

**Die Rechtsfolgen der beschränkten Erbenhaftung
für die Gläubiger des Erblassers
im antiken und mittelalterlichen römischen Recht**

Dissertation
zur Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechtswissenschaft
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg

vorgelegt von

Stephan Rohlf
aus
Henstedt-Ulzburg

2002

Gutachter: Prof. Dr. Karl-Heinz Ziegler

Mitgutachter: Prof. Dr. Maximiliane Kriechbaum

Tag der mündlichen Prüfung: 30. Januar 2002

Vorbemerkung

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2001/2002 als Dissertation vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg angenommen.

Großen Dank schulde ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Karl-Heinz Ziegler, der die Arbeit in stets hilfsbereiter und freundlicher Weise betreut und mir wertvolle Anregungen gegeben hat. Ihm und Frau Prof. Dr. Maximiliane Kriechbaum danke ich zudem für die Begutachtung der Arbeit.

Mein besonderer Dank gilt meiner Frau und meinen Eltern, die mich auf dem Weg zur Fertigstellung dieser Arbeit geduldig begleitet haben. Ihnen widme ich die Arbeit.

Stephan Rohlfs

Henstedt-Ulzburg, im März 2002

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.....	1
I. Zeitliche und inhaltliche Eingrenzung der Arbeit	1
II. Zielsetzung und Methode der Arbeit.....	1
III. Ausgestaltung der Haftungsbeschränkung im römischen Recht	2
B. Die Stellung der Nachlaßgläubiger im klassischen römischen Recht ..	5
I. Übergang der Verbindlichkeiten durch Rechtsnachfolge	5
II. Der Grundsatz der unbeschränkten Haftung	5
III. Ausnahmen von der unbeschränkten Haftung	6
1. Vertragliche Haftungsbeschränkung	6
2. Aufhebung der unbeschränkten Haftung durch den Prätor	8
a) In integrum restitutio	8
b) Separatio bonorum	10
aa) Der originäre Zweck der separatio bonorum.....	12
bb) Das Verfahren der separatio bonorum	13
cc) Voraussetzungen der separatio bonorum.....	14
dd) Rechtsfolgen der separatio bonorum.....	16
ee) Beurteilung der separatio bonorum als Mittel der Haftungsbeschränkung	19
C. Justinianisches Recht.....	21
I. Einführung und Zielsetzung des beneficium inventarii	21
II. Aufstellung des Inventars	22
III. Rechtsfolgen des beneficium inventarii.....	26
1. Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses nach Inventarerstellung	26
2. Wirkungsweise der Haftungsbeschränkung.....	28
a) Der Wortlaut der einschlägigen Textstellen.....	29
b) Historische Auslegung	31
c) Systematik und Zweck des beneficium inventarii	33
3. Regreß der Gläubiger.....	34
a) Regreß gegen Vermächtnisnehmer.....	34

b) Regreß gegen Gläubiger des Erblassers.....	35
c) Regreß gegen Käufer von Nachlaßgegenständen	37
d) Effektivität der Rückgriffsmöglichkeiten	37
4. Konfusionsausschluß.....	38
IV. Unvollständigkeit des Inventars.....	39
V. Zusammenfassung	44
D. Entwicklungen im Mittelalter bis zum Ende des Zeitalters der Glossatoren.....	47
I. Das frühe Mittelalter vor Entstehung der Glossatorenschule.....	47
II. Ursprung und Methode der Glossatoren	50
III. Erläuterungen der Glossatoren zum beneficium inventarii	51
1. Formelle Voraussetzungen des beneficium inventarii	51
2. Wirkung des beneficium inventarii	58
a) Verwaltung des Nachlasses durch den Erben	58
aa) Die Berechtigung der Nachlaßgläubiger bei der Nachlassverteilung.....	58
bb) Auswahl des Leistungsgegenstandes	60
b) Beschränkung der Haftung des Erben.....	62
c) Regreß der Gläubiger	64
aa) Regreß gegen Gläubiger	64
bb) Regreß gegen Käufer von Nachlaßgegenständen	70
d) Bestimmung des Umfangs des Nachlasses	78
aa) Nachweis der Aufwendungen des Erben.....	78
bb) Der Ausschluß der Folgen der Konfusion	79
e) Unvollständigkeit des Inventars	82
IV. Zusammenfassung	85
E. Kommentatoren.....	87
I. Eigenarten und Methoden der Kommentatoren.....	87
II. Erläuterungen der Kommentatoren zum beneficium inventarii	87
1. Formelle Voraussetzungen des beneficium inventarii	87
a) Anwesenheit der Gläubiger	88
b) Versicherung des Erben über Nachträge ins Inventar	98

2. Rechtsfolgen des Inventars.....	101
a) Art der Haftungsbeschränkung.....	101
aa) Persönliche Inanspruchnahme des Erben	102
bb) Geltendmachung des Inventars	105
b) Verwaltung des Nachlasses.....	113
aa) Grundsätzliches.....	113
bb) Verteilung des Nachlaßbestandes an die Nachlaßgläubiger	113
aaa) Leistung an nachrangige Gläubiger	113
bbb) Verkauf von Nachlaßgegenständen durch den Erben....	119
ccc) Auswahl des Leistungsgegenstandes	121
ddd) Haftung für den Untergang von Nachlaßgegenständen.	130
c) Regreß der Gläubiger des Erblassers	135
aa) Regreß gegen Gläubiger	135
bb) Regreß gegen Käufer von Nachlaßbestandteilen.....	140
d) Bestimmung des Nachlaßumfangs	149
aa) Berücksichtigung der Aufwendungen des Erben für den Nachlaß	149
bb) Ausschluß der Konfusionsfolgen	154
cc) Die Behandlung des Konfusionsausschlusses in besonderen Fällen.....	155
e) Unvollständigkeit des Inventars	160
aa) Beweis der Unvollständigkeit.....	160
bb) Folgen der Inventaruntreue	170
III. Zusammenfassung	179
F. Die Entwicklung der beschränkten Erbenhaftung bis zum Ende des Mittelalters im Vergleich zum geltenden deutschen Recht	181
I. Haftungsbeschränkung durch separatio bonorum im klassischen römischen Recht	181
II. Das beneficium inventarii des Kaisers JUSTINIAN.....	183
III. Weiterentwicklung des beneficium inventarii in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft	185
Abkürzungsverzeichnis	188

VIII

Literaturverzeichnis.....	191
---------------------------	-----

A. Einleitung

I. Zeitliche und inhaltliche Eingrenzung der Arbeit

Im römischen Recht der Antike und des Mittelalters wurde die Rechtsstellung eines Gläubigers nach dem Tod seines Schuldners wesentlich durch Rechtsinstitute geprägt, die das grundsätzliche Prinzip der vollen Haftung des Erben für die Verbindlichkeiten des Erblassers zu Gunsten des Erben einschränkten. Den Ausgangspunkt bildeten dabei einzelne, noch auf Einzelfälle beschränkte Rechtsentwicklungen in der Antike, die schließlich im 6. Jahrhundert in eine Konstitution des Kaisers JUSTINIAN mündeten. Diese in C. 6, 30, 22 in den Codex Iustinianus aufgenommene Konstitution wurde nach der Rezeption des römischen Rechts von den Juristen des Mittelalters kommentiert und weiterentwickelt. Zeitlich liegt hier der Schwerpunkt dieser Arbeit, wobei nach dem Stand der Überlieferungen eine intensive Befassung mit der Materie durch die Rechtswissenschaft erst in der Mitte des 13. Jahrhunderts einsetzte. Gegen Ende des Mittelalters läßt sich insofern eine Zäsur ausmachen, als vom Beginn des 16. Jahrhunderts an Veränderungen in der Ausgestaltung der Haftungsbeschränkung größtenteils keinen römischrechtlichen mehr Ursprung hatten, sondern auf Einflüsse anderer Rechtsordnungen zurückgingen.

Inhaltlich konzentriert sich die Arbeit auf die Rechtsfolgen der beschränkten Erbenhaftung für den Erben und die Gläubiger des. Im Mittelpunkt steht dabei das von JUSTINIAN im Jahre 531 n.Chr. eingeführte *beneficium inventarii*, das in C. 6, 30, 22 in den Codex Iustinianus aufgenommen wurde. Dem vorangestellt wird untersucht, inwieweit bereits im klassischen römischen Recht die *separatio bonorum* bereits zielgerichtet als Instrument der gegenständlichen Haftungsbeschränkung verwendet wurde. Die für die Gläubiger des Erblassers relevanten Regelungen zum *beneficium inventarii* lassen sich dabei systematisch in die Absonderung des Nachlasses vom bisherigen eigenen Vermögen des Erben, die Verwaltung des abgesonderten Nachlasses durch den Erben und den Regreß der Gläubiger des Erblassers, die aus dem Nachlaß nicht befriedigt werden können, aufgliedern.

II. Zielsetzung und Methode der Arbeit

Die Beschränkung der Erbenhaftung im römischen Recht war in jüngerer Zeit Gegenstand zweier Festschriftbeiträge.¹ In ihnen wurden einzelne Aspekte des Rechtsverhältnisses zwischen dem Erben und den Gläubigern des Erblassers von der Frühzeit des römischen Rechts bis in die Gegenwart behandelt. Wesentliche Schwerpunkte der Untersuchungen waren die Entwicklung der

¹ WESENER, Zur Erbenhaftung in historischer Sicht, FS von Lübtow, S. 113 ff.; ders., Beschränkungen der Erbenhaftung im römischen Recht, FS Waldstein, S. 401 ff.

Haftungsbeschränkung von der *separatio bonorum* bis zum *beneficium inventarii* sowie die in der Pandektenwissenschaft und der modernen Romanistik umstrittene Frage, ob das *beneficium inventarii* die Haftung des Erben sich auf den Wert oder den gegenständlichen Umfang des Nachlasses beschränkte. Weitere Aspekte des Verhältnisses zwischen Erben und den Gläubigern des Erblassers wurden knapp und exemplarisch dargestellt.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist, über den bislang vorliegenden Stand der Untersuchungen in der rechtshistorischen Literatur hinaus die Auswirkungen der Beschränkung der Erbenhaftung umfassender darzustellen. Dieses gilt insbesondere für die Entwicklungen in mittelalterlicher Zeit, in der das *beneficium inventarii* nach der Rezeption des römischen Rechts von den Glossatoren und insbesondere den Kommentatoren bearbeitet wurde. In ihren Glossen, Kommentaren und Rechtsgutachten spiegeln sich ausführlich die Anwendung der römischrechtlichen Bestimmungen zur Haftungsbeschränkung und die in der Rechtspraxis auftretenden Interessenkonflikte wider.

Für die Untersuchungen wurden, um den Aufwand im Rahmen des Möglichen zu halten, grundsätzlich die in gedruckter Form überlieferten historischen Rechtsquellen herangezogen. Gerade diese Quellen bildeten auch wiederum die Basis für die Weiterentwicklungen in späteren Epochen. Da die gedruckten Quellen nicht überall zugänglich sind, werden die relevanten Auszüge im Text bzw. in Fußnoten dieser Arbeit zitiert. Sie sind zusätzlich ins Deutsche übersetzt, um einerseits das inhaltliche Verständnis der Textpassagen offenzulegen und andererseits die Arbeit auch für Leser nachvollziehbar zu machen, die nicht über ausreichende Lateinkenntnisse verfügen. Die Quellen werden gegliedert nach den Epochen der römischen Antike, der byzantinischen Kodifikation des Corpus Iuris, der Glossatoren und der Kommentatoren dargestellt, analysiert und historische Entwicklungen und Zusammenhänge herausgearbeitet. In einer Zusammenfassung wird schließlich am Ende der Arbeit die Bedeutung der Bestimmungen des römischen Rechts für das Recht der Erbenhaftung im geltenden deutschen Recht dargestellt.

III. Ausgestaltung der Haftungsbeschränkung im römischen Recht

Als Ergebnis der Untersuchungen lässt sich zunächst festhalten, dass das *beneficium inventarii* mit einiger Sicherheit bereits nach den Bestimmungen in C. 6, 30, 22 als dinglich wirkende Haftungsbeschränkung konzipiert war. Darauf deuten sowohl die Motive, die JUSTINIAN zu Beginn seiner Konstitution dargestellt hat, als auch die systematische Ausgestaltung des *beneficium inventarii* hin. Die Glossatoren und Kommentatoren, die sich im Mittelalter mit der Haftungsbeschränkung durch das *beneficium inventarii* beschäftigten,

gingen jedenfalls ohne Zweifel von der Beschränkung der Haftung auf die Gegenstände, die Erbe im Nachlaß vorgefunden hat, aus.

Im Hinblick auf diese dingliche Haftungsbeschränkung hat die *separatio bonorum* das *beneficium inventarii* maßgeblich beeinflusst. Beiden Rechtsinstituten ist gemeinsam, dass der Erbe Rechtsträger des Nachlasses ist und bleibt. Der Nachlaß wird vom sonstigen Vermögen des Erben als Sondervermögen dinglich abgetrennt und steht in der Zwangsvollstreckung nur den Gläubigern des Erblassers sowie Vermächtnisnehmern zur Befriedigung ihrer Forderungen zur Verfügung. Während die *separatio bonorum* eine vom Prätor im Einzelfall gewährte Ausnahme von der prinzipiell unbeschränkten Erbenhaftung darstellt, hat JUSTINIAN sein *beneficium inventarii* als im Regelfall gewährte Haftungsbeschränkung vorgesehen, die dem Erben erlaubt, auch einen möglicherweise überschuldeten Nachlaß antreten zu können, ohne sich der Gefahr einer Schädigung des eigenen Vermögens oder gar der Infamie infolge eines gegen ihn eingeleiteten Vollstreckungsverfahrens auszusetzen.

Unterschiede zwischen *separatio bonorum* und *beneficium inventarii* bestehen insbesondere hinsichtlich der Verwaltung und Verteilung des Nachlasses an die Nachlaßgläubiger. Bei der *separatio bonorum* wird der Nachlaß im Gesamtvollstreckungsverfahren gegen den Erben vom Eigenvermögen des Erben abgetrennt und dabei den Nachlaßgläubigern als Sondervermögen des Erben zur Befriedigung ihrer Forderungen zur Verfügung gestellt, wobei die Gläubiger das Verfahren selbst betreiben und dem Erben nur die passive Rolle des Vollstreckungsgegners zukommt. Die Gläubiger werden dabei aus dem Erlös der *bonorum emptio* nach ihrer Rangfolge befriedigt, die privilegierten Gläubiger - soweit der Nachlass ausreicht - in voller Höhe und die anderen in Höhe der Konkursquote.

Dagegen ist der Erbe, der nach Erstellung des Inventars das *beneficium inventarii* in Anspruch nimmt, dazu berechtigt, den Nachlaß in seinen Besitz zu nehmen, zu verwalten und selbst alle Nachlaßgläubiger in der Reihenfolge, in der sie sich bei ihm melden, aus dem im Inventar aufgeführten Nachlaß zu befriedigen, bis der Nachlaß erschöpft ist. Die Interessen der Gläubiger des Erblassers sind durch dieses Verfahren in zweierlei Hinsicht tangiert. Zunächst einmal ist aus ihrer Sicht zu befürchten, daß der Erbe einzelne Gläubiger bevorzugt oder sich aus dem Nachlaß zu Lasten der Gläubiger bereichert. Während JUSTINIAN zur Absicherung der Gläubiger lediglich bestimmt, daß der Erbe bei einer durch die Gläubiger nachgewiesenen Unterschlagung von Nachlaßgegenständen wie bei einem Diebstahl das *duplum* zu erstatten hat, treten Glossatoren und Kommentatoren zunehmend dafür ein, daß die Gläubiger ein Recht zur Anwesenheit bei Inventarerstellung haben und der Erbe die Haftungsbeschränkung durch das Inventar vollständig verliert, wenn der

Erbe bei Inventarerstellung wesentliche Formvorschriften verletzt oder Nachlaßgegenstände absichtlich nicht in das Inventar aufnimmt.

Infolge der Nachlaßverteilung durch den Erben ergibt sich ferner eine besondere Situation, die durch das Spannungsverhältnis zwischen der Rechtssicherheit für die befriedigten Gläubiger und die Käufer von Nachlaßgegenständen einerseits und der Verteilungsgerechtigkeit für etwaige bevorrechtigte Nachlaßgläubiger andererseits gekennzeichnet ist. JUSTINIAN geht diesbezüglich in C. 6, 30, 22 den Kompromiß ein, daß der Rückgriff unbefriedigt gebliebenener Gläubiger des Erblassers gegen Vermächtnisnehmer grundsätzlich und gegen andere Gläubiger des Erblassers nur bei dinglicher Privilegierung zulässig sein soll. Die Juristen des Mittelalters beschäftigen sich ausgiebig mit der Regreßproblematik und folgen dabei im Regelfall den Bestimmungen in C. 6, 30, 22. Sie legen die Bestimmungen des Codex aber zunehmend zu Gunsten der unbefriedigt gebliebenen Gläubiger des Erblassers aus, soweit aus ihrer Sicht eine Schädigung des Erben nicht zu befürchten ist.

B. Die Stellung der Nachlaßgläubiger im klassischen römischen Recht

I. Übergang der Verbindlichkeiten durch Rechtsnachfolge

Der Erbe und die Gläubiger des Erblassers stehen im römischen Recht - seit es überliefert ist - in einem Rechtsverhältnis zueinander. Ob die Verbindlichkeiten des Erblassers bereits in den frühesten Entwicklungsstufen des römischen Rechts mit dem Erbfall auf den Erben übergehen, kann nicht als geklärt angesehen werden.² Jedenfalls wird aber der Übergang dieser Verbindlichkeiten im Zusammenhang der Haftung mehrerer Erben nach den Zitaten klassischer und spätklassischer Juristen bereits in den XII Tafeln (5, 9) vorausgesetzt.³ Es kann daher davon ausgegangen werden, daß zumindest seit frühklassischer Zeit die Verbindlichkeiten des Erblassers zusammen mit dem aktiven Vermögen auf den Erben übergingen.⁴

II. Der Grundsatz der unbeschränkten Haftung

Das klassische römische Recht geht vom Grundsatz aus, daß der Erbe den Gläubigern des Erblassers persönlich mit seinem gesamten Vermögen haftet.⁵ Damit stehen den Gläubigern des Erblassers zwei mit dem Erbschaftserwerb zusammengefallene Vermögensmassen zur Befriedigung ihrer Forderungen zur Verfügung, nämlich der dem Erben zufallende Nachlaß und dessen bis dahin vorhandenes Vermögen. Beide zusammen bilden nunmehr ein einheitliches Vermögen. Eine Beschränkung dieser umfangreichen Haftung des Erben ist prinzipiell nicht möglich. Somit hat der Erbe die volle Verfügungsbezugnis über die den Gläubigern des Erblassers bisher zustehende Haftungsmasse und kann diese nach Belieben verringern, dafür ist er aber gleichzeitig neuer persönlicher Schuldner für die Gläubiger des Erblassers ohne jede Beschränkung. Die Haftung für die Verbindlichkeiten des Erblassers kann der Erbe nur dadurch vermeiden, indem er sich (als *suus heres*) der Erbschaft mit der vom Prätor gewährten *facultas abstinendi* enthält⁶ oder (als *extraneus*) die Erbschaft nicht antritt.⁷ Eine Abtrennung des Nachlasses vom eigenen

² Für den ursprünglichen Übergang der Verbindlichkeiten sprechen sich u.a. BONFANTE, Scritti IV, S. 125 ff., 344 ff. und HONSELL/MAYER-MALY/SELB, Römisches Recht, S. 481 f. zumindest für bestimmte Verbindlichkeiten aus; siehe dagegen MITTEIS, Privatrecht, S. 97 ff. und KASER, Privatrecht I, § 40 I 2.

³ Diocl. C. 2, 3, 26: ex lege XII tab. aes alienum hereditarium pro portionibus quaesitis singulis ipso iure divisum. Vgl. auch Paul. D. 10, 2, 25, 13.

⁴ Vgl. KASER, Privatrecht I, § 181 I; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, Privatrecht, S. 481 f.; WESENER, FS Waldstein zum 65. Geburtstag, S. 402.

⁵ Vgl. KASER, Privatrecht I, § 181 III 1; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, Privatrecht, S. 482.

⁶ Vgl. dazu Gai. 2, 158-160.

⁷ Dazu KASER, Privatrecht I, § 181 III 1; WESENER, FS Waldstein zum 65. Geburtstag, S. 405.

Vermögen des Erben ist deshalb außerhalb des Vollstreckungsverfahrens gegen den Erben weder vorgesehen noch notwendig: Entschließt sich der Erbe gegen die Erbschaft, kommt ein rechtliches Verhältnis weder zwischen ihm und dem Nachlaß noch zwischen ihm und den Gläubigern des Erblassers zustande.

III. Ausnahmen von der unbeschränkten Haftung

Angesichts dieser starren Regelung des *ius civile* war die Entscheidung, eine Erbschaft anzutreten, für den Erben mit großen Risiken verbunden, wenn er den Vermögensbestand des Nachlasses und die Schulden des Erblassers nicht hinreichend genau abschätzen konnte. Dementsprechend werden viele Erben in dieser Situation aus Vorsicht die Rechtsnachfolge des Erblassers nicht angetreten haben. Eine Haftungsbeschränkung für den Erben war ausnahmsweise nach zwei unterschiedlichen Prinzipien erreichbar. Die erste Möglichkeit bestand darin, daß der Erbe sich mit den Gläubigern des Erblassers über eine Beschränkung seiner Haftung einigte. Dieses geschah entweder durch Abschluß eines Gesamtvergleichs oder den Auftrag der Gläubiger an den Erben, die Erbschaft anzutreten. Die zweite Möglichkeit lag in der Hand des Prätors, der in Einzelfällen nach dem *ius honorarium* Ausnahmen von der unbeschränkten Haftung des Erben zulassen konnte, wenn eine besondere Härte für den Erben vorlag. Anhand der in den Quellen überlieferten Fälle lassen sich dabei zwei Fallgruppen bilden. Eine besondere Härte wurde zum einen angenommen, wenn der Erbe persönlich nicht in Lage war, Bedeutung und Tragweite der Entscheidung zum Erwerb der Erbschaft zu erkennen, zum andern, wenn der Erbe in dieser Entscheidung zum Erbschaftserwerb nicht frei war, sondern von außen zum Antritt der Erbschaft gezwungen wurde. Dagegen reichte ein Irrtum über den Bestand des Vermögens des Erblassers, insbesondere über den Umfang der Schulden, für sich genommen nicht aus.

Im folgenden sollen zunächst unter 1. die einvernehmlich zwischen Erben und Gläubigern begründeten Haftungsbeschränkungen dargestellt werden und daran anschließend unter 2. die durch den Prätor aus Billigkeitsgründen gewährten Hilfen für den Erben.

1. Vertragliche Haftungsbeschränkung

Im klassischen römischen Recht war es möglich, durch Abschluß eines Gesamtvergleichs die Haftung des Erben auf eine nur anteilige Befriedigung aller Gläubiger herabzusetzen, wobei deren Forderungen verhältnismäßig gekürzt wurden.⁸ Zweck eines solchen Gesamtvergleichs, der vermutlich in

⁸ Ulp. D. 2, 14, 7, 17; Scaev. D. 40, 4, 54, 1; ferner Scaev. D. 2, 14, 44; 26, 7, 59.

spätklassischer Zeit aufkam,⁹ war in erster Linie, die Ehre des verstorbenen Erblassers zu bewahren. Es sollte die Infamie des verstorbenen Erblassers verhindert werden, die dadurch eintrat, daß kein Erbe die Erbschaft erwarb und deshalb die Gläubiger einen Erbschaftskonkurs (*venditio bonorum*) anstrebten, der zur Infamie des verstorbenen Schuldners führte.¹⁰ Für die Gläubiger hatte ein Vergleich den Vorteil, dass sie den für sie risikobehafteten Erbschaftskonkurs vermeiden konnten, aus dem ihnen unter Umständen weniger Erlöse zuflossen als der Erbe im Wege des Vergleichs zu zahlen bereit war.¹¹ Der Gesamtvergleich kam zustande, wenn er durch alle Gläubiger des Erblassers mit dem Erben vereinbart wurde. Waren nicht alle Gläubiger beteiligt oder verweigerten einige von ihnen ihre Teilnahme am Vergleich, kam dieser dennoch mit Wirkung gegen alle zustande, wenn er von der Mehrheit der Gläubiger geschlossen und durch einen Beschluß von staatlicher Stelle bestätigt wurde¹². Dabei war für das Zustandekommen einer Mehrheit nicht die Anzahl der Gläubiger, sondern die Summe der Forderungsbeträge entscheidend¹³. Der Gesamtvergleich führte wesensmäßig zu einem Interessenausgleich zwischen dem Erben und den Gläubigern des Erblassers. In bestimmten Fällen, gerade bei Unsicherheit über das Vorhandensein bislang unbekannter Gläubiger, bot er die Möglichkeit, die rigorosen Rechtsfolgen des klassischen Systems der Erbenhaftung abzumildern. Sein Zustandekommen war jedoch von der Konsenswilligkeit von Erbe und Gläubigern des Erblassers abhängig.

Der Auftrag der Gläubiger an den Erben, die Erbschaft anzutreten, war ebenfalls auf das Ziel des Erbschaftserwerbs durch den Erben gerichtet, aber von seiner Zwecksetzung eher im Interesse der Gläubiger.¹⁴ Es handelt sich in diesem Fall um ein *mandatum mea gratia* im Interesse der Gläubiger des Erblassers, das seit klassischer Zeit gebräuchlich war.¹⁵ Der durch die Gläubiger

⁹ KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 61, Fn. 19.

¹⁰ Scaev. D. 42, 8, 23; vgl. SOLAZZI, Estinzione, S. 192 f.

¹¹ Vgl. VOCI, Diritto ereditario romano (DER) I, S. 684; der Erlös aus dem Konkurs hing davon ab, zu welchem Preis sich im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung ein Käufer (*emptor bonorum*) für die Erbschaft fand, vgl. KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 58 I 4.

¹² Ulp. D. 2, 14, 7, 19; Scaev. D. 40, 4, 54, 1; D. 42, 8, 23. Es ist umstritten, ob das Zustandekommen des Vergleichs nach dem Willen der Mehrheit der Gläubiger bereits spätklassischen Ursprungs (so SOLAZZI, Estinzione, S. 192 ff., 198) oder erst unter JUSTINIAN eingeführt wurde (RICCOBONO, Essays in Legal History, S. 108 ff.). Ebenfalls ist unklar, ob der Gesamtvergleich auch gegen privilegierte Gläubiger wirkte, vgl. Ulp. D. 2, 7, 10 pr. und Paul. D. 17, 1, 58, 1, dazu MARCHI, Pactum ut minus solvatur, S. 142 ff.

¹³ Pap. D. 2, 14, 8; die Stelle wurde wahrscheinlich zumindest teilweise von den Kompilatoren verändert, wobei der Umfang der Interpolation umstritten ist, vgl. SOLAZZI, Estinzione, S. 196 ff.

¹⁴ Vgl. Iul. D. 17, 1, 32; Ulp. D. 44, 4, 4, pr.; SANFILIPPO, Mél. Meylan I, S. 293 ff.

¹⁵ Siehe insbesondere den klassischen Ursprung in Iul. D. 17, 1, 32 und Ulp. D. 44, 4, 4 pr. SANFILIPPO, Mél. Meylan I, S. 295 f.

zum Erwerb der Erbschaft beauftragte Erbe war berechtigt, mit der *actio mandati contraria* für Nachteile, die er infolge des Erbschaftserwerbs erlitten hat, Schadensersatz zu verlangen.¹⁶ Zu ersetzen war nicht bereits der Schaden, den der Erbe dadurch getroffen hat, daß er den Auftrag der Gläubiger annahm und eine überschuldete Erbschaft erwarb. Erst mit Verurteilung des Erben zur Erfüllung von Verbindlichkeiten des Erblassers über die bei der Auftragsübernahme mit den Gläubigern vereinbarte Haftungsquote hinaus entstand ein ersatzfähiger Schaden. Weil in einem Gesamtvergleich zwischen Erbe und Gläubigern des Erblassers grundsätzlich wohl auch der Auftrag zum Erbschaftserwerb enthalten war, wird sich kein umfangreicher eigenständiger Anwendungsbereich für den Auftrag und die *actio mandati contraria* ergeben haben.¹⁷

2. Aufhebung der unbeschränkten Haftung durch den Prätor

a) In integrum restitutio

Trat ein Minderjähriger (*minor XXV annorum*) voreilig eine Erbschaft an, die sich später als überschuldet herausstellte, gewährte ihm der Prätor eine *in integrum restitutio*,¹⁸ um den Antritt der Erbschaft rückgängig zu machen und auf diese Weise die Lösung von den Verbindlichkeiten zu ermöglichen. Grund für diese Privilegierung ist die Unbedachtsamkeit des Minderjährigen beim Antritt, infolge derer der Minderjährige nicht in der Lage ist, die aus der Annahme einer Erbschaft drohenden Gefahren zu erkennen. Dieses gilt insbesondere, wenn die Erbschaft überschuldet ist oder ihre Vermögensgüter nicht wertbeständig sind.¹⁹ Seit spätklassischer Zeit wurde die *in integrum*

¹⁶ Iul. D. 17, 1, 32.

¹⁷ Vgl. SANFILIPPO, Mél. Meylan I, S. 297.

¹⁸ Gai. 2, 163; Ulp. D. 4, 4, 11, 5.

¹⁹ Dieses ergibt sich deutlich aus Ulp. D. 4, 4, 11, 5: *sed haec res adferre potest restitutionem minori, si adiit hereditatem, in qua res erant multae mortales vel praedia urbana, aes autem alienum grave, quod non prospexit posse evenire, ut demoriantur mancipia, praedia ruant, vel quod non cito distraxerit haec, quae multis casibus obnoxia sunt.* - Aber einem Minderjährigen, der eine Erbschaft angetreten hat, zu der viele Lebewesen, die sterben können, oder Stadthäuser gehören, aber auch bedeutsame Schulden, kann der Umstand zu einer Wiedereinsetzung verhelfen, weil er nicht die Möglichkeit vorausgesehen hat, daß die Sklaven sterben, die Häuser einstürzen oder er nicht schnell das verkauft hat, was vielen Unglücksfällen ausgesetzt ist.

Ferner lässt es sich aus Gai. 2, 163 (gleichlautend Inst. 2, 19, 5) entnehmen: *Sed sive is cui abstinendi potestas est, inmiscuerit se bonis hereditariis, sive is, cui de adeunda <hereditate> deliberare licet, adierit, postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, nisi si minor sit annorum XXV.* Nam huius aetatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita etiam si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit. - Hat sich aber der zur Lossagung von der Erbschaft Befugte in die Erbschaftsmasse eingemischt oder der, dem eine Überlegungsfrist zum Antritt der Erbschaft eingeräumt war, [die Erbschaft] angetreten, so hat er nur dann die Befugnis, die Erbschaft hinterher wieder zu verlassen, wenn er noch nicht 25 Jahre alt ist; denn so, wie der Prä-

restitutio in Einzelfällen auch dem *maior* gewährt, der aufgrund eines entschuldbaren Irrtums über die Verbindlichkeiten des Erblassers eine stark überschuldete Erbschaft antrat. Dabei handelte es sich aber nicht um allgemeine Rechtsbehelfe des Prätors, sondern nur um in Ausnahmefällen gewährte Gnadenentscheide der Kaiser.²⁰

Die *in integrum restitutio* wurde nach D. 42, 6, 1, 6²¹ auch dem Erben zugestanden, der zur Annahme einer Erbschaft, die mit einem Universalfideikommiß belastet war, gezwungen wurde,²² obwohl er sie für überschuldet hielt, und anschließend die Erbschaft aus tatsächlichen Gründen nicht an einen Fideikommissar herausgeben konnte. Grund für dieses vom Prätor gewährte Privileg war, daß der Antritt der Erbschaft durch den mit einem Fideikommiß Belasteten nicht auf dessen freien Willen zurückging. Insofern ähnelt dieser Sachverhalt, in dem eine *in integrum restitutio* gewährt wurde, dem Fall der *in integrum restitutio* zugunsten des Minderjährigen, da in beiden Fällen auf Mängel bei der Willensbildung abgestellt wird.

Durch die *in integrum restitutio* wurde der Rechtszustand vor Antritt der Erbschaft wiederhergestellt. Der Erbe wurde von den Verbindlichkeiten des Erblassers frei und mußte den Nachlaß, für den sich infolge seiner Überschuldung ansonsten kein anderer Erbe finden ließ, an die Gläubiger des Erblas-

tor Personen dieses Alters in allen übrigen Fällen, in denen sie sich getäuscht sehen, zu Hilfe kommt, so auch, wenn sie unbedachtsam eine für sie nachteilige Erbschaft übernommen haben.

²⁰ So wird in Gai. 2, 163 und Inst. 2, 19, 6 ein solches Privileg des Kaisers HADRIAN für einen *maior* überliefert. Aus der Bearbeitung der Gaiusinstitutionen in GA 2, 28-32 wird deutlich, daß auch andere Kaiser die *in integrum restitutio* für Volljährige bewilligt haben müssen; dabei handelte es sich offensichtlich jedoch nur um Einzelfallentscheidungen mit Ausnahmecharakter, siehe dazu REGGI, Ricerche, S. 18 ff.; SELB, Sententiae Syriacae, S. 137.

²¹ Ulp. D. 42, 6, 1, 6: Sed si quis suspectam hereditatem dicens compulsus fuerit adire et restituere hereditatem, deinde non sit cui restituat, ex quibus casibus solet hoc evenire. et ipsi quidem desideranti succurri sibi adversus creditores hereditarios subvenimus: hoc et divus Pius rescripsit, ut perinde testatoris bona venirent, atque si adita hereditas non fuisset. creditoribus quique huiusmodi heredis desiderantibus hoc idem praestandum puto, licet ipse non desideravit, ut quasi separatio quaedam praestetur. - Aber wenn jemand, der eine Erbschaft für verdächtig erklärt, gezwungen worden ist, die Erbschaft anzutreten und [an den Fideikommissar] herauszugeben, anschließend aber niemand da ist, an den er sie herausgeben könnte, wie in solchen Fällen gewöhnlich vorkommt, so werden wir auch auf seinen eigenen Antrag, ihm gegen die Erbschaftsgläubiger zur Hilfe zu kommen, ihm diese Hilfe gewähren. Dies hat auch der Kaiser Pius durch ein Reskript bestimmt, daß über den Nachlaß des Testators der Konkurs eröffnet werde, als wenn die Erbschaft nicht angetreten worden wäre. Ich glaube, daß auch den Gläubigern eines solchen Erben auf ihren Antrag hin dasselbe gewährt werden muß, auch wenn er selbst nicht verlangt hat, daß eine Art Abtrennung vorgenommen werde.

²² Auf Antrag des Fideikommissars konnte der *praetor fideicommissarius* nach dem *SC Pegasianum* den Erben zwingen, die Erbschaft anzutreten und an den Fideikommissar herauszugeben, vgl. MANTHE, Das senatus consultum Pegasianum, S. 85.

sers herausgeben, die daraus im Wege des Nachlaßkonkurses anteilig befriedigt wurden.²³

b) *Separatio bonorum*

Weiter gestand der Prätor einigen Erben, die die Erbschaft ohne Wahlmöglichkeit antreten mußten, die Beschränkung ihrer Haftung im Wege einer *separatio bonorum* zu:

Ulp. D. 42, 6, 1, 18: Item sciendum est necessarium heredem servum cum libertate institutum impetrare posse separationem, scilicet ut, si non attigerit bona patroni, in ea causa sit, ut ei quidquid postea adquisierit separetur: sed et si quid ei a testatore debetur.

Ebenso muß beachtet werden, daß ein als notwendiger Erbe mit der Freilassung eingesetzter Sklave die Trennung erreichen kann, freilich damit, wenn er nicht das Vermögen des Herren angerührt hat, er in der Lage sei, daß ihm, was er später erworben hat, abgetrennt werde, aber auch wenn ihm etwas vom Erblasser geschuldet wurde.

Die *separatio bonorum* wird dem mit der Freilassung eingesetzten Sklaven zugestanden, der als notwendiger Erbe gezwungen ist, die Erbschaft anzutreten. Zweck einer solchen Erbeinsetzung ist es zu verhindern, daß nach dem Tod einer überschuldeten Person diese mit dem Makel der Infamie behaftet wird. Tritt kein Erbe den überschuldeten Nachlaß an, wird der Nachlaßkonkurs eröffnet, der zur Infamie des Erblassers führt. Diese Konsequenz wird dadurch vermieden, daß der überschuldete Erblasser testamentarisch bestimmt, daß einer seiner Sklaven, der mit dem Erbfall freigelassen wird, sein Erbe sein soll.²⁴ Dieser mit der Freilassung eingesetzte Erbe ist notwendiger Erbe (*heres necessarius*), d.h. er muß die Erbschaft antreten, ob er will oder nicht.²⁵ Die Folge ist, daß gegen den *servus heres necessarius*, der Rechtsträger der Verbindlichkeiten seines verstorbenen Eigentümers ist, die Gesamtvollstreckung durchgeführt wird und er an Stelle des Erblassers die Infamie erleidet.²⁶ Da der mit der Freilassung als Erbe eingesetzte Sklave keine

²³ Vgl. KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 57 II 1.

²⁴ Falls der Erblasser es noch für möglich hält, daß sich ein Erbe findet, kann er den Sklaven als Substituten nach dem Erben einsetzen.

²⁵ Vgl. Gai. 2, 153: *Necessarius heres est servus cum libertate institutus, ideo sic appellatus, quia sive velit sive nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est.* - Notwendiger Erbe ist der mit der Freilassung dazu eingesetzte Sklave; er wird auch so genannt, weil er, ob er will oder nicht will, auf jeden Fall nach dem Tod des Erblassers sogleich frei und Erbe ist.

Die *necessitas* führt in diesem Fall zur Unausweichlichkeit des Erbantritts, vgl. MAYER-MALY, SZ 83, S. 54 ff.

²⁶ Gai. 2, 154: *Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est ut ignominia, quae accidit ex venditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo vitio sed necessitate iuris bonorum venditio-*

Wahlmöglichkeit hat, ob er den überschuldeten Nachlaß antritt oder nicht, war es im klassischen römischen Recht unumstritten, daß die unbeschränkte Haftung des Freigelassenen gemildert werden mußte. Die in allen anderen Fällen der als unbillig empfundenen strengen Haftung von Erben herangezogene *in integrum restitutio* kam hier nicht in Frage, da diese den Nachlaßkonkurs und damit die Infamie des Erblassers zur Folge hatte. Statt dessen gab der Prätor dem *servus heres necessarius* die *separatio bonorum*, um dessen eigenes Vermögen - und zwar das vom Erblasser vor dem Tod erhaltene und das nach dem Erbfall erworbene - vom Nachlaß zu trennen und dem Zugriff der Gläubiger des Erblassers zu entziehen.

Nicht eindeutig nachgewiesen werden kann dagegen, ob das vom Kaiser GORDIAN²⁷ seinen Soldaten gewährte Haftungsprivileg, mit dem die unbeschränkte Haftung für die Schulden des Erblassers aufgehoben werden sollte, eine *separatio bonorum* zur Rechtsfolge hatte. Dieses Reskript GORDIANs ist selbst nicht überliefert, wird jedoch fast dreihundert Jahre später zur Zeit JUSTINIANs an zwei Stellen im Corpus iuris aufgeführt. Dabei wird die Wirkung des Haftungsprivilegs unterschiedlich beschrieben. Während in Inst. 2, 19, 6²⁸ berichtet wird, GORDIAN habe das von HADRIAN ausnahmsweise gewährte Haftungsprivileg für Volljährige allgemein auf Soldaten ausgeweitet, was für eine *in integrum restitutio* spricht, heißt es in C. 6, 30, 22 pr.,²⁹ daß

nem pateretur; sed alio iure utimur. - Daher pflegt derjenige, welcher sich [hinsichtlich seiner Vermögensverhältnisse] für verdächtig hält, seinen Sklaven an erster, zweiter oder noch fernerer Stelle mit der Freiheit zum Erben einzusetzen, damit, wenn die Gläubiger nicht befriedigt würden, vielmehr dieses Erben Vermögen als der Nachlaß des Testators selbst verkauft werde, d.h. daß die infolge des Vermögensverkaufs eintretende Infamie vielmehr diesen Erben als den Testator selbst treffe. Zwar nimmt Sabinus bei Fufidius an, man müsse bei jenem eine Ausnahme von der Infamie machen, weil er nicht durch eigene Schuld, sondern aus Rechtsnotwendigkeit die *bonorum venditio* dulden müsse, aber wir wenden anderes Recht an.

²⁷ Regentschaft von 238 bis Anfang 244, siehe KIENAST, Römische Kaisertabelle, S. 195.

²⁸ In Inst. 2, 19, 6 heißt es: Sciendum tamen est divum HADRIANUM etiam maiori viginti quinque annis veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, emersisset. sed hoc divus quidem HADRIANUS speciali beneficio cuidam praestitit: divus autem GORDIANUS postea in militibus tantummodo hoc extendit. - Doch muß man wissen, daß der vergöttlichte [Kaiser] HADRIAN auch einem, der älter als fünfundzwanzig Jahre war, den Gnadentakt [der Lossagung von der Erbschaft] gewährte, als sich nach Antritt der Erbschaft eine große Schuldenlast herausstellte, die zur Zeit des Erbschaftsantritts noch unbekannt war. Aber der vergöttlichte Kaiser HADRIAN gewährte dies nur einem einzelnen im Wege besonderer Rechtswohlthat. Der vergöttlichte Kaiser GORDIAN dehnte dies dann später aus, aber lediglich auf Soldaten.

²⁹ C. 6, 30, 22 pr.: sed etiam veterem constitutionem non ignoramus, quam divus GORDIANUS ad PLATONEM scripsit de militibus, qui per ignorantiam hereditatem adierint, quatenus pro his tantummodo rebus convenientur, quas in hereditate defuncti invenerint, ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur: cuius sensus ad unam praefatarum constitutionem a nobis redactus est. - Aber ich kenne auch die alte Verordnung genau, die der Kaiser GORDIAN an PLATO bezüglich der Soldaten schrieb, die aus Unwissenheit eine Erbschaft antraten, daß sie insofern nur

die Soldaten nur für die im Nachlaß vorgefundenen Dinge belangt werden konnten und der Zugriff auf ihr eigenes Vermögen untersagt war, was eine gegenständliche Abtrennung mittels *separatio bonorum* nahelegt. Man könnte geneigt sein, die substantiierte Überlieferung in C. 6, 30, 22 pr. für zuverlässiger zu halten als die eher allgemein gehaltene Formulierung in Inst. 2, 19, 6,³⁰ die eher die Darstellung historischer Abläufe als die Präzisierung der Rechtswirkung des Haftungsprivilegs bezweckt. Andererseits muß die *in integrum restitutio* als das damals allgemein übliche Mittel zur Beseitigung der unbeschränkten Erbenhaftung angesehen werden. Eine *separatio bonorum* wurde angesichts der drohenden Infamie nach Möglichkeit gemieden, was sich besonders in D. 42, 6, 1, 6 zeigt, wo dem Erben, der eine überschuldete Erbschaft nicht als Fideikommiß herausgeben kann, eine *in integrum restitutio* gewährt wird und nur seinen Gläubigern eine *quasi separatio* zugestanden wird, wenn der Erbe keine *in integrum restitutio* beantragt hat.³¹

Nachfolgend sollen die Voraussetzungen sowie Rechtsfolgen dieser Absonderung für den *servus heres necessarius* und auch für die Gläubiger des Erblassers herausgearbeitet werden. Dazu werden neben D. 42, 6, 1, 18 und Gai. 2, 153 f. auch die allgemeinen Bestimmungen des Titels D. 42, 6 zur *separatio bonorum* des klassischen römischen Rechts herangezogen.

aa) Der originäre Zweck der *separatio bonorum*

Die *separatio bonorum* diente im klassischen römischen Recht zur Absicherung der Gläubiger des Erblassers gegen Gefahren, die aus der Überschuldung des Erben resultierten. Durch die Absonderung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben wurde verhindert, daß die Gläubiger des Erben ihre Forderungen gegen den Erben aus dem Nachlaß befriedigten und auf diese Weise das bis zum Erbfall vorhandene Haftungsreservoir der Gläubiger des Erblassers schmälern konnten. Dieser Zweckrichtung entsprechend waren lediglich die Gläubiger des Erblassers³² sowie die Vermächtnisnehmer³³ zur

für die Dinge belangt werden mögen, die sich im Nachlaß des Verstorbenen angefounden haben, das Vermögen derselben aber durch die Erbschaftsgläubiger nicht berührt werden soll. Der Sinngehalt desselben wurde von uns in einer Verordnung der oben erwähnten Angelegenheit eingearbeitet.

³⁰ So WESENER, FS Waldstein, S. 412; a.A. REGGI, Ricerche, S. 23 ff.

³¹ Zur Interpretation von D. 42, 6, 1, 6 siehe WIECHMANN, Separatio bonorum, S. 87 ff.

³² Es ist heute umstritten, ob dieses auch für die Gläubiger mit befristeten und bedingten Forderungen galt. Der überwiegende Teil des modernen Schrifttums hält in der inhaltlich einschlägigen, aber nach allgemeiner Ansicht interpolierten Stelle Pap. D. 42, 6, 4 pr. (Creditoribus, qui ex die vel sub condicione debentur et propter hoc nondum pecuniam petere possunt, aequae separatio dabitur, quoniam et ipsis cautione communi consulatur. - Gläubigern, denen an einem bestimmten Tag oder unter einer bestimmten Bedingung geschuldet wird und die deswegen noch nicht das Geld fordern können, wird gleichfalls die Trennung gewährt, da auch ihnen mit einer allgemeinen Sicherheitsleistung zur Hilfe gekommen wird.) für klassischen Ursprungs, daß die Gläubiger mit befristeten Forderungen antragsberechtigt waren, jedoch nicht die Gläubiger mit bedingten Forderungen, vgl.

separatio bonorum antragsberechtigt, nicht dagegen die Gläubiger des Erben³⁴ oder der Erbe selbst.³⁵ Die zugunsten des *servus heres necessarius* zugelassene *separatio bonorum*, die als zielgerichtetes Mittel der Haftungsbeschränkung diene und insofern eine vergleichbare Funktion wie das spätere *beneficium inventarii* hatt,³⁶ stellte demgegenüber eine in seltenen Fällen zugelassene Ausnahme im klassischen römischen Recht dar.

bb) Das Verfahren der *separatio bonorum*

Voraussetzung ist ein gegen den Erben eingeleitetes Vollstreckungsverfahren. Stellt sich dabei heraus, daß das Eigenvermögen des Erben nicht zur Begleichung seiner eigenen Schulden ausreicht, und damit der Zugriff der Gläubiger des Erben auf den Nachlaß droht, kann nach der *missio in bona* von den Gläubigern des Erblassers beim Prätor oder dem Magistrat einer Provinz, die dem Vollstreckungsverfahren vorstanden, die *separatio bonorum* beantragt werden.³⁷ Der Prätor hatte *causa cognita*, also im Wege einer eigenen Sachprüfung, den Fall zu untersuchen³⁸ und bei Ausübung eigenen Ermessens über die Absonderung des Nachlasses zu entscheiden.³⁹ Der Antrag auf die *separatio bonorum* war nach Ulp. D. 42, 6, 1, 13 abzulehnen, wenn er erst lange Zeit nach dem Erbschaftserwerb erfolgte. Dort heißt es,

BONFANTE, Corso VI, S. 356; BIONDI, DER I, S. 362; SOLAZZI, Concorso II, S. 77 ff.; MASI, Condizione, S. 167 f.; a.A. VOCI, DER I, S. 671, WIECHMANN, Separatio bonorum, S. 33 f., die alle Gläubiger des Erblassers für antragsberechtigt halten.

³³ Iul. D. 42, 6, 6 pr.: Quotiens heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare bonorum separationem aequum est, ita ut, cum in creditoribus solidum adquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quaeratur. - So oft das Vermögen des Erben zahlungsunfähig ist, ist es gerecht, daß nicht nur die Gläubiger des Erblassers, sondern auch die, denen dieser ein Vermächtnis gemacht hat, die Trennung des Vermögens erreichen, so daß, wenn von den Gläubigern das Ganze erworben ist, den Vermächtnisnehmern entweder das Ganze oder ein Teil zugestanden wird.

Pap. D. 42, 6, 4, 1: Legatarios autem in ea tantum parte, quae de bonis servari potuit, habere pignoris causam convenit. - Man ist sich einig, daß die Vermächtnisnehmer nur an dem Teil ein Pfandrecht haben, der erübrigt werden kann.

³⁴ Ulp. D. 42, 6, 1, 2; Ulp. D. 42, 6, 1, 5; BONFANTE, Corso VI, 358 ff.; BIONDI, DER I, S. 364 ff.; KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 58 Fn. 43.

³⁵ KASER/HACKL, a.a.O.; BONFANTE, Corso VI, S. 360 ff., BIONDI, DER I, S. 366 f., jeweils unter Bezug auf D. 42, 6, 1, 6 (Text oben S. 9, Fn. 21).

³⁶ BIONDI, DER, S. 367.

³⁷ Gord. C. 7, 72, 2; Ulp. D. 42, 6, 1, 1; KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 58 II 2.; VOCI, Diritto ereditario romano (DER) I, S. 670.

³⁸ Gord. C. 7, 72, 2; Ulp. D. 42, 6, 1, 14; BIONDI, DER, S. 369; MARTINI, Causae cognitio, S. 160; KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 58 II 2.

³⁹ Vgl. KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 25 II 1.

daß die Abtrennung nach fünf Jahren nicht mehr verlangt werden könne.⁴⁰ Diese Frist ist jedoch nach heute ganz herrschender Ansicht erst unter JUSTINIAN in den Text eingefügt worden.⁴¹ Somit stand in klassischer Zeit die Ausschußfrist offensichtlich im freien Ermessen des entscheidenden Magistrats.⁴²

cc) Voraussetzungen der *separatio bonorum*

Die wesentlichen materiellen Voraussetzungen für den Erlaß der *separatio bonorum* waren ein gegen den Erben eingeleitetes Vollstreckungsverfahren sowie der Nachweis der Insolvenz des Erben.⁴³ Letzteres ergibt sich ausdrücklich aus einer Konstitution des Kaisers Diocletian.⁴⁴ Ob bereits in klassischer Zeit die nachgewiesene Insolvenz des Erben für die Errichtung des *separatio bonorum* erforderlich war, ist teilweise mit Hinweis auf das vom Prätor im Rahmen der *causae cognitio* ausgeübte Ermessen angezweifelt worden.⁴⁵ Diese Frage ist jedoch im Fall des *servus heres necessarius* ohne Bedeutung, da die zu seinem Schutz vorgenommene *separatio bonorum* nicht die Schädigung der Gläubiger des Erblassers verhindern soll, die diese aus einer Insolvenz des Erben zu befürchten haben. Dagegen wurde auf das Erfordernis eines gegen den *servus heres necessarius* eröffneten Vollstreckungsverfahrens sicherlich nicht verzichtet. Zum einen sollte im Gesamtvollstreckungsverfahren gegen den *servus heres necessarius* das Vermögen des Erblassers an dessen Gläubiger verteilt werden. Andererseits war die *separatio bonorum* aus der Sicht der damaligen Juristen in das Vollstreckungsverfahren eingebettet und ohne dieses nicht vorstellbar.

Die Gläubiger des Erblassers verloren ihr Recht, die *separatio bonorum* zu beantragen, wenn sie den Erben als Schuldner ihrer Forderungen behandelten und auf diese Weise anerkannten.⁴⁶ Eine solche Anerkennung des Erben als Schuldner erfolgte insbesondere dadurch, daß ein Gläubiger des Erblassers

⁴⁰ Ulp. D. 42, 6, 1, 13: Quod dicitur post multum temporis sepeparationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium post additionem numerandum separatio non postuletur. - Weil gesagt wird, daß nach langer Zeit die Trennung nicht beantragt werden kann, so wird anzunehmen sein, daß nach fünf Jahren nach Antritt die Trennung nicht gefordert werden kann.

⁴¹ VOCI, DER I, S. 670; ASTOLFI, NNDI XVII, S. 2, Fn. 1; KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 58 II 2, Fn. 47; WIECHMANN, Separatio bonorum, S. 62, hält die Stelle für echt, die darin angegebene Frist von 5 Jahren stelle jedoch nur die Meinung ULPIANs dar.

⁴² BIONDI, DER I, S. 375.

⁴³ Ulp. D. 42, 6, 1, 1; KASER, Privatrecht I, S. 734; KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 58 II 2; ASTOLFI, NNDI XVII, S. 1 f.

⁴⁴ Diocl. C. 7, 72, 7 sowie die Parallelstelle C. 4, 16, 6.

⁴⁵ Z.B. von BIONDI DER I, S. 369.

⁴⁶ Ulp. D. 42, 6, 1, 10; BIONDI, DER, S. 377.

vom Erben ein Schuldversprechen entgegennahm,⁴⁷ sich Sicherheiten gewährleisten ließ⁴⁸ oder Zinszahlungen von ihm als Schuldner verlangte.⁴⁹ Ein ähnliches negatives Tatbestandsmerkmal findet sich in D. 42, 6, 1, 18 für den *servus heres necessarius*. Ihm sollte die Absonderung des Nachlasses vom Eigenvermögen nur zugesprochen werden, wenn er das Vermögen des Erblassers noch nicht „angerührt“ hatte. Der Grund für diesen Ausschluß ist, daß dem *servus heres necessarius* die *separatio bonorum* gewährt wird, weil er die Erbschaft unfreiwillig erworben hat. Mischt er sich jedoch in den Nachlaß ein, zeigt er sein Interesse am Erwerb der Erbschaft und hat deshalb die Haftungskonsequenzen daraus voll zu tragen.⁵⁰ Andererseits werden die Gläubiger des Erblassers durch eine strikte Regel dieser Art davor geschützt, daß der *servus heres necessarius* Verfügungen über den Nachlaß vornimmt, die ihm als Eigentümer möglich und gegenüber den Gläubigern wirksam wären.⁵¹ Hat sich ein minderjähriger *servus heres necessarius* in den Nachlaß eingemischt, besteht für ihn die Möglichkeit, sich durch eine vom Prätor gegebene *in integrum restitutio* so stellen zu lassen, als hätte er diese Einmischung nicht vorgenommen. Die *separatio bonorum* kann ihm dann weiterhin gewährt werden.

Die *separatio bonorum* ist ferner ausgeschlossen, wenn der Nachlaß und das ursprüngliche Vermögen des Erben vermischt worden sind. Dabei muß die Vermischung tatsächlich erfolgt und eine Trennung nicht mehr möglich sein. So ist beispielsweise eine Abtrennung der vermischten Vermögensmassen noch möglich, wenn Grundstücke vorhanden sind, die nicht vereinigt werden können.⁵²

⁴⁷ Ulp. D. 42, 6, 1, 10.

⁴⁸ Ulp. D. 42, 6, 1, 11; Ulp. D. 42, 6, 1, 15.

⁴⁹ Ulp. D. 42, 6, 1, 10.

⁵⁰ Diese Argumentation entspricht der Begründung, die in D. 42, 6, 1, 10 für den Ausschluß von Gläubigern des Erblassers von der *separatio bonorum* gegeben wird: ... amiserunt separationis commodum nec possunt iam se ab eo separare, qui quodammodo eum elegerunt. - ... sie verlieren die Wohltat der Absonderung und diejenigen, die sich nicht mehr von dem trennen können, was sie einmal ausgewählt haben.

⁵¹ Vgl. Pap. D. 42, 6, 2: Ab herede vendita hereditate separatio frustra desiderabitur, utique si nulla fraudis incurrat suspicio: nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent. - Nachdem der Erbe die Erbschaft verkauft hat, wird die Trennung vergeblich verlangt, auch wenn keine Tatsachen für einen Betrug sprechen. Denn die Dinge, die durch den Erben in der Zwischenzeit redlich getätigt worden sind, pflegen als gültig erhalten zu werden.

⁵² Pap. D. 42, 6, 1, 12: Praeterea sciendum est, posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt, non posse impetrari separationem: confusis enim bonis et unitis separatio impetrari non poterit. quid ergo si praedia extent vel mancipia vel pecora vel aliud quod separari potest? hic utique poterit impetrari separatio nec ferendus est, qui causatur bona contributa, cum praedia contribui non possint, nisi ita coniunctae possessiones et permixtae propriis, ut impossibilem separationem effecerint: quod quidem perraro contingere potest. - Weiter ist zu beachten, daß, nachdem das

dd) Rechtsfolgen der *separatio bonorum*

Beschließt der Prätor durch Dekret die *separatio bonorum*, wird der Nachlaß vom ursprünglichen Vermögen des Erben in der Weise abgesondert, daß die Gläubiger des Erblassers sich vollständig daraus befriedigen dürfen. Ergibt eine Prognose, daß der Nachlaß dazu nicht ausreicht, findet eine *venditio bonorum* des Nachlasses statt. Aus dem Preis, den der *venditor bonorum* für den Nachlaß bezahlt hat, werden die Gläubiger anteilig befriedigt,⁵³ dabei wurden bestehende Vorzugrechte der Gläubiger des Erblassers untereinander berücksichtigt.⁵⁴ ULPIAN bezeichnet dieses Verfahren als *quasi duorum bonorum venditio*.⁵⁵ Die *separatio bonorum* führte dazu, daß kein einheitliches Konkursverfahren gegen den Erben stattfand, sondern in einem Verfahren gegen den Erben zwei getrennte Vermögensmassen verwertet wurden.⁵⁶ ULPIAN spricht nur von *quasi* zwei Personen, da allein der Erbe Vermögensinhaber ist. Im Ergebnis werden jedenfalls die Gläubiger des Erben aus dem Eigenvermögen des Erben und die Gläubiger des Erblassers aus dem Nachlaß befriedigt. Im Konkursverfahren gegen den *servus heres necessarius* wird sein Vermögen zwar ebenfalls geteilt, eine *venditio bonorum* findet aber nur über den Nachlaß statt, es sei denn, die Gläubiger des *servus heres necessarius* betreiben zusätzlich gesondert gegen ihn ein Vollstreckungsverfahren.

Die *separatio bonorum* trennt das Vermögen des Erblassers, das bei dessen Tod vorhanden ist, vom Eigenvermögen des Erben ab. Worin das Eigenvermögen besteht, das dem *servus heres necessarius* verbleiben und nicht im Wege der Vollstreckung den Gläubigern des Erblassers zufallen soll, dazu finden sich in den Quellen unterschiedliche Angaben. Nach ULPIANS Bericht sind es die Güter, die er später erworben hat - wobei aus dem Text nicht deutlich wird, ob der Erwerb nach dem Tod des Erblassers oder nach der *venditio*

Nachlaßvermögen mit dem Vermögen des Erben vermischt worden ist, keine Trennung erreicht werden kann; denn bei zusammengefallenem und auch einheitlichem Vermögen kann die Trennung nicht erreicht werden. Was aber, wenn Grundstücke oder Sklaven oder Vieh oder andere Dinge, die getrennt werden können, vorhanden sind? Hier kann jedenfalls die Trennung erreicht werden und es darf sich nicht darauf berufen werden, daß die Vermögen vereinigt seien, da Grundstücke nicht vereinigt werden können, wenn nicht die im Besitz befindlichen Dinge so vereinigt und mit den eigenen Sachen vermischt sind, daß dieses zur Unmöglichkeit einer Trennung führt. Dieses freilich kann nur sehr selten geschehen.

⁵³ Ulp. D. 42, 6, 1, 1; KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 58 II 2.

⁵⁴ BIONDI, DER, S. 371.

⁵⁵ Ulp. D. 42, 6, 1, 1.

⁵⁶ VOCI, DER I, S. 672; BIONDI, DER, S. 370; KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 58 II 2; WIECHMANN, Separatio bonorum, S. 10 f.; a.A. BAVIERA, Commodum, S. 67 ff., nach dessen Ansicht nur eine einheitliche Vollstreckung in das Vermögen des Erben stattfinde, wobei die aus der *separatio bonorum* berechtigten Gläubiger des Erblassers bevorzugt ausgezahlt würden.

bonorum gemeint ist⁵⁷ - sowie die Güter, die ihm der Erblasser schuldete.⁵⁸ *Gaius* zufolge verbleiben die Güter beim *servus heres necessarius*, die dieser nach dem Tod des Erblassers vor und nach der *venditio bonorum* erworben hat. Lediglich das Vermögen, das der *servus heres necessarius* auf Grund der Erbschaft erworben hat, unterliege der Vollstreckung durch die Gläubiger des Erblassers.⁵⁹ Das Vermögen, das der *servus heres necessarius* nicht aufgrund seiner Erbenstellung erlangt hat, wird weder an die Gläubiger des Erblassers verteilt noch zur Befriedigung ihrer Forderungen an einen *venditor bonorum* verkauft. Der *servus heres necessarius* wird also im Gegensatz zu anderen Schuldnern auch dann frei von den Verbindlichkeiten des Erblassers, wenn der Nachlaß nicht zu deren vollständiger Begleichung ausreichte. Ausnahmsweise wird nach *Gai.* 2, 155 ein erneutes Vollstreckungsverfahren gegen ihn zugelassen, wenn er nach der *venditio bonorum* etwas aufgrund seiner Erbenstellung erworben hat.

Der *servus heres necessarius* haftet den Gläubigern des Erblassers also lediglich mit dem Nachlaß und erhält somit vom Prätor eine zielgerichtete Haftungsbeschränkung⁶⁰ im eigentlichen Sinne, während die ansonsten dem

⁵⁷ Inhaltlich überzeugender ist jedenfalls, daß der gesamte Erwerb nach dem Tod des Erblassers gemeint ist, da eine Trennung von bestehendem und zukünftigem, nach der *venditio bonorum* zu erwerbendem Vermögen nicht Gegenstand einer *separatio bonorum* sein kann, vgl. WIECHMANN, *Separatio bonorum*, S. 78.

⁵⁸ *Ulp. D.* 42, 6, 1, 18 (Text siehe oben S. 10); WIECHMANN, *Separatio bonorum*, S. 78 f., vermutet, daß es sich bei den Forderungen des *servus heres necessarius* gegen den Erblasser um verauslagte Begräbniskosten handelte.

⁵⁹ *Gai.* 2, 155: Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur; et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient, nisi si quod ei ex hereditaria causa fuerit adquisitum, velut si Latinus < eiusdem patroni libertus decesserit et is ex eo quod hereditatem eius Latini > adquisierit, locupletior factus sit; cum ceterorum hominum, quorum bona venierint pro portione, si quod postea adquirant, etiam saepius eorum bona venire solent. - Für diesen Nachteil wird ihm aber der Vorteil gewährt, daß ihm dasjenige erhalten bleibt, was er für sich nach dem Tode des Patrons, sei es vor oder nach der *venditio bonorum*, erworben hat, und wenn auch der Nachlaß nach Verhältnis verkauft ist, so wird doch wiederum auf Grund der Erbenqualität sein Vermögen nur dann zum Verkauf kommen, wenn ihm aufgrund der Erbenqualität etwas erworben ist, z.B. wenn ein Latine < desselben Patrons nach seiner Freilassung gestorben ist und er, weil er die Erbschaft dieses Latinen > erhalten hat, bereichert ist, während bei allen übrigen Personen, deren Vermögen nach Verhältnis verkauft ist, das von ihnen hinterher Erworbenes, öfter sogar ihr ganzes <später erworbenes> Vermögen zum Verkauf zu kommen pflegt. (Die Ergänzungen im Text stammen von *David/Nelson*, *Gai institutionum commentaria.*, S. 364 f.)

⁶⁰ Die zugunsten der Gläubiger erlassene *separatio bonorum* hatte nach in klassischer Zeit umstrittener, jedoch herrschender Ansicht ebenfalls die Wirkung, daß die Gläubiger des Erblassers sich bei der Vollstreckung gegen den Erben auf den Nachlaß beschränken mußten und, wenn dieser nicht zur Befriedigung aller Schulden des Erblassers ausreichte, nicht auf das Eigenvermögen des Erben Zugriff hatten, vgl. *Paul. D.* 42, 6, 5; *Ulp. D.* 42, 6, 1, 17; *Pap. D.* 42, 6, 3, 2; siehe zu dieser Kontroverse unter den klassischen Autoren BIONDI, *DER*, S. 372; VOCI, *DER I*, S. 673 f.; BONFANTE, *Corso VI*, S. 371; KASER/HACKL, *Zivilprozeßrecht*, § 58 II 2, Fn. 48; WIECHMANN, *Sepa-*

Minderjährigen und den Soldaten gewährte *in integrum restitutio* die Enthaltung durch die vollständige nachträgliche Lösung von der Erbschaft mit sich bringt. Die *separatio bonorum* zugunsten des *servus heres necessarius* führt also nach moderner Terminologie zur Ausbildung von Sondervermögen, denn bei gänzlicher Abtrennung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben stehen zwei verschiedene Vermögensmassen jeweils nur bestimmten Gläubigern als Vollstreckungsobjekt in jeweils unabhängig voneinander durchzuführenden Vollstreckungsverfahren zur Verfügung. Diese Trennungswirkung der *separatio bonorum* mit der Beschränkung auf den Nachlaß tritt gegenüber allen Gläubigern des Erblassers ein.⁶¹ Die Gläubiger des Erblassers sind in ihrer Vollstreckung in den Nachlaß gegenüber den Inhabern von Sicherheitsrechten bevorrechtigt, die durch das Handeln des Erben nach dem Erbfall entstanden sind.⁶² Davon zu unterscheiden sind die Bevorrechtigungen, die ihren Ursprung vor dem Erbfall haben. Deren Inhaber gehören zu den Gläubigern des Erblassers und gehen den einfachen Gläubigern unter ihnen vor. Schließlich verhindert die *separatio bonorum* die normalerweise mit dem Erbschaftserwerb eintretende Konfusion.⁶³ Somit gehen die Forderungen

ratio bonorum, S. 20 ff. Die Haftungsbeschränkung des Erben hinsichtlich der Schulden des Erblassers kam in erster Linie den Gläubigern des Erben zugute, weil sie vor der Konkurrenz unbefriedigt gebliebener Gläubiger des Erblassers geschützt wurden. Für den Erben selbst, dessen Überschuldung Grund für die *separatio bonorum* war, wird die Haftungsbeschränkung in der Regel nur ein sekundärer, praktisch eher unbedeutender Nebeneffekt gewesen sein. Dementsprechend hatte der Erbe keine Befugnis, die *separatio bonorum* zu beantragen.

⁶¹ Hinsichtlich des Normalfalls der *separatio bonorum* herrscht im modernen Schrifttum - möglicherweise auch bereits im klassischen römischen Recht (vgl. KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 58 II 2, Fn. 49) - Uneinigkeit darüber, ob die Absonderung grundsätzlich gegenüber allen antragsberechtigten Gläubigern wirkte (so VOCI, DER I, S. 671, Fn. 17; WIECHMANN, Separatio bonorum, S. 74, Fn. 4; SOLAZZI, Concorso IV, S. 54 f.; BAVIERA, Commodum, S. 91 ff) oder nur gegenüber den Gläubigern, die sie beim Prätor beantragt hatten (so BIONDI, DER, S. 373; BONFANTE, Corso VI, S. 380; FADDA, Concetti II, S. 403 f.); hier spielt dieser Meinungsstreit jedoch keine Rolle, soweit die *separatio bonorum* nicht auf Initiative der Gläubiger zustandegekommen ist.

⁶² Ulp. D. 42, 6, 1, 3 (Sciendum est autem, etiamsi obligata res esse proponatur ab herede iure pignoris vel hypothecae, attamen, si hereditaria fuit, iure separationis hypothecario creditori potior rem esse eum, qui separationem impetravit: et ita Severus et Antoninus rescripserunt. - Beachtet werden muß aber, auch wenn vorgebracht wird, daß eine Sache vom Erben mit einem Pfandrecht oder einer Hypothek belastet sei, daß trotzdem, wenn sie zur Erbschaft gehörte, mit dem Recht aus der Trennung derjenige den Hypothekengläubigern vorgehe, der die Trennung erreichte; und so schrieben auch Severus und Antoninus); BIONDI, DER, S. 371; VOCI, DER I, S. 672; ASTOLFI, NNDI XVII, S. 2.

⁶³ VOCI, DER I, S. 672; ASTOLFI, NNDI XVII, S. 2; BONFANTE, Corso VI, S. 369; jeweils unter Berufung auf Pap. D. 42, 6, 3 pr. (Debitor fideiussori heres extitit eiusque bona venierunt: quamvis obligatio fideiussionis extincta sit, nihilo minus separatio impetrabitur petente eo, cui fideiussor fuerat obligatus, sive solus sit hereditarius creditor sive plures. neque enim ratio iuris, quae causam fideiussionis propter principalem obligationem, quae maior fuit, exclusit, damno debet adficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat. - Ein Schuldner wurde Erbe seines Bürgen, und sein Vermögen geriet in Konkurs. Wenn auch die Verpflichtung des Bürgen erloschen ist, wird um nichts weniger derjenige Antragsteller die Trennung erreichen, dem der Bürge verpflichtet war,

des Erblassers gegen den Erben nicht durch das Zusammenfallen von Gläubiger und Schuldner unter, sondern bleiben den Gläubigern des Erblassers als Haftungsmasse erhalten.

ee) Beurteilung der *separatio bonorum* als Mittel der Haftungsbeschränkung

Die *separatio bonorum* führt für den Erben, dem sie zur Einschränkung seiner Haftung gewährt wird, durch Absonderung des Nachlasses zur Sicherung des Eigenvermögens. Die Interessen der Gläubiger des Erblassers bleiben trotz dieser Haftungsbeschränkung weitgehend gewahrt. Eine effektive Trennung der beiden Vermögensmassen des Erben und damit der Erhalt des Nachlasses als Haftungsmasse wird dadurch gewährleistet, daß sowohl der Zugriff des Erben auf den Nachlaß als auch die tatsächliche Vermischung von Nachlaß und Eigenvermögen (mit oder ohne Mitwirkung des Erben) die *separatio bonorum* ausschließen. Besteht also nur die Möglichkeit, daß Gegenstände vom Nachlaß in das Eigenvermögen des Erben gelangen, gerät auch dieses in den Zugriffsbereich der Gläubiger des Erblassers, ohne daß es zu einer tatsächlichen Vermögensverschiebung gekommen sein muß. Die Verteilung des Nachlasses im Rahmen eines Konkursverfahrens dient ebenfalls den Interessen der Gläubiger. Durch die anteilige Befriedigung und die Berücksichtigung der Privilegien wird ein hoher Grad an materieller Gerechtigkeit erreicht. Da die Liquidierung und Verteilung des Nachlasses weitgehend in den Händen der Gläubiger liegt, ohne daß der Erbe darin einzugreifen vermag, kann auch an dieser Stelle ein schädigender Eingriff durch den Erben oder die Bevorzugung einzelner Gläubiger ausgeschlossen werden. Die *separatio bonorum* bietet weiter den Vorteil, daß sich der Erbe nicht nachträglich von der Erbschaft wieder lösen muß, um der Haftung für die Schulden des Erblassers zu entgehen. Dieses trägt zur Rechtssicherheit über den Inhaber des Nachlasses bei.

Der entscheidende Nachteil für den Erben bestand jedoch darin, daß er nach der *missio in bona* über den Nachlaß und dem Ablauf der Proskriptionsfrist infam wird.⁶⁴ Dieser aus dem Konkursverfahren für den Schuldner folgende Ehrverlust kann nicht umgangen werden, da der Erbe Eigentümer des überschuldeten Nachlasses ist. Zwar ist aus klassischer Zeit beim Juristen Fufidius die Ansicht überliefert, daß eine Ausnahme von der Infamie gemacht wer-

ganz gleich ob es sich um einen einzelnen Nachlaßgläubiger handelt oder um mehrere. Denn der Rechtszweck, der den Grund der Bürgschaft wegen der Hauptverpflichtung, die größer ist, ausschließt, darf für den Gläubiger, der für sich selbst sorgfältig Vorsorge getroffen hat, nicht zum Schaden führen.) und D. 42, 6, 3, 1.

⁶⁴ Vgl. KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 58 I 1; KASER, Sodalitas 7, S. 3160, Fn. 38; SOLAZZI, Concorso II, S. 64.

den müsse, weil den Erben keine Schuld am Konkurs treffe, die damals herrschende Meinung beharrte jedoch auf dieser Rechtsfolge des Konkurses.⁶⁵ Deshalb wird man die *separatio bonorum* in der Regel als Mittel der Haftungsbeschränkung für den Erben unzumutbar gehalten und die *in integrum restitutio* bevorzugt haben.

⁶⁵ Gai. 2, 154: ... quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo vitio sed necessitate iuris bonorum venditionem pateretur; sed alio iure utimur. - ... obwohl bei Fufidius Sabinus angenommen wird, man müsse bei jenem eine Ausnahme von der Infamie machen, weil er nicht durch eigene Schuld, sondern aus Rechtsnotwendigkeit den Vermögensverkauf dulden müsse, aber wir bedienen uns eines anderen Rechtes.

C. Justinianisches Recht

I. Einführung und Zielsetzung des *beneficium inventarii*

Die im Grundsatz geltende unbeschränkte Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten und die daraus resultierende Sicherheit der Gläubiger des Erblassers vor für sie nachteiligen Aktivitäten des Erben und dessen Gläubiger hatte Bestand bis in das 6. Jahrhundert. Im Jahre 531 änderte sich die Rechtslage, als JUSTINIAN zum Schutz der Erben vor einem überschuldeten Nachlaß das Rechtsinstitut des *beneficium inventarii* einführte, das er in seinen Institutionen folgendermaßen charakterisierte:

Inst. 2, 19, 6: Sed nostra benevolentia commune omnibus subiectis imperio nostro hoc praestavit beneficium et constitutionem tam aequissimam quam nobilem scripsit, cuius tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem et in tantum teneri, in quantum valere bona hereditatis contingit: ut ex hac causa neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium, nisi omissa observatione nostrae constitutionis et deliberandum existimaverint et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

Wir jedoch in unserer wohlwollenden Gesinnung gewährten allgemein allen Untertanen unseres Reiches diese Rechtswohltat und erließen eine höchst gerechte wie wohlgelungene Konstitution. Wenn die einzelnen sich nach deren Inhalt richten, ist es ihnen möglich, die Erbschaft anzutreten und doch nur auf das zu haften, was das Nachlaßvermögen enthält, damit sie in diesem Fall das Hilfsmittel der Überlegungsfrist nicht mehr brauchen, es sei denn, sie lassen unsere Konstitution außer acht, halten eine Überlegung für erforderlich und nehmen lieber die früheren Nachteile des Erbantritts in Kauf.

JUSTINIANS Anliegen ist es, die Stellung der Erben hinsichtlich ihrer Haftung für die Schulden des Erblassers grundlegend zu verbessern. Während die Kaiser GORDIAN und HADRIAN nur einzelne Personen oder bestimmte Gruppen privilegiert und von der unbeschränkten Haftung als Erben ausgenommen haben, schafft JUSTINIAN mit dem *beneficium inventarii* ein Instrument der Haftungsbeschränkung für alle Bürger. Er will mit seiner Konstitution die Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers reformieren, aber gleichzeitig die bis dahin bestehenden Rechtsinstitute des klassischen römischen Rechts nicht abschaffen. So kann der Erbe weiterhin die Erbschaft ablehnen bzw. sich ihr enthalten, wenn sie erkennbar überschuldet ist, oder sie vorbehaltlos annehmen, wenn ganz eindeutig ein Gewinn aus ihr zu erwarten ist. Nur für den Fall, daß Unsicherheit über die Höhe der Verbindlichkeiten des Erblassers bestehen, ist die Haftungsbeschränkung durch das *beneficium inventarii* vorgesehen. Auch ist es bei Zweifeln des Erben, ob er die Erbschaft annehmen sollte, für ihn immer noch möglich, eine Überlegungsfrist (*spatium deliberandi*) zu beantragen. JUSTINIAN hält die Überlegungsfrist jedoch angesichts des neu geschaffenen *beneficium inventarii* für überflüssig. Er be-

zeichnet diese Alternative dementsprechend als *vetus gravamen* und belegt sie mit beträchtlichen Rechtsnachteilen für den Erben.⁶⁶

II. Aufstellung des Inventars

Voraussetzung für die Haftungsbeschränkung ist, daß der Erbe ein Inventar über alle Nachlaßgüter gemäß der von JUSTINIAN erlassenen Konstitution aufstellt. Ein Antritt mit der Erklärung, nur nach den Inventarregeln haften zu wollen, ist nicht erforderlich. Der Erbe muß mit der Inventarerrichtung spätestens 30 Tage nach Testamentseröffnung oder Kenntnis von seiner Berufung als Erbe beginnen und es binnen weiterer 60 Tage fertiggestellt haben.⁶⁷ Hält sich der Erbe weit entfernt von den Orten auf, an denen sich der Nachlaß befindet, beträgt die Frist zur Herstellung des Inventars ein Jahr.⁶⁸

Eine bedeutsame Frage ist, welche Personen bei der Erstellung des Inventars beteiligt sein müssen. Dazu führt JUSTINIAN in C. 6, 30, 22, 2a aus:

Et hoc inventarium intra alios sexaginta dies modis omnibus impleatur sub praesentia tabulariorum ceterorumque, qui ad huiusmodi confectionem necessarii sunt.	Und dieses Inventar soll innerhalb von sechzig Tagen auf jeden Fall fertiggestellt werden bei Anwesenheit von Notaren und der übrigen, die zur Herstellung desselben notwendig sind.
---	---

Es werden hier nur die *tabularii*⁶⁹ ausdrücklich erwähnt, wobei im modernen Schrifttum umstritten ist, ob JUSTINIAN die Anwesenheit eines oder mehrerer von ihnen für erforderlich hält.⁷⁰ Wer darüber hinaus zu den *qui ad huiusmodi confectionem necessarii* zu zählen ist, wird offengelassen. JUSTINIAN wird sich damit auf die notarielle Praxis der Aufstellung ähnlicher Verzeichnisse, wie des Inventars des Tutors oder Kurators, bezogen haben.⁷¹ Ein Hinweis

⁶⁶ So verlor der Erbe, der sich eine Überlegungsfrist erbat, die Möglichkeit, seine Haftung durch das Inventar zu beschränken, C. 6, 30, 22, 14 (Sin autem hoc aliquis fecerit et inventarium conscripserit (necesse enim est omnimodo deliberantes inventarium cum omni subtilitate facere), non liceat ei post tempus praestitutum, si non recusaverit hereditatem, sed adire maluerit, nostrae legis uti beneficio, sed in solidum secundum antiqua iura omnibus creditoribus teneatur. - Wenn aber jemand dieses getan und ein Inventar schriftlich verfaßt hat (denn es ist nötig, daß auch ein Überlegender das Inventar mit der größten Genauigkeit anfertigt), so steht es ihm nach der festgesetzten Überlegungsfrist nicht zu, wenn er die Erbschaft nicht zurückgewiesen hat, sondern es vorzieht, sie anzutreten, von der Wohltat unseres Gesetzes Gebrauch zu machen, sondern er haftet gemäß dem alten Recht allen Gläubigern auf das Ganze.); vgl. dazu WESENER, FS Waldstein, S. 413 f.

⁶⁷ C. 6, 30, 22, 2/2a; die in Nov. 115, 5, 1 aufgeführte Frist von neun Tagen, während der die Nachlaßgläubiger ihre Forderungen nicht geltend machen dürfen, ist eine allgemeine Ruhefrist für Erben und Angehörige und besteht unabhängig von der Inventarerstellung durch den Erben, vgl. dazu REGGI, Ricerche, S. 85 f.; BIONDI, DER, S. 352; KASER, Privatrecht II, S. 543, Fn. 23.

⁶⁸ C. 6, 30, 22, 3.

⁶⁹ Der *tabularius* war ein Archiv- und Registerbeamter, der auch als Urkundsbeamter tätig wurde und dabei Geschäftsurkunden anfertigte und bei bestimmten Privatrechtsakten mitwirkte, vgl. KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 85 III, Fn. 89.

⁷⁰ Siehe dazu REGGI, Ricerche, S. 78, mit weiterer Literatur.

⁷¹ Vgl. SEILER, SZ 85, S. 542.

auf die Bestimmung dieses Personenkreises könnte sich aus der Nov. 1, 2 ergeben, wo es in der lateinischen Übersetzung des Authentikum⁷² wie folgt heißt:

Nov. 1, 2, 1:

... illo adiecto solo, ut oporteat huiusmodi heredem, ... convocare omnes legatarios et fideicommissarios, quancumque in eadem civitate sunt constituti, aut quosdam pro eis agentes, si forte personarum natura aut dignitas aut qualitas aut aetas aut quaelibet necessitas facultatem eis non dat ad inventarii praesentiam.

... mit jenem einzigen Zusatz, daß es für einen solchen Erben ... notwendig ist, alle Vermächtnisnehmer und die durch ein Fideikommiß Bedachten zusammenzurufen, wie viele auch immer sich in derselben Stadt befinden, oder für diese Vertreter, wenn ihnen vielleicht das Geschlecht, das Ansehen, die Verhältnisse, das Alter oder ein anderer zwingender Umstand nicht die Möglichkeit gibt, bei der Aufstellung des Inventars anwesend zu sein.

