

## ***Gleichbehandlung von testamentarischer und fideikommissarischer Freilassung im Zwangserbenfall: Eine Entscheidung Scaevolae oder des Senats?***

### *I. Die Quelle Scaev. 18 quaest., D. 28.5.84*

*Si non lex Aelia Sentia, sed alia lex vel senatus consultum aut etiam constitutio servi libertatem impediatur, is necessarius fieri non potest, etiamsi non sit solvendo testator. 1. Temporibus divi Hadriani senatus censuit, si testator, qui cum moritur solvendo non fuit, duobus pluribusve<sup>1</sup> libertatem dederit eisque hereditatem restitui iusserit et institutus heres suspectam sibi hereditatem dixerit, ut adire eam cogatur et ad libertatem perveniat qui priore loco scriptus fuerit, eique hereditas restituatur. *i d e m s e r v a n d u m i n h i s, q u i b u s p e r f i d e i c o m m i s s u m l i b e r t a s d a t a f u e r i t.* igitur si primo loco scriptus desideraret adire<sup>2</sup> hereditatem, nulla difficultas erit. nam si posteriores quoque liberos se esse dicent et restitui hereditatem desiderent, an solvendo sit hereditas et omnibus liberis factis restitui deberet, apud praetorem quaereretur. absente autem primo sequens desiderans adiri hereditatem non est audiendus, quia, si primus velit sibi restitui hereditatem, praefereendus est et hic servus futurus est.*

Wenn nicht die *lex Aelia Sentia*, sondern ein anderes Gesetz oder *senatus consultum* oder auch eine Kaiserkonstitution die Freilassung eines Sklaven verhindert, kann dieser nicht *heres necessarius* werden, auch wenn der Erblasser nicht solvent sein sollte. 1. Zu Zeiten des vergöttlichten Kaisers Hadrian beschloss der Senat, dass, wenn ein Erblasser, der zum Zeitpunkt seines Todes zahlungsunfähig war, zwei oder mehr (Sklaven) die Freiheit erteilte und anordnete, dass ihnen die Erbschaft übertragen werden solle, und wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft für ihm persönlich verdächtig erklärte, er (der Erbe) sie anzutreten gezwungen werden solle und derjenige frei werden solle, welcher an vorderer Stelle im Testament genannt sei, und dass ihm die Erbschaft übertragen<sup>3</sup> werden

<sup>1</sup> *pluribus vel F.*

<sup>2</sup> *adiri Mo.*

<sup>3</sup> Der Ausdruck *hereditatem restituere* ist technisch für eine *hereditas fideicommissa*, welche der Erbe an den Universalfideikommissar (zurück)übertragen sollte; siehe zum Begriff H. G. Heumann, E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1971<sup>11</sup>, 515. Zur Abgrenzung zwischen dem „fideicomiso de residuo“ und dem „fideicomiso común“ siehe F. Cuenca Boy, *El fideicomiso de residuo en el derecho romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*, Santander 2004, 25 f.

“  
“  
“  
“

solle. Dasselbe ist bei denjenigen einzuhalten, denen die Freiheit fideikommissarisch erteilt wurde. Deshalb wird es keinerlei Schwierigkeit geben, wenn der an erster Stelle Genannte verlangte, dass (der Erbe)<sup>4</sup> die Erbschaft annehme. Denn wenn auch die später (im Testament) Nominierten sagen werden, sie seien frei, und verlangten, dass ihnen das Erbe übertragen werde, würde beim Prätor nachgefragt, ob die Erbschaft unverschuldet ist und ob sie allen frei Gewordenen übertragen werden solle. Solange aber der Erstgenannte nicht da ist, darf der Zweitgenannte, der verlangt, dass das Erbe angetreten werde, nicht angehört werden, weil, falls der Erstgenannte will, dass ihm selbst die Erbschaft übertragen werde, er vorzuziehen ist und dieser (der Zweitgenannte) künftighin Sklave ist<sup>5</sup>.

## II.- Kontext des Fragments

Nach justinianischer Zuordnung findet sich die Quelle unter dem allgemeinen Digestentitel *De heredibus instituendis* wieder. Sie entstammt dem *quaestionum liber XVIII*<sup>6</sup>, welchen Lenel in seiner palinogenetischen Rekonstruktion keinem Ediktstitel zuordnet. Der Autor hielt es jedenfalls für unwahrscheinlich, dass Scaevola das zu untersuchende Rechtsgutachten in den nach seiner Rekonstruktion drei Büchern zur *lex Aelia Sentia*<sup>7</sup> erteilt hatte und vermutete stattdessen, dass es im besagten Buch um Senatsbeschlüsse ging, die sich auf Freilassungen bezogen<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Entsprechend der Lesart von *Mommsen* (siehe oben Fn. 2) muss hier der Infinitiv Passiv (*adiri*) stehen. Es geht ja gerade darum, dass der Erbe die Erbschaft annehmen und dann an die Freigelassenen herausgeben sollte. Vgl. die sprachliche Parallele weiter unten im Text, wo der Folgende verlangte, dass der Erbe die Erbschaft annehme: *absente autem primo sequens desiderans adiri herediatem...*

<sup>5</sup> Fraglich ist, ob man der Formulierung *servus futurus est* entnehmen kann, dass der Jurist hier von einem Fall der fideikommissarischen Freilassung ausgeht. Dies scheinen zumindest die Übersetzungen anzudeuten, welche den Ausdruck *servus futurus est* so verstehen, dass der Zweitgenannte auch in Zukunft Sklave bleiben sollte: Siehe etwa die spanische Übersetzung von A. D'Ors, *El digesto de Justiniano*, II, Pamplona 1972, 333 „y el segundo quedará esclavo“ sowie die niederländische Übersetzung von J.E. Spruit, K.E.M. Bongenaar et al. (Hrsgg.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling*, IV, Zutphen 1997, 307: „en die ander zal dan slaaf moeten blijven“. Wäre es nämlich um eine testamentarische Freilassung gegangen, hätte der Sklave automatisch mit Antritt der Erbschaft frei werden müssen.

<sup>6</sup> Die *Quaestiones* von Scaevola gehören zur Papinianmasse; vgl. D. Mantovani, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano 1987, 98.

<sup>7</sup> Zu den drei Büchern über die *lex Aelia Sentia* zählt Lenel den *quaestionum liber XVI* und den *digestorum liber XXXII*. Beim *quaestionum liber XIV* zweifelt er, ob dieser tatsächlich von der *lex Aelia Sentia* handelt, weil bereits der *liber XVI* dazu zählt.

<sup>8</sup> O. Lenel, *Palinogenesia Iuris Civilis*, II, Graz 1960 (Neudruck der Ausgabe Leipzig 1889<sup>2</sup>), 282 Fn. 3.

Bereits auf den ersten Blick stellt sich die Frage, in welchem Zusammenhang das Principium, in dem allein die *lex Aelia Sentia* ausdrückliche Erwähnung findet, und der Rest des Fragments stehen. Auffallend ist die Nähe der drei *Quaestiones*-Bücher XIV, XVI (der *liber* XVII fehlt) und XVIII, welche direkt oder indirekt von der *lex Aelia Sentia* handeln<sup>9</sup>. Das zu untersuchende Fragment stand also zumindest in einem größeren Kontext zur *lex Aelia Sentia*.

Hierfür spricht insbesondere die Einleitung des Fragments: Das Principium besagt nämlich, dass ein Sklave, dessen Freilassung nach einer anderen Vorschrift als der *lex Aelia Sentia* (*Si n o n lex Aelia Sentia, sed alia lex vel...*) verhindert wurde, selbst dann nicht notwendigerweise Erbe werden konnte, wenn der Erblasser überschuldet verstarb.

Um Klarheit über die Zusammensetzung des Fragments zu bekommen, sollen zunächst die Kernaussagen des Principiums analysiert werden. Im weiteren Verlauf der Untersuchung werden diese dann in Beziehung zu dem in § 1 überlieferten Senatsbeschluss gesetzt.

### III. D. 28.5.84 pr.

Inhaltlich geht es im vorliegenden Principium um eine Ausnahme<sup>10</sup> von der Unwirksamkeit der Freilassung nach der *lex Aelia Sentia* im Fall der Zwangserbeneinsetzung.

Grundsätzlich galten Sklavenfreilassungen gemäß der *lex Aelia Sentia*<sup>11</sup> bei

<sup>9</sup> Im *quaestionum liber* XIV geht es um die Frage der Altersgrenze für den Verkäufer beim Verkauf eines Sklaven unter Freilassungsbestimmung. Im *quaestionum liber* XVI kommentiert Scaevola eine Ansicht von Julian. Dort geht es um einen Fall der Freilassung *inter vivos* zum Nachteil der Gläubiger, welche nach der *lex Aelia Sentia* nichtig war. Die *lex Aelia Sentia* behandelt Scaevola darüber hinaus auch in seinen *Digesta*. Im *digestorum liber* XXXII (Scaev. 32 dig., D. 42.8.23), welchen Lenel, wie bereits in Fn. 7 erwähnt, ebenfalls dem Titel *Ad legem Aeliam Sentiam* zuordnet, geht es z.B. um die Frage, ob den dort testamentarisch Freigelassenen bei überschuldetem Nachlass sowohl ihre Freiheit als auch der ihnen vermachte Unterhalt (*alimenta*) zustehen sollte, nachdem die Erben mit den Nachlassgläubigern eine Schuldbegrenzung getroffen hatten. Scaevola entschied hier, dass die Freiheiten, *si in fraudem creditorum datae non essent*, den Sklaven zustehen sollten. Die Vermächtnisse seien jedoch dann nicht geschuldet, wenn die Erbschaft zu deren Erfüllung nicht ausreiche. Für den Fall, dass der Erblasser nicht mit Benachteiligungsabsicht gegenüber seinen Gläubigern gehandelt hatte, wurde also ein Mittelweg zwischen den Interessen der Sklaven und denen der Erben bzw. Gläubiger beschritten.

<sup>10</sup> Siehe erneut die bereits zitierte Einleitung *Si n o n lex Aelia Sentia, sed alia lex vel...*, mit welcher hier an die betreffende *lex* angeknüpft wird.

<sup>11</sup> Die aus dem Jahre 4 n.Chr. stammende *lex* beschränkte sowohl Freilassungen *mortis causa* als auch solche *inter vivos*; vgl. M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 2006<sup>3</sup>,

überschuldetem Nachlass als unwirksam, da diese das Vermögen des Erblassers minderten und insofern als nachteilig für die Nachlassgläubiger angesehen wurden<sup>12</sup>.

Im Fall der Zwangserbeneinsetzung sah die *lex Aelia Sentia* jedoch eine Ausnahme von der Unwirksamkeitsfolge vor<sup>13</sup>: Hier überwog offenbar das berechnete Interesse der Gläubiger an der Durchführbarkeit des Insolvenzverfahrens das Schutzbedürfnis vor gläubigerfeindlichen Massenfreilassungen.

In Rom kam es häufig vor, dass ein insolventer *dominus* seinen Sklaven *mortis causa* freiließ und zugleich zum Erben einsetzte, sodass dieser *heres necessarius*<sup>14</sup> wurde und als solcher die Bestattung seines Herrn ausrichten sowie die

204, F. Schulz, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht*, in ZSS. 48, 1928, 209. Dagegen nehmen A. Metro, *La «lex Aelia Sentia» e le manumissioni fraudolente*, in *Labeo* 7, 1961, 147 ff., und X. D’Ors, *La ley ‘Aelia Sentia’ y las manumisiones testamentarias (Una exégesis de D. 40.9.5.2 y D. 40.1.21)*, in *SDHI.* 40, 1974, 425, 428, an, dass die *lex Aelia Sentia* nur Freilassungen *mortis causa* verbot. Auch wenn uns der Wortlaut der *lex* nicht überliefert ist, sind wir über ihren Inhalt aus zahlreichen Juristenschriften unterrichtet; vgl. Gai. *inst.* 1.37: ... *qui in fraudem creditorum vel in fraudem patroni manumittit, nihil agit, quia lex Aelia Sentia inpedit libertatem*. Ebenso Gai. *inst.* 1.47, Paul. 3 *ad leg. Ael. Sent.*, D. 40.9.16.2. Zur Relevanz der *lex Aelia Sentia* im Juristenrecht siehe jetzt D. Mantovani, *Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi*, in J.-L. Ferrary, *Leges publicae. La legge nell’esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, 751 ff. Wie der Autor an einem von Paulus entschiedenen Beispielsfall zeigt, gehörte die *lex* zum „repertorio di argomenti“ (a.a.O., 755) der Juristen, auch da, wo ein Fall von der *lex* selbst nicht geregelt war.

<sup>12</sup> Zu den Voraussetzungen der *lex* im Einzelnen siehe S. 177 f. Nach der Überlieferung Suetons diente das Gesetz vor allem dazu, die zunehmenden Bürgerrechtserwerbungen einzudämmen und die römische Bevölkerung vor Überfremdung durch die aus vielen verschiedenen Nationen stammenden Sklaven zu schützen; siehe Suet. *Div. Aug.* 40: *Magni praeterea existimans sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum, et civitates Romanas parcissime dedit et manumittendi modum terminavit*. (Zu vergleichbaren rechtspolitischen Motiven des Kaisers Augustus siehe L. Rodríguez Alvarez, *Las leyes limitadoras de las manumisiones en epoca augustea*, Oviedo 1978, 168 ff.). So beschränkte die *lex Aelia Sentia* zahlreiche Freilassungsformen: Neben der *manumissio* zur Benachteiligung der Gläubiger galten auch Freilassungen als unwirksam, bei denen der Freilasser unter zwanzig Jahre alt war. Ebenso unwirksam waren Freilassungen delinquenten Sklaven sowie von Sklaven unter dreißig Jahren. Grund hierfür war, dass diese noch nicht bewiesen hatten, dass sie einen Bürgerrechtserwerb verdienten; vgl. G. Impallomeni, *Le manumissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, Padova 1963, 153.

<sup>13</sup> Siehe nur Iul. 64 *dig.*, D. 28.5.43: *propter legem Aeliam Sentiam, quae amplius quam unum necessarium heredem fieri vetat*,... Paul. 1 *ad leg. Ael. Sent.*, D. 40.4.27: *Qui potuerint apud consilium manumittendo ad libertatem perducere, possunt etiam necessarium heredem facere, ut haec ipsa necessitas probabilem faciat manumissionem*, Ulp. 45 *ad ed.*, D. 29.1.15 *pr.*, *Inst.* 1.6.1, Biondi, *Diritto ereditario romano* cit., 105, Impallomeni, *Le manumissioni* cit., 6.

<sup>14</sup> Siehe *Inst.* 2.19.1: *Necessarius heres est servus heres institutus: ideo sic appellatus, quia, sive velit sive nolit, omnimodo post mortem testatoris protinus liber et necessarius heres fit*. Der *heres necessarius* wurde, wie schon sein Name besagt, „notwendigerweise“ und unmittelbar zum Erben des Erblassers. G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*, Torino 1998<sup>2</sup>, 515, spricht

Nachlassinsolvenz verwalten konnte<sup>15</sup>.

