

Pflicht und Freiheit des Erblassers: Pflichtteil und Wahnsinnsfiktion im klassischen römischen Erbrecht

Harke, Jan Dirk

Veröffentlichungsversion / Published Version

Monographie / monograph

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Harke, J. D. (2023). *Pflicht und Freiheit des Erblassers: Pflichtteil und Wahnsinnsfiktion im klassischen römischen Erbrecht*. Frankfurt am Main: Campus Verlag. <https://doi.org/10.12907/978-3-593-45493-1>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-SA Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-SA Licence (Attribution-NonCommercial-ShareAlike). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0>

Jan Dirk Harke
*Pflicht und Freiheit
des Erblassers*
Pflichtteil und
Wahnsinnsfiktion
im klassischen
römischen Erbrecht



STRUKTURWANDEL
DES EIGENTUMS

campus

Pflicht und Freiheit des Erblassers

Strukturwandel des Eigentums

Herausgegeben von Silke van Dyk, Tilman Reitz und Hartmut Rosa

Band 1

Jan Dirk Harke ist Professor für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte an der Universität Jena und Richter am Thüringer Oberlandesgericht.

Jan Dirk Harke

Pflicht und Freiheit des Erblassers

Pflichtteil und Wahnsinnsfiktion
im klassischen römischen Erbrecht

Campus Verlag
Frankfurt/New York

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Der Text dieser Publikation wird unter der Lizenz »Creative Commons Namensnennung-Nicht-kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International« (CC BY-NC-SA 4.0) veröffentlicht.

Den vollständigen Lizenztext finden Sie unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.de>



Verwertung, die den Rahmen der CC BY-NC-SA 4.0 Lizenz überschreitet, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig.

Die in diesem Werk enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Quellenangabe/Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

ISBN 978-3-593-51767-4 Print

ISBN 978-3-593-45493-1 E-Book (PDF)

DOI 10.12907/978-3-593-45493-1

Copyright © 2023. Alle Rechte bei Campus Verlag GmbH, Frankfurt am Main.

Umschlaggestaltung: Campus Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Satz: le-tex xerif

Gesetzt aus der Alegreya

Druck und Bindung: Beltz Grafische Betriebe GmbH, Bad Langensalza

Beltz Grafische Betriebe ist ein klimaneutrales Unternehmen (ID 15985–2104-1001).

Printed in Germany

www.campus.de

Inhalt

Reihenvorwort	7
Vorwort	9
Römisches Erb- und Pflichtteilsrecht	11
I. Eigentum und Testierfreiheit	11
II. Gesetzliche Erbfolge und <i>querela inofficiosi testamenti</i>	16
Das Phänomen	23
I. Ein Scheinargument	23
II. Der wahre Grund: eine <i>lex tacita</i>	29
Ein Erbe der Rhetorik?	41
I. Ein Allerweltsargument	41
II. Doch eine juristische Argumentation	47
Eine Folge des Verfahrens?	59
I. Eine Argumentation für hundert Männer?	59
II. Vorfrage oder Hauptverfahrensgegenstand?	65
Weitere Erklärungsansätze	91
I. Pietät gegenüber dem pietätlosen Erblasser?	91
II. Eine Frage der Beweislast?	100
Die Reichweite der Querel	107
I. Der prozessuale Aspekt: die Rechtskraft	107
II. Das materielle Problem	116

Die Freiheit des Eigentümers und ihre Grenzen	139
I. Testierfreiheit und Sittenverstoß	139
II. Eine Aus- und Rückwirkung: Die <i>querela inofficiosae donationis</i> ..	149
Fazit	161
Anhang	167
Die Ordnung des ulpianischen Ediktskommentars	167
Literatur	191
Verzeichnis der juristischen Quellen	193

Reihenvorwort

Eigentum ist eine weithin unhinterfragte institutionelle Grundlage der gegenwärtigen Welt- und Wirtschaftsordnung. Zugleich wird Eigentum im frühen 21. Jahrhundert in nahezu allen seinen Erscheinungsformen und Ausprägungen zunehmend herausgefordert und ist politisch umkämpft wie kaum je zuvor. Fraglich geworden ist es nicht nur, weil die forcierte globale Durchsetzung des Privateigentums nach dem Zusammenbruch des Staatssozialismus am Ende des 20. Jahrhunderts eine gravierende Zunahme der Ungleichheit in Eigentums- und Vermögensverteilungen hervorgebracht hat, sondern auch, weil die bewährten Eigentumsformen inzwischen in vielen Bereichen für ökologische Nachhaltigkeit und selbst für das ökonomische Wachstum dysfunktional geworden sind. Damit ist die Bedeutung dessen, was es heißt, Eigentümer einer Sache (z.B. einer Wohnung, eines Waldes, eines Aktienanteils) zu sein, in Bewegung geraten. Fraglich geworden ist es aber auch durch neue technische Entwicklungen, insbesondere Digitalisierungsprozesse: An die Stelle knapper materieller Güter scheinen nun unbegrenzt teilbare und zugängliche Dinge zu treten, wodurch ganz neue Fragen des geistigen Eigentums, der Urheber- und Patentrechte etc. aufgeworfen werden. Politisch und kulturell umkämpft ist schließlich auch, was sich überhaupt dazu eignet, eigentumsförmig organisiert zu sein: Kunstwerke? Menschliche Organe? DNA-Sequenzen? Rohstoffe? Algorithmen? Wälder? Wasser? Weltmeere? Asteroide? Welche Alternativen zum Privateigentum sind beobachtbar, welche neuen Eigentumsarrangements bilden sich heraus, welche Alternativen zur eigentumsförmigen Ordnung der Gesellschaft überhaupt sind denkbar?

Die vorliegende Schriftenreihe geht aus dem von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) geförderten Sonderforschungsbereich 294 »Strukturwandel des Eigentums« mit Schwerpunkt an den Universitäten

Jena und Erfurt hervor. Sie ist der systematischen, interdisziplinären Erforschung des skizzierten Themengebiets gewidmet und sucht herausragende wissenschaftliche Arbeiten zu Geschichte, Gegenwart und Zukunft des Eigentums zu versammeln.

Vorwort

Die vorliegende Schrift ist aus einem Vortrag hervorgegangen, den ich auf einer Sitzung unserer Arbeitsgruppe im Rahmen des von der DFG geförderten Sonderforschungsbereichs 294 »Strukturwandel des Eigentums« Anfang Juni 2022 in Neudietendorf gehalten habe. Thema des Workshops waren Ansichten des »guten Eigentümers«. Da ich mich in unserem Teilprojekt mit dem historischen Zusammenhang von Eigentum und Erbrecht befasste, lag es nahe, mich mit dem »guten« Erblasser und seinen Widerpart, dem »schlechten« Testator, zu beschäftigen. So stieß ich unwillkürlich auf die Anfechtung eines pflichtwidrigen Testaments in Rom und deren hervorstechendes Merkmal, nämlich die Fiktion, dass ein Erblasser, der grundlos seine nächsten Verwandten enterbt, als geisteskrank galt.

Nach meinem Vortrag entspann sich eine außerordentlich fruchtbare Diskussion. Unter den dabei geäußerten Ideen möchte ich vor allem den Gedanken hervorheben, den mein Kollege *Jörg Rüpke* hatte. Um den Rekurs auf die vermeintliche *insania* des Erblassers zu erklären, wies er darauf hin, dass die *pietas*, deren Verletzung sich ein Erblasser vorhalten lassen musste, wenn er seine Verwandten enterbte, auch diese selbst band. Obwohl ich mich im Ergebnis dagegen entscheide, hierin den ausschlaggebenden Grund für die Unterstellung einer Geisteskrankheit des Erblassers zu sehen, halte ich es doch für eine überaus plausible Erklärung, die den bisherigen Deutungen im rechtshistorischen Schrifttum überlegen und hier bislang bestenfalls angedeutet, aber nicht ausgeführt ist.

Neben Jörg Rüpke möchte ich noch Dirk Schuck danken, der die Sitzung hervorragend organisiert und geleitet hat, ferner den übrigen Mitgliedern der Runde, die im Neudietendorfer Zinzendorfhaus zusammengekommen ist. Die Basis für unsere Arbeit haben natürlich die den Vorstand bildenden Initiatoren des Sonderforschungsbereichs, Silke van Dyk, Tilman

Reitz und Hartmut Rosa, geschaffen, denen ich außer die Möglichkeit zur Beteiligung an diesem großartigen Vorhaben auch für die Aufnahme in diese Schriftenreihe zu Dank verpflichtet bin.

Ich schreibe dieses Vorwort just wieder in Neudietendorf, wohin mich diesmal die Eröffnungstagung unseres ebenfalls von der DFG geförderten Jenaer Graduiertenkollegs »Autonomie heteronomer Texte« führt. Über die zufällige örtliche besteht auch eine inhaltliche Verbindung. Denn die Hauptquelle zur Anfechtung eines pflichtwidrigen Testaments, der maßgebliche Abschnitt aus Ulpian's *libri ad edictum*, ist ein Text, der sich in besonderer Weise zur Erforschung der Struktur der Kommentare der spätklassischen Juristen eignet. Meine Überlegungen hierzu habe ich im Anhang versammelt.

Römisches Erb- und Pflichtteilsrecht

I. Eigentum und Testierfreiheit

Der Begriff des Eigentums als absolutes und exklusives Recht an einer Sache ist dem römischen Recht nicht in die Wiege gelegt. Er ist das Ergebnis einer Entwicklung, die andernorts ihren Ausgang nimmt:

Wie sich an dem zur Zeit des Zwölftafelgesetzes praktizierten Verfahren zur Durchsetzung eines Herausgabeanspruchs ablesen lässt, bedeutet die Behauptung, Eigentümer zu sein, damals bloß, besser berechtigt zu sein als der Gegner. Das Prozedere der einschlägigen *legis actio per sacramentum in rem* sieht vor, dass nicht nur der Kläger, sondern auch der Beklagte geltend machen muss, Eigentümer der umstrittenen Sache zu sein.¹ Der Richter ist in seiner Entscheidung folglich von vornherein darauf festgelegt, einen der beiden Kontrahenten zum Inhaber dieser Rechtsposition zu erklären; er kann die Klage nicht einfach daran scheitern lassen, dass er dem Kläger das Eigentum abspricht, sei es, dass er den Beklagten für den Eigentümer hält, sei es, dass das Recht einem unbeteiligten Dritten zustehen könnte. Wer als Sieger aus dem Prozess hervorgeht, ist zwangsläufig Eigentümer. In einer späteren Auseinandersetzung kann er aber sehr wohl einem Dritten unterlegen sein, der seinerseits dieselbe Rechtsposition in Anspruch nimmt. Die Behauptung und Feststellung des Rechts haben also nur relative Bedeutung und betreffen allein das Verhältnis der Streitparteien.² Erst mit dem im dritten Jahrhundert aufgekommenen Formularprozess existiert ein Verfahren, das ausschließlich an das Eigentum des Klägers anknüpft und dem Richter die Möglichkeit gibt, die Klage einfach deshalb abzuweisen, weil er nicht von

1 Vgl. Gai 4.16.

2 Vgl. Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. 1, S. 124.

der Rechtsbehauptung des Klägers überzeugt ist. Hier erscheint das Eigentum erstmals als absolutes Recht, das nur einem Inhaber und gegenüber allen anderen Rechtsunterworfenen zusteht.³

Älter und wahrscheinlich der Auslöser für diesen Wandel des Eigentumsbegriffs ist die Testierfreiheit. Schon im Zwölftafelgesetz (5.3) findet sich ein Satz, den die spätere Überlieferung wie folgt wiedergibt: »*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*«,⁴ wie jemand über sein Vermögen vermacht hat, so soll es mit seinem Tod Recht sein. Anknüpfungspunkt dieser Regelung ist eine bestimmte Art des römischen Testaments, die zur Zeit des Zwölftafelgesetzes bereits gang und gäbe war. Nachdem man zunächst versucht hatte, eine selbstbestimmte Rechtsnachfolge durch die Adoption zu erreichen,⁵ hatte man das sogenannte »Testament mit Erz und Waage« (*testamentum per aes et libram*) ersonnen, das bis in die byzantinische Zeit hinein die Regelform der letztwilligen Verfügung bleibt. Mit seiner Hilfe überträgt der Erblasser sein Vermögen auf einen Treuhänder, dem er vorgibt, wie er nach seinem Tod mit den hierzu gehörenden Gegenständen verfahren soll. Dabei deutet die Verwendung des Verbs *legare* im Zwölftafelgesetz darauf hin, dass der Erblasser noch zur Zeit der Zwölf Tafeln bloß bestimmte Sachen zuwenden konnte, die später Gegenstand eines *legatum* genannten Vermächtnisses werden.⁶ Erst danach ist man offenbar dazu übergegangen, im Testament auch einen Rechtsnachfolger zu ernennen, der in jeder Hinsicht die Rolle des Erblassers und dessen Vermögen im Ganzen übernimmt. Der in der Mitte des zweiten Jahrhunderts n. Chr. tätige Jurist Gaius beschreibt den Hergang der Testamentserrichtung so:

Gai 2.103 f.

Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. 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; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur. (104) Ea-

3 Vgl. Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. 1, S. 401 f.

4 Vgl. vor allem UE II.14.

5 Vgl. Gai 2.101.

6 Vgl. Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. 1, S. 107 f. Dagegen spricht freilich, dass in der folgenden Bestimmung des Zwölftafelgesetzes (5.4, s. u. S. 16) die gesetzliche Erbfolge davon abhängig gemacht wird, dass jemand ohne Testament verstirbt. Ob sich dieser Zusatz bereits im alten Gesetz fand, ist aber ungewiss.

que res ita agitur: 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 CUSTODELAQUE MEA ESSE AIO, EAQUE, QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPATA; 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.

Die ersten beiden Arten von Testamenten sind außer Übung geraten. Das aber, das mit Erz und Waage errichtet wird, ist beibehalten worden. Es wird allerdings anders vorgenommen als einst. Denn einst stand der Vermögenskäufer, der von dem Erblasser dessen Vermögen übertragen bekommt, an der Stelle eines Erben, und deshalb trug der Erblasser ihm auf, was wem nach seinem Tod gegeben werden sollte. Heute jedoch wird einer im Testament zum Erben eingesetzt, der auch mit Vermächtnissen belastet wird, und ein anderer tritt bloß der Form halber zur Nachahmung des alten Rechts als Vermögenskäufer auf. (104) Und so wird es vollzogen: Wer das Testament errichtet, verfügt, nachdem er die Testamentsurkunde abgefasst hat, wie in anderen Fällen der *mancipatio* im Beisein von fünf Zeugen, die mündig und römische Bürger sind, sowie vor dem Waagenhalter der Form halber über sein Vermögen. Dabei sagt der Vermögenskäufer folgende Worte: »Ich sage, dass dein Vermögen und dein Geld in meiner Treuhand und meinem Gewahrsam sein sollen und von mir nach dem Recht, kraft dessen du dein Testament nach allgemeinem Gesetz errichten kannst, durch dieses Erz und (wie manche hinzufügen) mit dieser Waage gekauft sein sollen.« Darauf schlägt er mit dem Erz gegen die Waage und gibt sie dem Erblasser statt eines Kaufpreises. Danach spricht der Erblasser, indem er die Testamentsurkunde in den Händen hält, wie folgt: »Wie es in diesen Wachstafeln geschrieben steht, so leiste, so vermache, so vererbe ich, und ihr Bürger sollt meine Zeugen sein.« Und dies wird *nuncupatio* genannt. *Nuncupare* heißt nämlich öffentlich erklären; und was er in der Testamentsurkunde einzeln verfügt hat, gilt durch den allgemeinen Ausspruch als öffentlich erklärt und bestätigt.

Man sieht dem Geschäft seine Entstehung an: Es handelt es sich offenbar um einen Streich, den ein bestimmter Erblasser seinen Angehörigen gespielt haben muss und der dann Gegenstand eines allgemeinen Brauchs wurde. Der Erblasser änderte nicht etwa die Rechtsnachfolge, sondern entzog ihr ihren Gegenstand, indem er sich seines Vermögens schon zu Lebzeiten begab. So hohle er die gesetzliche Erbfolge aus, die bis zur Anerkennung des Testa-

ments als eine reguläre Verfügung von Todes wegen zwingend gewesen sein muss.

Damit stellt sich die Frage nach dem Sinn des Zwölftafelsatzes neu: Wie kommt ein Gesetzgeber dazu, eine Geschäftspraxis abzusegnen, die erkennbar Umgehungszweck hat? Die Antwort gibt der Blick auf das Geschäft, das dem *testamentum per aes et libram* zugrunde liegt. Es ist die ebenfalls im Zwölftafelgesetz (6.1) erwähnte *mancipatio*, mit der jemand bestimmte Arten von Sachen, *res mancipi* genannt, veräußern kann. Hierzu zählen Grundstücke, Sklaven, Großvieh und Felddienstbarkeiten, kurz: die Grundbestandteile des bäuerlichen Vermögens. Das Eigentum oder die Inhaberschaft an ihnen wechselt auf dieselbe Weise wie der Nachlass, nämlich durch einen fiktiven Kauf unter Beteiligung von fünf Zeugen und einer weiteren Person, die eine Waage hält. Mit ihr wurde ursprünglich ein aus Metall bestehender Preis⁷ zugewogen.⁸ Später dient sie ebenso wie die Münze, die der Erwerber gegen sie schlägt, als bloßes Symbol der Preiszahlung. Auch den Hergang dieses Rituals finden wir bei Gaius beschrieben:

Gai 1.119

Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.

Die Manzipation ist aber, wie wir schon oben gesagt haben, eine Art von Scheinkauf; auch sie ist eine Einrichtung des den römischen Bürgern eigentümlichen Rechts. Das Geschäft wird folgendermaßen vollzogen: Unter Beiziehung von nicht weniger als fünf erwachsenen römischen Bürgern als Zeugen und einer weiteren Person desselben Status, die eine eiserne Waage hält und Waagenhalter genannt wird, spricht derjenige, der durch die Manzipation erwirbt, indem er die Sache ergreift: »Ich sage und behaupte, dass dieser Sklave nach Zivilrecht mir gehört, und er sei von mir gekauft mit diesem Erz und dieser Waage«. Darauf schlägt er mit dem Erz gegen die Waage und gibt dieses Erz, gleichsam anstelle des Kaufpreises, dem, von dem er durch die Manzipation erwirbt.

Die ungleiche Rollenverteilung enthüllt, dass es sich auch hier anfangs um ein Umgehungsgeschäft handelte: Während der Erwerber sein Eigentum

⁷ Vgl. Gai 1.122.

⁸ Wolf, *Funktion*, S. 116 ff.

nach dem Recht der römischen Bürger geltend macht und damit eben die Behauptung aufstellt, die er auch im Rechtsstreit um eine Sache erheben muss,⁹ bleibt der Veräußerer schweigsam. Er bestreitet nicht, dass der Erwerber Recht hat, wenn er die Sache als eigene bezeichnet, und akzeptiert so, dass diese dem Erwerber schon gehört. So erscheint dessen Eigentum nicht als das Ergebnis eines Transfers, sondern als eine schon vorher vorhandene Rechtsposition.¹⁰ Ist der Rechtswechsel, obwohl eigentlicher Gegenstand des Geschäfts, damit gleichsam verhüllt, kann dies nur daran liegen, dass die *res Mancipi*, zu deren Übertragung die *mancipatio* gedacht ist, eigentlich unveräußerlich waren.¹¹

Etwas anderes galt ersichtlich für gewöhnliche Sachen wie das als Kaufpreis eingesetzte Metall. Wenn der Erwerber nach der Behauptung seines Eigentums bestimmt, dass die Sache mit der ausgewogenen Menge Metalls bezahlt sein soll, kann sich dies nicht auf den Erwerb der *res Mancipi* beziehen. Denn zu dieser ist es, wenn man der Struktur des Rituals folgt, ja gar nicht gekommen. Die Erklärung über den Kaufvertrag kann nur dem Kaufpreis gegolten haben, dessen Verbleib beim Veräußerer gerechtfertigt werden musste.¹²

Gab es damit ursprünglich einen Unterschied zwischen frei übertragbaren und unveräußerlichen Sachen, die zum Kern der bäuerlichen Wirtschaft gehören und daher in der Familie erhalten bleiben sollten, drängte eine simple Überlegung zur Umgehung dieser Restriktion: Warum sollte jemand ohne Weiteres sein Eigentum an kostbaren Sachen beliebiger Art, etwa solchen aus Gold, aufgeben können, nicht aber an *res Mancipi*, obwohl diese zuweilen weniger wert waren als andere Sachen? Die Konsequenz war die Zulassung einer Veräußerung mit Hilfe des kunstvollen Rituals der *mancipatio*, die dann umgehend den nächsten Schritt ins Erbrecht erheischte: Konnte sich jemand aller ihm gehörenden Sachen zu Lebzeiten begeben, durfte man ihm nicht verwehren, dies auch mit Wirkung auf seinen Tod zu tun. Die Testierfreiheit war geboren und nach der Logik ihrer Entstehung unbegrenzt. Ein in der Mitte des zweiten Jahrhunderts tätiger Jurist bezeichnet sie als eine »Befugnis von höchster Reichweite« (*latissima potestas*), die erst nachträglich durch das Recht eingefangen wurde.¹³

9 Gai 4.16.

10 Wolf, *Funktion*, S. 119.

11 Wolf, *Funktion*, S. 124 f.

12 Wolf, *Funktion*, S. 127 f.

13 D 50.16.120 Pomp 5 QM.

Mit Hilfe eines einfachen juristischen Schlussverfahrens wurde ein Institut geschaffen, das in den folgenden Jahrhunderten enorme rechtliche und soziale Bedeutung gewann. Es gab den entscheidenden Impuls für die Ausbildung des klassischen Eigentumsbegriffs. Und es sorgte nicht nur für den Aufbau großer Vermögen, die eine Beschränkung der Erbfolge auf wenige Personen oder gar einen Alleinerben voraussetzte.¹⁴ Die letztwillige Verfügung wurde auch eines der wichtigsten Instrumente, mit dem ein Römer für sein Andenken in der Nachwelt und damit für die eigene Unsterblichkeit sorgen konnte.¹⁵

II. Gesetzliche Erbfolge und *querela inofficiosi testamenti*

Auch die gesetzliche Erbfolge, die nach Anerkennung der Testierfreiheit nur noch als Reserveordnung den Fall eines fehlenden oder unwirksamen Testaments fungiert,¹⁶ ist im Zwölftafelgesetz geregelt. Auf die Bestimmung über das Testament folgt sogleich der Satz (5.4): ›*si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*‹,¹⁷ stirbt jemand, ohne ein gültiges Testament hinterlassen zu haben, wird er, falls keine Hauserben vorhanden sind, von den nächsten Agnaten beerbt, also denjenigen, die im Mannesstamm mit dem Erblasser verwandt sind. Dies sind der Vater des Erblassers und die von ihm abstammenden Geschwister sowie die mannesstämmig verwandten Onkel und Cousins, nach späterer Lesart aber nicht Tanten und Cousinen, die man in restriktiver Interpretation des Zwölftafelrechts vom agnatischen Erbrecht ausgenommen hat.¹⁸

Die Haus- oder Eigenerben, deren vorrangige Rechtsnachfolge im Zwölftafelgesetz eher vorausgesetzt als geregelt wird, sind die Personen, die der väterlichen Gewalt des Erblassers unterstehen und mit seinem Tod gewalt-

14 Weber, *Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht*, Stuttgart 1891, S. 67 ff.

15 Hierzu Paulus, *Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht*, Berlin 1992, S. 13 ff. und passim.

16 Vgl. zum Folgenden die Darstellungen bei Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. 1, S. 95 ff., 695 ff.; Kaser/Knütel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl., München 2021, S. 445 ff., 464 ff.; Babusiaux, *Römisches Erbrecht*, 2. Aufl., Wien u. a. 2021, S. 47 ff., 229 ff.; Harke, *Römisches Recht*, 2. Aufl., München 2016, S. 302 ff. Vgl. auch Zimmermann, *Erbfolge*, S. 103 ff.

17 Vgl. vor allem UE 26.1.

18 Gai 3.9–14.

frei werden. Hierzu zählen die Kinder des Erblassers, die Abkömmlinge seiner gewaltabhängigen Söhne sowie seine Ehefrau, wenn sie denn, was in klassischer Zeit selten wird, ebenfalls in der Gewalt des Erblassers stehen sollte. Im Gegensatz zu den Agnaten, die nach dem Verwandtschaftsgrad und bei gleichem Grad nach Köpfen zum Zuge kommen,¹⁹ erben die Haus-erben nach Stämmen: Der Nachlass wird unter den Kindern des Erblassers geteilt, die bei seinem Tod noch am Leben sind oder, falls sie männlich sind, Abkömmlinge hinterlassen haben; und in jedem dieser Stämme treten die Abkömmlinge zu gleichen Teilen an die Stelle eines vorverstorbenen Stammvaters.²⁰

Ergänzt wird dieses alte Regime erst im zweiten Jahrhundert durch zwei Senatsbeschlüsse, die das Prinzip der agnatischen Verwandtschaft zugunsten der Mutter-Kind-Beziehung durchbrechen: Nach einem unter Kaiser Hadrian ergangenen *senatus consultum Tertullianum* wird die Mutter des Erblassers seinen vatersblütigen Schwestern gleichgestellt;²¹ und ein 178 erlassenes *senatus consultum Orfitianum* sieht vor, dass eine Frau, die nicht unter der Gewalt ihres Mannes steht, zunächst einmal von ihren Kindern beerbt wird.²² Da sie im Gegensatz zu einem männlichen Erblasser keine persönliche Gewalt über ihre Kinder hat und mit diesen auch nicht agnatisch verwandt ist, kamen bei ihrem Tod nach altem Recht nur ihre vatersstämmigen Verwandten zum Zuge.

Teilweise verdrängt werden die gewillkürte und gesetzliche Erbfolge durch ein anderes Konzept, das auf die römischen Prätores zurückgeht: Zwar konnten diese nicht in die Erbfolge nach dem alten Recht der römischen Bürger (*ius civile*) eingreifen, das durch das Zwölftafelgesetz bestimmt war und nur durch ein Gesetz hätte geändert werden können. Im Rahmen des von ihnen geschaffenen sogenannten Honorarrechts (*ius honorarium*) erteilen sie aber zuweilen einem anderen als dem nach Bürgerrecht berufenen Erben den Nachlassbesitz (*bonorum possessio*) und damit eine Rechtsstellung, die sich häufig gegen die alte bürgerlich-rechtliche Ordnung durchsetzt. Dies gilt etwa für ein Testament, das nicht in jeder Hinsicht den Vorgaben für das *testamentum per aes et libram* entspricht oder in Vereinfachung dieser Form nur schriftlich verfasst und mit dem Siegel von sieben Zeugen

19 Gai 3.16, UE 26.4.

20 Gai 3.8.

21 UE 26.8.

22 UE 26.7.

versehen ist. Der Prätor lässt eine solche Verfügung für die Einweisung in den Nachlassbesitz genügen und schließt damit eine gesetzliche Erbfolge aus.²³ Diese wandelt er zudem in der Weise ab, dass er ein Stufenmodell von Hinterbliebenen schafft, denen er den Nachlassbesitz zuerkennt:²⁴ Die gesetzlichen Erben gehören dabei erst zur zweiten Klasse (*unde legitimi*) und sind den in der ersten Klasse versammelten Abkömmlingen (*unde liberi*) nachgeordnet. Hierzu zählen nicht nur die Nachkommen, die noch in der Gewalt des Erblassers stehen und seine Hauserben werden, sondern auch die Kinder, die der Erblasser schon zu Lebzeiten aus seiner Gewalt entlassen hat, sowie deren Abkömmlinge.²⁵ Sie alle erben wie die Hauserben nach Stämmen, die nach ihnen berufenen gesetzlichen Erben nach dem Verwandtschaftsgrad. Außerdem sieht der Prätor für den Fall, dass weder Abkömmlinge noch gesetzliche Erben vorhanden sind, einen Nachlassbesitz für Blutsverwandte als dritte Klasse (*unde cognati*) vor, die mit dem Erblasser nicht im Mannesstamm verwandt sind.²⁶ Sie werden bis zum siebten Grad berücksichtigt und erben wiederum nach Stämmen. Schließlich kommt in der vierten Klasse (*unde vir et uxor*) noch der Ehegatte des Erblassers zum Zug.

Die Brücke zwischen der so ausgestalteten Intestaterbfolge und der gewillkürten Rechtsnachfolge ist erst spät gebaut worden. Einen Schutz vor Enterbung erfahren die nach Gesetz oder Honorarrecht berufenen Intestat-erben zunächst nur durch die Testamentsform selbst: Um sie von der Rechtsnachfolge auszuschließen, muss der Erblasser das zum *testamentum per aes et libram* umfunktionierte Ritual der *mancipatio* vollziehen oder zumindest ein Siebenzeugentestament errichten, das der alten Testamentsform nachempfunden ist. Das Hemmnis, das hiervon für eine überstürzte Enterbung der gesetzlichen Erben ausgeht, wird noch durch die Vorgabe gesteigert, bestimmte Personen ausdrücklich im Testament zu erwähnen. Der Erblasser kann sie nicht einfach stillschweigend von der Erbfolge ausschließen, indem er einen anderen zum Erben einsetzt. Vielmehr muss er sie namentlich enterben. Dies gilt nach *ius civile* vor allem für die gewaltunterworfenen Söhne. Bleiben sie im Testament unerwähnt, ist die letztwillige Verfügung insgesamt hinfällig.²⁷ Andere Eigenerben, also gewaltunterworfenen Töchter, En-

23 Gai 2.119 f.; UE 28.6.

24 UE 28.7.

25 Gai 3.26; UE 28.8.

26 UE 28.9.

27 Gai 2.123; UE 22.16.

kel und die gewaltabhängige Ehefrau, müssen zumindest pauschal enterbt werden. Sieht ein Erblasser hiervon ab, ist das Testament insofern wirkungslos, als die übergangenen Eigenerben gleichwohl zur Rechtsnachfolge berufen sind. Treffen sie mit anderen eingesetzten Eigenerben zusammen, erhalten sie ihren Kopfteil; neben einem auswärtigen Erben steht ihnen die Hälfte des Nachlasses zu.²⁸ Wie die Übergehung eines gewaltunterworfenen Sohnes wirkt sich hingegen die Nichterwähnung eines nachgeborenen Eigenerben (*postumus suus*) aus, der beim Tod des Erblassers schon erzeugt ist, aber erst später oder zumindest nach Errichtung des Testaments auf die Welt kommt. Übergeht der Erblasser ihn, stößt seine Geburt die gesamte letztwillige Verfügung um. Dies gilt für alle Arten von Hauserben, von denen die weiblichen allerdings wieder pauschal enterbt werden können.²⁹

Selbst wenn ein Erblasser diese Regeln beachtet hat, kann sein Testament noch dadurch entkräftet werden, dass der Prätor einem anderen als dem eingesetzten Erben den Nachlassbesitz einräumt. Zu einer solchen prätorischen Erbfolge gegen das Testament kann es kommen, wenn der Erblasser einen Abkömmling übergangen hat. Im Unterschied zum *ius civile* gilt dies auch für Nachfahren, die nicht in der Gewalt des Erblassers stehen, weil sie entweder selbst oder ihre Eltern hieraus schon entlassen worden sind. Wie bei der zivilrechtlichen Erbfolge findet auch hier eine Differenzierung zwischen männlichen und weiblichen Abkömmlingen statt. Während jene einzeln aufgeführt sein müssen, können Töchter und Enkeltöchter pauschal enterbt werden.³⁰

Gibt es damit hinreichend Fallstricke, die einem Erblasser die Enterbung schwer machen, fehlt es lange Zeit an einer Regel, die dem Erblasser schlechthin verbietet, seine Verwandten mittellos zurückzulassen. Und sie wird auch nie in der Weise ausgebildet, dass ein Testament wegen mangelnder Rücksicht auf einen gesetzlichen Erben automatisch ungültig oder vom Prätor durch die Einweisung in den Nachlassbesitz entkräftet wird.³¹ Stattdessen kommt die Beschwerde über die Pflichtwidrigkeit eines Testaments (*querela inofficiosi testamenti*) auf, mit der ein gesetzlicher Erbe eine letztwillige Verfügung aus dem Grund anfechten kann, dass der Erblasser ihm nichts oder zu wenig hinterlassen hat. An der Wende vom zweiten zum

28 Gai 2.124; UE 22.17, 20.

29 Gai 2.130–132; UE 22.21.

30 Gai 2.135; UE 22.23.

31 D 37.4.8pr Ulp 40 ed.

dritten Jahrhundert n. Chr. hat sie eine feste Gestalt gewonnen, die sich in Grundzügen wie folgt beschreiben lässt:

Die Beschwerde ist nur bestimmten Verwandten des Erblassers eröffnet, die im Fall einer gesetzlichen Erbfolge, sei es nach *ius civile*, sei es nach Honorarrecht, zum Zuge gekommen wären. Dies sind zuvörderst die Abkömmlinge des Erblassers einschließlich der Nachgeborenen.³² Es folgen die Eltern des Erblassers³³ und schließlich dessen Geschwister,³⁴ aber nicht weitere Verwandte in der Seitenlinie³⁵.

Eine Querel ist erfolgreich, wenn der Erblasser diesen Personen ohne hinreichenden Grund weniger als ein Viertel dessen hat zukommen lassen, was sie im Wege der gesetzlichen Erbfolge erlangt hätten.³⁶ Pate für diese Quote steht die schon 40 v. Chr. erlassene *lex Falcidia*,³⁷ die einem Erblasser verwehrt, seinen Erben durch Verfügungen zugunsten Dritter zu mehr als drei Viertel des Nachlasses zu beschweren.³⁸ Während diese Regelung Erben aller Art zugutekommt und sicherstellen will, dass sie einen Anreiz zum Antritt der Erbschaft haben und die Nachlassverwaltung nicht dem Staat überlassen, ist das Viertel bei der *querela inofficiosi testamenti* als Pflichtteil für einen gesetzlichen Erben gedacht.³⁹ Der Erblasser muss es ihm entweder im Testament selbst oder schon unter Lebenden, namentlich durch eine Schenkung, zuwenden.⁴⁰ Hat der Pflichtteilsberechtigte das Viertel nicht erhalten, muss die Enterbung durch eine Verfehlung des gesetzlichen Erben motiviert sein. Als solche kommt vor allem ein verwerflicher Lebenswandel,⁴¹ beispielsweise eine Tätigkeit als Gladiator,⁴² in Betracht.

32 D 5.2.6pr Ulp 14 ed; s. u. S. 26 ff.

33 D 5.2.1 Ulp 14 ed (s. u. 168 f.); D 5.2.14 Pap 5 quaest.

34 D 5.2.24 Ulp 48 Sab.

35 D 5.2.1 Ulp 14 ed; s. u. S. 168 ff.

36 D 5.2.8.6 Ulp 14 ed (s. u. S. 174 f.).

37 Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. 2, S. 515 erkennt in dem Rekurs auf dieses Gesetz zu Unrecht eine nachklassische Entwicklung. Schon die römischen Juristen ziehen es zur Argumentation heran; s. u. S. 56 ff.

38 Gai 2.227.

39 Dieser Unterschied scheint mir nicht genügend berücksichtigt, wenn *Paulus*, SZ III (1994) 425, 428 ff. beide Regelungen derselben Tendenz zur Verrechtlichung der Familienbeziehungen zuschreiben will und dabei die Querel sogar zum älteren Institut erklärt.

40 D 5.2.8.6 Ulp 14 ed (s. u. S. 174 f.).

41 CJ 3.28.19 (1. Juli 293).

42 CJ 3.28.11 (29. Dez. 224).

Der Beschwerdeführer muss seinen Antrag gegen den Testamentserben richten und innerhalb von fünf Jahren ab dem Erbfall stellen.⁴³ Obsiegt er, ist das Testament nach *ius civile* ungültig. Dies bedeutet, dass er seinen vollen gesetzlichen Erbteil und nicht etwa nur das Viertel erhält, das die Querel ausschließt.⁴⁴ Unterliegt er, gilt er als erbunwürdig und verliert damit jegliche Zuwendung, die ihm der Erblasser in dem Testament gemacht hat.⁴⁵ Der Pflichtteilsberechtigte verwirkt sein Beschwerderecht, indem er das Testament, insbesondere durch Annahme eines ihm ausgesetzten Vermächtnisses, anerkennt.⁴⁶

Es finden sich keine Spuren von einer Regelung dieses Verfahrens im Edikt des römischen Prätors. Wenn es hierin überhaupt Erwähnung gefunden hat, dann allenfalls mittelbar durch eine Vorgabe für ein Versprechen, auf dessen Grundlage der Prozess über die Pflichtwidrigkeit des Testaments geführt worden sein könnte.⁴⁷ Dass die *querela inofficiosi testamenti* von den Juristen, die in ihren Schriften der Ordnung des prätorischen Edikts folgen, an verschiedener Stelle behandelt wird, spricht aber mehr dafür, dass sie in diesem Normenwerk überhaupt nicht erwähnt worden ist.⁴⁸

Das klassische Regime der Testamentsanfechtung bleibt, von kleineren Ergänzungen abgesehen, bis zur byzantinischen Kodifikation des römischen Rechts im sechsten Jahrhundert erhalten. Kaiser Justinian gestaltet es dann in mehreren Schritten um. Die wichtigsten Reformen bewirken eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Querel, eine Erhöhung des Pflichtteils und eine katalogartige Erfassung der Gründe für die Enterbung: Die Testamentsanfechtung soll nur noch dann möglich sein, wenn ein Pflichtteilsberechtigter vollständig enterbt ist, und wird ansonsten von einer Klage auf Ergänzung der Zuwendung auf den Pflichtteil ersetzt.⁴⁹ Außerdem beträgt dieser jetzt bei bis zu vier Kindern ein Drittel, im Übrigen sogar die Hälfte des gesetzlichen Erbteils.⁵⁰ Und die Enterbungstatbestände

43 D 5.2.8.17 Ulp 14 ed (s. u. S. 119); D 5.3.7.1 Ulp 14 ed.

44 D 5.2.8.8 Ulp 14 ed.

45 S. u. S. 94 ff.

46 D 5.2.12 Mod sing praescpr (s. u. S. 31 ff.).

47 S. u. S. 66 f.

48 So verstehe ich Lenel, *Edictum Perpetuum*, S. 142 f. Vgl. auch v. Woeß, *Das römische Erbrecht*, S. 225 f. und Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 706 f.

49 CJ 3.28.30 (1. Juni 528); s. u. S. 158 ff. Dass stattdessen die *bonorum possessio litis ordinandae causa* (s. u. S. 86 ff.) im Edikt aufgeführt war, glauben Krüger, SZ 57 (1937) 94, 104 ff. und Marrone, AUPA 27 (1959) 153, 156, 165, 173 ff.

50 NJ 18.1 (1. März 536).

werden in zwei Listen aufgezählt, von denen eine für die Enterbung von Vorfahren und die andere für die Enterbung von Abkömmlingen gilt.⁵¹ In dieser Gestalt wird das römische Pflichtteilsrecht dann zum Gegenstand der gemeineuropäischen Rechtstradition.

⁵¹ NJ 115.3–4 (1. Feb. 542).

Das Phänomen

I. Ein Scheinargument

Die *querela inofficiosi testamenti* wirft eine Reihe von Fragen auf, die vor allem ihre Herkunft und das Verfahren betreffen. Damit verknüpft wird in der modernen Forschung häufig eine Besonderheit in der Argumentation der römischen Juristen. Sie unterstellen einem Erblasser, der einen Pflichtteilsberechtigten in Missachtung seiner familiären Verantwortung enterbt hat, von Geisteskrankheit befallen gewesen zu sein. Dieses Urteil findet sich gleich bei mehreren Juristen, von denen wir über die *querela* erfahren. Die Reihe beginnt mit dem schon in der Mitte des zweiten Jahrhunderts wirkenden Marcell¹ und setzt sich über Tryphonin² zu den am Beginn des dritten Jahrhunderts tätigen Gelehrten Marcian³ und Paulus⁴ fort. Zusammen stehen sie für einen bedeutenden Teil der hoch- und spätklassischen Rechtswissenschaft.

Auf den ersten Blick wirkt die Behauptung, ein Erblasser, der bei der Regelung seines Nachlasses die Familie vernachlässigt hat, könne nicht bei Sinnen gewesen sein, durchaus nicht überraschend. In der Alltagsdiskussion ist geradezu damit zu rechnen, dass die Empörung über eine Zurücksetzung der Angehörigen in der Ansicht mündet, der Erblasser sei bei Errichtung seiner letztwilligen Verfügung nicht bei klarem Verstand gewesen, sei es, dass der Erblasser damit herabgesetzt werden soll,⁵ sei es, dass das Urteil vor allem von Mitleid mit den übergangenen Pflichtteilsberechtigten geprägt ist. Eine solche Rede ist zeitlos und kulturübergreifend, im antiken Rom al-

1 D 5.2.5 Marcell 3 dig; s. u. S. 39, 64 f., 100 f., 106 f.

2 D 32.36 Scaev 18 dig, s. u. S. 123 f.

3 D 5.2.2 Marcian 4 inst; s. u. S. 24 ff., 107.

4 D 5.2.13 Scaev 3 resp (s. u. S. 61 ff.); D 5.2.19 Paul 2 quaest (s. u. S. 131 ff.).

5 Dies glaubt Longchamps de Berier, *La buona fede*, S. 411 ff.

so ebenso denkbar wie heute. Reflektiert wird sie sogar in einem Bescheid, den die Kanzlei von Kaiser Diokletian gefertigt hat.⁶ Hierin unterscheidet sie zwischen einem berechtigten Hass des Erblassers auf den enterbten Verwandten und einer Abneigung, die einem unüberlegten Zorn (*calor inconsultus*) geschuldet ist:

CJ 3.28.19 (17. Juni 293)

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Apollinari. Si filia tua turpiter et cum flagitiosa foeditate vivit, ut a successione tua eam excludendam putes, si non inconsulto calore, sed ex meritis eius ad id odium incitatus es, postremi iudicii liberum arbitrium habebis.

Da du glaubst, deine Tochter führe ein schändliches und abscheulich lasterhaftes Leben, so dass sie von der Erbfolge auszuschließen sei, hast du die Befugnis zur freien Entscheidung über deinen letzten Willen, wenn du nicht durch unbesonnenen Zorn, sondern, weil sie es verdient, zu deinem Hass aufgestachelt worden bist.

Durch den geschilderten Gemütszustand rückt der Erblasser in die Nähe eines regelrecht Geisteskranken, dessen mentales Defizit die Verfügung ihrer Wirksamkeit beraubt.⁷

Als Erklärungsansatz für die Argumentationsweise der römischen Juristen taugt die Alltagsrede freilich keineswegs. Zwar ist auch das Raisonement der Rechtsgelehrten zuweilen mit Wertungen durchsetzt, die das gewöhnliche Gespräch bestimmen können. Die plumpe Unterstellung von Geisteskrankheit unterschreitet jedoch zweifellos das Niveau der juristischen Diskussion.

Hinzu kommt, dass der Vorwand einer Geisteskrankheit des Erblassers sogar zu Fehlschlüssen verleiten kann, denen die Juristen eigens wehren müssen. Nur unterschwellig kommt dies darin zum Ausdruck, dass sie den Erblasser bloß für ›*quasi*‹, also nicht wirklich, geisteskrank erklären. Zu einer ausdrücklichen Klarstellung sieht sich hingegen der severerzeitliche Jurist Marcian veranlasst. Er entlarvt den Rekurs auf die *insania* des Erblassers als bloße Chiffre für dessen Mangel an Pietät, den er mit der Enterbung seiner Verwandten bewiesen hat. Marcian will ihn folglich eindeutig von dem Fall unterschieden wissen, in dem die Wirksamkeit eines Testaments tatsächlich an der fehlenden Testierfähigkeit des Erblassers scheitert:⁸

⁶ Hierzu Tellegen-Couperus, *Testamentary succession*, S. 158 f.

⁷ V. Woeß, *Das römische Erbrecht*, S. 193 sieht diese Nähe auch in der Rhetorik bezeugt.

⁸ In seiner Rekonstruktion von Marcians Originalwerk stellt Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 658 (Marcian 96) das Fragment an die Spitze des Kapitels ›*de inofficioso et rupto testamento*‹.

D 5.2.2 Marcian 4 inst

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: nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.

Man erhebt die Klage wegen eines pflichtwidrigen Testaments mit dem Vorbringen, der Erblasser sei gleichsam geisteskrank gewesen, als er das Testament errichtete. Und damit wird nicht behauptet, er sei wirklich geisteskrank oder geistesgestört gewesen; er hat sein Testament vielmehr gültig errichtet, aber nicht entsprechend seiner familiären Verantwortung; denn wenn er wirklich geisteskrank oder geistesgestört gewesen wäre, wäre das Testament nichtig.

Den byzantinischen Juristen erscheinen diese Zeilen derart lehrreich, dass sie sie in die von Kaiser Justinian herausgegebene Neufassung des Lehrbuchs von Gaius aufnehmen:⁹

IJ 2.18pr

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos vel exheredant vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur aut inique se exheredatos aut inique praeteritos, hoc colore, quasi non sanae mentis fuerunt, cum testamentum ordinarent. sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecit testamentum, non autem ex officio pietatis: nam si vere furiosus est, nullum est testamentum.

Da Eltern ihre Kinder häufig ohne Grund enterben oder übergehen, ist eingeführt worden, dass Kinder wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments klagen können mit der Behauptung, sie seien zu Unrecht enterbt oder übergegangen worden, und dem Vorbringen, der Erblasser sei gleichsam geisteskrank gewesen, als er das Testament errichtete. Und damit wird nicht behauptet, er sei wirklich geisteskrank oder geistesgestört gewesen; er hat sein Testament vielmehr gültig errichtet, aber nicht entsprechend seiner familiären Verantwortung; denn wenn er wirklich geisteskrank oder geistesgestört ist, ist das Testament nichtig.

⁹ Einen umgekehrten Weg vermutet Eisele, SZ 15 (1894) 256, 261, indem er den mit ›*et hoc dicitur*‹ eingeleiteten Satz im Marciantext für ein Werk der justinianischen Juristen erklärt. Gegen diese Interpolationsannahme, die ebenso wenig zu überzeugen vermag wie der von Krüger, SZ 57 (1937) 94, 96 f. geäußerte Verdacht einer Textveränderung, wendet sich zu Recht v. Woeß, *Das römische Erbrecht*, S. 193. – La Pira, *Successione*, S. 532 f., will einen unterschiedlichen Gehalt des *color insaniae* bei dem Klassiker und bei Justinian ausmachen: Während er dort juristische Bedeutung habe, sei er für Marcian nur rhetorisches Hilfsmittel. Diese Differenzierung verträgt sich schwerlich damit, dass die Texte im maßgeblichen Passus wortgleich sind, wir es also mit einer Kopie zu tun haben.

Die klare Trennung zwischen einem wirklich vorhandenen und einem nur unterstellten *furor* des Erblassers ist deshalb unabdingbar, weil sich die Unwirksamkeit des Testaments aus verschiedenen Gründen ergibt: Bei der Geisteskrankheit ist es die Tatsache einer gesundheitlichen Beeinträchtigung des Erblassers, die darlegen und beweisen muss, wer sich gegen die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung wendet. Bei einem pietätlosen Testament ist es dagegen das Werturteil über das Verhalten des Erblassers, für das Tatsachen wie ein Fehlverhalten des Pflichtteilsberechtigten bloß eine Vorfrage darstellen. Hält man die Dinge nicht penibel auseinander, könnte dies zu der Fehlannahme verleiten, im Zuge der *querela inofficiosi testamenti* müsse der Kläger über seine ungerechtfertigte Zurücksetzung hinaus auch noch dartun, dass deshalb von mangelnder geistiger Gesundheit des Erblassers auszugehen sei. So entstünde Raum für das Gegenvorbringen, dass er aus anderen Gründen durchaus nicht als geisteskrank anzusehen sei; und es würde verdunkelt, dass für die erfolgreiche Anfechtung des Testaments schon die grundlose Enterbung genügt. Darüber hinaus ist die Unterscheidung auch deshalb erforderlich, weil die mangelnde Testierfähigkeit und Pietätlosigkeit des Testaments zumindest zu Marcians Zeit in verschiedenen Verfahren geltend zu machen war.¹⁰

Eine weitere Richtigstellung findet sich, wenn auch in komplexerer Formulierung, bei dem ebenfalls in der späten Severerzeit tätigen Juristen Ulpian. Obwohl er sich ebenso wie sein Vorgänger im Amt des Vorstehers der kaiserlichen Kanzlei, Papinian, eines ausdrücklichen Rekurses auf die *insania* eines lieblosen Erblassers enthält,¹¹ bemüht auch er sich um die Abgrenzung von fehlender Testierfähigkeit und Pietätlosigkeit des Testaments:¹²

D 5.2.6pr Ulp 14 ed

Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres [vel legitimus] potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore: sed et cognatorum, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere. quid ergo? eis imputatur, cur intestati non decesserant? sed hoc nemo apud iudicem potest impetrare: non enim interdicatur testamenti factione. hoc plane ei imputare potest, cur eum heredem non scripserit: potuit enim scriptus heres in possessionem mitti ex clausula de ventre in possessionem mittendo: item natus secundum tabulas haberet. simili modo et eum, qui post testamentum matris factum exsecto ventre extractus est, posse queri dico.

¹⁰ Vgl. La Pira, *Successione*, S. 439.

¹¹ S. o. S. 23 f.

¹² Zum palingenetischen Kontext dieser Äußerung s. u. S. 169 f.

Ein Nachgeborener kann die Pflichtwidrigkeit eines Testaments derjenigen Erblasser behaupten, deren Hauserbe oder gesetzlicher Erbe er geworden wäre, wenn er sich zum Zeitpunkt des Todes schon im Mutterleib befand; aber auch die Pflichtwidrigkeit eines Testaments der kognatischen Verwandten kann er behaupten, weil er auch nach ihnen den Nachlassbesitz hätte erhalten können. Was gilt also? Kann man ihnen vorwerfen, dass sie nicht testamentslos gestorben sind? Aber hiermit wird niemand vor einem Richter gehört; denn die Testierfähigkeit ist ihnen nicht entzogen. Vorwerfen kann man ihnen aber, dass sie ihn nicht als Erben eingesetzt haben; als eingesetzter Erbe hätte er nämlich nach der Ediktsbestimmung über die Einweisung einer Leibesfrucht in den Nachlassbesitz eingewiesen werden können, und nach der Geburt behielte er diesen entsprechend dem Testament. Ich sage, dass auch derjenige klagen kann, der nach der Errichtung des Testaments seiner Mutter durch Kaiserschnitt zur Welt gekommen ist.

Es geht um einen Verwandten des Erblassers, der schon vor dessen Tod gezeugt, aber erst danach geboren wird. Wäre er mit seiner Geburt in die Gewalt des Erblassers geraten, hätte er zu dessen Hauserben gehört. Damit bewirkt schon seine Übergehung im Testament die Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung. Ist er mit dem Erblasser auf andere Weise verwandt, aber gleichwohl pflichtteilsberechtigt, kann er das Testament, in dem er übergangen und damit enterbt wurde, durch die *querela inofficiosi testamenti* zu Fall bringen. Dass ihm diese nicht mit Hinweis auf seine späte Geburt verwehrt werden kann, verdeutlicht Ulpian unter Verweis auf die Rechtslage, die bei einer Einsetzung des *nasciturus* im Testament einträte: Hier würde seine Position bis zur Geburt durch eine treuhänderische Verwaltung des Nachlasses geschützt, so dass er, einmal auf die Welt gekommen, die Erbschaft als Testamentserbe erhielte. Ist er damit einem schon lebenden Rechtsnachfolger gleichgestellt, muss er sich auch gegen ein Testament wenden können, durch das er von der Erbfolge ausgeschlossen ist. Dies gilt, wie Ulpian eigens hinzufügt, unabhängig von der Art, wie der Verwandte zur Welt kommt: Auch wenn dies wegen des Todes seiner Mutter durch Kaiserschnitt geschieht, ist er ein »Nachgeborener«, der wie ein schon existierender Verwandter zu behandeln ist.

Seine Argumentation leitet Ulpian mit einer rhetorischen Frage ein, die sich leicht missverstehen lässt. Er will wissen, ob man einem Erblasser, der den Nachgeborenen nicht berücksichtigt hat, vorwerfen kann, dass er nicht von der Errichtung eines Testaments überhaupt abgesehen hat. Die negati-

ve Antwort liegt auf der Hand.¹³ Zuschreiben muss sich der Erblasser nach Ulpian's Ansicht aber, dass er den Nachgeborenen nicht erwähnt hat. Diese Begründung, die sich sowohl auf die Unwirksamkeit eines Testaments wegen Übergehung eines Hauserben als auch auf die *querela inofficiosi testamenti* bezieht, erhält ihren eigentlichen Sinn durch den Hinweis darauf, dass der Erblasser auch in diesen Situationen über die *testamenti factio*, die Testierfähigkeit, verfügt. Soll dies der Grund dafür sein, dass man dem Erblasser nicht zurechnen kann, kein Testament hinterlassen zu haben, ist damit ebenso wie mit der fehlenden Erwähnung des Nachgeborenen im Testament offensichtlich kein regelrechter Vorwurf erhoben. Stattdessen will Ulpian nur herausstellen, woran die Wirksamkeit des Testaments unter diesen Umständen scheitert: Es ist die bloße Übergehung des Nachgeborenen und nicht etwa die fehlende Testierfähigkeit. In Frage stehen könnte diese aber eben nur wegen der Übergehung, weil diese den Erblasser dem Verdacht aussetzt, bei Errichtung der letztwilligen Verfügung nicht bei klarem Verstand gewesen zu sein. Ebenso wie Marcian fühlt sich also auch Ulpian bemüßigt klarzustellen, dass hier nicht die eigentliche Ursache für die Wirkungslosigkeit des Testaments ist. So wird die Diskussion vom Thema der Testierfähigkeit abgelenkt und das Fehlverständnis vermieden, die mangelnde Berücksichtigung eines pflichtteilsberechtigten Verwandten im Testament münde automatisch in einer Auseinandersetzung über den Geisteszustand des Erblassers. Nicht dieser, sondern die Enterbung ist entscheidend, der *furor*, wie Marcian eigens sagt, nur vorgeschoben (*hoc colore*).¹⁴

13 Dass »*apud iudecem*« hier spezifisch den Richter des Kognitionsverfahrens und nicht lediglich »vor Gericht« meint, nimmt Gagliaridi, *Decemviri*, S. 234 an.

14 Vgl. Di Lella, *Querela*, S. 144 f.

II. Der wahre Grund: eine *lex tacita*

Ist der Wahn des Erblassers nur Fiktion,¹⁵ muss es einen anderen Grund für die Vernichtung des Testaments geben. Angedeutet ist er schon in der Bezeichnung der Querel, die dem Erblasser einen Pflichtverstoß unterstellt. Woraus sich die maßgebliche Pflicht ergibt, erklärt wiederum Marcian, indem er in dem soeben untersuchten Text vom ›*officium pietatis*‹ spricht. Auslöser der Testamentsanfechtung ist also ein Verstoß gegen das Gebot familiärer Liebe und Verantwortung, die ein Erblasser gegenüber seinen engsten Verwandten zeigen muss.¹⁶

Im Digestentitel über die *querela inofficiosi testamenti* findet die *pietas* freilich keine häufige Erwähnung. Außer Marcian verweist nur noch Papinian auf sie, wenn er sich mit der Frage beschäftigt, ob auch die Eltern des Erblassers, falls sie denn zu den gesetzlichen Erben gehören, im Fall ihrer Enterbung die Beschwerde erheben können.¹⁷ Ihre Befugnis zu dieser Klage ergibt

15 Krüger, SZ 57 (1937) 94, S. 96 möchte die mangelnde rechtliche Relevanz der *insania* des Erblassers daraus ableiten, dass das Anfechtungsrecht des enterbten Verwandten der fünfjährigen Verjährung unterliegt und durch eine Anerkennung des Testaments schon vorher ausgeschlossen ist. Zwar scheinen sich beide Beschränkungen auf den ersten Blick nicht mit dem Gedanken zu vertragen, dass das Testament an der fehlenden Testierfähigkeit des Erblassers scheitert und damit schlechthin unwirksam ist. Anders sieht die Sache aber aus, wenn man bedenkt, dass sowohl Anerkennung als auch Verjährung im Wege der Einrede geltend gemacht werden müssen. Für die Anerkennung ergibt sich dies klar aus D 5.2.12pr Mod sing praescpr: *Nihil interest sibi relictum legatum filius exheredatus agnoverit an filio servove relictum consecutus sit: utrubique enim praescriptione submovebitur. quin etiam si idem institutum servum priusquam adire hereditatem iuberet manumiserit, ut ille suo arbitrio adeat hereditatem, idque fraudulento consilio fecerit, summovebitur ab actione.* (»Es macht keinen Unterschied, ob ein enterbter Sohn das ihm hinterlassene Vermächtnis annimmt oder ein Vermächtnis erhält, das seinem Sohn oder Sklaven hinterlassen ist; in beiden Fällen wird er nämlich durch eine Einrede ausgeschlossen. Sogar wenn er einen als Erben eingesetzten Sklaven, bevor er ihm den Erbschaftsantritt aufgegeben hat, freigelassen hat, so dass dieser nach eigenem Ermessen die Erbschaft antreten kann, wird er mit dieser Klage ausgeschlossen, wenn er dies in Hintergehungsabsicht getan hat.«) Für die Verjährung wird es in einer Konstitution aus der Zeit der Soldatenkaiser festgestellt; vgl. CJ 2.40.2 (12. Aug 258 s. u. S. 74). Ist der Querelgegner auf das besondere Verteidigungsmittel einer *praescriptio* angewiesen, erscheinen Anerkennung und Verjährung als äußere Schranken des Anfechtungsrechts, die nicht der Annahme entgegenstehen, das pietätlose Testament scheitere schon an der fehlenden Testierfähigkeit des Erblassers.

16 Dass der Sittenverstoß erst in nachklassischer Zeit zur Grundlage der Querel wird, nimmt zu Unrecht noch Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. 2, S. 516 an. Seine Auffassung wird durch die im Folgenden untersuchten Quellen hinreichend widerlegt.

17 Für Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1 Sp. 842 (Pap 229) gehört dieses Fragment in Papinians *libri quaestionum* zum Abschnitt über die Entlassung von Kindern aus der elterlichen Gewalt.

sich für Papinian ebenso wie das Beschwerderecht der Kinder im umgekehrten Fall aus der gegenseitigen familiären Verantwortung, die beide füreinander tragen:¹⁸

D 5.2.15pr Pap 14 quaest

Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentium et naturalem erga filios caritatem: turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet.

Denn obwohl Eltern nicht der Nachlass ihrer Kinder zusteht wegen ihres mutmaßlichen Willens und der natürlichen Liebe zu ihren Kindern, ist doch bei einer Störung der Generationenordnung den Eltern nicht weniger als den Kindern etwas aus familiärer Verantwortung zu hinterlassen.

Dass die *pietas* nicht nur die Berücksichtigung der Verwandten bei der Erbfolge vorgibt, sondern auch von diesen erwartet wird, zeigt eine Konstitution von Severus Alexander, die zur Wirkungszeit Ulpian entstanden ist:

CJ 3.28.8 (7. Feb. 223)

Imp. Antoninus A. Florentino. Parentibus arbitrium dividendae hereditatis inter liberos adimendum non est, dum non minus, qui pietatis sibi conscius est, partis quae intestato defuncto potuit ad eum pertinere quarta ex iudicio parentis obtineat. (1) Qui autem agnovit iudicium defuncti eo, quod debitum paternum pro hereditaria parte persolvit vel alio legitimo modo, etiamsi minus quam ei debebatur relictum est, si is maior viginti quinque annis est, accusare ut inofficiosam voluntatem patris quam probavit non potest.

Kaiser Antoninus an Florentius. Eltern darf ihr Ermessen zur Aufteilung der Erbschaft unter ihren Kindern nicht genommen werden, sofern ein seiner familiären Verantwortung bewusstes Kind nach dem Willen der Eltern nicht weniger als ein Viertel des Anteils erhält, der ihm im Fall der gesetzlichen Erbfolge zugestanden hätte. (1) Wer aber die letztwillige Verfügung durch Erfüllung der elterlichen Schulden in Höhe seines Erbteil oder auf andere Weise anerkannt hat, kann, auch wenn ihm weniger hinterlassen ist, als ihm gebührt,

18 Bei der Erläuterung, warum Eltern überhaupt gesetzliche Erben ihrer Kinder werden können, differenziert Papinian hingegen: Während ihm das Erbrecht der Kinder von Natur aus vorgegeben erscheint, sollen die Eltern nach ihren Kindern nur aus Mitleid zum Zuge kommen; vgl. D 38.6.7.1 Pap 29 quaest: *Non sic parentibus liberorum, ut liberis parentium debetur hereditas: parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittit, liberos naturae, simul et parentium commune votum.* (»Den Eltern steht der Nachlass ihrer Kinder nicht in gleicher Weise zu wie den Kindern der Nachlass der Eltern; Eltern sind zum Vermögen der Kinder nämlich bloß aus Mitleid zugelassen, die Kinder hingegen, weil dies der natürlichen Ordnung und dem Wunsch der Eltern entspricht.«) Zu der pathetischen Ausdrucksweise Papinians in beiden Texten Babusiaux, *Papinians quaestiones*, München 2011, S. 258, 262.

sofern er älter als 25 Jahre ist, keine Klage gegen den letzten Willen seines Vaters erheben, den er anerkannt hat.

Die Konstitution führt die maßgeblichen Aspekte für die erfolgreiche Geltendmachung und den Ausschluss der *querela inofficiosi testamenti* auf: Ein enterbter Verwandte kann sie erheben, wenn der Erblasser ihm weniger als ein Viertel seines gesetzlichen Erbteils hat zukommen lassen. Er scheitert aber, wenn er, obwohl schon volljährig, die letztwillige Verfügung anerkannt hat, etwa indem er als Erbe die Verpflichtungen des Erblassers erfüllt hat. Sein Anfechtungsrecht hängt außerdem davon ab, dass er selbst die *pietas* gegenüber dem Erblasser gewahrt und ihm keinen Grund für seine Enterbung geliefert hat. Nur wenn er seiner familiären Verantwortung gerecht geworden ist, kann er seinerseits erwarten, dass der Erblasser ihn auch in dem gebotenen Maße letztwillig bedenkt.

Mit einem konkreten Beispiel angereichert findet sich dieser Grundsatz in einem Reskript der diokletianischen Kanzlei:¹⁹

CJ 3.28.18 (14. Feb. 286)

Impm. Diocletianus et Maximianus AA. Faustinae. Cum te pietatis religionem non violasse, sed mariti coniugium quod fueras sortita distrahere noluisse ac propterea offensum atque iratum patrem ad exheredationis notam prolapsum esse dicas, inofficiosi testamenti querellam inferre non vetaberis.

Kaiser Diokletian und Maximian an Faustina. Da du behauptest, du hättest die Pflicht familiärer Verantwortung nicht verletzt, sondern die eingegangene Ehe mit deinem Mann nicht auflösen wollen und dein Vater sei deshalb, gekränkt und erzürnt, zu der berüchtigten Enterbung geschritten, bist du nicht gehindert, die Beschwerde über die Pflichtwidrigkeit des Testaments zu erheben.

Ein Vater hat seine Tochter deshalb enterbt, weil sie sich nicht von ihrem Ehemann scheiden lassen wollte. Dass die Tochter diesem unsittlichen Ansinnen nicht nachgekommen ist, kann ihr nicht als Verstoß gegen die *pietas* angerechnet werden, weshalb sie das Testament mit der *querela* zu Fall bringen kann.²⁰

Die Folge eines vom Erblasser begangenen Verstoßes gegen das *officium pietatis* ist eine *indignatio* des übergangenen Verwandten. Papinians Zeitge-

¹⁹ Hierzu Tellegen-Couperus, *Testamentary succession*, S. 157 f.

²⁰ Renier, *Étude*, S. 162 sieht in der Bezeichnung der Enterbung als ›*exhereditatio nota*‹ einen Ausdruck dafür, dass dem Erblasser der Vorwurf einer *iniuria* gemacht werden kann. Die Wendung ist jedoch zu wenig eindeutig, als dass man ihr entnehmen könnte, die Kanzlei wolle dem Erblasser außer einem Sitten- auch einen Rechtsverstoß vorhalten.

nosse Tryphonin benennt sie als Grund der Querel und folgert hieraus, dass ein von seiner Mutter übergangener Sohn, falls er auf sein Recht nicht verzichtet hat, stets sowohl selbst Klage erheben als auch wirksam von seinem Vater vertreten werden kann:²¹

D 5.2.22pr Tryph 17 disp

Filius non impeditur, quo minus inofficiosum testamentum matris accusaret, si pater eius legatum ex testamento matris accipiet vel adisset hereditatem, quamquam in eius esset potestate: nec prohiberi patrem dixi iure filii accusare: nam indignatio filii est.

Ein Sohn ist nicht gehindert, wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments seiner Mutter zu klagen, wenn sein Vater ein Vermächtnis aus diesem Testament oder die Erbschaft angenommen hat, und zwar sogar dann, wenn er sich in seiner Gewalt befindet; ich sage, dass auch der Vater nicht gehindert ist, aufgrund des Rechts des Sohnes zu klagen; denn es geht um die Kränkung des Sohnes.

Hat der Vater ein ihm von der Mutter ausgesetztes Vermächtnis angenommen oder gar die Erbfolge nach ihr angetreten, wird dies dem Sohn nicht als Anerkennung des Testaments oder Verzicht auf die Querel zugerechnet. Um das Anfechtungsrecht zu beseitigen, müssen diese Handlungen von dem Opfer der Kränkung selbst ausgehen. Sie können ihm auch dann nicht zum Nachteil gereichen, wenn es sich in der Gewalt desjenigen befinden, der das Testament anerkennt.

Bezeichnen *pietas* und ihr Komplementär: die *indignatio*, eher die moralische Seite der Querel, ist die Schwelle zur Sphäre des Rechts überschritten, wenn der Ulpian-Schüler Modestin von einem ›*vitium testatoris*‹ spricht:

D 5.2.12.2 Mod sing praescpr

Si cum filius ademptum legatum instituerit petere, summotus repetat inofficiosi querelam, praescriptione removendus non est: quamvis enim agendo testamentum comprobaverit, tamen est aliquid, quod testatoris vitio reputetur, ut merito repellendus non sit.