In der Novelle 1, 2 aus dem Jahre 535 - vier Jahre nach Einführung des *beneficium inventarii* - regelt JUSTINIAN, auf welche Weise der Erbe die Falzidische Quart erhalten und so die Belastung der Erbschaft durch Vermächtnisse beschränken kann. Während JUSTINIAN vier Jahre zuvor in seiner Konstitution C. 6, 30, 22 bereits die Falzidische Quart ausgeschlossen hatte, wenn der Erbe sich die Überlegungsfrist erbeten und anschließend die Erbschaft erworben hat, ohne ein Inventar zu errichten,⁷³ muß der Erbe nach der neuen Bestimmung nunmehr immer ein Inventar aufstellen, um die falzidische Quart nicht zu verlieren. Anders als in C. 6, 30, 22 wird in Nov. 1, 2, 1 der Personenkreis benannt, dessen Anwesenheit bei der Inventarerstellung für erforderlich gehalten wird. Neben den *tabularii* haben alle Vermächtnisnehmer oder ihre Vertreter anwesend zu sein. Bei Ortsabwesenheit von Vermächtnisnehmern ist ferner die Hinzuziehung dreier unbescholtener Zeugen vorgeschrieben⁷⁴.

⁷² Die Novelle 1 und alle weiteren griechischen Novellen werden hier in der lateinischen Übersetzung des Authentikum zitiert, da sie in dieser Fassung den Juristen im Mittelalter zur Verfügung standen und von diesen bearbeitet wurden.

⁷³ C. 6, 30, 22, 14c: Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit et vel adierit hereditatem vel minimo eam repudiaverit, non solum creditoribus in solidum tenatur, sed etiam legis Falcidiae beneficio minime utatur. - Hätte jemand aber in sträflicher Absicht zwar sich die Überlegungsfrist erbeten, ein Inventarium aber nicht errichtet, und entweder die Erbschaft angetreten oder doch dieselbe nicht ausgeschlagen, haftet er nicht nur den Gläubigern für den ganzen Betrag der Erbschaftsschulden, sondern darf sich auch der Wohltat der *lex Falcidia* nicht bedienen.

⁷⁴ Nov. 1, 2, 1 (in der lateinischen Übersetzung des Authentikum): ... Si vero absunt aliqui, interesse testes in ipsa civitate fide dignos et possidentes substantiam et optimae opinionis existentes non minus tres (tabularii enim solis, quantum ad hoc competit, non credimus), coram quibus convenit fieri inventarium, ... - Wenn aber irgendwelche abwesend sind, sollen mindesten drei Zeugen anwesend sein, die in dieser Gemeinde wohnen, glaubwürdig sind, ein gewisses Vermögen besitzen und die einen sehr guten Ruf vorweisen (denn von den Notaren glauben wir nicht, daß sie allein ausreichend sind), in deren Beisein das Inventar errichtet werden soll, ...

Eine unmittelbare Anwendung von Nov. 1, 2, 1 zur Bestimmung des notwendigen Personenkreises kommt nicht in Betracht, da in Nov. 1, 2 nicht die Beschränkung der Haftung des Erben für Verbindlichkeiten des Erblassers, sondern nur für Vermächtnisse geregelt wird. Auch eine direkte Bezugnahme auf die detaillierteren Bestimmungen in Nov. 1, 2 kann JUSTINIAN bei Schaffung des *beneficium inventarii* nicht vorgesehen haben, da diese Novelle erst einige Jahre nach dem *beneficium inventarii* eingeführt wurde. Dennoch gehen beide Bestimmungen wohl von der Beurkundungspraxis ihrer Zeit aus, so daß aus der Regelung in Nov. 1, 2 Rückschlüsse auf das *beneficium inventarii* gezogen werden können. So könnte angenommen werden, daß außer den Notaren auch die durch die Inventarerstellung Betroffenen, nämlich die Gläubiger des Erblassers, sowie, falls diese nicht anwesend sind, drei Zeugen, anwesend sein müssen. Diese Schlußfolgerung ist jedoch nicht zwingend.⁷⁵ Gegen eine Anwesenheitspflicht aller Gläubiger spräche immerhin, daß bei einer großen Anzahl von Gläubigern die Durchführung der Inventarsaufstellung kaum zu organisieren wäre. Hinzu kommt, daß im Gegensatz zu den Vermächtnisnehmern, die aus dem Testament direkt ersichtlich sind, die Gläubiger des Erblassers für den Erben wohl nur schwer zu ermitteln sind, da es in justinianischer Zeit keine Hausbücher mehr gibt, in die die Schulden hätten eingetragen werden können.⁷⁶

Als formelle Voraussetzung für das *beneficium inventarii* ist weiter vorgeschrieben, daß der Erbe das Inventar unterschreiben und dabei versichern muß, daß er keine Nachlaßgegenstände böswillig zurückhalte. Wenn der Erbe nicht schreiben kann, hat ein weiterer *tabularius* die Unterschrift vor Zeugen zu verrichten.⁷⁷ Während der Erbe innerhalb der ihm dafür gesetzten Frist das Inventar aufstellt, ist es den Gläubigern des Erblassers verwehrt, ihre Forderungen gegen den Erben zu verfolgen. Daraus entstanden den Gläubigern indes keine unbilligen Nachteile, da die Frist für die Erstellung des Inventars mit nur drei Monaten bzw. einem Jahr, wenn der Nachlaß sich nicht am

⁷⁵ Siehe dazu BIONDI, DER, S. 352; REGGI, *Ricerche*, S. 79.

⁷⁶ Vgl. KASER, Privatrecht I, S. 545; Privatrecht II, S. 383.

⁷⁷ C. 6, 30, 22, 2b: Subscriptionem tamen supponere heredem necesse est, significantem et quantitatem rerum et quod nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda res apud eum remanent, vel si ignarus sit litterarum vel scribere praepeditur, speciali tabulario ad hoc solum adhibendo, ut pro eo litteras supponat, venerabili signo antea manu heredis praeposito, testibus videlicet adsumendis, qui heredem cognoscunt et iubenti ei tabularium pro se subscribere interfuerint. - Es ist notwendig, daß der Erbe die Niederschrift gleichwohl unterschreibt, wobei er die Menge der Dinge anzeigt, und daß durch keine durch ihn ausgeführte oder geplante Arglistigkeit bezüglich dieser Angelegenheit Sachen bei ihm zurückbleiben, oder wenn er des Lesens unkundig ist oder verhindert ist zu schreiben, ist ein weiterer Notar allein dafür hinzuzuziehen, damit er für diesen die Unterschrift verrichte, nachdem das ehrwürdige Zeichen von der Hand des Erben vorgezeichnet worden ist, wobei freilich Zeugen zu Hilfe genommen werden müssen, die den Erben kennen und dabei sind, wenn er den Notar beauftragt, für ihn zu unterschreiben.

Wohnort des Erben befindet, auf das erforderliche Maß begrenzt und während dieser Frist der Fortlauf der Verjährung gehemmt ist.⁷⁸

Durch diese Verfahrensvorschriften soll mit einem Mindestmaß an Sicherheit für die Gläubiger des Erblassers gewährleistet werden, daß das Inventar vom Erben ordnungsgemäß aufgestellt wird. Ist das Inventar vorschriftsmäßig erstellt, kommt der Erbe in den Genuß der Vorteile des *beneficium inventarii*. Es werden Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses in seine Hände gelegt und seine Haftung für Verbindlichkeiten des Erblassers beschränkt.⁷⁹ Dagegen läßt JUSTINIAN offen, welche Folgen die Nichteinhaltung einer dieser formellen Vorschriften haben sollte. Entscheidend ist hier also die Frage, ob aus C. 6, 30, 22, 4 der Umkehrschluß gezogen werden darf, daß bei nicht ordnungsgemäßer Erstellung des Inventars das Inventar seine Rechtsfolgen für den Erben nicht entfaltet und somit der Grundsatz der unbeschränkten Erbenhaftung eingreift. Einen Hinweis könnte JUSTINIAN in C. 6, 30, 22, 16 gegeben haben, wo er den Soldaten das Privileg gewährt, daß sie auch dann die Haftungsbeschränkung durch das *beneficium inventarii* erhalten, wenn sie aus Unwissenheit nicht jeder einzelnen in der Konstitution enthaltenen *subtilitas* nachgekommen sind. Die Verwendung des Begriffes *subtilitas*, den JUSTINIAN üblicherweise dazu gebrauchte, um die hohen formalen Anforderungen und die Strenge eines Rechtsatzes herauszustellen,⁸⁰ ist ein Anzeichen dafür, daß er sich bewußt ist, eine vergleichsweise komplizierte Vorschrift geschaffen zu haben, die vom Erben eine große Aufmerksamkeit auf die Einhaltung des Verfahrens verlangt. Indem JUSTINIAN erklärt, daß er gegen die Soldaten nicht mit der ganzen Strenge des Gesetzes vorgehen wird, macht er andererseits aber deutlich, daß ansonsten das Gesetz streng anzuwenden und die Ausnahmenvorschrift eng auszulegen ist.

⁷⁸ C. 6, 30, 22, 11: Donec tamen inventarium conscribitur, vel si res praesto sint, intra tres menses, vel si afuerint, intra annale spatium secundum anteriorem distinctionem, nulla erit licentia neque creditoribus neque legatariis vel fideicommissariis eos inquietare vel ad iudicium vocare vel res hereditarias quasi ex hypothecarum auctoritate vindicare, sed sit hoc spatium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum, nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem praescriptionem praeiudicio generando. - Doch solange das Inventar geschrieben werden wird, und zwar, wenn die Dinge noch vorhanden sind, innerhalb von drei Monaten, oder wenn sie sich auswärts befinden, innerhalb eines Jahres gemäß der oben vorgenommenen Unterscheidung, wird es weder für Gläubiger noch für Vermächtnisnehmer oder Fideikommissare die Erlaubnis geben, sie [die Erben] zu beunruhigen oder ein Rechtsverfahren gegen sie einzuleiten oder Nachlaßgegenstände gewissermaßen aus der Rechtsmacht einer Hypothek herauszuverlangen, sondern es soll dieser Zeitraum den Erben aus dem Recht selbst anstelle der Überlegungsfrist zugestanden werden, freilich darf aus diesem Zeitraum den Nachlaßgläubigern im Hinblick auf die Einrede der Verjährung kein Nachteil entstehen.

⁷⁹ In C. 6, 30, 22, 4 heißt es am Anfang: *Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, et hereditatem sine periculo habeant ...* - Und wenn sie die vorausgeschickte Betrachtung, ein Inventar zu schreiben, erfüllt haben, solle sie die Erbschaft ohne Gefahr haben ...

⁸⁰ Vgl. Heumann/Seckel, Handlexikon, S. 564.

III. Rechtsfolgen des *beneficium inventarii*

1. Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses nach Inventarerstellung

Wenn der Erbe ein Inventar über den Nachlaß erstellt hat, obliegt ihm die Verwaltung des Nachlasses. Wird der Erbe so für den Nachlass tätig, darf er Aufwendungen, die bei Geschäften für den Nachlaß anfallen, im Inventar vom aufgezeichneten Aktivvermögen abziehen. Als Beispiele für solche Aufwendungen für den Nachlaß werden die Kosten aufgeführt, die für das Begräbnis, die Testamentseröffnung oder die Erstellung des Inventars aufgewendet werden oder im Zusammenhang mit sonstigen notwendigen Geschäften stehen.⁸¹ Es besteht also im Hinblick auf die Verwaltungszuständigkeit prinzipiell kein Unterschied zum Fall des unbeschränkt haftenden Erben ohne Inventar. Bestimmte durch den Erben für den Nachlaß vorgenommene Rechtsgeschäfte werden jedoch nicht dessen Eigenvermögen, sondern dem Nachlaß zugeordnet. Insofern entspricht die Stellung des Erben der eines Beauftragten, der für einen Dritten tätig wird.

Die Begleichung der Schulden des Erblassers aus dem Nachlaß, den für die Gläubiger des Erblassers bedeutendsten Teil der Verwaltung des Nachlasses, gestaltete Justinian folgendermaßen aus:

C. 6, 30, 22, 4a: Et eis satisfaciunt, qui primi veniant creditores, et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne, dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. sed si legatarii interea venerint, et eis satisfaciunt ex hereditate defuncti vel ex ipsis rebus vel ex earum forsitan venditione.

Und die Erben sollen diejenigen Gläubiger befriedigen, die als erste kommen, und wenn nichts übrig ist, mögen sie die später kommenden zurückweisen und nicht aus ihrem Vermögen weiter verlieren, damit ihnen kein Schaden anfallt, während sie Gewinn zu machen hoffen. Aber wenn inzwischen Vermächtnisnehmer gekommen sind, sollen sie auch diese aus dem Nachlaß des Verstorbenen befriedigen, und zwar aus den Sachen selbst oder vielleicht aus dem Verkauf derselben.

JUSTINIANS Absicht ist es, daß der Erbe selbst die Befriedigung der Nachlaßgläubiger vornimmt. Es findet also kein obrigkeitlich vom Prätor bewilligtes und kontrolliertes Vollstreckungsverfahren statt, wie es bei der *separatio bonorum* des *servus heres necessarius* durchgeführt wurde. Der Erbe darf die Ansprüche der Gläubiger wie auch der Vermächtnisnehmer in der Reihenfolge erfüllen, in der sie sich bei ihm melden. Es ist ihm weder vorgeschrieben, die im Konkursverfahren zu beachtende Bevorrechtigung von Gläubigern

⁸¹ C. 6, 30, 22, 9: In computatione autem patrimonii damus ei excipere et retinere, quidquid in funus expendit vel in testamenti insinuationem vel inventarii confectionem vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse. ... - Bei der Berechnung des Vermögens aber geben wir ihm das Recht auszunehmen und zurückzuhalten, was auch immer sie für das Begräbnis aufwenden oder für die Eröffnung des Testaments oder die Erstellung des Inventars oder in andere notwendige Gegenstände der Erbschaft darlegen, daß sie es gezahlt haben. ...

gegenüber Vermächtnisnehmern noch von privilegierten Gläubigern gegenüber sonstigen Gläubigern zu berücksichtigen. Es findet selbst bei Überschuldung des Nachlasses, solange dem Erben noch Nachlaßbestände zur Verfügung stehen, eine vollständige Befriedigung der sich bei ihm meldenden Nachlaßgläubiger und keine anteilige Aufteilung des Nachlasses an alle Nachlaßgläubiger statt.

Dem Erben sind drei verschiedene Vorgehensweisen für die Begleichung der Schulden des Erblassers gestattet: Er darf zunächst einmal das im Nachlaß vorhandene Geld an die Nachlaßgläubiger auszahlen. Weiter kann er andere, im Nachlaß befindliche Gegenstände an die Nachlaßgläubiger an Erfüllungs Statt herausgeben. Dieses ergibt sich zwar nicht explizit aus C. 6, 30, 22, 4a (*satisfaciant ... ex ipsis rebus*), dafür jedoch aus C. 6, 30, 22, 6 (*res hereditarias ... pro debito dederint in solutum*).⁸² Schließlich darf der Erbe auch Nachlaßgegenstände an Dritte verkaufen und den Nachlaßgläubigern den erhaltenen Kaufpreis auszahlen. Daß in C. 6, 30, 22, 4a bezüglich der Leistung der Vermächtnisse die *datio in solutum* nicht ausdrücklich aufgeführt ist und in C. 6, 30, 22, 6 bezüglich der Begleichung der Schulden des Erblassers der Verkauf der Nachlaßgegenstände nicht genannt wird, kann nicht im Wege eines Umkehrschlusses dahingehend gedeutet werden, daß jeweils unterschiedliche Verfahrensalternativen vorgesehen sein sollen. Dafür ist angesichts der unzweifelhaft zu Grunde gelegten Gleichbehandlung von Gläubigern und Vermächtnisnehmern kein weiterer, entscheidender Hinweis ersichtlich.

Wenn nach Erschöpfen des Nachlasses noch Gläubiger des Erblassers unbefriedigt blieben, hatten diese keine Möglichkeit, gegen den Erben selbst oder die Erwerber der verkauften Nachlaßgegenstände vorzugehen.⁸³ Vergleicht man dieses von JUSTINIAN eingeführte Verfahren für die Begleichung der Nachlaßverbindlichkeiten mit den im klassischen römischen Recht gebräuchlichen Verfahren, fällt auf den ersten Blick die Erbenfreundlichkeit des Verfahrens auf. Obwohl keine Prognose darüber besteht, ob die aktiven Vermögenswerte zur Begleichung der Schulden ausreichen und deshalb die Gefahr nicht auszuschließen ist, daß nicht alle Gläubiger und Vermächtnisnehmer

⁸² Er wird nicht weiter festgelegt, ob für die Erfüllungswirkung der Hingabe an Erfüllungs Statt die Zustimmung der Gläubiger bzw. Vermächtnisnehmer erforderlich (so im klassischen römischen Recht, vgl. Gai. 3, 168) oder entbehrlich ist.

⁸³ So auch C. 6, 30, 22, 5: *Sin vero creditores, qui et post emensum patrimonium necdum completi sunt, superveniant, neque ipsum heredem inquietare concedantur neque eos, qui ab eo comparaverunt res, quarum pretia in legata vel fideicommissa vel alios creditores processerunt.* - Wenn aber Gläubiger, die auch nach Erschöpfen des Erbschaftsvermögens noch nicht befriedigt sind, übrig bleiben, wird ihnen nicht zugestanden, den Erben selbst zu beunruhigen noch diejenigen, die von ihm Sachen gekauft haben, deren Kaufpreis in Vermächtnisse, Fideikommissen oder an andere Gläubiger geflossen ist.

befriedigt werden können,⁸⁴ soll der Nachlaß prinzipiell so verteilt werden, wie es in klassischer Zeit ein voll haftender Erbe tat. Ein konkursähnliches Verfahren mit einer anteiligen Befriedigung der Gläubiger unter Beachtung von Privilegien findet nicht statt. Der Erbe hat dabei den Vorteil, daß ihm die Verwaltung bzw. Abwicklung des Nachlasses nur wenig Unannehmlichkeiten bereitet und er nach einem Erschöpfen des Nachlasses vor jeder weiteren Forderung gegen ihn sicher ist. Daneben wird durch den Verzicht auf ein konkursähnliches Verfahren eine ehrmindernde Wirkung für den Erben oder für den Erblasser, anders als bei der Einsetzung eines *servus heres necessarius*, grundsätzlich vermieden. Auch entlastet die Befriedigung der Nachlaßgläubiger durch den Erben die öffentliche Hand, da keine obrigkeitliche Beteiligung oder Kontrollen vorgesehen sind.

Ungünstig ist das Verteilungsverfahren dagegen für die Gläubiger des Erblassers, da eine sachgerechte Verteilung des Ausfallrisikos auf dieser primären (Verteilungs-) Ebene nicht stattfindet. Stattdessen werden die Gläubiger mit den Vermächtnisnehmern gleichgestellt, was deshalb als unbillig einzuschätzen ist, weil diese im Gegensatz zu den Gläubigern ihre Leistung erhalten, ohne zuvor eine Gegenleistung erbracht zu haben. Ferner ist problematisch, daß ein eher sachfremdes Kriterium, nämlich die räumliche Nähe des Nachlaßgläubigers zum Erben, im wesentlichen entscheidend für eine erfolgreiche Realisierung der Forderung ist. JUSTINIAN gesteht den Gläubigern des Erblassers, die nicht befriedigt werden konnten, zwar in einem gewissen Rahmen die Möglichkeit des Regresses zu. Aber selbst wenn ein Gläubiger einen Rückgriffsanspruch hat, muß er doch das Insolvenzrisiko seines Rückgriffsschuldners tragen. Diese Konsequenz führt dazu, daß die Verteilung des Nachlasses durch den Erben an die Nachlaßgläubiger im modernen Schrifttum aus Billigkeitsgründen überwiegend für unsachgerecht gehalten wird.⁸⁵

2. Wirkungsweise der Haftungsbeschränkung

Im Zusammenhang mit der Haftungsbeschränkung des Erben durch das *beneficium inventarii* findet sich im Schrifttum des 19. und 20. Jahrhunderts eine umfangreiche Diskussion, ob diese Beschränkung gegenständlich (*cum viribus hereditatis*) eintrat, so daß der Erbe nur beschränkt auf die Gegenstände

⁸⁴ Dieses ist der von JUSTINIAN vorgesehene typische Anwendungsfall des *beneficium inventarii*, vgl. C. 6, 30, 22, 2: Sin autem dubius est, utrumne admittenda sit nec ne defuncti hereditas, non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hereditatem vel sese immisceat, omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur ... - Wenn aber unsicher ist, ob die Erbschaft des Verstorbenen angetreten werden solle oder nicht, soll er nicht glauben, daß für ihn eine Überlegungsfrist notwendig ist, sondern die Erbschaft antreten oder sich darin einmischen, und es soll gleichwohl auf jeden Fall von ihm selbst ein Inventar errichtet werden ...

⁸⁵ BIONDI, DER, S. 356; REGGI, Beneficio inventarii, S. 94 f.; SCHERILLO, NNDI IX, S. 11; SEILER, SZ 85, S. 542.

des Nachlasses als Sondervermögen haftete,⁸⁶ oder ob sie wertmäßig (*pro viribus hereditatis*) wirkte, so daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten bis zum Wert der Erbschaft auch mit seinem Eigenvermögen einzustehen hätte.⁸⁷ Für die Gläubiger des Erblassers ist die Wirkungsweise der Haftungsbeschränkung insoweit von Bedeutung, als sie bei einer gegenständlichen Beschränkung auf den Nachlaß sich auf diesen als Haftungsmasse beschränken müssen. Bei einer wertmäßigen Beschränkung haben sie dagegen Zugriff auf das gesamte Vermögen des Erben. Dazu kommt, daß bei einer gegenständlichen Haftungsbeschränkung Zuwachs und Verminderung des Nachlasses zugunsten bzw. zu Lasten der Gläubiger gehen, während bei einer wertmäßigen Beschränkung Änderungen des Nachlaßwertes keine Berücksichtigung finden und sich allein in der Sphäre des Erben auswirken.

a) Der Wortlaut der einschlägigen Textstellen

JUSTINIAN spricht in seinen Kodifikationen an mehreren Stellen die Wirkungsweise des *beneficium inventarii* an:

C. 6, 30, 22, 4: Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, et hereditatem sine periculo habeant ..., ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant.

Und wenn sie die oben vorausgeschickte Gewissenhaftigkeit bei der Erstellung des Inventars eingehalten haben, sollen sie auch die Erbschaft ohne Gefahr haben ..., so daß sie den Erbschaftsgläubigern insoweit haften, wie die Dinge in ihrer auf sie übergegangenen Substanz werthaltig sind.

Als Anknüpfungspunkt für die Haftungsgrenze wird hier eher die Werthaltigkeit der Erbschaft angegeben. Die Formulierung ist nicht eindeutig, da *valere* primär die Bedeutung von „stark sein“ oder „vermögen“ hat und erst im übertragenen Sinne den Geldeswert bezeichnet.⁸⁸ Hier spricht der Wortlaut aber eher für eine Beschränkung der Haftung bis zum Wert der Erbschaft, da nicht auf den gegenständlichen Inhalt der Erbschaft, sondern auf den darin verkörpert (*substantiae*) Wert abgestellt wird. Eine ähnliche Aussage ist in folgender Passage aus Inst. 2, 19, 6 enthalten:

Cuius tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem et in tantum teneri, in quantum valere bona hereditatis contingit:

Wenn die Menschen sich nach deren (der Verordnung) Inhalt richten, ist es ihnen erlaubt, die Erbschaft anzutreten und doch nur soweit zu haften, wieweit das Nachlaßvermögen tatsächlich werthaltig ist.

⁸⁶ Dieser Ansicht sind BONFANTE, Corso VI, S. 398; SIBER, Haftung für Nachlaßschulden, S. 15; SCHWIND, Römisches Recht I, S. 356 f.; SCHERILLO, Inventario, NNDI IX, S. 12; KASER, Privatrecht II, S. 543; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, Römisches Recht, S. 483 Fn. 17; LANGE/KUCHINKE, Erbrecht, S. 937.

⁸⁷ KRELLER, Römisches Recht II, S. 259; BIONDI, DER, S. 357; VOGL, DER I, S. 686 Fn. 4; ders., Inventario, Enciclopedia XXII, S. 630 Fn. 8; SIBER, Iurisprudentiae comparativae I, S. 1000.

⁸⁸ GEORGES, Handwörterbuch, Sp. 3354 f.

Die Stelle legt die gleiche Interpretation nahe wie C. 6, 30, 22, 4, auch wenn der Bezug auf den verkörperten Wert nicht ganz so deutlich vorliegt. Andere Stellen deuten dagegen eher auf eine gegenständliche Beschränkung hin:

C. 6, 30, 22, 4a: Et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores, et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ...

Und die Erben mögen diejenigen Gläubiger befriedigen, die als erste kommen, und wenn nichts übrig ist, mögen sie die später kommenden zurückweisen und nicht aus ihrem Vermögen weiter verlieren, ...

C. 6, 30, 22, 5: Sin vero creditores, qui et post emensum patrimonium necdum completi sunt, superveniant, neque ipsum heredem inquietare concedantur ...

Wenn aber Gläubiger, die auch nach Erschöpfen des Erbschaftsvermögens noch nicht befriedigt sind, übrig bleiben, wird ihnen nicht erlaubt, den Erben selbst zu beunruhigen ...

Der Erbe soll nach beiden Texten solange die Gläubiger und Vermächtnisnehmer des Erblassers befriedigen, bis die Haftungsgrenze erreicht ist. Beide Definitionen dieser Grenze, *si nihil reliquum est* und *emensum patrimonium*, setzen die Grenze der Haftung dort, wo vom aktiven Bestand der Erbschaft nichts mehr vorhanden ist. Des weiteren soll der Erbe nicht sein eigenes Vermögen zur Begleichung der Nachlassschulden einsetzen müssen bzw. darf nicht persönlich in Anspruch genommen werden. Dieses bedeutet insbesondere, daß die Gläubiger die Vollstreckung nicht in das Eigenvermögen des Erben betreiben dürfen, sondern lediglich in den Nachlaß. Beide Stellen legen also nahe, daß JUSTINIAN von einer Trennung des Nachlasses vom eigenen Vermögen des Erben ausgegangen ist.

Vom Wortlaut der zitierten Quellen her ist es angesichts der mehrdeutigen bzw. gegensätzlichen Aussagen der Texte also nicht möglich, einen sicheren Schluß auf das von JUSTINIAN gewollte Haftungsbeschränkungssystem ziehen zu können.⁸⁹ Die sich anscheinend - teilweise sogar innerhalb einer Konstitution - widersprechenden Stellen legen indes nahe, daß die Art der Haftungsbeschränkung kein Gegenstand gewesen ist, der in den Texten ausdrücklich geregelt werden sollte. Für den Gesetzgeber wie für die Gesetzadressaten muß es offenbar eindeutig gewesen sein, welche Wirkungsweise das *beneficium inventarii* haben sollte. Um herauszufinden, ob JUSTINIAN eine Haftung *cum viribus* oder *pro viribus* voraussetzte, ist das Augenmerk im folgenden auf die Vorläufer des *beneficium inventarii* (unter b)) sowie auf seine Zwecksetzung (unter c)) zu richten.

⁸⁹ Vgl. REGGI, Ricerche, S. 99; BIONDI, DER, S. 357.

b) Historische Auslegung

Einen Anhaltspunkt könnte der Vergleich mit der Haftungsbeschränkung für Soldaten durch den Kaiser GORDIAN geben. Auf diese Verordnung hatte JUSTINIAN am Anfang seiner Verordnung (C. 6, 30, 22 pr.) hingewiesen:

sed etiam veterem constitutionem non ignoramus, quam divus GORDIANUS ad PLATONEM scripsit de militibus, qui per ignorantiam hereditatem adierint, quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint, ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur: cuius sensus ad unam praefatarum constitutionem a nobis redactus est.

Aber ich kenne auch genau die alte Verordnung, die der Kaiser GORDIAN an PLATO bezüglich der Soldaten geschrieben hat, die aus Unwissenheit eine Erbschaft antraten, insofern sie nur für die Dinge belangt werden sollen, die sich im Nachlaß des Verstorbenen angefunken haben, das Vermögen derselben aber durch die Erbschaftsgläubiger nicht berührt werden soll. Dieser Gedanke wurde von mir zu einer Verordnung des oben erwähnten Inhalts gemacht.

Die Konstitution C. 6, 30, 22 hatte anscheinend mehrere Vorgänger. Dazu gehört neben zwei nicht zweifelsfrei überlieferten Konstitutionen JUSTINIANS auch eine Verordnung des Kaisers GORDIAN (Regierungszeit 238-244 n. Chr.).⁹⁰ Nach diesem Bericht JUSTINIANS hatte die Verordnung GORDIANS zum Inhalt, daß sich die Haftung der Erben für die Verbindlichkeiten des Erblassers allein auf die vererbten Gegenstände erstrecken, darüber hinaus ihr eigenes Vermögen aber unangetastet bleiben sollte. Die Formulierung der Haftungsbeschränkung erinnert an die entsprechende Regelung in C. 6, 30, 22, 5 und legt nahe, daß den Soldaten eine dingliche Beschränkung ihrer Haftung zugestanden wurde. Daß in Inst. 2, 19, 6 berichtet wird, GORDIAN habe das von HADRIAN gewährte Haftungsprivileg auf die Soldaten ausgeweitet,⁹¹ hat demgegenüber weniger Aussagekraft.⁹² Zwar stellt dieses Privileg HADRIANS sowohl nach Inst. 2, 19, 6 als auch nach Gai. 2, 163 keine Haftungsbeschränkung im eigentlichen Sinne dar, sondern eine Haftungsbefreiung durch eine *in integrum restitutio*, und läßt daher zweifelhaft erscheinen, wie das Haftungsprivileg für die Soldaten tatsächlich ausgestaltet war.⁹³ Wichtig ist hier aber jedoch ganz allein die Vorstellung JUSTINIANS bei Schaffung seines *beneficium inventarii*. Und daß JUSTINIAN in C. 6, 30, 22 pr. dem Rechtsinstitut, das er, wie auch aus Inst. 2, 19, 6 deutlich wird, als Vorbild für sein *beneficium* hinstellt, eine dingliche Wirkung zuschreibt, muß als klarer Hinweis auf die von ihm beabsichtigte Ausgestaltung des *beneficium inventarii* gewertet werden. Daß für JUSTINIAN somit eine Haftung des Erben *cum viribus* selbstverständlich war, erklärt auch, daß im weiteren Text von C. 6, 30, 22

⁹⁰ Vgl. REGGI, Ricerche, S. 34 ff.; WESENER, FS Waldstein, S. 411 f.

⁹¹ Vgl. die betreffende Passage in Inst. 2, 19, 6 oben auf S. 11, Fn. 28.

⁹² Vgl. WESENER, FS Waldstein, S. 412.

⁹³ Vgl. dazu oben S. 11.

klarstellende Erläuterungen dazu fehlen. Außerdem entspricht die gegenständliche Haftungsbeschränkung auch am ehesten den in C. 6, 30, 22 pr. offengelegten Motiven JUSTINIANS, ein Institut zugunsten des Erben zu schaffen.

Auch die Privilegierung der Soldaten in C. 6, 30, 22, 16 steht einer Übereinstimmung der Verordnungen GORDIANS und JUSTINIANS hinsichtlich ihrer Wirkungsweise nicht entgegen. In C. 6, 30, 22, 16 wird den Soldaten zugesichert, daß ihnen die Vorteile des *beneficium inventarii* auch dann erhalten bleiben sollen, wenn sie aus Unwissenheit nicht alle Vorschriften dieser Konstitution einhalten. Zwar wird hier nicht - wie in C. 6, 30, 22 pr. - ausdrücklich erwähnt, daß die Soldaten nicht persönlich in der Vollstreckung belangt werden sollen (*ipsorum autem bona non inquietur*), dieses kann aber nicht dahingehend gedeutet werden, daß JUSTINIAN in Abweichung von der gordianischen Verordnung eine wertmäßige Beschränkung einführen wollte.⁹⁴ Inhalt dieser abschließenden Spezialregelung für Soldaten ist offensichtlich nur, die Haftungsbedingungen für Soldaten durch Einführung des *beneficium inventarii* nicht zu verschlechtern, denn der alte Grund für die Privilegierungen, *arma magis quam iura scire milites*,⁹⁵ lag ja weiterhin vor, so daß eine enge Auslegung dieser Ausnahmenvorschrift naheliegt.

Weiter fügt sich eine Haftungsbeschränkung *cum viribus* eher in das vor Inkrafttreten der neuen Verordnung JUSTINIANS bestehende Rechtssystem ein. Wie offenbar das Soldatenprivileg des Kaisers GORDIAN wirkte auch die zu Gunsten des *servus heres necessarius* gewährte *separatio bonorum* gegenständlich.⁹⁶ Dagegen ist eine wertmäßig wirkende Haftungsbeschränkung im Bereich der Erbenhaftung im römischen Recht vor JUSTINIAN nicht überliefert. Es spricht daher viel dafür, daß JUSTINIAN nicht nur die Möglichkeiten, eine Erbschaft gänzlich abzulehnen, vorbehaltlos anzutreten oder eine Überlegungsfrist zu beantragen, beibehalten wollte, sondern auch die bis dahin übliche Haftungsbeschränkung *cum viribus* für sein *beneficium inventarii* übernommen hat. Demgegenüber kann nicht überzeugend eingewendet werden, daß der Erbe bis dahin mit seinem ganzen Vermögen für Nachlaßverbindlichkeiten haftet hatte, weil JUSTINIAN primär die unbeschränkte Haftung des Erben mit dem ganzen Vermögen weiterbestehen ließ, dem Erben aber eine Möglichkeit zur Begrenzung der Haftung gab. Die Wirkungsweise der Haftungsbeschränkung hatte auf die primäre Haftung, die eintrat, wenn dem Erbe aus welchem Grund auch immer das *beneficium inventarii* nicht gewährt wurde, keine Auswirkung.

⁹⁴ So aber CASSO, Haftung des Benefizialerben, S. 22 f.

⁹⁵ C. 6, 30, 22 pr.

⁹⁶ BONFANTE, Corso VI, S. 398; SIBER, Haftung für Nachlaßschulden, S. 15.

c) Systematik und Zweck des *beneficium inventarii*

Hätte JUSTINIAN dem *beneficium inventarii* die Wirkung einer wertmäßigen Haftungsbeschränkung geben wollen, hätte er die sich daraus ergebenden Änderungen gegenüber dem bestehenden Rechtssystem deutlich herausstellen müssen. Deshalb spricht gegen eine wertmäßige Beschränkung, daß die Ermittlung des Nachlaßwertes, die wichtige Grundlage für die Haftung *pro viribus* ist,⁹⁷ durch JUSTINIAN nicht geregelt worden ist.⁹⁸ Es finden sich in C. 6, 30, 22 weder eindeutige Hinweise darüber, ob der Wert der einzelnen Gegenstände überhaupt in das Inventar aufgenommen werden mußte, noch Hinweise zu Grundlage und Verfahren der Wertermittlung. Letzteres hätte besonders einer klaren Regelung bedurft, da der Erbe, der den Umfang seiner Haftung selbst bewertet, mit niedrigen Wertansätzen selbst seine eigene Haftung hätte mindern können. Lediglich in C. 6, 30, 22, 9 wird von einer „Berechnung des Vermögens“ gesprochen, wobei JUSTINIAN bei der *computatio patrimonii* zuläßt, daß der Erbe seine Erbschaftsaufwendungen abzieht. Allein der Begriff einer „Berechnung des Vermögens“ läßt aber nicht den Schluß zu, daß der Erbe dabei tatsächlich die Nachlaßgegenstände im Inventar nicht nur vom Bestand, sondern auch vom Wert her zu erfassen hatte. Auch über den für die Wertermittlung maßgeblichen Zeitpunkt und sich anschließende mögliche Veränderungen des Wertes der Erbschaft sind keine Ausführungen gemacht worden. In diesem Zusammenhang ist aber zu beachten, daß die Ansprüche an die Regelungsdichte der justinianischen Kodifikationen nicht zu hoch gesetzt oder gar mit heute üblichen Gesetzgebungstechniken verglichen werden darf. Gleichmaßen muß im Gegenzug das Argument für eine wertmäßige Beschränkung, daß keine Verwalterpflichten des Erben aufgeführt seien, relativiert werden, wozu bei der Haftung des Erben nur mit den Nachlaßgegenständen eine Notwendigkeit bestände.⁹⁹

Ferner zu beachten ist die sonstige Ausgestaltung der Rechtsfolgen des *beneficium inventarii*, die nur bei einer Trennung der Vermögensmassen sinnvoll ist. Die Regelung, wie der Erbe die Gläubiger zu befriedigen hat, ist allein darauf ausgerichtet, daß die Befriedigung grundsätzlich aus dem Nachlaß stattzufinden hatte. Sowohl in C. 6, 30, 22, 4a als auch in C. 6, 30, 22, 6 und 8 ist nur eine Befriedigung aus dem Nachlaß vorgesehen, und zwar jeweils durch Zahlung von Geld, das im Nachlaß vorgefunden oder durch den Verkauf von Nachlaßgegenstände erlöst wurde, oder durch Hingabe der Nachlaßgegenstände selbst. Der Einsatz von Mitteln aus dem Eigenvermögen des Erben ist dagegen nicht erwähnt. Dementsprechend wird in C. 6, 30, 22, 7 die

⁹⁷ Vgl. LANGE/KUCHINKE, Erbrecht, S. 937.

⁹⁸ KOEPPEN, Erbrecht I, S. 213, Fn. 2.

⁹⁹ So CASSO, Haftung des Benefizialerben, S. 27.

Inanspruchnahme des Erben ausgeschlossen, „der die Menge der Nachlaßgegenstände ausgegeben hat.“ Der Umfang der Haftung des Erben wird hier nicht abstrakt auf den Bestand des Vermögens eingeschränkt, sondern auf den dinglich spezifizierten Bestand der *res hereditariae*. Dieses Prinzip wurde einzig für den Fall durchbrochen, daß der Erbe erwiesenermaßen Teile des Nachlasses bewußt nicht in das Inventar aufnahm. Dann hatte der Erbe den doppelten Wert des unterschlagenen Gutes an die Erbschaftsmasse zu zahlen.¹⁰⁰

Somit kann im folgenden davon ausgegangen werden, daß durch die Erstellung eines Inventars die Haftung des Erben dinglich auf Nachlaßvermögen beschränkt wurde.

3. Regreß der Gläubiger

a) Regreß gegen Vermächtnisnehmer

Ein Regreß ist gegen die durch den Erben befriedigten Vermächtnisnehmer grundsätzlich möglich:

C. 6, 30, 22, 5: Licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire et vel hypothecis vel indebiti condictione uti et haec quae acceperint recuperare, cum satis absurdum est creditoribus quidem suum ius persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes legem accommodare.

Den Gläubigern darf jedoch nicht die Erlaubnis versagt werden, gegen die Vermächtnisnehmer vorzugehen und entweder die Hypothekenklage oder die *condictio indebiti* zu gebrauchen und das, was diese erlangt haben, zurückzufordern, weil es reichlich unsinnig ist, den Gläubigern, die eben ihr Recht verfolgen, die gesetzliche Hilfe zu versagen, den Vermächtnisnehmern aber, die für ihren Gewinn kämpfen, ihre Anteile zu sichern.

Die Berechtigung der Gläubiger des Erblassers wird für vorrangig gegenüber der Berechtigung der Vermächtnisnehmer eingeschätzt. Dieses wird auf den jeweiligen Ursprung der Ansprüche zurückgeführt. Anders als für Vermächtnisnehmer stellt der Anspruch gegen den Erben für die Gläubiger des Erblassers das Äquivalent einer von ihnen erbrachten Gegenleistung dar. Wenn sie wegen der Erschöpfung des Nachlasses ihren Anspruch gegen den Erben nicht mehr geltend machen können und ihnen darüber hinaus der Rückgriff auf Vermächtnisnehmer verwehrt wird, erleiden sie endgültig einen Vermögensverlust. Dagegen stellt das Vermächtnis grundsätzlich eine unentgeltliche Zuwendung durch den Erblasser dar, weshalb die Vermächtnisnehmer selbst bei einem vollständigen Ausfall ihres Anspruches nicht in ihrem (bis-

¹⁰⁰ C. 6, 30, 22, 10 (Text unten auf S. 42).

herigen) Vermögen geschädigt werden können.¹⁰¹ Den Rückgriffsansprüchen der Gläubiger gegen die Vermächtnisnehmer liegen die dingliche *actio hypothecaria* auf Herausgabe des Vermächtnisses sowie die *condictio indebiti*¹⁰² auf Herausgabe der Bereicherung zugrunde, je nachdem, ob der Gegenstand des Vermächtnisses sich noch im Besitz des Vermächtnisnehmers befindet oder nicht.

b) Regreß gegen Gläubiger des Erblassers

Unter bestimmten Voraussetzungen ließ JUSTINIAN auch den Rückgriff von Gläubigern untereinander zu:

C. 6, 30, 22, 6: Sin vero heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint in solutum vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint, liceat aliis creditoribus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus eos venire et a posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere vel per hypothecariam actionem vel per conductionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre.

Wenn aber die Erben den Erbschaftsgläubigern Sachen aus dem Nachlaß für Schulden an Zahlungs Statt gegeben oder durch die Hingabe von Geld befriedigt haben, möge es anderen Gläubigern, die aus früheren Hypotheken vorgehen, erlaubt sein, gegen diese vorzugehen und von späteren Gläubigern gemäß den Gesetzen diese zu entziehen durch die Hypothekenklage oder die *condictio ex lege*, wenn sie nicht das ihnen Geschuldete freiwillig anbieten wollen.

Der Regreß gegen bereits durch den Erben befriedigte Gläubiger des Erblassers wird für diejenigen Gläubiger zugelassen, die Ansprüche *ex anterioribus hypothecis* gegen den Erblasser hatten. Der Begriff der *hypotheca* wird in justinianischer Zeit ganz allgemein auch für das besitzlose Pfand verwendet.¹⁰³ Die mit einem besitzlosen Pfandrecht gesicherten Gläubiger - bei einem Besitzpfandrecht stellt sich die Regreßfrage nicht - sind also zum Rückgriff berechtigt, und zwar gegen Gläubiger, die später ein Pfandrecht am gleichen Gegenstand erworben haben, und gegen ungesicherte Gläubiger. Dieses gilt auch dann, wenn der Erbe eine mit einem Pfandrecht behaftete Sache verkauft und mit dem Erlös einen Gläubiger befriedigt hat, der dann in Regreß genommen wurde. Die Anwendungsbereiche von *actio hypothecaria* und *condictio ex lege* sind die gleichen wie beim Rückgriff der Gläubiger gegen die Vermächtnisnehmer, wobei statt einer *condictio indebiti* hier eine

¹⁰¹ Dieser Gedanke liegt wohl auch schon bei der Berechnung der falzidischen Quart im klassischen römischen Recht zugrunde, dabei werden zur Berechnung des Wertes der Erbschaft die Schulden des Erblassers abgezogen, vgl. Pap. D. 35, 2, 8; Inst. 2, 22, 2.

¹⁰² Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, daß das vom Erben geleistete Vermächtnis als *indebitum* eingeordnet wird.

¹⁰³ KASER, Privatrecht II, S. 314; zum Gebrauch des Terminus *hypotheca* in justinianischen Quellen siehe weiter EBRARD, Digestenfragmente ad formulam hypothecariam, S. 28 ff.

condictio ex lege einschlägig ist, da der Erbe den regreßpflichtigen Gläubigern eine geschuldete Leistung erbracht hat.¹⁰⁴

Daß neben den durch Hypotheken gesicherten Gläubigern zusätzlich auch anderen bevorrechtigten Gläubigern, die im Konkursfall privilegiert wären, ein Rückgriff gegen rangschlechtere Gläubiger gestattet war, läßt sich dem Wortlaut von C. 6, 30, 22 nicht entnehmen. Es ist zeitweilig im Schrifttum vertreten worden, daß allein schon aus allgemeinen Billigkeitsgesichtspunkten heraus die Rückgriffsmöglichkeit der durch Hypotheken gesicherten Gläubiger auf Gläubiger mit anderen Privilegien ausgedehnt sein mußte.¹⁰⁵ Daß eine solche weite Auslegung der Regeln über den Regreß des mit Pfandrechten gesicherten Gläubigers dem gesetzgeberischen Willen JUSTINIANS entsprach, wird jedoch im modernen Schrifttum überwiegend bestritten.¹⁰⁶ Es wird eingewendet, daß es der Intention JUSTINIANS entspreche, daß lediglich die mit Pfandrechten gesicherten Gläubiger, nicht jedoch sonstige bevorrechtigte Gläubiger von den einfachen, ungesicherten Gläubigern unterschieden werden, was sich aus D. 2, 14, 10 pr. ergebe.¹⁰⁷ In gleichem Sinne wird die Gegenüberstellung der unterschiedlichen Forderungen des Erben in C. 6, 30, 22, 9 gedeutet. Der Erbe wird hinsichtlich seiner notwendigen Aufwendungen für den Nachlaß gegenüber den anderen Gläubigern bevorrechtigt und kann diese Forderung wohl auch im Rückgriff gegen bereits befriedigte Gläubiger geltend machen. Ginge man davon aus, daß für alle bevorrechtigten Gläubiger des Erblassers ebenfalls dieses Verfahren anwendbar wäre, machte die Gegenüberstellung aller sonstigen Forderungen des Erben wenig Sinn.¹⁰⁸ Im Ergebnis legt angesichts der Regelungsdichte in C. 6, 30, 22 zum Regreß der Gläubiger jedenfalls die ausschließliche Erwähnung der Pfandrechtsgläubiger als Rückgriffsberechtigte den Schluß sehr nahe, daß alle anderen privilegierten Gläubiger wie die sonstigen, nicht gesicherten Gläubiger behandelt werden sollen.

¹⁰⁴ REGGI, Ricerche, S. 92; GLÜCK/MÜHLENBRUCH, Pandektenkommentar Bd. 41, S. 371. Die *condictio ex lege* findet nach D. 13, 2 dann Anwendung, wenn ein neues Gesetz ein Klagerecht gewährt, das nach altem Recht nicht gegeben war, vgl. GLÜCK; Pandektenkommentar Bd. 13, S. 238 f.

¹⁰⁵ Vgl. aus dem gemeinrechtlichen Schrifttum WINDSCHEID, Pandekten III, S. 481 Fn. 9 sowie GLÜCK/MÜHLENBRUCH, Pandektenkommentar, Bd. 41, S. 367 ff.

¹⁰⁶ BONFANTE, Corso VI, S. 398 f.; REGGI, Ricerche, S. 94; SOLAZZI, DER II, S. 300; KASER, Privatrecht II, S. 544; anderer Ansicht wohl VOCI, DER I, S. 686; BURDESE, Diritto privato romano, S. 689.

¹⁰⁷ BONFANTE, Corso VI, S. 399. BONFANTE hält D. 2, 14, 10 pr., wonach ein Gesamtvergleich zwischen Gläubigern und Schuldnern auch für alle nicht anwesende Gläubiger mit Ausnahme der Pfandgläubiger Wirkung entfaltet, für interpoliert.

¹⁰⁸ Vgl. SOLAZZI, Diritto ereditario II, S. 300.

c) Regreß gegen Käufer von Nachlaßgegenständen

Der Regreß der Gläubiger des Erblassers gegen die Käufer von Nachlaßgegenständen ist nach C. 6, 30, 22, 8 ausdrücklich ausgeschlossen:

Sed nec adversus emptores rerum hereditarium, quas ipse vendidit pro solvendis debitis vel legatis, venire alii concedatur, cum satis anterioribus creditoribus a nobis provisum est vel ad posteriores creditores vel ad legatarios pervenientibus et suum ius persequentibus.

Aber auch nicht gegen die Käufer der Erbschaftsgegenstände, die er (der Erbe) selbst zur Begleichung von Schulden oder Vermächtnissen verkauft hat, soll es jemandem erlaubt sein zu klagen, weil genügend von uns für die früheren Gläubiger vorgesehen ist, die entweder gegen spätere Gläubiger oder gegen Vermächtnisnehmer vorgehen und ihre Recht verfolgen.

Daß JUSTINIAN hier - wie auch in C. 6, 30, 22, 5¹⁰⁹ - die Käufer vor einer Inanspruchnahme in Schutz nimmt ist, stellt eine Ausnahme im römischen Sachenrecht dar, weil im Normalfall ein Pfandrecht nicht mit Verkauf der verpfändeten Sache erlischt, sondern erst nach einer langen Verjährungsfrist von 10 bis 40 Jahren nicht mehr geltend gemacht werden kann.¹¹⁰ Als Grund dafür, den Rückgriff gegen die Käufer zu untersagen, führt JUSTINIAN an, daß den *anteriores creditores*, also den Gläubigern mit früheren Pfandrechten, ausreichend Regreßmöglichkeiten eingeräumt worden seien. Ein weiterer wichtiger Aspekt wird gewesen sein, daß der Erbe nicht vom Käufer als Eviktionsschuldner¹¹¹ in Anspruch genommen werden soll, soweit der Verbleib der Sache beim Käufer abgesichert ist.

d) Effektivität der Rückgriffsmöglichkeiten

Da bei der in C. 6, 30, 22 vorgesehenen Verteilung des Nachlasses durch den Erben die Vor- oder Nachrangigkeit der Ansprüche der einzelnen Nachlaßgläubiger keine Rolle spielt, ist bei Überschuldung des Nachlasses ein effektives Regreßsystem für die Gesamtheit der Gläubiger des Erblassers von großer Wichtigkeit. Durch den Rückgriff auf bereits befriedigte Nachlaßgläubiger soll entsprechend der Berechtigung der einzelnen Nachlaßgläubiger Verteilungsgerechtigkeit hergestellt werden. Andererseits führt ein

¹⁰⁹ In C. 6, 30, 22, 5 heißt es: ... neque ... inquietare concedantur ... eos, qui ab eo comparaverunt res, quarum pretia in legata vel fideicommissa vel alios creditores processerunt - ... wird ihnen nicht zugestanden, diejenigen in Anspruch zu nehmen, die von ihm Sachen gekauft haben, deren Preis in Vermächtnisse, Fideikommissen oder an andere Gläubiger geflossen ist.

¹¹⁰ Nach justinianischem Recht erlischt das Pfandrecht bei *bona fides* entweder aufgrund einer *longi temporis praescriptio* nach 10 oder 20 Jahren, wenn die Sache mit einer *iusta causa* erworben ist, oder einer nach 30 oder 40 Jahren eintretenden Verjährung des Herausgabeanspruchs, vgl. C. 7, 39, 8, 1; KASER, Privatrecht II, S. 286 f., 318.

¹¹¹ Der Verkäufer ist nach klassischem wie auch justinianischem Recht nicht verpflichtet, lastenfreies Eigentum zu übertragen, wird aber vom Käufer in Haftung genommen, wenn diesem die Sache von einem Dritten aufgrund eines diesem zustehenden Rechtes entzogen wird (sog. Eviktion), vgl. KASER, Privatrecht II, S. 391 f.

grenzenlos zugelassener Regreß zu erheblicher Rechtsunsicherheit. JUSTINIAN hat einen Mittelweg eingeschlagen, indem er den Rückgriff der Gläubiger gegen Vermächtnisnehmer allgemein und der Pfandgläubiger gegen Gläubiger mit einem jüngeren Pfandrechte oder gegen sonstige Gläubiger erlaubte. Der Regreß gegen die Vermächtnisnehmer, die als Empfänger einer unentgeltlichen Leistung bereits im klassischen Recht hinter den Gläubigern zurückzustehen hatten, dürfte außerhalb jeder Diskussion gestanden haben und ist auch aus heutiger Sicht nicht zu beanstanden. Gleiches gilt für den Ausschluß eines auf anteilige Verteilung gerichteten Ausgleichs unter gleichberechtigten Gläubigern. Die anteilige Aufteilung kann in einem zentral organisierten Gesamtverfahren wie dem Konkurs mittels der Zuteilung von bestimmten Quoten durchgeführt werden, ist jedoch im Wege des nachträglichen Ausgleichs unter den Gläubigern technisch kaum möglich. Praktischer Spielraum blieb Justinian nur in der Frage, welche Privilegien Gläubiger zum Rückgriff gegen nachgestellte Gläubiger berechtigen. Daß JUSTINIAN dieses lediglich den dinglich abgesicherten Pfandgläubigern zugestand und nicht den sonstigen im Konkurs privilegierten Gläubigern, wird heute vielfach als ungerecht empfunden.¹¹² Insgesamt gesehen sind die für die Gläubiger des Erblassers entstehenden Nachteile aber eher auf das von JUSTINIAN gewählte Verfahren der Nachlaßaufteilung durch den Erben¹¹³ zurückzuführen als auf die unzureichenden Regreßmöglichkeiten. Im modernen Schrifttum überwiegt dementsprechend die Ansicht, die Einführung eines konkursähnlichen Verfahrens wäre sachgerechter gewesen.¹¹⁴

4. Konfusionsausschluß

Eine weitere für die Gläubiger des Erblassers bedeutsame Wirkung des Inventars wird in C. 6, 30, 22, 9 aufgeführt:

sin vero et ipse aliquas contra defunctum habebat actiones, non eae confundantur, sed similem aliis creditoribus per omnia habeat fortunam, temporum tamen praerogativa inter creditores servanda.

Wenn er (der Erbe) selbst aber irgendwelche Klagerechte gegen den Verstorbenen hatte, soll für diese nicht die Konfusion eintreten, sondern er soll das gleiche Schicksal in allem haben wie die anderen Gläubiger; die Vorrechte aus der zeitlichen Reihenfolge müssen dennoch unter den Gläubigern erhalten bleiben.

Mit dem Übergang der Erbschaft auf den Erben gehen wie alle Schulden des Erblassers auch seine Verbindlichkeiten, die er gegenüber dem Erben hat, auf letzteren über. Damit sind Gläubiger und Schuldner in einer Person vereint. Die Folge wäre im Normalfall das Erlöschen der Forderung durch Konfusi-

¹¹² Siehe SCHERILLO, NNDI IX, S. 11; REGGI, Ricerche; S. 94 f.

¹¹³ Vgl. dazu die Überlegungen von SEILER, SZ 85, S. 542.

¹¹⁴ Vgl. BIONDI, DER, S. 356; BONFANTE, Corso VI, S. 397; SOLAZZI, DER II, S. 293; REGGI, Ricerche, S. 95.

on.¹¹⁵ JUSTINIAN bestimmt hier jedoch zugunsten des Erben, der ordnungsgemäß ein Inventar errichtet hat, daß die Konfusion nicht eintreten soll. Stattdessen soll der Erbe seine Forderung gegen den Nachlaß behalten und gleichberechtigt gegenüber den sonstigen Gläubigern des Erblassers sein. Der letzte Satzteil „*temporum tamen praerogativa inter creditores servanda*“ bezieht sich auf den Prioritätsgrundsatz unter den Pfandrechtsgläubigern. Der Erbe soll, wie jeder andere Gläubiger, nur als Inhaber eines älteren Pfandrechts bevorrechtigt sein, keinesfalls sollen ihm Vorteile gegenüber einfachen Gläubigern mit jüngeren Forderungen eingeräumt werden.

Da in C. 6, 30, 22 für den Erben kein besonderes Verfahren für die Begleichung seiner Forderungen gegen den Nachlaß vorgesehen ist, wird er in der Lage gewesen sein, seine eigenen Forderungen gegen den Nachlaß aus diesem zu begleichen.¹¹⁶ Dieses könnte zu unbilligen Benachteiligungen für die sonstigen Gläubiger des Erblassers, deren Forderungen nicht durch Hypotheken gesichert waren, geführt haben, wenn der Erbe, der ja den Nachlaß in seinem Besitz hat, sich zuerst vor allen anderen Gläubigern befriedigt hat. Diese Folge mußte jedoch hingenommen werden, wenn man nicht den Erben als Gläubiger bewußt benachteiligen und keine Verteilung des Nachlasses durch ein Konkursverfahren einführen wollte. Neben den Forderungen des Erben gegen den Erblasser werden, was nicht in der Verordnung erwähnt wird, aber notwendige Folge aus dem Grundsatz der nicht eintretenden Konfusion ist, auch die Forderungen des Erblassers gegen den Erben noch weiter bestanden haben, so daß der Erbe sie gegenüber dem Nachlaß zu erfüllen hatte¹¹⁷.

IV. Unvollständigkeit des Inventars

Nachdem der Erbe alle im Nachlaß vorgefundenen Gegenstände zur Befriedigung von Nachlaßgläubigern verbraucht hat, ist es den Gläubigern des Erblassers - wie oben festgestellt - grundsätzlich verwehrt, den Erben selbst in Anspruch zu nehmen. Lediglich in einem Fall läßt JUSTINIAN zum Schutz der Nachlaßgläubiger vor der Unvollständigkeit des Inventars ein weiteres Vorgehen der Gläubiger gegen den Erben zu:

C. 6, 30, 22, 10: Licentia danda creditoribus seu legatariis vel fideicommissariis, si maiorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam, quam heres in inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis quod superfluum est approbare, vel per tormenta forsitan servorum

Den Gläubigern wie auch den Vermächtnisnehmern oder den Fideikommissaren ist die Erlaubnis zu geben, wenn sie glauben, daß die vom Erblasser hinterlassene Masse größer ist als der Erbe im Inventar aufgeschrieben hat, den darüber hinausgehenden Betrag nach Be-

¹¹⁵ Siehe KASER, Privatrecht I, S. 643; II, S. 448.

¹¹⁶ GLÜCK/MÜHLENBRUCH, Pandektenkommentar, Bd. 41, S. 371.

¹¹⁷ FADDA, Concetti II, S. 420; REGGI, Ricerche, S. 89.

hereditariorum secundum anteriorem nostram legem, quae de quaestione servorum lequitur, vel per sacramentum illius, si aliae probationes defecerint, ut undique veritate exquisita neque lucrum neque damnum aliquod heres ex huiusmodi sentiat hereditate. ...

lieben auf jedem durch das Gesetz zugelassenen Weg zu beweisen, vielleicht durch Folter der Erbschaftssklaven gemäß unserem vorherigen Gesetz, das die Befragung von Sklaven behandelt, oder durch einen Eid desjenigen (des Erben), wenn andere Beweismittel fehlen, damit, nachdem in jeder Hinsicht die Wahrheit erforscht worden ist, der Erbe weder einen Gewinn noch irgendeinen Schaden aus einer derartigen Erbschaft erfährt. ...

Die Gläubiger des Erblassers sind, wenn sie vermuten, daß der Erbe nicht den gesamten Nachlaß im Inventar aufgeführt hatte, jederzeit berechtigt, dieses im gerichtlichen Verfahren gegen den Erben zu beweisen. Ziel dieses Beweisverfahrens ist es, den tatsächlichen Bestand des Nachlasses zum Zeitpunkt des Erbfalls festzustellen. Durch das Verfahren soll nach justinianischer Terminologie die Folge erreicht werden, daß für den Erben weder Gewinn noch Verlust aus der Erbschaft entsteht. Dieses bedeutet, daß nach der Ermittlung des tatsächlichen Nachlaßumfangs grundsätzlich nur eine vermögensrechtliche Neuordnung der umstrittenen Vermögensteile stattfindet. JUSTINIAN läßt den Beweis gegen das Inventar zu, nimmt aber dabei eine Beweislastumkehr vor. Die im justinianischen - wie auch schon im klassischen - Recht geltende allgemeine Regel, daß der Kläger Grundlage und Gegenstand seines Klagebegehrens und der Beklagte die Gründe seiner Verteidigung zu beweisen hat,¹¹⁸ findet keine Anwendung. Vielmehr hat ein ordnungsgemäß aufgestelltes Inventar für sich die Vermutung seiner Richtigkeit, solange die Gläubiger nicht das Gegenteil beweisen. Die Verteilung der Beweislast kann angesichts der formellen Anforderungen an das Inventar als sachgerecht eingeschätzt werden.

Den Gläubigern standen zum Beweis der Unrichtigkeit des Inventars sämtliche durch Gesetz zugelassenen Beweismittel zur Verfügung. In C. 6, 30, 22, 10 werden insbesondere die Folter von Erbschaftssklaven und der Eid des Erben genannt. Der prozessuale Parteieid, der im justinianischen Recht ein allgemeines Beweismittel über Tatsachen ist,¹¹⁹ soll nur dann zulässig sein, wenn den Gläubigern keine anderen Beweismittel zur Verfügung stehen. Liegt diese Voraussetzung vor, können die beweispflichtigen Gläubiger des Erblassers den Eid dem Erben zuschieben. Der Erbe ist dann verpflichtet, den

¹¹⁸ Siehe KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 92 IV 1.

¹¹⁹ Vgl. KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 90 III 3; BIONDI, Giuramento, S. 88 f.; 115 ff.; WENGER, Institutionen, S. 275.

Eid über die Vollständigkeit des Inventars zu leisten, bei Verweigerung wird er gleich einem Geständigen verurteilt.¹²⁰

Die Folter von zur Erbschaft gehörenden Sklaven stellt eine Ausnahme von dem im römischen Prozeßrecht seit klassischer Zeit geltenden Grundsatz dar, daß Sklaven nicht als Beweismittel gegen ihre Herren eingesetzt werden dürfen.¹²¹ Eine der Ausnahmen bestand traditionell im Rahmen von Erbschaftsprozessen,¹²² insofern entspricht die Zulassung der Folter von Erbschaftssklaven in C. 6, 30, 22, 10 dem damals geltenden Recht. Für die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Folter von Erbschaftssklaven verweist JUSTINIAN auf eine bereits von ihm erlassene Konstitution, dabei dürfte es sich um C. 2, 58, 1, 1 handeln.¹²³ In C. 2, 58, 1, 1¹²⁴ werden mehrere Voraussetzungen für den Einsatz dieses Beweismittels aufgezählt: Um die rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme der Folter auszuschließen, muß der Gläubiger, wie vor jeder Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens, einen Eid auf seinen Glauben an die Gerechtigkeit seiner Sache (*iuramentum de calumnia*) leisten.¹²⁵ Dabei hat er insbesondere zu beeiden, daß die Folter nicht aus reiner grausamer Gesinnung, aus Haß gegenüber dem Sklaven oder zur Beleidigung der Miterben eingesetzt werde. Weiter ist erforderlich, daß die Wahrheit durch kein anderes Beweismittel als durch die Folter erlangt werden konnte.

Ein weiteres wichtiges Beweismittel könnte die beeidete Aussage der Zeugen gewesen sein, die bei der Erstellung des Inventars anwesend waren. So weist JUSTINIAN in seiner Novelle 1, 2, 1,¹²⁶ die diese Problematik entsprechend für

¹²⁰ Vgl. Just. C. 4, 1, 12; weiter BIONDI, *Giuramento*, S. 71 ff.; 115 ff.; DEMELIUS, *Schiedseid*, S. 126; 131 ff.; KASER/HACKL, *Zivilprozeßrecht*, § 90 III 3.

¹²¹ Vgl. EHRHARDT, *Realenzyklopadie* 6, Sp. 1789 f.; PUGLIESE, *Jus* 11, S. 412.

¹²² Siehe z.B. Ulp. D. 48, 18, 1, 6 und Diocl. C. 9, 41, 13.

¹²³ Vgl. REGGI, *Ricerche*, S. 106.

¹²⁴ C. 2, 58, 1, 1 lautet: Ne autem perperam in quaestionem servorum quidam venientes sui animi crudelitatem exerceant, non aliter concedi eis qui quaestionem servorum exposcunt ad hoc venire vel a iudicibus audiri, nisi prius tactis sacrosanctis scripturis deponant, quod non odio servorum vel propter offensas coheredum ad hoc venerunt, sed quia aliter rerum hereditariarum veritatem exquirere vel ostendere non possunt. - Damit aber nicht fälschlich jemand zur Folterung von Sklaven schreitet und die Grausamkeit seiner Gesinnung ausübt, habe ich denen, die die Folterung der Sklaven beantragt haben, nicht anders zugestanden, zu diesem zu gelangen oder vom Richter angehört zu werden, wenn sie nicht zuvor unter Berührung der heiligen Schrift die Erklärung abgeben, daß sie nicht aus Haß auf die Sklaven oder zur Beleidigung der Miterben zu diesem schreiten, sondern weil sie nicht anders die Wahrheit über die Gegenstände des Nachlasses erforschen oder zeigen können.

¹²⁵ KASER/HACKL, *Zivilprozeßrecht*, § 97 I.

¹²⁶ In Nov. 1, 2, 1 heißt es zu den Beweismitteln, die den Gläubigern des Erblassers zur Verfügung stehen (in der lateinischen Übersetzung des Authentikum): ..., ita ut supervenientibus legatariis et querentibus forsan rubreptum aliquid rerum aut non manifestatum licentia sit non solum per servorum examinationem causam quaerere (nam etiam hoc praeuimus per prolatam dudum a nobis in servilibus examinationibus observationem), sed etiam per iusiurandum heredis et iusiurandum

die Vermächtnisnehmer behandelt, auf die Bedeutung der Zeugen als Beweismittel hin, mit dem die Vermächtnisnehmer - gleiches könnte auch für die Gläubiger des Erblassers gelten - dem Erben eine Unterschlagung nachweisen können. Daß der Eid der Zeugen in Nov. 1, 2, 1 erst an dritter Stelle nach der Folter der Erbschaftssklaven und dem Eid des Erben und in C. 6, 30, 22, 9 überhaupt nicht genannt wird, hat wohl die generelle Abneigung JUSTINIANS gegen den Zeugenbeweis zum Hintergrund. Im Vergleich dazu gab JUSTINIAN einer Urkunde einen wesentlich höheren Beweiswert.¹²⁷ Dementsprechend hoch sind die Anforderungen, die an einen Zeugenbeweis gegen die Vermutung des förmlich aufgestellten Inventars gestellt werden.¹²⁸

Für den Fall, daß den Gläubigern des Erblassers der Beweis gelang, daß Bestandteile des Nachlasses nicht im Inventar aufgeführt wurden, bestimmt C. 6, 30, 22, 10 gegen Ende folgendes:

Illo videlicet observando, ut, si ex hereditate aliquid heredes subripuerint vel celaverint vel amovendum curaverint, postquam fuerint convicti, in duplum hoc restituere vel hereditatis quantitati computare compellantur.

Jenes muß freilich beachtet werden, daß, wenn die Erben irgendetwas aus der Erbschaft unterschlagen, verhehlt oder dafür gesorgt haben, daß es entfernt werde, sie, nachdem sie überführt worden sind, gezwungen werden, dieses auf das Doppelte zurückzuerstatten oder der Erbschaftsmasse hinzuzurechnen.

Die Folgen eines unvollständigen Inventars hängen davon ab, ob die Unvollständigkeit auf ein vorsätzliches Handeln des Erben zurückzuführen ist oder nicht. Ausdrücklich geregelt ist der Fall des arglistigen Nichtaufführens von Nachlaßgegenständen im Inventar. Der Erbe muß die nicht im Inventar enthaltenen Nachlaßgegenstände doppelt erstatten. Dabei ist sowohl die Erstattung in Form des doppelten Nachlaßgegenstandes zugelassen als auch ein doppelter Wertersatz. An wen diese Leistung zu erfolgen hat, ergibt sich nicht aus dem Text. Erkenntnisse darüber kann man jedoch den hier zum Vorbild genommenen Grundsätzen zum *furtum nec manifestum* gewinnen.

testium, dicentium et adfuisse his quae gesta sunt, et vidisse, quae tunc agebantur, et in nullo conscios esse factae ab herede malignitatis, sicque in his, quae relictas sunt testatoribus, invenire veritatem. - ..., so daß den Vermächtnisnehmern, die daherkommen und klagen, daß vielleicht etwas aus der Erbschaft unterschlagen oder nicht offenbart worden sei, die Erlaubnis gegeben werden soll, nicht nur durch die Folter der Sklaven zu untersuchen (denn auch das haben wir gestattet durch eine von uns längst über die Folter von Sklaven erlassene Vorschrift), sondern auch durch den Eid des Erben und den Eid der Zeugen, die sagen, daß sie bei den Verhandlungen zugegen gewesen seien und das gesehen hätten, was dabei getan worden sei, und daß sie keinesfalls Kenntnis davon hätten, daß der Erbe eine Boshaftigkeit begangen habe, und auf diese Weise die Wahrheit über die Dinge, die durch den Erblasser hinterlassen worden sind, zu finden.

¹²⁷ Vgl. VINCENTI, Duo genera sunt testium, S. 209 ff.; WENGER, Institutionen, S. 283.

¹²⁸ So werden folgende hohe Anforderungen in Nov. 1, 2, 1 an die soziale Stellung der Zeugen gestellt: ... testes in ipsa civitate fide dignos et possidentes substantiam et optimae opinionis existentes - ... Zeugen, die in der Gemeinde selbst wohnen sowie vertrauenswürdig, vermögend und von sehr gutem Ruf sind.

Danach steht die *actio furti* demjenigen zu, der ein Interesse daran hat, daß die Sache unangetastet bleibt.¹²⁹ Dieses werden nicht einzelne Gläubiger, sondern die Gläubiger und Vermächtnisnehmer des Erblassers in ihrer Gesamtheit gewesen sein, an die die Verteilung des Nachlasses durch den Erben noch stattzufinden hat.¹³⁰ Anderenfalls hätte die Geltendmachung der Unrichtigkeit des Inventars durch einzelne Gläubiger zur Bevorzugung dieser geführt, die nicht vom Gesetz gewollt ist. Folglich fließen die Rückerstattungen des Erben prinzipiell in die Erbschaftsmasse und stehen den Gläubigern zur Erfüllung ihrer Ansprüche zur Verfügung. Waren dem Erben jedoch einzelne Erbschaftsgegenstände unbekannt oder nahm er sie aus anderen Gründen gutgläubig nicht in das Inventar auf, wird nicht das *duplum*, das pönalen Charakter hatte, zu zahlen gewesen sein, sondern ein einfacher Ausgleich durch den Erben an den Nachlaß stattgefunden haben, was dem oben erwähnten Grundsatz entspricht, daß der Erbe weder Vor- noch Nachteile aus der Unrichtigkeit des Inventars haben soll.

Ziel der in C. 6, 30, 22, 10 enthaltenen Regelungen ist es, die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inventars herzustellen. Bei der Abtrennung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben sollen keine Teile des Nachlasses zu Lasten der Gläubiger des Erblassers in das Eigenvermögen geraten. C. 6, 30, 22, 10 befaßt sich folglich aus Sicht der Gläubiger mit einem der Kernbereiche der deregulierten Nachlaßabwicklung. Da es allein dem Erben obliegt, das Inventar über den Nachlaß zu aufzustellen und damit den Umfang der den Gläubigern zur Verfügung stehenden Haftungsmasse festzulegen, ist es unbedingt notwendig, daß der materielle Bestand des Inventars durch die Gläubiger des Erblassers kontrolliert und sichergestellt werden kann. Im Hinblick auf die Effektivität der Regelung sind zwei verschiedene Aspekte zu unterscheiden, und zwar die tatsächliche Zuordnung bestimmter Vermögensteile zum Nachlaß oder zum Eigenvermögen des Erben und eine bestrafende, abschreckende Funktion. Während die Regelung unter erstgenanntem Aspekt als sachgerecht angesehen werden kann, erscheint die Rechtsfolge für arglistiges Unterschlagen von Nachlaßgegenständen als vergleichsweise mild. Der Erbe, dem eine Unterschlagung nachgewiesen werden konnte, hatte das *duplum* des nicht aufgeführten Nachlaßgegenstandes zurückzugewähren. Die harte Folge der unbeschränkten Erbenhaftung, die bei Verstößen gegen die Fristen- und Verfahrensvorschriften drohte, traf den Erben aber selbst dann nicht, wenn er absichtlich Teile des Nachlasses unterschlug. Deshalb ist es

¹²⁹ KASER, Privatrecht I, S. 616 f.; II, S. 343 f. unter Bezugnahme auf Gai. 3, 203: *Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit.* - Die *actio furti* steht aber demjenigen zu, der Interesse daran hat, daß die Sache unversehrt sei, auch wenn er nicht der Eigentümer ist.

¹³⁰ Vgl. GLÜCK/MÜHLENBRUCH, Pandektenkommentar, Bd. 41, S. 409; REGGI, Ricerche, S. 107.

fraglich, ob die auf den vermögensrechtlichen Ausgleich zielende Rechtsfolge geeignet war, eine wirksame Abschreckung für den Erben herbeizuführen.

V. Zusammenfassung

JUSTINIAN hat durch sein *beneficium inventarii* die Haftung des Erben auf den Nachlaß beschränkt, und zwar durch völlige Trennung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben. Insofern hat er, wie er am Anfang seiner Konstitution und in den Institutionen anmerkt, die Haftungsbeschränkung, die GORDIAN den Soldaten und der Prätor möglicherweise dem *servus heres necessarius* durch die *separatio bonorum* gewährt hatten, zum Vorbild genommen. Das System der Nachlaßabwicklung bzw. -verwaltung, in das JUSTINIAN die allgemeine Haftungsbeschränkung mittels Inventar eingefügt hat, unterscheidet sich jedoch wesentlich von der Funktionsweise der in spätklassischer Zeit geltenden Regelungen. Während in spätklassischer Zeit für den *servus heres necessarius* eine Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß nur im Rahmen eines Gesamtvollstreckungsverfahrens zugelassen wurde, wählte JUSTINIAN ein weitestgehend dereguliertes Verfahren ohne jede obrigkeitliche Beteiligung, wobei er dem Erben die ausschließliche Verwaltung des Nachlasses inklusive der vollen Verfügungsbefugnis darüber überließ. Der Erbe konnte sich daher weitgehend so verhalten, als würde er unbeschränkt für die Verbindlichkeiten des Erblassers haften, und kam dennoch in den Genuß der Haftungsbeschränkung.

Für den Erben hat die Einführung des *beneficium inventarium* zur Folge, daß ihm das Risiko, durch den Erwerb einer überschuldeten Erbschaft Teile seines eigenen Vermögens zu verlieren, fast gänzlich abgenommen wird, wenn er ein formal ordnungsgemäßes Inventar über den Bestand des Nachlasses errichtet. Trotzdem darf er den Nachlaß in seinem Besitz halten, unabhängig von einer möglichen Überschuldung des Nachlasses die sich bei ihm meldenden Nachlaßgläubiger ohne Rücksicht auf deren etwaige Vorrechte vollständig befriedigen und dabei sogar Gegenstände, die mit einem Pfandrecht belastet sind, an Dritte verkaufen, um mit dem Erlös beliebige Nachlaßgläubiger auszusahlen. Er kann, anders als der Erbe ohne Inventar, seine Forderungen, die er gegen den Erblasser hatte, wie jeder andere Gläubiger gegenüber dem Nachlaß geltend machen. Der Erbe, der sich auf ein wirksames Inventar stützen kann, ist nur mit wenigen Pflichten gegenüber den Nachlaßgläubigern verantwortlich. Die Rechtsstellung des Erben mit Inventar hat JUSTINIAN offenbar so vorteilhaft ausgestaltet, um für eine möglichst große Akzeptanz für sein *beneficium* zu sorgen und die Erben zum sofortigen Antritt einer möglicherweise überschuldeten Erbschaft zu bewegen.

Die Annehmlichkeiten, die JUSTINIAN dem Erben darbietet, korrelieren mit Obliegenheiten und Risiken für die Gläubiger des Erblassers. Zunächst ein-

mal lag die Kontrolle des mit der vollen Rechtsmacht eines Vermögensinhabers ausgestatteten Erben allein in ihren Händen. Möglicherweise mit Anwesenheitsrechten bei der Erstellung des Inventars ausgestattet, oblag ihnen die Überwachung, ob der Nachlaß vollständig im Inventar aufgeführt wurde. Für eventuelle Fehlbestände hatten sie die Beweislast. Die Haftungsmasse, die ihnen zur Erfüllung ihrer Ansprüche zur Verfügung steht, ist zwar die gleiche wie bei der Verteilung des Nachlasses im Gesamtvollstreckungsverfahren. Jedoch verlieren sie bei Überschuldung des Nachlasses die bei diesem Verfahren bestehende Sicherheit, daß ihnen der Anteil an dem Nachlaß ausbezahlt wird, der ihnen auf Grund ihrer jeweiligen Berechtigung zukommt. Stattdessen mußten sie hinsichtlich der Befriedigung aus dem Nachlaß in Konkurrenz zu sämtlichen anderen Gläubigern inklusive des Erben, wenn er Forderungen gegen den Erblasser hatte, und sogar zu den Vermächtnisnehmern treten. Verloren sie den Wettlauf um die Nachlaßgegenstände, blieb ihnen nur der Regreß gegen bereits befriedigte Gläubiger und Vermächtnisnehmer. Dieser Rückgriff war jedoch zum einen nur auf den Ausgleich grober Unbilligkeiten gerichtet und nicht auf eine Verteilung des Nachlasses nach Konkursquoten und beinhaltete zum anderen das Konkursrisiko des Rückgriffsschuldners. Somit führte JUSTINIAN eine Beschränkung der Haftung des Erben ein, deren Rechtsfolgen von ihrer Wirkungsweise her (zumindest nach dem Willen des Gesetzgebers) dem geltenden Recht entnommen war. Diese Haftungsbeschränkung ermöglichte es dem Erben, eine Erbschaft zunächst einmal anzunehmen, ohne wesentliche Risiken für das eigene Vermögen einzugehen, führte in der Sache aber keine Ausgewogenheit der Interessen der Beteiligten herbei, da infolge des deregulierten Verfahrens die Verbesserung der Rechtsposition des Erben zu Lasten der Gläubiger des Erblassers ging.

D. Entwicklungen im Mittelalter bis zum Ende des Zeitalters der Glossatoren

I. Das frühe Mittelalter vor Entstehung der Glossatorenschule

Nach dem Untergang des weströmischen Reiches blieb im überwiegenden Teil Mittel- und Westeuropas römisches Recht in Form eines Vulgarrechts in Geltung. Kennzeichnend für die Vulgarisierung des Rechts war, daß die Rechtspflege nicht mehr in der Hand von Fachjuristen lag, sondern durch allgemein ausgebildete, insbesondere im Bereich der Rhetorik geschulte Beamten ausgeübt wurde. Elementare Rechtskenntnisse wurden auf den allgemein ausgerichteten Grammatik- und Rhetorenschulen, später an Klosterschulen vermittelt.¹³¹ Im Rahmen dieser Ausbildung kam man im Regelfall nicht über die Stufe des schulmäßigen Lernens, des sprachlichen Ausdrucks und der einfachen logischen Grundbeziehungen hinaus.¹³² Entsprechend verzichtete man auf die strikte Anwendung der juristischen Fachterminologie, verwendete rhetorische Sprach- und Stilmittel, und es drangen moralisierende Züge in das Recht ein.¹³³

Maßgebliche Rechtsquellen dieser Zeit waren spätes weströmisches Kaiserrecht sowie germanische Römergesetze,¹³⁴ von denen die im Jahre 506 vom westgotischen König *Alarich* erlassene *Lex Romana Visigothorum* das einflußreichste war. Diese Gesetze der germanischen Stämme enthalten zum Teil römisches Recht. Die justinianischen Neuerungen und damit auch die Regelungen über das *beneficium inventarii* verbreiteten sich nach JUSTINIANS militärischen Erfolgen im westlichen Mittelmehrraum von der Mitte des 6. Jahrhunderts an auch in Italien. Damals wurden in Byzanz Juristen in lateinischer Sprache ausgebildet, wohl um sie anschließend im westlichen Teil des Reiches einzusetzen. Daß die in C. 6, 30, 22 überlieferte Konstitution JUSTINIANS dabei zum Lehrstoff dieser Juristen gehörte, kann dem *Dictatum de Consiliariis* entnommen werden. Es handelt sich hierbei um eine teilweise im Anhang zu den *Epitome IULIANI*¹³⁵ überlieferte Lektüreempfehlung aus dem *Corpus iuris* für angehende Assessoren, die in der Zeit zwischen 556 und 565

¹³¹ WIEACKER, IRMAE I 2 a, S. 10 ff.

¹³² WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, S. 38.

¹³³ Vgl. WIEACKER, Vulgarismus, S. 20 ff.; LEVY, Zum Wesen des weströmischen Vulgarrechts, S. 29 ff.

¹³⁴ WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, S. 27, 38.

¹³⁵ Die *Epitome IULIANI* sind ein um 555 zu Unterrichtszwecken vom byzantinischen Rechtslehrer JULIAN in lateinischer Sprache angefertigter Novellenauszug, vgl. dazu LIEBS, Jurisprudenz im spätantiken Italien, S. 220 ff.; LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 81.

in lateinischer Sprache entstand.¹³⁶ Unter mehreren genannten Stellen aus dem Codex findet sich auch C. 6, 30, 22. Dieses spricht dafür, daß seit dem Ende des 6. Jahrhunderts das *beneficium inventarii* zumindest auch in den Gebieten Italiens, die zur byzantinischen Herrschaftssphäre gehörten, verbreitet war.