Viele Erblasser versuchten auf diese Weise die drohende Infamie von ihren Familien und ihrem Namen abzuwenden<sup>16</sup>, und setzten stattdessen den Freigelassenen der *ignominia* aus<sup>17</sup>.

Die Einsetzung des Sklaven zum Zwangserben war auch insofern besonders effektiv, als dieser – im Gegensatz zu den *heredes sui et necessarii* – nicht vom *beneficium abstinendi* Gebrauch machen, die Annahme der Erbschaft also gerade nicht verweigern konnte<sup>18</sup>. Auf diese Weise erhielten die Nachlassgläubiger zumindest einen Schuldner<sup>19</sup>.

Um das Insolvenzverfahren nicht zu gefährden, musste die Zwangserbeneinsetzung also ausnahmsweise wirksam sein. Auf diese besondere Ausnahme wird im *Principium* mit der Formulierung *Si non lex Aelia Sentia, sed alia lex vel...*<sup>20</sup>

insofern von einem „acquisto automatico“ der Zwangserben und fasst zusammen: „per loro, in sostanza, delazione ed acquisto coincidevano“. Für die *possessio hereditatis* von Zwangserben war daher auch keine Besitzergreifung erforderlich, sie wurden vielmehr automatisch zu Nachlassbesitzern; vgl. M. Marrone, *Istituzioni* cit., 585.

<sup>15</sup> Gai. *inst.* 2.154. S. Solazzi, *Diritto ereditario romano II*, Napoli 1933, 13, Marrone, *Istituzioni* cit., 20.

<sup>16</sup> Gai. *inst.* 2.153-155; vgl. auch Scaev. 32 *dig.*, D. 42.8.23: *famae defuncti conservandae gratia*.

<sup>17</sup> Th. Finkenauer, *Die Rechtssetzung Marc Aurels zur Sklaverei*, Mainz 2010, 25.

<sup>18</sup> B. Biondi, *Diritto ereditario romano. Parte generale (Corso di lezioni)*, Milano 1954, 104 f., M. Kaser, R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, München 2008<sup>19</sup>, 370.

<sup>19</sup> Vgl. *Inst.* 1.6.1: ...*valde enim prospiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius heres extatus non esset, vel servum suum necessarium heredem habeant, qui satisfactorus esset creditoribus...* Dem *heres necessarius* gewährte jedoch der Prätor die *separatio bonorum*, womit er seine Haftung auf den Nachlass beschränken und somit zumindest von seiner Person abwenden konnte; vgl. Gai. *inst.* 2.155; *Inst.* 2.19.1. Anders war dies im Fall der Addiktion des Nachlasses, bei welcher der Übernehmer neben dem Nachlass zusätzlich mit seinem eigenen Vermögen haftete; vgl. Th. Finkenauer, *Freilassung durch Nachlassübernahme – zur addictio bonorum libertatis causa*, in Th. Finkenauer (Hrsg.), *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2006, 22. Dass damit zugleich die Staatskasse entlastet worden sei, verneint Finkenauer (a.a.O., 22 Fn. 17 und 41 Fn. 90). Denn der Fiskus war keinesfalls dazu verpflichtet den überschuldeten, erblosen Nachlass bei anstehender *venditio bonorum* zu übernehmen.

<sup>20</sup> Interessant ist die Verbindung der *lex* mit einem SC (*vel*) oder mit einer Kaiserkonstitution (*aut*). Dieselbe Reihenfolge in der Aufzählung der Rechtsquellen findet sich z.B. auch in Ulp. 19 *ad ed.*, D. 10.2.2 *pr.*: *sive ex aliqua lege...vel ex senatus consulto vel etiam constitutione* und in Gai. *inst.* 1.2-7. Zur Aufwertung des Stellenwertes der *leges publicae* im römischen Privatrecht siehe jetzt Mantovani, *Legum multitudo e diritto privato* cit., 707 ff. Wie Mantovani anhand nichtjuristischer wie juristischer Quellenzeugnisse nachweist, war nicht nur der Stellenwert der *leges publicae* im römischen Privatrecht, sondern auch deren Anzahl wesentlich höher als lange Zeit von der Forschung angenommen. Siehe dazu die Rezension zum CEDANT-Band „*Leges publicae*“ von Chr. Baldus (vss. in *Der Staat*, 2013).

angespielt. Die doppelte Verneinung<sup>21</sup> ergibt im Umkehrschluss, dass offenbar nur die *lex Aelia Sentia* eine Ausnahme vom Freilassungsverbot im Insolvenzfall zuließ.

Es wurde also eine Art Regel-Ausnahme-Verhältnis der Rechtsquellen<sup>22</sup> statuiert, um die besondere Ausnahme nach der *lex Aelia Sentia* hervorzuheben<sup>23</sup>. Die ausdrückliche Erwähnung der *lex Aelia Sentia* am Beginn des Fragments könnte zudem darauf hindeuten, dass es, wie bereits vermutet, zuvor um die besagte *lex* ging, das Fragment – entgegen der Annahme Lenels – vielleicht doch aus einem größeren Ganzen über die *lex Aelia Sentia* entstammt<sup>24</sup>.

#### IV.- Rekonstruktion des Senatsbeschlusses

Kern des Fragments ist in § 1 die indirekte<sup>25</sup> Wiedergabe eines *senatus consultum* (SC), welches unter Kaiser Hadrian erging<sup>26</sup> und nach unserem Quellenstand einzig von Scaevola überliefert wird<sup>27</sup>. Der Name des Senatsbeschlusses ist nicht bekannt<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> *Si n o n lex Aelia Sentia ... servi libertatem impedit, is necessarius fieri n o n potest = Si lex Aelia Sentia ... servi libertatem impedit, is necessarius fieri potest.*

<sup>22</sup> Zum Problem der Kaiserkonstitution als Rechtsquelle siehe D. Nörr, *Spruchregel und Generalisierung*, in *ZSS*, 98, 1981, 37 ff.

<sup>23</sup> Dafür, dass die Betonung hier auf der *lex Aelia Sentia* liegt, spricht schon, dass diese gleich am Anfang der Aufzählung genannt wird. Wäre es aber allein um den Inhalt dieser *lex* gegangen – ohne sie zu den anderen Rechtsvorschriften in Bezug zu setzen –, hätte man den Satz sicher weniger umständlich formuliert. Der interessanten Frage, inwiefern diese Aufzählung systembildend ist, kann hier leider nicht nachgegangen werden. Jedenfalls scheint Scaevola – wie Gaius und Ulpian (siehe Fn. 20) – keinen grundsätzlichen Unterschied in der rechtsbegründenden Wirkung der aufgezählten Rechtsquellen zu machen; siehe Chr. Baldus, in *Filia. Scritti Franciosi*, I, 175. Zu den römischen Rechtsquellen allgemein siehe S. Meder, *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtssetzung*, Tübingen 2009, 11 ff., 93 ff., mit einer Rezension von E. Stolfi zur 1. Aufl., in *GPR*, 2009/3, 133.

<sup>24</sup> Man könnte spekulieren, dass auch die *occasio legis* des folgenden Senatsbeschlusses damit angedeutet wird.

<sup>25</sup> Wörtlich wiedergegeben wird dagegen z.B. das *SC Trebellianum* in Ulp. 3 *fideicomm.*, D. 36.1.1-2: *senatus consultum ... cuius verba haec sunt: ...* Von Scaevola sind uns dagegen Zitate kaiserlicher Beschlüsse überliefert: Vgl. etwa die Quellen Scaev. 1. *dig.*, D. 2.15.3 pr., Scaev. 9 *dig.*, D. 22.3.29 pr. oder Scaev. 2 *dig.*, D. 50.1.24 (*et ita imperatores ... rescripserunt his verbis*).

<sup>26</sup> So auch R.J.A. Talbert, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton (NJ) 1984, 446: „SC, passed under Hadrian, established the procedure required of an heir to an insolvent estate left to two or more slaves“. Die Formulierung *temporibus divi Hadriani* lässt erkennen, dass Kaiser Hadrian, der von 117-138 n.Chr. in Rom regierte, zur Zeit der Kommentierung des Beschlusses bereits tot war; zu dieser Formulierung siehe Talbert, *The Senate* cit., 305.

<sup>27</sup> P. Voci, *Diritto ereditario romano II: parte speciale*, Milano 1956<sup>2</sup>, 422.

<sup>28</sup> Senatsbeschlüsse wurden meistens nach *nomen* oder *cognomen* eines vorsitzenden Senators benannt. Eine Ausnahme stellt das *SC Macedonianum* dar; vgl. Talbert, *The Senate* cit., 305.

Die Rechtsfolge des Beschlusses lässt sich grammatikalisch auf die Worte *ut adire cogatur et ad libertatem perveniat, qui priore loco scriptus fuerit, eique hereditas restituatur* reduzieren. Vor der Subjunktion *ut* wird der Tatbestand (*si testator, qui, cum moritur, ...*<sup>29</sup>), auf den das SC Anwendung fand, wiedergegeben<sup>30</sup>.

Fraglich ist zunächst, wie diese indirekte Wiedergabe des SC (*senatus censuit*<sup>31</sup>) von der sich anschließenden Kommentierung durch den Juristen abzugrenzen ist und wem die hier besonders zu untersuchende Wendung *idem*

Zur Namensgebung für Senatsbeschlüsse siehe die demnächst erscheinende Monographie von P. Buongiorno, *Citazione e 'denominazione' di 'senatus consulta' fra 'acta publica' e testi della giurisprudenza classica, postclassica, giustiniana*.

<sup>29</sup> Ob dem SC ein konkreter Fall als *occasio legis* diene, ist zwar nicht bekannt, aber gut möglich.

<sup>30</sup> Zum Aufbau von Senatsbeschlüssen siehe D. Daube, *Forms of Roman Legislation*, Oxford 1965, 78-86, und G. Bassanelli Sommariva, *Lezioni di Diritto privato romano I: Strumenti*, Rimini 2011, 171 Fn. 56. Besonders strukturiert ist der dreigliedrige Aufbau des *SC Macedonianum* in der Überlieferung des Ulpian in Ulp. 29. *ad ed.*, D. 14.6.1. Dort wird nach der Einleitung *Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt*: wörtlich aus dem SC zitiert. Die mit *cum* eingeleitete *occasio legis* geht dem mit *placere* beginnenden eigentlichen Beschluss vor. Zuletzt wird die *ratio legis* des Beschlusses mit *ut scirent* auch begründet.

<sup>31</sup> Insgesamt finden sich weitere vierundzwanzig Stellen in den Digesten von Justinian, an denen Senatsbeschlüsse mit diesen Worten (*senatus censuit*) wiedergegeben werden: Siehe z.B. Ulp. 2 *de off. cons.*, D. 1.10.1.1; Maur. 2 *de poenis*, D. 2.13.3; Ulp. 14 *ad ed.*, D. 5.3.7 pr.; Marcell. 3 *dig.*, D. 22.3.10; Arcadius qui et Charisius *libro singulari de testibus*, D. 22.5.21.1; Pap. 11 *quaest.*, D. 26.5.13 pr.; Cels. 16 *dig.*, D. 28.5.26; Paul. 5 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 28.5.72.1; Marcian. 8. *inst.*, D. 30.114.6.9; Ulp. 49 *ad ed.*, D. 38.3.1.1; Paul. 6 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 39.6.35 pr.; Ulp. 55 *ad ed.*, D. 40.12.8.1; Iunius Mauricianus 3 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 49.14.15 pr., 3, 5; Call. 2 *de iure fisci*, D. 49.14.2.3; Ulp. 6 *de off. cons.*, D. 40.2.13; Marcian. 13 *inst.*, D. 40.1.8.1; Paul. 57 *ad ed.*, D. 40.5.5; Ulp. 5 *fideicomm.*, D. 40.5.30.9; Call. 2 *de cognit.*, D. 50.10.7.1. Scaevola gebraucht diese Formulierung insgesamt nur an der hier zu untersuchenden Stelle. Nach F. Arcaria, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, Milano 1992, 233, wurde die Formel *senatus censuit* von den römischen Juristen technisch gebraucht und sollte der Unterscheidung zu den „*senatusconsulta veri e proprii*“ dienen, die keinen „prozessualen“ Ursprung hatten. Der Autor glaubt, dass der Senat vorliegend in zweiter Instanz entschied – als Revisionsinstanz für Entscheidungen des *praetor fideicommissarius*. Dafür soll die Erwähnung des Prätors (*apud praetorem quaereretur*) am Ende des Fragments sprechen. Diese Form der Rechtsprechung durch den Senat sei aber „temporalmente limitata“ gewesen „in quanto esercitata solamente durante il principato di Adriano, e circoscritta nell'oggetto, in quanto riguardante appunto la sola materia delle libertà fedecommissarie“, so Arcaria, *Senatus censuit* cit., 230, welcher seine These auf Pap. 11 *quaest.*, D. 26.5.13 pr.-1; Paul. 57 *ad ed.*, D. 40.5.5 und Ulp. 5 *fideicomm.*, D. 40.5.30.9 stützt. Der Autor räumt ein, dass die Quellen nirgends vom Senat als Richter in zweiter Instanz sprechen, wir aber auch nicht wissen, wer für die Revision der Entscheidungen des *praetor fideicommissarius* eigentlich zuständig war, siehe Arcaria, a.a.O., 231 f.

*servandum in...* sprachlich<sup>32</sup> und inhaltlich zuzuschreiben ist.

Unter sprachlichen Gesichtspunkten liegt es nahe, mit Arcaria, welcher das Fragment in drei Teile aufteilen will<sup>33</sup>, anzunehmen, dass zumindest *igitur*<sup>34</sup> eine Zäsur zwischen der Entscheidung des Senats und der Kommentierung des Juristen darstellt. Danach hätte das Wort *igitur* als Einleitung eines neuen Satzes hier also die Funktion der Schlussfolgerung bzw. der kommentierenden Erläuterung des SC durch Scaevola.

Will man nicht etwa annehmen, dass der *idem*-Satz justinianischen Ursprungs ist<sup>35</sup>, könnte der Senatsbeschluss mithin noch die Worte *idem servandum in...* enthalten haben. Dafür spricht zumindest, dass das Subjekt des Satzes erst nach *igitur* wechselt, wohingegen zuvor *senatus censuit* das Satzgerüst bildet.

Andererseits fällt der Wechsel der möglicherweise vom Hauptverb *censere* abhängenden Satzkonstruktionen auf: So findet sich im ersten Satz eine *censere, ut*-Konstruktion, im zweiten, der nach dieser Annahme ebenfalls vom Verb *censere* abhinge, hingegen die für im Senat eingebrachte Anträge häufige Konstruktion mit Gerundivum und dem Hilfsverb *esse*<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Damit verbunden ist die Frage, ob durch die Ellipse *est (idem servandum in...est)* oder *esse* weggefallen ist (*senatus censuit idem servandum esse*).

