

DIE HAND AUS DEM JENSEITS? ZUR FRAGE DER GRENZEN DER VERMÖGENSVERFÜGUNG IM TODESFALLE NACH RÖMISCHEM RECHT

Franciszek LONGCHAMPS DE BÉRIER
Unwersytet Jagielloński

1. Eine Diskrepanz zwischen Person und Rechtssubjekt

Es stellt sich heraus, dass das Leben nach dem Tod nicht nur für die Eschatologie, bzw. allgemein für die Theologie, als eine geordnete Reflektion im Licht der Offenbarung, interessant ist. Auch für die Rechtswissenschaft ist diese Frage von Bedeutung. Die Rechtswissenschaft beschäftigt sich mit dieser Problemstellung zwar aus einer anderen Perspektive als dies die Theologie tut, die im Menschen eine unsterbliche Seele sieht. Die Juristen stehen dagegen vor der Frage, was von dem Verstorbenen in der Welt der Lebenden verbleibt. Der wirkliche Humanismus darf vom Willen und vom Vermächtnis eines Menschen, nachdem er den Menschen zu Lebzeiten in das Zentrum seines Interesses gestellt hat, nicht abstrahieren. Sogar wenn man annimmt, dass mit dem Tod alles sein Ende fände, wäre „das alles“ bloß auf das Subjekt beschränkt. Es bleiben dingliche Rechte und Schuldverhältnisse, manchmal auch die Familienpflicht. Die Sozialordnung verlangt eine Regulation, die hauptsächlich durch das Erbrecht verwirklicht wird. In diesem Bereich stehen wir vor einem rechtlichen Problem des Dualismus, dass sich aus den verschiedenen Aspekten der Diskrepanz zwischen der Person und dem Rechtssubjekt ergibt. Zu Lebzeiten sieht diese Diskrepanz anders aus als nach dem Tod. Übrigens scheint die Sache erst nach dem Tod wirklich interessant zu werden. Nicht nur aus dem Grunde, dass der Mensch – ich erlaube mir das lapidar zu formulieren – stirbt, jedoch seine Verfügungen die Rechtsverhältnisse des Todesfalles gestalten. Es scheint ja, dass wir auch einen Einfluss darauf haben wollten, was sich nach unserem Tod zutragen wird. In welchem Umfang soll dies jedoch gewährt werden? In möglichst weitgehendem? Welche soziale Voraussetzungen und rechtliche Grundlagen sind bei einer eventuellen „Intervention in der Zukunft“ vorhanden? Diese Fragen betreffen den Bereich, ob man zumindest einige Versuche von Übergriffen „der Hand aus dem Jenseits“, im Hinblick auf die Lebenden zulassen dürfe. Jemand könnte sogar bemerken, dass

hier nicht ein Mensch wirkt – er kann dies ja nicht, weil er nicht mehr existiert; und doch lässt das Recht es zu, dass sich sein Wille in die Welt der Lebenden einmischt. „Die Hand aus dem Jenseits“ ist kein Entschluss über die Höhe der Erbeanteile, sondern bestimmte Beschlüsse, die langfristig das Handeln der im Bereich der Lebenden verbliebenen Erben kontrollieren. Soll der Verstorbene für die Rechtsordnung auch nach seinem Tod existieren? Andererseits: die Lebenden möchten doch – wenn sie an sich selbst denken, einen Einfluss auf die Welt nach ihrem Tod haben, vor allem dann, wenn sie das hinterlassen, wofür sie ein ganzes Leben lang gearbeitet haben. In welchem Ausmaß sollte es sinnvoll sein, so etwas zuzulassen? Die Diskussion dreht sich eigentlich um das Problem, was in der Vorlesung des römischen Erbrechts üblicherweise mit einem leicht ins Ohr gehenden, lateinischen Spruch *semel heres, semper heres*¹ ausgedrückt wird. Der Satz wird normalerweise übersetzt: Einmal Erbe immer Erbe.

Dieser Fragenkomplex ist keineswegs aufgebläht. In Erörterungen über Methoden der Rechtsvergleichung wurde man darauf aufmerksam gemacht, dass diese sich nicht auf die Analyse paralleler Rechtsinstitute beschränken, sondern eher auf die Analyse der Lösungen ähnlicher Probleme ausgerichtet sind. In einem führenden und klassischen Lehrbuch wird die Sache mit einem Beispiel dargestellt: wie kommen die Rechtssysteme verschiedener Länder, verschiedener Rechtskreise, bzw. Traditionen dem Verlangen eines Testators entgegen, damit er sein Vermögen noch lange nach seinem eigenen Tod kontrollieren könne². Das Recht versucht auf verschiedene Art und Weise, in verschiedenen Zeiten und in unterschiedlichen Orten der Welt den Erwartungen der Gesellschaft zu entsprechen. In einem weiteren, rechtsvergleichenden Kontext darf man die Frage wiederholen: Lässt man die Einwirkungen des Menschen auf den Rechtsverkehr nach seinem Tod zu? Wenn ja, dann in welchem Ausmaß? Darf man hier etwas mehr erwarten? Eine positive Antwort auf die erste Frage sollte weder in Erstaunen noch in Zweifel versetzen. War das aber schon immer so? Um den Kontext historisch auszudehnen, gehen wir bis in die Antike, insbesondere bis in das römische Recht zurück. In welchem Ausmaß erlaubt es die lobenswerte Vergangenheit die zweite Frage zu beantworten? Sogar wenn man aufmerksam und bis zum Ende die Beschlüsse der Verstorbenen erfüllen will – aus Hochachtung für „den letzten Willen“, dann ist es wohl kaum möglich dies ohne Beschränkungen umsetzen.