Aus dem frühen Mittelalter ist eine Anzahl von Schriften überliefert, die das römische Recht zum Gegenstand haben. Aus dem Corpus iuris waren zu dieser Zeit der Codex, die Institutionen und die Novellen in Gestalt der *Epitome IULIANI* Gegenstand wissenschaftlicher Bearbeitung,¹³⁷ während die Digesten von Beginn des 7. Jahrhunderts an weitgehend in Vergessenheit gerieten.¹³⁸ In der *Turiner Institutionenglosse*, die wahrscheinlich um Mitte des 6. Jahrhunderts in Rom unter Berücksichtigung justinianischer Gesetze verfaßt worden ist,¹³⁹ wird die einschlägige Institutionenstelle Inst. 2, 19, 6 zum *beneficium inventarii* nicht bearbeitet.¹⁴⁰ Gleiches gilt für die wohl im 11. Jahrhundert in Norditalien entstandene sog. *Kölner Institutionenglosse*.¹⁴¹ Dagegen enthält die Summa Perusina, eine Codexsumme, die in der Zeit vom 7. bis 9. Jahrhundert in Rom entstanden sein dürfte,¹⁴² Anmerkungen zu C. 6, 30, 22.¹⁴³ Es handelt sich hierbei um eine inhaltlich weitgehend korrekte Zusam-

¹³⁶ LIEBS, Jurisprudenz im spätantiken Italien, S. 235 ff., 243. Die Autorschaft dieses Schriftstücks ist umstritten. LIEBS, a.a.O., S. 235 ff., hält sie - entsprechend ihrer Überschrift *De consiliariis domni IULIANI ante(cessoris) dictatum* - für eine Empfehlung JULIANs an seine Studenten, gleicher Ansicht SCHELTEMA, TR 31, S. 284, ablehnend dagegen das ältere Schrifttum, so von SAVIGNY, Geschichte des röm. Rechts im MA II, S. 195 ff.; HÄNEL, Epitome IULIANI, S. XLVIII f.; CONRAT, Geschichte der Quellen, S. 139.

¹³⁷ Siehe dazu CONRAT, Geschichte der Quellen, S. 107 ff., 161 ff., 332 ff.; WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, S. 40 f.

¹³⁸ Vgl. LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 10 ff.

¹³⁹ Zur Entstehung und Datierung dieses Glossenapparates siehe LIEBS, Die Jurisprudenz im spätantiken Italien, S. 195 ff.

¹⁴⁰ Siehe dazu zu die Editionen der Turiner Institutionenglosse bei SAVIGNY, Geschichte des römischen Rechts im MA II, S. 429 ff., 449; KRÜGER, ZRG 7 (1868), S. 44 ff., 64 f.; ALBERTI, Glossa Torinese, S. 82.

¹⁴¹ Siehe FITTING, Institutionenglossen des Gualcausus, S. 103 f.; zum Ursprung der Glosse FITTING, a.a.O., S. 17 ff.; CONRAT, Geschichte der Quellen, S. 337 ff.; RADDING, Origins of Medieval Jurisprudence, S. 139 ff.

¹⁴² CONRAT, Geschichte der Quellen, S. 187, datiert sie auf die Periode von der Mitte des 7. Jahrhunderts bis in den Ausgang des 9. Jahrhunderts, BESTA, Storia del diritto italiano I, S. 181 f., auf das 8. Jahrhundert, PATETTA, BIDR 12, S. auf die Mitte des 7. Jahrhunderts, LIEBS, Die Jurisprudenz im spätantiken Italien, S. 277 ff., auf die erste Hälfte des 7. Jahrhunderts.

¹⁴³ Summa Perusina, zu C. 6, 30, 22, ediert von PATETTA, BIDR 12, S. 192 f.: Si mulier absque inventaneo occupavit substantiam, a creditoribus non absolvitur. Intra tres annos aut renuntiet hereditatem. Inventaneus intra XXX dies fiat, et intra sexaginta alios perficiatur per tabularium, in quo et heres subscribat et testes. Si heres absens sit, intra anno inventaneus fiat per heredem aut per procuratorem eius. Si plus relictum est legati, quam heredi, primitus heredi tres uncias salventur. Creditoribus non amplius reddis, preterquam substantiam adisti: simul et legatariis veniant: et

menfassung von C. 6, 30, 22. Bemerkenswert ist neben einigen sprachliche Unklarheiten zum einen die dreijährige Frist, innerhalb der der Erbe sich von der Erbschaft lossagen können soll. Eine Frist dieser Länge widerspräche völlig der Intention JUSTINIANS, da das *beneficium inventarii* es gerade dem Erben ermöglichen sollte, ohne langes Zögern eine Erbschaft ohne langes Zögern unwiderruflich anzutreten. Angesichts des insgesamt sehr niedrigen Niveaus der Summe und der darin vorkommenden, teilweise sehr groben Mißverständnisse¹⁴⁴ ist jedoch sehr fraglich, ob die dreijährige Frist zur damaligen Zeit tatsächlich vertreten wurde. Es ist vielmehr denkbar, daß hier irrtümlich statt einer Dreimonatsfrist eine Dreijahresfrist angenommen wird.¹⁴⁵ Dafür spricht auch, daß es sich bei der Summa Perusina nach neueren Erkenntnissen wohl nicht um das Rechtshandbuch eines Praktikers,¹⁴⁶ sondern lediglich um Aufzeichnungen handelt, die im Zusammenhang mit dem Rechtsunterricht im Codex Iustinianus angefertigt wurden.¹⁴⁷ Als zweiter denkwürdiger Punkt fällt die Beschreibung der haftungsbeschränkenden Wirkung in der Summa Perusina auf (*creditoribus non amplius reddis, praeterquam substantiam adisti*), die eine dingliche Beschränkung der Haftung

si a creditores substantia comparavit, alii creditores non contra emptores habeant actionem. Reputetur in quod expensum est in funus et inventario et reseretionem testamenti vel in alias causas. In ea lege abet ad locum: sine periculo habeant et leges Falcidie. Ipsa verba sunt. Item in ea lege verba ipsa: Rerum hereditariarum expendent et si qua cumq. causa abet heres vel legatarii contra defuncto proponant cum creditores. Nam de fraude substantiae per examinatione servorum aut per sacramentum heredi cognoscatur. Fraus inventa dupplo reddatur. - Wenn die Ehefrau ohne Inventar das Vermögen in Besitz nimmt, wird sie gegenüber den Gläubigern nicht frei. Innerhalb dreier Jahre [Monate?] kann sie sich aber von der Erbschaft lossagen. Das Inventar soll innerhalb von 30 Tagen erstellt und innerhalb weiterer 60 Tage durch einen Notar vollendet werden und sowohl der Erbe als auch die Zeugen sollen es unterschreiben. Wenn der Erbe abwesend ist, soll das Inventar innerhalb eines Jahres durch den Erben oder seinen Bevollmächtigten erstellt werden. Wenn mehr an Vermächtnisnehmer hinterlassen worden ist als dem Erben, sollen zuerst dem Erben drei Zwölftel ausgezahlt werden. Man gibt den Gläubigern nicht mehr, als man an Vermögen vorgefunden hat, sie sollen auch mit den Vermächtnisnehmern gleichstehen; und wenn er an Gläubiger Vermögensgegenstände verkauft hat, sollen die anderen Gläubiger gegen die Käufer keinen Anspruch haben. Er soll anrechnen, was er für das Begräbnis, für das Inventar, die Testamentseröffnung oder aus anderen Gründen aufgewendet hat. In dieser lex geht es weiter zur Stelle: sine periculo habeant et leges Falcidie. Dieses ist der Wortlaut. Gleichfalls sind in der *lex* auch die folgenden Worte: Sie sollen die Nachlaßgegenstände ausgeben, und wenn der Erbe oder die Vermächtnisnehmer eine Forderung gegen den Verstorbenen haben, sollen sie dieses mit den [anderen] Gläubigern vorbringen. Denn über den Betrug hinsichtlich des Nachlasses wird aufgrund der Befragung der Sklaven oder des Eides des Zeugen erkannt. Bei nachgewiesenem Betrug soll das Doppelte gezahlt werden.

¹⁴⁴ Beispiele für die zahlreichen schweren Mißverständnisse und Verfälschungen gegenüber dem Codex Iustinianus siehe bei PATETTA, BIDR 12, S. 22 ff.; GENZMER, Justinianische Kodifikation, S. 359, Fn. 51; LIEBS, Die Jurisprudenz im spätantiken Italien, S. 278 f.

¹⁴⁵ Vgl. PATETTA, BIDR 12, S. 192, Fn. 4.

¹⁴⁶ Als ein solches wird die Summe von GENZMER, Justinianische Kodifikation, S. 358, und BESTA, Storia del diritto italiano I, S. 180, angesehen.

¹⁴⁷ So LIEBS, Die Jurisprudenz im spätantiken Italien, S. 281 f.

des Erben nahelegt. Insgesamt gesehen kann man jedoch annehmen, daß eine Weiterentwicklung der Regelungsinhalte der justinianischen Konstitution C. 6, 30, 22 in der Summa Perusina offenbar kaum enthalten ist.

Außer in dieser Codexsumme wurde das *beneficium inventarii* in den *Epitome* IULIANI in der Zusammenfassung der Novelle 1, 2 erwähnt. Folglich kann als sicher angenommen werden, daß das Rechtsinstitut des *beneficium inventarii* und die darin dem Erben eröffnete gegebene Möglichkeit der Haftungsbeschränkung bereits im frühen Mittelalter nicht nur in Ostrom, sondern auch im westlichen Teil Europas bekannt war.

II. Ursprung und Methode der Glossatoren

Die im frühen Mittelalter eingetretene Stagnation in der Rechtswissenschaft endete, als der Corpus iuris civilis vom Ende des 11. Jahrhundert an in Norditalien wissenschaftlich neu erschlossen wurde. Zu Anfang des 12. Jahrhunderts erlebte die Rechtswissenschaft von Bologna ausgehend einen Aufschwung, als insbesondere die Digesten als Gegenstand intensiver wissenschaftlicher Arbeit wiederentdeckt wurden. Hintergrund war ein Aufschwung des gesamten Geisteslebens im 11. Jahrhundert, wobei das erneute Erschließen der klassischen Philosophie für die Schulung der Gedankenführung von besonderer Bedeutung war. Hinzu kam ein Wandel auf gesellschaftlichem und wirtschaftlichem Gebiet, der bei aufblühendem Handel und einer sich entwickelnden Geldwirtschaft höhere Anforderungen an die Jurisprudenz stellte.¹⁴⁸ Die Juristen im 12. und in der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts bearbeiteten den komplexen Inhalt des Corpus iuris, indem sie im Wege exegetischer Auslegung jeden Satz seines Textes zu erklären und in Zusammenhang zu anderen Stellen des Corpus iuris zu stellen versuchten. Die Ergebnisse ihrer Untersuchungen hielten sie zunächst als Glossen fest, indem sie knappe Anmerkungen zu einzelnen Worten, Sätzen oder später auch umfangreicheren Stellen zwischen die Zeilen oder neben den Text des Corpus iuris schrieben. Außer Glossen wurden unter anderem Summen, d.h. systematische Darstellungen einer umfangreicheren Textstelle verfaßt. Sie bezogen sich auf eine einzelne Lex, einen Titel oder sogar auf ein gesamtes Rechtsbuch des Corpus iuris, z.B. den Codex.¹⁴⁹

Der Interessenkonflikt zwischen Erben und Gläubigern des Erblassers war nicht Gegenstand detaillierter Betrachtungen in den überlieferten monographischen Werken der Glossatoren. Jedoch finden sich in den Werken, die das gesamte Corpus iuris bzw. den Codex oder die Institutionen behandeln, in der

¹⁴⁸ Vgl. Otte, in: Die Renaissance der Wissenschaften, S. 129 ff.; LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 29 ff.; WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, S. 47 ff.

¹⁴⁹ LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 124 ff.

Bearbeitung zu C. 6, 30, 22 bzw. Inst. 2, 19, 6 jeweils einige Erklärungen, die die Rechtsfolgen des Inventars und insbesondere die Stellung der Gläubiger des Erblassers erläutern.

III. Erläuterungen der Glossatoren zum *beneficium inventarii*

1. Formelle Voraussetzungen des *beneficium inventarii*

Unter den formellen Voraussetzungen des *beneficium inventarii* war für die Glossatoren von besonderem Interesse, wer zu den *ceterorumque, qui ad huiusmodi confectionem necessarii sunt*,¹⁵⁰ zählte. In der Summa Trecensis zum Codex *Iustinians*, die als wohl älteste Codexsumme des Glossatorenzeitalters ungefähr in der Mitte des 12. Jahrhunderts in Italien geschrieben wurde, wobei heute sowohl die genaue Datierung als auch der Verfasser sehr umstritten sind,¹⁵¹ findet sich dazu folgendes:

Summa Trecensis zu C. 6, 30, 22, lib. 6, XVII:

ex constitutione nova inventarium facere debent tabulario testibusque adhibitis, ...¹⁵²

Gemäß der neuen Konstitution müssen sie ein Inventar erstellen unter Hinzuziehung eines Notars und von Zeugen, ...

Nach der Kommentierung von C. 6, 30, 22 in der Summa Trecensis und ihr folgend auch in der Summa codicis des ROGERIUS¹⁵³ gehören neben dem im Gesetzestext aufgeführten Notar auch Zeugen zum Kreis der bei der Aufstellung des Inventars notwendig Anwesenden. Die Anwesenheit von Zeugen hat für die Gläubiger des Erblassers zur Folge, daß sie, falls notwendig, deren beeidete Aussage als Beweismittel gegenüber dem Erben einsetzen können. Im Unterschied dazu ist nach der sog. Summa Vindobonensis, einer wahrscheinlich Mitte des 12. Jahrhunderts in Südfrankreich entstandenen Institu-

¹⁵⁰ C. 6, 30, 22, 2.

¹⁵¹ WEIMAR, Handbuch der Quellen I, S. 198, und LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 405, grenzen die Entstehung der Summa Trecensis auf den Zeitraum zwischen 1140 und 1159 ein, FITTING, Summa Codicis des IRNERIUS, S. XXX ff., hält sie für ein Werk des IRNERIUS, KANTOROWICZ, Studies in the glossators, S. 124, 146 ff., für ein Werk des ROGERIUS; MEIJERS, TR 17, S. 120, schreibt sie der Schule des MARTINUS GOSIA zu; GOURON, Ius Commune XII (1984), S. 27 ff., stellt die These auf, daß die Summa Trecensis von einem *maître Gérard* in drei Stufen ungefähr in der Zeit zwischen 1135 und 1150 verfaßt worden sei; weitere Literatur bei WEIMAR, Handbuch der Quellen I, S. 199, und LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 402.

¹⁵² FITTING, Summa des IRNERIUS, S. 186.

¹⁵³ ROGERII Summa Codicis, Buch 6, XVII, in: BIMAE I, S. 161. Das sechste Buch stammt allerdings nicht von ROGERIUS selbst, da dieser nur die Titel bis C. 4, 58 fertigstellte. Nach seinem Tod, der zwischen 1162 und 1170 datiert wird (vgl. KANTOROWICZ, Studies in the Glossators, S. 180; MOR, A l'origine de l'école de Montpellier, S. 147; WEIMAR, LexMA Bd. 7, Sp. 946) wurden die fehlenden Titel von unbekannten Verfassern aus der Summa Trecensis ergänzt und mit einigen Zusätzen versehen; siehe dazu WEIMAR, Handbuch der Quellen I, S. 200; LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 196.

tionensumme,¹⁵⁴ das Inventar *sub presentia tabulariorum et omnium ipsius civitatis legatariorum*¹⁵⁵ zu erstellen. Hier finden zwar weder Zeugen noch Gläubiger Erwähnung, jedoch wird die Anwesenheit der ansässigen Vermächtnisnehmer für notwendig gehalten. Dieses zeigt, daß der Verfasser dieser Summe die Regelungen der Novelle 1, 2, 1, die ihm wohl aus den Authentiken kannt war,¹⁵⁶ mit einbezogen hat. Auch der sog. Brachylogus *Iuris Civilis*, eine im 12. Jahrhundert in Frankreich entstandene Institutionensumme,¹⁵⁷ in dem die Novellen in der Form der Epitome IULIANI berücksichtigt wurden,¹⁵⁸ erwähnt nur die Vermächtnisnehmer (*inventarium fecerit ... praesentibus his, quibus relicta debentur*¹⁵⁹). Eine wesentliche Ausdehnung des Personenkreises erfolgte dagegen in *Lo Codi*, einer in der Mitte des 12. Jahrhunderts in provenzalischer Sprache abgefaßten Codexsumme¹⁶⁰:

Lo Codi, lib. VI, tit. LXVII, 1:

Quando heres facit inventarium, omnes illi quibus defunctus dimisit aliquid in morte sua vel quibus defunctus aliquid debebat debent esse in eo loco ubi factum fuit inventarium, si sunt in ea villa ubi fit inventarium.¹⁶¹

Wenn der Erbe ein Inventar erstellt, müssen alle, denen der Verstorbene etwas auf seinen Todesfall hinterlassen hat oder denen der Verstorbene etwas schuldete, an dem Ort sein, wo das Inventar aufgestellt wird, wenn sie sich auf dem Landgut aufhalten, wo das Inventar erstellt wird.

Vermächtnisnehmer wie auch Gläubiger des Erblassers müssen bei Erstellung des Inventars zugegen sein, wenn sie sich in der betreffenden Gegend befinden. Die Gläubiger des Erblassers werden hier - erstmalig bei den Glossato-

¹⁵⁴ Die Summe wird von MEIJERS, *Sommes*, S. 216 ff. und ihm folgend KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators*, S. 67, der BULGARUS-Schule zugerechnet, zu weiteren Ansichten über den Verfasser siehe KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators*, S. 66 f.; WEIMAR, *Handbuch der Quellen I*, S. 206 f.; LANGE, *Römisches Recht im MA I*, S. 435.

¹⁵⁵ Zu Inst. 2, 19, 6, in: BIMA I, S. 339.

¹⁵⁶ Vgl. LANGE, *Römisches Recht im MA I*, S. 436.

¹⁵⁷ Während das Schrifttum des 19. Jahrhunderts noch einen italienischen Ursprung des Brachylogus angenommen hatte, wird als Entstehungsort heute überwiegend Frankreich angesehen, vgl. LANGE, *Römisches Recht im MA I*, S. 396 f.; KANTOROWICZ, *Studies in the glossators*, S. 112 f. ordnet den Brachylogus als das Werk einer südfranzösischen Rechtsschule in den ersten Jahren des 13. Jahrhunderts ein. Für WEIMAR, *Handbuch der Quellen I*, S. 207 f., ist er dagegen in den 60er oder 70er Jahren des 12. Jahrhunderts in einer nordfranzösischen Kanonistenschule entstanden und sollte der Unterrichtung von Kanonisten im römischen Recht dienen.

¹⁵⁸ Vgl. WEIMAR, *LexMA Bd. 2*, Sp. 537.

¹⁵⁹ Brachylogus, Lib. II, Tit. XXX, in: Böcking, *Brachylogus*, S. ?

¹⁶⁰ Nach WEIMAR, *Handbuch der Quellen I*, S. 200, wurde *Lo Codi* vielleicht schon in den 50er Jahren des 12. Jahrhunderts von einem Schüler des ROGERIUS geschrieben, spätestens jedoch um 1170 abgeschlossen. FEENSTRA, *SG 13*, S. 67, nimmt eine allmähliche Entstehung zwischen 1149 und 1170 an, GOURON, *TR 43* (1975), S. 273 f. geht von einer Beendigung des Werkes vor 1162 aus; weitere Literatur bei LANGE, *Römisches Recht im MA I*, S. 415 ff. Eine Übersetzung ins Lateinische erfolgte 1176 durch den Pisaner RICARDUS.

¹⁶¹ FITTING, *Lo Codi*, S. 219.

ren - ebenso wie die Vermächtnisnehmer behandelt. Infolge ihrer obligatorischen Anwesenheit bei der Inventarisierung des Nachlasses haben sie die Möglichkeit, dabei den Erben zu kontrollieren und die Auslassung von Nachlaßgegenständen im Inventar zu verhindern bzw. besser nachweisen zu können. Die Bedingung *si sunt in ea villa* ist für sich insofern unklar, als nicht eindeutig festzustellen ist, ob die Ortsansässigkeit oder nur der aktuelle Aufenthalt am Ort gemeint ist. Da sich aber im folgenden Text Ausführungen für den Fall anschließen, daß Personen, deren Anwesenheit für erforderlich gehalten wird, ortsabwesend sind, kann vom erstgenannten, weiter gefaßten Kreis aller Ansässigen ausgegangen werden:

Lo Codi, lib. VI, tit. LXVII, 1:

Si illi in quorum praesentia debet fieri inventarium non sunt in terra ubi fit inventarium vel nolunt ibi esse, heres debet habere tres divites et legitimos homines illius terrae, et in eorum praesentia debet fieri inventarium.¹⁶²

Wenn jene, in deren Gegenwart das Inventar erstellt werden muß, nicht in dem Gebiet sind, wo das Inventar erstellt wird oder nicht dort sein wollen, muß der Erbe drei wohlhabende und gesetzestreue Menschen aus jenem Gebiet haben, und in deren Gegenwart muß das Inventar erstellt werden.

An Stelle von fehlenden Gläubigern oder Vermächtnisnehmern sollen drei Zeugen mit hoher sozialer Stellung der Inventarerstellung beiwohnen. Diese Regelung ist den entsprechenden Passagen der Konstitution JUSTINIANS zur *lex Falcidia* (Nov. 1, 2) entnommen,¹⁶³ wobei dem Verfasser von *Lo Codi* die Authentiken als Quelle dienten.¹⁶⁴ Aus dem Wortlaut ergibt sich nicht genau, ob die Anwesenheit der Zeugen bereits erforderlich ist, wenn einer der Nachlaßgläubiger abwesend ist, oder erst bei Abwesenheit aller. In der entsprechenden Stelle der Authentiken heißt es dazu *si vero absunt aliqui*. Es ist daher sehr naheliegend, daß auch nach dem Willen des Verfassers von *Lo Codi* Zeugen bereits dann notwendig waren, wenn nur einzelne Nachlaßgläubiger fehlten.¹⁶⁵ Somit wird der Erbe allein schon aus Sicherheitsgründen im Regelfall Zeugen hinzugezogen haben. Weiter wird aus dem Text deutlich, daß für die Gläubiger des Erblassers keine Verpflichtung besteht, bei der Inventarerstellung durch den Erben gegenwärtig zu sein. Während die Regelung für den Erben verpflichtenden Charakter hat, wird den Nachlaßgläubi-

¹⁶² FITTING, *Lo Codi*, S. 219.

¹⁶³ Siehe den Text oben S. 23, Fn. 74.

¹⁶⁴ Die Novellen entnimmt der Verfasser von *Lo Codi* den Authentiken, vgl. LANGE, *Römisches Recht im MA I*, S. 419.

¹⁶⁵ Dagegen liegt nach den Epitome IULIANI, const. 1 II, nahe, daß die Zeugen wohl nur dann erforderlich sind, wenn keiner der Nachlaßgläubiger zugegen ist: *Quod si omnino praesto non sint legatarii sive fideicommissarii* ... - Wenn aber überhaupt keine Vermächtnisnehmer oder Fideikommissare gegenwärtig sind, ... (Epitome IULIANI, ed. Lenel, S. 22). Die Epitome IULIANI gehörten aber - zumindest an dieser Stelle - nicht zu den in *Lo Codi* verarbeiteten Quellen, vgl. FITTING, *Lo Codi*, S. *12; LANGE, *Römisches Recht im MA I*, S. 419.

gern hier lediglich eine Berechtigung eingeräumt, die sie persönlich wahrnehmen können oder nicht. Die Auslegung von C. 6, 30, 22 in *Lo Codi* folgt somit im wesentlichen den justinianischen Quellen, ergänzt sie jedoch an mehreren für die damalige Praxis¹⁶⁶ relevanten Stellen, wobei es sich möglicherweise um provenzalische Eigenarten handelte.

Unter den nachfolgenden Glossatoren blieb die Frage der Anwesenheit der Gläubiger des Erblassers umstritten. PLACENTINUS (gestorben 1192),¹⁶⁷ der in den 70er Jahren des 12. Jahrhunderts in Montpellier die Codexsumme des ROGERIUS fortsetzte,¹⁶⁸ entschied sich für eine Anwesenheitspflicht der Gläubiger.¹⁶⁹ AZO (gestorben um 1220¹⁷⁰) führte in seiner in den Jahren zwischen 1185 und 1190 aus dem Unterricht seines Lehrers JOHANNES BASSIANUS¹⁷¹ in Bologna entstandenen Codexsumme, die als juristisches Handbuch in den folgenden Jahrhunderten große Verbreitung fand,¹⁷² keine Anwesenheitspflicht der Gläubiger des Erblassers auf.¹⁷³ Dieses deutet vielleicht darauf hin, daß die in Südfrankreich seit den 70er Jahren wohl vorherrschende Ansicht, die Gläubiger müßten bei Inventarerstellung hinzugezogen werden, sich in Italien, wo *Lo Codi* seit 1176 in lateinischer Übersetzung bekannt war, nicht sofort durchsetzen konnte. Grund dafür, daß die Gläubiger an dieser Stelle in AZOs Codexsumme nicht genannt werden, könnte aber auch gewesen sein, daß AZO nicht die Lehrmeinung des PLACENTINUS, dessen Summe er kritisch gegenüberstand,¹⁷⁴ übernehmen wollte. In der Glosse des ACCURSIUS (um 1185-1263),¹⁷⁵ in der dieser sämtliche ihm zur Verfügung stehenden Glossenapparate zusammenfaßte und die als *Glossa ordinaria* seit Mitte des 13. Jahrhunderts als Standardkommentar zum Corpus iuris galt,¹⁷⁶ werden die

¹⁶⁶ *Lo Codi* wurde offensichtlich nicht für den wissenschaftlichen Gebrauch oder für den Rechtsunterricht verfaßt, sondern richtet sich an den nichtgelehrten Rechtsanwender; vgl. LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 418.

¹⁶⁷ PLACENTINUS, der als einer der einflußreichsten Glossatoren galt, lehrte zunächst in Italien, später u.a. als Nachfolger des ROGERIUS in Montpellier; er starb im Jahre 1192, vgl. WEIMAR, LexMA Bd. 6, Sp. 2194; LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 207 ff.

¹⁶⁸ LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 211; WEIMAR, Handbuch der Quellen I, S. 201.

¹⁶⁹ PLACENTINUS, *Lectura in codicem* zu C. 6, 30, 22, S. 271.

¹⁷⁰ Zum Leben des AZO siehe WEIMAR, LexMA Bd. 1, Sp. 1317; SAVIGNY V, S. 1 ff.

¹⁷¹ JOHANNES BASSIANUS (gestorben vor 1200), ein Schüler des BULGARUS, war einer der führenden Zivilrechtslehrer in der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts in Bologna, vgl. WEIMAR, LexMA Bd. 5, Sp. 556.

¹⁷² Über die *Summa aurea* des AZO siehe WEIMAR, Handbuch der Quellen I, S. 202 f.

¹⁷³ AZO, *Summa aurea*, zu C. 6, 30, 22.

¹⁷⁴ Siehe LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 259; KANTOROWICZ, *Studies*, S. 177; SAVIGNY, *Geschichte* V, S. 28 f.

¹⁷⁵ ACCURSIUS war Schüler des AZO und lehrte in Bologna ab etwa 1215, siehe WEIMAR, LexMA Bd. 1, Sp. 75 f.

¹⁷⁶ WEIMAR, Handbuch der Quellen I, S. 173 f.

Gläubiger des Erben jedenfalls zu den notwendig anwesenden Personen gezählt:

gl. *ceterorumque* zu C. 6, 30, 22, 2:

puta trium testium, et legatariorum, et creditorum: ut authent. de hered. et Falcid. §. Sancimus et §. Si vero absunt. colla. j.¹⁷⁷

zum Beispiel dreier Zeugen sowie der Vermächtnisnehmer und der Gläubiger, wie Nov. 1, 2 pr. und 1

ACCURSIUS konkretisiert in dieser Glosse den von JUSTINIAN in C. 6, 30, 22, 2a unbestimmt gelassenen Kreis der *ceterorumque, qui ad huiusmodi confectio- nem necessarii sunt*. Dazu zählt er unter Bezug auf Nov. 1, 2 pr.¹⁷⁸ und 1, 2, 1¹⁷⁹ drei Zeugen, die Vermächtnisnehmer sowie die Gläubiger des Erblassers. Bemerkenswert ist dabei, daß die Zeugen nicht mehr nur abwesende Nachlaßgläubiger ersetzen, sondern grundsätzlich hinzugezogen werden müssen. Während ACCURSIUS die Anwesenheit von Zeugen und Vermächtnisnehmern aus Nov. 1, 2, 1 übernommen hat, ist die Nennung der Gläubiger eine Fortbildung der Regelungen in Nov. 1, 2, 1. Die Begründung, warum er auch die Anwesenheit der Gläubiger für notwendig hält, gibt er in einer Glosse zu Nov. 1, 2, 1:

gl. *fideicommissarios* zu Nov. 1, 2, 1:

Numquid etiam creditores? Resp. quod sic: quia et eorum interest: *ut infra ut spon. larg. §. ad haec. coll. ix.* plus etiam quia damnum evitant: *ut C. de iure delib. l. fi. §. Licentia.*¹⁸⁰

Etwa auch die Gläubiger? Ich antworte, daß es so ist, weil auch sie ein Interesse daran haben, wie Nov. 119, 6 und darüber hinaus auch, weil sie einen Schaden vermeiden, wie C. 6, 30, 22, 10.

ACCURSIUS argumentiert zum einen mit dem rechtlichen Interesse der Gläubiger an ihrer Anwesenheit, wofür er Nov. 119, 6 zitiert. In dieser Novelle wird das Verfahren einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur rückgängigmachung eines Erbschaftsantritts in der Weise geregelt, daß alle ortsanwesenden Gläubiger vom Richter zusammengerufen werden, damit sie bei der Lossagung von der Erbschaft zugegen sind.¹⁸¹ Es geht dort - wie beim

¹⁷⁷ ACCURSIUS, Glossa ordinaria, tom. 4, Sp. 1560.

¹⁷⁸ Nov. 1, 2 pr. (in der lateinischen Übersetzung des Authentikum): ... Sancimus igitur, quoniam tuenda nobis ubique est deficientium voluntas, heredes, si voluerint hac utilitate potiri, puram servare legis potestatem; et non per quae forte subripiunt aut malignantur, introducere temptent Falcidiam, cum utique, si nihil malignati essent, non forte competeret. - Wir verordnen also, da der Wille der Verstorbenen von uns in allen Fällen beachtet werden soll, daß die Erben, wenn sie diesen Vorteil erlangen wollen, die gesamte Regelung des Gesetzes beachten, und nicht, indem sie etwa unterschlagen oder sonst arglistig handeln, die falzidische Quart zu bekommen versuchen, während sie ihnen jedenfalls, wenn sie nicht arglistig vorgegangen wären, nicht zugestanden hätte.

¹⁷⁹ Den betreffenden Text von Nov. 1, 2, 1, siehe oben S. 23, Fn. 74.

¹⁸⁰ ACCURSIUS, Glossa ordinaria, tom. 5, Sp. 13.

¹⁸¹ Nov. 119, 6 (coll. IX, tit. II, cap. 6; in der lateinischen Übersetzung des Authentikum): Ad haec quoque sancimus, ut si contigerit minores velle se abstinere ab hereditate in se devoluta, et a se suscepta: si quidem omnes creditores praesentes fuerint in illis locis, in quibus in integrum restitu-

beneficium inventarii im Zusammenhang mit der Beschränkung der Haftung des Erben - um die Abtrennung des Nachlasses vom eigenen Vermögen des Erben, wobei rechtliche Interessen der Gläubiger des Erblassers beeinträchtigt werden können. Ein vergleichbares Interesse haben die Gläubiger des Erblassers hinsichtlich der Aufstellung des Inventars. Von besonderer Bedeutung ist für ACCURSIUS das Interesse der Gläubiger, nicht durch die Aufstellung eines unvollständigen Inventars geschädigt zu werden. Den Gläubigern obliegt nach C. 6, 30, 22, 10 der Nachweis, daß Gegenstände aus dem Nachlaß nicht in das Inventar aufgenommen worden sind. Durch ihre Anwesenheit bei Aufstellung des Inventars soll es ihnen wohl ermöglicht bzw. zumindest erleichtert werden, das Fehlen von Gegenständen im Inventar festzustellen und zu beweisen. ACCURSIUS weist damit ausdrücklich auf den Zusammenhang zwischen den Rechten der Gläubiger des Erblassers bei der Inventarerstellung und der ihnen obliegenden Beweislast bezüglich nicht im Inventar aufgeführter Nachlaßgegenstände hin.

ODOFREDUS DE DENARIIS, der Zeitgenosse des ACCURSIUS in Bologna war,¹⁸² schließt sich in seinen *Lectura super codicem*¹⁸³ der Ansicht des ACCURSIUS an:

ODOFREDUS ad C. 6, 30, 22, § Cum igitur:

Tex. *necessarii sunt*. id est tres testes fide digni: et legatariorum: et creditorum: *ut in authentica de here. et fal. §. Sancimus. et .§. Si vero absunt*. Vel dicatis quod debent vocari creditores et legatarii quorum interest: *ut ar. supra si minor se ab heredi. absti. authentica omnes*. Et quod omnes tangit. ab omnibus debet

Zu *necessarii sunt*: das heißt, drei vertrauenswürdige Zeugen sowohl für die Vermächtnisnehmer als auch für die Gläubiger, wie in Nov. 1, 2 pr. und 1. Oder ihr könntet sagen, daß die Gläubiger und Vermächtnisnehmer geladen werden müssen, die ein Interesse haben, wie Nov. 119, 6¹⁸⁵ beweist. Und was alle berührt,

tio postulatur, vocentur a iudice creditores: et praesentibus omnibus ab huiusmodi haereditate se minores abstineant. Si vero omnes, aut aliqui creditorum absentes fuerint: iubemus minores volentes hoc agere, locorum iudicem, in quibus ipsi degunt, adire: illum vero per consuetas citationes vocare creditores. Et intra trium mensium spatium nusquam appareant creditores, licere minoribus sine periculo ab huiusmodi hereditate abscedere. - Dazu verordnet wird auch, daß wenn es geschieht, daß Minderjährige sich von einer Erbschaft lossagen wollen, die ihnen angefallen und von ihnen angenommen worden ist, und wenn nämlich alle Gläubiger an jenen Orten anwesend sind, an denen die Wiedereinsetzung beantragt wird, werden vom Richter die Gläubiger geladen; und unter Anwesenheit aller sagen sich die Minderjährigen von einer solchen Erbschaft los. Wenn aber alle oder einige der Gläubiger abwesend sind, befahlen wir, daß die Minderjährigen, die dieses betreiben wollen, sich an den Richter dieser Orte, an denen sie sich selbst aufhalten, wenden, so daß jener aber die Gläubiger durch die üblichen Ladungen benachrichtigt. Und wenn innerhalb von drei Monaten nirgends Gläubiger erschienen sind, ist es den Minderjährigen erlaubt, sich ohne Gefahr von der Erbschaft loszusagen.

¹⁸² ODOFREDUS (gestorben 1265) studierte in den 20er Jahren des 13. Jahrhunderts in Bologna u.a. bei AZO und lehrte dort wohl seit 1231, vgl. WEIMAR, LexMA Bd. 6, Sp. 1361.

¹⁸³ Es handelt sich bei den *Lectura* des ODOFREDUS um ausführliche Mitschriften seiner Vorlesungen durch seine Schüler, vgl. LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 330.

¹⁸⁴ ODOFREDUS, *Lectura codicis*, fol. 387v.

approbari: *ut supra de auc. pres. l. ulti. in fi.*¹⁸⁴ muß von allen gebilligt werden, wie C. 5, 59, 5, 2.

ODOFREDUS schätzt die Anwesenheit von drei Zeugen an Stelle von Vermächtnisnehmern und Gläubigern als erforderlich ein, wobei er sich wie ACCURSIUS auf Nov. 1, 2 pr. und 1 stützt. Weiter hält er unter Bezug auf Nov. 119, 6 die Interpretation für vertretbar, daß alle Nachlaßgläubiger - Gläubiger des Erblassers wie Vermächtnisnehmer - zur Inventarerstellung geladen werden müssen, weil diese ein Interesse daran haben. Von großer Bedeutung für alle Nachlaßgläubiger ist die letzte seiner Anmerkungen. ODOFREDUS gesteht ihnen unter Hinweis auf C. 5, 59, 5, 2 nicht nur ein Anwesenheitsrecht zu, sondern hält ihre Billigung des Inventars für erforderlich. ODOFREDUS kann sich dafür nur auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz stützen, nicht jedoch auf C. 6, 30, 22, denn dort ist kein Hinweis dafür zu finden, daß die Nachlaßgläubiger auf den Inhalt des Inventars bei seiner Aufstellung Einfluß nehmen dürfen. In der von ODOFREDUS zur Begründung zitierten Stelle C. 5, 59, 5 wird die Konstellation behandelt, daß, wenn ein Geschäft vorgenommen werden soll, durch das eine Vormundschaft aufgehoben wird, alle Vormünder ihre Zustimmung dazu erteilen müssen. Zur Begründung wird angegeben, daß die Zustimmung aller erforderlich sei, weil alle auf gleiche Weise betroffen seien.¹⁸⁶ ODOFREDUS leitet daraus den allgemeinen Rechtssatz ab, daß zu jedem Rechtsgeschäft die Zustimmung dessen erforderlich ist, der in seiner Rechtsstellung durch das Geschäft tangiert wird.

Zusammenfassend läßt sich zur Anwesenheit der Gläubiger des Erblassers bei der Inventarerstellung sagen, daß die Juristen des 12. Jahrhunderts in Italien noch überwiegend nur die in den justinianischen Quellen genannten Personen aufzählen, zu denen die Gläubiger des Erblassers nicht gehören. Erst nach und nach setzt sich, wohl von Südfrankreich her kommend, die Ansicht durch, daß alle Nachlaßgläubiger ein Recht zur Anwesenheit haben sollen. Von der Mitte des 13. Jahrhunderts an ist es schließlich unter den Juristen herrschende Meinung, daß bei der Inventarerstellung neben den in C. 6, 30, 22, 2a und Nov. 1, 2, 1 genannten Notaren, Vermächtnisnehmern und Zeugen auch die Gläubiger des Erblassers zugegen sein müssen. Dadurch werden die Letztgenannten in die Lage versetzt, den Erben bei der Abtrennung des Nachlasses von seinem Eigenvermögen zu kontrollieren und - falls notwendig - den Beweis dafür zu führen, daß der Erbe Teile des Nachlasses nicht im In-

¹⁸⁵ Die Stelle ist als Authentica unter C. 2, 38 in den Codex eingefügt.

¹⁸⁶ C. 5, 59, 5, 2: Tunc etenim, sive testamentarii sive per inquisitionem dati sive legitimi sive simpliciter creati sunt, necesse est omnes suam auctoritatem praestare, ut, quod omnes similiter tangit, ab omnibus conprobetur. - Denn dann, sei es, daß sie <die Erbschaft> testamentarisch oder durch gerichtliche Untersuchung erhalten haben oder als eheliche oder nicht eheliche Kinder geboren sind, ist es notwendig, daß alle ihre Zustimmung geben, damit von allen gebilligt wird, was alle gleichermaßen betrifft.

ventar aufgelistet hat. Angesichts fehlender obrigkeitlicher Aufsicht über die Vollständigkeit des Inventars kommt dieser Berechtigung der Gläubiger große Bedeutung für die Durchsetzung ihrer Forderungen zu.

2. Wirkung des *beneficium inventarii*

a) Verwaltung des Nachlasses durch den Erben

Die Glossatoren beschäftigten sich im Hinblick auf die Verwaltung des durch *beneficium inventarii* abgesonderten Nachlasses hauptsächlich mit Rechtsproblemen der Befriedigung der Nachlaßgläubiger durch den Erben. Von Interesse sind dabei im wesentlichen zwei Gesichtspunkte, die in C. 6, 30, 22 nicht ausdrücklich geregelt sind. Bei den Glossatoren finden sich Erörterungen zum einen darüber, ob der Erbe gutgläubig hinsichtlich der Berechtigung der sich bei ihm meldenden Nachlaßgläubiger sein muß bzw. welche Folge die Kenntnis des Erben von der Rangfolge unter den Nachlaßgläubigern hat (dazu unter aa)). Zum anderen ist Gegenstand ihrer Glossen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Erbe Nachlaßgegenstände an Erfüllung Statt an die Gläubiger geben darf (dazu unter bb)).

aa) Die Berechtigung der Nachlaßgläubiger bei der Nachlassverteilung

Zum erstgenannten Thema findet sich in der *Glossa ordinaria* des ACCURSIUS folgende Anmerkung:

gl. *satisfaciant* zu C. 6, 30, 22, 4a:

si putant eis legata deberi: alioquin tenentur aliis quasi dolo desierint possidere: ut D. ad leg. Falcid. l. Dolo.¹⁸⁷

<Die Erben befriedigen die Vermächtnisnehmer,> wenn sie glauben, daß ihnen Vermächtnisse geschuldet werden, andernfalls haften sie den anderen <Gläubigern>, da sie gewissermaßen vorsätzlich den Besitz aufgegeben haben, wie D. 35, 2, 41.

In dieser Glosse, die sich auf die Befriedigung der Vermächtnisnehmer durch den Erben bezieht, stellt der Verfasser klar, daß der Erbe nur dann die Vermächtnisnehmer befriedigen darf, wenn er von deren Berechtigung überzeugt ist. Gibt er ohne dieses Bewußtsein Gegenstände aus dem Nachlaß an Unberechtigten, haftet er den dadurch Geschädigten, weil er *quasi dolo* Nachlaßgegenstände aus der Hand gegeben hat. Der Verfasser zitiert dafür D. 35, 2, 41.¹⁸⁸ Nach dieser Stelle aus den Digesten liegt bei demjenigen Vorsatz vor, der ein Vermächtnis ohne Sicherheitsleistung auszahlt, obwohl er weiß, daß bezüglich der Erbschaft Streit besteht. Dieser Rechtsgedanke, daß der Erbe

¹⁸⁷ ACCURSIUS, *Glossa ordinaria*, tom. 4, Sp. 1561.

¹⁸⁸ D. 35, 2, 41: *Dolo carere non videtur, si iam nota quis controversia hereditatis legata sine cautionibus det.* - Wenn jemand, obwohl ihm schon der Streit um eine Erbschaft bekannt ist, Vermächtnisse ohne Sicherheitsleistung herausgibt, ist offenbar, daß er nicht frei von Arglist ist.

Umstände, die die Berechtigung der Nachlaßgläubiger, die sich bei ihm melden, zweifelhaft erscheinen lassen, bei der Befriedigung von Vermächtnisnehmern berücksichtigen muß, gilt aus Sicht des Verfassers dieser Glosse auch für den Erben, der ein Inventar erstellt hat. Daß der Verfasser die Besitzaufgabe des Erben als *quasi dolo*¹⁸⁹ bezeichnet, könnte ein Hinweis dafür sein, daß eine Haftung des Erben nicht nur dann eintreten soll, wenn er bösgläubig, sich also wider besseres Wissen über eine mangelhafte Berechtigung von Vermächtnisnehmern hinwegsetzt, sondern auch bei Fahrlässigkeit. Dieses würde bedeuten, daß der Erbe gegenüber Nachlaßgläubigern verpflichtet wäre, vor Befriedigung von Nachlaßgläubigern zu überprüfen, ob diese überhaupt einen Anspruch gegenüber dem Nachlaß hätten.

Die Glosse bezieht sich zwar auf *satisfaciant* im zweiten Satz von C. 6, 30, 22, 4a und damit auf die Befriedigung der Vermächtnisnehmer durch den Erben. Möglich wäre aber auch, daß der in ihr enthaltene Grundsatz auch auf die Befriedigung der Gläubiger des Erblassers angewendet wurde.¹⁹⁰ Die Interessenlage bei der Befriedigung von Vermächtnisnehmern und Gläubigern ist fast identisch, so daß eine Differenzierung zwischen beiden Gruppen von Nachlaßgläubigern unter diesem Gesichtspunkt nicht zwingend wäre. Somit könnte die Wahl des Anknüpfungspunktes der Glosse allein auf den Inhalt der zitierten Digestenstelle zurückzuführen sein, der Inhalt der Glosse ansonsten aber auch auf die Gläubiger des Erblassers bezogen werden.

Während die Glosse des ACCURSIUS allgemein die Berechtigung des sich bei dem Erben Meldenden betrifft, finden sich in der Summa codicis des AZO zu C. 6, 30, 22 Hinweise dafür, daß speziell die Rangfolge der Nachlaßgläubiger untereinander von Bedeutung sein sollte:

AZO, Summa codicis ad C. 6, 30, 22:

... Si vero heres per ignorantiam satisfecerit primo legatariis, creditoribus quidem ipse non inquietabitur postea. ... Sed et si creditoribus posterioribus heres satisfecerit per errorem, priores creditores ... sibi potuerunt consulere contra creditores posteriores. ...¹⁹¹

... Wenn aber der Erbe aus Unkenntnis zuerst die Vermächtnisnehmer befriedigt hat, wird er selbst freilich durch die Gläubiger später nicht in Anspruch genommen. ... Aber auch wenn der Erbe die nachrangigen Gläubiger irrtümlich befriedigt, können die voranstehenden Gläubiger sich Abhilfe schaffen gegen die nachrangigen Gläubiger. ...

¹⁸⁹ In der nachklassischen Rechtswissenschaft wurde eine Gruppe von Delikten, bei denen jemand einen anderen aus Unvorsichtigkeit geschädigt hat, als Quasidelikte zusammengefaßt, vgl. KASER, Privatrecht II, S. 428 f.

¹⁹⁰ Möglicherweise bezog sich die Glosse ursprünglich (auch) auf *satisfaciant* im ersten Satz von C. 6, 30, 22, 4a. Diese Anknüpfung wird jedenfalls in der Handschrift Hamburg 2227 vorgenommen, die auf das Ende des 13. Jahrhunderts datiert wird, vgl. zu dieser Handschrift DOLEZALEK, Repertorium manuscriptum Codicis Iustiniani I, S. 209 f.

¹⁹¹ AZO, Summa codicis, Sp. 632.

Der Erbe tilgt die Verbindlichkeiten des Erblassers aus dem Nachlaß, bis dieser aufgebraucht ist. Die Haftung des Erben gegenüber den Gläubigern des Erblassers endet auf diese Weise auch dann, wenn er aus Unwissenheit Vermächtnisnehmer vor Gläubigern und irrtümlich nachrangige vor vorrangigen Gläubigern befriedigt hat. Somit trifft den Erben keine Pflicht, die Rangfolge von Gläubigern und Vermächtnisnehmern zu prüfen. Er ist vor einem Rückgriff durch Gläubiger sicher, solange er keine Kenntnis von einer Vorrangigkeit anderer Nachlaßgläubiger hat. Es wäre daran zu denken, aus den Anmerkungen des AZO den Umkehrschluß zu ziehen, daß der Erbe haftet, wenn er wider besseres Wissen die Rangfolge der sich bei ihm meldenden Gläubiger und Vermächtnisnehmer verletzt und daraus für Bevorrechtigte ein Schaden entstände. Angesichts des eher gegen einen solchen Umkehrschluß sprechenden Wortlauts in C. 6, 30, 22, 4a und der erbenfreundlichen Intention in C. 6, 30, 22 insgesamt muß es jedoch als unwahrscheinlich angesehen werden, daß AZO einen solchen Haftungstatbestand im Sinne gehabt hat.

Aus den untersuchten Anmerkungen des AZO und des ACCURSIUS zu C. 6, 30, 22, 4a läßt sich ersehen, daß zwar die Berechtigung Nachlaßgläubiger, die sich beim Erben melden, von diesen zu berücksichtigen ist, wohl aber nicht die Rangfolge. Die Glossatoren folgen damit der Intention des Gesetzgebers, dem Erben ein möglichst unkompliziertes Verfahren bei der Befriedigung der Nachlaßgläubiger zu eröffnen.

bb) Auswahl des Leistungsgegenstandes

Dem Erben ist in C. 6, 30, 22, 4a und 6 gestattet, die Nachlaßgläubiger durch Hingabe von Geld oder Nachlaßgegenständen zu befriedigen oder Nachlaßgegenstände an Dritte zu verkaufen und den Erlös an die Nachlaßgläubiger abzuführen. Es stellte sich daher die Frage, ob der Erbe, wenn Geld geschuldet, aber nicht im Nachlaß vorhanden war, den Nachlaßgläubigern Gegenstände aus dem Nachlaß gegen ihren Willen an Erfüllungs Statt geben darf oder ob der Erbe verpflichtet ist, auf Verlangen der Gläubiger Gegenstände aus dem Nachlaß zu verkaufen und die Erlöse an die Gläubiger herauszugeben. Dazu werden die Meinungen zweier Glossatoren der Rechtsschule von Modena aus der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts überliefert. Nach der Überlieferung durch JOHANNES ANDREAE entscheidet sich ALBERTUS PAPIENSIS¹⁹² für erstgenannte Alternative und beruft sich dafür auf den Wortlaut von C. 6, 30, 22, 6.¹⁹³ Weiter heißt es bei JOHANNES ANDREAE über ALBERTUS:

¹⁹² ALBERTUS PAPIENSIS war wohl in der Zeit von 1211 bis 1240 Rechtslehrer in Modena, vgl. SAVIGNY, Römisches Recht im MA V, S. 78; LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 48.

¹⁹³ DURANTI, Speculum, fol. 145v.

JOHANNES ANDREAE, *Additio De Trebellianica*
ad Speculum DURANTI, lib. 2, part. 2 de in-
strumentorum editione

Inducit etiam *institu. de noxa. acti. in principio*.
Nam ut ibi dicitur: quia iniquum esset dominum
pro noxa servi ultra ipsius estimationem teneri.
ideo lex illum pro noxa, quantumcunque sit dari
permittit: *ut ibi*. Ad idem inducit. *D. de legati.*
*j. Imperator in principio. et .§. j.*¹⁹⁴ *et de legat.*
j. filiusfamilias. §. Apud Marcellum. ubi dicit
textus non posse quem rogari restituere, ultra
quam ei relictum est. unde si legatur mihi fun-
dus: et rogatus sum tibi dare decem libras dan-
do fundum.¹⁹⁵

Er zitiert auch Inst. 4, 8, 2. Denn wie dort ge-
sagt wird, daß es ungerecht wäre, daß der Herr
für die schädigende Handlung des Sklaven über
dessen Wert hinaus haftete, deshalb erlaubt das
Gesetz jenem, <den Sklaven> für die schädi-
gende Handlung, wie groß sie auch sei, weg-
zugeben, wie dort <dargestellt>. Zum gleichen
Thema zitiert er D. 31, 1, 70 pr. und 1 und D.
30, 1, 114, 3, wo es heißt, daß vom niemandem
mehr zur Erstattung gefordert werden kann als
ihm hinterlassen worden ist. Wenn mir daher
ein Grundstück vermacht wird und von mir
gefordert wird, dir zehn libra zu geben, gebe
ich das Grundstück.

ALBERTUS vergleicht das Recht des Erben zur Leistung an Erfüllung Statt
durch Hingabe von Nachlaßgegenständen mit den Grundsätzen der Noxalhaf-
tung in Inst. 4, 8, 2 und einer Haftungsbeschränkung für Vermächtnisnehmer
in D. 31, 1, 70, pr. und 1¹⁹⁶ und in D. 30, 1, 114, 3.¹⁹⁷ Im Wege der Noxalhaf-
tung wird die Haftung eines Herrn für die Handlungen seines Sklaven auf
dessen Wert beschränkt, ebenso wie ein Vermächtnisnehmer im Wege eines
Fideikommisses nur bis zum Wert des erhaltenen Vermächtnisses verpflichtet
werden kann. Im beiden Fällen kann die Haftung durch Hingabe der Sache,
die zur Verpflichtung des Rechtsträgers geführt hat, an die Gläubiger ganz
aufgehoben werden. Der von ALBERTUS vorgenommene Vergleich zeigt auf,
daß er von einem engen Zusammenhang zwischen dem Nachlaßbestand, den
der Erbe innehat, und den Nachlaßverbindlichkeiten ausging. Es wird jedoch
nicht deutlich, an welche konkreten Folgen ALBERTUS hinsichtlich der Ver-
teilung des Nachlasses denkt. Die zum Vergleich herangezogenen Textstellen
ließen vermuten, daß der Erbe den gesamten Nachlaßbestand an die Gläubi-
ger herausgeben dürfte und sich auf diese Weise gleich dem Herrn, der seinen

¹⁹⁴ Gemeint ist D. de legati ij. Imperator.

¹⁹⁵ DURANTI, Speculum, fol. 145v.

¹⁹⁶ D. 31, 1, 70, pr: ... sed et si legatum perceperit, non amplius ex causa fideicommissi cogendus
erit solvere, quam recepit. (1) Si centum legatis duplum restituere rogatus sit, ad summam legati
videbitur constituisse. - Aber auch wenn er ein Vermächtnis empfangen hat, darf er nicht wegen
eines Fideikommisses mehr zu leisten gezwungen werden als er erhalten hat. (1) Wenn er aufge-
fordert wird, das Doppelte eines empfangenen Vermächtnisses von Hundert zu erstatten, wird so
entschieden, daß sie (die Haftung) sich auf den Wert des Vermächtnisses beschränkt.

¹⁹⁷ In D. 30, 1, 114, 3 wird ebenfalls der Sachverhalt behandelt, daß ein Vermächtnis über dessen
Wert hinaus mit Fideicommissen belastet worden ist. In der Antwort des Juristen wird dabei der
Grundsatz aufgestellt: *placet non plus posse rogari quem restituere quam quantum ei relictum est* -
Es ist unbestritten, daß von jemandem nicht mehr zu erstatten gefordert werden kann als ihm hin-
terlassen worden ist.

Sklaven, oder dem Vermächtnisnehmer, der sein Vermächtnis weggibt, jeglicher Haftung entledigt. Auf der anderen Seite aber läßt der Kontext, in dem JOHANNES ANDREAE die Ansicht des ALBERTUS zitiert, keinen Schluß auf eine Abgabe des gesamten Nachlasses zu, denn er behandelt dort ansonsten nur die Herausgabe einzelner Gegenstände.

Außer ALBERTUS soll auch der wohl gleichzeitig mit diesem als Rechtslehrer in Modena tätige UBERTUS DE BOBIO,¹⁹⁸ der die Werke des ALBERTUS fortgeführt haben soll,¹⁹⁹ gegen die Pflicht des Erben zum Verkauf von Nachlassgegenständen eingetreten sein.²⁰⁰ Es spricht allerdings viel dafür, daß diese Rechtsfrage zur Zeit der Glossatoren nicht in allen Rechtsschulen Norditaliens behandelt wurde, da sie jedenfalls nicht in der *Glossa ordinaria* des ACCURSIUS erwähnt wird.

b) Beschränkung der Haftung des Erben

Untersucht man die Anmerkungen der Glossatoren zum *beneficium inventarii* daraufhin, ob ein ordnungsgemäß erstelltes Inventar die Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers gegenständlich oder nur wertmäßig auf den Nachlaß beschränkt, ergibt sich folgendes Bild:

In der sehr alten Summe *Iustiniani est in hoc opere*, die um 1127 in Südfrankreich über die Institutionen JUSTINIANS verfaßt wurde,²⁰¹ wird die Wirkung des Inventars folgendermaßen beschrieben:

Summa Iustiniani est in hoc opere ad Inst.
2, 19, 6:

Qui vero inventarium fecerint et falcidiam ex legatis retinebunt aere tamen alieno antea deducto nec hereditaria honera sustinebunt ultra bona hereditatis.²⁰²

Diejenigen aber, die ein Inventar erstellt haben, werden nach vorherigem Abzug der Schulden die falzidische Quart von den Vermächtnissen abziehen und keine erbschaftlichen Lasten über die Nachlaß vorhandenen Güter hinaus tragen.

Der Erbe, der ordnungsgemäß ein Inventar erstellt hat, haftet nicht über die *bona hereditatis* hinaus. Da mit dem Begriff *bona* das Gesamtvermögen einer Person in der Bedeutung der Gesamtheit der dazugehörigen Objekte und we-

¹⁹⁸ UBERTUS DE BOBIO († vor 1245) war von 1214 an Rechtslehrer in Parma und um das Jahr 1234 herum u.a. gemeinsam mit ALBERTUS PAPIENSIS in Modena tätig, vgl. SAVIGNY, Römisches Recht im MA V, S. 143 ff.

¹⁹⁹ SAVIGNY, Römisches Recht im MA V, S. 79, 147.

²⁰⁰ So die Überlieferung durch den rund ein Jahrhundert später lebenden ALBERICUS DE ROSATE, Commentaria zu C. 6, 30, 22 § *Et si praefatam*, tom. 2, fol. 61v.

²⁰¹ Zum Ursprung der Summe siehe GOURON, SZRom 93 (1976), S. 138.

²⁰² LEGENDRE, La Summa Institutionum „*Iustiniani est in hoc opere*“, Ius Commune Sonderheft 2, S. 70.

niger als Inbegriff des Wertes des Vermögens bezeichnet wird,²⁰³ ist hier tendenziell von einer dinglichen Haftungsbeschränkung auszugehen. In der etwas jüngeren Summa Trecensis und dieser fast wörtlich folgend in der Summe des ROGERIUS heißt es:

Summa Trecensis, Liber 6, XVII:

Quo facto et qua sollemnitate servata non conveniuntur nisi quatenus in hereditate inventum est, seu quatenus res hereditariae valent.²⁰⁴

Ist dieses (das Inventar) aufgestellt und sind diese Förmlichkeiten eingehalten worden, werden sie (die Erben) nur belangt, soweit etwas im Nachlaß gefunden wird oder soweit die Nachlaßgegenstände werthaltig sind.

Die Summa Trecensis ist wie schon die justinianische Konstitution C. 6, 30, 22 von ihrem Wortlaut her mehrdeutig. Von den beiden Erklärungen bleibt eine, *quatenus res hereditariae valent*, sprachlich nahe an der von ihr erläuterten Codexstelle C. 6, 30, 22 4 und zeigt eine wertmäßige Haftungsbeschränkung an. Dagegen weist *quantum in hereditate inventum est* auf eine gegenständliche Beschränkung hin, wobei diese Formulierung nicht aus der justinianischen Konstitution entnommen ist. Als eigener Formulierung des Verfassers könnte dieser Erklärung ein höherer Wert beigemessen werden, eine sichere Auslegung ist jedoch nicht möglich. Die gleiche Mehrdeutigkeit zeigt sich in der Summa Vindobonensis:

Summa Vindobonensis ad Inst. 2, 19, 6,

Et ita, inventario facto, in tantum heres teneatur creditoribus hereditariis, in quantum res et substantiae ad eum devolutae valeant, et de suo nihil damnificetur.²⁰⁵

Und so haftet der Erbe, wenn er ein Inventar erstellt hat, soweit, wie die Dinge, die auf ihn übergegangen sind, werthaltig sind, und er wird an seinem Vermögen nicht geschädigt.

Die Wirkungsweise des Inventars wird auch in dieser Institutionenglosse mit zwei gegensätzlich interpretierbaren Formulierungen anschaulich gemacht, die inhaltlich aus C. 6, 30, 22, 4 und 5 entnommen sind, so daß sich auch hier kaum Schlüsse darauf ziehen lassen, welche Wirkung die Haftungsbeschränkung haben soll. Während im Brachylogus auf die Wirkungsweise des Inventars überhaupt nicht eingegangen wird, findet sich in *Lo Codi* folgende Deutung:

Lo Codi, lib. VI, tit. LXVII, 3:

Hoc beneficium habebit heres pro inventario quia ipse non tenetur nisi quantum ipse habet in hereditate, praeter in quibusdam casibus.²⁰⁶

Diese Wohltat wird der Erbe wegen des Inventars haben, weil er selbst nur haftet, soweit er etwas im Nachlaß hat, außer in bestimmten <Ausnahme->Fällen.

²⁰³ Siehe dazu die unterschiedlichen Bedeutungen bei HEUMANN/SECKEL, Handlexikon, S. 48 f.

²⁰⁴ FITTING, Summa Codicis des IRNERIUS, S. 186.

²⁰⁵ Summa Vindobonensis, ediert von PALMIERI, S. 339.

²⁰⁶ FITTING, Lo Codi, S. 219.

Der Verfasser der provenzalischen Codexsumme hebt eindeutig die gegenständliche Haftungsbeschränkung des Erben auf die im Nachlaß befindlichen Gegenstände hervor. Diese Lösung findet sich ebenfalls bei PLACENTINUS in seiner Summa codicis zu C. 6, 30, 22.²⁰⁷ Hingegen veranschaulicht AZO in seiner Summa codicis die Rechtsfolgen des Inventars zugunsten des Erben nur mit einem fast wörtlichen Zitat aus C. 6, 30, 22, 4 (*non tenent heredes creditoribus nisi in quantum res substantie devolute ad eos valent*), wobei angesichts der oben untersuchten Textstellen angezweifelt werden kann, ob er damit wirklich für eine wertmäßig beschränkte Erbenhaftung eintreten will. Die späteren Glossatoren schließlich nehmen zu dieser Frage überhaupt nicht mehr Stellung. Bei ACCURSIUS findet sich in seiner *Glossa ordinaria* zur Wirkungsweise der Haftungsbeschränkung die aus unserer Sicht wenig aussagekräftige Kommetierung *ultra vires*²⁰⁸, gleiches gilt für die *Lectura super codicem* des ODOFREDUS.²⁰⁹

Obwohl sich in den Summen des 12. Jahrhunderts oft nur wenig eindeutige, meist aus Zitaten der justinianischen Gesetze bestehende Erklärungen zur Wirkungsweise des Inventars finden lassen, kann angesichts der auf die Ausgestaltung des Nachlasses als echtem Sondervermögen in C. 6, 30, 22 einerseits und der in dieser Hinsicht kommentarlosen Hinnahme dieser Bestimmungen andererseits davon ausgegangen werden, daß für die Glossatoren eine gegenständliche Haftungsbeschränkung des Erben selbstverständlich war.

c) Regreß der Gläubiger

aa) Regreß gegen Gläubiger

Weiter ist von Interesse, ob die Glossatoren über den Wortlaut der justinianischen Gesetze hinaus den Regreß der Gläubiger, deren Forderungen im Konkurs privilegiert, aber nicht durch Hypotheken gesichert sind, gegen andere nachrangige Gläubiger zulassen. Der Verfasser der Summa Vindobonensis schreibt folgendes zum Regreß der Gläubiger untereinander:

Summa Vindobonensis ad Inst. 2, 19, 6:

sed si posterioribus creditoribus, primum ve- Aber wenn die späteren Gläubiger, die zuerst

²⁰⁷ PLACENTINUS, Summa Codicis, S. 271: ... faciat inventarium, sive repertorium, in quo scribitur omne patrimonium, posteaquam non urgebitur: nisi in quantum in hereditate reperit. - ... soll er ein Inventar oder Verzeichnis erstellen, in dem das gesamte Vermögen aufgezeichnet wird; anschließend wird er nicht in Anspruch genommen werden, außer auf den Bestand, den er im Nachlaß vorgefunden hat.

²⁰⁸ ACCURSIUS, gl. „sine periculo“ zu C. 6, 30, 22, 4, tom. 4, Sp. 1560: *creditorum ultra vires*.

²⁰⁹ ODOFREDUS, Lectura super codicem, zu C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, tom. 2, fol. 387v.: Tex. habent. scilicet quia non tenentur heredes creditoribus hereditariis ultra vires hereditatis. - zu *habent*: nämlich weil der Erbe den Erbschaftsgläubigern nicht über den Bestand der Erbschaft hinaus haftet.

nientibus, fuerit ab herede satisfactum, liceat anterioribus creditoribus eos convenire, vel hypothecaria, nisi eis debitum offeratur, vel condictione ex lege, ...²¹⁰

kamen, vom Erben befriedigt wurden, soll es den früheren Gläubigern gestattet sein, diese in Anspruch zu nehmen, entweder mit der Hypothekenklage, wenn ihnen das Geschuldete nicht angeboten wird, oder mit der *condictio ex lege*,

...

Es wird der Regreß der früheren Gläubiger (*anteriores*) gegen spätere (*posteriores*) zugelassen, und zwar mit der Hypothekenklage oder der *condictio ex lege*. Zwar ist eine Sicherung der früheren Gläubiger mit einem Pfandrecht (*hypotheca*) nicht ausdrücklich erwähnt. Da jedoch zum einen auf die Priorität der Gläubiger abgestellt wird, zum anderen aber die justinianische Terminologie beibehalten wird, wird sich die Stelle ausschließlich auf Pfandgläubiger untereinander beziehen. Wie in C. 6, 30, 22, 6 wird also auf einen Regreß von Gläubigern ohne Pfandrecht gegen ungesicherte Gläubiger überhaupt nicht eingegangen. Gleiches gilt für entsprechende Deutungen in AZOS Summa codicis²¹¹. In der *Glossa ordinaria* des ACCURSIUS findet sich folgender Grundsatz für den Regreß der Gläubiger:

gl. *repellantur* zu C. 6, 30, 22, 4a:

<repellantur> ab herede, et ab creditoribus suum consecutis: quibus licuit vigilare ad suum consequendum: ut *D. qua in frau. cre. l. Pupillus nisi posteriores potiores sint in pignore: ut infra .§. Licentia danda.*^{212 213}

<Sie werden abgewiesen> vom Erben und von den Gläubigern, die das Ihre erlangt haben; denen war erlaubt, darüber zu wachen, das Ihre zu erlangen, wie D. 42, 8, 24, wenn nicht später ein vorgehendes Pfandrecht innehaben, wie unten C. 6, 30, 22, 6.

ACCURSIUS stellt für die Situation, daß der Erbe Nachlaßgläubiger befriedigt hat und der Nachlaß dabei aufgebraucht worden ist, den Grundsatz auf, daß die sich anschließend meldenden Gläubiger abgewiesen werden, und zwar einerseits vom Erben, aber jedoch auch von den Gläubigern, deren Forderungen erfüllt wurden. Bezüglich der Gläubiger leitet er diesen Grundsatz aus D. 42, 8, 24²¹⁴ her. In D. 42, 8, 24 wird dem Gläubiger, dessen Forderung kurz

²¹⁰ Summa pseudoirneriana, in: BIMA I, S. 339.

²¹¹ AZO, Summa codicis, Sp. 632 (Text zitiert oben S. 59)

²¹² Der § *licentia danda* (C. 6, 30, 22, 10) enthält keine Bestimmungen über den Regreß der Gläubiger untereinander. In älteren, allgemein als zuverlässiger angesehenen Glossenausgaben (siehe dazu LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 351; SCHRAGE, Utrumque Ius, S. 51), z.B. Venedig 1487-89, wird an dieser Stelle nur ein §. *licentia* zitiert, was auch auf den zweiten Satz von C. 6, 30, 22, 5 (*Licentia creditoribus non deneganda* ...) bezogen werden kann. Dieser Satz beinhaltet den Regreß der Gläubiger gegen die Vermächtnisnehmer, wahrscheinlich war der nachfolgende Satz (heute erster Satz von C. 6, 30, 22, 6) ursprünglich zusammen mit C. 6, 30, 22, 5 2. Satz zu einem Paragraphen zusammengefaßt.

²¹³ ACCURSIUS, Glossa ordinaria, tom. 4, Sp. 1560.

²¹⁴ D. 42, 8, 24: Pupillus patri heres extitit et uni creditorum solvit: mox abstinuit hereditate paterna: bona patris veneunt: an id quod accepit creditor revocandum sit, ne melioris condicionis sit quam ceteri creditores? an distinguimus, per gratificationem acceperit an non, ut si per gratifica-

vor Konkurseröffnung noch erfüllt wird, zugestanden, das an ihn Geleistete zu behalten, wenn er die Leistung nicht durch Zwangswirkung gegen den Willen des Schuldners erlangt hat, sondern vielmehr aufmerksamer und schneller als die anderen, nicht befriedigten Gläubiger gewesen ist. Gleichmaßen soll einem Gläubiger des Erblässers, der sich zuerst beim Erben gemeldet hat und deshalb besser gestellt ist als andere Gläubiger, die wegen der Haftungsbeschränkung durch das *beneficium inventarii* nicht mehr gegen den Erben vorgehen können, prinzipiell dieser Vorteil erhalten bleiben, weil er ihn seiner Wachsamkeit zu verdanken hat. Ein Rückgriff gegen diesen Gläubiger soll nur dann ausnahmsweise nach der justinianischen Bestimmung in C. 6, 30, 22, 6 zulässig sein, wenn dieser auf ein vorrangiges Pfandrecht gestützt werden kann. In der *Glossa ordinaria* findet sich jedoch auch eine Glosse zu C. 6, 30, 22, 6, die auf einen weitergehenden Rückgriff gegen Gläubiger hinweisen könnte:

gl. *sin vero heredes* zu C. 6, 30, 22, 6:

qualiter creditores adversus legatarios veniant, dixit: nunc qualiter primi creditores veniant adversus posteriores. et ad hoc *D. de condi. indeb. l. Tutores.*²¹⁵

Wie Gläubiger gegen Legatäre klagen, hat er gesagt; nun, wie frühere Gläubiger gegen spätere klagen, und dazu D. 12, 6, 61.

tionem tutorum, revocetur ad eandem portionem, quam ceteri creditores fuerint laturi: sin vero iuste exegerit, ceteri creditores neglexerint ex actionem, interea res deterior facta sit, vel mortalitate vel subductis rebus mobilibus vel rebus soli ad irritum perductis, id quod acceperit creditor revocari nullo pacto potest, quoniam alii creditores suae negligentiae expensum ferre debeant. quod ergo, si, cum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam, an actione revocari ea possit a me? an distinguendum est, si extorserim invito, revocetur, si non extorserim, non revocetur? sed vigilavi, meliorem meam condicionem feci, ius civile vigilantibus scriptum est: ideoque non revocatur id quod percepi. - Ein Unmündiger wurde Erbe seines Vaters, und leistete an einen der Gläubiger; darauf sagte er sich von der väterlichen Erbschaft los, und es wurde über den Nachlaß des Vaters der Konkurs eröffnet. Ist nun das, was der Gläubiger empfangen hat, zurückzufordern, damit er nicht in einer besseren Lage sei als die übrigen Gläubiger? Wir haben unterschieden, ob er diese durch Begünstigung erhalten hat oder nicht, so daß, wenn es durch eine Begünstigung seitens der Vormünder geschehen ist, von ihm der Anteil zurückgefordert wird, den die übrigen Gläubiger bekommen sollten; wenn er aber mit Recht seine Forderung eingetrieben hat, die anderen Gläubiger aber diese Klage versäumt haben, und die Sache sich inzwischen verschlechtert hat, sei es durch Sterblichkeit oder durch Entziehung beweglicher Dinge, oder daß unbewegliche Sachen wertlos geworden sind, dann kann das, was der Gläubiger empfangen hat, keinesfalls zurückgefordert werden, weil die anderen Gläubiger sich ihre Nachlässigkeit anrechnen lassen müssen. Was also, wenn mein Schuldner zu der Zeit, wo so eben über sein Vermögen der Konkurs eröffnet werden sollte, mir Geld ausgezahlt hat, kann dieses von mir durch eine Klage wieder zurückgefordert werden? Ist hier zu unterscheiden, ob ich es ihm gegen seinen Willen abgezwungen habe, so daß es von zurückgefordert wird, oder ob ich es nicht abgezwungen habe, so daß es nicht zurückgefordert wird? Ich jedoch bin wachsam gewesen und habe meine bessere Lage selbst geschaffen; das Zivilrecht ist für die Wachsamten geschrieben, deshalb wird das nicht zurückgefordert, was ich erhalten habe.

²¹⁵ ACCURSIUS, *Glossa ordinaria*, tom. 4, Sp. 1561.

Die Glosse beinhaltet eine kurze Summe zu C. 6, 30, 22, 5 und 6. Zum Rückgriff der „früheren Gläubiger“ gegen die „späteren Gläubiger“ wird aus den Digesten D. 12, 6, 61²¹⁶ zitiert. Dieser Stelle liegt der Sachverhalt zu Grunde, daß Nachlaßgläubiger durch die Vormünder des Erben aus dem Nachlaß befriedigt und anschließend wegen unzureichender Mittel im Nachlaß von der Erbschaft wieder Abstand genommen wurde. Da sich - was bei einem überschuldeten Nachlaß anzunehmen ist - kein anderer Erbe findet, der die Erbschaft antritt, wird der Nachlaß in einem Konkursverfahren an die Nachlaßgläubiger verteilt.²¹⁷ Die durch die Vormünder befriedigten Gläubiger sollen nach der Antwort des Juristen an die anderen Gläubiger das zahlen, was sie über das ihnen (im Konkurs) Geschuldete hinaus erhalten haben. Nach der in dieser Stelle vertretenen Ansicht wird also der Regreß unter den Gläubigern in dem Umfang zugelassen, daß er zu einem anteiligen Ausgleich unter den Gläubigern führt. Allein der Umstand, daß diese Digestenstelle in dieser Glosse zitiert wird, ist aber noch kein sicherer Hinweis darauf, daß auch bei Haftungsbeschränkung des Erben durch das Inventar ein allgemeiner Regreß nach den Bestimmungen über den Konkurs zugelassen sein soll. Gegen eine weite Auslegung der Stelle spricht auch, daß sich in der *Glossa ordinaria* des ACCURSIUS noch zwei weitere Glossen befinden, nach denen unter den Gläubigern des Erblassers in unserem Fall nur der Rückgriff aus dem vorrangigen Pfandrecht zulässig sein soll.²¹⁸ Somit kann davon ausgegangen werden, daß die *Glossa ordinaria* hinsichtlich des Rückgriffs unter den Gläubigern des Erblassers bei der ursprünglichen justinianischen Regelung bleibt.

ODOFREDUS behandelt die Rechtsfrage nach dem Regreß gegen Gläubiger folgendermaßen:

ODOFREDUS, *Lectura codicis* ad C. 6, 30, 22,
§ Et si praefatam:

Tex. *offerre*. Sed nonne privilegia non ex tempore sed ex causa considerantur: ut *D. de privi-*

Zu *offerre*: Aber die Vorrechte werden doch nicht nach Zeit, sondern nach dem Rechtsgrund

²¹⁶ D. 12, 6, 61: *Tutores pupilli quibusdam creditoribus patris ex patrimonio paterno solverunt, sed postea non sufficientibus bonis pupillum abstinerunt: quaeritur, an quod amplius creditoribus per tutores pupilli solutum est vel totum quod acceperunt restituere debeant. respondi, si nihil dolo factum esset, tutori quidem vel pupillo non deberi, creditoribus autem aliis in id, quod amplius sui debiti solutum est, teneri.* - Die Vormünder eines Minderjährigen haben einigen Gläubigern des Vaters aus dem väterlichen Vermögen Zahlung geleistet, aber später, als das Vermögen nicht ausreichte, haben sie den Minderjährigen losgesagt; man fragt, ob die Gläubiger das, was ihnen durch die Vormünder des Minderjährigen mehr gezahlt worden ist, oder das Ganze, was sie erhalten haben, zurückerstatten müssen? Ich habe geantwortet, daß, wenn nichts mit Absicht geschehen sei, dem Vormund oder dem Mündel nichts geschuldet werde, den andern Gläubigern aber haften sie soweit, als mehr als das ihnen Geschuldete gezahlt worden ist.

²¹⁷ Vgl. KASER/HACKL, *Zivilprozeßrecht*, § 57 II.1.

²¹⁸ Siehe gl. „*servanda*“ zu C. 6, 30, 22, 9, tom. 4, Sp. 1562 und gl. „*non revocetur*“ zu D. 42, 8, 24, tom. 3, Sp. 622.

le. cre. l. Privilegia. Verum est in his qui non habent hypothecam. Sed hic habent: et ideo aliis perferuntur: *ut infra qui po. in pig. ha. l. ij.* Preterea illud est verum cum simul concurrunt. Sed instatur: nonne licuit posterioribus creditoribus vigilare etcetera. *ut. supra depo. l. ul.* et heres excusatur si solvit eis: quia putabat eis deberi? Respondeo sic. sed ius priorum creditorum remanet salvum contra posteriores.²¹⁹

beurteilt, wie D. 42, 5, 32. Wahr ist dieses für diejenigen, die kein Pfandrecht haben; aber in diesem Fall haben sie eines und gehen deshalb anderen vor, wie C. 8, 17, 2. Deshalb ist dieses wahr, wenn sie zugleich zusammentreffen. Aber es wird eingewendet, ob nicht etwa den späteren Gläubigern erlaubt sei zu wachen usw., wie C. 4, 34, 12, und der Erbe doch entschuldigt werde, wenn er an sie leiste, weil er glaubte, ihnen zu schulden? Ich antworte auf diese Weise, aber das Recht der früheren Gläubiger bleibt unberührt gegenüber den späteren.

ODOFREDUS geht bei seinen Überlegungen von dem aus D. 42, 5, 32²²⁰ entnommenen Grundsatz aus, daß für die Rangfolge unter den Gläubigern zunächst allein der Rechtsgrund ihrer Forderung und nur bei gleichem Rechtsgrund das Prinzip der Priorität entscheidend ist. Deshalb differenziert ODOFREDUS danach, ob die Gläubiger ein Pfandrecht haben oder nicht. Unter Gläubigern, die nicht durch Pfandrechte gesichert sind, gibt es keinen Regreß. Haben aber einige von ihnen ein Pfandrecht an einer zum Nachlaß gehörenden Sache, ist diesen Gläubigern der Rückgriff gegen andere Gläubiger eröffnet. Treffen mehrere Pfandgläubiger einer Sache aufeinander, sind diejenigen mit dem früheren Pfandrecht zum Regreß berechtigt, was ODOFREDUS mit C. 8, 17, 2²²¹ belegt. Dieses gilt seiner Ansicht nach sowohl, wenn sie sich gleichzeitig beim Erben melden, als auch, wenn die Gläubiger mit dem späteren Pfandrecht zuerst durch den Erben mit befreiender Wirkung für diesen befriedigt werden. Schließlich erläutert ODOFREDUS, daß der Grundsatz *ius civile vigilantibus scriptum est*, den er hier nicht, wie ACCURIUS, aus D. 42, 8, 24 entnimmt, sondern aus C. 4, 32, 12,²²² nicht für die

²¹⁹ ODOFREDUS, *Lectura codicis*, C. 6, 30, 22 - Et si praefatam, fol. 388r.

²²⁰ D. 42, 5, 32: *Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa, et si eiusdem tituli fuerint, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint.* - Vorrechte werden nicht aus der Abfolge eingeschätzt, sondern aus dem Rechtsgrund; und wenn sie denselben Rechtsgrund haben, konkurrieren sie miteinander, freilich werden sie dann nach der Abfolge unterschieden.

²²¹ C. 8, 17, 2: *Si decreto praetoris, qui de fideicommisso ius dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi condicionalis servandi gratiosa prius inducti estis, quam adversarius vester in causa iudicati eiusdem fundi pignus occupavit iussu eius, qui iure sententiam exsequabatur, tempore potiores estis. nam cum de pignore utraque pars contendat, praevalet iure, qui praevenit tempore.* - Wenn ihr nach dem Dekret des Prätors, der über ein Fideikommiß Recht gesprochen hat, in den Besitz des erbschaftlichen Landgutes zur Aufrechterhaltung des bedingten Fideikommisses durch Begünstigung früher eingeführt worden seid als euer Gegner aus dem Rechtsgrund eines Urteils sich desselben Landguts als Pfand bemächtigte, seid ihr auf Befehl dessen, der das Urteil rechtlich vollstreckte, der Zeit nach bevorzugt. Denn wenn beide Parteien über das Pfand streiten, steht der rechtlich voran, der der Zeit nach zuvorgekommen ist.

²²² C. 4, 34, 12 lautet gegen Ende: *nobis etenim non videtur esse homo obnoxius ... qui suam partem suscepit, ne industria poenas desidiae solvat.* - Denn für uns ist offenbar, daß ein Mensch nicht

Pfandrechtsgläubiger gilt. Er folgt also in dieser Frage der *Glossa ordinaria*. Darüber hinaus führt ODOFREDUS an späterer Stelle noch folgendes zum Regreß unter den Gläubigern aus:

ODOFREDUS, *Lectura codicis* ad C. 6, 30, 22
§ Et si praefatam:

Sed quid erit si creditores erant eiusdem temporis: et ille cui iam satisfactum est: et ille cui non est satisfactum: nunquid poterit alter creditor cui satisfactum non est ab eo cui solutum est qui est eiusdem temporis advocare pro parte ut fiat communicatio? Respondeo sic: *ut ar. ff. de bo. aucto. iudi. possi. l. Si non expedierit. §. Quid ergo. ibi. aut communicandum etcetera.*²²³

Aber was wird sein, wenn die Gläubiger dieselbe zeitliche Abfolge hatten und der eine schon befriedigt ist und der andere nicht befriedigt worden ist; kann etwa der andere Gläubiger, der nicht befriedigt worden ist, von demjenigen, an den gezahlt worden ist, der aber hinsichtlich der Zeit gleichzustellen ist, fordern, daß anteilig eine Aufteilung stattfinde? Ich bejahe dieses, wie sich beweisen läßt aus D. 42, 5, 6, 2, dort *aut communicandum* usw.