<sup>33</sup> Nämlich in einen ersten Teil, in dem Scaevola den Sachverhalt schildert, auf welchen der dann referierte Senatsbeschluss Anwendung fand. Und in einen zweiten, in welchem der Jurist erinnert „come detta disciplina avesse trovato applicazione anche nell’ipotesi di libertà fedecommissaria (*idem servandum...data fuerit*)“. Sodann in einen dritten Teil, in dem man eine Spezifizierung des Senatsbeschlusses für den konkreten Fall findet, dass der Freigelassene die Erbschaft annimmt oder nicht; vgl. Arcaria, *Senatus censuit* cit., 282 ff.

<sup>34</sup> Der mit *igitur* beginnende Teil wurde teilweise (z.B. von G.v. Beseler, *Miszellen. Bindung und Lösung*, in ZSS. 45, 1925, 454) als interpoliert angesehen.

<sup>35</sup> So aber E. Volterra, s.v. *Senatus consulta*, in *NNDI*. XVI, Torino 1969, 1073, welcher den ganzen § 1 pauschal für interpoliert hält. Eine Interpolation des *idem*-Satzes hält auch Arcaria, *Senatus censuit* cit., 283, für nicht unwahrscheinlich. Der Autor glaubt, dass „ove Scevola avesse voluto specificare quanto detto prima, non vi sarebbe stata una frattura, nella struttura del testo, tra la prima e l’ultima parte, ciò che si verifica invece con l’inserimento dell’inciso «*idem servandum in his, quibus per fideicommissum libertas data fuerit*», che viene così a slegare la parte iniziale e quella finale“. Zwar wurde früher oft angenommen, dass vermeintliche Systembausteine in den Quellen Interpolationen indizieren und erinnert die vorliegende Gleichstellung an diejenige von Fideikommiss und Legat in C. 6.43.1.1 (Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. [529]), C. 6.43.2 (Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. [531]). Ein Fall der Gleichstellung von Legat und Fideikommiss erfolgte, wie wir aus Gai. *inst.* 2.287 wissen, aber z.B. auch durch ein von Hadrian veranlasstes SC. Grundsätzlich gilt zudem, dass, soweit einem Text ein vernünftiger Sinn abzugewinnen ist, es methodologisch unzulässig ist, Interpolationen zu unterstellen. Wenn sich der *idem*-Satz hier folglich mit guten Argumenten entweder dem Senat oder Scaevola zuschreiben lässt, besteht kein Anlass eine justinianische Textverfälschung anzunehmen.

<sup>36</sup> Man denke nur an den berühmten Ausspruch von Cato dem Älteren im Senat: *ceterum*

Neben dem sprachlichen Argument spricht zudem ein inhaltliches für die vermutete Zäsur: Die sich anschließende Fallvariantenbildung mit *si primo loco scriptus desideraret* und dem erläuternden *nam* sowie die Distinktion *absente autem primo sequens* mit dem erklärenden *quia* sprechen sehr für eine Kommentierung des SC durch den Juristen.

Fraglich bleibt aber, ob auch schon die Formulierung *idem servandum in...* der Kommentierung durch Scaevola oder etwa noch dem Senat zuzuschreiben ist<sup>37</sup>.

Da es in Rom zwar gewisse Normierungen, aber keine vorgegebene, einheitliche Form gab, in der Senatsbeschlüsse ergingen<sup>38</sup>, kann man den *idem*-Satz hier nicht allein unter sprachlichen Gesichtspunkten zuordnen. Erschwert wird die Feststellung seiner Autorenschaft zusätzlich dadurch, dass Scaevola das SC hier nur zitiert, dieses also bloß indirekt wiedergegeben wird<sup>39</sup>. Einigermaßen

*censeo Carthaginem esse delendam*. Stellen, in denen die Wendung *idem servandum in...* in kaiserlichen Entscheidungen vorkommt, sind z.B. die Quellen Ulp. 3 *ad Sab.*, D. 28.3.3.2 sein: *...nam divus Marcus decrevit idem in postumo quod in filio servandum, nec ratio diversitatis reddi potest* und Call. 6 *de cognit.*, D. 48.19.28.14: *Ita et in custodiis gradum servandum esse idem princeps rescripsit*.... Allerdings ist auch hier zu beachten, dass es sich nur um Zitate von Ulpian bzw. Callistratus handelt. Quellen wie z.B. Ulp. 76 *ad ed.*, D. 44.4.4.26 zeigen zudem, dass die Wendung auch von den Juristen – hier zitierte Ulpian den Julian – gebraucht wurde: *Iulianus...scripsit...idem servandum in furioso ait*. Der quellenmäßige Sprachgebrauch allein ist also nicht hinreichend aussagekräftig, um die Autorenschaft des *idem*-Satzes zu bestimmen.

<sup>37</sup> Nach T. Masiello, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari 2000, 242, vereinigen sich in diesem Fragment der Inhalt des SC, welches nach Ansicht des Autors noch die Ausdehnung auf die fideikommissarische Freilassung regelte, und die Interpretation des Juristen. Nach Impallomeni, *Le manmissioni* cit., 150, bleibt „la fonte dell’equiparazione dei regimi ignota: potrebbe essere stata tanto la giurisprudenza quanto un provvedimento autoritativo“.

<sup>38</sup> Talbert, *The Senate* cit., 304. Zudem ist uns direkt kein *Corpus* von Senatsbeschlüssen überliefert. Zu den *SCta* speziell zur Zeit des Claudius siehe jetzt P. Buongiorno, *Senatus Consulta Claudianis temporibus facta. Una palinogenesi delle deliberazioni senatorie dell’età di Claudio (41-54 d.C.)*, Napoli 2010, 38 ff.

<sup>39</sup> Siehe zur unterschiedlichsten Verwendung der Formulierung (*idem*) *servandum* im Zusammenhang mit von den Juristen zitierten Senatsbeschlüssen z.B.: Pap. 1 *resp.*, D. 50.5.8 pr.: *In honoribus delatis neque maior annis septuaginta neque pater numero quinque liberorum excusatur. sed in Asia sacerdotium provinciae suscipere non coguntur numero liberorum quinque subnixa, quod optimus maximusque princeps noster Severus Augustus decrevit ac postea in ceteris provinciis servandum esse constituit*. Hier entschied der Kaiser zunächst einen nur die Provinz Asien betreffenden Sonderfall per Dekret und dehnte dieses, wie Papinian berichtet, später auf die übrigen Provinzen aus. An dieser Stelle wurde also deutlich gesagt, dass es der Kaiser war, welcher die Entscheidung auf andere Fälle erstreckte. In Paul. 5 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 28.5.72.1 wird dagegen deutlich, dass es nicht der Senat war, welcher die Formulierung gebrauchte: *Sed illud quaeri potest, an idem servandum sit quod senatus censuit, etiamsi in aliam personam captionem direxerit, veluti si ita scripserit: ‘Titius, si Maevium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit probaveritque, heres esto’*.... Es stellte sich also die Frage, ob das, was

sicher kann darüber also erst nach einer genauen inhaltlichen Auslegung des Fragments geurteilt werden.

## V. Inhalt des Senatsbeschlusses

Der Senatsbeschluss regelt einen Tatbestand mit mindestens vier Personen: einem Erblasser, einem Erben und zumindest zwei weiteren Personen, die testamentarisch freigelassen werden sollten<sup>40</sup>.

Wie Scaevola berichtet, sollte der Erbe nach dem SC zur Annahme der Erbschaft gezwungen werden (*ut adire eam cogatur*), womit der Sklave frei wurde (*et ad libertatem perveniat*) – und zwar nur der Ersterwähnte (*qui priore loco scriptus fuerit*). Schließlich sollte nur diesem als Universalfideikommissar die Erbschaft herausgegeben werden (*eique hereditas restitatur*).

Fraglich ist vorab, warum es der Senat, vor welchen grundsätzlich wichtige Rechtsfälle kamen, für erforderlich hielt in einer solchen Angelegenheit zu entscheiden. Den Annahmepflicht für Erben, die sich weigerten die Erbschaft anzunehmen, weil sie ihnen „verdächtig“<sup>41</sup> war, regelte jedenfalls schon das unter Kaiser Vespasian ergangene *SC Pegasianum*<sup>42</sup>. Auch die Rangfolge, nach welcher nur der im Testament an erster Stelle Genannte frei werden und die Erbschaft bekommen sollte, war bereits in der *lex Aelia Sentia* bestimmt<sup>43</sup>.

Möglicherweise bestand die Neuregelung des Senats hier darin, die beiden Bestimmungen zu vereinen. Denn funktionell erhielt der Erstgenannte damit

der Senat entschieden hatte, auch auf einen nicht ausdrücklich geregelten Fall ausgedehnt werden konnte. Paulus bejaht dies mit den Worten *quod in sententiam senatus consulti incidere non est dubium*. Hier war es also der Jurist, der das SC mit den Worten *idem servandum* auslegte. Wie die angeführten Stellen zeigen, ist der Sprachgebrauch in den juristischen Quellen nicht einheitlich.

<sup>40</sup> Auch wenn es vorliegend wohl nicht um einen konkreten Fall ging (dafür spricht auch die allgemeine Formulierung *si testator... duobus pluribusque libertatem dederit*), war Anlass für den Senatsbeschluss offenbar ein Testament, welches die Freilassung mehrerer Sklaven und ein Universalfideikommiss zu deren Gunsten vorsah. Dass konkrete Fälle Anlass für den Erlass eines SC sein konnten, wissen wir vom *SC Macedonianum*. Dazu A. Wacke, *Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft*, in ZSS. 112, 1995, 239-329. Besonders im Bereich des Erbrechts reagierten zahlreiche SCta (*SC Iuventianum*, *SC Trebellianum*, *SC Pegasianum*, *SC Tertullianum*) auf die juristische Praxis.

<sup>41</sup> Zur Interpretation des hier verwendeten Ausdrucks *suspectam sibi hereditatem dire* siehe S. 176 f.

<sup>42</sup> Vgl. *Inst.* 2.23.6.

<sup>43</sup> Vgl. Cels. 29 *dig.*, D. 28.5.61: *solus is qui primo loco scriptus est hereditatem capit: nam lege Aelia Sentia ita cavetur, ut, si duo pluresve ex eadem causa heredes scripti sint, uti quisque primus scriptus sit, heres sit.*

eine einem *heres necessarius* vergleichbare Stellung, obwohl er, wie bereits gesagt, ursprünglich nicht als Erbe, sondern nur als Universal-fideikommissar eingesetzt war<sup>44</sup>. Es handelt sich demnach um einen Akt hypothetischer Testamentsauslegung. Man ging offenbar davon aus, dass der Erblasser, wenn er gewusst hätte, dass sein Nachlass erblos bleiben würde, direkt einen *heres necessarius* eingesetzt hätte<sup>45</sup>.

Vielleicht bestand die Neuregelung aber auch darin, dass diese Rechtsfolge nun zusätzlich auf die fideikommissarische Freilassung ausgedehnt werden sollte. Dann jedenfalls wäre der Satz *idem servandum in his, quibus per fideicommissum libertas data fuerit* dem Senat zuzurechnen.

Bekanntermaßen rückte die fideikommissarische Freilassung im 2. Jh. n.Chr. immer stärker in den Blickwinkel und das Interesse der römischen Juristen<sup>46</sup>. Davon zeugen nicht zuletzt die vielen Beschlüsse des Senats und der kaiserlichen Kanzleien auf diesem Gebiet<sup>47</sup>.

Der vorliegende Beschluss könnte sich also thematisch in die Liste der zahlreichen Senatsbeschlüsse einreihen, welche vor allem unter den Kaisern Trajan und Hadrian auf dem Gebiet der fideikommissarischen Freilassungen ergingen<sup>48</sup>.

Da die Ausdehnung der Rechtsfolge auf die fideikommissarische Freilassung die Rechtslage weiter kompliziert und dazu führt, dass es nun zwei verschiedene Fideikommisse gibt – nämlich ein Freiheits- und ein Erbschaftsfideikommiss – soll im Folgenden zunächst der „Grundfall“ der testamentarischen Freilassung (a) mit Universal-fideikommiss (b) ausgelegt werden. Danach soll untersucht werden, welche Änderungen sich im Fall einer fideikommissarischen Freilassung (c) ergeben und warum diese hier ausdrücklich geregelt wird.

<sup>44</sup> Zur Fiktion *perinde habendum, ac si is servus solus liber et heres scriptus esset* in einem ähnlich gelagerten, von Gaius entschiedenen Fall siehe dagegen die Besprechung von Gai. 2 *fideicommiss.*, D. 36.1.65.15 auf S. 181 ff.

<sup>45</sup> So auch Finkenauer, *Freilassung durch Nachlassübernahme* cit., 26, im Fall einer Konstitution von Marc Aurel, welche uns in *Inst.* 3.11 pr. überliefert ist.

<sup>46</sup> Die ersten Monographien über Fideikommisse stammen aus dieser Zeit. Valens und Pomponius gehörten zu den ersten Autoren von *libri fideicommissorum*; vgl. F.M. Silla, *La 'Cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, Padova 2008, 60.

<sup>47</sup> Wobei man nicht sicher weiß, ob diese die Juristen oder umgekehrt das immer größer werdende Interesse der Rechtsgelehrten an der *manumissio ex fideicommissis* die Eingriffe „von oben“ provozierten. Silla, *La 'Cognitio'* cit., 60, sieht eine mögliche Antwort „nel dialogo permanente fra la giurisprudenza e gli altri organi normativi“.

<sup>48</sup> Hierzu zählen z.B. die *SCTa Rubrianum*, *Dasumianum*, *Vitrasianum*, *Articuleianum* oder *Iuncanum*. Vgl. dazu P. Buongiorno, *Senatus consulta de fideicommissaria manumissione*, in *HAS*. I-V, Stuttgart 2013.

a) *Die testamentarische Freilassung*

Die *manumissio testamento*, bei der ein Sklave im Testament für frei erklärt wurde<sup>49</sup>, war ein Institut des *ius civile*<sup>50</sup>. Durch sie wurde der Sklave nicht nur frei, sondern erwarb spätestens seit 312 v.Chr. auch das römische Bürgerrecht<sup>51</sup>. Mit Annahme der Erbschaft wurde das Testament wirksam und erlangte der Sklave, welcher dann zum sog. *libertus orcinus*<sup>52</sup> wurde, die Freiheit unmittelbar vom Erblasser<sup>53</sup>. Schlug der eingesetzte Erbe die Erbschaft hingegen aus, verblieb der Sklave im Nachlass.

Im Tatbestand des SC heißt es nun aber, dass ein Erblasser seinem *heres institutus* testamentarisch befohlen hatte, die Erbschaft an die von ihm per Testament Freigelassenen herauszugeben. Es handelt sich hier, wie bereits gesagt und anders als im Principium angeklungen, also nicht um den klassischen Fall der Zwangserbeneinsetzung eines Sklaven, da dieser vorliegend zwar freigelassen, aber nicht zugleich als Erbe eingesetzt, sondern Universalfideikommissar war.

b) *Das Universalfideikommiss*

Vorab ist zu klären, ob ein Universalfideikommiss mit der Formulierung *eisque hereditatem restitui iusserit* angeordnet werden konnte.