Hat ein Sohn auf Erfüllung eines widerrufenen Vermächtnisses Klage erhoben und nach deren Abweisung die Beschwerde wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments angestellt, ist er nicht mit einer Einrede ausgeschlossen; obwohl er durch seine Klage das Testament anerkannt hat, bleibt nämlich dennoch etwas, was dem Erblasser als Fehler anzurechnen ist, so dass er nicht mit Recht zurückgewiesen werden darf.

Wiederum geht es um einen möglichen Ausschluss der Beschwerdebefugnis infolge einer Anerkennung des Testaments. Sie kann durchaus darin zum

²¹ Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. (Tryph 63) weist das Fragment in dem Originalwerk dem Abschnitt ›*de bonis libertorum*‹ zu.

Ausdruck kommen, dass ein Sohn zunächst Klage auf Erfüllung eines Vermächtnisses erhebt, das ihm in dem Testament seines Vaters ausgesetzt ist. Scheitert er mit seiner Klage, weil der Vater das Vermächtnis widerrufen hat, kann der Sohn dennoch die *querela inofficiosi testamenti* erheben. Denn ein denkbarer Verzicht auf diese stand im Zusammenhang mit der enttäuschten Erwartung, in den Genuss des Vermächtnisses zu kommen. Der Sohn hätte sich nicht zu dessen Geltendmachung entschlossen, wenn er von dem Widerruf der Verfügung gewusst hätte. Er kann sich also noch erfolgreich gegen den Fehler wenden, den der Vater mit dadurch begangen hat, dass er ihm nichts hinterließ.

Noch einen Schritt weiter gehen die Juristen, wenn sie in der grundlosen Enterbung eines Verwandten eine *iniuria* erkennen.²² Hier ist aus dem moralischen Unwerturteil, die *pietas* vernachlässigt zu haben, der Vorwurf geworden, gegen die Rechtsordnung verstoßen zu haben. Von einem »Unrecht« spricht schon Gaius in einem der ältesten überlieferten Juristentexte zur Querel. Abgesehen von der Erwähnung der *iniuria* ist die Aussage freilich recht banal und beschränkt sich darauf, die Ränke einer Stiefmutter als häufigen Auslöser einer ungerechtfertigten Enterbung von Kindern zu benennen:²³

D 5.2.4 Gai sing leg Glit

Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento

22 Dies bedeutet aber, wie Renier, *Étude*, S. 158 ff. zu Recht geltend macht, keineswegs, dass die Juristen auch eine Verbindung zu der für eine Sanktion von Ehrverletzungen gedachten *actio iniuriarum* herstellen. Von einem weiten Konzept der *iniuria* spricht Ribas-Alba, *La desheredación*, S. 181 f.

23 Die in der Inskription angegebene *lex Glitia*, zu der Gaius ein Werk verfasst haben soll, ist nur hier genannt und hat Anlass zu verschiedenen Spekulationen gegeben. Mit ihnen befasst sich ausführlich Buongiorno, SZ 132 (2015) 96, 101 ff. Er gelangt zu dem Ergebnis, dass das Gesetz wahrscheinlich unter Tiberius entstand und dazu gedient haben könnte, die außerordentliche Hilfe zu institutionalisieren, die Augustus bei pflichtwidrigen Testamenten noch im Einzelfall gewährt hatte (a. a. O., S. 124). Nach Eisele, SZ 15 (1894) 256, 282 ff. soll die *lex Glitia* das Gesetz sein, das die Querel im Kognitionsverfahren einführte und auch die Grundlage für die Einsetzung eines Siebenmännergerichts (s. u. S. 63 f.) war. Hiergegen macht Marrone, SDHI 21 (1955) 74, 118 f. geltend, dass die Kognitur auf die Autorität des *princeps* gestützt war und keiner gesetzlichen Verankerung bedurfte. Dass diese nicht existierte, glaubt auch v. Woelf, *Das römische Erbrecht*, S. 218 ff. La Pira, *Successione*, S. 412, 415 hält die *lex Glitia* für den Akt, mit dem die bislang rein prätorische Querel in das *ius civile* rezipiert wurde. Angesichts der Unsicherheiten, denen die Rekonstruktion der Entwicklung des Verfahrens unterliegt (s. u. S. 65 ff.), müssen solche Annahmen Vermutungen bleiben.

inducunt: quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delenimentis instigationibusve corrupti.

Man darf nämlich nicht Eltern unterstützen, die ihren Kindern mit ihrem Testament Unrecht zufügen; was sie meistens tun, wenn sie eine ungerechte Entscheidung gegen ihr eigenes Blut unter Einfluss von Schmeicheleien oder Aufhetzungen einer Stiefmutter treffen.

Auch Ulpian spricht später von einer *iniuria* zulasten des enterbten Angehörigen:²⁴

D 5.2.8pr Ulp 14 ed

Papinianus libro quinto quaestionum recte scribit inofficiosi querellam patrem filii sui nomine instituere non posse invito eo: ipsius enim iniuria est. sequenti loco scribit, si filius post adgnitam litis ordinandae gratia bonorum possessionem decesserit, finitam esse inofficiosi querellam, quae non patri, sed nomine dabatur filii.

Papinian schreibt im fünften Buch seiner Rechtsfragen zu Recht, ein Vater könne die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit eines Testaments nicht im Namen seines Sohnes gegen dessen Willen erheben; denn es geht um das dem Sohn zugefügte Unrecht. Anschließend schreibt er, dass, wenn der Sohn gestorben ist, nachdem er zur Einleitung des Verfahrens den Nachlassbesitz erlangt hat, die Beschwerde wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments erledigt sei, weil sie nicht zugunsten des Vaters, sondern des Sohnes eröffnet sei.

Wie Tryphonin beschäftigt sich der von Ulpian zitierte Papinian mit einem von seiner Mutter enterbten Sohn,²⁵ der in der Gewalt seines Vaters steht. Obwohl dieser allein über die zur Rechtsdurchsetzung erforderliche Rechtsfähigkeit verfügt, soll er doch die Beschwerde nicht gegen den Willen seines Sohnes erheben können. Denn mit der Enterbung ist diesem höchstpersönlich ein Unrecht zugefügt worden, über dessen Sanktion er mitentscheiden können soll. Der maßgebliche Satz (*ipsius enim iniuria est*) ist nicht als indirekte Rede gekennzeichnet, könnte aber von Papinian stammen,²⁶ den Ulpian auch im Folgenden zu der Frage zitiert, inwieweit das Beschwerderecht nach dem Tod des Sohnes auf den Vater als dessen Erben übergehen kann.²⁷ Aus Papinians Sicht genügt hierfür noch nicht die vorübergehende Einweisung in den Nachlassbesitz, die nur dazu dient, einem erfolgreichen

24 Zum palingenetischen Zusammenhang s. u. S. 171 f.

25 Dies nimmt zu Recht Krüger, SZ 57 (1937) 94, 103 an.

26 Di Lella, *Querela*, S. 253 nimmt dies zum Anlass, auf einen Meinungsgegensatz zwischen den spät-klassischen Juristen zu schließen: Während Papinian und Ulpian die *iniuria* für entscheidend hielten, gebe Paulus dem *color insaniae* den Vorzug.

27 Hierzu s. u. S. 86 f., 171 f.

Beschwerdeführer zu dem Besitz am Nachlasses zu verhelfen.²⁸ Dass die Querel nicht automatisch dem Vater zufällt, liegt daran, dass sie zunächst einmal nur für den Sohn gedacht ist, der auch zum Opfer des von der Mutter verübten Unrechts geworden ist.

Ebenfalls von *iniuria* spricht schließlich die diokletianische Kanzlei in einem Anfang des vierten Jahrhunderts ergangenen Bescheid:

CJ 3.28.25 (4. Juli 301)

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Menodoto. Filiis matrem, quae de mariti moribus secus suspicetur, ita posse consulere iure compertum est, ut eos sub hac conditione instituat heredes, si a patre emancipati fuerint, atque eo pacto secundum tabulas bonorum possessionem patrem cum re accipere non videri, qui condicioni minime obtemperavit, neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum [restituere debet].²⁹

Eine Mutter, die ihren Mann wegen seines Lebenswandels in schlechtem Verdacht hat, kann für ihre Kinder zu Recht Vorsorge treffen, indem sie sie unter der Bedingung zu Erben einsetzt, dass sie vom Vater aus dessen Gewalt entlassen werden; wegen dieser Vorgabe kann der Vater, der der Bedingung keineswegs gehorcht hat, den Nachlassbesitz nicht wirksam übernehmen; und ihm kann auch nicht die Beschwerde wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments im Namen der Kinder zustehen, weil die Mutter ihnen kein Unrecht zugefügt, sondern für sie zu sorgen geglaubt hat.

Erneut geht es um die Anfechtung des Testaments einer Mutter durch den Vater ihrer Kinder. Nach Ansicht der kaiserlichen Kanzlei scheitert sie, wenn die Mutter die Kinder unter der Bedingung zu Erben eingesetzt hat, dass der Vater sie aus seiner Gewalt entlässt. Zwar kommen die Kinder vor Erfüllung dieser Bedingung nicht in den Genuss der letztwilligen Verfügung, so dass sich ihr Vater auch nicht in den Besitz der Erbschaft bringen kann.³⁰ Gleichwohl lässt sich der Mutter nicht der Vorwurf machen, ein pflichtwidriges Testament errichtet zu haben; denn durch die Bedingung will sie lediglich verhindern, dass der Vater seine Stellung als Gewalthaber ausnutzt, um ihren Nachlass zu eigenen Zwecken zu verwenden. Die in Fürsorge für die Kinder getroffene Verfügung stellt keine *iniuria* dar, die eine Anfechtung rechtfertigen könnte.

²⁸ S. u. S. 86 ff.

²⁹ Das angehängte ›*restituere debet*‹ findet in dem vorangehenden Satz keinen Halt und muss bei der Kürzung des originalen Wortlauts versehentlich hierhin geraten sein.

³⁰ Tellegen-Couperus, *Testamentary succession*, S. 168 beschäftigt sich mit der Frage, wie der Vater diese Anordnung umgehen kann. Keine Handhabe hat er hierzu, wenn die Mutter Ersatzerben eingesetzt hat, die ein Ausweichen auf die gesetzliche Erbfolge verhindern.

Mehr als hundert Jahre früher hat die kaiserliche Kanzlei noch zur Wirkungszeit Papinians die grundlose Enterbung schon als *iniquitas* bezeichnet:

CJ 3.28.3 (24. Juni 197)

Impp. Severus et Antoninus AA. Ianuario. Si mater filiis duobus institutis tertio post testamentum suscepto, cum mutare idem testamentum potuisset, hoc facere neglexisset, merito utpote non iustis rationibus neglectus de inofficioso querellam instituere poterat. (1) Sed cum eam in puerperio vita cecidisset proponas, repentini casus iniquitas per coniecturam maternae pietatis emendanda est. quare filio tuo, cui nihil praeter maternum factum imputari potest, perinde virilem portionem tribuendam esse censemus, ac si omnes filios heredes instituisset. (2) Sin autem heredes scripti extranei erant, tunc de inofficioso testamento actionem instituere non prohibetur.

Kaiser Severus und Antoninus an Ianuarius. Hat eine Mutter, die ihre beiden Söhne zu Erben eingesetzt hat, nach Errichtung des Testaments noch einen Sohn geboren und, obwohl sie das Testament hätte ändern können, hiervon abgesehen, kann dieser Sohn, der ohne hinreichenden Grund übergegangen worden ist, zu Recht die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments erheben. (1) Da du aber vorbringst, die Mutter sei im Wochenbett gestorben, ist die durch einen plötzlichen Zufall herbeigeführte Ungerechtigkeit durch die Vermutung mütterlicher Verantwortung auszugleichen. Daher befinden wir, dass deinem Sohn, dem außer dem Tod seiner Mutter nichts zuzurechnen ist, ein gleich großer Anteil zuzugestehen ist, und zwar so, als ob alle Söhne zu Erben eingesetzt worden wären. (2) Sind aber auswärtige Erben eingesetzt, ist er nicht gehindert, die Klage wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments anzustellen.

Die Entscheidung gilt der nun schon hinlänglich bekannten Situation, dass ein Vater für seinen Sohn gegen das Testament von dessen Mutter vorgeht. Ob er dabei mit der Querel oder auf andere Weise Erfolg hat, hängt davon ab, zu wessen Gunsten der Sohn enterbt worden ist: Hat die Mutter ihn übergegangen, als sie nicht zur Familie gehörende Erben eingesetzt hat, kann sein Vater für ihn ohne Weiteres die *querela inofficiosi testamenti* anstellen. Anders verhält es sich, wenn die Mutter die beiden Brüder des Sohnes zu Erben eingesetzt hat. Zwar kann die Beschwerde grundsätzlich auch gegen sie geführt werden, und zwar selbst in dem Fall, dass die Mutter das Testament gemacht hat, bevor der übergangene Sohn geboren wurde. Ist sie aber unmittelbar nach seiner Geburt gestorben, gibt es einen leichteren Weg, um dem Sohn zur Erbenstellung zu verhelfen: Da die Mutter überhaupt keine Gelegenheit hatte, ihre Verfügung zugunsten ihres Neugeborenen zu ändern, darf man ihr nicht unterstellen, sie habe es ungeachtet der Geburt des dritten Sohnes bei dem bisherigen Testament belassen wollen. Dieser Schluss wäre nur gerechtfertigt, wenn sie, obwohl sie die Möglichkeit dazu hatte, davon abgesehen hat, ein neues Testament zu errichten. Ist eine solche Annahme wegen

des frühen Tods der Mutter nicht angebracht, ist Raum für eine ergänzende Auslegung nach dem hypothetischen Willen der Erblasserin.³¹ Da ihr die *pietas* die Beteiligung aller ihrer Söhne am Nachlass vorgibt, kann man ihre Verfügung zugunsten der beiden ersten Söhne so verstehen, dass sie auch den später geborenen einschließt und zu einer gleichmäßigen Teilung des Nachlasses führt. Dient diese *coniectura* nach dem Bekunden der Kanzlei dazu, eine durch den unerwarteten Tod eingetretene *iniquitas* auszugleichen, bleibt diese bestehen, wenn ihr nicht durch eine großzügige Interpretation des letzten Willens abgeholfen werden kann.

Die Konstitution ist deshalb bemerkenswert, weil die kaiserliche Kanzlei sowohl die *pietas* als zugrunde liegende moralische Kategorie als auch die *iniquitas* bemüht, die den durch Bruch der Sittenpflicht eingetretenen Rechtszustand bezeichnet. Wie es zum Übergang von einem moralischen Gebot zu einer Rechtspflicht kommt, beschäftigt in anderem Zusammenhang den Spätklassiker Paulus:

D 48.20.7pr Paul sind port lib damn conc

Cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando (propter quod et in iure civili suorum heredum nomen eis indictum est ac ne iudicio quidem parentis nisi meritis de causis summoverti ab ea successione possunt): aequissimum existimatum est eo quoque casu, quo propter poenam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum, ne alieno admissio graviolem poenam luerent, quos nulla contingeret culpa, interdum in summam egestatem devoluti. quod cum aliqua moderatione definiri placuit, ut qui ad universitatem venturi erant iure successionis, ex ea portiones concessas haberent.

Wie die natürliche Vernunft gleichsam als stillschweigendes Gesetz den Kindern den Nachlass ihrer Eltern zuweist, indem sie sie zu der ihnen geschuldeten Erbfolge beruft (weshalb ihnen auch nach Zivilrecht die Bezeichnung Hauserbe zukommt und sie von der Erbfolge auch durch den Willen der Eltern nicht ohne hinreichende Gründe ausgeschlossen werden können), ist es überaus gerecht, dass auf die Kinder auch in dem Fall, in dem das Vermögen der Eltern wegen einer Verurteilung entzogen wird, Rücksicht genommen wird, so dass sie nicht ohne Schuld durch die Tat eines anderen eine Strafe erleiden und zuweilen sogar in größte Armut geraten. Es ist daher Mäßigung walten zu lassen, so dass diejenigen, die nach dem Recht der Erbfolge an das gesamte Vermögen gelangt wären, hiervon einen Anteil zugestanden bekommen.

Paulus erläutert, warum beim Entzug des Vermögens, der mit einer Verurteilung zum Tode, zum Verlust des Bürgerrechts oder zur Sklaverei einher-

³¹ Vgl. Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 702 f.

geht, eine Ausnahme für die Kinder des Verurteilten gemacht wird. Von dem Vermögen, das nicht aus der geahndeten Straftat stammt,³² sollen sie die Hälfte erhalten.³³ Paulus erkennt hierin eine Ausprägung desselben Prinzips, das auch in ihrer besondere Stellung als Hauserben und den Beschränkungen waltet, denen der Entzug ihres Erbrechts unterliegt.³⁴ Da Paulus von den Gründen spricht, die eine Enterbung tragen, kann er dabei nicht das formelle Erfordernis einer ausdrücklichen Enterbung von Hauserben, sondern nur die *querela inofficiosi testamenti* meinen; denn diese beschert einem übergangenen Kind bloß dann keinen Erfolg, wenn seine Enterbung durch sein Fehlverhalten gerechtfertigt ist. Basis der Testamentsanfechtung ist die Beteiligung der Kinder an der gesetzlichen Erbfolge. Sie entspricht für Paulus sowohl der *naturalis ratio* als auch einer *lex tacita*: Die moralische Verantwortung für seine Familienangehörigen ist derart von der Natur vorgegeben, dass sie in einer Rechtspflicht zur Beteiligung am Nachlass mündet, die mit der Beschwerde über ein ungehöriges Testament sanktioniert ist.

Bietet die zur Rechtspflicht gesteigerte *pietas* die wahre Grundlage der Querel,³⁵ steht dies in bemerkenswertem Gegensatz zu dem Rekurs auf die *insania* des Erblassers. Unterstellt, er wäre wirklich von Geisteskrankheit

32 Vgl. § 7 desselben Fragments.

33 D 48.20.1pr, 3 Call iure fisci.

34 Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 679 erkennt hier einen Bezug zu der bekannten Aussage des Paulus über die Anwartschaft der Hauserben am väterlichen Vermögen; vgl. D 28.2.11 Paul 2 Sab: *In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. ... itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt ...* (»Bei den Eigenerben tritt hervor, dass sich das Eigentum fortsetzt, so dass es scheint, als habe es keinen Erbfall gegeben, weil sie gleichsam schon früher zu Lebzeiten ihres Vaters als Eigentümer angesehen wurden. ... Daher werden sie nach dem Tod ihres Vaters weniger so angesehen, als ob sie eine Erbschaft anträten, denn vielmehr so, als erhielten sie die freie Verfügungsmacht über das Vermögen. Deshalb werden sie auch dann zu Eigentümern, wenn sie nicht zu Erben eingesetzt sind ...«) Dieser Gedanke findet sich auch im Institutionenlehrbuch von Gaius; vgl. 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. ...* (»Aber Eigenerben werden deshalb so genannt, weil sie Hauserben sind und schon zu Lebzeiten ihres Vaters gleichsam als Eigentümer angesehen werden; weshalb auch, wenn jemand ohne Testament stirbt, in erster Linie die Kinder die Rechtsnachfolge antreten ...«) Vgl. hierzu Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 1, S. 32 ff. – Die *naturalis ratio*, von der Paulus in D 48.20.7pr spricht, ist aber allgemeiner und trifft auch auf andere gesetzliche Erben zu.

35 Dies glauben auch La Pira, *Successione*, S. 437, Krüger, SZ 57 (1937) 94 f., Marrone, AUPA 27 (1959) 153, 156 f., Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 704 f. und Di Lella, *Querela*, S. 139 ff.

befallen, ließe sich füglich daran zweifeln, ob ihm das in der Enterbung liegende Unrecht überhaupt zum Vorwurf gemacht werden könnte. Ja, beide Ansätze sind nachgerade inkompatibel.³⁶ Der *color*, von dem Marcian spricht, ist also wirklich bloß ein Vorwand, der den eigentlichen Grund der Testamentsanfechtung verdeckt. In eben diesem Verhältnis erscheinen beide denn auch bei dem Hochklassiker Marcell:³⁷

D 5.2.5 Marcell 3 dig

Nam et his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi, cum et de matris testamento agant et optinere adsidue soleant. huius autem verbi ›de inofficioso‹ vis illa ut dixi est docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum: resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret.

Denn auch diejenigen, die nicht von männlichen Verwandten abstammen, haben die Befugnis zu Klage, weil sie auch gegen das Testament ihrer Mutter klagen können und häufig obsiegen. Die Bedeutung des Begriffs ›pflichtwidrig‹ ist, wie gesagt, darzutun, dass man unverdient und deshalb auf unwürdige Weise übergegangen oder durch Enterbung ausgeschlossen worden ist; und dies wird mit dem Vorwand vor Gericht gebracht, der Erblasser sei gleichsam nicht bei klarem Verstand gewesen, als er das ungerechte Testament errichtete.

Nachdem Marcell festgestellt hat, dass eine Querel auch ohne agnatische Verwandtschaft zu dem Erblasser, nämlich insbesondere bei einer Enterbung durch die eigene Mutter, angestellt werden kann, definiert er den Begriff ›*inofficiosum*‹: Ein Testament verdient diese Bezeichnung, wenn ein gesetzlicher Erbe unverdient übergegangen oder gar ausdrücklich enterbt worden ist. Der Ausschluss von der Rechtsnachfolge verletzt ihn in seiner Würde und ist ›*iniquus*‹. Liegt hier der eigentliche Grund der Testamentsanfechtung, scheint der ebenfalls erwähnte Vorwand der Geisteskrankheit³⁸ demgegenüber keine materielle Berechtigung zu haben, sondern dient allein dazu, die Sache gerichtlich durchzusetzen.

36 Richtig Marrone, SDHI 21 (1955) 74, 104 f. Anders Ribas-Alba, *La desheredación*, S. 192 ff., der in der unterstellten *insania* des Erblassers keine Fiktion, sondern den Ausdruck eines Unwerturteils über das pflichtwidrige Handeln sieht.

37 Schon in Marcells Digesten gehört diese Aussage zum Abschnitt über die *querela inofficiosi testamenti*; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 592 (Marcell 16).

38 Für schlechthin interpoliert erklärt den maßgeblichen Satz La Pira, *Successione*, S. 439. Krüger, SZ 57 (1937) 94, 97 glaubt hingegen, es sei bloß der Hinweis ausgefallen, dass der *color insaniae* vor Gericht bei der Entscheidung über eine *hereditatis petitio* anzubringen sei.

Ein Erbe der Rhetorik?

I. Ein Allerweltsargument

Die Diskrepanz zwischen dem eigentlichen Sinn der Querel und dem Rekurs auf die Geisteskrankheit des Erblassers hat zu dem Versuch geführt, den Ursprung dieser Argumentation jenseits der Rechtswissenschaft zu orten. In der modernen Forschung mangelt es nicht an Stimmen, die dem Vorwand der *insaniae* jede juristische Bedeutung absprechen¹ und glauben, er sei schlicht von der Rhetorik übernommen worden². Diese habe sich der Geisteskrankheit im Fall eines pietätlosen Testaments gezielt als Gegenstand eines bloßen *color* bedient, der mehr andeuten und Verdacht erregen als die Dinge klar beschreiben soll.³ Als Argument hierfür lässt sich nicht nur anführen, dass Marcian und Marcell eigens davon sprechen, dass die Beschwerde über ein pflichtwidriges Testament mit dem *color* der Geisteskrankheit des Erblassers geführt werde. Es gibt auch durchaus Belege dafür, dass ein pietätloses Testament in der nichtjuristischen Literatur mit dem Rekurs auf die *insania* des Erblassers verknüpft wird. Am bekanntesten ist die Erzählung des Valerius Maximus, der in seinen *facta et dicta memorabilia* von zwei denkwürdigen Auseinandersetzungen über Testamente berichtet:

Val Max 7.8.1-2

Quam certae, quam etiam notae insaniae Tuditanus! ... testamento ~ filium instituit he-

1 So v. Woeß, *Das römische Erbrecht*, S. 230; La Pira, *Successione*, S. 416 f., 430; Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 682, 704 f.

2 Vgl. v. Woeß, *Das römische Erbrecht*, S. 182 ff., 191 ff.; Renier, *Étude*, S. 118; Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 680; Wurm, *Apokeryxis*, S. 74 ff., Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. 1, S. 710; Paulus, SZ 111 (1994) 425, 428; Di Ottavio, *Ricerche*, S. 133; Zimmermann, *Erbfolge*, S. 105 f. Zumindest an einen rhetorischen Ursprung glaubt auch Ribas-Alba, *La desheredación*, S. 182 ff.

3 So v. Woeß, *Das römische Erbrecht*, S. 198 f.; Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 680.

redem, quod Ti. Longus sanguine ei proximus hastae iudicio subuertere frustra conatus est: magis enim centumviri quid scriptum esset in tabulis quam quis eas scripsisset considerandum existimaverunt. (2) Vita Tuditani demens, Aebutiae autem, quae L. Meneni Agrippae uxor fuerat, tabulae testamenti plenae furoris: nam cum haberet duas simillimae probitatis filias ~ Pletoniam et Afroniam, animi sui potius inclinatione provecta quam ullis alterius iniuriis aut officiis conmotata, Pletoniam tantum modo heredem instituit ...

Wie sicher, wie bekannt auch war die Geisteskrankheit des Tuditanus. ... In seinem Testament setzte er seinen Sohn als Erben ein, was Titius Longus, sein engster Blutsverwandter vor Gericht vergeblich anzufechten versuchte; die Hundertmänner nahmen nämlich an, es sei eher zu berücksichtigen, was im Testament geschrieben steht, als darauf, wer es geschrieben habe. (2) Das Verhalten des Tuditanus war verrückt, das Testament der Aebutia, der Frau des Lucius Meninus Agrippa, war aber reiner Wahnsinn; denn obwohl sie zwei Töchter von gleicher Tugendhaftigkeit hatte, Pletonia und Afronia, setzte sie mehr wegen ihrer eigenen Vorliebe als aufgrund irgendeines Fehlverhaltens oder Vergehens nur Pletonia zur Erbin ein ...

Bei dem zuerst erwähnten Tuditanus handelt es sich aus Valeriu' Sicht um einen regelrecht geisteskranken Erblasser, dessen Testament aber der gerichtlichen Überprüfung standhält, weil sein Inhalt keinen Anstoß erweckt: Mag es auch Anzeichen dafür geben, dass der Erblasser nicht bei klarem Verstand war, lässt die Einsetzung seines Sohnes doch nicht erkennen, dass hierunter seine letztwillige Verfügung gelitten haben könnte. Das zur Entscheidung berufene Hundertmännergericht⁴ konnte die Klage seines nächsten Verwandten daher abweisen. Anders verhält es sich mit dem Testament der Aebutia. Hier dokumentiert das Testament selbst den *furor* der Erblasserin, die ohne zureichenden Grund eine ihrer beiden Töchter enterbt und die andere zur Alleinerbin eingesetzt hat. Die Zurücksetzung einer Tochter zugunsten der anderen genügt für Valerius Maximus, um das Testament als Produkt von geistiger Verwirrung zu brandmarken.

Dass schon die grundlose Enterbung die Annahme von *insania* trägt, lässt auch ein Passus aus Senecas *de clementia* erkennen. Darin führt er dem *princeps* Nero als *pater patriae* die Rolle vor Augen, die ein guter Vater spielt. Sie gebietet insbesondere Zurückhaltung bei der Enterbung. Seneca erscheint sie als letztes Mittel, zu dem ein Vater nur greifen soll, wenn er sicher ist, dass sich das enterbte Kind nicht mehr auf den rechten Pfad führen lässt. Schreitet ein Vater schon beim ersten Fehlverhalten des Kindes zur Enterbung, kann es sich für Seneca dabei nicht um einen *sanus* handeln:

4 Hierzu s. u. S. 59 ff.

Sen clementia 1.14.1

Quod ergo officium eius est? Quod bonorum parentium, qui obiurgare liberos non numquam blande, non numquam minaciter solent, aliquando admonere etiam verberibus. Numquid aliquis sanus filium a prima offensa exheredat? nisi magnae et multae iniuriae patientiam evicerunt, nisi plus est, quod timet, quam quod damnat, non accedit ad decretorium stilum; multa ante temptat, quibus dubiam indolem et peiore iam loco positam revocet; simul deploratum est, ultima experitur. Nemo ad supplicia exigenda pervenit, nisi qui remedia consumpsit.

Was also ist seine Pflicht? Die guter Eltern, die ihre Kinder zuweilen zärtlich zurechtweisen, zuweilen bedrohen, zuweilen mit Prügel ermahnen. Enterbt denn jemand von klarem Verstand seinen Sohn schon beim ersten Vergehen? Er greift nicht zu diesem äußersten Schritt, bis seine Geduld nicht durch großes und häufiges Unrecht verbraucht ist, bis er nicht fürchtet, dass der Sohn mehr begehen wird, als wofür er bestraft wird; vorher wird er vieles versuchen, um den schwankenden und schon auf Abwegen befindlichen Charakter auf den rechten Weg zu bringen. Nur wenn er alle Mittel ausgeschöpft hat, wird er zur Verhängung einer Strafe schreiten.

Das nächste bekannte Beispiel ist Apuleius' Verteidigungsrede *de magia*. Mit ihr wehrt er sich gegen die Anklage, Zauberei eingesetzt zu haben, um die reiche Witwe Pudentilla zur Eingehung der Ehe mit ihm zu bewegen. Um dem von der Familie seiner Frau gehegten Verdacht entgegenzuwirken, dass er sich auf deren Kosten bereichern wollte, verweist er auf das Testament, in dem sie ihren Sohn als Alleinerben eingesetzt hat:

Apul magia 100.3, 5, 10

Cape istut matris tuae testamentum, uere hoc quidem inofficiosum. Quidni, in quo obsequentissimum maritum exheredavit, inimicissimum filium scripsit heredem ... (5) Accipe, inquam, filiorum optime, et positis paulisper epistulis amatoriis matris lege potius testamentum. Si quid quasi insana scripsit, hic reperies et quidem mox a principio: »Sicinius Pudens filius meus mihi heres esto.« Fateor, qui hoc legerit insanum putabit. ... (10) Aperi quaeso, bone puer, aperi testamentum: facilius insaniam matris sic probabis.

Nimm das Testament deiner Mutter in die Hand, das wirklich pflichtwidrig ist. Was denn sonst? In ihm hat sie ihren überaus folgsamen Ehemann enterbt, und ihren überaus feindschaftlichen Sohn als Erben eingesetzt ... (5) Nimm, sage ich, du bester Sohn, indem du die Liebesbriefe deiner Mutter eine Weile zur Seite legst, lieber ihr Testament. Wenn irgendetwas wie in Geisteskrankheit geschrieben ist, findest du es hier, und zwar gleich zu Anfang: »Mein Sohn Sicinius Pudens soll mein Erbe sein.« Ich gebe zu, wer dies liest, wird es für geisteskrank halten. ... (10) Ich bitte dich, guter Junge, öffne das Testament; leichter kannst die Geisteskrankheit deiner Mutter nicht beweisen.

Nach Apuleius' Meinung kann seine eigene Enterbung und die Einsetzung des undankbaren Sohnes, wenn man hiervon denn überhaupt auf den Geis-

teszustand der Erblasserin schließen will, nur zu dem Ergebnis führen, dass sie bei Errichtung der Verfügung von Sinnen war. Grundlage dieser Einschätzung ist, dass ihm das Testament ›*vere inofficisum*‹ erscheint. Es ist also die Pietätlosigkeit der Verfügung, die den mehr oder weniger ernst gemeinten Schluss auf die *insania* der Erblasserin tragen soll.

Überblickt man diese Zeugnisse, fällt es schwer, eine regelrechte Tradition auszumachen, die als rhetorische Wurzel für den *color insaniae* gelten könnte, von dem die Juristen sprechen. Die Äußerungen von Valerius Maximus, Seneca und Apuleius gehen nicht über die Allerweltsrede vom geisteskranken, weil pflichtvergessenen Erblasser hinaus. Es fehlt insbesondere jeglicher Hinweis auf eine Verfeinerung dieses Arguments zu einer bloßen Andeutung der *insania*, die zwar den Schluss auf die Unwirksamkeit des Testaments rechtfertigen, aber nicht eigens festgestellt werden soll.

Bestenfalls indirekt belegt finden wir sie in Quintilians kurzem Zitat einer Rede des im ersten vorchristlichen Jahrhundert wirkenden Asinius Pollio, mit der dieser im Namen einer gewissen Liburnia das Testament ihres Sohnes angreift. Er will es nicht etwa als pflichtwidrig, sondern wirklich als das Werk eines Geisteskranken angesehen wissen:⁵

Quint inst or 9.2.8-9

... Interrogamus etiam quod negari non possit ... aut ubi respondendi difficilis est ratio ... aut invidiae gratia ... (9) aut miserationis ... aut instandi et auferendae dissimulationis, ut Asinius: ›Audisne? furiosum, inquam, non inofficiosum testamentum reprehendimus‹.

... Wir fragen nach etwas, was nicht geleugnet werden kann ... oder wo es schwer ist, eine vernünftige Antwort zu finden ... oder um Abscheu zu erzeugen ... (9) oder Mitleid ... oder um der Rede Nachdruck zu verleihen oder eine Verschleierung zu beseitigen wie Asinius: ›Hörst du? Als geisteskrank, sage ich, nicht als pflichtwidrig betrachten wir das Testament.‹

Dem Inhalt des Testaments nähert sich Quintilian an einer anderen Stelle. Hier lässt er Asinius eine in sich widersprüchliche Verfügung als Verkehrung der gewöhnlichen Testamentsformeln vortragen, womit er die Absurdität der angegriffenen Verfügung vorführen will:

Quint inst or 9.2.34-35

Vt dicta autem quaedam, ita scripta quoque fingi solent, quod facit Asinius pro Liburnia: ›mater mea, quae mihi cum carissima tum dulcissima fuit, quaeque mihi vixit bisque eodem die vitam dedit‹ et reliqua, deinde ›exheres esto‹. Haec cum per se figura est, tum

⁵ Vgl. Watson, *Law of succession*, S. 69 f.

duplicatur quotiens, sicut in hac causa, ad imitationem alterius scripturae componitur. (35) Nam contra recitabatur testamentum: ›P. Novanius Gallio, cui ego omnia meritissimo volo et debeo pro eius animi in me summa voluntate‹, et adiectis deinceps aliis ›heres esto‹: incipit esse quodam modo parode ...

Ebenso wie Gesprochenes wird auch Geschriebenes erfunden, wie es Asinius für Liburnia getan hat: »Meine Mutter, die mir das Wertvollste und Liebste war und die für mich gelebt und mir zweimal am selben Tag das Leben geschenkt hat« und so weiter »soll enterbt sein«. Dies ist schon für sich eine Figur, aber in doppelter Hinsicht, wenn es wie in dieser Sache in Nachahmung einer anderen Erklärung verfasst ist. (35) Denn von der Gegenseite wurde das Testament verlesen: »Publius Novanius Gallio, dem ich verdientermaßen wegen seines größten Wohlwollens mir gegenüber alles Gute wünsche und schulde« und dann nach anderem hinzugefügt »soll mein Erbe sein«. Hier beginnt es zur Parodie zu werden ...

Beharrt der Anwalt darauf, dass Liburnias Sohn wirklich geisteskrank war und nicht nur ein pflichtwidriges Testament hinterlassen hat, spricht dies allerdings dafür, dass einem pietätlosen Erblasser gewöhnlich der Ruf der *insania* anhing. Ob es sich hierbei aber um eine als solche erkannte und eingesetzte Fiktion⁶ oder doch wieder nur das Alltagsrasonnement handelt, muss freilich offen bleiben. Dafür reicht Quintilians Hinweis auf das mit rhetorischen Fragen verbundene Ziel, eine Verschleierung zu beseitigen, nicht aus. Denn der entfernte Schleier musst nicht erst die Folge einer rhetorischen Figur sein, sondern kann sich eben auch aus der Allerweltsrede vom verrückten Erblasser ergeben, der seine Verwandten enterbt.⁷

Zudem gibt es in der außerjuristischen Literatur ebenso wie in den Schriften der klassischen Juristen auch durchaus Zeugnisse für den direkten Rekurs auf die Pietätlosigkeit einer Enterbung und das hierin liegende Unrecht.⁸ Und sie finden sich auch just in Valerius Maximus' Sammlung merkwürdiger Ereignisse. In ihr berichtet er vom Eingreifen des Prätors Calpurnius Piso zugunsten eines Vaters, der von einem seiner acht Söhne enterbt worden war. Er gesteht ihm den Nachlassbesitz zu und verweigert dem eingesetzten Erben die Klage auf Herausgabe der Erbschaft:

Val Max 7.7.5

Egregia C. quoque Calpurni Pisonis praetoris urbis constitutio: cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adulescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exhere-

⁶ So Di Ottavio, *Ricerche*, S. 100 ff., 125 f.

⁷ Vielleicht spricht aus ihr, wie Krüger, *Pflichtteilsrecht*, S. 260 meint, die Erfahrung, dass man zu der Zeit des Augustus, in der dieser Rechtsstreit ausgetragen wurde, mit der bloßen Berufung auf eine Pflichtwidrigkeit eines Testaments noch selten erfolgreich war.

⁸ Richtig Renier, *Étude*, S. 150 ff.

datum se querellam detulisset, bonorum adolescentis possessionem ei dedit heredesque lege agere passus non est. movit profecto Pisonem patria maiestas, donum vitae, beneficium educationis, sed aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, quia cum patre septem fratres impie exheredatos videbat.

Bekannt ist die Verordnung des Stadtprätors Gaius Calpurnius Piso. Denn als Terentius die Beschwerde vorbrachte, dass er von einem der acht von ihm großgezogenen Söhne, den er hatte adoptieren lassen, enterbt worden war, gab er ihm den Besitz an dem Nachlass des jungen Mannes und duldete nicht, dass die Erben eine Klage erhoben. Piso bewog das Ansehen des Vaters, das von ihm gegebene Geschenk des Lebens und die Wohltat der Ausbildung, aber was ihn mehr bewog, war die Zahl der Kinder, weil er mit dem Vater sieben Brüder in pietätloser Weise enterbt sah.

Nach Valerius' Meinung lässt sich der Prätor bei seiner Entscheidung nicht nur von den Verdiensten des Vaters um seinen Sohn leiten. Noch wichtiger für ihn ist der Sittenverstoß, den sich dieser wegen Vernachlässigung der *pietas* vorhalten lassen muss.

Schon als Ungerechtigkeit gilt Valerius eine andere Verfügung, derer sich niemand Geringerer als Augustus selbst angenommen hat:⁹

Val Max 7.7.3

C. autem Tettium a patre infantem exheredatum, Petronia matre, quam Tettius, quoad uixit, in matrimonio habuerat, natum, diuus Augustus in bona paterna ire decreto suo iussit, patris patriae animo usus, quoniam Tettius in proprio lare procreato filio summa cum iniquitate paternum nomen abrogauerat.

Gaius Tettius, ein Sohn von Petronia, die mit Tettius Zeit ihres Lebens verheiratet war, wurde von seinem Vater als Kind enterbt, als Vater des Vaterlandes wies ihn aber der göttliche Augustus durch eine Verordnung in den väterlichen Nachlass ein, weil Tettius seinem im eigenen Haus geborenen Sohn in höchst ungerechter Weise den väterlichen Namen entzogen hat.

Ebenso wie der Prätor gesteht der Kaiser dem übergangenen Verwandten den Nachlassbesitz zu. Begünstigt ist diesmal der Sohn, der seine Enterbung durch den Vater beklagt. Sie gilt Valerius als *summa iniquitas*, die eine Abhilfe durch den Kaiser erheischt.

Noch gesteigert ist das Lob für den *principis* im Fall des Testaments der Septicia, von dem Valerius Maximus anschließend berichtet:

⁹ Da er die *iniuria* für ein Kriterium des zur Zeit von Augustus sicherlich noch nicht etablierten Kognitionsverfahrens (s. u. S. 69) hält, muss Marrone, SDHI 21 (1955) 74, 105 annehmen, der Ausdruck sei nicht technisch gemeint.

Val Max 7.7.4

Septicia quoque mater Trachalorum Ariminensium irata filiis in contumeliam eorum, cum iam parere non posset, Publicio seni admodum nupsit, testamento etiam utroque praeterito. a quibus aditus diuus Augustus et nuptias mulieris et suprema iudicia improbauit: nam hereditatem maternam filios habere iussit, dotem, quia non creandorum liberorum causa coniugium intercesserat, uirum retinere uetuit. si ipsa Aequitas hac de re cognosceret, potuitne iustius aut grauius pronuntiare? ...

Auch Septicia, Mutter der Trachaler aus Ariminium, war verärgert über ihre Söhne und heiratete, um ihnen zu schaden, als sie schon keine Kinder mehr bekommen konnte, den sehr alten Publicius und übergab beide in ihrem Testament. Nachdem er von den Söhnen angerufen worden war, missbilligte der göttliche Augustus sowohl die Heirat der Frau als auch ihren letzten Willen; er ordnete nämlich an, dass die Söhne den mütterlichen Nachlass haben sollten, und verbot dem Mann, weil die Ehe nicht mit dem Ziel, Kinder zu zeugen, geschlossen worden war, die Mitgift zu behalten. Hätte die Gerechtigkeit selbst in dieser Sache zu erkennen, könnte sie ein gerechteres oder gar besseres Urteil fällen? ...

Augustus kassiert hier außer einer Ehe, die nicht der Zeugung von Nachwuchs dient, auch das Testament der Ehefrau zugunsten ihres Mannes. Mangels wirksamer Heirat muss er die Mitgift wieder herausgeben, so dass sie in den Nachlass der Frau fällt. Diesen weist der Kaiser ihren Söhnen zu. Valerius Maximus attestiert ihm, sich ebenso wie die *aequitas* selbst zu verhalten und eine überaus gerechte Entscheidung getroffen zu haben.

Sind die nichtjuristischen Quellen damit ebenso doppelgesichtig wie das Schrifttum der Juristen, nimmt dies der These von der Abkunft des *color insaniae* aus der Rhetorik einen Gutteil ihrer Überzeugungskraft. Noch mehr schwindet sie, wenn man das zeitliche Verhältnis der Quellen betrachtet: Ist die Rede vom Wahnsinn eines pietätlosen Erblässers schon im ersten nachchristlichen, ja vermutlich noch vorher gängig, führt keine Brücke zu den Texten der klassischen römischen Juristen, die ihre Werke ab der Mitte des zweiten Jahrhunderts verfassen und sich dabei einer technischen Sprache bedienen. Warum sollten sie eine Tradition der Gerichtsrede aufgreifen, die vielleicht alt, als rhetorischer Kunstgriff aber erkennbar ohne rechtlichen Gehalt ist?

II. Doch eine juristische Argumentation

Eine mögliche Verbindung zur Rechtswissenschaft kann sich nur über eine Argumentation ergeben, die schon dem ersten Jahrhundert vor Christus

entstammt und auch aus juristischer Sicht bemerkenswert ist. Überliefert wird sie in der *rhetorica ad Herennium* und ihrem Schwesterwerk, Ciceros *de inventione*. Beide berichten von einer Gesetzesanwendung *ex ratiocinatione* im Fall des Testaments eines Muttermörders. Der Rhetor nennt ihn bei seinem Namen Malleolus:¹⁰

Rhet ad Her 1.13.23

Ex ratiocinatione controversia constat, cum res sine propria lege venit in iudicium, quae tamen ab aliis legibus similitudine quadam aucupatur. Ea est huiusmodi:

Lex: si furiosus existet, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto. Et lex: qui parentem necasse iudicatus erit, ut is obvolutus et obligatus corio devehatur in profluentem. Et lex: paterfamilias uti super familia pecuniave sua legaverit, ita ius esto. Et lex: si paterfamilias intestatus moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentilium esto. Malleolus iudicatus est matrem necasse. Ei damnato statim folliculo lupino os obvolutum est et soleae lignae in pedibus inductae sunt: in carcerem ductus est. Qui defendebant eum, tabulas in carcerem adferunt, testamentum ipso praesente conscribunt, testes recte adfuerunt; de illo supplicium sumitur. Ii, qui heredes erant testamento, hereditatem adeunt. Frater minor Malleoli, qui eum obpugnaverat in eius periculo, suam vocat hereditatem lege agnationis.

Hic certa lex in rem nulla adfertur, et tamen multae adferuntur, ex quibus ratiocinatio nascitur, quare potuerit aut non potuerit iure testamentum facere. Constitutio legitima ex ratiocinatione.

Durch Schlussfolgerung entsteht eine Auseinandersetzung, wenn eine Sache, für die es kein besonderes Gesetz gibt, vor Gericht kommt und nach dem Vorbild anderer Gesetze beurteilt wird. Ein solcher Fall ist der folgende:

Das Gesetz sagt: »Ist jemand geisteskrank, sollen seine agnatischen Verwandten und seine Sippenangehörigen die Gewalt über sein Vermögen haben.« Und das Gesetz sagt: »Wer wegen Elternmords verurteilt worden ist, soll in eine Tierhaut gesteckt und in den Fluss geworfen werden.« Und das Gesetz sagt: »Wie ein Familienvater sein Vermögen vermacht, soll es gelten.« Und das Gesetz sagt: »Stirbt ein Familienvater ohne Testament, soll sein Vermögen seinen agnatischen Verwandten und seinen Sippenangehörigen gehören.« Malleolus war wegen des Mordes an seiner Mutter verurteilt worden. Nach seiner Verurteilung wurde sein Gesicht sofort in eine Wolfshaut gesteckt, und es wurden ihm Schuhe aus Holz an die Füße gezogen; er wurde ins Gefängnis geführt. Seine Verteidiger brachten Schreiftafeln ins Gefängnis und verfassten in seiner Anwesenheit sein Testament; Zeugen waren ordnungsgemäß anwesend; danach wurde die Strafe an ihm vollstreckt. Die im Testament eingesetzten Erben traten die Erbschaft an. Der jüngere

¹⁰ Ausführlich befasst sich hiermit Di Ottavio, *Ricerche*, S. 48 ff.

Bruder von Malleolus, der in dieser Sache gegen ihn aufgetreten war, beanspruchte den Nachlass unter Berufung auf das Gesetz über die agnatische Verwandtschaft.

In diesem Fall gibt es kein besonderes Gesetz, und dennoch werden viele bemüht, aus denen die Schlussfolgerung gezogen wird, dass er wirksam ein Testament errichten konnte oder eben nicht. Durch Schlussfolgerung kommt es zu einer Gesetzesanwendung.

Ciceros Darstellung ist geraffter und spart den Namen des Erblassers aus:

Cic inv 2.50.148 f.

Ex ratiocinatione nascitur controversia, cum ex eo, quod uspiam est, ad id, quod nusquam scriptum est, venit, hoc pacto: lex: SI FURIOSUS EST, AGNATUM GENTILIUMQUE IN EO PECUNIAQUE EIUS POTESTAS ESTO. Et lex: PATERFAMILIAS UTI SUPER FAMLIA PECUNIAQUE SUA LEGASSIT, ITA IUS ESTO. Et lex: SI PATERFAMILIAS INTESTATO MORITUR, FAMLIA PECUNIAQUE EIUS AGNATUM GENTILIUMQUE ESTO. (149) Quidam iudicatus est parentem occidisse et statim, quod effugiendi potestas non fuit, lineage soleae in pedes inditae sunt; os autem obvolutum est folliculo et praeligatum; deinde est in carcerem deductus, ut ibi esset tantisper, dum culleus, in quem coniectus in profluentem deferretur, compararetur. Interea quidam eius familiares in carcerem tabulas afferunt et testes adducunt; heredes, quos ipse iubet, scribunt; tabulae obsignantur. De illo post supplicium sumitur. Inter eos, qui heredes in tabulis scripti sint, et inter agnatos de hereditate controversia est. Hic certa lex, quae testamenti faciendi iis, qui in eo loco sint, adimat potestatem, nulla profertur. Ex ceteris legibus et quae hunc ipsum supplicio eiusmodi afficiunt et quae ad testamenti faciendi potestatem pertinent, per ratiocinationem veniendum est ad eiusmodi rationem, ut quaeratur, habueritne testamenti faciendi potestatem.

Durch Schlussfolgerung entsteht eine Auseinandersetzung, wenn man von dem, was geschrieben ist, zu dem gelangt, was nirgends geschrieben ist, wie zum Beispiel in dem folgenden Fall: Das Gesetz sagt: »Ist jemand geisteskrank, sollen seine agnatischen Verwandten und seine Sippenangehörigen die Gewalt über sein Vermögen haben.« Und das Gesetz sagt: »Wie ein Familienvater sein Vermögen vermacht, soll es gelten.« Und das Gesetz sagt: »Stirbt ein Familienvater ohne Testament, soll sein Vermögen seinen agnatischen Verwandten und seinen Sippenangehörigen gehören.« (149) Jemand war wegen Elternmordes verurteilt worden; da er nicht fliehen konnte, wurden ihm sofort Schuhe aus Holz an die Füße gezogen; sein Gesicht wurde in einen Ledersack gesteckt und verbunden; danach wurde er ins Gefängnis geführt, um dort so lange zu bleiben, bis der Sack fertig war, in den er gesteckt und in dem er in den Fluss geworfen werden sollte. In der Zwischenzeit brachten Freunde Schreibtafeln und Zeugen ins Gefängnis; sie schrieben auf, wen er zu Erben bestimmte; die Tafeln wurden gesiegelt. Danach wurde an ihm die Strafe vollstreckt. Zwischen den auf den Tafeln eingesetzten Erben und den agnatischen Verwandten entstand ein Streit über den Nachlass. In diesem Fall gibt es kein besonderes Gesetz, das jemandem in einer solchen Situation die Befugnis zur Errichtung eines Testaments entzieht. Aus den anderen Gesetzen, sowohl denen über seine Bestrafung als auch über die Befugnis zur Tes-

tamentserrichtung, ist durch Schlussfolgerung dahin zu kommen, dass zweifelhaft ist, ob er die Befugnis zur Testamentserrichtung hat.

Malleolus hatte seine Mutter getötet und war deshalb zum Tod durch Säckung verurteilt worden. Die Strafe konnte noch nicht sofort vollzogen werden, weil der lederne Sack, in dem der Täter in den Fluss geworfen werden sollte, erst noch hergestellt werden musste. Mit Hilfe von Freunden gelang es Malleolus, in der Wartezeit im Gefängnis ein Testament zu errichten, durch das er seinen Bruder, der im Strafprozess gegen ihn aufgetreten war, enterbte.

Auch wenn sich der Fall deutlich vor der Herausbildung der *querela inofficiosi testamenti* als eines wie auch immer etablierten Verfahrens abgespielt hat, passt er durchaus in das Muster der hiervon erfassten Konstellationen: Durch Einsetzung eines Fremden hat Malleolus seinen Bruder enterbt, der nach gesetzlichem Recht zum Zuge gekommen wäre.¹¹ Der Streit zwischen dem Bruder und dem eingesetzten Erben wird mit Hilfe von Zitaten des Zwölftafelgesetzes geführt. Für den Testamentserben spricht der Satz über die Testierfreiheit (5.3).¹² Er reicht aus, um der Position des eingesetzten Erben ihre Rechtfertigung zu geben. Komplizierter ist es für den Bruder, der das Testament zu Fall bringen will. Für ihn genügt es nicht, auf den folgenden Satz über die gesetzliche Erbfolge der Agnaten (5.4) zu verweisen, der hier verkürzt in der Weise wiedergegeben ist, dass der Vorbehalt zugunsten der Hauserben fehlt.¹³ Diese Regel kann die Erbfolge des Bruders noch nicht legitimieren, weil sie schon nach ihrem Wortlaut nur dann Geltung erheischt, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben ist. Um diese Voraussetzung darzutun, muss sich der Bruder auf zwei weitere Rechtsätze berufen. Da ist zum einen die Strafvorschrift über die Säckung eines Verwandtenmörders. Während der Rhetor den Eindruck erweckt, sie entstamme demselben Gesetz wie die übrigen Vorschriften, erwähnt Cicero sie ohne wörtliche Wiedergabe nur als eine der *leges ceterae*, die in dem Streit eine Rolle spielen. Dies mag daran liegen, dass sie im Gegensatz zu den vermögensrechtlichen Bestimmungen eben nicht auf das Zwölftafelgesetz zurückgeht.¹⁴ Sie ist auch nur insoweit von Belang, als sie den Elternmord

11 Dagegen sieht Di Ottavio, *Ricerche*, S. 56 f. das verbindende Element in dem Sittenverstoß, den sich der Erblasser und Muttermörder vorhalten lassen muss.

12 S. o. S. 12.

13 S. o. S. 16.

14 Vgl. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 643 f. und Fn. 6.

als eine besonders verabscheuungswürdige Tat brandmarkt. Dies legt den Schluss nahe, der Täter sei nicht bei klarem Verstand gewesen,¹⁵ und ebnet den Weg zum letzten Zwölftafelsatz über die Betreuung für einen *furiosus* (5.7a). Obwohl er nur anordnet, dass das Vermögen eines Geisteskranken der Verwaltung seiner Verwandten unterstellt wird, kann man ihm doch entnehmen, dass der *furiosus* selbst hierzu rechtlich nicht mehr in der Lage ist. Und dies lässt sich sowohl im Hinblick auf Geschäfte unter Lebenden als auch mit Bezug auf letztwillige Verfügungen behaupten. Dass auch sie nicht wirksam sein können, kann man gerade aus der Nähe zu den beiden schon bemühten Vorschriften über die Testierfreiheit und gesetzliche Erbfolge schließen. Der Unwirksamkeit eines Testaments wegen fehlender Testierfähigkeit wird so eine gesetzliche Grundlage geben.¹⁶

Es bleibt unklar, ob man sich des Zwölftafelsatzes im Fall des Malleolus direkt bedient hat, indem man aus seiner Tat auf eine wirkliche vorhandene Geisteskrankheit folgerte, oder ob sein *furor* ebenso wie im gewöhnlichen Fall eines pietätlosen Testaments nur fiktiv war.¹⁷ Letzteres deutet der Hinweis auf die *similitudo* an, von der der Rhetor spricht. Auch wenn sich Malleolus' Bruder aber auf eine wirklich vorhandene Geisteskrankheit berufen haben sollte, bietet sich der Satz über den *furiosus* zu einer weiteren Verwendung an. Legitimiert er die Ungültigkeit eines Testaments infolge mangelnder Testierfähigkeit, kann man ihn auch dann zur Geltung bringen, wenn diese Rechtsfolge aus einem anderen Grund als der wirklichen Geisteskrankheit erstrebt wird. Mit Hilfe der Unterstellung eines *furor* des pietätlosen Erblassers lässt sich die Unwirksamkeit seiner letztwilligen Verfügung also auf ein Gesetz von hohem Alter und großer Autorität zurückführen.

Eine Erklärung für die Argumentation der klassischen Juristen bei der *querela inofficiosi testamenti* ist damit aber noch nicht gefunden.¹⁸ Zwar belegt der Streit über das Testament des Malleolus, dass man in der Frage der Testierfähigkeit ursprünglich auf den Zwölftafelsatz über die gesetzliche Betreuung für einen *furiosus* zurückgriff. Hiervon sind im klassischen Recht

15 Den Zusammenhang zwischen mangelnder *pietas* und Geisteskrankheit im außerjuristischen Schrifttum beleuchtet Di Ottavio, *Ricerche*, S. 58 ff.

16 Di Ottavio, *Ricerche*, S. 53 erkennt richtig, dass nur dieser Zwölftafelsatz über seinen unmittelbaren Gehalt hinaus zur Geltung gebracht wird. Anders sieht dies Zuccotti, *Il furor del patricida e il testamento di Malleolo*, *Labeo* 37 (1991) 174 ff.

17 Dies unterstellt ohne Weiteres Di Ottavio, *Ricerche*, S. 53, 65, 77, wenn sie hier von einer Analogie, Fiktion und künstlicher Geisteskrankheit spricht.

18 So aber Di Ottavio, *Ricerche*, S. 76 f.

jedoch keine Spuren mehr zu finden. Wo der alte Satz von den Juristen erwähnt wird, geht es um seinen ureigenen Regelungsgehalt, die Betreuung eines Geisteskranken. Dies gilt nicht nur für die im vierten Jahrhundert entstandene *epitome Ulpiani*, eine Sammlung von Regeln aus den Schriften der Klassiker:

UE 12.1-2

Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege duodecim tabularum dantur, aut honorarii, id est qui a praetore constituuntur. (2) Lex duodecim tabularum furiosum, itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum.

Betreuer sind entweder durch Gesetz berufen, nämlich diejenigen, die durch das Zwölftafelgesetz berufen sind, oder nach Honorrarecht, nämlich diejenigen, die durch den Prätor eingesetzt werden. (2) Das Zwölftafelgesetz bestimmt, dass ein Geisteskranker sowie ein Verschwender, dem die Verwaltung seines Vermögens untersagt ist, unter Betreuung ihrer agnatischen Verwandten stehen.

Auch die in Justinians Digesten überlieferten Auszüge aus den klassischen Texten haben dasselbe Thema.¹⁹ Der Satz über die Betreuung eines Geisteskranken erscheint in einem Exzerpt aus Gaius'Kommentar zum Edikt des Provinzstatthalters. Darin bemerkt der Hochklassiker, der Prätor weiche häufig von der gesetzlichen Regel ab und bestelle statt der vom Gesetz berufenen Verwandten einen anderen zum *curator*, den er für besser geeignet halte:²⁰

19 Eine Ausnahme gilt für eine Bemerkung des Spätklassikers Paulus. Ihm geht es lediglich darum, ein Beispiel für die von ihm beobachtete Besonderheit zu finden, dass ›*soluta pro separatis*‹ zu verstehen sind; vgl. D 50.16.53pr Paul 59 ed: *Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiuntur et disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis. nam cum dicitur apud veteres ›adgnatorum gentiliumque‹, pro separatione accipitur...* (»Häufig kommt es vor, dass Verbundenes als getrennt und Getrenntes als verbunden, zuweilen auch Aufgelöstes als gesondert verstanden wird. Denn wenn bei den alten Juristen gesagt wird: die ›agnatischen Verwandten und Sippenangehörigen‹, ist dies gesondert zu verstehen ...«) Gemeint ist wohl, dass jeweils nur ein Verwandter oder Angehöriger und nicht der Verband die Betreuung übernehmen soll. Dass hier der Zwölftafelsatz 5.7a zitiert wird, ist dadurch verdunkelt, dass Paulus ihn den *veteres* zuschreibt. So erweckt er den Eindruck, als beschäftige er sich mit einer von den republikanischen Juristen aufgestellten Regel.

20 Diese Bemerkung hallt wohl auch noch in dem einschlägigen Passus in den justinianischen Institutionen wieder; vgl. IJ 1.23.3: *Furiosi quoque et prodigi, licet maiores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum ex lege duodecim tabularum. sed solent Romae praefectus urbis vel praetor et in provinciis praesides ex inquisitione eis dare curatores.* (»Geisteskranke und Verschwender stehen auch dann, wenn sie über 25 Jahre alt sind, nach dem Zwölftafelgesetz unter Betreuung ihrer agnatischen Verwandten. Aber der römische Stadtpräfect oder der Prätor und in den Provinzen der Statthalter bestellen ihnen nach einer Untersuchung des Einzelfalles einen Betreuer.«).

D 27.10.13 Gai 3 ed prov

Saepe ad alium e lege duodecim tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii praetor administrationem dat, scilicet cum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur.

Oft steht die Betreuung eines Geisteskranken oder Verschwenders nach dem Zwölftafelgesetz dem einen zu, der Prätor gewährt sie aber einem anderen, namentlich wenn sich der gesetzliche Betreuer als ungeeignet für das Amt erweist.

Dieselbe einschränkende Tendenz lässt auch ein Abschnitt aus Ulpian's Sabinuskommentar erkennen. Unter Berufung auf den republikanischen Juristen Quintus Mucius und den Hochklassiker Julian führt der Spätklassiker hier aus, der Satz über die Betreuung durch einen Verwandten gelte nach herrschender Ansicht nicht, wenn der *furiosus* minderjährig ist und unter Vormundschaft steht oder gestellt werden könnte:

D 26.1.3 Ulp 37 Sab

Qui habet tutorem pupillus vel pupilla si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilo minus durent: quae sententia Quinti quoque Mucii fuit et a Iuliano probatur eoque iure utimur, ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat. quare si tutores habent, per furorem in curam non rediguntur, sive non habent et furor eis accesserit, nihilo minus tutores accipere poterunt: quia lex duodecim tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat.

Wird ein Mündel, das einen Vormund hat, geisteskrank, verbleibt es in der Vormundschaft; diese Ansicht wird auch von Quintus Mucius und Julian vertreten, und deshalb halten wir es so, dass eine Betreuung ausscheidet, wenn das Alter noch eine Vormundschaft erheischt. Daher kommen Minderjährige, wenn sie Vormünder haben, infolge der Geisteskrankheit nicht unter Betreuung; und wenn sie noch keine Vormünder haben und geisteskrank werden, können sie nichtsdestoweniger Vormünder erhalten, weil das Zwölftafelgesetz so verstanden wird, dass es sich nicht auf Mündel bezieht.

Um die mit der Betreuung verbundene Befugnis zur Veräußerung von Sachen des *furiosus* geht es schließlich in einem Passus in Gaius' Institutionenlehrbuch. Dass der als *curator* tätige Verwandte wirksam über eine Sache des Geisteskranken verfügen kann, ist hier als Gegenfall zur beschränkten Veräußerungsbefugnis eines Ehemannes über ein Mitgiftgrundstück aufgeführt. Beide Konstellationen dienen Gaius als Beispiele dafür, dass Eigentum und *potestas alienandi* nicht immer Hand in Hand gehen müssen:

Gai 2.62-64

Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit. (63) Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem

Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit ... (64) Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator ...

Es kommt zuweilen vor, dass keine Befugnis zur Veräußerung hat, wer Eigentümer ist, und veräußern kann, wer nicht Eigentümer ist. (63) Einem Ehemann ist es nämlich durch das julische Gesetz verboten, gegen den Willen seiner Frau ein zur Mitgift gehörendes Grundstück zu veräußern, obwohl er sein Eigentümer ist ... (64) Umgekehrt kann nach dem Zwölftafelgesetz der Verwandte eines Geisteskranken als dessen Betreuer eine Sache des Geisteskranken veräußern; ebenso ein Vertreter ...

Eine Anwendung des Zwölftafelsatzes im Zusammenhang mit der Testierfähigkeit ist nirgends bezeugt. Sogar die *epitome Ulpiani*, die ihn eigens als Regel für die Betreuung durch einen Angehörigen zitiert, leitet die Unwirksamkeit des Testaments eines *furiosus* anders her:²¹

UE 20.13

Mutus, surdus, furiosus, item prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest; surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest; furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de ea re possit; prodigus, quoniam commercium in illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest.

Ein Stummer, ein Tauber, ein Geisteskranker und ein Verschwender, dem die Verwaltung seines Vermögens verboten ist, können kein Testament errichten, der Stumme, weil er die Worte der Nunkupation nicht sprechen kann, der Taube, weil er die Rede des Familienkäufers nicht hören kann, der Geisteskranke, weil er keinen Willen hat, der in dieser Sache bezeugt werden kann, der Verschwender, weil ihm die Teilnahme am Rechtsleben verboten ist und er deshalb keine Manzipation seines Vermögens vornehmen kann.

Die Unfähigkeit zur letztwilligen Verfügung ergibt sich für den Autor aus verschiedenen Aspekten des Rituals, mit dem das Testament »mit Kupfer und Waage« (*testamentum per aes et libram*) errichtet wird. Dabei erklärt sich ein Treuhänder im Zuge einer *mancipatio* zum neuem Inhaber des Vermögens des Erblassers; und dieser erteilt ihm durch einen *nuncupatio* genannten Hinweis auf den Inhalt des schriftlichen Testaments den Auftrag zur Verteilung seines Vermögens.²² Wer stumm ist, kann diese *nuncupatio* nicht aufsa-gen; wer taub ist, kann die Erklärung des Treuhänders nicht vernehmen; und

21 Zu keiner Begründung sieht sich hingegen der Autor der in diokletianischer Zeit entstandenen Paulussentenzen veranlasst; vgl. PS 3.4a.11 = D 28.1.17 Paul 3 sent: *In adversa corporis valetudine mente captus eodem tempore testamentum facere non potest.* (»Wer aufgrund seiner schlechten körperlichen Verfassung geisteskrank ist, kann in dieser Zeit kein Testament errichten.«).

22 S. o. S. 13 f.

wem als Verschwender die Befugnis zur Verwaltung seines Vermögens entzogen ist, kann überhaupt keine Rechtsgeschäfte und damit auch keine *mancipatio* vornehmen. Von noch grundsätzlicherer Art ist das Hindernis, das im Fall eines *furiosus* besteht: Da er über keinen freien Willen verfügt, kann das Testament auch nicht seine Aufgabe erfüllen, einen solchen zu dokumentieren. Zugrunde liegt die vorangehende Definition des Testaments als Zeugnis des letzten Willens:

UE 20.1

Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta, ut post mortem nostram valeat.

Ein Testament ist das gehörige Zeugnis unseres Willens, das förmlich errichtet wird, damit es nach unserem Tod gilt.

Diese geht ihrerseits wahrscheinlich auf die etymologisierende Erklärung des republikanischen Juristen Servius Sulpicius Rufus zurück, um dessen Widerlegung sich Gellius bemüht:²³

Gellius NA 7.12

Quod neque ›testamentum‹, sicuti Servius Sulpicius existimavit, neque ›sacellum‹, sicuti C. Trebatius, duplicia verba sunt, sed a testatione productum alterum, alterum a sacro imminutum. (1) Servius Sulpicius iureconsultus, vir aetatis suae doctissimus, in libro de sacris detestandis secundo qua ratione adductus ›testamentum‹ verbum esse duplex scripserit, non reperio; (2) nam compositum esse dixit a mentis contestatione.

Zusammengesetzte Wörter sind weder *testamentum*, wie Servius Sulpicius glaubt, noch *sacellum* (kleines Heiligtum), wie Gaius Trebatius glaubt, sondern das eine stammt von *testatio* (Zeugnis), das andere ist eine Verkleinerungsform von *sacrum* (Heiligtum). (1) Ich verstehe nicht, wie Servius Sulpicius, ein zu seiner Zeit überaus geachteter Rechtsgelehrter, in seinem Buch über die Auflösung der Gewaltverhältnisse geschrieben hat, *testamentum* sei ein zusammengesetztes Wort; (2) er hat nämlich gesagt, es sei zusammengesetzt aus *mens* (Wille) und *contestatio* (Zeugnis).

