beschreiben und dadurch zu identifizieren
Ergänzung von Auslassungen	Wortlaut ( <i>scriptum / verba</i> ) vs. Wille ( <i>voluntas</i> ): zwei Streitige Positionen im konkreten Fall	Korrektur von Fehlbezeichnungen und Eigenschaftszuschreibungen
Korrektur von Irrtümern	Weitere mögliche Argumente: Verfügungszweck, Testamentspraxis, <i>benignior interpretatio, humanior interpretatio, favor heredis</i> (Beweislastentscheidung)	Streichung fehlerhafter Begründungen

Dass für die Auslegungsentscheidungen des *ius civile* scheinbar feste Regeln – *plus nuncupatum quam scriptum* und *falsa demonstratio non nocet* – existieren, erklärt sich sowohl aus der Formstrenge des Testaments nach *ius civile* als auch aus der kautelarjuristischen Prägung der Testamentsform: Genauso wie bestimmte Worte für die Erbinsetzung und die Legatsaussetzung vorgesehen sind, gelten traditionelle Vorgaben, wie diese Testamente in der Rechtsanwendung zu handhaben sind.

## 9.2 Die geringe Bedeutung der Testamentsauslegung im *ius praetorium*

Während sich im *ius civile* und im *ius novum* eine große Anzahl an Auslegungsentscheidungen zu Testamenten und Vermächtnissen finden lassen, beschränken sich die Auslegungsentcheidungen des *ius praetorium* auf das Edikt und dessen Anwendung. Es geht also im *ius praetorium* regelmäßig nicht darum, den Willen des Erblassers zu ermitteln. Das Hauptaugenmerk der Juristen liegt vielmehr darauf, die richtige Reaktion des Prätors auf Anordnungen im Testament sowie auf das Verhalten der Beteiligten zu bestimmen. Beispiele für diese Technik sind schon bei der Untersuchung der Unwirksamkeitsgründe des Testaments durch den Prätor behandelt worden. So wurde gezeigt, dass der Prätor die Testierfähigkeit nur bei Testamenterrichtung und Testamentseröffnung verlangt, und zwischenzeitliche Einschränkungen der Testierfähigkeit die Wirksamkeit des „prätorischen Testaments“ nicht hindern (Kap. 6.3); auf der gleichen Linie liegt es, wenn der Prätor auch dann die *bonorum possessio secundum tabulas* erteilt, wenn der Sohn unter einer Bedingung eingesetzt ist, die keine Potestativbedingung darstellt (Kap. 7.1.2). Diese Beispiele zeigen, dass der Prätor bei der Testamentsanwendung nach anderen Standards verfährt als das *ius civile*; diese Kriterien beruhen aber nicht auf veränderten Kriterien der Willensermittlung, sondern darauf, dass der Prätor seinen Rechtsschutz, die *bonorum possessio*, teilweise in Abkehr von den Vorgaben des *ius civile* ausgestaltet.

Einen besonderen Stellenwert genießt die Auslegung letztwilliger Anordnungen dagegen im *ius novum*.

## 9.3 Auslegung im *ius novum*

Letztwillige Anordnungen des *ius novum* sind die als Fideikommiss wirkenden Nachträge zum Testament (Kodizille, Kap. 6.4.1), das formlose Testament der Soldaten (Soldatentestament, Kap. 6.4.2) sowie die formlosen Vermächtnisse (Fideikommiss, Kap. 8.5), die je nach Gestaltung zur Herausgabe der Erbschaft oder einer Erbschaftssache verpflichtet. Gemeinsames Merkmal dieser Anordnungen ist ihre Formlosigkeit, das heißt die Maßgeblichkeit des Willens des Erblassers für Inhalt und Umfang der Verfügung. Soweit die Auslegungsmaximen des *ius civile* den Willen des Erblassers für maßgeblich erklären, werden sie daher auch im *ius novum* herangezogen. Dies gilt namentlich für *plus nuncupatum quam scriptum* und *falsa demonstratio non nocet*, da beide darauf abzielen, dem beweisbaren Willen Vorrang vor einer fehlerhaften Erklärung einzuräumen:

*D. 31.67.9 Papinianus 19 quaestionum*

*Si omissa fideicommissi verba sint et cetera quae leguntur cum his, quae scribi debuerunt, congruant, recte datum et minus scriptum exemplo institutionis legatorumque intellegetur: [...].*

Wenn Worte des Fideikommisses ausgelassen wurden und die übrigen [Worte], die gelesen werden, mit denen, die geschrieben werden mussten, übereinstimmen, so wurde [das Fideikommiss] wirksam hinterlassen und das, was weniger geschrieben wurde, wird nach dem Vorbild der Erbeinsetzung und der Legate verstanden werden: [...].

Genau wie beim Testament nach *ius civile* kann das Fideikommiss um die Worte ergänzt werden, die nach Würdigung der Gesamtumstände fehlen. Auch für die Ermittlung des Inhalts des Fideikommisses gilt also der Grundsatz: *plus nuncupatum quam scriptum*.

Das Fehlen jeglicher Formvorgaben für das Fideikommiss führt allerdings dazu, dass die Anwendung dieses Grundsatzes nicht nur zur Ergänzung, sondern auch zur Schöpfung von Fideikommissen führen kann:

*D. 31.67.10 Papinianus 19 quaestionum*

*Item Marcus imperator rescripsit verba, quibus testator ita caverat: „Non dubitare se, quodcumque uxor eius cepisset, liberis suis reddituram,“ pro fideicommisso accipienda. Quod rescriptum summam habet utilitatem, ne scilicet honor bene transacti matrimonii, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre praesumpserat: Et ideo princeps providentissimus et iuris religiosissimus cum fideicommissi verba cessare animadverteret, eum sermonem pro fideicommisso rescripsit accipiendum.*

Ebenso entschied der Kaiser Marcus [Aurelius] durch Reskript, dass die Worte, durch die der Testator auf diese Weise vorgesorgt hatte, „dass er nicht zweifle, dass seine Ehefrau alles, was sie erhalten hatte, seinen Kindern herausgeben werde,“ als Fideikommiss aufzufassen seien. Dieses Reskript hat höchste Nützlichkeit, damit nämlich die ehrenvolle Rücksicht auf eine wohl geführte Ehe und auch das Vertrauen auf die gemeinsamen Kinder den Vater nicht täuschen, der Besseres von der Mutter vermutet hatte. Und deshalb entschied der überaus vorsorgende und im Bereich des Rechts äußerst sorgfältige *princeps* durch Reskript, dass diese Äußerung als Fideikommiss aufzufassen sei, obwohl er bemerkte, dass die Worte für ein Fideikommiss fehlten.

Der Testator hinterlässt Frau und Kinder. Anstatt seiner Frau explizit aufzuerlegen, das erhaltene Erbe oder Legat den (gemeinsamen) Kindern bei Erreichen der Mündigkeit oder bei ihrem eigenen Tod herauszugeben, hat der Testator erklärt, dass er davon

ausgehe, seine Frau werde sich entsprechend verhalten. Der Erblasser hat also eine Erwartung geäußert, nicht aber eine Anordnung getroffen. Vielmehr hat er bewusst auf eine entsprechende Anordnung verzichtet, weil er glaubte, sie sei unnötig. Verhält sich die Frau nun nicht erwartungsgemäß, stellt sich die Frage, ob die Kinder – gestützt auf das Testament des Vaters – von der Mutter die Herausgabe der väterlichen Erbschaft verlangen können. Papinian (3. Jahrhundert n. Chr.) bejaht dies und beruft sich dabei auf ein Reskript des Kaisers Mark Aurel (161–180 n. Chr.), das der Jurist als Anwendung des Grundsatzes *plus nuncupatum quam scriptum* rechtfertigt. Dieser Anwendungsfall zeigt, dass der aus dem *ius civile* stammende Grundsatz im *ius novum* nicht mehr zur Überwindung von Mängeln der Erklärung, sondern für eine umfassende Rekonstruktion des erblasserischen Willens verwendet wird, der gar nicht erklärt wurde, sondern hätte erklärt werden müssen.

Diese, durch die Formlosigkeit der kaiserrechtlichen Institute erreichte Flexibilisierung der testamentarischen Anordnungen – sie können auch mündlich, sie können auch auf Zeit und auch dem Intestaterben auferlegt werden (Kap. 6.4; Kap. 8.5) – führt zu einem Anwachsen der interpretativen Möglichkeiten des erblasserischen Willens. Während es im *ius civile* (Kap. 9.1) vorrangig darum ging, den wahrscheinlichen Willen aus der in der Testamentsurkunde verkörperten Erklärung abzuleiten, verlangt das *ius novum* nach einer Gesamtwürdigung der Umstände. Die daraus entstehende Unsicherheit erklärt, warum vermehrt materielle Wertungen bei der Auslegung herangezogen werden: Mangels einer Willensverkörperung in der Form bilden sie das schlagende Argument für die „Richtigkeit“ des gefundenen Ergebnisses.

### 9.3.1 Materielle Auslegungsprinzipien

Materielle Wertungen, wie *benignitas* und *humanitas*, dienen im *ius civile* zur Begründung des aus dem Wortlaut des Testaments nicht eindeutig ersichtlichen Willens des Erblassers (Kap. 9.1.2). Dagegen greift das *ius novum* auf die beiden Argumente zurück, um einen mehrdeutigen oder zweifelhaften Erblasserwillen mit Wirksamkeit auszustatten:

#### D. 34.5.24 Marcellus 11 digestorum

*Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretandum et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est.*

Jedes Mal, wenn in einem Testament etwas mehrdeutig oder auch falsch geschrieben worden ist, soll man es wohlwollend deuten und man muss es in Übereinstimmung mit dem, was der Erblasser vermutlich gedacht hat, als gegeben ansehen.

Mit der Vorgabe, dass mehrdeutige oder irrtümliche Anordnungen wohlwollend auszulegen seien, wird ein Auslegungsziel formuliert, das als Begünstigung des Testaments (*favor testamenti*) bezeichnet werden kann. Gemeint ist, dass im Zweifel der Wille anzunehmen ist, mit dem die letztwillige Verfügung Wirksamkeit hat. Soweit sich keine gegenteiligen Indizien ergeben, gilt also das als wahrscheinlich gewollt, was der Verfügung Wirksamkeit verschafft:

*D. 36.1.78 Scaevola 19 digestorum*

*Scaevola respondit, si pater filium suum impuberem ex asse scripserit heredem eique codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hereditas neque dari neque adimi potest, tamen benigna interpretatione placet, ut mater, quae ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur: [...].* Scaevola hat geantwortet, wenn ein Vater seinen unmündigen Sohn als Alleinerben eingesetzt habe und ihm in einem Kodizill einen Ersatzerben eingesetzt habe und darauf der Sohn als Unmündiger verstorben sei, dass man, obwohl die Ersatzerbenbestellung unwirksam sei, weil ja in einem Kodizill die Erbschaft weder gegeben noch weggenommen werden könne, dennoch aufgrund einer wohlwollenden Auslegung (*benigna interpretatio*) der Meinung sei, dass die Mutter, die dem Unmündigen als Intestaterbin nachfolgte, den Ersatzerben aus dem Fideikommiss verpflichtet werde: [...].

Ein Vater hat seinen unmündigen Sohn (*pupillus*) als Alleinerben eingesetzt und in einem Kodizill einen Ersatzerben für den Fall bestimmt, dass der Sohn als Unmündiger sterben sollte. Die Pupillarsubstitution im Kodizill ist unwirksam, weil es als bloßer Nachtrag zum Testament keine Erbeinsetzungen und Enterbungen enthalten kann (Kap. 6.4.1). Somit führt das Versterben des unmündigen Sohnes zum Eintritt der Intestaterbfolge, wobei das Kind hier von seiner Mutter beerbt wird (*senatusconsultum Tertullianum*, Kap. 3.4.1). Scaevola (2. Jahrhundert n. Chr.) postuliert, dass die Mutter aufgrund einer wohlwollenden Auslegung zur Herausgabe der Erbschaft an den im Kodizill eingesetzten Ersatzerben verpflichtet sei, da die Substitution als Fideikommiss wirke. Wie gesehen (Kap. 6.4.1), ist diese Umdeutung des unwirksamen Kodizills in ein Fideikommiss nur dann möglich, wenn der Erblasser die Umdeutung durch eine entsprechende Klausel vorgesehen und sich insoweit abgesichert hat. Diese an sich geltende Grenze zwischen Testamentsergänzung und Fideikommiss überwindet der Jurist mithilfe der *benigna interpretatio*: Es gilt also der optimale Erblasserwille, so dass eine entsprechende Klausel zu unterstellen und die rettende Umdeutung vorzunehmen ist.

Auch die Auslegung nach der *humanitas* dient im *ius novum* dazu, Unzulänglichkeiten der testamentarischen Anordnung zu überwinden:

*D. 29.1.38.1 Paulus 8 quaestionum*

*Miles testamentum fecerat, deinde non ignominiae causa missus rursus cinctus est in alia militia: Quaerebatur, an testamentum eius, quod in militia fecerat, valeret. Quaesivi, utrum iure militari an communi iure testatus est. Et si quidem communi iure testatus est, nulla dubitatio est, quin valeat. Sed si ut miles fecisset testamentum, agitare coepi, quando adsumptus fuisset, postquam desiit in numeris esse, utrum intra annum an post annum: Cognovi intra annum eum adsumptum. Ergo si, cum adhuc iure militari valeret, rursus eodem iure posset testari, numquid etiam post annum eo mortuo valeat testamentum? Me movebat, quod alia militia est posterior: Sed humanius est dicere valere testamentum, quasi coniuncto munere militiae. [...].*

Ein Soldat hatte ein Testament errichtet, dann wurde er, nachdem er nicht unehrenhaft entlassen worden war, erneut Soldat in einem anderen Feldzug. Es wurde gefragt, ob sein Testament, das er während des [ersten] Militärdienstes errichtet hatte, wirksam sei. Ich habe die Frage gestellt, ob er nach Militärrecht oder nach allgemeinen Regeln testiert habe. Und wenn er ja nach allgemeinen Regeln testiert hat, besteht kein Zweifel, dass das Testament wirksam ist. Aber wenn er das Testament als Soldat errichtet hatte, habe ich begonnen zu prüfen, wann er [in den Militärdienst] aufgenommen worden war, nachdem er aufgehört hatte, im Soldatenregister zu stehen: ob innerhalb eines Jahres oder nach Ablauf eines Jahres. Ich habe erfahren, dass er innerhalb eines Jahres aufgenommen worden war. Wenn er also, während sein Testament noch immer nach Militärrecht wirksam war, wieder nach demselben Recht testieren konnte, soll das Testament etwa nicht auch dann gelten, wenn er nach Ablauf eines Jahres stirbt? Mich beunruhigte, dass der spätere Militärdienst ein anderer ist. Aber es ist menschlich nachsichtiger zu bestimmen, dass das Testament wirksam ist, weil die Last des Militärdienstes gewissermaßen eine verbundene war. [...].

Ein Soldat, der ein Soldatentestament errichtet hat, ist innerhalb eines Jahres erneut in den Krieg gezogen und auf dem neuen Feldzug umgekommen, ohne ein zweites Testament errichtet zu haben. Paulus (3. Jahrhundert n. Chr.) entscheidet, es entspreche menschlicher Nachsicht, das während der ersten Dienstzeit errichtete Testament auch als Testament der zweiten Dienstzeit gelten zu lassen. Wie gesehen (Kap. 6.4.3), bleibt das Soldatentestament nach der (ehrenhaften) Entlassung aus dem Militärdienst noch ein Jahr in Kraft, bevor es durch ein ordentliches Testament ersetzt werden muss.

Nicht geregelt ist dagegen der Fall, dass der frühere Soldat erneut in den Krieg zieht und kein weiteres Soldatentestament errichtet. An dieser Stelle hilft die Argumentation aus der *humanitas*: Sie dient dazu, einen Willen anzunehmen, der geeignet ist, das Fehlen eines zweiten Testaments zu überwinden. Diese Auslegung des erblasserischen Verhaltens ist menschlich nachsichtiger, weil sie die menschliche Schwäche – sei es die fehlende Sorgfalt, ein neues Testament zu errichten, sei es die fehlende Kenntnis vom Unwirksamwerden des alten Testaments – überwindet und dem Erblasser in seiner Fehleinschätzung entgegenkommt.

Eine eigentliche Korrektur des Erblasserwillens erlaubt ausnahmsweise die Berufung auf das familiäre Pflichtgefühl, die *pietas*:

*D. 35.1.102 Papinianus 9 responsorum*

*Cum avus filium ac nepotem ex altero filio heredes instituisset, a nepote petit, ut, si intra annum trigesimum moreretur, hereditatem patruo suo restitueret: Nepos liberis relictis intra aetatem supra scriptam vita decessit. Fideicommissi condicionem coniectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inveniretur.*

Nachdem ein Großvater einen Sohn und einen Enkel, den er von einem anderen Sohn hatte, als Erben eingesetzt hatte, verlangt er vom Enkel, dass er die Erbschaft, wenn er vor Ablauf des dreißigsten Lebensjahres versterbe, seinem Onkel herausgebe. Der Enkel ist unter Hinterlassung von Kindern innerhalb des oben beschriebenen Alters verstorben. Ich habe geantwortet, dass die Bedingung des Fideikommisses durch die Vermutung zugunsten des familiären Pflichtgefühls (*pietas*) weggefallen sei, weil weniger das Geschriebene als das, was gesagt worden war, betrachtet werde.

Der Erblasser hat seinen Sohn und einen Enkel eines anderen Sohnes zum Erben eingesetzt. Dem Enkel hat er mittels Fideikommiss auferlegt, den Erbteil an seinen Onkel, den Miterben und Sohn des Erblassers, herauszugeben, wenn der Enkel vor Ablauf des 30. Lebensjahres versterbe. Derartige Bedingungen auf den Tod des Erben sind bei Fideikommissen – wie gesehen (Kap. 8.5.1) – zulässig. Sie dienen dazu, die Verteilung der Erbschaft bei frühem Versterben des Erben in der Familie des ursprünglichen Erblassers zu halten. Im entschiedenen Fall verweigert Papinian (3. Jahrhundert n. Chr.) dem Sohn aber die Berufung auf das Fideikommiss, indem er die Bedingung „Versterben vor Ablauf des 30. Lebensjahres“ als ausgefallen behandelt. Grund dafür ist die Tatsache, dass der Enkel selbst Kinder hinterlässt, die in den Genuss des väterlichen Vermögens kommen sollen. Hätte der Großvater gewusst, dass der Enkel selbst Kinder hat, hätte er dies in seine Bedingung aufgenommen, weil eine derartige

Vorsorge vom familiären Pflichtgefühl verlangt wird. Somit hebt das zu vermutende familiäre Pflichtgefühl (*pietas*) die an sich bestehende Bedingung auf; es gilt nicht das tatsächlich Gewollte, sondern das nach diesem Pflichtgefühl zu Wollende. Letzteres verlangt, dem Enkel die Herausgabe der Erbschaft allein für den Fall aufzuerlegen, dass er „vor Ablauf des 30. Lebensjahres ohne Hinterlassung eigener Kinder verstorben ist“. Die moralische Verpflichtung des Erblassers, die Herausgabe der Erbschaft nur dann anzuordnen, wenn den Erben seinerseits keine Versorgungspflichten treffen, ist Grund und Rechtfertigung dafür, die Bedingung trotz ihrem klaren Wortlaut für nicht anwendbar zu erklären.

Die beiden Beispiele zur wohlwollenden und zur menschlich nachsichtigen Auslegung von Testamenten im *ius novum* belegen eine Akzentverschiebung zur gleichnamigen Auslegung nach *ius civile*: Wie gesehen (Kap. 9.1.2), dient die *benignitas* wie die *humanitas* im *ius civile* dazu, den Willen des Erblassers zu ermitteln und seine Motivlage zu beleuchten. Dagegen verwendet das *ius novum* beide Argumente dazu, um eine drohende Unwirksamkeit abzuwenden. Die *benignitas* wie die *humanitas* im *ius novum* kennzeichnen also nicht mehr die Motivation des Erblassers, sondern die Haltung des Rechtsanwenders, der sich mit dem unzureichenden Testament auseinandersetzt. Diese Veränderung des Auslegungsziels zeigt sich deutlich darin, dass die *benignior interpretatio* im *ius civile* dem Schutz der enterbten Söhne dient (Kap. 9.1.2), während die Nachsicht im *ius novum* gegenüber dem Erblasser ausgeübt wird.

Die darin erkennbare Tendenz des *ius novum*, die letztwilligen Anordnungen des Testators durch Unterstellung des ‚richtigen‘ Willens aufrechtzuerhalten, zeichnet auch die Fälle aus, in denen das nach *ius civile* unwirksame Testament mittels Auslegung in ein nach *ius novum* wirksames Rechtsinstitut überführt wird.

### 9.3.2 Umdeutung von *ius civile* in *ius novum*

Die Umdeutung eines nach *ius civile* unwirksamen Testaments in ein Institut des *ius novum* wird auf den Testatorwillen gestützt. Mit der Annahme oder der Behauptung, der Testator habe die Aufrechterhaltung seines unwirksamen Testaments als Fideikommiss gewollt, werden elementare Unwirksamkeitsgründe des *ius civile* außer Kraft gesetzt.

Dies gilt zunächst für das Verbot der *institutio ex certa re* (Kap. 6.2.2):

#### D. 36.1.30 Marcianus 4 institutionum

*Si quis priore facto testamento posterius fecerit testamentum, etiamsi ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit, superius tamen testamentum sublatum est, ut divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt, cuius constitutionis verba rettuli,*

*cum alia quoque praeterea in constitutione expressa sunt: „Imperatores Severus et Antoninus Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, iure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet.“ Et hoc ita intellegendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum.*

Wenn jemand nach der Errichtung eines früheren Testaments ein späteres Testament errichtet hat, auch wenn er die Erben in den nachfolgenden Testamentstafeln auf bestimmte Sachen eingesetzt hat, ist das frühere Testament dennoch aufgehoben worden, wie auch die vergöttlichten Kaiser Septimius Severus und Caracalla in einem Reskript entschieden haben. Die Worte ihrer Konstitution habe ich vorgelegt, weil zudem auch etwas anderes in der Konstitution zum Ausdruck gebracht worden ist: „Die Kaiser Septimius Severus und Caracalla an Cocceius Campanus. Es darf nicht bezweifelt werden, dass das an zweiter Stelle errichtete Testament, obwohl darin ein Erbe auf bestimmte Sachen eingesetzt worden ist, von Rechts wegen wirksam sei, so als ob die Sachen nicht erwähnt worden wären, dass aber der eingesetzte Erbe verpflichtet werde, dass er mit den ihm gegebenen Sachen zufrieden sei oder nach der Vervollständigung bis zur Quart aus der *lex Falcidia* denjenigen die Erbschaft herausgebe, die im früheren Testament als Erben eingesetzt worden waren, wegen der Einfügung der fideikommissarischen Worte, durch die ausgedrückt worden sei, dass das frühere Testament wirksam sei.“ Und dies ist so zu verstehen, wenn nicht irgendetwas Gegensätzliches ausdrücklich im zweiten Testament geschrieben worden ist.