In den Quellen kommt neben den Bezeichnungen *fideicommissa hereditas*<sup>54</sup> und *fideicommissaria hereditas*<sup>55</sup> sogar die Bezeichnung *fideicommissum*

<sup>49</sup> Die beiden typischen Formulierungen *Stichus servus liber esto* und *Stichum servum meum liberum esse iubeo* sind in Gai. *inst.* 2.267 belegt.

<sup>50</sup> In ihrer juristischen Konstruktion ähnelt sie dem dinglich wirkenden Vindikationslegat; vgl. R. Knütel, *Rechtsfragen zu den Freilassungsfideikommissen*, in Th. Finkenauer (Hrsg.), *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2006, 134.

<sup>51</sup> Pugliese, *Istituzioni cit.*, 221, Kaser, Knütel, *Römisches Privatrecht cit.*, 97. Seit der *lex Fufia Caninia* durfte deshalb nur noch eine bestimmte Höchstzahl von Sklaven freigelassen werden und mussten diese einzeln *nominatim* im Testament aufgeführt werden; vgl. Voci, *Diritto ereditario cit.*, II, 408, Pugliese, *Istituzioni cit.*, 222. Der Erblasser konnte in seinem Testament also nicht einfach eine bestimmte Anzahl von Sklaven als *personae incertae* anführen; vgl. Gai. *inst.* 2.239, Gai. 1 *rer. cott.*, D. 40.4.24, Paul. 26 *ad ed.*, D. 40.4.31, Paul. 9 *ad Plaut.*, D. 40.4.37, Scaev. 23 *dig.*, D. 40.4.59 pr. Zu Sinn und Zweck dieses Erfordernisses siehe D. Dalla, *Ricerche di diritto delle persone*, Torino 1995, 153-172, und Rodríguez Alvarez, *Las leyes limitadoras cit.*, 166 f.

<sup>52</sup> Weil sein Patron im Orcus, im Reich der Toten, weilte.

<sup>53</sup> Gai. *inst.* 2.267, Ulp. 4 *reg.*, D. 40.4.25, Marcian. 1 *inst.*, D. 40.4.23, Kaser, Knütel, *Römisches Privatrecht cit.*, 97.

<sup>54</sup> Z.B. in Scaev. *libro sing. quaest. pub.*, D. 36.1.81: *fideicommissam hereditatis partem*, Pomp. 4 *ad Sab.*, D. 37.4.16: *fideicommissam hereditatem*, Pap. 20 *quaest.*, D. 36.1.12: *fideicommissa hereditas*, Ulp. 57 *ad ed.*, D. 28.2.18: *fideicommissam hereditatem*.

<sup>55</sup> Davon spricht z.B. das SC *Trebellianum* in Ulp. 3 *fideicommiss.*, D. 36.1.1.2: *in omnibus fideicommissariis hereditatibus*, Ulp. 4 *fideicommiss.*, D. 36.1.6.5: *fideicommissaria hereditas*, Pap.

*hereditatis*<sup>56</sup> vor. Meistens wird jedoch nur in umschreibender Weise vom Universalfideikommiss gesprochen: So finden sich in den Quellen unter anderem Umschreibungen wie *hereditas per fideicommissum data/relicta*<sup>57</sup> oder *hereditas ex fideicommissi causa restituta/relicta sit*<sup>58</sup> sowie der Ausdruck *hereditas in fideicommisso sit*<sup>59</sup>.

Zwar ist im vorliegenden Fall nicht ausdrücklich von einem Fideikommiss bzw. einer Fideikommiss-*causa* die Rede, doch war die Form für Fideikommisse schon in klassischer Zeit derart frei, dass sogar eine bloße Umschreibung genügte<sup>60</sup>. Selbst wenn man sich zur Anordnung eines Universalfideikommisses üblicherweise der für Fideikommisse gebrauchten Bittworte wie *fidei tuae committo, peto, rogo* oder *volo* bediente<sup>61</sup>, konnte das Fideikommiss folglich mit einem Befehlsverb wie *iubere*<sup>62</sup> angeordnet werden.

Zudem muss berücksichtigt werden, dass das SC, welches hier wiederum nur indirekt auf ein Testament Bezug nimmt, nicht wörtlich zitiert wird. Man muss daher stets berücksichtigen, dass eventuelle sprachliche Ungenauigkeiten auf diese doppelt indirekte Überlieferung zurückzuführen sein könnten.

Es handelt sich folglich um ein Universalfideikommiss, bei welchem

8 resp., D. 31.77.24: *fideicommissariam hereditatem*, Marcian. 13 inst., D. 35.2.91: *fideicommissaria hereditate*.

<sup>56</sup> Diese Bezeichnung scheint jedoch – bis auf die Worte *fideicommissum hereditatis* im lückenhaften *Fragm. Augustodun.* 2.71a – nur Papinian zu gebrauchen; siehe Pap. 6 resp., D. 28.6.41.3; Pap. 19 quaest., D. 36.1.54.1; Pap. 11 resp., D. 42.8.19.

<sup>57</sup> Pap. 11 quaest., D. 26.5.13 pr.; Scaev. 4 resp., D. 31.89.7; Iul. 40 dig., D. 12.6.34; Marcian. 9 inst., D. 36.1.32 pr.-1; Marcell. 15 dig., D. 36.1.46.1.

<sup>58</sup> Gai. inst. 2.253, Paul. 13 ad ed., D. 36.1.37; Pap. 9 resp., D. 36.1.60.1; Scaev. 28 dig., D. 45.1.122.6; siehe auch die Formulierung *ex causa fideicommissi...debeatur* in Scaev. 21 dig., D. 36.1.80.10, die hier allerdings in der *quaestio* des Anfragenden überliefert ist.

<sup>59</sup> Paul. 14 resp., D. 22.1.14.1.

<sup>60</sup> Zur allgemeinen Formfreiheit der Fideikommisse siehe Kaser, Knütel, *Römisches Privatrecht* cit., 391. Vgl. aus den Quellen beispielsweise Pap. 8 resp., D. 36.1.59 pr. Dort zitiert Papinian einen Erblasser, welcher ein Universalfideikommiss zugunsten der Kolonie *Benevento* angeordnet hatte. Allein die Formulierung *id ... restituant* drückt das Universalfideikommiss aus, es wird mithin keines der oben angeführten, typischen Worte verwendet.

<sup>61</sup> Gai. inst. 2.249, F. Longchamps de Bériér, *Il fedecommisso universale nel diritto romano classico*, Warszawa 1997, 61 f. Denn unter einem Fideikommiss verstanden die Römer im Gegensatz zum formstrengen Vermächtnis eine nicht förmliche Bitte des Erblassers, welche ihre Wirkung nicht nach *ius civile*, sondern nach *ius extraordinarium* entfaltetete; vgl. Gai. inst. 2.278, L. Desanti, *La sostituzione fedecommissaria*, Torino 1999, 8, 11.

<sup>62</sup> Siehe auch *et omnibus factis restitui deberet* im fortlaufenden Text. In der Quelle Scaev. 21 dig., D. 36.1.80.7 findet sich sogar die Anordnung *fidei autem vestrae mando*. *Mandare* ist hier wohl im Sinne von *committtere* (anvertrauen) zu verstehen, welches häufig auf die *fides* bezogen wurde; vgl. den bei Heumann, Seckel, *Handlexikon* cit., 80, belegten Ausdruck *fidei heredis committtere*.

der Erbe die Erbschaft als *heres fiduciarius* nach deren Annahme in ihrer Gesamtheit an den *fideicommissarius* herausgeben sollte<sup>63</sup>. Die Erbfolge nach Universalfideikommiss unterscheidet sich in ihrer juristischen Konstruktion von der Erbfolge nach *ius civile* dadurch, dass die Erbschaft in zwei Schritten erworben wurde: Zunächst erwarb der Erbe vom Erblasser. In einem zweiten Schritt erwarb der Fideikommissar vom Erben. Dabei fungierte der Erbe im Wesentlichen als bloßer Mittelsmann zwischen Erblasser und Fideikommissar, welche die wahren Subjekte der Transaktion waren<sup>64</sup>.

Der Erblasser konnte zudem den Zeitpunkt bestimmen, an dem der Erbe die Erbschaft herausgeben sollte, beispielsweise, ob dies sofort oder erst bei dessen Tod<sup>65</sup> vorzunehmen war<sup>66</sup>. Zudem konnte der Erblasser die Herausgabe der Erbschaft von einer Bedingung abhängig machen<sup>67</sup>. Es kam auch vor, dass der Erblasser dem Erben erlaubte, einen Teil der Erbschaft selbst einzubehalten und nur einen Teil an den Fideikommissar herauszugeben<sup>68</sup> oder sogar zunächst einen materiellen Wert vom Fideikommissar zu verlangen<sup>69</sup>.

Vorliegend ist mangels Sachverhaltsangaben davon auszugehen, dass der Erbe die Erbschaft als Ganze und sofort wieder an den Fideikommissar herausgeben sollte, sodass er keinen lohnenswerten Vorteil aus ihr ziehen konnte. Eine Bedingung oder sonstige Auflagen sind ebenfalls nicht ersichtlich.

<sup>63</sup> *Inst.* 2.23.2.

<sup>64</sup> Voci, *Diritto ereditario* cit., II, 351. Fraglich ist, wie sich die Herausgabe der Erbschaft praktisch vollzog. Die Parteien halfen sich, indem sie einen Verkauf der Erbschaft fingierten. Da aber allein mit dem Verpflichtungsgeschäft in Rom kein Eigentum übertragen werden konnte, mussten die Parteien daneben ein Verfügungsgeschäft abschließen. Gaius spricht in *Gai. inst.* 2.252 vom Verkauf *nummo uno eam hereditatem dicis causa venire*. Es scheint also ein fiktiver Verkauf der Erbschaft stattgefunden zu haben, der mittels einer *mancipatio nummo uno* vollzogen wurde; vgl. Marrone, *Istituzioni* cit., 645 Fn. 244. Siehe auch die im *Fragm. Augustodun.* 67 geschilderte *imaginaria venditione*. Dazu J-D. Rodríguez Martín, *Fragmenta Augustodunensia*, Granada 1998, 99. Da nur einzelne körperliche Erbschaftsgegenstände (nicht hingegen die Erbschaft als *res incorporalis*) *per mancipationem* oder *traditionem* übertragen werden konnten, mussten sich die Parteien ihre Forderungen mittels *stipulationes emptae et venditae hereditatis* gegenseitig übertragen; vgl. Voci, *Diritto ereditario* cit., II, 345.

<sup>65</sup> Vgl. aus den Quellen: *Gai. inst.* 2.277, *Pap. 6 resp.*, D. 31.76.5; *Pap. 8 resp.*, D. 31.77.12, *Pap. 8 resp.*, D. 36.1.59.2. Diese sog. fideikommissarische Substitution entsprach funktionell der in Rom aufgrund der Regel *semel heres semper heres* (*Gai. inst.* 2.184) nicht existierenden Nacherbschaft; vgl. Marrone, *Istituzioni* cit., 645 Fn. 243.

<sup>66</sup> Pugliese, *Istituzioni* cit., 559.

<sup>67</sup> Z.B. wie in *Marcell. libro singulari resp.*, D. 30.123 pr.; *Scaev. 21 dig.*, D. 36.1.80.5; *Ulp. 2 fideicomm.*, D. 36.1.18.8.

<sup>68</sup> Vgl. *Pap. 8 resp.*, D. 31.77 pr.: *peto a te, filia, ut acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis et praedio Tusculano partem hereditatis restituas matri tuae*.

<sup>69</sup> Vgl. *Pap. 20 quaest.*, D. 35.2.93: *'acceptis centum peto restituas hereditatem'* oder *Gai. 2 fideicomm.*, D. 36.1.65.6: *'rogo, si Titius tibi centum dederit, restituas ei hereditatem meam'*.

Da aber der Erbe trotz Herausgabe der Erbschaft ursprünglich rechtlich seine Erbenstellung behielt<sup>70</sup>, weigerten sich wegen des Haftungsrisikos<sup>71</sup> immer mehr Erben die Erbschaft anzutreten<sup>72</sup>. Erst das *SC Trebellianum*<sup>73</sup> aus dem Jahre 56 n.Chr. stellte den Fideikommissar *heredis loco*<sup>74</sup>, sodass die dem Erben und gegen diesen zustehenden Klagen jenem unmittelbar als *actiones utiles* zustanden und wechselseitige Stipulationen zwischen Erben und Fideikommissar überflüssig wurden<sup>75</sup>. Wenn das Fideikommiss also – wie hier anzunehmen ist – die gesamte Erbschaft betraf, rückte der *fideicommissarius* auch rechtlich an die Stelle des Erben<sup>76</sup>.

Fraglich bleibt, warum der Erblasser den Sklaven in der vorliegenden Konstellation nicht gleich zum Erben eingesetzt hatte, sodass dieser *heres necessarius* wurde, sondern den „Umweg“ über den *heres institutus* wählte. Man könnte darüber spekulieren, dass der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung nicht wusste, dass sein Nachlass zum Todeszeitpunkt überschuldet sein würde<sup>77</sup>.

#### aa) Die Ausschlagung wegen Überschuldung

Es wird berichtet, dass der Erblasser *solvendo non fuit*<sup>78</sup>, als er verstarb. Mit- hin ist davon auszugehen, dass es sich um eine überschuldete Erbschaft (*hereditas damnosa*<sup>79</sup>) handelte.

Der klassische Streit um die Frage, ob auf die Insolvenz des Nachlasses oder

<sup>70</sup> *Inst.* 2.23.3: *Restituta autem hereditate is quidem qui restituit nihilo minus heres permanet.*

<sup>71</sup> P. Gröschler, *Rezension zu Franciszek Longchamps de Bériér, Il fedecompresso universale nel diritto romano classico* (Warszawa 1997), in ZSS. 119, 2002, 513, weist zu Recht darauf hin, dass die gegenseitigen *stipulationes emptae et venditae hereditatis* für den Erben insofern nachteilhaft waren, als dieser den Gläubigern weiter für die Erbschaftsschulden haftete und sich nur im Innenverhältnis an den Erbschaftsfideikommissar wenden konnte, also dessen Insolvenzrisiko trug.

<sup>72</sup> Siehe nur *Inst.* 2.23.5: *adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant.*

<sup>73</sup> Siehe dazu den Digestentitel D. 36.1: *Ad senatus consultum Trebellianum.*

<sup>74</sup> *Gai. inst.* 2.253.

<sup>75</sup> *Inst.* 2.23.6: *ei et in eum qui recipit hereditatem actiones dentur.*

<sup>76</sup> Aber auch das *SC Trebellianum* war nicht von langer Dauer, da es den Erben, der zum bloßen Instrument der Übertragung der Erbschaft geworden war, benachteiligte; vgl. Voci, *Diritto ereditario* cit., II, 346. So schlugen weiterhin viele Erben aus. Dies versuchte das bald darauf unter Kaiser *Vespasian* (69-79 n.Chr.) ergangene *SC Pegasianum* zu verhindern, indem es den benachteiligten Erben den vierten Teil der Erbschaft (*quarta Falcidia*) sicherte; vgl. *Inst.* 2.23.5.