Ist die fehlende Testierfähigkeit eines *furiosus* Gegenstand eines Erklärungsversuchs, der bis zu den Ansichten der alten Juristen zurückreicht, ist kaum denkbar, dass eine Argumentation mit Hilfe des Zwölftafelgesetzes, wenn sie denn in klassischer Zeit noch bekannt gewesen wäre, unerwähnt geblieben wäre. Mag sie auch zur Zeit des Rhetors und Ciceros noch gängig gewesen sein, bietet sie doch keinen Referenzpunkt mehr für das Raisonement der

²³ Vgl. Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 1, S. 394 Fn. 48.

klassischen Juristen und kann folglich auch nicht hinter dem Rekurs auf die *insania* des Erblassers im Fall eines pflichtwidrigen Testaments stehen.

Einen gesetzlichen Anknüpfungspunkt haben die Juristen nur für die Ermittlung des Viertels gesucht, dessen Zuwendung die *querela inofficiosi testamenti* ausschließt. Als Vorbild dient ihnen hier die *lex Falcidia*. Sie erhält einem Erben den Anreiz zum Antritt der Erbschaft, indem sie die im Testament verfügbaren Belastungen auf drei Viertel der Erbschaft beschränkt und bei Überschreitung dieser Grenze ihre anteilige Kürzung vorschreibt. Dass dem Erben hiernach unbedingt ein Viertel des Nachlasses verbleibt, macht Ulpian für einen Schluss auf das Regime der Querel fruchtbar:²⁴

D 5.2.8.9 Ulp 14 ed

Quarta autem accipietur scilicet deducto aere alieno et funeris impensa: sed an et libertates quartam minuant, videndum est. et numquid minuant? nam si, cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet Falcidiam, Falcidia autem libertates non minuit: potest dici deductis libertatibus quartam ineundam. ...

Aber das Viertel wird so verstanden, dass es abzüglich der Schulden und der Aufwendungen für das Begräbnis bestimmt wird; ob auch Freilassungen das Viertel verringern, müssen wir zusehen. Und wie sollten sie es nicht verringern? Wenn nämlich jemand, der als Alleinerbe eingesetzt ist, nicht die Pflichtwidrigkeit des Testaments behaupten kann, weil er das falzidische Viertel hat, dieses aber Freilassungen nicht beeinträchtigt, so kann man sagen, dass das Viertel auch hier abzüglich der Freilassungen zu bestimmen ist ...

Welchen Wert der einem Verwandten zustehende Pflichtteil hat, darf nicht nur anhand der im Nachlass vorhandenen Aktiva bestimmt werden. Vielmehr sind vom Gesamtwert des Nachlasses sowohl Schulden, die der Erblasser hatte, als auch die Kosten abzuziehen, die dem Erben durch das Begräbnis entstehen. Schwieriger zu beurteilen ist die Wirkung von Freilassungen, die der Erblasser in seinem Testament verfügt hat. Soll man sie wie Vermächtnisse und Fideikomnisse behandeln, die mit der Anfechtung der pietätlosen Erbeinsetzung hinfällig werden?²⁵ Oder soll man die Freiheitsverfügung privilegieren und den Wert der freizulassenden Sklaven von dem Wert der Erbschaft abziehen? Ulpian entscheidet sich für diese zweite Alternative und verweist auf die Rechtslage nach der *lex Falcidia*: Wer als Alleinerbe eingesetzt ist, kann nach Ulpians Ansicht keinesfalls die Beschwerde über die Pflichtwidrigkeit des Testaments führen, weil ihm ja kraft dieses

²⁴ Zum paläogenetischen Kontext dieser Aussage s. u. S. 176 ff.

²⁵ S. u. S. 116 ff.

Gesetzes zwangsläufig ein Viertel der Erbschaft zusteht.²⁶ Werden die vom Erblasser verfügten Freilassungen hier in der Weise berücksichtigt, dass sie den Wert der Erbschaft mindern, muss sich dies aus Ulpian's Sicht auch ein Verwandter gefallen lassen, der nicht Alleinerbe des Erblassers geworden ist. Denn der Maßstab für die Ermittlung des Pflichtteils kann nicht davon abhängen, in welchem Umfang der Berechtigte von dem Erblasser tatsächlich bedacht worden ist.²⁷

Folgert Ulpian aus dem Recht der *lex Falcidia*, um eine spezielle Frage des Pflichtteilsrechts zu entscheiden, liegt nicht fern anzunehmen, dass schon das Maß des Pflichtteils selbst ein Transplantat aus dem älteren Gesetz ist.²⁸ Es bietet sich auch geradezu als Ausgangspunkt für einen Schluss *a maiore ad minus* an: Kann ein im Testament eingesetzter Alleinerbe nicht erwarten, dass ihm mehr als Viertel des ihm vollständig zugewandten Nachlasses verbleibt, gilt Entsprechendes für andere Erben, denen der Erblasser weniger zgedacht hat. Müssen schon die vom Erblasser eingesetzten Erben eine solche Reduktion hinnehmen, haben sich hiermit erst recht seine Verwandten abzufinden, die nur auf ihr gesetzliches Erbrecht verweisen können.

Ausdrücklich finden wir diesen Schluss bei Plinius dem Jüngeren gezogen.²⁹ Er hält dem Sohn einer Erblasserin, der sich gegen Plinius und weitere im Testament benannte Miterben wendet, vor, dass er ungeachtet seiner Enterbung bereits ein Viertel des Nachlasses und so schon erhalten hat, womit er auch als Testamentserbe rechnen durfte:³⁰

26 Dies ist, genau besehen, eine *petitio principii*, die aber den gesamten Schluss auf die Berechnung des beschwerdeausschließenden Viertels tragen soll; s. u. S. 176 ff.

27 Nur das Ergebnis, nicht auch den von Ulpian verfolgten Gedankengang schildert der Autor der Paulussentenzen; vgl. PS 4.5.5–6: *Ex asse heres institutus inofficiosum dicere non potest: nec interest, exhausta nec ne sit hereditas, cum apud eum quarta aut legis Falcidiae aut senatus consulti Pegasiani beneficio sit remansura. (6) Quartae portionis portio liberis deducto aere alieno et funeris impensa praestanda est, ut ab inofficiosi querella excludantur. Libertates quoque eam portionem minuere placet.* (»Wer als Alleinerbe eingesetzt ist, kann nicht die Pflichtwidrigkeit des Testaments behaupten; und es macht keinen Unterschied, ob der Nachlass erschöpft ist oder nicht, weil ihm nämlich das Privileg des falzidischen Gesetzes und des pegasianischen Senatsbeschlusses bleibt. (6) Der Anteil von einem Viertel ist abzüglich der Schulden und der Aufwendungen für das Begräbnis zu leisten, damit die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments ausgeschlossen ist. Freilassungen vermindern diesen Anteil anerkanntermaßen.«).

28 Dies glauben auch v. Woelf, *Das römische Erbrecht*, S. 243; Renier, *Étude*, S. 96 und La Pira, *Successione*, S. 468 f.

29 Vgl. auch Di Lella, *Querela*, S. 123 und Ribas-Alba, *La desheredación*, S. 238 f.

30 Mit diesem Brief befasst sich eingehend Gulina, *La querela inofficiosi testamenti nella testimonianza di Plinio il giovane*, SDHI 75 (2009) 261–330.

Plin ep 5.1.9

Ibi ego ›Si mater‹ inquam ›te ex parte quarta scripsisset heredem, num queri posses? Quid si heredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset ut non amplius apud te quam quarta remaneret? Igitur sufficere tibi debet, si exheredatus a matre quartam partem ab heredibus eius accipias, quam tamen ego augebo. (10) Scis te non subscripsisse mecum, et iam biennium transisse omniaque me usu cepisse. Sed ut te coheredes mei tractabiliorem experiantur, utque tibi nihil abstulerit reverentia mei, offero pro mea parte tantundem.‹ ...

Ich sagte dort: »Hätte deine Mutter dich zu einem Viertel als Erben eingesetzt, könntest du dich beschweren? Was wäre, wenn sie dich zwar zum Alleinerben eingesetzt, dich aber so durch Vermächtnisse belastet hätte, dass dir nicht mehr als ein Viertel geblieben wäre? Es müsste dir also genügen, wenn du, von deiner Mutter enterbt, ein Viertel von den Erben erhieltest, das ich noch vermehren will. (10) Du weißt, dass du nicht gegen mich geklagt hast und schon zwei Jahre vergangen sind, so dass ich alles hätte ersitzen können. Damit aber meine Miterben dich nachgiebiger finden und damit dir durch die Rücksicht auf mich kein Nachteil entsteht, biete ich dir einen ebenso großen Anteil an ...«

Es nähme nicht wunder, wenn diese Argumentation entweder schon bei den zeitgenössischen Rechtsgelehrten erprobt und von Plinius zumindest übernommen worden wäre.³¹ Sie erfährt jedenfalls einen Nachhall in den Schriften der spätklassischen Juristen, während der Rekurs auf die Zwölf-tafelbestimmung über die Betreuung eines Geisteskranken nicht mehr im erbrechtlichen Kontext auftaucht.

31 V. Woeß, *Das römische Erbrecht*, S. 232 ff. rechnet wohl nicht zu Unrecht damit, dass vor der Ableitung der Quart aus dem falzidischen Gesetz von Fall zu Fall über die angemessene Beteiligung des gesetzlichen Erben befunden wurde.

Eine Folge des Verfahrens?

I. Eine Argumentation für hundert Männer?

Ein mit der Herleitung aus der rhetorischen Tradition verwandter Ansatz knüpft an das Verfahren an, in dem die *querela inofficiosi testamenti* angestellt wird. Hierfür gibt es noch in klassischer Zeit sicherlich zwei verschiedene Wege: Findet der Prozess in Rom statt, ist zur Entscheidung seit alters das Hundertmännergericht berufen, in dem ein großes Kollegium von Laien über die Anfechtung des Testaments befindet. Daneben existiert das vor einem Beamtenrichter geführte Kognitionsverfahren, das zumindest bei einer Streitigkeit in den Provinzen betrieben werden muss und spätestens im dritten nachchristlichen Jahrhundert auch in Rom die anderen Prozessarten verdrängt. Es liegt keineswegs fern, in dieser Dualität des Prozesses die Ursache für die Doppelgestalt der juristischen Argumentation zu suchen:¹ Der *color insaniae* könnte das spezifische Mittel sein, mit dem die Beschwerde vor dem Hundertmännergericht geführt wird. Hier ist man an das alte Verfahren der *legis actiones* gebunden. Mit der für einen Erbprätendentenstreit zuständigen dinglichen Klage, der *legis actio sacramento in rem*,² stellt es ein Forum bereit, in dem seit jeher über die Wirksamkeit eines Testaments und insbesondere über die Testierfähigkeit eines Erblassers gestritten wird. Der

1 Grundlegend Eisele, SZ 15 (1894) 256, 258 ff. Zustimmung zu seiner Ansicht bekundet Marrone, SDHI 21 (1955) 74, 82 ff., 98 ff.; vgl. auch dens., AUPA 27 (1959) 153, 154 ff., 165 ff. Ähnlich äußern sich Watson, *Law of succession*, S. 63 f. und Krüger, *Pflichtteilsrecht*, S. 261, der den *color insaniae* für eine Erfindung der Anwälte und die Zentumviren ursprünglich damit betraut sieht, den *furor* des Erblassers festzustellen. Kritik erntet Eiseles Theorie hingegen bei v. Woeß, *Das römische Erbrecht*, S. 194 f., 212 ff.; La Pira, *Successione*, S. 416, Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 723 ff. und Gagliardi, *Decemviri*, S. 283 ff.

2 Dass dies die bei der Testamentsanfechtung einschlägige Klageart ist, glaubt außer Eisele, SZ 15 (1894) 256, 261 ff. auch Di Lella, *Querela*, S. 30 ff.

color insaniae könnte damit der Anknüpfung an ein bekanntes Problem dienen, um vor einer Gruppe von Laienrichtern leichter durchzudringen.³ Bei dem vor einem Beamtenrichter geführten Kognitionsverfahren erscheint eine vergleichbare Überzeugungsleistung entbehrlich. Der Beschwerdeführer kann sich also unumwunden auf das ihm vom Erblasser angetane Unrecht als wahren Grund der Querel berufen.⁴

Das unüberwindliche Problem, vor das diese *prima facie* so eingängige Theorie stellt, ist ihre fehlende Verankerung in den Quellen: Weder kann man einen Bezug zwischen dem *color insaniae* und einer bestimmten Prozessart feststellen;⁵ noch lässt eine Rekonstruktion der Entwicklung des Verfahrens überhaupt einen fundamentalen Unterschied zwischen beiden Prozessarten erkennen.

Es gibt allerdings Zeugnisse dafür, dass das Zentumviralgericht noch zur Wirkungszeit der spätclassischen Juristen mit der Testamentsanfechtung befasst ist. Eindeutig benannt finden wir es bei Paulus in seinen *libri quaestionum*:⁶

D 5.2.17pr Paul 2 quaest

Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querellam movere volunt. unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset: hic si optinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint.

Wer sich in der Absicht auszuschlagen nicht an der Klage wegen pflichtwidrigen Testaments beteiligt, ist neben denjenigen, die diese Beschwerde erheben wollen, nicht beteiligt. Erhebt eines von zwei enterbten Kindern wegen des pflichtwidrigen Testaments ihres Vaters Klage, könnte es deshalb, weil bei Anfechtung des Testaments auch das andere zur gesetzlichen Erbfolge berufen ist, nicht mit Recht die gesamte Erbschaft herausverlangen; dieses Kind könnte sich aber, wenn es obsiegt hat, auf die Rechtskraft des Urteils mit dem

³ Hier sehen den Grund für den Rekurs auf die *insania* des Erblassers auch Querzoli, *Testamenta*, S. 150, 163 ff. und Jobbé-Duval, *Explication*, S. 363 f., 377 ff., 387 f., der glaubt, das Hundertmännergericht habe über das pflichtwidrige Testament ebenso als *causa actionis* entschieden wie über andere Unwirksamkeitsgründe und es zum Gegenstand einer Voruntersuchung gemacht. Gegen die terminologischen Annahmen von Jobbé-Duval wendet sich mit Recht Renier, *Étude*, S. 127 ff.

⁴ Vgl. Eisele, *SZ* 15 (1894) 256, 280, 286 f.

⁵ Richtig Renier, *Étude*, S. 119 f., 299.

⁶ In der Rekonstruktion der *libri quaestionum* des Paulus führt dieser Text den Abschnitt über das pflichtwidrige Testament an; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 1183 (Paul 1279).

Argument berufen, die hundert Männer hätten, als sie den Vater testamentslos machten, geglaubt, dass nur noch dieser Sohn am Leben sei.

Sind zwei Pflichtteilsberechtigte enterbt, wirkt sich die Testamentsanfechtung des einen zumindest dann nicht zugunsten des anderen aus, wenn dieser von der Querel Abstand genommen hat, weil er die Erbschaft ausschlagen will. Obwohl der Kläger bei der gesetzlichen Erbfolge nur neben dem anderen Pflichtteilsberechtigten zur Hälfte gekommen wäre, fällt ihm der Nachlass jetzt doch allein zu. Einer späteren Klage des anderen Pflichtteilsberechtigten steht nach Paulus'Auffassung die Entscheidung über die Querel entgegen. Sie wirke so, als hätten die Richter des Zentumviralgerichts angenommen, es sei nur noch der Kläger am Leben. Einen Bezug zum *color insaniae* kann man hier bestenfalls in der beigefügten Zeitbestimmung erkennen. Um den Entscheidungshorizont des Gerichts zu beschreiben, spricht Paulus davon, dass die Richter den Erblasser seines Testaments beraubt haben (*cum facerent intestatum*). Diese Aussage wäre jedoch auch dann richtig, wenn sich der andere Pflichtteilsberechtigte an der Klage beteiligt oder diese zumindest auch zu seinen Gunsten gewirkt hätte. Dass das Testament hinfällig ist, lässt sich unabhängig davon behaupten, wie die gesetzliche Erbfolge ausgestaltet ist. Und es kommt auch nicht darauf an, wer zur Entscheidung über die Querel berufen ist, sei es das Hundertmännergericht, sei es der Beamtenrichter des Kognitionsverfahrens.

Dasselbe gilt für den um eine Anmerkung des Paulus ergänzten Text aus den *responsa* des Cervidius Scaevola:⁷

D 5.2.13 Scaev 3 resp

Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit: eodem testamento ita cavuit: »ea omnia quae supra dari fieri iussi, ea dari fieri volo ab omni herede bonorumve possessore qui mihi erit etiam iure intestato: item quae dari iussero, ea uti dentur fiantque, fidei eius committo.« quaesitum est, si soror centumvirali iudicio optinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur. respondi: si hoc quaeratur, an iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes bonorumve possessores successuros credat, fidei committere possit, respondi posse. Paulus notat: probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente.

Titia hat ihre Tochter als Erbin eingesetzt und ihrem Sohn ein Vermächtnis zugewandt. In demselben Testament hat sie bestimmt: »Ich will, dass alles, was ich oben zu leisten und zu tun angeordnet habe, auch von jedem Erben oder Nachlassbesitzer nach gesetz-

⁷ Im Original der *libri responsorum* führte der Text den Abschnitt über Vermächtnisse und Fideikommissen an; vgl. Lenel, *Paligenesia*, Bd. 2, Sp. 297 (Scaev 257).

lichem Erbrecht geleistet oder getan wird; ebenso gebe ich ihm auf, dass das, was ich zu leisten angeordnet habe, geleistet und getan wird.« Es ist gefragt worden, ob die Schwester, wenn sie vor dem Hundertmännergericht obsiegt, die Fideikommiss nach dem oben dargestellten Abschnitt des Testaments schuldet. Ich habe geantwortet: Wird gefragt, ob jemand denjenigen ein Fideikommiss aufgeben kann, die er für seine gesetzlichen Erben oder Nachlassbesitzer hält, antworte ich, dass er es kann. Paulus merkt an: Er hält es aber für richtig, dass die Leistung der Fideikommiss auch von einem gesetzlichen Erben nicht geschuldet wird, da sie gleichsam von einem Geistesgestörten ausgesetzt seien.

Hier taucht allerdings der *color insaniae* auf. Es fehlt aber wiederum der Bezug zur Zuständigkeit des Zentumviralerichts: Scaevola beschäftigt sich mit einem Testament, in dem die Erblasserin eine von ihr gemachte Zuwendungen doppelt verfügt hat. Sie hat sie sowohl zum Gegenstand eines Vermächtnisses zugunsten ihres Sohnes gemacht als auch dessen als Erbin eingesetzter Schwester ein inhaltsgleiches Fideikommiss aufgegeben. Dass bei Unwirksamkeit der Erbeinsetzung das Vermächtnis wegfällt, ist vorausgesetzt, wenn Scaevola nur danach gefragt wird, ob der Sohn zumindest auf die Erfüllung der Fideikommiss bestehen können. Scaevola scheint dies indirekt zu bejahen, indem er feststellt, dass ein Fideikommiss auch einem gesetzlichen Erben auferlegt werden kann,⁸ sei es, dass er nach *ius civile* zur Rechtsnachfolge berufen ist, sei es, dass er kraft der prätorischen Erbfolge zum Zuge kommt. Der Unterschied zum Vermächtnis ergibt sich daraus, dass ein Fideikommiss formlos, ein Vermächtnis hingegen an die Testamentsform gebunden ist, die nicht ohne wirksame Bestimmung eines Erben eingehalten werden kann. Für Paulus, der Scaevolans Entscheidung kommentiert, bedeutet dies aber noch nicht, dass die Fideikommiss bei Aufhebung des Testaments gültig bleiben. Auch wenn sie nicht in einem Testament ausgesetzt werden müssen, gehören sie doch zu der angegriffenen Verfügung. Scheitert diese daran, dass der Erblasserin Geisteskrankheit unterstellt wird, muss dies auch für die im Testament auferlegten Fideikommiss gelten; denn diese sind, obwohl formfrei, doch gleichfalls an die Voraussetzung der Testierfähigkeit geknüpft.

Paulus geht nicht darauf ein, vor welchem Gericht die Testamentsanfechtung geltend gemacht wird. Dass es das Hundertmännergericht ist, können wir nur der an Scaevola gerichteten Frage entnehmen, wonach die Schwester vor den Zentumvirn erfolgreich war. Diese Formulierung lässt offen, ob es überhaupt eine Testamentsanfechtung war, die der Entscheidung zugrun-

⁸ Gai 2.271.

de lag. Der Bezug auf die *querela inofficiosi testamenti* wird erst durch Paulus' Hinweis auf die *quasi dementia* der Erblasserin hergestellt. Denkbar ist daher, dass Scaevola sich mit einem ganz anderen Fall beschäftigt hat, in dem das Fideikommiss durchaus wirksam bleibt: Haben sich die Kinder der Erblasserin um die Erbenstellung gestritten und die Schwester, obwohl im Testament eingesetzt, ihr gesetzliches Erbrecht geltend gemacht, kann das Fideikommiss zugunsten des Sohnes sehr wohl noch Gültigkeit behalten, wenn das Testament an einem anderen Mangel als der wirklichen oder fiktiven Geisteskrankheit der Erblasserin scheitert. Erst für Paulus steht fest, dass es um die Anfechtung eines pflichtwidrigen Testaments geht; und er entscheidet sich deshalb gegen die Wirksamkeit des Fideikommisses. Welches Gericht über das Testament befunden hat, spielt für ihn ersichtlich keine Rolle.⁹

Bedeutung erlangt diese Frage hingegen in einer Entscheidung Marcells.¹⁰ In ihr wird das Hundertmännergericht zwar nicht beim Namen genannt, aber doch eine Mehrheit von Richtern erwähnt, die zu seinem Kollegium gehören könnten:¹¹

D 5.2.10pr Marcell 3 dig

Si pars iudicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet, humanius erit sequi eius partis sententiam quae secundum testamentum spectavit, nisi si aperte iudices inique secundum scriptum heredem pronuntiassent apparebit.

Hat sich, was zuweilen vorkommt, ein Teil der Richter, die über ein pflichtwidriges Testament zu befinden hatten, gegen das Testament, ein Teil dafür ausgesprochen, ist es besser, der Entscheidung des Teils zu folgen, der zugunsten des Testaments befunden hat, sofern nicht offensichtlich erhellt, dass die Richter voreilig zugunsten des eingesetzten Erben entschieden haben.

Zwar belegt die Inskription dreier Texte von Paulus, dass dieser ein Werk über das Verfahren vor einem »Siebenmännergericht« verfasst hat.¹² Von dieser Institution fehlt jedoch ansonsten jede Spur, so dass es sich vielleicht bloß um ein Schreibversehen handelt und ursprünglich vom Hundertmänner-

⁹ Anders will dies Eisele, SZ 15 (1894) 256, 288 sehen.

¹⁰ In dessen *libri digestorum* war sie ebenso wie in den justinianischen Digesten im Abschnitt über das *testamentum inofficiosum* zu finden; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 592 (Marcell 17).

¹¹ Anders verhält es sich in dem Fall, von dem Papinian in D 5.2.15.2 (14 quaest, s. u. S. 107 ff.) berichtet. Hier hat der Kläger verschiedene Gerichte angerufen, so dass der Plural »iudices« entgegen Renier, *Étude*, S. 275 f. keinen Schluss auf ein Richterkollegium oder gar eine Entscheidung durch das Zentumviralgericht erlaubt.

¹² D 5.2.7, 28, 31; s. u. S. 75 f., 92 f.

nergericht die Rede war.¹³ Jedenfalls lässt sich nicht einfach unterstellen, auch Marcell gehe es um dieses ominöse Kollegium von sieben Männern.¹⁴ Beschäftigt er sich mit einer Uneinigkeit des Spruchkörpers über eine Testamentsanfechtung und gibt der Aufrechterhaltung des Testaments den Vorzug,¹⁵ liegt es am nächsten, diese Aussage auf das Zentumviralgericht zu beziehen. Sie passt sicherlich nicht zu dem vor einem Beamtenrichter geführten Kognitionsverfahren.¹⁶ Kann man in seiner Stellungnahme daher auch einen zusätzlichen Beleg für die Tätigkeit des Zentumviralgerichts erkennen,¹⁷ fehlt aber wiederum jeglicher Bezug auf eine unterstellte Geisteskrankheit des Erblassers.

Genau umgekehrt verhält es sich mit einer anderen Äußerung aus demselben Buch Marcells, die wir schon betrachtet haben:¹⁸

D 5.2.5 Marcell 3 dig

... resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret.

... und dies wird mit Vorbringen vor Gericht gebracht, der Erblasser sei gleichsam nicht bei klarem Verstand gewesen, als er das ungerechte Testament errichtete.

Der Hochklassiker spricht hier eigens von einem *color* der krankhaften Geistestätigkeit des Erblassers und zugleich davon, dass diese vor einem Richter (*apud iudicem*) geltend gemacht wird. Versteht man diese Bezeichnung nicht generisch in dem Sinne von »vor Gericht«, passt sie nur auf ein Verfahren, in dem eben kein Kollegium zur Entscheidung berufen ist. Statt eines Formularverfahrens, für das es keinerlei Anhaltspunkte gibt,¹⁹ kommt hier nur die Kognitur in Betracht.²⁰ Geht es also anscheinend auch in diesem Verfahren

13 Dies vermutet Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 957 (Paul 43–45), der glaubt, das Werk des Paulus habe »*de centumviralibus iudiciis*« geheißen. Die Existenz eines Septemviralgerichts bezweifelt auch Renier, *Étude*, S. 300. Dagegen will Arcaria, *Septemvitalia iudicia*, S. 53 ff., 87 ff. seine Schaffung gemeinsam mit der Übernahme der Querel ins Kognitionsverfahren in die Regierungszeit von Antoninus Pius datieren. Hiergegen wendet sich Gagliardi, *Decemviri*, S. 353 ff., der das Septemviralgericht aber ebenfalls für eine Einrichtung des Kognitionsverfahrens hält. Zum möglichen Zusammenhang mit einer *lex Glitia* s. o. S. 33 Fn. 23.

14 Dies tut aber Arcaria, *Septemvitalia iudicia*, S. 81 ff.

15 Hendel, *Marcelli ratio*. Die Argumentationsweise des hochklassischen Juristen Ulpianus Marcellus, Berlin 2015 S. 220.

16 Anders sieht dies Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 710.

17 Dies tut Renier, *Étude*, S. 274

18 S. o. S. 39.

19 Vgl. Renier, *Étude*, S. 279 ff.

20 Richtig Renier, *Étude*, S. 120 und Gagliardi, *Decemviri*, S. 234 f.

um den *color insaniae*, kann dieser kein Spezifikum des Zentumviralprozesses sein.²¹

II. Vorfrage oder Hauptverfahrensgegenstand?

Erlauben die Quellen schon nicht, im Rekurs auf die Geisteskrankheit des Erblassers eine Besonderheit des Verfahrens vor dem Hundertmännergericht zu sehen, kommt hinzu, dass die eigentliche Trennlinie nicht durch die Zuständigkeit verschiedener Gerichte gezogen ist. Ein signifikanter Unterschied ergibt sich in prozessualer Hinsicht vielmehr aus der Frage, ob die Pietätlosigkeit eines Testaments lediglich Vorfrage für die Entscheidung über einen Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft oder Gegenstand einer eigenen Untersuchung ist. Ein solches spezielles Verfahren kann sowohl in der Kognitur als auch vor dem Zentumviralgericht geführt werden. Und es wird von den Juristen dennoch als funktionsäquivalent zur Klage auf Herausgabe der Erbschaft angesehen.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Testamentsanfechtung im Zentumviralverfahren aufgekommen ist.²² Zwar belegen dies nicht Fälle wie der des Muttermörders Malleolus²³ und des Tuditanus²⁴, in denen eine wirkliche Geisteskrankheit des Erblassers im Raum steht. Valerius Maximus berichtet aber auch von einem ins erste vorchristliche Jahrhundert zu datierenden Streit, in dem die bloße Enterbung der Grund für eine Entscheidung des Hundertmännergerichts²⁵ gewesen zu sein muss:²⁶

21 Dies rechtfertigt aber natürlich nicht die Theorie von La Pira, *Successione*, S. 440 ff., 514 ff., 531 ff., der glaubt, der *color insaniae* sei erst in nachklassischer Zeit von einer bloß rhetorischen Figur zu einem Instrument juristischer Argumentation und Gegenstand eines besonderen Verfahrens zur Feststellung der mangelnden Testierfähigkeit geworden. Hiergegen wendet sich auch Marrone, SDHI 21 (1955) 74, 121.

22 Was nicht ausschließt, dass es auch zu außerordentlichen Eingriffen des Prätors gekommen ist, wie Valerius Maximus sie für Calpurnius Piso behauptet; vgl. Val Max 7.7.5; s. o. S. 45 f. Dass sie schon eine Form der Querel darstellen, nimmt Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 671 ohne hinreichenden Grund an.

23 S. o. S. 48 ff.

24 S. o. S. 41 f.

25 Mit der Bedeutung des hierfür verwendeten Verbs *rescindere* befasst sich Tuzov, TR 82 (2014) 233, 243 f.

26 Hingegen scheint mir die im vorangehenden Passus mitgeteilte Entscheidung des Zentumviralgerichts entgegen Renier, *Étude*, S. 95 eher auf eine Anfechtung wegen Irrtums oder Arglist hinzudeuten; vgl. Val Max 7.7.1: *Militantis cuiusdam pater, cum de morte filii falsum e castris nuntium ac-*

Val Max 7.7.2

Item M. Annei Carseolani splendidissimi equitis Romani filius, a Sufenate avunculo suo adoptatus testamentum naturalis patris, quo praeteritus erat, apud centumviros rescidit, cum in eo Tullianus Pompei Magni familiaris ipso quidem Pompeio signatore heres scriptus esset.

Auch der Sohn des ruhmreichen römischen Ritters Marcus Anneius aus Carseoli, der von seinem Onkel Sufenas als Kind angenommen wurde, hat das Testament seines natürlichen Vaters, der ihn übergangen hatte, vor dem Hundertmännergericht erfolgreich angefochten, obwohl in dem Testament Tullianus, der Freund des Pompeius, unter dessen Gegenwart als Zeuge zum Erben eingesetzt war.

Als Klage, mit der die Pflichtwidrigkeit eines Testaments vor dem Zentumviralgericht vorgebracht wird, kommt nicht nur die für den Erbprätendentenstreit gedachte *legis actio sacramento in rem* in Betracht.²⁷ Denkbar ist auch ein Verfahren auf der Grundlage einer Klage *in personam*, mit der eine schuldrechtliche Verpflichtung des Beklagten durchgesetzt wird. Voraussetzung ist lediglich, dass die Parteien vorab eine sogenannte *sponsio praeiudicialis* abschließen, mit der sich eine oder beide Seiten eine symbolische Leistung für den Fall versprechen, dass sich das Testament als pflichtwidrig herausstellt oder nicht.²⁸ Die Entscheidung des Gerichts gilt dann formal nur der vertraglich begründeten Leistungspflicht, inhaltlich jedoch der zur Bedingung gemachten Vorfrage, ob das Testament pflichtwidrig ist.²⁹ Eine solche Vereinbarung konnte jedoch erstmals getroffen werden, nachdem das *testa-*

cepisset, qui erat falsus, aliis heredibus scriptis decessit. peractis deinde stipendiis adulescens domum petiit: errore patris, inprudencia alienorum domum sibi clausam repperit: ... cum inprobissimis enim heredibus de paternis bonis apud centumuiros contendit: omnibusque non solum consiliis sed etiam sententiis superior decessit. (»Als der Vater eines gewissen Soldaten aus dem Lager die falsche Nachricht vom Tod seines Sohnes erhielt, setzte er andere als Erben ein und starb. Als der junge Mann nach Ableistung seines Dienstes nach Hause zurückkehrte, fand er dieses infolge des Irrtums seines Vaters und der Unverschämtheit der Erben verschlossen. ... vor dem Hundertmännergericht erhob er Klage gegen die schamlosen Erben wegen des Vermögens seines Vaters, woraus er nicht nur nach Ansicht aller Richter, sondern auch nach ihrem Urteil siegreich hervorging.«).

27 Dass schon der von Valerius Maximus berichtete Fall nicht mit ihr bewältigt wurde, glaubt Watson, *Law of succession*, S. 66 f.

28 Dass dies der gewöhnliche Weg der Anfechtung im Zentumviralverfahren ist, glauben v. Woeß, *Das römische Erbrecht*, S. 222 ff.; Eisele, SZ 15 (1894) 256, 267; Marrone, SDHI 21 (1955) 74, 75 und Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 1, S. 708.

29 Entgegen Marrone, SDHI 21 (1955) 74, 92 kann die Stipulation kaum auf die Zuständigkeit der Erbschaft bezogen sein, weil dies auf eine Klage *in rem* hinausliefe. Dasselbe lässt sich auch gegen die Ansicht von Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 709 ins Feld führen, der glaubt, die Stipulation sei auf die Rechtslage bezogen, wie sie sich nach erfolgreicher Anfechtung darstellt.

mentum inofficiosum als besonderes Phänomen erfasst war.³⁰ Zumindest die ersten Auseinandersetzungen über pflichtwidrige Testamente müssen daher im Rahmen einer dinglichen Klage geführt worden sein,³¹ bei der sich der enterbte Verwandte und ein im Testament eingesetzter Erbe gegenüberstanden.³² Erst in der Folge, als sich die Figur eines pflichtwidrigen Testaments als Grundlage für den Anspruch des Verwandten herausgebildet hatte, ließ sich die *sponsio praeiudicialis* formulieren und der Streit im Rahmen einer Klage *in personam* führen.³³ Es ist nicht auszuschließen, sondern eher wahrscheinlich, dass dies in dem Moment geschah, als sich die *querela inofficiosi testamenti* auch als Gegenstand des Kognitionsverfahrens etablierte.

Dass die Beschwerde über das pflichtwidrige Testament spätestens seit dieser Zeit als ein von der Erbschaftsklage gesonderter Rechtsbehelf begriffen wird,³⁴ zeigen zwei Texte, in denen es um das Verhältnis beider Verfahren geht. Der eine stammt schon aus der Zeit der Soldatenkaiser. Darin bescheinigt die Reskriptenkanzlei einem Kläger, der ein Testament zunächst als formal ungültig und dann als pflichtwidrig angegriffen hat, dass die zweite Klage, auch wenn sie nach Ablauf von fünf Jahren erhoben wird, nicht durch die Einrede der Verjährung ausgeschlossen ist.³⁵ Der Kläger muss sich nämlich keine unnötige Verzögerung der Querel vorhalten lassen, die unangebracht war, solange die Wirksamkeit des Testaments wegen eines Formfehlers in Zweifel stand:

CJ 3.28.16 (13. Aug. 258)

Impp. Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus nob. C Theodotae. Contra maiores viginti quinque annorum duplicem actionem inferentes, primam, quasi testamentum non iure

30 Der Begriff ist schon viel älter und erscheint bereits in Ciceros zweiter Rede *in Verrem* (1.42.107), die 70 v. Chr. entstand.

31 Dem lässt sich trotz Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 705 f. und Tellegen, *Law of succession*, S. 89 nicht entgegenhalten, es fehle an der erforderlichen Aktivlegitimation. Natürlich kann sich der zurückgesetzte Verwandte nicht auf sein testamentarisches Erbrecht berufen, wohl aber darauf, dass er mangels Gültigkeit des Testaments nach Intestaterbrecht zum Zuge komme.

32 So auch Marrone, SDHI 21 (1955) 74, 87 und Gagliardi, *Decemviri*, S. 292 ff., die aber glauben, dass es auf die Parteirolle ankomme. Ob das Testament als pflichtwidrig angegriffen wird, hängt aber nicht davon ab, wer den Nachlass besitzt und wer dessen Herausgabe verlangt.

33 Insoweit richtig Marrone, AUPA 27 (1959) 153, 157 und Di Lella, *Querela*, S. 126 ff.

34 Dies leugnet Renier, *Étude*, S. 185 ff., 244 ff. Richtig dagegen v. Woelf, *Das römische Erbrecht*, S. 209 ff.

35 Dass der Kläger eigens als volljährig bezeichnet ist, hängt damit zusammen, dass sich die Kanzlei in dem anderen erhaltenen Teil des Reskripts in CJ 2.40.2 (s. u. S. 74) mit der Rechtslage im Fall seiner Minderjährigkeit befasst. Offenbar will sie mit ihrem Bescheid alle möglichen Varianten der für sie nicht durchsichtigen Fallgestaltung abdecken.

sit perfectum, alteram, quasi inofficiosum, licet iure perfectum, praescriptio ex prioris iudicii mora quinquennalis temporis non nascitur, quae officere non cessantibus non potest.

Kaiser Valerian und Gallien und Cäsar Valerian an Theodota. Erhebt jemand im Alter von über 25 Jahren doppelt Klage, die eine, weil ein Testament nicht rechtmäßig errichtet ist, die andere mit der Behauptung, dass es zwar rechtmäßig errichtet, aber pflichtwidrig ist, wird die nach fünf Jahren zuständige Einrede durch die Dauer des ersten Verfahrens nicht begründet, da sie jemanden nur schaden kann, wenn er säumig ist.

Nach Ansicht der kaiserlichen Juristen handelt es sich um eine ›*actio duplex*‹, also um zwei getrennte Verfahren: Während die Pietätlosigkeit eines Testaments Gegenstand der *querela inofficiosi testamenti* ist, lässt sich ein Mangel der Form nur im Rahmen der gewöhnlichen Erbschaftsklage geltend machen.³⁶ Ein Übergang von dem einen auf das andere Vorbringen innerhalb derselben Klage ist offenbar ausgeschlossen.

Dass dies nicht erst in der Mitte des zweiten Jahrhunderts gilt, als das Kognitionsverfahren die Regel für alle Arten von Streitigkeiten ist, zeigt ein Passus aus Ulpians Ediktskommentar. Schon der Klassiker trennt klar zwischen der Querel und der gewöhnlichen Erbschaftsklage:³⁷

D 5.2.8.12 Ulp 14 ed

Si quis et irritum dicat testamentum vel ruptum et inofficiosum, condicio ei deferri debet, utrum prius movere volet.

Behauptet jemand, dass ein Testament unwirksam oder infolge der Nichterwähnung eines Hauserben ungültig oder pflichtwidrig ist, muss ihm die Wahl überlassen bleiben, welchen Rechtsbehelfs er zuerst anstellen will.

Einem Kläger, der sich gegen ein Testament einerseits wegen eines Formfehlers, andererseits wegen seiner Pietätlosigkeit wendet, überlässt Ulpian die Wahl, in welcher Reihenfolge er vorgehen will. Steht er überhaupt vor dieser

36 Eine andere Frage behandelt die unter Gordian ergangene Konstitution CJ 3.28.14 (26. Nov. 239): *Gordianus A. Prisco. Eum, qui inofficiosi querellam delatam non tenuit, a falsi accusatione non submoveri placuit. idem observatur et si e contrario falsi crimine instituto victus postea de inofficioso actionem exercere maluerit.* (›Wer mit der erhobenen Beschwerde über die Pflichtwidrigkeit eines Testaments keinen Erfolg gehabt hat, ist anerkanntermaßen nicht damit ausgeschlossen, die Anklage wegen seiner Fälschung zu erheben. Dasselbe gilt, wenn er zunächst, als er sich auf das Verbrechen der Fälschung berufen hat, besiegt worden ist und später die Klage wegen Pflichtwidrigkeit erheben will.«) Hier geht es nicht um das Verhältnis zweier ziviler Klagen, sondern um die Konkurrenz zwischen der *querela inofficiosi testamenti* und einem Kriminalverfahren, mit dem die Fälschung eines Testaments nach dem einschlägigen cornelischen Gesetz geahndet wird.

37 Zum Kontext in Ulpians Originalwerk s. u. S. 180 f.

Entscheidung, kann dies nur daran liegen, dass Erbschaftsklage und Querel zwei voneinander unabhängige Verfahren sind.³⁸

Wann sich die Querel in Kognitur und Zentumviralverfahren als eigenständige Klageart etabliert hat, lässt sich nur schwer sagen. Zumindest in den Provinzen bestand stets ein Bedarf für ein Kognitionsverfahren. Für Rom lässt sich lediglich ein Zeitraum von ungefähr 150 Jahren angeben, innerhalb dessen die Testamentsanfechtung in der Kognitur etabliert worden sein muss.³⁹ Einen *terminus post quem* liefern die Berichte des Valerius Maximus über das persönliche Eingreifen von Augustus. Seine außerordentliche Rechtshilfe wäre unnötig gewesen, wenn es zu dieser Zeit schon einen Kognitionsprozess gegeben hätte, mit dem sich ein pflichtwidriges Testament zu Fall bringen ließ.⁴⁰ Einen Endpunkt markiert hingegen die technische Verwendung des Begriffs *querela inofficiosi testamenti*⁴¹ in den juristischen Quellen.⁴² Hier könnte sie erstmals für einen bei Ulpian zitierten Bescheid von Kaiser Trajan belegt sein. Darin wird vorgeschrieben, Urteile über testamentarisch verfügte Freilassungen hintanzustellen, um kein Prä-

38 Anders zu Unrecht Jobbé-Duval, *Explication*, S. 397.

39 Entgegen Marrone, SDHI 21 (1955) 74, 106 f. lässt sich ihre Existenz nicht aus der Verjährung des Anfechtungsrechts ableiten. Denn sie wird im Wege der Einrede geltend gemacht und ist daher mit dem Zentumviralverfahren ebenso kompatibel wie mit dem *color insaniae*; s. u. S. 74 ff.

40 Richtig Krüger, *Pflichtteilsrecht*, S. 259; Buongiorno, SZ 132 (2015) 96, 111. – Dass das Einschreiten des *princeps* nicht der Annahme entgegensteht, über die Pflichtwidrigkeit eines Testaments habe man schon vorher im Zentumviralprozess streiten können, macht zu Recht v. Woeß, *Das römische Erbrecht*, S. 204 f. geltend.

41 Aus der Erwähnung des *testamentum inofficiosum* in Ciceros zweiter Rede gegen Verres (1.42.107) lässt sich entgegen v. Woeß, *Das römische Erbrecht*, S. 206 f nicht folgern, die Auseinandersetzung über ein pflichtwidriges Testament sei schon zur Entstehungszeit dieser Rede im Jahre 70 v. Chr. ein gängiger Gegenstand des Zentumviralprozesses gewesen. Denn Cicero wendet sich gerade gegen eine Beschränkung der Testierfreiheit aus diesem Grund.

42 Vorsicht erscheint mir hingegen bei der Erwähnung der Testamentsanfechtung in den Briefen von Plinius dem Jüngeren geboten. Tellegen, *Law of succession*, S. 91 will der Verwendung des Verbs *queri* in ep 5.1.9 (s. o. S. 58) entnehmen, Plinius berichte von einer regelrechten *querela inofficiosi testamenti*. Zwar hat Tellegen Recht, wenn er im Gegensatz zu Di Lella, *Querela*, S. 117 auch umgekehrt die Verwendung von *petere* und *vindicare* in ep 6.33.6 nicht als Beleg dafür gelten lassen will, dass der Autor nur die inzidente Beschwerde über ein pflichtwidriges Testament im Rahmen eines Erbpräbendentenstreits kennt (a. a. O., S. 115 f.). So wenig man Plinius' Worte in diesem Fall auf die Goldwaage legen kann, darf man dies aber auch im Fall von *queri*. – Erst recht kann man nicht mit v. Woeß, *Das römische Erbrecht*, S. 244 f. aus Plinius' Briefen auf eine Entstehung der Querel als Kognitionsverfahren unter Domitian schließen.

judiz für eine noch ausstehende Entscheidung über die Pflichtwidrigkeit des Testaments zu schaffen:⁴³

D 5.3.7pr Ulp 14 ed

Si quis libertatem ex testamento sibi competisse dicat, non debet iudex de libertate sententiam dicere, ne praeiudicium de testamento cognituro faciat: et ita senatus censuit: sed et divus Traianus rescripsit differendum de libertate iudicium, donec de inofficioso iudicium aut inducatur aut finem accipiat.

Behauptet jemand, ihm stehe aus einem Testament die Freiheit zu, darf der Richter hier kein Urteil fällen, damit er nicht der Prüfung des Testaments vorgreift; und so hat der Senat entschieden; aber auch der göttliche Trajan hat beschieden, das Statusverfahren sei so lange aufzuschieben, bis die Klage über die Pflichtwidrigkeit des Testaments zurückgenommen wird oder in dieser Sache ein Urteil ergeht.

Ob das hier erwähnte *iudicium de inofficioso* wirklich die Querel im eigentlichen Sinne bezeichnet, lässt sich freilich ebenso wenig zuverlässig beantworten wie die Frage, ob der Begriff schon im Wortlaut des kaiserlichen Reskripts zu finden war oder erst auf den aus einer Distanz von mindestens 100 Jahren berichtenden Ulpian zurückgeht.

Größeres Gewicht kommt einem Auszug aus Julians *liber de ambiguitates* zu, der zur Wirkungszeit dieses Juristen in der Mitte des zweiten Jahrhunderts entstanden ist:⁴⁴

D 28.6.31pr Iul sing ambig

In substitutione filio ita facta: ›quisquis mihi ex supra scriptis heres erit, idem filio heres esto‹, quaeritur, quisquis heres quandoque fuerit intellegatur an quisquis heres tum erit, cum filius moriatur. placuit prudentibus, si quandoque heres fuisset: quamvis enim vivo pupillo heres esse desisset, forte ex causa de inofficioso, quae pro parte mota est, futurum tamen eum heredem ex substitutione creditum est.

Bei einer Ersatzerbenbestimmung für einen Sohn mit folgendem Wortlaut: »wer immer von den oben Eingesetzten mein Erbe ist, soll auch der Erbe meines Sohnes sein«, stellt sich die Frage, ob derjenige zu irgendeinem Zeitpunkt oder in dem Moment Erbe sein muss, in dem der Sohn stirbt. Die Gelehrten sind der Ansicht, dass er nur zu irgendeinem Zeitpunkt Erbe sein muss; selbst wenn er die Erbenstellung zu Lebzeiten des Sohnes verloren hat, etwa wegen einer mit Bezug auf seinen Anteil erhobenen Beschwerde über

43 Renier, *Étude*, S. 100 f., 313 bemerkt zu Recht, dass Trajan hier nur eine ergänzende Regelung trifft und auf ein schon bestehendes Verfahren verweist. Daraus erhellt aber nicht, welches Verfahren genau gemeint ist.

44 Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 317 (Iul 1) stellt ihn an die Spitze der aus diesem Werk überlieferten Fragmente.

die Pflichtwidrigkeit des Testaments, ist nämlich anerkannt, dass er Erbe aufgrund der Ersatzerbenbestimmung sein kann.

Die Entscheidung betrifft eine Pupillarsubstitution. Mit ihr bestimmt ein Vater einen Erben für sein Kind, falls es zwar sein Rechtsnachfolger wird, aber dann stirbt, bevor es volljährig wird und selbst ein Testament errichten kann. Bezieht sich die Ersatzerbeneinsetzung auf jemanden, der nicht namentlich, sondern nur als Erbe des Vaters bezeichnet wird, ist fraglich, ob er, um Erbe des Sohnes zu werden, diese Rechtsposition auch noch innehaben muss, wenn der Sohn stirbt, oder ob es genügt, dass er jemals Erbe des Vaters geworden ist. Dieser zweiten Alternative neigt offenbar die Mehrheit unter den Rechtsgelehrten zu. Als Beispiel für einen nachträglichen Verlust der Erbenstellung, der daher unschädlich bleibt, führt Julian den Fall einer Testamentsanfechtung an, die sich nur gegen den Erben und nicht auch gegen den minderjährigen Sohn richtet. Hier soll die teilweise Aufhebung des Testaments nichts daran ändern, dass als Erbe des Sohnes die Person bezeichnet, die zumindest vorübergehend schon Erbe des Vaters geworden ist. Mag diese Einsetzung auch pflichtwidrig gewesen sein, strahlt dies doch nicht auf die Rechtsnachfolge nach dem Sohn aus, die gesondert nach dessen Verwandtschaftsverhältnissen zu beurteilen ist.

Spricht Julian hier von ›*causa de inofficioso pro parte mota*‹, kann er sich nur auf die Querel als eigenständiges Verfahren beziehen.⁴⁵ Er setzt damit wohl auch schon ihre Verfestigung zu einem gesonderten Kognitionsprozess voraus, auf den sich kurze Zeit später Marcell mit dem Hinweis auf die Zuständigkeit eines Einzelrichters bezieht^{46, 47}.

45 Richtig Di Lella, *Querela*, S. 14 ff.

46 D 5.2.5 Marcell 3 dig; s. o. S. 39, 64 f.

47 Di Ottavio, *Ricerche*, S. 26 ff., 66 ff., 128 ff., die von einer Entstehung der Querel zur besonders pietätsbedachten Zeit Augustus' ausgeht, will hingegen schon in der folgenden Entscheidung Labeos ihr erstes juristisches Zeugnis erkennen: D 29.2.60 Iav 1 post Lab: *Filium emancipatum pater solum heredem instituit et, si is heres non esset, servum liberum et heredem esse iusserat: filius, tamquam pater demens fuisset, bonorum possessionem ab intestato petit et ita hereditatem possedit. Labeo ait, si probaretur sana mente pater testamentum fecisse, filium ex testamento patri heredem esse. hoc falsum puto: nam filius emancipatus cum hereditatem testamento datam ad se pertinere noluit, continuo ea ad substitutum heredem transit nec potest videri pro herede gessisse, qui, ut hereditatem omitteret, ex alia parte edicti possessionem bonorum petat. Paulus: et Proculus Labeonis sententiam improbat et in Iavoleni sententia est.* (»Ein Vater hat seinen aus der Gewalt entlassenen Sohn als Alleinerben eingesetzt und für den Fall, dass er nicht Erbe werden sollte, bestimmt, dass ein Sklave frei und Erbe sein solle; der Sohn hat wegen der Geisteskrankheit des Vaters die Einweisung in den Nachlassbesitz beantragt und die Erbschaft inne. Labeo hat geschrieben, dass der Sohn, wenn der Vater sein Testament nachweislich

bei Sinnen gemacht hat, aufgrund des Testaments Erbe seines Vaters sei. Dies halte ich für falsch; da der freigelassene Sohn die ihm durch Testament zugewandte Erbschaft nicht annehmen wollte, geht sie nämlich sofort auf seinen Ersatzerben über; und man kann nicht annehmen, dass er sich als Erbe geriert habe, als er die Erbschaft ausgeschlagen hat, um aus einem anderen Grund den Nachlassbesitz zu fordern. Paulus: Auch Proculus missbilligt Labeos Ansicht und ist der Auffassung von Javolen. «) Das Fragment gewährt einen ungewöhnlichen Einblick in eine über Jahrhunderte geführte Diskussion unter den römischen Juristen. Es geht um die Frage, ob jemand, der zwar Testamentserbe ist, die Erbschaft aber als solcher nicht antreten will, sie als gesetzlicher Erbe fordern kann, wenn im Testament ein Ersatzerbe bestimmt ist. Der zur Zeit von Augustus tätige Labeo bejaht dies. Javolen, der Labeos nachgelassene Schriften, ein Jahrhundert später herausgibt, erklärt es hingegen für regelrecht falsch (*hoc falsum puto*) und beruft sich darauf, dass der Nachlass, wenn der erstrangige Testamentserbe ihn ausschlägt, unmittelbar dem Ersatzerben anfällt. Er erntet dafür die Zustimmung des schon im dritten Jahrhundert wirkenden Paulus, der davon zu berichten weiß, dass schon der unmittelbar nach Labeo tätige Proculus die Ansicht seines Vorgängers verworfen hat. – Ein Bezug dieser Entscheidungen zur *querela inofficiosi testamenti* lässt sich nur dadurch herstellen, dass sich der Erbe bei der Geltendmachung seines gesetzlichen Erbrechts auf eine Geistesschwäche des Erblassers beruft (*tamquam pater demens fuisset*) und dass in Ulpians Kommentierung zur Querel ein nicht unähnlicher Fall überliefert ist; vgl. D 5.2.8.9 Ulp 14 ed: ... *cum igitur placet quartam minui per libertates, eveniet ut, qui servos tantum habet in patrimonio suo, dando eis libertatem inofficiosi querellam excludat: nisi forte hic filius, si non fuit in potestate, a patre heres institutus merito omittit hereditatem et ad substitutum transmittens querellam inofficiosi instituet, [ve]l <ut> ab intestato citra edicti poenam habeat hereditatem.* („... da also das Viertel anerkanntermaßen durch die Freilassungen verringert wird, kann es vorkommen, dass jemand, der nur Sklaven in seinem Vermögen hat, durch deren Freilassung die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments ausschließt; falls nicht etwa ein aus der Gewalt entlassener Sohn, der vom Vater als Erbe eingesetzt ist, die Erbschaft zu Recht ausschlägt, auf den Ersatzerben übergehen lässt und die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments erhebt, um die Erbschaft ohne die im Edikt vorgesehenen Nachteile zu erhalten.«) Für den Fall eines pflichtwidrigen Testaments wendet sich Ulpian gegen die Annahme, die Ausschlagung der testamentarisch zugewandten Erbschaft schließe eine Rechtsnachfolge als gesetzlicher Erbe aus. Diese Lösung lässt sich leicht damit rechtfertigen, dass die Ausschlagung einer Erbfolge, die dem Pflichtteilsberechtigten weniger als das ihm zustehende Viertel verschafft, schwerlich als Verzicht auf die gesetzliche Erbfolge gedeutet werden kann. Kommt wegen der Ausschlagung der Ersatzerbe zum Zuge, liegt aber ein völliger Ausschluss des Pflichtteilsberechtigten von der Erbfolge vor, bei der es nach Ulpians Ansicht auch nicht mehr darauf ankommt, ob testamentarisch verfügte Freilassungen bei der Berechnung des Viertels zu berücksichtigen sind oder nicht. Es ist zwar möglich, aber keineswegs belegt, dass andere Juristen hier zu einem abweichenden Ergebnis kommen. Denn der Text von D 29.2.60 gibt keinen Hinweis darauf, dass das dort behandelte Testament den vorrangig eingesetzten Erben infolge seiner Belastung mit Freilassungen oder Vermächtnissen in ungebührlicher Weise beschränkt haben könnte. Es lässt nur erkennen, dass sich der Erbe verblichlich auf die Geisteskrankheit des Erblassers berufen hat. Für die Beschreibung einer *querela inofficiosi testamenti* kann man dies allenfalls dann halten, wenn man in dem schillernden *tamquam* den Ausdruck für eine Fiktion und damit für einen Hinweis auf den *color insaniae* erkennt. Es kann jedoch ebenso gut eine Distanzierung des Autors von der vorgebrachten Meinung des Erben anzeigen, die sich ja auch im Ergebnis als falsch erweist.

Bezeugt Julians Aussage, dass die *querela inofficiosi testamenti* zu seiner Zeit schon verselbständigt ist, schließt das natürlich keineswegs aus, dass es hierzu schon vor seiner Wirkungszeit gekommen ist. Es entspricht ganz dem allgemeinen Überlieferungsstand, dass wir von einem Institut erst aus Juristenschriften erfahren, die in mehr oder weniger großem Abstand zu seiner Schöpfung entstanden sind. Erst recht lässt sich die Etablierung der Querel im Kognitionsverfahren nicht damit in Verbindung bringen, dass Julian im Auftrag von Kaiser Hadrian die endgültige Redaktion des prätorischen Edikts besorgt hat.⁴⁸ Denn die *querela inofficiosi testamenti* als solche bleibt hier gerade ausgespart.⁴⁹ So muss man sich bei der Datierung ihrer Entstehung mit der Abgrenzung einer Zeitspanne begnügen, die zwischen den Eingriffen Augustus' und der Wirkungszeit Julians liegt.⁵⁰

Aufschlussreicher sind die Quellen im Hinblick auf das Verhältnis, in dem die Querel zur Erbschaftsklage steht. Geht mit der erfolgreichen Testamentsanfechtung auch schon die Zuweisung des Besitzes am Nachlass einher, so dass der pflichtwidrig enterbte Verwandte den Testamentserben nicht mehr auf Herausgabe der Erbschaft in Anspruch nehmen muss? Oder ist er ungeachtet seines Siegs im Anfechtungsverfahren noch darauf angewiesen, die Herausgabe der Erbschaft, wenn er sie nicht schon innehat, in einem gesonderten Verfahren anzustreben?⁵¹ Zwangsläufig zusammen fallen die Testamentsanfechtung und der Anspruch auf die Erbschaft lediglich, wenn die *querela inofficiosi testamenti* nur Gegenstand einer Vorfrage für die Entscheidung über eine Klage *in rem* auf Herausgabe des Nachlasses ausgetragen ist. Nicht selbstverständlich ist die Verbindung beider Begehren hingegen im Kognitionsverfahren und bei einem Zentumviralprozess, der *in personam* mit Hilfe einer *stipulatio praeiudicialis* geführt wird. In beiden Fällen bedeutet ein Erfolg bei der Testamentsanfechtung noch keineswegs automatisch, dass der enterbte Verwandte auch den Nachlass erlangt.

Dass es hierzu eines weiteren Verfahrens bedarf, wird zuweilen aus den Besonderheiten gefolgert, die die Querel von der Klage auf Herausgabe

48 So aber Di Lella, *Querela*, 134 ff.

49 S. o. S. 21.

50 Zur vermutlich unter Tiberius entstandenen *lex Glitia* s. o. S. 33 Fn. 23.

51 Dies nimmt Marrone, SDHI 21 (1955) 74, 114 ff. für die Querel im Kognitionsverfahren an. Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. 1, S. 712, Bd. 2, S. 516 f. hält Beschwerde und *hereditatis petitio* im klassischen Recht generell für grundverschieden und schreibt ihre Verschmelzung einer nachklassischen Entwicklung zu.

der Erbschaft unterscheiden.⁵² Da ist zunächst einmal die Verjährung des Beschwerderechts innerhalb von fünf Jahren,⁵³ die es beim Erbschaftsanspruch nicht gibt. Sie würde freilich noch nicht einmal ausschließen, dass die Testamentsanfechtung inzident im Rahmen eines Erbprätendentenstreits erfolgt. Die Verjährung muss nämlich vom Testamentserben im Wege einer Einrede geltend gemacht werden. Dies ergibt ein Bescheid der Reskriptenkanzlei aus der Zeit der Soldatenkaiser, der feststellt, dass einem minderjährigen Beschwerdeführer die Versäumung der Frist ohne Weiteres und nicht erst auf eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hin nachgesehen wird.⁵⁴

CJ 2.40.2 (12. Aug. 258)

Impp. Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus C. Theodotae. Adullescentiae tempus non imputari in id quinquennium liberis, cuius praescriptio seram inofficiosi moventibus quaestionem opponi solet, manifeste ante rescriptsimus. impleta igitur aetate legitima non est in integrum restitutio necessaria, quia non integratio amissae causae his datur, sed integra ipsa causa servatur.

Kaiser Valerian und Gallienus und Cäsar Valerian an Theodota. Wir haben schon deutlich beschieden, dass die Zeit, in der jemand minderjährig ist, nicht in den Fünf-Jahres-Zeitraum eingerechnet wird, dessenthalben demjenigen, der Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit eines Testaments erhebt, gewöhnlich eine Einrede entgegensteht. Nach Erreichen der Volljährigkeit ist keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erforderlich, weil kein schon verlorenes Recht wieder begründet wird, sondern das Recht ungeschmälert erhalten geblieben ist.

Als Einrede bildet die Verjährung eine äußere Schranke für das Anfechtungsrecht, die nicht bedeutet, dass die Querel in ihrer Funktion einer *hereditatio petitio* gänzlich unähnlich und zur Durchsetzung der gesetzlichen Erbfolge auf diese angewiesen wäre.

Dasselbe gilt für eine andere Eigenheit der Querel, die ihren Übergang auf einen Rechtsnachfolger des enterbten Verwandten betrifft.⁵⁵ Sie muss sich zwangsläufig von dem Regime der Erbschaftsklage unterscheiden, bei der es allein darauf ankommt, ob der Kläger wirklich Erbe geworden ist, sei es automatisch als Hauserbe, sei es infolge eines Antritts der Erbschaft.

52 Dies tun vor allem Eisele, SZ 15 (1894) 256, 265 und Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 706.

53 Vgl. D 5.2.8.17 Ulp 14 ed; D 5.2.9 Mod sing inoff test, s. u. S. 119 f.

54 Der andere Teil dieses Reskripts ist in CJ 3.28.16 überliefert; s. o. S. 67 f.

55 La Pira, *Successione*, S. 475 nimmt an, im nachklassischen Recht stelle sie kein Problem dar, weil eine Testamentsanfechtung kein berechtigtes Interesse des Beschwerdeführers voraussetze. Zugrunde liegt eine unbegründete Interpolationsvermutung für D 5.2.6.1 Ulp 14 ed.

Da sich die Erbenstellung eines Pflichtteilsberechtigten erst aus einer erfolgreichen Anfechtung des Testaments ergibt, kann es weder zu einem von selbst eintretenden Erwerb der Erbschaft kommen; noch ist ihm möglich, die Erbschaft durch ihren bloßen Antritt zum Teil seines durch Rechtsnachfolge übertragbaren Vermögens zu machen. Entscheidend muss vielmehr sein, inwieweit er seine Rechtsstellung schon durch den Betrieb der Querrel erreicht oder vorbereitet hat. Hier verfahren die Juristen verständlicherweise großzügig. Denn wer mit Erfolg gegen ein pflichtwidriges Testament vorgehen kann, ist bereits Opfer eines ihm vom Erblasser zugefügten Unrechts geworden und daher in gesteigerten Maße schutzbedürftig.⁵⁶ Paulus berichtet von einer Entscheidung des Kaisers Antoninus Pius,⁵⁷ der es für den Rechtsübergang genügen lässt, dass der Pflichtteilsberechtigte den Rechtsstreit angekündigt oder die Klageschrift übermittelt hat.⁵⁸ Der Jurist geht selbst noch weiter und lässt die bloße Androhung der Beschwerde genügen, um diese dann auch dem Erben des Beschwerdeführers zu eröffnen:⁵⁹

D 5.2.7 Paul sing septemvir iuds

Quemadmodum praeparasse litem quis videatur, ut possit transmittere actionem, videmus. et ponamus in potestate fuisse eum, ut neque bonorum possessio ei necessaria et aditio hereditatis supervacua sit: is si comminatus tantum accusationem fuerit vel usque ad denuntiationem vel libelli dationem praecesserit, ad heredem suum accusationem transmittet: idque divus Pius de libelli datione et denuntiatione rescripsit. quid ergo si in potestate non fuerit, an ad heredem actionem transmittat? et recte videtur litem praeparasse, si ea fecerit quorum supra mentionem habuimus.

Sehen wir zu, wann jemand so angesehen werden kann, als habe er den Rechtsstreit in der Weise vorbereitet, dass er die Klage übertragen kann. Und nehmen wir an, er habe in der Gewalt des Erblassers gestanden, so dass für ihn weder der Nachlassbesitz nötig noch ein Antritt der Erbschaft erforderlich ist; auch wenn er die Klage bloß angedroht oder zur Anzeige des Rechtsstreits oder Übergabe der Klageschrift gelangt ist, kann er das Klagerecht auf seinen Erben übertragen; und dies hat der göttliche Pius für die Übergabe der Klageschrift und die Anzeige des Rechtsstreits beschieden. Was soll aber für die Übertragung des Klagerechts gelten, wenn er sich nicht in der Hausgewalt befand? Und es erscheint

⁵⁶ Richtig Renier, *Étude*, S. 158.

⁵⁷ Mit deren Bedeutung befasst sich Müller-Eiselt, *Divus Pius*, S. 104.

⁵⁸ Der Auszug stammt aus einem Werk, das nach seinem überlieferten Titel dem Verfahren vor einem Siebenmännergericht gewidmet ist; hierzu s. o. S. 63 f.

⁵⁹ Müller-Eiselt, *Divus Pius*, S. 102 f. hält dies nur im Fall eines *suus* für klassisch, die im Schlusssatz vorgenommene Erweiterung auf den Fall eines auswärtigen Erben hingegen für das Ergebnis einer Textveränderung in nachklassischer Zeit.

richtig, dass er so angesehen wird, als habe er den Rechtsstreit vorbereitet, wenn er dies getan hat, was wir oben erwähnt haben.

Sind *litis denuntiatio* und die Übergabe der Klageschrift auch spezifische Elemente des Kognitionsverfahrens,⁶⁰ darf nichts anderes für eine Querel vor dem Zentumviralgericht gelten. Dementsprechend entscheidet die kaiserliche Kanzlei unter Caracalla in vergleichbarer Weise für ein Verfahren, in dem es zu einer Streitbefestigung kommt und das deshalb vor dem Zentumviralgericht geführt worden sein muss. Auch hier soll genügen, dass der Beschwerdeberechtigte noch zu seinen Lebzeiten lediglich die Pflichtwidrigkeit des Testaments behauptet und den Rechtsstreit geplant hat.⁶¹

CJ 3.28.5 (6. Okt. 211)

Imp. Antoninus A. Aelio. Si pater tuus post litem contestatam vel postquam propositum habuisset inofficiosum fratris testamentum dicere te herede relicto decessit, causam coeptam vel quocumque modo illi placitam exsequi non prohiberis.

Kaiser Antoninus an Aelius. Ist dein Vater nach Eintritt der Rechtshängigkeit oder nachdem er vorhatte, die Pflichtwidrigkeit des Testaments seines Bruders zu behaupten, gestorben und hat dich als Erben hinterlassen, bist du nicht gehindert, den begonnenen oder auf irgendeine Weise angestrebten Rechtsstreit weiterzuführen.

Weichen Querel und Erbschaftsanspruch in diesem Punkt auch voneinander ab, ist der Unterschied, genau besehen, doch nicht so groß, dass man beide Verfahren für gänzlich verschieden halten müsste. Denn auch die Erbschaftsannahme muss nicht rituell im Wege der *cretio* erfolgen, sondern kann sich ganz unförmlich durch bloße Führung von Nachlassgeschäften vollziehen. Da sie einem enterbten Pflichtteilsberechtigten gewöhnlich nicht möglich ist, bietet sich die Ankündigung der Testamentsanfechtung als geeignetes Pendant an, um einen Übergang auf den Rechtsnachfolger des Beschwerdeführers zu eröffnen. Auch in dieser Hinsicht besteht also kein Unterschied, der groß genug wäre, um an der Funktionsäquivalenz von Querel und Erbschaftsklage zu zweifeln.