Der Erblasser hat zwei Testamente hinterlassen, von denen das erste wirksam errichtet war, das zweite dagegen eine Erbeinsetzung auf eine Sache enthielt. Wie gesehen (Kap. 6.2.2), konnte die nach *ius civile* unwirksame *institutio ex certa re* nach der Regel des Sabinus (1. Jahrhundert n. Chr.) als Erbeinsetzung erhalten bleiben, indem die Hinzufügung der Sache gestrichen wurde. Dieser Vorgabe folgen zunächst auch die von Marcian (3. Jahrhundert n. Chr.) zitierten Kaiser Septimius Severus (193–211 n. Chr.) und Caracalla (211–217 n. Chr.), indem sie festhalten, dass das erste Testament durch das zweite aufgehoben sei. Darüber hinaus erkennen die Kaiser aber der Erbeinsetzung auf eine bestimmte Sache – und dies in Abweichung von Sabinus – insoweit Bedeutung zu, als diese nicht einfach gestrichen, sondern als Fideikommiss behandelt wird: Die im zweiten Testament eingesetzten Erben sind Erben geworden und sollen den

genannten Gegenstand erhalten. Ihr Erwerb ist jedoch auf diesen einzelnen Gegenstand beschränkt, so dass sie den Rest der Erbschaft an die im ersten Testament bestimmten Erben herausgeben müssen. Obwohl also das erste Testament nach *ius civile* durch das zweite aufgehoben wurde, entfaltet es nach *ius novum* insoweit Wirkungen, als die dort eingesetzten Erben als Fideikommissare gelten. Grundlage für diese nach *ius civile* ausgeschlossene Kombination zweier Testamente ist der erblasserische Wille: Da der Erblasser die Erben im zweiten Testament nur auf eine einzelne Sache eingesetzt hat, hat er zu erkennen gegeben, dass die Erben des ersten Testaments zwar ihre Erbenstellung, nicht aber den wirtschaftlichen Vorteil der Erbschaft verlieren sollen. Dieser Vorteil ist ihnen von den Erben des zweiten Testaments herauszugeben.

In vergleichbarer Weise lässt sich ein Urteil des Kaisers Mark Aurel (161–180 n. Chr.) erklären, das durch Ausweichen auf das Fideikommissrecht Mängel des Testaments nach *ius civile* und *ius praetorium* überwindet. Das Fideikommissrecht dient hier gleichsam als sekundäre Ordnung, in welcher der Wille des Erblassers bestmöglich verwirklicht werden kann:

#### D. 28.4.3 Marcellus 29 digestorum

*Proxime in cognitione principis cum quidam heredum nomina induxisset et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta. Plerique etiam legatarios excludendos existimabant. Quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset: Nonnullos opinari id iure ipso peremi quod inductum sit, cetera omnia valitura. Quid ergo? Non et illud interdum credi potest eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius. [...].*

Unlängst in der Gerichtsverhandlung des Kaisers: Nachdem jemand die Namen der Erben gestrichen hatte und seine Güter als verfallen vom Fiskus beansprucht wurden, hat man lange gezweifelt bezüglich der Vermächtnisse und am meisten bezüglich derjenigen Vermächtnisse, die denen zugewendet worden waren, deren Einsetzung [als Erben] gestrichen worden war. Die meisten [der Ratgeber] waren der Meinung, dass sie auch als Vermächtnisnehmer ausgeschlossen werden müssen. Dem sei allerdings zu folgen, sagte ich [Marcellus], wenn er [der Erblasser] den ganzen Text des Testaments durchgestrichen hätte. Einige meinten, dasjenige würde von Rechts wegen vernichtet werden, was durchgestrichen worden sei, alles andere bleibe wirksam. Wie war also zu entscheiden? Kann nicht auch jenes bisweilen angenommen werden, dass derjenige, der die Namen der Erben gelöscht hatte, dies für ausreichend gehalten hatte, um zu erreichen, dass er seinen Tod als den eines

Testamentslosen gestaltete? Aber in einer zweifelhaften Angelegenheit ist es sowohl gerechter als auch vorsichtiger, einer milderen Auslegung zu folgen. [...].

Der Sachverhalt betrifft die Teilunwirksamkeit eines Testaments. Hintergrund ist die Eröffnung eines Testaments, in dem der Erblasser die Erbeinsetzungen durchgestrichen hat. Da die gestrichenen Erben als unwürdig (*indignus*) gelten, hat der Fiskus die Erbschaft in Beschlag genommen (Kap. 4.4.3). Nunmehr erheben die Legatäre Klage gegen den Fiskus auf Erfüllung der Vermächtnisse, die vom Erblasser nicht gestrichen wurden. Marcellus (2. Jahrhundert n. Chr.) spricht sich für eine wohlwollendere Auslegung (*benignior interpretatio*) aus, will also die Legatäre auch gegen den Fiskus durchsetzen.

Nach Mitteilung dieser Einschätzung folgt ein Protokoll der vor dem Kaiser Mark Aurel stattgefundenen Verhandlungen, in dem die einleitend angesprochenen Argumente wiederkehren:

#### D. 28.4.3 Marcellus 29 digestorum

[...] *Sententia imperatoris Antonini Augusti Pudente et Pollione consulibus.* „Cum Valerius Nepos mutata voluntate et incidit testamentum suum et heredum nomina induxit, hereditas eius secundum divi patris mei constitutionem ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur.“ *Et advocatis fisci dixit:* „Vos habetis iudices vestros.“ *Vibius Zeno dixit:* „Rogo, domine imperator, audias me patienter: De legatis quid statuet?“ *Antoninus Caesar dixit:* „Videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit?“ *Cornelius Priscianus advocatus Leonis dixit:* „Nomina heredum tantum induxit.“ *Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit:* „Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet.“ [...]. *Antoninus Caesar remotis omnibus cum deliberasset et admitti rursus eodem iussisset, dixit:* „Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit.“ [...].

[...] Urteil des Kaisers Antoninus Augustus [Mark Aurel] zur Zeit der Konsuln Pudens und Pollio (166 n. Chr.): „Dadurch dass Valerius Nepos nach der Änderung seiner Ansicht sowohl sein Testament aufgeschnitten hat, als auch die Namen der Erben durchgestrichen hat, scheint seine Erbschaft nach der Konstitution meines vergöttlichten Vaters nicht denjenigen zuzustehen, die als Erben eingesetzt wurden.“ Und er sagte zu den *advocati fisci*: „Ihr werdet eure eigenen Richter haben.“ *Vibius Zeno* sagte: „Ich bitte dich, Herr und Kaiser, höre mir geduldig zu: Was wirst du mit Blick auf die Legatäre entscheiden?“ *Antoninus Caesar* [Mark Aurel] sagte: „Erscheint er dir gewollt zu haben, dass das Testament wirksam ist, der er die Namen der Erben

durchgestrichen hat?“ Cornelius Priscianus, der Vertreter des Leo, sagte: „Er hat nur die Namen der Erben durchgestrichen.“ Calpurnius Longinus, der Vertreter des *fiscus*, sagte: „Kein Testament kann wirksam sein, das keinen Erben hat.“ [...]. Nachdem Antoninus Caesar [Mark Aurel] alle fortgeschickt hatte, überlegt hatte und befohlen hatte, dass sie wiederum an denselben Ort hereingelassen werden, sagte er: „Die vorliegende Sache scheint eine menschlich nachsichtigere Auslegung zuzulassen, so dass wir glauben, Nepos habe gewollt, dass nur das, was er durchgestrichen hat, unwirksam sei.“ [...].

Zunächst zitiert Marcellus das Urteil des Kaisers, das zur Zuweisung des Erbes an den Fiskus geführt hat. Dem Urteil ist zu entnehmen, dass die durch den Erblasser gestrichene Erbeinsetzung als unwirksam angesehen wurde, so dass – dem Legatsrecht des *ius civile* zufolge (Kap. 6.2) – auch die Legate als unwirksam anzusehen sind. An diesen Urteilstext knüpft die Diskussion zwischen den Beratern des Kaisers an. Zunächst äußert sich der Vertreter des Fiskus, der keine Entscheidung durch den Kaiser wünscht, sondern eine Verweisung an die Fiskalgerichtsbarkeit, die nach den bestehenden Grundsätzen gegen die Vermächtnisnehmer entscheiden würde. Jedenfalls liegt es nahe, die Bemerkung „Ihr werdet eure eigenen Richter haben“ in diese Richtung zu deuten. In die entgegengesetzte Richtung argumentiert ein Vibius Zeno, der sich für die Legatäre einsetzt und daher die Berücksichtigung der Vermächtnisse auch von Seiten des Fiskus verlangt. Er will auf keinen Fall, dass der Kaiser, von dem eine Billigkeitsentscheidung erwartet werden kann, die Sache an einen Beamten abgibt, und bittet daher um die kaiserliche Gnade: „Ich bitte dich, Herr und Kaiser, höre mir geduldig zu: Was wirst du mit Blick auf die Legate entscheiden?“ Die Antwort des Kaisers hebt den ungewöhnlichen Charakter des Anliegens hervor: „Erscheint er (sc. Nepos) dir gewollt zu haben, dass das Testament wirksam ist, der er die Namen der Erben durchgestrichen hat?“ Gleichzeitig tritt der Kaiser in die sachliche Erörterung ein. Im Rahmen dieser Erörterung betont ein Calpurnius Longinus den Grundsatz, dass die Legate die Wirksamkeit der Erbeinsetzung voraussetzen. Schlagend ist schließlich die wohlwollendere (*benignior*) Auslegung, die Marcellus schon in seiner Einleitung angedeutet hat und die von Kaiser Mark Aurel (161–180 n. Chr.) – nur terminologisch abweichend – als „menschlich nachsichtigere“ (*humanior*) Auslegung bezeichnet wird. Bei dieser Auslegung wird nur die Erbeinsetzung als unwirksam behandelt, während der Rest des Testaments, das heißt die Legate, ihre Wirksamkeit behalten. Die Nachsicht, die der Kaiser übt, liegt hier darin, weder den Erblasser noch die Legatäre an die überkommene Regel des *ius civile* zu binden, derzufolge Vermächtnisse eine wirksame Erbeinsetzung voraussetzen.

Vielmehr akzeptiert der Kaiser die Vorstellung, nur das Gestrichene sei unwirksam, alle anderen Bestimmungen des Testaments blieben aufrechterhalten. Diese Unabhängigkeit der Einzelzuwendung von der Erbeinsetzung ist allerdings nur bei einem Fideikommiss vorstellbar. Somit bedeutet die *benignior interpretatio* nichts anderes als die Umdeutung des Testaments in ein Fideikommiss, bei dem der mit weiteren Fideikommissen belastete Universal-fideikommissar weggefallen ist und durch den Fiskus ersetzt wurde. Die nach *ius civile* greifbare Unwirksamkeit der Legate wird also durch den Wechsel auf die Ebene des *ius novum*, das heißt durch Umdeutung der Legate in Fideikommisse, überwunden.

Diese Vorgehensweise findet sich auch in einem durch die Kaiser Septimius Severus (193–211 n. Chr.) und Caracalla (211–217 n. Chr.) entschiedenen Fall:

*D. 28.5.93.1 Paulus 1 imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum seu 2 decretorum*

*Pactumeius Androsthene Pactumeiam Magnam filiam Pactumeii Magni ex asse heredem instituerat, eique patrem eius substituerat. Pactumeio Magno occiso et rumore perlato, quasi filia quoque eius mortua, mutavit testamentum Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione: „Quia heredes, quos volui habere mihi contingere non potui, Novius Rufus heres esto.“ Pactumeia Magna supplicavit imperatores nostros et cognitione suscepta, licet modus institutioni contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit imperator ei subveniendum. Igitur pronuntiavit hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta.*

Pactumeius Androsthene hatte Pactumeia Magna, die Tochter des Pactumeius Magnus, als Alleinerbin und ihren Vater für sie als Ersatzerben eingesetzt. Nachdem Pactumeius Magnus getötet worden war und das Gerücht verbreitet worden war, dass auch seine Tochter gestorben sei, änderte Androsthene sein Testament und setzte den Novius Rufus als Erben ein mit folgender Einleitung: „Da ich die Erben, die ich haben wollte, für mich nicht bekommen konnte, soll Novius Rufus mein Erbe sein.“ Pactumeia Magna wandte sich flehentlich bittend an unsere Kaiser und, nachdem eine Untersuchung durchgeführt worden war, glaubte der Kaiser, dass man der Pactumeia Magna aufgrund des Willens des Erblassers dennoch zu Hilfe kommen müsse, obwohl für die Erbeinsetzung eine Auflage enthalten war, die, auch wenn sie falsch sei, gewöhnlich nicht hinderlich sei. Also verkündete er, dass die Erbschaft der Pactumeia Magna zustehe, aber dass sie die Vermächtnisse aus dem späteren Testament leisten müsse, gradeso, wie wenn sie selbst im späteren Testament als Erbin eingesetzt worden wäre.

Der Erblasser, Androsthene, hat zwei Testamente hinterlassen: Im ersten war die Pactumeia Magna als Erbin, ihr Vater als Ersatzerbe eingesetzt; im zweiten, das der Erblasser nach dem Tod des Vaters und Gerüchten über den Tod der Pactumeia Magna verfasst hatte, setzte er einen anderen Erben namens Novius Rufus ein. Der neuen Erbeinsetzung schickte er voraus, dass er nur deshalb sein Testament abändere, weil er die Erben, die er haben wollte, nicht bekommen könne. Nach dem Tod des Androsthene stellte sich heraus, dass Pactumeia Magna noch lebte; sie bat die Kaiser Septimius Severus (193–211 n. Chr.) und Antoninus Caracalla (211–217 n. Chr.) um Hilfe. Diese Hilfe wird ihr gewährt, indem die Kaiser die Vorrede des Androsthene bei der Auslegung berücksichtigen: Da die Erbin, von deren Ableben der Erblasser ausging, noch lebte, lag ein Motivirrtum des Erblassers vor; er hätte ohne diesen Irrtum niemals das zweite Testament zugunsten des Novius Rufus errichtet. Aus diesem Grund wird die Erbschaft der Pactumeia Magna zugesprochen; allerdings muss sie gleichzeitig die Vermächtnisse erfüllen, die im zweiten Testament auferlegt worden sind, obgleich – wie die Kaiser festhalten – sie nicht Testamentserbin des zweiten Testaments ist.

Die rechtliche Konstruktion, welche die severischen Kaiser zur Durchsetzung des erblasserischen Willens wählen, wird nicht explizit mitgeteilt, da sich Paulus (3. Jahrhundert n. Chr.) auf die Information beschränkt, „die Erbschaft stehe der Pactumeia Magna zu“ (*hereditatem ad Magnam pertinere*). Mit dieser Formulierung kann sowohl die Erbenstellung nach *ius civile* als auch ein Fideikommiss gemeint sein. Im ersten Fall hätten die Kaiser die Rechtsfolgen des ersten und des zweiten Testaments kombiniert, hätten also die Erbeinsetzung der Pactumeia Magna aus dem ersten aufrechterhalten, ihr aber die Legate aus dem zweiten auferlegt. Versteht man *hereditatem pertinere* dagegen als Hinweis auf das Zustehen eines Erbschaftsfideikommis, verlässt das Urteil die Ebene des *ius civile* und ist auf der Ebene des *ius novum* angesiedelt: Dann nämlich ist die Vorrede des Androsthene als Universal-fideikommiss zugunsten der Pactumeia Magna anzusehen, das durch Einzelfideikommisse zugunsten der Legatäre des zweiten Testaments geschmälert wird. Für die Deutung als Fideikommiss spricht die von Paulus hervorgehobene Tatsache, dass die Vorrede als *falsa causa* an sich keinerlei rechtliche Wirkung beanspruchen kann, das zweite Testament also wirksam bleibt. Soll der Pactumeia Magna dennoch geholfen werden, um den Erblasserwillen durchzusetzen, kann die Argumentation nicht auf Ebene des *ius civile* Erfolg haben, sondern allein durch ein Ausweichen auf das Fideikommiss gelingen. Da also das *ius civile* keine Lösung erlaubt, erfolgt der kaiserliche Entscheid auf der Ebene des *ius novum*, das der Pactumeia Magna entgegenkommt. Dieses Ausweichen auf eine andere Rechtsschicht erklärt auch die Aufrechterhaltung der den Erben treffenden Legate: Da der Universal-fideikommissar alle Verpflichtungen zu tragen hat, die den Erben

treffen, muss Pactumeia Magna bei Übernahme der Erbschaft von Novius Rufus auch die Verpflichtung zur Leistung der Legate übernehmen. Das Umschwenken auf das Fideikommissrecht erlaubt damit eine gerechte und auf den Willen des Erblassers gestützte Lösung des durch das *ius civile* nicht lösbaren Konfliktes.

Die geschilderten Umdeutungen eines nach *ius civile* unwirksamen Testaments in ein Fideikommiss nach *ius novum* sind in Übersicht 42 rekapituliert:

#### Übersicht 42: Umdeutungsentscheidungen vom *ius civile* zum *ius novum*

<b>Fall des Cocceius Campanus (D. 36.1.30)</b>	
Zwei aufeinanderfolgende Testamente; Testament 2 enthält <i>institutio ex certa re</i> .	
<i>ius civile</i>	<i>ius novum</i>
Nach <i>ius civile</i> wäre Testament 1 durch Testament 2 aufgehoben; die Einsetzung auf eine Sache wäre zu streichen (Regel des Sabinus); allerdings enthält das Testament 1 eine Klausel, nach der es als Fideikommiss aufrechtzuerhalten ist.	Beide Testamente werden gemeinsam zur Anwendung gebracht, indem sie als Fideikommiss ausgelegt werden: Testament 2: Erbeinsetzung des dortigen Erben unter Aussetzung eines Fideikommisses zugunsten der Erben aus Testament 1; Erbe aus Testament 2 darf die Sache, auf die er eingesetzt ist, behalten.
<b>Fall des Valerius Nepos (D. 28.4.3)</b>	
Testator hat die Namen der Erben gestrichen.	
<i>ius civile</i>	<i>ius novum</i>
Testament ist nach <i>ius civile</i> unwirksam, weil die Erben ausgestrichen sind (Indignität); Verfall des Erbes an den Fiskus; Legate sind mangels wirksamer Erbeinsetzung hinfällig.	Testament wird als Erbschaftsfideikommiss, der dem Fiskus auferlegt ist, angesehen; somit ist nur das Erbschaftsfideikommiss wegen Indignität des Begünstigten unwirksam; die Legate können als Fideikommiss auch dem Fiskus auferlegt sein.
<b>Fall der Pactumeia Magna (D. 28.5.93.1)</b>	
Vorrede zum Testament erklärt Verhinderung der eigentlich vorgesehenen Erbin.	
<i>ius civile</i>	<i>ius novum</i>
Im Testament ist Novius Rufus als Erbe eingesetzt; die Vorrede, in der der Erblasser erklärt, die Pactumeia Magna nicht einsetzen zu können, ist unerheblich.	Die Vorrede, die zeigt, dass die Pactumeia Magna Erbin sein sollte, ist als Universalfideikommiss zugunsten der Pactumeia Magna auszulegen, so dass sie die Erbschaft vom eingesetzten Erben herausverlangen kann; als Quasi-Erbin muss sie die übrigen Legate und Fideikommiss erfüllen.

## 9.4 Fazit zur Auslegung

1. Die Unterscheidung der drei Rechtsschichten ist auch für den Bereich der Testamentsauslegung zielführend und erlaubt eine verfeinerte Betrachtung des Auslegungsinstrumentariums der römischen Juristen. Im Unterschied zum *ius civile* und *ius novum* spielen Auslegungsfragen des Testaments im *ius praetorium* eine untergeordnete Rolle. Vielmehr zeigt sich an dieser Stelle der Charakter des prätorischen Rechts als prozesuale Ordnung in besonderer Weise: Sein Hauptaugenmerk liegt auf dem Verhalten von Prätor und Parteien als Prozessbeteiligten; es setzt die Ziele der anderen Rechtsschichten, die materielle Vorgaben statuieren, um oder ergänzt sie.

2. Einigkeit besteht zwischen *ius civile* und *ius novum* hinsichtlich des Auslegungsziels: Die Ermittlung des Testamentsinhalts soll anhand des erblasserischen Willens erfolgen. Das dabei zu befolgende Vorgehen richtet sich jedoch nach unterschiedlichen Vorgaben, die mit den bisher beobachteten Unterschieden zwischen dem Testamentsrecht nach *ius civile* und den formlosen letztwilligen Verfügungen des *ius novum* übereinstimmen. So ist die Auslegungsmethode des *ius civile* sowohl durch die Formbindung des Testaments als auch durch die in der Form zum Ausdruck kommende Gestaltungsmacht des Erblassers geprägt. Charakteristika des *ius novum* sind die Zweckorientierung und Ausrichtung am Erblasserwillen, der nicht an eine besondere Form gebunden ist. Dabei zielt die Auslegung vermehrt darauf ab, einen optimalen Willen zu erreichen, durch den auch eine drohende Unwirksamkeit der Verfügung vermieden werden kann.