<sup>77</sup> Dafür spricht, dass es um Testamente geht, in denen der Erblasser zwei oder mehr Sklaven (*duobus pluribusque*) freilassen wollte, obwohl man davon ausgehen kann, dass das Verbot der Gläubigerbenachteiligung der *lex Aelia Sentia* den Erblassern bekannt war.

<sup>78</sup> Eine Begriffsbestimmung für die Ausdrücke *solvendo esse* und *solvendo non esse* findet sich nirgends. Unter *solvendo non esse* verstanden die Klassiker nach Schulz, *Die fraudatorische Freilassung* cit., 214 f., die Überschuldung, nicht die Zahlungsunfähigkeit, was er mit den Quellen Terent. Clem. 4 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 28.5.73 und Paul. 11 *ad ed.*, D. 4.3.20 pr. belegt.

<sup>79</sup> Vgl. Iul. 3 *ad Urs. Feroc.*, D. 17.1.32, Pomp. 3 *ad Quint. Muc.*, D. 50.16.119.

auf die Insolvenz des Erben abzustellen war, wurde nach der sich schon bei Gaius<sup>80</sup> durchsetzenden sabinianischen Lehre so entschieden, dass man allein auf die Insolvenz des Nachlasses zur Zeit des Todes des Erblassers abstellte<sup>81</sup>. Für die Frage der Überschuldung des Nachlasses war es demnach irrelevant, ob der Erbe arm oder reich war<sup>82</sup>.

Im vorliegenden Fall war der Nachlass überschuldet, als der Erblasser verstarb (*cum moritur, solvendo non fuit*). Da der Erbe in Rom für die Erblasserschulden grundsätzlich unbeschränkt (*ultra vires hereditatis*<sup>83</sup>) haftete, fürchtete der *heres institutus* um sein Vermögen. Deshalb erklärte er die Erbschaft für verdächtig und schlug aus<sup>84</sup>.

Interessant ist der hier gebrauchte Ausdruck *suspectam*<sup>85</sup> *sibi hereditatem*

<sup>80</sup> Gai. 2 *fideicom.*, D. 36.1.65.15: *licet Titius locuples sit*, Gai. 3 *de manumiss.*, D. 40.4.57.

<sup>81</sup> Gai. 3 *de manumiss.*, D. 40.4.57: *sed quarum facultatum testator decesserit*. Der sabinianischen Lehre folgte auch Julian: Iul. 64 *dig.*, D. 40.9.5 pr.-1 und Iul. 49 *dig.*, D. 42.8.15. Offenbar gingen die Römer, welche auf den Todeszeitpunkt des Erblassers abstellten, stillschweigend davon aus, dass sich in der Zeit zwischen dem Tod des Erblassers und dem Antritt der Erbschaft an der finanziellen Situation des Nachlasses nichts änderte.

<sup>82</sup> Vgl. das unten zu besprechende Gaius-Fragment Gai. 2 *fideicom.*, D. 36.1.65.15, wonach es bei der Frage der Überschuldung des Nachlasses ausdrücklich nicht auf die Zahlungsfähigkeit des Erben ankam (*licet Titius locuples sit*).

<sup>83</sup> Pap. 9 *resp.*, D. 34.1.10.2, Pap. 29 *quaest.*, D. 35.2.11.5. D. h. er musste bei überschuldetem Nachlass auch sein Privatvermögen zur Befriedigung der Nachlassgläubiger einsetzen; vgl. Sollazzi, *Diritto ereditario* cit., II, 202 f.; Kaser, Knütel, *Römisches Privatrecht* cit., 379.

<sup>84</sup> Es geht also um einen Außenerben, welcher die Erbschaft erst durch *aditio hereditatis* annehmen konnte. Für die Ausschlagung eines *heres extraneus* gab es keinerlei Formvorschriften, vgl. Marrone, *Istituzioni* cit., 582: „(Il chiamato all’eredità) era considerato rinunziante se avesse fatto trascorrere inutilmente il tempus ad deliberandum; ma avrebbe potuto anche espressamente rinunziare all’eredità. Der Erbe konnte also die Überlegungsfrist – normalerweise hatte der Erbe für die Annahme (*cretio*) hundert Tage Zeit – einfach verstreichen lassen oder ausdrücklich ausschlagen. Gewöhnlich wurden für die Ausschlagung Termini wie *repudiare* oder *omittere hereditatem* verwendet; vgl. Kaser, Knütel, *Römisches Privatrecht* cit., 370. Hier erklärte der eingesetzte Erbe hingegen nur, dass ihm die Erbschaft verdächtig war. Andererseits ist z.B. in Gai. *inst.* 2.169 nur die Rede von einer „gegenteiligen Entscheidung“ des eingesetzten Erben: *At is, qui sine cretione heres institutus est quique ab intestato per legem vocatur, sicut voluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur*. Siehe auch die allgemeine Formulierung *ut Titius recusans adire hereditatem cogatur* im unten zu besprechenden Gaius-Fragment Gai. 2 *fideicom.*, D. 36.1.65.15. Nach M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 691, unterlag die Ausschlagung weder einer Frist noch besonderen Formvorschriften „e può risultare da dichiarazione o da comportamento concludente“. Da wir im Sachverhalt nichts von einer besonderen Bestimmung des Erblassers über die Annahme der Erbschaft erfahren, ist davon auszugehen, dass die Erklärung *sibi suspectam dixit* konkludent als Ausschlagung zu verstehen war.

<sup>85</sup> Vgl. auch den Sprachgebrauch bei Gaius in Gai. *inst.* 2.154: *... qui facultates suas suspectas habet* für einen Erblasser, der sein eigenes Vermögen für überschuldet hielt, oder *Inst.* 2.23.6: *ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam*. Es scheint, als enthalte der gängige Ausdruck *sibi damnosam* ein subjektives Moment. Nach P. Bonfante, *Corso di diritto romano VI*

*dixerit*, mit dem der Erbe erklärte, dass die Erbschaft ihm (persönlich) – man könnte wörtlich übersetzen – „suspekt“, also der Überschuldung verdächtig war. Die Erbschaftsverhältnisse waren dem Erben wohl nicht im Detail bekannt, beziehungsweise war der Nachlass womöglich mit wesentlichen Verbindlichkeiten beschwert, deren rechtlicher Bestand nicht geklärt war. Offenbar hatte sich der eingesetzte Erbe noch nicht Rechnung legen lassen, sodass er nicht sicher sein konnte, ob der Nachlass tatsächlich überschuldet war oder nicht.

Laut Ulp. 4 *fideicomm.*, D. 36.1.9.2 genügte es daher, wenn ein Erbe anzeigte, dass er glaube die Erbschaft nütze ihm nichts. Er musste gerade nicht darlegen, dass die Erbschaft – wie in unserem Fall mit den Worten *cum moritur, solvendo non fuit* objektiv bestätigt – tatsächlich überschuldet war.

Da mit der Ausschlagung des eingesetzten Erben jedoch die Unwirksamkeit des Testaments und aller darin getroffenen Anordnungen drohte, bestimmte der Senat den Zwang zur Annahme (*ut adire eam cogatur*) – vielleicht auch, um die bestehende Unsicherheit für die Nachlassgläubiger zu beseitigen und diesen schnellstmöglich einen Schuldner zu geben. Entscheidend ist nämlich, dass der Senat den Rechtsgedanken der *lex Aelia Sentia* auf einen Fall anwandte, bei dem es keine direkte Zwangserbeneinsetzung gab, sondern lediglich ein Universal-fideikommiss, welches den Sklaven faktisch zum Erben machte.

#### *bb) Unwirksamkeit der testamentarischen Freilassung*

Auch wenn die *lex Aelia Sentia*, wie bereits angedeutet, in § 1 des Fragments nicht ausdrücklich erwähnt wird, könnten die hier geregelten testamentarischen Freilassungen nach dieser *lex* unwirksam sein, wenn sie zum Nachteil der Nachlassgläubiger erfolgten.

Voraussetzung der fraudatorischen Freilassung war neben dem objektiven Schädigungserfolg (*eventus fraudis*<sup>86</sup>), auch der Schädigungswille des Schuldners (*consilium fraudandi*)<sup>87</sup>. Maßgebender Zeitpunkt für die Bestimmung des

– *Le successioni*, Roma 1930, 119, ist der Terminus *suspecta* anwendbar „ad un'eredità oberata o dubbia ..., come ai debitori presunti insolubili“. Daneben seien Termini wie *non solvendo* oder *minus idonea* (a.a.O., S. 119 Fn. 1) üblich gewesen.

<sup>86</sup> Zur Bestimmung des *eventus fraudis* legte man hypothetisch zugrunde, ob den Gläubigern durch die in Frage stehenden Freilassungen ein Schaden entstehen würde, wenn diese gültig wären. Vgl. Gai. 1 *rer. cott.*, D. 40.9.10: *In fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore quo manumittit solvendo non est vel datis libertatibus desiturus est solvendo esse*. Siehe auch den interessanten Zusatz: *saepe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines*.

<sup>87</sup> Vgl. Pap. 32. *quaest.*, D. 50.17.79: *Fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque desideratur*. Schulz, *Die fraudatorische Freilassung* cit., 212, W.W. Buckland, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908, 561.

Schädigungserfolges war nach herrschender Meinung der Augenblick, in dem das Freilassungsgeschäft seine Wirkungen entfaltete, also der Todeszeitpunkt des Erblassers<sup>88</sup>. Selbst wenn die Insolvenz später behoben wurde oder die Gläubiger von einem Dritten befriedigt wurden, blieb die Freilassung endgültig nichtig<sup>89</sup>.

Für das subjektive Element, das *consilium fraudandi*, bedurfte es daneben der Kenntnis des Freilassers von seiner Insolvenz<sup>90</sup>. Nach Klinck zeigt sich die freilassungsfeindliche Tendenz der *lex Aelia Sentia* darin, dass in einer Vermutungsreihe aus der objektiven Zahlungsunfähigkeit auf die entsprechende Kenntnis des Schuldners geschlossen wurde, und aus dieser wiederum auf eine *fraus*<sup>91</sup>.

Laut Sachverhalt war der Nachlass hier zum Todeszeitpunkt überschuldet (*cum moritur, solvendo non fuit*). Demnach entstand den Nachlassgläubigern mit der Freilassung zweier oder mehrerer Sklaven ein Schaden. Allein aus dieser objektiven Zahlungsunfähigkeit folgte nun die Vermutung, dass der Erblasser seine Insolvenz auch kannte<sup>92</sup>.

Im Ergebnis waren die hier angeordneten testamentarischen Freilassungen somit nach der *lex Aelia Sentia* grundsätzlich unwirksam.

Es stellt sich mithin die Frage, was für den Fall der fideikommissarischen Freilassung gelten musste, insbesondere, ob diese auch von der Unwirksamkeitsfolge der *lex Aelia Sentia* betroffen war.

### c) Unwirksamkeit der fideikommissarischen Freilassung

Anders als bei der *manumissio testamento* nach *ius civile* ließ bei der fidei-

<sup>88</sup> Siehe Gai. 3 *de manumiss.*, D. 40.4.57.

<sup>89</sup> Schulz, *Die fraudatorische Freilassung* cit., 225. Der Freigelassene wurde dann automatisch zum *statuliber*; vgl. Paul. 5 *ad Sab.*, D. 40.7.1.1.

<sup>90</sup> Pomp. 4 *ex var. lect.*, D. 40.9.23: *Semper in fraudem creditorum libertas datur ab eo, qui sciret se solvendo non esse...* Siehe auch die Differenzierung zwischen der weiteren Auslegung der *fraus* nach der *lex Aelia Sentia* und der *fraus* im Sinne des prätorischen Edikts bei F. Klinck, *Zum Nachweis der Benachteiligungsabsicht bei fraudatorischen Sklavenfreilassungen – Im Zweifel gegen die Freiheit!*, in Th. Finkenauer (Hrsg.), *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2006, 100 ff.

<sup>91</sup> Klinck, *Zum Nachweis der Benachteiligungsabsicht* cit., 103. An den Nachweis der *fraus* wurden hier also geringere Anforderungen als nach dem prätorischen Edikt gestellt. Wie Klinck, a.a.O., 104, weiter feststellt, war diese Vermutungsreihe allerdings widerleglich. Dafür, dass der Erblasser seine Insolvenz aufgrund besonderer Umstände verkannte, liegen hier jedoch keinerlei Anhaltspunkte vor.

<sup>92</sup> Dass der Erblasser, wie zuvor angenommen, zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung nicht von der Überschuldung seines Nachlasses ausging, spielt für die Vermutung der *fraus* nach der *lex Aelia Sentia* keine Rolle.

kommissarischen Freilassung nicht der Erblasser selbst frei, sondern belastete er seinen Erben mit einem Fideikommiss, welches darin bestand, den Sklaven freizulassen. Der auf diese Weise freigelassene Sklave wurde – im Unterschied zum direkt durch Testament Freigelassenen – nicht *ipso iure* frei. Denn aufgrund der obligatorischen Struktur des Fideikommisses schuldete der Erbe die Freilassung des Sklaven<sup>93</sup>, die er zu vollziehen hatte.

Um diese Freilassungsanordnung auch durchsetzen zu können<sup>94</sup>, wurden die ursprünglich nur moralisch verpflichtenden Fideikommisse im Kognitionsprozess zunächst vor dem Konsul, seit Claudius vor dem eigens eingerichteten *praetor fideicommissarius* bzw. vor dem Provinzstatthalter<sup>95</sup> klagbar gemacht<sup>96</sup>.

Der Unterschied zur testamentarischen Freilassung, bei welcher der Freigelassene, wie bereits erwähnt, *libertus orcinus* wurde<sup>97</sup>, bestand unter anderem darin, dass der beschwerte Erbe selbst Patron des Freigelassenen wurde und das *ius patronatus* erhielt<sup>98</sup>. Vorliegend wurde der Erbe also Patron des Sklaven, den er freigelassen hatte.

Soweit wir wissen, betraf die *lex Aelia Sentia* nur direkte fraudatorische Freilassungen durch Testament – die fideikommissarischen fielen hingegen nicht

<sup>93</sup> In den Quellen wird dies mit dem Ausdruck *libertatem debere* bezeichnet: Vgl. Marcell. 16 *dig.*, D. 40.5.10.1-2.

<sup>94</sup> Wie wir aus den Quellen wissen, wurde den Sklaven die Freiheit nicht selten vorenthalten: vgl. Hermog. 1 *iur. epit.*, D. 5.1.53 pr.; Marcian. 2 *inst.*, D. 48.10.7; Afric. 3 *quaest.*, D. 48.10.6.2.

<sup>95</sup> Gai. *inst.* 2.278: *in provinciis vero apud praesidem provinciae*. M. Kaser, K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996<sup>2</sup>, 452 f.