60 Vgl. Marrone, SDHI 21 (1955) 74, 99 ff.; Müller-Eiselt, *Divus Pius*, S. 99 ff.; Arcaria, *Septemvitalia iudicia*, S. 59 ff. und Ribas-Alba, *La desheredación*, S. 247. La Pira, *Successione*, S. 477 ff. zieht daraus den falschen Schluss, der Text müsse interpoliert sein und ursprünglich von der Streitbefestigung oder der Einweisung in eine vorläufige *bonorum possessio* gehandelt haben.

61 La Pira, *Successione*, S. 479 f. unterwirft diese Entscheidung demselben Interpolationsverdacht wie das Paulusfragment D 5.2.7. Auch Marrone, SDHI 21 (1955) 74, 103 vermutet eine Textveränderung durch die byzantinischen Gesetzesredaktoren, nimmt aber gerade umgekehrt an, die *litis contestatio* sei dabei an die Stelle der *denuntiatio* und der Übergabe der Klageschrift getreten.

Die vermeintlich direkten Belege für eine strukturelle Verschiedenheit beider Rechtsbehelfe erweisen sich bei genauerem Hinsehen als ambivalent. Dies gilt sogar für einen in den Paulussentenzen überlieferten Satz, in der die Querel und der Erbschaftsanspruch regelrecht in einen Gegensatz zueinander gebracht werden:

PS 4.5.4

Qui inofficiosum dicere non potest, hereditatem petere non prohibetur.

Wer nicht die Pflichtwidrigkeit eines Testaments behaupten kann, ist nicht gehindert, die Erbschaft herauszuverlangen.

Zwar ist hier das ›*hereditatem petere*‹ gerade auf diejenigen gemünzt, der zur Rechtfertigung seiner Intestaterbfolge nicht die Pietätlosigkeit des Testaments ins Felde führen kann. Dies heißt aber nur, dass die Querel ein besonderes Verfahren ist, das sich von der gewöhnlichen *hereditatis petitio* unterscheidet.⁶² Es schließt nicht aus, dass das Ergebnis einer erfolgreichen Testamentsanfechtung dem Resultat entspricht, zu dem auch die Durchsetzung des Erbschaftsanspruchs führt.⁶³

Ein solches Verständnis ist auch bei der folgenden Bemerkung möglich, die aus Tryphonins *disputationes* überliefert ist:⁶⁴

D 37.4.20pr Tryph 19 disp

... sed quemadmodum praetor emancipatum tueatur, si adita non fuerit hereditas, ita nec filius qui in potestate remansit aditione adhibita in totum expellendus erit, sed ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querellae contra emancipatum movendae.

...Aber ebenso wie der Prätor den aus der Gewalt entlassenen Sohn schützt, wenn die Erbschaft nicht angetreten wird, ist auch der Sohn, der in der Gewalt verblieben ist, bei Antritt der Erbschaft nicht ausgeschlossen, sondern zur Erbschaftsklage infolge der Beschwerde über die Pflichtwidrigkeit des Testaments gegen den aus der Gewalt entlassenen Sohn zur Erbschaftsklage zuzulassen.

Der Spätklassiker befasst sich mit einem Fall, in dem ein Erblasser seinen aus der Gewalt entlassenen Sohn im Testament übergeben, seinen noch unter seiner *potestas* befindlichen Sohn hingegen ausdrücklich enterbt und aus-

62 Insoweit richtig Eisele, SZ 15 (1894) 256, 266.

63 So aber Marrone, SDHI 21 (1955) 74, 116.

64 Sie fand sich im Original der *libri disputationum* vermutlich in einem Kapitel über die bei der prätorischen Erbfolge gebildete Klasse ›*unde liberi*‹; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 375 (Tryph 69).

wärtige Erben eingesetzt hat.⁶⁵ Nachdem er sich eingehend mit dem Schutz des gewaltfreien Sohnes beschäftigt hat, kommt der Jurist schließlich auch auf den in der Gewalt verbliebenen Sohn zu sprechen. Selbst wenn die Erbschaft von den auswärtigen Erben angetreten worden sein sollte, kann er das Testament als pflichtwidrig angreifen und sein gesetzliches Erbrecht durchsetzen. Die dafür gewählte Formulierung, der gewaltabhängige Sohn sei ›*ex causa inofficiosi querellae*‹ zur Erhebung der Erbschaftsklage befugt, ist doppeldeutig. Sie kann sowohl zum Ausdruck bringen, dass die *hereditatis petitio* aufgrund einer gesondert durchgeführten Querel eröffnet ist,⁶⁶ als auch bedeuten, dass der Sohn die Beschwerde über das pflichtwidrige Testament in einem Verfahren führen kann, das entweder selbst die Erbschaftsklage ist⁶⁷ oder ihr zumindest gleichsteht.⁶⁸

Noch deutlicher für die funktionelle Äquivalenz von *querela inofficiosi testamenti* und Erbschaftsklage spricht ein Auszug aus Papinians *libri responsorum*:⁶⁹

D 5.2.16.1 Pap 2 resp

Contra tabulas filii possessionem iure manumissionis pater accepit et bonorum possessionem adeptus est: postea filia defuncti, quam ipse exheredaverat, quaestionem inofficiosi testamenti recte pertulit: possessio, quam pater accepit, ad irritum recedit: nam priore iudicio de iure patris, non de iure testamenti quaesitum est: et ideo universam hereditatem filiae cum fructibus restitui necesse est.

Ein Vater hat entgegen dem Testament des Sohnes wegen seines Rechts aus der Gewaltentlastung den Nachlassbesitz erlangt; später hat die Tochter des verstorbenen Sohnes, die er eigens enterbt hatte, eine Untersuchung über die Pflichtwidrigkeit des Testaments durchführen lassen; der vom Vater erlangte Besitz wird ungültig; denn im ersten Verfahren ist nur über das Recht des Vaters, nicht über das Testament entschieden worden; und deshalb ist die gesamte Erbschaft samt der Früchte der Tochter herauszugeben.

Der Spätklassiker widmet sich einem Konflikt zwischen zwei enterbten Pflichtteilsberechtigten. Es sind der Vater und die Tochter des Erblassers, die als dessen Abkömmling gegenüber ihrem Großvater den Vorrang

65 Hierzu ausführlich Fildhaut, *Die libri disputationum des Claudius Tryphoninus. Eine spätclassische Juristenschrift*, Berlin 2004, S. 41 ff.

66 Dies meint Fildhaut (Fn. 65), S. 46.

67 Dies nimmt Di Lella, *Querela*, S. 167 an.

68 Für eine auf die byzantinischen Kompilatoren zurückgehende Konfusion von *querela inofficiosi testamenti* und *hereditatis petitio* halten dies La Pira, *Successione*, S. 438, 442 und Gagliardi, *Studi*, S. 28.

69 Er gehörte auch im Werk Papinians dem Titel über die *querela inofficiosi testamenti* an; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1 Sp. 887 (Pap 426).

genießt. Zunächst hat dieser aber schon erreicht, dass er in den Nachlassbesitz eingewiesen wird, bevor seine Enkelin die *querela inofficiosi testamenti* erhebt.⁷⁰ Ungeachtet ihrer bevorzugten Stellung im Rahmen der Intestaterbfolge könnte ihr Vorgehen deshalb präjudiziert sein. Papinian verneint dies mit der Begründung, die zugrunde liegende Entscheidung des Prätors betreffe nur die Position des Vaters und nicht die seiner Enkelin.⁷¹ Die Konsequenz lautet, dass ihr die gesamte Erbschaft herausgegeben werden muss (*›universam hereditatem filiae cum fructibus restitui necesse est‹*). Dies kann man so lesen, dass die Enkelin nach der erfolgreichen Testamentsanfechtung noch die Erbschaftsklage erheben muss. Eher empfiehlt sich aber die Deutung, dass die Herausgabe der Erbschaft schon das Resultat der erfolgreichen Testamentsanfechtung ist.⁷² Denn Papinian sagt schließlich, dass der Nachlassbesitz des Vaters seine Gültigkeit verliert (*›possessio, quam pater accepit, ad irritum recedit‹*).

Geradezu als Erscheinungsform der Erbschaftsklage wird die Querel bei Scaevola dargestellt:⁷³

D 5.2.20 Scaev 2 quaest

Qui de inofficioso vult dicere, licet negetur filius, Carbonianam bonorum possessionem non debet accipere (totiens enim ea indulgenda est, quotiens, si vere filius esset, heres esset aut bonorum possessor, ut interim et possideat et alatur et actionibus praeiudicium non patiat: qui vero de inofficioso dicit, nec actiones movere debet nec aliam ullam quam hereditatis petitionem exercere nec ali), ne umquam melioris sit condicionis, quam si confitetur adversarius.

Will ein Sohn die Pflichtwidrigkeit eines Testaments behaupten, obwohl seine Abstammung bestritten wird, darf er den Nachlassbesitz nach dem carbonianischen Edikt nicht erhalten (dieser ist nämlich dann zu gewähren, wenn er, falls er wirklich der Sohn des Erblassers wäre, auch Erbe oder Nachlassbesitzer wäre, damit er in der Zwischenzeit den Nachlass besitzt und unterhalten wird und keinen Nachteil bei seinen Ansprüchen erleidet; wer dagegen die Pflichtwidrigkeit des Testaments behauptet, darf weder eine schuldrechtliche noch eine andere dingliche Klage als die Erbschaftsklage erheben noch Unterhalt beziehen), damit er nicht besser steht, als wenn der Gegner ihn anerkennt.

70 La Pira, *Successione*, S. 528 glaubt, es handele sich um eine *bonorum possessio* wegen Einsetzung von *personas turpes*, wie sie in D 37.12.3pr dokumentiert ist. Der Nachlassbesitz kann jedoch auch die Folge einer vom Vater angestellten Querel sein, bei der die Tochter übersehen worden ist.

71 Hierzu Tort-Martorelli, *La aportación*, S. 1000 ff.

72 So richtig Renier, *Étude*, S. 204.

73 Das Fragment ist das einzige, das Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 272 (Scaev 136) in seiner Rekonstruktion der *libri quaestionum* des Scaevola dem Titel *›de inofficioso testamento‹* zuordnet.

Ein Minderjähriger, dessen Verwandtschaft mit dem Erblasser in Zweifel gezogen wird, genießt den Schutz des *edictum Carbonianum*: Er wird vorläufig in den Besitz des Nachlasses eingewiesen, um sich hieraus zu unterhalten. Erst wenn er volljährig geworden ist, muss er sich dem Streit über seine Abkunft stellen. Dieses Privileg will Scaevola versagen, wenn die Erbenstellung dem Minderjährigen nicht nur wegen seiner Abstammung, sondern auch deshalb streitig gemacht wird, weil der Erblasser ihn enterbt hat. Da hier nicht feststeht, dass er bei Nachweis seiner Verwandtschaft als Erbe zum Zuge käme, muss er diese Frage sofort im Wege der *querela inofficiosi testamenti* klären, und zwar ebenso, wie wenn seine Abkunft nicht zweifelhaft wäre. Er ist folglich gehindert, die Ansprüche des Erblassers zu erheben, die er bei Einweisung in den Nachlassbesitz geltend machen könnte. Stattdessen kann er nur die Herausgabe der Erbschaft fordern.⁷⁴ Scaevola macht dies nicht etwa davon abhängig, dass zuvor eine Entscheidung über die Querel getroffen ist, und setzt diese damit offenbar der *hereditatis petitio* gleich.⁷⁵

Denselben Schluss erlaubt auch ein kaiserlicher Bescheid, der unter Septimius Severus ergangen ist:

CJ 3.31.3 (9. Aug. 205)

Impp. Severus et Antoninus AA. Epictae. Hereditas materterae petita non infringit alterius hereditatis petitionem, quae venit ex alia successione. sed et si quaestionis titulus prior inofficiosi testamenti causam habuisset, iudicatae rei praescriptio non obstaret eandem hereditatem ex alia causa vindicanti.

Kaiser Severus und Antoninus an Epicta. Die Forderung nach Herausgabe der Erbschaft einer Tante mütterlicherseits beeinträchtigt nicht die Erbschaftsklage, die auf eine andere Erbfolge zurückgeht. Und auch wenn der Grund des ersten Verfahrens die Pflichtwidrigkeit des Testaments wäre, stünde die Einrede der Rechtskraft nicht entgegen, wenn jemand die Erbschaft aus einem anderen Grund herausverlangt.

Es geht um die Frage, ob sich die Adressatin der Konstitution den Einwand der Rechtskraft entgegenhalten lassen muss, weil sie die umstrittene Erbschaft ihrer Tante schon einmal erfolglos gefordert hat. Die kaiserliche Kanzlei verneint dies, wenn der Anspruch nun aus einem anderen Grund erhoben wird. Als ein ›*titulus quaestionis*‹, der diesen Anspruch trägt, gilt ihr auch

⁷⁴ Die *hereditatis petitio* ist hier als einzig einschlägiger Unterfall der *actiones in rem* aufgeführt; vgl. Gokel, *Sprachliche Indizien für ein inneres System bei Q. Cervidius Scaevola*, Berlin 2014, S. 171.

⁷⁵ Für unberechtigte Interpolationsannahmen sorgt dies bei Renier, *Étude*, S. 197 ff. und La Pira, *Successione*, S. 438, 442.

die ›*causa inofficiosi testamenti*›.⁷⁶ Sie soll einer späteren Klage nicht entgegenstehen, wenn diese auf einer ›*alia causa*› beruht und etwa wegen eines zwischenzeitlich aufgetauchten Testaments erhoben wird. Dass es sich bei dem zunächst bemühten Rechtsbehelf um eine Beschwerde gegen ein als pflichtwidrig empfundenes Testament handelt, stellt aus Sicht der Kanzlei offenbar nicht in Frage, dass die Klägerin, wenn sie auf diese Weise vorgeht, die Erbschaft herausverlangt hat (›*hereditas petita*›).

Derselben Formulierung bedient sich Ulpian, wenn er darauf hinweist, dass die Querel auch dazu eingesetzt werden kann, ein Herausgabeverlangen des im pflichtwidrigen Testament eingesetzten Erben abzuwehren:⁷⁷

D 5.2.8.13 Ulp 14 ed

Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis, scriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in modum contradictionis querellam inducat, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.

Ist ein enterbter Sohn im Besitz der Erbschaft, kann der eingesetzte Erbe zwar die Erbschaft herausverlangen, der Sohn aber auch im Gegenzug die Beschwerde erheben, wie er sie erheben könnte, wenn er die Erbschaft nicht besäße, sondern seinerseits herausverlangte.

Ist ein Sohn ungeachtet seiner Enterbung dennoch im Besitz des Nachlasses, muss der Testamentserbe ihn auf dessen Herausgabe in Anspruch nehmen. Die Querel wird hier ausnahmsweise zum Verteidigungsmittel, mit dem der übergangene Verwandte den Erbschaftsanspruch zu Fall bringen kann. Die Beschwerde soll er dabei so führen wie in dem Fall, dass er seinerseits die Herausgabe des Nachlasses forderte. Wird sie hier ›*in modum contradictionis*›, also im Rahmen des von der Gegenseite angestrebten Verfahrens geführt,⁷⁸ läuft sie im Normalfall offenbar auf die damit begehrte Ausfolgerung der Erbschaft hinaus.

Hat die *querela inofficiosi testamenti* dieselbe Funktion wie ein vom Testamentserben zu erhebender Erbschaftsanspruch, muss sie sich auch gegen denselben Beklagten richten. Dass sie nicht ohne den Testamentserben als Gegner auskommt, erklärt Ulpian anlässlich der Beschäftigung mit dem

⁷⁶ Renier, *Étude*, S. 192 f., 202 will hieraus folgern, dass die Querel ausschließlich im Zuge einer *hereditatis petitio* zu führen sei. Jobbé-Duval, *Explication*, S. 383 f. macht hier einen Beleg für seine These aus, *quaestio* sei im Sinne einer Zwischenuntersuchung zu verstehen.

⁷⁷ Zur Stellung im Originalwerk Ulpians s. u.

⁷⁸ Vgl. Eisele, SZ 15 (1894) 256, 263 und Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 717.

Problem, ob der Pflichtteilsberechtigte das ihm gebührende Viertel auch von dritter Seite empfangen kann:⁷⁹

D 5.2.8.10 Ulp 14 ed

Si condicioni parere testator heredem iussit in persona filii vel alterius qui eandem querellam movere potest et sciens is accepit, videndum, ne ab inofficiosi querella excludatur: adgnovit enim iudicium. idem est et si legatarius ei vel statuliber dedit. et potest dici excludi eum, maxime si heredem ei iusserat dare: ceterum si legatarium, numquid semel natam inofficiosi querellam non peremat legatarii oblatio? cur ergo in herede absolute diximus? quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querella. ego eventum puto sequendum in hac re, ut, si forte antequam iudicium moveatur oblatio ei fiat eius quod relictum est, quasi ex voluntate testatoris oblato eo satis ei factum videatur.

Hat ein Erblasser seinem Erben eine Bedingung zugunsten seines Sohnes oder eines anderen, der die Beschwerde erheben kann, auferlegt und hat dieser die Leistung angenommen, müssen wir zusehen, ob er von der Beschwerde wegen pflichtwidrigen Testaments ausgeschlossen ist; denn er hat die letztwillige Verfügung anerkannt. So verhält es sich auch, wenn ein Vermächtnisnehmer oder ein bedingt Freigelassener etwas geleistet hat. Und man kann sagen, dass er ausgeschlossen ist, vor allem wenn dem Erben eine Leistung an ihn auferlegt worden ist; lässt aber die Leistung eines Vermächtnisnehmers das einmal entstandene Recht zur Beschwerde wegen pflichtwidrigen Testaments wieder wegfallen? Warum haben wir dies im Fall des Erben unbedingt behauptet? Weil vor dem Antritt der Erbschaft auch das Recht zur Beschwerde nicht entsteht. Ich glaube, man muss das Ergebnis betrachten, so dass, wenn ihm vor der Erhebung der Klage das ihm Hinterlassene angeboten wird, er so angesehen werden muss, als sei er durch das befriedigt, was ihm mit dem Willen des Erblassers angeboten wird.

Ulpian zögert bei der Antwort auf die Frage, ob die Querel schon dadurch ausgeschlossen wird, dass der Erblasser einem der im Testament Bedachten eine Leistung im Umfang des Pflichtteils aufgegeben hat. Er will dies eher bejahen, wenn es der Testamentserbe ist, den der Erblasser hierzu verpflichtet hat. Ulpian entschließt sich aber schließlich dazu, jegliche Leistung, die der Erblasser angeordnet hat, als eine ihm zurechenbare Gewährung der Quart anzusehen, falls sie wirklich erfolgt und noch vor Erhebung der *querela inofficiosi testamenti* erbracht wird. Die Sonderstellung des Erben führt Ulpian darauf zurück, dass dessen Verhalten über das Beschwerderecht selbst entscheidet: Erst mit dem Antritt der Erbschaft gelangt auch die Querel zur Entstehung (>*ante aditam hereditatem nec nascitur querella*<). Zwar lässt sich das Testament auch unabhängig hiervon als pflichtwidrig beurteilen. Nur wenn

⁷⁹ Zum palingenetischen Kontext s. u. S. 180 f.

der hierin eingesetzte Erbe seine Position auch angetreten hat, verfügt der Beschwerdeführer aber über einen Gegner, gegen den er die *querela* richten kann.

Dass der Pflichtteilsberechtigte die Beschwerde ausnahmsweise auch gegen einen anderen Beklagten richten kann, erhellt wiederum eine Konstitution aus der Zeit von Septimius Severus, die im Codex Iustinianus an der Spitze des Titels über die *querela inofficiosi testamenti* gestellt ist:

CJ 3.28.1 (27. Juni 193)

Imp. Severus et Antoninus AA. Victorino. Cum de inofficioso matris suae testamento filius dicere velit adversus eum, qui ex causa fideicommissi hereditatem tenet, non est iniquum hoc ei accommodari, ut perinde fideicommissarius teneatur, ac si pro herede aut pro possessore possideret.

Will ein Sohn gegen denjenigen, der die Erbschaft seiner Mutter aufgrund eines Fideikommisses besitzt, vorbringen, ihr Testament sei pflichtwidrig, erscheint es nicht ungerecht, ihm dies so zu ermöglichen, dass der Fideikommissar haftet, als ob er die Erbschaft als Erbe oder als Besitzer besitze.

Die Erbschaftsklage kann nur gegen jemanden erhoben werden, der den Nachlass innehat. Dies ist bei dem Testamentserben, der sich in den Besitz der Erbschaft gesetzt hat, nicht zweifelhaft. Anders verhält es sich bei jemandem, dem der Erbe den Nachlass aufgrund eines Universalfideikommisses überlassen hat. Da er gleichsam Nacherbe geworden ist, kann man ihn jedoch auch wie einen Testamentserben oder zumindest als jemanden ansehen, der die Erbschaft jedenfalls für sich selbst, also ›*pro possessore*‹, besitzt. Das eine wie das andere genügt, um passivlegitimiert zur Erbschaftsklage zu sein;⁸⁰ und es gilt auch für das *interdictum quorum bonorum*, mit dem ein nach prätorischem Recht berufener Erbe die Herausgabe der Erbschaft erwirkt.⁸¹ Im Fall des Interdikts sind diese beiden Besitzarten sogar eigens im Wortlaut des Formulars aufgeführt, mit dem der Rechtsbehelf im Edikt des Prätors erscheint.⁸² Macht die Kanzlei dieses Regime des Erbprätendentenstreits für die Beschwerde über ein pflichtwidriges Testament fruchtbar, zeigt dies, dass sie beide Verfahren denselben Regeln unterwerfen will.⁸³

80 D 5.3.9 Ulp 15 ed.

81 Gai 4.144.

82 D 43.2.1pr Ulp 67 ed; vgl. Lenel, *Edictum perpetuum*, S. 452.

83 Als Beleg für die petitorische Natur der Querel wertet die Konstitution daher zu Recht Gagliardi, *Studi*, S. 29 f.

Dass die Querel denselben Rechtserfolg hat wie eine Erbschaftsklage, beweist schließlich eine aus den *responsa* des Paulus stammende Äußerung zum Schicksal der schuldrechtlichen Ansprüche, die der Testamentserbe gegen den Erblasser hat.⁸⁴ Tritt dieser die Erbschaft an, erlöschen sie automatisch, weil sich die Gläubiger- und Schuldnerstellung in einer Person vereinen. Wird der Testamentserbe nun von einem übergangenen Verwandten durch eine erfolgreiche Testamentsanfechtung verdrängt, müssen sie aber wieder aufleben.⁸⁵ Die Konsequenz ist, dass der Testamentserbe den erfolgreichen Beschwerdeführer in Anspruch nehmen kann.⁸⁶ Außerdem kann er seine Forderung im Wege der Aufrechnung mit einer Verpflichtung, die ihm gegenüber dem Erblasser oder dem Beschwerdeführer obliegt, selbst vollstrecken.⁸⁷

D 5.2.21.2 Paul 3 resp

Idem respondit, evicta hereditate per inofficiosi querellam ab eo qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset: et ideo et petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum qui superavit competere et compensationem debiti.

Er hat auch entschieden, dass, wenn die Erbschaft dem eingesetzten Erben durch die Beschwerde wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments entwehrt worden ist, alles so angesehen werden muss, als ob die Erbschaft nicht angetreten worden sei; und deshalb steht dem Erben auch in vollem Umfang die Klage auf Erfüllung einer Schuld gegen den Sieger zu und auch die Aufrechnung gegen eine eigene Schuld.

Um den Wechsel in der Person des Rechtsnachfolgers zu beschreiben, bedient sich Paulus des Verbs *evincere*. Es ist die technische Bezeichnung für die erfolgreiche Übernahme des Sachbesitzes infolge der gerichtlichen Geltendmachung eines Herausgabeanspruchs. Soll dieses Ergebnis hier ›*per inofficiosi querellam*‹ erzielt worden sein, lässt sich dies am ehesten so verstehen, dass die Beschwerde über das pflichtwidrige Testament mit der Übertragung des Nachlassbesitzes endet.⁸⁸

84 Auch im Original gehörte sie einem Titel über das ›*testamentum inofficiosum*‹ an; vgl. Lenel, *Palin-genesia*, Bd. 1 Sp. 1225 (Paul 1455).

85 Hierzu Kieß, *Die confusio im klassischen römischen Recht*, Berlin 1995, S. 118.

86 Diese Rechtsfolge wird auch in CJ 3.28.22.1 (1. Feb. 294) festgestellt; s. u. S. 102.

87 Für interpoliert hält den Hinweis auf die Befugnis zur Aufrechnung La Pira, *Successione*, S. 451.

88 Insoweit richtig Renier, *Étude*, S. 189 f. – Eisele, SZ 15 (1894) 256, 281 hat zwar im Prinzip Recht, wenn er den Text als Beleg dafür wertet, dass die Unwirksamkeit eines Testaments nur infolge der Feststellung seiner Pflichtwidrigkeit eintritt; dies unterscheidet die Querel aber nicht maßgeb-

Wie sich dies vollzieht, lassen einige weitere Texte erahnen, in denen von der Erteilung der *bonorum possessio* an den Beschwerdeführer die Rede ist. Dass ihre Beantragung dem üblichen Verfahrensgang entspricht, belegt eine von Ulpian überlieferte Äußerung Papinians. Sie gilt dem schon bekannten Thema, ob und wann es zum Übergang der Beschwerdebefugnis auf einen Rechtsnachfolger des enterbten Verwandten kommt:⁸⁹

D 5.2.6.2 Ulp 14 ed

Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querellam transferat? Papinianus respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur, si post adgnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis. et si non sit petita bonorum possessio, iam tamen coepta controversia vel praeparata, vel si cum venit ad movendam inofficiosi querellam decessit, puto ad heredem transire.

Ist jemand nach Erhebung der Klage wegen eines pflichtwidrigen Testaments gestorben, stellt sich die Frage, ob er das Recht zur Beschwerde auf seinen Erben überträgt. Papinian hat befunden, was auch in einigen Reskripten festgestellt wird, nämlich dass eine Rechtsnachfolge in die Klage stattfindet, wenn er nach Beantragung des Nachlassbesitzes gestorben ist. Auch wenn dieser noch nicht beantragt worden, der Rechtsstreit aber schon aufgenommen oder vorbereitet worden oder jemand gestorben ist, als er sich anschickte, die Beschwerde wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments erheben, geht das Recht zu dieser, so glaube ich, auf den Erben über.

Ulpian verfährt ebenso großzügig wie Paulus und die kaiserliche Kanzlei und lässt ausreichen, dass der Beschwerdeberechtigte sein Vorgehen zu Lebzeiten bloß vorbereitet hat.⁹⁰ Zurückhaltender ist noch Papinian, der das Beschwerderecht jedenfalls dann für vererblich hält, wenn der Beschwerdeführer die Einweisung in den Nachlassbesitz beantragt hat. Wie sich aus Ulpians Schilderung seiner weitergehenden Ansicht ergibt, erfolgt dieser Schritt, wenn auch vielleicht nicht notwendig, so doch typischerweise mit oder nach der Aufnahme des Rechtsstreits. Dass der Antrag nicht etwa erst nach Abschluss des Verfahrens erfolgt, ergibt die Fallfrage, die sich auf die Übertragung der Beschwerdebefugnis (*ad heredem suum querellam transferat*) und eben nicht auf die mit ihrer Hilfe schließlich erreichte Erbposition richtet. Dies spricht dafür, dass es sich um einen vorläufigen Nachlassbesitz han-

lich von dem Einwand, der Erblasser sei geisteskrank gewesen, der auch in einem Rechtsstreit geltend gemacht werden muss.

⁸⁹ Zur Position des Textes in Ulpians Kommentar S. 171.

⁹⁰ Müller-Eiselt, *Divus Pius*, S. 98 f. will dies nur für einen Hauserben gelten lassen. Für das Ergebnis einer Textverfälschung erklärt es La Pira, *Successione*, S. 476 f.

delt.⁹¹ Von ihm ist in einem Passus die Rede, der in den Digesten zwar durch den Einschub der paulinischen Äußerung zum Übergang des Beschwerderechts getrennt ist, sich in Ulpian's Kommentar aber wohl unmittelbar angeschlossen hat.⁹² Wir haben ihn schon als Beleg dafür kennengelernt, dass der eigentliche Grund der Querel das dem Verwandten durch die Enterbung zugefügte persönliche Unrecht ist:⁹³

D 5.2.8pr Ulp 14 ed

... sequenti loco scribit, si filius post adgnitam litis ordinandae gratia bonorum possessionem decesserit, finitam esse inofficiosi querellam, quae non patri, sed nomine dabatur filii.

... Anschließend schreibt er, dass, wenn der Sohn gestorben ist, nachdem er zur Durchführung des Rechtsstreits den Nachlassbesitz erlangt hat, die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments erledigt sei, weil sie nicht zugunsten des Vaters, sondern des Sohnes eröffnet sei.

Abermals zitiert Ulpian Papinian, und erneut geht es um die Rechtsnachfolge in die Beschwerdebefugnis. Diesmal ist die Frage, ob sie zum Vorteil des Vaters eines unmündigen Beschwerdeführers erfolgt, der die Beschwerde für diesen betrieben hat. Anders als bei einem volljährigen Beschwerdeführer verneint Papinian hier einen Übergang des Beschwerderechts, weil der Minderjährige das Verfahren nicht selbst geführt, sondern allenfalls nicht widersprochen hat.

Interessant ist, dass der Nachlassbesitz, von dessen Beantragung Papinian in dem vorherigen Zitat spricht, hier näher qualifiziert ist: Es handelt sich um eine *bonorum possessio*, die ›*litis ordinandae causa*‹, also zur Durchführung des Rechtsstreits, gewährt wird.⁹⁴ Ist sie hierfür wohl auch nicht erforderlich,⁹⁵ kann sie dem Beschwerdeführer doch eine günstige Position beim

91 Vgl. Krüger, SZ 57 (1937) 94, 103.

92 Lenel, *Palinigenesia*, Bd. 2 Sp. 494 schiebt dazwischen noch eine allgemeine Aussage über das Verbot einer Prozessvertretung im Legisaktionenverfahren ein, die in D 50.17.123pr (Ulp 488) überliefert ist. Sie fügt sich zu der Entscheidung in D 5.2.8pr allenfalls insofern, als es dort im weiteren Sinne auch um den Fall einer Vertretung geht, weil ein Vater für sein unmündiges Kind auftreten will; s. u. S. 172 Fn. 16.

93 S. o. S. 34 f.

94 Dass es um sie auch in D 5.2.6.2 geht, nimmt zu Recht Gagliardi, *Decemviri*, S. 297 an.

95 Anders La Pira, *Successione*, S. 435 f., der glaubt, die *bonorum possessio* sei dazu gedacht, den fehlenden Titel für den Beschwerdeberechtigten zu schaffen; ähnlich Krüger, SZ 57 (1937) 94, 103 und Gagliardi, *Studi*, S. 39 ff., die ihre Aufgabe darin sehen, dem enterbten Verwandten die Klägerrolle zu verschaffen.

Verfahrensende verschaffen.⁹⁶ Vorher kann es sich noch nicht um eine *bonorum possessio cum re* handeln, mit der sich der Beschwerdeführer auch gegenüber einem nach Zivilrecht berufenen und insbesondere dem Testamentserben durchsetzen könnte.⁹⁷ Dies ergibt sich zum einen aus einer Äußerung Ulpian's, der die *querela inofficiosi testamenti* als Alternative zum Nachlassbesitz entgegen dem Testament aufführt:⁹⁸

D 37.4.8pr Ulp 40 ed

Non putavit praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos, sicuti nec iure civili testamenta parentium turbant: sane si velint inofficiosi querellam instituere, est in ipsorum arbitrio.

Der Prätor glaubte nicht, dass diejenigen, die enterbt und von der Erbfolge ausgeschlossen sind, zum Nachlassbesitz gegen das Testament zuzulassen sind, wie sie das elterliche Testament auch nicht nach Zivilrecht vereiteln können; wollen sie freilich die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments anstellen, steht ihnen das frei.

Zum anderen folgt es aus einem Bescheid, der unter Septimius Severus ergangen ist und ebenfalls von einer dem Beschwerdeführer erteilten *bonorum possessio* handelt:

CJ 3.28.2 (28. Nov. 196)

Impp. Severus et Antoninus AA. Lucretio. Quamvis de inofficioso testamento acturum te bonorum possessionem accepisse proponas, tamen scriptis heredibus auferre possessionem incivile est.

Obwohl du vorträgst, dass du den Nachlassbesitz erhalten hast, um wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments zu klagen, ist es ungerecht, dem eingesetzten Erben den Besitz zu entziehen.

Da sie zur Durchführung der Querel dient, handelt es sich offenbar um denselben ›*litis ordinandae causa*‹ gewährten Nachlassbesitz, von dem Papinian spricht. Er genügt der kaiserlichen Kanzlei aber nicht, um dem Testamentserben den wirklichen Besitz an den Nachlassgegenständen zu entziehen. Bis zur Entscheidung über die Beschwerde genießt dieser also den Vorrang. Der

⁹⁶ Daher kann sie entgegen Marrone, SDHI 21 (1955) 74, 83 nicht für einen speziellen Fall geschaffen worden sein.

⁹⁷ Dies scheint aber Lenel, *Edictum perpetuum*, S. 142 anzunehmen, wenn er sie für eine »gewöhnliche ... *bonorum possessio intestati*« erklärt. Krüger, SZ 57 (1937) 94, 95, 105 meint hingegen, die *bonorum possessio litis ordinandae causa* sei als solche im prätorischen Edikt aufgeführt worden.

⁹⁸ Sie entstammt der Kommentierung des Edikts über die *bonorum possessio contra tabulas*; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 690 (Ulp 1105). Auf diesen Text weist Marrone, SDHI 21 (1955) 74, 83 nicht zu Unrecht hin.

dem Beschwerdeführer gewährte Nachlassbesitz bleibt damit eine *bonorum possessio sine re*,⁹⁹ wie sie auch sonst erteilt wird, wenn es einen nach Zivilrecht berufenen Erben gibt, gegenüber dem der Nachlassbesitzer das Nachsehen hat¹⁰⁰. Der Vorteil, den die *bonorum possessio* dem zunächst machtlosen Beschwerdeführer einbringt, ist, dass er nach erfolgreichem Abschluss der Querel nicht erneut beim Prätor die *bonorum possessio* beantragen oder die *hereditatis petitio* erheben muss. Vielmehr wandelt sich der nur vorläufig gewährte Nachlassbesitz *sine re* mit Feststellung der Pflichtwidrigkeit des Testaments in eine ordentliche *bonorum possessio cum re*,¹⁰¹ die den Beschwerdeführer in vollem Umfang zum prätorischen Rechtsnachfolger des Erblassers macht. Hat er den Nachlass bereits tatsächlich inne, kann ihm dieser nicht mehr mit Erfolg streitig gemacht werden. Befindet er sich noch in den Händen des Testamentserben, kann er ihn mit dem *interdictum quorum bonorum* in Anspruch nehmen und muss in diesem Rahmen nicht mehr seine Rechtsstellung, sondern nur noch dartun, dass sein Gegner die Erbschaft nicht herausgegeben hat.¹⁰²

Der umfangreiche Schutz, den ein Beschwerdeführer durch die Überführung der vorläufigen in eine endgültige *bonorum possessio* erfährt, erklärt zur Genüge, warum die Juristen die Querel als funktionsgleich mit der Erbschaftsklage, ja nahezu als deren Erscheinungsform, ansehen. Dies gilt nicht nur für eine Beschwerde im Kognitionsverfahren,¹⁰³ sondern lässt sich auch für eine Klage vor dem Zentumviralgericht annehmen, in der die Pflichtwidrigkeit des Testaments zum Gegenstand einer *stipulatio praeiudicialis* gemacht ist. Obwohl sich der Rechtsstreit formal um die symbolische Summe dreht, die zum Gegenstand dieses Versprechens gemacht worden ist, steht mit einem Erfolg des Beschwerdeführers doch auch hier die für die Aufwertung des Nachlassbesitzes erforderliche Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung fest. Dass man die *bonorum possessio* nutzt, um der Rechtsposition des Beschwerdeführers zur Durchsetzung zu verhelfen, fügt

99 Vgl. La Pira, *Successione*, S. 436, *Voci*, DER, Bd. 2, S. 704 und Gagliardi, *Decemviri*, S. 302.

100 Gai 3.35–37.

101 So richtig La Pira, *Successione*, S. 436 f., Marrone, AUPA 27 (1959) 153, 157 f., 165, 176 f., Müller-Eiselt, *Divus Pius*, S. 97 und Gagliardi, *Decemviri*, S. 305; vgl. auch Krüger, SZ 57 (1937) 94, 104. Von einer »formalen« *bonorum possessio* spricht Ribas-Alba, *La desheredación*, S. 220.

102 Dritte, die im Besitz von Nachlassgegenständen oder Schuldner des Erblassers sind, kann der Beschwerdeführer unmittelbar mit Klagen in Anspruch nehmen, in denen seine Position als gesetzlicher Erbe fingiert wird; vgl. Gai 4.34.

103 So aber La Pira, *Successione*, S. 473.

sich auch gut zum Ursprung der Querel in den Eingriffen von Präto-
ren und Augustus. Wie wir schon gesehen haben,¹⁰⁴ sind sie nach dem Zeugnis
von Valerius Maximus einzelnen Personen, die sie zu Unrecht für enterbt
hielten, gerade dadurch beigesprungen, dass sie ihnen die *bonorum possessio*
an dem umstrittenen Nachlass zugesprochen haben.

¹⁰⁴ Val Max 7.7.3, 5, s. o. S. 45 f., 64 f.

Weitere Erklärungsansätze

I. Pietät gegenüber dem pietätlosen Erblasser?

Ein bestechender Gedanke, der die Verbrämung der Behauptung pflichtwidrigen Verhaltens mit dem *color insaniae* verständlich machen könnte, ist die Rücksicht auf den Erblasser. Nicht nur er muss seinen Verwandten gegenüber die gehörige Verantwortung zeigen und sie in hinreichender Weise in seinem Testament bedenken; auch diese sind gegenüber Erblasser zur *pietas* verpflichtet, sowohl zu Lebzeiten als auch nach seinem Tod, wenn es sein Andenken zu bewahren gilt. Dieses nicht übermäßig zu beschädigen könnte nun der Sinn des Rekurses auf die *insania* sein. Denn im Gegensatz zu einer vom Erblasser bewirkten *iniuria* ist Geisteskrankheit gerade nicht vorwerfbar. Erspart man dem Erblasser die Behauptung eines unrechtmäßigen Verhaltens, dient dies nicht nur dem Schutz seiner postmortalen Persönlichkeit, sondern auch dem enterbten Verwandten. Indem er sich auf eine Krankheit des Erblassers beruft, erscheint sein Vorgehen gegen das pflichtwidrige Testament nämlich weniger drastisch¹ und wehrt dem Verdacht, sich seinerseits pietätlos zu verhalten.²

Gegen eine solche Erklärung des *color insaniae* spricht freilich schon der Name der *querela inofficiosi testamenti*, die den letzten Willen des Erblassers als pflichtwidrig brandmarkt. Zwar lässt sich nicht ausschließen, dass der Rekurs auf den geistigen Zustand des Erblassers ursprünglich dazu ersonnen war, den Respekt vor ihm zu wahren. Spätestens mit der Etablierung eines eigenständigen Verfahrens, dessen Gegenstand der mit der letztwilligen Verfügung bewirkte Pflichtverstoß ist, lässt sich aber nicht mehr vermeiden,

1 Diesen stellen auch v. Woelf, *Das römische Erbrecht*, S. 196 f. und Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 681 heraus.

2 Vgl. auch Tellegen, *Law of succession*, S. 112 und Fn. 13.

dass ein Schatten auf sein Ansehen fällt. Die Juristen haben dies sogar in den Fällen in Kauf genommen, in denen das vom Erblasser verübte Unrecht lediglich objektiv und ihm gar nicht individuell vorwerfbar ist. Dies gilt insbesondere, wenn der Erblasser fälschlich glaubt, ein pflichtteilsberechtigter Verwandter sei bereits verstorben. Hält er sich weit entfernt auf oder ist gar als Soldat tätig und damit einem ständigen Todesrisiko ausgesetzt, trifft einen Erblasser, der seine Rechtsnachfolge regeln will und wegen vorgerückten Alters vielleicht sogar muss, zumindest keine große Schuld, wenn er im Glauben an den Tod des Pflichtteilsberechtigten einen anderen zum Erben einsetzt. Gleichwohl kann in diesem Fall die *querela inofficiosi testamenti* angestellt werden. Ulpian erwähnt dies in seinen *opiniones*³ nur knapp und hält sich allgemein:⁴

D 5.2.27.4 Ulp 6 op

De testamento matris, quae existimans perisse filium alium heredem instituit, de inofficioso queri potest.

Gegen das Testament einer Mutter, die in dem Glauben, ihr Sohn sei gestorben, einen anderen zum Erben eingesetzt hat, kann die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments erhoben werden.

Konkreter ist der von den justinianischen Kompilatoren in den Digesten unmittelbar angeschlossene Bericht des Paulus über eine Entscheidung Kaiser Hadrians, die ebenfalls den Tod eines als Soldat tätigen Sohnes einer Erblasserin betrifft:⁵

D 5.2.28 Paul ls septvir iud

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 adnotatum quod de libertatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.

Als eine Mutter die falsche Nachricht bekam, ihr Sohn sei als Soldat gestorben, und andere zu Erben einsetzte, verordnete der göttliche Hadrian, die Erbschaft stehe dem Sohn mit der Maßgabe zu, dass die Freilassungen erfolgen und die Vermächtnisse geleistet werden. Hier ist darauf aufmerksam zu machen, was über die Freilassungen und Vermächtnisse

3 Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 1011 Fn. 3 (Ulp 2348) glaubt, Ulpian habe sich dem pflichtwidrigen Testament im Zusammenhang mit dem Thema der Vertretung eines Abwesenden gewidmet.

4 Da er glaubt, im klassischen Recht sei der Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens unentbehrlich gewesen, muss Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 702 diese Aussage einem nachklassischen Autor zuschreiben.

5 Zum Werk über das Siebenmännergericht, dem der Text entstammen soll, s. o. S. 63 f.

hinzugefügt ist; wenn nämlich Beschwerde gegen ein pflichtwidriges Testament geführt wird, ist das Testament insgesamt ungültig.

Paulus verweist darauf, dass der Kaiser die im Testament bestimmten Freilassungen und Vermächtnisse hat gelten lassen.⁶ Dies verwundert nicht, wenn man bedenkt, dass ein Kind zur Zeit Hadrians noch kein gesetzliches Erbrecht nach seiner Mutter hatte.⁷ Die Entscheidung des Kaisers zugunsten des übergangenen Sohnes kann sich daher allein aus einer Auslegung der letztwilligen Verfügung ergeben und nicht auf dessen erfolgreicher Anfechtung beruhen. Für Paulus stellt sich die Sache aber anders dar. Aus seiner Sicht handelt es sich um einen Fall, der mit der *querela inofficiosi testamenti* zu bewältigen ist.⁸ Er hält es daher für eine Besonderheit, dass Freilassungen und Vermächtnisse von der Testamentsanfechtung unberührt bleiben. Rechtfertigen lässt sich diese Anomalie nur deshalb, weil die Erblasserin, die ihren Sohn fälschlich für tot hielt, subjektiv nicht pflichtwidrig gehandelt hat. Dies ändert für Paulus aber ersichtlich nichts daran, dass zumindest diese Verfügung durch die Beschwerde beseitigt werden kann, um das dem Sohn objektiv angetane Unrecht wettzumachen.

Einen anderen Fall, in dem einer Erblasserin kein schwerwiegender Vorwurf gemacht werden kann, behandelt eine Konstitution von Kaiser Septimius Severus. Wir haben sie bereits als Beleg dafür kennengelernt, dass Grundlage der Querel die dem Enterbten zugefügte *iniuria* ist.⁹

CJ 3.28.3.1-2 (24. Juni 197)

Impp. Severus et Antoninus AA. Ianuario. ... Sed cum eam in puerperio vita cessisse proponas, repentini casus iniquitas per coniecturam maternae pietatis emendanda est. quare filio tuo, cui nihil praeter maternum fatum imputari potest, perinde virilem portionem tribuendam esse censemus, ac si omnes filios heredes instituisset. (2) Sin autem heredes scripti extranei erant, tunc de inofficioso testamento actionem instituere non prohibetur.

Kaiser Severus und Antoninus an Ianuarius. ... Da du aber vorbringst, die Mutter sei im Wochenbett gestorben, ist die durch einen plötzlichen Zufall herbeigeführte Ungerechtigkeit durch die Vermutung mütterlicher Verantwortung auszugleichen. Daher befinden wir, dass deinem Sohn, dem außer dem Tod seiner Mutter nichts zuzuschreiben ist, ein gleich großer Anteil zuzugestehen ist, und zwar so, als ob alle Söhne zu Erben eingesetzt

6 Hierzu s. u. S. 116 ff.

7 S. o. S. 17.

8 Vgl. Di Lella, *Querela*, S. 235 ff. und Arcaria, *Septemvitalia iudicia*, S. 64 f., ferner Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 701, der von einem Missverständnis der kaiserlichen Entscheidung spricht.

9 S. o. S. 36 f.

worden wären. (2) Sind aber auswärtige Erben eingesetzt, ist er nicht gehindert, die Klage wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments anzustellen.

Ist eine Mutter unmittelbar nach der Geburt verstorben, ohne ihren neugeborenen Sohn im Testament noch bedenken zu können, ist diesem dennoch die Querel eröffnet, falls auswärtige Erben eingesetzt sind und er daher nicht im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung in die Verfügung zugunsten seiner Brüder einbezogen werden kann. Unabhängig davon, wen die Erblasserin in ihrem Testament als Erben eingesetzt hat, liegt aus Sicht der Kanzlei aber eine *iniquitas* vor, die es zu korrigieren gilt. Dass sie der Erblasserin nicht zur Last fällt, betont die kaiserliche Kanzlei eigens dadurch, dass sie die Enterbung des Sohnes einem ›*repentinus casus*‹ zuschreibt. Kann gleichwohl die Beschwerde über die Pflichtwidrigkeit des Testaments geführt werden, bedeutet dies, dass die Zurücksetzung eines nicht hinreichend bedachten Verwandten schwerer wiegt als das Ansehen des Erblassers. Es darf durch die Querel auch dann beeinträchtigt werden, wenn er sich kaum etwas hat zuschulden kommen lassen.

Umgekehrt trifft einen Beschwerdeführer, wenn er sich zu Unrecht gegen seine Enterbung wendet, stets der Vorwurf einer Pietätlosigkeit gegenüber dem Erblasser. Allein wegen seiner Beschwerde gilt er als erbunwürdig und verliert selbst das, was der Testator ihm hat zukommen lassen, an den Fiskus. Diese Sanktion trifft alle, die sich gegen den Willen des Erblassers vergangen haben,¹⁰ etwa indem sie die Errichtung eines gültigen Testaments verhindert,¹¹ eine letztwillige Verfügung gefälscht¹² oder ein ordentlich errichtetes Testament zu Unrecht als gefälscht bezeichnet haben¹³. Obwohl sich die Berufung auf die Pflichtwidrigkeit eines Testaments hiervon insofern unterscheidet, als sie kein Vergehen darstellt und mit einem Werturteil verbunden ist,¹⁴ entgeht ein unterlegener Beschwerdeführer doch nicht dem Verdikt der Erbunwürdigkeit. Wie Ulpian in seinem Ediktskommentar ausführt, muss die fehlende Pflichtwidrigkeit hierfür jedoch feststehen und der Täter durch die Zuwendung im Testament auch bereichert sein:¹⁵

10 PS 3.5.13.

11 PS 5.12.2; D 36.1.3.5 Ulp 3 fid.

12 D 48.10.4 Ulp 8 disp.

13 D 49.14.29.1 Ulp 8 disp.

14 Wohl deshalb hält Nardi, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Mailand 1937, S. 88 ff. die Fälle für nicht vergleichbar.

15 Zum palingenetischen Zusammenhang s. u. S. 181 ff.

D 5.2.8.14 Ulp 14 ed

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. sed ei demum aufertur quod testamento datum est, qui usque ad sententiam iudicum lite improba perseveraverit: ceterum si ante sententiam destitit vel decessit, non ei aufertur quod datum est: proinde et si absente eo secundum praesentem pronuntietur, potest dici conservandum ei quod accepit. eo autem solo carere quis debet, cuius emolumentum ad eum pertinet: ceterum si id rogatus fuit restituere, non debet iniuria fieri. unde non male Papinianus libro secundo responsorum refert, si heres fuit institutus et rogatus restituere hereditatem, deinde in querella inofficiosi non optinuit, id quod iure Falcidiae potuit habere solum perdere.

Es gilt aber zu beachten, dass derjenige, der zu Unrecht behauptet hat, ein Testament sei pflichtwidrig, und damit keinen Erfolg gehabt hat, verliert, was er aus dem Testament erhalten hat, und ihm dieses vom Fiskus wegen Erbunwürdigkeit entzogen wird. Aber das durch das Testament Zugewandte wird nur demjenigen entzogen, der das zu Unrecht betriebene Verfahren bis zur Entscheidung der Richter geführt hat; hat er hingegen vor der Entscheidung davon abstandgenommen oder ist er gestorben, wird ihm nicht entzogen, was ihm zugewandt worden ist; auch wenn in seiner Abwesenheit zugunsten des Anwesenden entschieden worden ist, kann man sagen, dass ihm erhalten bleibt, was er erhalten hat. Er muss aber nur das herausgeben, was ihm als Gewinn verblieben ist; ist ihm hingegen aufgegeben worden, es an einen anderen auszukehren, darf ihm kein Unrecht geschehen. Daher berichtet Papinian im zweiten Buch seiner Rechtsgutachten, dass ein Erbe, wenn er eingesetzt und ihm aufgegeben worden ist, die Erbschaft herauszugeben, und er anschließend mit der Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments keinen Erfolg hat, nur das verliert, was er nach dem Recht des falzidischen Gesetzes haben könnte.

Der Beschwerdeführer muss sich die Einziehung des Vorteils, den er aus dem angegriffenen Testament erlangt hat, gefallen lassen, wenn seine Beschwerde bis zu einem Urteil geführt hat, in dem der erhobene Vorwurf der Pflichtwidrigkeit entkräftet wird. Dies ist weder dann der Fall, wenn das Verfahren vorzeitig endet, weil der Beschwerdeführer seinen Antrag zurücknimmt oder stirbt; noch gilt es, wenn die Beschwerde schlicht wegen der Säumnis des Pflichtteilsberechtigten zurückgewiesen und ohne nähere inhaltliche Prüfung zugunsten des eingesetzten Erben entschieden wird. Wird das Verfahren hingegen mit einer Sachentscheidung gegen den Beschwerdeführer abgeschlossen, kommt es zum Verfall, der sich aber auf den vom Beschwerdeführer wirklich erlangten Vorteil beschränkt. Hinter der Zuwendung bleibt dieser zurück, wenn der erfolglose Querelant den ihm hinterlassenen Gegenstand aufgrund einer entsprechenden Anordnung des Erblassers an einen anderen auskehren muss. Ulpian behandelt den Fall

eines Universalfideikommisses. Nach seiner Erfüllung verbleibt dem Erben, der sich gegen das Testament gewandt hat, nicht mehr als das falzidische Viertel, das er aufgrund des *senatus consultum Pegasianum* einbehalten darf. Dies bedeutet zugleich, dass der Fideikommissar, der das Testament selbst nicht angegriffen hat, von der Sanktion verschont bleibt. Dies stellt der Autor der Paulussentenzen heraus, der Ulpian's Gedankengang in seiner Paraphrase der Äußerung des Klassikers fortführt:

Paul 4.5.9

Rogatus hereditatem restituere etsi inofficiosi querellam instituerit, fideicommisso non fit iniuria: quartam enim solummodo hereditatis amittit, quam beneficio senatus consulti habere potuisset.

Hat jemand, dem die Herausgabe der Erbschaft aufgegeben ist, die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments angestellt, geschieht dem Fideikommiss kein Unrecht; er verliert nämlich nur das Viertel der Erbschaft, das er nach dem durch Senatsbeschluss eingeräumten Privileg behalten darf.

Dass der Verlust des Zugewandten eine Sanktion für persönliche Schuld ist, erhellt auch der Passus, der sich in Ulpian's Ediktskommentar anschließt:¹⁶

D 5.2.8.15 Ulp 14 ed

Si quis impubes adrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querella, cum habeat quartam ex constitutione divi Pii. quod si egit nec optinuit, an quartam perdat? et puto aut non admittendum ad inofficiosum, aut si admittatur, etsi non optinuerit, quartam ei quasi aes alienum concedendam.

Ist ein Minderjähriger als Kind angenommen worden und gehört er zu denjenigen, die trotz der Adoption und späteren Entlassung aus der Gewalt die Beschwerde wegen eines pflichtwidrigen Testaments erheben können, ist er, wie ich glaube, von der Beschwerde auszuschließen, weil ihm das Viertel nach der Verordnung des göttlichen Pius zusteht. Was soll gelten, wenn er geklagt und nicht obsiegt hat, verliert er dann das Viertel? Und ich glaube, dass er entweder gar nicht erst zur Beschwerde wegen pflichtwidrigen Testaments zuzulassen ist oder, wenn er zugelassen worden ist, aber nicht obsiegt hat, ihm das Viertel gleichsam als geschuldet zuzugestehen ist.

Wird ein Minderjähriger als Kind angenommen und später wieder aus der Gewalt seines Adoptivvaters entlassen, gehört er weder zu dessen Hauserben noch zu seinen gewaltfreien Kindern. Kraft einer auf Antoninus Pius zurück-

¹⁶ S. hierzu Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 700.

gehenden Konstitution¹⁷ erhält er daher ein Viertel des Nachlasses seines Adoptivvaters, wenn dieser ihn nicht mindestens in derselben Höhe bedacht hat.¹⁸ Fällt ihm so jedenfalls das Viertel zu, das ausreicht, um die *querela inofficiosi testamenti* auszuschließen, kann er diese auch dann nicht mit Erfolg erheben, wenn er aus anderen Gründen, insbesondere als Enkel eines vorverstorbenen Sohnes, zu dem Kreis der pflichtteilsberechtigten Verwandten gehören sollte.¹⁹ Ulpian meint daher, der Gerichtsmagistrat oder sonst zuständige Beamte müsse ihn von vornherein an der Erhebung der Beschwerde hindern. Versäumt er dies und wird die Beschwerde erst nach Durchführung des Verfahrens zurückgewiesen, darf dies aus Ulpians Sicht dem Minderjährigen nicht zugerechnet werden, weshalb er sich auch nicht als unwürdig erweist, die *quarta divi Pii* zu behalten.

Noch weiter geht die kaiserliche Kanzlei unter Septimius Severus, wenn sie generell Nachsicht gegenüber einem minderjährigen Beschwerdeführer walten lassen will, vor allem wenn er auf Geheiß ihres Betreuers tätig wird.²⁰

D 34.9.5.9 Paul 1 fisc

Aetati eius qui accusavit ignoscitur, et maxime si tutor vel curator dicere falsum vel inofficiosum velit: et ita imperatores Severus et Antoninus rescripserunt.

Jemand kann wegen seines Alters entschuldigt werden, und vor allem, wenn es sein Vormund oder Pfleger ist, der wollte, dass er die Fälschung oder Pflichtwidrigkeit des Testaments behauptet; und so haben die Kaiser Severus und Antoninus beschieden.

Dass aber auch ein Vormund nicht wegen einer Beschwerde als erbunwürdig gilt, die er für sein Mündel erhoben hat, befindet Tryphonin. In seinen *libri disputationum* beruft er sich darauf, dass der Vormund, wenn er als solcher handelt, trotz der Personenidentität nicht mit demjenigen verwechselt werden darf, dem der Erblasser in dem angegriffenen Testament eine Zuwendung gemacht hat.²¹

17 Diese erwähnt Ulpian auch in D 10.2.2.1 Ulp 19 ed. Zur gesamten Regelung eingehend Müller-Eiselt, *Divus Pius*, S. 138 ff., 166 ff.

18 Hierzu Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 56 f.

19 Müller-Eiselt, *Divus Pius*, S. 157 f. beschreibt Ulpians Lösung so, dass dieser das künstlich geschaffene Verwandtschaftsverhältnis einer natürlichen Verwandtschaft vorgehen lässt. Für die römischen Juristen ist jedoch nur entscheidend, ob der Pflichtteilsberechtigte das die Beschwerde ausschließende Viertel erhält.

20 Die Entscheidung wird in PS 5.12.4 wiederholt.

21 In seiner Rekonstruktion des Originalwerks ordnet Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 358 (Tryph 15) diesen Text dem Abschnitt über das ›*testamentum inofficiosum*‹ zu.

D 34.9.22 Tryph 5 disp

Tutorem, qui pupilli sui nomine falsum vel inofficiosum testamentum dixit, non perdere sua legata, si non optinuerit, optima ratione defenditur et ... discreta sunt enim iura, quamvis plura in eandem personam devenerint, aliud tutoris, aliud legatarii ...

Mit sehr guten Gründen lässt sich vertreten, dass ein Vormund, der im Namen seines Mündels behauptet hat, ein Testament sei gefälscht oder pflichtwidrig, wenn er unterliegt, nicht seine Vermächtnisse verliere ... Auch wenn sie in derselben Person vereint sind, müssen die rechtlichen Rollen doch getrennt werden, die des Vormunds und die des Vermächtnisnehmers ...

Nach dem Bericht Marcians stellt die kaiserliche Kanzlei dies auch in einem Bescheid fest, der in der Regierungszeit von Septimius Severus ergeht:²²

D 5.2.30.1 Marcian 4 inst

Tutoribus pupilli nomine sine periculo eius, quod testamento datum est, agere posse de inofficioso vel falso testamento divi Severus et Antoninus rescripserunt.

Die göttlichen Severus und Antoninus haben den Vormündern eines Minderjährigen beschieden, dass sie ohne Gefahr, das ihnen im Testament Zugewandte zu verlieren, wegen der Pflichtwidrigkeit oder Fälschung eines Testaments klagen können.

Weitere Fälle, in denen einem Beschwerdeführer oder weiteren Beteiligten kein Vorwurf individuellen Verschuldens gemacht werden kann, listet Tryphonin an anderer Stelle in demselben Werk auf:²³

D 5.2.22.1-3 Tryph 17 disp

Et quaerebatur, si non optinisset in accusando, an quod patri datum est publicaretur? quoniam alii commodum victoriae parat et in hac causa nihil ex officio patris, sed totum de meritis filii agitur. et inclinandum est non perdere patrem sibi datum, si secundum testamentum pronuntiatum fuisset. (2) Multo magis si mihi legatum testator dedit, cuius de inofficioso testamento filius agens decessit me herede relicto, egoque hereditariam causam peregi et victus sum: id quod mihi eo testamento relicto est, non perdam: utique si iam defunctus agere coeperat. (3) Item si adrogavi eum, qui instituerat litem de inofficioso testamento eius qui mihi legatum dedit, litemque peregero nomine filii nec optinero: perdere me legatum non oportet, quia non sum indignus, ut auferatur mihi a fisco id quod derelictum est: cum non proprio nomine, sed iure cuiusdam successionis egi.

²² Später bestätigt Justinian diese Entscheidung und urteilt sinngemäß auch in dem umgekehrten Fall, in dem ein Vormund für sein Mündel ein Vermächtnis annimmt, das diesem zugleich mit der Enterbung des Vormunds hinterlassen worden ist; vgl. IJ 2.18.4–5.

²³ Dieser Passus entstammt wahrscheinlich einem Kapitel über das Vermögen von Freigelassenen; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 372 (Tryph 63).

Es wurde ferner gefragt, ob die Zuwendung an einen Vater entzogen wird, wenn er mit der Klage keinen Erfolg hatte. Da er im Fall seines Sieges einem anderen einen Vorteil verschafft und es in dieser Sache nicht um die Pflichten des Vaters, sondern um die Würde des Sohnes geht, muss man der Ansicht zuneigen, dass der Vater nicht das ihm Zugewandte verliert, wenn zugunsten des Testaments entschieden wird. (2) Das gilt umso mehr, wenn mir ein Erblasser ein Vermächtnis zugewandt hat, dessen Sohn wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments geklagt hat und mich bei seinem Tod als Erbe hinterlassen hat und ich den Erbschaftsstreit weitergeführt habe und unterlegen bin; ich verliere nicht, was mir aus jenem Testament hinterlassen ist, zumindest dann nicht, wenn schon der Verstorbene die Klage erhoben hat. (3) Ebenso verhält es sich, wenn ich jemanden als Kind angenommen habe, der einen Rechtsstreit wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments einer Person begonnen hat, die mir ein Vermächtnis zugewandt hat, und ich den Rechtsstreit für meinen Sohn ohne Erfolg zu Ende führe; ich darf das Vermächtnis nicht verlieren, weil ich nicht erbunwürdig bin, so dass mir das Hinterlassene nicht vom Fiskus entzogen werden darf; denn ich habe nicht im eigenen Namen, sondern wegen der besonderen Rechtsnachfolge geklagt.

Tryphonin knüpft an den Fall an, den er in dem schon betrachteten *principium* des Fragments behandelt:²⁴ Ein Vater wendet sich für seinen unmündigen Sohn gegen das Testament von dessen Mutter. Ebenso wie es dem Sohn nicht schadet, wenn der Vater ein ihm in demselben Testament ausgesetztes Vermächtnis annimmt, darf der Vater dieses nicht verlieren, wenn die für den Sohn erhobene Querel erfolglos bleibt. Als erbunwürdig kann sich allenfalls der Sohn erweisen, für den der Vater die Querel führt. Kein persönlicher Vorwurf ist auch einem Vermächtnisnehmer zu machen, wenn er eine im Ergebnis erfolglose Beschwerde gegen das ihn begünstigende Testament nicht selbst erhebt, sondern bloß als Rechtsnachfolger eines enterbten Verwandten fortführt. Da nicht er, sondern sein Rechtsvorgänger die Entscheidung zur Testamentsanfechtung getroffen hat, kann der hieran geknüpfte Vorwurf auch nur diesen und nicht den Vermächtnisnehmer treffen, der eher zufällig in die Position des Beschwerdeführers geraten ist.²⁵ Ähnlich verhält

24 S. o. S. 32.

25 An einem anderen Grund scheidet die Einziehung, wenn der Beschwerdeführer Rechtsnachfolger eines Vermächtnisnehmers oder eines Erben ist, dem der Erblasser etwas in dem Testament zugewandt hat; vgl. D 34.9.5.7–8 Paul 1 iu fisc: *Qui accusavit falsum, heres legatario exstitit vel heredi scripto: nihil huic nocere dicendum est.* (8) *Similis est ei et qui inofficiosum dicit.* (»Bezeichnet jemand ein Testament als gefälscht und wird Erbe eines Vermächtnisnehmers oder Erben, so ist zu sagen, dass ihm dies nicht schadet. (8) Ähnlich verhält es sich mit jemandem, der die Pflichtwidrigkeit des Testaments behauptet.«) Hier hat sich derjenige, in dessen Händen sich der Nachlass oder ein Teil davon schließlich befindet, zwar als erbunwürdig erwiesen. Sein Erwerb beruht

es sich, wenn jemand einen anderen als Kind annimmt, der bereits die Querel gegen ein Testament erhoben hat, in dem für den Adoptivvater ein Vermächtnis ausgesetzt ist. Zwar wird er als neuer Gewalthaber automatisch Partei des Rechtsstreits, den sein Adoptivsohn begonnen hat. Weil er sich diese Rolle nicht ausgesucht hat, bleibt ihm aber erspart, wegen der Querel als unwürdig für eine Verfügung in dem angegriffenen Testament zu gelten.

All diese Ausnahmen bestätigen die bei Ulpian belegte Regel, dass die bloße Erhebung einer unbegründeten *querela inofficiosi testamenti* einem Hinterbliebenen den Vorwurf einer Pietätlosigkeit gegenüber dem Erblasser einträgt. Das Vorbringen, der Erblasser sei seiner Verantwortung gegenüber seiner Familie nicht gerecht geworden, wird durch den *color insaniae* also nicht hinreichend kaschiert, um dem Beschwerdeführer den Makel zu nehmen, seinerseits die gehörige *pietas* verletzt zu haben. Selbst wenn der Rekurs auf die Geisteskrankheit des Erblassers anfangs dazu gedacht gewesen wäre, diesem Verdikt zu entkommen, hätte er diese Funktion zur Wirkungszeit der klassischen römischen Juristen längst verloren. Für sie bedeutet der Angriff auf ein Testament eine Rufschädigung des Erblassers. Sie wird dem Beschwerdeführer als persönliches Fehlverhalten angelastet und erweist ihn als erbunwürdig, sofern er nicht seinerseits den Erblasser einer Pietätlosigkeit in Gestalt des pflichtwidrigen Testaments überführen kann.

II. Eine Frage der Beweislast?

Kein sittliches, sondern ein juristisches Motiv für den Vorwand einer Geisteskrankheit des pietätlosen Erblassers könnte die Beweislast sein. Hierauf deutet die Verbindung zwischen dem *color insaniae* und der Erläuterung des Begriffs *inofficiosum* in einer schon untersuchten Aussage Marcells:²⁶

D 5.2.5 Marcell 3 dig

... huius autem verbi ›de inofficioso‹ vis illa ut dixi est docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum: resque illo colore defenditur apud

aber gerade nicht auf dem angegriffenen Testament, sondern auf der letztwilligen Verfügung des hierin bedachten Erben oder Vermächtnisnehmers.

26 Krüger, SZ 57 (1937) 94, 105 wertet dies als Indiz dafür, dass der Begriff im prätorischen Edikt erscheint.

iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret.

... Die Bedeutung des Begriffs ›pflichtwidrig‹ ist, wie gesagt, darzutun, dass man unverdient und deshalb auf unwürdige Weise übergegangen oder durch Enterbung ausgeschlossen worden ist; und dies wird mit dem Vorwand vor Gericht gebracht, der Erblasser sei gleichsam nicht bei klarem Verstand gewesen, als er das ungerechte Testament errichtete.