3. Die Tendenz des *ius novum*, dem Testator mittels wohlwollender und menschlich nachsichtiger Auslegung einen optimalen Willen zu unterstellen, wird auch genutzt, um Unwirksamkeitsfolgen des *ius civile* zu vermeiden. Zu diesem Zweck wechselt der das Testament auslegende Jurist oder Kaiser die Rechtsschicht, indem er etwa ein nach *ius civile* unwirksames Testament in ein Fideikommiss umdeutet. Die verschiedenen Rechtsschichten werden in diesen Fällen also bewusst genutzt, um die Verfügung zu retten und eine größere Flexibilität in der Rechtsanwendung zu erreichen. Damit fällt – jedenfalls für die Auslegung und jedenfalls für das Fideikommiss – die Schranke, welche die Juristen für die Soldatentestamente und das Kodizillarrecht unter dem Stichwort *ius singulare* errichtet haben (Kap. 6.4.4): Soweit dies aus dem Erblasserwillen zu rechtfertigen ist, können die Rechtsfolgen des *ius civile* durch das *ius novum* überwunden werden.

## 10 Ergebnisse

Auf den vorangehenden Seiten ist die Entwicklung des römischen Erbrechts von den ersten greifbaren Spuren in den Zwölftafeln (ca. 450 v. Chr.) bis zum 3. Jahrhundert n. Chr. untersucht worden. Bei diesem Vorhaben sollten nicht nur die dogmatischen Grundstrukturen der erbrechtlichen Institute, sondern auch deren Entwicklung sowie widersprüchliche Details und Wucherungen des Rechts dargelegt werden. Aus diesem Grund wurden auch die sonst eher vernachlässigte kaiserzeitliche Rechtssetzung, insbesondere die tief ins Privatrecht eingreifenden Senatsbeschlüsse und die kaiserliche Gerichtsbarkeit berücksichtigt. Zwar waren die kaiserzeitlichen Maßnahmen, wie etwa die Augusteische Ehegesetzgebung, schon im Zeitpunkt ihres Erlasses rechtspolitisch umstritten; dennoch bildeten sie eine Realität, mit der sich die römischen Juristen – zurückhaltend (*ius singulare*) oder auch zustimmend (*senatusconsultum Iuventianum*) – auseinandersetzen mussten.

Durch die Konzentration auf das Erbrecht als einem Rechtsgebiet mit besonderer Vielschichtigkeit und guter Quellenlage sollten zudem die verschiedenen Rechtsschichten, die als Charakteristikum der römischen Rechtsordnung gelten, in ihren Eigenheiten und ihrer gegenseitigen Abhängigkeit deutlicher hervortreten. Gleichzeitig sollte ein Eindruck von der Rechtsfindung der römischen Juristen gewonnen und ihre Methode anhand von Beispielfällen vor Augen geführt werden.

Im Folgenden sind aus Sicht der drei Leitfragen des Lehrbuchs (Kap. 1.3.3) die Ergebnisse zum römischen Erbrecht zu formulieren.

### 10.1 Rechtsschichten des römischen Erbrechts

Die älteste Rechtsschicht des kaiserzeitlichen Erbrechts bildet das in den Zwölftafeln zugrunde gelegte *ius civile*. Mit den Worten „Wie jemand letztwillig über seinen Hausbestand oder sein Vermögen oder seine Vormundschaft verfügt hat, so soll es rechtens sein“ (*uti legassit super familia pecuniave tutelave sua, ita ius esto*) erkennt das Zwölftafelgesetz (V,3, ca. 450 v. Chr.) die Möglichkeit an, ein Testament zu errichten. Ebenso sieht es eine abgestufte Regelung der gesetzlichen Erbfolge (Intestaterbfolge) vor und

trifft Bestimmungen zur Miterbengemeinschaft. Die spätrepublikanischen Juristen verfeinerten diese Vorgaben, indem sie vor allem Regeln zur Testamentserrichtung schufen. Diese in der Kautelarpraxis entstandenen Regeln gelten den nachfolgenden Juristengenerationen ebenso als *ius civile* wie das Zwölftafelgesetz selbst.

Keine Regelung enthält das *ius civile* zur Durchführung des Nachlassverfahrens. Insoweit sind die Erbberechtigten auf den Schutz durch das prätorische Edikt angewiesen. Da die größte Gefahr für den Erben die Entziehung des Nachlasses darstellt, erfolgt die Sicherung des Berechtigten dadurch, dass ihn der Prätor in den Nachlassbesitz (*bonorum possessio*) einweist; als Nachlassbesitzer (*bonorum possessor*) hat der Berechtigte den faktischen Zugriff auf den Nachlass und kann – falls er nicht Erbe ist – die Erbenposition auch ersitzen. Diese Eigenheiten der *bonorum possessio* belegen die prozessuale Natur des prätorischen Rechts: So schafft der Prätor keinen Erben, sondern räumt den berufenen Erben lediglich die Möglichkeit ein, ihre Rechtsstellung schützen zu lassen. Als Gerichtsmagistrat kann der Prätor zudem dafür sorgen, dass der Nachlassbesitzer wie ein Erbe behandelt wird, indem der Magistrat die erbschaftlichen Klagen so erteilt, als ob der Nachlassbesitzer Erbe nach *ius civile* geworden wäre. Von dieser Befugnis macht der Prätor im Einzelfall Gebrauch, so dass er im Ergebnis die zivilrechtliche Erbfolgeordnung verändert.

Das Kaiserrecht schließlich setzt durch einzelne Senatsbeschlüsse neues *ius civile*. Vor allem aber schafft es in vielen Einzelfragen neue Zuständigkeiten, die neben die bestehenden Klagewege treten und die bestehenden erbrechtlichen Formen und Klagen unter Anpassungsdruck setzen. Dabei schafft das Kaiserrecht die hergebrachten Formen des Testaments nach *ius civile* nicht ab; indem es aber formlose Testamente und Vermächtnisse als klagbar anerkennt, werden formgebundene Erbeinsetzungen und Legate schrittweise entbehrlich. Dies gilt umso mehr, als die Formfreiheit der kaiserrechtlichen Verfügungsformen neue Gestaltungen zulässt, die nach *ius civile* und *ius praetorium* nicht möglich wären. Zwar halten die Juristen an den Testamentsformen des *ius civile* und des *ius praetorium* fest und verteidigen diese auch gegen die kaiserliche Praxis, indem sie letztere teilweise als *ius singulare* abgrenzen. Gerade in der Testamentsauslegung verleitet aber die Koexistenz von *ius antiquum* und *ius novum* dazu, dem erkennbaren Erblasserwillen notfalls durch einen Wechsel der Rechtsschicht entgegenzukommen. Auf diese Weise wird – gerade in der Testamentsauslegung – das *ius civile* durch das *ius novum* verdrängt.

## 10.2 Entwicklungslinien des römischen Privatrechts

Der Gang durch die verschiedenen Fragen des Erbrechts – Intestaterbfolge, Erbenstellung, Testament, Vermächtnis, Enterbungsrecht und Testamentsauslegung – hat immer wieder vergleichbare Zäsuren in der Rechtsentwicklung erkennbar werden lassen. Ausgangspunkt ist regelmäßig das Zwölftafelgesetz (ca. 450 v. Chr.), das noch für die Juristen des 3. Jahrhunderts n. Chr. verbindliches Recht darstellt. Sowohl das Intestaterbrecht als auch das Testament sind – jedenfalls nach ihrer Lesart – in diesem Gesetz zugrunde gelegt, und wurden aus der Interpretation dieses Gesetzes fortentwickelt. Wesentlich für das traditionelle *ius civile* ist die Juristeninterpretation, die aus den Erfahrungen der Kautelarjurisprudenz verbindliche Vorgaben für den Testator schöpft, wie er seinen letzten Willen optimal zur Geltung bringen kann. Der zeitliche Rahmen für diese Interpretationsarbeit dürfte zwischen dem Zwölftafelgesetz und dem letzten Jahrhundert der Republik liegen. In diesem Zeitraum finden sich auch eine Reihe von Gesetzen, welche die Interpretationsarbeit teilweise unterstützen, teilweise aber auch begrenzen, indem sie zum Beispiel die unbeschränkte Testierfähigkeit einzuschränken suchen (*lex Falcidia*). Gleichzeitig tritt mit dem Prätor ein neuer Akteur auf den Plan, der spätestens seit dem letzten Jahrhundert der Republik durch die Zulassung der *bonorum possessio* ein eigenes Erbrechtsregime schafft. Dieses dient einerseits dazu, die Ordnung des *ius civile* durchzusetzen und zu rationalisieren, andererseits ergänzt und korrigiert das *ius praetorium* teilweise das *ius civile*, zum Beispiel, indem das Edikt Personen zum Nachlass zulässt, die nach *ius civile* nicht erbberechtigt sind.

Als wichtigste Zäsur stellt sich für das römische Erbrecht der Beginn des Prinzipats, das heißt der Amtsantritt des Kaisers Augustus (27 v. Chr.), dar. Die in das Erbrecht eingreifenden Gesetzesvorhaben sind vielfältig: Sie betreffen die Erwerbsfähigkeit (*lex Iulia et Papia*), die Erbschaftssteuer und das Erbschaftsverfahren (*lex Iulia de vicesima hereditatum*). Vor allem aber lässt Kaiser Augustus die Klagbarkeit von Fideikommissen und Kodizillen zu und schafft damit formlose Verfügungen von Todes wegen. Auch die erbrechtliche Gesetzgebungstätigkeit der späteren Kaiser erweist sich als bedeutsam und sollte bei Betrachtung des römischen Privatrechts nicht unterschätzt werden: Die *senatusconsulta Tertullianum*, *Orfitianum*, *Iuventianum*, *Neronianum*, *Trebellianum* und *Pegasianum* führen zu tiefgreifenden Veränderungen im Erbrecht, indem sie neue Intestaterben anerkennen, Vorgaben für die Erbschaftsklage formulieren, Formvorgaben für Legate aufheben oder das Recht der Fideikommissen weiter ausgestalten. Die kaiserrechtlichen Reformen wirken dabei regelmäßig nicht nur in dem Bereich, für den sie erlassen wurden, sondern werden als Vorgaben für das gesamte Rechtssystem rezipiert. Verantwortlich dafür sind die Juristen, die einerseits den Vor-

rang des Kaiserrechts anerkennen und sogar dogmatisch herleiten, andererseits aber an der Einheit des Erbrechts festhalten, indem sie kaiserrechtliche Reformen in das System integrieren. Diese ständige Fortschreibung des Bestehenden lässt sich auch terminologisch belegen: So wird trotz der Neuverkündigung des prätorischen Edikts durch Kaiser Hadrian (130 n. Chr.) das Edikt nicht als Kaiserrecht, sondern als *ius praetorium* zitiert. Dies gilt sogar dann, wenn Regelungen nachweislich erst mit der Ediktsredaktion eingeführt wurden (*nova clausula Iuliani*), ihren Ursprung also in der kaiserlichen Initiative, nicht in der prätorischen Amtsführung haben.

Aus den skizzierten Entwicklungslinien lassen sich Folgerungen für die Beschreibung der Rechtsfindung der römischen Juristen ziehen.

### 10.3 Die römische Rechtsfindung

Die römische Rechtsordnung ist als Ablagerung von Rechtsschichten beschrieben worden, die durch kasuistische Rechtsfindung der Juristen und Kaiser schrittweise fortentwickelt wird. In der Tat hat sich das Rechtsschichtenmodell auch in den Details des römischen Erbrechts als aussagekräftig erwiesen. Die meisten erbrechtlichen Fragen betreffen die drei auch für das Erbrecht konstitutiven Rechtsschichten, *ius civile*, *ius praetorium* und *ius novum*, und lassen deren Eigenarten und Zusammenspiel besonders deutlich hervortreten. Dabei hat sich gezeigt, dass die römischen Juristen der Kaiserzeit die einzelnen Rechtsschichten nicht nur als historische Abfolge, sondern auch als synchrone Ablagerungen auffassen, die nebeneinander und gegeneinander zur Anwendung kommen können. Diese Abstimmung erfolgt freilich nicht generell, sondern im Einzelfall: Die verschiedenen Quellentexte, die im Laufe des Lehrbuchs vorgestellt und behandelt wurden, belegen diese kasuistische Betrachtungsweise des Rechts, das heißt die Orientierung am Einzelfall und die Argumentation aus Vergleichsfällen und Vorbildern.

Nicht unterschätzt werden darf aber die Bedeutung der republikanischen wie der kaiserzeitlichen Gesetzgebung. Diese greift zwar in der Regel nur punktuell ein und hebt nur selten bestehende Rechtssätze auf. Schon ihr schlichtes Hinzutreten führt aber zu einer veränderten Rechtsanwendung im Einzelfall und damit zu einer Anpassung der Rechtsordnung. So zeigt zum Beispiel das *senatusconsultum Iuventianum*, dass in der Jurisprudenz die Tendenz besteht, kaiserliches Recht, soweit es nicht als *ius singulare* angesehen wird, zu verallgemeinern oder jedenfalls entsprechend auf vergleichbare Sachverhalte anzuwenden. Umgekehrt belegt die Infragestellung der *regula Catoniana*, dass die kaiserrechtlichen Vorgaben zur Wirksamkeit von Legaten

auch auf das bestehende *ius civile* zurückwirken, und eine Anpassung der existierenden Testamentsregeln verlangen.

Dass die Juristen das Aufeinandertreffen verschiedener Rechtsschichten nicht nur erleiden, sondern gestalten und auch reflektieren, zeigt die von ihnen geprägte Unterscheidung von *ius novum* und *ius antiquum* in der Praxis zum *senatusconsultum Tertullianum* und *Orfitianum*. Erst recht gilt dies für Kodizille und Soldatentestamente, die die Juristen mithilfe des Begriffs des *ius singulare* aus dem Bereich des verallgemeinerungsfähigen Rechts ausgrenzen. Diese Begrifflichkeit zeigt ihrerseits, dass die Rechtsfindung der römischen Juristen trotz der Argumentation anhand von Fällen insoweit ‚systematisch‘ ist, als sie sich an den existierenden Rechtsquellen und deren Gesamtschau orientiert, die im Einzelfall zu einem Ausgleich zu bringen sind.

#### 10.4 Zur Komplexität des römischen Erbrechts

Wenn das römische Erbrecht in der Vergangenheit als wenig durchschaubar oder technisch unterentwickeltes Privatrecht (Kap. 1.3.1) gerügt worden ist, offenbart dieses Urteil vor allem die Erwartungshaltung des Betrachters. Dass der historische Interpret bei Betrachtung der römischen Rechtsquellen selbstbezogen vorgeht, also trotz aller Bemühungen um Kontextualisierung und Unvoreingenommenheit seine zeitbedingte Befangenheit nicht abschütteln kann, ist eine Binsenweisheit. Sie verlangt aber, auch die Urteile über das römische Privatrecht in regelmäßigen Abständen zu überprüfen, um nicht in früheren Annahmen oder Vorurteilen zu verharren:

Jede Generation muss sich ihren Begriff von der Vergangenheit selber machen [...]. Immer hat Geschichte zwei Komponenten: das, was geschehen ist, und den, der das Geschehene von seinem Orte in der Zeit sieht und zu verstehen sucht [...]. Ein jedes Geschichtsbuch sagt etwas über die Zeit aus, von der es handelt, und etwas über die Zeit, in der es geschrieben wurde; im Rückblick manchmal mehr über diese als über jene. So ist denn die Aufgabe: Kenntnisse, alte wie neue, zu organisieren, neue Aufgliederungen und Gewichtsverteilungen vorzunehmen, neuen Autoren zu einer alten Geschichte das Wort zu geben.<sup>30</sup>

Der reiche Fundus an Fällen, Argumenten, Streitfragen und juristischem Anschauungsmaterial in den römischen Rechtstexten erhält vor dem Hintergrund der heutigen

30 Golo Mann, Einleitung, in: Propyläen Weltgeschichte. Eine Universalgeschichte, 8. Band: Das Neunzehnte Jahrhundert, Berlin 1960, 13–28, 13.

rechtlichen Fragen und Herausforderungen eine neue Bedeutung, da ein veränderter Blick auf das bekannte Material abweichende Erkenntnisse und Einsichten vermittelt. So erweisen sich gerade die Normenvielfalt und Widersprüchlichkeit von rechtlichen Vorgaben aus heutiger Sicht als ein Problem, das nicht auf das römische Erbrecht beschränkt ist. Von daher besteht die Chance, die Erfahrungen, die der Interpret und Leser bei der Betrachtung der römischen Rechtsentwicklung im Erbrecht gesammelt hat, auch für die Gegenwart zu nutzen. Dabei geht es selbstverständlich nicht darum, sich im konkreten Fall auf ein römisches Vorbild zu berufen. Die historische Erfahrung kann aber die eigene Wahrnehmung schärfen und dazu befähigen, die heutigen Fragestellungen reflektiert und mit kritischer Distanz anzugehen.

## Literatur

Die Angaben beschränken sich auf die Literatur, welche die Aspekte des Erbrechts, die im Lehrbuch angesprochen wurden, vertieft. Liegen zu einem Thema vorrangig italienische oder spanische Werke vor, sind nach Möglichkeit deutschsprachige Rezensionen angegeben. Eine umfassende Bibliographie zum römischen Privatrecht oder zum römischen Erbrecht wird nicht angestrebt.

Für eine Übersicht über Quellen und Werke zum römischen Privatrecht siehe *Max Kaser/Rolf Knüttel/Sebastian Lohsse*, Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch, 21. Aufl. München 2017, § 1, Rn. 15–22; für Quellen und Literatur zur römischen Rechtsgeschichte siehe *Wolfgang Waldstein/J. Michael Rainer*, Römische Rechtsgeschichte. Ein Studienbuch, 11. Aufl. München 2014, § 1, 5–15.

## Abkürzungen

ANRW	Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, hrsg. v. <i>Hildegard Temporini</i> , Berlin, New York 1972ff.
AUPA	Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo.
BIDR	Bullettino dell'Istituto di diritto romano „Vittorio Scialoja“.
DNP	Der neue Pauly, hrsg. von <i>Hubert Cancik/Helmuth Schneider/Manfred Landfester</i> , Stuttgart, Weimar 1996–2003.
HIA	<i>Historiae Iuris Antiqui</i> . Dieter Nörr, Gesammelte Schriften, hrsg. v. <i>Tiziana J. Chiusi/Wolfgang Kaiser/Hans-Dieter Spengler</i> , Goldbach 2003.
JJP	The Journal of Juristic Papyrology.
RE	Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, bearbeitet von <i>Georg Wissowa/Wilhelm Kroll/Karl Mittelhaus/Konrat Ziegler</i> .
RHD	Revue historique du droit français et étranger.
RIDA	Revue International des Droits de l'Antiquité.
SDHI	Studia et Documenta Historiae et Iuris.
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis = Revue d'histoire du droit = The Legal History Review.
ZRG rom.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung.

## 1. Einleitung

### 1.1. Ein römisches Testament aus dem Jahre 142 n. Chr.:

*Octave Guéraud/Pierre Jouquet*, Un testament latin *per aes et libram* de 142 après J.-C. (Tablettes L. Keimer), in: *Études de Papyrologie* 6 (1940), 1–20; *Vincenzo Arangio-Ruiz* (Hrsg.), *Fontes iuris romani anteiustiniani* III, 2. Aufl. Florenz 1943, Nr. 47, 129–132; *Jean Macquéron*, Le Testament d'Antonius Silvanus (Tablettes Keimer), RHD 23 (1945) 123–170; *Vincenzo Arangio-Ruiz*, Il testamento di Antonio Silvano e il senatoconsulto di Nerone, in: *Studi Emilio Albertario I*, Mailand 1953, 203–212; *Detlef Liebs*, Das Testament des Antonius Silvanus, römischer Kavallerist in Alexandria bei Ägypten, aus dem Jahre 142 n. Chr., in: *Klaus Märker/Christian Otto* (Hrsg.), Festschrift Weddig Fricke, Freiburg 2000, 113–128; *Livia Migliardi Zingale*, *Testamentum Antonii Silvani equitis* (Alexandria, 27 marzo 142 d. C.), in: *Giovanni Purpura* (Hrsg.), Revisione ed integrazione dei *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani* (FIRA). Studi preparatori II. *Auctores – Negotia*, Turin 2012, 147–151; *Benedikt Strobel*, Römische Testamentsurkunden aus Ägypten vor und nach der *Constitutio Antoniniana*, München 2014.

### 1.2. Quellen des römischen Erbrechts:

*Corpus iuris civilis: Tammo Wallinga, Tanta-Dedoken*. Two Introductory Constitutions to Justinian's Digest, Groningen 1989; *Mario Bretone*, Geschichte des römischen Rechts. Von den Anfängen bis Justinian, München 1992; *Detlef Liebs*, Römisches Recht. Ein Studienbuch, 6. Aufl. Göttingen 2004; *Franz Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte. Zweiter Abschnitt. Ein Fragment, aus dem Nachlaß hrsg. v. *Joseph Georg Wolf*, München 2006; *Tony Honoré*, Justinian's Digest. Character and Compilation, Oxford 2010; *Wolfgang Kaiser*, Justinian and the *Corpus Iuris civilis*, in: *David Johnston* (Hrsg.), The Cambridge Companion to Roman Law, Cambridge 2015, 119–148.

**Interpolationenforschung:** *Fridolin Eisele*, Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex, ZRG rom. 7 (1886) 15–31, ZRG rom. 10 (1889) 296–322; *Otto Gradenwitz*, Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien, Berlin 1887; *Otto Lenel*, Interpolationenjagd, ZRG rom. 45 (1925) 17–38; *Paul Kretschmar*, Kritik der Interpolationenkritik, ZRG rom. 59 (1939) 102–218; *Max Kaser*, Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen. (Über die Grenzen der Interpolationenkritik), in: La critica del testo – Atti del secondo Congresso internazionale della Società italiana di Storia del Diritto I, Florenz 1971, 291–370; *Franz Wieacker*, Zur gegenwärtigen Lage der romanistischen Textkritik, in: La critica del testo – Atti del secondo Congresso internazionale della Società italiana di Storia del Diritto II, Florenz 1971, 1099–1122; *Max Kaser*, Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an den römischen Rechtsquellen, urspr. Anzeiger der phil.-hist. Klasse der Österreichischen Akademie der Wiss. 116 (1979) 83–113, jetzt in: *Max Kaser* (Hrsg.), Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, Wien 1986, 112–154; *Franz Wieacker*, Textkritik und Sachforschung, ZRG rom. 91 (1974) 1–40; *Franz Wieacker*, Textstufen klassischer Juristen, Göttingen 1960 (2. Aufl. 1975); *Ralph Backhaus*, Interpolationsforschung, DNP 14 (1999) 617–619; *Martin Avenarius et al.* (Hrsg.), Gradenwitz, Riccobono und die Entwicklung der Interpolationenkritik. Gradenwitz, Riccobono e gli sviluppi della critica interpolazionistica. Methodentransfer unter europäischen Juristen im späten 19. Jahrhundert. Circolazione di modelli e metodi fra giuristi europei nel tardo Ottocento, Tübingen 2018.