2. Verfügungen *poenae nomine*

Im römischen Recht sieht man deutlich, dass die Juristen bestrebt waren, den Verfügungen *poenae nomine* Grenzen zu setzen. Bei diesen Verfügungen handelte

¹ Er erstand in Zusammenhang mit folgendem Fragmenten: D. 28.5.89. GAIUS *sing. de casibus*: [...] *cum autem semel heres exstiterit servus, non potest adiectus efficere, ut qui semel heres exstitit desinat heres esse*; D. 4.4.7.10. ULPIANUS *II ad ed.*: [...] *sine dubio heres manebit, qui semel exstitit*.

² Konrad ZWIEGERT – Hein KÖTZ: *Introduction to Comparative Law*. übersetzt von Tony WEIR. 3. Ausgabe. Oxford, Oxford University Press, 1998. 35.

es sich um Bestimmungen, in die der testamentarisch Bedachte von sich aus nicht eingewilligt hätte.

Die lateinischen Wendungen soll man nicht direkt übersetzen und von Verfügungen der Bestrafung wegen sprechen. Der Begriff wurde nämlich im Kontext von Akten des letzten Willens gebraucht, in denen der Erblasser den Erben oder Vermächtnisinhaber zu bestimmten Handlungen zu zwingen versucht, die er direkt nicht verlangen könnte. Über diesen Typus der Rechtsgeschäfte *mortis causa* berichtet Gaius im zweiten Kommentar seiner Institutionen.³ Bei der *poenae nomine* Einsetzung von Erben, Miterben, Bestellung der Vermächtnissen, Fideikommissionserben, Befreiungen oder testamentarischen Auflagen versuchte der Erblasser solche Wirkungen zu erreichen, die er *inter vivos* nicht verwirklichen hätte können. In der Tat versuchte er die Erben, Vermächtnisinhaber, bzw. Freigelassenen dazu zu bewegen, gegen ihre eigene Überzeugung zu handeln. Ein Verbot solcher Verfügungen von Todes wegen betonten die römischen Juristen insbesondere bei Vermächtnissen.⁴ Offensichtlich waren das die ältesten oder häufigsten Verfügungen *poenae nomine*. Sie konnten beispielsweise dazu dienen, Druck auf den Erben auszuüben, damit er einen bestimmten Sklaven verkauft, ihn also zu zwingen über eigene Rechte zu verfügen. Gaius gibt ein paar andere Beispiele. Das erste Beispiel ist das Verbot der Eheschließung der Tochter des Erbberechtigten mit bestimmten Personen. Falls sie gegen den Willen des Testators handelte, wurde dem anderen Kandidaten ein hohes Legat (Vermächtnis) als Entschädigung gezahlt. Das zweite Beispiel ist die Verfügung der Pflicht der Eheschließung der Tochter des Erbberechtigten mit bestimmten Personen; auch diese Bestimmung ist wieder mit einem Vermächtnis „bedroht“. In einer universellen Fideikommission *poenae nomine* wurde hingegen die Herausgabe der Erbschaft nicht nur von der Heirat einer bestimmten Person abhängig gemacht, sondern zusätzlich von der Erfüllung einer anderen –ungünstigen– Auflage für den Erben, Fideikommissionserben oder für ihren agnatischen Machttäger, Patrone bzw. Eigentümer.⁵ Über die sehr negative Bewertung von Verfügungen *poenae nomine* durch Sabinus berichten die justinianische Institutionen. Es scheint gesichert, dass spätestens seit Beginn des 2. Jh. nach Chr. solchen Verfügungen keine Rechtskraft zugestanden wurde.⁶ Ein starker und entschlossener Widerspruch der Jurisprudenz bestätigt die Ablehnung der Zulässigkeit der Verfügungen *poenae nomine* auch in den sehr freien Soldatentestamenten.⁷

³ Gai 2.235; Gai 2.243; Gai 2.288.

⁴ D. 34.6.1. AFRICANUS *quest.*; D. 34.6.2. MARCIANUS 6 *inst.*; D. 35.1.12. ULPIANUS 24 *ad Sab.*; Hist. Aug. Pius. 8.5.

⁵ FRANCISZEK LONGCHAMPS DE BÉRIER: *L'abuso del diritto nell'esperienza del dirittoprivato romano*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2013. 99–103.

⁶ FRANCISZEK LONGCHAMPS DE BÉRIER: *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*. Warszawa, Liber, 1997. 162.

⁷ I. 2.20.36.