Die Pflichtwidrigkeit eines Testaments darzulegen bedeutet aus Marcells Sicht, dass man nicht nur die Enterbung behaupten, sondern auch nachweisen muss, dass sie unverdient ist und den Pflichtteilsberechtigten daher in seiner Würde verletzt. Es liegt also nicht etwa am Testamentserben darzutun, dass die Vernachlässigung eines gesetzlichen Erben durch dessen Fehlverhalten gerechtfertigt ist. Vielmehr hat umgekehrt der gesetzliche Erbe zu beweisen, dass er einen tadellosen Lebenswandel gepflegt hat und deshalb nicht enterbt werden durfte.²⁷ Dies sagt Marcell schon in einem Fragment, das dem Text über den *color insaniae* ursprünglich unmittelbar voranging:²⁸

D 5.2.3 Marcell 3 dig

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.

Die Pflichtwidrigkeit eines Testaments zu behaupten bedeutet darzutun, warum man nicht enterbt oder übergegangen werden durfte, was meistens geschieht, wenn Eltern ihre Kinder aufgrund einer Fehlvorstellung enterbt oder übergegangen haben.

Der Nachweis einer ungerechtfertigten Enterbung läuft danach im Regelfall auf den Beweis eines Irrtums hinaus, dem der Erblasser im Hinblick auf das Verhalten des Pflichtteilsberechtigten unterlegen ist.

Dass dieser die volle Beweislast trägt, lässt zudem ein Bescheid der diokletianischen Kanzlei von 293 erkennen. Hierin wird dem Beschwerdeführer die *probatio* der Pflichtwidrigkeit auferlegt:²⁹

CJ 3.36.16 (23. Aug. 293)

²⁷ Dass der gesetzliche Erbe die Beweislast allein trägt, glauben auch Renier, *Étude*, S. 205, 254 und v. Woeß, *Das römische Erbrecht*, S. 189 ff., der dafür ein rhetorisches Vorbild in dem Motiv der Sohnesverstoßung ausmacht.

²⁸ Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 592 (Marcell 15–16).

²⁹ Vgl. Renier, *Étude*, S. 254 f.

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Heracliano. Filii patris testamentum rescindendi, si hoc inofficiosum probare non possunt, nullam habent facultatem. ...

Kaiser Diokletian und Maximian an Heraclinus. Kinder haben keinerlei Befugnis, das Testament ihres Vaters anzufechten, wenn sie nicht beweisen können, dass es pflichtwidrig ist. ...

Nichts anderes ergibt ein Reskript aus dem Folgejahr:³⁰

CJ 3.28.22 (11. Feb. 294)

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Statillae. Si maritus tuus facto testamento te quidem ex asse scripsit heredem, filia autem quam habuit in potestate exheredata facta minime probetur nihilque ei relictum est neque iustas causas offensae praestitisse convincatur, eam de inofficioso testamento patris querentem totam hereditatem obtinere posse non ambigitur. (1) Quod si iam obtinuit vel postea vincat, quodcumque maritus mortis suae tempore debuisse tibi perhibetur, idem ab ea reddi oportet.

Kaiser Diokletian und Maximian an Statilla. Hat dein Ehemann dich in seinem Testament zur Alleinerbin eingesetzt, aber erwiesenermaßen eine Tochter, die in seiner Gewalt stand, enterbt, ihr nichts hinterlassen und wird bewiesen, dass sie hierzu keinen hinreichenden Grund gegeben hat, kann sie ohne Zweifel den gesamten Nachlass erlangen, indem sie sich über das pflichtwidrige Testament ihres Vaters beschwert. (1) Hat sie den Nachlass schon erhalten oder nachher obsiegt, muss von ihr geleistet werden, was auch immer dein Ehemann dir bei seinem Tod nach deiner Behauptung schuldig war.

Als Voraussetzung für den Erfolg der Querel benennt die Kanzlei hier außer dem Nachweis der Enterbung³¹ die Feststellung, dass die hiervon betroffene Tochter des Erblassers diesem keinen Anlass für seine Verfügung geliefert hat. Das dabei verwendete Verb ›*convincari*‹ ist nicht zwingend im Sinne von »überführt werden« zu verstehen, was für eine Beweislast der Testamententerbin sprechen würde. Stattdessen kann man es auch schlicht als »bewiesen werden« übersetzen, was offenlässt, wer den Nachweis zu führen hat.

Den wichtigsten Beleg für die Beweislast des enterbten Verwandten bildet ein Reformgesetz von Kaiser Konstantin, mit dem dieser das überkommene Regime modifiziert.³² Es ist doppelt überliefert. Die ungekürzte Version findet sich im Codex Theodosianus:

30 Mit ihr beschäftigt sich Sanguinetti, *Dalla querela*, S. 9 ff.

31 Tellegen-Couperus, *Testamentary succession*, S. 163 f. bezieht dies zu Unrecht auf das formelle Enterbrecht.

32 Hierzu Harke, *Utilitas Constantiniana. Privatrechtsgesetzgebung am Beginn des vierten Jahrhunderts*, Berlin 2021, S. 100 ff.

CTh 2.19.2 (6. Feb. 321)

Imp. Constantinus A. ad Claudium praesidem Daciae. Licet legum auctoritas filiorum potius quam matrum personis voluit laborem incumbere, ut de inofficioso agentes intra praefinita tempora doceant, nullo suo vitio factum, nec offensionem se parentibus praestitisse, sed iugiter obsecutos, ut naturae ipsius religio flagitabat, disciplinam illaesam inoffensamque servasse, ut his probatis removeant parentum voluntatem: tamen si mater contra filii testamentum inofficiosi actionem instituat, inquiri diligenter iubemus, utrum filius nulla ex iusta causa laesus matrem novissima laeserit voluntate, nec luctuosam ei nec legitimam reliquerit portionem, ut testamento remoto matri successio deferatur, si tamen defuncto consanguinei agnati non sunt superstites: an mater inhonestis factis atque indecentibus votis filium forte obsedit, insidiisque eum vel clandestinis vel manifestis appetiit, vel inimicis eius suas amicitias copulavit, atque in aliis sic versata est, ut inimica potius quam mater crederetur: hoc probato, invita etiam acquiescat filii voluntati.

Kaiser Konstantin an Claudius, Provinzstatthalter von Dakien. Die Gesetze erheischen, dass die Beweislast eher den Kindern als den Müttern obliegt, so dass sie, wenn sie Klage wegen eines pflichtwidrigen Testaments erheben, rechtzeitig dartun müssen, sich keines Fehlverhaltens und keiner Verletzung gegenüber den Eltern schuldig gemacht, sondern ständig den Gehorsam erwiesen zu haben, wie ihn die Natur fordert, und dass sie Disziplin bewahrt haben, so dass sie, wenn dies bewiesen ist, den letzten Willen ihrer Eltern beseitigen; wir ordnen aber an, dass, wenn eine Mutter Klage wegen Pflichtwidrigkeit gegen das Testament ihres Sohnes erhebt, sorgfältig untersucht wird, ob der Sohn, ohne dass dies wegen einer eigenen Verletzung gerechtfertigt gewesen wäre, seine Mutter durch seinen letzten Willen geschädigt hat, indem er ihr nicht einmal den kläglichen gesetzlichen Anteil hinterlassen hat, so dass der Mutter nach Aufhebung des Testaments die Rechtsnachfolge angetragen wird, falls keine vatersblütigen Brüder des Erblassers mehr vorhanden sind, oder ob die Mutter etwa durch unwürdige Handlungen oder unanständige Machenschaften den Sohn beherrscht oder ihn heimlich oder offensichtlich bedrängt oder sich mit seinen Feinden verbunden oder sich in anderer Hinsicht so benommen hat, dass sie eher als Feindin denn als Mutter erschien; ist dies bewiesen, muss sie sich auch unfreiwillig mit dem letzten Willen ihres Sohnes begnügen.

Fechten Kinder das Testament ihrer Mutter an, muss nicht der Testamentserbe belegen, dass die Kinder zu Recht enterbt worden sind; stattdessen haben diese nachzuweisen, dass sie das ihnen obliegende *obsequium* geleistet und ihre *disciplina* eingehalten haben, weshalb ihre Zurücksetzung grundlos ist. Im umgekehrten Fall, in dem die Mutter das Testament eines ihrer Kinder anficht, soll hingegen nicht sie dartun müssen, dass ihr kein Fehlverhalten gegenüber ihren Kindern vorzuwerfen ist. Vielmehr soll der Testamentserbe den Beweis führen, dass die Mutter zu Recht enterbt wurde, weil sie sich so verhalten hat, dass sie ihrem Kind nachgerade zur Feindin geworden ist.

Nur wenn er dies dargetan hat, soll die Entscheidung, ihr den Pflichtteil zu entziehen, Bestand haben.

In beiden Konstellationen ist die Darlegungs- und Beweislast nach dem zunächst aufgestellten Prinzip verteilt, dass sie eher die Kinder als die Mutter trifft. Durch das missverständliche ›*licet*‹ am Anfang wird jedoch der Fehlschluss provoziert, Konstantin weiche von dieser Regel gerade ab. Vermutlich liegt hier der Grund, warum der maßgebliche Satz in der Version des *Codex Iustinianus* nicht mehr auftaucht, obwohl die byzantinischen Kompilatoren ersichtlich nicht das Ziel haben, das konstantinische Gesetz inhaltlich abzuändern:³³

CJ 3.28.28pr (6. Feb. 321)

Imp. Constantinus A. ad Claudium praesidem Daciae. Liberi de inofficioso querellam contra testamentum parentum moventes probationes debent praestare, quod obsequium debitum iugiter, prout ipsius naturae religio flagitabat, parentibus adhibuerunt, nisi scripti heredes ostendere maluerint ingratos liberos contra parentes exitisse.

Kaiser Konstantin an Claudius, Provinzstatthalter von Dakien. Kinder, die die Beschwerde wegen der Pflichtwidrigkeit gegen das Testament ihrer Eltern erheben, müssen dartun, dass sie ihren Eltern ständig den schuldigen Gehorsam, wie ihn die Natur fordert, erwiesen haben, falls nicht die eingesetzten Erben lieber dartun, dass die Kinder undankbar gegenüber ihren Eltern waren.

Die neue Regel, wonach die Beweislast ohne Rücksicht auf die Verteilung der Parteirollen den Kindern und nicht der Mutter zufällt, scheint auf den ersten Blick der besonderen Rücksicht auf Frauen und Mütter geschuldet, deren Vernachlässigung Konstantin mit besonderem Pathos beklagt (›*nec luctuosam ei nec legitimam reliquerit portionem*‹). Der eigentliche Grund für die asymmetrische Behandlung beider Seiten ist aber ein anderer. Er ergibt sich aus der unterschiedlichen Intensität der familiären Bindungen und Pflichten.³⁴ Um ihre Enterbung zu rechtfertigen, muss die Mutter *facta inhonesta* und Taten begehen, die sie regelrecht zur *inimica* des eigenen Kindes werden lassen. Dies sind Verhaltensweisen, die ihr auch im Verhältnis zu einem beliebigen

33 §§ 1 und 2 der Konstitution sind im *Codex Iustinianus* fast wortgleich mit der Version des *Theodosianus*. – Eine Abkehr vom klassischen und konstantinischen Konzept der Beweislastverteilung lässt allerdings die Reformkonstitution zum Ergänzungsanspruch erkennen (CJ 3.28.30pr-1 – 1. Juni 528; s. u. S. 158 ff.), in der dem Testamentserben schlechthin die Beweislast auferlegt wird.

34 Dies verkennt *Simon*, Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozeß, München 1965, S. 156, der in der Regelung einen Ausweis mangelnder Abstraktionsfähigkeit und Gestaltungskraft sieht.

Dritten als ungehörig angelastet würden. Anders liegen die Dinge bei den Kindern. Um sie enterben zu können, müssen sie sich kein Fehlverhalten vorwerfen lassen, das sich auch gegenüber einem Dritten verböte.³⁵ Stattdessen genügt, dass sie nicht in jeder Hinsicht den Gehorsam geleistet haben, der ihnen als ›*religio naturae*‹ obliegt. Schulden sie ihrer Mutter mehr Respekt als diese ihnen, ist es unbedenklich, ein Fehlverhalten der Kinder als Grund für ihre Enterbung gleichsam zu unterstellen, wohingegen ein Pflichtenverstoß der Mutter als Ausnahme anzusehen und daher eigens nachzuweisen ist. Wenn Konstantin sich hierfür auf die ›*legum auctoritas*‹ beruft, meint er damit die im Familienverbund seit alters wirksame Rechts- und Sittenordnung.³⁶

Schafft Konstantin ein Privileg für enterbte Mütter, erweist dies die umgekehrte Beweislastverteilung zulasten der Beschwerdeführer als Regel.³⁷ Im Normalfall, in dem sich Kinder gegen die Testamente ihrer Eltern wenden, gilt, dass der Beschwerdeführer seine Gehorsamkeit gegenüber dem Erblasser und nicht der Testamentserbe einen Pflichtenverstoß des Beschwerdeführers dartun muss.³⁸

Dieses Regime fügt sich offensichtlich zum *color insaniae*. Denn auch ein gesetzlicher Erbe, der sich gegen die Wirksamkeit eines Testaments unter Berufung auf eine wirkliche Geisteskrankheit des Erblassers wendet, muss den Beweis dafür antreten, dass die letztwillige Verfügung am Hindernis der mangelnden Testierfähigkeit scheitert. Sieht man in dem Umstand, dass der Pflichtteilsberechtigte keinen Anlass zu seiner Zurücksetzung gegeben

35 Aus diesem Grund wendet sich Konstantin wohl auch dagegen, eine Mutter schon deshalb von der Rechtsnachfolge nach ihrem Kind auszuschließen, weil sie es versäumt, ihm einen Vormund bestellen zu lassen: CJ 6.56.3 (27. Juli 315): *Imp. Constantinus A. Catullino proconsuli Africae. Matres, quae puberes amiserunt filios, licet impuberibus eis tutores non petierunt, praescriptione non petiti tutoris ad excludendam eorum successionem minime debere praescribi certum est.* (»Kaiser Konstantin an Catullinus, Prokonsul von Afrika. Fest steht, dass Mütter, die ihre Kinder vor Erreichen der Mündigkeit verloren haben, obwohl sie für diese nicht die Bestellung von Vormündern beantragt haben, von der Rechtsnachfolge nach den Unmündigen nicht mit dem Einwand ausgeschlossen werden dürfen, dass sie nicht die Bestellung eines Vormunds beantragt haben.«) Statt um die Frage, ob sich die Mutter einer sie begünstigenden Verfügung als unwürdig erwiesen hat, geht es wohl darum, ob eine von ihr gegen ihre Enterbung erhobene *querela inofficiosi testamenti* Erfolg hat. Konstantin verneint dies, da der Testamentserbe die Enterbung der Mutter nur mit dem Argument rechtfertigen kann, sie habe die Bestellung eines Vormunds für das verstorbene Kind unterlassen.

36 Entgegen Dupont, *Les successions dans les constitutions de Constantin*, IVRA 15 (1964) 57, 115 lässt sich Konstantins Entscheidung daher keineswegs als Ausweis christlicher Gesinnung deuten.

37 Noch verkannt bei Harke (Fn. 32), S. 102.

38 Anders sieht dies offenbar Sanguinetti, *Dalla querela*, S. 34 f.

hat, ein Element, das gemeinsam mit der Enterbung die Fiktion der Geisteskrankheit trägt, liegt auf der Hand, dass er die volle Beweislast zu tragen hat.³⁹

Fraglich ist aber, ob man zu anderen Ergebnissen gelangt, wenn man statt von einer vermeintlichen *insania* des Erblassers von der *iniuria* ausgeht, die er dem Pflichtteilsberechtigten mit der letztwilligen Verfügung angetan hat. Auch in ihr kann man einen zusammengesetzten Tatbestand erkennen, der aus der Enterbung und dem fehlenden Grund für diese besteht. Bedenkt man, dass Marcell in D 5.2.5 nicht nur den *color insaniae*, sondern auch die Ungerechtigkeit erwähnt, die durch die pflichtwidrige Verfügung eingetreten ist, tut man sich schwer, zwischen beiden Anknüpfungspunkten für die Beweislastverteilung zu wählen. Dies gilt, zumal die mit der Enterbung bewirkte Herabwürdigung des gesetzlichen Erben schon vorher in demselben Satz erscheint, in dem Marcell die Beweislastverteilung vorstellt. Lässt sich ein Zusammenhang mit dem Vorwand der Geisteskrankheit auch nicht völlig ausschließen, spricht doch mehr dafür, die Beweislast des Pflichtteilsberechtigten auf den Unrechtstatbestand zurückzuführen, den er dem Erblasser vorhält.

39 So denn auch Marrone, AUPA 27 (1959) 165, 176.

Die Reichweite der Querel

I. Der prozessuale Aspekt: die Rechtskraft

Steht der *color insaniae* bei Marcell in D 5.2.5 wohl nur in zufälliger Verbindung mit der Beweislast, gilt etwas anderes für die Frage, wie weit eine Testamentsanfechtung reicht. Hier lässt sich eine signifikante Häufung des Rekurses auf die angebliche Geisteskrankheit des Erblassers feststellen: Sieht man von Marcells Aussage und Marcians Klarstellung in D 5.2.2¹ ab, stehen sämtliche Anspielungen auf die *insania* des Erblassers im Zusammenhang mit dem Problem, ob eine erfolgreiche *querela inofficiosi testamenti* das gesamte Testament hinfällig macht oder ihm gewisse Wirkungen belässt. Die römischen Juristen betrachten dieses Problem unter zwei verschiedenen Aspekten. Es gibt zum einen die prozessuale Perspektive, bei der es darauf ankommt, ob die gerichtliche Feststellung der Pflichtwidrigkeit eines Testaments auch gegenüber einer Person wirkt, die an dem Verfahren nicht beteiligt ist. Zum anderen existiert das materielle Problem, ob die Pflichtwidrigkeit eines Testaments, angenommen, sie stehe gegenüber allen Beteiligten fest, über das Verhältnis zwischen dem Pflichtteilsberechtigten und dem Testamentserben hinauswirkt. Der *color insaniae* erscheint nur in den Entscheidungen, die diese materielle Frage betreffen.

Um die prozessuale Seite geht es etwa Papinian in

D 5.2.15.2 Pap 14 quaest²

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: verum enim

1 S. o. S. 24 ff.

2 Zum palingenetischen Zusammenhang dieses Fragments s. o. S. 29 Fn. 17.

est familiae erciscundae iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.

Ein Sohn, der die Klage wegen der Pflichtwidrigkeit eines Testaments gegen zwei Erben erhoben und abweichende richterliche Entscheidungen erhalten, nämlich gegen einen Erben gewonnen hat und von dem anderen besiegt worden ist, kann sowohl teilweise die Schuldner belangen als auch teilweise von den Gläubigern belangt werden und die zur Erbschaft gehörenden Sachen herausverlangen und die Teilung der Erbschaft verlangen; ihm steht nämlich richtigerweise die Teilungsklage zu, weil er nach unserer Ansicht zum Teil gesetzlicher Erbe geworden ist; und deshalb unterliegt ein Teil der Erbschaft dem Testament, und es erscheint keineswegs unsinnig, dass der Erblasser nur zum Teil als testamentslos angesehen wird.

Ein gesetzlicher Erbe hat zwei Testamentserben vor verschiedenen Gerichten belangt. Zu einer solchen Trennung der Verfahren³ kann es nicht nur dadurch kommen, dass der gesetzliche Erbe die Beschwerden nacheinander erhebt. Auch wenn er gleichzeitig gegen die eingesetzten Erben vorgeht, kann eine separate Klage dadurch erzwungen werden, dass sich die Zuständigkeit nach dem Wohnsitz des Beklagten richtet:⁴

3 Gagliardi, *Studi*, S. 16 ff. will sie auf die Einleitung des Zentumviralverfahrens zurückführen.

4 Hierauf führt Babusiaux (S. 30 Fn. 18), S. 227 f. das Phänomen divergierender Entscheidungen zurück. – Nicht belegt erscheint es mir im Gegensatz zu Voci, *Diritto ereditario, romano*, S. 691 und Tellegen, *Law of succession*, S. 115 durch Plin ep 6.33.5–6: *Secutus est varius eventus; nam duobus consiliis vicimus, totidem victi sumus. Notabilis prorsus et mira eadem in causa, isdem iudicibus, isdem advocatis, eodem tempore tanta diversitas. (6) Accidit casu, quod non casus videretur: victa est noverca, ipsa heres ex parte sexta, victus Suburanus, qui exheredatus a patre singulari impudentia alieni patris bona vindicabat, non ausus sui petere.* (»Wir waren unterschiedlich erfolgreich; denn in zwei Kammern siegten wir, in zwei wurden wir besiegt. Diese Verschiedenheit ist überaus bemerkenswert und verwunderlich: dieselbe Sache, dieselben Richter, dieselben Anwälte und dieselbe Zeit. (6) Es geschah durch Zufall, was nicht als Zufall erscheint: Die Stiefmutter, Erbin zu einem Sechstel, wurde besiegt, ebenso Suburanus, der von seinem Vater enterbt und mit einmaliger Unverschämtheit das Vermögen eines anderen Vaters forderte und nicht wagte, das seines eigenen zu fordern.«) Hier ist zwar davon die Rede, dass dieselbe Sache (»*eadem causa*«) in verschiedenen Kammern des Zentumviralgerichts unterschiedlich beurteilt worden sei. Es bleibt jedoch unklar, ob wirklich gleichgerichtete Beschwerden über die Pflichtwidrigkeit desselben Testaments oder doch nur Klagen gemeint sind, die sich auf denselben Nachlass beziehen oder zumindest im Zusammenhang mit demselben Erbfall stehen. Die Beschreibung der Auseinandersetzung mit Suburanus, der den Nachlass eines anderen gefordert haben soll, spricht eher für diese zweite Variante.

D 5.2.29.4 Ulp 5 op⁵

In ea provincia de inofficioso testamento agi oportet, in qua scripti heredes domicilium habent.

Wegen der Pflichtwidrigkeit eines Testaments ist in der Provinz zu klagen, in der die eingesetzten Erben ihren Wohnsitz haben.

Gibt es mehrere Testamentserben, die in verschiedenen Teilen des Reichs leben, muss der Pflichtteilsberechtigte also von vornherein getrennte Verfahren einleiten. Dies kann zur Folge haben, dass er mit seinem Begehren unterschiedlich erfolgreich ist. Zwar bieten zumindest dann, wenn die Abstammung unstreitig ist, sowohl seine Stellung als gesetzlicher Erbe als auch seine Enterbung kaum Konfliktstoff, der eine unterschiedliche Beurteilung erheischt. Anders verhält es sich aber bei der Frage, ob der Erblasser ihn wegen eines Fehlverhaltens oder seines Lebenswandels enterben durfte. Da die divergierenden Entscheidungen nur die jeweils am Verfahren Beteiligten binden können, ist die unwillkürliche Konsequenz, dass der gesetzliche Erbe zwar den Testamentserben verdrängt, den er besiegt hat, aber die Rechtsnachfolge des anderen eingesetzten Erben dulden muss, der sich erfolgreich gegen die Querel verteidigt hat. Mit ihm muss er sich in den Nachlass teilen, so dass sie beide zu Miterben werden. Die unabweisbare Folge ist, dass ein eherner Grundsatz des römischen Erbrechts außer Kraft gesetzt wird, nämlich dass sich die Rechtsnachfolge entweder ausschließlich aus dem Testament ergibt oder allein nach dem Gesetz richtet: Niemand stirbt teils mit, teils ohne Testament:

D 50.17.7 Pomp 3 Sab

Ius 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 Zivilist sowohl mit als auch ohne Testament stirbt; der Tod mit Testament schließt nämlich selbstverständlich den Tod ohne Testament aus.

Dieses Prinzip wird im Fall unterschiedlich erfolgreicher Beschwerden gegen das Testament nicht wirklich durchbrochen, wie dies etwa bei einem Soldatentestament der Fall ist.⁶ Es scheitert gleichsam an der Prozesswirk-

5 Dass die Inskription verfälscht ist und der Text ebenso wie D 5.2.27 (s. o. S. 92) aus dem sechsten Buch der *libri opinionum* stammt, glaubt Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 1011 Fn. 4 (Ulp 2349).

6 D 29.1.6 Ulp 5 Sab, IJ 2.14.5.

lichkeit, in der ein Urteil nicht über den Kreis von Kläger und Beklagtem hinausreichen kann.⁷

Aus demselben Grund nimmt auch Ulpian an, die Rechtsnachfolge eines Erblassers könne sich im Fall einer Querel teilweise aufgrund des Testaments, teilweise gegen dieses eintreten. Die maßgebliche Äußerung stammt aus seinem Sabinuskommentar:⁸

D 5.2.24 Ulp 48 Sab

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.

Bei der Beschwerde wegen der Pflichtwidrigkeit eines Testaments kommt es häufig vor, dass in ein und derselben Sache unterschiedliche Entscheidungen ergehen. Was soll nämlich gelten, wenn der Bruder klagt und die eingesetzten Erben eine unterschiedliche Rechtsstellung haben? Ist dies der Fall, erscheint der Erblasser zum Teil mit Testament, zum Teil testamentslos gestorben.

Spricht der Spätklassiker davon, dass die eingesetzten Erben, gegen die sich der Bruder des Erblassers mit seiner Beschwerde wendet, ›*diversi iuris*‹ sind, könnte dies darauf hindeuten, dass außer dem Verhalten des Pflichtteilsberechtigten auch das Verdienst der Testamentserben berücksichtigt wird.⁹ Natürlich kann ihr Erbteil infolge ihrer eigenen Erbuñwürdigkeit vom Fiskus eingezogen werden; Ulpian behandelt aber keine derartige Konstellation, sondern den Fall einer *querela inofficiosi testamenti*. Dass es hier auf die Person des Testamentserben ankommt, ist sonst nicht belegt, weshalb es näher liegt, in Ulpians Formulierung einen Ausdruck für eine abweichende Beurteilung durch verschiedene Richter zu sehen.¹⁰

7 Richtig Di Lella, *Querela*, S. 198 ff. gegen La Pira, *Successione*, S. 452, der hier eine bewusste Entscheidung für die Teilwirksamkeit des Testaments erkennt.

8 Eine Brücke zu dem dort behandelten Thema der Verbalobligationen lässt sich hier kaum bauen; Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 1189 Fn. 4 sieht sie in der Frage, welche Wirkung eine Stipulation hat, die sich ein zur Erbschaft gehöriger Sklave geben lässt, zum einen für den im Testament eingesetzten, zum anderen für den Pflichtteilsberechtigten.

9 So v. Woeß, *Das römische Erbrecht*, S. 248; Renier, *Étude*, S. 252. Dagegen wendet sich, freilich mit unberechtigten Zweifeln an der Authentizität des Textes Buján, *La legitimación de los parientes colaterales privilegiados en la impugnación del testamento inoficioso*, SDHI 55 (1989) 98, 119 f.

10 Richtig Di Lella, *Querela*, S. 199 f. im Unterschied zu La Pira, *Successione*, S. 453, der wiederum ein materiellrechtliches Konzept der Teilwirksamkeit am Werke sieht.

Der Zufall des Verfahrens kann auch dafür sorgen, dass jemand, der eigentlich gar nicht pflichtteilsberechtigt ist, erfolgreich die *querela inofficiosi testamenti* anstellt. Hiervon handelt Ulpian in seinen *disputationes*:¹¹

D 5.2.25.1 Ulp 1 disp

Si quis, cum non possit de inofficioso queri, ad querellam admissus pro parte rescindere testamentum temptet et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querellam instituat, dicendum est, quia testamentum pro parte valet et praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querellam instituisse.

Ist jemand, obwohl er nicht wegen Pflichtwidrigkeit eines Testaments klagen konnte, zur Beschwerde zugelassen worden und hat versucht, das Testament zum Teil anzufechten, und sich einen Erben ausgesucht, gegen den er die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit erhoben hat, ist zu sagen, dass er die Beschwerde wirksam erhoben hat, weil das Testament zum Teil gilt und die vorangehenden Personen ausgeschlossen sind.

Außer im Fall divergierender Entscheidungen leidet der Satz von der Exklusivität testamentarischer und gesetzlicher Erbfolge auch dann eine Ausnahme, wenn eine *querela inofficiosi testamenti* nur gegen einen von mehreren Testamentserben erhoben wird. Kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer gar nicht zum Kreis der pflichtteilsberechtigten gesetzlichen Erben gehört, macht das Verfahren diesen Mangel wett: Der Beschwerdeführer verdrängt zwar nicht den Testamentserben, gegen den er nicht prozessiert hat. Er tritt aber an die Stelle des eingesetzten Erben, den er mit der Querel belangt hat. Im Verhältnis zu diesem bleibt nun ohne Belang, dass er im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge gar nicht zum Zuge käme. Relevant ist es hingegen für die Beziehung zu den ihm vorgehenden gesetzlichen Erben. Sie können den Beschwerdeführer ihrerseits auf Herausgabe des Nachlasses in Anspruch nehmen.¹² Mit dieser Situation beschäftigt sich Ulpian in einer in seinem Ediktskommentar überlieferten Entscheidung,¹³ die nur auf den ersten Blick im Widerspruch zu dem Auszug aus seinen *disputationes* steht:¹⁴

D 5.2.6.1 Ulp 14 ed

Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso

11 Auch für dieses Werk nimmt Lenel einen Titel über das *testamentum inofficiosum* an; vgl. *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 389.

12 Dies bestreitet Gagliardi, *Studi*, S. 58 ff. mit der kaum überzeugenden Erwägung, eine nur teilweise Anfechtung des Testaments lasse die Enterbung der vorrangigen pflichtteilsberechtigten bestehen bleiben, so dass diese nur bei einer Totalnichtigkeit des Testaments zum Zuge kommen.

13 Zum palingenetischen Kontext dieses Textes s. u. S. 170 f.

14 Dass die beiden Aussagen in Wahrheit nicht widerstreiten, erkennt Di Lella, *Querela*, S. 194 ff.

egerit (nemo enim eum repellit) et casu optinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patrem familias facit.

Hat jemand, der nicht zur gesetzlichen Erbfolge zugelassen ist, wegen der Pflichtwidrigkeit eines Testaments geklagt (woran ihn niemand hindert) und aus Zufall gewonnen, nützt ihm sein Sieg nichts, sondern denjenigen, die zur gesetzlichen Erbfolge berufen sind; denn er macht den Familienvater testamentslos.

Wieder geht es um einen Beschwerdeführer, der mangels vorrangiger gesetzlicher Erbfolge eigentlich nicht gar beschwerdebefugt ist. Dies hindert ihn nicht daran, die *querela* zu erheben. Hat er wegen einer Fehlentscheidung des Richters Erfolg, verdrängt er den Testamentserben.¹⁵ Gegenüber den vorrangigen gesetzlichen Erben nützt ihm dieser Sieg aber nichts. Nehmen sie ihn auf Herausgabe der Erbschaft in Anspruch,¹⁶ kann er weder ihre bessere Position in der Erbfolge in Abrede stellen noch sich auf das Testament berufen, das er zuvor erfolgreich angefochten hat. Zwar entfaltet das auf die Querel ergangene Urteil gegenüber dem vorrangigen gesetzlichen Erben keine Rechtskraft. Der Beschwerdeführer kann nach der erfolgreichen Anfechtung des Testaments jedoch schon faktisch nicht mehr dessen Wirksamkeit behaupten. Und es brächte ihm auch kaum etwas ein; denn er hat das Testament ja nur angegriffen, weil ihm hierin entweder gar nichts oder weniger hinterlassen ist, als ihm nach seiner eigenen Einschätzung gebührte.¹⁷

Die prozessuale Spaltung der Rechtsnachfolge in einen testamentarischen und einen gesetzlichen Anteil nimmt nicht nur dem alten Prinzip der Trennung beider Arten von Rechtsnachfolge die Wirkung; sie führt auch zu Schwierigkeiten bei der Beurteilung von anderen letztwilligen Verfügungen wie Vermächtnissen, Fideikommissen und Freilassungsanordnungen.

15 Anders La Pira, *Successione*, S. 433, 441, 511 ff., der den Text für verfälscht hält und zum Ausgangspunkt seiner Theorie macht, im nachklassischen Recht sei die Querel ein jedermann zugängliches Verfahren gewesen, in dem isoliert über die Pflichtwidrigkeit des Testaments befunden wird. Schon für die klassische Zeit nimmt ein solches Konzept Eisele, *SZ 15* (1894) 256, 290 f. an, der die Querel mit einem Aufgebotsverfahren vergleicht.

16 Richtig Ribas-Alba, *La desheredación*, S. 255. Dass sich hieraus die Fallfrage ergibt, erkennt im Grundsatz auch richtig Eisele, *SZ 15* (1894) 256, 264. Da es um eine Dreipersonenbeziehung geht, darf man den Text aber, wie Renier, *Étude*, S. 213 f. zu Recht geltend macht, nicht als Beleg dafür werten, dass sich an eine Querel stets ein Erbprätendentenstreit anschließt, in dem die gesetzliche Erbfolge zur Geltung gebracht wird (zu diesem Problem s. o. S. 67 ff.).

17 Entgegen Renier, *Étude*, S. 117 und Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 714 Fn. 49, 715 f. hat dies nichts mit der materiellrechtlichen Frage zu tun, ob das Testament insgesamt hinfällig ist oder teilweise Gültigkeit behält.

Gewöhnlich binden sie nur einen Testamentserben, der aber bei divergierenden Entscheidungen über die *querela inofficiosi testamenti* die Erbschaft eben nur zum Teil antritt. Sollen sie auch den Pflichtteilsberechtigten treffen, der mit dem eingesetzten Erben eine Gemeinschaft bildet? Oder sollen sie infolge der Testamentsanfechtung unwirksam sein? Wie ein ganz am Ende der Klassik ergangener Bescheid der kaiserlichen Kanzlei zeigt, fällt die Antwort differenziert aus:

CJ 3.28.13 (30. Jan. 239)

Imp. Gord. A. Prisciano. Cum duobus heredibus institutis, uno ex quinque, altero ex septem unciis, adversus eum qui ex septem unciis heres scriptus fuerat iusta querella contendisse, ab altero autem victum fuisse adlegas, pro ea parte, qua resolutum est testamentum, cum iure intestati qui obtinuit succedat, neque legata neque fideicommissa debentur, quamvis libertates et directae competant et fideicommissariae praestari debeant.

Kaiser Gordian an Priscianus. Da du behauptest, dass du, nachdem zwei Erben eingesetzt waren, einer zu fünf, der andere zu sieben Zwölfteln, du gegen den Erben zu sieben Zwölfteln mit Erfolg Beschwerde erhoben hast, von dem anderen aber besiegt worden bist, werden zu dem Teil, zu dem das Testament aufgehoben worden ist, da der Sieger nach gesetzlichem Erbrecht nachfolgt, weder Vermächtnisse noch Fideikommiss geschuldet, obgleich sowohl die unmittelbar vorgenommenen Freilassungen wirksam sind als auch die fideikommissarischen vorgenommen werden müssen.

Vermächtnisse und gewöhnliche Fideikommiss sind nur teilweise, nämlich insoweit wirksam, als der Testamentserbe die Rechtsnachfolge antritt. Dies bedeutet praktisch, dass er die Leistung, falls möglich, nur anteilig erbringen und den Begünstigten ansonsten in Geld abfinden muss. Denkbar ist auch, dass er die Leistung eines unteilbaren Gegenstands, wenn der gesetzliche Erbe mit ihr einverstanden ist, von einer Ausgleichsleistung des Begünstigten abhängig machen kann, die er an den gesetzlichen Erben abführen kann. In seinen *responsa* erwähnt Papinian diese Möglichkeiten eigens, wenn er sich mit dem Vermächtnis einer Dienstbarkeit beschäftigt, die wirksam nur von allen Erben gemeinsam bestellt werden kann.¹⁸ Er verweist auf das Vorbild der *lex Falcidia*, bei der die Kürzung der Vermächtnisse, die dem Erhalt des für den Erben reservierten Viertels dient, ebenfalls durch Zahlung eines anteiligen Geldbetrags oder Ausgleich des überschießenden Werts erfolgen kann.¹⁹

18 Der Text gehört im Originalwerk zu einem Titel ›*de legatis*‹; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 910 (Pap 571).

19 Vgl. D 35.2.7 Pap 7 quaest; D 44.4.5.1 Paul 71 ed.

D 31.76pr Pap 7 resp

Cum filius divisis tribunalibus actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset atque ita variae sententiae iudicum exstitissent, heredem, qui filium vicerat, pro partibus, quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum praeceptiones sibi datas, non magis quam ceteros legatarios actiones, constitit. sed libertates ex testamento competere placuit, cum pro parte filius de testamento matris litigasset. quod non erit trahendum ad servitutes, quae pro parte minui non possunt: plane petetur integra servitus ab eo qui filium vicit, partis autem aestimatio praestabitur: aut si paratus erit filius pretio accepto servitutem praebere, doli summovebitur exceptione legatarius, si non offerat partis aestimationem, exemplo scilicet legis Falcidiae.

Hat ein Sohn die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments seiner Mutter vor verschiedenen Gerichten angebracht und sind so abweichende Urteile ergangen, erhält der Erbe, der den Sohn besiegt hat, für die Anteile, die der Sohn den Miterben entzogen hat, die ihm ausgesetzten Vorausvermächtnisse anerkanntermaßen ebenso wenig wie andere Vermächtnisnehmer ihren Anspruch. Aber es ist auch anerkannt, dass testamentarisch verfügte Freilassungen gelten, da der Sohn das Testament seiner Mutter nur teilweise angefochten hat. Dies lässt sich aber nicht auf Dienstbarkeiten übertragen, die nicht anteilig beschränkt werden können; freilich kann von dem Erben, der den Sohn besiegt hat, die gesamte Dienstbarkeit gefordert werden; geleistet wird ihm aber nur der Wert des Anteils; ist der Sohn hingegen bereit, die Dienstbarkeit gegen Zahlung eines Geldbetrags zu gewähren, wird der Vermächtnisnehmer durch die Einrede der Arglist ausgeschlossen, wenn er nicht einen Teil des Wertes leistet, und zwar nach dem Vorbild des falzidischen Gesetzes.

Ebenso wie die kaiserliche Kanzlei befindet Papinian, dass Freilassungen von diesem Verfahren ausgenommen sind. Sie sind nicht nur unteilbar, sondern entziehen sich auch einer Bemessung in Geld. Sind sie unmittelbar im Testament angeordnet und daher mit dem Antritt der Erbschaft wirksam geworden, behalten sie ihre Gültigkeit. Sind sie Gegenstand eines Fideikommisses, verpflichtet dies sowohl den Testamentserben als auch den Pflichtteilsberechtigten. Weder die Darstellung Papinians noch der kaiserliche Bescheid deuten an, dass es in diesem Fall zu einem internen Ausgleich unter den Erben kommt. Muss sich der Pflichtteilsberechtigte an den Lasten der Freilassungen beteiligen, wäre dies auch zumindest dann keineswegs ungerecht, wenn man der Ansicht Ulpians folgt, dass Freilassungen bei der Bestimmung des ihm zustehenden Pflichtteils vom Wert des Nachlasses in Abzug gebracht werden.²⁰ Ein Auszug aus einem anderen Buch von Papinians Responsen zeigt jedoch, dass jedenfalls dieser Jurist die Gewäh-

²⁰ S. o. S. 56 f.

rung einer in das Ermessen des Richters gestellten Kompensationsleistung befürwortet.²¹

D 44.2.29pr Pap II resp

Iudicatae quidem rei praescriptio coheredi, qui non litigavit, obstare non potest, nec in servitutum videtur peti post rem pro libertate iudicatam nondum ex causa fideicommissi manumissus: sed praetoris oportet in ea re sententiam servari, quam pro parte victi praestari non potest: nam et cum alterum ex coheredibus inofficiosi quaestio tenuit aut etiam duobus separatim agentibus alter optinuit, libertates competere placuit, ita tamen, ut officio iudicis indemnitati victoris futurique manumissoris consulatur.

Der Einwand der Rechtskraft kann einem Miterben, der nicht an dem Rechtsstreit beteiligt war, nicht entgegengehalten werden; und jemand, der noch nicht aufgrund eines Fideikommisses freigelassen worden ist, kann nicht in die Sklaverei gefordert werden, nachdem ein Urteil zugunsten seiner Freiheit gefallen ist; aber die Entscheidung des Prätors muss aufrechterhalten bleiben, obwohl sie von der unterlegenen Seite nicht erfüllt werden kann; denn auch wenn einer der Miterben durch das Verfahren über die Pflichtwidrigkeit des Testaments gebunden oder nur einer von zwei Beschwerdeführern erfolgreich gewesen ist, stehen die Freilassungsverfügungen offensichtlich zu, allerdings so, dass nach dem Ermessen des Richters ein Ausgleich für den siegreichen Teil oder künftigen Freilasser hergestellt wird.

Der vage Hinweis auf das *officium iudicis* lässt offen, ob die Kosten der Freilassung wirklich unter den Erben nach dem Verhältnis ihrer Beteiligung am Nachlass verteilt oder vielleicht doch nur grob bei der Erbteilung berücksichtigt werden. Weder in diesem Fall noch bei Vermächtnissen und gewöhnlichen Fideikommissen lässt sich aber von einer Teilnichtigkeit des Testaments im eigentlichen Sinne sprechen.²² Wie beim Zusammentreffen von Testamentserben und Pflichtteilsberechtigten wird die letztwillige Verfügung nicht materiell in einen von der Testamentsanfechtung betroffenen und einen gültigen Teil zerlegt. Dass sie nur eingeschränkt Wirksamkeit erlangt, ist vielmehr die zwingende Folge der Aufspaltung der Prozessrechtsverhältnisse. Sie erlaubt weder, einem Beschwerdeführer seinen Sieg wegen einer Niederlage im Parallelprozess zu nehmen; noch gestattet sie, einen siegreichen Testamentserben unter Verweis auf den Misserfolg seines Miterben von der Erbfolge auszuschließen. So bleibt schlicht nichts anderes übrig, als den Nachlass und die auf ihm ruhenden Lasten zu teilen.

²¹ Dieser Text gehörte ursprünglich zu einem Abschnitt über die *exceptio rei iudicatae*, mit der die Rechtskraft von Urteilen geltend gemacht wird; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 932 (Pap 661).

²² So aber La Pira, *Successione*, S. 452; Renier, *Étude*, S. 121 f. und Di Lella, *Querela*, S. 232 f., 255, die in diesem Punkt auch eine besondere Ansicht Papinians erkennen.

II. Das materiellrechtliche Problem

Anders liegen die Dinge bei der Frage, ob die vom Erblasser neben der Erbeinsetzung getroffenen Verfügungen auch ohne Trennung der Prozessrechtsverhältnisse nicht vielleicht doch die Anfechtung des Testaments überleben und sogar den Pflichtteilsberechtigten treffen. Dass dies grundsätzlich nicht der Fall ist, setzten die Juristen in ihren Entscheidungen zu divergierenden Urteilen zwar stets voraus. Wie die intensive Beschäftigung mit diesem Problem zeigt, versteht sich diese Lösung aber nicht durchgängig von selbst. Zwar können Vermächtnisse ausschließlich einem Testamentserben auferlegt werden,²³ so dass sie mit dessen Verdrängung aus der Erbfolge ihre Gültigkeit verlieren müssen. Zumindest bei Freilassungen und Fideikommissen ist jedoch keineswegs von vornherein auszuschließen, dass sie die Testamentsanfechtung überleben. Ulpian verneint es eigens mit der Begründung, die *querela inofficiosi testamenti* führe zur Beseitigung des Testaments *ipso iure*:²⁴

D 5.2.8.16 Ulp 14 ed

Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit: et libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui optinuit et haec utili actione repetuntur. fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui optinuit repetit: et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt.

Hat ein Richter wegen eines pflichtwidrigen Testaments erkannt und gegen dieses entschieden und ist keine Berufung eingelegt worden, ist es automatisch unwirksam; und ein Hauserbe, zu dessen Gunsten entschieden worden ist, wird zum Nachlassbesitzer, wenn er dies beantragt; und die Freilassungen sind automatisch ungültig; und es werden keine Vermächtnisse geschuldet, sondern was geleistet worden ist, entweder von dem Leistenden oder von dem, der obsiegt hat, zurückgefordert, und zwar mit einer zweckdienlichen Klage. Ist die Leistung vor Einleitung des Rechtsstreits erfolgt, fordert aber gewöhnlich derjenige, der obsiegt hat, zurück; und so haben der göttliche Hadrian und der göttliche Pius beschieden.

Anders als bei der gespaltenen Erbfolge nach Testament und Gesetz sollen nicht nur Vermächtnisse, sondern auch Freilassungen stets hinfällig sein,

²³ Gai 2.270 f.

²⁴ Zur Stellung des Textes in Ulpian's Ediktskommentar s. u. S. 183 f.

wenn der Pflichtteilsberechtigte mit seiner Querel Erfolg hat.²⁵ Falls der Testamentserbe schon Leistungen an die Vermächtnisnehmer erbracht hat, kann er sie nach Entscheidungen Hadrians und Antoninus Pius' mit Hilfe einer auf diesen Fall zugeschnittenen *actio utilis* wieder rückgängig machen.²⁶ Diese Klage ist nicht nur dem eingesetzten Erben, sondern auch dem Beschwerdeführer eröffnet. Er bekommt sie gleichsam vom Testamentserben übertragen,²⁷ wenn sich dieser darauf beruft, die Vermächtnisse schon erfüllt zu haben und deshalb entreichert zu sein.²⁸ So wird gleich doppelt das Rückforderungsverbot durchbrochen, dem Leistungen auf Vermächtnisse unterliegen.²⁹ Dass es hierzu eigens einer kaiserlichen Entscheidung bedurfte, betont Ulpian auch in seinem Sabinuskommentar,³⁰ in dem er sich freilich auf die Nennung von Hadrian beschränkt³¹ und die Testamentsanfechtung in eine Reihe mit dem Nachweis einer Fälschung des Testaments, seiner Unwirksamkeit aus formalen Gründen und wegen der Nachgeburt eines Hauserben stellt:

D 12.6.2.1 Ulp 16 Sab

Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptum apparuerit, repetetur, vel si post multum temporis emergerit aes alienum, vel codicilli diu celati prolati, qui ademptionem continent legatorum solutorum vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta sunt. nam divus Hadrianus circa inofficiosum

25 Dass mit dem Richter nicht der Geschworene des Formularverfahrens, sondern der Beamtenrichter der Kognitur gemeint ist, nehmen Gagliardi, *Decemviri*, S. 229 f. und Buongiorno, SZ 132 (2015) 96, 121 zu Recht an. – Nicht nachzuvollziehen ist hingegen, dass Gagliardi a. a. O., S. 299 aus der Erwähnung des Nachlassbesitzes den Schluss zieht, ein Hauserbe sei ausnahmsweise nicht gezwungen, die *bonorum possessio litis ordinandae causa* zu beantragen. Diese ist schlechthin fakultativ (s. o. S. 86 f.) und für alle Erben gleichermaßen gedacht.

26 Vgl. Harke, *Actio utilis*. Anspruchsanalogie im römischen Recht, Berlin 2016, S. 297 ff. Anders sieht dies Müller-Eiselt, *Divus Pius*, S. 107 ff., der glaubt, die *actio utilis* sei allein für den Pflichtteilsberechtigten bestimmt, während der Testamentserbe eine *condictio* erhalte, die an die Kautionsanknüpfung, die der Testamentserbe für den Fall der Eviktion der Erbschaft leisten müsse.

27 Harke (Fn. 26), S. 301 f.

28 Dies kommt natürlich nur in Betracht, wenn der eingesetzte Erbe die Leistung vor Erhebung der Querel erbringt, weil er andernfalls bösgläubig war und deshalb nicht zum Abzug gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten befugt ist; vgl. Müller-Eiselt, *Divus Pius*, S. 117 ff., der diese Differenzierung für das Werk von Antoninus Pius hält.

29 Gai 2.283, IJ3.27.7.

30 Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 1056 (Ulp 2545) weist diese Aussage innerhalb des Kapitels *de legatis* speziell einem Abschnitt über ungeschuldet erbrachte Leistungen auf ein Vermächtnis zu.

31 Müller-Eiselt, *Divus Pius*, S. 109 ff. schließt hieraus, dass Hadrian nur die Klage für den Testamentserben befürwortet und Antoninus Pius für die Abgrenzung zum Rechtsbehelf des Pflichtteilsberechtigten gesorgt hat.

et falsum testamentum rescripsit actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est.

Ist etwas aufgrund eines Testaments geleistet worden, das sich später als gefälscht, pflichtwidrig, unwirksam oder entkräftet herausstellt, kann es zurückgefordert werden, und dies gilt auch, wenn nach längerer Zeit Schulden zum Vorschein kommen oder ein lange verborgener Testamentszusatz entdeckt wird, in dem die Aufhebung erfüllter Vermächtnisse oder ihre Verringerung durch den Auftritt anderer Vermächtnisnehmer bestimmt ist. Denn der göttliche Kaiser Hadrian hat im Fall eines pflichtwidrigen oder gefälschten Testaments entschieden, dass demjenigen eine Klage zu gewähren sei, zu dessen Gunsten über die Erbschaft entschieden worden ist.

Die Ungültigkeit von Freilassungsanordnungen wird durch weitere Entscheidungen bestätigt, mit denen gerade eine Ausnahme von dieser Regel gemacht wird. Da ist zunächst einmal die schon betrachtete Entscheidung Kaiser Hadrians zu dem Fall, dass eine Mutter ihren Sohn in der Fehlannahme seines Todes enterbt:³²

D 5.2.28 Paul Is septvir iud

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 adnotatum quod de libertatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.

Als eine Mutter die falsche Nachricht bekam, ihr Sohn sei als Soldat gestorben, und andere zu Erben einsetzte, verordnet der göttliche Hadrian, die Erbschaft stehe dem Sohn mit der Maßgabe zu, dass die Freilassungen erfolgen und die Vermächtnisse geleistet werden. Hier ist darauf aufmerksam zu machen, was über die Freilassungen und Vermächtnisse hinzugefügt ist; wenn nämlich Beschwerde gegen ein pflichtwidriges Testament erhoben wird, ist das Testament insgesamt ungültig.

Die kaiserliche Entscheidung zugunsten der Wirksamkeit von Freilassungen und Vermächtnissen kennzeichnet Paulus eigens als eine den Umständen des Einzelfalls geschuldete Ausnahme.³³ Denn sie weicht von dem Grundsatz ab, dass die Anfechtung eines Testaments dazu führt, dass dieses insgesamt nicht mehr gilt (*nihil ex eo testamento valet*).³⁴

32 S. o. S. 92 f.

33 Insoweit richtig La Pira, *Successione*, S. 466.

34 Für interpoliert hält diese Aussage La Pira, *Successione*, S. 536, der in ihr ein nachklassisches Konzept der Wirkungen einer *querela inofficiosi testamenti* am Werke sieht.

Auch Ulpian berichtet im weiteren Verlauf seines Ediktskommentars³⁵ von Fällen, in denen Freilassungen ausnahmsweise auch dann bestehen bleiben, wenn die Querel erfolgreich ist. Dies gilt etwa, wenn sie erst nach Ablauf der Frist von fünf Jahren, aber unter Wiedereinsetzung des Beschwerdeführers in den vorigen Stand erhoben wird. Zwar kann die Beschwerde unter diesen Umständen noch die Erbeinsetzung zu Fall bringen, soll aber nicht vorher vorgenommene Freilassungen beeinträchtigen. Im Hinblick auf diese kommt ihr nur die Wirkung zu, dass die Freigelassenen zum Ausgleich für den erlangten Status einen bestimmten Betrag an den Pflichtteilsberechtigten zu zahlen haben:

D 5.2.8.17 Ulp 14 ed

Plane si post quinquennium inofficiosum dici coeptum est ex magna et iusta causa, libertates non esse revocandas, quae competierunt vel praestitae sunt, sed viginti aureos a singulis praestandos victori.

Wird die Behauptung einer Pflichtwidrigkeit des Testaments freilich aus einem wichtigen und hinreichenden Grund erst nach Ablauf von fünf Jahren erhoben, sind die Freilassungen, die unmittelbar erfolgten oder schon vorgenommen wurden, nicht mehr rückgängig zu machen, sondern von den einzelnen Freigelassenen jeweils zwanzig Goldstücke an den Sieger zu zahlen.

Dem in den Digesten angeschlossenen Text Modestins zufolge soll dies für fideikommissarisch angeordnete Freilassungen aus Sicht von Paulus auch dann gelten, wenn die Querel vor Ablauf der Frist erhoben wird:³⁶

D 5.2.9 Mod sing inoff testam

Si autem intra quinquennium egerit, libertates non competunt. [sed Paulus ait praestaturum fidei commissas libertates, scilicet viginti aureis et in hoc casu a singulis praestandis.]

Hat er innerhalb von fünf Jahren geklagt, stehen die Freilassungen nicht zu. [Aber Paulus schreibt, fideikommissarische Freilassungen seien zu gewähren, und zwar gegen zwanzig Goldstücke, die in jedem Fall von den einzelnen Freigelassenen zu zahlen sind.]

Während der erste Satz dieses Textes nur die Umkehrung der in den Digesten vorangehenden Aussage Ulpians enthält, weckt der zweite Satz Bedenken. Es ist einer von nur zwei Texten, in denen Modestin angeblich Paulus zitiert.³⁷ Die hier wiedergegebene Aussage, wonach fideikom-

³⁵ Zur Stellung im Originalwerk s. u. S. 185.

³⁶ Der Text ist der einzige, der unter Verweis auf seine Herkunft aus dem *liber singularis* über pflichtwidrige Testamente überliefert ist; vgl. Lenel, *Palinnesia*, Bd. 1, Sp. 720 (Mod 80).

³⁷ Der andere ist D 29.2.18 Mod 9 reg und bezieht sich auch auf die *querela inofficiosi testamenti*.

missarische Freilassungen bei Zahlung eines Geldbetrags stets von der Testamentsanfechtung ausgenommen sein sollen, konterkariert nicht nur Paulus' anderweit belegtes Eintreten für eine generelle Ungültigkeit von Fideikommissen.³⁸ Sie steht auch in einem kaum zu erklärenden inhaltlichen Widerspruch zum ersten Satz des Modestintextes. Warum sollten direkte Freilassungen, wenn die Querel vor Ablauf der Fünf-Jahres-Frist erhoben worden ist, gänzlich wirkungslos bleiben, fideikommissarische Freilassungen, die erst noch vollzogen werden müssen, dem Sklaven hingegen die Aussicht eröffnen, sich die Freiheit zu erkaufen? Wenn überhaupt, ist eher das Vertrauen auf eine sofort wirksame Freilassung und weniger die Erwartung einer künftigen Freilassung aufgrund des Fideikommissses schutzwürdig. Man kommt daher kaum umhin, diese Bemerkung den justinianischen Gesetzesredaktoren zuzuschreiben.³⁹ Zur Begünstigung von Freilassungen haben sie offenbar die Ausnahmeregelung für eine entschuldigt verspätete Querel unter Inanspruchnahme der Autorität von Paulus vorschnell und ohne Rücksicht auf dogmatische Stringenz verallgemeinert.⁴⁰

Keinen Echtheitsbedenken unterliegen hingegen zwei weitere Bemerkungen über Fälle, in denen die Regel von der Gesamtnichtigkeit eines Testaments versagt. Sie stammen aus Ulpian's *opiniones* und betreffen nicht nur Freilassungen.⁴¹ Einmal befasst sich Ulpian mit einer Beendigung des Beschwerdeverfahrens durch Vergleich:

D 5.2.29.2 Ulp 5 opin

Quamvis instituta inofficiosi testamenti accusatione res transactione decisa sit, tamen te-

38 D 5.2.13 Scaev 3 resp; s. o. S. 61 ff. und sogleich im Text.

39 Vgl. auch Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 720 Fn. 1. In diesem Fall erhebt La Pira, *Successione*, S. 467 seinen Interpolationsverdacht also ausnahmsweise nicht zu Unrecht.

40 Etwas anderes würde gelten, wenn sich die Bemerkung von Paulus auf fideikommissarische Freilassungen bezöge, die der Prätor durch Dekret durchgesetzt hat. Da sie auf hoheitlichem Akt beruhen, sollen sie nach einem Reskript von Septimius Severus von einer Testamentsanfechtung zumindest dann ausgenommen sein, wenn die freigelassenen Sklaven Nachwuchs bekommen haben; vgl. CJ 3.28.4 (10. März 208): *Impp. Severus et Antoninus AA. Sotericho et aliis. Cum ex causa fideicommissi secundum decretum praetoris in libertate morati sitis, filios etiam susceperitis, quamvis postea domini vestri testamentum inofficiosum sit pronuntiatum agente filio, non est aequum fieri vobis libertatis quaestionem.* (»Kaiser Severus und Antoninus an Soterichus und andere. Befindet ihr euch nach einem aufgrund eines Fideikommissses ergangenen Dekret des Prätors in Freiheit und habt Kinder bekommen, ist es, auch wenn später das Testament eures früheren Eigentümers auf die Klage seines Sohnes hin für pflichtwidrig erklärt worden ist, nicht gerecht, einen Rechtsstreit über eure Freiheit zu führen.«)

41 Zum palingenetischen Kontext s. o. S. 109 Fn. 5.

stamentum in suo iure manet: et ideo datae in eo libertates atque legata, usque quo Falcidia permittit, suam habent potestatem.

Obwohl nach Erhebung der Klage wegen Pflichtwidrigkeit eines Testaments die Sache durch Vergleich geregelt wird, bleibt das Testament trotzdem rechtsgültig; und daher bleiben die darin angeordneten Freilassungen und Vermächtnisse in Kraft, soweit es das falzidische Gesetz erlaubt.

Eine gütliche Einigung der Streitparteien ist etwa in der Weise möglich, dass der Testamentserbe in seiner Position verbleibt und den Pflichtteilsberechtigten in Geld abfindet. Es ist aber auch denkbar, dass sich beide Seiten auf eine Teilung des Nachlasses verständigen. In beiden Konstellationen gilt: Da das Testament in seiner Gültigkeit lediglich in Frage gestellt wird, aber im Ergebnis unangetastet bleibt, sind vorbehaltlich der Beschränkungen, die sich aus dem falzidischen Gesetz ergeben, sowohl die Freilassungsverfügungen als auch die Vermächtnisse wirksam. Über die Aufteilung der hieraus resultierenden Belastung entscheidet allein die Parteivereinbarung, mit der der Streit beigelegt wird. Sie wirkt nicht im Verhältnis zu den Freigelassenen oder Vermächtnisnehmern. Dies hat nach einem Bericht von Scaevola auch schon die kaiserliche Kanzlei unter Marc Aurel befunden:⁴²

D 2.15.3pr Scaev 1 dig

Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: »privatis pactionibus non dubium est non laedi ius ceterorum. quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse neque manumissis vel legatariis actiones suae ademptae. quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent: qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam iniuriam referre.«

Die Kaiser Antoninus und Verus haben folgenden Bescheid erteilt: »Durch Vereinbarung zwischen einzelnen Parteien können zweifellos nicht die Rechte Dritter verkürzt werden. Deshalb kann durch eine Vereinbarung, die zwischen einem Erben und der Mutter des Verstorbenen getroffen worden ist, weder das Testament als aufgehoben gelten noch das Recht der Freigelassenen und Vermächtnisnehmer. Daher muss der eingesetzte Erbe erfüllen, was auch immer diese aufgrund des Testaments fordern; er hat sich in dem Vergleich über die Erbschaft wegen der hierauf ruhenden Lasten entweder abgesichert oder darf, wenn er dies nicht getan hat, seine Nachlässigkeit nicht zum Unrecht für Dritte werden lassen.«

42 In Scaevolae Digesten gehört der Text zu einem Abschnitt über *pacta*; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 217 (Scaev 4).

Darf damit als gesichert gelten, dass die Unwirksamkeit von Freilassungen und Vermächtnissen, von bestimmten Ausnahmen abgesehen, Gegenstand einer *communis opinio* unter den römischen Juristen war, ist die Ableitung dieses Ergebnisses noch ungeklärt. Ulpian führt sie in D 5.2.8.16 darauf zurück, dass das Testament »automatisch aufgehoben« (*›ipso iure rescissum‹*) sei. Damit kann er nicht meinen, dass die letztwillige Verfügung wegen ihrer Pietätlosigkeit von selbst unwirksam ist. Denn die Pflichtwidrigkeit des Testaments muss, um Rechtswirkungen zu erzeugen, erst in dem Urteil festgestellt werden, mit dem das Beschwerdeverfahren endet. Die Wendung: *›ipso iure‹*, kann damit nur den Mechanismus bezeichnen, mit dem der erfolgreiche Angriff auf die Enterbung des Pflichtteilsberechtigten auf weitere Verfügungen ausstrahlt. Hier bedarf es keines weiteren speziellen Verfahrens, um sie zu Fall zu bringen. Sofern nicht die Rechtskraft einer schon ergangenen Entscheidung entgegensteht, kann sich der gesetzliche Erbe auch gegenüber Dritten auf seinen Sieg mit der Querel berufen und die vermeintlich Freigelassenen in die Sklaverei sowie eine schon erbrachte Leistung auf ein Vermächtnis zurückfordern oder diese verweigern. Diese Konsequenz wird durch ihre Bezeichnung als *›ipso iure‹* eintretende Rechtsfolge freilich mehr beschrieben denn begründet.

Andere Juristen bemühen in vergleichbaren Konstellationen den *color insaniae*.⁴³ Dies gilt vor allem für Paulus, der sich in einem schon betrachteten Text⁴⁴ gegen die Ansicht von Scaevola wendet, Fideikommissie könnten die Anfechtung des Testaments überleben:

D 5.2.13 Scaev 3 resp

... respondi: si hoc quaeratur, an iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes bonorum-ve possessores successuros credat, fidei committere possit, respondi posse. Paulus notat: probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente.

... Ich habe geantwortet: Wird gefragt, ob jemand denjenigen ein Fideikommiss aufgeben kann, die er für seine gesetzlichen Erben oder Nachlassbesitzer hält, antworte ich, dass er es kann. Paulus merkt an: Er hält es aber für richtig, dass die Leistung der Fideikommissie auch von einem gesetzlichen Erben nicht geschuldet wird, da sie gleichsam von einem Geistesgestörten ausgesetzt seien.

43 Dass Ulpian ihn nicht erwähnt, führt Eisele, SZ 15 (1894) 256, 280 f. darauf zurück, dass sich die Aussage auf das Kognitionsverfahren bezieht, wo der *color insaniae* im Gegensatz zum Zentumviralprozess keine Rolle spiele (s. o. S. 59 ff.).

44 S. o. S. 61 ff.

Da Fideikommiss auch einem gesetzlichen Erben auferlegt werden können, lässt sich ihre Unwirksamkeit anders als die von Legaten nicht einfach aus dem Wegfall der testamentarischen Erbfolge herleiten. Paulus verweist daher auf den Fall, in dem der Erblasser bei Errichtung des Testaments von Geisteskrankheit befallen ist. Die fehlende Testierfähigkeit steht nicht nur einer Erbeinsetzung und Verfügung durch Vermächtnis entgegen; sie verhindert auch die Gültigkeit eines Fideikommisses.⁴⁵ Steht ein Erblasser, der ein pflichtwidriges Testament errichtet, einem *furiosus* gleich, liegt auf der Hand, dass keine der Anordnungen, die er im Testament getroffen hat, wirksam sein kann.⁴⁶

Ebenso argumentiert Scaevolas eigener Schüler Tryphonin, und zwar wiederum in einer Anmerkung zu einem von seinem Lehrer verfassten *responsum*.⁴⁷ In den justinianischen Digesten ist dieses verschwunden und nur noch die Note des Schülers übriggeblieben:⁴⁸

D 32.36 Scaev 18 dig

Claudius notat: Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset, quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet.

Claudius bemerkt: Auch Fideikommiss, die jemand als Testamentsloser ausgesetzt hat, weil sein Testament sich als pflichtwidrig erwiesen hat, werden nicht geschuldet, weil angenommen wird, er habe gleichsam als Geisteskranker kein Testament errichten können. Und deshalb gilt auch nichts anderes, was seinen letzten Willen angeht.

Es geht wiederum um die Frage, ob Fideikommiss trotz einer Testamentsanfechtung wirksam bleiben können. Dass Scaevolas eigene Entscheidung fehlt, darf als Indiz dafür gelten, dass er sich auch hier für die Gültigkeit der Verfügungen ausgesprochen hat, damit aber auf Widerstand bei Justinians Kompilatoren gestoßen ist, die der Ansicht Paulus' und Tryphonins den Vorzug geben.⁴⁹ Anders als in D 5.2.13 haben sie hier kurzerhand die abweichende Auffassung des älteren Juristen eliminiert und nur noch den Kommentar

45 Di Lella, *Querela*, S. 236 ff. erklärt dies zu einer besonderen Lehre des Paulus von der Gesamtnichtigkeit eines angefochtenen Testaments. Dagegen wendet sich Gagliardi, *Studi*, S. 26 f.

46 Für interpoliert erklärt den *color insaniae* hier wie sonst auch La Pira, *Successione*, S. 468, 535. Ebenso verfährt Ribas-Alba, *IVRA* 42 (1991) 75, 95.

47 Dieses fand sich im Originalwerk Scaevolas in einem Abschnitt über Vermächtnisse und Fideikommiss; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 239 (Scaev 67).

48 Es besteht auch kein inhaltlicher Zusammenhang zu dem vorangehenden Auszug, der demselben Werk Scaevolas, aber einem anderen Buch entstammt; vgl. D 32.35.3 Scaev 17 dig.

49 Richtig Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 686.

des jüngeren stehenlassen. Im Gegensatz zu der eher lakonischen Bemerkung von Paulus ist Tryphonin etwas ausführlicher und verrät mehr über den Sinn des *color insaniae*: Er beschränkt sich nicht darauf, die Wirksamkeit von Fideikommissen zu verneinen. Er verallgemeinert auch den Schluss aus der unterstellten Geisteskrankheit⁵⁰ und legt damit zugleich deren Zweck offen: Wenn der pflichtwidrig verfügende Erblasser als geisteskrank gilt, soll dies bewirken, dass sein Testament über die pietätlose Enterbung hinaus insgesamt nichtig ist.⁵¹ Auch die Verfügungen, die wie Fideikommiss nicht zwingend an die Rechtsnachfolge durch den Testamentserben gebunden sind, werden daher kassiert.