<sup>96</sup> So konnte der Beschwerte vor dem Prätor zur Freilassung des Sklaven gezwungen werden. Wie dieser Zwang praktisch ausgeübt wurde, wissen wir nicht; vgl. Voci, *Diritto ereditario cit.*, II, 411 Fn. 28. Umstritten ist auch, welcher Magistrat damit betraut war. H. Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*, in ZSS. 48, 1928, 171, nimmt an, dass weder der *praetor fideicommissarius* noch der *praetor de liberalibus causis* für Freilassungen zuständig war. Nach P. Jörs, *Untersuchungen zur Gerichtsverfassung der römischen Kaiserzeit*, Festgabe R. v. Jhering, Aalen 1979 (Neudruck der Ausgabe Tübingen 1892), 42, war dagegen der *praetor fideicommissarius* zuständig.

<sup>97</sup> P. Bonfante, *Corso di diritto romano I – Diritto di famiglia*. Roma 1925, 177 f. Nach Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa cit.*, 177, scheint die Familie erst nach justinianischem Recht zum Patronat berufen worden zu sein, während der Freigewordene zuvor ohne Patron war.

<sup>98</sup> Vgl. Pugliese, *Istituzioni cit.*, 222. Im Rahmen dieses Patronatsverhältnisses war der *libertus* seinem Patron zu Dienstleistungen sowie *honor*, *reverentia* und *obsequium* verpflichtet; vgl. Finkenauer, *Die Rechtsetzung Marc Aurels cit.*, 24. Diese Pflicht konnte mit den Mitteln der Zuchtgewalt durchgesetzt werden; vgl. M. Kaser, *Das römische Privatrecht I: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971<sup>2</sup>, 298. Zu Einschränkungen des Patronatsrechts des Freilassers bei der fideikommissarischen Freilassung siehe aber Bonfante, *Corso di diritto romano cit.*, I, 176.

unter das Gesetz<sup>99</sup>. Dies könnte unter anderem damit zusammenhängen, dass die fideikommissarischen Freilassungen zur Zeit des Erlasses dieser *lex* im Jahre 4 n. Chr. noch nicht anerkannt waren<sup>100</sup>. Somit wurde das Verbot wahrscheinlich erst im frühen Prinzipat auf Freiheitsfideikommisse ausgeweitet<sup>101</sup>.

Fraglich ist daher, wann eine fideikommissarische Freilassung im Sinne der *lex Aelia Sentia* wegen Gläubigerbenachteiligung unwirksam war.

Nach Ulp. 60 *ad ed.*, D. 40.5.4.19 kam es bei den fideikommissarischen Freilassungen – im Unterschied zu den testamentarischen – allein auf den objektiven Schädigungserfolg an: *directae libertates non competent, si consilium et eventus fuerit fraudandorum creditorum: nec fideicommissae praestabuntur, si eventu fraudentur creditores*<sup>102</sup>.

Die Juristen behandelten die fraudatorische direkte Freilassung also weniger streng als die fraudatorische Freilassung durch Fideikommiss, bei welcher schon der objektive Schädigungserfolg die Unwirksamkeitsfolge auslöste<sup>103</sup>. Demnach führte die hier bereits festgestellte objektive Zahlungsunfähigkeit grundsätzlich auch zur Unwirksamkeit der fideikommissarischen Freilassungen.

Wie gezeigt werden konnte, waren grundsätzlich sowohl die testamentarische als auch die fideikommissarische fraudatorische Freilassung von der Unwirksamkeitsfolge der *lex Aelia Sentia* betroffen. Noch immer offen ist jedoch die Frage, wem die Wendung *idem servandum in ...* inhaltlich<sup>104</sup> zuzuschreiben ist, wer also die fideikommissarische mit der testamentarischen Freilassung hinsichtlich der vom Senat bestimmten Rechtsfolge, nämlich der Ausnahme von der Unwirksamkeit, gleichsetzte.

<sup>99</sup> Schulz, *Die fraudatorische Freilassung* cit., 209 f., Impallomeni, *Le manumissioni* cit., 63. Anders Buckland, *Slavery* cit., 562 und *Textbook* cit., 81.

<sup>100</sup> So vermutet auch Impallomeni, *Le manumissioni* cit., 140.

<sup>101</sup> So auch Finkenauer, *Freilassung durch Nachlassübernahme* cit., 52. Dass dies möglicherweise durch ein SC zur Zeit des Kaiser Hadrian geschah, deutet Gaius in *Gai. inst.* 1.47 an. Siehe dazu ausführlich S. 184 f.

<sup>102</sup> Ebenso C. 7.11.7 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Zoticus*): *Si debitor ex administratione curae dominus tuus non solvendo constitutus fideicommissariam tibi reliquit libertatem, cum in fideicommissariis libertatibus eventum inspicere tantum obtinuerit, nihil eius voluntas tibi prodesse potest.*

<sup>103</sup> Allein der *eventus fraudis* genügte, um die *manumissio ex fideicommissis* zu vernichten, weil diese wie ein schuldrechtliches Damnumlegat behandelt wurde, welches bereits bei Überschuldung zum Todeszeitpunkt unwirksam war; siehe Klinck, *Zum Nachweis der Benachteiligungsabsicht* cit., 90 Fn. 21, und Finkenauer, *Freilassung durch Nachlassübernahme* cit., 53. Nach Buckland, *Slavery* cit., 566, könnte die Erklärung dagegen in der Vorstellung liegen „that the testator in abstaining from completing the gift may be regarded as having tacitly subjected his direction to the condition of solvency of the estate“.

<sup>104</sup> Sprachlich wäre der *idem servandum in*-Satz nach der durchgeführten grammatikalischen Untersuchung (siehe oben S. 166 ff.) am ehesten dem Senat zuzuschreiben.

Zur Beantwortung dieser zentralen Frage sollen im Folgenden zwei von Gaius überlieferte Fälle (Gai. 2 *fideicomm.*, D. 36.1.65.15 und Gai. *inst.* 1.46 f.) herangezogen werden.

## VI.- Die Entscheidungen des Gaius

Gai. 2 *fideicomm.*, D. 36.1.65.15

*Admonendi autem sumus, si is, qui solvendo non sit, Titio herede instituto servum liberum esse iusserit et rogaverit Titium hereditatem eidem restituere, vix esse, ut Titius recusans adire hereditatem cogatur. nam licet desiderante servo Titius adierit hereditatem, non tamen potest libertas servo competere quasi in fraudem creditorum data, licet Titius locuples sit: qua de causa nec hereditas ei restitui potest. sed ex sententia legis dicendum est perinde habendum, ac si is servus solus liber et heres scriptus esset nec Titius heres esset.*

Wir müssen aber darauf hingewiesen werden, dass, wenn jemand, der überschuldet ist, nach Einsetzung des Titius als Erben einen Sklaven für frei erklärt und den Titius gebeten hat demselben die Erbschaft herauszugeben, (dass) Titius schwerlich gegen seinen Einspruch zum Antritt der Erbschaft gezwungen werden kann. Denn mag Titius auch auf Verlangen des Sklaven die Erbschaft angetreten haben, kann dem Sklaven dennoch keine Freiheit zustehen, die gleichsam zur Benachteiligung der Gläubiger erteilt worden ist, mag Titius auch wohlhabend sein. Aus diesem Grunde kann dem Sklaven auch die Erbschaft nicht herausgegeben werden. Aber nach der *sententia legis* muss man sagen, dass die Sache ebenso behandelt werden muss, als ob dieser Sklave allein freigelassen und zum Erben eingesetzt worden wäre und nicht Titius der Erbe wäre.

Die vorliegende Gaius-Stelle entstammt seinen zwei Büchern *de fideicommissis*, welche nach Krüger auf die Zeit nach Antoninus Pius (138-161) – also noch vor den *Quaestiones* des Scaevola<sup>105</sup> – zu datieren sind<sup>106</sup>. Nach der Re-

<sup>105</sup> Die genaue Entstehungszeit des Werkes ist unsicher. Nach Ansicht von Lenel, *Palingenesia* cit., II, 272, Fn. 2, ist es nicht vor der Aufnahme des *Commodus* in die Regierung des Kaisers *Marc Aurel* geschrieben worden. Auch P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*, München-Leipzig 1912<sup>2</sup>, 219, und A.M. Honoré, *The Severan Lawyers: A Preliminary Survey*, in *SDHI.* 28, 1962, 204, datieren Scaevolae *Quaestiones* auf die Zeit zwischen 180 und 192 n.Chr. Masiello, *Le Quaestiones* cit., 55, glaubt hingegen an eine Entstehung zwischen 170 und 175 n.Chr. Der Autor hält es für unwahrscheinlich, dass Scaevola nach 175 n.Chr. neben seinen Aufgaben als Vigilienpräfekt noch didaktischer Tätigkeit nachgehen konnte.

<sup>106</sup> Krüger, *Geschichte der Quellen* cit., 206. So führen Gai. 2 *fideicomm.*, D. 32.96, Gai. 1 *fidei-*

konstruktion von Lenel<sup>107</sup> ist das Fragment dem Titel *Ad senatusconsultum Pegasianum* zuzuordnen<sup>108</sup>.

Ebenso wie im Ausgangsfall in Scaev. 18 *quaest.*, D. 28.5.84 geht es um eine (fraudatorische<sup>109</sup>) Freilassung bei überschuldetem Nachlass<sup>110</sup>. Auch hier hatte ein Erblasser einen Erben (nämlich *Titius* als *heres institutus*) eingesetzt und es sollte dieser dem testamentarisch freigelassenen Sklaven (*servum liberum esse iusserit*) die Erbschaft herausgeben (*rogaverit Titium hereditatem eidem restituere*). Infolge der Überschuldung stellte sich wiederum die Frage nach der Unwirksamkeit der Freilassung des Sklaven.

Anders als das von Scaevola zitierte SC, welches ausdrücklich den Annahmepflicht bestimmt (*ut adire eam cogatur*), stellt Gaius jedoch fest, dass der Erbe schwerlich zur Annahme der Erbschaft gezwungen werden konnte (*vix esse, ut Titius recusans adire hereditatem cogatur*).

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass es bei Gaius nur um eine testamentarische und gerade nicht – wie in der Quelle Scaev. 18 *quaest.*, D. 28.5.84 – auch um eine fideikommissarische Freilassung und zudem nur um einen einzigen Sklaven geht.

Gaius kommt zu dem Schluss, dass die Konstellation *ex sententia legis*<sup>111</sup>

*comm.*, D. 35.1.90 und Gai. 2 *fideicomm.*, D. 36.1.65.5 den Kaiser als *divus Antoninus* an. Dieser war also bereits verstorben, als die *libri fideicommissorum* erschienen.

<sup>107</sup> Lenel, *Palingenesia* cit., I, 239.

<sup>108</sup> Auffallend ist, dass Lenel, *Palingenesia* cit., I, 237-239, nur die §§ 5-15 der langen Digestenstelle Gai. 2 *fideicomm.*, D. 36.1.65 dem SC *Pegasianum*, den Anfang des Fragments (pr. bis § 4) hingegen dem SC *Trebellianum* zuordnen will. Aufgrund der adversativen Einleitung *admonendi autem sumus* des § 15 liegt es nahe anzunehmen, dass der Fall an einen zuvor geschilderten anknüpft. In den zuvor geschilderten Fällen geht es im weitesten Sinne um die Herausgabekonditionen der Erbschaft. § 15 hebt sich insofern davon ab, als hier gerade die Herausgabe verneint und stattdessen fingiert wird, dass der Sklave direkt zum *heres necessarius* eingesetzt sei. Die Einleitung mit den Worten „Wir müssen aber darauf hingewiesen werden...“ scheint diese Abwandlung unterstreichen zu wollen.

<sup>109</sup> Dass diese hier als *quasi in fraudem creditorum data* bezeichnet wird, liegt wohl daran, dass der Erblasser keine Kenntnis von der Überschuldung des Nachlasses hatte. Damit dürfte es vorliegend zumindest an dem für (unwirksame) testamentarische Freilassungen erforderlichen subjektiven Element, dem *consilium fraudandi*, fehlen.

<sup>110</sup> Deutlich wird an dieser Stelle zudem gesagt, dass es bei der Frage der Überschuldung des Nachlasses nicht auf die Bonität des Erben ankam (*licet Titius locuples sit*).

<sup>111</sup> Der Ausdruck wurde hier bewusst nicht übersetzt. Nach Heumann, Seckel, *Handlexikon* cit., 534, kann *sententia* insbesondere „Sinn, Meinung, Ansicht“ bedeuten. Auch wenn die *verba* des Gesetzes, um das es hier geht, im Text keinen Niederschlag gefunden haben, wird man unter der *sententia legis* am ehesten objektiv-teleologisch den „Sinn“ bzw. die „*ratio* des Gesetzes“ verstehen können; vgl. in dieser Richtung z.B. Paul. *lib. sing. ad leg. Cinc.*, D. 1.3.29: *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam*

genauso zu behandeln ist, als habe der Erbe den Sklaven direkt zum Erben eingesetzt (*perinde habendum, ac si is servus solus liber et heres scriptus esset*). Fraglich ist in diesem Zusammenhang, was unter der erwähnten *sententia legis* zu verstehen ist und auf welches Gesetz sich Gaius vorliegend beruft.

Das von Scaevola zitierte *senatus consultum* ist damit sicher nicht gemeint. Denn, wie bereits erwähnt, unterschied auch Gaius zwischen den Rechtsquellen *lex* und *senatus consultum*<sup>112</sup>. Wenn aber die *lex Aelia Sentia* eine Ausnahme vom Grundsatz der Unwirksamkeit der fraudatorischen Freilassung im Fall der Zwangserbeneinsetzung statuierte, ist die Fiktion<sup>113</sup>, dass der Sklave direkt als *heres necessarius* eingesetzt war, wahrscheinlich ein auf dieser *lex* beruhender praktischer Schluss *ex sententia legis*<sup>114</sup>. Gaius bezieht sich hier also auf die *sententia legis Aeliae Sentiae*.

Es stellt sich jedoch die Frage, warum Gaius das besagte SC nicht erwähnt. Dass sein Schweigen, wie teilweise angenommen wird<sup>115</sup>, auf Kürzungen der Kompilatoren zurückgeht, ist insofern unwahrscheinlich, als sich an der vorliegenden Stelle kein nachvollziehbares Interesse an einer negativen Interpolation erkennen lässt<sup>116</sup>. Zwar ist davon auszugehen, dass dem Gaius das unter Hadrian ergangene SC bekannt war; womöglich war es aber gar nicht nötig, es hier heranzuziehen. Denn im Unterschied zur Anordnung des SC, nach welchem der Erbe gezwungen werden sollte, die Erbschaft herauszugeben (*eique hereditas restitatur*), entschied Gaius ja gerade, dass die Erbschaft dem Freigelassenen nicht herauszugeben war (*qua de causa nec hereditas ei restitui potest*), sondern löste den Fall über die Fiktion der Zwangserbeneinsetzung. Nach dem Senats-

*eius circumvenit*. Zum Gegensatz von *verba* und *mens/sententia legis* siehe vor allem B. Vonglis, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Sirey 1968. Siehe dort (a.a.O., 143 ff.) zudem die Ausführungen zum aus der Rhetorik stammenden *status scripti et voluntatis*. Dazu auch U. Babusiaux, *Papinians Quaestiones. Zur rhetorischen Methode eines spätclassischen Juristen*, München 2011, 23 ff., am Beispiel der restriktiven Auslegung bei Papinian. Zum Begriff der *sententia legis* in der römischen Gesetzesauslegung siehe Chr. Baldus, *Gesetzesbindung, Auslegung und Analogie: Römische Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts*, in K. Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, Berlin 2010<sup>2</sup>, 42 f.