3. Zu den Rechtsprinzipien und der Rechtspolitik

In diesem Kontext könnten wir auch heute die Frage stellen, ob es nun die Möglichkeit eines Einflusses darauf gibt, was nach unserem Tod geschehen soll, oder ob wir von derartigen Verfügungen nur träumen. Man kann hier auch von einer anderen Seite anfangen. Die Verfassung der Republik Polen vom 2. April 1997 enthält zwei ähnlich formulierte Vorschriften. Art. 21 Abs. 1 lautet: „Die Republik Polen schützt das Eigentum und das Erbrecht“. Aus einem anderen Gesichtspunkt formuliert sie das noch ein Mal in Art. 64 Abs. 1: „Jedermann hat Recht auf Eigentum und andere Vermögensrechte und auch Erbrecht“. Auf ähnlicher Weise spricht sich das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland in Art. 14 I 1 aus: „Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet“. Aus den zitierten Vorschriften scheint sich zu ergeben, dass die Vererbung eine Eigentumsverlängerung ist. Es wird das *ius disponendi mortis causa* garantiert. Wenn man sich aber Gedanken über die Verfügungsfreiheit von Todes wegen machen würde, dann entstehen logischerweise auch nebenstehende Fragen: Was bedeuten die oben genannte Regulierungen? Was könnten sie bedeuten? Ist alles ausschließlich auf das früher erwähnten Prinzip *semel heres semper heres* zurückzuführen, darf man sich also nur ein einziges Mal entscheiden? Oder haben wir vielleicht dank unseres ersparten Vermögen und einer subjektiv größeren Verfügungsfreiheit, keinen Ausweg. Wir dürfen das Vermögen nicht für uns behalten, es stellt sich die Frage, ob wir es für andere, weiterreichende Ziele verwenden dürfen.

Besonders interessant scheinen die zeitlich weiter entfernten Ziele zu sein. Ein Verbot für Rechtsgeschäfte *poenae nomine* ist ein charakteristischer Extrempunkt. Die Bedeutung der nicht testamentarischen Erbfolge lässt in der Regel die Frage offen, in welchem Grade die Gesellschaft ein Recht hat, darüber zu entscheiden, was mit dem Vermögen des Verstorbenen passieren soll. Es handelt sich nicht nur um die Einsetzung der richtigsten Ordnung der Erbfolge in der Sukzession *ab intestato*. Es kommt vielmehr darauf an, in welchem Ausmaß man dem Testator Gebrauch von dem *ius disponendi mortis causa* machen lässt. Manchmal kann der Verdacht entstehen, dass das Rechtssystem den Menschen eigentlich nur die Position des Verwalters des eigenen Vermögens gibt. Man gewinnt nicht einmal den Eindruck, dass die Gesellschaft einen Anspruch auf dieses Vermögen zu erheben versucht. Alles das ist selbstverständlich die Domäne der Rechtspolitik im weiteren Sinne, die – wenn sie nicht planmäßig geführt ist – vor allem die Überzeugungen der Gesellschaft widerspiegelt. Sie findet ihren Ausdruck in der Weise und im Ausmaß, in denen die Werte im Recht umgesetzt sind. Es ist schwer hier nicht zu fragen, von welchen Werten bestimmte erbrechtliche Lösungen getragen werden. Die Grundsätze bestimmter Lösungen des römischen Rechts stehen dabei im Vordergrund. So insbesondere *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* und die Freiheit der Vermögensverfügung *mortis causa*. Fragt man nach den verschiedenen Aspekten der Diskrepanz zwischen der Person und dem Rechtssubjekt, so ist die Aufmerksamkeit vor allem auf die Auslegungsprinzipien zu richten, vor allem auch auf die Respektierung des Willens des Verstorbenen. Es besteht kein Zweifel, dass diesem in der gesamten römischen Geschichte große

Bedeutung beigemessen wird.⁸ Diese Hochachtung vor den letzten Entschlüssen des *de cuius* hat aus moralischer Sicht selbstverständlich eine eindeutig positive Bewertung verdient. Jedoch hat das Sozialleben nicht nur ethische Dimensionen. Eine sorgfältige Erfüllung des Willens des Verstorbenen und insbesondere einer Verbreitung der Notwendigkeit eines solchen Verhaltens lässt einen potentiellen Erblasser begründet hoffen, dass auch sein letzter Wille im Hinblick auf sein Vermögen erfüllt werden wird. Aus diesem Grunde wurden Normen durch die Gesellschaft geschaffen, die die Einführung solcher Rechtsinstitute als etwas Nützliches anerkennen und die den Gehorsam bei Verfügungen von Todes wegen erzwingen. Es war schon so im antiken Rom, wo man die Hochachtung vor der *voluntas testantium* verlangte. Das Ziel bestand darin, möglichst treu und sorgfältig nach dem Willen des Verstorbenen zu suchen und diesen zu erfüllen (der Wille sollte mindestens hypothetisch oder höchstwahrscheinlich sein). Man bemühte sich mit lauterer Strebsamkeit darum, zu zeigen, was der *de cuius* gemeint, gewollt hat und was erreicht werden sollte. Sogar auch wenn es scheint, dass er in seinen Handlungen keine Rücksicht auf die Natur der *heredis institutio* und das Testament als einen formalen Akt genommen hat⁹. Die letzte Ehre wurde dem Verstorbenen durch eine solche Auslegung seines Willens erwiesen, die im Endeffekt möglichst seiner Absicht entsprach. Die Auslegungskunst war nur eine besondere Dimension des Gehorsams gegenüber den Wünschen des Verstorbenen. Ein allgemeines Ausmaß der Achtung im Hinblick auf den *voluntas testantium* wurde durch die Schaffung neuer Bestimmungen zum Ausdruck gebracht, die die Freiheit der Vermögensverfügung von Todes wegen erleichtern sollten. Es wurden rechtlich solche Verfügungen geschützt, die sich im bisherigen Schema des Erbrechts nicht platzieren haben lassen, es sei denn, dass man einen Missklang mit bestehenden Normen oder Sittenwidrigkeit in Kauf genommen hätte. Ein sehr gutes Beispiel dafür, wie man praktisch Gehorsam gegenüber dem Willen des Verstorbenen gezeigt hat, ist das Fideikommiss. Besonders interessant für die Erörterungen über das Leben nach dem Tod und die Sache, wie weit „die Hand aus dem Jenseits“ reicht, scheinen nebenstehende Fragen zu sein: wie lang nach seinem Tode und in welchem Ausmaß kann der Verstorbene dank treuhändischer Vermächtnisse über das Verhalten der Lebenden entscheiden¹⁰.