Dass der Vorwand einer Geisteskrankheit des Erblassers auf die Einwendung fehlender Testierfähigkeit zielt, stellt hingegen wieder Paulus in einem Passus aus seinen *libri quaestionum* heraus:⁵²

D 5.2.17.1 Paul 2 quaest

Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. non idem probandum est, si herede non respondente secundum praesentem iudicatum sit: hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri: et ideo libertates competunt et legata petuntur.

Wird gegen ein Testament erkannt, dass es pflichtwidrig ist, wird angenommen, der Verstorbene habe keine Testierfähigkeit besessen. Dies gilt aber nicht, wenn die Entscheidung wegen fehlender Einlassung des Erben zugunsten des anwesenden Klägers ausfällt; in diesem Fall nimmt man nämlich nicht an, dass durch das Urteil des Richters Recht geschaffen wird; und daher sind Freilassungen wirksam, und Vermächtnisse können gefordert werden.

Ein Urteil über die Querel setzt nicht notwendig eine Entscheidung in der Sache voraus. Bleibt der Testamentserbe der Verhandlung fern, kann das Gericht dem Antrag des Beschwerdeführers ohne inhaltliche Prüfung seines Begehrens stattgeben.⁵³ Dass es sich nicht mit dessen Berechtigung auseinandersetzt, ändert zwar nichts daran, dass der Beschwerdeführer den Testamentserben verdrängt und als gesetzlicher Erbe zum Zuge kommt. Es bleibt

50 Für das Produkt einer Textveränderung erklärt sie La Pira, *Successione*, S. 534.

51 Di Lella, *Querela*, S. 240 f. erkennt in Tryphonins Stellungnahme daher zu Recht ein Zeugnis der von ihm für paulinisch gehaltenen Lehre von der Gesamtnichtigkeit.

52 Zum paläogenetischen Zusammenhang s. o. S. 60 Fn. 6.

53 Dass mit *iudex* hier nicht das Gericht im Allgemeinen, sondern der Richter des Kognitionsverfahrens gemeint ist, nimmt Gagliardi, *Decemviri*, S. 233 wohl nicht zu Unrecht an. An anderer Stelle hält er es aber für unzweifelhaft, dass es um ein Zentumviralverfahren geht; vgl. Gagliardi, *Studi*, S. 22 f.

aber nicht ohne Wirkung auf die weiteren Folgen der Entscheidung: Ebenso, wie ein Versäumnisurteil gegen den Beschwerdeführer nicht dessen Erbnwürdigkeit nach sich zieht,⁵⁴ hat ein Urteil, das nur die Säumnis des Testamentserben sanktioniert, keinen Einfluss die weiteren Verfügungen. Ausweislich eines weiteren Paulusfragments, das die Kompilatoren an diesen Text angefügt haben, ist dies schon zum Gegenstand einer Entscheidung der *divi fratres* Marc Aurel und Lucius Verus geworden:⁵⁵

D 5.2.18 Paul Is inoff test

... de qua re etiam constitutio exstat divorum fratrum, quae huiusmodi distinctionem admittit.

... in dieser Sache ist auch schon eine Verordnung der göttlichen Brüder ergangen, die eine solche Unterscheidung erlaubt.

Den Wortlaut dieser Entscheidung referiert Ulpian in seinem Ediktskommentar.⁵⁶ Ihm können wir entnehmen, dass sie sich auch auf Fideikommisse bezieht:

D 49.1.14.1 Ulp 14 ed

Quotiens herede non respondente secundum adversarium sententia datur, rescriptum est nihil nocere neque legatis neque libertatibus. et hoc divorum fratrum epistula continetur ad Domitium in haec verba: ›Quod absente possessore nec quoquam nomine eius respondente pronuntiatum est, non habet rei iudicatae auctoritatem nisi adversus eum solum qui adesse neglexerit. quare his, qui testamento libertates vel legata vel fideicommissa acceperunt, salvae sunt actiones, si quas habuerunt, perinde ac si nihil esset iudicatum: et ideo adversus eum qui vicit permittimus eis agere.‹

Für den Fall, dass das Urteil wegen der Abwesenheit des Erben für seinen Gegner ausfällt, ist schon beschieden worden, dass dies weder den Vermächtnissen noch den Freiheitsanordnungen schadet. Und dies wird mit folgendem Wortlaut in einem Brief der göttlichen Brüder an einen gewissen Domitius festgehalten: »Ein Urteil, dass in Abwesenheit des Erbschaftsbesizers und ohne seine Vertretung verkündet worden ist, entfaltet nur Rechtskraft gegenüber demjenigen, der das Verfahren versäumt hat. Daher bleiben denjenigen, die die Freiheit, Vermächtnisse oder Fideikommisse erhalten haben, ihre Rechte erhalten, und zwar so, als ob kein Urteil gefällt worden wäre; und deshalb erlauben wir ihnen, gegen den Sieger zu klagen.«

54 S. o. S. 95 ff.

55 Dass sie erst zur Ausnahme der übrigen Verfügungen von der Anfechtung des Testaments geführt hat, glaubt Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 696.

56 Obwohl der Text von den Kompilatoren in den Digestentitel über das Berufungsverfahren eingestellt worden ist, stammt er ursprünglich aus dem Abschnitt über die *querela inofficiosi testamenti*; s. u. S. 186 f.

Im kaiserlichen Brief wird die beschränkte Reichweite des Versäumnisurteils mit dem prozessualen Begriff der Rechtskraftwirkung (›*auctoritas rei iudicatae*‹) umschrieben. Paulus ist in diesem Punkt präziser, wenn er in Abweichung vom Wortlaut der Konstitution davon spricht, dass ein Urteil, dem keine Sachprüfung zugrunde liegt, nicht verdient, als Ausweis der wirklichen Rechtslage zu gelten (›*non creditur ius ex sententia iudicis fieri*‹).⁵⁷ Es geht nämlich nicht um die Frage, inwiefern ein Urteil Bindungswirkung gegenüber den Prozessparteien oder Dritten entfaltet,⁵⁸ sondern um das materielle Problem, ob es das Testament schlechthin ungültig macht oder nur die Erbenbestimmung. Die im Normalfall eintretende Gesamtwirkung verbindet Paulus mit der Annahme, der Erblasser sei nicht testierfähig gewesen.⁵⁹ Sie ist das Bindeglied zwischen der Unterstellung der *insania* und der angestrebten Totalnichtigkeit der letztwilligen Verfügung.⁶⁰

Erhellend ist der Einsatz des *color insaniae* bei Paulus und Tryphonin dessen praktische juristische Bedeutung, nimmt er sich auf den ersten Blick doch immer noch wie eine wertungsfreie Fiktion, ja geradezu wie ein Trick aus: Um das Testament vollständig seiner Geltung zu berauben, wechselt der Jurist vom eigentlichen Makel der Pietätlosigkeit, dessen Reichweite sich nicht so einfach bestimmen lässt, zu einem anderen Mangel, dessen Auswirkung auf das gesamte Testament auf der Hand liegt. Es fehlt die Angabe des *tertium comparationis*, das die beiden Konstellationen vergleichbar macht und den Schluss von der Rechtsfolge im einen Fall auf die Lösung des anderen Falls rechtfertigt.

Immerhin bezeugt der Rekurs auf die Geisteskrankheit des Erblassers aber, dass die Juristen dessen *insania* und die Enterbung eines Pflichtteilsberechtigten für gleichwertig halten. Sieht man diese Äquivalenz im Kontext der Entscheidung zwischen Gesamt- und Teilnichtigkeit des Testaments, kann man ihr auch ohne nähere Erläuterung einen spezifischen Sinn abgewinnen: Schließt jemand seinen gesetzlichen Erben ohne zureichenden Grund von seinem Pflichtteil aus, beweist er damit eine pietätlose Grundhaltung, die sich nicht nur in der unzulässigen Enterbung manifestiert,

57 Vgl. Müller-Eiselt, *Divus Pius*, S. 134, der von der fehlenden Richtigkeitsgewähr spricht. – Interessanterweise bedient sich Ulpian selbst dieser Wendung in dem *principium* von D 49.1.14; s. u. S. 185 f.

58 Paulus selbst verwendet den Begriff ›*auctoritas rei iudicatae*‹ in D 5.2.17pr Paul 2 quaest in diesem übertragenen Sinn; s. o. S. 60 f.

59 Für das Ergebnis einer Textverfälschung erklärt sie wiederum La Pira, *Successione*, S. 536 f.

60 Vgl. Di Lella, *Querela*, S. 221.

sondern wie ein mentales Defizit auch der Person des Erblassers anhaftet. Als solches infiziert sie dann weitere letztwillige Verfügungen, die der Erblasser im Zusammenhang mit der pflichtwidrigen Erbenbestimmung getroffen hat. Selbst wenn sie, für sich genommen, nicht zu beanstanden sind, waltet in ihnen derselbe Ungeist wie in der ungerechten Enterbung. Sie dürfen daher ebenso wenig Geltung beanspruchen wie die testamentarischen Bestimmungen eines Testierunfähigen. Dies entspricht nicht nur der Auffassung von Paulus und Tryphonin, sondern trifft auch die Meinung Ulpians, der sich mit seiner Rede von der ›*ipso iure*‹ eintretenden Nichtigkeit des Testaments freilich weniger um eine Begründung bemüht, wie man sie dem *color insaniae* zumindest indirekt entnehmen kann.⁶¹ Bedient sich Ulpian selbst auch nicht des Rekurses auf die Geisteskrankheit des Erblassers, erscheint dieser bei ihm, wie schon gesehen, doch immerhin in Gestalt eines Negativabdrucks, wenn er klarstellt, dass einem pietätlosen Erblasser eigentlich nicht die Testierfähigkeit fehlt.⁶²

Nicht weit voneinander entfernt sind die Ansichten Ulpians und Paulus' entgegen einer in der modernen Forschung vertretenen Ansicht⁶³ auch in der Frage, wie weit die Testamentsanfechtung bei der Erbeinsetzung reicht. Hat der Erblasser nur einen Pflichtteilsberechtigten enterbt, einen anderen aber im Testament bedacht, steht man auch hier wieder vor der Entscheidung zwischen Total- und Teilnichtigkeit: Soll die letztwillige Verfügung insoweit Gültigkeit behalten, als der Erblasser einen gesetzlichen Erben eingesetzt hat, der denselben Rang wie der enterbte Pflichtteilsberechtigte hat? Oder soll stets insgesamt gesetzliche Erbfolge eintreten? Und was soll gelten, wenn es zwei enterbte Pflichtteilsberechtigte gibt, aber nur einer die Querel erhebt? Soll der Beschwerdeführer den gesamten Nachlass oder nur den Anteil erhalten, der ihm im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge zufiele? In diesem Fall bliebe das Testament zumindest bis zur Anfechtung durch den anderen gesetzlichen Erben ebenso wie bei voneinander abweichenden Ur-

61 Man kann daher nicht mit Krüger, *SZ* 57 (1937) 94, 97 ff. davon sprechen, dass der *color insaniae* nur die Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit beschreibt.

62 D 5.2.6pr Ulp 14 ed; s. o. S. 26 ff.

63 Zu finden vor allem bei Renier, *Étude*, S. 120 f., 254 und Di Lella, *Querela*, S. 205 ff. Vgl. auch Eisele, *SZ* 15 (1894) 256, 264 f. und Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 725. Für La Pira, *Successione*, S. 450, 456 besteht dieser vermeintliche Gegensatz zwischen den Klassikern und den nachklassischen Juristen, denen er eine Verfälschung der Texte ihrer Vorgänger vorwirft.

teilen teilweise in Kraft bleibt. Ulpian entscheidet sich im Anschluss an Papinian für diesen zweiten Weg:⁶⁴

D 5.2.8.8 Ulp 14 ed

Quoniam autem quarta debita portionis sufficit ad excludendam querellam, videndum erit an exheredatus partem faciat qui non queritur: ut puta sumus duo filii exheredati. et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeat, sed dimidiam petere. proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus: unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querella excludit.

Da ein Viertel des geschuldeten Anteils zum Ausschluss der Beschwerde genügt, müssen wir zusehen, ob ein Enterbter, der sich nicht beschwert, an der Rechtsnachfolge teilnimmt, wie zum Beispiel, wenn wir zwei enterbte Söhne sind. Wie Papinian befunden hat, darf ich in jedem Fall, wenn nur ich die Pflichtwidrigkeit behaupte, nicht die gesamte Erbschaft, sondern nur die Hälfte fordern. Und deshalb schließt, wenn Enkel von zwei Söhnen vorhanden sind, von einem mehrere, etwa drei, von dem anderen nur einer, diesen ein Achtel und jene ein Vierundzwanzigstel von der Beschwerde aus.

Ulpian behandelt zwei verschiedene Probleme, deren Zusammenhang sich nicht sofort erschließt:

Einerseits geht es ihm um die Berechnung des Viertels, dessen Zuwendung die *querela inofficiosi testamenti* ausschließt.⁶⁵ Sie muss sich zwangsläufig an der gesetzlichen Erbfolge orientieren, wie sie eingetreten wäre, wenn der Erblasser überhaupt kein Testament errichtet hätte. In dem am Schluss vorgestellten Fall, in dem der Erblasser seine Söhne überlebt und nur Enkel hinterlässt, bedeutet dies, dass sie nicht gleichmäßig zum Zuge kommen, sondern zu dem Anteil, der auf den Stamm entfällt, in dem sie mit dem Erblasser verbunden sind: Hat einer von zwei Söhnen nur einen Nachkommen, wäre dieser Enkel als Nachfolger seines Vaters zur Hälfte an der gesetzlichen Erbfolge beteiligt, so dass sein Pflichtteil ein Achtel beträgt. Hat der andere Sohn drei Nachkommen, teilten diese sich als gesetzliche Erben in die Portion ihres Vaters. Ihr Intestaterbteil beläuft sich daher auf ein Sechstel, ihr Pflichtteil auf ein Vierundzwanzigstel.

Andererseits befasst sich Ulpian mit der Frage, wie die Erbfolge beschaffen ist, wenn sich nicht alle Pflichtteilsberechtigten an der Querel beteiligen. Man kann sich auch hier an der gesetzlichen Erbfolge orientieren, zu der es gekommen wäre, wenn der Erblasser von der Errichtung eines Testaments

⁶⁴ Zur Stellung des Textes in Ulpian's Ediktskommentar s. u. 176 f.

⁶⁵ Dass es nicht um einen regelrecht »geschuldeten« Anteil geht, beschäftigt Sanguinetti, *Dalla querela*, S. 50 ff.

ganz abgesehen hätte. Oder man kann sich allein danach richten, welcher Pflichtteilsberechtigte das Testament angegriffen und überwunden hat. Im zuerst genannten Fall bedeutet dies, dass die Querel eines einzelnen Pflichtteilsberechtigten das Testament nur teilweise, nämlich insoweit umstößt, als der Beschwerdeführer seinen gesetzlichen Erbteil erhält. Zu einem anderen Ergebnis kommt man, wenn man nur auf den erfolgreichen Beschwerdeführer Rücksicht nimmt. Seine *querela* lässt das Testament dann völlig unwirksam werden und bringt ihm die gesamte Erbschaft ein. Er muss freilich damit rechnen, dass ein anderer Pflichtteilsberechtigter sie ihm zum Teil streitig und seine Beteiligung in Höhe seines gesetzlichen Erbteils geltend macht. Hier entfaltet die Querel des Beschwerdeführers insofern Drittwirkung, als sie dem anderen Pflichtteilsberechtigten eine eigenhändige Testamentsanfechtung erspart. Ansonsten wirkt sie allein zugunsten des Beschwerdeführers, der nicht die gesamte Erbschaft, sondern nur seinen gesetzlichen Erbteil erlangt. Ein weiterer Pflichtteilsberechtigter muss sich seinen Erbteil durch eine gesonderte Beschwerde gegen den Testamentserben erstreiten.

Papinian entscheidet sich für die zweite Variante und beschränkt die Wirkung Querel auf den gesetzlichen Erbteil des erfolgreichen Beschwerdeführers. Als einer von zwei Söhnen des Erblassers kann er nur die Hälfte der Erbschaft erstreiten. Die andere Hälfte verbleibt beim Testamentserben, solange sie ihm nicht durch den anderen enterbten Sohn streitig gemacht wird. Ulpian unterstützt diese Ansicht durch den Hinweis auf die Berechnung des Viertels, das die Beschwerde ausschließt.⁶⁶ Kommt es hier zwingend darauf an, wie sich die gesetzliche Erbfolge ohne das Testament gestaltet hätte, muss diese aus seiner Sicht auch über die Reichweite der Querel entscheiden: Wird das die Beschwerde ausschließende Viertel auf der Basis des gewöhnlichen gesetzlichen Erbteils berechnet, gibt dieser auch das Maß für den Vorteil vor, den ihm ein Sieg im Beschwerdeverfahren einbringt.⁶⁷

66 Dies verkennt Gagliardi, *Studi*, S. 95 f., der einen Zusammenhang zwischen den beiden Problemen vermisst und deshalb ebenso wie Ribas-Alba, IVRA 42 (1991) 75, 78 (vgl. auch dens., *La desheredación*, S. 240 f.) einen Eingriff der Kompilatoren annimmt und den Originaltext mit Hilfe eines Basilikenscholions rekonstruieren will.

67 Es besteht also kein Anlass, die Verknüpfung beider Themen mit La Pira, *Successione*, S. 457 ff., 564 f. für das Ergebnis einer Textverfälschung zu erklären.

Diese Lösung steht nicht im Widerspruch zu einer Entscheidung aus Paulus' *libri quaestionum*, die wir schon betrachtet haben:⁶⁸

D 5.2.17pr Paul 2 quaest

Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querellam movere volunt. unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset: hic si optinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint.

Wer sich in der Absicht auszuschlagen nicht an der Klage wegen pflichtwidrigen Testaments beteiligt, ist neben denjenigen, die diese Beschwerde erheben wollen, nicht beteiligt. Erhebt eines der enterbten Kinder wegen des pflichtwidrigen Testaments des Vaters Klage, könnte es deshalb, weil bei Anfechtung des Testaments auch das andere zur gesetzlichen Erbfolge berufen ist, nicht mit Recht die gesamte Erbschaft herausverlangen; dieses Kind könnte aber, wenn es obsiegt hat, sich auf die Rechtskraft des Urteils mit dem Argument berufen, die hundert Männer hätten, als sie den Vater testamentslos machten, geglaubt, dass nur noch dieser Sohn am Leben ist.

Wer sich deshalb nicht an der Querel beteiligt hat, weil er die Erbschaft ausschlagen will, kann, wenn ein anderer mit seiner Beschwerde Erfolg hat, nicht verlangen, bei der gesetzlichen Erbfolge berücksichtigt zu werden.⁶⁹ Das Gericht behandelt ihn wie einen vorverstorbenen Verwandten, so dass der erfolgreiche Beschwerdeführer gesetzlicher Alleinerbe wird.⁷⁰ Auch wenn Paulus hier von der Rechtskraftwirkung (>*auctoritas rei iudicatae*<) spricht, meint er sicherlich nicht, dass der Erbe, der die Erbschaft ausschlagen wollte, unmittelbar an das Ergebnis des Verfahrens gebunden ist, an dem er nicht beteiligt war. Seiner Rechtsposition abträglich ist vielmehr der Verzicht auf die Querel, in dem sich sein Wille zur Ausschlagung der Erb-

68 S. o. S. 60 f.

69 La Pira, *Successione*, S. 454 ff., 516, 559 ff. hält gerade die Erwähnung des Ausschlagungswillens für das Werk eines nachklassischen Textbearbeiters, weil er aufgrund seiner Fehlinterpretation von D 5.2.6.1 Ulp 14 ed (s. o. S. 111 f.) die Theorie entwickelt, im nachklassischen Recht könne die Querel von einem beliebigen Kläger mit Wirkung *erga omnes* erhoben werden. Erst hierdurch komme es auf den im klassischen Recht noch nicht relevanten Willen an, sich der gesetzlichen Erbfolge zu enthalten. – Ebenfalls unberechtigt sind die Interpolationsannahme von Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 695 f. und Ribas-Alba, IVRA 42 (1991) 75, 83 f.

70 Eisele, SZ 15 (1894) 256, 291 nimmt unnötigerweise an, es handle sich bei dem Erben, der auf die Querel verzichtet hat, um einen Hauserben, der sich der gesetzlichen Erbfolge nicht ohne Weiteres durch Ausschlagung entziehen kann. Deshalb misst er der Berufung auf die Rechtskraft des Urteils im Querelverfahren eine zu spezielle Bedeutung zu.

schaft manifestiert.⁷¹ Wie im Normalfall der gesetzlichen Erbfolge kommt es zur Anwachsung des Erbteils des ausschlagenden Erben an den Anteil des Erben,⁷² der die Erbschaft annimmt.⁷³ Ausdrücklich erklärt Paulus dies in einem Passus seiner Monographie über das *testamentum inofficiosum*⁷⁴:

D 5.2.23.2 Paul sing test inoff

Si duo sint filii exheredati et ambo de inofficioso testamento egerunt et unus postea constituit non agere, pars eius alteri ad crescit. idemque erit, et si tempore exclusus sit.

Gibt es zwei enterbte Söhne und haben beide wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments geklagt und hat einer später beschlossen, nicht mehr weiter zu klagen, wächst sein Anteil dem anderen an. Dasselbe gilt, wenn er durch Zeitablauf ausgeschlossen ist.

Besteht kein direkter Meinungsgegensatz zu Ulpian und Papinian, falls nur einer von mehreren enterbten Pflichtteilsberechtigten Beschwerde gegen das pflichtwidrige Testament führt, lässt sich ein solcher auch nicht bei der anderen Konstellation feststellen, in der ein Pflichtteilsberechtigter enterbt und ein anderer neben einem Dritten als Testamentserbe eingesetzt wird. Mit diesem Fall befasst sich nur Paulus in einem Traktat aus seinen *libri quaestionum*.⁷⁵ Es ist die längste zusammenhängende Darstellung zum Recht der Querel, die von den römischen Juristen überliefert ist. Ihr erster Teil gibt insofern Rätsel auf, als sich Paulus zunächst für die eine, dann für eine andere Lösung zu entscheiden scheint:⁷⁶

D 5.2.19 Paul 2 quaest

Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit: haec de inofficioso egit et optinuit. quaero, scriptae filiae quomodo suc-

71 Vgl. Gagliardi, *Studi*, S. 124 f.

72 Da er glaubt, dass es in diesem Fall im Zentumviralverfahren zu einer *pluris petitio* gekommen wäre, folgert Gagliardi, *Studi*, S. 84 f., dass Paulus den Fall eines Kognitionsprozesses behandelt. Eine Zuvielforderung wäre jedoch nur bei einem Erbprätendentenstreit, nicht bei einer Klage *in personam* aufgrund einer *stipulatio praeiudicialis* denkbar.

73 Vgl. hierzu auch La Pira, *Successione*, S. 454. Dass Papinian zu dem von Paulus erzielten Ergebnis auf anderem Wege käme, nimmt Di Lella, *Querela*, S. 225 f. zu Unrecht an.

74 Von diesem Werk ist außer dem Fragment D 5.2.23 nur noch der kurze Satz von D 5.2.8 und D 5.2.32 direkt überliefert; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 1113 f. (Paul 884–886).

75 Es stammt ebenso wie D 5.2.17 aus einem dem *testamentum inofficiosum* gewidmeten Abschnitt der *quaestiones*; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 1183 f. (Paul 1280).

76 Noch Ribas-Alba, IVRA 42 (1991) 75, 87 ff. (vgl. auch dens., *La desheredación*, S. 275 ff.) nimmt dies zum Anlass für die unberechtigte Annahme einer Veränderung des Textes. Es hilft auch nicht, sich mit Gagliardi, *Studi*, S. 167 ff. eine Fallgestaltung auszudenken, in der ein materiell unrichtiges Urteil eine Rolle spielen soll. Der überlieferte Text liefert keinen Anhaltspunkt dafür, dass Paulus von einem realen Fall oder auch nur von einem bestimmten Verfahrensstand ausginge.

currendum sit. respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset: itaque dici potest eam quae ommissa est etiam, si totam hereditatem ab intestato petat et optineat, solam habituram universam successionem, quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem. sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso: praeterea dicendum est non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit: et ideo ab extraneo semissem vindicandum et defendendum totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat. secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur. ...

Eine Mutter hat bei ihrem Tod einen Auswärtigen zu drei Vierteln zum Erben eingesetzt, eine Tochter zu einem Viertel und die andere Tochter übergangen. Ich frage, auf welche Weise der eingesetzten Tochter zu helfen ist. Ich habe geantwortet: Die übergangene Tochter darf das fordern, was sie gehabt hätte, wenn ihre Mutter kein Testament gemacht hätte; daher kann man sagen, dass die Tochter, die übergangen worden ist, auch dann, wenn sie die gesamte Erbschaft nach gesetzlicher Erbfolge fordert und obsiegt, die gesamte Rechtsnachfolge allein hätte, so als ob die andere auf die gesetzliche Erbfolge verzichtet hätte. Aber man darf nicht zulassen, dass sie mit der Klage wegen pflichtwidrigen Testaments auf diese Weise gehört wird; zudem muss man sagen, dass die Schwester, die aufgrund des Testaments angetreten hat, nicht mit jemandem verglichen werden kann, der auf die Erbfolge verzichtet; und daher kann sie vom Auswärtigen die Hälfte verlangen, und es ist vertretbar, ihm die gesamte Hälfte wegzunehmen, so als stehe sie insgesamt ihr zu. Danach wird das Testament nicht in Gänze unwirksam, sondern die Mutter nur zum Teil testamentslos, obwohl ihr letzter Wille wie der einer Geisteskranken anzusehen ist. ...

Eine Mutter hat eine ihrer beiden Töchter enterbt, die andere zu einem Viertel als Erbin eingesetzt und den Rest einem hausfremden Erben zugewandt. Erhebt die enterbte Tochter mit Erfolg die *querela inofficiosi testamenti*, stellt sich die Frage, wie sich die Position der eingesetzten Tochter verteidigen lässt. Da ihre Mutter ihr mehr als das erforderliche Viertel des gesetzlichen Erbteils hinterlassen hat, ist sie selbst nicht zur Testamentsanfechtung befugt. Hat sie die Erbschaft deshalb aufgrund des Testaments angetreten, ist sie aber von der Beschwerde ihrer Schwester betroffen. Paulus stellt zunächst das Szenario vor, das für die eingesetzte Tochter am ungünstigsten ist: Die Beschwerde der enterbten Tochter könnte dazu führen, dass die testamentarische Rechtsnachfolge vollständig von der gesetzlichen Erbfolge verdrängt würde und die eingesetzte Tochter als Testamentserbin hierbei keine Berücksichtigung fände; ihre enterbte Schwester erhielte dann im Zuge der Querel den gesamten Nachlass. Wenn Paulus den betreffenden Satz mit ›*itaque potest dici*‹ einleitet, spricht dies auf den ersten Blick dafür, dass er genau dieses Ergebnis befürwortet. Der Fortgang zeigt jedoch, dass er es

als eine bloße Möglichkeit ansieht, die es nach seiner Auffassung sogar zu vermeiden gilt: Die Annahme einer gesetzlichen Alleinerbfolge der enterbten Tochter verbietet sich für ihn deshalb, weil die eingesetzte Tochter gar keine andere Wahl hatte, als ihre testamentarische Rechtsstellung zu akzeptieren, und sich mit diesem Schritt sicherlich nicht einer Rechtsnachfolge als gesetzliche Erbin begeben wollte.⁷⁷

Ein Weg, um der eingesetzten Tochter ihre Beteiligung an dem Nachlass zu gewährleisten, ist, die Beschwerde ihrer Schwester in ihrer Wirkung auf den Erbteil des hausfremden Erben zu begrenzen.⁷⁸ Orientiert man sich an der gesetzlichen Erbfolge, die bei einem testamentslosen Tod der Mutter eingetreten wäre, kann die Beschwerdeführerin nicht mehr als die Hälfte des Nachlasses verlangen. Diese Hälfte lässt sich aus dem Anteil bestreiten, den der *extraneus* erhalten hat. Nimmt man sie ihm weg, verbleiben ihm und der eingesetzten Tochter als Testamentserben jeweils ein Viertel. Dass eine solche Begrenzung der Beschwerdewirkung möglich ist, zeigt die schon betrachtete Entscheidung Julians, in der die Querel erstmals in den juristischen Quellen als eigenständiges Verfahren Erwähnung findet.⁷⁹ Der Hochklassiker spricht hier von einer *›causa de inofficioso pro parte mota‹* und meint damit eine Beschwerde, die sich nur gegen einen der eingesetzten Erben und nicht den gleichfalls bedachten unmündigen Sohn des Erblassers richtet, um dessen Substitution es geht.⁸⁰ Hiervon handelt auch Ulpian in seinem Ediktcommentar:⁸¹

D 5.2.8.5 Ulp 14 ed (Ulp 491)

Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit (et ita Papinianus respondit): nec patris frater, quia filii testamentum est: ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit: nisi si pro parte patris rescissum est: tunc enim pupillare valet.

Aber auch die Mutter eines unmündigen Sohnes kann sich nicht auf die Pflichtwidrigkeit von dessen Testament berufen, weil der Vater es für ihn errichtet hat (und dies hat auch Papinian befunden); und auch nicht der Bruder des Vaters, weil es das Testament des Sohnes ist; also auch nicht der Bruder des Unmündigen, wenn er nicht die Pflichtwidrigkeit

⁷⁷ Den einschlägigen, mit *praeterea* eingeleiteten Satz verdächtigt Eisele, SZ 15 (1894) 256, 297.

⁷⁸ Dass der Wechsel von *infirmare* zu *rescindere* keinen inhaltlichen Unterschied anzeigt, stellt Tuzov, TR 82 (2014) 233, 251 f. heraus.

⁷⁹ S. o. S. 70 f.

⁸⁰ Renier, *Étude*, S. 122 sieht hierin einen Vorläufer der papinianischen Teilnichtigkeitslehre.

⁸¹ Zum palingenetischen Kontext s. u. S. 174 f.

des Testaments des Vaters behauptet hat. Hat er aber das Testament des Vaters überwunden, gilt auch das des Unmündigen nicht, falls es nicht nur im Hinblick auf das Vermögen des Vaters aufgehoben worden ist; dann gilt nämlich das Testament des Unmündigen.

Wie schon Papinian entschieden hat, kann sich eine Mutter nicht gegen ihre Enterbung wehren, wenn die beeinträchtigende Verfügung nicht auf ihren unmündigen Sohn, sondern auf dessen Vater zurückgeht, der sie in seinem Testament für den Sohn getroffen hat. Denn der Vater muss im Rahmen seiner *pietas* keine Rücksicht auf die Mutter nehmen, deren Vermögen auch dann, wenn sie verheiratet sind, von dem seinen strikt getrennt ist. Dem Bruder des Vaters ist die Anfechtung hingegen deshalb verwehrt, weil er im Hinblick auf den Sohn nicht zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Verwandten gehört. Anders ist dies beim Bruder des Sohnes, der sich aber erst einmal gegen seine Vernachlässigung im Testament des Vaters wehren muss. Mit ihr ist auch die Erbeinsetzung hinfällig, die der Vater für den unmündigen Sohn vorgesehen hat, es sei denn, der Bruder habe dessen Rechtsnachfolge nach dem Vater unbeanstandet gelassen und sich nur gegen die Einsetzung eines weiteren Erben gewandt. Dann ist der unmündige Sohn Erbe des Vaters geblieben; und das weitere Schicksal des ihm zugefallenen Vermögens richtet sich nun nach der Regelung, die der Vater für ihn in seinem Testament vorgesehen hat. Hiergegen kann der Bruder seine Beschwerde richten.

Die Konsequenz einer eingeschränkt wirksamen Testamentsanfechtung ist dieselbe wie im Fall divergierender Entscheidungen in parallelen Beschwerdeverfahren: Die Rechtsnachfolge richtet sich nur zum Teil nach Gesetz und im Übrigen nach dem teilweise gültigen Testament. Zu diesem Ergebnis kommen unausgesprochen auch Papinian und Ulpian in dem Fall, dass nur einer von zwei enterbten Pflichtteilsberechtigten die Querel erhebt. Paulus erscheint eine derartige Lösung keineswegs undenkbar. Er meldet aber Bedenken an, indem er auf den *color insaniae* verweist: Erkennt man in der Enterbung eines Pflichtteilsberechtigten einen Makel, der die gesamte letztwillige Verfügung erfasst, fällt es schwer, sie teilweise bestehenzulassen. Als Alternative erwägt er daher im zweiten Teil des Traktats über die beiden Schwestern die Gesamtnichtigkeit des pflichtwidrigen Testaments:

... ceterum si quis putaverit filia optinente totum testamentum infirmari, dicendum est etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem: nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri: cum et hi qui sciant ius suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant. quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti falsa opinione motus amplexus est:

is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse. ex quibus apparet non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, cum rescisso testamento etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditatis.

... Falls man aber glaubt, dass durch das Obsiegen der Tochter das gesamte Testament unwirksam wird, ist zu sagen, dass auch die eingesetzte Tochter die Erbschaft als gesetzliche Erbin antreten kann; denn wer die Erbschaft aufgrund eines für gültig gehaltenen Testaments antritt, kann nicht so angesehen werden, als schlage er die gesetzliche Erbschaft aus, von der er ja nicht weiß, dass sie ihm anfällt; denn auch jemand, der sein Recht kennt, verliert es nicht, wenn er etwas wählt, von dem er glaubt, dass es ihm zusteht. Dies gilt auch für einen Freilasser, der aufgrund einer Fehleinschätzung den letzten Willen des Verstorbenen befolgt hat; er wird nämlich nicht so angesehen, als habe er den Nachlassbesitz entgegen dem Testament ausgeschlagen. Hieraus erhellt, dass sie nicht zu Recht die gesamte Erbschaft fordert, da nach der Anfechtung des Testaments auch der eingesetzten Tochter das Recht erhalten bleibt, die Erbschaft anzutreten.

Die Schwierigkeit, die sich bei dieser Lösung stellt, liegt in der Erbschaftsannahme: Eigentlich hat die eingesetzte Tochter, indem sie die ihr testamentarisch eingeräumte Rechtsstellung akzeptierte, zugleich erklärt, dass sie den Nachlass nicht als gesetzliche Erbin innehaben will. Paulus hält es aber für falsch, hieraus zu folgern, sie habe einen Erbteil, der ihr im Zuge der gesetzlichen Erbfolge zufällt, ausgeschlagen. Dies ließe sich allerdings annehmen, wenn sie selbst zur Testamentsanfechtung befugt gewesen wäre, hiervon aber bewusst abgesehen und die Erbschaft dezidiert aufgrund des Testaments angenommen hätte. Hat sie hingegen auf die Gültigkeit der Verfügung vertraut, wozu sie vor der von ihrer Schwester betriebenen Querel auch keine Alternative hatte, kann der Annahme der testamentarisch zugewandten Erbschaft kein vergleichbarer Erklärungswert zukommen. Paulus verweist auf den Parallelfall eines Patrons, der zur Durchsetzung seines Pflichtteils am Nachlass seines ehemaligen Sklaven die Einsetzung in den Nachlassbesitz entgegen der letztwilligen Verfügung fordern kann.⁸² Hat er das Testament des ehemaligen Sklaven zunächst irrtümlich als gültig behandelt, heißt dies noch nicht, dass er auf diese Befugnis verzichtet hat. Erst in dem Moment, in dem jemand die Gefahr einer Unwirksamkeit eines Testaments erkannt hat, darf man ihm dessen Beachtung als eine Entscheidung gegen die gesetzliche Erbfolge auslegen.⁸³

82 Gai 3.41.

83 Für interpoliert erklärt diese Erwägungen La Pira, *Successione*, S. 460 ff., 517 f., 543 ff., der glaubt, dass die enterbte Tochter nach klassischem Recht den gesamten Erbteil des *extraneus* herausver-

Ist die eingesetzte Tochter demzufolge nicht daran gehindert, die Erbschaft noch als gesetzliche Erbin anzutreten und ihren Intestaterbteil zu fordern, bleibt die enterbte Tochter wiederum auf die Hälfte des Nachlasses beschränkt.⁸⁴ Zwar ist das Testament insgesamt hinfällig; sie muss sich die Erbschaft aber mit ihrer Schwester teilen.⁸⁵ Für diese gestaltet sich die Situation günstiger als bei Annahme einer bloßen Teilunwirksamkeit. Denn statt des ihr dann zukommenden Viertels ist sie nun ebenfalls zur Hälfte Erbin, während der hausfremde Testamentserbe völlig von der Rechtsnachfolge ausgeschlossen bleibt.

Paulus sagt nicht ausdrücklich, welche der beiden Lösungswege er bevorzugt.⁸⁶ Er entscheidet sich nur klar gegen die Variante, in der die enterbte Tochter gesetzliche Alleinerbin wird, und trifft damit sicherlich auch die Auffassung Ulpians und Papinians. Deren knapper Stellungnahme in D 5.2.8.8 lässt sich umgekehrt aber kaum entnehmen, dass sie sich in dem von Paulus beurteilten Fall für eine teilweise Unwirksamkeit des Testaments ausgesprochen hätten. Denn sie führte hier zur dauerhaften Benachteiligung einer im Testament bedachten Pflichtteilsberechtigten, während dieser bei einer gemeinschaftlichen Enterbung immer noch die Möglichkeit bliebe, ihr gesetzliches Erbrecht geltend zu machen.⁸⁷

Nichts anderes folgt aus zwei Entscheidungen Papinians, die aus dessen *libri responsorum* überliefert sind. Sie betreffen beide den Fall, dass ein Pflichtteilsberechtigter gegen einen anderen vorgeht, der vom Erblasser im Testament als Alleinerbe eingesetzt ist. Hier ist denkbar, dass man den eingesetzten Erben nicht als solchen, sondern als gesetzlichen Erben zum Zuge kommen lässt, weil ihm gegenüber ja die Pflichtwidrigkeit des Testaments eigens festgestellt worden ist. Vertretbar ist aber auch, den Beschwerdeführer als gesetzlichen Erben, den anderen als Testamentserben zur Rechtsnachfolge berufen zu sehen. Beide Möglichkeiten deckt ein

langen könne, während die eingesetzte Tochter auf das ihr im Testament zugedachte Viertel beschränkt sei.

84 Den Schlusssatz, in dem Paulus dieses Fazit zieht, halten Eisele, SZ 15 (1894) 256, 299 und Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 698 für das Ergebnis einer Textverfälschung.

85 Entgegen Di Lella, *Querela*, S. 218 lässt dies nicht darauf schließen, dass Paulus Querel und Forderung der Erbschaft als zwei getrennte Verfahren betrachtet.

86 Anders Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 698, der allerdings von einer Textverfälschung ausgeht.

87 Es besteht daher erst recht kein Anlass, die Teilunwirksamkeit mit Renier, *Étude*, S. 121 als ein besonders praxistaugliches Konzept zu loben, das dem angeblich älteren Modell der Totalnichtigkeit überlegen sei.

knapper Satz aus dem zweiten Buch der Responsen⁸⁸ ab,⁸⁹ in dem Papinian nur feststellt, dass eine nicht enterbte Tochter, die von einer Beteiligung absieht, nicht neben dem Beschwerdeführer an der gesetzlichen Erbfolge beteiligt ist:⁹⁰

D 5.2.16pr Pap 2 resp

Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit et optinuit, filia, quae non egit aut non optinuit, in hereditate legitima fratri non concurrat.

Eine Tochter, die nicht geklagt oder nicht obsiegt hat, ist neben dem Sohn, der vorher zu seinem Anteil wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments der Mutter gegen seinen Bruder geklagt und gesiegt hat, nicht an der gesetzlichen Erbfolge beteiligt.

Unmissverständlich ist hingegen eine Bemerkung zur Ausgleichungspflicht unter Erben, die dem sechsten Buch desselben Werks entstammt:⁹¹

D 37.7.6 Pap 6 resp

Pater filium emancipatum heredem instituit et filiam exheredavit, quae inofficiosi lite perlata partem dimidiam hereditatis abstulit. non esse fratrem bona propria conferre cogendum respondi: nam et libertates competere placuit: ...

Ein Vater hatte seinen aus der Gewalt entlassenen Sohn als Erben eingesetzt und seine Tochter enterbt, die ihm die Hälfte des Nachlasses im Wege eines Rechtsstreits über die Pflichtwidrigkeit des Testaments abnahm. Ich habe geantwortet, der Bruder könne nicht wegen seines eigenen Vermögens zur Ausgleichung gezwungen werden; denn anerkanntermaßen sind auch die angeordneten Freilassungen wirksam ...

Papinian setzt hier voraus, dass die Beschwerde einer enterbten Tochter gegen ein Testament, in dem ihr Bruder als Alleinerbe eingesetzt ist, zur hälftigen Teilung des Nachlasses führt. Da der Bruder zuvor aus der Gewalt des Erblassers entlassen worden ist, wäre er, wenn er mit seiner Schwester im Rahmen der prätorischen Intestaterbfolge zusammenträfe, nach dem einschlägigen Edikt⁹² zum Ausgleich des aus der Emanzipation erlangten Vorteils verpflichtet. Schließt Papinian eine solche Kompensation aus und spricht sich zugleich für die Wirksamkeit der im Testament angeordneten Freilassungen aus, kann dies nur daran liegen, dass er die Erbenstellung des

88 Zum palingenetischen Zusammenhang s. o. S. 78 Fn. 69. Eine Textveränderung durch die Compileroren nimmt Gagliardi, *Studi*, S. 136 ff. an.

89 Anders La Pira, *Successione*, S. 539 ff., der sich für die erste Variante entscheidet.

90 Hierzu Tort-Martorelli, *La aportación*, S. 996 ff.

91 Der Text stammt aus einem Abschnitt über die *bonorum possessio secundum tabulas*; vgl. Lenel, *Paligenesia*, Bd. 1, Sp. 904 (Pap 534).

92 Vgl. Lenel, *Edictum perpetuum*, S. 345 f.

Bruders im Gegensatz zu der seiner Schwester nicht auf das Gesetz, sondern auf das Testament zurückführt.⁹³ Behält dieses teilweise seine Wirksamkeit, bedeutet dies aber anders als in Paulus' Fall keinen Nachteil für den eingesetzten Erben, weil dieser bei Annahme einer völligen Unwirksamkeit des Testaments im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge keinen größeren Erbteil erlangt hätte.

Dass die Entscheidung für die Totalnichtigkeit der letztwilligen Verfügung vorzugswürdig ist, deutet Paulus immerhin durch die Erwähnung des *color insaniae* als *ratio dubitandi* für die Annahme einer Teilwirksamkeit an.⁹⁴ Diese lässt sich in der Tat schwerlich mit der allseits akzeptierten Regel vereinbaren, dass die Testamentsanfechtung, von Sonderfällen abgesehen, außer Vermächtnissen auch Fideikommiss und Freilassungen ungültig macht. Der zugrunde liegende Gedanke, dass der in der pflichtwidrigen Enterbung zutage getretene Ungeist auch Verfügungen erfasst, die mit ihr im Zusammenhang stehen, erheischt bei der Erbfolge nicht minder Geltung. Zwar unterscheiden sich die vom Erblasser angeordneten Belastungen seines Nachlasses von der Rechtsnachfolge, weil sie gleichsam abhängige Verfügungen darstellen.⁹⁵ Diese Divergenz ist jedoch nur formaler Natur; denn der Erblasser kann die Rechtsstellung seiner Angehörigen sowohl durch die Bestimmung anderer Erben als auch durch andere Zuwendungen an Dritte beschneiden. Dass hier die *lex Falcidia* eine gewisse Grenze setzt, bedeutet nur einen graduellen Unterschied, der es nicht rechtfertigt, Erbeinsetzungen völlig anders zu behandeln als Vermächtnisse, Fideikommiss und Freilassungen. Gelten sie als von Pietätlosigkeit infiziert, darf man auch keinen Testamentserben schonen, der die Pflichtteilsberechtigten über Gebühr verdrängt. Paulus ist daher nur konsequent, wenn er hier wie dort auf den *color insaniae* rekurriert.

93 Vgl. Gagliardi, *Studi*, S. 14.

94 Entgegen Eisele, *SZ* 15 (1894) 256, 288 f., 295 ff. kann daher keine Rede davon sein, dass Paulus, um der eingesetzten Tochter zu helfen, von dem durch den *color insaniae* geprägten Recht des Zentumviralverfahrens auf das Konzept der Kognitur ausweicht.

95 Dies hält Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 712 f. für ausschlaggebend.

Die Freiheit des Eigentümers und ihre Grenzen

I. Testierfreiheit und Sittenverstoß

Hat der *color insaniae* zumindest bei Paulus und Tryphonin den konkreten Zweck, die auch von anderen Juristen zumeist befürwortete Gesamtnichtigkeit eines Testaments zu begründen, stellt er doch nach wie vor einen gewissen Umweg dar. Obwohl er zum Ausdruck bringt, dass die lieblose Einstellung des Erblassers auch hinter weiteren Verfügungen steht und deren Ungültigkeit erheischt, bleibt der Rekurs auf die Geisteskrankheit eine Metapher. Wieso die Juristen zu ihr greifen und den mit ihr verkleideten Gedanken nicht direkt aussprechen, erhellt ein Blick auf die Rolle, die der Verweis auf die guten Sitten im Testamentsrecht spielt:

Dass eine Verfügung am Verstoß gegen die *boni mores* oder ein gesetzliches Verbot scheitert, findet sich nur an einer einzigen Stelle so ausgesprochen, dass eine Nichtigkeit der gesamten Verfügung gemeint sein könnte.¹ Es handelt sich um einen Auszug aus dem sechsten Buch von Marcians *libri institutionum*.²

D 30.112.3 Marc 6 inst

Si quis scripserit testamento fieri, quod contra ius est vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid vel contra edictum praetoris vel etiam turpe aliquid.

Hat jemand in seinem Testament verfügt, dass etwas getan wird, was gegen das Recht oder die guten Sitten verstößt, ist dies nicht gültig, wie zum Beispiel, wenn jemand etwas verfügt hat, dass gegen ein Gesetz oder das Edikt des Prätors verstößt oder schändlich ist.

1 Für immerhin denkbar hält eine solche Bedeutung Kaser, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien 1977, S. 97.

2 Dort gehört er zu einem Kapitel über das Vermächtnisrecht; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 660 (Marcian 105).

In allen übrigen Texten wird der Sitten- oder Gesetzesverstoß ausschließlich als Grund für die Unwirksamkeit einer Bedingung genannt, unter die der Erblasser eine Erbeinsetzung oder eine andere Zuwendung gestellt hat. Und die Wirkung dieses Makels bleibt auf die Bedingung selbst beschränkt: Statt die Verfügung insgesamt zu vernichten, soll der Sittenverstoß nur zum Wegfall der Bedingung führen, so dass die eigentliche Verfügung erhalten bleibt. Dies sagt Marcian in einem anderen Buch seines Institutionenlehrbuchs ausdrücklich:³

D 28.7.14 Marcian 4 inst

Conditiones contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem optinent scriptae vel quae contra bonos mores vel derisoriae sunt aut huiusmodi quas praetores improbaverunt pro non scriptis habentur et perinde, ac si condicio hereditati sive legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumve.

Bedingungen, die gegen die Verordnungen der Kaiser oder Gesetze oder gesetzesgleiche Regeln oder die guten Sitten verstoßen oder lächerlich oder derart sind, dass die Prätores sie nicht tolerieren, gelten als nicht geschrieben, und daher wird eine Erbschaft oder ein Vermächtnis so erworben, wie wenn die Bedingung für die Erbschaft oder das Vermächtnis nicht hinzugefügt worden wäre.

Und man kann es in derselben Deutlichkeit auch in Paulus' Ediktskommentar⁴ und in der zu Diokletians Zeit entstandenen Sammlung klassischer Zitate lesen, die unter dem Namen desselben Juristen erschienen ist. Als Beispiele nennen sie Bedingungen, mit denen dem Begünstigten aufgegeben wird, einen Menschen zu töten, den eigenen Vater in der Kriegsgefangenschaft zu belassen, den Eltern keinen Unterhalt zu leisten, keine Frau oder Kinder zu haben oder auch nur in einem Geisterkostüm aufzutreten:

D 28.7.9 Paul 45 ed

Conditiones, quae contra bonos mores inseruntur, remittendae sunt, veluti ›si ab hostibus patrem suum non redemerit‹, ›si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit‹.

Bedingungen, die gegen die guten Sitten verstoßen, werden erlassen, wie zum Beispiel folgende: »wenn er seinen Vater nicht von den Feinden freikaufte« oder »wenn er seinen Eltern oder seinem Freilasser keinen Unterhalt leistet«.

³ Dieser Text stammt aus einem Abschnitt über die Erbeinsetzung; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 658 (Marcian 94).

⁴ Seine Aussage bezieht sich nach der Rekonstruktion von Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 1053 (Paul 605) auf Bedingungen für die Erbeinsetzung.

PS 3.4b.2

Conditiones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti: veluti si uxorem non duxeris, si filios non susceperis, si homicidium feceris, si larvali habitu processeris et his similia.

Bedingungen, die entgegen den Gesetzen, den Verordnungen der Kaiser oder die guten Sitten auferlegt sind, haben keine Gültigkeit; wie zum Beispiel, dass man keine Frau heiraten, keine Kinder bekommen, einen Totschlag begehen, ein Gespensterkostüm tragen soll oder etwas Ähnliches.

Ebenso befindet die kaiserliche Kanzlei in einem Bescheid, der aus der Zeit der Soldatenkaiser stammt. Sie befasst sich mit einer Bedingung, wonach sich die Erbin von ihrem Ehemann scheiden lassen soll:⁵

CJ 6.25.5 (20. Nov. 257)

Impp. Valerianus et Gallienus AA. Maximae. Reprehenda tu magis es quam mater tua. illa enim si heredem te sibi esse vellet, id quod est inutile, matrimonium te dirimere cum viro non iuberet. (1) Tu porro voluntatem eius divortio comprobasti: oportuerat autem, etsi condicio huiusmodi admitteretur, praeferre lucro concordiam maritalem. enimvero cum boni mores haec observari vetent, sine ullo damno coniunctionem retinere potuisti. (2) Redi igitur ad maritum sciens hereditatem matris, etiamsi redieris, retenturam, quippe quam retineres, licet prorsus ab eo non recessisses.

Kaiser Valerian und Gallienus an Maxima. Du hast mehr Tadel verdient als deine Mutter. Sie konnte nämlich nicht befehlen, dass, wenn sie dich zu ihrer Erbin machen wollte, du deine Ehe mit deinem Mann auflöst, was unwirksam ist. (1) Du hast aber ihren Willen hingenommen und dich scheiden lassen; selbst wenn diese Bedingung zulässig gewesen wäre, hättest du aber die eheliche Verbindung dem Vermögenszuwachs vorziehen müssen. Da die guten Sitten die Erfüllung einer solchen Bedingung verbieten, hättest du nämlich ohne Nachteil die Ehe aufrechterhalten können. (2) Kehre deshalb zu deinem Ehemann in dem Wissen zurück, dass du auch dann, wenn du dies tust, die Erbschaft deiner Mutter behältst, weil du sie auch behieltest, wenn du dich nicht von ihm getrennt hättest.

Dass auch die weniger präzise Aussage im sechsten Buch der marcianischen Institutionen vermutlich genau diesen spezifischen Sinn hat, zeigt der un-

5 Hiermit beschäftigen sich auch schon Pomponius und Ulpian, freilich ohne den Begriff der guten Sitten zu verwenden; vgl. D 7.8.8.1 Ulp 17 Sab: *Sed si usus aedium mulieri legatus sit ea condicione ›si a viro divortisset, remittendam ei condicionem et cum viro habitaturam, quod et Pomponius libro quinto probat.* (»Ist aber der Gebrauch eines Gebäudes einer Frau unter der Bedingung vermacht, dass sie sich von ihrem Ehemann scheiden lässt, ist diese Bedingung zu erlassen, und sie soll dort mit ihrem Mann wohnen können, was auch Pomponius im fünften Buch befürwortet.«).

mittelbar anschließende Passus. Er deutet auf den Ursprung der Regel, dass sittenwidrige Bedingungen schlicht gestrichen werden:⁶

D 30.112.4 Marcian 6 inst

Divi Severus et Antoninus rescribserunt iusiurandum contra vim legum et auctoritatem iuris in testamento scriptum nullius esse.

Die göttlichen Kaiser Severus und Antoninus haben beschieden, ein Eid, der im Testament entgegen Gesetz und Recht auferlegt ist, sei irrelevant.

Das zitierte Reskript aus der Regierungszeit von Septimius Severus wiederholt nur, was sich schon unmittelbar aus dem prätorischen Edikt ergibt. Hier ist bereits festgelegt, dass ein Schwur, den ein Erblasser zur Bedingung für eine letztwillige Zuwendung macht, von dem Bedachten nicht geleistet werden muss, um in den Genuss der Zuwendung zu kommen.⁷ Den Grund für diese Regelung erläutert Ulpian in dem einschlägigen Kapitel seines Ediktskommentars:⁸

D 28.7.8pr Ulp 50 ed

Quae sub condicione iurisiurandi relinquuntur, a praetore reprobantur: providit enim, ne is, qui sub iurisiurandi condicione quid accepit, aut omittend1218o condicionem perderet hereditatem legatumve aut cogeretur turpiter accipiendi condicionem iurare. voluit ergo eum, cui sub iurisiurandi condicione quid relictum est, ita capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis iurisiurandi condicio inseritur, et recte: cum enim faciles sint nonnulli hominum ad iurandum contemptu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem, ne vel hi vel illi aut consequerentur aut perderent quod relictum est, praetor consultissime intervenit. etenim potuit is, qui voluit factum, quod religionis condicione adstringit sub condicione faciendi relinquere: ita enim homines aut facientes admitterentur aut non facientes deficerentur condicione.

Was unter der Bedingung einer Eidesleistung hinterlassen ist, wird vom Prätor missbilligt; er sorgt nämlich dafür, dass jemand, der etwas unter der Bedingung einer Eidesleistung erhält, nicht wegen Ausfalls der Bedingung eine Erbschaft oder ein Vermächtnis verliert oder gezwungen wird, zur Erfüllung der Bedingung in schändlicher Weise zu schwören. Er wollte also, dass jemand, dem unter der Bedingung der Eidesleistung etwas hinterlassen ist, dies so erwirbt, wie diejenigen, denen keine solche Bedingung eines Schwurs auferlegt ist, und dies zu Recht: Da nämlich manche Menschen in Missachtung der Religion leichtfertig zum Eid bereit, andere hingegen aus Furcht vor der göttlichen Macht bis hin zum Aberglauben eingeschüchtert sind, greift der Prätor höchst weise ein, damit we-

⁶ Zum palingenetischen Kontext s. o. S. 139 Fn. 2.

⁷ Vgl. hierzu Harke, *Der Eid im klassischen römischen Privat- und Zivilprozessrecht*, Berlin 2014, S. 32 ff., 39 f.

⁸ Vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 727 (Ulp 1218).

der jene etwas erhalten noch diese etwas verlieren, was ihnen hinterlassen ist. Wer wollte, dass etwas geschieht, wozu er mit religiöser Bedingung verpflichten wollte, hätte die Zuwendung nämlich unter die Bedingung stellen können, dass es geschieht; so hätten die Menschen nämlich durch ihr Verhalten die Bedingung erfüllen oder ausfallen lassen können.

Verlangt ein Erblasser von seinen Hinterbliebenen einen Schwur, mutet er ihnen etwas zu, was sich moralisch nicht gehört: Einerseits verleitet er die leichtfertigen Adressaten seiner Verfügung dazu, übereilt die göttliche Rache herauszufordern, was nicht nur für sich genommen ein Nachteil ist, sondern den Betroffenen später in Reue bringen kann. Andererseits bringt er die gottesfürchtigen oder gar abergläubischen Hinterbliebenen dazu, sich der Zuwendung von vornherein zu enthalten. Diesen Nachteilen steht kein schutzwürdiges Interesse des Erblassers gegenüber. Denn er hätte, wenn er durch den Schwur ein bestimmtes Verhalten erreichen wollte, dieses auch unmittelbar zum Gegenstand der Bedingung machen können. Der Prätor erlässt den Zuwendungsempfängern die Eidesbedingung daher ganz allgemein, und ohne dass es noch einer Prüfung des Einzelfalls bedürfte.⁹

Stellt das Edikt über einen vom Erblasser auferlegten Eid eine gesetzesgleiche Regelung für einen besonderen Fall sittenwidriger Bedingungen dar, haben die Juristen die hier angeordnete Rechtsfolge offenbar auf vergleichbare Fälle übertragen.¹⁰ Dokumentiert ist dieser Schritt in zwei Auszügen aus den Schriften des Hochklassikers Marcell. In seinen Digesten erläutert er, dass die Entbindung vom Schwur auch bei Fideikommissen und Soldatentestamenten gilt,¹¹ bei denen einem Erblasser insbesondere durch Erleichterung der Testamentsform ein größerer Spielraum eröffnet ist.¹²

D 29.1.29.2 Marcell 10 dig

Edictum praetoris, quo iusiurandum heredibus institutis legatariisque remittitur, locum habet etiam in militum testamentis, sicut etiam in fideicommissis: idemque si turpis esset condicio.

⁹ Vgl. D 28.7.8.8 Ulp 50 ed und hierzu Kaser (Fn. 1), S. 101 sowie Harke (Fn. 7), S. 33 f.

¹⁰ Kaser (Fn. 1), S. 98 f., 102 f.; Staffhorst, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*, Berlin 2006, S. 210.

¹¹ Die Aussage entstammt auch einem Kapitel über das *testamentum militis*; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 611 (Marcell 134).

¹² Vgl. zur Regel, dass jemand gewöhnlich nicht teilweise nach Testament und im Übrigen nach Gesetz beerbt werden kann, oben S. 109 f.

Das Edikt des Prätors, durch das Testamentserben und Vermächtnisnehmern ein ihnen auferlegter Eid erlassen wird, greift auch bei Soldatentestamenten Platz, und ebenso bei Fideikommissen; dasselbe gilt, wenn eine Bedingung schändlich ist.

In einer Anmerkung zu Julians Digesten macht Marcell diesen Grundsatz zur Regel, die Eidesbedingung zu ihrem bloßen Anwendungsfall:

D 35.1.20 Marcell not Iul 27 dig

Non dubitamus, quin turpes condiciones remittendae sunt: quo in numero plerumque sunt etiam iurisiurandi.

Es besteht kein Zweifel, dass schändliche Bedingungen zu erlassen sind; hierzu gehört häufig auch die Bedingung eines Eids.

Unterstützt wird der Analogieschluss aus dem prätorischen Edikt durch dessen Handhabung in dem Fall, dass der vom Erblasser geforderte Eid auf ein bestimmtes Verhalten des Hinterbliebenen gerichtet ist. Wie Ulpian erläutert, bleibt die hier denkbare Umdeutung in eine Bedingung, deren Gegenstand das zu beschwörende Verhalten ist, auf den Fall beschränkt, dass dieses seinerseits nicht unehrenhaft ist:¹³

D 28.7.8.6 Ulp 50 ed

Quotiens heres iurare iubetur daturum se aliquid vel facturum: quod non improbum est, actiones hereditarias non alias habebit, quam si dederit vel fecerit id, quod erat iussus iurare.

Immer wenn einem Erben auferlegt worden ist zu schwören, dass er etwas leiste oder mache, was nicht unehrig ist, erhält er die Erbschaftsklagen nur, wenn er geleistet oder gemacht hat, was ihm zu schwören auferlegt war.

Liegt die Verknüpfung der besonderen Regelung für Eidesbedingungen mit dem allgemeinen Sittengebot hier klar zutage, kommt man schwerlich umhin, schändliche Bedingung generell nach dem Muster des prätorischen Edikts zu beurteilen. Dass dieses zum Vorbild für die Bewältigung eines Sittenverstoßes und sogar der Verletzung eines Gesetzes genommen wird, ist dennoch in zweierlei Hinsicht bemerkenswert: Zum einen überrascht, dass die Juristen überhaupt nach einem solchen Anknüpfungspunkt im Regelwerk des Prätors suchen und die Unwirksamkeit nicht unumwunden aus dem Sittengebot oder gesetzlichen Verbot selbst herleiten. Zum anderen schon die dem Edikt nachempfundene Rechtsfolge das Testament in verblüffender Weise: Die mit einer unehrigen Bedingung verbundene

¹³ Vgl. Kaser (Fn. 1), S. 101 f.; Harke (Fn. 7), S. 34 ff.

Verfügung wird nicht insgesamt hinfällig, sondern bleibt aufrechterhalten, und dies, obwohl der Erblasser ja nicht nur die angeordnete Zuwendung herbeiführen, sondern den Bedachten auch zu dem Verhalten veranlassen wollte, das er zum Gegenstand der Bedingung gemacht hat. Käme es auf die Sanktionierung dieses unziemlichen Vorgehens an, läge es viel näher, die gesamte Verfügung zu kassieren und die Rechtsnachfolge dem Gesetz zu überlassen.

Die Aufgliederung des letzten Willens in einen unwirksamen Wunsch nach Erfüllung der sittenwidrigen Bedingung und die gültige Absicht zur Zuwendung selbst lässt sich nur mit dem enormen Respekt erklären, den die römischen Juristen einer testamentarischen Anordnung entgegenbringen. Er verbietet ihnen, sie kurzerhand für wirkungslos zu erklären, und bestimmt sie dazu, die Verfügung ungeachtet einer moralischen Verfehlung des Erblassers oder gar eines Gesetzesverstößes nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten. Gespeist wird dieser Respekt auch von der Einsicht, dass sich eine letztwillige Verfügung nicht wiederholen lässt. Dies zeigt der Vergleich zu Rechtsgeschäften unter Lebenden, die, wenn sie unter eine sittenwidrige Bedingung gestellt werden, insgesamt unwirksam sind oder durch eine Einrede entkräftet werden können.¹⁴ Mindestens ebenso schwer wie die Einsicht in die Unwiederholbarkeit, wenn nicht sogar mehr, wiegt aber die Achtung vor dem altehrwürdigen Zwölftafelsatz über die Testierfreiheit, dem seinerseits der unabweisbare Schluss aus der Befugnis zur lebzeitigen Verfügung entspringt.

Die an der Behandlung sittenwidriger Bedingungen ablesbare Ehrfurcht vor dem letzten Willen bietet auch eine passende Erklärung für den *color insanitiae*. Die Unterstellung eines mentalen Defizits des Erblassers vermeidet eine offene Entscheidung für die Gesamtnichtigkeit eines Testaments aufgrund einer pietätlosen Verfügung des Erblassers. Sie widerspräche dem behutsamen Einsatz des Sittenwidrigkeitsverdikts als Hindernis für Gültigkeit einer testamentarischen Bestimmung. Kommt es nur bei Bedingungen zum Zuge und führt hier sogar bloß zur Teilnichtigkeit der betroffenen Verfügung in ihrem unbedingt anstößigen Element, zwingt dies nachgerade zu einer Beschränkung der Folgen, die an die pflichtwidrige Zurücksetzung gesetzlicher Erben geknüpft sind. Denn der hierin liegende Verstoß gegen die *pietas* ist nur eine Erscheinungsform des Verstoßes gegen die *boni mores* und wird als solcher auch in den Entscheidungen zu sittenwidrigen Bedingungen ge-

14 D 45.1.19 Pomp 15 Sab; D 45.1.134pr Paul 15 resp; vgl. auch D 4.8.21.7, 11 Ulp 13 ed.

nannt. Am deutlichsten kommt dies in einer Stellungnahme aus Papinians *quaestiones* zum Ausdruck:¹⁵

D 28.7.15 Pap 16 quaest

Filius, qui fuit in potestate, sub condicione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmit patris, ac si condicio non esset in eius potestate: nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.

Ist ein gewaltabhängiger Sohn unter einer Bedingung zum Erben eingesetzt, die der Senat oder Kaiser nicht toleriert, macht dies das Testament unwirksam, und zwar so, als ob die Erfüllung der Bedingung nicht in seiner Macht stünde; denn Handlungen, die unsere familiäre Verantwortung, unsere Würde, unser Schamgefühl oder, allgemeiner gesagt, die guten Sitten verletzen, sind so anzusehen, als könnten wir sie nicht vornehmen.

Die *pietas* erscheint hier gemeinsam mit Würde und Schamgefühl als ein Maßstab für die sittliche Beurteilung eines Verhaltens. Die Vernachlässigung der familiären Verantwortlichkeit bedeutet einen Verstoß gegen die *boni mores*. Dass der Erbe den Nachlass unbedingt erhält, erreicht Papinian hier ausnahmsweise nicht durch schlichte Streichung der Bedingung, sondern mit Hilfe der Regel, dass bei der Einsetzung eines Haussohnes nur eine sogenannte Potestativbedingung zulässig ist,¹⁶ deren Erfüllung dem Sohn tatsächlich möglich ist.¹⁷ Indem er das von diesem geforderte Verhalten wegen seiner sittlichen Anstößigkeit oder eines rechtlichen Verbots einer Handlung gleichstellt, die jenseits seines physischen Machtbereichs steht,¹⁸

15 Nach Ansicht von Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 845 (Pap 247) ist es der Überrest eines eigenen Abschnitts über Bedingungen für die Erbeinsetzung.