**Institutionen des Gaius:** *Tomasz Giaro*, Gaius, DNP 4 (1998) 736–738; *Ulrich Manthe*, Gaius *Institutiones*. Die Institutionen des Gaius, 2. Aufl. Darmstadt 2010; *Cristina Vano*, Der Gaius der Historischen Rechtsschule. Eine Geschichte der Wissenschaft vom Römischen Recht, Frankfurt 2008; *Mario Varvaro*, Le istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr, Turin 2012, mit Rezension von *Ulrich Manthe*, *Iuris Antiqui Historia* 5 (2013) 193–200; *Ulrike Babusiaux/Dario Mantovani* (Hrsg.), Le istituzioni di Gaio. Avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo, Pavia 2020.

### 1.3. *De testamentis et de legatis*:

**Erbrecht allgemein:** *Gustav Boehmer*, Gesetzestechnische Stellung des Erbrechts im System des bürgerlichen Rechts, in: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. V, I. Teil, II. Aufl. Berlin 1954, Einl. § 1, 4–188; *Anja Celina Linker*, Zur Neubestimmung der Ordnungsaufgaben im Erbrecht in rechtsvergleichender Sicht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung des deutschen und französischen Erbrechts, Tübingen 1999; *Jens Beckert*, Unverdientes Vermögen. Soziologie des Erbrechts, Frankfurt a. M. 2004; *Anatol Dutta*, Warum Erbrecht? Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung, Tübingen 2014.

**Römisches Erbrecht:** *Fritz Schulz*, Classical Roman Law, Oxford 1951; *Pasquale Voci*, Diritto ereditario romano I: Introduzione, Parte generale, Mailand 1960, II: Successione *ab intestato*, successione testamentaria, 2. Aufl. Mailand 1963; *Max Kaser*, Das römische Privatrecht. 1. Abschnitt: Das arömisches, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl. München 1971; *Alan Watson*, The Law of Succession in the Later Roman Republic, Oxford 1971; *Alfonso Castro Saénz*, Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano, Sevilla 2002; *Franciszek Longchamps de Bérier*, Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective, Warschau 2011; *Ulrich Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 4. Aufl. München 2011.

**Methode der römischen Juristen:** *Fritz Schulz*, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar 1961; *Max Kaser*, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, urspr. in: *Max Kaser*, Zur Methode der römischen Rechtsfindung I (1962) 47–78, jetzt in: *Ausgewählte Schriften I*, Neapel 1976, 3–78; *Elmar Bund*, Zur Argumentation der Römischen Juristen, in: *Studi Edoardo Volterra I*, Mailand 1971, 571–587; *Alan Watson*, Law Making in the Later Roman Republic, Oxford 1974; *Franz Horak*, *Rationes decidendi*. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo I, Innsbruck 1969; *Franz Wieacker*, Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz, in: *Dieter Medicus/Hans Hermann Seiler* (Hrsg.), *Festschrift Max Kaser*, München 1976, 3–27; *Heinrich Honsell*, Das Gesetzesverständnis in der römischen Antike, in: *Walter Wilhelm* (Hrsg.), *Festschrift Helmut Coing I*, München 1982, 129–148; *Mario Bretone*, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 2. Aufl. Neapel 1982, mit Rezension von *Johannes Michael Rainer*, *Klio* 68 (1986) 600–605; *Max Kaser*, Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, Wien, Köln 1986 (Sammlung von Aufsätzen); *Letizia Vacca*, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Nachdr. Mailand 1982, mit Rezension von *Okko Behrends*, *ZRG rom.* 96 (1979) 379–386; *Tomasz Giaro*, Über methodologische Werkmittel der Romanistik, *ZRG rom.* 105 (1988) 180–262; *Letizia Vacca*, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padua 2006; *Mario Bretone*, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, Rom

2008; *Dieter Nörr, exempla nihil per se valent*. Bemerkungen zu Paul. 15 *quaest.*, D. 46,3,98,8; 72 ad ed. D. 45,1,83,5, ZRG rom. 126 (2009) 1–54; *Ulrike Babusiaux*, Coordination of different Layers of Law in the Roman Empire and in the European Union, in: *Ulrike Babusiaux/Mariko Igimi* (Hrsg.), *Messages from Antiquity. Roman Law and Current Legal Debates*, Köln 2019, 131–167.

## 2. Voraussetzungen

### 2.1. Der allgemeine historische Rahmen:

**Republik:** *Jochen Bleicken*, Die Verfassung der Römischen Republik, 8. Aufl. Paderborn 2008; *Martin Jehne*, Die römische Republik. Von der Gründung bis Caesar, 2. Aufl. München 2008; *Karl-Joachim Hölkeskamp/Henry Heitmann-Gordon*, *Reconstructing the Roman Republic. An Ancient Political Culture and Modern Research*, Princeton/Oxford 2010.

**Prinzipat:** *Heinz Bellen*, Die Kaiserzeit von Augustus bis Diocletian. Grundzüge der römischen Geschichte, 2. Aufl. Darmstadt 2010; *Werner Dalheim*, Die römische Kaiserzeit, München 2013; *Accademia Nazionale dei Lincei* (Hrsg.), *Augusto. La costruzione del principato*, Rom 2017.

**Gesamtdarstellungen:** *Klaus Bringmann*, Römische Geschichte. Von den Anfängen bis zur Spätantike, München 2008; *Wolfgang Schuller*, Das römische Weltreich. Von der Entstehung der Republik bis zum Ausgang der Antike, 2. Aufl. Stuttgart 2003; *Géza Alföldy*, Römische Sozialgeschichte, 4. Aufl. Stuttgart 2011; *Michael Sommer*, Römische Geschichte. Von den Anfängen bis zum Untergang, Stuttgart 2013.

**Spätantike:** *Alexander Demandt*, Die Spätantike. Römische Geschichte von Diocletian bis Justinian (284–565 n. Chr.), 2. Aufl. München 2007; *Jens-Uwe Krause*, Die Spätantike (284 bis 565 n. Chr.), in: *Hans-Joachim Gehrke/Helmuth Schneider* (Hrsg.), *Geschichte der Antike. Ein Studienbuch*, 4. Aufl. Stuttgart u. a. 2013, 429–499; *Stephen Mitchell*, *A History of the Later Roman Empire. AD 284–641*, 2. Aufl. Chichester 2015; *Rita Lizzi Testa* (Hrsg.), *Late Antiquity in Contemporary Debates*, Cambridge 2019.

**Römische Juristen:** *Wolfgang Kunkel*, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 2. Aufl. Köln, Weimar, Wien 1967 (Nachdr. 2001); *Franz Wieacker*, *Juristen und Jurisprudenz im Prinzipat*, ZRG rom. 94 (1977) 319–358; *Franz Wieacker*, *Respondere ex auctoritate principis*, in: *Hans Ankum/Johannes Spruit/Felix Wubbe* (Hrsg.), *Robert Feenstra*, Freiburg 1985, 71–94; *Mario Talamanca*, *Développements socio-économiques et jurisprudence romaine à la fin de la République*, in: *Studi Cesare Sanfilippo VII*, Mailand 1987, 774–791; *Detlef Liebs*, *Hofjuristen der römischen Kaiser bis Justinian*, München 2010; *Kaius Tuori*, *The ius respondendi and the Freedom of Roman Jurisprudence*, RIDA 51 (2004) 295–337; *Anna Plisecka*, *The Roman Jurists' Law during the passage from the Republic to the Empire*, in: *Szabolcs Hornyák et al.* (Hrsg.), *Turning points and breaklines*, München 2009, 372–392; *Ulrike Babusiaux*, *Legal Writing and legal Reasoning*, in: *Paul J. Du Plessis/Clifford Ando/Kaius Tuori* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford 2016, 176–187; *Dario Manto-vani*, *Les juristes écrivains de la Rome antique. Les œuvres des juristes comme littérature*, Paris 2018.

## 2. Voraussetzungen

## 2.2. Rechtsschichten des römischen Privatrechts:

**Rechtsschichten:** *Moriz Wlassak*, Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen, Graz 1884, dazu *Alfred Pernice*, ZRG rom. 6 (1885) 287–299; *Alexander Beck*, Gedanken zum rechtsstaatlichen Aufbau vornehmlich des ausgehenden Prinzipats, in: *Mélanges Philippe Meylan*, Lausanne 1963, 19–42; *Max Kaser*, Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl. Göttingen 1967, 128–155; *Antonio Guarino*, Storia del diritto romano, 5. Aufl. Neapel 1975; *Ludwig Schnorr von Carolsfeld*, Methodische Bemerkungen zu allgemeinen Entwicklungstendenzen in der Rechtsgeschichte, in: *Heinz Hübner/Ernst Klingmüller/Andreas Wacke* (Hrsg.), Festschrift Erwin Seidl, Köln 1975, 130–142; *Theo Mayer-Maly*, Der Gedanke der Rechtsordnung und das römische Recht, ZRG rom. 99 (1982) 300–302; *Theo Mayer-Maly*, Das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung in der Rechtsgeschichte, Archiv des öffentlichen Rechts 41 (1955/1956) 157–173; *Jean Gaudemet*, Tentatives de systématisation du droit à Rome, urspr. Archives de philosophie du droit 31 (1986) 11–28, jetzt in: *Jean Gaudemet* (Hrsg.), Droit et Société aux derniers siècles de l'Empire romain, Paris 1992, 333–350; *Theo Mayer-Maly*, Nachdenkliches über *ius*, in: *Alfred Dufour et al.* (Hrsg.), Mélanges Bruno Schmidlin, Basel, Frankfurt a. M. 1998, 481–500; *Gianni Santucci*, Das Gesetz im römischen Recht. Ein Überblick, in: Studi Giovanni Nicosia VII, Mailand 2007, 283–305; *Dario Mantovani*, *Legum multitudo* e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi, in: *Jean-Louis Ferrary* (Hrsg.), *Leges publicae*. La legge nell'esperienza giuridica romana, Pavia 2012, 707–767; *Patrizia Giunti*, *Iudex e iurispreritus*. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione, Iura 61 (2013) 47–85; *Dario Mantovani/Ulrike Babusiaux*, Die Bedeutung der Gesetze im römischen Privatrecht, Berlin 2018.

***ius naturale*:** *Max Salomon*, Der Begriff des Naturrechts bei den Sophisten, ZRG rom. 32 (1911) 129–167; *Jean Gaudemet*, Quelques remarques sur le droit naturel à Rome, RIDA 1 (1952) 445–467; *Otfried Höffe*, Grundaussagen über den Menschen bei Aristoteles, Zeitschrift für philosophische Forschung 30 (1976) 227–245; *Philippe Didier*, Les diverses conceptions du droit naturel à l'œuvre dans la jurisprudence romaine des II<sup>e</sup> et III<sup>e</sup> siècles, SDHI 47 (1981) 195–262; *Wolfgang Waldstein*, Bemerkungen zum *ius naturale* bei den klassischen Juristen, ZRG rom. 105 (1988) 702–711; *Laurens Winkel*, Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité, RHD 93 (2015) 341–350.

***ius gentium*:** *Theo Mayer-Maly*, Das *ius gentium* bei den späteren Klassikern, Iura 34 (1983) 91–102; *Max Kaser*, *Ius gentium*, Köln, Weimar, Wien 1993; *Laurens Winkel*, Einige Bemerkungen über *ius naturale* und *ius gentium*, in: *Martin J. Schermaier/Zoltán Végh* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Waldstein, Stuttgart 1993, 443–449; *Mario Talamanca*, *Ius gentium* da Adriano ai Severi, in: La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio, Neapel 1998, 191–227; *Wolfgang Waldstein*, *Natura debere, ius gentium* und *natura aequum* im klassischen römischen Recht, AUPA 52 (2007/2008) 429–460.

***ius civile*:** *Max Kaser*, *Mores maiorum* und Gewohnheitsrecht, ZRG rom. 59 (1939) 52–101; *Franz Wieacker*, Solon und die XII Tafeln, in: Studi Edoardo Volterra III, Mailand 1971, 757–784; *Max Kaser*, ‚*Ius honorarium*‘ und ‚*ius civile*‘, ZRG rom. 101 (1984) 1–114; *Oliviero Diliberto*, Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole I, Cagliari 1992; *Dieter Flach/Andreas Flach*, Das Zwölf Tafelgesetz. *Leges XII tabularum*, Darmstadt 2004; *Michel Humbert* (Hrsg.), Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti, Pavia 2005; *Detlef Liebs*, Die Zwölf Tafeln im Vergleich mit griechischen und israelitischen Kodifika-

tionen, in: *Leonhard Burckhardt* (Hrsg.), *Gesetzgebung in antiken Gesellschaften* Israel, Griechenland, Rom, Berlin 2007, 87–102; *Michel Humbert/Andrew D. E. Lewis/Michael H. Crawford*, *Lex duodecim tabularum*, in: *Michael H. Crawford* (Hrsg.), *Roman Statutes II*, London 1996, 555–721; *Jean-Louis Ferrary* (Hrsg.), *Leges publicae*. La legge nell'esperienza giuridica romana, Pavia 2012.

**ius praetorium:** *Otto Lenel*, *Edictum perpetuum*. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl. Leipzig 1927 (Nachdr. Aalen 1985); *Max Kaser*, Zum *ius honorarium*, urspr. in: *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Ursicino Alvarez Suárez*, Madrid 1978, 231–249, jetzt in: *Max Kaser* (Hrsg.), *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien, Köln, Graz 1986, 84–111; *Walter Selb*, Das prätorische Edikt: Vom rechtspolitischen Programm zur Norm, in: *Hans-Peter Benöhr et al.* (Hrsg.), *Festschrift Max Kaser*, München 1986, 259–272; *Dario Mantovani*, L'édit comme code, in: *Edmond Lévy* (Hrsg.), *La codification des lois dans l'Antiquité*. Actes du Colloque de Strasbourg 27–29 novembre 1997, Paris 2000, 257–272; *Kaius Tuori*, Hadrian's Perpetual Edict: Ancient Sources and Modern Ideals in the Making of a Historical Tradition, *Journal of Legal History* 27 (2006) 219–237.

**kaiserliches Recht:** *Jean Gaudemet*, L'empereur – l'interprète du droit, in: *Wolfgang Kunkel/Hans Julius Wolff* (Hrsg.), *Festschrift Ernst Rabel II*, Tübingen 1954, 170–203; *Wolfgang Kunkel*, Über das Wesen des augusteischen Prinzipats, *Gymnasium* 68 (1961) 353–370; *Dieter Nörr*, Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit, urspr. *ZRG rom.* 98 (1981) 1–46, jetzt in: *HIA II* 1323–1368; *Karl Christ*, Die Dialektik des Augusteischen Prinzipats, in: *Karl Christ*, *Römische Geschichte und Wissenschaftsgeschichte I*, Darmstadt 1982, 253–263; *Dieter Nörr*, Zu einem fast vergessenen Konstitutionentyp: *Interloqui de plano*, urspr. in: *Studi Cesare Sanfilippo III*, Mailand 1983, 519–543, jetzt in: *HIA III* 1501–1534; *Frédéric Hurlet*, La „*Lex de imperio Vespasiani*“ et la légitimité augustéenne, *Latomus* 52 (1993) 261–280; *Tony Honoré*, *Emperors and Lawyers*, 2. Aufl. Oxford 1994; *Jean-Pierre Coriat*, Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat, Rom 1997; *William Turpin*, *Formula, cognitio*, and proceedings *extra ordinem*, *RIDA* 46 (1999) 499–574; *Detlef Liebs*, Reichskummerkasten. Die Arbeit der kaiserlichen Libellkanzlei, in: *Anne Kolb* (Hrsg.), *Herrschaftsstrukturen und Herrschaftspraxis*, Berlin 2006, 137–152; *Dario Mantovani*, La *lex regia de imperio Vespasiani*. Il *vagum imperium* e la legge costante, in: *Luigi Capogrossi Colognesi/Elena Tassi Scandone* (Hrsg.), *La Lex de imperio Vespasiani e la Roma dei Flavi*, Rom 2009, 125–156; *Detlef Liebs*, *Hofjuristen der römischen Kaiser bis Justinian*, München 2010; *Kaius Tuori*, *The Emperor of Law. The Emergence of Roman Imperial Adjudication*, Oxford 2016.

### 3. Das Intestaterbrecht

#### 3.1. Die Familie als Hierarchie:

**Familienstruktur in Rom:** *Rudolf Leonhard*, *Familia*, in: *RE VI* 2 (1909), 1980–1984; *Egon Weiss*, Kindesaussetzung, in: *RE XI* 1 (1921), 468–471; *Leopold Wenger*, Hausgewalt und Staatsgewalt im römischen Altertum, in: *Miscellanea Francesco Ehrle*. *Scritti di Storia e Paleografia II*. Per la Storia di Roma, Rom 1924, 1–55; *Walter Selb*, Vom *ius vitae necisque* zum beschränkten Züchtigungsrecht und zur magistratischen Züchtigungshilfe, *The Irish Jurist* 1 (1966) 136–150; *Giovanni Lobrano*, *Pater*

*et filius eadem persona*. Per lo studio della ‚*patria potestas*‘ I, Mailand 1984; *Theo Mayer-Maly*, *Familia*, in: *Hans-Georg Knochel/Jürgen Kohler* (Hrsg.), Festschrift Andreas Wacke, München 2001, 261–265; *John Crook*, *Patria Potestas*, *The Classical Quarterly* 17 (1967) 113–122; *Friedrich Vittinghoff*, Soziale Struktur und politisches System der hohen römischen Kaiserzeit, *Historische Zeitschrift* 230 (1980) 31–55; *Richard P. Saller*, *Familia, domus*, and the Roman Conception of the Family, *Phoenix* 38 (1984) 336–355; *Richard P. Saller*, *Patria potestas* and the stereotype of the Roman Family, *Continuity and Change* 1 (1986) 7–22; *William V. Harris*, The Roman Father’s Power of Life and Death, in: *Roger S. Bagnall/William V. Harris* (Hrsg.), *Studies Arthur Schiller*, Leiden 1986, 81–95; *Christoph Paulus*, Die Verrechtlichung der Familienbeziehungen in der Zeit der ausgehenden Republik und ihr Einfluß auf die Testierfreiheit, *ZRG rom.* III (1994) 425–435; *Beryl Rawson* (Hrsg.), *A Companion to families in the Greek and Roman World*, Oxford 2011.

**Erbrecht der Hauskinder:** *Ernst Rabel*, Nachgeformte Rechtsgeschäfte, *ZRG rom.* 27 (1906) 290–335 und *ZRG rom.* 28 (1907) 311–379; *Emilio Betti*, Wesen des altrömischen Familienverbands (Hausgemeinschaft und Agnatengenossenschaft), *ZRG rom.* 71 (1954) 1–24; *Theo Mayer-Maly*, Das Notverkaufsrecht des Hausvaters in *ZRG rom.* 75 (1958) 116–155; *Andreas Wacke*, Erbrechtliche Sukzession als Persönlichkeitsfortsetzung, *ZRG rom.* 123 (2006) 197–296; *Martin Avenarius*, *Continuatio dominii*. Die vorklassische Mitberechtigung der künftigen Hauserben und der Vonselbsterwerb im klassischen Recht, in: *Studii Luigi Labruna I*, Neapel 2007, 231–252; *Thomas Riefner*, Intestate Succession in Roman Law, in: *Kenneth Reid/Marius de Waal/Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), *Comparative Succession Law*. Vol. II: Intestate Succession, Oxford 2015, 1–32.

**Erbrecht der Agnaten und Gentilen:** *Otto Lenel*, Die Rechtsstellung des *proximus agnatus* und der *gentiles* im altrömischen Erbrecht, *ZRG rom.* 37 (1916) 129–135; *Mario Talamanca*, L’acquisto dell’eredità da parte dei ‚*gentiles*‘ in XII Tab. 5,5, in: *Michel Humbert/Yan Thomas* (Hrsg.), *Mélanges André Magdelain*, Paris 1998, 447–476; *Hein L. W. Nelson/Ulrich Manthe*, *Gai Institutiones* III 1–87. Intestaterbfolge und sonstige Arten der Gesamtnachfolge, Berlin 1992; *Alfonso Castro Sáenz*, Contribución al estudio de la sucesión legítima en el sistema sucesorio romano: Fundamentos sociales y jurídicos, *BIDR* 99 (1995/96) 760–778; *Giovanni Finazzi*, La successione *ab intestato*, in: *Maria Floriana Cursi* (Hrsg.), *XII Tabulae*. Testo e commento, I, Neapel 2018, 231–296.

**Frauen:** *Bernhard Kübler*, Das Intestaterbrecht der Frauen im alten Rom, *ZRG rom.* 41 (1920) 15–43; *Edoardo Volterra*, La conception du mariage d’après les juristes romains, Padua 1940; *Jane F. Gardner*, *Women in Roman Law and Society*, London, Sydney 1986; *John Antony Crook*, *Women in Roman Succession*, in: *Beryl Rawson* (Hrsg.), *The Family in Ancient Rome: New Perspectives*, Ithaca 1986, 58–82; *Ulrich Manthe*, Das Erbrecht der römischen Frauen nach der *lex Papia Poppaea* und die *ratio Voconiana*, in: *Paul Nèvel/Chris Coppens* (Hrsg.), *Vorträge gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag in Nimwegen 1990*, Nijmegen 1992, 33–46; *Gabriele Heyse*, *Mulier non debet abire nuda*. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom, Frankfurt a. M. *et al.* 1994; *Isabella Piro*, ‚*Usu’ in manum convenire*, Neapel 1994, mit Rezension von *Orsolva Péter*, *ZRG rom.* 113 (1996) 557–563.