Um auf den Grundsatz *semel heres semper heres* zurückgekommen, müsste man fragen, ob das mit diesen Worten ausgedrückte Prinzip nur „flach“ betrachtet werden sollte. Das würde bedeuten, dass die Entscheidung des Testators im Grunde genommen nur bis zum Zeitpunkt der Erbschaftsannahme Bedeutung hätte. Beinhaltet dieses Prinzip trotz allem die Hoffnung auf eine wie immer geartete „Tiefe“? Bei der letzten

⁸ Franciszek LONGCHAMPS DE BÉRIER: Il rispetto per la volontà del de cuius sull'esempio dei fedecommessi romani. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1998/45. 479–500.

⁹ Auf dieses Problem wird in der Lehre des römischen Rechts insbesondere bereits seit Antonio SUMAN: „Favor testamenti“ e „voluntas testantium“. *Studio di diritto romano*. Roma, Atheneum, 1916. 3. aufmerksam gemacht.

¹⁰ LONGCHAMPS DE BÉRIER (1998) op. cit. 492.

Frage reicht es nicht aus, auf die Möglichkeit einer Hinzufügung testamentarischer Auflagen hinzuweisen, da diese zwar verpflichtend, aber nicht einklagbar ist.

Das Minimum weist die Pupillarsubstitution aus, in der man einen Erben nicht – wie in einer Universalsukzession – für den Fall des eigenen Todes bestellt, sondern im Hinblick auf den Tod eines Dritten. Es stimmt, dass der Umfang „einer Intervention in die Zukunft“ hier wesentlich eingeschränkt wurde, weil man ausschließlich im Hinblick auf eigene und dazu unmündige Nachkommen disponieren durfte. Selbstverständlich nur bis zu dem Zeitpunkt, in dem diese die Volljährigkeit erreicht haben. Die Erbschaft angetreten, bekam ein Ersatzerbe üblicherweise lediglich die Erbschaft nach dem Substitutionsbesteller. Es spricht nichts dagegen, dass man Schenkungen, Erbschaften, Legate sowie fideikommissarische Verfügungen miteinbezieht, die der Minderjährige von anderen bekommen hat.

4. Das Fideikommiss als Rechtsinstitut

Das Fideikommiss sagt uns sehr viel über die römische Mentalität (Überzeugungen) und ihre Errungenschaften im Bereich des Erbrechts. Dank dieser Institution konnte der Erblasser praktisch über das Schicksal der Erben nach der *aditio hereditatis* entscheiden. Dies lässt sich aus der dogmatischen Konstruktion eines treuhänderischen Vermächtnisses ableiten. Ohne Zweifel stellten sich die Quiriten damals die Frage, wie man auf das Verhalten anderer Einfluss nehmen kann, wenn man wegen des Todes nicht mehr handeln kann. In diesem Zusammenhang sieht man die prinzipielle Bedeutung der Einführung der Klagbarkeit von fideikommissarischen Bestellung durch Kaiser Octavian Augustus. Dadurch entstand eine Jurisdiktion, die die erste der uns bekannten *cognitiones extraordinariae* bildet. Diese Rechtseinrichtung fand die Zustimmung der Jurisprudenz.¹¹

Die Achtung des Willens des Verstorbenen hat übrigens nicht nur in Handlungen des Kaisers und der Jurisprudenz ihren Ausdruck gefunden. Ein ziemlich umfassendes Quellenmaterial beweist, dass diese Rechtseinrichtung große praktische Bedeutung genossen hat, d. h. sie musste Interesse und Unterstützung bei einer umfangreichen Gruppe von Bürgern gefunden haben. Einer völligeren Hochachtung gegenüber dem Willen des Verstorbenen diente die Tätigkeit des Senats. Im Falle der universalen, treuhänderischen Vermächtnisse hat eine besondere Schwierigkeit die Übertragung von Erblasserschulden und Erblasserforderungen gemacht. Dank des *senatus consultum Trebellianum* und *senatus consultum Pegasianum* ist es gelungen, sowohl die Normen als auch die Formen für eine solche Erbschaftsvermögensübertragung zu schaffen¹². All das im Hinblick darauf, um den Fideikommissar zu einem Nachfolger des *de cuius* im Hinblick auf alle Rechte zu machen. Dadurch wurde die Realisierung der

¹¹ I. 2.23.1.