16 D 28.5.4pr Ulp 4 Sab.

17 Babusiaux (Fn.), S. 236 f.

18 In einem Atemzug nennt die sittenwidrige und die schwer zu erfüllende Bedingung auch Gaius; vgl. D 36.1.65.7 Gai 2 fid: *Si sub condicione heres institutus sit qui suspectam sibi hereditatem esse dicit, si neque difficultatem neque turpitudinem ullam habet condicio nec impendium aliquid, iubendus est parere condicioni et adire et ita restituere: si vero turpis aut difficilis sit condicio, aperte iniquum est cogi eum explorare eam alterius gratia. ...* (»Ist ein Erbe, der die Erbschaft für überschuldet hält, unter einer Bedingung eingesetzt, deren Erfüllung weder auf ein Hindernis stößt noch schändlich ist und auch keinen Aufwand verursacht, muss er gezwungen werden, die Bedingung zu erfüllen, anzutreten und die Erbschaft herauszugeben. Ist die Bedingung hingegen schändlich oder schwierig zu erfüllen, ist es offensichtlich ungerecht, ihn zu ihrer Erfüllung zu zwingen. ...“) Für regelrecht unmögliche Bedingungen hat Servius die Ansicht vertreten, dass sie als nicht geschrieben gelten; vgl. D 28.5.46 Alf 2 dig a Paulo epit. Diese Auffassung gilt Gaius noch als umstritten (Gai 3.98), erscheint dem nahezu gleichzeitig tätigen Pomponius aber schon als anerkannt (D 35.1.6.1) und bei Ulpian und in den nachklassischen Paulussentenzen als herrschende Meinung (Vgl. D 35.1.3 Ulp 6 Sab, PS 3.4b.1).

erklärt er das ganze Testament für unwirksam – mit der Folge, dass der Sohn die Erbschaft als Intestaterbe erhält^{19, 20}

Den besonderen Fall einer pietätlosen Bedingung stellt Modestin in seinen *responsa* vor:²¹

D 28.7.27pr Mod 8 resp

Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali condicione ›si reliquias eius in mare abiciat‹: quaerebatur, cum heres institutus condicioni non paruisset, an expellendus est ab hereditate. Modestinus respondit: laudandus est magis quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non in mare secundum ipsius voluntatem abiecit, sed memoria humanae condicionis sepulturae tradidit. sed hoc prius inspiciendum est, ne homo, qui talem condicionem posuit, neque compos mentis esset. igitur si perspicuis rationibus haec suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi.

Jemand hat in seinem Testament einen Erben unter folgender Bedingung eingesetzt: »wenn er meine sterbliche Überreste ins Meer wirft«; es wurde gefragt, ob dem eingesetzten Erben, wenn er der Bedingung nicht gehorcht, die Erbschaft abgenommen werden muss. Modestin hat befunden: Ein Erbe, der die sterblichen Überreste des Erblassers nicht entsprechend dessen Willen ins Meer wirft, sondern mit Rücksicht auf sein menschliches

19 Man kann hier deshalb entgegen Babusiaux (S. 30 Fn. 18), S. 237 nicht von einer Entscheidung gegen den Sohn sprechen.

20 Anders gelagert ist folgende Entscheidung Papinians, in der er sich ebenfalls auf die *pietas* beruft: D 35.1.102 Pap 9 resp: *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.* (»Als ein Großvater seinen Sohn und den vom anderen Sohn abstammenden Enkel zu Erben einsetzte, erlegte er dem Enkel auf, die Erbschaft seinem Onkel herauszugeben, falls er vor dem Alter von 30 Jahren sterben sollte. Der Enkel ist innerhalb der festgesetzten Zeit gestorben und hat Kinder hinterlassen. Ich habe befunden, dass die Bedingung für das Fideikommiss wegen der zu vermutenden familiären Verantwortung ausgefallen ist, weil weniger geschrieben als gesagt wurde.«) Hat ein Erblasser seinem Enkel ein Universalfideikommiss zugunsten von dessen Miterben für den Fall aufgegeben, dass er vor Erreichen eines gewissen Alters stirbt, sieht Papinian diese Bedingung nicht als erfüllt an, wenn der Enkel vorher Kinder bekommen hat. Er unterstellt dem Erblasser, unter diesen Umständen eine Ausnahme von der Pflicht zur Herausgabe des Erbteils gemacht haben zu wollen, um seiner *pietas* gegenüber dem Enkel und seinen Urenkeln gerecht zu werden. Diese Einschränkung sei zwar nicht in den Wortlaut der Verfügung eingegangen, aber hierin stillschweigend enthalten (›*minus scriptum quam dictum*‹). Die *coniectura pietatis* dient Papinian ebenso wie der kaiserlichen Kanzlei in dem zu seiner Wirkungszeit entstandenen Reskript CJ 3.28.3 (s. o. S. 36 f., 93 f.) nicht als Argument für die vollständige oder teilweise Unwirksamkeit einer letztwilligen Bestimmung, sondern wird zu einer ergänzenden Testamentsauslegung eingesetzt.

21 Der Text gehört in Modestins Werk zum Abschnitt ›*de testamentis*‹; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 748 (Mod 312).

Dasein bestatten lässt, ist eher zu loben als zu tadeln. Aber zunächst ist zu untersuchen, ob ein Mensch, der eine solche Bedingung gestellt hat, nicht bei vollem Verstand war. Lässt sich dieser Verdacht mit nachvollziehbaren Erwägungen ausräumen, kann der gesetzliche Erbe dem eingesetzten Erben unter keinen Umständen die Erbschaft streitig machen.

Macht ein Testator die Erbeinsetzung davon abhängig, dass der Erbe seine Gebeine dem Meer überlässt, vernachlässigt er damit die familiäre Verantwortung. Zwar betrifft diese als unwürdig empfundene Art der Bestattung zunächst einmal ihn selbst. Indem er sie zur Bedingung für seine Rechtsnachfolge macht, mutet er aber dem Erben ein Verhalten zu, das auch dessen Ansehen abträglich ist. Modestin erklärt daher einen Erben, der sich weigert, der Bedingung Genüge zu tun, und für eine würdige Beerdigung des Erblassers sorgt, nichtsdestoweniger zu dessen Rechtsnachfolger. Er stellt diese Entscheidung aber unter den Vorbehalt der Prüfung, ob das Testament nicht schon an der Geisteskrankheit des Erblassers scheitert. Auch wenn er dieses Wirksamkeitshindernis hier klar vom Verstoß gegen die *pietas* trennt, die nur die Bedingung für die testamentarische Erbfolge wegfallen lässt, lässt seine Bemerkung doch erahnen, dass ein Verstoß gegen die guten Sitten und insbesondere die familiäre Verantwortlichkeit nicht selten den Verdacht weckt, der Erblasser sei wirklich nicht bei Sinnen.²²

Dies gilt, zumal es mit der Verschwendungssucht einen Fall von Testierunfähigkeit gibt, der in den Grenzbereich von Geistesstörung und Sittenwidrigkeit fällt. Dass das Verhalten eines *prodigus* nicht nur als Ausweis einer Beeinträchtigung seines freien Willens, sondern auch als Verstoß gegen die guten Sitten gesehen wird, zeigt ein Satz aus den Paulussentenzen, der einem ehemaligen Verschwender attestiert, zu den *boni mores* zurückgefunden zu haben:

PS 3.4a.12

Prodigus recepta vitae sanitate ad bonos mores reversus et testamentum facere potest et ad testamenti sollemnia adhiberi potest.

22 Dass sich auch bei einer unmöglichen Bedingung der Verdacht erheben kann, der Erblasser sei bei Errichtung des Testaments von Sinnen gewesen, zeigt D. 30.39.8 Ulp 21 Sab: *Si vero Sallustianos hortos, qui sunt Augusti, vel fundum Albanum, qui principalibus usibus deservit, legaverit quis, furiosi est talia legata testamento adscribere.* (»Hat jemand die Gärten des Sallust, die dem Kaiser gehören, oder das Albaner Landgut, das dem Kaiser zur Nutzung zusteht, vermacht, zeugt es von Geisteskrankheit, diese Vermächtnisse auszusetzen.«).

Ein Verschwender, der nach seiner Rückbesinnung auf die guten Sitten wieder ein gesundes Leben führt, kann sowohl ein Testament errichten als auch als Zeuge hierzu hinzugezogen werden.

Wer könnte es den römischen Juristen angesichts dieser faktischen Nähe von Sittenverstoß und mangelnder Testierfähigkeit verdenken, dass sie hier eine Anleihe nehmen, um im Fall eines pietätlosen Testaments ausnahmsweise zur Annahme seiner Gesamtnichtigkeit zu gelangen? So durchbrechen sie das Dogma, dass ein Sittenverstoß, wenn überhaupt, dann nur zum Wegfall einer hiervon betroffenen Bedingung führt. Ihr Ziel ist es, den Zwölftafelgesetz zur Testierfreiheit in einem Fall zu umgehen, in denen ihnen das gesamte Testament von einer derart zu missbilligenden Einstellung des Erblassers geprägt ist, dass sich die Rechtsnachfolge vollständig nach dem Gesetz richten soll.

II. Eine Aus- und Rückwirkung: Die *querela inofficiosae donationis*

Hat die Testierfreiheit ihren Ursprung in der Befugnis eines Eigentümers, die ihm gehörenden Sachen zu Lebzeiten zu veräußern,²³ muss eine Beschränkung, der sein letzter Wille unterworfen ist, auch auf lebzeitige Verfügungen Anwendung finden. Wie schon in der Zeit vor dem Zwölftafelgesetz bietet sich das Rechtsgeschäft unter Lebenden nämlich nach wie vor als ein Mittel zur Umgehung des erbrechtlichen Regimes an. Diente es am Anfang dazu, eine zwingende gesetzliche Erbfolge zu unterlaufen, kann es nach Etablierung der Testierfreiheit dazu genutzt werden, deren Grenzen zu sprengen. Im Gegensatz zur Überwindung der Intestaterbfolge darf die Rechtsordnung ein solches Unterfangen aber nicht hinnehmen, nachdem sie schon die Freiheit zur letztwilligen Verfügung beschnitten hat. Sie muss vielmehr auch die Befugnis zur lebzeitigen Veräußerung so einschränken, dass das erbrechtliche Regime gewahrt bleibt.

Bei der *lex Falcidia* ist dessen Verwirklichung nur dann angebracht, wenn die Verfügung unter Lebenden funktionell in jeder Hinsicht einer letztwilligen Zuwendung entspricht. Denn das vom Gesetz vorgeschriebene Viertel kommt jedem Erben unabhängig von der Beziehung zu, in der er zum Erblasser steht. Es ist nicht für bestimmte Erben reserviert, sondern als Anreiz

23 S. o. S. 14 ff.

zum Antritt der Erbschaft für alle Arten von Rechtsnachfolgern gedacht. Eine Umgehung des erbrechtlichen Regimes droht also nur, wenn die lebzeitige Verfügung in ihrer Wirkungsweise ganz einer testamentarischen Zuwendung entspricht. Der Fall ist dies nur bei einer *donatio mortis causa*, die nicht unbedingt erfolgt, sondern nur dann Bestand haben soll, wenn der Schenker später auch stirbt und vom Beschenkten überlebt wird. Dementsprechend lehnt Papinian eine Anwendung der erbrechtlichen Bestimmung ab, wenn die Schenkung unbedingt, und sei es kurz vor dem Tod des Schenkers, erfolgt.²⁴

D 39.6.42.1 Pap 13 resp

Cum pater in extremis vitae constitutus emancipato filio quaedam sine ulla condicione redhibendi donasset ac fratres et coheredes eius bonis contribui donationes Falcidiae causa vellent, ius antiquum servandum esse respondi: non enim ad alia constitutionem pertinere, quam quae lege certa donarentur et morte insecuta quodammodo bonis auferrentur spe retinendi perempta: eum autem, qui absolute donaret, non tam mortis causa quam morientem donare.

Hat ein Vater kurz vor seinem Tod seinem aus der Gewalt entlassenen Sohn etwas ohne Vorbehalt der Rückforderung geschenkt und verlangen seine Brüder und Miterben, dass es wegen des falzidischen Gesetzes zu seinem Vermögen hinzugerechnet wird, ist, wie ich befunden habe, das alte Recht einzuhalten; denn die Verordnung bezieht sich nur auf das, was mit einer bestimmten Maßgabe geschenkt worden ist und, wenn der Schenker nicht stirbt, auf irgendeine Weise aus dem Vermögen ausscheidet, ohne dass die Aussicht darauf besteht, es wieder zu erlangen; wer aber unbedingt schenkt, schenkt nicht von Todes wegen, sondern allenfalls in zeitlichem Kontext mit seinem Tod.

Und auch die kaiserliche Kanzlei lässt das falzidische Regime nur bei einer Schenkung von Todes wegen zum Zuge kommen. Die einschlägige Entscheidung ist nur indirekt, nämlich durch ein Zitat in einem Reskript von Alexander Severus überliefert. Gefallen ist sie danach zu Papinians Wirkungszeit unter Septimius Severus:

CJ 6.50.5 (18. Okt. 223)

Impp. Alexander A. Samosatae. Si mortis causa immodicas donationes in sororem tuam matrem contulisse probare potes, legis Falcidiae ratione secundum constitutionem divi Severi avi mei uti potes.

Kaiser Alexander an Samosata. Kannst du nachweisen, dass deine Mutter deiner Schwester übermäßige Schenkungen von Todes wegen gemacht hat, kannst du dich nach einer

²⁴ In Papinians *libri responsorum* gehörte dieser Text zu einer Darstellung der *lex Falcidia*; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 939 (Pap 702).

Verordnung des göttlichen Severus, meines Vorfahren, auf die Beschränkung nach dem falzidischen Gesetz berufen.

Etwas anderes muss im Fall einer pietätlosen Verfügung gelten. Ihre Sanktion durch die *querela inofficiosi testamenti* bezweckt nämlich nicht den Schutz eines Erben, der seine Stellung dem Willen des Erblassers oder zumindest dem Umstand verdankt, dass dieser sich nicht gegen die gesetzliche Erbfolge entschieden hat. Sie wirkt vielmehr den Absichten des Erblassers zuwider im Interesse derjenigen, die ohne das Testament als gesetzliche Erben zum Zuge gekommen wären. Ebenso wie diese, als die Intestaterbfolge noch zwingend war, durch einfache Verfügungen unter Lebenden umgangen werden konnte, die nicht auf den Tod des Eigentümers bezogen waren, lässt sich so auch der Schutz, den ein gesetzlicher Erbe durch das Pflichtteilsrecht genießt, unterlaufen. Um dieses zur Geltung zu bringen, muss man das Regime pflichtwidriger Testamente also auf Schenkungen schlechthin zur Anwendung kommen lassen, sofern sie bewirken, dass ein gesetzlicher Erbe nicht seinen Pflichtteil erhält.

Im Gegensatz zur *querela inofficiosi testamenti* lässt sich der Entstehungszeitpunkt des parallelen Rechtsbehelfs für beeinträchtigende Schenkungen genau bestimmen. Es ist eine Konstitution, die wiederum im Namen von Kaiser Alexander Severus ergeht und an den Stadtpräfekten von Rom gerichtet ist. Paulus gibt sie in seinen *libri responsorum* wieder²⁵ und nutzt sie unversehens für einen Analogieschluss:

D 31.87.3-4 Paul 14 resp

›Imperator Alexander Augustus Claudiano Iuliano praefecto urbi. si liquet tibi, Iuliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi querellae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari.‹ (4) Lucius Titius cum haberet quinque liberos, universos emancipavit et in unum filium Gaium Seium amplissimas facultates donationibus contulit et modicum sibi residuum servavit et universos liberos cum uxore scripsit heredes: in eodem testamento duas possessiones, quas retinuerat, eidem Gaio Seio praelegavit et ab eo petit, ut ex redivitibus praediorum, quae vivus ei donaverat, Maeviae filiae tot aureos daret, item alteri fratri alios tot: conventus a Maevia sorore sua legem Falcidiam implorat. quaero, cum sanctissimus imperator, ut supra scriptum est, contra voluntatem donantis ea quae donata sunt revocari praeceperit, an Gaius Seius compellendus sit secundum voluntatem patris ex donationibus fideicommissum praestare heredi sororis. Paulus respondit post litteras imperatoris

²⁵ Der Text gehört hier zu einem Kapitel über Fideikommiss; vgl. Lenel, *Palingenesia*, Bd. 1, Sp. 1245 (Paul 1562).

nostri dubitari non oportere, quin in hac quoque specie, de qua quaeritur, subveniendum sit liberis, quorum portio in unum filium donationibus collatis imminuta est, praesertim cum imperator noster contra voluntatem patris subvenerit, in proposita autem causa etiam voluntas patris pro his qui fideicommissum petunt intercedit. sed si Falcidia lex intercedat, fideicommissa in solidum esse praestanda propter immodicarum donationum rationem.

»Kaiser Alexander an den Stadtpräfekten Claudianus Julian. Ergibt sich für dich, werter Julian, dass eine Großmutter, um der Beschwerde über die Pflichtwidrigkeit ihres Testaments zu entgehen, ihr Vermögen durch Schenkungen an ihren Enkel erschöpft hat, erheischt die Vernunft, dass die Schenkungen zur Hälfte rückgängig gemacht werden.« (4) Lucius Titius hatte fünf Kinder, entließ sie alle aus seiner Gewalt, übertrug seinem Sohn Gaius Seius große Vermögenswerte durch Schenkungen, behielt nur einen bescheidenen Rest und setzte alle Kinder gemeinsam mit seiner Frau zu Erben ein; in demselben Testament vermachte er Gaius Seius im Voraus zwei Grundstücke, die er zurückbehalten hatte, und erlegte ihm auf, aus den Erträgen der Güter, die er ihm zu Lebzeiten geschenkt hatte, seiner Tochter Maevia und einem anderen Bruder jeweils einen bestimmten Betrag in Goldstücken zu zahlen. Von seiner Schwester Maevia belangt, berief er sich auf das falzidische Gesetz. Ich frage, ob, da unser ehrwürdiger Kaiser, wie oben berichtet, angeordnet hat, dass Schenkungen gegen den Willen des Schenkers rückgängig zu machen sind, Gaius Seius gezwungen werden kann, entsprechend dem Willen des Vaters das Fideikommiss aus den Schenkungen den Erben seiner Schwester zu leisten. Paulus hat befunden, nach dem Wortlaut des kaiserlichen Bescheids bestehe kein Zweifel, dass auch in dem in Rede stehenden Fall den Kindern zu helfen sei, deren Anteil durch die Schenkungen an einen Sohn verringert worden ist, zumal unser Kaiser gegen den Willen des Vaters eingegriffen hat, im vorliegenden Fall aber auch der Wille des Vaters für diejenigen spricht, die das Fideikommiss fordern. Aber auch wenn das falzidische Gesetz eingreift, sind die Fideikommissionen wegen der übermäßigen Schenkungen vollständig zu leisten.

In seiner Entscheidung wendet sich der Kaiser ausdrücklich dagegen, dass ein Erblasser die Beschwerde gegen ein pflichtwidriges Testament durch lebenszeitige Verfügungen unterläuft. Und er schreibt für einen solchen Fall die Rechtsfolge vor, die auch eine *querela inofficiosi testamenti* hätte:²⁶ Der Gegenstand der beeinträchtigenden Schenkung soll in den Nachlass zurückgeführt und dann der gesetzlichen Erbfolge unterworfen sein. In dem von der kaiserlichen Kanzlei zu beurteilenden Fall bringt diese dem Pflichtteilsberech-

26 Dies bedeutet aber, wie Donatuti, L'origine della *querela inofficiosae donationis*, in: *Studi in onore di Riccobono*, Palermo 1936, Bd. 3, S. 428 ff. zu Recht geltend macht, nicht, dass die Anfechtung einer Schenkung zunächst stets mit einer Beschwerde gegen ein pflichtwidriges Testament einhergehen muss.

tigten einen hälftigen Erbteil ein.²⁷ Damit ist implizit gesagt, dass auch das Viertel, mit dessen Zuwendung an den Pflichtteilsberechtigten der Erblasser die Querel ausschließen könnte, auf der Basis des Vermögens bestimmt werden muss, das der Erblasser vor der Schenkung hatte.²⁸

Dass diese Regelung nicht auf Schenkungen von Todes wegen begrenzt ist,²⁹ sondern ganz allgemein für unentgeltliche Verfügungen des Erblassers gilt, nutzt Paulus, um einer Pflichtteilsberechtigten in einem speziellen Fall noch auf andere Weise zu helfen:³⁰ Hat ein Erblasser durch Schenkungen an eines seiner Kinder den Pflichtteil seiner übrigen Nachkommen beeinträchtigt, sollen diese auch in den Genuss eines Fideikommisses kommen können, das der Erblasser dem bevorzugten Kind nicht als Erbe, sondern als Empfänger der Schenkungen auferlegt hat. Eigentlich können Fideikommisses wirksam nur bei einer *donatio mortis causa* ausgesetzt werden, deren Bestand vom Tod des Erblassers abhängt.³¹ Denn nur eine Schenkung von Todes wegen ist einer letztwilligen Zuwendung funktionsäquivalent. Auch wenn die Schenkung unbedingt ist, muss sie aber bei Beeinträchtigung des Pflichtteils zurückgewährt werden. Hieraus folgert Paulus, dass erst recht ein Fideikommiss gültig sein muss, mit dem der Erblasser einen Ausgleich zu der Schenkung schaffen will. Lässt sie sich selbst gegen seinen Willen rückabwickeln, muss auch eine teilweise Rückführung möglich sein, die vom Willen des Erblassers getragen ist.³² Der Beschenkte kann sich hiergegen weder mit dem Einwand verteidigen, nur eine Schenkung von Todes wegen könne mit einem Fideikommiss belastet werden, noch sich als Erbe auf das falzidische Gesetz berufen.

In späteren Bescheiden der kaiserlichen Kanzlei wird die Anfechtung einer pflichtteilsbeeinträchtigenden Schenkung als ein Rechtsbehelf bezeichnet, der dem Vorbild der *querela inofficiosi testamenti* folgt. Die zeitlich nächste Konstitution ist zehn Jahre nach dem Tod Alexanders schon in der Zeit der

27 Voci, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2, S. 728 Fn. 10, Zoz de Biasio, *I rimedi*, S. 83 ff., Rüger, *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin 2011, S. 84.

28 Rüger (Fn. 27), S. 84.

29 Dies übersieht Rüger (Fn. 27), S. 87, wenn er bemängelt, dass bei Paulus der Begriff der *donatio mortis causa* verschwimmt (ähnlich vorher schon Zoz de Biasio, *I rimedi*, S. 88 f.). Für die *querela* eines Pflichtteilsberechtigten hat er nämlich keine Bedeutung.

30 Dass es hier gerade nicht um die Rückabwicklung der Schenkungen geht, erkennt Rüger (Fn. 27), S. 85.

31 D 31.77.1 Pap 8 resp.

32 Es geht wohl zu weit, wenn man mit Zoz de Biasio, *I rimedi*, S. 87 deshalb von einer Subsidiarität und Dispositivität der *querela inofficiosae donationis* sprechen will

Soldatenkaiser entstanden. Im justinianischen Codex führt sie den Titel: ›*de inofficiosibus testamentis*‹, an:

CJ 3.29.1 (19. Aug. 245)

Imp. Philippus A. Nicanori et Papiniana. Si, ut adlegatis, mater vestra ad deludendam inofficiosi querellam paene universas facultates suas, dum ageret in rebus humanis, factis donationibus sive in quosdam liberos sive in extraneos exhaustit ac postea vos ex duabus unciis fecit heredes easque legatis et fideicommissis exinanire gestivit, non iniuria iuxta formam super inofficioso testamento constitutorum subveniri vobis utpote quartam partem non habentibus desideratis.

Kaiser Philipp an Nicanor et Papiniana. Hat eure Mutter, wie ihr vortragt, um die Beschwerde wegen der Pflichtwidrigkeit eines Testaments zu unterlaufen, zu Lebzeiten fast ihr gesamtes Vermögen durch Schenkungen an einige Kinder und Auswärtige erschöpft und euch später zu zwei Zwöfteln als Erben eingesetzt und noch versucht, diesen Anteil durch Vermächnisse und Fideikommissse zu entwerten, verlangt ihr nicht zu Unrecht, dass euch, weil ihr das Viertel nicht erhalten habt, nach dem Vorbild der Bestimmungen über ein pflichtwidriges Testament geholfen wird.

Die Orientierung am Modell der Beschwerde gegen ein pflichtwidriges Testament³³ bedeutet insbesondere, dass es nicht darauf ankommt, in der Person des Erblassers eine besondere Umgehungsabsicht festzustellen. Um die Rückabwicklung der Schenkung zu bewirken, genügt es, dass der Pflichtteilsberechtigte, sofern er dem Erblasser keinen Anlass zu seiner Zurücksetzung gegeben hat, weniger als ein Viertel seines gesetzlichen Erbteils, bezogen auf das ungekürzte Vermögen des Erblassers, erhält.

Im Laufe des dritten Jahrhunderts wandelt sich diese Quart freilich vom Ausschlussgrund zum Gegenstand des Anspruchs, mit dem der Pflichtteilsberechtigte seine Beschwerde durchsetzt. Statt seines gesetzlichen Erbteils, das ihm noch Alexander Severus zuerkannt hat, kann er jetzt nur noch die Differenz verlangen, um die sein Erbteil im Wert hinter dem geschuldeten Viertel zurückbleibt. Gegenstand der kaiserlichen Rechtsprechung wird diese Lösung spätestens am Beginn der Regierungszeit Diokletians. Seine Kanzlei spricht sich hierfür in zwei kurz nacheinander ergangenen Bescheiden aus³⁴ und bestätigt zugleich, dass der Anspruch schon zu Lebzeiten des Erblassers geltend gemacht werden kann:

³³ Sie kommt später noch in zahlreichen Konstitutionen zum Ausdruck; vgl. außer den im folgenden aufgeführten Reskripten CJ 3.29.2 (27. Juli 256), CJ 3.29.4 (10. Feb. 286), FV 270 (27. April 294), CTh 2.20.1 = CJ 3.29.9 (19. Mai 361).

³⁴ Richtig Sanguinetti, *Dalla querela*, S. 22, 27. Zoz de Biasio, *I rimedi*, S. 111 f., 131 ff. verneint eine solche Wirkung der Querel für FV 280 ebenso wie Krüger, *Die unmäßige Schenkung*, SZ 60 (1940)

CJ 3.29.5 (29. Feb. 286)

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Cottabeo. Si totas facultates tuas per donationes vacuefecisti, quas in emancipatos filios contulisti, id, quod ad submovendas inofficiosi testamenti querellas non ingratis liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum, ut filii vel nepotes, qui postea ex quocumque legitimo matrimonio nati sunt, debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum revertetur.

Kaiser Diokletian und Maximian an Cottabeus. Hast du dein gesamtes Vermögen durch Schenkungen erschöpft, die du deinen aus der Gewalt entlassenen Söhnen gemacht hast, soll das, was man zur Vermeidung von Beschwerden über die Pflichtwidrigkeit eines Testaments hinterlassen muss, von den getätigten Schenkungen abgezogen und in dein Vermögen zurückgeführt werden, damit deine Kinder und Enkel, die aus irgendeiner späteren rechtmäßigen Ehe hervorgegangen sind, die ihnen geschuldete Beteiligung erhalten.

FV 280 = CJ 3.29.7 (3./11. März 286)

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Anniano. In dubium non uenit aduersus enormes donationes, quae tantummodo in quosdam liberos, uacuefactis facultatibus reliquorum pernicie, conferuntur, iam dudum diuorum principum statutis esse prouisum. si igitur mater tua ita patrimonium suum, profunda liberalitate in fratrem tuum euisceratis opibus suis, exhaustit, ut quartae partis dimidiam, quam ad excludendum inofficiosi querellam aduersum testamentum sufficere constat, his donatis datisque haud relictam tibi habeas, praeses prouinciae, quod immoderate gestum est, reuocabit. sane aeris alieni solutionem, si ab intestato cum fratre tuo matri heres exstitisti, renouare non potest.

Kaiser Diokletian und Maximian an Aurelius Annianus. Es unterliegt keinem Zweifel, dass gegen große Schenkungen, die nur manchen Kindern in verderblicher Weise unter Erschöpfung des Vermögens der übrigen gemacht werden, Vorsorge durch die Verordnungen der göttlichen Kaiser getroffen worden ist. Hat deine Mutter ihr Vermögen erschöpft, indem sie ihre Mittel in großer Freigiebigkeit gegenüber deinem Bruder aufgebraucht hat, so dass du durch dir gemachte Schenkungen nicht einmal die Hälfte des Viertels hast, dass zur Vermeidung einer Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments genügt, soll der Provinzstatthalter für eine Rückgewähr dessen sorgen, was übermäßig zugewandt worden ist. Bist du nach Gesetz gemeinsam mit deinem Bruder Erbin deiner Mutter geworden, kann er freilich die Erfüllung von Schulden nicht mit einbeziehen.

Und sie wiederholt es im Jahr 294, als sie von Hermogenian, dem Verfasser der gleichnamigen Sammlung kaiserlicher Reskripte geleitet wird:³⁵

80, 88 f. zu Unrecht und will CJ 3.29. 5 auf einen besonderen, von Diokletian geschaffenen Rechtsbehelf beziehen.

35 Hierzu wiederum Sanguinetti, *Dalla querela*, S. 29 f. Keinen bloßen Ergänzungsanspruch erkennen hier Wesener, *Vorjustinianische Ansätze*, S. 151 f. und Zoz de Biasio, *I rimedi*, S. 115 ff., die aber richtig bemerkt, dass die kaiserliche Kanzlei hier nicht das Erfordernis einer Umgehungsabsicht aufstellt.

CJ 3.29.8pr (11. Sept. 294)

Impp. Dioclectianus et Maximianus AA. Auxanoni. Si liqueat matrem tuam intervertenda quaestionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus in unum filium collatis exhausisse, cum adversus eorum cogitationes, qui consiliis supremum iudicium anticipare contendunt et actiones filiorum exhauriunt, aditum querellae ratio deposcat, quod donatum est pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti deminetur.

Kaiser Diokletian und Maximian an Auxanon. Erhellet, dass deine Mutter, um der Untersuchung über die Pflichtwidrigkeit ihres Testaments zu entgehen, ihr Vermögen durch Schenkungen an einen Sohn erschöpft hat, sollen die Schenkungen zur Erreichung des Viertels nach dem Vorbild des Verfahrens bei einem pflichtwidrigen Testament gekürzt werden, weil die Vernunft erheischt, dass einer Beschwerde gegen die Absicht derjenigen, die durch List ihrem letzten Willen vorgreifen und die Klagen ihrer Kinder leerlaufen lassen wollen, Gehör geschenkt wird.

Die Divergenz zur *querela inofficiosi testamenti*, die nach wie vor als Vorbild zitiert wird, lässt sich auf den ersten Blick sicher damit rechtfertigen, dass eine pflichtwidrige Schenkung dem Pflichtteilsberechtigten im Gegensatz zur seiner Enterbung ja nicht die Erbenstellung entzieht. Wird sie so angereichert, dass er über den Wert verfügt, den der Erblasser ihm hätte überlassen müssen, kann man zu dem Ergebnis gelangen, dass seine Interessen ausreichend berücksichtigt sind.

Genau besehen trägt dieser Gesichtspunkt jedoch keine unterschiedliche Behandlung von pflichtwidriger Schenkung und Enterbung. Denn der Erblasser kann die *querela inofficiosi testamenti* nicht nur durch eine letztwillige Verfügung zugunsten des Pflichtteilsberechtigten, sondern auch dadurch ausschließen, dass er ihm das gebührende Viertel zu Lebzeiten zuwendet. Kommt es nicht auf die Art und Weise an, wie der Pflichtteilsberechtigte die Quart erhält, kann es auch bei der einer beeinträchtigenden Schenkung nicht auf die erlangte Erbenstellung ankommen. Was sich in den diokletianischen Reskripten eigentlich Bahn bricht, ist vielmehr das Bestreben nach Vermeidung einer Überkompensation, die sich auch bei der Testamentsanfechtung konstatieren lässt: Reicht die Zuwendung des Viertels hin, um die Querel auszuschließen, erhält der Pflichtteilsberechtigte ungleich mehr, wenn das Testament ganz oder teilweise wegfällt. Vorgeschlagen hat einen Ergänzungsanspruch, der dieses Ungleichgewicht behebt,³⁶ schon Ulpian für den Fall, dass der Pflichtteilsberechtigte eine Schenkung erhalten hat,

³⁶ Sanguinetti, *Dalla querela*, S. 86 hält ihn nur für eine Alternative zur Testamentsanfechtung, so dass dem Pflichtteilsberechtigten die Wahl eröffnet ist.

die ihm das gebührende Viertel verschaffen soll, aber versehentlich dahinter zurückbleibt:³⁷

D 5.2.25pr Ulp 2 disp³⁸

Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur: potest dici inofficiosi querellam cessare, si quartam in donatione habet aut, si minus habeat, quod deest viri boni arbitrato repleatur: aut certe conferri oportere id quod donatum est.

Ist etwas nicht von Todes wegen, sondern unter Lebenden, aber mit der Absicht geschenkt worden, dass es auf das Viertel angerechnet wird, kann man sagen, dass die Beschwerde wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments versagt, wenn der Beschenkte das Viertel durch die Schenkung erhält oder das Fehlende nach dem Ermessen eines redlichen Mannes ergänzt wird, oder dass zumindest die Schenkung angerechnet werden muss.

Folgerichtig erstreckt der Autor der zu Diokletians Zeiten entstandenen Paulusentenzen das bei der *donatio inofficiosa* mittlerweile erprobte Regime auch auf die Querel, indem er einem Pflichtteilsberechtigten, der zwar als Erbe eingesetzt ist, aber weniger als das ihm gebührende Viertel enthält, einen Anspruch auf Ergänzung seines Erbteils gewährt:³⁹

PS 4.5.7

Filius iudicio patris si minus quarta portione consecutus sit, ut quarta sibi a coheredibus citra inofficiosi querellam impleatur, iure desiderat.

Hat ein Sohn nach dem Willen seines Vaters weniger als sein Viertel erhalten, verlangt er, ohne die Beschwerde wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments zu erheben, zu Recht, dass sein Erbteil bis zu dem Viertel ergänzt wird.

Dass dieser Anspruch regelrecht an die Stelle der Querel tritt und diese ausschließt, bestimmt aber erst ein Reformgesetz aus der Mitte des vierten Jahrhunderts; und dies auch nur für den Fall, dass der Erblasser selbst in seinem Testament die von Ulpian für die Schenkung vorgeschlagene Ergänzung nach dem ›*arbitrium viri boni*‹ angeordnet hat:⁴⁰

37 Für interpoliert erklären diesen Text zu Unrecht noch Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. 1, S. 711 Fn. 20, Bd. 2, S. 519 Fn. 32 und Wesener, *Vorjustinianische Ansätze*, S. 150.

38 Zum palinogenetischen Zusammenhang s. o. S. 111 Fn. 11.

39 Für eine bloße Alternative zur Querel hält diesen Anspruch Wesener, *Vorjustinianische Ansätze*, S. 150.

40 Dass es um eine Beschränkung des Zugangs zur Querel geht, betont Sanguinetti, *Dalla querela*, S. 79 ff., die in der Testamentsbestimmung eine vermächtnisähnliche Regelung sieht.

CTh 2.19.4 (19. Mai 361)⁴¹

Constantius A. et Iulianus C. Olybrio. Cum scribit moriens, ut arbitrato boni viri, si quid minus filiis sit relictum, quam modus quartae, quae per successionem bonis tantum liberis debetur, efflagitat, id ipsum ab herede eisdem in pecunia compleatur, manifestum est, nullam iam prorsus nec super testamento, nec super donationibus querelam remanere, praesertim cum universam eadem repellat et reprimat, quae ad pecuniam redigit, iusta taxatio.

Kaiser Constantius und Cäsar Julian an Olybrius. Hat jemand in Erwartung seines Todes bestimmt, dass, falls einem Sohn weniger als das erforderliche Viertel hinterlassen sein sollte, das den Kindern bei der Erbfolge geschuldet wird, es nach dem Ermessen eines redlichen Mannes durch eine Geldzahlung des Erben ergänzt wird, ist offensichtlich, dass weder wegen des Testaments noch wegen Schenkungen eine Beschwerde stattfinden kann, zumal die gehörige Schätzung sie erübrigt, was eine Geldzahlung anbelangt.

Justinian sieht auch von diesem Erfordernis ab und ersetzt die Querel⁴² generell durch einen Anspruch auf Ergänzungszahlung,⁴³ allerdings nur für diejenigen, die im Testament, wenn auch zu einem zu geringen Anteil, bedacht sind.⁴⁴

CJ 3.28.30pr-1 (1. Juni 528)

Imp. Iustinianus A. Menae pp. Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere quam liberis eorum vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat: ut, sive adiciatur testamento de implenda legitima portione sive non, firmum quidem testamentum sit, liceat

41 Ein anderer Teil derselben Konstitution ist in CTh 2.20.1 = CJ 3.29.9 (19. Mai 361) überliefert.

42 Dass Justinian hier von *subvertere* statt von *rescindere* spricht, führt Tuzov, TR 82 (2014) 233, 256 f. darauf zurück, dass er auch andere Angriffe auf die Gültigkeit des Testaments behandelt (*vel alio modo*).

43 Dass es auch hier die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Querel bezweckt ist, betont Sanguinetti, *Dalla querela*, S. 95.

44 In seinen Institutionen erwähnt er diese Reform mit folgenden Worten: IJ 2.18.3: *Sed haec ita accipienda sunt, si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est. quod nostra constitutio ad verecundiam naturae introduxit. sin vero quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficiosi querela quiescente id quod eis deest usque ad quartam legitimae partis repletur, licet non fuerit adiectum boni viri arbitrato debere eam repleri.* (»Aber dies gilt nur dann, wenn ihnen vom Erblasser überhaupt nichts hinterlassen ist. Dies hat unsere Verordnung aus Rücksicht auf die Natur eingeführt. Ist ihnen hingegen irgendein Erbteil oder eine Sache hinterlassen, soll die Beschwerde über die Pflichtwidrigkeit des Testaments ausgeschlossen und das, was zum rechtmäßigen Viertel fehlt, geleistet werden, auch wenn nicht hinzugefügt ist, dass es nach dem Ermessen eines redlichen Mannes ergänzt werden soll.«).

vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere, si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator edixit: nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare et huiusmodi quaestionem introducere. et haec quidem de his personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommisso, licet minorem legitima portione, reliquerint. (1) Sin vero vel praeterierint aliquam eorum personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione vel alia eorum mentione facta nihil eis penitus reliquerint, tunc vetera iura locum habere sancimus, nullam ex praesenti promulgatione novationem vel permutationem acceptura.

Kaiser Justinian an den Prätorianerpräfekten Mena. Wir wollen für den Willen aller Erblasser sorgen und einen wichtigen und häufigen Grund für die Beseitigung ihrer Verfügung abschaffen und beschließen deshalb, dass in bestimmten Fällen, in denen gewöhnlich eine Klage wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments der Verstorbenen oder mit Ziel, es aus anderem Grund zu beseitigen, erhoben wird, durch eine bestimmte gesetzliche Regelung Abhilfe sowohl für die Verstorbenen als auch für ihre Kinder und andere Personen geschaffen wird, denen diese Klage zustehen kann, so dass das Testament unabhängig davon, ob hierin etwas über die Ergänzung bis zum gesetzlichen Anteil bestimmt ist oder nicht, zwar Bestand haben soll, den Personen aber, die gegen das Testament als pflichtwidrig oder mit Ziel, es aus einem anderen Grund zu beseitigen, eine Beschwerde führen können, den Betrag, um den das Hinterlassene hinter dem Pflichtteil zurückbleibt, bis zu dessen Höhe ohne Hindernisse und unverzüglich fordern können, falls nicht gehörig vorgebracht wird, dass sie undankbar gewesen seien, indem nämlich der Erblasser behauptet hat, dass sie sich so gegenüber ihm verhalten hätten; denn wenn er sie nicht als undankbar erwähnt hat, soll es auch seinen Erben nicht erlaubt sein, sie undankbar zu nennen, und eine hierauf bezogene Untersuchung herbeizuführen. Und dies bestimmen wir für die Personen, die die Erblasser erwähnen und denen sie irgendeine Zuwendung durch Erbeinsetzung, Vermächtnis oder Fideikommiss hinterlassen, die hinter dem Pflichtteil zurückbleibt. (1) Haben sie aber eine von diesen Personen, die schon geboren oder vor der Errichtung des Testaments erzeugt, aber noch nicht geboren war, übergegangen oder enterbt oder zwar erwähnt, ihnen aber nichts hinterlassen, dann soll, wie wir verordnen, das alte Recht Platz greifen, ohne dass es durch die vorliegende Regelung eine Neuerung oder Veränderung erfährt.

Diese Lösung bleibt insofern dem Regime der *querela inofficiosae donationis* verhaftet, als der Stellung des Pflichtteilsberechtigten als Empfänger einer letztwilligen Verfügung ein Eigenwert zugemessen wird, der eine Beschränkung auf den Ergänzungsanspruch rechtfertigen soll. Die Einsicht, dass sie dies nicht kann, bricht sich erst in der Neuzeit Bahn, als die Querel schlechthin durch einen Anspruch auf den Pflichtteil ersetzt wird. Auch

dieser Schritt folgt der immanenten Logik der Entwicklung, die von der lebzeitigen Verfügung zum Erbrecht, von diesem wieder zurück und dann erneut zur Rechtsnachfolge von Todes wegen verläuft.

Fazit

Die Summe ist rasch gezogen:

Der Rekurs auf die Geisteskrankheit des Erblassers, der mit der Enterbung eines Pflichtteilsberechtigten verbunden ist, widerstreitet nachgerade der eigentlichen Grundlage der *querela inofficiosi testamenti*. Sie dient der Sanktion des Unrechts, das der Erblasser mit der Zurücksetzung seiner Angehörigen bewirkt hat. Diese in ausreichendem Maß zu bedenken ist ein Gebot der *pietas*, die im Fall der Erbfolge zu einer Rechtspflicht gesteigert ist. Der Vorwand der Geisteskrankheit lenkt hiervon ab und verleitet sogar zu dem Fehlschluss, es komme auf den mentalen Zustand des Erblassers an. Die römischen Juristen sehen sich folglich zu der Klarstellung veranlasst, dass es bei der Beschwerde gegen ein pflichtwidriges Testament eben nicht um die Testierfähigkeit, sondern allein um die grundlose Enterbung eines Pflichtteilsberechtigten geht.

Der *color insaniae* ist kein Erbe der Rhetorik. Die außerjuristischen Quellen, in denen eine Geisteskrankheit des Erblassers behauptet wird, sind nicht nur viel älter als die juristischen. Sie gehen auch nicht über die Alltagsrede vom wahnsinnigen, weil pflichtvergessenen Erblasser hinaus und lassen keine Verfeinerung zu einer bloß andeutenden Argumentation erkennen. Außerdem sind sie ebenso ambivalent wie das juristische Schrifttum, indem sie zugleich das Unrecht herausstellen, das mit der Enterbung eines Pflichtteilsberechtigten herbeigeführt ist. Eine Argumentation von juristischem Wert liegt allerdings in dem Verweis auf den Zwölftafelsatz über die Betreuung eines Geisteskranken. Er wird von Rhetor ad Herennium und Cicero zur Ableitung der Unwirksamkeit des Testaments bemüht. Im juristischen Schrifttum der hoch- und spätclassischen Zeit findet diese Überlegung aber keinen Widerhall mehr. Der einzige gesetzliche Anhalts-

punkt, den die Juristen für die *querela inofficiosi testamenti* suchen, ist die *lex Falcidia*, aus der sich die Quart als Pflichtteil ergibt.

Man kann den Vorwand der Geisteskrankheit des Erblassers auch nicht damit in Zusammenhang bringen, dass es für die Beschwerde im klassischen Recht zwei verschiedene Verfahren gibt, zum einen den Rechtsstreit vor dem altherwürdigen Hundertmännergericht, zum anderen den neueren Kognitionsprozess vor einem einzelnen Beamtenrichter. Es gibt keine Belege dafür, dass der *color insaniae* nur dazu eingesetzt würde, die im Zentrumviralgericht tätigen Laienrichter zu überzeugen, und in der Kognitur entbehrlich wäre. Zudem ist die für das Verfahren maßgebliche Grenze nicht durch die Zuständigkeit der Gerichte gezogen, sondern durch die Entwicklung des Instituts bedingt: Ursprünglich muss der Angriff auf ein pflichtwidriges Testament in einem Erbprätendentenstreit geführt worden sein, in dem sich entweder der Kläger, der die Herausgabe der Erbschaft verlangt, oder der Beklagte, der sie verweigert, auf die Pietätlosigkeit der letztwilligen Verfügung beruft. Erst später hat sich die *querela inofficiosi testamenti* als eigenständige Klage etabliert. Sie kann sowohl im Kognitionsverfahren als auch vor dem Hundertmännergericht betrieben werden, wo es lediglich der Abgabe eines Strafversprechens bedarf, mit dem die Parteien auf die Pflichtwidrigkeit oder Gültigkeit des Testaments wetten. Zur Durchsetzung seiner Rechtsposition beantragt der Beschwerdeführer, der nicht mehr unmittelbar die Herausgabe der Erbschaft fordert oder verweigert, die Erteilung eines einstweiligen Nachlassbesitzes, der sich mit dem erfolgreichen Abschluss des Rechtsstreits in eine endgültige *bonorum possessio cum re* wandelt. Da er dem Pflichtteilsberechtigten zu annähernd derselben Rechtsposition verhilft, wie sie ihm auch ein Sieg im Erbprätendentenstreit eintrüge, betrachten die Juristen beide Rechtsbehelfe als funktionsäquivalent. Ein Bezug zum *color insaniae* lässt sich auch bei dieser Dualität der Verfahren nicht ausmachen.

Erklären lässt sich der Rekurs auf eine vermeintliche Geisteskrankheit des Erblassers vermutlich auch nicht mit der *pietas*, die ein pflichtteilsberechtigter Angehöriger nicht nur erwarten darf, sondern seinerseits auch dem Erblasser zuteilwerden lassen muss. Erscheint die Behauptung, der Erblasser sei bei Errichtung seines Testaments nicht bei klarem Verstand gewesen, auf den ersten Blick auch weniger verletzend als der Vorwurf, dem Pflichtteilsberechtigten Unrecht getan zu haben, kann dies doch nicht den Ausschlag geben. Einerseits ist die Querel auch dann zuständig, wenn dem Erblasser kaum ein Verschulden im eigentlichen Sinn vorgehalten werden

kann. Andererseits zieht eine erfolglose Querel zwangsläufig die Erbunwürdigkeit des Beschwerdeführers nach sich, was sich nur rechtfertigen lässt, wenn das Verfahren selbst schon dem Ansehen des Erblassers abträglich und dem Querelanten als Fehlverhalten anzulasten ist.

Ebenfalls unwahrscheinlich ist ein Zusammenhang mit der Beweislast: Sie obliegt in vollem Umfang dem Pflichtteilsberechtigten, der nicht nur seine Enterbung, sondern auch darzutun hat, dass er dem Erblasser keinen Anlass für seine Zurücksetzung geboten hat. Dies lässt sich zwar durchaus mit Hilfe eines Vergleichs zur fehlenden Testierfähigkeit ableiten, die auch ein gesetzlicher Erbe nachzuweisen hat, der die Wirksamkeit des Testaments in Zweifel zieht. Man gelangt jedoch zu keinem anderen Ergebnis, wenn man von dem mit der Enterbung bewirkten Unrecht ausgeht. Es lässt sich gleichfalls als zusammengesetzter Tatbestand auffassen, der aus der Vernachlässigung des Pflichtteilsberechtigten und seinem tadellosen Lebenswandel besteht. Die einzige klassische Äußerung zur Beweislast legt dies näher als eine Verbindung mit dem *color insaniae*.

Die juristische Funktion dieses Arguments ergibt sich hingegen aus seinem Einsatzbereich: Während Marcell und Marcian den *color insaniae* lediglich allgemein vor- und klarstellen, dass die Geisteskrankheit des Erblassers nur fiktiv ist, kommt ihm bei Tryphonin und Paulus eine konkrete Funktion zu: Beide Juristen rechtfertigen mit seiner Hilfe die umfassende Nichtigkeit eines pflichtwidrigen Testaments. In Frage stehen kann diese Wirkung zum einen aus rein prozessualen Gründen, nämlich weil es in verschiedenen Prozessen zu abweichenden Urteilen über die letztwillige Verfügung gekommen ist. Daneben gibt es aber auch das materiellrechtliche Problem, ob sich die Querel in ihrer Wirkung auf die enterbende Verfügung beschränkt oder auch andere Teile des Testaments erfasst. Die Juristen sind sich hier einig, dass außer der Erbeinsetzung grundsätzlich auch abhängige Verfügungen in Gestalt von Vermächtnissen, Fideikommissen und Freilassungen kassiert werden, durch die der Pflichtteilsberechtigte belastet würde. Auch in der Frage, ob die Testamentsanfechtung die Erbenstellung eines anderen Pflichtteilsberechtigten berührt, lässt sich kein direkter Widerspruch feststellen. Vielmehr streben die Juristen danach, auch diesem zu einer Beteiligung am Nachlass zu verhelfen, und zwar selbst dann, wenn er zu den Testamentserben gehört. Dabei bedient sich Paulus ebenso wie im Fall der abhängigen Verfügungen des *color insaniae*, um zu dem Resultat zu gelangen, dass das Testament insgesamt hinfällig ist. Der Vorwand der Geisteskrankheit hat hier durchaus den Charakter einer Begründung. Denn er bringt in-

direkt zum Ausdruck, dass den Juristen sämtliche Verfügungen als von dem Ungeist erfasst gelten, der in der Enterbung des Pflichtteilsberechtigten zu Tage tritt. Der Erblasser war zwar nicht wirklich geisteskrank, die Errichtung des Testaments aber von einer derart zu missbilligenden Einstellung geprägt, dass man den hierin getroffenen Anordnungen schlechthin nicht trauen kann.

Dass die Juristen diese entscheidende Erwägung nicht unumwunden aussprechen, sondern mit dem *color insaniae* den Umweg über eine Andeutung wählen, entspricht ganz dem behutsamen Einsatz des Rekurses auf die guten Sitten, zu denen auch das Gebot der *pietas* zählt. An den *boni mores* lassen die Juristen gewöhnlich nicht ganze Verfügungen, sondern nur Bedingungen scheitern, die der Erblasser für Erbeinsetzungen oder andere Zuwendungen gemacht hat. Und sie wagen dies auch nur, weil der Prätor mit seinem Edikt gegen die Eidesbedingung eine gesetzesgleiche Regelung zur Bewältigung eines besonderen Falles der sittenwidrigen Bedingung geschaffen hat. Diese Zurückhaltung ist deshalb überaus bemerkenswert, weil ein Erblasser, der ein unsittliches Verhalten zur Bedingung einer Zuwendung macht, nicht nur diese, sondern auch und gerade die Erfüllung der sittenwidrigen Bedingung herbeiführen will. Lassen die Juristen die Zuwendung selbst bestehen, kann dies nur an dem überaus großem Respekt vor der Testierfreiheit liegen. Seitdem sie sich durch einen Schluss aus der Befugnis zur lebzeitigen Verfügung etabliert hat, bildet sie und nicht etwa die gesetzliche Rechtsnachfolge der Angehörigen die Basis des gesamten römischen Erbrechts. Eingriffe erfolgen mit größter Vorsicht und im Fall des *color insaniae* halb verdeckt, um nicht den Eindruck zu erwecken, die Rechtsordnung setze sich einfach über das ureigenste Recht eines Erblassers zur Bestimmung seiner Rechtsnachfolge hinweg.

Dass sie es im Fall der Zurücksetzung eines Pflichtteilsberechtigten aber schließlich doch tut, zeitigt einen Effekt für lebzeitige Geschäfte: Bilden sie den Ausgangspunkt für die Ausbildung der Testierfreiheit, wirkt deren Beschränkung nun auf sie zurück: Die Beschwerde über eine pflichtwidrige Verfügung wird letztendlich auch gegen Zuwendungen unter Lebenden zugelassen, mit denen ein Erblasser den Pflichtteil beeinträchtigt. Da er so nicht die Erbenstellung entzieht, geht man hier aber dazu über, dem Pflichtteilsberechtigten einen bloßen Ergänzungsanspruch zu gewähren, mit dem er lediglich seinen Pflichtteil wahren kann. Die Ungleichbehandlung von lebzeitigen und letztwilligen Verfügungen ist jedoch nicht auf Dauer tragbar. Kann schon der Pflichtteil auf beide Arten zugewendet werden, darf

der Umstand, ob jemand im Testament bedacht ist, keine Rolle spielen. Der Ergänzungsanspruch muss die Querel langfristig verdrängen. Es kommt zu einem ersten Retroeffekt auf das Erbrecht, indem man hier eine vom Erblasser selbst angeordnete Ergänzung für ausreichend erklärt. Der nächste Schritt besteht in der Gewährung eines Ergänzungsanspruchs für alle im Testament Bedachten, denen weniger als der Pflichtteil zugewandt worden ist. Damit ist der erst in der Neuzeit endgültig vollzogene Übergang auf einen allgemeinen Pflichtteilsanspruch vorprogrammiert. Die Entwicklung ist in einer Pendelbewegung von der lebzeitigen zur letztwilligen Verfügung, von dieser zurück zu Rechtsgeschäften unter Lebenden und dann wieder zum Erbrecht verlaufen.

Anhang

Die Ordnung des ulpianischen Ediktskommentars

Wie in den meisten Titeln der justinianischen Digesten ist auch im Abschnitt über die *querela inofficiosi testamenti* der Leittext Ulpian's Kommentar zum prätorischen Edikt. Er galt in der modernen Forschung lange Zeit als lemmatisches Werk, in dem die vom Prätor erlassenen Bestimmungen Wort für Wort erläutert werden.¹ Jüngere Arbeiten haben ein anderes Bild ergeben: Ulpian hält sich nicht durchgängig an den Text des Edikts, unterbricht ihn durch Einschübe und referiert Fallentscheidungen mit dem Ziel, deren Komplexität zu steigern.² Dem Text des Edikts kommt dabei mehr die Rolle eines äußeren Ordnungsschemas zu, mit dessen Hilfe Ulpian eine Sammlung für den informierten Fachkollegen erstellt.³ Bei den Abschnitten des Edikts, die dem Rechtsanwender nur wenig inhaltliche Vorgaben machen, schafft Ulpian diesen Rahmen selbst, indem er eine klare und leicht nachvollziehbare Grobeinteilung vornimmt. Innerhalb der so gebildeten Abschnitte bemüht er sich aber keineswegs um eine systematische Darstellung, die dem Leser das Verständnis erleichterte. Stattdessen stoßen wir auch hier auf Fallsammlungen, die Ulpian einem gut unterrichteten

1 Prägend war vor allem die Ansicht von Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, S. 225.

2 Babusiaux, *Der Kommentar als Haupttext*. Zur Gattung der *libri ad edictum* Ulpian's, in: Kästle/Jansen (Hg.), *Kommentare in Recht und Religion*, Tübingen 2014, S. 16, 29 ff. in Anknüpfung an Liebs, in: Herzog/Schmidt (Hg.), *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike*, Bd. 4, München 1997, S. 177 ff.

3 Babusiaux (Fn. 2), S. 46 ff.

Publikum präsentiert, dem sich die Ableitungszusammenhänge von selbst erschließen sollen.⁴

Vor diesem Hintergrund ist die Struktur des Kapitels über die *querela inofficiosi testamenti* von besonderem Interesse. Geht man davon aus, dass sie im Edikt des Prätors keine Erwähnung fand,⁵ haben wir es hier mit einem Abschnitt zu tun, dem jede Anbindung an den bearbeiteten Prätext fehlt. Ulpian ist daher in seiner Gestaltung völlig frei. Bemüht er sich zumindest hier um eine systematische Darstellung, die den Leser behutsam an den vom Edikt des Prätors nicht abgedeckten Stoff heranführt? Oder verfährt er wie in den Fällen, in denen das Edikt nur vage Vorgaben macht?

Die Antwort auf diese Fragen wird dadurch erleichtert, dass der Text des ulpianischen Kommentars im Digestentitel 5.2 fast ohne Unterbrechungen wiedergegeben ist. Er verteilt sich auf lediglich drei Fragmente, von denen das erste (D 5.2.1) gerade einmal einen Satz enthält. Das zweite (D 5.2.6) ist schon länger und nimmt in *Lenels* Palingenesie des ulpianischen Werks fast eine halbe Spalte ein. Der Rest, der in der Palingenesie fast drei Spalten einnimmt, gehört zum dritten, überaus langen Fragment (D 5.2.8). Erscheinen Ulpians Ausführungen daher zum ganz überwiegenden Teil im Zusammenhang, macht dies Kürzungen der justinianischen Gesetzesredaktoren von vornherein wenig wahrscheinlich. Zwar lässt sich nicht ausschließen, dass Passagen weggefallen sind. Mit solchen Auslassungen ist jedoch eher dann zu rechnen, wenn das Ergebnis der Redaktion ein Patchwork aus verschiedenen Quellen ist, und weniger, wenn wir es mit einem durchgängigen Text aus einem klassischen Werk zu tun haben.

Dass den Ausführungen zur *querela inofficiosi testamenti* der Ansatzpunkt im Edikt fehlt, lässt schon der Anfang der ulpianischen Kommentierung erahnen. Statt mit dem sonst üblichen Lob des Nutzens, den eine Anordnung des Prätors hat, beginnt Ulpian mit dem knappen Hinweis auf die Häufigkeit der Querel und nutzt ihn, um gleich zu seinem ersten Thema zu kommen. Es ist die Befugnis zur Klage, die er den *liberi* und *parentes* ohne Weiteres zuspricht, unter den Seitenverwandten aber nur dem Bruder des Erblassers:⁶

D 5.2.1 Ulp 14 ed (Ulp 485)

Sciendum est frequentes esse inofficiosi querellas: omnibus enim tam parentibus quam

4 Harke, *Libri ad edictum – libri ad Sabinum*. Zu den sogenannten Kommentaren des Domitius Ulpianus, Berlin 2022, S. 8 ff., 85 ff., 156 ff., 258 ff., 262.

5 S. o. S. 21.

6 Hiermit befasst sich Gagliardi, *Studi*, S. 6 ff.

liberis de inofficioso licet disputare. cognati enim proprii qui sunt ultra fratrem melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum optinere spem non haberent.

Man muss wissen, dass Beschwerden über die Pflichtwidrigkeit eines Testaments häufig vorkommen; allen Abkömmlingen und Eltern steht es nämlich frei, die Pflichtwidrigkeit eines Testaments zu behaupten. Außer dem Bruder tun die mannesstämmigen Verwandten des Erblassers aber besser daran, sich nicht mit unnötigen Aufwendungen zu belasten, weil sie keine Aussicht haben zu obsiegen.

Es nimmt nicht wunder, dass die justinianischen Kompilatoren diesen schmucklosen Einstieg noch um die Darstellung des *color insaniae* bei Marcian⁷ und Marcell⁸ angereichert haben. Diese Aussagen beziehen sich jedoch auf den Gegenstand der Beschwerde und passen damit eigentlich nicht zu Ulpians Thema, der bei der Aktivlegitimation bleibt. Ohne viel Worte geht er dabei direkt zum besonderen Fall eines Nachgeborenen über, dessen Befugnis zur Erhebung der Querel ihm deshalb erläuterungsbedürftig erscheint, weil er zum Zeitpunkt der Errichtung des angegriffenen Testaments noch nicht lebte.⁹ Ebenso wenig, wie dies seiner Beteiligung an der gesetzlichen Erbfolge entgegensteht, darf man ihm aber die Testamentsanfechtung versagen:¹⁰

D 5.2.6pr Ulp 14 ed (Ulp 487)

Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore: sed et cognatorum, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere. quid ergo? eis imputatur, cur intestati non decesserant? sed hoc nemo apud iudicem potest impetrare: non enim interdicitur testamenti factione. hoc plane ei imputare potest, cur eum heredem non scripserit: potuit enim scriptus heres in possessionem mitti ex clausula de ventre in possessionem mittendo: item natus secundum tabulas haberet. simili modo et eum, qui post testamentum matris factum exsecto ventre extractus est, posse queri dico.

Ein Nachgeborener kann die Pflichtwidrigkeit eines Testaments derjenigen Erblasser behaupten, deren Hauserbe oder gesetzlicher Erbe er geworden wäre, wenn er sich zum Zeit-

7 D 5.2.2 Marcian 4 inst; s. u. S. 24 ff., 107.

8 D 5.2.3, 5 Marcell 3 dig; s. u. S. 39, 64 f., 100 f., 106 f.

9 Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 494 schiebt dazwischen noch den in D 37.1.2 (Ulp 486) zu findenden Satz über die Gleichbehandlung von zivilrechtlichem Erben und Nachlassbesitzer ein: *In omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur*. Er ist zu allgemein, als dass sich ein konkreter Bezug zur Aktivlegitimation herstellen ließe. Eher passt er zu der Frage, gegen wen die Querel angestellt werden muss. Ein Abschnitt über die Passivlegitimation ist aber im Digestentitel 5.2 nicht überliefert.

10 S. o. S. 26 ff.

punkt des Todes schon im Mutterleib befand; aber auch die Pflichtwidrigkeit eines Testaments der kognatischen Verwandten kann er behaupten, weil er auch nach ihnen den Nachlassbesitz hätte erhalten können. Was gilt also? Kann man ihnen vorwerfen, dass sie nicht testamentslos gestorben sind? Aber hiermit wird niemand vor einem Richter gehört; denn die Testierfähigkeit ist ihnen nicht entzogen. Vorwerfen kann man ihnen aber, dass sie ihn nicht als Erben eingesetzt haben; als eingesetzter Erbe hätte er nämlich nach der Ediktsbestimmung über die Einweisung einer Leibesfrucht in den Nachlassbesitz eingewiesen werden können, und nach der Geburt behielte er diesen entsprechend dem Testament. Ich sage, dass auch derjenige klagen kann, der nach der Errichtung des Testaments seiner Mutter durch Kaiserschnitt zur Welt gekommen ist.

Ulpian übergeht, dass ein *postumus suus*, wenn er im Testament keine Erwähnung gefunden hat, überhaupt nicht auf die Querel angewiesen ist, weil die letztwillige Verfügung schon mit seiner Geburt ihre Wirkung eingebüßt hat. Stattdessen weist er darauf hin, dass nach seiner Ansicht auch als nachgeboren gilt, wer durch Kaiserschnitt auf die Welt kommt, nachdem die Mutter gestorben ist. Die Gleichstellung mit einem natürlich Geborenen fordert Ulpian an verschiedenen Stellen seines Edikts¹¹ und Sabinuskomentars¹². Im Fall der *querela inofficiosi testamenti* ist sie deshalb einer besonderen Erwähnung wert, weil jedenfalls die bei der Geburt gestorbene Mutter keine Möglichkeit hatte, ihr Testament noch zu ändern. Dies bleibt aber deshalb ohne Belang, weil sie vorher auf das erwartete Kind hätte Rücksicht nehmen können.

Nach diesem sehr speziellen Fall wendet sich Ulpian den Konsequenzen zu, die ein Fehlen der Aktivlegitimation hat. Eigentlich müsste sie zur Zurückweisung des Antrags führen. Obsiegt der Beschwerdeführer gleichwohl aus Zufall, weil der Richter den Mangel seiner Berechtigung nicht bemerkt, bedeutet dies aber noch nicht, dass er die Erbschaft behalten darf. Vielmehr muss er sie demjenigen herausgeben, der nach dem Wegfall des Testaments vorrangig zur gesetzlichen Erbfolge berufen ist:¹³

D 5.2.6.1 Ulp 14 ed (Ulp 487)

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.

11 D 6.2.11.5 Ulp 16 ed (zur Ersitzung eines Sklavenkindes); D 38.8.1.9 Ulp 46 ed (zur *bonorum possessio* am Nachlass der Mutter).

12 D 28.2.12 Ulp 9 Sab (zur *testamenti ruptio*); D 38.17.1.5 Ulp 12 Sab (zur gesetzlichen Erbfolge).

13 S. o. S. III f.

Hat jemand, der nicht zur gesetzlichen Erbfolge zugelassen ist, wegen pflichtwidrigen Testaments geklagt (woran ihn niemand hindert) und aus Zufall gewonnen, nützt ihm sein Sieg nichts, sondern denjenigen, die zur gesetzlichen Erbfolge berufen sind; denn er macht den Familienvater testamentslos.

Zum Thema der Aktivlegitimation gehört auch die Frage, inwieweit eine Rechtsnachfolge in das Beschwerderecht stattfindet. Ulpian will hier großzügig verfahren und eine Vorbereitung der Querel ausreichen lassen, um diese dem Rechtsnachfolger des Pflichtteilsberechtigten zu eröffnen.¹⁴ Er verweist auf Papinian und kaiserliche Reskripte:

D 5.2.6.2 Ulp 14 ed (Ulp 487)

Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querellam transferat? Papinianus respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur, si post adgnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis. et si non sit petita bonorum possessio, iam tamen coepta controversia vel praeparata, vel si cum venit ad movendam inofficiosi querellam decessit, puto ad heredem transire.

Ist jemand nach Erhebung der Klage wegen pflichtwidrigen Testaments gestorben, stellt sich die Frage, ob er das Recht zur Beschwerde auf seinen Erben überträgt. Papinian hat befunden, was auch in einigen Reskripten festgestellt wird, nämlich dass eine Rechtsnachfolge in die Klage stattfindet, wenn er nach Beantragung des Nachlassbesitzes gestorben ist. Auch wenn dieser noch nicht beantragt worden, der Rechtsstreit aber schon aufgenommen oder vorbereitet worden oder jemand gestorben ist, als er sich anschickte, die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments erheben, geht das Recht zu dieser, so glaube ich, auf den Erben über.

Vermutlich durch das Papinianizitat angeregt ist, dass Ulpian anschließend auf die Frage eingeht, ob der Vater eines gewaltunterworfenen Sohnes die Beschwerde für diesen erheben kann. Wieder verweist er auf den älteren Juristen, der sich auf den Zweck der Querel beruft, ein dem Sohn widerfahrendes Unrecht zu sanktionieren: Obwohl der Sohn noch nicht rechtsfähig ist, darf der Vater die Beschwerde weder gegen dessen Willen erheben noch nach dessen Tod fortführen:¹⁵

D 5.2.8pr Ulp 14 ed (Ulp 489)

Papinianus libro quinto quaestionum recte scribit inofficiosi querellam patrem filii sui nomine instituere non posse invito eo: ipsius enim iniuria est. sequenti loco scribit, si filius post adgnitam litis ordinandae gratia bonorum possessionem decesserit, finitam esse inofficiosi querellam, quae non patri, sed nomine dabatur filii.

¹⁴ S. o. S. 85 f.

¹⁵ S. o. S. 34 f., 86 f.

Papinian schreibt im fünften Buch seiner Rechtsfragen zu Recht, ein Vater könne die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit eines Testaments nicht im Namen seines Sohnes gegen dessen Willen erheben; denn es geht um das dem Sohn zugefügte Unrecht. Anschließend schreibt er, dass, wenn der Sohn gestorben ist, nachdem er zur Einleitung des Verfahrens den Nachlassbesitz erlangt hat, die Beschwerde wegen pflichtwidrigen Testaments erledigt sei, weil sie nicht zugunsten des Vaters, sondern des Sohnes eröffnet sei.