### 3.2. Die Intestaterbfolge des *ius praetorium*;

### 3.3. Konkurrenz zwischen *ius civile* und *ius praetorium*:

*Burkhard Wilhelm Leist*, Die *bonorum possessio*. Ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung, Göttingen I, 1844, II, 1848; *Rudolf Leonhard*, *Bonorum possessio*, RE III, 1, 1897, 708–712; *Paul Moriaud*, De la simple famille paternelle en droit romain, Genf 1910; *Antonio Guarino*, ‚Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis‘ e la compilazione di D.38.10, SDHI 10 (1944) 267–289; *Bernardo Albanese*, *Capitis deminutio*, in: Studi Andrea Arena, Padua 1981, 31–66; *Hein L. W. Nelson/Ulrich Manthe*, *Gai Institutiones* III, 1–87. Intestaterbfolge und sonstige Arten der Gesamtnachfolge, Berlin 1992; *Ulrike Babusiaux*, The *nova clausula Iuliani* – a change of paradigm in the praetorian law of succession?, in: *Boudewijn Sirks* (Hrsg.), *Nova Ratione* – Change of paradigms in Roman Law, Wiesbaden 2014, 9–31.

### 3.4. Kaiserrechtliche Korrekturen:

*Friedrich von Woess*, Das römische Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der *Constitutio Antoniniana*, Berlin 1911; *Marianne Meinbart*, Die Datierung des *SC Tertullianum*, mit einem Beitrag zur Gaiusforschung, ZRG rom. 83 (1966) 100–141; *Marianne Meinbart*, Die *Senatusconsulta Tertullianum* und *Orfitianum* in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht, Graz, Wien, Köln 1967; *Paul Jörs/Wolfgang Kunkel/Leopold Wenger*, Römisches Recht, 4. Aufl. Berlin, Heidelberg 1987, 62–65; *Thomas A. J. McGinn*, The Marriage Legislation of Augustus: A Study in Reception, Legal Roots 2 (2013) 7–43; *Ulrike Babusiaux*, Römisches Erbrecht im *Gnomon* des *Idios Logos*, ZRG rom. 135 (2018) 108–177.

## 4. Die Erbenstellung

### 4.1. Der Erbschaftserwerb nach *ius civile*

### 4.2. Der Erbschaftserwerb nach *ius praetorium*:

*Raymond Saleilles*, Le Principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain, in: Festschrift Otto Gierke, Weimar 1911, 1015–1034; *Eduard Hölder*, Die Stellung des römischen Erben, ZRG rom. 16 (1895) 221–229; *Bruno Schmidlin*, Sinn, Funktion und Herkunft der Testamentsregeln: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* – *hereditas adimi non potest*, BIDR 78 (1975) 71–91; *David G. Orr*, Roman Domestic Religion: The Evidence of the Household Shrines, in: *Wolfgang Haase* (Hrsg.), ANRW II.16, Berlin, New York 1978, 1557–1591; *Maurici Perez Simeon*, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesion testamentaria y la intestada en derecho romano*, Madrid, Barcelona 2001; *Martin Avenarius*, Römisches Erbrecht und Religion: Interdependenzen von Herrschafts-, Vermögens- und Kulturperpetuierung in Pontifikaljurisprudenz sowie Dogmatik und Praxis des *ius civile*, in: *Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts, Tübingen 2012, 7–78. **Miterbengemeinschaft/Anwachsung:** *Ernst Rabel*, Elterliche Teilung, in: Festschrift zur 49. Versammlung deutscher Philologen und Schulmänner, Basel 1907, 521–538; *Hein L. W. Nelson*, Zur Termino-

## 4. Die Erbenstellung

logie der römischen Erbschaftsteilung: *Ercto non cito, familiae erciscunda*, Glotta 44 (1966) 41–60; *Giuseppina Arico Anselmo*, „Societas inseparabilis“ o dell'indissolubilità dell'antico consorzio fraterno, in: Studi Mario Talamanca I, Neapel 2001, 149–191.

**Anfall und Antritt:** *Hugo Krüger*, Erwerb und Ausschlagung der Erbschaft und der *bonorum possessio* durch das Hauskind, den *pupillus* und den *furiosus*, ZRG rom. 64 (1944) 394–416; *Giovanna Coppola*, Studi sulla pro herede gestio. I. La struttura originaria del 'gerere pro herede', Mailand 1987; *Thomas Rüfner*, Antritt der Erbschaft unter unsicheren Voraussetzungen: D. 29,2,21,3 (Ulp. 7 ad Sab.), ZRG rom. 127 (2010) 286–295; *Martin Avenarius*, L'adizione dell'eredità e la rilevanza della volontà nella prospettiva di Gaio, AUPA 55 (2012) 9–40.

**Ruhende Erbschaft und Erbschaftsersitzung:** *Rudolf von Jhering*, Die Lehre von der ‚hereditas iacens‘, in: Abhandlungen aus dem römischen Recht, Leipzig 1844, 147–262; *Hugo Krüger*, Die *usucapio pro herede* nach klassischem Recht, ZRG rom. 54 (1934) 80–97; *Theo Mayer-Maly*, Studien zur Frühgeschichte der *usucapio* I, ZRG rom. 77 (1960) 16–51; *Ulrich von Lübtow*, Betrachtungen zur ‚hereditas iacens‘, in: Studi Giuseppe Grosso II, Turin 1968, 583–636; *Ubaldo Robbe*, La ‚hereditas iacet‘ e il significato della ‚hereditas‘ in diritto romano I, Mailand 1975, mit Rezension von *Herwig Stiegler*, ZRG rom. 99 (1982) 455–460; *Riccardo Orestano*, *Hereditas nondum adita*, Iura 33 (1982) 1–24; *Maxime Lemosse*, *Crimen expilatae hereditatis*, RHD 76 (1998) 255–260; *Eric Pool*, Die Erbschaftsersitzung in Gai. 2, 54 und Theo Mayer-Malys Thesen zum Ursprung der *usucapio*, ZRG rom. 129 (2012) 113–160; *Johannes Platschek*, Nochmals zur Erbschaftsersitzung in Gai. 2,54, ZRG rom. 130 (2013) 405–412.

**Erbenhaftung:** *Victor Korošec*, Die Erbenhaftung nach römischem Recht I, Leipzig 1927, 12–25; *Heinrich Siber*, Geschichtliches und Rechtsvergleichendes über die Haftung für Nachlassschulden, in: Acta Academiae Universalis Jurisprudentiae Comparativae I, Berlin, Paris, London 1928, 986–1041; *Gunter Wesener*, Zur Erbenhaftung in historischer Sicht, in: *Klaus Slapnicar* (Hrsg.), Festschrift Ulrich von Lübtow, Rheinfelden u. a. 1991, 113–128; *Gunter Wesener*, Beschränkungen der Erbenhaftung im römischen Recht: *separatio bonorum* und *beneficium inventarii*, in: *Martin Josef Schermaier/Zoltán Végh* (Hrsg.), Festschrift Wolfgang Waldstein, Stuttgart 1993, 401–416.

**Venditio bonorum; Sklave als Zwangserbe:** *Antonio Guarino*, Il *beneficium separationis* dell'heres necessarius, ZRG rom. 60 (1940) 185–225; *Vincenzo Giuffrè*, Sull'origine della ‚bonorum venditio‘ come esecuzione patrimoniale, Labeo 39 (1993) 317–364; *Patrizia Giunti*, *Ius controversum* e *separatio bonorum*, Cagliari 1993; *Max Kaser/Karl Hackl*, Römisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. München 1996, 388–407; *Thomas Finkenauer*, Freilassung durch Nachlaßübernahme. Zur *addictio bonorum libertatis causa*, in: *Thomas Finkenauer* (Hrsg.), Symposium Hans Josef Wieling, Heidelberg 2006, 19–57.

4.3. Die Erbfähigkeit nach *ius civile* und *ius praetorium*:

*Fritz Schulz*, Die Lehre von den drei Momenten, ZRG rom. 35 (1914) 112–128; *Walter Scheidel*, *Servi alieni* als Erben: Zum gesellschaftlichen Hintergrund, ZRG rom. 110 (1993) 648–651; *Eva Cantarella*, Identità, genere e sessualità nel mondo antico, in: *Alessandro Corbinol/Michel Humbert/Giovanni Negri* (Hrsg.), *Homo, caput, persona*. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana, Pavia 2010, 79–89; *Lucia Monaco*, *Hereditas* e *mulieres*. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica, Neapel 2000; *Generoso Melillo*, La condizione femminile a Roma: due

norme di Claudio, SDHI 68 (2002) 55–93; *Olga Tellegen-Couperus, Tutela mulierum*, une institution rationnelle, RHD 84 (2006) 423–435.

#### 4.4. Erwerbsfähigkeit und Erwerbswürdigkeit des *ius novum*:

*Albert Levet*, La quotité disponible et les incapacités de recevoir entre époux d'après les lois caducaires, RHD 14 (1935) 195–238; *Erwin Seidl, Lex Papia Poppaea*, in: RE Suppl. VI, 1935, 227–232; *Robert Besnier*, L'application des lois caducaires d'Auguste d'après le Gnomon de l'Idiologue, in: *Lucien Caes/René Dekkers/Roger Henrion* (Hrsg.), Mélanges Fernand de Visscher I, Brüssel 1949, 93–118; *Peter A. Brunt*, The ‚Fiscus‘ and Its Development, *Journal of Roman Studies* 56 (1966) 75–91; *Riccardo Astolfi*, I beni vacanti e la legislazione caducaria, BIDR 68 (1965) 323–336; *Tullio Spagnuolo Vigorita*, ‚Bona caduca‘ e giurisdizione procuratoria agli inizi del terzo secolo d. C., *Labeo* 24 (1978) 131–168; *Elizabeth Clare Tilson*, Augustus and Law Making, Edinburgh 1986; *Riccardo Astolfi*, Note per una valutazione storica della ‚lex Iulia et Papia‘, SDHI 39 (1973) 187–238; *Dieter Nörr*, Planung in der Antike. Über die Ehegesetze des Augustus, urspr. in: *Horst Baier* (Hrsg.), Beiträge für Helmut Schelsky, Opladen 1977, 309–334, jetzt in: *HIA* II 1093–1118; *Leo Ferrero Raditsa*, Augustus' Legislation Concerning Marriage, Procreation, Love Affairs and Adultery, in: *Wolfgang Haase/Hildegard Temporini* (Hrsg.), ANRW II.13, Berlin, New York 1980, 278–339; *Andrew Wallace-Hadrill*, Family and Inheritance in the Roman Marriage Laws, Proceedings of the Cambridge Philological Society 27 (1981) 58–80; *Klaus-Peter Müller-Eiselt, Divus Pius constituit*. Kaiserliches Erbrecht, Berlin 1982; *Riccardo Astolfi*, La lex Iulia et Papia, 2. Aufl. Padua 1986; *Ulrich Manthe*, Testierfreiheit und lex Papia: Papinian 19 quaestionum D. 30.11, in: *Okko Behrends/Malte Diesselhorst/Wulf E. Voss* (Hrsg.), Symposium Franz Wieacker, Ebelsbach 1991, 113–138; *Angelika Mette-Dittmann*, Die Ehegesetze des Augustus. Eine Untersuchung im Rahmen der Gesellschaftspolitik des Princeps, Stuttgart 1991; *Ulrich Manthe, Caducum*, in: DNP 2 (1997), 882; *Ulrich Manthe, Lex Iulia et Papia*, DNP 7 (1999) 121; *Martin Avenarius*, Der pseudo-ulpianische *liber singularis regularum*. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift, Göttingen 2005, mit Rezension von *Wolfgang Kaiser*, ZRG rom. 127 (2010) 560–603.

## 5. Der Schutz des Erbrechts

### 5.1. Legisaktionen- und Sponsionsverfahren:

*Joseph Georg Wolf*, Zur *legis actio sacramento in rem*, in: *Okko Behrends/Malte Diesselhorst/Wulf E. Voss* (Hrsg.), Symposium Wieacker, 1985, 1–39; *Max Kaser*, Zur ‚*legis actio sacramento in rem*‘, ZRG rom. 104 (1987) 53–84; *Karl Hackl*, Der Sakramentsprozeß über Herrschaftsrechte und die *in iure cessio*, ZRG rom. 106 (1989) 152–179; *János Zlinszky*, Gedanken zur *legis actio sacramento in rem*, ZRG rom. 106 (1989) 106–151.

5.2. Die *hereditatis petitio* des Formularprozesses;

5.3. *Bonorum possessio* und Erbschaftsklage;

5.4. Das *senatusconsultum Iuventianum*:

*Friedrich Carl von Savigny*, Ueber das Interdict *quorum bonorum*, ZRG rom. 5 (1825), 1–25 und ZRG rom. 6 (1828) 229–272; *Fritz Schwarz*, Studien zur *hereditatis petitio*, TR 24 (1956) 279–323; *Max Kaser*, Die Passivlegitimation zur *hereditatis petitio*, ZRG rom. 72 (1955) 90–126; *Max Kaser*, *Pro herede vel pro possessore*, in: Studi Arnaldo Biscardi II, Mailand 1982, 221–260; *Martina Müller-Ehlen*, *Hereditatis petitio*. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage, Köln, Wien 1998; *Yuri González Roldán*, Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso *consulibus factum* nella lettura di Ulpiano, Bari 2008; *Dieter Nörr*, *Minima prosopographica* zu Celsus *filius*, in: *Karlheinz Muscheler* (Hrsg.), Festschrift Detlef Liebs, Berlin 2011, 489–504.

## 6. Die testamentarische Erbfolge

### 6.1. Das Testament nach *ius civile*:

**Zur gesellschaftlichen Bedeutung des Testaments:** *David Daube*, The Preponderance of intestacy at Rome, Tulane Law Review 39 (1965) 253–262; *John Crook*, Intestacy in Roman Society, The Cambridge Classical Journal 19 (1973) 38–44; *Mireille Corbier*, Idéologie et pratique de l'héritage (Ie s. av. J.-C. – II<sup>e</sup> s. ap. J.C.), Index 13 (1985) 501–528; *Edward Champlin*, Final Judgements. Duty and Emotion in Roman Wills, 200 B. C.–A. D. 250, Berkeley, Los Angeles, Oxford 1991; *Richard P. Saller*, Roman Heirship Strategies in Principle and in Practice, in: *Ian Kertzer/Richard P. Saller* (Hrsg.), The Family in Italy from Antiquity to the Present, Yale 1991, 26–47; *Christoph Paulus*, Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht, Berlin 1992; *Yaakov Stern*, The Testamentary Phenomenon in Ancient Rome, Historia 49 (2000) 413–428.

**Vorgeschichte des Manzipationstestaments:** *Franz Wieacker*, Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments, in: Festschrift Heinrich Siber I, Leipzig 1940, 3–57; *Sibylle von Bolla*, Zur Geschichte der römischen Vermächtnisverfügungen, ZRG rom. 68 (1951) 502–511; *Ugo Coli*, Il testamento nella Legge delle XII Tavole, Iura 7 (1956) 24–91.

**Manzipationstestament/Erbeinsetzung:** *Otto Lenel*, Zur Geschichte der *heredis institutio*, in: *Paul Vinogradoff* (Hrsg.), Essays in Legal History, London et al., 1913, 120–142; *Egon Weiß*, *Mandatela* und *custodela*, ZRG rom. 42 (1921) 102–114; *Carlo Alberto Maschi*, La solennità della ‚*heredis institutio*‘ nel diritto romano, Aegyptus 17 (1937) 197–232; *Ugo Coli*, Il testamento nella legge delle XII tavole, Iura 7 (1956) 24–91; *Mario Amelotti*, Il testamento romano attraverso la prassi documentale, I: Le forme classiche del testamento, Florenz 1966; *Maria Nowak*, *Titius heres esto*. The role of the legal practice in the law-creation in late antiquity, JJP 40 (2010) 161–184; *Maria Nowak*, *Mancipatio* and its Life in Late-Roman Law, JJP 41 (2011) 103–122; *Francesca Terranova*, Ricerche sul *testamentum per aes et libram*. I. Il ruolo del *familiae emptor*, Turin 2011; *Maria Floriana Cursi*, La ‚*mancipatio*‘ e la ‚*mancipatio familiae*‘, in: *Maria Floriana Cursi* (Hrsg.), XII *Tabulae*. Testo e commento, I, Neapel 2018, 339–380.

**Kautelarpraxis, Testierfähigkeit und Testamentsregeln:** *Eduard Höhler*, Das Wesen der Erbgründe und der Erbfolge nach römischem Recht, ZRG rom. 30 (1909) 65–99; *Hugo Krüger*, *Testamenti factio*, ZRG rom. 53 (1933) 505–508; *Edoardo Volterra*, Sulla capacità delle donne a far testamento, BIDR 48 (1941) 74–87; *Hans Julius Wolff*, The *Lex Cornelia de Captivis* and the Roman Law of Succession, TR 17 (1941) 136–183; *Pierre Leuegans*, *Testamenti factio non privati sed publici iuris est*, RHD 53 (1975) 225–257; *Martin Avenarius*, Formularpraxis römischer Urkundenschreiber und *ordo scripturae* im Spiegel testamentrechtlicher Dogmatik, in: *Martin Avenarius/Rudolf Meyer-Pritzl/Cosima Möller* (Hrsg.), Festschrift Okko Behrends, Göttingen 2009, 13–41; *Maria Nowak*, Wills in the Roman Empire. A Documentary Approach, Warschau 2015.

**Miterben/Anwachsung:** *Reinhard Zimmermann*, *Coniunctio verbis tantum*. Accrual, the methods of joinder in a will and the rule against partial intestacy in Roman-Dutch and Roman Law, ZRG rom. 101 (1984) 234–274; *Sebastian Lohsse*, *Ius adcrendi*. Die Anwachsung im römischen Vermächtnisrecht, Köln 2008; *Susanne Lösch*, Die *coniunctio* in testamentarischen Verfügungen des klassischen römischen Rechts, Tübingen 2014.

**Ersatzerbenbestimmung; bedingte Erbinsetzung:** *Paolo Delogu*, Delle condizioni nei testamenti secondo il diritto romano, Cagliari 1878; *Geoffrey MacCormack*, Impossible Conditions in Wills, RIDA 21 (1974) 263–297; *Giovanni Finazzi*, *Heredem esse ed in tutelam suam venire*. Riflessioni sulla struttura della sostituzione pupillare, BIDR 94/95 (1991/1992) 105–156; *Giovanni Finazzi*, La sostituzione pupillare, Neapel 1997, mit Rezension von *Elmar Bund*, ZRG rom. 118 (2001) 538–540.

## 6.2. Unwirksamkeit und Aufhebung des Testaments nach *ius civile*:

*Otto Lenel*, Das erzwungene Testament, ZRG rom. 10 (1889) 71–82; *Giuseppe Gandolfi*, *Prius testamentum ruptum est*, in: Studi Emilio Betti, Mailand 1962, 211–228; *Hans Josef Wieling*, Testamentsauslegung im römischen Recht, München 1972; *Sandro Serangeli*, Studi sulla revoca del testamento in diritto romano. Contributi allo studio delle forme testamentarie I, Mailand 1982, mit Rezension von *Karl Hackl*, ZRG rom. 102 (1985) 665–678; *Thomas Rütfnr*, Testamentary Formalities in Roman Law, in: *Kenneth G. C. Reid/Marius J. De Waal/Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), Testamentary Formalities, Oxford 2011, 1–26.

## 6.3. Das Testament nach *ius praetorium*:

**Schriftliches Testament:** *Vincenzo Arangio-Ruiz*, Intorno alla forma scritta del *testamentum per aes et libram*, urspr. in: *Guiscardo Moschetti* (Hrsg.), Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto III, Mailand 1953, 79–90, jetzt in: *Brunella Biondo* (Hrsg.), Scritti di diritto romano IV, Camerino 1977, 183–194; *Gian Gualberto Archi*, Oralità e scrittura nel *testamentum per aes et libram*, in: Studi Pietro De Francisci IV, Mailand 1956, 287–318; *Mario Amelotti*, Il testamento romano attraverso la prassi documentale. I: Le forme classiche di testamento, Florenz 1966, mit Rezension von *Hans Julius Wolff*, ZRG rom. 84 (1967) 493–503; *Pasquale Voci*, Testamento pretorio, in: Studi Giuseppe Grosso I, Turin 1968, 99–133; *Mario Talamanca*, D.29,7,20 (Paul. 5 ad l. Iui. et Pap.): Oralità e scrittura nel *testamentum per aes et libram*, in: *Roland Ruedin* (Hrsg.), Mélanges Carlo Augusto Cannata, Basel 1999, 73–90.

**Fälschungsschutz:** *Luigi De Sarlo*, Sulla repressione penale del falso documentale in diritto romano, *Rivista di diritto processuale civile* 14 (1937) 318–353; *Gian Gualberto Archi*, Problemi in tema di falso nel diritto romano, urspr. in: *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, Pavia 1941, 1–114; jetzt in: *Scritti di diritto romano III*, Mailand 1981, 1487–1587; *Jean Macquéron*, Le Sénatus-Consulte Néronien et le caractère secret du testament, *RHD* 34 (1957) 459–475; *Eberhard E. Kocher*, Überlieferter und ursprünglicher Anwendungsbereich der *lex Cornelia de falsis*, München 1965; *Fabio Marino*, Il falso testamentario nel diritto romano, *ZRG rom.* 105 (1988) 634–663; *Silvia Schiavo*, Il falso documentale tra prevenzione e repressione. *Impositio fidei criminaliter agere civiliter agere*, Mailand 2007; *Armin Eich*, Überlegungen zur juristischen und sozialen Bewertung der Fälschung öffentlicher Urkunden während der späten Republik und der Kaiserzeit, *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* 166 (2008) 227–246; *Eva Jakob*, Senecas Misstrauen in Brief und Siegel, in: *Rena van den Bergh et al.* (Hrsg.), *Essays Laurens Winkel I*, Pretoria 2014, 416–426.

**Erbschaftssteuer:** *Keith R. Bradley*, The *vicesima hereditatis*: Its History and Significance, *Klio* 66 (1984) 175–182; *Sven Günther*, Die Einführung der römischen Erbschaftssteuer (*vicesima hereditarium*), *Münstersche Beiträge zur Antiken Handelsgeschichte* 24 (2005) 1–30.