¹² G. 2.251–259.

Vorhaben von Erblässern ermöglicht, die sich entschieden haben, ihr Vermögen im Rahmen eines universalen Fideikommiss weiterzugeben.¹³

Zum Prinzip *semel heres semper heres* zurückgekommen: nach dem *ius civile*, wer ein Mal *ipso iure* oder durch *aditio hereditatis* ein Erbe des verstorbenen Erblässers wurde, der blieb es auch für immer. Das Erbschaftsfideikommiss hat formell dagegen nicht verstoßen, obwohl es seiner Natur nach eine tatsächliche Rechtsumgehung bedeutet hat. Es ist wesentlich, dass es eben als eine solche Einrichtung anerkannt und als solches durch das Recht anerkannt wurde. Dank der Verschiebungsmöglichkeit des Auslieferungszeitpunktes für den Fideikommissar durch die Hinzufügung von Bedingungen oder Fristen zu treuhänderischen Vermächtnisse ist die Umgehung des Prinzips *semel heres semper heres* für Erblasser sehr einfach geworden. Hier sollte man zwei historisch bedeutende Lösungen erwähnen, die die Testatoren gerne, oft und mit Erfolg verwendet haben.

5. Die Frist *post mortem suam*

Die erste ist das Erbschaftsfideikommiss mit der Zeitbeschränkung in der Form einer Klausel *post mortem suam*. Es hat sich sogar seine Sonderart – *fideicommissum eius quod supererit* entwickelt, üblicherweise Fideikommission *de residuo* genannt. Seine Eigenheit fand natürlich ihren Ausdruck darin, dass der Erbe oder Universalfideikommissar zum Zeitpunkt seines eigenen Todes der auserwählten Person den vorher geerbten Teil der Erbmasse zu vermachen verpflichtet war¹⁴. Diese Verpflichtung beinhaltete nicht nur dies, was noch nicht verbraucht worden ist, sondern auch – es sei den der Erblasser hat es anders bestimmt – bestehende Zivilfrüchte, die die *hereditas* abwirft. Der Erblasser verpflichtete seinen Universalerben *mortis causa* dazu, dass er nur das weitergibt, was zum Zeitpunkt des Todes des Erben in der Erbmasse noch vorhanden ist. Das Fideikommiss hat also deutlich in erster Linie alimentären Charakter, was die Person angeht, die aus ihm verpflichtet worden ist. Nach Alfonso Murillo Villar ist der Fideikommissar vom Zeitpunkt der Erbschaftsübernahme bis zum Tode *de*

¹³ LONGCHAMPS DE BÉRIER (1998) op. cit. 495.

¹⁴ D. 5.3.25.15. ULPIANUS 15 ad ed.: [...] *deinde alia posse dici totum quod superest restituere eum debere* [...]; D. 5.3.25.16. ULPIANUS 15 ad ed.: [...] *quod sibi superfuisset ex hereditate reddere* [...]; D. 22.1.3.2. PAPINIANUS 20 quaest.: [...] *ut puta si quis rogetur post mortem suam quidquid ex bonis supererit Titio restituere* [...]; D. 31.70.3. PAPINIANUS 20 quaest.: [...] *quidquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere* [...]; D. 36.17.3. ULPIANUS 4 fid.: [...] *quod superest ex hereditate, quam ipsam hereditatem restituere sit rogatus*; D. 36.1.23.4. ULPIANUS 5 disp.: [...] *si quod superfuisset rogata esset restituere*; D. 36.1.56. PAPINIANUS 19 quaest.: *Titius rogatus est, quod ex hereditate superfuisset, Maevio restituere* [...]; D. 36.1.60.7. PAPINIANUS 9 resp.: *Quod ex hereditate superfuisset, cum moreretur, restituere rogatus* [...]; D. 36.1.60.8. PAPINIANUS 9 resp.: *Heres eius, qui bonorum superfluum post mortem suam restituere fuerat rogatus* [...]; D. 36.1.77.1. SCAEVOLA 18 dig.: [...] *rogo te, ut id, quod ad te ex bonis meis pervenerit, facias pervenire ad filium tuum* [...]; D. 36.1.82. SCAEVOLA 5 dig.: [...] *ut post mortem restituerent, quod ex re familiari testatoris superfuerit* [...]; C. 6.42.16. CARUS CARINUS ET NUMERIANUS (a. 283): [...] *id est, ubi heres rogatus fuerat, quidquid ex hereditate pervenerit* [...].

residuo echter Treuhänder, dessen Treue man die Erhaltung und Weiterübergabe anvertraute *eius quod supererit*.¹⁵ Diese Figur gibt jedoch nur teilweise die rechtliche Stellung dieser Person wider, weil eigentlich jeder, den man zur Erbschaftsübertragung verpflichtete, die Aufgabe hatte, die Erbmasse gänzlich und zur vorgesehenen Zeit zu übergeben. Der Treuhänder *de residuo* konnte die vermachten Güter benutzen, verbrauchen und verändern. Dem Fideikommissar stand nur der Anspruch auf die Güter zu, die verblieben waren. Die Rechte des Treuhänders *inter vivos* waren beschränkt, Verstöße wurden nach den Kriterien der *bona fides* und des *arbitrium boni viri* festgestellt, Haftung traf erst die Erben.