Mit der vorher behandelten Frage der Rechtsnachfolge ist dieses Problem nur äußerlich durch den Umstand verbunden, dass der Pflichtteilsberechtigte vor Abschluss des Verfahrens stirbt. Bei einem gewaltabhängigen Kind kommt es nämlich nicht zu einer Erbfolge, weil es mangels Rechtsfähigkeit noch kein vererbliches Vermögen hat. Dennoch passt es ebenso wie der Übergang der Beschwerdebefugnis zum übergeordneten Thema der Aktivlegitimation, das Ulpian hier in speziellen Konstellationen ausleuchtet.¹⁶

Nicht völlig entfernt liegt auch das anschließend behandelte Problem, welche Wirkung eine Rücknahme der Beschwerde hat:

D 5.2.8.1 Ulp 14 ed (Ulp 490)

Si quis post rem inofficiosi ordinatam litem dereliquerit, postea non audietur.

Hat jemand nach Erhebung der Beschwerde über die Pflichtwidrigkeit eines Testaments den Rechtsstreit aufgegeben, darf er später nicht mehr gehört werden.

Die Frage ließe sich eigentlich besser in dem Abschnitt über die Folgen einer Querel behandeln. Man kann sie aber auch unter dem Gesichtspunkt betrachten, dass dem Beschwerdeführer nach der Rücknahme seines Antrags fortan die Aktivlegitimation fehlt.

Ein ganz neues Kapitel schlägt Ulpian hingegen in dem folgenden Abschnitt auf:

D 5.2.8.2-4 Ulp 14 ed (Ulp 491)

Si imperator sit heres institutus, posse inofficiosum dici testamentum saepissime rescriptum est. (3) Papinianus libro secundo responsorum ait contra veterani patris familias testamentum esse inofficiosi querellam, etsi ea sola bona habuit quae in castris quaesierat. (4) Si quis in militia fecerit testamentum et intra annum post militiam decesserit, dubito an, quia ad hoc usque temporis iure militari testamentum eius valet, querella inofficiosi cesset: et potest dici querellam inofficiosi cessare.

Schon häufig ist entschieden worden, dass auch dann, wenn der Kaiser als Erbe eingesetzt ist, die Pflichtwidrigkeit eines Testaments behauptet werden kann. (3) Papinian schreibt

¹⁶ Zu dem Fragment D 50.17.123pr (Ulp 488), das Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 494 voranstellt, s. o. S. 86 Fn. 92.

im zweiten Buch seiner Rechtsgutachten, dass gegen das Testament eines Familienvaters, der Veteran war, die Beschwerde wegen seiner Pflichtwidrigkeit auch dann geführt werden kann, wenn er nur Vermögen besaß, das er im Militärdienst erworben hatte. (4) Hat jemand sein Testament während seines Militärdienstes errichtet und ist innerhalb eines Jahres nach dessen Ende gestorben, erwäge ich, ob, da das Testament bis zu diesem Zeitpunkt nach Militärrecht gilt, die Beschwerde über die Pflichtwidrigkeit des Testaments ausscheidet; und ich kann behaupten, dass sie ausscheidet.

Nachdem er festgestellt hat, dass die Einsetzung des Kaisers nicht privilegiert ist und eine Beschwerde des Pflichtteilsberechtigten nicht auszuschließen vermag, befasst sich Ulpian mit dem Testament eines ehemaligen Soldaten. Er stellt fest, dass es vom Anwendungsbereich der Querel nicht etwa deshalb ausgenommen ist, weil der Veteran sein Vermögen ausschließlich während des Militärdienstes erworben hat. Die Privilegien, die Soldaten bei der Testamentserrichtung, insbesondere im Hinblick auf Formerfordernisse, genießen, knüpfen nämlich nicht an die Herkunft der zum Nachlass gehörenden Gegenstände an. Stattdessen sind sie der Rücksicht auf Soldaten nichtrömischen Ursprungs geschuldet, die im römischen Testamentswesen unerfahren sind.¹⁷ Dies rechtfertigt es aus Ulpians Sicht auch, ein von einem Soldaten stammendes Testament nicht der Beschwerde über seine Pflichtwidrigkeit auszusetzen.¹⁸ Dies gilt freilich nur, solange auch die Formerfordernisse suspendiert sind, also längstens für ein Jahr nach der Entlassung aus dem Militärdienst.¹⁹

Bemerkenswert ist, dass Ulpian das Privileg für Soldatentestamente erst erwähnt, nachdem er zuvor schon den Fall eines Veteranen behandelt hat.²⁰ Die hier maßgebliche Rechtsfrage ergibt sich nämlich erst aus der Sonderstellung des Soldatentestaments, die zumindest auf den ersten Blick mit der Herkunft des Vermögens eines Soldaten verknüpft sein könnte. Ulpian erklärt dem Leser diese Zusammenhänge ebenso wenig, wie er ihn an das Problem durch eine geordnete Darstellung heranführt. Er setzt voraus, dass das Soldatenprivileg bekannt ist, und widmet sich zunächst dem schwierigeren und erst dann dem Grundfall.

Mit der vorher betrachteten Erbeinsetzung des Kaisers haben beide Konstellationen nur eines gemein: Es geht um besondere Beteiligte. Ansonsten

17 Gai 2.109. Vgl. Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. 1, S. 681.

18 Diese Ansicht bekundet Ulpian auch an einer Stelle seiner *opinionēs*; vgl. D 5.2.27.2 Ulp 6 op.

19 UE 23.10.

20 Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 494 schließt hieran noch die in D 49.17.1 überlieferte Bemerkung an, dass ein Verbleib des Vermögens eines Soldaten bei dessen Vater nicht die Erbfolge präjudiziert.

ist die Fallfrage völlig verschieden: Einmal ist es die Begünstigung einer besonders ehrbaren Person, die Zweifel an der Pflichtwidrigkeit der Enterbung aufkommen lässt; das andere Mal sind es die Umstände der Testamentserrichtung und des Vermögenserwerbs, die eine gesteigerte Rücksicht auf den Willen des Erblassers erheischen könnten.

Nur unter dem Gesichtspunkt, dass es um eine ungewöhnliche Personenkonstellation geht, fügen sich auch die folgenden Entscheidungen ein, die Ulpian wiederum teilweise von Papinian übernimmt:²¹

D 5.2.8.5 Ulp 14 ed (Ulp 491)

Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit (et ita Papinianus respondit): nec patris frater, quia filii testamentum est: ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit: nisi si pro parte patris rescissum est: tunc enim pupillare valet.

Aber auch die Mutter eines unmündigen Sohnes kann sich nicht auf die Pflichtwidrigkeit von dessen Testament berufen, weil der Vater es für ihn errichtet hat (und dies hat auch Papinian befunden); und auch nicht der Bruder des Vaters, weil es das Testament des Sohnes ist; also auch nicht der Bruder des Unmündigen, wenn er nicht die Pflichtwidrigkeit des Testaments des Vaters behauptet hat. Hat er aber das Testament des Vaters überwunden, gilt auch das des Unmündigen nicht, falls es nicht nur im Hinblick auf das Vermögen des Vaters aufgehoben worden ist; dann gilt nämlich das Testament des Unmündigen.

Die Pupillarsubstitution ist eine singuläre Erscheinung, die auch Besonderheiten für die *querela inofficiosi testamenti* mit sich bringt: Da hier der Vater eines unmündigen Kindes über dessen Rechtsnachfolge bestimmt, fallen die Rollen von Erblasser und Testator auseinander. Wie Ulpian am Beispiel der Mutter und des Onkels des Erblassers zeigt, kann dies dazu führen, dass die Beschwerde trotz Enterbung erfolglos ist. Dies gilt entweder, weil sich der Vater als Urheber der Verfügung mangels Verwandtschaftsverhältnisses zum Pflichtteilsberechtigten kein pflichtwidriges Verhalten vorhalten lassen muss, oder aus dem Grund, dass ein gesetzlicher Erbe des Vaters über kein Pflichtteilsrecht im Verhältnis zu dessen unmündigen Sohn verfügt.

Der folgende Textabschnitt ist einem neuen Gegenstand gewidmet, der Ulpian auch in den folgenden Passagen beschäftigt. Ulpian kommt hier erneut auf die Pupillarsubstitution zu sprechen:

D 5.2.8.6 Ulp 14 ed (Ulp 492)

Si quis mortis causa filio donaverit quartam partem eius quod ad eum esset perventurum,

²¹ S. o. S. 133 ff.

si intestatus pater familias decessisset, puto secure eum testari. (7) Si quis impuberi filio substituit secundas tabulas faciendo, non ob hoc admitemus ipsum impuberem ad inofficiosi querellam.

Hat jemand seinem Sohn von Todes wegen ein Viertel dessen geschenkt, was er erlangt hätte, wenn der Vater ohne Testament gestorben wäre, glaube ich, kann er unbesorgt ein Testament errichten. (7) Hat jemand für seinen unmündigen Sohn in einem zweiten Testament einen Ersatzerben bestimmt, lassen wir den Unmündigen selbst deshalb nicht zur Beschwerde wegen der Pflichtwidrigkeit des Testaments zu.

Ulpian behandelt zunächst den Pflichtteil, dessen Zuwendung die Beschwerde über die Pflichtwidrigkeit des Testaments ausschließt. Statt allgemein festzustellen, dass er sich auf ein Viertel des gesetzlichen Erbteils beläuft, nimmt Ulpian das Thema mit der Bemerkung auf, der Erblasser könne beruhigt sein Testament machen, wenn er dem Pflichtteilsberechtigten das Viertel durch eine Schenkung von Todes wegen zugewandt hat. Dies kann man auf zweifache Weise verstehen: Man kann es entweder als Hinweis auf die lebzeitige Zuwendung als weitere Möglichkeit zur Verhinderung der Beschwerde deuten, die gewöhnlich durch eine Einsetzung auf den Pflichtteil ausgeschlossen wird; oder man kann es als Rat auffassen, ein Erblasser tue gut daran, für den Pflichtteil schon vor Errichtung seiner letztwilligen Verfügung zu sorgen. In diesem zweiten Fall käme dem Satz vielleicht noch die Funktion einer Einleitung zu, im anderen eröffnete Ulpian die Abhandlung zum Pflichtteil unumwunden mit einer speziellen Frage.

Mit der folgenden Entscheidung zur Pupillarsubstitution scheint Ulpian auf den ersten Blick wieder zu dem zuvor behandelten Thema zurückzukehren. Man ist daher versucht zu erwägen, ob nicht die Reihenfolge, in der die beiden Sätze im Original standen, verändert worden ist. Dass die Einsetzung eines Ersatzerben für einen unmündigen Sohn diesem kein Beschwerderecht eröffnet, kann man aber durchaus auch auf das Problem des Pflichtteils beziehen. Indem er sich auf die Substitution beriefe, machte der Sohn ja gerade geltend, er sei nicht in gehöriger Weise berücksichtigt worden, weil die Erbschaft im Fall seines Todes auf den Ersatzerben übergeht. Da dies nur in dem Fall gilt, dass er vor Erreichen der Mündigkeit und damit zu einem Zeitpunkt stirbt, in dem er noch nicht wirksam von Todes wegen verfügen kann, beeinträchtigt die Ersatzerbeneinsetzung ihn aber nicht in seiner Verfügungsbefugnis, so dass auch sein Pflichtteil nicht in Frage gestellt ist.

Im nächsten Passus ist das Thema des Pflichtteils mit der Frage verknüpft, welche Wirkung es hat, wenn nur einer von mehreren Pflichtteilsberechtigten das Testament anfecht:²²

D 5.2.8.8 Ulp 14 ed (Ulp 493)

Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querellam, videndum erit an exheredatus partem faciat qui non queritur: ut puta sumus duo filii exheredati. et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus: unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querella excludit.

Da ein Viertel des geschuldeten Anteils zum Ausschluss der Beschwerde genügt, müssen wir zusehen, ob ein Enterbter, der sich nicht beschwert, an der Rechtsnachfolge teilnimmt, wie zum Beispiel, wenn wir zwei enterbte Söhne sind. Wie Papinian befunden hat, darf ich in jedem Fall, wenn nur ich die Pflichtwidrigkeit behaupte, nicht die gesamte Erbschaft, sondern nur die Hälfte fordern. Und deshalb schließt, wenn Enkel von zwei Söhnen vorhanden sind, von einem mehrere, etwa drei, von dem anderen nur einer, diesen ein Achtel und jene ein Vierundzwanzigstel von der Beschwerde aus.

Die Ermittlung des Viertels richtet sich nach der Erbfolge, wie sie eingetreten wäre, wenn der Erblasser kein Testament hinterlassen hätte. Dies bedeutet insbesondere, dass der Nachlass unter den zu bildenden Stämmen von Abkömmlingen aufgeteilt wird. Ulpian nutzt diese unstreitige Lösung, um eine Antwort auf die schwierigere Frage zu geben, ob die Querel eines von mehreren Pflichtteilsberechtigten diesem die gesamte Erbschaft einbringt oder er den eingesetzten Erben nur im Hinblick auf seinen eigenen gesetzlichen Erbteil verdrängt. Ulpian entscheidet sich im Anschluss an Papinian für diese zweite Variante. Die von ihm selbst angedeutete Begründung lautet: Bestimmt die gesetzliche Erbfolge, wie sie ohne das Testament eintritt, das Maß des Pflichtteils vor, muss sie auch den Ausschlag dafür geben, wie weit die Anfechtung reicht. Der Beschwerdeführer erhält von dem Testamentserben nur seinen gesetzlichen Erbteil und erspart dem anderen Pflichtteilsberechtigten nicht, ebenfalls gegen den eingesetzten Erben vorzugehen.

Nach diesem komplexen Rasonnement, das den Rahmen des Themas ersichtlich sprengt, konzentriert sich Ulpian wieder auf das Viertel, verfällt dabei aber erneut auf schwierige Schlussfolgerungen:

D 5.2.8.9 Ulp 14 ed (Ulp 495)

Quarta autem accipietur scilicet deducto aere alieno et funeris impensa: sed an et liberta-

22 S. o. S. 128 ff.

tes quartam minuant, videndum est. et numquid minuant? nam si, cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet Falcidiam, Falcidia autem libertates non minuit: potest dici deductis libertatibus quartam ineundam. cum igitur placet quartam minui per libertates, eveniet ut, qui servos tantum habet in patrimonio suo, dando eis libertatem inofficiosi querellam excludat: nisi forte hic filius, si non fuit in potestate, a patre heres institutus merito omittit hereditatem et ad substitutum transmittens querellam inofficiosi instituet, [vel] <ut> ab intestato citra edicti poenam habeat hereditatem.

Aber das Viertel wird so verstanden, dass es abzüglich der Schulden und der Aufwendungen für das Begräbnis bestimmt wird; ob auch Freilassungen das Viertel verringern, müssen wir zusehen. Und wie sollten sie es nicht verringern? Wenn nämlich jemand, der als Alleinerbe eingesetzt ist, nicht die Pflichtwidrigkeit des Testaments behaupten kann, weil er das falzidische Viertel hat, dieses aber Freilassungen nicht beeinträchtigt, so kann man sagen, dass das Viertel auch hier abzüglich der Freilassungen zu bestimmen ist. Da also das Viertel anerkanntermaßen durch die Freilassungen verringert wird, kann es vorkommen, dass jemand, der nur Sklaven in seinem Vermögen hat, durch deren Freilassung die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments ausschließt; falls nicht etwa ein aus der Gewalt entlassener Sohn, der vom Vater als Erbe eingesetzt ist, die Erbschaft zu Recht ausschlägt, auf den Ersatzerben übergehen lässt und die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments erhebt, um die Erbschaft ohne die im Edikt vorgesehenen Nachteile zu erhalten.

Ulpian befasst sich nun mit der Berechnung des Wertes, den der Pflichtteil hat. Hierauf kommt es vor allem in dem schon behandelten Fall an, dass der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten jenseits des Testaments durch eine Zuwendung unter Lebenden abfinden will. Selbstverständlich müssen dabei die Begräbniskosten und die vom Erblasser stammenden Schulden abgezogen werden, weil diese auch den Wert des gesetzlichen Erbteils mindern. Schwer fällt dagegen die Beurteilung von Freilassungen, weil sie ja auf dem angegriffenen Testament beruhen. Ulpian sieht sich zu einem komplizierten Schluss aus dem Recht der *lex Falcidia* gezwungen.²³ Wer als Alleinerbe eingesetzt ist, soll sich auch dann nicht über die Pflichtwidrigkeit des Testaments beschweren können, wenn der Erblasser ihn weitgehend mit Vermächtnissen beschwert hat; denn ihm verbleibt nach dem falzidischen Gesetz stets ein Viertel, das selbst dann als Pflichtteil ausreicht, wenn er

23 Deshalb zieht Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 495 hierzu auch die andernorts überlieferte knappe Feststellung, dass bei der Berechnung der falzidischen Quart der wirkliche Wert der Nachlassgegenstände (und nicht etwa die Angabe des Erblassers im Testament) zugrunde zu legen ist; vgl. D 35.2.42 Ulp 14 ed (Ulp 494). Seine genaue Stellung im Originaltext lässt sich natürlich nicht mehr ermitteln.

auch bei der gesetzlichen Erbfolge als Alleinerbe zum Zuge käme. Ist bei der Berechnung der falzidischen Quart anerkannt, dass Freilassungen unberücksichtigt bleiben und nicht etwa zugunsten des Erben gekürzt werden, darf nach Ulpian's Ansicht nichts anderes für die Bemessung des Pflichtteils gelten. Sein Wert wird durch die Freilassungen also gemindert, obwohl diese im Fall der gesetzlichen Erbfolge ausfielen.

Ist dieser Schluss, für sich genommen, auch nicht zu beanstanden, ist seine Grundlage doch zweifelhaft: Man kann sich im Gegensatz zu Ulpian durchaus auf den Standpunkt stellen, dass auch ein testamentarischer Alleinerbe zur Erhebung der Querel befugt sein kann. Voraussetzung ist nur, dass er nach Abwicklung aller Belastungen, denen er durch die letztwillige Verfügung ausgesetzt ist, weniger als den Wert eines Viertels des Erbteils erhält, der ihm im Wege der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre. Setzt Ulpian sich nicht mit dieser Möglichkeit auseinander, könnte dies daran liegen, dass er, eingenommen von der vordergründigen Überzeugungskraft seiner Überlegung, von einer näheren Überprüfung seines Rasonnements abgesehen hat. Näher liegt, dass er sich, ob bewusst oder unbewusst, von dem *favor libertatis* leiten lässt, der ihn zu einer Privilegierung von Freilassungen bestimmt.

Dass sich Ulpian seiner Sache keineswegs sicher ist, zeigt der Fortgang seiner Erörterung.²⁴ Hier steigert er seine Entscheidung zu der extremen Folgerung, ein Erblasser, dessen Vermögen ausschließlich aus Sklaven besteht, könne seinem gesetzlichen Erben dessen Pflichtteil vollständig dadurch entziehen, dass er sämtliche Sklaven freilässt. Für diesen Fall weist Ulpian dem Erben aber einen Ausweg, indem er auf die zumindest für einen freigelassenen Sohn bestehende Möglichkeit zur Ausschlagung der Erbschaft hinweist. Kommt dann ein Ersatzerbe zum Zug, liegt eine vollständige Enterbung vor, die dem Sohn die Befugnis zur Querel eröffnet. Auch hier unterläuft Ulpian ein Denkfehler. Genau besehen, müsste die Beschwerde auch im Fall des Übergangs auf den Ersatzerben daran scheitern, dass Freilassungsanordnungen unberücksichtigt bleiben. Denn sie bewirken, dass es überhaupt keinen Pflichtteil gibt, den der Sohn zur Grundlage seiner Beschwerde machen könnte.

Im Folgenden beschäftigt sich Ulpian mit dem Sonderfall, dass der Erblasser seinem gesetzlichen Erben den Pflichtteil nicht selbst zuwendet, sondern zum Gegenstand einer Bedingung für den eingesetzten Erben, einen

24 S. hierzu auch o. S. 72 Fn. 47.

Vermächtnisnehmer oder einen Sklaven macht, der sich seine Freiheit durch die Leistung an den Pflichtteilsberechtigten erkaufen muss:²⁵

D 5.2.8.10 Ulp 14 ed (Ulp 495)

Si condicioni parere testator heredem iussit in persona filii vel alterius qui eandem querellam movere potest et sciens is accepit, videndum, ne ab inofficiosi querella excludatur: agnovit enim iudicium. idem est et si legatarius ei vel statuliber dedit. et potest dici excludi eum, maxime si heredem ei iusserat dare: ceterum si legatarium, numquid semel natam inofficiosi querellam non peremat legatarii oblatio? cur ergo in herede absolute diximus? quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querella. ego eventum puto sequendum in hac re, ut, si forte antequam iudicium moveatur oblatio ei fiat eius quod relictum est, quasi ex voluntate testatoris oblato eo satis ei factum videatur.

Hat ein Erblasser seinem Erben eine Bedingung zugunsten seines Sohnes oder eines anderen, der die Beschwerde erheben kann, auferlegt und hat dieser die Leistung angenommen, müssen wir zusehen, ob er von der Beschwerde wegen pflichtwidrigen Testaments ausgeschlossen ist; denn er hat die letztwillige Verfügung anerkannt. So verhält es sich auch, wenn ein Vermächtnisnehmer oder ein bedingt Freigelassener etwas geleistet hat. Und man kann sagen, dass er ausgeschlossen ist, vor allem wenn dem Erben eine Leistung an ihn auferlegt worden ist; lässt aber die Leistung eines Vermächtnisnehmers das einmal entstandene Recht zur Beschwerde wegen pflichtwidrigen Testaments wieder wegfallen? Warum haben wir dies im Fall des Erben unbedingt behauptet? Weil vor dem Antritt der Erbschaft auch das Recht zur Beschwerde nicht entsteht. Ich glaube, man muss das Ergebnis betrachten, so dass, wenn ihm vor der Erhebung der Klage das ihm Hinterlassene angeboten wird, er so angesehen werden muss, als sei er durch das befriedigt, was ihm mit dem Willen des Erblassers angeboten wird.

Für ausgemacht hält Ulpian nur die Beurteilung des Falles, in dem die Leistung von dem Erben selbst stammt. Denn erst wenn er die Erbschaft antritt, entsteht die Befugnis zur Beschwerde über die Pflichtwidrigkeit des Testaments. Ulpian will aber nicht anders entscheiden, wenn der Pflichtteil von einem Vermächtnisnehmer oder bedingt freigelassenen Sklaven geleistet wird. Auch in diesem Fall gilt nämlich, dass der gesetzliche Erbe den Pflichtteil mit Willen des Erblassers erhalten hat.

Im letzten Abschnitt des Kapitels über den Pflichtteil strengt Ulpian wieder einen Vergleich zur *lex Falcidia* an. Er hilft ihm bei der Lösung des Falles, in dem jemand zwar zu einem größeren Anteil als dem ihm gebührenden Viertel Erbe wird, den Nachlass aber kraft eines Universalfideikommis ses an einen anderen weitergeben soll. Ulpian hält es für ausreichend, wenn er durch den zwischenzeitlichen Gebrauch der Nachlassgegenstände und er-

²⁵ S. o. S. 81 ff.

zielten Früchte dem Werte nach in den Genuss des ihm zustehenden Pflichtteils kommt:²⁶

D 5.2.8.11 Ulp 14 ed (Ulp 495)

Unde si quis fuit institutus forte ex semisse, cum ei [sextans] ex substantia testatoris deberetur, et rogatus esset post certum temporis restituere hereditatem, merito dicendum est nullum iudicium movere, cum debitam portionem et eius fructus habere possit: fructus enim solere in Falcidiam imputari non est incognitum. ergo et si ab initio ex semisse heres institutus rogetur post decennium restituere hereditatem, nihil habet quod queratur, quoniam facile potest debitam portionem eiusque fructus medio tempore cogere.

Ist jemand, dem ein [Sechstel] des Vermögens des Erblassers geschuldet war, zur Hälfte zum Erben eingesetzt und gebeten worden, die Erbschaft nach einer gewissen Zeit herauszugeben, ist daher zu Recht zu sagen, dass er keine Klage erheben kann, da er den geschuldeten Anteil und die hieraus gezogenen Früchte behalten darf; denn es ist nicht unbekannt, dass man die Früchte auf das falzidische Viertel anrechnet. Auch wenn der von vornherein zur Hälfte zum Erben Eingesetzte gebeten wird, die Erbschaft nach zehn Jahren herauszugeben, kann er sich nicht beschweren, weil er in der Zwischenzeit leicht den ihm geschuldeten Anteil nebst Früchten erwirtschaften kann.

Die beiden nächsten Sätze haben einen neuen Gegenstand. Es geht um die Durchsetzung der Querel im Prozess. Ulpian geht das Thema aber wiederum keineswegs systematisch an, sondern beschränkt sich auf Bemerkungen zu zwei spezifischen Fragen:

D 5.2.8.12-13 Ulp 14 ed (Ulp 496–497)

Si quis et irritum dicat testamentum vel ruptum et inofficiosum, condicio ei deferri debet, utrum prius movere volet. (13) Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis, scriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in modum contradictionis querellam inducat, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.

Behauptet jemand, dass ein Testament unwirksam oder infolge der Nichterwähnung eines Hauserben ungültig oder pflichtwidrig ist, muss ihm die Wahl überlassen bleiben, welches Rechtsbehelfs er sich zuerst bedienen will. (13) Ist ein enterbter Sohn im Besitz der Erbschaft, kann der eingesetzte Erbe zwar die Erbschaft herausverlangen, der Sohn aber auch im Gegenzug die Beschwerde erheben, wie er sie erheben könnte, wenn er die Erbschaft nicht besäße, sondern seinerseits herausverlangte.

26 Da sich das nach klassischem geschuldete Viertel des gesetzlichen Erbteils niemals auf ein Sechstel der Erbschaft belaufen kann, muss die Erwähnung des *sextans* auf eine nachträgliche Redaktion des Textes in byzantinischer Zeit zurückgehen, in der es zu einer grundlegenden Reform des Pflichtteilsrechts kommt (s. o. S. 21 f.). Von welchem Pflichtteil Ulpian gesprochen hat, ist offen. Geht man zwei Kindern des Erblassers aus, müsste es ein Achtel des Nachlasses gewesen sein.

Nachdem sich die Testamentsanfechtung einmal von der Erbschaftsklage geschieden hat,²⁷ stellt sich die Frage nach beider Verhältnis, wenn der Pflichtteilsberechtigte das Testament nicht nur für pflichtwidrig, sondern bereits für nichtig hält, etwa weil eine der im Testament als enterbt zu erwähnenden Personen nicht aufgeführt ist.²⁸ Während die Pflichtwidrigkeit im Wege der Querel geltend zu machen ist, muss über die anfängliche Unwirksamkeit des Testaments im Rahmen einer Erbschaftsklage gestritten werden. Ulpian überlässt dem Pflichtteilsberechtigten die Wahl, welches der beiden Verfahren er zuerst anstrengt. Da beide seine Stellung als gesetzlicher Erbe bestätigen und ihm den Besitz an der Erbschaft eintragen,²⁹ hat sich mit der erfolgreichen Erhebung der einen Klage der andere Rechtsbehelf erledigt.

Nicht nebeneinander zuständig, sondern gegenläufig sind Querel und Erbschaftsklage in dem zweiten Fall, in dem der Pflichtteilsberechtigte den Nachlass schon innehat und der Testamentserbe ihn herausverlangt. Hier muss der Pflichtteilsberechtigte mit der Testamentsanfechtung nicht etwa abwarten, bis der Prozess über die Erbschaftsklage mit dem Sieg des Testamentserben und dessen Einweisung in den Nachlassbesitz endet. Stattdessen kann er die Pflichtwidrigkeit des Testaments schon als Verteidigungsmittel einsetzen, um hiermit die Erbschaftsklage abzuwehren.

Nachdem er so zwei Fragen der Verfahrensgestaltung behandelt hat, widmet sich Ulpian in einem deutlich längeren Abschnitt den Folgen der Querel. Er beginnt dabei mit dem Fall, dass diese erfolglos bleibt: Der Beschwerdeführer gilt hier als erbunwürdig und verliert sogar eine Zuwendung, die der Erblasser ihm im Testament unterhalb der Schwelle des Viertels gemacht hat. Ulpian führt dies als Grundsatz auf und benennt dann die Ausnahmen, die von diesem Prinzip zu machen sind: Der Verfall an den Fiskus findet nicht statt, wenn das Verfahren vorzeitig durch Rücknahme des Antrags oder den Tod des Beschwerdeführers geendet hat. Er bleibt ferner aus, wenn das Verfahren wegen der Abwesenheit des Beschwerdeführers durch Versäumnisurteil entschieden worden ist. In allen diesen Konstellationen ist die Beschwerde zwar ohne Erfolg geblieben, aber keiner inhaltlichen Überprüfung durch den Richter unterzogen worden. Da sie

27 S. o. S. 67 f.

28 S. o. S. 18 f.

29 S. o. S. 86 ff.

durchaus begründet gewesen sein könnte, ist das Verdikt der Erbunwürdigkeit unangebracht.³⁰

D 5.2.8.14 Ulp 14 ed (Ulp 498)

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. sed ei demum aufertur quod testamento datum est, qui usque ad sententiam iudicum lite improba perseveraverit: ceterum si ante sententiam destitit vel decessit, non ei aufertur quod datum est: proinde et si absente eo secundum praesentem pronuntietur, potest dici conservandum ei quod accepit. ...

Es gilt aber zu beachten, dass derjenige, der zu Unrecht behauptet hat, ein Testament sei pflichtwidrig, und damit keinen Erfolg gehabt hat, verliert, was er aus dem Testament erhalten hat, und ihm dieses vom Fiskus wegen Erbunwürdigkeit entzogen wird. Aber das durch das Testament Zugewandte wird nur demjenigen entzogen, der das zu Unrecht betriebene Verfahren bis zur Entscheidung der Richter geführt hat; hat er hingegen vor der Entscheidung davon abstandgenommen oder ist er gestorben, wird ihm nicht entzogen, was ihm zugewandt worden ist; auch wenn in seiner Abwesenheit zugunsten des Anwesenden entschieden worden ist, kann man sagen, dass ihm erhalten bleibt, was er erhalten hat. ...

Hieran schließt sich eine Bemerkung zum Umfang des Verfalls an. Sie zielt auf die Konstellation eines Universalfideikommisses. Muss der erfolglose Beschwerdeführer den Nachlass an einen Fideikommissar herausgeben, beschränkt sich die Einziehung durch den Fiskus auf den Anteil, der ihm infolge des falzidischen Gesetzes verbleibt. Ulpian beruft sich hier wie schon in den vorangehenden Passagen abermals auf Papinian:

D 5.2.8.14 Ulp 14 ed (Ulp 498)

... eo autem solo carere quis debet, cuius emolumentum ad eum pertinet: ceterum si id rogatus fuit restituere, non debet iniuria fieri. unde non male Papinianus libro secundo responsorum refert, si heres fuit institutus et rogatus restituere hereditatem, deinde in querella inofficiosi non optinuit, id quod iure Falcidiae potuit habere solum perdere.

... Er muss aber nur das herausgeben, was ihm als Gewinn verblieben ist; ist ihm hingegen aufgegeben worden, den Nachlass an einen anderen auszukehren, darf ihm kein Unrecht geschehen. Daher berichtet Papinian im zweiten Buch seiner Rechtsgutachten, dass ein Erbe, wenn er eingesetzt und ihm aufgegeben worden ist, die Erbschaft herauszugeben, und er anschließend mit der Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments keinen Erfolg hat, nur das verliert, was er nach dem Recht des falzidischen Gesetzes haben könnte.

30 S. o. S. 95 ff.

Es folgt ein weiterer sehr spezieller Fall, in dem die Einziehung einer Zuwendung wegen Erbunwürdigkeit aber nicht etwa nur beschränkt ist, sondern ganz ausscheidet.³¹ Ist jemand als Unmündiger adoptiert und dann aus der Gewalt entlassen worden, ist er weder Hauserbe seines Adoptivvaters, noch gilt er als dessen emanzipierter Sohn. Aus diesem Grund erhält er kraft einer Konstitution von Antoninus Pius ein Viertel der Erbschaft, wenn ihm dieser Erbteil nicht schon ohnehin von seinem Adoptivvater hinterlassen wird. Ist seiner Beschwerde damit von vornherein der Erfolg versagt, will Ulpian ihn aber dennoch nicht als erbunwürdig gelten lassen; denn der Richter hätte ihn gar nicht zur Querel zulassen dürfen und trägt damit zum überwiegenden Teil die Verantwortung für die Durchführung des ehrenrührigen Verfahrens.³²

D 5.2.8.15 Ulp 14 ed (Ulp 500)

Si quis impubes adrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querella, cum habeat quartam ex constitutione divi Pii. quod si egit nec optinuit, an quartam perdat? et puto aut non admittendum ad inofficiosum, aut si admittatur, etsi non optinuerit, quartam ei quasi aes alienum concedendam.

Ist ein Minderjähriger als Kind angenommen worden und gehört er zu denjenigen, die trotz der Adoption und späteren Entlassung aus der Gewalt die Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit eines Testaments erheben können, ist er, wie ich glaube, von der Beschwerde auszuschließen, weil ihm das Viertel nach der Verordnung des göttlichen Pius zusteht. Was soll gelten, wenn er geklagt und nicht obsiegt hat, verliert er dann das Viertel? Und ich glaube, dass er entweder gar nicht erst zur Beschwerde wegen Pflichtwidrigkeit eines Testaments zuzulassen ist oder, wenn er zugelassen worden ist, aber nicht obsiegt hat, ihm das Viertel gleichsam als geschuldet zuzugestehen ist.

Nach den Konsequenzen, die eine Niederlage des Beschwerdeführers hat, stellt Ulpian die Rechtsfolgen seines Sieges dar. Sein Fokus liegt dabei auf der Drittwirkung, die von der Testamentsanfechtung ausgeht.³³

D 5.2.8.16 Ulp 14 ed (Ulp 501)

Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est

31 Besteht damit eine inhaltliche Verknüpfung zwischen § 14 und § 15, lässt sich dazwischen schwerlich mit Lenel, *Palinnesia*, Bd. 2, Sp. 496 das Fragment D 34.9.4 (Ulp 499) einschieben. Hier geht es um eine Erbunwürdigkeit infolge der Behauptung einer Testamentsfälschung durch den eingesetzten Erben. Diesen Fall kann Ulpian nur im Rahmen eines Exkurses behandelt haben.

32 S. o. S. 96 f.

33 S. o. S. 116 ff.

et bonorum possessor, si hoc se contendit: et libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui optinuit et haec utili actione repetuntur. fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui optinuit repetit: et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt.

Hat ein Richter wegen eines pflichtwidrigen Testaments erkannt und gegen dieses entschieden und ist keine Berufung eingelegt worden, ist es automatisch unwirksam; und ein Hauserbe, zu dessen Gunsten entschieden worden ist, wird zum Nachlassbesitzer, wenn er dies beantragt; und die Freilassungen sind automatisch ungültig; und es werden keine Vermächtnisse geschuldet, sondern was geleistet worden ist, entweder von dem Leistenden oder von dem, der obsiegt hat, zurückgefordert, und zwar mit einer zweckdienlichen Klage. Ist die Leistung vor Einleitung des Rechtsstreits erfolgt, fordert aber gewöhnlich derjenige, der obsiegt hat, zurück; und so haben der göttliche Hadrian und der göttliche Pius beschieden.

Der erfolgreiche Beschwerdeführer erhält nicht nur den Nachlassbesitz, sondern erstreitet mit der Querel auch seine Befreiung von Vermächtnissen und Freilassungsanordnungen. Diese werden zugleich mit der enterbenden Verfügung kassiert. Während andere Juristen diese Gesamtwirkung mit dem *color insaniae* verständlich machen wollen, begnügt sich Ulpian damit, von einer *ipso iure* eintretenden Unwirksamkeit zu sprechen. Mit ihr wäre im Fall von Vermächtnissen und Fideikommissen freilich noch nichts gewonnen, wenn der Testamentserbe sie schon erfüllt hat. Denn es gilt das Verbot der Rückforderung einer Leistung, die irrtümlich auf eine nicht bestehende Schuld aus dem Testament erbracht worden ist. Seit Reskripten der Kaiser Hadrian und Antoninus Pius wird sie jedoch dadurch überwunden, dass zu ihrer Rückabwicklung eine zweckdienliche Klage gewährt wird. Der Grund liegt auf der Hand: Bis zur Entscheidung über die Querel war das Testament ja gültig und die Forderung des Vermächtnisnehmers oder Fideikommissars wirklich vorhanden. Eine Verpflichtung zur Rückgewähr ist überhaupt erst seit der erfolgreichen Testamentsanfechtung denkbar. Ulpian weist den korrespondierenden Anspruch nicht nur dem Testamentserben als Urheber der Leistung zu, sondern hält auch den Pflichtteilsberechtigten für aktivlegitimiert. Damit nimmt er das Ergebnis einer Abtretung dieses Anspruchs vorweg, die der Testamentserbe vornehmen muss, um die schon erbrachte Leistung bei der Herausgabe der Erbschaft anspruchsmindernd berücksichtigen zu können.

Es folgt eine Sonderregelung für den Fall, dass die Querel erst nach der Ausschlussfrist von fünf Jahren, aber unter Berufung auf einen Hinderungsgrund erhoben wird, der eine Wiedereinsetzung des Beschwerdeführers

in den vorigen Stand rechtfertigt. In diesem Fall sollen die Freilassungen Bestand haben, die sofort mit dem Antritt der Erbschaft durch den Testamentserben wirksam geworden oder, obwohl nur fideikommissarisch verfügt, dann tatsächlich vorgenommen worden sind. Der erfolgreiche Beschwerdeführer soll von den ehemaligen Sklaven bloß zum Ausgleich für den so erlittenen Verlust einen Pauschalbetrag erhalten:

D 5.2.8.17 Ulp 14 ed (Ulp 501)

Plane si post quinquennium inofficiosum dici coeptum est ex magna et iusta causa, libertates non esse revocandas, quae competierunt vel praestitae sunt, sed viginti aureos a singulis praestandos victori.

Wird die Behauptung einer Pflichtwidrigkeit des Testaments freilich aus einem wichtigen und hinreichenden Grund erst nach Ablauf von fünf Jahren erhoben, sind die Freilassungen, die unmittelbar erfolgten oder schon vorgenommen wurden, nicht mehr rückgängig zu machen, sondern von den einzelnen Freigelassenen jeweils zwanzig Goldstücke an den Sieger zu zahlen.

Demselben Thema ist ein Fragment gewidmet, das die Kompilatoren in den Digestentitel über das Berufungsverfahren eingestellt haben.³⁴ Um dieses Rechtsmittel geht es aber nur ganz am Anfang des Textes, dessen übergreifender Gegenstand die Wirkung der Testamentsanfechtung auf weitere Verfügungen des Erblassers in besonderen Konstellationen ist. Das *principium* handelt von dem Fall, dass der eingesetzte Erbe und der Pflichtteilsberechtigte gemeinsame Sache machen, um diese Verfügungen zu Fall zu bringen:

D 49.1.14pr Ulp 14 ed (Ulp 503)

Si per lusorio iudicio actum sit adversus testamentum, an ius faciat iudex, videndum. et divus Pius, cum inter coniunctas personas diceretur per collusionem in necem legatariorum et libertatum actum, appellare eis permisit. et hodie hoc iure utimur, ut possint appellare: sed et agere causam apud ipsum iudicem, qui de testamento cognoscit, si suspicantur non ex fide heredem causam agere.

Wird in einem zum Schein geführten Verfahren gegen ein Testament geklagt, müssen wir zusehen, ob der Richter Recht schafft. Und der göttliche Pius erlaubte, als vorgebracht wurde, die Parteien hätten sich verabredet und in heimlichem Einverständnis zum Nach-

³⁴ Wegen der inhaltlichen Verbindung fällt es schwer, das von Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 496 Fn. 3 dazwischen geschobene Fragment D 40.7.19 (Ulp 502) einzuordnen. Es lässt keinerlei Bezug zur *querela inofficiosi testamenti* erkennen und behandelt einen Fall, in dem eine Freilassungsanordnung trotz Ausfalls der hierfür gemachten Bedingung wegen des *favor libertatis* und im Gegensatz zu einem Vermächtnis gültig ist. Lenel nimmt an, Ulpian wolle im Hinblick auf den Bestandschutz für Freilassungen dartun, dass diese anderen Regeln folgen können als Vermächtnisse.

teil der Vermächtnisnehmer und Freigelassenen gehandelt, diesen, Berufung einzulegen. Und dies halten wir heute noch so; aber sie können die Sache auch bei dem Erstrichter betreiben, der über das Testament erkennt, wenn sie den Verdacht haben, dass der Erbe die Sache die Sache nicht mit dem nötigen Ernst betreibt.

Betreiben die Parteien das Beschwerdeverfahren nur zum Schein, um die Rechte der Vermächtnisnehmer und Freigelassenen zu untergraben, sind diese nach einer Entscheidung des Kaisers Antoninus Pius befugt, anstelle des Testamentserben Berufung einzulegen.³⁵ So können sie sich gegen das Urteil wenden, das wegen des kollusiven Zusammenwirkens der Parteien nicht als Ausweis der wirklichen Rechtslage gelten kann. Ulpian zieht aus der kaiserlichen Entscheidung den Schluss, dass sie sich auch schon in der ersten Instanz an dem Prozess beteiligen und das Testament als Nebenintervenienten auf der Seite des eingesetzten Erben verteidigen dürfen.³⁶

Im zweiten Teil des Textes befasst sich Ulpian mit einem Versäumnisurteil zulasten des Testamentserben. Wieder ist es eine kaiserliche Entscheidung, mit denen Freigelassenen, Vermächtnisnehmern und in diesem Fall auch Fideikommissaren geholfen wird. Marc Aurel hat in einem Brief befunden, dass ihre Rechte durch die Testamentsanfechtung unberührt bleiben. Das Versäumnisurteil wirkt nur im Verhältnis zum eingesetzten Erben, der dem Pflichtteilsberechtigten weichen muss. Dieser ist aber an die Freilassungsanordnungen, Vermächtnisse und Fideikommissen gebunden:³⁷

D 49.1.14.1 Ulp 14 ed (Ulp 503)

Quotiens herede non respondente secundum adversarium sententia datur, rescriptum est nihil nocere neque legatis neque libertatibus. et hoc divorum fratrum epistula continetur ad Domitium in haec verba: ›Quod absente possessore nec quoquam nomine eius respondente pronuntiatum est, non habet rei iudicatae auctoritatem nisi adversus eum solum qui adesse neglexerit. quare his, qui testamento libertates vel legata vel fideicommissa acceperunt, salvae sunt actiones, si quas habuerunt, perinde ac si nihil esset iudicatum: et ideo adversus eum qui vicit permittimus eis agere‹.

Für den Fall, dass das Urteil wegen der Abwesenheit des Erben für seinen Gegner ausfällt, ist schon beschieden worden, dass dies weder den Vermächtnissen noch den Freiheitsanordnungen schadet. Und dies wird mit folgendem Wortlaut in einem Brief der göttli-

³⁵ Erwähnt wird das kaiserliche Reskript auch in D 49.1.5.1–2 Marcian 1 app; hierzu Müller-Eiselt, *Divus Pius*, S. 124 ff.

³⁶ Ulpian stellt dies auch in D 5.2.29pr Ulp 5 op fest. – Dass die Beteiligung der Vermächtnisnehmer an dem Verfahren erster Instanz noch nicht Gegenstand der Entscheidung von Antoninus Pius war, nimmt zu Recht Müller-Eiselt, *Divus Pius*, S. 125 f. an.

³⁷ S. o. S. 124 ff.

chen Brüder an einen gewissen Domitius festgehalten: »Ein Urteil, dass in Abwesenheit des Erbschaftsbesitzers und ohne seine Vertretung verkündet worden ist, entfaltet nur Rechtskraft gegenüber demjenigen, der das Verfahren versäumt hat. Daher bleiben denjenigen, die ihre Freiheit, Vermächtnisse oder Fideikommiss erhalten haben, ihre Rechte erhalten, und zwar so, als ob kein Urteil gefällt worden wäre; und deshalb erlauben wir ihnen, gegen den Sieger zu klagen.«

Im Text der Konstitution ist von der Rechtskraft des Urteils die Rede, die jedoch im Verhältnis der Parteien, die das Verfahren geführt haben, gar nicht in Frage gestellt wird. Treffender könnte man sich hier der von Ulpian im *principium* verwendeten Formulierung bedienen und davon sprechen, dass die Entscheidung kein Recht schafft. Denn das Versäumnisurteil ergeht allein aufgrund der Abwesenheit des Beklagten und ohne inhaltliche Prüfung des Begehrens des Pflichtteilsberechtigten. In diesem Punkt liegt auch der sachliche Zusammenhang zwischen den beiden in diesem Fragment behandelten Fällen: Hier wie dort leidet die der Querel stattgebende Entscheidung unter einem Defizit, das sich einmal aus dem kollusiven Zusammenwirken der Parteien, das andere Mal aus dem Charakter eines Versäumnisurteils ergibt. Es bindet jeweils zwar die Parteien,³⁸ nicht aber Drittbetroffene, die das Verhalten der Prozessparteien nicht beeinflussen können.³⁹

Überblicken wir Ulpians Darstellung der *querela inofficiosi testamenti*, gelangen wir zu demselben Befund, den die Passagen zu den Klagen liefern, die dem Rechtsanwender nur wenig konkreten Anhalt bieten: Auch bei der Testamentsanfechtung, für die das prätorische Edikt keinerlei Vorgaben macht, verfährt Ulpian so, dass er den Stoff einer eingängigen Gliederung unterwirft, seinem Leser aber ansonsten keine Hilfestellung bietet:

Ulpian beginnt mit der Befugnis zur Erhebung der Querel und entwickelt den hierin zu findenden personalen Aspekt dann weiter, indem er Fälle unter Beteiligung besonderer Personen wie *princeps*, Soldaten und unmündigen Erben beleuchtet. Sodann befasst er sich in dem längsten Abschnitt dieses Kapitels mit dem Pflichtteil, dessen Zuwendung die Querel ausschließt. Es folgen prozessuale Aspekte, bevor er die Folgen des Verfahrens, zunächst im

38 Richtig Müller-Eiselt, *Divus Pius*, S. 122 f., der Antoninus Pius attestiert, einen prozessökonomischen Mittelweg zwischen Bestand und Nichtigkeit des Urteils gefunden zu haben.

39 Keinen Bezug zur *querela inofficiosi testamenti* weist das von Lenel, *Palingenesia*, Bd. 2, Sp. 497 abgeschlossene Fragment D 40.5.1 (Ulp 504) auf, in dem es um die Durchsetzung einer fideikommissarischen Freilassungsanordnung gegenüber einer Erbengemeinschaft geht, deren Mitglieder teilweise abwesend sind. Ein inhaltlicher Konnex lässt sich nur zu dem Fall des Versäumnisurteils herstellen, bleibt aber auch hier sehr assoziativ.

Fall seiner Erfolglosigkeit und dann bei einem Sieg des Beschwerdeführers behandelt.

Dieser klaren Stoffeinteilung korrespondiert keine vergleichbare Binnenordnung der einzelnen Abschnitte, in denen Ulpian sich auch keine Mühe macht, den Leser an das Thema heranzuführen: Seine Einleitung beschränkt sich auf den Hinweis, dass Beschwerden über pflichtwidrige Testamente häufig sind. Ulpian verbindet ihn schon mit einer knappen Übersicht über den Kreis der Pflichtteilsberechtigten. Dann geht er zu dem speziellen Fall eines *postumus* über, bevor er die Wirkung der Beschwerde eines nicht pflichtteilsberechtigten Erben untersucht. Es folgen die Probleme einer Rechtsnachfolge in die Aktivlegitimation und der Vertretung eines unmündigen Sohnes durch seinen Vater sowie die Rücknahme einer Querel.

Disparat sind naturgemäß auch die Konstellationen, die Ulpian in dem Abschnitt über besondere Beteiligte behandelt. Wo sie aber doch zusammenhängen, nämlich beim Veteranen- und Soldatentestament, widmet sich Ulpian erst der schwierigeren Situation, bevor er auf die Grundkonstellation des Soldatentestaments zu sprechen kommt, aus dem sich erst die Fallfrage bei der letztwilligen Verfügung eines Veteranen ergibt.

Den Pflichtteil stellt Ulpian nicht allgemein vor, sondern weist bloß darauf hin, dass er auch durch Geschäft unter Lebenden zugewandt werden kann. Dann geht er schon auf sehr speziellen Fall der Pupillarsubstitution ein, bevor er von der Berechnung des Pflichtteils auf die Reichweite der Querel bei mehreren Pflichtteilsberechtigten schließt. Es folgen die komplexen Fragen, wie sich Freilassungen auf die Berechnung des Pflichtteils auswirken, ob dieser auch durch einen Dritten zugewandt werden kann und wie sich ein Universalfideikommiss auswirkt.

In dem Abschnitt über prozessuale Fragen behandelt Ulpian die Klagenkonkurrenz zum gewöhnlichen Erbprätendenstreit, und wie die Querel als Verteidigungsmittel eingesetzt werden kann.

Unter den Folgen der *querela* sucht sich Ulpian zunächst den Grundsatz aus, dass der erfolglose Beschwerdeführer erbunwürdig wird. Ulpian stellt ihn vor allem anhand der Ausnahmen vor, in denen er gerade nicht zur Anwendung kommt, und gelangt dabei rasch zu dem Sonderfall der *quarta divi Pii*. Von den Konsequenzen einer erfolgreichen Beschwerde interessiert sich Ulpian vor allem für das Problem, wie eine schon erbrachte Leistung bei Gesamtwirkung der Testamentsanfechtung rückgängig zu machen ist. Außerdem widmet er sich der Frage, unter welchen Umständen Freilassungen,

Vermächtnisse und Fideikommissе ausnahmsweise Bestand haben und wie den Begünstigten Rechtsschutz zu gewähren ist.

Wie man sieht: In den übersichtlich gebildeten Abschnitten versammelt Ulpian in erster Linie schwierige Fälle, deren Lösung sich nicht von selbst versteht. Zu einem nicht geringen Teil stammen sie von Papinian, den Ulpian hier häufig und exklusiv zitiert. Ulpian nimmt dabei keine Umwege und hält sich nicht mit Erklärungen auf. Dass es solche im Originaltext gab und der Redaktion des Textes für die Aufnahme in Justinians Digesten zum Opfer gefallen sind, ist alles andere als wahrscheinlich. Denn gerade die byzantinischen Kompilatoren hätten ein Interesse an solchen Erklärungen gehabt. Fehlen sie, muss schon Ulpian auf verzichtet haben. Er wendet sich mit seiner schnörkellosen Darstellung nicht an Leser, die erst an die Probleme herangeführt werden müssen. Stattdessen verfasst er ein Journal für den wohlinformierten Fachkollegen, dem er das komplexe Fallmaterial zur *querela inofficiosi testamenti* präsentiert.

Literatur

- Arcaria, Francesco, »Septemvitalia iudicia. Contributo alla storia della querela inofficiosi testamenti in età classica«, in: Russo Ruggeri (Hg.), *Studi in onore di Antonio Metro*, Mailand 2010, Bd. 1, S. 51100.
- Buongiorno, Pierangelo, *Ad legem Glitiam*. Eine rätselhafte *lex publica*, die *fasti* der Jahre 21 und 22 n. Chr. und die Gestalt der kognitorischen *querela inofficiosi testamenti* im 1. Jhdt. n. Chr., SZ 132 (2015) 96–125.
- Di Lella, Luigi, *Querela inofficiosi testamenti*. Contributo allo studio della successione necessaria, Neapel 1972.
- Di Ottavio, Daniela, *Ricerche in tema di querela inofficiosi testamenti*, Neapel 2012.
- Eisele, Fridolin, *Zur Querela inofficiosi*, SZ15 (1894) 256–306.
- Gagliardi, Lorenzo, *Decemviri e centumviri*. Origine et competenze, Mailand 2002.
- *Studi sulla legittimazione alla querela inofficiosi testamenti in diritto romano e bizantino*, Mailand 2017.
- Jobbé-Duval, Émile, »Explication de la loi 16 au Code de inofficioso testamento 3,28«, in: *Mélanges Gerardin*, Paris 1907, S. 355–397.
- Kaser, Max, *Das römische Privatrecht*, 2. Aufl., Bd. 1, München 1971, Bd. 2, München 1974
- Krüger, Hugo, *Querela inofficiosi testamenti*, SZ 57 (1937) 94–111.
- »Zum römischen Pflichtteilsrecht«, in: *Festschrift für Koschaker*, Bd. 2, Weimar 1939, S. 256–276.
- La Pira, Giorgio, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Florenz 1930.
- Lenel, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2 Bde., Leipzig 1889.
- *Das Edictum Perpetuum*. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl., Leipzig 1927.
- Longchamps de Bériér, Franciszek, »La buona fede mortis causa? Le disposizioni *poenae nomine* e la *querela inofficiosi testamenti*«, in: Garofalo (Hg.), *Il ruolo della buona fed oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Mailand 2003, Bd. 2, S. 397–415.
- Marrone, Matteo, *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti*, SDHI 21 (1955) 74–122.
- *Querela inofficiosi testamenti*, AUPA 27 (1959) 153–163.
- *Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti*, AUPA 27 (1959) 165–179.
- Müller-Eiselt, Klaus-Peter, *Divus Pius constituit*. *Kaiserliches Erbrecht*, Berlin 1982.

- Paulus, Christoph, *Die Verrechtlichung der Familienbeziehungen in der Zeit der ausgehenden Republik und ihr Einfluß auf die Testierfreiheit*, SZ 111 (1994) 425–435.
- Querzoli, Serena, *I testamenti e gli officia pietatis. Tribunale centuvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Neapel 2000.
- Renier, E., *Étude sur l'histoire de la querela inofficiosi testamenti en droit romain*, Lüttich 1942.
- Ribas-Alba, José Maria, *La desheredación injustificada en derecho romano*, Granada 1998.
- *Una pretendida controversia entre Papiniano – Ulpiano e Paulo: en torno a D. 5.2.19 (Paulo, 2 quaest.) y una hipótesis sobre la legítima*, IVRA 42 (1991) 75–98.
- Sanguinetti, Andrea, *Dalla querela alla portio legitima. Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperiale e giustiniana*, Mailand 1996.
- Tellegen, Jan W., *The Roman law of succession in the letters of Pliny the Younger*, Bd. 1, Zutphen 1982.
- Tellegen-Couperus, Olga, *Testamentary succession in the constitutions of Diocletian*, Zutphen 1982.
- Tort-Martorelli, Carmen, »La aportación de Papiniano al problema de qué porción hereditaria puede relcamar el legitimado a interponer una querela inofficiosi testamenti«, in: Linares u. a. (Hg.), *Liber amicorum Juan Miquel*, Barcelona 2006, S. 983–1003.
- Tuzov, Danii, *Sull'uso di rescindere in materia di testamenta inofficiosi nelle fonti romane*, TR 82 (2014) 233–260.
- Voci, Pasquale, *Diritto ereditario, romano*, Bd. 2: *Successione ab intestato. Successione testamentaria*, Mailand 1963.
- *Diritto ereditario, romano*, 2. Aufl., Bd. 1: *Parte generale*, Mailand 1967.
- Watson, Alan, *The law of succession in the later Roman republic*, Oxford 1971.
- Wesener, Gunter, »Vorjustinianische Ansätze zur *actio ad suppendam legitimam*«, in: ders. u. a. (Hg.), *Festschrift für Kränzlein*, Granz 1986, S. 149–156.
- von Woeß, Friedrich, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter*, Berlin 1911.
- Wolf, Joseph Georg, »Funktion und Struktur der *mancipatio*«, in: *Recht im frühen Rom. Gesammelte Aufsätze*, Berlin 2015, S. 115–140 (= Humbert (Hg.), *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne*, Paris 1998, S. 501–516).
- Wurm, Michael, *Apokeryxis, Abdicatio und Exhereditatio*, München 1972.
- Zimmermann, Reinhard, »Die Erbfolge gegen das Testament im römischen Recht«, in: Röthel (Hg.), *Reformfragen des Pflichtteilsrechts*, Köln u. a. 2007, S. 97–117.
- Zoz de Biasio, Maria Gabriella, *I rimedi contro gli atti in frode ai legittimari in diritto romano*, Mailand 1978.

Verzeichnis der juristischen Quellen

Gai institutiones (Gai)

- 1.119 14 f.
- 1.122 14 Fn. 7
- 2.62 53 f.
- 2.63 53 f.
- 2.64 53 f.
- 2.10 112 Fn. 5
- 2.103 12 ff.
- 2.104 12 ff.
- 2.109 173 Fn. 17
- 2.119 18 Fn. 23
- 2.120 18 Fn. 23
- 2.123 18 Fn. 27
- 2.124 19 Fn. 28
- 2.130 19 Fn. 29
- 2.131 19 Fn. 29
- 2.132 19 Fn. 29
- 2.135 19 Fn. 30
- 2.157 38 Fn. 34
- 2.227 20 Fn. 38
- 2.270 116 Fn. 23
- 2.271 62 Fn. 8, 116 Fn. 23
- 2.283 117 Fn. 29
- 3.8 17 Fn. 20
- 3.9 16 Fn. 18
- 3.10 16 Fn. 18
- 3.11 16 Fn. 18
- 3.12 16 Fn. 18
- 3.13 16 Fn. 18
- 3.14 16 Fn. 18
- 3.16 16 Fn. 19
- 3.26 18 Fn. 25

- 3.35 88 Fn. 100
- 3.36 88 Fn. 100
- 3.37 88 Fn. 100
- 3.41 135 Fn. 82
- 3.98 146 Fn. 18
- 4.16 11 Fn. 1, 15 Fn. 9
- 4.34 88 Fn. 102
- 4.144 83 Fn. 81

Pauli sententiae (PS)

- 3.4a.11 54 Fn. 21
- 3.4a.12 148 f.
- 3.4b.1 146 Fn. 18
- 3.4b.2 140 f.
- 3.5.13 94 Fn. 10
- 4.5.4 77
- 4.5.5 57 Fn. 27
- 4.5.6 57 Fn. 27
- 4.5.7 157
- 4.5.9 96
- 5.12.2 94 Fn. 11
- 5.12.4 97 Fn. 20

fragmenta Vaticana (FV)

- 270 154 Fn. 33
- 280 154 f.

Ulpiani epitome (UE)

- 11.14 12 Fn. 4
- 12.1 52
- 12.2 52
- 20.1 55
- 20.13 54
- 22.16 18 Fn. 27
- 22.17 19 Fn. 28
- 22.20 19 Fn. 28
- 22.21 19 Fn. 29
- 22.23 19 Fn. 30

- 23.10 173 Fn. 19
- 26.1 16 Fn. 17
- 26.4 17 Fn. 19
- 26.7 17 Fn. 22
- 26.8 11 Fn. 21
- 28.6 18 Fn. 23
- 28.7 18 Fn. 24
- 28.8 18 Fn. 25
- 28.9 18 Fn. 26

Codex Theodosianus (CTh)

- 2.19.2 102 ff.
- 2.19.4 157 f.
- 2.20.1 154 Fn. 33, 158 Fn. 41

Corpus Iuris Civilis

Institutiones (I)

- 1.23.3 52 f. Fn. 20
- 2.14.5 109 Fn. 6
- 2.18pr 25 f.
- 2.18.3 158 Fn. 44
- 2.18.4 98 Fn. 22
- 2.18.5 98 Fn. 22
- 3.27.7 117 Fn. 29

Digesta (D)

- 2.15.3pr 121 f.
- 4.8.21.7 145 Fn. 14
- 4.8.21.11 145 Fn. 14
- 5.2.1 20 Fn. 33, 35, 168 f.
- 5.2.2 23 Fn. 3, 24 ff., 29, 107, 169 Fn. 7
- 5.2.3 101, 169 Fn. 8
- 5.2.4 33 f.
- 5.2.5 23 Fn. 1, 39, 64 f., 71 Fn. 46, 100 f., 106 f., 169 Fn. 8
- 5.2.6 168 ff.
- 5.2.6pr 20 Fn. 32, 26 ff., 127 Fn. 62, 169 f.
- 5.2.6.1 74 Fn. 55, 111 f., 130 Fn. 69, 170 f.

5.2.6.2	85 f., 171
5.2.7	63 Fn. 12, 75 f.
5.2.8	168, 171 ff.
5.2.8pr	34 f., 86 f., 171 f.
5.2.8.1	172
5.2.8.2	172 ff.
5.2.8.3	172 ff.
5.2.8.4	172 ff.
5.2.8.5	133 f., 174 f.
5.2.8.6	174 f.
5.2.8.8	21 Fn. 44, 127 ff., 136, 176 f.
5.2.8.9	56 f., 72 Fn. 47, 176 ff.
5.2.8.10	81 ff., 178 ff.
5.2.8.11	179 f.
5.2.8.12	68 f., 180 f.
5.2.8.13	81, 180 f.
5.2.8.14	95 ff., 181 ff.
5.2.8.15	96 f., 183
5.2.8.16	116 ff., 183 f.
5.2.8.17	21 Fn. 43, 74 Fn. 53, 119, 185
5.2.9	74 Fn. 53, 119 f.
5.2.10pr	63 f.
5.2.12	21 Fn. 46
5.2.12pr	29 Fn. 15
5.2.12.2	32 f.
5.2.13	23 Fn. 4, 61 ff., 122 f.
5.2.14	20 Fn. 33
5.2.15pr	29 f.
5.2.15.2	63 Fn. 11, 107 ff.
5.2.16pr	136 f.
5.2.16.1	78 f.
5.2.17pr	60 f., 129 ff.
5.2.17.1	124 f.
5.2.18	125
5.2.19	23 Fn. 5, 131 ff.
5.2.20	79 f.
5.2.21.2	84
5.2.22pr	32
5.2.22.1	98 ff.
5.2.22.2	98 ff.
5.2.22.3	98 ff.
5.2.24	20 Fn. 34, 110
5.2.25pr	156

5.2.25.1	111 f.
5.2.27	109 Fn. 5 f.
5.2.27.2	173 Fn. 18
5.2.27.4	92
5.2.28	63 Fn. 12, 92 f., 118
5.2.29pr	186 Fn. 36
5.2.29.2	120 f.
5.2.29.4	109
5.2.30.1	98
5.2.31	63 Fn. 12
5.2.32	131 Fn. 74
5.3.7pr	69 f.
5.3.7.1	21 Fn. 43
5.3.9	83 Fn. 80
6.2.11.5	170 Fn. 11
7.8.8.1	141 Fn. 5
10.2.2.1	97 Fn. 17
12.6.2.1	117 f.
26.1.3	53
27.10.13	52 f.
28.1.17	54 Fn. 21
28.2.11	38 Fn. 34
28.2.12	170 Fn. 12
28.5.4pr	146 Fn. 16
28.5.46	146 Fn. 18
28.6.31pr	70 f.
28.7.8pr	142 f.
28.7.8.6	144 f.
28.7.8.8	143 Fn. 5
28.7.9	140 f.
28.7.14	140
28.7.15	146 f.
28.7.27pr	147 f.
29.1.6	109 Fn. 6
29.1.29.2	143 f.
29.2.18	119 Fn. 37
29.2.60	71 f. Fn. 47
30.39.8	148 Fn. 22
30.112.3	139 ff.
30.112.4	141 f.
31.76pr	113 ff.
31.77.1	153 Fn. 31
31.87.3	151 ff.

31.87.4	151 ff
32.35.3	123 Fn. 48
32.36	23 Fn. 2, 123 f.
34.9.5.7	99 f. Fn. 25
34.9.5.8	99 f. Fn. 25
34.9.5.9	97
34.9.22	98
35.1.3	146 Fn. 18
35.1.6.1	146 Fn. 18
35.1.20	144
35.2.7	113 Fn. 19
35.2.42	177 Fn. 23
36.1.3.5	94 Fn. 11
36.1.65.7	146 Fn. 18
37.1.2	169 Fn. 9
37.4.8pr	19 Fn. 31, 87
37.4.20pr	77 f.
37.7.6	137 f.
37.12.3pr	79 Fn. 70
38.6.7.1	30 Fn. 18
38.8.1.9	170 Fn. 11
38.17.1.5	170 Fn. 12
39.6.42.1	150
40.5.1	187 Fn. 39
40.7.19	185 Fn. 34
43.2.1pr	83 Fn. 82
44.2.29pr	114 f.
44.4.5.1	113 Fn. 19
45.1.19	145 Fn. 14
45.1.134pr	145 Fn. 14
48.10.4	94 Fn. 12
48.20.1pr	38 Fn. 33
48.20.1.3	38 Fn. 34
48.20.7pr	37 ff.
49.1.5.1	186 Fn. 35
49.1.5.2	186 Fn. 35
49.1.14pr	126 Fn. 57, 185 f.
49.1.14.1	125 f., 186 f.
49.14.29.1	94 Fn. 13
49.17.1	173 Fn. 20
50.16.53pr	52 Fn. 19
50.16.120	15 Fn. 13
50.17.123pr	86 Fn. 92, 172 Fn. 16

Codex (CJ)

2.40.2	29 Fn. 15, 67 Fn. 35, 74
3.28.1	83
3.28.2	87 f.
3.28.3	36 f., 93 f., 147 Fn. 20
3.28.4	120 Fn. 40
3.28.5	76
3.28.8	30 f.
3.28.11	20 Fn. 42
3.28.13	113 f.
3.28.14	68 Fn. 36
3.28.16	67 f., 74 Fn. 54
3.28.18	31
3.28.19	20 Fn. 41, 24
3.28.22	102
3.28.25	35
3.28.28	104
3.28.30	21 Fn. 49, 104 Fn. 33
3.28.30pr	158 ff.
3.28.30.1	158 ff.
3.29.1	153 f.
3.29.2	154 Fn. 33
3.29.4	154 Fn. 33
3.29.5	154 f.
3.29.7	154 f.
3.29.9	154 Fn. 33, 158 Fn. 41
3.31.3	80 f.
3.36.16	101 f.
6.25.5	141 f.
6.50.5	150 f.
6.56.3	105 Fn. 35

Novellae

18.1	21 Fn. 50
115.3	22 Fn. 51
115.4	22 Fn. 51