Es geht aus dem Wortlaut des Textes nicht eindeutig hervor, worauf sich ODOFREDUS mit *eiusdem temporis* bezieht. Es kann bedeuten, daß die Gläubiger Pfandrechte haben, die zur gleichen Zeit entstanden sind, möglich ist aber auch, daß sich die Gläubiger zur gleichen Zeit beim Erben mit ihrer Forderung gemeldet haben. Eine Hilfe bietet hier die von ODOFREDUS zitierte Digestenstelle D. 42, 5, 6, 2.²²⁴ Dort geht es um den Ausgleich zwischen zwei Gläubigern, die sich zugleich beim Vormund eines noch minderjährigen Mündels melden und von denen einer aus Begünstigung befriedigt wird und der andere nicht. Somit kommt es ODOFREDUS wohl entscheidend darauf an, daß sich zwei Gläubiger zugleich beim Erben melden, jedoch nur einer von beiden befriedigt wird.²²⁵ ODOFREDUS billigt dem unbefriedigt gebliebenen Gläubiger unter Hinweis auf D. 42, 5, 6, 2 einen Anspruch gegen den anderen Gläubiger auf Teilung des Erhaltenen zu. Man kann daraus den Schluß ziehen, daß nach Ansicht des ODOFREDUS die bereits durch den Erben befriedigten Gläubiger vor einem Regreß anderer Gläubiger, die kein Pfandrecht haben, dann sicher sein sollen, wenn sie sich mit ihrer Forderung früher beim Erben gemeldet haben und sie nicht durch den Erben begünstigt wurden. Entsprechend wendet ODOFREDUS an voriger Stelle die Bestimmungen aus D. 42, 8, 24 und C. 4, 34, 12 auf die bereits befriedigten Gläubiger an und sieht als

... verpflichtet ist, der seinen Anteil empfangen hat, damit nicht die Sorgfalt die Strafe für die Unachtsamkeit trägt.

²²³ ODOFREDUS, *Lectura codicis*, tom. 2, fol. 388r.

²²⁴ D. 42, 5, 6, 2: Quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solvit, aequum esse aut prius eandem portionem mihi quaeri aut communicandum quod accepisti. - Wenn aber der Vormund, <von mir und dir> zugleich gedrängt, an dich aus Begünstigung zahlt, ist es gerecht, daß entweder ich vorher denselben Anteil erhalte oder geteilt wird, was du erhalten hast.

²²⁵ Ob die Gläubiger gleichrangige Pfandrechte oder überhaupt keine haben, ist dagegen für die Lösung des ODOFREDUS irrelevant.

Grund für den Ausschluß des Regresses die Regel *ius civile vigilantibus scriptum est* an.²²⁶ Überprüft man diese Auslegung am Wortlaut des *Corpus iuris*, widerspricht die Zulassung des Rückgriffs unter sich gleichzeitig beim Erben meldenden Gläubigern, die nicht durch Pfandrechte gesichert sind, nicht den Festsetzungen des justinianischen Rechts, weil dieser Fall im *Corpus Iuris* nicht ausdrücklich geregelt worden ist. Hier bestätigt sich, daß unter den Glossatoren eine Tendenz vorherrschte, Lücken in den Regelungen in C. 6, 30, 22 im Interesse der Gläubiger des Erblassers zu füllen und auf diese Weise unbillige Härten zu mildern.

bb) Regreß gegen Käufer von Nachlaßgegenständen

Die Inanspruchnahme derjenigen, denen der Erbe Nachlaßgegenstände verkauft hat, um mit dem Kaufpreis Gläubiger und Vermächtnisnehmer auszu zahlen, ist zwar grundsätzlich in C. 6, 30, 22, 5 und 8 ausgeschlossen worden. Dieses wird von den Glossatoren im Grundsatz anerkannt. Gleichzeitig suchten aber einige der späteren Glossatoren Fallgestaltungen, in denen ein Rückgriff der Gläubiger des Erblassers auf die Käufer zugelassen werden könnte. Bei ACCURSIUS findet sich zu C. 6, 30, 22, 8 als Glosse zum Wort *emptores*

apud quos desierunt esse.²²⁷

bei denen sie aufgehört haben zu sein.

Den bei der Verteilung des Nachlasses leer ausgegangenen Gläubigern soll der Rückgriff gegen die Käufer von Nachlaßgegenständen verwehrt werden, wenn bei diesen die gekauften Gegenstände nicht mehr vorhanden sind. Versteht man dieses als Tatbestandsmerkmal für den Ausschluß der Inanspruchnahme der Käufer, können die Gläubiger des Erblassers folglich die Herausgabe der Sache verlangen, wenn sie sich noch beim Käufer befindet. Einen solchen Zugriff auf die Sache wird der Verfasser der Glosse jedoch nur den Gläubigern eines Pfandrechts an der Sache zugestanden haben. Die gleiche Problematik wird in der Glosse *per conditionem* zu C. 6, 30, 22, 6 behandelt:

quando venditae sunt, et aestimatio data. Et intellige quando apud emptorem esse desierunt: alias cum posset agi hypothecaria contra emptorem, non daretur conditio ex lege contra creditorem ad id, quod est solutum, secundum Ir. ut arg. *D. de cond ex leg. l. j.* Sed hic videtur velle, etiam si extitit, non teneri emptorem: et est ad hoc *infra de quadri. praescr. l. Bene a Zenone.*²²⁸

wenn sie verkauft sind und der Gegenwert übergeben wurde. Und dieses ist anzunehmen, wenn sie aufhören, beim Käufer zu sein: sonst, wenn mit der Hypothekenklage gegen den Käufer geklagt werden könnte, wäre nach IRNERIUS die *conditio ex lege* nicht gegen den Gläubiger auf das gegeben, was gezahlt wurde, wie bewiesen wird durch D. 13, 2, 1. Aber hier scheint er (JU-

²²⁶ ODOFREDUS, *Lectura codicis* zu C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 388r.

²²⁷ ACCURSIUS, *Glossa ordinaria*, tom. 4, Sp. 1561.

²²⁸ ACCURSIUS, *Glossa ordinaria*, tom. 4, Sp. 1561.

(JUSTINIAN) zu wollen, daß der Käufer nicht haftet, auch wenn sie vorhanden sind, und dazu C. 7, 37, 3.

Thema der Glosse ist die *condictio ex lege* für Gläubiger mit älterem Pfandrecht gegen andere Gläubiger, die Zahlung aus der Erbschaft erhalten haben. Die *condictio ex lege* soll Anwendung finden, wenn zum Nachlaß gehörende Sachen verkauft und mit dem Kaufpreis die Gläubiger bezahlt worden sind. Weitere Voraussetzung soll sein, daß sich der verkaufte Gegenstand nicht mehr beim Käufer befindet. In diesem Zusammenhang zitiert ACCURSIUS eine Ansicht des IRNERIUS,²²⁹ nach der die *condictio ex lege* dann ausgeschlossen sein soll, wenn mit der Hypothekenklage gegen den Käufer vorgegangen werden kann. Die Ansicht des IRNERIUS stützt sich auf D. 13, 2, 1,²³⁰ wonach die *condictio ex lege* dann anwendbar ist, wenn keine andere Rechtsgrundlage für eine Klage vorliegt. Aufgrund dieser Subsidiarität müßte die *condictio ex lege* den Gläubigern verwehrt werden, wenn diese mit der Hypothekenklage gegen den Käufer von Nachlaßgegenständen, der noch im Besitz der Sachen ist, vorgehen können. Dieses würde bedeuten, daß die mit einem Pfandrecht gesicherten Gläubiger sich bei unzureichendem Nachlaß solange an den Käufer halten dürfen und müssen, wie sich die gekaufte Sache noch bei diesem befindet; dieses steht im Einklang mit der Glosse *emptores*. Ob IRNERIUS tatsächlich zur Problematik des Regresses gegen die Käufer, der in C. 6, 30, 22, 5 und 8 von JUSTINIAN ausgeschlossen worden ist, in einer seiner Glossen Stellung genommen hat, bleibt unklar. Denkbar wäre, daß IRNERIUS nur allgemein zur Rechtslage nach Verkauf eines Pfandes Stellung genommen hat. Ein Indiz dafür ist jedenfalls die Einleitung des betreffenden Satzes mit *alias* und die Kennzeichnung *hic* im folgenden Satz, in dem ACCURSIUS feststellt, daß Konstitution JUSTINIANS dieser Rechtsansicht offenbar entgegensteht. Zur Begründung verweist ACCURSIUS auf C. 7, 37, 3, wonach diejenigen, die etwas vom kaiserlichen Hof gekauft haben, derart privilegiert sind, daß sie nicht verklagt werden dürfen, wenn aus Eigentum oder einem Pfandrecht an der verkauften Sache vorgegangen werden soll.²³¹ Ein solcher Schutz soll

²²⁹ Zu IRNERIUS, dem Begründer der Rechtsschule von Bologna und ersten Glossator, siehe LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 154 ff. m.w.N.

²³⁰ D. 13, 2, 1: Si obligatio lege nova introducta sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est. - Wenn ein Schuldverhältnis durch ein neues Gesetz eingeführt ist und durch dasselbe Gesetz nicht bestimmt ist, mit welcher Art von Klage wir gerichtlich vorgehen sollen, ist aus dem Gesetz zu klagen.

²³¹ C. 7, 37, 3, 1: Et nemo audeat eos, qui res accipiunt per quemcumque titulum alienationis sive mobiles sive immobiles seu se moventes vel iura incorporalia vel panes civiles, iudiciis adficere vel sperare aliquam contra eos esse sibi viam apertam, sed omnis aditus excludatur, omnis motus et spes huiusmodi petulantiae. - Und niemand soll wagen, diejenigen, die durch irgendeinen Veräußerungstitel bewegliche, unbewegliche oder bewegliche Sachen oder unkörperliche Sachen oder öffentliche Brote empfangen haben, mit Rechtsmitteln anzugehen oder zu hoffen, daß gegen diese

auch den Personen zuteil werden, die Nachlaßgegenstände vom Käufer erworben haben. Betrachtet man die Glosse *per conditionem* für sich allein, käme man ohne Zweifel zum Ergebnis, daß ACCURSIUS in C. 6, 30, 22 eine Spezialregel zum Regreß gegen die Käufer erblickte, die vom allgemeinen Grundsatz, daß die Verfolgung des Pfandes bei den Käufern erlaubt ist, abweiche. Allerdings harmoniert eine solche Auslegung nicht mit dem Inhalt der zuvor untersuchten Glosse zum Wort *emptores*, nach der nur die Käufer vor Rückforderungen sicher sind, bei denen sich die gekauften Gegenstände nicht mehr befinden. Es bleiben daher große Unklarheiten, welche Ansicht ACCURSIUS tatsächlich für richtig hielt. Der Widerspruch könnte vielleicht so erklärt werden, daß ACCURSIUS sich in der Glosse *per conditionem* gegen eine Inanspruchnahme der Käufer entschieden hat und die Glosse *emptores* erst in der Zeit nach ACCURSIUS in die *Glossa ordinaria* aufgenommen wurde, wobei ihr Inhalt der Glosse *per conditionem* entnommen sein könnte.²³²

Auch ODOFREDUS behandelt die Problematik der Inanspruchnahme des Käufers. Für das Verbot der Inanspruchnahme der Käufer in C. 6, 30, 22, 8 sieht er folgenden Grund:

ODOFREDUS, *Lectura codicis* ad C. 6, 30, 22,
§ Et si praefatam:

Tex. *concedatur*. quia si ageretur contra emptorem : ipse emptor ageret contra heredes: quod non debet esse. ut. *infra de usur.rei iudi. l. ult.*²³³

Zu *concedatur*: weil, wenn gegen den Käufer geklagt wird, der Käufer selbst gegen den Erben klagt, was nicht sein darf, wie C. 7, 54, 3.

Wenn den Gläubigern die Möglichkeit gegeben wird, den Käufer der Nachlaßgegenstände in Anspruch zu nehmen, steht es dem Käufer nach römischem Recht wiederum offen, sich aus Eviktion am Erben schadlos zu halten, von dem er gekauft hat. Diese Konsequenz hält ODOFREDUS für unvertretbar und führt dazu C. 7, 54, 3 an. In dieser Codexstelle wird die Rechtsfolge, daß für eine rechtskräftig erkannte Schuld erst nach vier Monaten Zinsen zu zahlen sind, auch auf den Bürgen der Schuld ausgedehnt. Zur Begründung heißt es dabei, daß die ganze Regelung zum Schutze des Schuldners leerliefe, wenn nicht auch der Bürge geschützt würde, weil letzterer, wenn er in Anspruch genommen werden könnte, sogleich den Schuldner in Regreß nehmen würde.²³⁴ Für ODOFREDUS ist entscheidend, daß eine Haftungsbeschränkung nur

ihm irgendein Weg offensteht, sondern es soll jeder Zugang, jedes gerichtliche Vorgehen und Hoffnung auf eine Forderung beliebiger Art ausgeschlossen werden.

²³²Ein Hinweis dafür könnte daraus gezogen werden, daß die Glosse *emptores* in der Glossenhandschrift Hamburg 2227 aus dem Ende des 13. Jahrhunderts nicht vorhanden ist (Handschrift Hamburg 2227, fol. 142; zu dieser Handschrift siehe S. 59, Fn. 190).

²³³ODOFREDUS, *Lectura codicis*, tom. 2, fol. 388r.

²³⁴C. 7, 54, 3: cum enim interventor solvere compellatur et ipse reum coerceat ad invitam solutionem, nullum condemnatus habebat nostrae sensum humanitatis, quia per medium fideiussorem

dann effektiv sein kann, wenn sie nicht nur dem Schuldner, sondern auch Dritten zugute kommt, die zwar nach allgemeinen Regeln in Anspruch genommen werden könnten, dann jedoch in der Folge einen Rückgriff gegen den Schuldner hätten. ODOFREDUS will also dem Erben die durch das *beneficium inventarii* herbeigeführte Haftungsbeschränkung erhalten und so verhindern, daß sie über eine mögliche Inanspruchnahme der Käufer aus Eviktion ausgehöhlt wird. Ausgangspunkt jeder Überlegung, ob die Gläubiger des Erblassers sich zur Durchsetzung ihrer Forderung an die Käufer von Nachlaßgegenständen halten können, ist also der wirksame Schutz des Erben, wie ihn JUSTINIAN in C. 6, 30, 22 vorgesehen hat. Diese Prämisse unterscheidet sich grundlegend von den Kommentaren in der *Glossa ordinaria*, soweit darin den Pfandgläubigern grundsätzlich die Herausforderung des Pfandes bei den Käufern gestattet wird. Von diesem dargestellten Grundsatz ausgehend, untersucht ODOFREDUS in folgendem Fall, ob der Käufer Anspruchsgegner der Gläubiger des Erblassers sein kann:

ODOFREDUS, Lectura codicis ad C. 6, 30, 22,
§ Et si praefatam:

Sed quid si pecunia redacta ex venditione rei hereditariae non fuerit soluta secundis creditoribus nec posterioribus: immo heres eam consumpsit: et factus est non solvendo: numquid dabitur regressus creditoribus prioribus contra emptores? Videtur quod non per litteram istam: quae salvos et tutos reddit emptores cum dicit. nec adversus emptores. Item quia tantum eis abest scilicet precium: quantum eis adest scilicet res empta. Item ipsi de damno certant ut et ipsi creditores. et in pari causa melior consuevit esse conditio possidentis. Item reis favendum est: ut *D. de act. et obli. l. Arrianus*.²³⁵

Aber was ist, wenn das aus dem Verkauf von Nachlaßgegenständen erlöste Geld nicht an die nachfolgenden Gläubiger und auch nicht an die nachrangigen gezahlt wurde, vielmehr der Erbe dasselbe verbraucht hat und er zahlungsunfähig geworden ist; wird etwa den früheren Gläubigern ein Regreß gegen die Käufer gegeben? Man kann annehmen, daß es nicht aufgrund dieser Textstelle geschieht, die die Käufer frei und sicher beläßt, weil sie sagt: nicht gegen die Käufer. Ebenso weil ihnen soviel fehlt, nämlich der Preis, wie bei ihnen vorhanden ist, nämlich die gekaufte Sache. Gleichfalls kämpfen sie selbst wie auch die Gläubiger gegen den Schaden. Und bei gleichem Rechtsgrund pflegt die Lage des Besitzenden besser zu sein. Ebenso sind die Beklagten zu begünstigen, wie *D. 44, 7, 47*.

ODOFREDUS behandelt den Sachverhalt, daß der Erbe Nachlaßgegenstände, die mit Pfandrechten belastet sind,²³⁶ verkauft, das Geld aber nicht für die

statim pecunias persolvere compellebatur. - Denn weil der für fremde Verbindlichkeit Eintretende zur Zahlung gezwungen wird und er den Beklagten selbst zur Zahlung gegen dessen Willen nötigt, so hatte der Verurteilte gar nicht die beabsichtigte Wirkung unserer Gnade, weil er über den Bürgen sofort zur Zahlung gezwungen wurde.

²³⁵ ODOFREDUS, Lectura codicis, tom. 2, fol. 388r.

²³⁶ Daß die verkauften Gegenstände mit Pfandrechten behaftet sind, ergibt sich zum einen daraus, daß ODOFREDUS mehrfach von vorrangigen und nachrangigen Gläubigern spricht, zum andern aus der von ihm vorgetragenen Lösung des Falles, siehe unten S. 76.

Zahlung von Verbindlichkeiten des Erblassers verwendet, sondern selbst verbraucht. Der Erbe wird nicht nach den Bestimmungen aus C. 6, 30, 22, 4a frei, und seine Haftung gegenüber den Gläubigern des Erblassers bleibt daher bestehen. Da der Erbe jedoch zahlungsunfähig wird, stellt sich für die mit einem Pfandrecht an der verkauften Sache gesicherten Gläubiger die Frage, ob sie aus ihrem Pfandrecht gegen den Käufer als Besitzer der Sache vorgehen können. Dieser Inanspruchnahme der Käufer steht aus ODOFREDUS Sicht jedenfalls nicht der Schutz des Erben entgegen, da dieser weiterhin Schuldner bleibt. Somit nimmt er allein eine Abwägung zwischen den Interessen der Pfandgläubiger und der Käufer von verpfändeten, zum Nachlaß gehörenden Sachen vor.

ODOFREDUS führt als Argument für den Schutz der Käufer an, daß einer Inanspruchnahme der Käufer der Wortlaut von C. 6, 30, 22, 5 und 8 entgegenstehen könnte. Die Käufer hätten ferner auch aus dem Kauf der Nachlaßgegenstände keinen besonderen Gewinn erlangt, weil sie für die gekauften Gegenstände den Kaufpreis als Gegenleistung an den Erben gezahlt hätten. Deshalb brächte eine Inanspruchnahme durch die Gläubiger für sie im gleichen Umfang einen Nachteil mit sich, wie ihn ein Forderungsausfall für die Gläubiger des Erblassers bedeutete. Weiter spreche bei der Abwägung der Interessen von Käufern und Gläubigern der Besitz an den Nachlaßgegenständen für die Käufer, auch müsse, was ODOFREDUS aus D. 44, 7, 47²³⁷ entnimmt, vor Gericht die Verpflichtung des Beklagten abgelehnt werden, wenn dazu nur die Gelegenheit erscheint.

Trotz dieser genannten Gesichtspunkte spricht sich ODOFREDUS dafür aus, den Gläubigern des Erblassers einen Anspruch gegen die Käufer zuzugestehen:

ODOFREDUS, *Lectura codicis* ad C. 6, 30, 22,
§ Et si praefatam:

Econtra videtur scilicet quod in subsidium datur actio in emptorem ipsis creditoribus hereditariis: quia de eis loquor. *argu. ff. de le. j. l. Plane. ij. in prin. et. ff. de eo per quem fac. est. l. ul. §. j.*²³⁸

Dagegen ist freilich offenbar, daß den Nachlaßgläubigern selbst die Klage gegen den Käufer zur Hilfe gegeben wird, weil ich über diese spreche, dieses belegen D. 30, 1, 94 und D. 2, 19, 3, 1.

²³⁷ D. 44, 7, 47: Arrianus ait multum interesse, quaeras, utrum aliquis obligetur an aliquis liberetur: ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum: ubi de liberando, ex diverso, ut facilius sis ad liberationem. - Arrianus sagt, es bestehe ein großer Unterschied zwischen den Fragen, ob jemand verpflichtet werde oder ob jemand befreit werde. Wo es sich um das Verpflichtetwerden handelt, muß man, wenn sich die Gelegenheit dazu darbietet, dazu geneigt sein, es zu verneinen; handelt es sich um das Befreitwerden, so ist es umgekehrt, daß man zur Befreiung sich leichter hinneigen muß.

²³⁸ ODOFREDUS, *Lectura codicis*, fol. 388r.

Die Zulässigkeit einer Klage gegen die Käufer leitet er aus D. 30, 1, 94 und D. 2, 19, 3, 1 her. In D. 30, 1, 94²³⁹ wird der Fall erörtert, daß jemand seinen durch einen Erblasser zum Erben eingesetzten Sklaven verkauft, obwohl er verpflichtet ist, die Erbschaft als Fideikommiß weiter herauszugeben. Primär soll der Fideikommissar zur Leistung des Fideikommisses trotz des Verkaufs seines Sklaven verpflichtet bleiben, da er mit den Kaufpreis auch eine Gegenleistung für die mit übertragene Erbschaft erhalten hat. Nur falls der Fideikommissar wegen Zahlungsunfähigkeit nicht in der Lage ist, den Wert der Erbschaft dem Bedachten zu ersetzen, kann der Bedachte die Herausgabe der Erbschaft vom Käufer des Sklaven fordern. Dieser Fall ist insofern mit dem von ODOFREDUS gestellten Fall vergleichbar, als der Fideikommissar gleich dem Erben verpflichtet ist, den Nachlaß für einen bestimmten Zweck einzusetzen, ihn aber dennoch (zusammen mit seinem Sklaven) zu seinem eigenen Vorteil verkauft, obwohl er diesen an den Bedachten herauszugeben hat.

In der anderen Stelle D. 2, 19, 3, 1 geht es darum, daß derjenige zahlungsunfähig wird, der arglistig verhindert hat, daß der Beklagte vor Gericht erscheint, und dem Kläger dadurch einen Schaden zugefügt hat. Daraufhin darf der Kläger seinen Schaden vom Beklagten ersetzt verlangen, „damit nicht der Beklagte durch die Arglist eines anderen einen Vorteil erlangt und der Kläger einen Schaden erleidet.“²⁴⁰ In diesem Fall überwiegt also bei der Abwägung das schutzwerte Interesse des Klägers das Interesse des Beklagten. Allerdings besteht hier offensichtlich der Unterschied zum Ausgangsfall, daß der Beklagte einen Vorteil ohne eigene Leistung erlangt hat, während die Käufer für die Nachlaßgegenstände einen Kaufpreis an den Erben entrichtet haben. Aus Sicht des ODOFREDUS bietet sich dennoch für die Situation der Gläubiger des Erblassers und der Käufer von Nachlaßgegenständen eine ähnliche Abwägung an. Dabei führt er zur Stellung der Käufer aus, daß sie keine Rück-

²³⁹ D. 30, 1, 94: qui rogatus erat hereditatem, ex qua servus eius heres institutus erat, restituere, cum alii servum vendidisset, quaesitum est, an hereditatem restituere cogendus est is, ad quem hereditas ex emptione servi heredis scripti pervenerit. dixi compellendum esse ad fideicommissum restituendum eum, qui servum suum heredem scriptum vendidit, cum pretium hereditatis, quam restituere rogatus est, habeat. is autem, ad quem hereditas ex emptione servi heredis scripti pervenerit, ex causa cogendus erit fideicommissum praestare, id est si dominus servi heredis scripti solvendo non erit. - Jemand, der gebeten worden war, eine Erbschaft, wobei sein Sklave zum Erben eingesetzt war <als Fideikommiß> zu erstatten, hatte den Sklaven an einen anderen verkauft; es ist gefragt worden, ob derjenige zur Herausgabe der Erbschaft zu zwingen ist, zu dem die Erbschaft durch den Kauf des zum Erben eingesetzten Sklaven gelangt ist? Ich habe gesagt, daß derjenige, der seinen zum Erben eingesetzten Sklaven verkauft hat, zur Erstattung des Fideikommisses zu zwingen ist, da er den Kaufpreis für die Erbschaft, zu deren Erstattung er gebeten worden ist, innehat. Der aber, zu dem die Erbschaft durch den Ankauf des eingesetzten Sklaven gelangt ist, wird nach Umständen zur Leistung des Fideikommisses gezwungen, nämlich wenn der Herr des eingesetzten Sklaven nicht zahlungsfähig ist.

²⁴⁰ ..., ne propter dolum alienum reus lucrum faciat et actor damno adficiatur.

griffsmöglichkeit auf den Erben hätten und ihnen selbst zuzurechnen sei, daß sie beim Erben gekauft hätten und sich keinen Bürgen für den Fall der Eviktion hätten stellen lassen. Weiter stehe den Käufern kein Rückforderungsanspruch gegen die Gläubiger zu, wenn der Kaufpreis zu diesen gelange. Über die Interessen der Nachlaßgläubiger stellt er demgegenüber folgende Überlegungen an:

ODOFREDUS, *Lectura codicis* ad C. 6, 30, 22
§ Et si praefatam:

Item eis licuit vigilare ad consequendum sibi debitum: ut *D. que in fraudem creditorum .l. pupillus*. Et ista sententia potest probari per hanc litteram cum dicit. cum satis antiquioribus creditoribus provisum est. ergo cum isto casu non sit provisum. scilicet cum pecunia non fuit soluta secundis creditoribus per ar. a contrario sensu quod est fortissimum: ut *.ff. de offi. eius cui man. est iuris. l. j.* et per mentem ipsius iustiniani. postquam cum creditoribus posterioribus non est actum: videtur concessus regressus contra pignorum possessores: et sic contra emptores hereditatis: debitore prius excusso per *auc. de fideius. §. Sed neque.*²⁴¹

Ebenso war ihnen (den Gläubigern) erlaubt, über die Beibringung ihrer Forderungen zu wachen, wie *D. 42, 8, 24*. Und dieser Rechtsatz kann gebilligt werden im Hinblick auf diese Textstelle, weil sie sagt: da genug für die vorangehenden Gläubiger gesorgt worden ist; also weil in diesem Fall nicht für sie gesorgt wurde, d.h. weil das Geld nicht den nachfolgenden Gläubigern gezahlt worden ist, kann man aufgrund des Umkehrschlusses, der sehr schwerwiegend ist, wie *D. 1, 21, 1*, und aufgrund der Absicht JUSTINIANS selbst, nachdem gegen die späteren Gläubiger nicht geklagt worden ist, annehmen, daß der Regreß gegen die Besitzer der Pfandgegenstände zugelassen ist; und so auch gegen die Käufer der Erbschaft, wenn der Schuldner vorher verklagt wurde gemäß *Nov. 4, 2*.

Ausgangspunkt seiner Argumentation ist für ODOFREDUS der aus *D. 42, 8, 24* entnommene Grundsatz, daß die Gläubiger ungehindert sind, bei der Geltendmachung ihrer Forderung wachsam zu sein und sich auf diese Weise einen Vorteil gegenüber anderen Gläubigern zu sichern. Dieser Grundsatz sei auch in *C. 6, 30, 22, 8* berücksichtigt, indem hier festgestellt wird, daß genug Vorsorge für die vorrangigen Pfandgläubiger (nämlich durch Rückgriffsmöglichkeiten) getroffen sei (*cum satis antiquioribus creditoribus provisum est*), weshalb die Absicherung der Käufer gegen den Rückgriff der Gläubiger gerechtfertigt sei. Da aber hier im vorliegenden Fall ein Rückgriff (nach *C. 6, 30, 22, 5* und *6*) tatsächlich nie ausführbar war, weil der Verkaufserlös vom Erben selbst verbraucht und nicht an andere Gläubiger, die potentielle Rückgriffsschuldner wären, ausgegeben wurde, läßt ODOFREDUS den Umkehrschluß zu, daß hier nicht genug für die bevorrechtigten Gläubiger getan und deshalb der Rückgriff gegen den Besitzer der Pfandsache, nämlich den Käufer zulässig sei. Daß der Erbe möglicherweise das Geld selbst verbraucht und wegen Insolvenz als Schuldner ausfällt, sei nicht vom Gesetzgeber in Betracht gezogen worden. Deshalb befürwortet ODOFREDUS, daß abweichend

²⁴¹ ODOFREDUS, *Lectura codicis*, tom. 2, fol. 388r.

vom eindeutigen Wortlaut des § 8 kein Rückgriff gegen die Käufer zugelassen werden soll. Das Prinzip dieses Umkehrschlusses entnimmt ODOFREDUS D. 1, 21, 1. Danach wird vom Grundsatz, daß eine kraft Senatsbeschluß zugewiesene Verfahrenszuständigkeit so vom zuständigen Magistrat nicht übertragen werden darf, im Fall der *Lex Iulia* über Gewalttätigkeit folgende Ausnahme gemacht: Nach der *Lex Iulia* darf ausdrücklich derjenige, dem die Verfahrenszuständigkeit zukommt, diese auf einen anderen übertragen, wenn er abreist. Dieses gilt aber nur dann, wenn er tatsächlich abwesend sein wird, ansonsten kann die Gerichtsbarkeit auch von einem anwesenden Magistrat übergeben werden.²⁴² Einen Umkehrschluß dieser Art, daß ein Grundsatz nur unter bestimmten Voraussetzungen Geltung haben soll, ansonsten aber nicht anwendbar sein soll, hat ODOFREDUS bezüglich der Inanspruchnahme der Käufer für den von ihm gebildeten Fall vor Augen. Deshalb steht nach ODOFREDUS Ansicht der Rückgriff der Pfandgläubiger gegen die Käufer offen, allerdings nach Nov. 4, 2²⁴³ nur subsidiär. Nov. 4, 2 ist so zu verstehen, daß Sachen des Schuldners, die mit einem Pfandrecht belastet waren und vom Schuldner an einen Dritten verkauft wurden, von diesem erst mit der dinglichen Klage herausverlangt werden können, wenn die persönlichen Klagen gegen Auftraggeber und Bürgen ausgeschöpft sind. Entsprechend müssen sich die Gläubiger des Erblassers zuerst an den Erben als Schuldner und dessen etwaig vorhandene Bürgen halten.

Im übrigen lehnt ODOFREDUS unter Hinweis auf die in C. 6, 30, 22 enthaltene Regelung Ansprüche gegen die Käufer von Nachlaßgegenständen ab, wenn der gezahlte Kaufpreis vom Erben an Nachlaßgläubiger weitergeleitet worden ist. ODOFREDUS geht also - wie oben bereit gesehen - bei seinen Überlegungen zur Inanspruchnahme der Käufer vom Grundsatz aus, daß der Erbe im Ergebnis schadlos bleiben muß. Dementsprechend befürwortet er eine Klage gegen die Käufer nur dann, wenn der Kaufpreis vom Erben nicht zur Tilgung der Schulden des Erblassers verwendet, sondern selbst verbraucht wurde. In diesem Fall ist der Erbe nicht schutzwürdig, und seine Inanspruchnahme durch die Käufer aus Eviktion nicht ausgeschlossen. Beim Ausfall des

²⁴² D. 1, 21, 1: Huius rei fortissimum argumentum, quod lege Iulia de vi nominatim cavetur, ut is, cui obtigerit exercitio, possit eam si proficiscatur mandare: non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse coeperit, cum alias iurisdictio etiam a praesente mandetur. - Das stärkste Argument diesbezüglich ist, daß in der *Lex Iulia* über Gewalttätigkeit ausdrücklich bestimmt wird, daß derjenige, dem die Verwaltungszuständigkeit zukommt, diese übertragen kann, wenn er verreist. Er kann sie deshalb nur übertragen, wenn er anschließend abwesend ist, während sonst die Gerichtsbarkeit auch vom Anwesenden übertragen werden kann.

²⁴³ In Nov. 4, 2 heißt in der lateinischen Übersetzung des Authentikum u.a.: Sed neque ad res debitorum quae ab aliis detinentur veniat prius, antequam transeat viam super personalibus et contra mandatores et fideiussores et sponsores, ... - Aber er soll nicht eher die [verpfändeten] Sachen der Schuldner, die andere innehaben, gerichtlich geltend machen, bevor er den Weg über die persönliche Klage gegen die Auftraggeber und Bürgen beschritten hat.

Erben als Schuldner wegen Zahlungsunfähigkeit kommt ODOFREDUS deshalb ausnahmsweise zu der Abwägung, ob die unbefriedigt gebliebenen Nachlaßgläubiger oder die Käufer letztendlich den aus der Person des Erben entstandenen Schaden zu tragen haben und entscheidet sich gegen die Käufer. Die dazu überlieferte Begründung des ODOFREDUS ist von hoher juristischer Spitzfindigkeit und zeigt sehr eindrucksvoll die Bemühung, unbillige Härten für die Gläubiger des Erblassers zu mildern, dabei jedoch die erbenfreundliche Intention JUSTINIANS in C. 6, 30, 22 nicht zu mißachten.

Somit sind bei den späteren Glossatoren ACCURSIUS und ODOFREDUS bereits Ansätze dazu vorhanden, die Stellung der Gläubiger des Erblassers zu Lasten der Käufer der Nachlaßgegenstände zu verbessern. Grundsätzliche Unterschiede bestehen allerdings bei der Berücksichtigung der Interessen des Erben auf Schadloshaltung. Während dieser Gesichtspunkt in der *Glossa ordinaria* in diesem Zusammenhang nicht relevant ist, kommt für ODOFREDUS eine Inanspruchnahme der Käufer nur in Frage, wenn diese keinen Rückgriff beim Erben nehmen können.

d) Bestimmung des Umfangs des Nachlasses

aa) Nachweis der Aufwendungen des Erben

Der Erbe ist nach C. 6, 30, 22, 9 dazu berechtigt, seine Aufwendungen, die er für den Nachlaß getätigt hat, vom aktiven Nachlaßbestand abzuziehen, wofür er allerdings beweispflichtig ist. In der *Glossa ordinaria* wird in folgender Glosse erläutert, auf welche Weise der Erbe diesen Beweis erbringen soll:

gl. *approbaverit* zu C. 6, 30, 22, 9:

testibus, vel suo forsitan sacramento: ut D. de re milita. l. Non omnes. §. A barbaris. et de leg. tut. l. Legitimos. et argum. supra. de fide. instrumentum. l. fin. ²⁴⁴	durch Zeugen oder vielleicht durch seinen Eid, wie D. 49, 16, 5, 6 und D. 26, 4, 5 und weiter dazu C. 4, 21, 22.
--	--

Der Verfasser dieser Glosse läßt neben dem Zeugenbeweis auch eingeschränkt den Parteieid des Erben zu. Zum Parteieid werden D. 49, 16, 5, 6 und D. 26, 4, 5 sowie C. 4, 21, 22 zitiert. In zwei dieser Stellen wird der Parteieid als Beweismittel zugelassen, und zwar in D. 49, 16, 5, 6²⁴⁵ für den aus

²⁴⁴ ACCURSIUS, *Glossa ordinaria*, tom. 4, Sp. 1561 f.

²⁴⁵ D. 49, 16, 5, 6: A barbaris remissos milites ita restitui oportere HADRIANUS recipit, si probabunt, se captos evasisse, non transfugisse. sed hoc licet liquido constare non possit, argumentis tamen cognoscendum est. et si bonus miles antea aestimatus fuit, prope est, ut adfirmationi eius credatur: si remansor aut neglegens suorum aut segnis aut extra contubernium agens, non creditur ei. - Von den Barbaren freigelassene Soldaten sollen nach einem Reskript des HADRIAN so wieder aufgenommen werden, wenn sie beweisen, daß sie als Gefangene entflohen und nicht übergelaufen sind. Aber dieses muß, auch wenn es nicht deutlich feststehen kann, dennoch aufgrund von Beweisen festgestellt werden. Und wenn er vorher als guter Soldat eingeschätzt worden war, liegt es

dem Feindesland zurückgekehrten Soldaten hinsichtlich der Tatsache, daß er nicht übergelaufen ist, in C. 4, 21 22 für den zur Vorlage einer Urkunde Verpflichteten dafür, daß er entweder die Urkunde nicht hat oder ihre Vorlage für ihn einen Vermögensschaden mit sich bringt. Es handelt sich jeweils um eine Situation, in der der Beweispflichtige ohne eigenes Verschulden Schwierigkeiten hat, andere geeignete Beweise vorzubringen. Gleichfalls soll also dem Erben gestattet werden, bei Beweisnot durch beeideten eigenen Vortrag seine Aufwendungen für den Nachlaß nachzuweisen.

bb) Der Ausschluß der Folgen der Konfusion

In C. 6, 30, 22, 9 ist festgelegt, daß die Forderungen des Erben gegen den Erblasser nicht durch Konfusion untergehen, wenn der Erbe ein Inventar erstellt hat. Die Glossatoren thematisieren allgemein die Rechtsfolgen einer Konfusion nach Erstellung des Inventars sowie einige spezielle Fälle in diesem Zusammenhang. AZO untersuchte die allgemeine Wirkungsweise des Inventars auf die Konfusion der Forderungen in seiner Vorlesung zum Codex:

AZO, *Lectura Codicis*, C. 6, 30, 22 *Non haec confundantur*.

Nisi morte pereant: ut ff. de hered. vel act. vend. in fi. sed videtur falsum: quia heres se ipsum convenire non potest. sed alio sensu non confunduntur, quia sicut aliis traditionibus satis fit de bonis testatoris, ita et isti heredi. et ita habet similem praerogativam, ...²⁴⁶

Wenn diese nicht mit dem Tode erlöschen, wie D. 18, 4, 18. Aber dieses scheint falsch zu sein, weil der Erbe sich nicht mit sich selbst vereinigen kann. Aber in einem anderen Sinne fallen sie nicht zusammen, weil gleich wie andere durch Übertragungen aus dem Vermögen des Testators befriedigt werden, so auch der der Erbe selbst; und so hat er das gleiche Vorrecht,

...

Den Folgen einer möglichen Konfusion nicht unterworfen sind zunächst einmal die Forderungen, die mit dem Tode des Erblassers automatisch erlöschen. Zu C. 6, 30, 22, 9 stellt AZO fest, daß die Konfusion von Forderung und Verbindlichkeit tatsächlich zunächst einmal eintritt, da der Erbe nur eine Person ist. Mit dem Antritt der Erbschaft vereinigt er die Stellung des Gläubigers mit der des Schuldners in einer Person. Dennoch soll sich der Erbe weiter als Gläubiger aus dem Vermögen des Erblassers befriedigen dürfen. Nach AZOs Verständnis wird also nur fingiert, daß eine Konfusion nicht stattfindet. Es sollen nur die Folgen der Konfusion nicht eintreten. ACCURSIUS bestätigt diese Ansicht gleichfalls in seiner Glosse *confundantur* zu C. 6, 30,

nahe, daß seiner Bekräftigung geglaubt wird. Wenn er aber vom Urlaub ausgeblieben ist, die Seinen im Stich gelassen hat und so in der Armee oder außerhalb der Zeltkameradschaft gehandelt hat, wird ihm nicht geglaubt.

²⁴⁶ AZO, *Lectura Codicis*, S. 500, n. 2 f.

22, 9, wozu er ganz kurz anmerkt, daß dort nur die Rechtsfolgen der Konfusion ausgeschlossen seien.²⁴⁷

Bei der Bestimmung des Umfangs des Konfusionsausschlusses wird bei den jüngeren Glossatoren ab ACCURSIUS die Frage diskutiert, inwieweit Forderungen des Erben gegen den Erblasser aus Eviktion gegen den Nachlaß geltend gemacht werden können. Für die Gläubiger des Erblassers ist dieses insofern von Bedeutung, in welchem Maße der Erbe aufgrund dieser Forderung gegen den Nachlaß die Aktiva des Nachlasses zu seinen Gunsten verringern darf. ACCURSIUS bildet dazu folgenden Fall:

gl. *confundantur* zu C. 6, 30, 22, 9:

Sed quid si defunctus Titio tenebatur de evictione in duplum, et hunc Titium re evicta fecit heredem: nunquid contra creditores heres computabit duplum? Arg. quod non: ut ff. *ad legem Falcid. l. Cum emptor*. Sed forte ibi non fecerat inventarium: unde hic totum duplum reputabitur: ut hic dicit.²⁴⁸

Aber was geschieht, wenn der Verstorbene dem Titius aus Eviktion auf das Doppelte haftete und diesen Titius nachdem die Sache entzogen worden war, zum Erben gemacht hat? Ob vielleicht der Erbe gegen die Gläubiger das Doppelte in Anrechnung bringen wird? Dagegen spricht D. 35, 2, 48. Aber vielleicht hatte er dort kein Inventar errichtet; daher wird er hier das ganze *duplum* fordern, wie es (das Gesetz) hier bestimmt.

Nach klassischem römischem Recht kann ein Käufer, der vom Nichteigentümer gekauft hat, gegen diesen erst dann rechtlich vorgehen, wenn ihm die Sache von einem an ihr berechtigtem Dritten entzogen (evinziert) worden ist.²⁴⁹ In dem von ACCURSIUS gebildeten Fall hat der Erblasser dem Titius, der später sein Erbe wird, beim Verkauf einer Sache, wie zur Absicherung des Käufers üblich, die Zahlung des doppelten Kaufpreises (*duplum*) versprochen, falls die Sache evinziert wird. Nach Eintritt von Eviktions- und Erbfall stellt sich die Frage, ob der Erbe Titius als Eviktionsgläubiger gegen den Nachlaß den doppelten oder nur den einfachen Kaufpreis geltend machen kann. Nach D. 35, 2, 48²⁵⁰ soll der Erbe aus Billigkeitsgründen nur den einfachen Kaufpreis geltend machen können, wenn er selbst Käufer der Sache war. Diese Wertung will ACCURSIUS jedoch nicht für den Erben gelten lassen,

²⁴⁷ ACCURSIUS, Glossa ordinaria, gl. *confundantur* zu C. 6, 30, 22, 9, tom. 4, Sp. 1562: quantum ad effectum - dieses zur Wirkung.

²⁴⁸ ACCURSIUS, Glossa ordinaria, tom. 4, Sp. 1562.

²⁴⁹ KASER, Privatrecht I, S. 551.

²⁵⁰ D. 35, 2, 48: Cum emptor venditori vel contra heres exstitit, evicto homine utrum duplum in aes alienum deducere vel computare debeat an simplum? duplum enim esset, si alius heres exstisset. et benignius est eodem herede existente simplum ei imputari. - Wenn der Käufer den Verkäufer oder der Verkäufer den Käufer zum Erben macht, muß nach der Entziehung des [verkauften] Sklaven das Doppelte von den Verbindlichkeiten abgezogen oder hinzugerechnet werden oder das Einfache? Das Doppelte soll es nämlich sein, wenn ein anderer als Erbe eingesetzt worden ist. Und es ist gerechter, das Einfache zuzusprechen, wenn derselbe als Erbe eingesetzt ist.

der ein Inventar erstellt hat. Dieser soll, wie in C. 6, 30, 22, 9 festgelegt, so gestellt werden wie alle anderen Gläubiger des Erblassers und daher das Doppelte in Anrechnung bringen können. Während also in D. 35, 2, 48 ohne Inventar dem Erben immerhin der einfache Kaufpreis zugestanden wird, obwohl eigentlich die Voraussetzungen für eine Konfusion vorliegen, soll beim Erben mit Inventar die Konfusion von Eviktionsforderung und -schuld ganz ausgeschlossen werden. ODOFREDUS argumentiert zum gleichen Fall:

ODOFREDUS, *Lectura codicis* ad C. 6, 30, 22,
§ In computatione:

Et videtur quod retineas duplum: quia actio tua in aliquo non est confusa ut hic dicitur. Vel potest dici quod simplum retineas. ar. ff. *ad l. fal. l. Cum emptor*. Item alia ratione: cum non debeas pati damnum neque lucrum ex eius hereditate: ut in sequentibus .§. Preterea iste certat de lucro: creditores de damno. et non est eadem ratio etcetera ut *infra de codicil. l. ult.* Sed si vultis tenere primam opinionem: diceris quod in *l. Cum emptor*. heres non fecit inventarium. Nam lex illa loquitur secundum antiqua tempora secundum que erat incognita inventarii confectio. Item non obstat quod dicitur in sequentibus .§. quod heres non debet morari nec in lucro nec in damno: quia illud verum est occasione hereditatis: ut arg. *D. ad l. fal. si heres*. Et hanc questionem dicens AZO hoc ordine non persequitur: sed hoc ordine est persequenda.²⁵¹

Und es trifft offenbar zu, daß du das Doppelte erhältst, weil dein Anspruch gegen irgendjemand nicht durch Konfusion untergeht, wie hier gesagt wird. Oder man kann sagen, daß du das Einfache erhältst, was bewiesen wird durch D. 35, 2, 48. Ebenso aus einem anderen Grund, weil du weder Schaden erleiden noch Gewinn aus seinem Nachlass erhalten darfst, wie sich aus den folgenden Paragraphen ergibt. Des weiteren kämpft dieser um seinen Gewinn, die Gläubiger aber gegen ihren Schaden. Und es ist nicht das Gleiche, wie C. 6, 36, 8. Aber wenn du erstere Meinung annehmen willst, könntest du sagen, daß in *l. cum emptor*. der Erbe kein Inventar erstellt hat. Jene *lex* bezieht sich nämlich auf die alte Zeit, in der die Aufstellung eines Inventars noch unbekannt war. Ebenso steht dem nicht entgegen, daß in den folgenden Paragraphen gesagt wird, daß dem Erbe weder ein Gewinn noch ein Schaden zugelassen werden darf, weil dieses anlässlich der Erbschaft zutreffend ist, wie belegt wird durch D. 35, 2, 3. Und AZO sagt, daß er diese Streitfrage nicht gemäß dieser Regel verfolgt, aber es muß gemäß dieser Regel vorgegangen werden.

Über das bereits von ACCURSIUS ausgeführte Argument aus D. 35, 2, 48 hinaus gibt ODOFREDUS weitere Begründungen, die für die Anrechnung des einfachen Kaufpreis sprechen. So erhalte der Erbe, wenn er das Doppelte in Anrechnung bringe, einen Gewinn aus der Erbschaft; dieses widerspreche jedoch dem in C. 6, 30, 22, 10 aufgestellten Grundsatz, dem Erben, der ein Inventar erstellt habe, dürften aus der Erbschaft weder Gewinn noch Schaden entstehen. Im Gegensatz dazu gehe es den Gläubigern des Erblassers, deren Haftungsmasse durch die Anrechnung verringert werde, um die Vermeidung eines Schadens, weshalb sie nach D. 6, 36, 8²⁵² bevorzugt werden müßten.

²⁵¹ ODOFREDUS, *Lectura codicis*, tom. 2, fol. 388r.

²⁵² C. 6, 36, 8: non enim par eademque ratio videtur amittere debita et lucra non capere. - Es ist offenbar nicht dasselbe, Forderungen zu verlieren oder Gewinn nicht zu erzielen.

Diese Argumente widerlegt ODOFREDUS jedoch seiner Ansicht nach anschließend. Zunächst weist er darauf hin, daß D. 35, 2, 48 in einer Zeit verfaßt worden sei, in der das *beneficium inventarii* noch nicht eingeführt und die Konfusionsfolgen für den Erben also noch nicht grundsätzlich ausgeschlossen gewesen seien. Außerdem sei D. 35, 2, 3 vom Tatbestand her nicht auf den Titius-Eviktionsfall anwendbar, da für Titius der Gewinn nicht, wie in D. 35, 2, 3,²⁵³ durch den Erbfall entstehe. Nach der Überlieferung in den *Lectura codicis* des ODOFREDUS herrschte über das Ergebnis dieses Falles Uneinigkeit unter den Glossatoren. Während AZO für die Anrechnung des einfachen Kaufpreises eingetreten sein soll,²⁵⁴ kommt ODOFREDUS zum gleichen Ergebnis wie ACCURSIUS und spricht letztendlich dem Erben das Doppelte zu.

e) Unvollständigkeit des Inventars

Den Gläubigern des Erblassers ist nach C. 6, 30, 22, 10 gestattet, den Beweis zu führen, daß der Erbe Gegenstände, die zum Nachlaß gehören, nicht in das Inventar aufgenommen hat. ACCURSIUS versteht diese Beweislastregel als Erleichterung gegenüber der allgemeinen Regel, daß derjenige beweispflichtig ist, der sich auf eine Einwendung gegen einen Anspruch stützt. Dieses ergibt sich aus einer Glosse des ACCURSIUS zur entsprechenden Beweissituation bei Geltendmachung der falzidischen Quart.²⁵⁵ Der Erbe soll lediglich den Umfang der Vermächtnisse und den tatsächlichen Bestand des Nachlasses darlegen. Die Vermächtnisnehmer müssen demgegenüber beweisen, daß der Erbe

²⁵³ D. 35, 2, 3: Si heres institutus eam hereditatem quae solvendo non est vendiderit, vix quidem poterit persuaderi non fuisse eam hereditatem solvendo, quae emptorem invenerit: vera autem ratione nihil legatariis debetur, quia magis ex stultitia emptoris habere videtur heres institutus quam ex bonis defuncti. nam et e contrario si male vendiderit res hereditarias, non erit hoc legatariorum detrimentum: ita ergo commodum debet esse heredis, si bene res administraverit. - Wenn der eingesetzte Erbe diese Erbschaft, die überschuldet ist, verkauft hat, wird er zwar kaum in der Lage sein, jemanden zu überzeugen, daß die Erbschaft, die ja einen Käufer gefunden hat, überschuldet war; wenn dieses aber wahr ist, wird er den Vermächtnisnehmern nichts schulden, weil der eingesetzte Erbe mehr etwas aus der Dummheit des Käufers hat als aus dem Vermögen des Verstorbenen. Denn auch im gegenteiligen Fall, wenn er Nachlaßgegenstände schlecht verkauft, wird dieses nicht zum Schaden der Vermächtnisnehmer geschehen; so also muß der Vorteil dem Erben zustehen, wenn er die Sachen gut verwaltet hat.

²⁵⁴ Diese von ODOFREDUS referierte Ansicht findet sich allerdings weder in der Summa codicis noch in den Lecturae codicis des AZO.

²⁵⁵ ACCURSIUS, Glossa ordinaria, gl. *heres probatio* zu D. 22, 3, 17, tom. 1, Sp. 2062. D. 22, 3, 17 bestimmt, daß der Erbe die Beweislast für die Anwendung der lex Falcidia trägt. Dazu die Glosse: quod facit probando tot legata, et afferendo tantum esse in bonis. si enim legatarii dicunt, tantum remanet penes heredem quod sufficiat ad Falcidiam, ipsi debent probare: *ut Cod. de iure delib. l. fin. §. licentia*. - Dieses vollbringt er, indem er beweist, daß so viele Vermächtnisse vorliegen, und indem er aufführt, daß so viel im Vermögen vorhanden ist. Wenn aber die Vermächtnisnehmer sagen, daß so viel beim Erben verbleibt, wie nach der lex Falcidia ausreicht, müssen sie selbst es beweisen, wie C. 6, 30, 22, 10.

weitere Gegenstände des Erblassers in seinem Besitz hat. Diese Beweislastregel vertritt ACCURSIUS entsprechend für das *beneficium inventarii*, wie das Zitat von C. 6, 30, 22, 10 zeigt.

Bei seinen Ausführungen zu C. 6, 30, 22, 10 widmet ACCURSIUS dem Beweis durch den Eid des Erben besondere Aufmerksamkeit:

gl. *illius* zu C. 6, 30, 22, 10:

scilicet heredis. de sua ergo conscientia satisfacere tenetur: quod est notandum: ut infra de bon. aucto. iudi. possid. l. fin. in fin. et de iure dom. impe. l. fina. in fin. et D. de edend. l. Praetor. §. Sed si inscio. et infra de poena iudic. qui male iudic. authent. novo iure. et supr. de fide instrum. l. fin. et de his, qui ad ecc. confug. l. fin. §. Succubi. Item ad hoc supra de rebus credit. et iureiuran. l. In bona fidei. et D. de lega. j. l. Ab omnibus.²⁵⁶

nämlich des Erben; er muß also über seine Kenntnis Rechenschaft ablegen, was festzuhalten ist, wie C. 7, 72, 10, 3, C. 8, 33, 3, 5a, D. 2, 13, 4, 3, Authentika *novo iure* zu C. 7, 49, 1 und C. 4, 21, 22 und C. 1, 12, 6, 7. Ebenso dazu C. 4, 1, 3 und D. 30, 1, 104.

Wird der Erbe von den Gläubigern des Erblassers verdächtigt, daß er zum Nachlaß gehörende Gegenstände verheimlicht hat, können die Gläubiger vom Erben verlangen, einen Eid darüber abzulegen, daß er es nicht bösgläubig unterlassen hat, Gegenstände in das Inventar aufzunehmen. Die Glosse zitiert dazu C. 7, 72, 10, 3, C. 8, 33, 3, 5a, D. 2, 13, 4, 3, die Authentika *novo iure* zu C. 7, 49, 1,²⁵⁷ C. 4, 21, 22, C. 1, 12, 6, 7, C. 4, 1, 3 und D. 30, 1, 104. Alle von der Glosse zitierten Stellen befassen sich mit dem Beweis über die Bösgläubigkeit des Beklagten oder über eine andere Tatsache, die in dessen Sphäre begründet ist. In dieser Situation soll jeweils der Beweis durch den Parteieid des Beklagten zulässig sein.²⁵⁸ Gleichfalls soll der Erbe, der ein Inventar erstellt hat, durch den Parteieid seine Gutgläubigkeit nachweisen,

²⁵⁶ ACCURSIUS, Glossa ordinaria, tom. 4, Sp. 1563.

²⁵⁷ ACCURSIUS, Glossa ordinaria, zu C. 7, 49, tom. 4, Sp. 1937 f.

²⁵⁸ In C. 7, 72, 10, 3 und C. 8, 33, 3, 5a wird jeweils dem Gläubiger, der in der Zwangsvollstreckung Vermögensbestandteile des Schuldners verkauft hat, der Eid aufgegeben, daß er beim Verkauf den höchstmöglichen Preis erlangt hat, um den Verdacht des böswilligen Verkaufs unter Preis auszuräumen. D. 2, 13, 4, 3 behandelt den Fall, daß der Herr eines Sklaven, der ohne Wissen seines Herrn Bankgeschäfte betrieben hat, beeden muß, daß er keine Abrechnungen über diese Geschäfte in seinem Besitz hat. Ähnlich ist der Sachverhalt in C. 4, 21, 22, wo ein zur Vorlegung von Urkunden Verpflichteter, der die Herausgabe der Urkunde verweigert, den Eid ablegen muß, daß ihm durch die Vorlage ein Vermögensschaden droht und nicht andere Motive bestimmend sind. Nach C. 1, 12, 6, 7 muß derjenige einen Eid ablegen, der Güter eines in die Kirche geflüchteten Schuldners in Verwahrung hat, daß er keine Güter verbirgt und auf diese Weise vor dem Zugriff der Gläubiger entzieht. Nach der Authentika *novo iure* zu C. 7, 49, 1 soll ein Richter, der beschuldigt wird, von einer der Parteien einen Vorteil angenommen zu haben, und dem dieses aber nicht nachgewiesen werden kann, einen Eid abgeben, daß er nichts von den Parteien empfangen habe. Nach C. 4, 1, 3 soll der Richter über Verträge, die der bona fides zugrundeliegen, bei Beweisnot nach Parteieid seine Entscheidung fällen.

wenn die Gläubiger den Beweis, daß der Erbe Bestandteile des Nachlasses nicht in das Inventar aufgenommen hat, nicht erbringen konnten.

Gelingt den Gläubigern der Beweis, daß der Erbe vorsätzlich Nachlaßgegenstände nicht im Inventar aufgelistet hat, ist in C. 6, 30, 22, 10 vorgesehen, daß der Erbe das *duplum* des Wertes der Sache in den Nachlaß zu zahlen hat. Die Glossatoren beschäftigten sich spätestens vom 13. Jahrhundert an damit, ob über diese Strafe hinaus der Erbe die Vorteile der Inventarerstellung ganz verliert:

gl. *compellantur* zu C. 6, 30, 22, 10

Sed nunquid erit inventarium, in quo apparet non omnes res hereditarias esse scriptas?²⁵⁹

Aber wird etwa das Inventar Bestand haben, in dem sich zeigt, daß nicht alle Nachlaßgegenstände darin aufgeführt sind?

ACCURSIUS läßt diese Frage, aus der man bereits Zweifel an der Richtigkeit der justinianischen Lösung deuten kann,²⁶⁰ hier unbeantwortet. Zu Nov. 1, 2 pr., wo die Funktion des *beneficium inventarii* hinsichtlich der falzidischen Quart geregelt und dabei deutlich festgestellt wird, daß der Erbe die falzidische Quart nicht erhalten soll, wenn er Teile der Erbschaft beiseite schafft, erläutert ACCURSIUS allerdings, daß die strenge Rechtsfolge aus Nov. 1, 2 pr. in C. 6, 30, 22, 10 nicht angewendet wird.²⁶¹ Bei ODOFREDUS findet sich zu diesem Problem folgendes:

ODOFREDUS, Lectura codicis ad C. 6, 30, 22, § Licentia,

Utrum si heres non posuit omnia in inventario: ut quia demisit aliquod minimum an valeat inventarium? Et videtur quod non *supra e. l. Sin autem*. sed verius est quod valeat per istum .§. *Sed tamen* si aliqua surripuit: tenetur ea reddere in duplum.²⁶²

Ob wohl das Inventar wirksam sein wird, wenn der Erbe nicht alles in das Inventar aufgenommen hat, gleichsam weil er etwas noch so kleines ausgelassen hat? Und man könnte annehmen, daß nicht C. 6, 30, 22, 2-2b, sondern eher dieser Paragraph (C. 6, 30, 22, 10) einschlägig ist. Aber er ist gleichwohl verpflichtet, wenn er etwas entwendet hat, dieses doppelt zurückzuerstatten.

Die Wirksamkeit des Inventars nach Unterschlagung durch den Erben war zur Zeit des ACCURSIUS und des ODOFREDUS offensichtlich umstritten, auch wenn sowohl ACCURSIUS als auch ODOFREDUS nicht die Rechtsfolge der Unwirksamkeit vertreten. Ein Argument für die Unwirksamkeit entnimmt ODOFREDUS aus C. 6, 30, 22, 2-2b, wonach der Erbe das Inventar nach den

²⁵⁹ ACCURSIUS, Glossa ordinaria, tom. 4, Sp. 1563.

²⁶⁰ Vgl. HESS, Familien- und Erbrecht im württembergischen Landrecht, S. 153.

²⁶¹ ACCURSIUS, Glossa ordinaria, gl. *non forte* zu Nov. 1, 2 pr., tom. 5, Sp. 13: Unde hoc casu puniatur plus quis per legem istam, quam per C. *de iure deliberan. l. fi. §. illo*. - Somit wird er in diesem Fall schwerer durch dieses Gesetz bestraft als nach C. 6, 30, 22, 10.

²⁶² ODOFREDUS, Lectura codicis, tom. 2, fol. 388v.

vorgegebenen Verfahrensvorschriften zu erstellen hat. Insbesondere hat der Erbe alle Sachen, die der Verstorbene zur Zeit seines Todes im Eigentum hatte, aufzuführen und zu versichern, daß er keine Nachlaßgegenstände bösgläubig zurückhält. Wird das Inventar nur unvollständig aufgestellt und verletzt der Erbe dabei bewußt die ihm auferlegten Pflichten, könnte dieses dafür sprechen, ihm die vorteilhaften Rechtsfolgen nicht zu gewähren. ODOFREDUS entscheidet sich jedoch für die Wirksamkeit des Inventars, da in C. 6, 30, 22, 10 allein die Zahlung des *duplum* als Rechtsfolge vorgesehen ist. Die Glossatoren haben somit offenbar die Folgen einer Inventaruntreue bereits kontrovers diskutiert, halten sich jedoch im Zweifel *de lege lata* an die Regelung.

IV. Zusammenfassung

Soweit sich die Glossatoren bereits mit der Beschränkung der Erbenhaftung und dem Schutz der Gläubiger des Erblassers beschäftigen, orientieren sie sich in der Regel noch eng am Wortlaut der einschlägigen Stellen des Corpus Iuris. Die ersten Bearbeitungen zu diesem Thema, die sich auf die Mitte 12. Jahrhunderts datieren lassen, stellen meist nur eine Paraphrase der einschlägigen Stellen des Codex und der Institutionen, später auch der Novellen dar. Von den 70er Jahren des 12. Jahrhunderts an beginnen die Glossatoren, von ihnen entdeckte Regelungslücken in der justinianischen Konstitution C. 6, 30, 22 mit Grundsätzen auszufüllen, die sie dem gesamten Corpus iuris entnehmen. Nahezu allen Bearbeitungen gemeinsam ist, daß keine Interpretation von C. 6, 30, 22 entgegen dem Wortlaut stattfindet.. Das justinianische Recht wird somit nicht fortgebildet, sondern lediglich ergänzt. Nur in Bezug auf die Inanspruchnahme der Käufer von Nachlaßgegenständen durch die Gläubiger des Erblassers läßt sich bereits die Tendenz ausmachen, den in C. 6, 30, 22 festgesetzten Ausschluß des Regresses gegen die Käufer aufzuweichen.

Vorrangiger Zweck des *beneficium inventarii* in C. 6, 30, 22 ist aus Sicht der Glossatoren der Schutz des Erben vor Nachteilen, die ihn nach dem Antritt einer in ihrem Bestand ungewissen Erbschaft treffen können. Von dieser Zielrichtung her bleiben die Glossatoren ganz bei dem von ihnen angenommenen Zweck des Gesetzes. Das Ziel des Erbenschutzes legt beispielsweise ODOFREDUS bei der Untersuchung, ob die Gläubiger des Erblassers einen Rückgriff auf die Käufer von Nachlaßgegenständen haben, als wesentliche Prämisse seiner Argumentation zugrunde. Eine Auslegung der Konstitution C. 6, 30, 22 zugunsten der Gläubiger des Erblassers kommt regelmäßig dann in Betracht, wenn dem Erben kein Nachteil droht, bzw. wenn er eindeutig als nicht schutzwürdig erscheint. So liegt die Anwesenheit der Gläubiger des Erblassers bei der Aufstellung des Inventars in ihrem Interesse, gleichzeitig bringt sie keine wesentlichen Nachteile für den Erben mit sich. Bei der Befriedigung der Nachlaßgläubiger trifft den Erben entsprechend der Regelung in C. 6, 30, 22 keine Pflicht, die Rangfolge der sich bei im meldenden Gläu-

biger und Vermächtnisnehmer zu überprüfen. Lediglich wenn er Nachlaßgegenstände pflichtwidrig an Unberechtigte leistet oder wider besseres Wissen die Rangfolge mißachtet, soll er von seiner Verpflichtung gegenüber den Gläubigern des Erblassers nicht befreit werden. Eine ähnliche Gewichtung der Interessen zeigt sich in dem von ODOFREDUS gebildeten Fall zur Inanspruchnahme der Käufer von Nachlaßgegenständen. Gibt der Erbe den für Nachlaßgegenstände erhaltenen Kaufpreis nicht an die Nachlaßgläubiger weiter, sondern verbraucht ihn für sich selbst, ist er nicht schutzwürdig. Deshalb kann der durch die Herausforderung der Sache beim Käufer entstehende Eviktionsanspruch gegen den Erben hingenommen werden, und die Inanspruchnahme der Käufer wird für zulässig erachtet.

Insgesamt gesehen läßt sich bei den Glossatoren bereits eine Tendenz ausmachen, die für die Gläubiger des Erblassers eher nachteiligen Regelungen der justinianischen Konstitution C. 6, 30, 22 auf eine gläubigerfreundliche Weise auszulegen. An vielen Stellen jedoch zeigt sich, daß die Glossatoren derartige Unbilligkeiten bereits hinterfragten, aber im Ergebnis eine Auslegung gegen den eindeutigen Wortlaut der Konstitution scheuten, da sie das Corpus iuris als geltendes Recht ansahen.²⁶³ Sie hielten offenbar nicht die Fortentwicklung der Regelungen JUSTINIANS, sondern die analytische und exegetische Durchdringung des Rechtsstoffes für ihre vorrangige Aufgabe.

²⁶³ Vgl. LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 449.

E. Kommentatoren

I. Eigenarten und Methoden der Kommentatoren

Die Glossa ordinaria des ACCURSIUS stellt gleichermaßen Höhe- und Endpunkt des Zeitalters der Glossatoren dar. Sie wurde bereits in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts in Italien nicht nur bestimmend für Rechtswissenschaft und -praxis, sondern auch ihrerseits Gegenstand der Kommentierung.²⁶⁴ Die Glossa ordinaria bewirkte durch ihre große Autorität in dieser Zeit in Italien eine gewisse Lähmung der Rechtswissenschaft, zumindest was den Umfang der schriftstellerischen Tätigkeit angeht. Zur gleichen Zeit erlebt die Jurisprudenz in Südfrankreich, die sich vom Beginn des 13. Jahrhunderts an durch die Zuwanderung von in Italien ausgebildeten Juristen entwickelt hat, ihre Blütezeit. Ihre Werke, vor allem die der Schule von Orléans, wirkten vom Beginn des 14. Jahrhunderts auf die italienische Rechtswissenschaft zurück,²⁶⁵ die durch BARTOLUS DE SAXOFERRATO und BALDUS DE UBALDIS einen erneuten Höhepunkt erreichte. Die vorherrschenden Literaturtypen dieser Zeit sind *commentaria* und *consilia*, weshalb die Juristen dieser Epoche als Kommentatoren,²⁶⁶ Konsiliatoren²⁶⁷ oder aber als Postglossatoren²⁶⁸ bezeichnet werden. Kennzeichnend für die Kommentatoren ist ihre verstärkte Hinwendung zur Praxis.²⁶⁹ Sie waren neben der Beschäftigung als Rechtslehrer meist auch als Gutachter oder Advokaten tätig.

II. Erläuterungen der Kommentatoren zum *beneficium inventarii*

1. Formelle Voraussetzungen des *beneficium inventarii*

Die Kommentatoren stellten zunehmend höhere Voraussetzungen an Verfahren und Form des Inventars.²⁷⁰ Von besonderem Interesse sind aus der Sicht der Gläubiger des Erblassers zum einen die bereits von den Glossatoren erörterte Problematik der Anwesenheit der Gläubiger des Erblassers bei der Erstellung des Inventars (dazu unter a)), zum anderen eine besondere Versicherung des Erben über notwendige Ergänzungen des Inventars (dazu unter b)).

²⁶⁴ SCHRAGE, *Utrumque Ius*, S. 72; HORN, *Handbuch der Quellen I*, S. 261.

²⁶⁵ HORN, *Handbuch der Quellen I*, S. 263, 277 f.; vgl. auch SCHRAGE, *Utrumque ius*, S. 65 ff., 75; KANTOROWICZ, *Epochen der Rechtswissenschaft*, S. 6.

²⁶⁶ HORN, *Handbuch der Quellen I*, S. 261 ff.; GENZMER, *IRMAE I*. 1 Einl. § 35.

²⁶⁷ KANTOROWICZ, *Epochen der Rechtswissenschaft*, S. 5; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, S. 80 f.

²⁶⁸ SCHRAGE, *Utrumque Ius*, S. 72 f.

²⁶⁹ HORN, *Handbuch der Quellen I*, S. 262;

²⁷⁰ Siehe dazu beispielsweise die ausführliche Darstellung der Erstellung eines Inventars in einem Traktat des BALDUS, in: *Tractatus varii de inventario haeredis*, S. 29 f.

a) Anwesenheit der Gläubiger

In der Frage, ob die Gläubiger des Erblassers bei Aufstellung des Inventars anwesend zu sein haben, folgten die Kommentatoren den späteren Glossatoren und hielten die Ladung der Gläubiger des Erblassers zur Erstellung des Inventars für erforderlich.²⁷¹ Als Grund dafür wird von dem zur Rechtsschule von Orléans gehörenden JACOBUS DE RAVANIS²⁷² angeführt, daß die Gläubiger des Erblassers wegen des ihnen drohenden Verlustes ihrer Forderungen ein noch stärkeres Interesse an der Anwesenheit hätten als die nur nach einem Vorteil trachtenden Vermächtnisnehmer, die nach Nov. 1, 2 hinzuzuziehen seien, und daher erst recht geladen werden müßten.²⁷³ Dieses Argument findet sich auch bei ALBERICUS DE ROSATE²⁷⁴ und bei BARTHOLOMAEUS DE SALICETO.²⁷⁵ Insbesondere BARTOLUS DE SAXOFERRATO²⁷⁶ führt in seinem Codexkommentar aus, welche Interessen die Gläubiger des Erblassers an ihrer Ladung zur Inventarerstellung haben:

²⁷¹ So z.B. JACOBUS DE RAVANIS, *Lectura super prima parte Codicis*, ad C. 6, 30, 22, fol. 293v; BARTOLUS, *Commentaria in secundam Codicis partem*, ad C. 6, 30, 22, § Cum igitur, fol. 30v, n. 3; BALDUS, *Commentaria in sextum Codicis librum*, ad C. 6, 30, 22, § Cum igitur, fol. 94v, n. 6; ANGELUS, *Commentaria super Codice*, ad C. 6, 30, 22, fol. 166r, n. 9; PAULUS DE CASTRO, *Commentaria in secundam Codicis partem*, ad C. 6, 30, 22, fol. 69v, n. 5; ebenso der Kanonist DURANTI, *Speculum iudiciale*, lib. 2, fol. 146r, n. 22.

²⁷² JACOBUS DE RAVANIS (1230/1240-1296) studierte in der Rechtsschule von Orléans und lehrte dort bis ca. 1280, vgl. zur Biographie WEIMAR, in: *LexMA VII*, Sp. 772; MEIJERS, *Études III*, S. 59 ff.

²⁷³ JACOBUS DE RAVANIS, *Lectura super prima parte Codicis*, ad C. 6, 30, 22, fol. 293v.: Sed argumentum est quod ex quo .l. est de legatariis qui certant de lucro quod vocari debent, multo fortius et creditores qui certant de damno. *ar. l. infra de cod. l. ult.* - Aber es wird bewiesen, daß sich aus dieser *lex* für die Vermächtnisnehmer, die sich um einen Gewinn bemühen, ergibt, daß diese gerufen werden müssen; um wieviel mehr muß dieses auch für die Gläubiger gelten, die sich gegen einen Verlust wenden, dieses belegt C. 6, 36, 8.

²⁷⁴ ALBERICUS DE ROSATE, *Commentaria in secundam Codicis partem*, ad C. 6, 30, 22, tom. 2, fol. 61, n. 11 f.; ALBERICUS DE ROSATE (um 1290-1360) studierte Recht in Padua, war anschließend als Advokat in Bergamo tätig und verfaßte später im Ruhestand einige Kommentare, siehe zur Biographie WEIMAR, *LexMA I*, Sp. 282 f.; SAVIGNY, *Römisches Recht im MA VI*, S. 126 ff.; PROSDOCIMI, *RSDI 29*, S. 67 ff.

²⁷⁵ BARTOLOMAEUS DE SALICETO, *Commentaria in quintum et sextum Codicis libros*, ad C. 6, 30, 22, § Sin autem dubius, tom. 3, Sp. 667, n. 8; SALICETO (+1411) lehrte nach dem Studium bei seinem Onkel RICARDUS DE SALICETO von 1363-1408 hauptsächlich in Bologna, aber auch in Padua und Ferrara; sein Hauptwerk ist ein sorgfältig ausgearbeiteter Kommentar zum Codex, vgl. zur Biographie WEIMAR, *LexMA I*, Sp. 1497; SAVIGNY, *Römisches Recht im MA VI*, S. 259 ff.

²⁷⁶ BARTOLUS DE SAXOFERRATO (1313/14-1357) studierte ab 1328 Zivilrecht in Perugia und ab 1333 in Bologna u.a. bei JACOBUS BUTTRIGARIUS und lehrte nach zwischenzeitlicher praktischer Tätigkeit ab 1339 in Pisa und ab 1342 in Perugia, wo auch BALDUS DE UBALDIS sein Schüler war. BARTOLUS verfaßte u.a. umfangreiche Kommentare zu den Digesten und zum Codex sowie mehrere Traktate und consilia. Er genoß bereits zu Lebzeiten hohes Ansehen und galt später lange Zeit als maßgebliche Autorität in der Rechtswissenschaft, vgl. zu seiner Biographie WEIMAR, *LexMA I*, Sp. 1500 f.; SAVIGNY, *Römisches Recht im MA VI*, S. 137 ff.

BARTOLUS, Commentaria ad C. 6, 30, 22,
§ Cum igitur:

Adde quod in eorum presentia res videantur, ut
possint deponi apud haeredem nullius maligni-
tatis conscius.²⁷⁷

Es ist zu ergänzen, daß in deren Gegenwart die
Gegenstände gesehen werden, damit sie beim
Erben ohne dessen Arglist verwahrt werden
können.

Zweck der Anwesenheit der Gläubiger wie auch aller anderen Beteiligten und Zeugen ist, den Bestand des vom Erben verwalteten Nachlasses vor dessen unbefugtem Zugriff zu sichern. Die Gläubiger sollen sich vergewissern können, daß der Erbe nicht zu ihren Lasten Nachlaßgegenstände seinem Vermögen einverleibt. Ein weiterer wesentlicher Aspekt diesbezüglich findet sich bei BALDUS:

BALDUS, Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Cum
igitur

Idem tenet Old<radus> cum eorum intersit con-
fectioni inventarii interesse, ne aliquid in eorum
praeiudicium occultetur cum in eorum praeiui-
diciu fiat inventarium. ar. *supra de aut. tu. l. fi.*
et in auth. ut sponsa. larg. §. Ad hoc quoque
*sancimus. et D. de ado. l. Nam ita Divus.*²⁷⁸

Ebenso vertritt OLDRADUS, daß diese (die
Gläubiger) ein Interesse hätten, bei der Erstel-
lung des Inventars dabei zu sein, damit nichts
zu ihrem Nachteil versteckt wird, weil das In-
ventar für sie vorgreifende Wirkung entfaltet,
so *C. de aut. tu. l. fi.*²⁷⁹ und Nov. 119, 6 und D.
1, 7, 39.

BALDUS referiert eine Anmerkung des OLDRADUS DE PONTE,²⁸⁰ wonach die Gläubiger deshalb ein besonderes Interesse an der Anwesenheit bei Inventarerstellung hätten, weil das Inventar für sie eine präjudizierende Wirkung habe. Dieses wird aus Nov. 119, 6²⁸¹ und D. 1, 7, 39²⁸² hergeleitet. Die Situation der Gläubiger des Erblassers in Nov. 119, 6 ist ähnlich der Situation der Gläubiger bei Erstellung des Inventars: In beiden Fällen geht es darum, daß der Nachlaß als Haftungsmasse der Gläubiger vom Eigenvermögen des Erben abgetrennt werden soll, damit dieser nicht unbeschränkt für die Verbindlichkeiten des Erblassers aufkommen muß. Die Abtrennung führt jeweils dazu, daß die Gläubiger nur noch Zugriff auf das im Nachlaß enthaltenen Vermö-

²⁷⁷ BARTOLUS, Commentaria in secundam Codicis partem, fol. 30v, n. 3.

²⁷⁸ BALDUS, Commentaria in sextum Codicis librum, fol. 94v, n. 6.

²⁷⁹ Die Allegation *supra de aut. tu. l. fin.* kann nicht zugeordnet werden.

²⁸⁰ OLDRADUS DE PONTE (†1335) studierte bei JACOBUS DE ARENA in Padua, lehrte dort nachweislich ab 1307 und wurde später Advokat der Kurie in Avignon und Richter der päpstlichen Rota, vgl. WEIMAR, LexMA VI, Sp. 1391; SAVIGNY, Römisches Recht im MA VI, S. 55 ff.

²⁸¹ Zu Nov. 119, 6 siehe S. 55, Fn. 181.

²⁸² D. 1, 7, 39: Nam ita divus Marcus Eutychiano rescipit: Quod desideras an impetrare debeas, aestimabunt iudices adhibitis etiam his, qui contra dicent, id est qui laederentur confirmatione adoptionibus. - Denn dieses Reskript hat der Kaiser Marcus an Eutychianus erlassen: Was du begehrest oder zu erlangen schuldig bist, entscheiden die Richter, nachdem sie auch die hinzugezogen haben, die Einwände haben, das heißt, die durch die Bestätigung der Adoption einen Nachteil erleiden.

gen haben. Die in Nov. 119, 6 festgelegten Grundsätze zur Ladung der Gläubiger sind somit auf C. 6, 30, 22 übertragbar. Aus D. 1, 7, 39 läßt sich weiter entnehmen, daß vor dem Fällen einer Entscheidung - hier im Adoptionsverfahren - alle Personen, die aus der präjudizierenden Wirkung dieser Entscheidung einen Nachteil erleiden können, angehört werden müssen. Dieser Grundsatz ist insofern auf das Verfahren der Inventarserstellung anwendbar, als auch in diesem Fall Gläubiger durch die vorgreifende Wirkung des Inventars benachteiligt werden können. Die Nachlaßgegenstände, die der Erbe möglicherweise verbirgt und nicht in das Inventar aufnimmt, stehen den Gläubigern zunächst einmal nicht als Haftungsmasse zur Verfügung. Das Inventar, durch den das Vermögen des Erben in sein Eigenvermögen und den Nachlaß als Sondervermögen unterteilt wird, hat insofern – auch hinsichtlich der Beweislage - präjudizierende Wirkung.

Die Ladung der Gläubiger des Erblassers, die aus Sicht des BARTOLUS zu den formellen Voraussetzungen des Inventars gehört, hat für ihn folgendermaßen abzulaufen:

BARTOLUS, *Commentaria ad C. 6, 30, 22*,
§ Cum igitur:

... et in corpore unde sumitur, quae citatio fiat nominatim, si sint certi, alias sufficit mittere proclamationem per civitatem, secundum Rich. Mal. *infra de remis. pig. l. Si eo tempore*, ...²⁸³

... und diese Ladung, die namentlich ergeht, wird direkt vorgenommen, wenn sie (die zu Ladenden) bestimmt sind, ansonsten genügt es, einen Ausruf in der Stadt vorzunehmen gemäß RICHARDUS MALUMBRA zu C. 8, 25, 6, ...

Auf welche Weise der Erbe die Gläubiger des Erblassers zu laden hat, hängt davon ab, ob ihm die Gläubiger des Erblassers namentlich bekannt sind. Soweit dieses der Fall ist, werden die Ladungen an die Gläubiger persönlich gerichtet. Die dem Erben unbekannten Gläubiger werden mittels Ausruf in der Stadt geladen. BARTOLUS beruft sich hierfür auf einen von RICHARDUS MALUMBRA²⁸⁴ verfaßten Kommentar zum Codex, der nicht überliefert ist.²⁸⁵ Ähnlich wie BARTOLUS hält BALDUS eine *citatio generalis* für erforderlich, wenn dem Erben die Namen der Gläubiger unbekannt sind.²⁸⁶ BARTHOLOMAEUS DE SALICETO sieht den Anwendungsbereich der öffentlichen Ladung aus praktischen Erwägungen noch weiter:

²⁸³ BARTOLUS, *Commentaria in secundam Codicis partem*, fol. 30v, n. 3.

²⁸⁴ RICHARDUS MALUMBRA (†1334) war Schüler des JACOBUS DE ARENA und lehrte Zivilrecht zunächst von 1295 bis 1310 in Padua und später in Bologna, wo ALBERICUS DE ROSATE und JOHANNES ANDREAE zu seinen Schülern zählten; siehe dazu SAVIGNY, *Römisches Recht im MA VI*, S. 49 ff.

²⁸⁵ Dazu SAVIGNY, *Römisches Recht im MA VI*, S. 53.

²⁸⁶ BALDUS, *Commentaria in sextum Codicis librum*, C. 6, 30, 22 - Cum igitur, fol. 94v, n. 6.

SALICETO, Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Sin autem dubius

Absentes autem ibi non habitantes vel incerti debent per proclama et edictum generale citari, et quia creditores saltem vix possunt esse certi: ideo proclama non est omittendum. *ut l. Si eo. infra de re. pig.*²⁸⁷

Abwesende aber, die dort nicht wohnen oder unbestimmt sind, müssen durch Ausruf und öffentliche Bekanntmachung geladen werden, und weil die Gläubiger freilich kaum alle bestimmt sein können, darf deswegen die Ausrufung nicht unterlassen werden, wie C. 8, 25, 6.

Neben den namentlich nicht bestimmten Gläubigern sollen auch die Gläubiger, die zwar bekannt sind, aber außerhalb des Ortes der Inventarerstellung wohnen, durch öffentliche Bekanntmachung geladen werden. Dadurch wird sich die Ladung der Gläubiger zwar wesentlich vereinfacht und beschleunigt haben, allerdings birgt eine öffentliche Ladung die Gefahr für auswärtige Gläubiger, nicht oder nicht rechtzeitig Kenntnis von der Inventarerstellung zu erhalten. SALICETO zieht ferner aus der wohl oft herrschenden Unsicherheit des Erben darüber, ob ihm alle Gläubiger des Erblassers bekannt sind, den Schluß, daß eine öffentliche Ladung grundsätzlich vorzunehmen sei, und belegt dieses mit C. 8, 25, 6.²⁸⁸ Dieser Stelle kann entnommen werden, daß ein entsprechender öffentlicher Aushang ausreicht, um die Ladung aller Gläubiger zur Wahrnehmung ihrer Rechte - hier beim Verkauf eines mit Pfandrechten belasteten Grundstücks - mit der Folge vorzunehmen, daß Gläubiger ihre Rechte verlieren können, wenn sie der Ladung nicht Folge leisten. Gleichfalls reicht nach SALICETOS Ansicht die öffentliche Bekanntmachung als Ladung aller nicht bekannten und auswärtigen Gläubiger des Erblassers aus. Ob bei öffentlicher Ladung der Gläubiger ganz auf eine persönliche Ladung der namentlich bekannten Gläubiger verzichtet werden kann, wird erst von den späteren Kommentatoren problematisiert und wohl überwiegend abgelehnt.²⁸⁹ In der Konsequenz kam in der spätmittelalterlichen Praxis die Frage auf, wann ein Gläubiger dem Erben bekannt ist und deshalb eine persönliche Ladung hätte erhalten müssen.²⁹⁰

²⁸⁷ SALICETO, Commentaria in quintum et sextum Codicis libros, Sp. 667, n. 8.