6. Die Bedingung *si sine liberis decesserit*

Die zweite, noch interessantere Lösung war die Hinfügung einer Bedingung *si sine liberis decesserit*.¹⁶ Die Universalfideikommissare erhielten die Erbmasse, wenn die mit dem Treuhandvermächtnis belastete Person kinderlos starb, d.h. wenn im Zeitpunkt des Todes keine Kinder am Leben waren. Die Hauptursache der Bedingungsstellung *de cuius* war diesmal nicht die Alimentation des Treuhänders, sondern die Entscheidung über das Schicksal der Erbmasse in dem Falle, dass diese nicht den Kindern vermacht werden konnte. Die Rolle des Fideikommissars kam oft Familienmitgliedern zu. In diesem Sinne zeigt sich, dass die Klausel *si sine liberis decesserit* mit Erfolg dazu verwendet wurde, die Erbmasse in den Händen der Familie zu belassen.¹⁷ So entstand das Familienfideikommiss, welches sich vor allem im 2. Jh. n. Chr. als Treuhandvermächtnis herauskristallisierte.¹⁸ Das Ziel der Erblasser bei der Errichtung des *fideicommissum familiae relictum* bestand im Zusammenhalt aller Güter und Erbmassen innerhalb der *familia*, *nomen familiae* oder *nomen* des Testators. Das Wesen jeder fideikommissarischen Bestimmung wurde in dem in der *rogatio* ausgedrückten Willen, Personen zu verpflichten, denen bestimmte Teile der Erbmasse zufallen sollten. Der Testator vermachte

¹⁵ Alfonso MURILLO VILLAR: *El fideicomiso de residuo en derecho romano*. Valladolid–Salamanca, Universidad de Valladolid, 1989. 61–63.; IDEM: Aproximación al origen del fideicomiso de eo quod supererit. *BIDR*, 1989–1990/91–92. 121–149.; FRANCISCO CUENA BOY: *El fideicomiso de residuo en el derecho romano y en la tradition romanística hasta los códigos civiles*. Santander, Ediciones de la Universidad de Cantabria, 2004.

¹⁶ D. 30.123 pr. MARCELLUS *sing. Resp.*; D. 36.1.3.4. ULPIANUS 3 *fid.*; D. 36.1.18.4,5,8. ULPIANUS 2 *fid.*; D. 36.1.23.4. ULPIANUS 5 *disp.*; D. 36.1.26.2. IULIANUS 39 *dig.*; D. 36.1.33. CELSUS 20 *dig.*; D. 36.1.34. MARCIANUS 8 *inst.*; D. 36.1.59.1. PAPINIANUS 8 *resp.*; D. 36.1.64 pr. SCAEVOLA 4 *resp.*; D. 36.1.79 pr.-1. SCAEVOLA 20 *dig.*; D. 36.1.83. PAULUS *imp. sent. ex libris VI 1 seu decr.* 2; Paul. Sent. 4.1.13; C. 6.42.5. ANTONINUS (a. 224); C. 6.46.1. SEVERUS ET ANTONINUS (a. 197); C. 6.50.10. GORDIANUS (a. 241).

¹⁷ Alan BARR: The “*conditio si institutus sine liberis decesserit*” in Scots and South African Law. In: Kenneth REID – Marius DE WAAL – Reinhard ZIMMERMANN (ed.): *Exploring the Law of Succession. Studies National, Historical and Comparative*. Edinburgh, Edinburgh University Press, 2007. 177–192.

¹⁸ Die erste Erwähnung der familiären Fideikommission tritt im 39. Buch *digestorum* des Julian auf – D. 36.1.26.2.

im familiären Treuhandvermächtnis durch Blutsverwandtschaft verbundenen Personen bestimmte Vermögensmassen oder einzelne Gegenstände und drückte den Willen aus, diese Dinge unveräußerlich werden zu lassen. Ausgeschlossen sollten alle Personen werden, die nicht seinen Namen weiterführten. Rechtlich unwirksam waren deshalb Anordnungen, die von Erben, Legataren oder Fideikommissaren durchgeführt worden wären. Das Ziel bestand darin, das Vermögen ungeteilt zu belassen. Das Familienfideikommiss konnte ein einfaches sein und sich etwa auf die Übertragung von Immobilien beschränken, es konnte aber auch in der Form eines universellen Treuhandvermächtnis abgefasst sein.¹⁹