#### 6.4. Das formlose Testament des Kaiserrechts:

**Kodizill:** *Giovanni Negri*, La clausola codicillare nel testamento inofficioso, Mailand 1975; *Antonio Metro*, Studi sui codicilli I, Mailand 1979; *Antonio Metro*, Inst. 2.25pr. e l'origine dei codicilli, in: *Atti dell'II Seminario Romanistico Gardesano*. 12–14 Giugno 1978, Mailand 1980, 232–248; *Olga Tellegen-Couperus*/*Jan W. Tellegen*, Le caractère hybride du fidéicommiss romain, in: *Roger Vigneron et al.* (Hrsg.), *Mélanges Fritz Sturm I*, Lüttich 1999, 453–476; *Alessia Spina*, Ricerche sulla successione testamentaria nei *responsa* di Cervidio Scevola, Mailand 2012.

**Soldatentestament:** *Vincenzo Arangio-Ruiz*, L'origine del ‚*testamentum militis*‘ e la sua posizione nel diritto romano classico, *BIDR* 18 (1906) 157–196; *Sibylle von Bolla Kotek*, Zum römischen Soldatentestament, in: *Studi Vincenzo Arangio-Ruiz I*, Neapel 1953, 273–278; *Eric Sander*, Das Recht des römischen Soldaten, *Rheinisches Museum für Philologie* 101 (1958) 152–191; **James Frank Gilliam, Enrollment in the Roman Imperial Army**, in: *Eos* 48 (1956, *Symbolae Taubenschlag II*) 207–216; *Laurent Chevallier*, Notes sur le testament militaire dans la doctrine des juriconsultes classiques dans la législation impériale, in: *Varia. Études de droit romain*, Paris 1959, 1–54; *William G. Sinnigen*, *Tirones* and *Supernumerarii*, *Classical Philology* 62 (1967) 108–112; *Vincenzo Scarano Ussani*, Il ‚*testamentum militis*‘ nell'età di Nerva a Traiano, in: *Scritti Antonio Guarino III*, Neapel 1984, 1383–1395; *Jakob F. Stagl*, *Favor dotis*. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Privatrechts, Wien, Köln, Weimar 2009; *Jakob F. Stagl*, Das ‚*testamentum militare*‘ in seiner Eigenschaft als ‚*ius singulare*‘, *Revista de estudios histórico-jurídicos* 36 (2014) 129–157.



## 7. Der Schutz der Erwerbserwartung und Enterbungsregeln

### 7.1. Enterbungsregeln des *ius civile*:

**Hauskinder, insbes. Haussöhne:** *Karl-Heinz Vogel*, Über die bedingte Erbeinsetzung von *sui heredes* nach *ius civile*, ZRG rom. 68 (1951) 490–502; *Marianne Meinhart*, Die bedingte Erbeinsetzung des Haussohnes, in: *Dieter Medicus/Hans Hermann Seiler* (Hrsg.), Studien Max Kaser, Berlin 1973, 111–136; *Andrea Sanguinetti*, Considerazioni sull'origine del principio *'sui heredes instituendi sunt vel exheredandi'*, SDHI 59 (1993) 259–278; *Yan Thomas*, L'enfant à naître et „l'héritier sien“. Sujet de pouvoir et sujet de vie en droit romain, Annales 62 (2007) 29–68; *Reinhard Zimmermann*, Compulsory Heirship in Roman Law, in: *Kenneth G. C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), Exploring the Law of Succession. Studies National, Historical and Comparative, Edinburgh 2007, 27–48.

**Nachgeborene (postumi):** *Ubaldo Robbe*, I *postumi* nella successione testamentaria romana, Mailand 1937, mit Rezension von *Gerhard Dulkeith*, ZRG rom. 57 (1937) 460–468; *Uwe Wesel*, Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen, Köln et al. 1967; *Francesca Lamberti*, Studi sui *'postumi'* nell'esperienza giuridica romana I, Neapel 1996; *Francesca Lamberti*, Studi sui *'postumi'* nell'esperienza giuridica romana II. Profili del regime classico, Neapel 2001.

### 7.2. Die Modifikationen des *ius praetorium*;

### 7.3. Teilwirksamkeit des Testaments:

*Burkhard Wilhelm Leist*, Die *bonorum possessio*: ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung II, Göttingen 1848; *Otto Lenel*, *Edictum perpetuum*. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl. Leipzig 1927 (Nachdr. Aalen 1985); *Jesus Burillo*, Sobre la „*collatio emancipati*“ SDHI 31 (1965) 199–221; *Letizia Vacca*, In tema di *'bonorum possessio contra tabulas'*, BIDR 80 (1977) 159–193; *Jane F. Gardner*, Family and *Familia* in Roman Law and Life, Oxford 1998, 15–20; *Giovanni Finazzi*, *L'exceptio doli generalis* nel diritto ereditario romano, Mailand 2006; *Andreas Staffhorst*, Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht, Berlin 2006; *Ulrike Babusiaux*, The *nova clausula Iuliani* – a change of paradigm in the praetorian law of succession?, in: *Boudewijn Sirks* (Hrsg.), *Nova Ratione* – Change of paradigms in Roman Law, Wiesbaden 2014, 9–31.

### 7.4. Die Beschwerde wegen pflichtwidrigen Testaments:

*Friedrich Eisele*, Zur *Querela inofficiosi*, ZRG rom. 15 (1894) 256–306; *Friedrich von Woess*, Das römische Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der *constitutio Antoniniana*, Berlin 1911; *Matteo Marrone*, Sulla natura della *'Querela inofficiosi testamenti'*, SDHI 21 (1955) 74–122; *Englebert Renier*, Etude sur l'histoire de la *querela inofficiosi* en droit romain, Lüttich 1945; *Serena Querzoli*, *Inofficiosum testamentum dicere'*. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra i Flavi e gli Antonini, Ostraka 8 (1999) 503–540; *Serena Querzoli*, I testamenti e gli *officia pietatis*. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi, Neapel 2000, mit Rezension von *Hans-Dieter Spengler*, ZRG rom. 122 (2005) 294–299; *Daniela Di Ottavio*, Ricerche in tema di *querela inofficiosi testamenti* I, 2012.

## 8. Das Vermächtnisrecht

### 8.1. Legate nach *ius civile*:

**Legatsformen:** *Karl Bernstein*, Zur Lehre vom römischen Voraus, ZRG rom. 15 (1894) 26–144; *Moriz Wlassak*, Vindikation und Vindikationslegat. Studien zur Erforschung des Sachenrechts der Römer, ZRG rom. 31 (1910) 196–321; *Silvio Romano*, Sull'acquisto del legato „per vindicationem“, Padua 1933; *Pasquale Voci*, Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano, Mailand 1936; *Giuseppe Grosso*, I legati nel diritto romano. Parte generale, 2. Aufl. Turin 1962; *Jean-François Leuba*, Origine et nature du legs per praeceptionem, Lausanne 1962; *Riccardo Astolfi*, Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano I, Padua 1964; *Riccardo Astolfi*, Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano II, Padua 1969; *Nicola Palazzolo*, *Dos praelegata*. Contributo alla storia del prelegato romano, Mailand 1968, mit Rezension von *Max Kaser*, ZRG rom. 87 (1970) 539–544; *Maria Grazia Scacchetti*, Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani, in: Studi Arnaldo Biscardi, Mailand 1984, 369–404; *Olivia F. Robinson*, Ancient Rome. City Planning and Administration, London 1992; *Riccardo Astolfi*, Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano I-III, Padua 1964/1969/1979; *Markus Wimmer*, Das Prälegat, Wien, Köln, Weimar 2004; *Pierfranco Arces*, La disciplina dei legati e la tecnica di scrittura nelle Istituzioni di Gaio, Rivista di Diritto Romano 8 (2013) 1–19; *Lisa Isola*, Überlegungen zur Litis-krenszenz bei der actio ex testamento, ZRG rom. 137 (2020) 70–135.

**Nebenbestimmungen beim Legat:** *Hugo Krüger*, *Cautio Muciana*, in: Mélanges Paul Frédéric Girard II, Paris 1912, 1–34; *Ernst Levy*, Zur Lehre von der *Muciana cautio* im klassischen römischen Recht, ZRG rom. 24 (1903) 122–151; *Settimio Di Salvo*, Il legato modale in diritto romano. Elaborazioni domestiche e realtà sociali, Neapel 1973, mit Rezension von *Max Kaser*, Labeo 22 (1966) 381–393; *Daniel Effé-Uhe*, Die Wirkung der *condicio* im römischen Recht, Baden-Baden 2008, 72–161; *Giovanni Cosa*, *Regula Sabiniana*. Elaborazione giurisprudenziali in materia di condizioni impossibili, Mailand 2013.

### 8.2. Unwirksamkeit und Beschränkungen des Legats nach *ius civile*:

*Werner Flume*, Die *regula Catoniana* — ein Exempel römischer Jurisprudenz, in: *Erik Jayme et al.* (Hrsg.), Festschrift Hubert Niederländer, Heidelberg 1991, 17–26.

**Legatsbeschränkungen:** *Fritz Schwarz*, War die „*Lex Falcidia*“ eine „*Lex perfecta*“?, SDHI 17 (1951) 225–247; *Uwe Wesel*, Über den Zusammenhang der *lex Furia*, *Voconia* und *Falcidia*, ZRG rom. 81 (1964) 308–316; *Andreas Wacke*, Die Rechtswirkungen der *lex Falcidia*, in: *Dieter Medicus/Hans Hermann Seiler* (Hrsg.), Studien Max Kaser, Berlin 1973, 209–251; *Max Kaser*, Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht, Wien 1977; *Walter Selb*, Gedanken zur römischen ‚*lex imperfecta*‘ und zu modernen Normvorstellungen in der Rechtsgeschichte, in: *Gottfried Baumgärtner et al.* (Hrsg.), Festschrift Heinz Hübner, Berlin 1984, 253–261; *Ernst Baltrusch*, *Regimen morum*: die Reglementierung des Privatlebens der Senatoren und Ritter in der römischen Republik und frühen Kaiserzeit, München 1989; *Vincenzo Mannino*, Il calcolo della ‚*quarta hereditatis*‘ e la volontà del testatore, Neapel 1989; *Dietmar Schanbacher*, *Ratio legis Falcidiae*. Die falzidische Rechnung bei Zusammentreffen mehrerer Erbschaften in einer Hand, Berlin 1995; *Peter Stein*, *Lex Falcidia*, in: *Michael Crawford* (Hrsg.), Roman Statutes II, London 1996, 779f.

### 8.3. Prätorischer Schutz im Legatsrecht:

*Philipp Lotmar*, Zur Geschichte des *Interdictum quod legatorum*, ZRG rom. 31 (1910) 89–158; *Otto Lenel*, Das *interdictum Quod legatorum utile*, ZRG rom. 52 (1932) 282–284; *Max Kaser*, *Ius publicum und ius privatum*, ZRG rom. 103 (1986) 1–101; *Thomas Finkenauer*, Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht, Tübingen 2010.

### 8.4. Kaiserzeitliche Eingriffe in das Legatsrecht des *ius civile*:

*Robert Piaget*, Le sénatus-consulte néronien, Lausanne 1936; zur *lex Iulia et Papia* siehe 4.4. Erwerbsfähigkeit und Erwerbswürdigkeit des *ius novum*.

### 8.5. Formlose Vermächtnisse des *ius novum* (Fideikommisse):

*Giambattista Impallomeni*, L'efficacia del fedecommissario pecuniario nei confronti dei terzi. La *in rem missio*, BIDR 70 (1967) 1–104; *Maria Gabriella Zoz*, Sulla capacità a ricevere fedecommissari alimentari, SDHI 40 (1974) 303–328; *Armando Torrent*, *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo 1975; *David Johnston*, Prohibitions and Perpetuities: Family Settlements in Roman Law, ZRG rom. 102 (1985) 220–290; *David Johnston*, The Roman Law of Trusts, Oxford 1988; *Alfonso Murillo Villar*, El fideicomiso de residuo en derecho romano, Salamanca 1989, mit Rezension von *Johanna Filip-Fröschl*, ZRG rom. 110 (1993) 735–748; *Venanzia Giodice-Sabbatelli*, La tutela giuridica dei fedecommissari fra Augusto e Vespasiano, Bari 1993, mit Rezension von *Karl Hackl*, Gnomon 70 (1998) 463–465; *Richard P. Saller*, Patriarchy, Property and Death in the Roman Family, Cambridge et al. 1994; *Franciszek Longchamps de Bérier*, Il fedecommissario universale nel diritto romano classico, Warschau 1997, mit Rezension von *Peter Gröschler*, ZRG rom. 119 (2002) 511–516; *Franciszek Longchamps de Bérier*, Il rispetto per la volontà del *de cuius* sull'esempio dei fedecommissari romani, RIDA 45 (1998) 479–500; *Lucetta Desanti*, *Restitutionis post mortem onus*. I fedecommissari da restituirsi dopo la morte dell'onerato, Mailand 2003; *Lucetta Desanti*, Il fantasma del fedecommissario – Fedecommissario, fiducia testamentaria, sostituzione fedecommissaria, Annali dell'Università Ferrara. Sc. Giur. N. S. 20 (2006) 97–141.

### 8.6. Die weitere Ausgestaltung des Rechts der Fideikommisse:

*Milan Bartošek*, Das *Senatusconsultum Trebellianum*, in: Scritti Ferrini III, Mailand 1948, 308–336; *David Daube*, Sale of Inheritance and Merger of Rights, urspr. ZRG rom. 74 (1957) 234–315, jetzt in: *David Cohen/Dieter Simon* (Hrsg.), *Collected Studies in Roman Law*, Frankfurt a. M. 1991, 649–722; *Klaus Peter Müller-Eiselt*, *Divus Pius constituit*. Kaiserliches Erbrecht, Berlin 1982; *Ulrich Manthe*, Das *Senatusconsultum Pegasianum*, Berlin 1989; *Ana Bustelo*, Fideicomiso sub condicione y adicin ex Pegasiano, RIDA 35 (1988) 113–130; *Francesco Arcaria*, ‚*Missio in possessionem*‘ e ‚*cognitio*‘ fedecommissaria, BIDR 89 (1986) 245–304; *Ulrike Babusiaux*, Zum Rechtsschutz von Fideikommissen im Prinzipat, ZRG rom. 136 (2019) 140–213.

## 9. Die Auslegung von Testamenten

### 9.1. Auslegungsmaximen des *ius civile*:

**Testamentsauslegung:** *Fritz Schulz*, Der Irrtum im Beweggrund bei der testamentarischen Verfügung, in: *Erich Genzmer et al.* (Hrsg.), Gedächtnisschrift Emil Seckel, Berlin 1927, 70–144; *Gerhard Dulckeit*, *Plus nuncupatum minus scriptum*. Ein Beitrag zur Entwicklung des römischen Testamentsrechts, ZRG rom. 70 (1953) 179–213; *Giuseppe Gandolfi*, Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano, Mailand 1966, mit Rezension von *Theo Mayer-Maly*, TR 37 (1969) 590–597; *Hans Josef Wieling*, Testamentsauslegung im römischen Recht, München 1972; *Jan Dirk Harke*, *Verba und voluntas* – was bedeutet Testamentsauslegung für die Hochklassiker, in: *Jan Dirk Harke* (Hrsg.), Facetten des römischen Erbrechts, Berlin, Heidelberg 2012, 55–77.

**Legatsinterpretation:** *Uwe John*, Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten im römischen Recht bis Labeo, Karlsruhe 1970; *Hans Josef Wieling*, *Falsa demonstratio, condicio pro non scripta, condicio pro impleta* im römischen Testament, ZRG rom. 87 (1970) 197–245; *Olga Vannucchi Forzieri*, Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana, Mailand 1973, mit Rezension von *Franz Horak*, Labeo 24 (1978) 198–213; *Herbert Hausmaninger*, Zur Legatsinterpretation des Celsus, Iura 35 (1984) 16–46; *Elisabeth Herrmann-Otto*, *Ex ancilla natus*. Untersuchungen zu den ‚hausegeborenen‘ Sklaven und Sklavinnen im Westen des römischen Kaiserreiches, Stuttgart 1994; *Natale Rampazzo*, *La falsa demonstratio e l'oggetto dei legati*, Index 29 (2001) 259–299.

**Causa Curiana:** *Johannes Stroux*, *Summum ius, summum iniuria*, in: Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik, Potsdam 1949, 1–66; *Franz Wieacker*, The *Causa Curiana* and Contemporary Roman Jurisprudence, The Irish Jurist 2 (1967) 151–164; *Wilfried Stroh*, Taxis und Taktik: Die advokatische Dispositionskunst in Ciceros Gerichtsreden, Stuttgart 1975, 85–87 mit Fn. 21; *Gian Luigi Falchi*, Interpretazione ‚tipica‘ nella ‚causa Curiana‘, SDHI 46 (1980) 388–430; *Jan Willem Tellegen*, *Oratores, Jurisprudentes and the „Causa Curiana“*, RIDA 30 (1983) 293–311; *John W. Vaughn*, Law and Rhetoric in the *Causa Curiana*, Classical Antiquity 4 (1985) 208–222; *Ulrich Manthe*, Ein Sieg der Rhetorik über die Jurisprudenz. Der Erbschaftsstreit des Manius Curius. Eine vertane Chance der Rechtspolitik, in: *Ulrich Manthe/Jürgen von Ungern-Sternberg* (Hrsg.), Große Prozesse der römischen Antike, München 1997, 74–84; *Jan Willem Tellegen*, The Reliability of Quintilian for Roman Law: The *causa Curiana*, in: *Olga Tellegen-Couperus* (Hrsg.), Quintilian and the Law, Löwen 2003, 191–200; *Agnieszka Kacprzak*, Tra logica e giurisprudenza. *Argumentum a simili* nei topici di Cicerone, Warschau 2012 mit Rezension von *Ulrike Babusiaux*, ZRG rom. 131 (2014) 483–494.

### 9.2. Die geringe Bedeutung der Testamentsauslegung im *ius praetorium*;

### 9.3. Auslegung im *ius novum*:

*Jean Gaudemet*, L'empereur – l'interprète du droit, in: *Wolfgang Kunkel/Hans Julius Wolff* (Hrsg.), Festschrift Ernst Rabel II, Tübingen 1954, 170–203; *Hans-Josef Wieling*, Testamentsauslegung im römischen Recht, München 1972; *Antonio Palma*, *Humanior interpretatio*. ‚Humanitas‘ nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi, Turin 1992, mit Rezension von *Martin Schermaier*, Iura 44 (1993) 343–351; *Antonio Palma*, *Benignior interpretatio: benignitas* nella giurisprudenza e nella

normazione da Adriano ai Severi, Turin 1997, mit Rezension von *Felix Wubbe*, *Gnomon* 74 (2002) 336–340; *Andreas Staffhorst*, Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht, Berlin 2006; *Veronika Wankler*, *Appello ad principem*. Urteilsstil und Urteilstchnik in kaiserlichen Berufungsentscheidungen (Augustus bis Caracalla), München 2009; *Martin Avenarius*, *Benignior interpretatio*: Origin and Transformation of a Rule of Construction in the Law of Succession, *Roman Legal Tradition* 6 (2010) 1–21; *Tobias Kleiter*, Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die klassische römische Jurisprudenz, München 2010; *Ulrike Babusiaux*, *Papinians Quaestiones*. Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen, München 2011; *Mariagrazia Rizzi*, *Imperator cognoscens decrevit*. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica, Mailand 2012; *Alessia Spina*, Ricerche sulla successione testamentaria nei *responsa* di Cervidio Scevola, Mailand 2012; *Arndt Christoph Hendel*, D. 28,4,3 *Marcellus libro 29 digestorum*. Zum Sicherheitsgedanken bei der *benignior interpretatio*, *ZRG rom.* 130 (2013) 419–431; *Jakob F. Stagl*, Glanz der Rhetorik und Elend der Logik in einer Entscheidung Marc Aurels (Marcell. D. 28,4,3pr.–1), in: *Rena van den Bergh et al.* (Hrsg.), *Essays Laurens Winkel II*, Pretoria 2014, 871–880; *Alessia Spina*, *Ricerche sulla successione testamentaria nei Responsa di Cervidio Scevola*, Mailand 2012.