<sup>112</sup> Siehe erneut Gai. *inst.* 1.2-7.

<sup>113</sup> Allgemein zur Fiktion im römischen Recht siehe K. Hackl, *Vom „quasi“ im römischen zum „als ob“ im modernen Recht*, in R. Zimmermann, R. Knütel, J.P. Meincke, *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, München 1999, 120 ff.

<sup>114</sup> Dass damit die *lex Aelia Sentia* gemeint sein muss, nehmen u.a. auch Impallomeni, *Le manumissioni* cit., 139 Fn. 71, und Arcaria, *Senatus censuit* cit., 284 f. an.

<sup>115</sup> So z.B. Voci, *Diritto ereditario* cit., II, 422 und Impallomeni, *Le manumissioni* cit., 139 Fn. 71.

<sup>116</sup> Zwar ist Scaevola – wie bereits erwähnt – nach den uns überlieferten Quellen der einzige Jurist, der das besagte SC erwähnt. Dies allein kann eine Interpolation jedoch nicht erklären.

beschluss wurde der Sklave mithin eine Art Zwangsuniversalfideikommissar<sup>117</sup>, bei Gaius galt er dagegen als testamentarisch eingesetzter Zwangserbe.

Anstatt also den Erben ausschlagen und das Testament verfallen zu lassen, erkannte der Senat das Rechtsschutzbedürfnis des Erblassers sowie der Nachlassgläubiger an und gewährte diesen zumindest eine Art „fideikommissarischen Zwangserben“.

Dafür, dass es in der Quelle Scaev. 18 *quaest.*, D. 28.5.84.1 der Senat und nicht Scaevola war, welcher die Gleichstellung (*idem servandum est...*) entschied, könnte (indirekt) auch ein Passus aus den Institutionen des Gaius sprechen: So berichtet Gaius in *Gai. inst.* 1.46 in anderem Zusammenhang zunächst von besonderen Senatsbeschlüssen, welche die Umgehung einer anderen *lex*, der *lex Fufia Canina*, untersagten<sup>118</sup>. Mit den Worten *In summa sciendum est* führt Gaius in *Gai. inst.* 1.47 unmittelbar anschließend aus, dass sich das Verbot der fraudatorischen Freilassung nach der *lex Aelia Sentia* auch auf Nichtbürger bezog<sup>119</sup>. Und er fügt hinzu: „So hat der Senat aufgrund einer Ermächtigung Hadrians beschlossen, die übrigen Bestimmungen dieses Gesetzes erstreckten sich nicht auf Nichtbürger“<sup>120</sup>.

Aus dem Zusammenhang des Passus könnte man nun Folgendes herleiten: Zunächst behandelt der Jurist Umgehungsfälle einer anderen *lex* und erwähnt, dass es besondere Senatsbeschlüsse gab, welche das für ungültig erklärten, was man sich zur Umgehung des Gesetzes ausgedacht hatte. Dann kommt er auf die *lex Aelia Sentia* zu sprechen und erläutert, dass die Unwirksamkeit der Freilassung im Fall der fraudatorischen Freilassung als einzige Bestimmung der *lex Aelia Sentia* auch für Nichtbürger galt.

Da die *manumissio testamento*, wie bereits erwähnt, ein Institut des *ius civile* war, war sie Nichtbürgern nicht zugänglich. Wenn Gaius hier also von der Anwendbarkeit des Freilassungsverbots nach der *lex Aelia Sentia* auf Peregrine berichtet, konnte er nur die fideikommissarische Freilassung meinen. Durch die Ausdehnung des Verbots der fraudatorischen Freilassungen wollte man die

<sup>117</sup> Nachdem zuvor ein anderer (durch Zwang, den Gaius wiederum verneint) Erbe geworden war, welcher dem Freigelassenen die Erbschaft herausgeben konnte.

<sup>118</sup> Siehe *Gai. inst.* 1.46: *Sunt etiam specialia senatus consulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem eius legis excogitata sunt.*

<sup>119</sup> Siehe *Gai. inst.* 1.47: *In summa sciendum est, quod lege Aelia Sentia cautum sit, ut, si creditorum fraudandorum causa manumissi sint, liberi non fiant, hoc etiam ad peregrinos pertinere.* Dieses Fragment behandelt Volterra, *Senatus consulta* cit., 1073, in seiner Auflistung nicht umsonst in direktem Zusammenhang zu dem hier untersuchten Fragment Scaev. 18 *quaest.*, D. 28.84.1.

<sup>120</sup> *Gai. inst.* 1.47: *Senatus ita censuit ex auctoritate Hadriani, cetera vero iura eius legis ad peregrinos non pertinere.*

Erblasser daran hindern die *lex Aelia Sentia* mittels fideikommissarischer Freilassung zu umgehen<sup>121</sup>. Es ist gut vorstellbar, dass dies gerade Nichtbürger versuchten, und deshalb eine grundlegende Entscheidung nötig wurde<sup>122</sup>.

Diese habe, so Gaius weiter, der Senat *ex auctoritate Hadriani* getroffen. Es gab also einen Senatsbeschluss unter Hadrian, der die beiden Freilassungsformen der testamentarischen (fraudatorischen) und fideikommissarischen (fraudatorischen) Freilassung hinsichtlich der Unwirksamkeitsfolge nach der *lex Aelia Sentia* gleichstellte.

Auch wenn die von Gaius und Scaevola überlieferten Senatsbeschlüsse beide in die Zeit unter Hadrian fallen und dieselbe Rechtsmaterie betreffen, beruft sich Gaius hier nicht auf das von Scaevola zitierte SC. Denn während Inhalt des von Gaius zitierten SC die Gleichstellung der beiden Freilassungsformen in der Unwirksamkeitsfolge ist, geht die von Scaevola zitierte Anordnung gerade darüber hinaus und stellt die beiden Freilassungsformen hinsichtlich der Rückausnahme von der Unwirksamkeitsfolge gleich.

Das von Gaius zitierte SC ist somit nur als eine ‚Vorstufe‘ zu dem von Scaevola zitierten Grundsatz anzusehen. Zudem sind die *rationes* der beiden Gleichstellungen verschieden: Während nämlich das von Gaius zitierte SC die fideikommissarischen Freilassungen letztlich einschränkt, greift die von Scaevola zitierte Ausnahme von der Unwirksamkeit im Zwangserbenfall gerade zugunsten der Freilassung.

Dass besonders auf dem Gebiet der Freilassungen zahlreiche Senatsbeschlüsse und Kaiserkonstitutionen erlassen wurden, erklärt sich unter anderem mit der großen Bedeutung von Statusfragen sowohl für das private als auch für das öffentliche Interesse<sup>123</sup>. Vor allem in hadrianischer Zeit zeigen diese eine gewisse Tendenz zugunsten der Freilassung<sup>124</sup>.

Sicher geht es auch in Scaev. 18 *quaest.*, D. 28.5.84.1 um die Erhaltung

<sup>121</sup> Dies geschah – wie auf S. 178 ff. dargelegt – insofern in verschärfter Form, als man bereits den objektiven Schädigungserfolg genügen ließ. Zur Umgehung durch Fideikommiss siehe A. Watson, *The early history of «fideicommissa»*, in *Index* 1, 1970, 178.

<sup>122</sup> Dass der Senat gerade die Umgehung verhindern wollte, könnte sich wiederum aus dem Kontext mit der unmittelbar vorausgehenden Stelle Gai. *inst.* 1.46 ergeben. Dort ging es ja gerade um besondere Senatsbeschlüsse, welche die Umgehung einer *lex* untersagten.

<sup>123</sup> Vgl. Marcian. 4 *reg.*, D. 40.5.53 pr.: *quatenus libertas non privata, sed publica res est.*

<sup>124</sup> Siehe F. Gregorovius, *Der Kaiser Hadrian. Gemälde der römisch-hellenischen Welt zu seiner Zeit*, Stuttgart 1884<sup>2</sup>, 302 f. Vgl. auch die Aufzählung der unter Hadrian erlassenen SCta bei Finkenauer, *Die Rechtssetzung Marc Aurels* cit., 27. Zum politisch konzipierten Reformwillen des weltbürgerlichen Kaisers im Bereich des materiellen Rechts siehe zudem H. Hübner, *Zur Rechtspolitik Kaiser Hadrians*, in H. Hübner, E. Klingmüller, A. Wacke (Hrsgg.), *Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag*, Köln 1975, 70 ff.

der fideikommissarischen Freilassung, wobei der *favor libertatis*<sup>125</sup> hinter die Interessen der Nachlassgläubiger am Erhalt des Nachlasses zurücktritt<sup>126</sup>. Das praktische und wirtschaftliche Interesse an der Einsetzung eines *heres necessarius* war in Bezug auf die drohende Infamie des Erblassers und das Interesse der Gläubiger insofern in beiden Fällen vergleichbar.

Eine derart rechtspolitisch bedeutende Entscheidung traf jedoch sehr wahrscheinlich der Senat, welcher damit seine Rechtsprechung zur Gleichstellung der beiden Freilassungsformen fortführte. Die Gleichstellung von testamentarischer (fraudatorischer) und fideikommissarischer (fraudatorischer) Freilassung im Zwangserbenfall, welche eine Rückausnahme von der zuvor unter Hadrian beschlossenen Gleichstellung der beiden Freilassungsformen hinsichtlich der Unwirksamkeitsfolge ist, wurde folglich wohl schon unter Hadrian und nicht erst am Ende des 2. Jh. n.Chr. von Scaevola getroffen.

Ein weiteres Argument dagegen, dass es hier der Jurist war, welcher die Entscheidung des Senats auf fideikommissarische Freilassungen erstreckte, ist, dass es sich vorliegend wahrscheinlich um einen Schulfall handelt, den Scaevola möglicherweise mit seinen Schülern diskutierte<sup>127</sup>. Wahrscheinlich wurden die beiden Rechtsquellen (die nur im Principium angedeutete *lex Aelia Sentia* und das in § 1 zitierte *senatus consultum*) mit den Schülern im Unterricht besprochen und ausgelegt<sup>128</sup>. Dafür spricht unter anderem die mit *igitur* einsetzende

<sup>125</sup> Zum *favor libertatis* siehe Knütel, *Rechtsfragen zu den Freilassungsfideikommissen* cit., 150 f., H. Ankum, *Der Ausdruck favor libertatis und das klassische römische Freilassungsrecht*, in E. Herrmann-Otto (Hrsg.), *Sklaverei, Knechtschaft, Zwangsarbeit. Untersuchungen zur Sozial-, Rechts- und Kulturgeschichte I: Unfreie Arbeits- und Lebensverhältnisse von der Antike bis in die Gegenwart*, Hildesheim, Zürich, New York 2005, 82 ff., C. Castello, «*Humanitas*» e «*favor libertatis*». *Schiavi e liberti nel I secolo*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino V*, Napoli 1984, 2176 ff., und P. Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, Bari 2006, 55-67. Kritisch zur 'Kategorie' des *favor libertatis* Silla, *La 'Cognitio'* cit., 204 ff., welcher stattdessen lieber vom „canone *pro libertate*“ spricht.

<sup>126</sup> Es galt letztlich die Interessen des Erblassers an einem (Zwangs-)Erben, die Interessen der Gläubiger an einem Schuldner, die Interessen des Erben und die des freigelassenen Sklaven in Einklang zu bringen.

<sup>127</sup> Die *Quaestiones* des Scaevola gelten als didaktisches Werk, das sehr wahrscheinlich im Unterricht entstanden ist. F. Lamberti, *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana II: Profili del regime classico*, Milano 2001, 165 f., vermutet, dass sie die von Scaevola in seiner eigenen (privaten) Rechtsschule gehaltenen Lektionen wiedergeben.

<sup>128</sup> Es scheint geradezu, als habe der Lehrer die bekannte Ausnahme von der Unwirksamkeit der Freilassungen nach der *lex Aelia* wie einen Obersatz an den Anfang seines Diskurses gestellt, um dann auf das konkrete SC einzugehen und die Fälle unter Anwendung der beiden Gesetze zu lösen.

Fallvariantenbildung<sup>129</sup> mit ausdrücklicher Begründung der Entscheidungen<sup>130</sup>. Wenn aber die Gleichstellung der beiden Freilassungsformen der Schwerpunkt der Falllösung gewesen wäre, hätte der Lehrer sicher – wenn auch nicht unbedingt eine Begründung – so doch einen Fall oder ein Beispiel dazu erörtert. Stattdessen erwähnt er in einem knappen Satz, dass dies auch für Fideikommisse gelten sollte, was den Schülern offenbar bekannt war.

Jedenfalls bedurfte es wohl keiner juristischen Vertiefung dieser Gleichstellung. Der Lehrer wandte sich vielmehr sofort dem speziellen Problem der Rangfolge der Freigelassenen zu. Dieser Fall stand hier ganz klar im Zentrum des Unterrichts und bildete den Schwerpunkt des juristischen Diskurses. Das Zitat einer Rechtsvorschrift (hier des SC) vorab diente – wie so oft in den *Quaestiones* von Scaevola<sup>131</sup> – nur zur Vorbereitung auf den konkreten Fall. Dies zeigt auch das Principium deutlich, wo der Jurist zunächst eine allgemeine Aussage zum Verhältnis der diesen Bereich regelnden Rechtsquellen traf.

Im Ergebnis stammt die den Worten *idem servandum in...* zugrundeliegende Entscheidung hier also nicht von Scaevola, sondern sehr wahrscheinlich noch vom Senat. Dieser versuchte so, Diskrepanzen und Widersprüche innerhalb der römischen Rechtsordnung zu beseitigen<sup>132</sup>.

## VII.- Reihenfolge der Freilassungen in der Kommentierung des Juristen

Nach dem Wortlaut des SC sollte ausdrücklich nur der Erstgenannte frei und damit Universalfideikommissar bzw. faktisch Zwangserbe werden. Warum die

<sup>129</sup> Siehe die drei durch *si* eingeleiteten Distinktionen *si primo loco scriptus desideraret adire hereditatem, si posteriores quoque liberos se esse dicent...* und *si primus velit sibi restitui hereditatem...*

<sup>130</sup> Siehe die Begründungen *quia, si primus velit..., praefendus est et hic servus futurus est* und *nam si posteriores quoque liberos se esse dicent..., an solvendo sit hereditas ..., apud praetorem quaereretur*. Zudem deutet die Formulierung *nulla difficultas erit* stark auf einen Schuldiskurs hin. In einem konkreten Fall hätte Scaevola den Parteien wohl kaum zur Antwort erteilt, dass keine Schwierigkeit bei der Lösung des Falles bestand.