²⁸⁸ C. 8, 25, 6: Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programme admoniti creditores, cum praesentes essent, ius suum exsecuti non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse. - Wenn zu der Zeit, zu der ein Grundstück verkauft wurde, die Gläubiger durch öffentlichen Aushang ermahnt wurden, dabei anwesend zu sein, und ihr Recht nicht wahrgenommen haben, können sie angesehen werden, daß sie den Anspruch des Pfandes verloren haben.

²⁸⁹ JASON DE MAINO (1435-1519) schreibt in seinen Lectura super secunda parte Codicis, ad C. 6, 30, 22, fol. 148v, n. 3, daß BARTOLUS eine solche Ansicht vertreten habe, die nach JASONs Meinung abzulehnen sei.

²⁹⁰ Vgl. die Ausführungen dazu bei JASON DE MAINO, Lectura super secunda parte Codicis, ad C. 6, 30, 22, fol. 148v, n. 3, wonach die Beweislast so geregelt war, daß die Behauptung des Erben, einen Gläubiger nicht zu kennen, als zutreffend vermutet wurde, es sei denn, der Gläubiger hätte leicht durch den Erben ermittelt werden können.

Wurden Gläubiger nicht zur Inventarerstellung geladen, war unter den Kommentatoren umstritten, welche Folgen dieses hatte. BARTOLUS nimmt im Zusammenhang mit der Erstellung des Inventars allgemein zu Verstößen gegen Verfahrensvorschriften Stellung:

BARTOLUS, *Commentaria ad C. 6, 30, 22*,
§ Cum igitur:

... si quid deficeret, inventarium non valeret, praeterquam si omitteretur signum Sanctae Crucis. Illa enim est levis sollemnitas, et minoris praeiudicii, quae omissa non vitiat.²⁹¹

... wenn es <im Inventar> an etwas mangelte, wäre es nicht gültig, außer wenn das Zeichen des heiligen Kreuzes ausgelassen würde. Denn jenes ist eine unbedeutende und weniger vor-entscheidende Pflicht, deren Vernachlässigung <das Inventar> nicht ungültig macht.

BARTOLUS bezieht sich mit dieser Aussage auf sämtliche Erfordernisse (*sollemnitates*) zur ordnungsgemäßen Erstellung des Inventars, also auch auf die Ladung der Gläubiger, die er in seinem Kommentar vor der hier zitierten Stelle erläutert hat. Daß diese Voraussetzung des Inventars für dessen Wirksamkeit notwendig ist und daß ihr Fehlen zur Unwirksamkeit des Inventars führt, ergibt sich im Umkehrschluß aus der Einordnung des Kreuzzeichens²⁹² als nicht wirksamkeitsrelevante Pflicht. BALDUS gibt in seinem Kommentar zum Codex den Streitstand unter den Kommentatoren zu den Folgen von Verfahrensverstößen wieder:

BALDUS, *Commentaria ad C. 6, 30, 22*, § Cum igitur:

Item dicit Bar. quod si non citantur creditores, non valet inventarium. Sed Nico. de ma. dicit, quod de citatione creditorum non reperitur iure cautum. et ideo esto, quod creditores non sint citati, vel quod loco creditorum absentium cum forte presentes sint legatarii non sint tres testes adhibiti: non propterea vitatur inventarium.

Ego credo, quod quantum ad non citatos vitetur, sed quantum ad citatos, valiat. *ut. D. de rei iud. l. De uno quoque.* nam sicut actus iurisdictionis contentiose nocet citatis, et non obest non citatis: *ut supra de fid. instr. l. ij.* ita in actu voluntarie iurisdictionis: quam distinctionem tenet hic istic. de ma. in legatariis. Sed dico idem utrisque. *arg. D. de ap. l. Si quid separatim. §. Quoties.*²⁹³

Gleichfalls sagt BARTOLUS, daß wenn Gläubiger nicht geladen werden, das Inventar nicht wirksam ist. Aber Nicolaus Matarellus sagt, daß über die Ladung der Gläubiger kein Schutz durch das Recht erlangt werde. Und deswegen solle es so sein, daß das Inventar nicht dadurch ungültig gemacht wird, daß Gläubiger nicht geladen sind, oder daß an Stelle der abwesenden Gläubiger, wenn zufällig Vermächtnisnehmer anwesend sind, nicht drei Zeugen hinzugezogen worden sind.

Ich glaube, daß es ungültig gemacht wird, soweit sie nicht geladen werden, es aber wirksam ist, soweit sie geladen wurden, wie D. 42, 1, 47. Denn so wie ein Akt der streitigen Gerichtsbarkeit den Geladenen schadet, ist er den nicht Geladenen nicht hinderlich, wie C. 4, 21, 2; so

²⁹¹ BARTOLUS, *Commentaria in secundam Codicis partem*, tom. 2, fol. 30v, n. 3.

²⁹² Für die Kommentatoren war es zur Erstellung eines Inventars notwendig, daß der Erbe an den Anfang des Inventars eigenhändig ein Kreuzeszeichen setzte, vgl. dazu den Kanonisten DURANTI, *Speculum iudiciale*, lib. 2, fol. 46r, n. 23.

²⁹³ BALDUS, *Commentaria in sextum Codicis librum*, fol. 94v, n. 94.

ist es auch beim Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Diese Unterscheidung nimmt hier Matarellus bei den Vermächtnisnehmern vor. Aber ich sage, dasselbe <gelte> in beiden Fällen, wie bewiesen wird durch D. 49, 1, 10, 3.

BALDUS stellt der Ansicht des BARTOLUS, daß die unterlassene Ladung von Gläubigern zur Nichtigkeit führt, die Gegenmeinung des *Nicolaus Matarellus*²⁹⁴ gegenüber. Letzterer entnimmt dem römischen Recht, also auch den Regeln über das *beneficium inventarii*, nicht den zwingenden Schluß, daß die Gläubiger des Erblassers durch eine notwendige Ladung zur Inventarerstellung als Wirksamkeitsvoraussetzung zu schützen sind. Folglich führe eine unterlassene Ladung von Gläubigern des Erblassers nicht zur vollen Haftung des Erben für die Verbindlichkeiten des Erblassers. Für eine solche Ansicht könnte das Argument sprechen, daß die für den Erben schwerwiegende Folge der Unwirksamkeit nicht in der Konstitution C. 6, 30, 22 selbst festgelegt ist und daß JUSTINIAN mit seiner Neuregelung der Erbenhaftung tendenziell eher den Erben zur Hilfe kommen als die Gläubiger des Erblassers schützen wollte. Hintergrund der Ansicht des *Nicolaus Matarellus* ist, daß er die Ladung deshalb nicht für unbedingt erforderlich hält, weil das Inventarerstellungsverfahren dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit²⁹⁵ zuzuordnen sei. Dieses vertritt er nach der Überlieferung des BALDUS jedenfalls bezüglich der Vermächtnisnehmer.

Demgegenüber vertritt BALDUS eine differenzierende Lösung, indem er die Unwirksamkeit des Inventars nur gegenüber den Gläubigern befürwortet, die tatsächlich keine Ladung erhalten haben, obwohl sie eine Ladung hätten erhalten müssen.²⁹⁶ Er argumentiert mit der Digestenstelle D. 42, 1, 47,²⁹⁷ aus der im Umkehrschluß gefolgert werden kann, daß zwar ein Urteil auch dann ergehen kann, wenn an der Sache Beteiligte nicht in dem Verfahren anwesend waren, dieses Urteil jedoch gegenüber den Abwesenden keine Wirkung

²⁹⁴ NICOLAUS MATARELLUS († um 1310) war um 1280 Rechtslehrer in Modena, später lehrte er nachweislich 1292 in Cremona und von 1295 - 1310 an der Rechtsschule von Padua. Seine schriftlichen Werke sind offenbar nicht überliefert, vgl. WEIMAR, LexMA VI, Sp. 1134; SAVIGNY, Römisches Recht im MA V, S. 430 ff.; VICINI, Profilo storico dell'antico studio in Modena, S. 16 f.

²⁹⁵ Im römischen Prozeßrecht sind für einige Maßnahmen, die zur Rechtspflege gehören, aber nicht im Streitverfahren ergehen, Sonderregeln aufgestellt worden, weshalb zwischen streitbarer (*contentiosa*) und freiwilliger (*voluntaria*) Gerichtsbarkeit unterschieden wird, dieser Einteilung liegt jedoch keine Systematisierung zugrunde, vgl. KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 25 I 3 und II 2.

²⁹⁶ Eine entsprechende Ansicht vertritt BALDUS auch hinsichtlich der Ladung der Vermächtnisnehmer in seinen *Commentaria in sextum Codicis librum*, C. 6, 50, *auth. sed cum testator*, fol. 154, n. 8.

²⁹⁷ D. 42, 1, 47 pr.: *De unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, iudicari oportet: aliter enim iudicatum tantum inter praesentes tenet.* - Über ein jedes Geschäft darf geurteilt werden, wenn alle anwesend waren, die die Sache angeht, denn sonst gilt das Urteil nur unter den Anwesenden.

hat. Im Gegensatz zu *Nicolaus Matarellus* ist BALDUS der Ansicht, daß diese für die streitige Gerichtsbarkeit geltende Vorschrift auch im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden ist. Seinen ersten Argumentationsschritt hinsichtlich der Rechtswirkungen in der streitigen Gerichtsbarkeit folgert er aus C. 4, 21, 2,²⁹⁸ denn nach dieser Stelle wirkt ein Urteil nur gegen die am betreffenden Verfahren Beteiligten, die eine Ladung zum Verfahren erhalten hatten. In einem seiner *consilia* gesteht BALDUS freilich ein, daß auch Fälle denkbar sind, in denen das Inventar gegen nicht geladene auswärtige Beteiligte wirksam sein soll:

BALDUS, *Consilia*, vol. 1, cons. 383

Dico, quod si in inventario inchoato potuit committi fraus, non valet inventarium: sed si non potuit committi fraus, ut in appositione rerum stabilium, ut C. *quando, et quibus quarta pars debetur*. l. 2. tunc non requiritur citatio, quia non interest, nec interesse potest absentium: et quia quod potest fieri eis invitis, potest fieri eis non citatis, ut no. ff. *de bo. pos.* l. 3. §. pe.²⁹⁹

Ich sage, daß wenn bei einem begonnenen Inventar ein Betrug begangen werden konnte, ist das Inventar nicht wirksam: aber wenn kein Betrug begangen werden konnte, wie bei der Aufstellung unveränderlicher Dinge, wie C. 10, 35, 2, 2; dann ist keine Ladung erforderlich, weil er kein Interesse hat, und es kann für die Abwesenden kein Interesse bestehen; und weil dieses gegen ihren Willen geschehen kann, müssen sie nicht geladen werden., wobei D. 37, 1, 3, 8 zu beachten ist.

BALDUS beschäftigt sich in diesem Gutachten mit der Frage, ob ein Inventar ungültig ist, wenn bei seiner Erstellung Personen nicht zugegen sind, die keine Ladung erhalten haben, obwohl sie hätten geladen werden müssen. BALDUS kommt zum Ergebnis, daß eine unterbliebene Ladung zur Inventarerstellung nur dann der Wirksamkeit des Inventars schadet, wenn für den Erben tatsächlich die Möglichkeit bestand, bei der Auflistung des Nachlasses im Inventar einen Betrug zu begehen. Als Beispiel für die Unmöglichkeit, einen Betrug zu begehen, nennt BALDUS den Fall, daß lediglich unveränderliche Sachen aufgelistet werden und verweist zur Erläuterung auf C. 10, 35, 2. In C. 10, 35, 2, 2³⁰⁰ wird für die Feststellung eines Viertels der Erbschaft, das

²⁹⁸ C. 4, 21, 2: Si uteris instrumento, de quo alius accusatus falsi victus est et paratus est, si ita visum fuerit a quo pecuniam petis, eiusdem criminis te reum facere et discrimen periculi poenae legis Corneliae subire, non oberit sententia, a qua nec is contra quem data est appellavit nec tu, qui tunc crimini non eras subiectus, appellare debuisti. - Wenn du ein Beweismittel gebrauchst, wegen welchem ein anderer der Fälschung angeklagt und verurteilt worden ist, und nun der, den du auf eine Geldzahlung belangt hast, wenn es von ihm so erwägt werden sollte, bereit wäre, dich desselben Verbrechens anzuklagen, und es auf die Gefahr der Strafe der *Lex Cornelia* hin zu wagen, so würde dir das Urteil, gegen das weder der, gegen den es gesprochen worden ist, Berufung eingelegt hat, noch du, als damals nicht angeklagt, Berufung einzulegen brauchtest, nicht nachteilig sein.

²⁹⁹ BALDUS, *Consilia*, vol. 1, fol. 123v.

³⁰⁰ C. 10, 35, 2, 2: Sed ubi quarta pars bonorum mortui curiae debet offerri, immobiles quidem res, quae nec latere facile possunt nec quicquam si divulgantur officiant, sub adpectu etiam curialium aestimari dividique concedimus: Mobiles autem res vel se moventes vel instrumenta, vel si quid

der Kurie zusteht, zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen unterschieden. Die für diese Differenzierung gegebene Begründung, daß unbewegliches Vermögen nicht leicht verborgen sein kann, paßt jedoch hier nicht in den Zusammenhang, in dem BALDUS die Codexstelle heranzieht, weil das entscheidende Kriterium die Öffentlichkeit der Sache ist und nicht ihre Beweglichkeit. Zudem entspricht die in C. 10, 35, 2, 2 genannte Rechtsfolge, daß die unbeweglichen Sachen im Beisein der Gläubiger zu schätzen sind, gerade nicht der Ansicht des BALDUS in dem von ihm entschiedenen Fall. Dennoch kann man im Ergebnis dem Zitat von C. 10, 35, 2, 2 entnehmen, daß BALDUS unbewegliche Sachen als Beispiele für *res stabiles* ansieht. Da eine solche Konstellation, die einen Betrug des Erben zu Lasten von Gläubigern und Vermächtnisnehmern von vornherein ausschließt, nur selten vorliegen wird, liegt dem Gutachten des BALDUS nur ein eher seltener Ausnahmefall zugrunde. Es geht BALDUS darum, die Unwirksamkeit des Inventars aus dem Verstoß gegen eine formelle Vorschrift deshalb auszuschließen, weil tatsächlich die Interessen des zu schützenden Personenkreises nicht gefährdet sind. Dementsprechend zielt sein Hauptargument, es bestehe kein Interesse an einer Ladung, darauf, eine Ausnahme vom sonst geltenden Grundsatz der Ladung all derer zuzulassen, die ein Interesse an der korrekten Inventarerstellung haben. Deshalb ist die von BALDUS in seinem Gutachten gezogene Schlußfolgerung nicht als konträr gegenüber den in seinem Kommentar zum Codex aufgestellten Grundsätzen anzusehen.

Sind Gläubiger des Erblassers (trotz Ladung) bei der Aufstellung des Inventars nicht zugegen, müssen - wie bereits einige Glossatoren, darunter allerdings die Glossa ordinaria, verlangt haben³⁰¹ - nach überwiegender Ansicht unter den Kommentatoren drei weitere Zeugen hinzugezogen werden.³⁰²

etiam in huiusmodi iure consistat, in medium proferri divulgarique non patimur, sed iuratis successoribus, cum apud se diligenter aestimaverint, quae quantique sint pretii facultates, credi oportere decernimus. - Aber wenn der vierte Teil des Vermögens des Verstorbenen der Kurie angeboten werden muß, gestatten wir, daß die unbeweglichen Sachen, die weder leicht zu verbergen sind noch jemanden beeinträchtigen, wenn sie bekannt werden, in Gegenwart auch der Kurie geschätzt und aufgeteilt werden. Bei beweglichen oder entfernbaren Sachen oder Beweismitteln oder bei beliebigen Rechten lassen wir es nicht zu, daß sie öffentlich vorgezeigt und bekannt gemacht werden, sondern nachdem die Rechtsnachfolger geschworen haben, daß sie bei sich sorgfältig abgeschätzt haben, welches die Vermögensgegenstände sind und welchen Preis sie haben, beschließen wir, daß ihnen geglaubt werden soll.

³⁰¹ Siehe oben S. 57.

³⁰² Dieses ist einhellige Meinung unter den Kommentatoren, siehe JACOBUS DE BELVISIO, *Lectura authenticorum*, ad Nov. 1, 2, fol. 5r; JACOBUS BUTTRIGARIUS, *Lectura super Codice*, C. 6, 30, 22, tom. 2, fol. 23r; ALBERICUS DE ROSATE, *Commentaria in secundam Codicis partem*, ad C. 6, 30, 22, § Sin autem dubius, fol. 61v, n. 12; BARTOLUS, *Commentaria in secundam Codicis partem*, C. 6, 30, 22, § Cum igitur, fol. 30v, n. 3; BALDUS, *Commentaria in sextum Codicis librum*, C. 6, 30, 22, § Cum igitur, fol. 94v, n. 6; SALICETO, *Commentaria in quintum et sextum Codicis libros*, C. 6, 30, 22, § Sin autem dubius, Sp. 667, n. 8; PAULUS DE CASTRO, *Commentaria in secundam Codicis*

Welche Folgen das Fehlen der drei Zeugen hat, beschreibt BARTOLUS in seiner Kommentierung der an C. 6, 50 angefügten Authentika *Sed cum testator*:

BARTOLUS, Commentaria ad C. 6, 50, auth. *Sed cum testator*

Sed quaero, ecce quod heres non adhibuit testes loco absentium, de quibus dicitur hic: inventarium est nullum, an sit nullum quo ad omnes etiam presentes, an tandem quo ad illos absentes, quorum loco debuerunt adhiberi testes? et lex hic videtur sonare, quod sit nullum in totum. Contra videtur in *l. De uno quoque. in princ. D. de re iu. et l. Fulcinius. §. Quod si adversus. D. quib. ex caus. in poss. ea. et in l. Non idcirco de iud. et sic forte debet intelligi iste tex. salva meliori deliberatione.*³⁰³

Ich stelle aber die Frage zu dem Fall, daß der Erbe keine Zeugen an Stelle der Abwesenden hinzugezogen hat, wozu hier gesagt wird, das Inventar sei nichtig, ob es auch gegenüber allen Anwesenden nichtig sein soll, oder nur nichtig gegenüber jenen Abwesenden, an deren Stelle die Zeugen hinzugezogen werden mußten? Das Gesetz scheint hier zu bestimmen, daß es gänzlich nichtig sei. Dagegen sprechen jedoch D. 42, 1, 47 pr., D. 42, 4, 7, 7 und D. 5, 1, 44, und so muß etwa dieser Text unbeschadet einer besseren Überlegung verstanden werden.

In der zugrundeliegenden Authentika *Sed cum testator* (die der Nov. 1, 2 und 3 entnommen ist) wird für den Fall, daß die drei Zeugen nicht hinzugezogen werden, die Unwirksamkeit des Inventars gegenüber den Vermächtnisnehmern vorgeschrieben.³⁰⁴ BARTOLUS befürwortet diese Folge gleichfalls gegenüber den Gläubigern des Erblassers. Fehlen die drei Zeugen, ist das Inventar gegenüber den nicht anwesenden Gläubigern des Erblassers unwirksam. BARTOLUS problematisiert hier lediglich die Wirksamkeit gegenüber den bei der Inventarerstellung Anwesenden. Er entscheidet sich - allerdings ohne abschließende Sicherheit - für die differenzierende Lösung und befürwortet eine unbeschränkte Haftung des Erben nur gegenüber den nicht anwesenden Nachlaßgläubigern. Er stützt sich dabei auf die Digestenstellen D. 42, 1, 47 pr., D. 42, 4, 7, 7 und D. 5, 1, 44. In D. 5, 1, 44³⁰⁵ und D. 42, 1, 47 pr.³⁰⁶ wird der Prozeß bzw. ein Urteil auch dann zugelassen, wenn an einem Rechtsstreit Beteiligte zum Teil abwesend sind, die Entscheidung hat jedoch

partem, C. 6, 30, 22, fol. 69v; ANGELUS, Commentaria super Codice, C. 6, 30, 22, fol. 166r, n. 9, sowie bei dem Kanoniker DURANTI, Speculum iudiciale, lib. 2, fol. 146r, n. 22.

³⁰³ BARTOLUS, Commentaria in secundum Codicis partem, C. 6, 50, auth. *sed cum testator*, tom. 2, fol. 49r, n. 10.

³⁰⁴ Authentika *Sed cum testator* zu C. 6, 50, in: Glossa ordinaria, tom. 4, Sp. 1667: ... Quo non observato, solida legata praestet: et si fines hereditarios excedant. ... - ... Wird dieses nicht beachtet, soll er die gesamten Vermächtnisse leisten, auch wenn sie die Grenze des Nachlaßwertes übersteigen. ...

³⁰⁵ D. 5, 1, 44 pr.: Non idcirco iudicis officium impeditur, quod quidam ex tutoribus post litem adversus omnes inchoatam rei publicae causa abesse coeperunt, cum praesentium et eorum qui non defenduntur administratio discerni et aestimari possit. - Ein Richter wird in seiner Amtsausführung nicht dadurch gehindert, daß einige von mehreren Vormündern nach Prozeßeröffnung gegen alle aus öffentlichen Gründen abreisen, wenn die Verwaltung der Anwesenden und derjenigen, die nicht verteidigt werden, unterschieden und jeweils beurteilt werden können.

³⁰⁶ Den Text von D. 42, 1, 47 pr. siehe oben S. 93, Fn. 297.

dann nur Wirkung unter den Anwesenden. Sehr instruktiv ist der Schluß, den man aus D. 42, 4, 7, 7³⁰⁷ ziehen kann. Es geht in dieser Stelle darum, welche Gläubiger zur Zwangsvollstreckung gegen einen Schuldner (*venditio bonorum*) berechtigt sind, der sich vor den Gläubigern verborgen hält. Nach Ansicht des *Pomponius* können nur diejenigen Gläubiger die Einweisung in das Schuldnervermögen herbeiführen, vor deren Zugriff sich der Schuldner durch sein Untertauchen entziehen will. Es kommt hier also auf die Beeinträchtigung eines konkreten schutzwürdigen Interesses des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung an. Entsprechend führt nach Ansicht des *BARTOLUS* das Fehlen der drei Zeugen nur für diejenigen Gläubiger des Erblassers zur Unwirksamkeit des Inventars, die nicht selbst anwesend oder durch einen Beauftragten vertreten waren. Somit ist aus Sicht des *BARTOLUS* - wie auch für *BALDUS* hinsichtlich der Ladung von Gläubigern - für die Wirksamkeit des Inventars nicht die formelle Einhaltung der Verfahrensvorschriften maßgeblich, sondern es muß eine tatsächliche Gefährdung der Gläubigerinteressen infolge des Verfahrensverstößes vorliegen.

Die bei Erstellung des Inventars anwesenden Gläubiger hatten lediglich die Möglichkeit, über die Einhaltung der formellen Vorschriften und die materielle Richtigkeit des Inventars zu wachen, eine weitergehende Mitwirkung über ihre bloße Anwesenheit hinaus wurde ihnen nicht zugestanden. Dazu heißt es bei *BALDUS*:

BALDUS, *Commentaria ad C.* 6, 30, 22, § Cum igitur:

Et quia in confectione inventarii, non possunt creditores facere nec contradicere, quin heres dicat verba que vult, et faciat ea scribi: quia

Und weil bei der Erstellung des Inventars die Gläubiger weder tätig werden noch widersprechen können, daß der Erbe die Worte nach sei-

³⁰⁷ D. 42, 4, 7, 7: Quid si adversus quosdam occultare se consilium non est, adversus quosdam est, quid dicemus? et rectissime Pomponius scribit non adversus omnis latitationem exigendam, sed adversus eum, quem quis decipere et fraudare latitatione destinat. utrum ergo omnes bona eius vendere possunt, quia latitat, hoc est etiam hi, adversus quos non latitat, quia verum est eum latitare, an vero is solus, adversus quem latitat? et quidem verum est eum latitare et fraudationis causa latitare, etsi non adversus me latitet: sed illud spectandum Pomponius putat, an adversus me, eumque solum posse hinc venditionem impetrare, adversus quem latitetur. - Wenn er nur die Absicht hat, sich vor einigen zu verbergen, vor anderen aber nicht, was ist dann zu sagen? Pomponius schreibt sehr richtig, man dürfe nicht fordern, daß er sich vor allen verberge, sondern nur vor dem, den er durch sein Untertauchen zu täuschen und zu betrügen beabsichtigt. Können nun also, weil er sich versteckt hält, alle sein Vermögen verkaufen, das heißt, auch diejenigen, vor denen er sich nicht versteckt hält, da er sich in der Tat versteckt hält, oder kann es nur derjenige, vor welchem er sich verbirgt? Nun ist es zwar richtig, daß er sich versteckt und sich in betrügerischer Absicht versteckt, obwohl er sich nicht vor mir versteckt hält. Aber Pomponius glaubt, es sei zu beachten, ob er sich vor mir versteckt halte, und nur allein der könne den Verkauf herbeiführen, vor dem er sich verborgen halte.

inventarium est actus solius heredis: unde si potest fieri eis invitis, ergo et ignorantibus et irrequisitis, ut no. in simili. *D. de acquir. her. l. Si quis mihi bona. §. Iussum.*³⁰⁸

nem Willen gebraucht und sie aufschreiben läßt, weil das Inventar allein Handlung des Erben ist, deshalb ist, wenn dieses gegen ihren Willen geschehen kann, es also auch ohne ihr Wissen und ohne, daß sie gefragt wurden, möglich, wie zu beachten ist in der ähnlichen Stelle D. 29, 2, 25, 4.

BALDUS geht im Grundsatz davon aus, daß die Inventarerrichtung allein Sache des Erben ist und lehnt deshalb ein Recht der Gläubiger des Erblassers auf aktive Mitwirkung bei der Erstellung des Inventars grundsätzlich ab. Sie haben kein Recht, auf den Inhalt des Inventars Einfluß zu nehmen, sie können also dem Erben weder vorschreiben noch untersagen, bestimmte Vermögensbestandteile durch den Notar in das Inventar aufnehmen zu lassen. BALDUS lehnt damit die von ODOFREDUS hierzu vertretene Ansicht ab. Er hält es für zulässig, daß die Gläubiger „unwissend“ und „ungefragt“ bleiben und stützt sich dabei auf eine Analogie zu D. 29, 2, 25, 4.³⁰⁹ Dort wird der Befehl des Gewalthabers an seinen Unterworfenen (Sklaven) mit der Ermächtigung eines Vormunds zu einem Rechtsgeschäft des Mündels verglichen. Nach Ansicht des Juristen *Gaius Cassius* soll ein Befehl im Vorwege erteilt werden, dieser könnte dann aber über einen Boten oder einen Brief erfolgen. Es ist nicht klar nachzuvollziehen, auf welche Analogie BALDUS sich hier bezieht. Aus D. 29, 2, 25, 4 könnte allenfalls der Gedanke gezogen werden, daß die Kenntnis der Gläubiger vom Umfang des Nachlasses sowie von allen für den Nachlaß relevanten Umständen nicht erforderlich ist, ebensowenig wie die vorherige Anhörung der Gläubiger.

b) Versicherung des Erben über Nachträge ins Inventar

Seit der Mitte des 14. Jahrhunderts kam in der Rechtspraxis die Gewohnheit auf, daß der Erbe nach der schriftlichen Erstellung des Inventars durch den *tabellio* neben der in C. 6, 30, 22, 2b festgelegten Erklärung, daß er alle ihm bekannten Bestandteile des Nachlasses im Inventar aufgeführt hat, ferner eine Versicherung (*protestatio*) im Hinblick auf später ihm zur Kenntnis gelangende Nachlaßgegenstände abgibt. Diese *protestatio* wird sowohl in den stark an der Rechtspraxis orientierten Traktaten von BALDUS³¹⁰ und ANGELUS

³⁰⁸ BALDUS, *Commentaria in sextum Codicis librum*, fol. 94v, n. 7.

³⁰⁹ D. 29, 2, 25, 4: *Iussum eius qui in potestate habet non est simile tutoris auctoritati, quae interponitur perfecto negotio, sed praecedere debet, ut Gaius Cassius libro secundo iuris civilis scribit: et putat vel per internuntium fieri posse vel per epistulam.* – Der Befehl dessen, der die Gewalt hat, ist nicht mit der Ermächtigung des Vormunds vergleichbar, die einem abgeschlossenen Rechtsgeschäft erteilt wird, sondern er muß diesem vorangehen, wie Gaius Cassius im zweiten Buch des Zivilrechts schreibt; und er meint, daß dieser Befehl entweder über einen Boten oder durch einen Brief ergehen kann.

³¹⁰ BALDUS, *Tractatus de inventario heredis*, S. 30.

³¹¹ DE UBALDIS als auch im Kommentar des BALDUS zum Codex beschrieben. Im letztgenannten Werk wird dazu ausgeführt:

BALDUS, *Commentaria ad C. 6, 30, 22; § Cum igitur*:

Item pone, quod heres bona fide fecit inventarium, sed post subscriptionem, aliquam rem invenit. quero, qualiter facere debeat: respondeo quod in prima subscriptione, debet protestari, quod si adhuc aliquid pervenerit ad eum de bonis hereditatis, iterum addere intendit in ipso inventario. et si postea aliqua res invenerit, eas iterum addere debet: *ut supra cura. furi. l. fi. §. Tali.* satis enim erit, etiam si tempus transcursum esset. complendi inventarium: quia talis additio, retrahitur ad tempus predictae protestationis, *ar. D. de here. insti. l. Asse.* Est enim, quod protestatio non esset facta, adhuc tamen addende essent, ut per hoc ostendat heres, se malum animum non habere. scilicet celandi res ipsas, et sic non patiatur penam dupli. de qua *infra eo. l. §. Illo.* nec puto quod in tali additione, sit necessaria tota sollemnitas inventarii, cum hec sit pars primi. *ar. D. de test. l. Heredes palam. §. Sed si notam.* secundum Nic. de Mat.³¹²

Nimm ebenso an, daß der Erbe das Inventar in gutem Glauben angefertigt hat, aber nach der Niederschrift irgendeine Sache findet. Ich frage, wie er sich verhalten muß. Ich antworte, daß bei der ersten Niederschrift die Versicherung abgegeben werden muß, daß er, wenn nunmehr etwas aus dem Nachlaß zu ihm gelangt, von neuem darauf dringt, das Inventar zu ergänzen; und wenn er später irgendeine Sache findet, muß er diese gleichfalls hinzufügen, wie C. 5, 70, 7, 7. Denn dieses wird angebracht sein, auch wenn die Zeit, ein Inventar zu erstellen, abgelaufen ist, weil diese Ergänzung auf die Zeit der vorgenannten Versicherung zurückbezogen wird, dieses beweist D. 28, 5, 78. Ist es aber so, daß die Versicherung nicht abgegeben ist, müssen sie nunmehr dennoch hinzugefügt werden, damit der Erbe dadurch zeigt, daß er nicht böswillig handelt, nämlich durch das Verstecken der Sachen, und so nicht die Sanktion des Doppelten tragen muß, darüber C. 6, 30, 22, 10. Ich glaube nicht, daß bei einem solchen Ansuchen alle Förmlichkeiten des Inventars notwendig sind, da diese Teil der ersten <Erstellung> sind, dazu D. 28, 1, 21, 1 gemäß Nicolaus Matarellus.

Dieser Auszug aus dem Codexkommentar des BALDUS folgt auf Erörterungen zur Vollständigkeit des Inventars und der Beweislage in diesem Zusammenhang. Die besondere *protestatio* des Erben erhält dann Bedeutung, wenn der Erbe zwar im Inventar den gesamten Nachlaß, soweit er ihm bekannt ist, in das Inventar aufgenommen hat, er aber später noch weitere Bestandteile auf findet. Dieser Fall ist in C. 6, 30, 22 nicht geregelt. Deshalb hat sich zur Zeit der Kommentatoren die Regelung herausgebildet, daß der Erbe unmittelbar im Anschluß an die schriftliche Abfassung des Inventars zusätzlich die *protestatio* abgibt, daß er Nachlaßbestandteile, von denen er später Kenntnis er-

³¹¹ ANGELUS, *Tractatus de inventario heredis*, S. 5, n. 21; ANGELUS DE UBALDIS (1328-1407) war Schüler u.a. des BARTOLUS und seines Bruders BALDUS. Er lehrte ab 1351 in Perugia, Padua, Florenz und Bologna, war zwischendurch aber immer wieder als Rechtspraktiker tätig. Er schrieb Kommentare zum Corpus iuris sowie Gutachten und einige Traktate, siehe über ihn SAVIGNY, *Römisches Recht im MA VI*, S. 249 ff.; WEIMAR, in: *LexMA I*, Sp. 1375.

³¹² BALDUS, *Commentaria in sextum Codicis partem*, fol. 95r, n. 8.

langt, nachträglich in die Auflistung des Nachlasses aufnehmen läßt.³¹³ Entsprechend leitet BALDUS aus der *protestatio* eine Pflicht des Erben zum Tätigwerden ab, falls später Nachlaßbestandteile neu auftauchen. Die dazu zitierte Stelle C. 5, 70, 7, 7 enthält die entsprechende Verpflichtung des Vormunds eines Geisteskranken, dem Geisteskranken später (d.h. nach der Erstellung eines ersten Inventars) angefallenes Vermögen in das Inventar aufzunehmen. Allerdings ist in dieser Stelle nicht enthalten, daß die Pflicht auf eine besondere Erklärung des Vormunds zurückzuführen ist; sie besteht vielmehr unabhängig von einer solchen Erklärung.

Daß die Ergänzung des Inventars unter Umständen erst nach Ablauf der in C. 6, 30, 22, 2b festgelegten Inventarfrist stattfindet, stellt für BALDUS kein Hindernis für die Nachtragspflicht dar. Der Nachtrag soll rückwirkend auf die Zeit bezogen werden, zu der der Erbe die *protestatio* abgegeben hat. Eine solche Rückwirkung ist insofern erforderlich, als die dreimonatige bzw. einjährige Frist für die Erstellung des Inventars³¹⁴ aus Sicht des BALDUS nicht nur dem Schutz der Nachlaßgläubiger vor einer Verschleppung der Inventarerstellung dient, sondern auch einem allgemeinen Interesse des Rechtsverkehrs an einem zügigen Abschluß des Inventarverfahrens und damit auch dem Interesse des Erben. Zur Zulässigkeit der Rückwirkung zitiert BALDUS D. 28, 5, 78, wonach eine an sich unzulässige Erbeinsetzung durch ein Kodizill³¹⁵ wirksam sein soll, soweit eine solche Erbeinsetzung vorher im Testament angekündigt worden ist. Zu beachten ist besonders, daß BALDUS eine Pflicht des Erben zur Ergänzung des Inventars auch dann annimmt, wenn dieser nach Abfassung des Inventars keine entsprechende Versicherung abgeben hat. Grund für diese Gleichbehandlung mit und ohne Abgabe der *protestatio* ist, daß der Erbe bereits unabhängig von der *protestatio* für arglistig im Sinne von C. 6, 30, 22, 10 gehalten wird, wenn er eine später entdeckte Sache, die zum Vermögen des Erblassers gehörte, gegenüber den Nachlaßgläubigern im Inventar nicht offenlegt. Durch die Einführung der *protestatio* wird also die Pflicht des Erben, den gesamten Nachlaß im Inventar aufzuführen, auch auf die Zeit nach Erstellung des Inventars ausgeweitet.

³¹³ Vgl. die Ausführung des ANGELUS DE UBALDIS in seinem Tractatus de inventario heredis, S. 5, n. 21: inolevit hodie mos, quod heres, et tutor in prin. inventarii protestatur, ... quod si quid ultra in hereditate postea inveniret, quod illud ponet, cum primum ad notitiam suam pervenerit. - Heute hat sich der Brauch eingebürgert, daß der Erbe und der Tutor zu Beginn des Inventars die Versicherung abgeben, ... daß wenn sie später etwas darüber hinaus im Nachlaß finden, daß sie dieses [in das Inventar] aufnehmen, sobald es in ihre Kenntnis gelangt.

³¹⁴ Vgl. oben S. 22.

³¹⁵ Ein Kodizill ist eine letztwillige Anordnung ohne Erbeinsetzung, vgl. KASER, Privatrecht II, S. 490.

Ein letzter wesentlicher Gesichtspunkt ist aus Sicht des BALDUS, daß die Ergänzung des Inventars, zu der der Erbe verpflichtet ist, nicht den formellen Anforderungen genügen muß, die an das Inventar gestellt werden. BALDUS bezieht sich dabei auf eine Meinung des Nicolaus Matarellus zu D. 28, 1, 21, 1, wo für Testamente festgelegt wird, daß die Formvorschriften bei reinen Ergänzungen des Testaments (im Gegensatz zu Änderungen) nicht beachtet werden müssen. Hier zeigt sich abermals, daß alleiniger Zweck der *protestatio* und damit der Pflicht des Erben zur nachträglichen Ergänzung des Inventars ist, das Vermögen des Erblassers und damit den Umfang der Haftung des Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern richtig festzulegen und dabei nicht vom temporären Kenntnisstand des Erben abhängig zu machen.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß die Kommentatoren, insbesondere BARTOLUS und BALDUS, die formellen Anforderungen an die Inventarerstellung, die in C. 6, 30, 22 und Nov. 1, 2 enthalten und die bereits von den Glossatoren weiterentwickelt worden sind, zu umfassenden Schutzvorschriften für die Gläubiger des Erblassers ausdehnen. Die Gläubiger sollen zur Inventarerstellung geladen werden, um dort über die Auflistung des Nachlasses wachen zu können. Verstöße gegen diese formellen Erfordernisse haben, soweit sie zu einem Schaden der Gläubiger führen können, in der Regel die Unwirksamkeit des Inventars zur Folge. Eine völlig originäre Schöpfung der Kommentatoren ist die *protestatio*, die zu einer Verpflichtung des Erben zur Veranlassung von Nachträgen in das Inventar führt und damit eine Lücke der justinianischen Regelung zugunsten der Gläubiger schließt.

2. Rechtsfolgen des Inventars

a) Art der Haftungsbeschränkung

Für die Kommentatoren war die gegenständliche Beschränkung der Haftung des Erben für die Verbindlichkeiten des Erblassers auf den Nachlaß - wie auch schon für die Glossatoren - eine Selbstverständlichkeit.³¹⁶ Dementsprechend wird in den Kommentaren zum Codex - unter Beibehaltung der Terminologie der späten Glossatoren³¹⁷ - zu den Rechtsfolgen des ordnungsgemäß errichteten Inventars ausgeführt, daß die Haftung des Erben *ultra vires hereditatis* ausgeschlossen sei, ohne eine nähere Begründung zu geben.³¹⁸ Durch

³¹⁶ Vgl. WESENER, FS v. Lübtow, S. 117.

³¹⁷ Siehe oben S. 64.

³¹⁸ So bei JACOBUS DE RAVANIS, *Lectura super prima parte Codicis*, C. 6, 30, 22, fol. 294r; JACOBUS DE BELVISIO, *Commentaria authenticorum*, Nov. 1, 2, fol. 5r; BARTOLUS, *Commentaria in secundum Codicis partem*, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 30v; ANGELUS, *Commentaria super Codice*, C. 6, 30, 22, § Scimus iam, fol. 166v, n. 11; SALICETO, *Commentaria in quintum et sextum Codicis libros*, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, Sp. 669, n. 16.

die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß konnte also die persönliche Haftung des Erben mit seinem Eigenvermögen für die Verbindlichkeiten des Erblassers ausgeschlossen werden.

aa) Persönliche Inanspruchnahme des Erben

Ausgehend vom Grundsatz des Haftungsausschlusses durch das Inventar beschäftigt sich BALDUS mit der Frage, in welchen Fällen der Erbe trotz Inventarerstellung für Verbindlichkeiten des Erblassers in Anspruch genommen werden kann:

BALDUS, Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Et si praefatam:

Tertio quaero, nunquid si heres fecit inventarium, possit personaliter capi pro debito defuncti: et videtur quod non. arg. huius .§. Et hoc est verum, ex mora defuncti, sed ex mora heredis sic: quia inventarium non prodest heredi, contra factum proprium ipsius heredis nisi dumtaxat contra aditionem hereditatis: *ut not. D. solu. matri. l. Quae dotis*. Sed an presumatur mora heredis: dic quod sic, si non comparuit: quia debuit comparere, et allegare quod bona <non> erant solvendo, et allegare et opponere de beneficio inventarii: *ut D. si quis ius dicenti non obtempe. l. ij*. Nam exceptionem proponere debuit: *ut. D. solu. matri l. Ex diverso. §. fi.* quod cum non fecerit, contumax reputatur et legitima fuit captura, quo ad sui initium, tamen si producat postea inventarium, et appareat quod hereditas non est solvendo, debet relaxari. *D. ne vis fiat ei. l. j. §. Haec verba.*³¹⁹

Drittens frage ich, ob der Erbe, wenn er ein Inventar erstellt hat, persönlich in Haftung genommen werden kann für die Verbindlichkeiten des Erblassers. Und es ist offenbar nicht so, was dieser Paragraph beweist. Und dieses ist wahr in Bezug auf den Verzug des Erblassers, aber in Bezug auf den Verzug des Erben ist die Frage zu bejahen, weil das Inventar dem Erben nicht nützt gegen eigenes Handeln des Erben, es sei denn lediglich gegen den Antritt der Erbschaft, wie D. 24, 3, 33. Aber daß eigener Verzug des Erben anzunehmen ist, muß bejaht werden, wenn er nicht nach außen aufgetreten ist, weil er nach außen in Erscheinung treten und vortragen muß, daß der Nachlaß überschuldet war, und vortragen und einwenden muß, daß er sich auf die Wohltat des Inventars stützt, wie D. 2, 3. Denn er mußte die Einrede geltend machen, wie D. 24, 3, 17, 2. Wenn er dieses nicht getan hat, wurde er als säumig angesehen und zu Recht gefangengenommen, wobei er auf seine Veranlassung, wenn er sich trotzdem später auf das Inventar beruft, und es offenbar ist, daß die Erbschaft nicht zahlungsfähig ist, freigelassen werden muß, dazu D. 43, 4, 1, 5.

Gleich zu Beginn seiner Ausführungen stellt BALDUS mit Hinweis auf C. 6, 30, 22, 4 klar, daß er nicht die von JUSTINIAN gewollte Wirkung des *beneficium inventarii*, daß die Gläubiger des Erblassers keinen Zugriff auf das Eigenvermögen des Erben als Haftungsmasse haben, in Frage stellen will. Die Zwangsvollstreckung gegen die Person des Erben soll lediglich *ex mora heredis*, also bei Verzug des Erben möglich sein, weil das Inventar keine Haftungsbeschränkung in Hinblick auf eigenes, eine Schuld begründendes Han-

³¹⁹ BALDUS, Commentaria in sextum Codicis librum, fol. 95v, n. 3.

deln des Erben herbeiführt. Die von BALDUS zitierte Stelle D. 24, 3, 33³²⁰ beinhaltet, daß der Erbe infolge des Antritts der Erbschaft für die Verbindlichkeiten des Erblassers haftet, auch wenn der Nachlaß insolvent ist. Der Erbantritt soll laut BALDUS die einzige Handlung des Erben sein, gegen deren Rechtsfolge das Inventar Schutz bietet. Der Erbe gerät dagegen persönlich in Verzug und wird der Zwangsvollstreckung unterworfen, wenn er sich nicht auf die Überschuldung des Nachlasses und die Inventarerstellung als Einwendung beruft. Diese Obliegenheit entnimmt BALDUS aus D. 2, 3³²¹ und D. 24, 3, 17, 2,³²² wobei in letztgenannter Stelle nur allgemein die Pflicht zur Geltendmachung einer Einwendung auf den Inventarerben übertragbar ist. Dieses entspricht allerdings der allgemeinen Regel im römischen Zivilprozeßrecht, daß Einwendungen (*exceptiones*) des Beklagten von diesem geltend gemacht werden müssen und nur ausnahmsweise von Amts wegen berücksichtigt werden.³²³ Kommt der Erbe dieser Obliegenheit nicht nach, wird er persönlich als säumig³²⁴ angesehen, wird deshalb persönlich der Zwangsvollstreckung durch die Gläubiger des Erblassers unterworfen und kann in Arrest genommen werden.

³²⁰ D. 24, 3, 33: Quae dotis nomine certam pecuniam promiserat, quosdam adhibuerat, qui stipularentur partem dotis distracto matrimonio sibi solvi: ea nulla data dote obierat eodem marito suo herede relicto: is damnosam hereditatem eius adierat. nihilo minus stipulatoribus tenebitur, quoniam adeundo hereditatem debitoris intellegeretur secum pensasse: nec ad rem pertinere, quod solvendo non esset hereditas, quando ceteris etiam creditoribus teneatur. - Eine Frau, die eine bestimmte Geldsumme als Mitgift versprochen hatte, hatte einige hinzugezogen, welche sich versprechen ließen, daß ihnen ein Teil der Mitgift nach getrennter Ehe gezahlt würde; sie war, ohne daß sie die Mitgift gegeben hatte, gestorben, wobei sie ihren Ehemann als Erben hinterließ. Dieser hatte die ihm nachteilige Erbschaft angetreten. Er wird nichtsdestoweniger den Versprechensempfängern haften, weil er infolge des Antritts der Erbschaft der Schuldnerin so gestellt wird, als habe er mit sich selbst einen Ausgleich herbeigeführt; auch gehört es nicht zur Sache, daß die Erbschaft nicht zahlungsfähig war, weil sie auch anderen Gläubigern haftete.

³²¹ D. 2, 3 enthält nur eine *lex*, insofern ist unklar, worauf sich BALDUS hier konkret bezieht. Der Titel D. 2, 3 thematisiert die mit einer Strafklage sanktionierte Pflicht der Parteien, den Anordnungen des Gerichts Folge zu leisten.

³²² D. 24, 3, 17, 2: Si in iudicio dotis iudex ignorantia iuris lapsus condemnaverit maritum in solidum, Neratius Sabinus doli exceptione eum uti oportere aiunt eaque tutum fore. - Wenn der Richter bei einem Urteil über die Mitgift aus Rechtsunwissenheit den Ehemann aufs Ganze verurteilt hat, muß dieser nach Aussage von Neratius und Sabinus die Einrede der bösen Absicht gebrauchen und wird durch dieselbe sicher sein.

³²³ KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 35 IV 1.

³²⁴ BALDUS verwendet den Begriff der *contumacia* (wörtlich: „Ungehorsam“; vgl. HEUMANN/SECKEL, Handlexikon, S. 106), mit der im römischen Zivilprozeßrecht insbesondere die Untätigkeit des Beklagten, also der Ungehorsam gegenüber der Aufforderung des Gerichts, sich gegen die Klage zu verteidigen oder sie anzuerkennen, bezeichnet wird. Im Falle der *contumacia* des Beklagten wird dem Kläger der Zugriff auf die Person des Beklagten und dessen Vermögen durch das Gericht gestattet, vgl. KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, §§ 38 I, 93 II 4.

Der Erbe ist jedoch wieder aus dem Arrest zu entlassen, wenn er auf das von ihm errichtete Inventar verweist und der Nachlaß überschuldet zu sein scheint. Zur Begründung zitiert BALDUS D. 43, 4, 1, 5.³²⁵ Danach hat der in den Besitz des Schuldnervermögens eingesetzte Gläubiger den Besitz mangels Rechtsgrundes wieder aufzugeben, wenn sich seine Klage als falsch erweist. Gleichfalls müssen die Gläubiger des Erblassers hinnehmen, daß der Erbe wieder freigelassen wird, wenn der Grund für die persönliche Haftung des Erben mit Erhebung der Einrede des Inventars wieder entfallen ist. Eine entscheidende Bedeutung kommt dabei dem Bestand des Nachlasses zu. Läßt sich beweisen, daß der Nachlaß zum Ausgleich aller Schulden nicht ausreicht, soll der Erbe, wie bereits geschildert, sofort freigelassen werden. Ansonsten tritt BALDUS für die folgende Differenzierung ein:

BALDUS, Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Et si praefatam

Item interim si dubitatur de viribus hereditariis, si satisfacat debet dimitti a carcere: ut *D. de statulibe. l. Statuliber rationem*. Alias qui facit eum detineri, tenetur iniuriarum actione: ut *D. qui satisfacit. l. Si vero. §. j.* Si vero esset certum, quod hereditas esset solvendo, tunc non est dimittendus de carcere, nisi solvat: ut *l. Si pecuniae. §. j. D. ut in posses. legato*.³²⁶

Gleichfalls muß er jedoch bei zweifelhaftem Bestand der Erbschaft aus dem Gefängnis entlassen werden, wenn er Sicherheit leistet, wie D. 40, 7, 5. Wer ihn andernfalls zurückhalten läßt, haftet mit der Injurienklage, wie D. 2, 8, 5. Wenn aber sicher ist, daß die Erbschaft zur Zahlung aller Schulden ausreicht, dann darf er nicht aus der Haft entlassen werden, wenn er nicht zahlt, wie D. 36, 4, 6, 1.

Bestehen Zweifel über den Bestand der Erbschaft, darf der Erbe Sicherheit leisten, um seine Freilassung herbeizuführen. Dabei soll den Gläubigern, die den Erben trotz Sicherheitsleistung in Haft behalten, eine Inanspruchnahme mit der Iniurienklage drohen. In der von BALDUS zur Zulässigkeit der Sicherheitsleistung zitierten Stelle D. 40, 7, 5³²⁷ wird bestimmt, dass ein unter der

³²⁵ D. 43, 4, 1, 5: Haec verba 'quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit' continent utilitatem creditoris, ut quantum eius interest possessionem habere, tantum ei qui prohibuit condemnatur. proinde si ob falsum creditum vel ob falsam petitionem missus est in possessionem vel si exceptione summoverti potuit, nihil ei debet prodesse hoc edictum, quia propter nullam causam in possessionem missus est. - Die Worte 'wieviel der Gegenstand wert ist, insoweit wird er in den Besitz gesetzt werden' meinen den Vorteil des Gläubigers, daß ihm derjenige, welcher das Hindernis bewirkt hat, zu soviel verurteilt werde, wie er ein Interesse an dem Besitz hat. Wenn er daher wegen einer falschen Forderung oder einer falschen Klage in den Besitz gesetzt worden ist oder wenn er nur durch eine Einwendung ausgeschlossen werden konnte, darf ihm dieses Edikt keinen Nutzen bringen, weil er ohne Grund in den Besitz gesetzt worden ist.

³²⁶ BALDUS, Commentaria in sextum Codicis librum, fol. 95v, n. 3.

³²⁷ D. 40, 7, 5 pr.: Statuliber rationem reddere iussus reliquum quod apparet solvit, de eo, quod obscurius est, satisfacere paratus est. Neratius et Aristo recte putant liberum fore, ne multi ad libertatem pervenire non possint incerta causa rationis et genere negotii huiusmodi. - Ein unter aufschiebender Bedingung freigelassener Sklave, dem befohlen ist, Rechnung abzulegen, begleicht die rückständigen Schulden, die ersichtlich sind, im Hinblick auf das, was unklarer ist, zeigt er sich zur Sicherheitsleistung bereit. Neratius und Aristo glauben zu Recht, daß er frei sein werde, damit

aufschiebenden Bedingung der Rechnungslegung freigelassener Sklave nach Sicherheitsleistung für ungewisse Verbindlichkeiten freizulassen ist und dieses damit begründet, daß die Unsicherheit, die einer Rechnungslegung nicht ungewöhnlicherweise anhafte, nicht den Weg zur Freiheit ganz versperren dürfe. Diese Begründung ist auf den Erben, der bei ungewissem Bestand der Erbschaft Sicherheit an Gläubiger des Erblassers leistet, insofern übertragbar, als auch seine Freiheit von einer Voraussetzung abhängt, über deren Vorliegen Unklarheit herrscht.

Allerdings dürfte der Anwendungsbereich dieser Sicherheitsleistung eher unbedeutend gewesen sein. Eine Sicherheitsleistung wäre höchstens dann sinnvoll, wenn Zweifel darüber bestehen, ob überhaupt noch Gegenstände in dem beim Erben befindlichen Nachlaß vorhanden sind.³²⁸ Dann wäre der Erbe nicht in der Lage, die Verbindlichkeiten des Erblassers aus dem Nachlaß zu begleichen, könnte sich andererseits aber auch nicht mit Sicherheit auf die Erschöpfung des Nachlasses berufen, um die Gläubiger abzuwehren. Ansonsten, wenn der Nachlaß zwar überschuldet ist, aber noch Aktivvermögen vorhanden ist, hat der Erbe dieses erst an die sich bei ihm meldenden Nachlaßgläubiger herauszugeben, bevor er mit Hinweis auf den erschöpften Nachlaß die Befriedigung der Gläubiger verweigern darf. Die Terminologie des BALDUS ist jedoch diesbezüglich etwas unscharf.

Daß der Nachlaß nicht zur Begleichung der Schulden des Erblassers ausreicht, wird somit bei BALDUS als Voraussetzung der Haftungsbeschränkung angesehen, auf die sich der Erbe berufen muß. Bei einem zur Zahlung der Schulden ausreichenden Nachlaß wird dagegen jeder Verzug gegenüber Nachlaßgläubigern dem Erben zugerechnet und das Zwangsvollstreckungsverfahren gegen ihn persönlich eingeleitet werden können, wenn er nicht leistet.³²⁹

bb) Geltendmachung des Inventars

Eine weitere Frage, die sich den Kommentatoren für das *beneficium inventarii* im Hinblick auf seine prozessualen Voraussetzungen stellte, war, bis zur

nicht vielen der Weg zur Freiheit versperrt ist durch die unsichere Angelegenheit der Berechnung und durch die Art und Weise von solchen Geschäften.

³²⁸ Denkbar wäre eine solche Situation, wenn ungewiß wäre, ob und welche Nachlaßgegenstände sich an anderen Orten befinden.

³²⁹ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, daß es zur Zeit der Kommentatoren nach Schilderung des BALDUS umstritten war, ob gegen Schuldner, die nicht leisteten, obwohl sie dazu in der Lage waren, die Personalexekution zulässig war. BALDUS entscheidet sich dafür, weil er die Weigerung des Vermögenden für verwerflicher hält als ein bloßes Unvermögen des Schuldners (fortius possit capi pro debito, ille qui est solvendo, et non vult solvere, quam ille qui non potest solvere. nam in maiori contumacia respectu iudicis et paris est potens et nolens quam inops.), siehe BALDUS, Commentaria in sextum Codicis librum, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 95v, n. 3.

welchem Zeitpunkt die Haftungsbeschränkung vom Erben geltend gemacht werden konnte. Dazu schreibt der Prozessualist und Kanonist GUILLELMUS DURANTI.³³⁰

DURANTI, *Speculum iudiciale*, lib. 2, part. 2 –
De instrumentorum editione, § Sed nunquid:

Sed nunquid heres poterit obtinere beneficium inventarii post sententiam, qua condemnatus est creditoribus et legatariis. Respondeo, ut alias probatur de precio. *D. de mino. quod si minor. §. Restitutio. D. de re iud. nesennius. §. fi. D. de dona. qui id quod.* Respondeo, secundum Über.³³¹

Aber ob der Erbe die Wohltat des Inventars nach Verkündigung des Urteils erlangen kann, durch das er gegenüber den Gläubigern und Vermächtnisnehmern verurteilt worden ist? Ich antworte, wie sonst bewiesen wird hinsichtlich des Preises durch D. 4, 4, 24, 4, D. 42, 1, 41, 2 und D. 39, 5, 33. Ich antworte wie UBERTUS.

GUILLELMUS DURANTI behandelt in seinem *Speculum iudiciale* den Fall, daß der Erbe als Rechtsnachfolger des Erblassers durch dessen Gläubiger sowie die Vermächtnisnehmer verklagt und verurteilt worden ist. Es stellt sich hier die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die Rechtsfolgen des Inventars noch geltend gemacht werden können. Zur Klärung, ob der Erbe also nach seiner Verurteilung noch die Beschränkung seiner Haftung als Einwendung gegen die Kläger vorbringen kann, zitiert DURANTI D. 4, 4, 24, 4,³³² D. 42, 1, 41, 2³³³ und D. 39, 5, 33.³³⁴ In D. 42, 1, 41, 2 und D. 39, 5, 33 wird jeweils je-

³³⁰ GUILLELMUS DURANTI (um 1235-1296) lehrte nach dem Studium in Lyon und Bologna kanonisches Recht und bekleidete ab 1265 zahlreiche kirchliche Ämter. Sein in den Jahren 1271-76 verfaßtes *Speculum iudiciale* gilt als die bedeutendste Darstellung des römisch-kanonischen Prozeßrechts, vgl. HAYEZ/ZAPP, *LexMA* III, Sp. 1469 f.; NÖRR, in: *Handbuch der Quellen* I, S. 394 f.

³³¹ DURANTI, *Speculum iudiciale*, fol. 145v, n. 18.

³³² D. 4, 4, 24, 4: Restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque integrum ius suum recipiat. itaque si in vendendo fundo circumscriptus restituatur, iubeat praetor emptorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere, nisi si tunc dederit, cum eum perditurum non ignoraret: sicuti facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur, sed parcius in venditione, quia aes alienum ei solvitur, quod facere necesse est, credere autem non est necesse. nam et si origo contractus ita constitit, ut infirmanda sit, si tamen necesse fuit pretium solvi, non omnimodo emptor damno adficiendus est. – Die Wiedereinsetzung aber ist so durchzuführen, daß ein jeder sein unversehrtes Recht zurückerhält. Wenn ein beim Verkauf eines Grundstücks Hintergangener [Minderjähriger] wiedereingesetzt wird, befiehlt der Prätor, daß der Käufer das Grundstück mit den Früchten zurückgibt und den Kaufpreis erhält, außer wenn er es damals übergeben hat, obwohl er genau wußte, daß er es verlieren würde. Gleiches gilt bezüglich des Geldes, das ihm zum Verbrauch als Darlehen übergeben wird, aber eher nicht beim Verkauf, weil ihm Schulden getilgt wurden, was notwendig zu tun ist; dagegen ist es nicht notwendig, Geld zu verleihen. Denn auch wenn der Vertrag so geschlossen wurde, daß er wieder aufzuheben ist, darf der Käufer, wenn es dennoch notwendig ist, den Preis zu bezahlen, unter keinen Umständen einen Schaden erleiden.

³³³ D. 42, 1, 41, 2: In solidum condemnatus donator actione iudicati nisi in quantum facere potest non tenetur beneficio constitutionis. – Ein auf das Ganze verurteilter Schenker haftet nach der actio iudicati durch die Wohltat der Konstitution nur auf das ihm Mögliche.

³³⁴ D. 39, 5, 33 pr.: Qui id, quod ex causa donationis stipulanti spoponderat, solvi constituit, actione constitutae pecuniae non in solidum, sed in quantum facere potest convenitur: causam enim et originem constitutae pecuniae, non iudicii potestatem praevalere placuit. sed et condemnatus ex

mandem, der ein Schenkungsversprechen abgegeben hat und in vollem Umfang zur Leistung des Versprochenen verurteilt worden ist, zugestanden, daß seine Haftung auf *id quod facere potest* zu beschränken ist.³³⁵ In D. 39, 5, 33 pr. wird im letzten Satz ausdrücklich bestimmt, daß diese Haftungsbeschränkung nach Verurteilung im Vollstreckungsverfahren gegen die *actio iudicati*³³⁶ des Klägers eingewendet werden kann.³³⁷ Auch in D. 4, 4, 24, 4 geht es um eine Haftungsbeschränkung, und zwar um die Beschränkung des Rückerstattungsanspruchs gegen den minderjährigen übervorteilten Verkäufer, nachdem der Kaufvertrag im Wege der Wiedereinsetzung aufgehoben worden ist.³³⁸ DURANTI tritt also dafür ein, die Einwendung der Haftungsbeschränkung durch das Inventar in der gleichen Weise noch nach der Urteilsverkündung im Vollstreckungsverfahren zuzulassen wie in den von ihm zitierten Digestenstellen. Dieser Ansicht des DURANTI schließt sich JOHANNES FABER³³⁹ in seinem Kommentar zu den Institutionen an.³⁴⁰

Auch JACOBUS BUTTRIGARIUS³⁴¹ erörtert diese Problemstellung in seiner Lectura zum Codex:

JACOBUS BUTTRIGARIUS, Lectura ad C. 6, 30, 22, § Licentia:

causa donationis in actione iudicati non frustra desiderati in quantum facere potest conveniri. - Wer ein Schuldversprechen darüber abgibt, das zu bezahlen, was er jemandem durch Stipulation schenkungshalber versprochen hat, kann mit der *actio constitutae pecuniae* nicht auf das Ganze, sondern nur auf das verklagt werden, was er leisten kann; denn man hält es für richtig, daß der Rechtsgrund und der Ursprung des auf Geld gerichteten Schuldversprechens den Vorzug hat und nicht die Rechtsmacht der Klage. Aber auch wer aus dem Rechtsgrund der Schenkung verurteilt worden ist, wird mit der *actio iudicati*, die nicht vergeblich verlangt wurde, nur auf das belangt, was er leisten kann.

³³⁵ Sog. *beneficium competentiae* des Schenkers (entspricht etwa der heutigen Einrede des Notbedarfs), siehe dazu LITEWSKI, St. Volterra IV, S. 563 ff.; KASER, Privatrecht I, S. 482 f.; II, S. 331.

³³⁶ Durch die *actio iudicati* leitet der Kläger nach dem Urteilsspruch und einer Urteilserfüllungsfrist das Vollstreckungsverfahren gegen den Beklagten ein, vgl. DURANTI, Speculum iudiciale, lib. 2, de executione sententiae, fol. 181v/182r, n. 2 ff.; siehe auch KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 56 II.

³³⁷ Die Einwendung führt zu einer entsprechenden Abänderung des ersten Urteils, vgl. MEDICUS, SZ 81, S. 242.

³³⁸ Allerdings läßt sich der Stelle nicht entnehmen, daß sich der Minderjährige auch nach Verurteilung noch auf die Haftungsbeschränkung berufen kann.

³³⁹ JOHANNES FABER († vor 1350) war zunächst Rechtslehrer in Montpellier und darauf ausschließlich als juristischer Praktiker in Frankreich tätig. Er verfaßte einen Kommentar zu den Institutionen, der sich durch seine vergleichsweise gedrängte Kürze auszeichnet, siehe weiter zur Biographie SAVIGNY, Römisches Recht im MA VI, S. 40 ff.

³⁴⁰ JOHANNES FABER, Commentaria, Inst. 2, 19, 6, fol. 59v, n. 6.

³⁴¹ JACOBUS BUTTRIGARIUS (~1274-1347) studierte bei MARTINUS SYLLIMANUS in Bologna und war dort seit 1307 als Lehrer tätig, zu seinen Schülern gehörte u.a. BARTOLUS, vgl. WEIMAR, in: LexMA V, Sp. 257; SAVIGNY, Römisches Recht im MA VI, S. 68 ff.; MEIJERS, Études III, S. 117.

Item quaero an ista exceptio inventarii possit opponi quodcumque: quidam dicunt quod est peremptoria: et sic usque ad sententiam potest opponi. Alii quod est declinatoria: et sic usque ad litis contestationem. tu dic quod sicut illa exceptio ne quis condemnetur contractus facere potest, opponitur in executione, ita et ista *ut .l. Ex diverso. D. so ma. et .l. Nesennius. de re iudi. D. nam exceptio que non respicit iniquitatem sententie: sed moderationem condemnationis potest quodcumque opponi: ita et ista: nam heres non dicit se iniuste damnatum: immo iuste, sed petet non in plus fieri executionem quam sit in bonis.*³⁴²

Ebenso frage ich, ob diese Einwendung des Inventars jederzeit erhoben werden kann: Einige sagen, daß sie eine unwirksam machende ist und so bis zum Urteil entgegengesetzt werden kann. Andere meinen, daß es eine abwendende sei und daß sie so bis zum Verhandlungsbeginn vorgebracht werden kann. Man muß sagen, daß so wie jene Einwendung, daß niemand dazu verurteilt werden kann, Verträge abzuschließen, während der Vollstreckung vorgebracht wird, so auch diese, wie D. 24, 3, 17 und D. 42, 1, 41; denn die Einwendung, die nicht die Ungerechtigkeit des Urteils betrifft, sondern die Beschränkung des Urteilsausspruchs, kann jederzeit vorgebracht werden. So auch diese, denn der Erbe sagt nicht, daß er zu Unrecht verurteilt worden sei, sondern begehrt, daß die Vollstreckung nicht in mehr vorgenommen werde, als im Vermögen vorhanden sei.

Wie auch DURANTI prüft JACOBUS BUTTRIGARIUS, bis zu welchem Zeitpunkt der Erbe sich auf das Inventar berufen kann. Zur Zeit des BUTTRIGARIUS, also zu Beginn des 13. Jahrhunderts, hat nach seiner Schilderung zu dieser Frage ein Meinungsstreit unter den Rechtsgelehrten darüber geherrscht, ob es sich bei der Einrede des Inventars um eine peremptorische oder um eine „deklinatorische“ Einrede handelt.³⁴³ Mit *exceptio declinatoria* bezeichnete die Jurisprudenz etwa seit dem Ende des 12. Jahrhunderts prozeßhindernde Einwendungen, mit denen die Parteien das Fehlen von Prozeßvoraussetzungen geltend machten.³⁴⁴ Im Gegensatz zu den peremptorischen Einreden, die sich gegen den Anspruch selbst beziehen und unter Umständen noch nach dem Urteil und in einer Berufungsinstanz vorgebracht werden können,³⁴⁵ sollen deklinatorische Einreden bis zur *litis contestatio* zugelassen sein. BUTTRIGARIUS tritt dafür ein, daß die Einwendung der Haftungsbeschränkung durch das Inventar auch noch nach dem Urteil möglich ist, schließt sich also mit seiner Ansicht DURANTI an. Entscheidend ist für ihn dabei der Vergleich mit den Einreden der fehlerhaften Rechtsanwendung, die im Vollstreckungsverfahren der *actio iudicati* entgegengehalten werden können. Er führt dafür zum einen die unzulässige Verurteilung zum Abschluß von Verträgen an und zitiert ferner D. 24,

³⁴² JACOBUS BUTTRIGARIUS, *Lectura super codice*, tom. 2, fol. 23r.

³⁴³ In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, daß bereits seit klassischer Zeit zunehmend unter *exceptio* jedes Vorbringen eines der Verteidigung des Beklagten dienenden Sachverhaltes verstanden wurde, vgl. KASER/HACKL, *Zivilprozeßrecht*, § 89 I.

³⁴⁴ Siehe HOEHNE, *Ius Commune* 9, S. 161 ff.; KASER/HACKL, *Zivilprozeßrecht*, § 90 II 1 Fn. 10.

³⁴⁵ Vgl. DURANTI, *Speculum iudiciale*, lib. 2, de exceptionibus et replicationibus, fol. 65r, n. 13; lib. 2, de executione sententiae, fol. 182v, n. 7; siehe auch KASER/HACKL, *Zivilprozeßrecht*, § 89 II 2.

3, 17,³⁴⁶ wo ein auf die Herausgabe der *dos* verklagter Ehemann zu Unrecht auf das Ganze verurteilt wird³⁴⁷ und dagegen die *exceptio doli* erhält. Die zweite von JACOBUS BUTTRIGARIUS zitierte Digestenstelle D. 42, 1, 41, 2,³⁴⁸ auf die sich auch DURANTI beruft, betrifft die auf ein Reskript des *Antoninus Pius* zurückgehende Beschränkung der Haftung des auf das Ganze verurteilten Schenkers auf *id quod facere potest*, die auch noch im Vollstreckungsverfahren geltend gemacht werden kann.³⁴⁹ In den D. 24, 3, 17 und D. 42, 1, 41, 2 zugrunde liegenden Fällen, und gleiches gelte für den Erben der ein Inventar erstellt habe, gehe es um eine Beschränkung des Urteils und nicht um die Beseitigung eines ungerechten Urteils. Anzumerken ist an dieser Stelle jedoch, daß die Haftungsbeschränkungen des Schenkers und des auf Herausgabe der *dos* in Anspruch genommenen Ehemannes bereits grundsätzlich von Amts wegen in das Urteil aufzunehmen sind und bei Fehlen einer solchen Klausel im Urteil noch im Vollstreckungsverfahren auf entsprechendes Vorbringen der Beklagten berücksichtigt werden müssen. Die Haftungsbeschränkung des Erben tritt dagegen nicht in jedem Fall ein, sondern nur, wenn er ordnungsgemäß ein Inventar über den Nachlaß errichtet hat.

Der Kanonist JOHANNES ANDREAE³⁵⁰ geht in seinen *Additiones* zum *Speculum iudiciale* des DURANTI auch auf dessen oben³⁵¹ zitierte Anmerkung ein und schließt sich, wie JACOBUS BUTTRIGARIUS, der Ansicht des DURANTI an, daß der Erbe die Inventarseinrede auch nach dem Urteil erheben kann.³⁵² Aus den Ausführungen des JOHANNES ANDREAE geht dabei hervor, daß diese Ansicht bereits von MARTINUS SYLLIMANUS, der Lehrer des JOHANNES ANDREAE wie auch des JACOBUS BUTTRIGARIUS war,³⁵³ vertreten wurde.³⁵⁴ Im Anschluß

³⁴⁶ Den Text von D. 24, 3, 17 siehe oben S. 103, Fn. 322.

³⁴⁷ Die Verurteilung nach der auf Herausgabe der *dos* gegen den Ehemann gerichteten *actio rei uxoriae* erfolgte grundsätzlich nur auf *id quod facere potest*, vgl. Ulp. D. 24, 3, 12 und 14, 1; KASER, Privatrecht I, § 76 I 2 und § 81 III 3.

³⁴⁸ Den Text von D. 42, 1, 41, 2 siehe oben S. 106, Fn. 333.

³⁴⁹ Vgl. auch DURANTI, *Speculum iudiciale*, lib. 2, de exceptionibus und replicationibus, fol. 65r, n. 14, wo er allgemein nach Urteilsverkündung in der Zwangsvollstreckung die *exceptio peremptoria* für diejenigen zuläßt, die auf *id quod facere possunt* verurteilt sind.

³⁵⁰ JOHANNES ANDREAE (~1270-1348) gilt als der berühmteste der Dekretalisten des 14. Jahrhunderts, vgl. ZAPP, in: *LexMA V*, Sp. 555; NÖRR, in: *Handbuch der Quellen I*, S. 376. Er studierte in Bologna römisches Recht bei MARTINUS SYLLIMANUS und RICHARDUS MALUMBRA und kanonisches Recht u.a. bei GUIDO DE BAYSIO. Seit spätestens 1303 lehrte er kanonisches Recht in Bologna und Padua, zur Biographie SCHULTE, *Quellen und Literatur II*, S. 205 ff.; SAVIGNY, *Römisches Recht im MA VI*, S. 98 ff.; ZAPP a.a.O.

³⁵¹ S. 106.

³⁵² JOHANNES ANDREAE, *Additiones* zum *Speculum iudiciale*, zu *secundum Uber.*, lib. 2, fol. 145v.

³⁵³ Vgl. SAVIGNY, *Römisches Recht im MA V*, S. 417 ff; WEIMAR, in: *LexMA V*, Sp. 257; MEIJERS, *Études III*, S. 117.

daran legt JOHANNES ANDREAE weitere Argumente für die Zulassung der Haftungsbeschränkung in der Vollstreckung dar, wobei nicht ganz deutlich wird, ob diese Argumente von ihm oder seinem Lehrer MARTINUS SYLLIMANUS stammen.³⁵⁵

JOHANNES ANDREAE, Add. ad *secundum Uber.*, Speculum iudiciale, lib. 2, part. 2:

Ubi suadet equitas heredem scriptum non teneri ultra hereditarias vires impetrat separationem bonorum hereditatis a suis: exemplum in herede qui compulsus adiit et non est qui restituat: et in servo necessario herede, qui bona hereditatis non attingit: et in patrono: qui revocavit libertam in servitutem, que adiverat hereditatem eius, qui solvendo non erat. *alleg. D. de separa. l. j. §. ulti. et .l. penulti. §. fina. de in integrum restitutione. l. Non solum.* Cum ergo beneficium separationis petatur tempore executionis, dum bona distrahuntur, et post confessionem, et condemnationem: et cessionem factam bonis, et post missos creditores in bona: ut *D. de cessio. bo. l. fi.* Et patet ex ordine rubricarum. *D. de re iudica. cum sequentibus usque ad titulum de separatio.* et beneficium, quod habet heres ne teneatur ultra vires hereditatis facto inventario succedat in locum impetrare separationis, ut scilicet aditio non preiudicet impetranti. *D. de separatio. l. Creditor.* ergo etiam tempore executionis poterit, sicut et illud, opponi: ut sic sine periculo hereditatem habeat. *ut in .l. fina. C. de iure deliberan. versicu. Et si prefatam.*³⁵⁶

Wo die Gerechtigkeit dafür spricht, daß ein testamentarisch eingesetzter Erbe nicht über den Bestand des Nachlasses hinaus haftet, erreicht sie eine Trennung des Nachlasses von seinem Vermögen, z.B. beim Erben, der zum Antritt gezwungen wurde und sie nicht wieder herausgeben darf, oder beim Sklaven als notwendigem Erben, der den Nachlaß nicht angerührt hat, oder beim Patron, der eine Freigelassene, die die Erbschaft eines Überschuldeten angetreten hatte, zurückrief, anzuführen ist dabei D. 42, 6, 1, 18, D. 42, 6, 6, 1 und D. 4, 1, 6. Wenn also die Wohltat der Abtrennung zur Zeit der Vollstreckung begehrt wird, dann solange das Vermögen aufgeteilt wird, und nach einem Anerkenntnis, einer Verurteilung, einer vollzogenen Vermögensabtretung und nach der Beschlagnahme des Vermögens durch die Gläubiger, wie D. 42, 3, 9. Und es ist offenbar aus der Ordnung der Titel von D. 42, 1 und folgende bis zum Titel D. 42, 6, daß auch die Wohltat, die der Erbe hat, damit er nicht über den Bestand der Erbschaft hinaus haftet, wenn er ein Inventar errichtet hat, nachfolgt an die Stelle der gewährten Abtrennung, damit nämlich der Antritt dem, der <die Abtrennung> erlangt, keinen Nachteil zufügt, D. 42, 6, 4. Also wird auch zur Zeit der Vollstreckung, wie auch bei jener, die Einwendung vorgebracht

³⁵⁴ JOHANNES ANDREAE, Additiones zum Speculum, zu *secundum Uber.*, lib. 2, fol. 145v: Dominus autem meus in legibus disputavit hanc questionem de here. ac etiam de ipsius procuratore qui cavit iudi. solu. et tenuit utrumque opponere posse, ne ultra vires hereditarias fiat executio. - Aber mein Lehrer in [weltlichen] Gesetzen hat diese Frage hinsichtlich des Erben und auch hinsichtlich dessen Prozeßvertreter behandelt, der Sicherheit für die Erfüllung des Urteils leistet, und hat dabei die Ansicht vertreten, daß jeder von beiden einwenden kann, damit die Vollstreckung nicht über den Bestand des Nachlasses hinaus statfinde.

Daß JOHANNES ANDREAE hier mit *dominus meus in legibus* MARTINUS SYLLIMANUS meint, zeigen andere Stellen aus den Kommentaren des JOHANNES ANDREAE, in denen er ihn auf diese Weise bezeichnet und daneben auch mit Namen nennt, siehe dazu SCHULTE, Quellen und Literatur II, S. 207, Fn. 8.

³⁵⁵ Vgl. allgemein zur Überlieferung von Rechtsmeinungen der Professoren durch ihre Schüler MEIJERS, Études III, S. 64.

³⁵⁶ JOHANNES ANDREAE, Additio zum Speculum iudiciale, lib. 2, fol. 145v.

werden können, damit er so ohne Gefahr die Erbschaft hat, wie in C. 6, 30, 22, 4.

JOHANNES ANDREAE zieht die im klassischen römischen Recht aus Billigkeitsgründen ausnahmsweise zu Gunsten des Erben gewährte Haftungsbeschränkung durch die *separatio bonorum* zum Vergleich heran. Er bezieht sich dabei auf die Fälle, in denen ein Erbe zum Antritt der Erbschaft gezwungen wurde, eine überschuldete Erbschaft anzutreten, und ihm deshalb zum Schutz seines eigenen Vermögens die *separatio bonorum* zugebilligt wurde. Dieses gelte für den Erben, der die Erbschaft aus tatsächlichen Gründen nicht als Fideikommiß herausgeben kann,³⁵⁷ und in D. 42, 6, 1, 18³⁵⁸ für den *servus heres necessarius*. Im dritten von JOHANNES ANDREAE geschilderten Fall wird dagegen dem Patron, der eine Freigelassene in die Sklaverei zurückruft, gegen eine von dieser angetretene überschuldete Erbschaft nicht die *separatio bonorum* gewährt, sondern eine *in integrum restitutio*. Dieses geht aus D. 4, 1, 6 hervor, woher JOHANNES ANDREAE den von ihm dargestellten Sachverhalt entnommen hat. Die zweite in diesem Zusammenhang zitierte Stelle D. 42, 6, 6, 1, nach der eine *separatio bonorum* zulässig ist, behandelt zwar auch die Problematik eines Patrons, der durch einen überschuldeten Nachlaß, den seine Freigelassene erworben hat, belastet wird. Der Sachverhalt in D. 42, 6, 6, 1 ist im weiteren eher unklar und Gegenstand von Spekulationen,³⁵⁹ enthält aber jedenfalls keine Hinweise darauf, daß der Patron durch einen Widerruf der Freilassung an den überschuldeten Nachlaß gerät.

Nach Ansicht des JOHANNES ANDREAE soll die Eigenheit der *separatio bonorum*, daß sie noch während der Vollstreckung erreicht werden kann, auf das *beneficium inventarii* übertragbar sein, da das *beneficium inventarii* Nachfolger der *separatio bonorum* als Institut der Haftungsbeschränkung für den Erben sei. Er zieht deshalb die Schlußfolgerung, daß weder ein Anerkenntnis (*confessio*)³⁶⁰ oder eine Verurteilung (*condemnatio*) noch eine Vermögensabtretung (*cessio bonorum*) oder eine Beschlagnahme des Vermögens (*missio in bona*) den Erben daran hindern, eine Haftungsbeschränkung durch die Berufung auf das Inventar zu erreichen. Dieses soll, wie aus D. 42, 3, 9³⁶¹ bezüg-

³⁵⁷ Dieser Fall ist aus D. 42, 6, 1, 6 entnommen, vgl. dazu oben S. 9, Fn. 21.

³⁵⁸ Den Text von D. 42, 6, 1, 18 siehe oben S. 10.

³⁵⁹ Vgl. zum Inhalt von D. 42, 6, 6, 1 WIECHMANN, *Separatio bonorum*, S. 39 ff.

³⁶⁰ Das Anerkenntnis steht nach der Regel *confessus pro iudicato erit* (D. 42, 2, 6 pr.) von den Rechtsfolgen her einer Verurteilung gleich, führt also ebenfalls in das Vollstreckungsverfahren.

³⁶¹ D. 42, 3, 9: *Bonis cedi non tantum in iure, sed etiam extra ius potest. et sufficit et per nuntium vel per epistulam id declarari.* - Die Vermögensabtretung kann nicht nur vor dem Gericht, sondern auch außerhalb vorgenommen werden. Und es reicht aus, daß diese durch einen Boten oder einen Brief erklärt wird.

lich der *cessio bonorum*³⁶² entnommen werden kann, auch außergerichtlich geschehen können. Die Möglichkeit, sich bis zum Ende der Zwangsvollstreckung noch auf die Haftungsbeschränkung berufen zu können, ist aus Sicht des *Johannes* notwendig, um den wirksamen Schutz des Erben vor einem überschuldeten Nachlaß sicherzustellen. Bemerkenswert ist, daß JOHANNES ANDREAE die im justinianischen Recht bestehende Lücke hinsichtlich der prozessualen Geltendmachung der Haftungsbeschränkung mit einer Regelung zur *separatio bonorum* füllt und dieses damit begründet, das *beneficium inventarii* habe die billigkeitshalber dem Erben oder dessen Nachfolgern gewährte *separatio bonorum* als Mittel der Haftungsbeschränkung ersetzt. Es liegt daher die Folgerung nahe, daß JOHANNES ANDREAE von einer subsidiären Geltung der Bestimmungen zur *separatio bonorum* im Bereich der Beschränkung der Haftung des Erben ausgeht.

Auch ANGELUS DE UBALDIS schließt sich der Ansicht des MARTINUS SYLLIMANUS und des JOHANNES ANDREAE an und befürwortet, daß der Erbe das *beneficium inventarii* noch während der Zwangsvollstreckung zur Haftungsbeschränkung hinzuziehen darf.³⁶³ Folglich kann diese Ansicht, auch wenn sie - wie sich aus dem Kommentar des ANGELUS ergibt - wohl nicht unbestritten war, als die unter den Kommentatoren herrschende angesehen werden.