Wie ich an anderer Stelle geschrieben habe²⁰, konnte der Erblasser mit großer Freizügigkeit die Universalsukzession regeln in der Form eines Vermächtnisses *pure* oder mit einer Bedingung oder einer Terminfestlegung – vor allem mit der Frist *post mortem* und der Bedingung *si sine liberis decesserit*. Der Erblasser konnte einen oder mehrere Fideikommissare ernennen. Es war ihm erlaubt, bestimmte Personen zu ernennen oder er konnte die Ernennung – vor allem bei Blutsverwandten – den Erben oder späteren Fideikommissaren überlassen²¹. Es zeigt sich, dass der Wille des Verstorbenen noch lange Zeit nach seinem Tode für jene Personen bindend war, die die Erbschaftsgüter nutzten. Das Recht erlaubte jedoch nicht, dass dieser Zustand *ab infinitum* andauerte. In erster Linie waren aus der Erbschaftsmasse durch das *fideicommissum familiae relictum* Personen ermächtigt, die vom Verstorbenen namentlich genannt wurden. Nach diesen, gewöhnlich nach deren Tode, konnten die Erbgüter von den noch lebenden Blutsverwandten übernommen werden, von jenen, die noch vor dem Verstorbenen geboren wurden, oder von deren Kindern. Das Familienfideikommiss belastete wirksam lediglich jene Personen *ex nomine defuncti*, die zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers noch lebten und die Nachkommen in der ersten Linie.²² Justinian erweiterte das Recht *fideicommissum familiae relictum* auf die Nachkommen bis zur vierten Linie der Blutsverwandtschaft²³. Es gibt nicht viele so suggestive Beispiele einer solchen „Zukunftsintervention“: Ein Erblasser hat über das Schicksal seiner Erbmasse sogar hundert Jahre in die Zukunft entschieden. Außer diesem enormen Einfluss über eine so lange Zeitspanne konnte der Erblasser die Reihenfolge der Fideikommissare bestimmen. Herausragend – was die Vollkommenheit der Rechte angeht – ist das Recht des Fideikommissars zur Wahl seines Nachfolgers. Hinzufügen muss man, dass der Verstorbene im Rahmen

¹⁹ Armando TORRENT: *Fideicommissum familiae relictum*. Oviedo, Universidad de Oviedo, 1975. 16., 25–26., 61–105.

²⁰ LONGCHAMPS DE BÉRIER (1997) op. cit. 130.

²¹ D. 36.1.18.6. ULPIANUS 2 *fid.*; D. 34.5.7.1. GAIUS 1 *fid.*; D. 36.1.59.2. PAPINIANUS 8 *resp.*; D. 31.67 *pr.* PAPINIANUS 19 *quaest.*; *por. tez* D. 30.75 *pr.* ULPIANUS 5 *disp.*; D. 31.24. ULPIANUS 2 *fid.*; D. 31.67.7. PAPINIANUS 19 *quaest.*; D. 32.11.7-8. ULPIANUS 2 *fid.*

²² D. 31.32.6. MODESTINUS 9 *reg.*

²³ Nov. 159.2 (a. 555). Lucetta DESANTI: Nov. Iust. 159 e il limite alla perpetuità del fedecommissato di famiglia. *SDHI*, 2002/68. 459–485.

eines Vermächtnisses die Personen frei bestimmen konnte.²⁴ Es zeigt sich, dass der Erblasser grundsätzlich ganz frei über sein Vermögen im Hinblick auf den Todesfall verfügen konnte. Im Rahmen der fideikommissarischen Bestimmungen konnte der Erblasser die Gesamt- und Einzelrechtsnachfolge bestimmen. Er musste nicht einmal seine Rechtsnachfolger kennen, was auch oftmals nicht möglich war. Er konnte jedoch die Grundsätze regeln, nach welchen sein gesamtes Vermögen oder auch nur ein Teil seines Vermögens übertragen werden sollte. Die rechtliche Auswahl der Berechtigten zur familienfideikommissarischen Rechtsnachfolge hatte zwei Konsequenzen. Die erste bestand darin, dass naturgemäß nach einer andere bestimmte Person zum Erwerb des Fideikommisses berechtigt ist. Die zweite Konsequenz hatte strukturellen Charakter. Das Befugnis zum Erwerb des Erbutes von allen gleichberechtigten lebenden Deszendenten prägte die solidarischen Natur der Erbrechte der Begünstigten. Gleichzeitig kristallisierte sich das Verbot beim *fideicommissum familiae relictum* zur Veränderung der Güter heraus, die bei den Familienmitgliedern verbleiben sollten.²⁵ Man könnte sagen, dass dies nicht nur die Intervention des Verstorbenen in die Zukunft ist, sondern gar der Zusammenhalt des Erbvermögens in der so genannten „Hand aus dem Jenseits“.