<sup>131</sup> Vgl. etwa die anfänglichen Zitate anderer Juristenmeinungen in Quellen wie Scaev. 1 *quaest.*, D. 3.5.8, Scaev. 6 *quaest.*, D. 28.2.29.15-16, Scaev. 8 *quaest.*, D. 29.7.14 pr., Scaev. 5 *quaest.*, D. 37.6.10 oder Scaev. 4 *quaest.*, D. 47.6.6. Masiello, *Le Quaestiones* cit., 90 f., nimmt an, dass diese Zitate nicht von Scaevola selbst stammen, sondern die *lectio* einer der Schüler waren.

<sup>132</sup> Denn nachdem sich die alte *manumissio testamento* bereits am Ende der Republik als den gewandelten Umständen nicht mehr angemessen erwiesen hatte, konnte man die Schwächen der alten Regelungen nicht auf einmal und geordnet ändern: „per rimediarvi senza ulteriore indugio, non si ebbe né il tempo, né l’esperienza, per farlo in modo ordinato e sistematico; tanto più che i mezzi di produzione giuridica, di cui ci si avvale, erano di natura troppo eterogenea“, so Impalomeni, *Le manumissioni* cit., 6.

Reihenfolge der im Testament genannten Freigelassenen wichtig war, könnte ein Vergleich mit einem von Julian entschiedenen Fall verdeutlichen:

Terentius Clemens 9 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 40.9.24

*Si quis, habens creditores, plures manumiserit, non omnium libertas impeditur, sed qui primi sunt, liberi erunt, donec creditoribus suum solvatur. quam rationem<sup>133</sup> Iulianus solet dicere velut duobus manumissis, si unius libertate fraudentur, non utriusque, sed alterutrius<sup>134</sup> impediri libertatem et plerumque postea scripti, nisi si quando maioris pretii sit is qui ante nominatus sit nec sufficiat posteriorem retrahi in servitutem, prior sufficiat<sup>135</sup>; nam hoc casu sequenti loco scriptum solum ad libertatem perventurum.*

Wenn jemand, der Gläubiger hat, mehrere freigelassen hat, wird nicht die Freiheit von allen blockiert werden, sondern die, welche an vorderer Stelle stehen, werden frei sein, solange bis den Gläubigern das ihnen Zustehende gezahlt wird. Diese *ratio* pflegt Julian zu zeigen, z.B. im Falle der Freilassung von zwei (Sklaven), falls sie (die Gläubiger) durch die Freiheit von nur einem geschädigt werden sollten: Dann werde nicht die Freiheit beider, sondern nur die von einem von beiden blockiert, und zwar meistens die des nachfolgend Genannten – außer wenn etwa derjenige wertvoller sein sollte, der an erster Stelle genannt ist, und es nicht ausreichen sollte, dass der Nachfolgende in die Sklaverei zurückversetzt wird, der Erste aber (zur Begleichung der Schulden) ausreiche: Denn in diesem Fall werde nur der nachfolgend Genannte zur Freiheit gelangen.

In der von Terentius Clemens zitierten Julian-Entscheidung ging es darum, die Nachlassgläubiger vor Freilassungen zu schützen, welche das Nachlassvermögen derart schmälerten, dass daraus ihre Forderungen gegen den Nachlass nicht mehr beglichen werden konnten. Die testamentarisch bestimmte Reihenfolge war nach Julian zwar grundsätzlich einzuhalten, jedoch nur soweit, wie nicht ein zuerst Genannter einen höheren – zur Befriedigung der Gläubigerforderungen ausreichenden – Wert aufwies (*nisi si quando maioris pretii sit is, qui ante nominatus sit*) und es nicht ausgereicht hätte, den Folgenden in die Sklaverei zurückzusetzen (*nec sufficiat posteriorem retrahi in servitutem*<sup>136</sup>).

<sup>133</sup> *qua ratione Mo. Contra BΣ.*

<sup>134</sup> *alterutriusque F<sup>2</sup>.*

<sup>135</sup> *prior autem sufficiet F<sup>2</sup>.*

<sup>136</sup> Der Ausdruck *retrahere in servitutem* bezeichnet nach G. Impallomeni, *In tema di manomissione fraudolente*, in A. Guarino, L. Labruna (Hrsgg.), *Synteleia. Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz II*, Napoli 1964, 930, die „vera e propria nullità assoluta“ der Freilassung. Siehe dort auch die Auflistung der zahlreichen anderen Ausdrücke für die Nichtigkeit der Freilassung. Nach Impallomeni, *In tema di manomissione* cit., 931 f., konnte diese sowohl von den benachteiligten Gläubigern als auch vom Erben selbst geltend gemacht werden.

In diesem Fall sollte also ausnahmsweise der Erstgenannte als Sklave in der Nachlassmasse verbleiben, um die Gläubiger zufrieden zu stellen.

Scaevola beginnt seine Kommentierung des Senatsbeschlusses mit dem anschließenden *igitur*<sup>137</sup> und spielt diesen in drei verschiedenen praxisrelevanten Fallvarianten<sup>138</sup> durch, welche von zwei unterschiedlichen Voraussetzungen abhängen: Im ersten Fall nimmt der Erstgenannte an – dann gibt es die beiden Unterfälle, dass das Erbe ausreicht oder nicht. Im zweiten Fall nimmt der Erstgenannte nicht an. Die bereits erwähnte Fallvariantenbildung unterscheidet also die Fälle *si primo loco scriptus desideraret...* vom *absente autem primo sequens...*

Wie bereits festgestellt, bestimmte das SC nur, dass der *priore*<sup>139</sup> *loco scriptus* frei werden und diesem die Erbschaft übertragen werden sollte. Was mit den restlichen Freigelassenen geschehen sollte, war offenbar nicht ausdrücklich geregelt. Deshalb spielte Scaevola das SC in diesen Fällen nun durch:

Im ersten Fall, wenn also der Erstgenannte entsprechend der Regelung des SC wollte, dass die Erbschaft angetreten wurde (*desideraret adire hereditatem*<sup>140</sup>), gab es laut Scaevola keinerlei Schwierigkeit (*nulla difficultas erit*). Warum diese Variante unproblematisch war, begründet der Jurist im sich anschließenden

<sup>137</sup> Der Gebrauch von *modus* und *tempus* ist in diesem Teilstück (von *igitur* bis *futurus est*) mit dem klassischen Latein nicht zu erklären. Auf Futur I (*dicent*) folgt z.B. Konjunktiv Präsens (*desiderent*) im selben *si*-Satz. Im vorhergehenden *si*-Satz steht dagegen z.B. der Konjunktiv Imperfekt (*desideraret*) und im Hauptsatz Futur I (*erit*).

<sup>138</sup> Die Falldistinktionen werden, wie bereits erwähnt, meistens durch konditionale *si*-Sätze eingeleitet: Siehe die Abfolge *si primo loco scriptus desideraret adire, si posteriores quoque liberos se esse dicent* mit dem anschließenden adversativen *absente autem primo sequens desiderans adiri hereditatem*, das hier im Sinne von *sin* steht. (Denn ein *sin* bzw. *sin autem* führt gerade ein vorausgehendes konditionales *si* gegensätzlich weiter). Dass die Sachverhaltsalternativen hier antithetisch formuliert sind, also nur der eine oder der andere Fall praktisch eintreten konnte, unterstreicht erneut die Vermutung, dass es sich hier um einen Schulfall handelt. Zu den schulmäßigen *distinctiones* im Fall des Proculus siehe Chr. Krampe, *Proculi Epistulae. Eine frühklassische Juristenschrift*, Karlsruhe 1970, 61 ff.

<sup>139</sup> Interessant ist die Verwendung des Adjektivs *prior* im SC. Dieses bezieht sich streng wörtlich genommen nicht auf den an erster Stelle Geschriebenen, den Ersten, sondern den vorangehenden, den Ersten von Zweien. Später ist dagegen vom *primo loco scriptus* die Rede, also demjenigen, welcher tatsächlich an erster Stelle in der Ordnung der vom Erblasser genannten, frei zulassenden Sklaven stand. Der Folgende wird dann konsequent als *primo sequens* bzw. die Gesamtheit als *posteriores* bezeichnet.

<sup>140</sup> Fraglich ist, wieso hier für den Fideikommissar vom Antritt der Erbschaft die Rede ist. Als Terminus Technicus wird *adire eam* für den eingesetzten Erben verwendet. Möglicherweise handelt es sich um einen Schreibfehler, wie ihn auch die *Nota Mod.* verzeichnet. Es müsste also Passiv *adiri* stehen statt Indikativ. Dafür spricht auch die nicht einheitliche Terminologie, wenn im Folgesatz von den anderen Sklaven gesprochen wird, welche *restitui hereditatem desiderent*.

*nam*-Satz, wonach nämlich die Tatsachenfrage, ob die Erbschaft trotz weiterer Freilassungen noch zur Befriedigung der Gläubiger ausreichte, vor dem Prätor zu klären war<sup>141</sup>.

Im zweiten Fall hingegen ist die Rede vom Erstgenannten als *absens*. Nach Ansicht von Pugliese<sup>142</sup> ist darunter „il puro fatto della lontananza dal luogo suddetto“ zu verstehen, „dove infatti l’*in ius vocatio* avrebbe dovuto essere compiuta“, wobei es auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des Abwesenden nicht ankam. *Absens* konnte also die Abwesenheit *in iure* meinen<sup>143</sup>. Demnach war der Erstgenannte in dieser Fallvariante offensichtlich nicht vor dem Prätor erschienen<sup>144</sup>. Der Zweitgenannte sollte dann aber trotzdem nicht gehört werden, sondern blieb Sklave, weil der Erstgenannte laut Scaevola *praeferendus* war, falls er die Erbschaft übertragen bekommen wollte (*velit sibi restitui hereditatem*<sup>145</sup>).

Scaevola entscheidet die Fallvarianten nach dem Wortlaut des SC. Dieses regelt allein den Fall des Erstgenannten und sagt nichts über den Verbleib der *duobus pluribusque* aus. Strenger als der von Terentius Clemens zitierte Julian, welcher auf den Wert des freizulassenden Sklaven abstellt (*nisi si quando maioris*

<sup>141</sup> Die *quaestio* (*an solvendo sit hereditas...quaereretur*), mit der sich die Sklaven, welche sich für frei erklärten (*liberos se esse dicent*) an den Prätor wenden sollten, spricht für ein *praeiudicium*, eine selbständige Feststellungsklage in Bezug auf die Freiheit vor dem Prätor. Zu den *praeiudiciales actiones* siehe *Inst.* 4.6.13; *Gai. inst.* 4.44; *Ulp. 4 ad ed. praet.*, D. 44.7.37 pr. Diese Klagen waren auf Vorentscheidungen zur Vorbereitung eines weiteren Prozesses gerichtet, siehe Kaser, Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* cit., 266 f. Die *formula praeiudicialis* bestand aus einer bloßen *intentio*. Wie bereits festgestellt, behandelt Scaevola hier den Fall der fideikommissarischen Freilassung, bei der die Sklaven gerade nicht automatisch mit Antritt der Erbschaft frei wurden, sondern vom Erben freigelassen werden mussten. Das Freilassungsfideikommiss gab dem Sklaven jedoch eine Forderung gegen den Beschwerten auf Freilassung, worauf er seinen Herrn verklagen konnte; vgl. Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa* cit., 170 f.; Hermog. 1 *iur. epit.*, D. 5.1.53; Marcell. 15 *dig.*, D. 40.5.9; Marcell. 16. *dig.*, D. 40.5.10 pr.; *Ulp. 5 fideicommiss.*, D. 40.5.24.3; *Pomp. 7 ad Sab.*, D. 40.5.44. Insoweit galt der Sklave also als frei und parteifähig; siehe *Ulp. 5 fideicommiss.*, D. 40.5.26 pr. Seine Lage wird in *Marcian. 9 inst.*, D. 40.5.51.3 mit der eines *statuliber* verglichen. Im Übrigen blieb er aber Sklave bis zur Freilassung vgl. *Ulp. 5 disp.*, D. 40.5.45.2.

<sup>142</sup> Siehe G. Pugliese, *Il processo formulare II, Lezioni dell'anno accademico 1948-49*, Genova 1950, 376.

<sup>143</sup> Kaser, Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* cit., 164 Fn. 24. Siehe auch *Ulp. 1 ad ed.*, D. 39.2.4.5: *absente autem videtur et qui in iure non est* und *Marcian. 9. inst.*, D. 40.5.51.5: *Absente autem is intellegitur, qui a tribunali abest*.

<sup>144</sup> Gewöhnlich drohte als Indefensionsfolge die *missio in bona* mit anschließender *bonorum venditio*, siehe Pugliese, *Il processo* cit., II, 375. Nach Kaser, Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* cit., 267 Fn. 41, scheint es plausibel, dass die Indefension gegenüber dem *praeiudicium* als Indefension gegenüber der Hauptklage behandelt wurde, welche durch das Präjudizialverfahren vorbereitet werden sollte.

<sup>145</sup> Sprachlich auffallend ist hier die Verwendung des Verbs *velle*, nachdem im Zusammenhang mit dem Herausgabeverlangen bisher dreimal von *desiderare* die Rede war.

*pretii sit is qui ante nominatus sit*), begünstigt Scaevola in seiner Entscheidung strikt den Erstgenannten, der, wenn er wollte, auf jeden Fall seinen Teil bekommen sollte, und selbst wenn er nicht anwesend war, den Zweitgenannten sperrte.

Im Ergebnis kann man diese Entscheidung auf die Alliteration *primus praefereendus* bringen. Der Entscheidung liegt also das Prioritätsprinzip zugrunde.

### VIII. Zusammenfassung

Das Fragment aus den *Quaestiones* des Scaevola behandelt einen Schulfall, in dem ein unter Hadrian ergangenes SC ausgelegt wird. Wie die sprachliche und inhaltliche Untersuchung des Textes plausibel zu machen versucht hat, stammt die den Worten *idem servandum in...* zugrunde liegende Entscheidung nicht von Scaevola, sondern sehr wahrscheinlich vom Senat.

Warum testamentarische und fideikommissarische Freilassungen hinsichtlich der Rückausnahme vom Freilassungsverbot der *lex Aelia Sentia* gleich behandelt werden sollten, wird im Text weder vom Senat noch von Scaevola begründet.

Da das praktische und wirtschaftliche Interesse an der Einsetzung eines *heres necessarius* für die von der Freilassung Betroffenen in beiden Fällen vergleichbar war, und der Senat bereits die Gleichstellung hinsichtlich der Unwirksamkeitsfolge nach der *lex Aelia Sentia* entschieden hatte, war eine Gleichbehandlung auch hinsichtlich der Rückausnahme geboten.

Diese rechtspolitisch bedeutende Entscheidung diente letztendlich zur Förderung der Harmonisierung der römischen Rechtsordnung.

Julia Gokel

(Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg)  
gokel@igr.uni-heidelberg.de