Es zeigt sich somit, daß die Kommentatoren das *beneficium inventarii* als haftungsbeschränkende Einwendung des Erben in das römisch-kanonische Prozeßrecht eingefügt haben. Dem Erben obliegt dabei, sich auf die Erstellung des Inventars und die Überschuldung des Nachlasses zu berufen. Die Einwendung der beschränkten Erbenhaftung kann noch während der Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden. Den Kommentatoren war also daran gelegen, dem Erben einen möglichst effektiven prozessualen Schutz vor einem überschuldeten Nachlaß zu gewähren.

³⁶² Durch die *cessio bonorum*, die Abtretung seines gesamten Vermögens, konnte ein Schuldner die Vollstreckung gegen seine Person und die Folge der Infamie verhindern, siehe KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 61.

³⁶³ ANGELUS, *Commentaria super Codice*, C. 6, 30, 22 - *Scimus iam*, fol. 166v, n. 11: *Et hoc beneficium inventarii poterit heres uti etiam in executionem sententie, quam sententiam non impugnatur. et hoc tenet disputando Mar. sil. quem secutus fuit Jo. an. licet Spe. in hoc multum se involverit nec clare responderit in. d. §. fi. ver. sed nunquid heres poterit obtinere.* - Und dieses *beneficium inventarii* wird der Erbe auch in der Vollstreckung des Urteils gebrauchen können, wobei er nicht das Urteil anfechtet. Und dieses vertritt MARTINUS SYLLIMANUS im Meinungsstreit, wobei ihm JOHANNES ANDREAE folgt, obgleich das *Speculum* zu diesem viel darlegt, aber nicht deutlich antwortet im zitierten letzten Paragraphen mit den Worten *sed nunquid heres poterit obtinere*.

b) Verwaltung des Nachlasses

aa) Grundsätzliches

Ein ordnungsgemäß errichtetes Inventar entfaltete aus Sicht der Kommentatoren eine dreifache Schutzwirkung zugunsten des Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern. Dazu gehört neben der Beschränkung der Haftung für die Schulden des Erblassers auf den Nachlaß und dem Erhalt der Falzidischen Quart auch die für den Erben unaufwendige Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses. BALDUS bezeichnet dieses als „Schutz des Erben vor Belästigungen“, ³⁶⁴ ein ähnlicher Grundsatz findet sich bei ANGELUS. ³⁶⁵

bb) Verteilung des Nachlaßbestandes an die Nachlaßgläubiger

Die Kommentatoren beschäftigen sich unter mehreren verschiedenen Gesichtspunkten mit den Interessen der Gläubiger bei der Verteilung des Nachlasses. Zum einen erörtern sie, unter welchen Voraussetzungen der Erbe an nachrangige Nachlaßgläubiger leisten darf (dazu unter aaa)). Zum anderen untersuchen sie, unter welchen Voraussetzungen der Erbe beim Verkauf von Bestandteilen des Nachlasses sich seine Haftungsbeschränkung gegenüber den Gläubigern erhalten kann (dazu unter bbb)). Ferner stellen sie sich bei Geldschulden die Frage, ob der Erbe oder die Gläubiger des Erblassers den Gegenstand der Leistung auswählen dürfen (dazu unter ccc)).

aaa) Leistung an nachrangige Gläubiger

Wie bereits die Glossatoren setzten sich auch die Kommentatoren mit der Frage auseinander, unter welchen in C. 6, 30, 22, 4a ungenannten Voraussetzungen der Erbe den Nachlaßbestand an die Nachlaßgläubiger herausgeben darf. Unter den frühen Kommentatoren vor BARTOLUS folgen JACOBUS DE RAVANIS, CINUS DE PISTOIA ³⁶⁶ und JACOBUS BUTTRIGARIUS in dieser Frage der Glosse und legen sich lediglich in sehr knappen Kommentierungen unter Berufung auf D. 35, 2, 41 darauf fest, daß der Erbe nicht arglistig handeln

³⁶⁴ BALDUS, *Commentaria in sextum Codicis librum*, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 95v, n. 5: nota, quod iste .§. providet heredi ... circa vexationem fugiendam. - Zu beachten ist, daß dieser Paragraph zugunsten des Erben wirkt ... in Bezug auf das Fernhalten von Belästigungen.

³⁶⁵ ANGELUS, *Commentaria super Codice*, C. 6, 30, 22, § Scimus iam, fol. 166v, n. 11: Tertium beneficium est ut propter dictam hereditatem nullo modo possit invitus gravari ... - Die dritte Wohltat ist, daß er wegen besagter Erbschaft keinesfalls gegen seinen Willen belästigt werden kann ...

³⁶⁶ CINUS DE PISTOIA (1270-1336/1337) studierte in Bologna bei DINUS DE MUGELLO und lehrte ab 1314 in Bologna, Siena, Perugia, wo er Lehrer des BARTOLUS war, und Neapel. Sein Verdienst ist es, daß die Lehren der Schule von Orléans in Italien Verbreitung fanden, vgl. WEIMAR, in: *LexMA* II, Sp. 2089; SCHRAGE, *Utrumque ius*, S. 75; SAVIGNY, *Römisches Recht im MA VI*, S. 73 ff.

dürfe.³⁶⁷ Auch BARTOLUS behandelt dieses Thema anhand von D. 35, 2, 41 in Form einer *oppositio*³⁶⁸:

BARTOLUS, Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Et si praefatam:

Opponitur tertio, dicitur hic, quod debet satisfacere eis, qui primo veniunt. Contra, *D. ad l. Fal. l. In dolo*. Sol. Intellige hoc in haerede satisfaciente bona fide, quia alios creditores potiores ignorabat, alias esset in dolo, si cautiones non exigit, ut l. contraria.³⁶⁹

Drittens wird entgegengehalten, es werde hier gesagt, daß er diejenigen befriedigen muß, die zuerst kommen. Dagegen läßt sich D. 35, 2, 41 anführen. Zur Lösung muß man dieses so verstehen, daß der Erbe in gutem Glauben befriedigt, weil er keine Kenntnis von anderen bevorrechtigten Gläubiger hat, sonst handelt er arglistig, wenn er keine Sicherheitsleistungen fordert, wie die eingewendete *lex* bestimmt.

BARTOLUS stellt zunächst das unterschiedliche Handeln des Erben in D. 35, 2, 41³⁷⁰ und C. 6, 30, 22, 4a gegenüber. Die beiden Stellen werden durch BARTOLUS in der Weise harmonisiert, daß der Erbe nach der jüngeren Regelung des Codex von seiner Schuld frei wird, wenn er bei Befriedigung der Nachlaßgläubiger gutgläubig ist. Der Erbe ist nicht gutgläubig, wenn er Kenntnis davon hat, daß Gläubiger existieren, die gegenüber den sich beim Erben meldenden Gläubigern bevorrechtigt sind. Er handelt deshalb nach D. 35, 2, 41 arglistig und haftet weiter für die Verbindlichkeiten des Erblassers, wenn er trotz dieser Kenntnis Nachlaßverbindlichkeiten begleicht, ohne dafür eine Sicherheitsleistung zu verlangen. Andeutungen einer derartigen Differenzierung, wie sie BARTOLUS hier vornimmt, lassen sich bereits ein Jahrhundert früher bei AZO ausmachen.³⁷¹ Eine solche Auslegung hätte für die Gläubiger des Erblassers zur Konsequenz, daß sie den Erben bereits frühzeitig während der Erstellung des Inventars über ihre Forderungen und Privilegien informieren und auf diese Weise dazu verpflichtet könnten, ihre bevorrechtigte Stellung bei der Verteilung des Nachlasses zu berücksichtigen. Eine noch weitergehende Absicherung der Gläubiger gegen Gefahren, die aus der Nachlaßverteilung resultieren, erwägt BALDUS:

BALDUS, Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Et si praefatam:

Sed an cum heres primo venientibus solvit, Aber sind, wenn der Erbe an die zuerst Er-

³⁶⁷ So JACOBUS DE RAVANIS, *Lectura super prima parte Codicis*, C. 6, 30, 22, fol. 294r; CINUS DE PISTOIA, *Commentaria in Codicem*, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 389r; JACOBUS BUTTRIGARIUS, *Lectura super Codice*, C. 6, 30, 22 - Scimus iam, tom. 2, fol. 23r.

³⁶⁸ In einer *oppositio* werden mögliche Einwände gegen die vorgetragene Auslegung einer Stelle, die sich aus einer scheinbar widersprechenden Quellenstelle ergeben, vorgetragen und argumentativ behandelt, siehe HORN, in: *Handbuch der Quellen I*, S. 324.

³⁶⁹ BARTOLUS, *Commentaria in secundum Codicis partem*, fol. 31r, n. 1.

³⁷⁰ Den Text von D. 35, 2, 41 siehe auf S. 58, Fn. 188.

³⁷¹ Vgl. oben S. 60.

absentes sunt citandi: Respondeo non, ne heres in vexatione maiori ponatur, supponendo se litigiis plurimorum. Et quia ius absentium est saluum, et quia diligentia, pertinet ad creditores non ad heredem debitoris. simile. *infra de bonis. auctorita. iudi. possiden. l. fi. et supra de petitio. heredita. l. fi.*³⁷²

scheinenden leistet, die Abwesenden zu laden? Ich antworte mit nein, damit nicht der Erbe einer größeren Belästigung ausgesetzt wird, indem er sich den Prozessen sehr vieler stellen muß. Grund ist, daß das Recht der Abwesenden abgesichert ist und daß die Sorgfalt den Gläubigern obliegt und nicht dem Erben des Schuldners, ähnlich sind C. 7, 72, 10 und C. 3, 31, 12.

BALDUS fragt sich, ob der Erbe aktiv dazu beizutragen hat, daß die Rangfolge unter den Gläubigern bei der Verteilung des Nachlasses eingehalten wird, während sonst bisher nur die Gutgläubigkeit des Erben diesbezüglich gefordert worden war. Für seine ablehnende Haltung gegenüber einer Pflicht des Erben, zur Befriedigung von Nachlaßverbindlichkeiten alle Nachlaßgläubiger zusammenzurufen, gibt BALDUS verschiedene Gründe an. Zum einen will er alle „Belästigungen“ vom Erben abwehren,³⁷³ weil er erwartet, daß, falls eine solche Pflicht angenommen wird, zahlreiche Prozesse gegen den Erben angestrengt werden. BALDUS meint damit wohl Klagen gegen den Erben, die sich auf die Verletzung einer solchen Pflicht zum Tätigwerden stützen. Dieses entspricht der oben unter lit. aa) genannten dritten Rechtsfolge des *beneficium inventarii*.

Des weiteren weist BALDUS auf die bereits vorhandenen Absicherungen der Gläubiger hin, womit er sich wohl auf die Möglichkeit des Regresses bezieht, sowie die Verteilung der Verantwortungsbereiche zwischen Erbe und Gläubigern in den Bestimmungen zum Inventar. Zu Letztgenanntem ist in C. 6, 30, 22, 4a ff. festgelegt, daß es Sache der Gläubiger ist, für die Durchsetzung ihrer Forderungen und Privilegien zu sorgen und es diesbezüglich keine (aktiven) Pflichten des Erben gibt. Die von BALDUS genannte Stelle C. 7, 72, 10³⁷⁴ zeigt Parallelen im justinianischen Vollstreckungsrecht auf. Werden bei

³⁷² BALDUS, Commentaria in sextum Codicis librum, fol. 95v, n. 5.

³⁷³ Vgl. dazu oben S. 113, Fn. 364.

³⁷⁴ Die entscheidende Passage in C. 7, 72, 10 befindet sich in dessen § 1: Ut autem non in perpetuum aliorum negligentia illi, qui pro suis debitis alacriores creditoribus aliis ostenduntur fuisse, praegraventur, rectum nobis esse videtur tunc communionem habere in possessionem rerum alios creditores, qui non hoc peregisce noscuntur, cum praesentes quidem in una eademque degentes provincia, in qua et possessores rerum commorantur, intra duorum annorum spatia, absentes autem intra quadriennium creditoribus possessionem antelato modo detinentibus suum debitum certum faciant et expensas secundum quantitatem debitorum persolvant eis, qui sententias consecuti sunt, per sacramentum manifestandas eorum, qui eas adipiscendae gratia possessionis rerum sustinuerunt, quia et secundum debita satis eis fieri explorati iuris est. Post completum autem memoratum tempus nullam eis esse licentiam eos qui possessionem adepti sunt molestare vel quibusdam damnis adficere: actiones autem, quas ex legibus sibi competere putaverint, contra suos exercere debitores. - Damit aber nicht jene, die gezeigt haben, daß sie hinsichtlich ihrer Forderungen wachsamer als die anderen Gläubiger gewesen sind, dauerhaft durch die Nachlässigkeit der anderen beschwert werden, erscheint es für uns richtig, daß die anderen Gläubiger, die keine Kenntnis davon erlangt

einer Gesamtvollstreckung einige Gläubiger auf ihren Antrag hin vom zuständigen Gericht in den Besitz des Schuldnervermögens eingewiesen (*missio in bona*), ist es den anderen Gläubigern innerhalb einer bestimmten Frist möglich, sich dem Verfahren anzuschließen, um mit am Versteigerungserlös partizipieren zu können. Reagieren sie nicht rechtzeitig, bleibt ihnen nur noch die Vollstreckung gegen den erst einmal vermögenslosen Schuldner. Eine Bekanntmachung der *missio in bona*, um alle Gläubiger vom Gesamtvollstreckungsverfahren in Kenntnis zu setzen, ist dabei nicht mehr vorgesehen.³⁷⁵

Ebenso wie die Gläubiger bei einem Gesamtvollstreckungsverfahren selbst darauf achten müssen, daß sie am Verfahren beteiligt werden, müssen also nach BALDUS Ansicht die Gläubiger des Erblassers sich rechtzeitig beim Erben melden, um ihre Forderung realisieren zu können, und haben keinen Anspruch gegen den Erben auf Benachrichtigung. Der Gedanke, daß Nachlaßgläubiger es versäumt haben, ihre Ansprüche rechtzeitig gegen den Erben geltend zu machen und deshalb Nachteile hinnehmen müssen, läßt sich in einem weiteren Sinne auch aus C. 3, 31, 12,³⁷⁶ der zweiten von BALDUS zitierten Stelle, entnehmen. Insgesamt zeigt sich in der Entscheidung wie auch in der Argumentation des BALDUS, daß das in C. 6, 30, 22, 4a dargelegte Verfahren, dem Erben die Verteilung des Nachlasses ohne Rücksicht auf die Verschuldung desselben zu gestatten und die Risiken des unzureichenden Nachlasses den Gläubigern aufzuladen, prinzipiell beibehalten werden soll.

Eine Ausnahme vom Grundsatz, daß der Erbe berechtigt ist, alle Nachlaßgläubiger in der Reihenfolge zu befriedigen, in der sie sich bei ihm melden, findet sich beim Kanonist GUIDO DE BAYSIO:³⁷⁷

haben, daß sie dieses durchgeführt haben, nur dann gemeinschaftlichen Besitz an den Dingen haben, wenn sie als anwesende, nämlich wenn sie sich in derselben Provinz befinden, in der sich auch die Besitzer der Sachen aufhalten, innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren und als abwesende innerhalb von vier Jahren den Gläubigern, die bereits zuvor den Besitz innehaben, ihre Forderungen bekanntmachen und denen, die die Titel erstritten haben, im Verhältnis zum Umfang ihrer Forderungen die Aufwendungen ersetzen, die durch den Eid derer zu bestätigen sind, die diese, um den Besitz an den Sachen zu erhalten, auf sich genommen haben, weil es anerkanntes Recht ist, daß sie auch im Verhältnis zu ihren Forderungen befriedigt werden. Nach Ablauf dieser Frist aber sollen sie keine Erlaubnis haben, diejenigen, die den Besitz erlangt haben, zu belästigen oder denselben Schaden zuzufügen; aber Klagen, von denen sie glauben, daß sie ihnen nach den Gesetzen zustehen, sollen sie gegen ihre Schuldner ausüben.

³⁷⁵ Vgl. KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 96 V.

³⁷⁶ In C. 3, 31, 12 wird es bestimmten Nachlaßgläubigern gestattet, trotz eines anhängigen Erbschaftsprozesses ihre Ansprüche gegenüber dem Erbschaftsbesitzer einzuklagen, andere Nachlaßgläubiger müssen erst den Ausgang des Erbschaftsprozesses abwarten.

³⁷⁷ GUIDO DE BAYSIO († vor 1311) lehrte seit 1283 kanonisches Recht in Bologna, 1296 wurde er zum *Archidiaconus* (Stellvertreter des Bischofs in rechtlichen Angelegenheiten) von Bologna ernannt. Einer seiner Schüler war JOHANNES ANDREAE, vgl. VAN DE WOUW, LexMA IV, Sp. 1774; SCHULTE, Quellen und Literatur II, S. 186 ff.

GUIDO DE BAYSIO, *Rosarium decretorum* ad Grat. II, 14, 5, 15:

et si heres usurarii fecerit inventarium secundum formam legis. *C. de iure deli. Scimus et in auc. col. j. et de here. et fal. §. Hinc nobis.* non tamen solvet legata legatariis primo venientibus prout. ea lege cavetur. immo illis quibus primo usurae restituendae sunt quia cautio praestita de qua loquitur *per. decre. extra. de usuris. Quamquam* ligat ipsos heredes ut primo satisfaciant de usuris. *D. de eden. quedam. §. Sed si ei ar. op. h.*³⁷⁸

Auch wenn der Erbe eines Zinsschuldners ein Inventar errichtet hat gemäß der gesetzlichen Form nach C. 6, 30, 22 und Nov. 1, 2, soll er trotzdem nicht die Vermächtnisse den zuerst ankommenden Vermächtnisnehmern leisten, so wie dieses Gesetz bestimmt, vielmehr jenen, denen zuerst Zinsen zu erstatten sind, weil das dargebotene Versprechen, über das gesprochen wird in VI. 5, 5, 2 die Erben selbst bindet, daß sie zuerst die Zinsen bezahlen, wie in D. 2, 13, 9, 1 bewiesen wird.

GUIDO DE BAYSIO tritt dafür ein, daß der Erbe eines Zinsschuldners nicht eher an die Vermächtnisnehmer mit Erfüllungswirkung leisten kann, als er die Zinsgläubiger des Erblassers befriedigt hat. Ausgangspunkt seiner Argumentation ist eine Stelle im *liber Sextus* (VI. 5, 5, 2³⁷⁹), wonach jemand, der die Zahlung von Zinsen schuldet, nur dann mit dem Segen der Kirche begraben werden kann, wenn diese Schulden vollständig beglichen sind oder in einer ganz bestimmten Form Sicherheit dafür geleistet worden ist. Nach der Kommentierung des GUIDO trifft diese Verpflichtung nicht nur den Schuldner selbst, sondern auch den Erben und soll selbst durch die Erstellung des Inventars nicht aufgehoben werden. GUIDO zieht zur Untermauerung dieser Ansicht aus den Digesten D. 2, 13, 9, 1³⁸⁰ heran. Dort wird der Erbe eines Bankiers für arglistig gehalten, wenn er die Abrechnungen des Bankiers an

³⁷⁸ GUIDO DE BAYSIO, *Rosarium decretorum*, fol. 259v; das sog. *Rosarium decretorum* ist ein Kommentar zum Dekret, der im Jahr 1300 von GUIDO vollendet wurde, vgl. VAN DE WOUW, *LexMA IV*, Sp. 1774.

³⁷⁹ VI. 5, 5, 2: *Quamquam* usurarii manifesti de usuris, quas receperant, satisfieri expressa quantitate vel indistincte in ultima voluntate mandaverint: nihilominus tamen eis ecclesiastica sepultura denegetur, donec de usuris ipsis fuerit, (prout patiuntur facultates eorum,) plenarie satisfactum, vel illis, quibus facienda est restitutio, si praesto sint ipsi, aut aliis, qui eis possint acquirere, vel, eis absentibus, loci ordinario aut eius vices gerenti, sive rectori parochiae, in qua testator habitat, coram aliquibus fide dignis de ipsa parochia ... aut servo publico de ipsius ordinarii mandato idonee de restitutione facienda sit cautum. - Wenn auch ein augenscheinlich zur Zahlung von Zinsen Verpflichteter hinsichtlich der Zinsen, die er auf sich genommen hatte, in seinem letzten Willen den Auftrag gegeben hat, daß sie in einem bestimmten Umfang oder ohne nähere Bestimmung bezahlt werden, soll ihnen demungeachtet trotzdem das kirchliche Begräbnis solange verweigert werden, bis die Zinsen selbst (insoweit ihre Vermögensverhältnisse es gestatten) vollständig bezahlt sind, oder jenen, gegenüber denen die Zahlung zu erfolgen hat, wenn sie selbst bei der Hand sind, oder anderen, die für diese empfangen können, oder, falls diese nicht vorhanden sind, an Stelle des Ordinarius dessen Vertreter oder dem Bischof des Sprengels, in dem der Testator lebt, in Anwesenheit von vertrauenswürdigen Personen aus diesem Sprengel ... oder eines öffentlichen Dieners über eine zuverlässige Beauftragung des Ordinarius selbst hinsichtlich der zu tätigen Zahlung Sicherheit leistet.

³⁸⁰ D. 2, 13, 9, 1: *sed si ei, antequam eas legatario traderet, renuntiatum fuerit, ne ante eas tradat, tenebitur quasi dolo fecerit: item antequam eas tradat, tenebitur quasi dolo fecerit: item antequam eas tradat, tenebitur: quod si nihil dolo fecerit, causa cognita legatarius cogendus est edere.* - War

kiers für arglistig gehalten, wenn er die Abrechnungen des Bankiers an einen Vermächtnisnehmer herausgibt, obwohl ihm dieses vorher untersagt worden ist. Unklar in den Ausführungen des GUIDO ist allerdings, ob dieses Privileg der Zinsgläubiger nur gegenüber den ausdrücklich erwähnten Vermächtnisnehmern oder darüber hinaus auch allen sonstigen Gläubigern des Erblassers gelten soll. Zu dieser Kommentierung des Guido de Baysio nimmt PAULUS DE CASTRO³⁸¹ Stellung:

PAULUS DE CASTRO, *Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Et si praefatam*:

Ultimo scias quod Archi. tenet in *c. non sane. xiiij. q. v.* quod heres usurarii qui cavit de restituendis usuris: licet conficeret inventarium non debet solvere primis venientibus nisi recepta cautione de restituendo: quia scit vel scire potest alios subesse: et si esset in dolo quo ad illos: et haberet locum beneficium huius. §.³⁸²

Schließlich soll man wissen, daß Archidiaconus zu Grat. 2, 14, 5, 15 meint, daß der Erbe eines Zinsschuldners, der hinsichtlich der rückzuerstattenden Zinsen Sicherheit geleistet hat, auch wenn er ein Inventar erstellt hat, nicht an die zuerst Ankommenden leisten darf, wenn nicht vorher Sicherheit für die Rückerstattung geleistet worden ist, weil er weiß oder wissen kann, daß andere vorhanden sind; doch auch wenn er hinsichtlich jener arglistig handelt, greift die Wohltat dieses Paragraphen ein.

PAULUS führt das von GUIDO DE BAYSIO befürwortete Privileg der Zinsgläubiger darauf zurück, daß der Erbe deren Existenz kennt oder zumindest kennen kann. Er geht somit davon aus, daß GUIDO die Arglist der Erben bei der Befriedigung von Nachlaßgläubigern unter vergleichbaren Voraussetzungen wie BARTOLUS annimmt. Somit handelte der Erbe, der aus dem Testament des Zinsschuldners in der Regel Kenntnis von den offenen Zinsverbindlichkeiten haben mußte,³⁸³ nach diesen Kriterien arglistig, wenn er zuerst an Vermächtnisnehmer leistete, ohne sich von diesen eine Sicherheit stellen zu lassen, da Vermächtnisnehmer gegenüber allen Gläubigern des Erblassers zurückstehen. PAULUS lehnt jedoch diese Auslegung von C. 6, 30, 22, 4a ab und sieht den Erben auch dann als frei von jeder Haftung über den Nachlaß hinaus an,

er aber, bevor er sie dem Vermächtnisnehmer übergab, aufgefordert worden, sie nicht vor der Bekanntgabe zu übergeben, so haftet er, als habe er arglistig gehandelt. Ebenso haftet er, bevor er sie übergibt. Wenn er aber in keiner Hinsicht arglistig gehandelt hat, ist nach Voruntersuchung der Vermächtnisnehmer zur Bekanntgabe zu zwingen.

³⁸¹ PAULUS DE CASTRO (1360/62-1441) studierte u.a. bei BALDUS DE UBALDIS in Perugia. Nach dem Erwerb des Doktorgrades 1385 in Avignon lehrte er in Avignon, Siena, Florenz, Bologna und Padua und war darüber hinaus auch als Praktiker tätig. Zu seinen Schülern gehört ALEXANDER DE IMOLA. Vgl. zur Biographie BELLONI, *Professori guiristi a Padova*, S. 283 ff.; WEIMAR, *LexMA VI*, Sp. 1824 f.; SAVIGNY, *Römisches Recht im MA VI*, S. 281 ff.

³⁸² PAULUS DE CASTRO, *Commentaria in secundam Codicis partem*, fol. 70v, n. 8.

³⁸³ Wie sich aus VI. 5, 5, 2 entnehmen läßt, wurde ein Schuldner, der mit offenen Zinsschulden verstarb, nur mit dem Segen der Kirche begraben, wenn die Begleichung dieser Schuld durch den Erben beglichen oder sichergestellt ist. Deshalb wird der Zinsschuldner in der Regel den Erben in seinem Testament zur Zahlung dieser Zinsschulden beauftragt haben.

wenn er diesbezüglich bösgläubig ist, wofür er allerdings keine nähere Begründung gibt. Auch ALEXANDER DE IMOLA steht diesbezüglich den Ausführungen des GUIDO ablehnend gegenüber, weil sich aus seiner Sicht eine Einschränkung des in C. 6, 30, 22, 4a ausgeführten Prinzips der Nachlaßverteilung nicht aus VI 5, 5, 2 entnehmen läßt. Deshalb schließt sich ALEXANDER der Auslegung in der Glossa ordinaria an.³⁸⁴ Die Ansicht des GUIDO DE BAY-SIO ist wohl, wie ALEXANDER DE IMOLA überliefert, in der damaligen römischen und kanonischen Rechtswissenschaft singulär geblieben.

bbb) Verkauf von Nachlaßgegenständen durch den Erben

Der Erbe ist nach C. 6, 30, 22, 4a und 5 dazu berechtigt, Bestandteile des Nachlasses zu verkaufen, ohne dabei seine Haftungsbeschränkung zu verlieren. Da es dabei zu Kollisionen mit Interessen der Käufer wie auch der Pfandgläubiger kommen kann, fordert BARTOLUS, daß der Erbe nur dann vor Ansprüchen der Gläubiger sicher sein soll, wenn er in seiner Eigenschaft als Erbe verkauft hat, um mit dem Kaufpreis Verbindlichkeiten und Vermächtnisse zu begleichen.³⁸⁵ Zur Beweislast hinsichtlich dieser Voraussetzungen merkt er folgendes zu C. 6, 30, 22, 7 an:

BARTOLUS, Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Et si praefatam:

Dicitur hic, quod creditores non possunt venire contra ipsum haeredem, vel emptores ab eo. Quaero, quis habeat probare, haeres, vel emptor, quando istam exceptionem proponit, sive opponit? Respondeo heres habet probare se fecisse inventarium, et haereditatem vendidisse pro satisfaciendis debitis, et legatis, et creditoribus et legatariis de illa pecunia solvisse. Hoc probatur in texto supra, in §. *Sin vero creditores*. Hoc etiam probatur in isto versiculo *contra ipsum tamen*.³⁸⁶

Es wird hier gesagt, daß die Gläubiger nicht gegen den Erben selbst oder diejenigen, die von ihm gekauft haben, klagen können. Ich frage, wer den Beweis zu führen hat, der Erbe oder der Käufer, wenn sie diese Einwendung vorbringen? Ich antworte, daß der Erbe zu beweisen hat, daß er das Inventar erstellt und die Erbschaft zur Begleichung von Schulden und Vermächtnissen verkauft habe und an Gläubiger und Vermächtnisnehmer das Geld daraus geleistet habe. Dieses wird bewiesen oben in C. 6, 30, 22, 5. Es wird auch bewiesen in dieser Textstelle (C. 6, 30, 22, 7) ab *contra ipsum tamen*.

Der Erbe, der sich auf den Verkauf der Nachlaßgegenstände zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger beruft, muß den Beweis dafür erbringen, daß er das Inventar erstellt hat, daß die Nachlaßgegenstände zur Begleichung der Schulden verkauft wurden und daß der Veräußerungserlös tatsächlich an die Nach-

³⁸⁴ ALEXANDER DE IMOLA, Commentaria in Codicem, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, tom. 2, fol. 155v.

³⁸⁵ Vgl. BARTOLUS, Commentaria in secundam Codicis partem, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 31r, n. 2; siehe dazu WESENER, FS v. Lübtow, S. 117.

³⁸⁶ BARTOLUS, Commentaria in secundam Codicis partem, fol. 31r, n. 4.

laßgläubiger erfolgte. Dieses folgert BARTOLUS aus C. 6, 30, 22, 5 und 7. Jedoch soll dem Erben dabei eine doppelte Vermutung als Beweiserleichterung zur Hilfe kommen:

BARTOLUS, *Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Et si praefatam*:

Hoc autem, quod pro solvendis debitis vendiderit, apparet eo ipso quod debita, vel legata postea sunt soluta. *arg. l. Sed Iul. §. Proinde D. ad Mace.*

Item hoc, quod dicta pecunia sit soluta creditoribus et legatariis probatur eo ipso, quod constat propter hoc rem venditam esse, et apparent debita, vel legata soluta, praesumitur enim ex illa pecunia, *ut l. Si ventri, §. fi. D. de pri- vi.cred.*³⁸⁷

Dieses aber, daß er zur Begleichung der Schulden verkauft habe, zeigt sich dadurch, daß die Schulden oder Vermächtnisse später bezahlt worden sind, dazu D. 14, 6, 7, 12.

Ebenso wird dieses, daß das besagte Geld den Gläubigern und Vermächtnisnehmern gezahlt worden ist, dadurch bewiesen, daß feststeht, daß die Sache zu diesem Zweck verkauft worden ist und daß offensichtlich die Schulden oder Vermächtnisse erfüllt sind; es wird <dann> nämlich vermutet, <daß dies> mit jenem Geld <geschehen ist>, wie D. 42, 5, 24, 3.

Zum einen soll der Zweck des Verkaufs - die Befriedigung der Nachlaßgläubiger mit dem Erlös - vermutet werden, wenn Schulden und Vermächtnisse in dieser Höhe bezahlt worden sind. Diesen Gedanken, daß es für den Zweck eines Rechtsaktes wesentlich auf dessen endgültiges Ergebnis ankommt, belegt BARTOLUS mit D. 14, 6, 7, 12,³⁸⁸ wo vermutet wird, daß ein Darlehen an einen Haussohn, das eigentlich nach dem SC Macedonianum verboten ist, zu Nutzen des Vaters aufgenommen und daher rückforderbar ist, wenn es zwar zunächst zu einem anderen Zweck gegeben wurde, jedoch später zu Nutzen des Vaters verwendet wird.

Weiter wird angenommen, daß das aus dem Verkauf erzielte Geld tatsächlich an die Nachlaßgläubiger gezahlt wurde, wenn dieses der Zweck des Verkaufs war und Nachlaßgläubiger befriedigt worden sind. In D. 42, 5, 24, 3 werden Gläubiger, deren Geld zunächst in das Eigentum des Schuldners gelangt ist und erst anschließend an privilegierte Gläubiger weitergegeben wurde, so behandelt, als hätten sie das Geld direkt an die privilegierten Gläubiger gezahlt, wenn das Geld nicht lange beim Schuldner blieb. Somit hat der Erbe, um sich gegenüber Ansprüchen der Nachlaßgläubiger abzusichern, hinsichtlich des Verkaufs nur nachzuweisen, daß er einen Bestandteil des Nachlasses

³⁸⁷ BARTOLUS, a.a.O.

³⁸⁸ D. 14, 6, 7, 12 lautet: sed et si ab initio non sic accepit, verum postea in rem patris vertit, cessare senatus consultum libro duodecimo digestorum IULIANUS ait intellegendumque ab initio sic accepisse, ut in rem verteret. - Aber auch wenn es anfangs nicht so empfangen wurde [zu Nutzen des Vaters], aber später zu Nutzen des Vater verwendet wird, findet das Senatusconsultum keine Anwendung und es muß nach Ansicht des JULIAN im zwölften Buch seiner Digesten so angesehen werden, als wäre es von Anfang an so empfangen worden, daß es zu seinem Nutzen verwendet würde.

verkauft hat und Nachlaßverbindlichkeiten in Höhe des Verkaufserlöses bezahlt worden sind.

Eine Rechtsvermutung (*praesumptio*) liegt für BARTOLUS vor, wenn das Gesetz über eine zweifelhafte Tatsache eine Bestimmung trifft. Falls das Gesetz dabei festlegt, daß eine Widerlegung dieser Vermutung unzulässig ist, liegt eine gehobene Rechtsvermutung (*praesumptio iuris tantum*) vor, ansonsten spricht BARTOLUS von einer einfachen Rechtsvermutung (*praesumptio iuris et de iure*), gegen die der Gegenbeweis möglich ist.³⁸⁹ Es ist vorliegend für Gläubiger des Erblassers nicht ausdrücklich ausgeschlossen, die Vermutung, daß die Mittel aus dem Verkauf der Nachlaßgegenstände zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger verwendet wurden, zu widerlegen. Folglich steht es ihnen offen, das Gegenteil zu beweisen und damit zu erreichen, daß ihr Anspruch gegen den Erben auch nach Erschöpfen des Nachlasses durchsetzbar bleibt.

Diese Beweiserleichterung für den Erben bringt den Gläubigern des Erblassers im Ergebnis keinen schwerwiegenden Nachteil. An die Stelle der verkauften Sache ist ihr Wert in Geld in den Nachlaß gelangt und ein entsprechender Teil des Nachlasses wurde dann zur Begleichung von Verbindlichkeiten verwendet. Die Möglichkeit zum Regreß bleibt ebenfalls unverändert, und zwar sowohl für die Gläubiger gegen die Vermächtnisnehmer als auch für die Gläubiger mit einem Pfandrecht gegen sonstige Gläubiger ohne oder mit einem nachrangigen Pfandrecht.

ccc) Auswahl des Leistungsgegenstandes

Die Kommentatoren führen die in der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts begonnene Diskussion fort, ob der Erbe eine Geldschuld durch Hingabe von Nachlaßgegenständen an Erfüllungs Statt befriedigen darf, oder umgekehrt, ob die Nachlaßgläubiger den Erben zwingen können, Nachlaßgegenstände zu verkaufen, damit das erlöste Geld an sie gezahlt werden kann. Eine Übersicht von Argumenten findet sich bei ALBERICUS DE ROSATE:

ALBERICUS DE ROSATE, *Commentaria ad C.* 6, 30, 22, § Et si praefatam:

Item quaeritur si heres qui fecit inventarium, vult dare creditoribus, vel legatariis insolutum de rebus hereditariis, et ipsi volunt pecuniam. nunquid compellitur vendere, et solvere de precio? Et videtur quod sic: quia aliud pro alio etc. *ut D. si cert. pet. l. 2. §. 1* et videtur expressum in *auth. Hoc nisi debitor, in fi.* quae est signata super *l. Eum a quo. infra de sol.* Usber-

Ebenso wird gefragt, wenn der Erbe, der ein Inventar erstellt hat, den Gläubigern oder den Vermächtnisnehmern Nachlaßgegenstände an Erfüllungs Statt geben will und sie selbst Geld wollen, ob er gezwungen wird, zu verkaufen und den Kaufpreis zu leisten? Und es scheint so zu sein, weil ein Gegenstand für einen anderen usw., wie *D. 12, 1, 2, 1*, und es scheint ausge-

³⁸⁹ Siehe BARTOLUS, *Commentaria in primam Codicis partem*, C. 4, 19, 16, § Sive possidetis, fol. 127r, n. 10 ff.; dazu MOTZENBÄCKER, *Rechtsvermutung*, S. 168 ff.

tus de Bobio cui commissa fuit praedicta quaestio dixit se una cum aliis contrarium consuisse, et cum eo sentit M. Sil. quia ex beneficio inventarii consequitur heres, quod nullum debeat pati damnum, *ut hoc §. ibi, neque ipsum heredem, et versi. contra ipsum*, et ibi, et nihil ex substantia penitus heredis, etc. et in §. *Licentia*. Ibi. neque lucrum neque damnum, sed damnum incurreret vendendo, quia de evictione obligaretur. et d. auth. non obstat quia ibi, non loquitur in herede, sed in debitore, qui non habet beneficium inventarii.³⁹⁰

führt zu sein in Auth. *Hoc nisi debitor* gegen Ende, welche eingefügt ist unter C. 8, 42, 16. UBERTUS DE BOBIO, dem diese Frage gestellt war, hat gesagt, daß er zusammen mit anderen dagegen entschieden habe, und mit ihm stimmt MARTINUS SYLLIMANUS überein, weil der Erbe aus dem *beneficium inventarii* erreicht, daß er keinen Schaden erleiden darf, wie in diesem Paragraphen, dort *neque ipsum heredem* (C. 6, 30, 22, 5), und Textstelle *contra ipsum* (C. 6, 30, 22, 7); und dort heißt es, daß ganz und gar nichts aus dem Vermögen des Erben usw. und in C. 6, 30, 22, 10, dort heißt es: weder Gewinn noch Schaden; jedoch ereilt ihn ein Schaden beim Verkauf, weil er für den Fall der Eviktion verpflichtet wird. Auch die genannte Authentika steht dem nicht entgegen, weil dort nicht über einen Erben gesprochen wird, sondern über einen Schuldner, der nicht das *beneficium inventarii* hat.

Die Leistung an Erfüllungs Statt gegen den Willen der Nachlaßgläubiger widerspricht dem Grundsatz *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*³⁹¹ aus D. 12, 1, 2, 1. Dieser Grundsatz wird durch die an C. 8, 42, 16 angefügte Authentika *hoc nisi debitor* (der Nov. 4, 3 entnommen) dahingehend ergänzt, daß, wenn ein Gläubiger einen Käufer für eine dem Schuldner gehörende Sache findet, letztgenannter zum Verkauf der Sache verpflichtet ist.³⁹² Die Anwendung dieser Bestimmungen auf das *beneficium inventarii* würde bedeuten, daß die Nachlaßgläubiger keinen Gegenstand aus dem Nachlaß an Erfüllungs Statt annehmen müssen, wenn ihnen eine Leistung in Geld geschuldet wird und sie vielmehr den Erben zum Verkauf der Sache zwingen können, wenn sich dazu die Gelegenheit bietet. Demgegenüber wird eingewendet, daß der Erbe, der ein Inventar erstellt hat, nach den Bestimmungen in C. 6, 30, 22, 4 ff. nicht durch die Leistung an die Nachlaßgläubiger in die Gefahr gebracht werden soll, einen Schaden am eigenen Vermögen zu erleiden. Denn wenn der Erbe einen Gegenstand aus dem Nachlaß verkauft, läuft er möglicherweise in Gefahr, aus Eviktion persönlich als Verkäufer zu haften. Ferner sei die zitierte Authentika nicht anwendbar, da mit den Bestimmungen zum *beneficium inventarii* speziellere Regeln für den Erben vorlägen. Aus letztge-

³⁹⁰ ALBERICUS DE ROSATE, *Commentaria in secundam Codicis partem*, fol. 61v, n. 17.

³⁹¹ Gegen den Willen des Gläubigers kann an Stelle des einen kein anderes geleistet werden.

³⁹² Authentika zu C. 8, 42, 16, in: ACCURSIUS, *Glossa ordinaria* (dort C. 8, 43, 16), tom. 4, Sp. 2218: ... At si creditor paratus sit emptorem rei praestare, oportet debitorem cautela iudicis arbitrio creditori praebita, rem tunc distrahere, ut satisfiat creditori. - Aber wenn der Gläubiger bereit ist, einen Käufer für die Sache stellen, muß der Schuldner, nachdem dem Gläubiger eine Sicherheitsleistung nach dem Ermessen des Richters gewährt worden ist, das Grundstück verkaufen, um den Gläubiger zu befriedigen.

nannten Gründen trat am Ende des 13. Jahrhunderts der in Bologna lehrende MARTINUS SYLLIMANUS, wie bereits vor ihm ALBERTUS PAPIENSIS und UBERTUS DE BOBIO,³⁹³ gegen die Verpflichtung des Erben zum Verkauf ein.³⁹⁴ Diesen schließt sich auch ALBERICUS DE ROSATE an.

Die Befriedigung der Nachlaßgläubiger durch Leistung von Gegenständen aus dem Nachlaß an Erfüllungs Statt führte zu einer Verlagerung der Eviktionsgefahr auf die Nachlaßgläubiger. Wollen diese die ihnen gegebenen Gegenstände nicht behalten, müssen sie beim Verkauf entweder selbst ein Gewährleistungsversprechen abgeben oder einen Preisabschlag für den Verzicht des Käufers auf diese Abrede hinnehmen. Dementsprechend sollte nach einer von JOHANNES ANDREAE dem OLDRADUS zugeschriebenen Ansicht bei der Festsetzung des Wertes der an Erfüllungs Statt gegebenen Sachen ein Abschlag für den dadurch eintretenden Wertverlust vorgenommen werden.³⁹⁵

Durch ANGELUS DE UBALDIS wird überliefert, daß eine noch weiter zu Gunsten des Erben gehende Auslegung von C. 6, 30, 22, 6 auf MARTINUS SYLLIMANUS zurückgeht. Er soll dem Erben auch zugestanden haben, nicht nur einzelne Nachlaßgegenstände an Erfüllungs Statt zu übergeben, sondern sich auf diese Weise des gesamten Nachlasses mitsamt der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten zu entledigen:

ANGELUS, Commentaria ad C. 6, 30, 22,
§ Scimus iam:

sed potest bona relinquere laceranda inter ipsos creditores, et hoc tenuit mar. sil. *per d. l. fi. §. Si vero heredes. eadem .l. ubi videtur tex. expresse. facit de lega. ij. l. Imperator. in respon. §. j. et de leg. j. l. Filiusfamilias. §. Apud marcellum, facit pro hoc etiam quia heres propter hereditatem obligatus existit: unde sufficit si ipsam relinquit. sicut in domino qui noxaliter obligatus est: sufficit enim quod relinquat servum, ut instit. de nox. in prin.*³⁹⁶

Aber er kann das Vermögen weggeben, damit es unter den Gläubigern selbst aufgeteilt werde, und dieses vertrat MARTINUS SYLLIMANUS zur zitierten C. 6, 30, 22, 6, wo der Text offenbar dieses ausdrückt, ferner D. 31, 1, 70 in der Antwort des § 1 und D. 30, 1, 114, 3; dieses hat hier auch Bedeutung, weil der Erbe in Bezug auf die Erbschaft verpflichtet ist. Daher reicht aus, wenn er sie selbst weggibt, so wie beim Herrn, der aus Noxalhaftung verpflichtet ist; denn es reicht aus, daß er den Sklaven weggibt,

³⁹³ Siehe oben S. 62.

³⁹⁴ Dieses wird ebenfalls überliefert von JOHANNES ANDREAE, Additio *secundum* UBERTUS zum Speculum iudiciale des DURANTI, lib. 2, part. 2, de instrumentorum editione, fol. 145v. JOHANNES ANDREAE bezeichnet dabei seinen Lehrer MARTINUS SYLLIMANUS als „*dominus meus*“, vgl. oben S. 110, Fn. 354.

³⁹⁵ JOHANNES ANDREAE, Additio *fecerit* zum Speculum iudiciale des DURANTI, lib. 2, part. 2, de instrumentorum editione, fol. 145v: Dicebat Oldra. quod res que sic insolutum datur, tantum estimabitur: quantum posset vendi non prestita cautione de evictione *per .l. j. D. ad trebellia. §. Si heres.* - OLDRADUS sagte, daß eine Sache, die so an Erfüllungs Statt gegeben wird, auf soviel geschätzt wird, wie sie verkauft werden kann ohne eine Sicherheitsleistung für die Eviktion nach D. 36, 1, 1, 16.

³⁹⁶ ANGELUS, Commentaria super Codice, fol. 166v, n. 11.

wie Inst. 4, 8 am Anfang.

Diese Auslegung von C. 6, 30, 22, 6, die MARTINUS SYLLIMANUS zugeschrieben wird und die möglicherweise bereits in Ausführungen des ALBERTUS PAPIENSIS enthalten ist,³⁹⁷ ist deshalb ungewöhnlich, weil sich der Erbe durch die Weggabe der gesamten Erbschaft der ihm zugewiesenen Aufgabe entledigen kann, aus dem Nachlaß die Nachlaßgläubiger zu befriedigen, und damit von Nachlaßverbindlichkeiten frei wird. Im Ergebnis führt dieses zu einer nachträglichen Loslösung von der Erbschaft, die zunächst angenommen worden war.

Die Aufteilung des durch den Erben herausgegebenen Nachlasses soll Aufgabe der Nachlaßgläubiger sein, was wahrscheinlich auf ein konkursähnliches Verfahren hinauslief. MARTINUS stützt sich wie bereits ALBERTUS PAPIENSIS auf den Vergleich mit der Noxalhaftung für Delikte eines Sklaven in Inst. 4, 8 und der Beschränkung der Haftung des Vermächtnisnehmers für Fideikommiss in D. 31, 1, 70, 1 und D. 30, 1, 114, 3.³⁹⁸ Diesen Vergleichsfällen ist mit dem hier zugrundeliegenden Sachverhalt gemeinsam, daß die Haftung einer Person aus der Rechtsträgerschaft begründet wird, die diese Person über ein Vermögensobjekt innehat. Genauso wie der Herr zur Abwendung der Noxalhaftung den Sklaven, der das Delikt begangen hat, an die Geschädigten herausgeben kann, um sich von der Noxalhaftung zu befreien, oder der Vermächtnisnehmer durch Weggabe des Vermächtnisses an den Fideikommissar das Fideikommis, auch wenn es über den Wert des Vermächtnisses übersteigt, vollständig erfüllt, so soll auch der Erbe sich durch die Weitergabe des Nachlasses an die Nachlaßgläubiger von seinen Verbindlichkeiten diesen gegenüber befreien können. Indem der Erbe sich auf diese Weise von den Aktiva und den Passiva des Nachlasses löst, hört er zumindest faktisch auf, Erbe zu sein. Der Erbe hat somit nach dieser Ansicht des MARTINUS, der sich ANGELUS wohl anschließt, ein Wahlrecht, ob er seine Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten nur auf den Nachlaß beschränken oder durch Herausgabe des Nachlasses ganz aufheben will.

Die Rechtsgelehrten nehmen in der Folgezeit jedoch diese sehr weite Auslegung nicht weiter auf, sondern zogen mehrheitlich eine differenzierende, auf einen Ausgleich zwischen Erben- und Gläubigerinteressen abzielende Lösung vor, als deren Urheber meist JACOBUS DE ARENA³⁹⁹ genannt wird. Seine

³⁹⁷ Vgl. oben S. 61.

³⁹⁸ Den Text von D. 31, 1, 70, 1 siehe oben S. 61, Fn. 196; zu D. 30, 1, 114, 3 siehe Fn. 197.

³⁹⁹ JACOBUS DE ARENA († um 1296) lehrte von den 60er Jahren des 13. Jahrhundert an in Padua und war dort Lehrer des RICHARDUS MALUMBRA und des OLDRADUS, vgl. SAVIGNY, Römisches Recht im MA V, S. 399 ff.; HORN, Handbuch der Quellen I, S. 269.

Gedanken finden wir u.a. im Codexkommentar des CINUS DE PISTOIA, der sich JACOBUS DE ARENA anschließt:

CINUS DE PISTOIA, *Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Et si praefatam*:

Sed dic secundum Iacob. de Aren. quod si hereditas est solvendo: tunc satisfaciatur in pecunia. ut *D. famil. ercis. l. Si heredes. §. fin. et de legat. 2. l. Si pecunia*. quia beneficium inventarii est inventum, ne heres patiatur damnum, non autem in iniuriam creditorum, ut *infra de mancip. li. l. Nec avus. cum simil. et D. ex qui. cau. ma. l. Sciendum*. Si autem non est solvendo, tunc si emptor inveniatur, debet vendere, cum de evictione, tunc non teneantur, ut hic. Nam quod mihi prodest, etc. ut *de evictione. l. In creditore*. si autem emptor non invenitur, vel vellet emptor, quod heres suo nomine venderet, et non tanquam heres, cum beneficio inventarii, tunc non cogitur vendere, quia non debet damnum pati.⁴⁰⁰

Aber es muß gemäß JACOBUS DE ARENA gesagt werden, daß er, wenn die Erbschaft zur Begleichung der Schulden ausreicht, in Geld befriedigen soll, wie *D. 10, 2, 25, 22* und *D. 31, 12*, weil das *beneficium inventarii* eingeführt worden ist, damit der Erbe keinen Schaden erleidet, aber nicht zur Schädigung der Gläubiger, wie *C. 8, 48, 4* und *D. 4, 6, 18*. Wenn sie aber überschuldet ist, muß er verkaufen, wenn sich ein Käufer finden läßt, weil er dann nicht aus Eviktion haftet, wie hier <gesagt wird>. Denn was mir nützt usw., wie *D. 21, 2, 38*. Wenn aber ein Käufer nicht gefunden wird oder der Käufer will, daß der Erbe in seinem Namen verkauft und nicht als Erbe unter Anwendung des *beneficium inventarii*, dann wird er nicht gezwungen zu verkaufen, weil er keinen Schaden erleiden darf, wie über ihn gesagt worden ist.

Der für den Lösungsansatz maßgebliche Grundsatz ist, daß der Erbe bei der Verwaltung des Nachlasses schadlos gehalten wird, wie es in *C. 6, 30, 22, 4 ff.* vorgesehen ist. Besteht für den Erben keine Gefahr, daß durch Gläubiger des Erblassers auf sein eigenes Vermögen zugegriffen wird, ist er verpflichtet, den Nachlaßgläubigern die ihnen geschuldete Leistung zu gewähren. Er muß also Bestandteile des Nachlasses verkaufen, wenn Geld geschuldet wird, im Nachlaß aber kein Geld mehr vorhanden ist. Eine solche Pflicht des Erben wird zum einen angenommen, wenn der Nachlaß ausreicht, um alle Nachlaßgläubiger zu befriedigen. CINUS bezieht sich auf *D. 10, 2, 25, 22*⁴⁰¹ und *D. 31, 12*,⁴⁰² die jeweils den Grundsatz enthalten, daß ein Vermächtnis, das auf

⁴⁰⁰ CINUS DE PISTOIA, *Commentaria in Codicem*, fol. 389r, n. 3.

⁴⁰¹ *D. 10, 2, 25, 22*: Si pecunia, quae domi relicta non est, per praeceptionem relicta sit, utrum universa a coheredibus praestanda sit an pro parte hereditaria, quemadmodum si pecunia in hereditate relicta esset, dubitatur. et magis dicendum est, ut id praestandum sit, quod praestaretur, si pecunia esset inventa. - Wenn Geld, das nicht im Haus hinterlassen worden ist, Gegenstand eines Vorausvermächtnisses ist, so ist zweifelhaft, ob die gesamte Leistung von den Miterben zu erbringen ist oder im Verhältnis zum Erbteil, wie es wäre, wenn das Geld in der Erbschaft hinterlassen worden wäre. Und es ist eher zu sagen, daß das zu leisten sei, was geleistet werden müßte, wenn das Geld vorgefunden worden wäre.

⁴⁰² *D. 31, 12 pr.*: Si pecunia legata in bonis legantis non sit, solvendo tamen hereditas sit, heres pecuniam legatam dare compellitur sive de suo sive ex venditione rerum hereditariarum sive unde voluerit. - Wenn vermachtes Geld sich nicht im Vermögen des Vermächtnisgebers befindet, der Nachlaß aber trotzdem nicht überschuldet ist, wird der Erbe gezwungen, das vermachte Geld zu geben, und zwar entweder aus seinem Vermögen, aus dem Verkauf von Nachlaßgegenständen oder woher er sonst will.

die Zahlung von Geld gerichtet ist, bei einem nicht überschuldeten Nachlaß auch dann in Geld zu erfüllen ist, wenn der Erbe das Geld nicht in der Erbschaft vorfindet. Dem Erben droht deswegen schon kein Schaden, da ihm jedenfalls der Überschuß des Nachlaßbestands über dessen Verbindlichkeiten verbleibt, woraus er gegen ihn gerichtete Ansprüche aus Eviktion begleichen könnte. Wenn der Erbe somit keinem Risiko eines Vermögensschadens ausgesetzt ist, tritt sein Interesse daran, die Art der Leistung an die Nachlaßgläubiger frei zu wählen, gegenüber dem Interesse der Nachlaßgläubiger an der geschuldeten Leistung zurück, da das Inventar nicht auf eine Schädigung der Gläubiger abzielt, wenn keine zu schützenden Interessen des Erben entgegenstehen. Dazu zitiert CINUS C. 8, 48, 4⁴⁰³ und D. 4, 6, 18,⁴⁰⁴ wo jeweils dieser Rechtsgedanke in Bezug auf die Emanzipation bzw. die Wiedereinsetzung Volljähriger in den vorigen Stand dargelegt wird.

Für den Fall der Überschuldung des Nachlasses wird weiter unterschieden, ob der Erbe einen Käufer findet, an den er als Erbe Nachlaßgegenstände verkaufen kann, ohne sich dabei selbst durch *stipulatio dupli*⁴⁰⁵ verpflichten zu müssen. Der Erbe geht bei einem solchen Verkauf kein Risiko ein, da ein Rückgriff aus Eviktion gegen ihn aufgrund der Wirkung des Inventars ausgeschlossen ist. Nur in diesem Fall haben die Nachlaßgläubiger das Recht, vom Erben die Befriedigung aus dem Verkaufserlös zu verlangen. Dem Erben ist dagegen die Leistung von Gegenständen an Erfüllungs Statt erlaubt, wenn sich kein Käufer für die Nachlaßgegenstände findet oder der Erbe mit dem Verkauf eine Haftung aus Eviktion übernehmen müßte, indem er sich entweder ausdrücklich durch ein Versprechen verpflichtet oder jedenfalls auf den Schutz verzichtet, den er als Erbe durch das Inventar genießt. CINUS DE PISTOIA und vor ihm JACOBUS DE ARENA legen damit die Bestimmungen in C. 6, 30, 22, 4a und 6 einschränkend dahingehend aus, daß die Nachlaßgläubiger nur dann durch das Inventar Einbußen in ihren Rechten hinnehmen müssen, wenn dieses zum Schutz des Erben vor einer Schmälerung seines Eigenvermögens erforderlich ist.

⁴⁰³ C. 8, 48, 4: Nec avus neptem suam liberare potestate cogitur nec in cuiusquam iniuriam beneficia tribuere moris est nostri. - Der Großvater wird nicht gezwungen, seinen Enkel aus der Hausgewalt zu entlassen und es steht nicht in unserer Absicht, Wohltaten zu irgend jemandes Schaden zu geben.

⁴⁰⁴ D. 4, 6, 18: Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium maioribus damus, in quibus rei dumtaxat persequendae gratia queruntur, non cum et lucri faciendi ex alterius poena vel damno auxilium sibi impertiri desiderant. - Es ist zu wissen, daß wir nur in diesen Fällen das Hilfsmittel der Wiedereinsetzung für Volljährige geben, in denen sie es zur Verfolgung von Vermögensrechten beantragen, und nicht dann, wenn sie deshalb begehren, dieses Hilfsmittel zu erhalten, um aus der Strafe oder dem Schaden eines anderen einen Gewinn machen.

⁴⁰⁵ Als Gewährleistungsverprechen des Käufers, vgl. KASER, Privatrecht I, S. 555; II, S. 392.

Einige Jahrzehnte später erhebt JACOBUS BUTTRIGARIUS gegen diese Lösung folgenden Einwand:

JACOBUS BUTTRIGARIUS, *Lectura ad C. 6, 30, 22, § Licentia*:

Alii dicunt quod vendet nec tenebitur de evictione cum res non possit evinci. sed certe non potest evinci a creditoribus: ut hic. sed ab aliquo qui diceret se dominum et non esse hereditariam rem sic: et ideo non cogitur vendere heres.⁴⁰⁶

Andere sagen, daß er verkaufen soll und nicht aus Eviktion haften wird, wenn die Sache nicht entzogen werden kann. Zwar kann <die Sache> sicherlich nicht von den Gläubigern entzogen werden, wie es sich hier zeigt, aber von jemandem, der vorträgt, daß er Eigentümer sei und die Sachen deshalb nicht zum Nachlaß gehöre; und deshalb wird der Erbe nicht gezwungen zu verkaufen.

JACOBUS BUTTRIGARIUS entscheidet sich gegen eine Pflicht des Erben, Nachlaßgegenstände verkaufen zu müssen, da ihm aus einem solchen Geschäft grundsätzlich eine Schädigung des eigenen Vermögens wegen Inanspruchnahme aus Eviktion droht. Er geht von der gleichen Prämisse aus wie JACOBUS DE ARENA, nämlich den Erben prinzipiell schadlos zu halten. Diese sei aber nicht gewährleistet, wenn der Erbe Gegenstände aus dem Nachlaß verkaufe. In C. 6, 30, 22 sei lediglich die Haftung des Erben für Eviktion nur ausgeschlossen, soweit es um die Entziehung der Sache durch die Nachlaßgläubiger (wegen eines Pfandrechts) geht. Machten dagegen Dritte ein Recht als Eigentümer der Sache geltend, könnten diese die Sache vom Käufer herausverlangen. Der Käufer hätte wegen der Entziehung der Kaufsache einen Anspruch gegen den Erben, was nicht sein dürfte.

Angesichts dieses Einwandes durch JACOBUS BUTTRIGARIUS nimmt BARTOLUS in einer Distinktion zu diesem Problem im ersten Schritt die Differenzierung vor, ob die zu verkaufende Sache mit Sicherheit im Eigentum des Erblassers stand oder nicht. Kann nicht als gesichert angesehen werden, daß ein Gegenstand zum Nachlaß gehört, dürfen die Nachlaßgläubiger den Erben nicht zwingen, diesen zu verkaufen.⁴⁰⁷ Im weiteren folgt BARTOLUS im we-

⁴⁰⁶ JACOBUS BUTTRIGARIUS, *Lectura super Codice*, tom. 2, fol. 23r.

⁴⁰⁷ BARTOLUS, *Commentaria in secundam Codicis partem*, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 30r, n. 3: Aut est certum rem fuisse in hereditate, et fuisse in dominio defuncti aut non. Primo casu, aut heres reperit emptorem, qui velit emere ab eo tamquam ab haerede pro satisfaciendis legatis, et debitis absque aliqua oblatione propria de evictione, tunc cogitur vendere, quia ex hoc nullum damnum patitur, et regula subest, quod aliud pro alio, etc. Si vero talem emptorem non reperit, tunc potest satisfacere de rebus nam vendendo res posset incurrere damnum, ut supra dixi, sed haec lex vult eum esse sine damno, ergo etc. Si vero non constat rem esse, vel fuisse in dominio defuncti, tunc non cogitur vendere, quia posset pati damnum per oblationem de evictione. – Entweder ist es sicher, daß die Sache zum Nachlaß gehörte und sich im Vermögen des Erblassers befand, oder nicht. Im ersten Fall, wenn der Erbe einen Käufer findet, der von ihm wie von einem Erben zur Befriedigung von Vermächtnissen und Schulden kaufen will und ohne eigene Eviktionsverpflichtung, dann wird er gezwungen zu verkaufen, weil er daraus keinen Schaden erleidet, und

sentlichen der Argumentation seines Lehres CINUS DE PISTOIA. Der Erbe ist für BARTOLUS nur dann zum Verkauf verpflichtet, wenn die Sache ohne Zweifel zum Nachlaß gehört und der Erbe einen Käufer findet, der damit einverstanden ist, daß er vom Erben kauft und kein persönliches Gewährleistungsversprechen durch diesen erhält. Nur unter diesen Voraussetzungen ist der Erbe nach BARTOLUS' Ansicht vor Rückgriffsansprüchen sicher.⁴⁰⁸ Den Erörterungen des BARTOLUS schließt sich auch BARTHOLOMAEUS DE SALICETO an.⁴⁰⁹

BALDUS geht gleichfalls vom Grundsatz *si heredi nihil nocet, tenetur vendere et solvere*⁴¹⁰ aus. Wenn der Erbe keinen Käufer findet, muß er den Verkauf der Sachen nicht selbst vornehmen, es soll vielmehr die Eviktionsgefahr auf die Nachlaßgläubiger verlagert werden:

BALDUS, Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Et si praefatam:

ut effugiat omne periculum, consulo, quod dicat creditoribus, vendite vos, et ego consentio, protestans quod nolo teneri de evictio. ut. l. Quamvis. D. de pigno. actio.⁴¹¹

Damit die Gefahr ganz gebannt wird, schlage ich vor, daß er zu den Gläubigern sagt: „Verkauft ihr, und ich gebe dazu meine Zustimmung, wobei ich erkläre, daß ich nicht aus Eviktion haften will.“ wie D. 13, 7, 6.

Im Gegensatz zu den früheren Kommentoren schlägt BALDUS nicht vor, daß der Erbe den Nachlaßgläubigern Gegenstände aus dem Nachlaß an Erfüllungs Statt überläßt, indem er sie ihnen übereignet. Stattdessen regt er an, daß der Erbe seine Zustimmung zum Verkauf durch die Nachlaßgläubiger gibt, wobei er eine eigene Verpflichtung aus Eviktion ausdrücklich ausschließt. Hintergrund dieser rechtlichen Konstruktion ist, wie sich auch aus der von BALDUS zitierten Stelle D. 13, 7, 6 ergibt, daß bereits im klassischen römischen Recht die Vereinbarung üblich war, daß der Gläubiger die Pfandsache zur Pfandverwertung verkauft. Später kam in nachklassischer Zeit dazu, daß der Pfandverfall ganz verboten wurde, wozu auch die Eigentumsübertragung vom Pfandgeber an den Pfandnehmer gezählt wurde.⁴¹² Deshalb schlägt

es liegt die Regel zugrunde, daß *aliud pro alio* usw. Wenn aber nicht feststeht, daß die Sache im Vermögen des Erblassers ist oder war, dann wird er nicht zum Verkauf gezwungen, weil er Schaden erleidet durch die Verpflichtung aus Eviktion.

⁴⁰⁸ BARTOLUS, a.a.O.

⁴⁰⁹ Vgl. BARTHOLOMAEUS DE SALICETO, Commentaria in quintum et sextum Codicis libros, C. 6, 30, 22, § Sin vero creditores, Sp. 669, n. 17; SALICETO beschäftigt sich in dieser Kommentierung mit der Frage, ob der Erbe zu *dare in solidum* verpflichtet sei, aus dem Zusammenhang ergibt sich jedoch, daß nicht das Ganze (der gesamte Nachlaß?) an die Gläubiger gegeben werden soll, sondern daß SALICETO wohl *dare in solutum*, also die Hingabe an Erfüllungs statt meint.

⁴¹⁰ Wenn es dem Erben nicht schadet, ist er verpflichtet zu verkaufen und zu bezahlen.

⁴¹¹ BALDUS, Commentaria in sextum Codicis librum, fol. 95v, n. 1.

⁴¹² Vgl. KASER, Privatrecht I, S. 470 f.; II, S. 319 f.

BALDUS vor, daß die Nachlaßgläubiger zum Verkauf der Sachen ermächtigt werden, um daraus Befriedigung zu erlangen. Dieses hat aber auch - wie oben bereits festgestellt - zur Folge, daß entweder die Gläubiger die Eviktionshaftung übernehmen müssen oder einen entsprechend geringeren Kaufpreis für sich Erlösen können.

Eine sehr erbenfreundliche Auslegung der Bestimmungen zum Leistungsinhalt findet sich bei ANGELUS DE UBALDIS. Er überläßt Art und Weise der Gläubigerbefriedigung weitgehend der Wahl des Erben:

ANGELUS, *Commentaria ad C.* 6, 30, 22,
§ Scimus iam:

Tertium beneficium est ut propter dictam hereditatem nullo modo possit invitus gravari, unde si in hereditate sunt debita plura pecuniaria et pecunia non sit: sufficit quod heres det creditoribus bona hereditaria in solutum secundum veram estimationem ipsorum: licet regulariter alias creditori invito aliud pro alio solvi non possit, *ut .l. ij. supra si cer. pet.* Quinimo si creditores vel legatarii peterent ut ipse bona hereditaria distrahat etiam si nullo modo de evictione obligando non compellitur illa vendere ne postea possit vexari saltem de facto.⁴¹³

Die dritte Wohltat ist, daß er wegen besagter Erbschaft auf keine Weise gegen seinen Willen beschwert werden kann, weshalb, wenn gegen den Nachlaß sehr viele Geldschulden bestehen und Geld nicht vorhanden ist, es ausreicht, daß der Erbe den Gläubigern Nachlaßgegenstände an Erfüllungs Statt nach deren wahren Schätzung des Wertes gibt, obwohl normalerweise sonst einem Gläubiger gegen seinen Willen kein anderer als der geschuldete Gegenstand geleistet werden kann, wie D. 12, 1, 2, 1. Ja sogar wenn die Gläubiger oder Vermächtnisnehmer fordern, daß er selbst die Sachen verkauft, wird er, auch wenn er auf keine Weise aus Eviktion verpflichtet wird, nicht gezwungen, jene zu verkaufen, daß er später nicht einmal tatsächlich belästigt werden kann.

Ähnlich wie sein Bruder BALDUS⁴¹⁴ zählt ANGELUS zu den vorteilhaften Rechtsfolgen, die das *beneficium inventarii* dem Erben gewährt, daß dieser durch die Annahme der Erbschaft nicht belastet werden soll. Konkret schließt er - und hier unterscheidet er sich von BALDUS - daraus, daß der Erbe, wenn kein Geld zur Bezahlung von Geldschulden im Nachlaß vorhanden ist, grundsätzlich zur Leistung an Erfüllungs Statt berechtigt ist. Selbst wenn für ihn keine Gefahr einer Inanspruchnahme wegen Eviktion der Sache besteht, dürfen die Nachlaßgläubiger nicht von ihm verlangen, Bestandteile des Nachlasses zu verkaufen und das Geld an sie auszuzahlen. ANGELUS zufolge gilt also nicht der von JACOBUS DE ARENA stammende und von fast allen nachfolgenden Juristen vertretene Grundsatz, daß der Erbe dann die geschuldete Leistung zu erbringen hat, wenn für ihn kein (Vermögens-)Schaden eintreten kann. Stattdessen sollen die Interessen der Nachlaßgläubiger grundsätzlich hinter denen des Erben zurückstehen, wenn auch nur eine Unannehmlichkeit

⁴¹³ ANGELUS, *Commentaria super Codice*, fol. 166v, n. 11.

⁴¹⁴ Siehe oben S. 127, Fn. 407.

beliebiger Art resultieren würde. Der einzige Fall, in dem ANGELUS den Nachlaßgläubigern eine Befriedigung in Geld zugesteht, liegt vor, wenn das Geld tatsächlich vom Erblasser hinterlassen worden und noch im Nachlaß vorhanden ist.⁴¹⁵ Die Auszahlung von vorhandenem Geld bringt für den Erben keinerlei Erschwernis mit sich, deshalb gibt ihm das Inventar, das keine Benachteiligung der Gläubiger bezweckt, keine über das sonstige Recht hinausgehenden Berechtigung, und er muß nach allgemeinen Regeln die geschuldete Leistung erbringen.

Auch unter den späteren Glossatoren bleibt die Meinung geteilt. Während PAULUS DE CASTRO⁴¹⁶ und JASON DE MAINO⁴¹⁷ sich im Ergebnis ANGELUS anschließen, folgt ALEXANDER DE IMOLA⁴¹⁸ eher der gläubigerfreundlicheren Ansicht von CINUS DE PISTOIA und BARTOLUS.

ddd) Haftung für den Untergang von Nachlaßgegenständen

Da der Erbe gegenständlich auf den Nachlaß beschränkt für die Verbindlichkeiten des Erblassers haftet, stellt sich für die Kommentatoren die Frage, welche Folge der Untergang von Nachlaßgegenständen hat. Bei BARTOLUS findet sich folgende *oppositio* zu C. 6, 30, 22, 4:

BARTOLUS, Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Et si praefatam:

Opponitur secundo, hic dicitur, haeres habet haereditatem sine damno. Contra, immo haeres patitur damna, quia periculum rerum haereditariarum post aditam haereditatem pertinet ad eum, ut l. In ratione, la 2. in princ. D. ad l. Falc. Sol. dico quod illa lex sit hodie correcta per istam in haerede conficente inventarium, qui omnino debet esse sine damno. Ita debitis intelligere.⁴¹⁹

Zweitens wird eingewendet, hier werde gesagt, daß der Erbe die Erbschaft ohne Schaden hat. Dagegen wird aber vorgebracht, der Erbe erleide ja Schaden, weil ihn die Gefahr für die Nachlaßgegenstände nach Antritt der Erbschaft trifft, wie D. 35, 2, 30 pr. Zur Lösung sage ich, daß jene *lex* heute berichtigt wird durch diese über den Erben, der ein Inventar erstellt und der völlig ohne Schaden bleiben muß. So müßt ihr dieses verstehen.

Gegen die Zusicherung JUSTINIANS an die Erben, nach ordnungsgemäßer Erstellung des Inventars keinen Schaden am Eigenvermögen erleiden zu müs-

⁴¹⁵ Vgl. ANGELUS, Commentaria super Codice, C. 6, 30, 22, § Scimus iam, fol. 166v, n. 11.

⁴¹⁶ PAULUS DE CASTRO, Commentaria in secundam Codicis partem, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 70r, n. 5.

⁴¹⁷ JASON DE MAINO, Lectura super secunda parte Codicis, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 149r, n. 1.

⁴¹⁸ ALEXANDER DE IMOLA, Commentaria in Codicem, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 155r, n. 10.

⁴¹⁹ BARTOLUS, Commentaria in secundam Codicis partem, fol. 30v/r, n. 1.

sen (C. 6, 30, 22, 4), wird eingewendet, daß der Erbe nach D. 35, 2, 30 pr.⁴²⁰ die Gefahr für den Untergang von Teilen des Nachlasses trage. In D. 35, 2, 30 pr. wird bestimmt, daß der Erbe gegenüber den Vermächtnisnehmern jeden nicht von ihm zu vertretenden Schaden am Nachlaß zu tragen hat. Nach BARTOLUS' Ansicht schützt das Inventar den Erben jedoch auch vor Schäden, die aus dem Untergang von Nachlaßgegenständen resultieren, weshalb nicht der Erbe, sondern die Nachlaßgläubiger diese Gefahr zu tragen haben. Er versteht C. 6, 30, 22 als *lex specialis*, die die alten Haftungsregelungen wie D. 35, 2, 30 pr. verdrängt. An anderer Stelle untersucht BARTOLUS die Folgen einer Inventarerstellung bei Unmöglichkeit der Erfüllung einer den Erben treffenden Gattungsschuld:

BARTOLUS, *Commentaria ad D. 35, 2, 30*, § Diligenter:

Preterea quando quis est debitor quantitatis respectu certae speciei, illa specie perempta, liberatur, l. Quidam. §. Si tibi. et .l. Titiae textores. §. fi. supra de le. j. et .l. Is qui. supra de noxa. et in .l. Nave. supra loc. et C. de iu. emph. l. j. Modo heres hodie tenetur ad quantitatem respectu illarum rerum de quibus potest solvi, facto inventario, si res pereat, ergo liberatur, et pro certo istud habeo pro vero, et non habeo Doctores nec glossam quae dicat rationem. quam dixi.⁴²¹

Wenn außerdem jemand Schuldner einer Gattung im Hinblick auf bestimmte Sachen ist, jene Sachen aber untergegangen sind, wird er frei, D. 30, 1, 96, 2 und 36, 3, D. 9, 4, 32, D. 19, 2, 31 und C. 4, 66, 1. Nunmehr haftet der Erbe heute für eine Gattung im Hinblick auf jene Sachen, aus denen geleistet werden kann, und wenn nach Erstellung des Inventars eine Sache untergeht, wird er also frei, und ich halte dieses gewißlich für wahr, und ich habe keine Gelehrten noch die Glosse, die die Begründung nennt, die ich aufgeführt habe.

BARTOLUS kommentiert hier zwar eine Stelle, die sich auf die Haftung aus Vermächnissen bezieht, es ist jedoch sehr naheliegend, daß die von ihm dargestellten Grundsätze auch auf die Leistungspflicht des Erben gegenüber allen anderen Nachlaßgläubigern angewendet werden sollen. Zum einen erwähnt er zu Beginn seiner Kommentierung zu D. 35, 2, 30, 2 ff., daß der Erbe nach C. 6, 30, 22, 4 ff. Gläubigern wie Vermächtnisnehmern nur dinglich beschränkt auf den Nachlaß haftet, zum anderen schränkt er auch im folgenden seine Ausführungen nicht auf das Verhältnis des Erben zu den Vermächtnisnehmer ein. Letztendlich kommt einer Unterscheidung zwischen Gläubigern und Vermächtnisnehmer keine entscheidende Bedeutung zu, da die Struktur ihrer Ansprüche gegen den Erben sich gleicht. Ausgangspunkt sind hier die

⁴²⁰ D. 35, 2, 30 pr.: In ratione legis Falcidiae mortes servorum ceterorumque animalium, furta rapi-nae, incendia, ruinae, naufragia, vis hostium praedonum latronum, debitorum facta peiora nomina, in summa quodcumque damnum, si modo culpa legatari careant, heredi pereunt. - Nach dem Sinn der lex Falcidia gehen der Tod von Sklaven und anderen Lebewesen, Diebstahl und Raub, Brände, Einsturz, Schiffbrüche, die Gewalt von Feinden, Plünderern und Straßenräubern, die Rufschädigung von Schuldnern, insgesamt ein Schaden beliebiger Art, wenn nur keine Schuld des Vermächtnisnehmers vorliegt, zu Lasten des Erben.

⁴²¹ BARTOLUS, *Commentaria in secundam Infortiati partem*, fol. 126v.

Bestimmungen in D. 35, 2, 30, 2-6. Dort geht es um den Fall, daß der Erbe zur Leistung unkonkretisierter Gegenstände aus dem Nachlaß an Vermächtnisnehmer verpflichtet ist, diese Gegenstände jedoch nach dem Erbfall und vor der Leistung des Vermächtnisses untergehen. Im Hinblick auf das Fortbestehen des Anspruchs der Vermächtnisnehmer wird danach unterschieden, ob die unbestimmten Sachen aus einem bestimmten Teil des Nachlasses entnommen werden sollen oder nicht.⁴²² Während bei bei erstgenannter Alternative, der (auf einen bestimmten Vorrat) beschränkten Gattungsschuld, die Leistungspflicht bei Untergang des Vorrats aufgehoben wird, bleibt sie bei der zweiten Alternative, der echten Gattungsschuld, wohl erhalten.⁴²³

Diese Differenzierung und die Gleichbehandlung von beschränkter Gattungsschuld und Speziesschuld sind unter den Kommentatoren seit JACOBUS DE RAVANIS allgemein dogmatisch anerkannt.⁴²⁴ Nach BARTOLUS' Meinung wird eine Nachlaßverbindlichkeit, die auf Leistung einer bestimmten Menge gerichtet ist, also an sich eine echte Gattungsschuld, dadurch, daß das *beneficium inventarii* die Leistungspflicht des Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern gegenständlich auf den Nachlaßbestand beschränkt, zur beschränkten Gattungsschuld.⁴²⁵ Es zeigt sehr anschaulich seine dogmatische Vorstellung von der Haftungsbeschränkung durch das Inventar, indem er hier den im Inventar aufgeführten Nachlaß dem Vorrat, aus dem die beschränkte Gattungsschuld erbracht werden soll, gleichstellt. Das Inventar macht den Nachlaß nicht nur zu der Vermögensmasse, nach deren Weggabe an die Nachlaßgläubiger der Erbe von jeglichen Nachlaßverbindlichkeiten frei wird, es nimmt dem Erben auch das Risiko für den unverschuldeten Untergang der Nachlaßgegenstände ab. Der Nachlaß ist damit als Sondervermögen des Erben so um-

⁴²² Siehe dazu D. 35, 2, 30, 5: *Incertae autem res relictæ distinctionem recipiunt: nam si ex suis rebus incertam rem testator reliquisset, veluti „argentum quod elegerit“, et omne argentum testatoris interisset sine culpa heredis, nihil deberetur: sin vero argenti pondus pure relictum esset, quamvis omne argentum testatoris deperisset, admissa lege Falcidia portio eius quantitatis sumetur, quae fuit in bonis eo tempore quo testator decessit, nec ad imminuendam eam quicquam damna postea incidentia proficient.* - Sind aber unbestimmte Sachen hinterlassen, werden sie unterschiedlich behandelt, denn wenn der Testator aus seinem Vermögen eine unbestimmte Sache hinterlassen hat, z.B. „das Silber, das er auswählen wird“, und das gesamte Silber des Testators ohne Schuld des Erben untergeht, wird nichts geschuldet: wenn aber nur ein bestimmtes Gewicht Silber hinterlassen ist, und gleichfalls das gesamte Silber des Erblassers untergeht, wird nach Anwendung der *lex Falcidia* der Teil der Menge genommen, der zur Zeit des Todes des Erblassers sich in dessen Vermögen befand, und der Schaden soll nicht durch Zufall zur Verringerung dieses Teils nützlich sein.

⁴²³ Vgl. allgemein zur Haftung für den Untergang bei Gattungsschulden im Zeitalter der Kommentatoren: DILCHER, *Leistungsstörungen*, S. 277.

⁴²⁴ DILCHER, *Leistungsstörungen*, S. 279 ff.

⁴²⁵ Daß BARTOLUS hier nicht auch die beschränkte Gattungsschuld im Blick hat, wird bereits daraus ersichtlich, daß in diesem Fall eine haftungsbeschränkende Wirkung des Inventars nicht notwendig ist, da die Verpflichtung des Erben bereits nach allgemeinen schuldrechtlichen Regeln ausgeschlossen ist.

fassend vom Eigenvermögen des Erben abgetrennt, daß jedes Vermögen eine eigene Risikosphäre bildet. Ist der Nachlaß überschuldet, geht der zufällige Untergang eines seiner Bestandteile zu Lasten der Nachlaßgläubiger, deren Zugriffsmasse sich dadurch verringert. Dieses Ergebnis stellt keine besondere Benachteiligung der Nachlaßgläubiger, insbesondere der Gläubiger des Erblassers durch das *beneficium inventarii* dar, da bei einer Gesamtvollstreckung über den Nachlaß der Untergang des Nachlasses ihnen gleichfalls geschadet hätte.

Auch PAULUS DE CASTRO beschäftigt sich mit diesem Problem und setzt sich kritisch mit der Ansicht des BARTOLUS auseinander:

PAULUS DE CASTRO, Commentaria ad D. 35, 2, 30, § In ratione:

Sed quid hodie facto inventario. Bar. ibi videtur contrarium dicere et quod ille .§. sit correctus dum dixi si consistebant in quantitate ut teneatur solvere de suo quia est obligatus ad quantitatem respectu certe speciei scilicet rerum hereditariarum. igitur illis peremptis liberatur. *l. Titie textores. in fi. et .l. Quidam testamento. §. Si tibi. de lega. j.* Sed contrarium videtur. nam tunc est obligatus respectu certe speciei. Quando est obligatus respectu speciei non declarant sed declarandum per estimationem illius. secus si ad certam quantitatem solvendam de illa re. *l. Vir uxori. de dote prele. et dixi in §. Si tibi.* ita est hic. nam inventarium prodest ne tenatur ultra vires que erant tempore mortis sed si postea minuantur non video quare noceat legatariis certarum quantitatum. Istam opinionem puto veriore de rigore licet opinio Bartoli quam sequitur ANGELUS videatur equior ut heres qui tractat de damno preferatur legatariis qui tractant de lucro. *l. fin. §. Licentiam. de iure delib.*⁴²⁶

Aber was ist heute nach Erstellung eines Inventars? BARTOLUS scheint dort zu behaupten, daß das Gegenteil vorliege und daß jener Paragraph (D. 35, 2, 30 2 ff.) berichtigt worden sei - während ich gesagt habe, daß er zur Leistung aus seinem Vermögen verpflichtet ist, wenn sie nach der Menge feststehen -, weil er verpflichtet sei auf eine Menge im Hinblick auf eine bestimmte Sache, nämlich auf die Nachlaßgegenstände; also wird er frei, wenn jene untergehen, D. 30, 36, 3 und D. 30, 96, 2. Aber das Gegenteil scheint zutreffend zu sein, denn in diesem Fall ist er verpflichtet im Hinblick auf eine bestimmte Sache. Wann er im Hinblick auf eine bestimmte Sache verpflichtet ist, bestimmen nicht sie, sondern es muß bestimmt werden nach seinem Ermessen; anders ist es, wenn eine bestimmte Menge von jener Sache zu leisten ist, D. 33, 4, 8, und ich habe darüber gesprochen zu D. 30, 96, 2. So ist es hier, denn das Inventar bewirkt, daß er nicht über den Bestand hinaus haftet, der zur Zeit des Todes vorhanden war, aber wenn er später verringert wird, sehe ich nicht, warum es den Legataren schaden soll, denen bestimmte Gattungen geschuldet werden. Diese Ansicht halte ich in Bezug auf die Strenge des Gesetzes für zutreffender, obwohl die Ansicht des BARTOLUS, der ANGELUS folgt, gerechter zu sein scheint, daß der Erbe, der in Bezug auf einen Schaden tätig wird, bevorzugt wird gegenüber den Vermächtnisnehmern, denen es um ihren Gewinn geht, C. 6, 30, 22, 5.