7. Die fideikommissarische Substitution

Mit dem Effekt, den im römischen Erbrecht das Fideikommiss erzielte, bei welchem man durch Hinzugabe von Bedingung oder Termin den Moment der Herausgabe verschob kann man im Bereich des Zivilrechts das Institut der bereits erwähnten Pupliarsubstitution vergleichen. Das Recht erlaubte die „Zukunftsintervention“ – die Designation des nicht volljährigen dem Erblasser. Gegenüber den *heredes extranei*, die man zu Erben ernannte war die Stellung eines Pupilaren ungültig. Gaius bevorzugte die Anwendung des Universalfideikommisses in diesem Fall. In der Lehre sprach man sogar von der so genannten fideikommissarischen Substitution. Anwendung fand sie sowohl bei der Erbschaftsnachfolge, wie auch bei den Legaten. Man muss jedoch bemerken, dass die Nutzung dieser Wendung für das klassische Recht nicht gerechtfertigt ist²⁶. Anderes gilt jedoch für später – im Hinblick auf die fideikommissarischen Bestimmungen kann man mit Recht von einer Treuhandsubstitution sprechen und das vorher erwähnte Familienfideikommiss wäre ein besonderer Fall einer solchen Substitution. Substitutionen nannte man vor allem jene Fideikommisses, bei denen man dem Erben die Freiheit überlies den Fideikommissar zu wählen²⁷. Die durch das

²⁴ D. 30.123 pr. MARCELLUS *sing. resp.*; D. 36.1.3.4. ULPIANUS 3 *fid.*; D. 36.1.59.1. PAPINIANUS 8 *resp.*; D. 36.1.79 pr. SCAEVOLA 20 *dig.*; D. 36.1.80.4. SCAEVOLA 21 *dig.*

²⁵ LONGCHAMPS DE BÉRIER (1997) op. cit. 145.

²⁶ Lucetta DESANTI: *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*. Milano, A. Giuffrè Editore, 2003. 365–367.

²⁷ Milan BARTOŠEK: *Senatusconsultum Trebellianum*. Praha, Česká Akademie Věd a Umění, 1945. 202.

Fideikommiss erzielten Folgen unterschieden sich sehr von den Ergebnissen der *substitutio vulgaris* oder *pupillaris*. Bei der einfachen Substitution trat der *substitutus* an die Stelle des *institutus*, der die Erbmasse nicht erben konnte oder wollte. Der Substitut wurde somit direkter Erbe des Testators, hingegen bei der pupillaren Substitution war er erst Erbe des *pupillus* und auch nur dann, wenn dieser vor der Erreichung der Volljährigkeit starb. Jede dieser Substitutionen bedeutete die Sukzession in alle Rechte. Der auferlegten vom Erblasser (*de cuius*) auf dem Erbe Pflicht zur Herausgabe der Erbschaft an der bestimmten Person machte sie dem Gesamtnachfolger wie im Fall der *substitutio vulgaris*. Diese Rechtswirkung erfolgte jedoch im Fall des Erbschaftsfideikommisses nach dem Ablauf einer Zeitperiode wie bei der *substitutio pupillaris*. Im Fall dieser Art von *substitutio* setzte der Tod minderjähriger Erbe die Berufung eines Ersatzerben voraus. Der Erbe konnte dagegen die Entstehungsvoraussetzung der Rechte des Erbschaftsfideikommissares auch anders bestimmen. Die Erbmasse kam erst dem Erben zu, und später – oft erst nach seinem Tode – dem Fideikommissar. Das Treuhandvermächtnis konnte man ohnehin auf die nächsten Fideikommissare übertragen, wodurch man eine Anzahl an Rechtsnachfolgern festlegte. Darüber hinaus wandte man die Substitutionen nur bei der testamentarischen Erbfolge an, bei den Fideikommissionen ab der zweiten Hälfte des 2. Jh. nach Chr. Die Treuhandsubstitution bot also vielfältige neue Möglichkeiten, nicht vergleichbar mit den Wirkungen beider Arten von Substitutionen. Dies eröffnete den Erblassern die weit reichende Perspektive, bei der freien Verfügung ihres Vermögens im Fall des Todes und erlaubte die „Zukunftsintervention“ in Bereichen, in denen vorher keine andere Rechtsinstitution eingegriffen hatte.²⁸

8. Abschluss

Es ist schwierig sich gegen Ende der Überlegungen der Frage zu entziehen, ob das Recht den Erwartungen oder Aspirationen – Einflussmöglichkeiten darauf zu ermöglichen, was nach unserem Tod geschehen soll – entgegenkommen soll. Ist dies ein Mehrwert, der durch das Erbrecht zu gewährleisten ist? Es scheint, dass das römische Recht eine positive Antwort auf diese Frage gibt. Die Nützlichkeit ist hier gar nicht so offensichtlich. Wenn man den Grundsatz *semel heres, semper heres* nicht „flach“ behandeln will, muss man die Konsequenzen der Einflussmöglichkeiten des Testators auch nach dem Erwerb durch die Erben überdenken. Denkbar sind also zwei Modelle. Die präzise Korrekturmaßnahmen der vollen Testierfreiheit oder beschränkte Zulassung der Nacherbenrechte in Rahmen der freien Verfügungen von Todes wegen. All dies wird *de lege ferenda* immer eine abwägende Diskussion der konkreten Lösungen verlangen.

²⁸ LONGCHAMPS DE BÉRIER (1997) op. cit. 156.