## Quellenverzeichnis

### Literarische Quellen

- Cic. Brut. 196 → S. 303      Cic. inv. 2,122 → S. 302  
 Cic. Brut. 197 → S. 303      Liv. 3,34,6 → S. 31

### Vorjustinianische Rechtsquellen und Sammelwerke

#### Zwölftafelgesetz (*lex duodecim tabularum*)

- V,3 → S. 141, 143, 239, 327  
 V,4 → S. 47, 51, 56  
 V,9–10 → S. 86

#### Gaius, *Institutiones*

- |                         |                          |                        |
|-------------------------|--------------------------|------------------------|
| Gai. 1,1 → S. 39        | Gai. 2,103 → S. 144      | Gai. 2,135 → S. 214    |
| Gai. 1,4 → S. 41        | Gai. 2,104 → S. 145      | Gai. 2,144 → S. 165    |
| Gai. 1,55 → S. 50       | Gai. 2,111 → S. 112      | Gai. 2,145 → S. 160    |
| Gai. 1,115 → S. 148     | Gai. 2,112 → S. 149      | Gai. 2,147 → S. 168    |
| Gai. 1,115a → S. 149    | Gai. 2,116 → S. 151      | Gai. 2,151 → S. 166    |
| Gai. 1,119 → S. 55      | Gai. 2,117 → S. 151      | Gai. 2,151a → S. 174   |
| Gai. 1,132 → S. 55      | Gai. 2,119 → S. 171      | Gai. 2,153 → S. 103    |
| Gai. 1,155 → S. 147     | Gai. 2,120 → S. 172      | Gai. 2,154 → S. 104    |
| Gai. 1,157 → S. 107     | Gai. 2,121 → S. 173      | Gai. 2,155 → S. 104    |
| Gai. 1,176 → S. 106     | Gai. 2,121–122 → S. 173  | Gai. 2,157 → S. 91     |
| Gai. 1,185 → S. 107     | Gai. 2,123 → S. 200, 201 | Gai. 2,158 → S. 97     |
| Gai. 1,189–190 → S. 105 | Gai. 2,124 → S. 206      | Gai. 2,162 → S. 91     |
| Gai. 1,194 → S. 108     | Gai. 2,125 → S. 215      | Gai. 2,163 → S. 97     |
| Gai. 2,52 → S. 93       | Gai. 2,126 → S. 215      | Gai. 2,165 → S. 92     |
| Gai. 2,53–54 → S. 93    | Gai. 2,127 → S. 200      | Gai. 2,167 → S. 92, 96 |
| Gai. 2,55 → S. 95       | Gai. 2,128 → S. 206      | Gai. 2,174 → S. 156    |
| Gai. 2,57 → S. 95       | Gai. 2,130 → S. 207      | Gai. 2,179 → S. 156    |
| Gai. 2,87 → S. 49       | Gai. 2,131 → S. 207      | Gai. 2,180 → S. 157    |
| Gai. 2,101 → S. 142     | Gai. 2,133 → S. 209      | Gai. 2,181 → S. 158    |

- Gai. 2,186 → S. 103  
 Gai. 2,192 → S. 240  
 Gai. 2,193 → S. 241  
 Gai. 2,194 → S. 240  
 Gai. 2,196 → S. 241  
 Gai. 2,197 → S. 268  
 Gai. 2,201 → S. 241  
 Gai. 2,202 → S. 243  
 Gai. 2,206 → S. 113  
 Gai. 2,209 → S. 243  
 Gai. 2,210 → S. 244  
 Gai. 2,216 → S. 245  
 Gai. 2,217 → S. 245  
 Gai. 2,218 → S. 268  
 Gai. 2,221 → S. 246  
 Gai. 2,224 → S. 257  
 Gai. 2,225 → S. 258  
 Gai. 2,226 → S. 259  
 Gai. 2,229 → S. 249  
 Gai. 2,235 → S. 254
- Gai. 2,238 → S. 255  
 Gai. 2,249 → S. 272  
 Gai. 2,250 → S. 279  
 Gai. 2,251 → S. 284  
 Gai. 2,252 → S. 285  
 Gai. 2,254 → S. 288, 291  
 Gai. 2,255–256 → S. 289  
 Gai. 2,257 → S. 290  
 Gai. 2,258 → S. 292  
 Gai. 2,270 → S. 275  
 Gai. 2,277 → S. 277  
 Gai. 2,281 → S. 273  
 Gai. 2,285 → S. 273, 295  
 Gai. 2,286–286a → S. 274  
 Gai. 2,286a → S. 294  
 Gai. 2,287 → S. 274, 295  
 Gai. 2,288 → S. 274  
 Gai. 3,2 → S. 52  
 Gai. 3,3 → S. 59  
 Gai. 3,7 → S. 52
- Gai. 3,10 → S. 56  
 Gai. 3,11 → S. 57  
 Gai. 3,12 → S. 57  
 Gai. 3,14 → S. 60  
 Gai. 3,16 → S. 58  
 Gai. 3,17 → S. 60  
 Gai. 3,26 → S. 62  
 Gai. 3,27 → S. 65  
 Gai. 3,29 → S. 66  
 Gai. 3,30 → S. 66  
 Gai. 3,36 → S. 69  
 Gai. 3,37 → S. 70  
 Gai. 3,78 → S. 100  
 Gai. 3,154a → S. 85  
 Gai. 3,154b → S. 86  
 Gai. 4,16 → S. 124  
 Gai. 4,34 → S. 98  
 Gai. 4,92 → S. 127  
 Gai. 4,93 → S. 126  
 Gai. 4,112 → S. 83

*Epitome Ulpiani*

- UE 15,1 → S. 116  
 UE 16,1 → S. 116
- UE 16,1a → S. 117  
 UE 16,2 → S. 115

**Corpus iuris civilis***Institutiones*

- Inst. 2.23.1 → S. 271  
 Inst. 2.25pr. → S. 180
- Inst. 3.3.2 → S. 73  
 Inst. 3.3.3 → S. 74
- Inst. 3.4pr. → S. 78

*Digesta*

- D. 1.1.1.3 → S. 38  
 D. 1.1.7pr. → S. 43  
 D. 1.1.7.1 → S. 40  
 D. 1.1.11 → S. 38  
 D. 1.3.14 → S. 195  
 D. 1.3.15 → S. 195  
 D. 1.3.16 → S. 195
- D. 1.4.1pr.–1 → S. 42  
 D. 5.2.2 → S. 230  
 D. 5.2.3 → S. 230  
 D. 5.2.6.1 → S. 231  
 D. 5.2.8.14 → S. 235  
 D. 5.2.8.16 → S. 231  
 D. 5.2.15.2 → S. 233
- D. 5.2.17.1 → S. 231  
 D. 5.2.23pr. → S. 234  
 D. 5.2.24 → S. 232  
 D. 5.2.28 → S. 234  
 D. 5.2.29.4 → S. 232  
 D. 5.3.9 → S. 128  
 D. 5.3.11pr. → S. 130

- D. 5.3.13.13 → S. 128  
 D. 5.3.20.6–6d → S. 132  
 D. 5.3.20.9 → S. 137  
 D. 5.3.20.11 → S. 134  
 D. 5.3.20.17 → S. 134  
 D. 5.3.20.21 → S. 135  
 D. 5.3.23pr. → S. 136  
 D. 5.5.1 → S. 131  
 D. 22.1.3.3 → S. 280  
 D. 28.1.4 → S. 146  
 D. 28.1.6pr. → S. 147  
 D. 28.1.12 → S. 161  
 D. 28.1.20pr. → S. 150  
 D. 28.1.21pr. → S. 153  
 D. 28.1.21.1 → S. 164  
 D. 28.1.23 → S. 177  
 D. 28.2.2 → S. 305  
 D. 28.2.3.6 → S. 202  
 D. 28.2.11 → S. 51  
 D. 28.2.29pr. → S. 208  
 D. 28.2.29.12 → S. 210  
 D. 28.2.29.13 → S. 210  
 D. 28.3.13 → S. 211  
 D. 28.4.3 → S. 320, 321  
 D. 28.5.1pr. → S. 20  
 D. 28.5.1.1 → S. 299  
 D. 28.5.1.4 → S. 163  
 D. 28.5.1.5 → S. 300  
 D. 28.5.4pr. → S. 203  
 D. 28.5.4.1 → S. 204  
 D. 28.5.9.2 → S. 301  
 D. 28.5.9.13 → S. 163  
 D. 28.5.13.1 → S. 153  
 D. 28.5.13.2 → S. 155  
 D. 28.5.13.4 → S. 154  
 D. 28.5.31pr. → S. 110  
 D. 28.5.34 → S. 151  
 D. 28.5.67 → S. 89  
 D. 28.5.79pr. → S. 164  
 D. 28.5.93.1 → S. 323
- D. 28.6.2.1 → S. 158  
 D. 28.6.2.4 → S. 158  
 D. 28.7.1 → S. 152, 205  
 D. 28.7.6 → S. 152  
 D. 28.7.11 → S. 203  
 D. 29.1.1pr. → S. 186  
 D. 29.1.2 → S. 194  
 D. 29.1.6 → S. 190  
 D. 29.1.15.1 → S. 188  
 D. 29.1.15.2 → S. 192  
 D. 29.1.15.4 → S. 190  
 D. 29.1.19pr. → S. 189  
 D. 29.1.20.1 → S. 192  
 D. 29.1.26pr. → S. 193  
 D. 29.1.34pr. → S. 193  
 D. 29.1.38.1 → S. 316  
 D. 29.1.40pr. → S. 188  
 D. 29.1.42 → S. 191  
 D. 29.2.6pr. → S. 109  
 D. 29.2.6.1 → S. 109  
 D. 29.2.53.1 → S. 88  
 D. 29.3.4 → S. 176  
 D. 29.7.1 → S. 185  
 D. 29.7.2.2 → S. 194  
 D. 29.7.3pr. → S. 183  
 D. 29.7.3.2 → S. 183  
 D. 29.7.8pr. → S. 182  
 D. 29.7.8.1 → S. 276  
 D. 29.7.10 → S. 184  
 D. 29.7.13.1 → S. 184  
 D. 29.7.20 → S. 300  
 D. 30.36pr. → S. 307  
 D. 30.41.1–2 → S. 256  
 D. 30.78 → S. 275  
 D. 30.103 → S. 296  
 D. 30.114.2 → S. 277  
 D. 30.114.14 → S. 282  
 D. 30.114.15 → S. 282  
 D. 30.116pr. → S. 239  
 D. 31.32.6 → S. 283
- D. 31.47 → S. 306  
 D. 31.67.9 → S. 313  
 D. 31.67.10 → S. 313  
 D. 31.81 → S. 276  
 D. 32.1.1 → S. 273  
 D. 32.2 → S. 276  
 D. 32.19 → S. 247  
 D. 34.3.16 → S. 244  
 D. 34.5.24 → S. 314  
 D. 34.7.1pr. → S. 256  
 D. 34.7.1.1 → S. 256  
 D. 34.8.1 → S. 178  
 D. 34.9.3 → S. 118  
 D. 34.9.12 → S. 119  
 D. 35.1.1.1–3 → S. 248  
 D. 35.1.7pr. → S. 252  
 D. 35.1.17pr. → S. 309  
 D. 35.1.17.1 → S. 309  
 D. 35.1.17.2 → S. 310  
 D. 35.1.24 → S. 251  
 D. 35.1.62.2 → S. 270  
 D. 35.1.83 → S. 204  
 D. 35.1.102 → S. 317  
 D. 35.1.112.2 → S. 305  
 D. 35.2.1pr. → S. 259  
 D. 35.2.59.1 → S. 297  
 D. 35.2.73.5 → S. 260, 261  
 D. 36.1.1.1–2 → S. 286  
 D. 36.1.1.3 → S. 287  
 D. 36.1.1.5 → S. 288  
 D. 36.1.30 → S. 318  
 D. 36.1.63 → S. 279  
 D. 36.1.78 → S. 315  
 D. 36.1.80.5 → S. 281  
 D. 36.2.5pr. → S. 250  
 D. 36.2.5.1–2 → S. 250  
 D. 36.2.5.4 → S. 251  
 D. 36.2.5.5 → S. 252  
 D. 36.3.1pr. → S. 264  
 D. 36.3.1.2 → S. 265

- D. 36.3.1.14 → S. 265  
 D. 36.4.1.4 → S. 264  
 D. 36.4.5pr. → S. 266  
 D. 36.4.10 → S. 266  
 D. 37.1.6.1 → S. 68  
 D. 37.4.1pr. → S. 216  
 D. 37.4.1.1 → S. 222  
 D. 37.4.3.11 → S. 217  
 D. 37.4.8pr. → S. 218  
 D. 37.4.20.2 → S. 227  
 D. 37.5.1pr. → S. 225  
 D. 37.5.1.1 → S. 225  
 D. 37.5.5.6 → S. 227, 228  
 D. 37.5.15pr. → S. 226  
 D. 37.6.1pr.-1 → S. 218  
 D. 37.6.3.2 → S. 219  
 D. 37.8.1pr. → S. 222  
 D. 37.8.1.1 → S. 223  
 D. 37.11.1.8 → S. 167  
 D. 37.11.1.10 → S. 175  
 D. 37.11.2.1 → S. 213  
 D. 37.11.2.4 → S. 169  
 D. 38.6.1.1 → S. 61  
 D. 38.6.5pr. → S. 71  
 D. 38.6.5.2 → S. 63  
 D. 38.7.2.4 → S. 63  
 D. 38.8.1pr. → S. 67  
 D. 38.9.1pr. → S. 97  
 D. 38.10.4.2 → S. 64  
 D. 38.11.1pr.-1 → S. 67  
 D. 38.17.1.9 → S. 79  
 D. 38.17.2.20 → S. 76  
 D. 38.17.2.21 → S. 77  
 D. 38.17.6.1 → S. 79  
 D. 42.5.31pr. → S. 101  
 D. 42.5.31.3 → S. 102  
 D. 42.6.1.1 → S. 102  
 D. 43.2.1pr.-1 → S. 129  
 D. 43.3.1.1-2 → S. 262  
 D. 48.19.38.7 → S. 177  
 D. 48.20.7.4 → S. 117  
 D. 49.15.5.1 → S. 160  
 D. 49.15.22pr. → S. 162  
 D. 50.16.64 → S. 47  
 D. 50.16.120 → S. 141  
 D. 50.16.138 → S. 112  
 D. 50.16.142 → S. 88  
 D. 50.16.195.1 → S. 48  
 D. 50.16.195.2 → S. 48, 50  
 D. 50.16.195.5 → S. 59  
 D. 50.17.7 → S. 84  
 D. 50.17.62 → S. 83

### *Codex*

- C. 2.3.26 → S. 87  
 C. 3.36.6 → S. 86  
 C. 6.51.1.1b → S. 114  
 C. 9.23.3 → S. 178

## Orts- und Personenregister

### A

- Africa 181  
 Africanus (Sextus Caecilius Africanus – Jurist)  
 269  
 Ägypten 17  
 Alexander Severus (Marcus Aurelius Severus  
 Alexander – Kaiser) 35  
 Alexandria 17, 204  
 Antoninus Caracalla *siehe* Caracalla  
 Antoninus Pius (Titus Aelius Hadrianus  
 Antoninus Augustus Pius – Kaiser) 35, 118,  
 119, 172, 175, 192, 193, 215, 216, 228  
 Antonius Silvanus 15–17, 21  
 Aquilius (Gaius Aquilius Gallus – Jurist) 208  
 Aristo 253  
 Arrianus (Arrianus – Jurist) 130  
 Atilicinus (Jurist) 244, 245, 247, 248  
 Augustus (Gaius Julius Caesar Octavianus –  
 Kaiser) 29, 32–34, 36, 37, 43, 73, 114, 120,  
 123, 176, 177, 179–181, 196, 271, 272, 278,  
 297, 329

### C

- Caesar (Gaius Iulius Caesar) 187  
 Caracalla (Marcus Aurelius Severus Antoninus –  
 Kaiser) 35, 114, 282, 283, 319, 323, 324  
 Cassius (Gaius Cassius Longinus – Jurist) 35,  
 202  
 Cato Licinianus (Marcus Porcius Cato  
 Licianus) 255  
 Cato maior (Marcus Porcius Cato) 255  
 Celsus (Publius Iuventius Celsus – Jurist) 35,  
 128, 131, 132, 163, 256, 301, 302

- Cicero (Marcus Tullius Cicero) 302, 304  
 Claudius (Tiberius Claudius Caesar Augustus  
 Germanicus – Kaiser) 178

### D

- Diokletian (Marcus Aurelius Gaius Valerius  
 Diocletianus – Kaiser) 18, 33, 36, 37  
 Domitian (Titus Flavius Domitianus – Kaiser)  
 187

### E

- Elagabal (Marcus Aurelius Antoninus – Kaiser)  
 35

### G

- Gaius (Jurist) 22, 23, 35, 41, 55, 59, 85, 95, 142,  
 144, 146, 151, 157, 159, 171, 173, 174, 216, 241,  
 243, 254, 258, 269, 272, 275, 310

### H

- Hadrian (Publius Aelius Hadrianus – Kaiser)  
 18, 34, 35, 41, 71, 73, 95, 131, 132, 149, 150,  
 167, 192–194, 222, 235, 294, 295, 297, 330

### J

- Javolen (Gaius Octavius Tadius Tossianus  
 Lucius Iavolenus Priscus – Jurist) 35  
 Julian (Lucius Octavius Cornelius Publius  
 Salvius Iulianus Aemilianus – Jurist) 34, 35,  
 71, 158, 179, 183, 192, 193, 202, 203, 213, 220,  
 222, 227, 228, 253, 269, 270, 301  
 Julius Nepos (Kaiser) 36

Justinian I. (Flavius Petrus Sabbatius

Iustinianus – Kaiser) 17, 19, 21, 22, 29, 35,  
37, 81, 114, 180, 298

## K

Karthago 32

Kaser, Max 22, 25

Konstantin I. (Flavius Valerius Constantinus –  
Kaiser) 29, 36, 37

## L

Labeo (Marcus Antistius Labeo – Jurist) 35,  
307

Livius (Titus Livius) 31

Lucius Lentulus 181

Lucius Licinius Crassus 303

## M

Macer (Aemilius Macer – Jurist) 193

Marcellus (Ulpius Marcellus – Jurist) 35, 118,  
321, 322

Marcian (Aelius Marcianus – Jurist) 230, 319

Mark Aurel (Marcus Aurelius Antoninus

Augustus – Kaiser) 35, 78, 314, 320–322

Mauretanien 16

Maximian (Marcus Aurelius Valerius

Maximianus – Kaiser) 36

Modestinus (Herennius Modestinus – Jurist)

35, 65, 284

## N

Neratius (Lucius Neratius Priscus – Jurist) 35,  
253

Nero (Nero Claudius Caesar Augustus

Germanicus – Kaiser) 268, 286

Nerva (Marcus Cocceius Nerva – Jurist) 35,

132, 187, 244, 245, 247, 248

## O

Oktavian *siehe* Augustus

## P

Papinian (Aemilius Papinianus – Jurist) 35, 43,  
119, 164, 184, 185, 194, 280, 314, 317

Paulus (Iulius Paulus – Jurist) 35, 68, 80, 89,

112, 182, 188, 195, 204, 235, 279, 316, 324

Pomponius (Sextus Pomponius – Jurist) 35,

90, 249

Proculus (Sempronius Proculus – Jurist) 35,

130, 201, 306, 307

## Q

Quintus Mucius (Quintus Mucius Scaevola –  
Jurist) 252, 303

## R

Rabel, Ernst 55, 143

Rom 27, 30–32, 34, 39, 107

## S

Sabinus (Masurius Sabinus – Jurist) 35, 163,  
164, 201, 202, 268, 319

Scaevola (Quintus Cervidius Scaevola – Jurist)

35, 208, 281, 315

Schulz, Fritz 25 

Septimius Severus (Lucius Septimius Severus

Pertinax – Kaiser) 34, 35, 282, 283, 319, 323,  
324

Sulla (Lucius Cornelius Sulla Felix) 32, 161, 177

## T

Tiberius (Tiberius Iulius Caesar Augustus –  
Kaiser) 178

Titus (Titus Flavius Vespasianus – Kaiser) 187

Trajan (Marcus Ulpius Traianus – Kaiser) 35,

132, 180, 187

Trebatius Testa (Gaius Trebatius Testa – Jurist)

181

Tryphonin (Claudius Tryphoninus – Jurist) 227

**U**

Ulpian (Domitius Ulpianus – Jurist) 35, 38, 42,  
59, 67, 79, 98, 130, 133, 137, 153–155, 189, 190,  
192, 223, 232, 257, 305

**V**

Vespasian (Titus Flavius Vespasianus – Kaiser)  
42, 288



## Sachregister

### A

actio 99  
 actio ex testamento 242, 243  
 actio furti 83  
 actio iniuriarum 84  
 actiones poenales *siehe* Strafklagen  
 aditio hereditatis *siehe* Erbschaftsantritt  
 Adoption 64  
 adulterium *siehe* Ehebruch  
 aequitas (Billigkeit) 39, 68, 219, 223, 225, 287, 322  
 aerarium populi Romani *siehe* Staatskasse  
 agere per formulas *siehe* Formularverfahren  
 agnatische Verwandtschaft 57, 58, 66, 77, 82, 148  
 agnatus proximus (gradnächster Verwandter) 47, 48, 56, 58, 59, 66, 71, 75, 77, 82, 106, 303  
 Aktionentransfer 287, 290, 291, 294  
 Alleinerbe 154, 163, 280, 315  
 ambiguitas (Mehrdeutigkeit) 302  
 Antrag auf Erteilung der bonorum possessio 61, 77, 80, 98, 109, 167, 169, 174, 216, 220, 226, 234, 297  
 Antrag der Erbschaftsgläubiger 96, 101  
 Antragsberechtigte *siehe* Antrag auf Erteilung der bonorum possessio  
 Antrittsgesetz *siehe* lex de imperio  
 Antrittszwang 290, 293, 294  
 Anwachsung 87, 88, 90, 120, 215, 216  
 appellatio *siehe* Berufungsverfahren  
 Arglist (dolus) 129, 172, 175  
 auctoritas des Vormunds *siehe* Zustimmung des Vormunds

auctoritas patrum 41  
 auctoritas prudentium 43  
 Aufhebung des Testaments 165, 228  
 Auflage (modus) 247, 250  
 Augusteische Ehegesetze *siehe* Ehegesetzgebung  
 Auslegung (interpretatio) 89, 90, 138, 165, 185, 227, 283, 299, 304, 311, 328  
 Ausschlagen 79  
 Außenerbe (heres extraneus) 91, 97, 100

### B

Bedingung (condicio) 152, 156, 190, 203, 204, 210, 213, 247, 249, 251, 253, 306  
 benignitas 304, 305, 314, 315, 321, 323  
 Berufungsverfahren (appellatio) 35  
 Billigkeit *siehe* aequitas  
 Blutsverwandtschaft *siehe* kognatische Verwandtschaft  
 bona caduca 236, 294  
 bona fides 93, 94  
 bona vacantia *siehe* erbenloses Vermögen  
 bonorum emptor 101  
 bonorum possessio ab intestato 61, 66, 69, 98, 232  
 bonorum possessio commisso per alium edicto 217  
 bonorum possessio contra tabulas 214, 224, 235  
 bonorum possessio cum re 175  
 bonorum possessio (Nachlassbesitz) 25, 61, 63, 96, 97, 129, 218, 328, 329  
 bonorum possessio secundum tabulas 112, 167, 176, 196, 213, 262  
 bonorum possessio sine re 69, 70

bonorum possessor (Nachlassbesitzer) 99,  
 129–131, 172, 224, 262, 287  
 Bösgläubigkeit 96, 133, 138  
 Brief (epistula) 42  
 Bürger III, 160, 161, 168  
 Bürgerkrieg 32  
 Bürgerrecht 17, 39, 42, 50, 160, 169, 273  
 Bürgerschaft (fideiussio) 101