⁴²⁶ PAULUS DE CASTRO, Commentaria in Infortiati partem secundam, D. 35, 2, 30, § In ratione, fol. 105v, n. 2.

Die Ansichten des BARTOLUS und des PAULUS DE CASTRO unterscheiden sich insofern, daß PAULUS es ablehnt, daß das über den Nachlaß erstellte Inventar eine echte Gattungsschuld zu einer beschränkten Gattungsschuld werden läßt. Diese Ansicht des PAULUS hätte zur Folge, daß nach dem unverschuldeten Untergang des Nachlasses der Erbe nicht automatisch von seiner Verpflichtung frei wird. Für PAULUS bewahrt das Inventar den Erben lediglich vor Schäden, die durch die Überschuldung zum Zeitpunkt des Erbfalls entstehen. Die Haftung des Erben beschränkt sich daher auf den Bestand, den der Nachlaß beim Tod des Erblassers hat. Diese Haftungsmasse soll sich nicht aufgrund des Untergangs von Teilen des Nachlasses zu Lasten von Vermächtnisnehmern verringern, denen eine lediglich mengenmäßig bestimmte Leistung geschuldet wird. Im Gegensatz zu BARTOLUS tritt PAULUS zumindest vom rein dogmatischen Gesichtspunkt her dafür ein, daß der Erbe bei zufälligem Untergang eines Nachlaßgegenstandes den Schaden aus seinem Eigenvermögen zu tragen hat, es sei denn, der untergegangene Gegenstand war der geschuldete. Nach dieser Sichtweise wird der Nachlaß zwar durch die Erstellung des Inventars vom Eigenvermögen des Erben abgetrennt, bleibt jedoch im Risikobereich des Erben und ist auf diese Weise mit dem Eigenvermögen des Erben verknüpft.

PAULUS gesteht der Ansicht des BARTOLUS allerdings zu, daß sie auch nach seinem Empfinden zu einer gerechten Lösung kommt. Der Schaden, der durch den Untergang der Nachlaßbestandteile entsteht, soll eher die Vermächtnisnehmer treffen, denen dadurch ja kein Verlust am eigenen Vermögen entsteht, sondern lediglich eine Verminderung ihres unentgeltlichen Erwerbes. Es ist allerdings zweifelhaft, ob PAULUS diese Einschätzung auch in Bezug auf die Haftung des Erben gegenüber den Gläubigern des Erblassers getroffen hätte, da diese im Gegensatz zu den Vermächtnisnehmern ihren Anspruch nicht unentgeltlich erlangt haben. Auch würde eine Verminderung der Zugriffsmasse ihre Chancen auf Realisierung ihrer Forderungen verringern oder im schlimmsten Fall ganz zerstören. Da somit Gläubigern wie Erben gleichfalls ein Vermögensschaden drohte, wäre für PAULUS hinsichtlich der Haftung für Verbindlichkeiten des Erblassers wohl allein der dogmatische Aspekt entscheidend, und das Billigkeitsargument nähme nicht die maßgebliche Rolle ein.

c) Regreß der Gläubiger des Erblassers

aa) Regreß gegen Gläubiger

Die Kommentatoren folgen in der Frage des Regresses der Gläubiger des Erblassers untereinander zunächst der Glossa ordinaria, die sich ihrerseits am Wortlaut des Codex Iustinianus orientiert. Der Regreß gegen bereits befriedigte Gläubiger des Erblassers wird nach C. 6, 30, 22, 6 nur für Gläubiger mit vorrangigen Pfandrechten zugelassen.⁴²⁷ Die Voraussetzungen dieses Rückgriffs bzw. seines Ausschlusses werden von JACOBUS DE RAVANIS genau präzisiert:

JACOBUS DE RAVANIS, Lectura ad C. 6, 30, 22,
§ Et si praefatam:

Ego fateor hic quod si esset hic solutum ultimo creditori de pecunia defuncti: que non esset redacta ex venditione rei obligate vel si non esset data in solutum posteriori creditori res obligata primo creditori quod non repeteret creditor prior quod solutum esset posteriori.⁴²⁸

Ich glaube hier, daß wenn hier dem rangniedrigsten Gläubiger vom Geld des Verstorbenen geleistet wurde, das nicht aus dem Verkauf einer verpfändeten Sache stammt oder wenn nicht eine verpfändete Sache an Erfüllung Statt dem ersten Gläubiger gegeben wurde, daß dann der ranghöhere Gläubiger keinen Rückgriff nehmen soll, nur weil an einen Rangniedrigerem geleistet worden ist.

JACOBUS DE RAVANIS stellt klar, daß die Gläubiger mit einem ranghöheren Pfandrecht nicht grundsätzlich ein Rückgriffsrecht gegen alle befriedigten Gläubiger haben. Der Regreß ist auch für ihn nur zugelassen, wenn der Rückgriffsschuldner die gepfändete Sache durch eine Leistung an Erfüllung Statt erhalten hat oder an ihn der Verkaufserlös für die gepfändete Sache geflossen ist. Das bedeutet für die Gläubiger, die nicht durch ein Pfandrecht gesichert sind, daß sie vor einem Regreß sicher sind und die empfangene Leistung auf jeden Fall behalten dürfen, wenn sie vom Erben keine mit einem Pfandrecht behaftete Sache oder den Verkaufserlös für eine solche Sache erhalten haben. Andererseits ergibt sich dadurch für die Gläubiger, deren Pfandrecht durch die Verteilung des Nachlasses verletzt worden ist, die Schwierigkeit, den richtigen Rückgriffsschuldner zu finden. Dazu kommt die Gefahr, daß sich ein Pfandrechtsgläubiger beim Erben noch vor Erschöpfung des Nachlasses meldet, er jedoch, weil die Sache, an der er das Pfandrecht hat, bereits weggegeben ist, eine andere verpfändete Sache oder den Erlös daraus erhält und deshalb seinerseits in Regreß genommen werden kann.

⁴²⁷ Siehe z.B. CINUS DE PISTOIA, Commentaria in Codicem, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 389r, opp. 4; BARTOLUS, Commentaria in secundam Codicis partem, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 31r, n. 4, opp. 2.

⁴²⁸ JACOBUS DE RAVANIS, Lectura super prima parte Codicis, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 294r.

Bei mehreren Autoren finden sich Ausführungen zum Ausgleich unter Gläubigern, die gleichrangige Pfandrechte (*creditores eiusdem temporis*) innehaben. So zitiert ALBERICUS DE ROSATE die Ansicht des ODOFREDUS,⁴²⁹ daß solche Gläubiger nach D. 42, 5, 6, 2⁴³⁰ einen Ausgleich untereinander verlangen können. Dieses Recht schränkt ALBERICUS jedoch unter Berufung auf D. 42, 8, 24⁴³¹ dahingehend ein, daß die Gläubiger, an die aufgrund ihrer Wachsamkeit geleistet worden ist, nicht in Rückgriff genommen werden dürfen.⁴³² Sehr ähnlich ist die Argumentation des BALDUS:

BALDUS, *Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Et si praefatam*:

Sed pone, quod haec res erat duobus simul obligata, de cuius pretio satisfactum est uni, numquid alter habebit regressum contra istum ut saltem pretium communicetur? Et videtur quod non: quia tantum prioribus contra posteriores videtur provisum: ut hoc .§. et superiori. Sed Odo. dicit contrarium ar. *D. de bo. auth. in. pos. l. Si non expedierit. §. Quid ergo. ibi, aut communicandum*. Et hoc credo verum, si utroque instante heres uni gratificare voluit, vel aut si uni prius evenienti satisfactum est, et alter fuit negligens, sibi imputabit. ar. *d. l. Si non expedierit. D. de his que in frau. cre. l. Pupillus. secundum Nico. de mat.*⁴³³

Aber nimmt man an, daß diese Sache zweien zugleich verpfändet war, aus deren Preis einer befriedigt wurde; ob etwa der andere den Rückgriff haben wird gegen diesen, damit wenigstens der Preis geteilt werde? Und es ist offenbar nicht so, weil es wohl richtig ist, daß nur den Früheren gegen die Späteren geholfen wird, wie dieser Paragraph und die vorherigen belegen. Aber ODOFREDUS sagt das Gegenteil und belegt dieses mit D. 42, 5, 6, 2 dort *aut communicandum*. Und dieses halte ich für richtig, wenn der Erbe, von beiden gleichzeitig bedrängt, einen bevorteilen wollte, wenn aber der eine, der eher erscheint, befriedigt wird und der andere nachlässig war, muß dieser es sich zuschreiben, das zeigt die erwähnte Stelle D. 42, 8, 24 gemäß Nicolaus de Matarella.

ALBERICUS wie auch BALDUS leiten die Lösung dieses Falles unter Heranziehung der in D. 42, 5, 6, 2 und D. 42, 8, 24 aufgestellten Grundsätze her. Mel-den sich die gleichrangigen Gläubiger gleichzeitig beim Erben, hat ein Ausgleich zwischen beiden stattzufinden, wenn der Erbe einen von beiden bei der Befriedigung begünstigt und der andere leer ausgeht. Diese Lösung vertritt entgegen der Angabe bei BALDUS auch bereits ODOFREDUS in seinen *Lectura codicis*.⁴³⁴ BALDUS merkt zu diesem Ergebnis an, daß in C. 6, 30, 22, 5 ff. nur der Rückgriff der Gläubiger mit vorrangigem Pfandrecht zugelassen, ein

⁴²⁹ ALBERICUS schreibt das Zitat zwar OLDRADUS (Ol.) zu, es ist jedoch anzunehmen, daß ODOFREDUS gemeint ist, da zum einen dieser in seinen *Lectura* die zitierte Meinung vertreten hat (siehe oben S. 69) und zum anderen das Parallelzitat bei BALDUS, *Commentaria in sextum Codicis librum*, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 95v, n. 7, diesen als Urheber nennt.

⁴³⁰ Den Text von D. 42, 5, 6, 2 siehe oben S. 69, Fn. 224.

⁴³¹ Den Text von D. 42, 8, 24 siehe oben S. 65, Fn. 214.

⁴³² ALBERICUS DE ROSATE, *Commentaria in secundam Codicis partem*, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol 61v, n. 16.

⁴³³ BALDUS, *Commentaria in sextum Codicis librum*, fol. 95v, n. 7.

⁴³⁴ Siehe oben S. 69.

Ausgleich unter gleichrangigen Gläubigern aber dort nicht vorgesehen wird. Er hält dennoch diese Lösung für rechtmäßig, wohl weil in C. 6, 30, 22 zu diesem Sachverhalt, daß Gläubiger gleichzeitig beim Erben Erfüllung ihrer Forderung verlangen, keine Bestimmungen enthalten sind. Es ist deshalb konsequent, daß ALBERICUS und BALDUS unter Berufung auf D. 42, 8, 24 den Regreß ablehnen, wenn ein Gläubiger wachsamer als andere war und ihnen deshalb zuvorkommt. Denn dem schnelleren Gläubiger soll der durch seine Wachsamkeit erlangte Vorteil nicht im Wege des Rückgriffs genommen werden. Der Ansicht des BALDUS schließt sich später ALEXANDER DE IMOLA an.⁴³⁵ PAULUS DE CASTRO nimmt dagegen die von ALBERICUS und BALDUS vertretene Differenzierung nicht vor. Er lehnt einen Ausgleich unter Gläubigern mit gleichen Rechten ab und stützt sich dabei ebenfalls auf D. 42, 8, 24.⁴³⁶ Es wird jedoch nicht deutlich, ob er den Fall des sich gleichzeitig beim Erben meldenden Gläubiger dabei einbeziehen will.

PAULUS DE CASTRO vertrat zum Regreß der nicht durch Pfandrechte gesicherten Gläubiger gegen andere Gläubiger eine Ansicht, die von der bis dahin wohl herrschenden Meinung gänzlich abwich:

PAULUS DE CASTRO, *Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Licentia creditoribus*:

Circa secundum casum queritur text. loquitur quando creditores supervenientes pretendebant hypothecam anteriorem quid si non habebant hypothecam. Respondeo si erant priores in actione personali: quia habebant privilegium inter chirographarios creditores quod est in multis casibus de quibus in titu. de privile. credito. et distributio facta fuit inter illos qui privilegium non habebant: dico quod supervenientibus et privilegium habentibus succurritur contra illos non per hypothecam: sed per conditionem ex hac .l. Et hoc satis probatur in .l. Ex facto. §. fina. D. de peculio. et .l. ij. D. quod cum eo.⁴³⁷

Zum zweiten Fall wird hinsichtlich des Textes, der davon handelt, daß die übrig bleibenden Gläubiger ein früheres Pfandrecht vorweisen, gefragt, was dann ist, wenn sie kein Pfandrecht haben. Ich antworte so, wenn sie bei der persönlichen Klage bevorrechtigt waren, weil sie ein Privileg unter den mit Schuldschein ausgewiesenen Gläubigern hatten, das in vielen Fällen vorkommt, von denen der Titel *de privilegiis creditorum* handelt, und die Aufteilung unter jenen vorgenommen wurde, die kein Privileg hatten. Ich sage, daß den Übrigbleibenden, die ein Privileg haben, geholfen wird gegen jene, und zwar nicht durch die Hypothekenklage, sondern durch die *condictio ex lege*. Und dieses wird ausreichend bewiesen in D. 15, 1, 52, 1 und D. 14, 5, 2.

PAULUS will den Regreß über die Bestimmungen in C. 6, 30, 22, 6 hinaus nicht nur für alle Gläubiger, die ein Pfandrecht mit der *actio in rem* verfolgen, sondern auch für alle anderen aus einer *actio in persona* berechtigten

⁴³⁵ ALEXANDER DE IMOLA, *Commentaria in Codicem*, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 155v, n. 8.

⁴³⁶ PAULUS DE CASTRO, *Commentaria in secundam Codicis partem*, C. 6, 30, 22, § Licentia creditoribus, fol. 70v, n. 4.

⁴³⁷ PAULUS DE CASTRO, a.a.O.

Gläubiger zulassen, soweit entsprechende Privilegien bestehen und sie nach Abschluß des durch den Erben vorgenommenen Verteilungsverfahrens noch keine Leistung empfangen haben. Im Gesamtvollstreckungsverfahren des klassischen römischen Rechts wurden einzelne Gläubiger, die aus persönlichen Klagen vorgingen, auf prätorische oder kaiserliche Anordnung hin gegenüber den sonstigen *chirographarii creditores*⁴³⁸ bevorzugt behandelt.⁴³⁹ PAULUS bezieht sich hier ausdrücklich auf einige im Digestentitel *de privilegiis creditorum*⁴⁴⁰ genannten Privilegien dieser Zeit.⁴⁴¹ Sein Argument für einen Regreß aller privilegierten Gläubiger zieht er aus D. 15, 1, 52, 1 und D. 14, 5, 2. Beide Stellen behandeln Sachverhalte, die mit der Situation des Erben, der ein Inventar erstellt hat, in einem gewissen Maße vergleichbar sind. Allgemein geht es jeweils um Klagen gegen einen nur beschränkt haftenden Schuldner. In D. 15, 1, 52, 1⁴⁴² wird gegen einen Hausvater wegen Forderungen gegen den unter seiner Hausgewalt stehenden Sohn geklagt. Bei einer solchen *actio in peculio* findet eine Verurteilung nur beschränkt auf den Betrag des *peculium* zum Zeitpunkt der Verurteilung statt.⁴⁴³ Ist das *peculium* überschuldet, werden die Gläubiger nicht anteilig befriedigt, sondern die Gläubiger, die ihre *actio in peculio* geltend machen, erhalten so lange die vol-

⁴³⁸ Die *chirographarii creditores* („handschriftliche Gläubiger“, vgl. HEUMANN/SECKEL, Handlexikon, S. 68) sind diejenigen Gläubiger, für deren Forderung kein Pfand bestellt wurde, sondern die regelmäßig durch einen Schuldschein ausgewiesen wurden und im Konkurs hinter den dinglich privilegierten Gläubigern zurückstanden, vgl. D. 42, 5, 38; KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 59 II.

⁴³⁹ KASER/HACKL, Zivilprozeßrecht, § 59 II.

⁴⁴⁰ Der Titel *de privilegiis creditorum* ist in der Digestenvulgata, nicht jedoch in modernen kritischen Ausgaben enthalten, wo er Bestandteil des Titels D. 42, 5 (*de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis*) ist und dort die *leges* 6-38 umfaßt.

⁴⁴¹ Dazu gehören der Anspruch auf Bestattungskosten (D. 42, 5, 17 pr.), die Forderung der Frau auf Herausgabe der *dos* bei unterbliebener oder nichtiger Ehe (D. 42, 5, 17, 1 bis 19 pr.), die Ansprüche des Mündels gegen den Vormund und andere, die vormundschaftliche Geschäfte geführt haben (D. 42, 5, 19, 1 bis 24 pr.), die Forderungen aus dem zur Wiederherstellung eines Gebäudes gegebenen Darlehen (D. 42, 5, 24, 1), aus der Geldeinlage bei einem Bankier (D. 42, 5, 24, 2), aus dem Darlehen zum Bau oder zur Ausrüstung von Schiffen (D. 42, 5, 26 und 34) sowie die Forderungen aus Krediten, die zur Befriedigung privilegierter Gläubiger gegeben wurden (D. 42, 5, 24, 3).

⁴⁴² D. 15, 1, 52, 1: Si dos filio familias sit data vel tutelam administraverit, habenda erit ratio privilegiorum in actione de peculio dilata interim ceterorum creditorum actione vel interposita cautione, si priores agant qui privilegium non habent, restitutum iri quod acceperunt, si inferatur postea cum patre actio privilegii. - Wenn dem Haussohn die *dos* gegeben worden ist oder er eine Vormundschaft geführt hat, wird bei der Klage aus dem Sondergut Rücksicht auf die Privilegien genommen werden müssen, indem die Klage der anderen Gläubiger inzwischen aufgeschoben oder Sicherheit geleistet wird, wenn Frühere klagen, die kein Privileg haben, so daß zurückerstattet wird, was sie erhalten haben, wenn später gegen den Vater eine privilegierte Klage zum Vorschein kommt.

⁴⁴³ KASER, Privatrecht I, S. 606. Der Hausvater, der seinem Haussohn ein *peculium* überlassen hat, haftet anders als der Erbe mit Inventar nicht gegenständlich, sondern rechnerisch beschränkt mit seinem gesamten Vermögen für die Schulden, die bei Geschäften des Sohnes entstanden sind.

le ihnen geschuldete Leistung, bis das *peculium* erschöpft ist. Die anschließend auftretenden Gläubiger werden abgewiesen.⁴⁴⁴ Somit ist die Lage der Gläubiger, die hier um die Befriedigung aus einer bestimmten Haftungsmasse konkurrieren, ähnlich der der Nachlaßgläubiger bei der durch das Inventar beschränkten Haftung des Erben. In D. 15, 1, 52, 1 werden Forderungen behandelt, die gegenüber anderen *actiones in personam* privilegiert sind, und zwar der Anspruch (der Ehefrau) auf Herausgabe der *dos* und Forderungen aus der Führung der Vormundschaft.⁴⁴⁵ Diese Privilegien dieser Gläubiger sollen bei Klagen gegen den Gewalthaber berücksichtigt werden, so daß u.a. nicht privilegierte Gläubiger nur gegen Sicherheitsleistung befriedigt werden sollen, damit die bevorrechtigten Gläubiger, die ihre Forderungen später geltend machen, Rückgriff nehmen können. In der zweiten von PAULUS genannten Stelle D. 14, 5, 2 und der nachfolgen *lex* 3⁴⁴⁶ wird ebenfalls die Behandlung von privilegierten *actiones in personam* gegen einen nur beschränkt haftenden Schuldner erörtert, nämlich gegen den Sohn, der nicht mehr unter der Hausgewalt des Vaters steht und auch nicht Rechtsnachfolger des Vaters geworden ist, aus Geschäften, die noch unter der Gewalt des Vater abgeschlossen wurden. Für diese Verbindlichkeiten haftet er nach D. 14, 5, 2 pr. beschränkt auf *id quod facere potest*. In D. 14, 5, 3 wird - wie auch allgemein im Zusammenhang mit der *actio in peculio* - festgesetzt, daß unter den Gläubigern, die dem Haftungsprivileg unterliegen, der Grundsatz *occupantis meliorem esse condicionem* gilt; Ausnahmen bestehen für privilegierte Gläubiger. PAULUS stützt sich somit auf zwei Digestenstellen, die in ähnlichen Sachverhalten wie in C. 6, 30, 22, 4 ff. eine bevorzugte Behandlung privilegierter persönlicher Gläubiger zulassen, in D. 15., 1, 52, 1 ist dabei sogar der Regreß gegen befriedigte nachrangige Gläubiger zugelassen worden.

Mit dieser Ausweitung des Regresses erreicht PAULUS, daß alle Gläubiger, die bei der Aufteilung des Nachlasses in einem Gesamtvollstreckungsverfahren bevorzugt befriedigt worden wären, ihre Privilegien auch nach einer Beschränkung der Haftung des Erben durch das Inventar verwirklichen können.

⁴⁴⁴ Vgl. D. 15, 1, 10: *in actione de peculio occupantis melior est condicio*. - Bei der *actio in peculio* ist die Berechtigung des Besitzenden besser.

⁴⁴⁵ Vgl. oben S. 138, Fn. 442.

⁴⁴⁶ D. 14, 5, 3: *Sed an hic detrahi debeat quod aliis debetur, tractari potest, et si quidem sint creditores, qui, cum esset alienae potestatis, cum eo contraxerunt, recte dicetur occupantis meliorem esse condicionem, nisi si quis privilegiarius veniat: huius enim non sine ratione prioris ratio habebitur. quod si qui sint, qui, posteaquam sui iuris factus est, cum eo contraxerunt, puto horum rationem habendam*. - Aber ob hier abgezogen werden muß, was anderen geschuldet wird, kann erörtert werden, und wenn es etwa Gläubiger sind, die, als er unter fremder Gewalt stand, mit ihm Verträge geschlossen haben, soll zu Recht gesagt werden, daß die Berechtigung des Besitzenden besser ist, es sei denn, daß jemand kommt, der Privilegien hat; denn diesen wird man nicht ohne Grund zuerst berücksichtigen. Wenn diejenigen vorhanden sind, die mit ihm Verträge geschlossen haben, nachdem er gewaltfrei geworden ist, werden sie nach meiner Ansicht berücksichtigt werden müssen.

Diese Angleichung des Regresses nach der Nachlaßverteilung an die Grundsätze des allgemeinen (Gesamt-)Vollstreckungsverfahrens im römischen Recht setzt sich über den Wortlaut von C. 6, 30, 22 hinweg, stellt aber die Einzelfallgerechtigkeit über die Rechtssicherheit. Sie beeinträchtigt dabei keine Interessen des Erben, da weder eine Gefährdung des eigenen Vermögens des Erben herbeigeführt wird noch ihm ein Aufwand über den in C. 6, 30, 22 vorgesehenen Umfang hinaus bei der Nachlaßverteilung bzw. -verwaltung aufgebürdet werden. Insofern entspricht diese Auslegung dem von den Kommentatoren zugrunde gelegten Zweck der in C. 6, 30, 22 enthaltenen Konstitution. Die Ansicht des PAULUS zum Regreß der Gläubiger untereinander ist bis zum Ende des Mittelalters singulär geblieben. Die ihm nachfolgenden Kommentatoren des 15. Jahrhunderts geben zu C. 6, 30, 22, 6 die Meinungen des BARTOLUS und des BALDUS wieder, ohne auf die Kommentierung des PAULUS DE CASTRO einzugehen,⁴⁴⁷ oder nehmen zu diesem Problem überhaupt keine Stellung.⁴⁴⁸

bb) Regreß gegen Käufer von Nachlaßbestandteilen

Im Zusammenhang mit dem Rückgriff der Gläubiger des Erblassers gegen die Käufer von verpfändeten Nachlaßgegenständen setzt sich JACOBUS DE RAVANIS mit den Ausführungen der Glosse zu *per conditionem* (C. 6, 30, 22, 6)⁴⁴⁹ und *emptores* (C. 6, 30, 22, 8)⁴⁵⁰ auseinander. Er merkt dazu an, daß die Glosse angesichts des entgegenstehenden Gesetzeswortlauts in C. 6, 30, 22, 6 eigentlich zu Unrecht die Verfolgung verpfändeter Gegenstände beim Käufer zuläßt.⁴⁵¹ Dennoch vertritt er die Ansicht, daß in Übereinstimmung mit der Glosse diese Bestimmung des Gesetzes nicht anzuwenden sei:

JACOBUS DE RAVANIS, *Lectura ad C. 6, 30, 22*,
§ Et si praefatam:

sed bene verum est quod hoc est contra rationem: quia pignoris persecutio in rem est cum ista lex tuetur eum. unde dicam aliter et dicam lex ista tuetur heredem. Intelligemus ergo quod emptor tutus est ubi habiturus esset regressum contra venditorem: sed non esset habiturus regressum contra venditorem: quia sic vendi-

Aber es ist sehr wahr, daß dieses dem Gesetzeszweck entgegensteht, weil die Pfandverfolgung dinglich ist, auch wenn ihm dieses Gesetz hilft. Deshalb entscheide ich anders und behaupte, daß dieses Gesetz dem Erben hilft. Wir sollen also beachten, daß der Käufer sicher ist, wenn er anschließend den Rückgriff gegen den

⁴⁴⁷ So z.B. ALEXANDER DE IMOLA, *Commentaria in Codicem*, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, tom. 2, fol. 155v, n. 8.

⁴⁴⁸ So JASON DE MAINO in seinem Kommentar zu C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, tom. 2, fol. 149r.

⁴⁴⁹ ACCURSIUS, *Glossa ordinaria*, gl. *per conditionem* zu C. 6, 30, 22, 6, tom. 4, Sp. 1561; vgl. dazu oben S. 71.

⁴⁵⁰ ACCURSIUS, *Glossa ordinaria*, gl. *emptores* zu C. 6, 30, 22, 8, tom. 4, Sp. 1561; vgl. dazu oben S. 70.

⁴⁵¹ Tatsächlich läßt sich – wie oben S. 72 festgestellt – aus den beiden genannten Glossen keine eindeutige Regelung entnehmen.

disset tunc posset agere creditor contra emptorem ex quo non haberet regressum contra venditorem: quia sic vendidisset. tunc posset agere creditor contra emptorem ex quo non haberet regressum contra heredem venditorem quod tuetur .l. ista. *ar. infra de usur. re. iu. l. ult. et D. de pe. here. l. Sed et si lege. §. Sed si rem detraxerit.*⁴⁵²

Verkäufer haben wird. Aber er wird keinen Rückgriff gegen den Verkäufer haben, weil so verkauft worden ist, in diesem Fall könnte der Gläubiger gegen die Käufer klagen, weil er keinen Regreß gegen den Verkäufer hätte, weil ja dieser so verkauft hat. Dann könnte der Gläubiger gegen den Käufer klagen, weil er keinen Regreß gegen den Erben als Verkäufer hat, da dieser durch dieses Gesetz geschützt wird, dieses belegen C. 7, 54, 3 und D. 5, 3, 25, 17.

JACOBUS DE RAVANIS setzt sich über den Wortlaut von C. 6, 30, 22, 5 und 8 hinweg, da es aus seiner Sicht dem Gesetzeszweck widerspricht, daß die Inanspruchnahme der Käufer ausgeschlossen wird. Er geht davon aus, daß der Zweck des *beneficium inventarii* vor allem darin besteht, den Erben vor einer Schädigung seines Vermögens zu schützen. Seine Argumentation basiert dementsprechend auf der Prämisse, daß der Rückgriff gegen den Käufer nur dann ausgeschlossen sein muß, wenn dieser sich anschließend beim Verkäufer, dem Erben, schadlos halten kann. Dann führte nämlich die Herausforderung des Pfandes beim Verkäufer dazu, daß dieser wiederum durch Geltendmachung eines Anspruch aus Eviktion den Schaden auf den Erben verlagerte. Diesen Grundgedanken seiner Argumentation entnimmt JACOBUS DE RAVANIS aus C. 7, 54, 3⁴⁵³ und D. 5, 3, 25, 17.⁴⁵⁴ Beide Stellen haben zum Inhalt, daß ein Haftungsausschluß oder eine Haftungsbeschränkung, die zugunsten eines Schuldners bestehen, auch auf einen Rückgriffsschuldner ausgedehnt werden müssen, wenn dieser wiederum die Möglichkeit des Regresses beim Schuldner hat, damit Haftungsausschluß oder -beschränkung nicht durch diesen Regreß umgangen werden können. Die Anwendung dieses Gedankens findet sich bereits in den *Lectura* des ODOFREDUS.⁴⁵⁵ Nach Meinung des JACOBUS DE RAVANIS besteht jedoch kein Rückgriffsanspruch des Käufers gegen den Erben, weil die Ansprüche aus Eviktion wegen der Eigenart des Verkaufs von Nachlaßgegenständen zu Gunsten des Erben ausgeschlossen sind. Es findet an dieser Stelle keine ausdrückliche Unterscheidung statt, welche Abreden der Käufer beim Verkauf getroffen hat. JACOBUS DE RAVANIS spricht

⁴⁵² JACOBUS DE RAVANIS, *Lectura super prima parte Codicis*, fol. 294r.

⁴⁵³ Den Gesetzestext siehe oben S. 72, Fn. 234.

⁴⁵⁴ In D. 5, 3, 25, 17 geht es um den Fall, daß ein gutgläubiger Erbschaftsbesitzer zum Nachlaß gehörende Sachen veräußert hat, nicht mehr um den Erlös bereichert ist und der Erbschaftskläger einzelne Sachen vom Käufer herausverlangt. Dazu heißt es: ... *quamquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit. et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessor habent.* - Jedoch werden die unterlegenen Käufer Rückgriff bei demjenigen nehmen, der veräußert hat. Und ich meine, daß er die Sache herausverlangen kann, wenn nicht die Käufer einen Regreßanspruch gegen den gutgläubigen Besitzer haben.

⁴⁵⁵ Siehe oben S. 72.

hier zweimal von „*sic vendidisset*“, wobei das Bezugsobjekt von *sic*, da in der vorstehenden Kommentierung auf die Art und Weise des Verkaufs durch den Erben nicht eingegangen wird, am ehesten der kommentierten Quelle, hier also C. 6, 30, 22, 5 und 8, zu entnehmen ist. Somit spricht viel dafür, daß JACOBUS DE RAVANIS hier den Verkauf *pro solvendis debitis vel legatis* meint. Dieses führte dazu, daß der Käufer, wenn der Erbe nicht *pro solvendis debitis vel legatis* verkauft, dank seines dann bestehenden Anspruchs aus Eviktion gegen den Erben vor den Gläubigern sicher wäre.

CINUS DE PISTOIA, der in seinen Kommentierungen sehr häufig die in der Schule von Orléans entstandenen Werke zitiert und somit die gerade besprochenen Ausführungen des JACOBUS DE RAVANIS wie auch die der Glossa ordinaria wahrscheinlich kannte,⁴⁵⁶ vertritt eine andere Ansicht, ohne allerdings auf die Kommentierung des JACOBUS DE RAVANIS Bezug zu nehmen. Er geht davon aus, daß der Käufer von Nachlaßgegenständen grundsätzlich keinen Ansprüchen von Seiten der Pfandrechtsinhaber ausgesetzt sei. Dementsprechend solle der in D. 20, 1, 16, 3 aufgeführte Grundsatz, daß Pfandrechtsinhaber ihre Rechte gegenüber jedem Besitzer der gepfändeten Sache geltend machen dürfen, angesichts der entgegenstehenden spezielleren Regelung zum *beneficium inventarii* hier nicht angewendet werden.⁴⁵⁷ In gleicher Weise entscheiden sich auch JACOBUS BUTTRIGARIUS⁴⁵⁸ und ALBERICUS DE ROSATE, der ausdrücklich der Kommentierung des CINUS folgt. Gleichzeitig lehnt ALBERICUS die Aussage der Glossa ordinaria ab, daß der Käufer nur dann sicher sei, wenn sich die Sache nicht mehr bei ihm befinde, da dieses nur ein allgemeiner Grundsatz sei, der in D. 21, 2, 66 normiert sei, hier aber eine speziellere Regelung gelte.⁴⁵⁹ Allein wenn der Käufer die Sache für einen unangemessen niedrigen Kaufpreis (*minori iusto precio*) erwirbt, sollten, wie C. 10, 1, 3 und C. 4, 46, 1 und 3 zeigen, Ansprüche gegen ihn zugelassen werden.⁴⁶⁰ Diese Einschränkung ist aus Sicht der Nachlaßgläubiger erforderlich, damit der Wert ihrer Haftungsmasse erhalten bleibt.

⁴⁵⁶ Vgl. MEIJERS, *Études* III, S. 120 f.; SCHRAGE, *Utrumque Ius*, S. 75.

⁴⁵⁷ CINUS DE PISTOIA, *Commentaria in Codicem*, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 389r: Sexto opponitur, hic dicitur, quod emptor tutus est. Sed contra *D. de pigno. l. si fundus. §. in vendicatione*. Istam oppositionem concedo, sed speciale est hic. – Sechstens wird eingewendet, daß hier gesagt werde, daß der Käufer sicher sei. Aber dagegen spricht D. 20, 1, 16, 3. Diese Einwendung lasse ich gelten, aber hier liegt ein Spezialfall vor.

⁴⁵⁸ JACOBUS BUTTRIGARIUS, *Lectura super Codice*, C. 6, 30, 22, § Licentia, tom. 2, fol. 23r.

⁴⁵⁹ ALBERICUS DE ROSATE, *Commentaria in secundam Codicis partem*, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 61v, n. 15.

⁴⁶⁰ ALBERICUS DE ROSATE, a.a.O.

Der etwa zur gleichen Zeit wie ALBERICUS DE ROSATE und JACOBUS BUTTRIGARIUS wirkende BARTOLUS, der im Ergebnis ebenfalls seinem Lehrer CINUS DE PISTOIA folgt, argumentiert sehr eng am Wortlaut von C. 6, 30, 22, 8:

BARTOLUS, Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Et si praefatam:

Secundo quod si haeres vendidit, emptor non potest inquietari. Tamen hoc secundum debet intelligi cum haeres vendit ut haeres, et pro satisfaciendis debitis et legatis, ut hic in versiculo *sin vero creditores*, et in versiculo *contra ipsum*. Sed si vendidit tanquam propria simpliciter, tunc emptores possunt molestari. *ar. infra cre. evi. pig. non deb. l. j.* Facit quod habuistis in *l. 3. supra de praed. mi. et l. Si quis domum. §. j. D. loc.* Item illud quod hic dicitur quod emptores non possunt molestari, est verum, a creditoribus, vel legatariis, sed si alius vellet evincere iure dominii, istud hac l. non prohibetur. non enim potest factum haeredis praeiudicare ei, qui est dominus.⁴⁶¹

Zweitens <merke>, daß, wenn der Erbe verkauft, der Käufer nicht in Anspruch genommen werden kann. Dennoch muß dementsprechend beachtet werden, daß der Erbe als Erbe und zur Befriedigung der Schulden und Vermächtnisse verkauft, wie hier an den Textstellen *sin vero creditores* und *contra ipsum*. Aber wenn er Sachen auf einfache Weise wie sein Eigentum verkauft hat, dann können sie Ansprüche gegen die Käufer geltend machen, dazu 8, 45, 1. Dieses bewirkt, was ihr behandelt findet in C. 5, 71, 3 und C. 19, 2, 9, 1. Ebenso ist jener Umstand, daß hier gesagt wird, daß die Käufer nicht in Anspruch genommen werden können, wahr in Bezug auf Gläubiger und Vermächtnisnehmer, aber wenn ein anderer mittels eines Eigentumsrechts die Sache entziehen will, wird diese nicht durch dieses Gesetz verboten. Denn eine Handlung des Erben kann nicht demjenigen schaden, der Eigentümer ist.

BARTOLUS versteht C. 6, 30, 22, 8 derart, daß der Käufer nur dann nicht in Anspruch genommen werden darf, wenn der Erbe erstens in seiner Eigenschaft als Erbe und nicht als Eigentümer verkauft und zweitens diese Veräußerung dazu dient, den Kaufpreis an Gläubiger und Vermächtnisnehmer zur Tilgung von Nachlaßverbindlichkeiten weiterzugeben. Er unterscheidet also zwischen dem auf diese Weise vorgenommenen Verkauf als Erbe aus dem Nachlaß und dem Verkauf wie ein (sonstiger) Eigentümer der Sache. Nur wenn der Erbe seine Haftungsbeschränkung durch das Inventar gegenüber dem Käufer offenlegt und auf diese Weise zu erkennen gibt, daß er im Hinblick auf die Eviktionshaftung aus dem Kaufvertrag bei der Verteilung des Nachlasses durch die Bestimmungen zum *beneficium inventarii* privilegiert ist, kann sich auch der Käufer auf den in C. 6, 30, 22, 5 und 8 gewährten Schutz gegenüber den pfandberechtigten Gläubigern des Erblassers berufen. Der Käufer soll also zumindest soweit vor der Pfandverfolgung durch Gläubiger des Erblassers geschützt werden, als seine eigenen Rückgriffsansprüche wegen Eviktion der Sache gegen den Erben ausgeschlossen sind. BARTOLUS folgert aus dem Ausschluß des Anspruchs aus Eviktion gegen den Erben im Gegensatz zu JACOBUS DE RAVANIS nicht, daß die Käufer nicht nach der In-

⁴⁶¹ BARTOLUS, Commentaria in secundam Codicis partem, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 31r, n. 2.

tention in C. 6, 30, 22 geschützt seien, soweit der verkaufende Erbe keinem Haftungsrisiko unterliege.

Gibt der Erbe, der ein Inventar errichtet hat, dagegen nicht zu erkennen, daß er als Erbe Gegenstände aus dem Nachlaß verkauft, gelten nicht die (speziellen) Bestimmungen zum Inventar, sondern die allgemeinen Regeln. Der Käufer hat dann wie gegen jeden einfachen Verkäufer einen Anspruch gegen den Erben, falls ihm die Sache von einem Pfandgläubiger entzogen wird, und muß daher nicht mehr vor derartigen Herausgabeansprüchen abgesichert werden.

BARTOLUS stützt diese Differenzierung auf C. 8, 45, 1.⁴⁶² Dort soll, wenn jemand kraft seiner Berechtigung als Gläubiger ein Pfand verkauft hat, dieser als Verkäufer nicht aus Eviktion in Anspruch genommen werden können, es sei denn, er hat eine entsprechende Zusage abgegeben. Nach Verständnis des BARTOLUS ist die Eviktionshaftung deshalb ausgeschlossen, weil der Gläubiger das Pfand nicht als Eigentümer verkauft hat.⁴⁶³ Der Käufer soll in C. 8, 45, 1 seinerseits vor Ansprüchen anderer Gläubiger sicher sein, weil der Verkäufer unter den Gläubigern entweder bevorrechtigt war oder zumindest ein Gewährleistungsversprechen dafür abgegeben hat. Es findet also eine Privilegierung der Käufer deshalb statt, weil der Gläubiger ihnen gegenüber nicht als Eigentümer, sondern als sonstiger Berechtigter den Verkauf vorgenommen hat. Gleichfalls sollen hier also die Käufer von Nachlaßgegenständen deshalb vor der Pfandverfolgung durch andere Gläubiger in Schutz genommen werden, weil der Erbe aus dem Nachlaß verkauft, wozu er durch die Bestimmungen zum *beneficium inventarii* berechtigt ist, und nicht aus seinem Eigenvermögen. Hier zeigt sich, daß BARTOLUS die Schutzwirkung zugunsten der Käufer aus der Spezialität der Regelungen in C. 6, 30, 22, 5 ff. folgert und nicht nur als allgemeine Folge der Abschirmung des Erben vor Schäden durch den Nachlaß ansieht. BARTOLUS bezieht sich ferner auf C. 5, 71, 3 und

⁴⁶² C. 8, 45, 1: Cum iure creditoris propter fisci debita praedium obligatum procurator meus vendidit, evicito non debetur, quia et privatus creditor eodem iure utitur, nisi nominatim hoc repromissum a privato fuerit. Si tamen fiscus in ius alterius creditoris successit, emptori non iusta fisci nomine movetur controversia, sive quia potior fuerat, quando vendebat, sive quia infirmior, quoniam hoc utique praestare debet, qui pignoris iure vendat, potiolem se ceteris esse creditoribus. - Wenn mein Verwalter mit dem Recht als Gläubiger ein wegen Schulden gegenüber dem Fiskus gepfändetes Landgut verkauft hat, haftet er nicht aus Eviktion, weil er auch als privater Gläubiger von demselben Recht Gebrauch macht, wenn nicht namentlich ein entsprechendes Versprechen seitens der Privatperson vorliegt. Wenn dennoch der Fiskus in das Recht eines anderen Gläubigers nachfolgt, soll der Käufer nicht in einen rechtmäßigen Streit namens des Fiskus verwickelt werden, weil er, als er verkaufte, entweder bevorrechtigt war, oder weil er zwar nachrangig war, aber als Verkäufer aus einem Pfandrecht jedenfalls dieses gewährleisten mußte, daß er gegenüber den übrigen Gläubigern bevorrechtigt sei.

⁴⁶³ Vgl. BARTOLUS, Commentaria in secundam Codicis partem, C. 8, 45, 1, § Cum iure, fol. 112r/v. Dort will BARTOLUS für den Vormund und den Vermögensverwalter entsprechendes gelten lassen.

D. 19, 2, 9, 1, wo es gleichfalls für erforderlich gehalten wird, daß beim Verkauf bzw. der Verpachtung eines Grundstücks auf das fehlende Eigentum des Verkäufers bzw. Verpächters hingewiesen werden muß, um dadurch eine Eviktionshaftung zu vermeiden.⁴⁶⁴

Die Verwendung des Verkaufserlöses zur Befriedigung von Nachlaßverbindlichkeiten hatte bereits ODOFREDUS als Voraussetzung für den Ausschluß der Inanspruchnahme der Käufer genannt. Dieses Kriterium ist für die Gläubiger des Erblassers von großer Bedeutung, denn nur solange die Veräußerungserlöse zweckgerichtet für die Begleichung der Nachlaßverbindlichkeiten eingesetzt werden, bleiben ihre Aussichten auf Realisierung ihrer Forderung ungeschmälert. Wird dagegen der Kaufpreis vom Erben selbst verbraucht, verringert sich zum einen der Nachlaß als Haftungsmasse, zum anderen verlieren die Gläubiger, die an den verkauften Gegenständen Pfandrechte hatten, die Möglichkeit, ihr Vorrecht im Wege des Rückgriffs gegenüber dem Gläubiger, der das Geld vom Erben erhält, weiter zu verfolgen. In diesem Fall läßt BARTOLUS - wie bereits vor ihm ODOFREDUS - den Gläubigern die Inanspruchnahme des Erben und ersatzweise auch der Käufer der Nachlaßgegenstände aus dem Pfandrecht zu. Weiter stellt BARTOLUS klar, daß in C. 6, 30, 22, 5 und 8 nur die Ansprüche der Gläubiger des Erblassers gegen die Käufer eingeschränkt werden, nicht aber die Ansprüche dritter Berechtigter an der Sache. Diese Wertung entspricht derjenigen in der Kommentierung des BARTOLUS zur Auswahl des für die Verbindlichkeiten des Erblassers zu leistenden Gegenstandes durch Erben oder Nachlaßgläubiger.⁴⁶⁵

Die späteren Kommentatoren orientieren sich im wesentlichen an den Ausführungen des ODOFREDUS und des BARTOLUS. Während BALDUS zum Rückgriff gegen die Käufer von Nachlaßgegenständen sehr ausführlich die Kommentierung des ODOFREDUS wiedergibt,⁴⁶⁶ bleibt ANGELUS DE UBALDIS auf der von BARTOLUS vorgegebenen Argumentationslinie. ANGELUS legt großen Wert insbesondere darauf, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger nicht nur den Zweck des Verkaufs darstellt, sondern anschließend auch tatsächlich erfolgt.⁴⁶⁷ BARTHOLOMAEUS DE SALICETO dagegen stellt weniger strenge An-

⁴⁶⁴ In C. 5, 71, 3 wird die Veräußerung eines Grundstücks des Mündels durch den Pfleger dann für unwirksam gehalten, wenn Letztgenannter das Grundstück als eigenes verkauft. In D. 19, 2, 9, 1 werden dem Nießbraucher, der ein Landgut verpachtet, bestimmte Privilegien bezüglich seiner Haftung für Eviktion eingeräumt, die aber nicht gelten sollen, wenn er sich bei Abschluß des Pachtvertrags als Eigentümer ausgegeben hat.

⁴⁶⁵ Siehe oben S. 127, Fn. 407.

⁴⁶⁶ BALDUS, *Commentaria in sextum Codicis librum*, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 95v/96r, n. 6, 7.

⁴⁶⁷ ANGELUS, *Commentaria super Codice*, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 167v: ... In tex. ibi, in alios creditores processerunt, die pondera multum tu qui emis ab herede qui inventarium confecit ut pretium convertatur in satisfactione debitorum hereditatis. Non enim sufficit vendere ob hanc

forderungen an die Voraussetzungen des privilegierten Verkaufs von Nachlaßgegenständen. Er zitiert zunächst die Ansicht des BARTOLUS, daß der Erbe nur dann vor Ansprüchen der nicht aus dem Nachlaß befriedigten Gläubiger sicher sei, wenn der Erbe beim Verkauf ausdrücklich erklärt habe, er veräußere Teile des Nachlasses, um aus dem Erlös Nachlaßverbindlichkeiten zu begleichen, und er diesen Erlös auch tatsächlich zu diesem Zweck einsetze. Dafür trage laut BARTOLUS der Käufer die Beweislast gegenüber den Gläubigern. Weiter will BARTHOLOMAEUS DE SALICETO auf die erste von BARTOLUS geforderte Voraussetzung verzichten:

SALICETO, *Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Sin vero creditores*:

Sed mihi videtur si emptor emisset ab eo simpliciter ut herede, et probaret legata vel aliquid debitum fuisse, tunc solutum quod emptor se iuvare posset. *argu. D. ad Mace. l. Sed IULIANUS. §. Proinde. et ideo consilium est ut emptor sit sollicitus ut precium convertatur ut in legatis sive debitis defuncti.*⁴⁶⁸

Aber aus meiner Sicht ist es angemessen, wenn der Käufer von diesem einfach als Erben kauft und beweist, daß Vermächtnisse oder was sonst geschuldet wurde bezahlt worden seien, so daß der Käufer sich selbst helfen kann, dazu D. 14, 6, 7, 12, und deshalb ist mein Ratschlag, daß der Käufer darum bemüht ist, daß der Preis für Vermächtnisse oder Schulden des Erblassers verwendet wird.

SALICETO hält es im Gegensatz zu BARTOLUS nicht für erforderlich, daß der Erbe die Nachlaßgegenstände ausdrücklich zum Zweck verkauft, daß der Erlös an die Nachlaßgläubiger gehen soll. Stattdessen soll es ausreichen, daß der Erbe seine Eigenschaft als Erbe beim Verkauf offenlegt und anschließend auf Schulden des Erblassers oder Vermächtnisse Leistung in Höhe des Kaufpreises erfolgt. Nur dieses habe der Käufer nachzuweisen, um sich gegen Gläubiger, die ihr Pfand verfolgen, zu wehren. SALICETO stützt seine Ansicht, wie vor ihm auch BARTOLUS, auf D. 14, 6, 7, 12.⁴⁶⁹ Er entnimmt dieser Stelle den Grundsatz, daß es nicht auf den nach außen deutlich gemachten Zweck bei Erlangung des Geldes ankommt, sondern daß allein die spätere Verwendung des Geldes von Bedeutung ist, während BARTOLUS aus der zweckgemäßen Verwendung des Erlöses nur eine Rechtsvermutung aufstellte. Von den Auswirkungen in der Praxis her unterscheidet sich die Ansicht des SALICETO offensichtlich nicht wesentlich von der des BARTOLUS, da letztgenannter zwar dem Käufer wie auch dem Erben eine umfassendere Beweislast aufer-

causam nisi convertatur. et ita semel ego feci in quadam re magni pretii. - Zum Text, wo es heißt *in alios creditores processerunt*, erwäge gründlich, der du vom Erben kauft, der ein Inventar errichtet hat, daß der Preis zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger verwendet wird. Denn es reicht nicht aus, daß aus diesem Grund verkauft wird, wenn es nicht so verwendet wird; und so habe ich es einmal zu einer bestimmten Sache von großem Wert entschieden.

⁴⁶⁸ SALICETO, *Commentaria in quintum et sextum Codicis libros*, C. 6, 30, 22, § Sin vero creditores, Sp. 669, n. 18.

⁴⁶⁹ Die einschlägigen Passagen aus D. 14, 6, 7, 12 siehe oben S. 120, Fn. 388.

legt, dabei jedoch an einigen Punkten - und gerade in Bezug auf die Zwecksetzung beim Verkauf - Beweiserleichterungen durch Rechtsvermutungen zuläßt.⁴⁷⁰

Schließlich empfiehlt auch PAULUS DE CASTRO, der ebenfalls der Ansicht des BARTOLUS folgt,⁴⁷¹ den Käufern besondere Vorsichtsmaßnahmen:

PAULUS DE CASTRO, *Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Licentia creditoribus*:

Adverte tamen tunc quod emptor est securus quando venditio fuit facta per heredem pro satisfaciendo creditoribus hereditariis et legatariis: ut hic patet circa finem. Sit ergo cautus emptor ut faciat apponi ista verba in instrumento emptionis quod talis heres est heres cum beneficio inventarii pro satisfaciendo creditoribus et legatariis vendidit sibi talem rem hereditariam et si ista verba non essent apposita: possent conveniri hypothecaria a creditoribus qui haberent illa bona obligata: et tunc creditores posteriores quibus esset solutum precium non possent conveniri conditione ex lege.⁴⁷²

Man muß dennoch anerkennen, daß der Käufer sicher ist, wenn der Verkauf durch den Erben getätigt wurde, um die Gläubiger des Nachlasses und die Vermächtnisnehmer zu befriedigen, wie es hier gegen Ende offenbar ist. Der Käufer soll sich also vorsehen, daß er diese Worte der Kaufurkunde beifügen läßt, daß dieser Erbe ein Erbe mit dem *beneficium inventarii* ist und deshalb diesen Nachlaßgegenstand verkauft hat, um die Gläubiger und Vermächtnisnehmer zu befriedigen, und wenn diese Worte nicht beigefügt sind, können sie von den Gläubigern, die ein Pfandrecht an jener Sache haben, mit der Hypothekenklage in Anspruch genommen werden. Und dann können die nachrangigen Gläubiger, an die der Preis gezahlt worden ist, nicht mit der *condictio ex lege* in Anspruch genommen werden.

PAULUS folgt im Ergebnis der Ansicht des BARTOLUS. Hervorzuheben ist die praktische Empfehlung, daß der Status des Erben als Erbe mit Inventar und der besondere Zweck des Verkaufs in dem schriftlichen Kaufvertrag vermerkt werden müssen, um die Pfandverfolgung durch die Gläubiger effektiv auszuschließen. Dieses könnte in der Weise gedeutet werden, daß PAULUS

⁴⁷⁰ Vgl. oben S. 120.

⁴⁷¹ PAULUS DE CASTRO, *Commentaria in secundam Codicis partem*, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 70r, n. 6. PAULUS schreibt dem BARTOLUS an dieser Stelle allerdings die Ansicht zu, daß die Verkäufer, wenn sie vom Erben Gegenstände aus dem Nachlaß erwärben und der Verkaufserlös den Nachlaßgläubigern zufließen solle, keinen Anspruch gegen den Erben aus Eviktion hätten und zusätzlich von den Pfandgläubigern in Anspruch genommen werden könnten, weil sie sich die Verkaufsmodalitäten selbst zuschreiben müßten. Sicher seien sie dagegen nur, wenn sie einfach und ohne jede Zweckbestimmung vom Erben kauften, weil der Erbe ihnen dann aus Eviktion hafte und sie aus eigenem Interesse gegen die Inanspruchnahme durch die Gläubiger verteidige. Eine solche Ansicht hat JACOBUS DE RAVANIS vertreten, sie läßt sich jedoch weder in den Kommentaren des BARTOLUS verifizieren noch findet man entsprechende Hinweise bei anderen Schriftstellern. PAULUS zitiert hier entweder eine Lehrmeinung des BARTOLUS, die von der (später?) in den Kommentaren aufgeführten Meinung abweicht, was aber unwahrscheinlich ist, da BARTOLUS mehr als ein halbes Jahrhundert vor PAULUS lehrte. Denkbar ist, daß es sich hier, auch wenn SAVIGNY PAULUS sonst einen hohen Grad an Gewissenhaftigkeit attestiert (vgl. Römisches Recht im MA VI, S. 289), schlicht um ein Fehlzitat handelt.

⁴⁷² PAULUS DE CASTRO, *Commentaria in secundam Codicis partem*, fol. 71r, n. 7.

hier nur allgemein am Beispiel des Urkundenbeweises darlegen will, inwieweit der Käufer gegenüber den Gläubigern beweispflichtig ist. Grund für die Nennung dieses Beweismittels wäre dann einfach, daß es in diesem Fall, dem Verkauf einer Sache, das gebräuchliche Mittel zur Beweissicherung war. In der mittelalterlichen Rechtswissenschaft wurde anders als noch zur Zeit JUSTINIANS⁴⁷³ jedenfalls nicht der Urkundenbeweis gegenüber dem Zeugenbeweis⁴⁷⁴ bevorzugt. Dennoch scheint PAULUS im Hinblick auf den Zweck des Verkaufs eher hohe Ansprüche an den zu erbringenden Beweis zu stellen, während BARTOLUS diesbezüglich immerhin Beweiserleichterungen zuläßt und BARTHOLOMAEUS DE SALICETO diese Tatsache überhaupt nicht für beweisrelevant hält. Kann der Käufer den notwendigen Beweis mangels entsprechenden Zusatzes in der Kaufvertragsurkunde (oder durch ein anderes Beweismittel) nicht erbringen, darf die Kaufsache von dem Gläubiger, der ein Pfandrecht an ihr hat, herausgefordert werden. Soweit die Pfandgläubiger auf diese Weise bei den Käufern Befriedigung erlangen, sollen die (nachrangigen) Gläubiger, die das vom Erben aus dem Verkauf erlöste Geld erhalten haben, nach PAULUS' Ansicht nicht mehr in Regreß genommen werden können.

Im Ergebnis steht den Gläubigern des Erblassers in dem von PAULUS behandelten Fall mehr Haftungsmasse zur Begleichung ihrer Forderungen zur Verfügung als Vermögensgegenstände im Nachlaß vorhanden waren, da sie nunmehr wählen können, ob sie das Pfand weiter verfolgen oder von den nachrangigen befriedigten Gläubigern den vom Erben erhaltenen Kaufpreis herausverlangen. Dieser Vorteil geht prinzipiell zu Lasten der Käufer. Konsequenterweise müßte PAULUS dann allerdings den Rückgriff der Käufer gegen den Erben aus Eviktion zulassen, wenn dieser ebenfalls nicht einen Verkauf nachweisen kann, der den in C. 6, 30, 22, 7 gesetzten Anforderungen genügt.

Somit kann man auch bei den Kommentatoren zwei unterschiedliche Lösungsansätze zum Rückgriff der mit Pfandrechten ausgestatteten Gläubiger des Erblassers gegen die Käufer der gepfändeten Gegenstände ausmachen. Aus der Sicht des JACOBUS DE RAVANIS, der weitgehend den Anmerkungen der Glossa ordinaria zu C. 6, 30, 22, 6 und 8 folgt,⁴⁷⁵ dürfen die Gläubiger, die ein Pfandrecht an der verkauften Sache haben, das Pfandrecht gegenüber den Käufern nur dann geltend machen, wenn der Erbe das Pfand so verkauft, daß der Käufer keinen Anspruch aus Eviktion gegen den Erben hat. Im Gegensatz dazu ist seit BARTOLUS klar vorherrschend, daß die Inanspruchnahme

⁴⁷³ Siehe oben S. 42.

⁴⁷⁴ Vgl. SINATTI D'AMICO, RSDI 39, S. 181 f.

⁴⁷⁵ Vgl. oben S. 140.

der Käufer ausgeschlossen sein soll, wenn der Erbe aus dem Nachlaß *pro solvendis debitis et legatis* verkauft, was gleichzeitig dazu führt, daß die Erben den Käufern nicht aus Eviktion haften sollen. Übereinstimmung herrscht somit hinsichtlich des primären Schutzzwecks der Norm, denn beide Ansichten gehen wiederum davon aus, daß der Erbe vor Schädigung seines Eigenvermögens zu schützen sei. Erst seit BARTOLUS wird allerdings dieses Ziel unter Beachtung des in C. 6, 30, 22, 8 festgesetzten Rückgriffsausschlusses gegenüber den Käufern von verpfändeten Nachlaßgegenständen erreicht.

d) Bestimmung des Nachlaßumfangs

aa) Berücksichtigung der Aufwendungen des Erben für den Nachlaß

Die Kommentatoren beschäftigten sich im Anschluß an die Glosse *approbaverit* zu C. 6, 30, 22, 9⁴⁷⁶ mit den Anforderungen an den Beweis, den der Erbe für die erbrachten Aufwendungen zu erbringen hat, um diese auf das für die Gläubigerbefriedigung zu verwendende Nachlaßvermögen anrechnen zu können. JACOBUS DE RAVANIS merkt dazu an:

JACOBUS DE RAVANIS, Lectura ad C. 6, 30, 22,
§ Et si praefatam:

Quidam dicunt probaverit scilicet sacramento suo. ar. D. de re mi. l. Non omnes. §. A barbaris. et supra de fi. instru. l. ult. et infra de dolo. l. Si quis pro redemptione.⁴⁷⁷ credo quod intelligebatur probaverit scilicet liquidis probationibus: quia isti sunt modi communes probandi et ubi probatur per sacramentum speciale est.⁴⁷⁸

Einige sagen, daß er es nämlich durch seinen Eid bewiesen habe, dazu D. 49, 16, 5, 6, C. 4, 21, 22 und C. 8, 53, 36. Ich glaube, daß bewiesen worden ist, was bereits erkannt wurde, nämlich durch offenbare Beweise, weil dieses die allgemeinen Formen des Beweisens sind und wo durch Eid bewiesen wird, ein Spezialfall vorliegt.

JACOBUS DE RAVANIS zitiert nicht ausdrücklich die Glossa ordinaria, er spricht nur von der Ansicht „einiger“, wozu allerdings wohl auch der Verfasser der Glosse *approbaverit* gehört. Als Belege für diese Ansicht zitiert er außer den in der Glosse genannten Stellen D. 49, 16, 5, 6 und C. 4, 21, 22 auch C. 8, 53, 36. Dort ist bestimmt, daß derjenige, dem Geld zum Freikauf Gefangener übergeben oder versprochen worden ist, nur dazu verpflichtet ist, über die zweckgemäße Verwendung des Geldes einen Eid zu leisten, ansonsten darf er von den Geldgebern nicht in Anspruch genommen werden. Die Situation des Freikaufenden ist mit der des Erben vergleichbar, weil beide die Vermögensverwaltung aus einer gewissen höheren moralischen Verpflichtung für einen Dritten übernehmen⁴⁷⁹. Wenn sie sich ansonsten als redliche

⁴⁷⁶ Vgl. oben S. 78.

⁴⁷⁷ Gemeint ist hier C. de donationibus. l. si quis redemptione. = C. 8, 53, 36.

⁴⁷⁸ JACOBUS DE RAVANIS, Lectura super prima parte Codicis, fol. 294v.

⁴⁷⁹ So wird der Freikauf von Gefangenen in C. 8, 53, 36 pr. als *piissima administratio* bezeichnet.

Personen erwiesen haben, kann nur wenig Zweifel daran aufkommen, daß sie die mit dieser Verpflichtung in Zusammenhang stehenden Aufwendungen nicht getätigt haben.

JACOBUS DE RAVANIS hält es nicht für notwendig, den Parteieid zum Beweis der Aufwendungen zuzulassen. Er ist der Ansicht, daß in den von den Befürwortern zitierten Stellen die Aufwendungen bereits so offensichtlich waren, daß schon die allgemeinen Beweisregeln ausreichen und somit für den Parteieid kein Anwendungsbereich vorliegt. Ein (voller) Beweis durch Leistung des Parteieides soll nur in speziellen Fällen, aber aus Sicht des JACOBUS DES RAVANIS eben nicht hier erbracht werden können. Ähnlich äußert sich CINUS DE PISTOIA, der ebenfalls den Parteieid für den Nachweis der Aufwendungen für nicht ausreichend hält. Genauso wie JACOBUS DE RAVANIS ist er der Meinung, hier müßten die allgemeinen Beweisregeln angewendet werden.⁴⁸⁰ ALBERICUS DE ROSATE übernimmt diese Kommentierung des CINUS wörtlich.⁴⁸¹ Eine weiter differenzierende Lösung findet sich bei BARTOLUS:

BARTOLUS, *Commentaria ad C. 6, 30, 22, § In Computatione*:

Doctores alibi in simili dicunt, quod si quidem sunt expensae magnae, hoc debet probare, per testes, vel instrumenta. Expensas minutas debet probare suo sacramento, *ar. l. Si quis pro redemptione, de dona*. Idem refert Cy. in *l. Id quod pauperib. supra de epis. et cle*. Ultimo possumus dicere quod si expensae factae sunt magnae, fiet probatio eo mono quo habuistis in simili. *supra de ali. pu. praes. l. fi*. Vel forte etiam iudex taxaret inspecta qualitate causae, in qua expenditur, ut dicitur in *expensis litis*.⁴⁸²

Die Gelehrten sagen an anderer Stelle zu einem ähnlichen Fall, daß er, wenn es eben große Aufwendungen sind, dieses durch Zeugen oder Urkunden beweisen muß. Geringere Aufwendungen muß er durch seinen Eid beweisen, dazu C. 8, 53, 36. Ebenso äußert sich CINUS zu C. 1, 3, 24. Schließlich können wir sagen, daß wenn die erbrachten Aufwendungen groß sind, der Beweis so geführt werden soll, wie ihr es im ähnlichen Fall in C. 5, 50, 2 vorfindet. Oder vielleicht nimmt auch der Richter, nachdem er die Beschaffenheit der Klage geprüft hat, die Würdigung vor, auf wieviel sie sich erstreckt, wie es hinsichtlich der Kosten des Prozesses vertreten wird.

Aus Sicht des BARTOLUS ist die Zulässigkeit der Beweismittel von der Höhe der Aufwendungen abhängig. Für geringere Aufwendungen soll der Eid des

⁴⁸⁰ CINUS DE PISTOIA, *Commetaria in Codicem*, C. 6, 30, 22. § In computatione, fol. 389v, n. 1: Dicit gl. quod testibus vel forte sacramento. Hoc quod de sacramento dicit, non est verum, nec leges hic allegatae hoc probant: quia in aliis casibus loquitur. Standum est ergo regula, quod debeat plene probare. - Die Glosse sagt, daß [der Beweis geführt wird] durch Zeugen oder vielleicht durch Eid. Was sie über den Eid sagt, ist nicht wahr, noch beweisen die hier zitierten Stellen dieses, weil sie zu anderen Fällen Stellung nehmen. Es ist also die Regel gültig, daß der volle Beweis geführt werden muß.

⁴⁸¹ ALBERICUS DE ROSATE, *Commentaria in secundam Codicis partem*, C. 6, 30, 22, § In computatione, fol. 62r, n. 19.

⁴⁸² BARTOLUS, *Commentaria in secundam Codicis partem*, fol. 31r/v, n. 4.

Erben ausreichen, wie er in C. 8, 53, 36 für den Empfänger von Geld zum Freikauf von Gefangenen beschrieben ist. Nur bei größeren Beträgen ist der (volle) Beweis durch Zeugen oder Urkunden erforderlich. Diese Unterscheidung entnimmt BARTOLUS u.a. der Kommentierung des CINUS DE PISTOIA zu C. 1, 3, 24. Wie der Beweis für große Aufwendungen geführt werden soll, ist aus C. 5, 50, 2 zu entnehmen. Danach kann die Höhe der Aufwendungen, die ein rechtschaffener Vormund für sein Mündel bestritten hat, nach dem Ermessen des Prätors auf ein angemessenes Maß geschätzt werden.⁴⁸³ BARTOLUS verzichtet hier auf den vollen Beweis, weil schon aus der Art der Aufwendungen auf ihre Höhe geschlossen werden kann und deshalb ein Beweis im Regelfall nicht notwendig ist.⁴⁸⁴ Die Situation des Vormunds in C. 5, 50, 2 ähnelt der des Erben mit Inventar, da in beiden Fällen Personen bei der Verwaltung eines vom Eigenvermögen abgetrennten Vermögens Aufwendungen machen, die aus dem verwalteten abgetrennten Vermögen zu bestreiten sind. Somit reicht es für den Erben aus, daß er – soweit er über eine gute Reputation verfügt – nur den vollen Beweis darüber zu erbringen hat, welche Geschäfte er für den Nachlaß getätigt hat. Ist dieses geschehen, dürften dann die dabei üblicherweise anfallenden angemessenen Aufwendungen vom Nachlaß abgezogen werden. Ein weiteres Verfahren, die Höhe der Aufwendungen festzulegen, sieht BARTOLUS darin, daß der Richter sie nach Feststellung aller anderen Tatsachen schätzt, wie es sonst im kanonischen Prozeßrecht hinsichtlich der Prozeßkosten üblich ist.⁴⁸⁵ Letztlich dürfte zwischen diesen beiden Verfahren, wenn man sie auf den Erben, der ein Inventar erstellt hat, anwendet, kein großer Unterschied bestehen.

BALDUS baut seine Kommentierung auf die des BARTOLUS auf:

BALDUS, *Commentaria ad C. 6, 30, 22, § In computatione*:

Secundo nota quod ille qui dicit se expendisse, Merke dir zweitens, daß jener, der sagt, daß er
debet probare. hoc autem probatur, quandoque Aufwendungen gemacht habe, es beweisen

⁴⁸³ Die entscheidende Passage in C. 5, 50, 2 lautet: *Ceterum si bonus vir et innocens tutor arbitrio suo aluit pupillos ..., non dubio accepto ferre debebunt ea, quae vir bonus arbitrabitur merito ad exhibitionem educationis ministeria studiaque erogata esse.* – Wenn ferner ein rechtschaffener Mann und unbescholtener Vormund Unmündige nach seinem Gutdünken unterhalten hat ..., schulden sie ohne Zweifel das, was nach billigem Ermessen eines rechtschaffenen Mannes zu Recht für die Bestreitung von Erziehung, Dienerschaft und Ausbildung aufgewendet wird.

⁴⁸⁴ Vgl. BARTOLUS, *Commentaria in secundam Infortiati partem*, D. 35, 1, 111, fol. 122r: *Sed in casu legis naturae, dico, quod probatur eo ipso, quod probatur, quod bonus vir tantum expendisset in hoc, hic est casus in l. fi. C. de ali. pupil. pre.* – Aber zum Fall sage ich von der Natur des Rechts her, daß dieses aus sich selbst heraus bewiesen wird, daß nämlich bewiesen wird, daß ein rechtschaffener Mensch soviel dafür aufgewendet hätte, dieses ist der Fall in C. 5, 50, 2.

⁴⁸⁵ Die Prozeßkosten werden durch den Richter geschätzt und in dieser Höhe in das Urteil aufgenommen, er darf dabei jedoch nicht die von der obsiegenden Partei beeidete Höhe unterschreiten, vgl. DURANTI, *Speculum iudiciale*, lib. 2, part. 3, de expensis, § Postremo, fol. 215v, n. 2 f.

ex ipsius operis qualitate: *ut supra de administra. tuto. l. Lex que tutores. in verbo testificatione operis.*

Quandoque ipsius rei necessaria natura: *ut supra de alimen. pupil. prestan. l. fin.*

Quandoque per probabiles coniecturas. et ita potest intelligi haec lex, cum adiuncto iuramento, ad confirmationem coniecturarum. *ut infra de dona. l. Si quis pro redemptione. et quod not. extra de accu. ca. qualiter.* non enim creditur simplici verbo, dicentis se expendisse, nisi forte expensa esset modica, et persona fide digna, per dicta iuramenta. et ar. in .l. Non omnes. § A barbaris. D. de re mili. nam propter modicum preiudicium, statuer verbo partis, scilicet cum iuramento ar. D. ad exhi. l. Thesauros. et no. supra de epis. et cle. l. Id quod pauperibus. per Cy de hoc nota per Barto. D. de condi. et demon. l. Qui sub conditione.⁴⁸⁶

muß. Dieses aber wird bewiesen, wenn es aus aus der Beschaffenheit des Werkes selbst erscheint, wie C. 5, 37, 22, 3a, dort ab *testificatione operis.*

Oder aus der notwendigen Natur der Sache selbst, wie C. 5, 50, 2.

Oder durch Vermutungen, die zum Beweis zugelassen sind; und diese *lex* kann, wenn ein Eid hinzugefügt wird, so verstanden werden, daß Vermutungen bekräftigt werden, wie C. 8, 53, 36 und X. 5, 1, 17. Denn es wird nicht dem einfachen Wort desjenigen geglaubt, der sagt, er habe Aufwendungen gemacht, wenn es nicht gerade um geringe Aufwendungen geht und um eine vertrauenswürdige Person, und zwar durch besagten Eid, und dazu D. 49, 16, 5, 6. Denn bei nur geringen Auswirkungen gilt das Wort der Partei, und zwar mit dem Eid, weiter dazu C. 10, 4, 15 und siehe C. 1, 3, 24 bei CINUS, dazu beachte auch BARTOLUS zu D. 35, 1, 111.

Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist für BALDUS, daß der Erbe für seine Aufwendungen beweispflichtig ist. Dazu zählt er drei Fallgruppen auf, in denen der Erbe nicht den vollen Beweis zu erbringen hat. Zunächst einmal braucht der Erbe Aufwendungen nicht zu beweisen, bei denen sich der Beweis bereits aus der Beschaffenheit des Werkes selbst ergibt. Dieser Grundsatz findet sich auch bei BARTOLUS. Als Beispielsfall nennt BALDUS C. 5, 37, 22, 3a; dort wird ein verfallenes Haus, das ein Minderjähriger geerbt hat, von seinem Vormund wiederhergestellt. Die zweite Fallgruppe enthält Aufwendungen, deren Nachweis bereits durch die Natur der Sache gegeben wird, so in dem bereits bei BARTOLUS erwähnten C. 5, 50, 2. Beiden genannten Sonderfällen ist gemeinsam, daß keine Notwendigkeit für den Nachweis der Aufwendungen besteht, da diese bereits durch sich selbst nachgewiesen werden, und zwar entweder weil sie deutlich nach außen in Erscheinung treten und für jeden sichtbar sind oder weil die Aufwendung erforderlich war, um einen Nachteil von sich oder einem anderen abzuwenden. Schließlich läßt BALDUS Vermutungen in der Weise zu, daß bei Vorliegen bestimmter Tatsachen, die durch einen Parteieid bestärkt werden, die Aufwendungen als bewiesen angesehen werden. Ein Beispielsfall dafür ist für BALDUS die Verwendung anvertrauten Geldes für die Freilassung Gefangener in C. 8, 53, 36. Die ebenfalls von BALDUS in diesem Zusammenhang genannte Stelle aus dem liber Extra (X. 5, 1, 17⁴⁸⁷) enthält die Formel für einen zu leistenden Eid.

⁴⁸⁶ BALDUS, Commentaria in sextum Codicis librum, fol. 96r, n. 2.

⁴⁸⁷ X. 5, 1, 17 regelt die Inquisition von Ausschweifungen höherer und niederer kirchlicher Amtsträger. Bei diesen Untersuchungen soll den Geistlichen folgender Eid zu ihren Aussagen abgenommen werden: in similibus volumus observari, ut videlicet iurent clerici, quod super his, quae

Die bloße (beeidete) Aussage des Erben reiche dagegen nicht aus. Lediglich wenn es um geringe Aufwendungen gehe, die für die andere Partei, hier für die Gläubiger des Erblassers, keine wesentliche Auswirkung mit sich brächten, genüge der Parteieid, soweit es sich um eine vertrauenswürdige Person handele. Dazu zitiert BALDUS D. 49, 19, 5, 6 sowie D. 10, 4, 15, die Kommentierung des CINUS DE PISTIOA zu C. 1, 3, 24 und die des BARTOLUS zu D. 35, 1, 111. Die Kommentatoren nach BARTOLUS und BALDUS schließen sich der Ansicht dieser beiden Juristen weitestgehend an, so auch BARTHOLOMAEUS DE SALICETO,⁴⁸⁸ PAULUS DE CASTRO,⁴⁸⁹ ALEXANDER DE IMOLA⁴⁹⁰ und JASON DE MAINO.⁴⁹¹

Im Ergebnis lehnen die Kommentatoren zwar im Grundsatz die in der Glossa ordinaria ohne weitere Begründung dargelegte Befugnis des Erben, seine Aufwendungen für den Nachlaß durch seine beeidete Aussage zu beweisen, ab. Der Erbe hat zunächst einmal grundsätzlich den Beweis nach allgemeinen Beweisregeln zu erbringen. Die Kommentatoren lassen jedoch im Gegenzug zahlreiche Beweiserleichterungen zu, die in der Situation des Erben mit Inventar oft Anwendung gefunden haben dürften. So dürften bei den meisten Geschäften, die der Erbe im Regelfall für den Nachlaß vorgenommen hat, wie für das Begräbnis des Erblassers, die Testamentseröffnung und die Erstellung des Inventars, die Aufwendungen des Erben nur eine Höhe erreicht haben, in der sie durch Eid nachgewiesen werden dürfen oder zur Erhaltung des Nachlasses nach außen deutlich sichtbar in Erscheinung getreten sind, so daß ein Beweis *eo ipso* vorliegt. Lediglich bei außergewöhnlichen Geschäften oder besonders hohen Aufwendungen werden somit die allgemeinen Beweislastregeln auf den Erben anwendbar gewesen sein.

sciunt vel credunt esse in sua ecclesia reformanda tam in capite quam in membris, exceptis occultis criminibus, meram et plenam dicant inquisitoribus veritatem. - In ähnliche Fällen wollen wir, daß beachtet wird, daß nämlich die Geistlichen schwören, daß sie über das, was sie wissen oder wovon sie glauben, daß es in seiner Kirche, die wiederherzustellen ist in ihrem Haupt wie in ihren Gliedern, so sei mit Ausnahme der verborgenen Verbrechen den Untersuchenden die reine und volle Wahrheit zu sagen.

⁴⁸⁸ SALICETO, Commentaria in quintum et sextum Codicis libros, C. 6, 30, 22, § In computatione, Sp. 670, n. 20.

⁴⁸⁹ PAULUS DE CASTRO, Commentaria in Codicem pars secunda, C. 6, 30, 22, § In computatione, fol. 71r, n. 2.

⁴⁹⁰ ALEXANDER DE IMOLA, Commentaria in Codicem, C. 6, 30, 22, § In computatione, fol. 155v, n. 4.

⁴⁹¹ JASON DE MAINO, Commentaria super secunda parte Codicis, C. 6, 30, 22, § In computatione, fol. 149v, n. 4.

bb) Ausschluß der Konfusionsfolgen

Die Kommentatoren gehen in der Frage der Rechtsfolgen des Inventars für die Forderungen des Erben gegen den Erblasser von den dogmatischen Ausführungen in den Kommentaren des AZO und des ACCURSIUS aus. JACOBUS DE RAVANIS merkt zu C. 6, 30, 22 an, daß die Konfusion als solche zwar formal eintrete, aber der Erbe dadurch keinen Schaden erleiden dürfe und er deshalb seine Forderungen gegen den Erblasser weiterhin wie jeder andere Gläubiger des Erblassers geltend machen könne.⁴⁹² So werden hier die Bestimmungen zur Konfusion der Forderungen des Erben gegen den Erblasser unter der Prämisse ausgelegt, daß der Erbe durch das *beneficium inventarii* vor Vermögensnachteilen bewahrt werden soll, die ihm durch den Antritt der Erbschaft treffen können. ALBERICUS DE ROSATE bestätigt diese Ansicht und fügt dazu an, daß im Gegensatz dazu das Inventar bezüglich der Schäden, die durch den Tod des Erblassers verursacht werden, keine schützende Wirkung hat.⁴⁹³ Die Schutzwirkung vor der Schädigung durch negative Folgen des Erbantritts wird folglich von den Kommentatoren als maßgebendes Kriterium auch für die konfusionsausschließende Wirkung des *beneficium inventarii* herangezogen.⁴⁹⁴

⁴⁹² JACOBUS DE RAVANIS, *Lectura super prima parte Codicis*, C. 6, 30, 22, § Et si praefatam, fol. 294v: Sic notabitis licet quantum ad iuris subtilitatem confundatur obligatio inter heredem et defunctum propter prolixitatem: quia reputatur una persona heres et defunctus et obligatio exigit duas personas: unde licet sit confusa obligatio durat tamen quantum ad effectum. Nam ista iuris subtilitas non debet heredi nocere. *ar. D. de sep. l. Debitor.* hoc est verum quod deducet heres istud in quo erat defunctus sibi obligatus si adivit secundam formam predictam nisi esset talis obligatio qua defunctus esset obligatus heredi qui finiretur morte. - So werdet ihr bemerken, daß das Schuldverhältnis zwischen Erbe und Erblasser, auch wenn nur nach der Genauigkeit des Rechts, sich im vollen Umfang vereinigt, weil Erbe und Erblasser als eine Person angesehen werden und das Schuldverhältnis zwei Personen erfordert. Daher dauert das Schuldverhältnis, auch wenn es vereinigt ist, trotzdem in Hinblick auf seine Wirkung an. Denn diese Genauigkeit des Rechts darf nicht dem Erben schaden, diese zeigt D. 42, 6, 3. Es ist wahr, daß der Erbe das, auf das der Erblasser ihm verpflichtet war, gerichtlich geltend machen kann, wenn er gemäß der geschilderten Form [die Erbschaft] angetreten hat, es sei denn, es handelt sich um ein solches Schuldverhältnis, nach dem der Verstorbene dem Erben verpflichtet war, das durch den Tod beendet wird.

⁴⁹³ ALBERICUS DE ROSATE, *Commentaria in secundam Codicis partem*, C. 6, 30, 22, § In computatione, tom. 2, fol. 62r, n. 19.

⁴⁹⁴ Siehe die entsprechenden Ausführungen bei CINUS DE PISTOIA, *Commentaria in Codicem*, C. 6, 30, 22, § In computatione, fol. 389v, n. 2; JACOBUS BUTTRIGARIUS, *Lectura super Codice*, C. 6, 30, 22, § In computatione, tom. 2, fol. 23r; ALBERICUS DE ROSATE, *Commentaria in secundam Codicis partem*, C. 6, 30, 22, § In computatione, fol. 62r, n. 19; BARTHOLOMAEUS DE SALICETO, *Commentaria in quintum et sextum Codicis libros*, C. 6, 30, 22, § Si vero et ipse, Sp. 670, n. 21.

cc) Die Behandlung des Konfusionsausschlusses in besonderen Fällen

Der erstmals in der Glossa ordinaria aufgeführte Fall, daß der Erblasser Schuldner des Erben wegen Entziehung einer verkauften Sache (Eviktion) ist,⁴⁹⁵ wird auch von den Kommentatoren erörtert, wobei die betreffende Glosse allerdings als „obscure et intricate posita“ eingeschätzt wird.⁴⁹⁶ JACOBUS DE RAVANIS schließt sich der Lösung des Titius-Eviktionsfalls in der Glossa ordinaria an und gesteht dem Erben das *duplum* zu. Zur Begründung führt er aus:

JACOBUS DE RAVANIS, Lectura ad C. 6, 30, 22, § Et si praefatam:

Dicit glossa ita esset de iure antiquo quod solum deduceret heres simplum isto casu: tamen ex quo heres fecit inventarium factio inventarii salvat sibi omne ius extranei creditoris: ut sicut extraneus creditor posset deducere duplum: sic iste heres et eodem modo si heres esset obligatus defuncto, solveret heredi illud in quo tenebatur defuncto nisi esset obligatio quae morte tolleretur ut iniuriarum: et si vendidisset iste heres defuncto et promississet duplum: si evincatur non tenetur solvere heres nisi simplum. *ut D. ad l. fal. l. Emptor*: et licet in primo casu ego dicerem correctum, videlicet ubi defunctus vendidisset ei qui nunc heres est et promississet duplum quod deduceret heres si evinceretur non tamen simplum immo duplum cum in isto secundo casu ubi heres vindidisset et promississet de duplo si evinceretur non teneretur solvere hereditati nisi simplum: quia lex ista introducta est favore heredum ideo non debet retorqueri in eorum laesionem: quia quod favore alicuius introductum est non debet retorqueri in eius laesionem. *ut supra de leg. l. Quod favore.*⁴⁹⁷

Die Glosse sagt, daß es nach altem Recht so sei, daß der Erbe in diesem Fall allein das Einfache abziehe. Dennoch bewahrt, da der Erbe ein Inventar erstellt hat, die Erstellung des Inventars ihm die gesamte Rechtsstellung eines außenstehenden Gläubigers, und so wie ein außenstehender Gläubiger das Doppelte abziehen kann, so auch dieser Erbe. Und in gleicher Weise wie bei der Verpflichtung des Erben gegenüber dem Verstorbenen leistet dieser dasjenige an den Erben, auf das der Verstorbene haftete, wenn es keine Verpflichtung ist, die mit dem Tode untergeht, wie die aus einer unerlaubten Handlung. Und wenn dieser Erbe an den Verstorbenen verkauft und ihm das Doppelte versprochen hätte und wenn <das gekaufte Gut> entzogen worden wäre, müßte der Erbe nichts zahlen als das Einfache, wie D. 35, 2, 48. Und auch wenn ich es im ersten Fall als richtig bezeichne, wo nämlich der Verstorbene dem verkauft hat, der nun Erbe ist, und das Doppelte versprochen hat, daß der Erbe, wenn die Sache entzogen wird, nicht nur das Einfache, sondern das Doppelte in Abzug bringt, während in diesem zweiten Fall, wo der Erbe verkauft und das Versprechen über das Doppelte geleistet hat, er bei Eviktion dem Nachlaß nur die einfache Zahlung schulden soll. Weil diese *lex* eingeführt wurde zu Gunsten der Erben, darf sie nicht zu seinem Schaden umgekehrt werden; weil was zu Gunsten einer Person eingeführt worden ist, nicht zu ihrem Schaden umgekehrt werden darf, wie C. 1, 14, 6.