**C**

caducum 112, 113, 117  
 caelibes *siehe* Unverheiratete  
 capacitas *siehe* Erwerbsfähigkeit  
 capitis deminutio 56, 64  
 capitis deminutio maxima 160, 169, 170  
 capitis deminutio minima 66  
 causa Curiana 302  
 cautio (Kautio) 248, 263, 265  
 cautio legatorum servandorum causa 263  
 cautio Muciana 252, 253  
 Christentum 36  
 civitas *siehe* Gemeinde  
 Codex Iustinianus 18, 20  
 codicilli *siehe* Kodizill  
 coemptio 148, 149  
 cognitio extra ordinem 44, 138, 179, 195, 297  
 collatio bonorum 218, 219, 223  
 condemnatio 99  
 condemnatio pecuniaria 128, 242  
 condicio *siehe* Bedingung  
 coniunctio 89, 90  
 consanguinitas 56, 60, 75  
 consilium (kaiserlicher Rat) 35, 181  
 consortium *siehe* Miterbengemeinschaft  
 constitutio *siehe* Konstitution  
 constitutio Antoniniana 42  
 conubium 50  
 Corpus iuris civilis *siehe* Kompilation  
 Justinian  
 cretio *siehe* Erbschaftsannahme

**D**

Damnationslegat (legatum per damnationem)  
 241, 246  
 damnum iniuria datum 84  
 decretum (Urteil) 43, 235  
 denuntiatio litis 134, 138  
 Dienstanweisung (mandatum) 186, 187  
 dies cedens 249, 250, 252, 253  
 dies certus 249  
 dies incertus 249  
 dies veniens 249, 253, 264  
 Digesten (Digesta) 18, 20, 21, 37  
 dolus *siehe* Arglist  
 dos *siehe* Mitgift  
 Dreikinderrecht 73, 108, 117, 150  
 Duldungslegat (legatum sinendi modo) 243,  
 246

**E**

edictum de legatis praestandis 224, 235  
 edictum (Edikt) 32, 42, 61, 178, 228, 330  
 edictum perpetuum 34, 222  
 Edikt *siehe* edictum  
 Ehebruch (adulterium) III  
 Ehefrau 59, 67  
 Ehegatten 116  
 Ehegattenerbrecht 67, 115  
 Ehegesetzgebung 73, 108, III, 117, 120, 149,  
 237, 270  
 Ehegewalt (manus) 59, 148  
 Ehemann 53  
 Ehe (matrimonium) 38, 50, 53, 65, 67, 74  
 Ehepflicht III, 270  
 Eheverbot III  
 Eigentum 23, 85, 93, 124, 143, 164, 241  
 Einzelfideikommiss 292, 324  
 emancipatio 52, 54, 55, 62, 66, 82, 143, 209  
 emancipatus *siehe* emanzipierter Sohn  
 emanzipierter Sohn (emancipatus) 63, 71, 72,  
 214, 218, 222, 223, 225, 234

- Enkel 48, 52, 54, 72, 206, 209, 210  
 Enterbung (exhereditatio) 199, 212  
 epistula *siehe* Brief  
 Erbe (heres) 150, 151, 156, 284, 285  
 Erbeinsetzung (institutio heredis) 24, 150–152,  
 162, 167, 184, 190, 228, 237, 301  
 Erbenhaftung 87, 95, 104, 120, 134, 284, 287,  
 290, 291  
 erbenloses Vermögen (bona vacantia) 162, 277  
 Erbenlosigkeit 97, 98, 110  
 Erbfähigkeit 105  
 Erblasser 23, 57, 74, 145, 155, 185, 230, 300, 303,  
 310  
 Erbquote 220, 221, 281  
 Erbschaft 154  
 Erbschaftsanfall 91  
 Erbschaftsannahme (cretio) 92, 109  
 Erbschaftsanteil 87  
 Erbschaftsantritt (aditio hereditatis) 80, 92, 96,  
 97, 101, 106, 107, 249  
 Erbschaftsausschlagung 92, 97, 100, 103, 166,  
 264, 288  
 Erbschaftsersitzung 93–95  
 Erbschaftserwerb 23, 85, 91, 96, 120  
 Erbschaftsfideikommiss 279, 289  
 Erbschaftsgläubiger 95, 96, 98, 100–102, 120,  
 233, 283, 287, 291  
 Erbschaftsklage 123, 126, 129, 130, 134, 137, 139,  
 172  
 Erbschaftsschulden 87, 105, 291  
 Erbschaftsteuer (lex Iulia de vicesima  
 hereditatum) 176, 177, 329  
 Erbschaftsteilung 86  
 Erbteil 88–90, 112, 227  
 Erbnunwürdigkeit (indignitas) 117–120, 175,  
 236, 321  
 Ersatzerbe (substitutio) 155, 157–159, 179, 202  
 Ersitzung der Erbenstellung *siehe*  
 Erbschaftsersitzung  
 Erwerbsfähigkeit (capacitas) 112–116, 274  
 Erwerbsunfähigkeit (incapacitas) 114, 116  
 Erwerbswürdigkeit 111  
 exceptio doli *siehe* Arglist  
 exhereditatio *siehe* Enterbung
- F**  
 falsa causa 310  
 falsa demonstratio non nocet  
 (Fehlbezeichnung) 307, 310, 312  
 Fälschungsschutz 176  
 Falzidische Quart *siehe* lex Falcidia  
 familiae emptor 144  
 Familienerbrecht 47, 199  
 Familienfideikommiss 282  
 favor testamenti 315  
 Fehlbezeichnung *siehe* falsa demonstratio non  
 nocet  
 Fideikommiss 25, 180–182, 185, 270, 271, 312,  
 319, 329  
 Fideikommissar 278, 284, 285, 293  
 fideiussio *siehe* Bürgschaft  
 Fiktion 99, 100, 131, 161, 251  
 filia familias *siehe* Haustochter  
 filius familias *siehe* Haussohn  
 fiscus *siehe* Fiskus  
 Fiskalprozess 137  
 Fiskus (fiscus) 114, 117, 118, 132, 138, 162, 177,  
 269, 277, 288, 294, 295, 297, 321, 322  
 Form (Formlosigkeit, Formstrenge) 142, 144,  
 151, 153, 160, 164, 166, 171, 173, 174, 179, 182,  
 186, 187, 190, 194, 196, 237, 246, 254, 267,  
 269, 271, 272, 296, 298, 300, 302, 311, 313,  
 326, 328, 329  
 Formularverfahren (agere per formulas) 123,  
 126, 128, 138  
 fraus legi *siehe* Gesetzesumgehung  
 Frau (Stellung der) 58, 73, 106, 108, 147, 148,  
 173  
 Freiheit 108, 160, 169

Freilassung 27, 54, 86, 103, 110, 141, 143, 235,  
258

Fremdenprätor *siehe* praetor peregrinus  
furiosus *siehe* Geisteskranker

## G

Gaius' Institutionen 22, 23, 25, 298  
Geisteskranker (furiosus) 160, 168, 170  
Geldkondemnation *siehe* condemnatio  
pecuniaria  
Gemeinde (civitas) 39, 48  
gens *siehe* Gentilen  
Gentilen (gens) 60, 61, 106  
Gesamtrechtsnachfolge *siehe*  
Universalsukzession  
Gesetzesumgehung (fraus legis) 296  
gesetzliche Verwandtschaft *siehe* agnatische  
Verwandtschaft  
gewaltfreie Frau 48, 67, 106, 147, 150  
Gewaltunterworfenene 49, 55, 109, 216  
Gewaltverhältnis 51  
Gläubiger 87  
gradnächster Verwandter *siehe* agnatus  
proximus  
Großmutter 73  
Großvater 49, 53, 54, 57, 63, 72, 210, 223, 317

## H

Handlungsfähigkeit *siehe* Rechtsfähigkeit  
Hauserbe (heres suus) 24, 51, 62, 71, 85, 87, 91,  
100, 103, 217  
Hausgewalt *siehe* patria potestas  
Hauskind 49–51, 55, 56, 81, 103, 109, 147, 168,  
273  
Hauskult 94  
Haussohn (filius familias) 48, 51, 53, 54, 58, 202,  
208, 226  
Haustochter (filia familias) 53, 58, 206  
Hausvater (pater familias) 48, 50, 51, 56, 109,  
160

heimliches Fideikommiss 296, 297  
Herausgabeklage des Eigentümers (rei  
vindicatio) 241  
hereditas petitio *siehe* Erbschaftsklage  
hereditas iacens (ruhende Erbschaft) 93  
heres *siehe* Erbe  
heres extraneus *siehe* Außenerbe  
heres necessarius *siehe* Zwangserbe  
heres suus *siehe* Hauserbe  
humanitas 304–306, 316, 322

## I

imperium proconsulare 33, 42  
incapacitas *siehe* Erwerbsunfähigkeit  
indignitas *siehe* Erbnwürdigkeit  
indignus *siehe* Erbnwürdigkeit  
institutio ex certa re 163, 189, 318, 319  
institutio heredis *siehe* Erbeinsetzung  
Institutionen des Gaius *siehe* Gaius'  
Institutionen  
intentio 99  
interdictum quod legatorum 262  
Interdikt 129, 130, 262, 263  
interlocutio *siehe* Zwischenbescheid  
Interpolationenkritik 21  
interpretatio *siehe* Auslegung  
Intestaterbfolge 23, 47, 48, 53, 57–59, 61, 143,  
158, 166, 183, 227, 231, 276, 277, 327  
iudex *siehe* Richter  
ius agendi cum senatu 41  
ius antiquum 76, 77, 80, 328  
ius civile 39, 40, 43, 59, 69, 82, 142, 166, 170,  
179, 199, 254, 295, 318, 324, 325, 328  
ius gentium 39  
ius honorarium *siehe* ius praetorium  
ius liberorum *siehe* Dreikinderrecht  
ius naturale 38  
ius novum 41, 44, 76, 77, 111, 180, 181, 272, 295,  
312, 318, 324, 325, 328

ius praetorium 40, 44, 61, 69, 82, 98, 123, 170,  
179, 212, 214, 229, 262, 267, 312  
ius Quiritium 39, 124, 126, 127, 145, 240, 241  
ius respondendi *siehe* Respondierrecht  
ius singulare 194, 195, 326–328, 330  
ius trium liberorum *siehe* Dreikinderrecht

**J**

Juristen 19, 26, 32, 34, 36, 37, 146, 181, 298, 304,  
329, 330  
Juristenschriften 18, 26, 37

**K**

Kaiser *siehe* princeps  
kaiserliche Kanzlei 36, 42  
kaiserliche Rechtsetzung *siehe* ius novum  
kaiserlicher Rat *siehe* consilium  
Kautelarjurisprudenz 146, 238, 252, 329  
Kautelarpraxis 150, 158, 185, 208  
Kaution *siehe* cautio  
Kinderlose (orbi) 112, 114, 269, 274, 294, 297  
Klageformel 32, 127  
Klassen von Intestaterben 62  
– unde cognati 64, 66, 73, 75  
– unde legitimi 63, 73, 77, 80  
– unde liberi 62, 73  
– unde vir et uxor 68  
Kodizillarklausel 186  
Kodizill (codicilli) 180, 182, 186, 194, 279, 301,  
312, 315  
kognatische Verwandtschaft (natürliche  
Verwandtschaft) 64–66, 75, 77, 82, 226, 237  
Kompilation Justinians 18, 19, 22, 37  
Kompilatoren 20, 21  
Konstitution (constitutio) 18, 41, 43  
Konsul 41, 272  
Kriegsgefangenschaft 160–162

**L**

Legatar (Vermächtnisnehmer) 239, 242, 243,  
249, 250, 253, 264, 275, 291, 321  
legatum per damnationem *siehe*  
Damnationslegat  
legatum per praeceptionem *siehe*  
Präzeptionslegat  
legatum per vindicationem *siehe*  
Vindikationslegat  
legatum sinendi modo *siehe* Duldungslegat  
Legat (Vermächtnis) 23, 50, 141, 142, 224, 228,  
239, 240, 274, 308, 310, 330  
leges Liciniae Sextiae 31  
Legisaktionenverfahren 123, 124, 139  
lex 43  
lex Atilia 107, 108  
lex Claudia 107  
lex Cornelia 148, 161, 162, 178  
lex Cornelia de falsis 177  
lex Cornelia de iurisdictione 32  
lex Cornelia testamentaria nummaria 177  
lex de imperio (Antrittsgesetz) 42  
lex duodecim tabularum *siehe* Zwölf Tafelgesetz  
lex Falcidia 259, 261, 289, 319, 329  
lex Furia 258  
lex Iulia de adulteriis coercendis III  
lex Iulia de maritandis ordinibus III, 270  
lex Iulia de vicesima hereditatum  
(Erbschaftssteuer) 329  
lex Iulia et Papia 108, 112, 114, 116, 166, 177,  
269, 274, 294, 329  
lex Iulia et Titia 107, 108  
lex Iunia Vellaea 210, 212  
lex Papia Poppaea nuptialis III  
lex regia 42  
lex Voconia 259  
Libralakt *siehe* Manzipation

**M**

mancipatio *siehe* Manzipation

mandatum *siehe* Dienstanweisung  
 manus *siehe* Ehegewalt  
 Manzipation 54, 143, 145, 148, 151, 170, 196  
 Manzipationsritual 200  
 Manzipationstestament (testamentum per aes  
 et libram) 143–145, 153, 166, 167, 299, 302  
 mater familias *siehe* gewaltfreie Frau  
 matrimonium *siehe* Ehe  
 Mehrdeutigkeit *siehe* ambiguitas  
 Miterben 88, 89, 113, 153, 163, 233  
 Miterbengemeinschaft (consortium) 85, 328  
 Mitgift (dos) 67  
 modus *siehe* Auflage  
 Mündigkeit (pubertas) 156, 157, 159, 280  
 Mutter 73, 78, 281

## N

nachgeborenes Hauskind *siehe* postumus  
 Nachlassbesitz *siehe* bonorum possessio  
 Nachlassbesitzer *siehe* bonorum possessor  
 natürliche Verwandtschaft *siehe* kognatische  
 Verwandtschaft  
 nemo pro parte testatus 84, 87, 155, 189, 227  
 Nicht Römer 40, 50  
 nova clausula Iuliani 63, 71, 72, 82, 222, 224,  
 330  
 Novellae *siehe* Novellen  
 Novellen (Novellae) 18  
 nuncupatio *siehe* Manzipation

## O

oratio principis 41  
 orbi *siehe* Kinderlose

## P

pactum 87  
 Pandectae *siehe* Digesten  
 partitio legata *siehe* Teilungsvermächtnis  
 Passivlegitimation 128  
 pater familias *siehe* Hausvater

patria potestas 49, 50, 59  
 pietas 229, 317, 318  
 plebiscitum *siehe* Plebiszit  
 Plebiszit (plebiscitum) 43  
 plus nuncupatum quam scriptum 300, 312, 314  
 pontifex *siehe* Priester  
 postliminium 160  
 postumus (nachgeborenes Hauskind) 207, 208,  
 212, 303  
 praefectus praetorio 35  
 praeses provinciae (Statthalter in der Provinz)  
 32, 33, 44  
 praeterire 200, 203, 209–211, 214, 226, 234  
 praetor 30–32, 34, 40, 41, 44, 61, 96, 125, 176,  
 248, 328  
 praetor fideicommissarius 271, 272  
 praetor peregrinus (Fremdenprätör) 32  
 praetor urbanus (Stadtprätör) 31, 32  
 Prätör *siehe* praetor  
 prätorisches Recht *siehe* ius praetorium  
 Präzeptionslegat 245, 246, 268, 269  
 Priester 30  
 princeps (Kaiser) 33, 34, 41, 44, 132, 195  
 principium 20  
 Prinzipat 29, 33, 36, 41, 44, 59, 329  
 Proculianer (Rechtsschule) 201, 246, 269  
 Provinz 32, 33, 107, 232  
 Prozesswette 124, 126  
 pubertas *siehe* Mündigkeit  
 Punische Kriege 32  
 Pupillarsubstitution (substitutio pupillaris) 156,  
 158, 303, 315

## Q

quaestio perpetua 177  
 quanti ea res est 138  
 querela inofficiosi testamenti 229, 236, 237

## R

Rechtsfähigkeit 105, 169

## Sachregister

Rechtsgutachten (responsum) 34  
 Rechtsnachfolger 98, 108  
 Rechtsschichten 26–28, 37, 41, 45, 81, 110, 138,  
 182, 186, 196, 237, 298, 326–328, 330  
 regula Catoniana 255, 257, 330  
 rei vindicatio *siehe* Herausgabeklage des  
 Eigentümers  
 Repräsentationsprinzip 52, 222  
 Republik 29, 31, 41, 44, 107, 330  
 rescriptum *siehe* Reskript  
 Reskript (rescriptum) 35, 42, 87, 118, 172, 192,  
 215, 216, 283, 314  
 res Mancipi 55  
 Respondierrecht 34, 43  
 responsum *siehe* Rechtsgutachten  
 Richter 31, 99, 127, 204, 232  
 ruhende Erbschaft *siehe* hereditas iacens

**S**

Sabinianer (Rechtsschule) 201, 269  
 satisfactio *siehe* Sicherheitsleistung  
 semel heres, semper heres 152, 190, 278  
 Senat 32, 41, 119  
 Senatsbeschluss *siehe* senatusconsultum  
 senatusconsultum 34, 41, 43, 82, 95, 149, 150,  
 257, 295, 328, 329  
 senatusconsultum Iuventianum 131, 138, 195,  
 327, 330  
 senatusconsultum Libonianum 178, 179  
 senatusconsultum Neronianum 176, 241, 267,  
 269  
 senatusconsultum Orfitianum 78–80, 331  
 senatusconsultum Pegasianum 288, 294  
 senatusconsultum Plancianum 297  
 senatusconsultum Tertullianum 73, 75, 76,  
 315, 331  
 senatusconsultum Trebellianum 286, 288, 289  
 separatio bonorum 102, 105  
 Sicherheitsleistung (satisfactio) 101, 263  
 Siegel 166, 170, 176, 178

Sklave 49, 55, 103, 104, 110, 161, 273  
 societas ercto non cito 85  
 Soldatentestament 24, 180, 186, 194, 312, 316  
 Spätantike 29  
 Sponsionsverfahren 124, 126  
 Staatskasse (aerarium populi Romani) 114, 118,  
 294  
 Stadtprätor *siehe* praetor urbanus  
 Stammesprinzip 52, 53, 58, 72  
 Statthalter in der Provinz *siehe* praeses  
 provinciae (Statthalter in der Provinz)  
 Stipulation 101, 253, 263, 285, 287, 291  
 Strafklagen (actiones poenales) 83  
 Straflegat 254  
 subscriptio 43  
 substitutio *siehe* Ersatzerbe  
 substitutio pupillaris *siehe* Pupillarsubstitution  
 Surrogation 134  
 suus heres *siehe* Hauserbe

**T**

Teilungsvermächtnis (partitio legata) 291  
 Teilunwirksamkeit des Testaments 321  
 Teilwirksamkeit des Testaments 224  
 testamentarische Vormundschaft *siehe* tutela  
 testamenti factio *siehe* Testierfähigkeit  
 Testamentserbe 84, 172, 183, 202, 217, 232, 277  
 Testamentserbfolge 227  
 Testamenterrichtung 147, 150, 166, 168, 185,  
 201  
 Testamentsurkunde 170, 189, 200, 226, 300,  
 301  
 Testament (testamentum) 15, 119, 141, 144  
 testamentum *siehe* Testament  
 testamentum calatis comitiis 142  
 testamentum in procinctu 142  
 testamentum militis *siehe* Soldatentestament  
 testamentum paganorum 186  
 testamentum per aes et libram *siehe*  
 Manzipationstestament

Testierfähigkeit 147, 167, 174, 273, 329  
 Testierfreiheit 142, 199, 237, 260, 262  
 tribunicia potestas *siehe* Volkstribun  
 tutela mulieris (Vormundschaft über die Frau)  
     108  
 tutela (Vormundschaft) 105–107, 147, 148  
 tutor *siehe* Vormund

**U**

Überschuldung der Erbschaft 103, 293  
 Übertragung der Klagen *siehe* Aktionentransfer  
 unde *siehe* Klassen von Intestaterben  
 Universalfideikommiss 279, 324  
 Universalsukzession (Gesamtrechtsnachfolge)  
     83, 86, 163  
 Unmündige 158, 159, 168  
 Unverheiratete (caelibes) 112, 114, 269, 274,  
     294, 297  
 Unwirksamkeit des Testaments 160, 170, 179,  
     185, 186, 196, 201, 207, 226, 228, 231  
 Urteil *siehe* decretum  
 usucapio pro herede *siehe* Erbschaftsersitzung

**V**

väterliche Gewalt *siehe* patria potestas  
 venditio bonorum *siehe* Zwangsverkauf der  
     Erbschaft  
 venditio hereditatis 285  
 Verfahren apud iudicem 31  
 Verfahren in iure 31  
 Verlust der Testierfähigkeit 160  
 Vermächtnis *siehe* Legat  
 Vermächtnisnehmer *siehe* Legatar  
 Vermögensunfähigkeit *siehe* patria potestas  
 vindicatio caducorum 114, 118, 119, 131, 137, 138  
 Vindikation *siehe* Herausgabeklage des  
     Eigentümers  
 Vindikationslegat (legatum per vindicationem)  
     240, 241, 246, 267, 269  
 Volkstribun 30, 33, 41

voluntatis quaestio 302  
 Vormund 107, 108, 149, 173  
 Vormundschaft *siehe* tutela  
 Vormundschaft über die Frau *siehe* tutela  
     mulieris

**W**

Waagehalter 145, 171  
 Wachstäfelchen 15, 144, 170  
 Widerruf des Testaments 164, 174, 188  
 Wiederheirat 111, 270  
 Witwe 67

**Z**

Zeuge 141, 145, 150, 153, 168, 171, 177, 178, 300  
 Zustimmung des Vormunds (auctoritas des  
     Vormunds) 106, 147, 174  
 Zwangserbe (heres necessarius) 91, 103, 104  
 Zwangserbe (necessarius) 103  
 Zwangsverkauf der Erbschaft (venditio  
     bonorum) 100, 103, 104, 283  
 Zwischenbescheid (interlocutio) 43  
 Zwölf Tafelgesetz (lex duodecim tabularum) 30,  
     32, 47, 48, 55–57, 60, 81, 86, 87, 106, 141,  
     147, 258, 327, 329