⁴⁹⁵ Im folgenden als „Titius-Eviktionsfall“ bezeichnet.

⁴⁹⁶ So CINUS DE PISTOIA, Commentaria in Codicem, C. 6, 30, 22, § In computatione, fol. 389v, n. 2.

⁴⁹⁷ JACOBUS DE RAVANIS, Lectura super prima parte Codicis, fol. 294v.

Der Grund dafür, dem Erben den doppelten Gewährleistungsanspruch zuzugestehen, liegt für JACOBUS DE RAVANIS in dem Postulat der vollständigen Gleichbehandlung des Erben und der sonstigen Gläubiger des Erblassers. Eine derartige Gleichbehandlung wird aus seiner Sicht durch das Inventar aber nur zu Gunsten des Erben vorgenommen. In dem von JACOBUS DE RAVANIS gebildeten Gegenfall, daß der Erbe dem Erblasser beim Verkauf das *duplum* versprochen hat, soll der Erbe dagegen nur den einfachen Wert des Kaufgegenstandes an den Nachlaß zahlen. Bei diesem Sachverhalt soll der in D. 35, 2, 48⁴⁹⁸ dargelegte Grundsatz gelten, daß, wenn der Kaufvertrag zwischen dem Erblasser und dem Erben geschlossen wurde, nach dem Erbfall trotz einer Abrede auf das Doppelte für den Fall der Entziehung der Sache nur der einfache Betrag geltend gemacht werden kann. Bemerkenswert ist dieser Umstand vor dem Hintergrund, daß nach allgemeinen Regeln im römischen Recht in der Zeit vor dem *beneficium inventarii* alle Forderungen zwischen Erbe und Erblasser mit dem Erbfall durch Konfusion untergingen und daß deshalb damals das in D. 35, 2, 48 zugestandene *simplum* ein Zugeständnis an den Eviktionsgläubiger bedeutete. In diesem ganz speziellen Fall soll der durch das Inventar herbeigeführte Ausschluß der Konfusionsfolgen nunmehr nur einseitig zum Vorteil des Erben wirken und nicht bei Ansprüchen aus Eviktion gegen den Erben gelten, während ansonsten die Forderungen des Erblassers gegen den Erben in vollem Umfang weiterbestehen sollen. Es wird hier also keine konsequente Absonderung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben mit einem striktem Ausschluß der Konfusionsfolgen befürwortet, sondern nur partiell eine Durchbrechung des Prinzips zum Vorteil des Erben vorgenommen, um dem Zweck des *beneficium inventarii*, dem Erben zu nützen, Genüge zu leisten. Dieser nur einseitige Konfusionsfolgenausschluß zugunsten des Erben wird mit C. 1, 14, 6 begründet, wonach allgemein Konstitutionen, die zur Begünstigung bestimmter Personen erlassen worden sind, keine negativen Wirkungen gegen diese entfalten dürfen.⁴⁹⁹ Hier zeigt sich deutlich das auf den Schutz des Erben ausgerichtete Verständnis des *beneficium inventarii* bei den Kommentatoren. Den Ausführungen des JACOBUS DE RAVANIS schließen sich sowohl CINUS DE PISTOIA⁵⁰⁰ als auch ALBERICUS DE ROSATE⁵⁰¹ an. BARTOLUS hingegen lehnt sie ab:

⁴⁹⁸ Den Gesetzestext von D. 35,2, 48 siehe oben S. 80, Fn. 250.

⁴⁹⁹ C. 1, 14, 6: Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri. - Was zu Gunsten bestimmter Personen erlassen worden ist, wird in bestimmten Fällen nach unserem Willen als nicht zum Nachteil derselben einführt angesehen.

⁵⁰⁰ CINUS DE PISTOIA, Commentaria in Codicem, C. 6, 30, 22, § In computatione, fol. 389v, n. 2.

⁵⁰¹ ALBERICUS DE ROSATE, Commentaria in secundam Codicis partem, C. 6, 30, 22, § In computatione, fol. 62r, n. 19.

BARTOLUS, Commentaria ad C. 6, 30, 22, § In computatione:

Titio tenebatur de evictione in duplum, et illum Titium re evicta fecit haeredem, utrum contra creditores computabitur duplum. Videtur quod non, ut *D. ad l. Fal. l. Cum emptor*. Sed forte ibi non fecerat inventarium, quia inventarii confectio ab haerede erat incognita, secundum illa tempora. Unde puto quod solum simplum debeat computare, nam vere per additionem actio confunditur, sed fingitur non confusa, ne haeres in damno moretur. Non autem videtur pati damnum, si non consequitur poenam, quae est lucrum odiosum. Et pro hoc facit *D. de evic. l. Si ei*. Unde d. l. *Cum emptor*, non est correct⁵⁰²a.

Jemand haftet Titius aus Eviktion auf das Doppelte und macht jenen Titius nach Entziehung der Sache zum Erben; ob wohl gegen die Gläubiger das Doppelte angerechnet wird? Es ist wohl nicht so, vgl. *D. 35, 2, 48*. Aber vielleicht hatte er dort kein Inventar erstellt, weil die Erstellung des Inventars durch den Erben zu jener Zeit unbekannt war. Daher glaube ich, daß er allein das Einfache anrechnen darf, denn zu Recht wird der Anspruch durch den Antritt <mit der Verpflichtung> vereinigt, aber von ihm angenommen, daß er nicht vereinigt sei, damit dem Erben kein Schaden bleibe. Aber er erleidet offenbar keinen Schaden, wenn er nicht die festgesetzte Strafe erhält, die ein anstößiger Gewinn ist. Und dafür tritt *D. 21, 2, 41* ein. Daher ist die zitierte *l. Cum emptor* nicht zutreffend.

BARTOLUS vertritt hier die Ansicht, die Rechtslage, die vor der Einführung des *beneficium inventarii* bestand und die in *D. 35, 2, 48* dargelegt worden war, habe sich durch Einführung des *beneficium inventarii* nicht verändert. Der entscheidende Anknüpfungspunkt in seiner Argumentation gegenüber der Glosse und den ihr folgenden Rechtsgelehrten besteht darin, daß er das *duplum* der Gewährleistungsschuld nur zur Hälfte als Anspruch ansieht, für den der Erbe eine Gegenleistung erbracht hat und dessen Verlust zu einer Schädigung des Eigenvermögens führte. Die andere Hälfte, die vertraglich als Strafe vereinbart worden sei, ordnet BARTOLUS dagegen als Gewinn des Erben, der Eviktionsgläubiger ist, ein und läßt deshalb die Interessen der Gläubiger überwiegen. BARTOLUS argumentiert hier zwar gleichfalls mit dem von JUSTINIAN verfolgten Zweck des *beneficium inventarii*, daß der Erbe durch den Antritt der Erbschaft keinen Schaden erleiden dürfe. Er wertet jedoch im Ergebnis den Sachverhalt anders als seine Zeitgenossen, da das *duplum* wegen der Entziehung der gekauften Sache aus seiner Sicht nicht zu dem durch das Inventar zu schützenden Vermögen des Erben gehört. Zur Begründung der Annahme, daß ein über das *simplum* hinausgehender Anspruch einen Gewinn darstelle, zitiert BARTOLUS *D. 21, 2, 41*.⁵⁰³ Dort verpflichtet

⁵⁰² BARTOLUS, Commentaria in secundam Codicis partem, fol. 31v, n. 5.

⁵⁰³ *D. 21, 2, 41*: Si ei cui vendidi et duplam promisi, cum ipse eadem stipulatione mihi cavisset, heres exstiterim, evicto homine nulla parte stipulatio committitur: neque enim mihi evinci videtur, cum vendiderim eum, neque ei cui me promissorem praestarem, quoniam parum commode dicar ipse mihi duplam praestare debere. - Wenn ich Erbe desjenigen werde, dem ich einen Sklaven verkauft und das Doppelte versprochen habe, während er mir nach derselben Vertragsabrede Sicherheit geleistet hat, tritt die Vertragsabrede nach Entziehung des Sklaven auf keiner Seite in Wirkung. Denn weder scheint mir der Sklave entzogen worden zu sein, da ich ihn verkauft habe, noch

sich der Verkäufer zur Zahlung des Doppelten im Eviktionsfall und wird Erbe des Käufers. Die Gewährleistungsabrede soll in diesem Fall nach Eviktion nicht in Kraft treten, da die Konfusion eingetreten ist. BALDUS wendet gegen die Meinung des BARTOLUS ein:

BALDUS, Commentaria ad C. 6, 30, 22, § In computatione:

quod non placet: quia etiam in penis consequendis, habet locum *beneficium inventarii*: dic ergo quod in .l. Cum emptor. res, fuit evicta post aditam hereditatem: et ideo non fuit commissa stipulatio duplae: quia in una et eadem persona, confluerat causam evincentis et vendentis: unde non tam ab emptore quam a venditore res fui evicta iuris intellectu, quo casu non committitur stipulatio duplae.⁵⁰⁴

Dieses befriedigt nicht, weil auch bei der Verfolgung von Strafen das *beneficium inventarii* Anwendung findet. Man muß also sagen, daß in D. 35, 2, 48 die Sache nach dem Erbschaftsantritt entzogen worden ist. Und die Vertragsabrede <der Gewährleistung> des Doppelten wird deshalb nicht wirksam, weil in einer Person die Stellung desjenigen, dem die Sache entzogen wurde, und des Verkäufers zusammenkommen. Deshalb wurde nach Verständnis des Rechts die Sache nicht so sehr dem Käufer entzogen als vielmehr dem Verkäufer, und in diesem Fall tritt die Abrede des Doppelten nicht in Kraft.

Nach BALDUS' Ansicht fällt der auf das Doppelte gerichtete Gewährleistungsanspruch, der zur Hälfte als Strafe für den Entzug der Sache dient, gänzlich unter die Schutzwirkung des *beneficium inventarii*. Er versucht die Bestimmungen zum Inventar mit D. 35, 2, 48 zu harmonisieren, indem er den Sachverhalt dieser Stelle so auslegt, daß die Sache tatsächlich erst nach dem Erbantritt entzogen wird. In diesem Fall sind die Kaufvertragsparteien zum Zeitpunkt der Eviktion, an dem der Gewährleistungsanspruch auf das *duplum* entsteht, bereits in einer Person vereint. Die auf den doppelten Kaufpreis gerichtete Abrede wird deshalb nicht angewendet. Wurde dagegen die Herausgabe der Kaufsache bereits vor dem Erbschaftsantritt von einem Berechtigten verlangt, konnte der Anspruch des Erben gegen den Erblasser aus der Gewährleistungsabrede entstehen, da sich zu dieser Zeit noch die Kaufvertragsparteien gegenüberstanden. Die mit dem Erbantritt eintretende Konfusion läßt diesen Anspruch des Erben schließlich weiter bestehen. Den in C. 6, 30, 22, 9 ausgesprochenen Ausschluß der Konfusion versteht BALDUS so, daß die Ansprüche (*actiones*) des Erben gegen den Erblasser weiter als Ansprüche, die aus dem Nachlaß befriedigt werden, behandelt werden. Sind die Ansprüche dagegen noch nicht voll entstanden, wie eben der erst mit Entziehung der Kaufsache entstandene Anspruch wegen Eviktion der Sache, verhilft das Inventar dem Erben nicht zu einer endgültigen Entstehung des Anspruches. BALDUS kommt daher zu folgendem Ergebnis:

stehe ich demjenigen ein, dem ich das Versprechen abgegeben hat, da kaum zutreffend gesagt werden kann, ich selbst müsse mir gegenüber für das Doppelte einstehen.

⁵⁰⁴ BALDUS, Commentaria in sextum Codicis librum, fol. 96r, n. 5.

si ante aditam hereditatem fuit facta evictio
tenet glo. si post, tene contra glos.⁵⁰⁵

Wenn die Entziehung vor dem Erbschaftsantritt
vorgenommen worden ist, gilt die Glosse, wenn
danach, ist der Glosse nicht zu folgen.

Daß der Anspruch aus Eviktion auf das *simpulum* beschränkt sein soll, wird
auch im Kommentar des BARTHOLOMAEUS DE SALICETO abgelehnt:

SALICETO, Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Si
vero et ipse:

Sed dominus meus tenebat contrarium, scilicet
ut duplum consequatur, ac si heres esset alius
extraneus creditor non institutus quia per omnia
est ei similis ut hic in litera dum dicit. sed simi-
lem aliis creditoribus per omnia habere fortu-
nam. Nec habet ipse hoc lucrum occasione ad-
itionis hereditatis sed evictionis praecedentis.
arg. D. ad. l. Falc. l. Si heres.⁵⁰⁶

Aber mein Lehrer vertritt die gegenteilige An-
sicht, nämlich daß das Doppelte erlangt wird,
als ob der Erbe ein anderer außenstehender
Gläubiger wäre, der nicht <als Erbe> eingesetzt
ist, weil er ihm in allem vergleichbar ist, wie
hier der Text sagt, aber er habe ähnlich den
anderen Gläubigern in allem das gleiche
Schicksal. Und er selbst hat nicht diesen Ge-
winn durch die Gelegenheit des Erbschaftsan-
tritts, sondern durch die vorhergehende Sach-
entziehung, dazu D. 35, 2, 3.

RICHARDUS DE SALICETO, der Onkel und Lehrer des BARTHOLOMAEUS DE SA-
LICETO,⁵⁰⁷ lehnt die von BARTOLUS vertretene Ansicht ab, da aus C. 6, 30, 22,
9 zu entnehmen sei, daß der Erbe den übrigen Gläubigern des Erblassers
gleichgestellt werde. Deshalb müsse er wie jeder andere Gläubiger nach E-
viktion der Sache das *duplum* erhalten. RICHARDUS setzt diesen Grundsatz
der Gleichbehandlung von Erben und Gläubigern hinsichtlich ihrer gegen den
Erblasser bzw. den Nachlaß gerichteten Forderungen in Zusammenhang mit
den Differenzierungskriterien, die BARTOLUS und BALDUS anwenden. Das
duplum soll nur dann zur Hälfte Gewinn des Erben darstellen und deshalb
ihm nicht zustehen, wenn es auf die Gelegenheit des Erbschaftsantritts zu-
rückzuführen ist, also nach dem Erbschaftsantritt entstanden ist. Schuldete
der Erblasser dem Erben bereits das *duplum*, weil die Kaufsache dem Erben
schon vor dem Tod des Erblassers entzogen worden ist, soll der Erbe es wie
jeder andere Gläubiger des Erblassers gegenüber dem Nachlaß geltend ma-
chen können. Als Belegstelle für diesen Gedanken führt er D. 35, 2, 3⁵⁰⁸ an,
wonach sowohl Vorteile als auch Nachteile, die der Erbe erst nach Erb-
schaftsantritt aus der Erbschaft erlangt oder erleidet, sich nicht auf den Wert
des Nachlasses auswirken, den er zur Auszahlung von Vermächtnissen auf-
wenden muß. Mit Hilfe der Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Eviktion
vor oder nach Erbschaftsantritt, die auch alle späteren Kommentatoren vor-

⁵⁰⁵ BALDUS, a.a.O.

⁵⁰⁶ BARTHOLOMAEUS DE SALICETO, Commentaria in quintum et sextum Codicis libros, Sp. 670, n. 21.

⁵⁰⁷ Vgl. SAVIGNY, Römisches Recht im MA VI, S. 263; WEIMAR, LexMA I, Sp. 1497.

⁵⁰⁸ Den Gesetzestext von D. 35, 2, 3 siehe oben S. 82, Fn. 253.

nehmen,⁵⁰⁹ wird erreicht, daß zwei der bestimmenden Autoritäten dieser Zeit als mit der Glosse vereinbar angesehen werden können.

e) Unvollständigkeit des Inventars

aa) Beweis der Unvollständigkeit

Auch in der Frage, wie der Beweis über die Unvollständigkeit des Inventars zu führen ist, bildet die Glosse den Ausgangspunkt für die Ausführungen der Kommentatoren. So führt JACOBUS DE RAVANIS wie folgt zum Eid des Erben in C. 6, 30, 22, 10 aus:

JACOBUS DE RAVANIS, *Lectura ad C. 6, 30, 22*,
§ Licentia:

Item dicitur ibi quod si velint creditores quod purget se heres per iuramentum audiuntur quod est hic speciale. et. *supra de his qui ad eccle.confu. l. ult. §. Si tibi.*⁵¹⁰ et ubicumque alibi ubi quis purgat se per iuramentum.⁵¹¹

Ebenso wird dort gesagt, daß, wenn die Gläubiger wollen, daß sich der Erbe durch einen Eid entlastet, ihnen entsprochen wird, was hier eine spezielle Regelung ist, dazu C. 1, 12, 6, 7, und an beliebiger anderer Stelle, wo sich jemand durch einen Eid entlastet.

Die Gläubiger des Erblassers sind berechtigt, vom Erben zu verlangen, daß er, wenn keine anderen Beweise verfügbar sind, sich durch einen Eid auf die Richtigkeit des Inventars rechtfertigt. Das Zitat von C. 1, 12, 6, 7 findet sich bereits in der Glosse.⁵¹² Ferner beruft sich JACOBUS DE RAVANIS die anderen zahlreichen Allegationen in der Glosse, ohne sie im einzelnen zu nennen. Der Parteieid des Erben wird somit in seiner allgemein üblichen Funktion als zugeschobener Eid in Beweisnotlagen gebraucht, und zwar hauptsächlich im Interesse der Nachlaßgläubiger, wie auch CINUS DE PISTOIA,⁵¹³ JACOBUS BUTTRIGARIUS⁵¹⁴ und ALBERICUS DE ROSATE⁵¹⁵ betonen.

BARTOLUS geht das Problem des Nachweises der Vollständigkeit des Nachlasses im Inventar aus der Perspektive des Erben an:

BARTOLUS, *Commentaria ad C. 6, 30, 22*,
§ Licentia danda:

Ego volo probare haereditatem non sufficere ad Ich will beweisen, daß die Erbschaft nicht für

⁵⁰⁹ Siehe z.B. PAULUS DE CASTRO, *Commentaria in Codicis partem secunda*, C. 6, 30, 22, § In computatione, fol. 71v; JASON DE MAINO, *Lectura super secunda parte Codicis*, C. 6, 30, 22, § In computatione, fol. 140r, n. 8.

⁵¹⁰ Gemeint ist hier l. Praesenti .§. Sicubi.

⁵¹¹ JACOBUS DE RAVANIS, *Lectura super prima parte Codicis*, fol. 295r.

⁵¹² Siehe oben S. 83.

⁵¹³ CINUS DE PISTOIA, *Commentaria in Codicem*, C. 6, 30, 22, § Licentia danda, fol. 390r.

⁵¹⁴ JACOBUS BUTTRIGARIUS, *Lectura super Codice*, C. 6, 30, 22, § Licentia, tom. 2, fol. 23r.

⁵¹⁵ ALBERICUS DE ROSATE, *Commentaria in secundam Codicis partem*, C. 6, 30, 22, § Licentia, fol. 62v.

debita, qualiter probabo, cum ista sit negativa mere? Glossa in *l. Cum de lege. D. de proba.* dat modum probandi, ut dicat haeres, tandem est in haereditate, qui vult dicere, quod in ea sit plus, hoc probet. De hoc est casus hic. Haeres ostendit inventarium, dicens, hoc est in haereditate legatarii creditores si velint dicere plus esse in haereditate, ipsi probent, ut aperte dicit hic textus.⁵¹⁶

die Schulden ausreicht; wie werde ich dieses beweisen, obwohl dieses rein negativ ist? Die Glosse legt zu D. 22, 3, 17 Art und Weise des Beweises dar, daß nämlich der Erbe sagen soll, daß letztendlich der Bestand der Erbschaft so ist, und wer sagen will, daß sich mehr darin befindet, soll dieses beweisen. Darüber ist dieser Fall. Der Erbe zeigt das Inventar und sagt, daß dieses in der Erbschaft vorhanden sei; wenn die Vermächtnisnehmer und Gläubiger selbst vortragen wollen, daß mehr im Nachlaß ist, sollen sie es beweisen, wie der Text hier deutlich sagt.

BARTOLUS geht von der allgemeinen Beweislastregel aus, daß derjenige, der sich auf einen haftungsbeschränkenden Tatbestand beruft, für die entsprechenden Tatsachen die Beweislast zu tragen hat. Deshalb obliegt es zunächst einmal dem Erben, wenn er sämtliche Bestandteile des Nachlasses an Nachlaßgläubiger herausgegeben hat, daß er gegenüber den sich später bei ihm meldenden Nachlaßgläubigern darlegt und beweist, daß er ein Inventar erstellt hat und der Nachlaß überschuldet ist. Ein Problem für den Erben sieht BARTOLUS jedoch darin, daß die Überschuldung des Nachlasses eine negative Tatsache ist, nämlich daß er nicht ausreichend Vermögen in der Erbschaft vorgefunden hat, um alle Nachlaßverbindlichkeiten damit begleichen zu können. BARTOLUS verweist deshalb auf eine Glosse des ACCURSIUS, in der dieser die Beweislast bei der Geltendmachung der falzidischen Quart durch den Erben festlegt.⁵¹⁷ Danach soll der Erbe die Summe der Legate und den Bestand der Erbschaft beweisen, die Vermächtnisnehmer dagegen den Beweis führen, daß sich noch weitere Nachlaßbestandteile beim Erben befinden. Entsprechend soll der Erbe nach BARTOLUS' Ansicht nur den tatsächlichen Nachlaßbestand, wie er ihn vorgefunden hat, darlegen, wobei er sich auf das von ihm erstellte Inventar stützen kann. Demgegenüber müssen die Nachlaßgläubiger den Beweis darüber führen, daß der Erbe noch über weitere Güter des Erblassers verfügt, die nicht im Inventar aufgeführt sind. Dieses soll laut BARTOLUS der Beweis sein, den JUSTINIAN den Nachlaßgläubigern in C. 6, 30, 22, 10 zugesteht. Weiter führt BARTOLUS dazu aus:

BARTOLUS, *Commentaria ad C. 6, 30, 22*,
§ Licentia danda:

Secundo nota quod ad probandum secreta patrimonii possunt assumi testes de domo adversarii, ut hic. Ratio, quia bene per alios probari

Zweitens ist zu beachten, daß zum Beweis verborgenen Vermögens Zeugen aus dem Haus der Gegenpartei benannt werden können, wie hier

⁵¹⁶ BARTOLUS, *Commentaria in secundam Codicis partem*, fol. 31v, n. 1.

⁵¹⁷ ACCURSIUS, *Glossa ordinaria*, gl. „heredis probatio“ zu D. 22, 3, 17, tom. 1, Sp. 2062; den Text dieser Glosse siehe oben S. 82, Fn. 255.

non potest quod habuistis in *l. j. supra de nat. li. de repud. l. Consensu. §. Super plagis. de naufragiis. l. Quoties. lib. II.* Nota de purgationis mora. concor. sunt in gl.⁵¹⁸

dargelegt wird. Der Grund ist, daß der Beweis durch Fremde nicht gut geführt werden kann, was ihr in C. 5, 27, 1, C. 5, 17, 8, 6 und C. 11, 6, 3 vorfindet. Beachte über die Verpflichtung zur Rechtfertigung die übereinstimmenden Stellen in der Glosse.

Der Kommentar beschäftigt sich mit der besonderen Beweissituation, in der sich die Nachlaßgläubiger befinden, da sie den Beweis über eine Tatsache zu erbringen haben, die der Sphäre des Erben zuzuordnen ist. BARTOLUS zitiert einige Stellen aus dem Codex, denen eine vergleichbare Situation zugrunde liegt, so C. 5, 27, 1, C. 5, 17, 8, 6 und C. 11, 6, 3. C. 5, 27, 1 behandelt Ansprüche gegen Konkubinenkinder (*liberi naturales*) und deren Mütter, mit denen die Verwandten des Vaters oder der Fiskus die Geschenke des Vaters an die Kinder herausverlangen. In C. 5, 17, 8, 6 wird bestimmt, daß der Beweis von Gewalttätigkeiten gegen den Ehepartner als Scheidungsgrund durch Folter der in dem Haus tätigen Sklaven gewonnen werden darf,⁵¹⁹ und in C. 11, 6, 3 ist nach einem Schiffbruch die Befragung der Kinder der Schiffsbesatzung vorgesehen, wenn diese umgekommen ist. Es wird dort jeweils, weil sich das anspruchsauslösende Ereignis in einer für den Anspruchsinhaber fremden Sphäre ereignet hat, auf Personen aus diesem Umfeld als Beweismittel zurückgegriffen. Weil der Nachlaß sich im Besitz des Erben befindet, sollen auch hier die Nachlaßgläubiger die Möglichkeit erhalten, Personen aus dem Haus des Erben, insbesondere aus der Dienerschaft, zu benennen und diese, wenn notwendig, unter Anwendung von Folter befragen zu lassen. Am Ende dieser Anmerkung weist BARTOLUS schließlich gleichfalls auf die in der Glosse angeführten, von ihm nicht weiter benannten Stellen zum Rechtfertigungseid des Erben hin.

BALDUS DE UBALDIS stellt zu C. 6, 30, 22, 10 die Beweisregel *in dubio praesumi pro inventario, nisi contra scriptura* auf⁵²⁰ und beruft sich dafür auf seine Kommentierung zu D. 22, 3, 17⁵²¹ sowie auf C. 12, 37, 9.⁵²² Er gibt also

⁵¹⁸ BARTOLUS, *Commentaria in secundam Codicis partem*, fol. 31v, n. 2.

⁵¹⁹ Aus C. 5, 17, 8, 6 hat BARTOLUS die Begründung entnommen, daß Dinge, die in einem Haus geschehen, nicht leicht durch einen Fremden bewiesen werden können (*quoniam non facile quae domi geruntur per alienos poterunt confiteri*).

⁵²⁰ BALDUS, *Commentaria in sextum Codicis librum*, C. 6, 30, 22, § Licentia, fol. 96r n. 1.

⁵²¹ BALDUS, *Commentaria in Digestum vetus*, D. 22, 3, 17, § Cum de lege, tom. 2, fol. 133: In *gl. j. ibi ipsi debent probare etc.* No. gl. notabilem et menti tenendam, ex qua habes quod si vis probare, quod bona alicui non sufficiant ad tale quid debes probare quod bona talis tantum valent: et sic ad illud sufficiunt: et si adversarius dicit, imo sufficiunt, sibi incumbit onus probandi: quod nota bene. - Zur ersten Glosse, dort *ipsi debent probare* usw., ist die bemerkenswerte und bei der Überlegung mit einzubeziehende Glosse zu beachten, aus der man entnimmt, daß, wenn man beweisen will, daß das Vermögen irgendeiner Person nicht einen bestimmten Bestand erreicht, man über den Bestand des Vermögens den Beweis führen muß; und so erreicht es diesen bewiesenen Bestand. Und

bei unklarer Beweislage dem Inventar den Vorzug. Im Ergebnis bedeutet dieses jedoch nichts anderes als eine durch die Berufung auf das Inventar auf die Nachlaßgläubiger übergegangene Beweislast, wie sie BARTOLUS vertritt. Weiter nimmt BALDUS auch zum Beweisschwierigkeiten der Nachlaßgläubiger Stellung:

BALDUS, *Commentaria ad C.* 6, 30, 22, § Licentia;

Item nota quod presentia legatariorum vel creditorum vel eorum absentia, trium testium idoneorum repleta presentia non impedit contra inventarium posse probari. Et est ratio, quia res possunt eis insciis occultari: *ut D. de pac. l. Tres fratres. et l. De his. D. de transact.*⁵²³

Ebenso ist zu beachten, daß die Anwesenheit der Vermächtnisnehmer oder der Gläubiger oder, bei deren Abwesenheit, die vollzählige ständige Anwesenheit der drei geeigneten Zeugen kein Hindernis dafür ist, daß gegen das Inventar der Beweis geführt werden kann. Grund dafür ist, daß die Gegenstände ohne ihr Wissen versteckt werden können, wie D. 2, 14, 35 und D. 2, 15, 6.

Gegenstand der Anmerkung ist hier ebenfalls die Beweiskraft des Inventars. BALDUS denkt an, daß dem Inventar eine unwiderlegliche Vermutung für seinen materiellen Inhalt zukommen könnte, wenn diejenigen, gegenüber denen das Inventar Wirkung entfaltet, nämlich die Nachlaßgläubiger, bei der Erstellung des Inventars anwesend waren oder stattdessen zuverlässige Zeugen anwesend waren. Eine solche unwiderlegliche Vermutung könnte dann gerechtfertigt sein, wenn die Interessen der Nachlaßgläubiger an der Vollständigkeit des Inventars auf jeden Fall sichergestellt wären. Da dieses aber durch die bloße Anwesenheit bei der Auflistung des Nachlasses allein nicht gewährleistet werden kann, lehnt BALDUS die Unwiderleglichkeit des Inventars ab. Unter Hinweis auf D. 2, 14, 35⁵²⁴ und D. 2, 15, 6 legt er dar, daß auf diese Weise keinesfalls ausgeschlossen werden kann, daß der Erbe nicht Bestandteile des Nachlasses vor den Nachlaßgläubigern verheimlicht.

Auch ANGELUS DE UBALDIS vertritt die Ansicht, daß für den Nachweis der Überschuldung des Nachlasses die Beweislastregel so auszugestalten ist wie

wenn die gegnerische Partei sagt, es reiche insgesamt aus, läßt sie sich die Beweislast auf; dieses ist zu Recht zu berücksichtigen.

⁵²² In C. 12, 37, 9 wird ein Fehlbestand beim Proviant durch Vergleich der Zuteilungen an die Proviantmeister mit den Verzeichnissen ermittelt, wobei vermutet wird, daß letztere zutreffend sind.

⁵²³ BALDUS, *Commentaria in sextum Codicis librum*, fol. 97r n. 3.

⁵²⁴ In D. 2, 14, 35 geht es um die Frage, ob bei drei Brüdern, die über eine gemeinsame Erbschaft einen Teilungsvertrag abgeschlossen und dabei den gesamten Nachlaß in einer Urkunde festgehalten haben, zwei von ihnen gegen den dritten Bruder einen Anspruch erheben können, wenn sie später erfahren, daß dieser dritte Bruder, der beim Tod der Mutter allein zugegen war, Nachlaßbestandteile für sich behalten hat und nicht in die Urkunde aufnehmen ließ.

in der Glosse zu D. 22, 3, 17.⁵²⁵ Ähnlich wie schon zuvor bei BARTOLUS und BALDUS muß nach ANGELUS‘ Kommentierung der Erbe lediglich den Bestand des Nachlasses darlegen. Der Gläubiger, der dieses nicht akzeptiert, muß beweisen, daß weitere Aktiva vorhanden sind. ANGELUS beruft sich dafür gleichfalls auf die Glosse zu D. 22, 3, 17, aber darüber hinaus auch auf Nov. 1, 2 pr.⁵²⁶ und D. 2, 8, 5, 1.⁵²⁷ Mit dem Zitat der beiden letztgenannten Stellen weist ANGELUS darauf hin, daß der Beweis mit Bedacht entsprechend der vorliegenden Situation zu erheben ist. Einerseits soll den Nachlaßgläubigern durch diesen Beweis ermöglicht werden, Vermögensschäden durch Betrugereien des Erben, wie es in Nov. 1, 2 pr. der justinianische Gesetzgeber betont, zu verhindern. Andererseits müssen die Nachlaßgläubiger darauf achten, daß sie durch ihre Behauptung, der Erbe habe den Nachlaß nicht vollständig im Inventar aufgeführt, dem Erben eine Ehr- und Vermögensverletzung zufügen können und sich ihm gegenüber, wie D. 2, 8, 5, 1 für einen ähnlichen Fall zeigt, schadensersatzpflichtig machen, falls sich die Beweiserhebung als willkürlich und erfolglos herausstellt.

Die Kommentatoren des 15. Jahrhunderts orientieren sich im folgenden gleichfalls weitgehend an BARTOLUS und BALDUS, so z.B. PAULUS DE CASTRO⁵²⁸ und JASON DE MAINO. Gegen Ende des 15. Jahrhunderts beschäftigt sich GUIDO PAPA, ein französischer Rechtspraktiker, der aber auch als juristischer Schriftsteller von großer Bedeutung für die nachfolgende französische Schule des 16. Jahrhunderts war,⁵²⁹ in einem Traktat intensiv mit den *beneficium in-*

⁵²⁵ ANGELUS, *Commentaria super Codice*, C. 6, 30, 22, § Licentia, fol. 168r, n. 1 f.: In tex. ibi, *approbare*. dic: no. singularem modum probandi paupertatem vel patrimonium non sufficere quae est negativa. Nam allegans debet dicere hoc in patrimonio esse. et non aliud. et eius intentio est fundata nisi alius probet plus esse. concor. in corpore *de heredibus et fal.* §. *Sancimus*. no. *gl. D. de proba. in .l. Cum de lege. facit. D. qui sati. da. cogan.* §. *Qui pro rei.* - Zum Text, und zwar zu *approbare*, ist zu sagen, daß die besondere Art und Weise des Beweises darüber, daß nur geringes Vermögen vorliegt oder der Nachlaß nicht ausreicht, zu beachten ist, und dieses sind negative Tatsachen. Denn wenn er darauf hinweist, muß er sagen, daß dieses im Nachlaß sei und nichts anderes. Und dessen Behauptung ist begründet, wenn nicht ein anderer beweist, daß mehr vorhanden ist; dazu übereinstimmend Nov. 1, 2 pr., und beachte die Glosse zu D. 22, 3, 17 und D. 2, 8, 5, 1.

⁵²⁶ Den betreffenden Text von Nov. 1, 2 pr. siehe oben S. 55, Fn. 178.

⁵²⁷ D. 2, 8, 5, 1 lautet: Qui pro rei qualitate evidentissime locupletem vel, si dubitetur, adprobatum fideiussorem iudicio sistendi causa non acceperit: iniuriarum actio adversus eum esse potest, quia sane non quaelibet iniuria est duci in ius eum, qui satis idoneum fideiussorem det. - Wer einen Bürgen, der entsprechend den Verhältnissen des Beklagten ganz eindeutig oder bei Zweifeln erwiesenermaßen zahlungsfähig war, für das Erscheinen vor Gericht nicht angenommen hat, gegen den kann die Injurienklage erhoben werden, weil es freilich kein unbedeutende Verletzung darstellt, denjenigen vor Gericht zu bringen, der Sicherheit durch einen geeigneten Bürgen leistet.

⁵²⁸ PAULUS DE CASTRO, *Commentaria in Codicis partem secunda*, C. 6, 30, 22, § Licentia danda, fol. 72r, no. 2.

⁵²⁹ GUIDO PAPA (ca. 1404-1477) war zunächst Advokat in Lyon und später Rat am Parlament von Grenoble, vgl. zu Lebenslauf und Werken GILLES, *LexMA* VI, Sp. 1663; SAVIGNY, *Römisches*

ventarii und geht dabei auch auf die Vorenthaltung von Nachlaßgegenständen durch den Erben ein. Ein besonderes Problem, das er offenbar als Gutachter zu erörtern hatte,⁵³⁰ sieht er darin, wie dem Erben das in C. 6, 30, 22, 10 vorausgesetzte vorsätzliche Handeln nachgewiesen werden kann:

GUIDO PAPA, Tractatus de inventario heredis:

Sed qualiter constabit, quod dolose haeres omiserit unam rem in inventario describere? Doctores non movent hanc quaestionem quod viderim. sed credo, quod dolus probabitur, si appareat tempore confectionis inventarii, quod ipse haeres sciret alias res, quas non fecit in inventario describi, vel si post confectione inventarii aliae res pervenerint ad eius notitiam, et eas non addat incontinenti in inventario describi facere, pro quo l. 2. §. Circa. D. de doli except. ibi, *dolo facere*. et sequitur, eo quod perseveret etc.⁵³¹

Aber auf welche Weise wird feststehen, daß der Erbe es vorsätzlich unterlassen hat, eine Sache in das Inventar zu schreiben? Die Rechtsgelehrten behandeln diese Frage nicht, was ich festgestellt habe. Aber ich glaube, daß Vorsatz bewiesen werden wird, wenn sich zur Zeit der Erstellung des Inventars zeigt, daß der Erbe selbst von anderen Sache Kenntnis hat, die er nicht in das Inventar schreiben läßt, oder wenn nach der Erstellung des Inventars andere Sachen zu seiner Kenntnis gelangen und er diese nicht sofort zusätzlich in das Inventar schreiben läßt, für dieses D. 44, 4, 2, 3 dort *dolo facere*. Und es folgt, daß er darauf beharrt usw.

Die von GUIDO PAPA gestellte Rechtsfrage ist insofern grundsätzlich von Bedeutung, als bereits der Wortlaut von C. 6, 30, 22, 10 eine besondere Sanktionierung für die Vorenthaltung und Auslassung von Nachlaßgegenständen im Inventar ausdrücklich nur dann vorsieht, wenn der Erbe dieses vorsätzlich tat. Gleich zu Beginn seiner Ausführungen stellt GUIDO PAPA fest, daß das Problem, wie der Vorsatz des Erben nachzuweisen ist, bisher in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft nicht behandelt worden ist. Man könnte diesen Hinweis dahingehend deuten, daß in der Rechtspraxis nunmehr Bedarf nach der wissenschaftlichen Klärung dieser Frage besteht. GUIDO PAPA stellt den Grundsatz auf, daß in zwei Fällen der Vorsatz des Erben als erwiesen angenommen werden kann, und zwar zum einen bei positiver Kenntnis des Erben von Nachlaßgegenständen, die vom Notar, der die Inventarsurkunde niederschreibt, bei der Auflistung des Nachlasses nicht berücksichtigt werden. Dieses ist der Fall, an den der Gesetzgeber in C. 6, 30, 22, 10 gedacht haben dürfte (*si ex hereditate aliquid heredes subriperint vel celaverint vel amovendum curaverint*). Aus dogmatischer Sicht erkennt GUIDO PAPA hier keine Schwierigkeiten, den Vorsatz des Erben zu begründen. Zum anderen nimmt GUIDO PAPA aber auch vorsätzliches, arglistiges Handeln des Erben an, wenn deutlich wird, daß der Erbe nach der Erstellung des Inventars weitere Gegenstände entdeckt, die zum Vermögen des Erblassers gehörten, und es un-

Recht im MA VI, S. 491; SCHULTE, Quellen und Literatur II, S. 370; DOLEZALEK/NÖRR, Handbuch der Quellen I, S. 853, Fn. 1.

⁵³⁰ GUIDO PAPA spricht bei Darstellung seines Ergebnisses von *et ita alias consului*.

⁵³¹ GUIDO PAPA, Tractatus de inventario haeredis, fol. 31r, n. 6.

terläßt, eine Ergänzung des Inventars um diese Gegenstände durch den Notar vornehmen zu lassen. Zur Erklärung, warum dem Erbe nach Erstellung des Inventars auch hinsichtlich eines Unterlassens Arglist vorgeworfen werden kann, zitiert er D. 44, 4, 2, 3.⁵³² Dort wird ausgeführt, daß der Verpflichtung aus einem rechtsgrundlos abgegeben Versprechen auch dann die Arglisteinrede entgegengehalten werden kann, wenn zur Zeit des Versprechens noch keine Arglist vorlag, sondern der Grund für diese erst später eingetreten ist und die Arglist im Geltendmachen des Anspruchs zu sehen ist. Gleichfalls soll also dem Erben, der sich auf die Beschränkung seiner Haftung durch das Inventar beruft, nicht nur dann seine Arglist entgegengehalten werden, wenn er gleichsam aktiv bei Erstellung des Inventars Gegenstände aus dem Vermögen des Erblassers verschweigt, sondern auch, wenn er von diesen Gegenständen noch nicht bei der Inventarerstellung Kenntnis hatte und diese erst später erlangte. Nach Ansicht von GUIDO PAPA trifft den Erben die Pflicht, nach der Entdeckung weiterer Nachlaßbestandteile das Inventar zu ergänzen. Diese Pflicht leitet er daraus ab, daß der Erbe bei der Inventarerstellung üblicherweise die besondere Versicherung (*protestatio*) abgibt, daß er die später in seine Kenntnis kommenden Nachlaßbestandteile in das Inventar aufnehmen läßt:

ideo praetermittendo, describi facere res de novo compertas: praesumitur dolus in haerede cum non faciat, quod debuit facere: quia ex omissione illius actus qui fieri debuit, et non fuit factus, dolus praesumitur. *l. Si procurator. §. Dolo. D. manda. et in l. Qui repertorium. in prin. D. de admi. tut. et in l. Qui non facit D. de reg. iur. cum seq[uitur] incontinenti, quod talia de novo reperta perveniunt ad notitiam haeredis ipse ea debet in ipso inventario addere, etiam si tempus conficienti inventarium transierit: quia ad<d>itio retrotrahitur ad tempus protestationis, ut dicit BALDUS in l. Scimus. §. 1. ibi, item pone, quod haeres bona fide fecit inventarium*

Deshalb wird, wenn es unterlassen wird, die Sachen, die neu zur Kenntnis gelangt sind, aufschreiben zu lassen, Vorsatz beim Erben vermutet, da er nicht macht, was er machen mußte, und weil aus der Unterlassung einer Handlung, die getan werden mußte und nicht getan wurde, Vorsatz vermutet wird, D. 17, 1, 8, 9, D. 26, 7, 7 pr. und D. 50, 17, 121. Wenn später folgt, daß solche Dinge, die neu in Erscheinung treten, zur Kenntnis des Erben gelangen, muß er selbst diese dem Inventar hinzufügen, auch wenn die Zeit der Erstellung des Inventars bereits abgelaufen ist, weil die Ergänzung auf die Zeit der Versicherung zurückbezogen wird, wie BAL-

⁵³² D. 44, 4, 2, 3 lautet in den einschlägigen Passagen: si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere: et si cum interponeretur, iustam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. - Wenn jemand sich ohne Grund etwas von einem anderen versprechen läßt und darauf aus diesem Versprechen geklagt wird, wird ihm die Arglisteinrede entgegenstehen. Auch wenn zu der Zeit, als versprochen wurde, nichts mit Arglist begangen wurde, ist dennoch zu sagen, daß derjenige arglistig handelt, wenn er Klage erhebt, der darauf beharrt, aus diesem Versprechen zu fordern. Auch wenn er, als das Versprechen abgegeben wurde, einen rechtfertigenden Grund hatte, hat er trotzdem nun offenbar keinen ausreichenden Grund mehr.

etc.⁵³³

DUS ausführt zu C. 6, 30, 22, § 1 dort *item pone, quod heres bona fide fecit inventarium* usw.

Die Versicherung des Erben, später entdeckte Nachlaßbestandteile in das Inventar nachzutragen, soll dazu führen, daß bei ihm Vorsatz vermutet wird, wenn er diesen Nachtrag unterläßt. GUIDO wendet dabei den allgemeinen Grundsatz an, daß bei einer Pflicht zum Handeln das pflichtwidrige Unterlassen dazu führt, daß Vorsatz vermutet wird. Er leitet diesen Grundsatz aus D. 17, 1, 8, 9,⁵³⁴ D. 26, 7, 7 pr.⁵³⁵ und D. 50, 17, 121⁵³⁶ her. Die ersten beiden Stellen beinhalten jeweils Pflichten, deren Verletzung regelmäßig zur Annahme der Arglist führt, wenn nicht eine Rechtfertigung dafür vorgebracht werden kann; in der letztgenannten Stelle D. 50, 17, 121 ist die Grundvoraussetzung dazu dargelegt, daß nämlich jede Nichtbefolgung einer Pflicht zum Tätigwerden eine Pflichtverletzung darstellt. In D. 17, 1, 8, 9 geht es um die Pflicht des Beauftragten zur Herausgabe des für den Auftraggeber Erlangten. Gibt der Beauftragte das Erlangte nicht an den Auftraggeber weiter, handelt er grundsätzlich arglistig, es sei denn, ihm war die Herausgabe nicht möglich. In D. 26, 7, 7 pr. wird ein vergleichbarer Fall behandelt: Kommt der Vormund nicht seiner Pflicht zur Aufstellung eines Verzeichnisses über das Vermögen des Minderjährigen nach, wird bei ihm Arglist angenommen, wenn er dafür keinen Rechtfertigungsgrund vorbringen kann. In beiden Beispielen führt also das pflichtwidrige Unterlassen dazu, daß derjenige, gegenüber dem die Pflicht zu erbringen war, dem zum Handeln Verpflichteten die Arglist nicht nachzuweisen braucht, wenn er ihn in Anspruch nehmen will.

Anschließend erläutert GUIDO, daß ein Nachtrag in das Inventar nicht gegen die Bestimmungen in C. 6, 30, 22, 2 f. zu den Fristen zur Fertigstellung des Inventars verstößt. Da der Erbe bei der Erstellung des Inventars die Versicherung abgegeben hat, daß er später, falls erforderlich, Ergänzungen des Inventars vornimmt, ist nach Ansicht des GUIDO die oben bereits dargestellte Ergänzung auf den Zeitpunkt der Versicherung zurückzubeziehen.⁵³⁷ Neben der

⁵³³ GUIDO PAPA, a.a.O.

⁵³⁴ D. 17, 1, 8, 9: *Dolo autem facere videtur, qui id quod potest restituere non restituit.* - Vorsätzlich handelt offenbar derjenige, der das, was er zurückerstatten kann, nicht zurückerstattet.

⁵³⁵ D. 26, 7, 7 pr.: *Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit cur id factum non sit.* - Der Vormund, der kein Verzeichnis angefertigt hat, das gemeinhin Inventar genannt wird, hat offenbar arglistig gehandelt, wenn er nicht zufällig einen notwendigen und sehr stichhaltigen Grund anführen kann, warum es nicht erstellt worden ist.

⁵³⁶ D. 50, 17, 121: *Qui non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit.* - Wer nicht macht, was er machen muß, handelt offenbar entgegen dieser Pflicht, weil er nicht gehandelt hat.

⁵³⁷ Dieses wurde auch von BALDUS vertreten, vgl. oben S. 100.

Arglistvermutung bei pflichtwidrigem Unterlassen gibt GUIDO den Nachlaßgläubigern noch weitere Beweiserleichterungen:

Vel etiam dolus poterit coniecturari, si haeres sit filius defuncti, vel eius consanguineus: quia tales praesumuntur scire facta sibi coniunctorum, ut dicit And. de Iser. in *feudis, in titulo de successione feudi*. circa finem. Vel etiam aliter dolus poterit coniecturari, si haeres non servaverit omnes solemnitates a iure statutas circa confectionem talis inventarii: quia mala fides praesumitur, ubi in aliquo actu debita solemnitas non servatur, ut dicit gl. in *l. 1. super verbo, mala fides C. de fide instr. et in hastae fisca. lib. 10.* et Bar. in *l. Cum plures. §. Qui bona. D. de admi. tut.*⁵³⁸

Oder Arglist könnte auch vermutet werden, wenn der Erbe Sohn des Verstorbenen oder dessen Blutsverwandter ist, weil von diesen angenommen wird, daß sie die Taten ihrer Verwandten kennen, wie ANDREAS DE ISERNIA in seinem Kommentar zu den *Libri feudorum* im Titel *de successione feudi* gegen Ende sagt. Weiter könnte die Arglist auch anders vermutet werden, wenn der Erbe nicht alle vom Gesetz vorgegebenen Förmlichkeiten über die Erstellung eines solchen Inventars eingehalten hat, weil Bösgläubigkeit angenommen wird, wenn bei einer beliebigen geschuldeten Handlung die erforderliche Form nicht eingehalten wird, wie die Glosse zu C. 10, 3, 1 zu *mala fide* sagt und BARTOLUS zu D. 26, 7, 12, 1.

Die Nachlaßgläubiger müssen dem Erben gegenüber nicht die Beweislast für die Arglist in Bezug auf die Unvollständigkeit des Inventars tragen, wenn der Erbe Sohn oder ein anderer naher Blutsverwandter des Erblassers ist. Aufgrund des Näheverhältnisses - in der Regel wird der Erbe mit dem Erblasser in Hausgemeinschaft gelebt haben - wird vermutet, daß der Erbe Kenntnis vom genauen Umfang des Erblasservermögens hat. Eine solche Beweislastumkehr durch Vermutung, die aus einem besonderen Näheverhältnis einer Partei zum Beweisgegenstand gefolgert wird, ließe sich dadurch rechtfertigen, daß für Gläubiger des Erblassers als Außenstehende die Beweisführung besonders schwer ist.

Die Bösgläubigkeit des Erben soll nach GUIDOS Meinung auch vermutet werden, wenn der Erbe gesetzliche Form- und Verfahrensvorschriften bei der Erstellung des Inventars nicht eingehalten hat. Denn wenn der Erbe die formellen Voraussetzungen, die ihm gegenüber zum Schutz der Nachlaßgläubiger aufgestellt worden sind, vernachlässigt, kann zunächst einmal von seiner bösen Absicht gegenüber den Nachlaßgläubigern ausgegangen werden. GUIDO benennt für diese Fallgruppe zwei Beispielsfälle, in denen ein Verkauf durch einen Nichteigentümer erfolgt. In der von ihm zitierten Glosse „*mala fide*“ zu C. 10, 3, 1 wird die Annahme der Bösgläubigkeit, die dazu führt, daß ein Versteigerungsverkauf unwirksam sein soll, daraus hergeleitet, daß das gesetzliche Verfahren dafür nicht eingehalten wurde.⁵³⁹ Zu C. 26, 7, 12, 1 erläutert BARTOLUS, daß der Verkauf von Gegenständen eines Minderjähri-

⁵³⁸ GUIDO PAPA, a.a.O.

⁵³⁹ ACCURSIUS, Glossa ordinaria, gl. *mala fide* zu C. 10, 3, 1, tom. 5, Sp. 11: *quod est eo ipso, quod non est servatus ordo*. - Dieses ist deshalb so, weil die Ordnung nicht eingehalten wurde.

gen durch den Vormund dann auf jeden Fall wirksam ist, wenn der Vormund beim Verkauf die gesetzlichen Bestimmungen dazu eingehalten hat und gutgläubig war. GUIDO denkt hier an einen Umkehrschluß in dem Sinne, daß bei Vernachlässigung der gesetzlichen Vorschriften vermutet werden kann, daß der Vormund dabei in bösem Glauben handelt. Im Anschluß setzt sich GUIDO mit der Gegenansicht des BALDUS DE UBALDIS auseinander:

Bal. vero in d. Auth. sed cum testator. in quaestione quae incipit, quaero si unus subtrahat unam rem, videtur velle contrarium: dicens, quod dicta protestatio solita fieri per haeredes tollit doli praesumptionem, et quod haeres gaudet beneficio inventarii, etiam si rem quia postea reperit, non descripserit in inventario, dicens quod legitime factum ex casu supervenienti non debet vitari, *arg. in l. quid ergo. in prin. D. de his qui no. infam.*⁵⁴⁰

BALDUS will aber zur genannten Authentika sed cum testator in der *quaestio*, die mit *quaero si unus subtrahat unam rem* beginnt, anscheinend das Gegenteil, indem er sagt, daß die besagte Versicherung, die gewöhnlich durch Erben abgegeben wird, die Vermutung der Arglist aufhebt und daß der Erbe sich des *beneficium inventarii* erfreut, auch wenn er die Sache, weil er von ihr später erfahren hat, nicht in das Inventar geschrieben hat. Weiter sagt er, daß rechtmäßiges Handeln wegen eines plötzlich eintretenden Ereignisses nicht entkräftet werden darf, dieses beweist D. 3, 2, 13 pr.

GUIDO PAPA zitiert hier eine Stelle aus dem Codexkommentar des BALDUS⁵⁴¹. Danach mißt BALDUS der *protestatio* des Erben bei der Inventarerstellung eine andere Zielrichtung bei als GUIDO. Für ihn führt die *protestatio* im Regelfall dazu, daß gerade keine Arglist beim Erben vermutet wird, wenn er später weitere Bestandteile des Erblasservermögens neu entdeckt. Die Bestandskraft des ordnungsgemäß erstellten Inventars soll nicht durch eine spätere Pflichtverletzung berührt werden. GUIDO hält dieser Ansicht folgendes entgegen:

Sed credo, quod ipse dominus BALDUS in hoc male dixerit: quia cum ipse haeres fuerit protestatus de addendo inventario, si quia bona postea reperirentur, praesumitur eum ab initio fuisse in dolo, nisi describat, seu describi faciat, quae ipsa bona de novo comperta ad eius notitiam devenerint, per d. §. Circa. in l. 2. D. de doli excep. Et ad illud, quod dicit quod actus validus ex supervenienti casu non debet invalidari: respondeo, quod ille casus videlicet dolus haeredis non supervenit post confectionem

Aber ich glaube, daß BALDUS hierzu unzutreffend kommentiert hat, weil vom Erben, da er selbst die Versicherung über die Ergänzung des Inventars abgegeben hat, vermutet wird, wenn solche Dinge später gefunden werden, daß er von Anfang an arglistig war, wenn er nicht aufschreibt oder aufschreiben läßt, welche neu aufgefundenen Dinge zu seiner Kenntnis gelangt sind, nach der zitierten D. 44, 4, 2, 3. Und zu seinen Ausführungen, daß ein wirksamer Rechtsakt durch einen plötzlich eintretenden

⁵⁴⁰ GUIDO PAPA, a.a.O.

⁵⁴¹ Vgl. BALDUS, Commentaria in sextum Codicis librum, C. 6, 50, 1, auth. sed cum testator, fol. 154v, n. 18: Et nota quod utile est facienti inventarium protestari: quod si quid in posterum invenerit, ponet inventario, nam protestatio repellit doli presumptionem. ut no. *infra uti pos. l. j. et D. eo. l. Si duo. et infra unde vi. l. Si quis in tantam.* - Und es ist zu beachten, daß es für denjenigen, der ein Inventar erstellt, üblich ist, daß er die *protestatio* abgibt, damit er, wenn er etwas nachträglich findet, es dem Inventar hinzufügt, denn die *protestatio* widerlegt die Vermutung des Vorsatzes, wie zu bemerken ist zu C. 8, 6, 1 und D. 43, 17, 3 und zu C. 8, 4, 7.

inventarii: quia imo praesumitur ipse haeres bona dolose celasse, postquam ea postea in inventaro non fecit describi, iuxta dictum §. Circa.⁵⁴²

Vorfall nicht unwirksam gemacht werden darf, antworte ich, daß in jenem Fall nämlich die Arglist des Erben nicht plötzlich nach Erstellung des Inventars eintritt, weil ja vermutet wird, daß der Erbe selbst die Sachen arglistig versteckt hat, nachdem er sie nachträglich nicht in das Inventar hat schreiben lassen gemäß dem genannten §. Circa.

GUIDO PAPA setzt den Ausführungen des BALDUS jeweils die Stelle D. 44, 4, 2, 3, die er bereits zuvor zitiert hat, entgegen. Zum einen betont er noch einmal, daß der Erbe, der bei Inventarerstellung die Versicherung (*protestatio*) abgegeben hat, daß er später entdeckte Nachlaßbestandteile in das Inventar nachtragen läßt, bewußt gegen seine Pflicht verstößt und damit arglistig handelt, wenn er ihr nicht nachkommt. Mit ähnlicher Argumentation wendet er sich gegen das Argument des BALDUS, das einmal rechtmäßig zustandegewordene Inventar könne später aufgrund eines zufälligen Ereignisses nicht mehr unwirksam werden. Für GUIDO PAPA ist die Arglist nicht auf das überraschend eingetretene Ereignis an sich zurückzuführen, sondern darauf, daß der Erbe den Gegenstand, von dem er nunmehr Kenntnis hat und den er nachzutragen verpflichtet ist, bösgläubig zurückhält und dadurch verhindert, daß die Nachlaßgläubiger auf den Gegenstand zur Befriedigung ihrer Forderungen zugreifen können.

Zusammenfassend ließe sich die von GUIDO PAPA zum Beweis der Unvollständigkeit des Inventars vertretene Ansicht in der Weise charakterisieren, daß die Gläubiger des Erblassers gemäß allgemeinen Beweisregeln grundsätzlich nachzuweisen haben, daß nicht der gesamte Nachlaß im Inventar aufgeführt ist. Allerdings gesteht GUIDO PAPA den Gläubigern umfangreiche Beweiserleichterungen zu und schafft somit einen Interessenausgleich dafür, daß der Nachweis infolge der Verwaltungszuständigkeit des Erben hinsichtlich des Nachlasses für die Gläubiger faktisch sehr schwer zu führen ist.

bb) Folgen der Inventaruntreue

Die erstmals von den späten Glossatoren behandelte Streitfrage, ob eine vorsätzliche Auslassung von Nachlaßbestandteilen im Inventar neben der Zahlung des *duplum* aus C. 6, 30, 22, 10 noch Folgen für die Wirksamkeit des gesamten Inventars hat, wird von den Kommentatoren aufgenommen. JACOBUS DE RAVANIS führt unter Bezugnahme auf C. 6, 30, 22, 10 dazu aus:

JACOBUS DE RAVANIS, *Lecturae ad C. 6, 30, 22, § Licentia*:

⁵⁴² GUIDO PAPA, a.a.O.

si convincatur heres subtraxisse res aliquas hereditatis tenetur in duplum cum hic hodie est alia poena. *in aut. de here. et fal. §. Hinc nobis.*⁵⁴³

Wenn der Erbe überführt wird, daß er irgendwelche Dinge aus der Erbschaft weggenommen hat, haftet er auf das Doppelte, während hier heute eine andere Strafe in Nov. 1, 2 ist.

JACOBUS DE RAVANIS nennt als Rechtsfolge der vorsätzlichen Entziehung von Nachlaßgegenständen durch den Erben neben der Zahlung des *duplum* die jüngere, in Nov. 1, 2 festgesetzte Strafe. In dieser Novelle wird für den Fall, daß der Erbe das Inventar nicht ordnungsgemäß erstellt, also wohl auch, wenn er vorsätzlich einen unrichtigen Inhalt aufnimmt, bestimmt, daß er die falzidische Quart verliert.⁵⁴⁴ Der Erbe haftete daher gegenüber den Vermächtnisnehmern wegen Inventaruntreue in vollem Umfang für Vermächtnisse und Fideikommiss. Dagegen wird, entsprechend dem Regelungsumfang der Novelle 1, 2, auf eine Unwirksamkeit des Inventars gegenüber den Gläubigern des Erblassers nicht eingegangen. Demgegenüber spricht sich CINUS DE PISTOIA dafür aus, daß die strikte Folge der vollständigen Unwirksamkeit des Inventars Anwendung findet:

CINUS DE PISTOIA, *Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Licentia danda:*

Ex hoc .§. reprobatur opinio illorum, qui dicunt, inventarium non valere, si heres aliquas res omittat secundum Odofredum.⁵⁴⁵

In diesem Paragraphen wird die Ansicht derjenigen bestätigt, die sagen, das Inventar sei nicht wirksam, wenn der Erbe irgendwelche Sachen ausläßt; dieses vertritt ODOFREDUS.

Nach der Überlieferung des CINUS DE PISTOIA wurde die Unwirksamkeit des Inventars bereits von mehreren Rechtsgelehrten vor ihm vertreten, denen er sich anschließt. Es bestätigt sich damit also, was ACCURSIUS wie auch ODOFREDUS schon andeuteten, daß nämlich bereits seit spätestens der Mitte des 12. Jahrhunderts eine Anzahl von Juristen für eine rigorosere Sanktion auf die Untreue des Erben eintraten als sie im Corpus iuris vorgesehen war. Ob der Hinweis des CINUS DE PISTOIA, daß ODOFREDUS diese Ansicht vertreten habe, zutreffend ist, dürfte angesichts der überlieferten Quellen anzuzweifeln sein, da sich ODOFREDUS, wie oben gesehen,⁵⁴⁶ in seinen *Lectura codicis* gerade für das *duplum* als alleinige Rechtsfolge entscheidet. Denkbar wäre höchstens, daß sich CINUS DE PISTOIA auf eine andere Ansicht des ODOFRE-

⁵⁴³ JACOBUS DE RAVANIS, *Lectura super prima parte Codicis*, fol. 295r.

⁵⁴⁴ Nov. 1, 2, 2 lautet in der lateinischen Übersetzung des Authentikum: Si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram, sicut praediximus, non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios et fideicommissarios, licet purae substantiae morientis transcendat mensuram legatorum datio. - Wenn er aber nicht das Inventar gemäß diesem Gesetz erstellt hat, wie wir es vorgeschrieben haben, wird er nicht die falzidische Quart erhalten, sondern an die Vermächtnisnehmer und Fideikommissare leisten, auch wenn die Bezahlung der Vermächtnisse das gesamte Vermögen des Verstorbenen übersteigt.

⁵⁴⁵ CINUS DE PISTOIA, *Commentaria in Codicem*, fol. 390r.

⁵⁴⁶ Siehe oben S. 84.

DUS bezieht, die von der in den Lectura aufgezeichneten abweicht.⁵⁴⁷ Die Ausführungen des CINUS DE PISTOIA werden von ALBERICUS DE ROSATE in dessen Kommentar zum Codex übernommen.⁵⁴⁸ BARTOLUS gibt, ähnlich wie JACOBUS DE RAVANIS, in seiner Kommentierung zu C. 6, 30, 22, 10 keine Stellungnahme dazu ab, ob der Erbe nach einer Inventaruntreue die Vorteile des Inventars ganz verliert. Er beschäftigt sich dort primär mit dem Verhältnis zwischen der als Rechtsfolge in C. 6, 30, 22, 10 festgelegten Erstattung des *duplum* und dem Verlust der falzidischen Quart, wie in den zwei Digestenstellen D. 35, 2, 59 und D. 36, 1, 50 vorgesehen, wenn der Erbe ein Fideikommiß vereitelt oder Nachlaßgegenstände aus der Erbschaft entwendet hat. BARTOLUS stellt in diesem Zusammenhang klar, daß im Corpus iuris hinsichtlich der Rechtsfolgen der Inventaruntreue drei unterschiedliche Entwicklungsstufen zu unterscheiden sind:

BARTOLUS, Commentaria ad C. 6, 30, 22,
§ Licentia danda:

Primum, ius Digestorum, quo contra amoven-
tem statuebatur poena Falcidae tamen perden-
dae, ut in contrariis. Et si erat suus haeres per-
debat ius abstinendi, ut *l. Si servum. §. Amo-
visse. D. de acq. haer.* Secundum, est ius Codi-
cis, quod duplum refundat. Tertium, est ius
authenticorum, quo propter suam subtractionem
unius rei perdit Falcidiam in totum, ut in *auth.
de haered. et falc. §. Sancimus igitur.*⁵⁴⁹

Zuerst das Recht der Digesten, durch das gegen
den Entwendenden die Strafe festgelegt wird,
daß er die falzidische Quart verliert, wie in den
Stellen entgegengesetzter Ansicht. Und wenn er
Hauserbe war, verlor er das Recht, sich zu ent-
halten (von der Erbschaft), wie D. 29, 2, 71, 6.
Das zweite ist das Recht des Codex, daß er das
Doppelte erstatten soll. Das dritte ist das Recht
der Authentiken, durch das er wegen seiner
Entwendung nur einer Sache, die gesamte fal-
zidische Quart verliert, wie in Nov. 1, 2, pr.

In den Digesten und in den Novellen ist vorgesehen, daß der Erbe, wenn er den Nachlaßgläubigern Dinge, die zum Nachlaß gehören, vorenthält, die Vorzüge der falzidischen Quart verliert. Im Codex ist dagegen die Zahlung des *duplum* an die Gläubiger des Erblassers vorgesehen. Dieser historische Überblick ist jedoch zur Ermittlung der Rechte der Gläubiger des Erblassers nur wenig aussagekräftig, da nur in der genannten Codexstelle überhaupt die Rechte dieser Gläubiger thematisiert werden. Denn während in den benannten Digestenstellen D. 35, 2, 59 und D. 36, 1, 50 das Institut des *beneficium inventarii* und eine daraus folgenden Beschränkung der Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers noch nicht einbezogen war, hat die Novelle 1, 2, die vier Jahre nach Einführung des *beneficium inventarii* erlassen wurde, nur das Verhältnis zwischen Erbe und Vermächtnisnehmern zum Regelungs-

⁵⁴⁷ ODOFREDUS war immerhin ca. 30 Jahre (1234 bis mindestens 1263) als Rechtslehrer in Bologna tätig, vgl. LANGE, Römisches Recht im MA I, S. 325 f.

⁵⁴⁸ ALBERICUS DE ROSATE, Commentaria in secundam Codicis partem, C. 6, 30, 22, § Licentia, fol. 62v.

⁵⁴⁹ BARTOLUS, Commentaria in secundam Codicis partem, fol. 31v/32r.

inhalt. Mit der Novelle 1, 2 beschäftigt sich BARTOLUS auch in seinem Kommentar zu D. 35, 2, 24, wobei er sie weiter auszulegen scheint:

BARTOLUS, *Commentaria ad D. 35, 2, 24*,
§ PAULUS respondit:

Ex quo nota, quod quaestio erat quaedam Tuder, quod quidam fecerat inventarium, et dicebat se heredem cum beneficio inventarii. Quidam dixit, quod ipse non posuit quasdam res in inventario, et ipse respondit, et dixit, quod non erant tempore mortis, fuit probatum, quod tempore mortis erant. Ego dixi per istam legem, quod postquam ipse celavit, videtur, quod subtraxerit, et sic perdit beneficium inventarii, in omnibus licet Cy. teneat, quod perdat in una re tantum.⁵⁵⁰

Man muß deshalb beachten, daß es eine Anfrage einer Frau aus Tuder gab, daß jemand ein Inventar erstellt hatte und sagte, daß er Erbe mit dem *beneficium inventarii* sei. Einige sagten, daß er bestimmte Sachen nicht in das Inventar aufgenommen habe, und er trug vor, daß sie nicht zur Zeit des Todes vorhanden gewesen seien. Es wurde bewiesen, daß sie zur Zeit des Todes vorhanden waren. Ich habe über dieses Gesetz gesagt, daß, nachdem er <Sachen> versteckt hat, offenbar ist, daß er unterschlagen hat, und so verliert er das *beneficium inventarii* im Hinblick auf alle Dinge, obwohl CINUS vertritt, daß er es nur im Hinblick auf die eine Sache verliert.

BARTOLUS berichtet hier von einem Fall, der ihm als Gutachter angetragen wurde. Es ging um einen Erben, der über den Nachlaß ein Inventar erstellt und sich nach außen auf das Inventar berufen hatte, um seine Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten zu beschränken. Auf den Vorwurf der (nicht aus dem Nachlaß befriedigten) Nachlaßgläubiger, er habe bestimmte Gegenstände nicht in das Inventar aufgenommen, verteidigte sich der Erbe, daß diese Gegenstände zur Zeit des Erbfalls nicht zum Vermögen des Erblassers gehört hätten. Die Nachlaßgläubiger, die nun für ihre Behauptung die Beweislast hatten, wiesen nach, daß die Gegenstände tatsächlich im Eigentum des Erblassers gestanden hatten. Es handelt sich hier folglich um den Sachverhalt, der in C. 6, 30, 22, 10 geregelt wird. BARTOLUS entschied sich als Gutachter dafür, daß der Erbe, weil er die betreffenden Gegenstände (zumindest während der Erstellung des Inventars, bei der die Nachlaßgläubiger anwesend sein durften,) verborgen hielt, aus dem Inventar keine Vorteile ziehen soll. Damit vertritt er nach eigenem Bekunden eine von seinem Lehrer CINUS DE PISTOIA abweichende Ansicht. Es ist an dieser Stelle allerdings nicht eindeutig, ob BARTOLUS tatsächlich den vollständigen Verlust des Inventars, also die unbeschränkte Haftung gegenüber den Gläubigern des Erblassers wie auch die Haftung gegenüber den Vermächtnisnehmern ohne Abzug der falzidischen Quart im Blick hat, da er den Vorteil der falzidischen Quart auch als *beneficium inventarii* ansieht. Während die allgemeine Formulierung *perdit beneficium inventarii* für eine umfassende Wirkung gegenüber allen Nachlaßgläubigern spricht, deutet der Kontext, in dem BARTOLUS diesen Fall

⁵⁵⁰ BARTOLUS, *Commentaria in secundam Infortiati partem*, fol. 126r, n. 1.

schildert, darauf hin, daß lediglich die falzidische Quart entzogen werden soll. Der Zusatz *in omnibus* bezieht sich, wie die Gegenüberstellung zu *in una re* zeigt, wohl nur auf den dinglichen Umfang des gesamten Nachlasses und nicht auf den gesamten Anwendungsbereich des *beneficium inventarii*. Somit sind die Rechtsfolgen hier nicht unzweifelhaft feststellbar. Deutlicher nimmt BARTOLUS aber in seiner Kommentierung zu D. 34, 9, 6 zu den Rechtsfolgen der dolosen Entziehung von Erbgut durch den Erben Stellung:

BARTOLUS, *Commentaria ad D. 34, 9, 6*,
§ Rescriptum:

Similem habetis in herede, qui conficiendo inventarium aliquid omittit, ut perdat beneficium Falcidiae, solum in eo, quod omittit. *l. Scimus. §. Illo. C. de iure delib.* tamen ista lex videtur hodie correcta per textum in *Auth. de her. & fal. §. Sancimus*, ubi dicitur, si unam rem omittit ponere dolose in inventario, privatur beneficio legis Falcidiae in totum, et perdit etiam beneficium inventarii. Quod tenet ibi IACOBUS DE BELVISIO et idem tenet DYNUS licet CYNUS in *auth. Sed cum testator. C. ad l. Fal. in x. q.* videatur tenere oppositum, dice[n]s, quod solum in illa re privatur Falcidia; quod mihi non placet, quia per authenticam pena omittentis facere inventarium, vel malignantis circa ipsum, est aucta, quod omissio unius rei privet eum in toto, ut ibi dicitur.⁵⁵¹

Ähnlich habt ihr es beim Erben, der beim Erstellen des Inventars etwas ausläßt, daß er die falzidische Wohltat allein hinsichtlich der Sache verliert, die er ausläßt, C. 6, 30, 22, 10. Jedoch ist dieses Gesetz heute berichtigt durch den Inhalt der Nov. 1, 2 pr., wo gesagt wird, daß ihm, wenn er eine Sache böswillig nicht in das Inventar aufnimmt, die Wohltat des falzidischen Gesetzes entzogen wird und er auch das *beneficium inventarii* verliert. Dieses vertritt dort JACOBUS DE BELVISIO und auch DINUS; auch wenn CINUS zu der Authentika *Sed cum testator* zu C. 6, 50 wohl das Gegenteil vertritt, indem er ausführt, daß allein im Hinblick auf eine Sache die falzidische Quart entzogen wird. Dieses gefällt mir nicht, weil durch die Authentika die Strafe für diejenigen, die kein Inventar erstellen oder die dabei arglistig vorgehen, erhöht ist, so daß die Auslassung einer Sache es vollständig entzieht, wie dort gesagt wird.

In der Textstelle D. 34, 9, 6,⁵⁵² die hier von BARTOLUS kommentiert wird, ist als Rechtsfolge für die Entwendung von Sachen, die Gegenstand eines Vermächnisses sind, lediglich vorgesehen, daß der Erbe die falzidische Quart hinsichtlich des entwendeten Gegenstands verliert. BARTOLUS stellt wie in seiner Kommentierung zu C. 6, 30, 22, 10 zunächst dar, welche unterschiedlichen Rechtsfolgen für die Entwendung in den Digesten, im Codex und schließlich in den Novellen vorgesehen sind. Zu Nov. 1, 2 vertritt er, anders

⁵⁵¹ BARTOLUS, *Commentaria in secundum Infortiati partem*, fol. 105r, n. 2.

⁵⁵² Der Text von D. 34, 9, 6 lautet: Rescriptum est a principe heredem rei quam omivisset quartam non retinere. et ideo si is q[ui] quadringenta habebat universa quadringenta legavit et heres centum subtraxisset, trecentorum quartam retinebit, septuaginta quinque scilicet, et ducenta viginti quinque dabit legatariis: ex centum quae subripuit, legatariis quidem dabit septuaginta quinque, reliqua, id est viginti quinque, ad fiscum venient. - Vom Kaiser ist erlassen worden, daß der Erbe ein Viertel der Sache, die er entzogen hat, nicht zurückhält. Und wenn gleichfalls derjenige, der 400 hatte, die gesamten 400 vermachte und der Erbe 100 abzog, wird er ein Viertel der 300 zurückhalten, nämlich 75, und 225 wird er den Vermächtnisnehmern geben; von den 100, die er entwendet hat, wird er den Vermächtnisnehmern eben 75 geben und das übrige, d.h. 25, geht an den Fiskus.

als in seinen Erläuterungen zu C. 6, 30, 22, 10 und D. 35, 2, 24, deutlicher die Ansicht, daß der Erbe infolge seiner vorsätzlichen Inventaruntreue sowohl die falzidische Quart als auch das *beneficium inventarii*, die Beschränkung seiner Haftung gegenüber den Gläubigern des Erblassers, verliert. Ansonsten hätte er neben dem *beneficium legis Falcidiae* nicht auch das *beneficium inventarii* ausdrücklich benannt. BARTOLUS beruft sich auf die Kommentierungen des JACOBUS DE BELVISIO und des DINUS DE MUGELLO.⁵⁵³ Bei JACOBUS DE BELVISIO findet sich in seinen Ausführungen zu Nov. 1, 2 zwar keine ausdrückliche Stellungnahme zum Verlust der Haftungsbeschränkung, es wird jedoch die Erstellung eines Inventars nach den gesetzlichen Vorschriften gefordert, um sich sowohl die falzidische Quart zu erhalten als auch einen Haftungsschutz vor den Gläubigern des Erblassers zu erreichen.⁵⁵⁴ Ferner bekräftigt JACOBUS DE BELVISIO, daß auch bezüglich der Folgen eines *furtum* des Erben die Regelung in den Novellen gegenüber den Bestimmungen des älteren Codex vorgingen.⁵⁵⁵ BARTOLUS lehnt die Gegenansicht seines Lehrers CINUS, die er auch zu D. 35, 2, 24 zitiert, mit Hinweis darauf ab, daß in den Novellen die Strafe für arglistiges Vorgehen des Erben gegenüber der Regelung in C. 6, 30, 22, 10 erhöht worden sei.

BALDUS nimmt zu den Rechtsfolgen der Inventaruntreue des Erben sowohl in seinem Kommentar zum Codex⁵⁵⁶ als auch in einem seiner *consilia* Stellung:

BALDUS, Consilia, vol. 1, cons. 219, n. 3.

Tertio quaeritur, utrum heres, qui scienter occultavit aliquas res, quas non posuit in inventario, utrum perdat beneficium totius inventarii, an vero respectu illarum rerum tamen? Respondeo respectu totius, quia non est inventarium

Drittens wird gefragt, ob der Erbe, der wissentlich irgendwelche Sachen versteckt hat, die er nicht in das Inventar aufgenommen hat, die Wohltat des gesamten Inventars verliert oder aber nur in Hinblick auf jene Sachen? Ich ant-

⁵⁵³ BARTOLUS war auch Schüler des JACOBUS DE BELVISIO, der wiederum Schüler des DINUS war, vgl. SAVIGNY, Römisches Recht im MA VI, S. 142, 60.

⁵⁵⁴ JACOBUS DE BELVISIO, Lectura authenticorum, Nov. 1, 2, fol. 4v: Casus brevis. heres si inventarium fecerit secundum legis figuram nulla usus malignitate: legis falcidiae beneficio utetur. nisi a testatore vetitus fuerit. nec ultra vires hereditarias convenietur. - Ein kurzer Fall: Wenn der Erbe das Inventar nach der gesetzlichen Form erstellt hat, ohne bösgläubig vorzugehen, dann wird er die Wohltat der *lex Falcidia* nutzen, wenn es nicht vom Erblasser untersagt worden war; und er wird nicht über den Bestand des Nachlasses hinaus in Anspruch genommen werden.

⁵⁵⁵ JACOBUS DE BELVISIO, Lectura authenticorum, Nov. 1, 2, fol. 5r, opp. 2.

⁵⁵⁶ BALDUS, Commentaria in secundam Codicis partem, C. 6, 30, 22, § Cum igitur, fol. 94v, n. 8: Tu dic, quod autem omisit bona fide: et tunc inventarium non vitiatur: quia videtur legitime factum quod bona fide sit. ut D. de condi. et demon. l. Quamvis. aut dolose occultavit: et tunc nihil valet inventarium: quia propter maleficium, perditur beneficium. - Es ist zu sagen, daß, wenn er aber etwas in gutem Glauben ausläßt, dieses dann das Inventar nicht ungültig macht, weil offenbar rechtmäßig getan wird, was mit gutem Glauben geschieht, wie D. 35, 1, 32, aber hat er etwas böswillig versteckt, dann hat das Inventar keine Wirkung, weil wegen des widerrechtlichen Handelns das *beneficium* verloren wird.

factum bona fide. Et hoc iure novissimo cave-
tur, ut in *Aut. de haer. et fal. §. Sancimus col. j.*
licet de iure Codicis aliter esset provisum.⁵⁵⁷

worte hinsichtlich des gesamten <Inventars>, weil das Inventar nicht mit gutem Glauben erstellt worden ist. Und dieses wird nach neuestem Recht vorgesehen, wie in Nov. 1, 2 pr., obwohl es nach dem Recht des Codex anders vorgesehen ist.

Dem in diesem *consilium* begutachteten Fall liegt der gleiche Sachverhalt zugrunde wie dem von BARTOLUS überlieferten Fall der Frau aus Tuder. Hier fällt die Antwort des Gutachters BALDUS dahingehend aus, daß das gesamte Inventar ungültig sein und der Erbe daher unbeschränkt allen Nachlaßgläubigern mit seinem Eigenvermögen haften soll. Dieses läßt sich deshalb ohne Zweifel aus dem *consilium* entnehmen, weil BALDUS ausdrücklich bekräftigt, daß er von den Bestimmungen des Codex zum *beneficium inventarii* abweicht. BALDUS leitet sein Ergebnis daraus ab, daß das Inventar nach dem Regelungen in Nov. 1, 2 nur dann wirksam sein soll, wenn es durch den Erben in gutem Glauben erstellt worden ist. Er zieht damit die gleiche Stelle als *ius novissimum* heran wie BARTOLUS in seinem Kommentar zu C. 6, 30, 22, 10, legt diese jedoch weiter aus als BARTOLUS, der sie zumindest in seinem Codexkommentar wohl ihrem Kontext gemäß allein auf die Wohltat der *lex Falcidia* anwendete.

Für BALDUS ist im wesentlichen der gute Glaube des Erben entscheidend. Somit führt die Abwägung der Interessen von Erbe und Gläubigern zu einem von der bisher offenbar herrschenden Ansicht abweichenden Ergebnis. Der Erbe erscheint trotz des Inventars insgesamt nicht als schutzwürdig, wenn er vorsätzlich den Nachlaß schmälert. Seine Interessen, vom Risiko einer überschuldeten Erbschaft befreit zu sein - was der Intention JUSTINIANS entsprach - müssen dann hinter denen der geschädigten Gläubiger zurückstehen.

Die Kommentatoren nach BARTOLUS und BALDUS orientieren sich zumeist an den Kommentaren des BARTOLUS. So beschreibt ANGELUS DE UBALDIS zu C. 6, 30, 22, 10⁵⁵⁸ nur kurz die einzelnen in diesem Zusammenhang von BARTOLUS dargestellten unterschiedlichen Schichten des Corpus iuris civilis und bekräftigt, daß das jüngste Recht gelten soll. Schließlich verweist er allgemein auf D. 34, 9, 6, wo bestimmt wird, daß der Erbe für den Anteil der Erb-

⁵⁵⁷ BALDUS, Consilia, vol. 1, cons. 219, fol. 64v, n. 3.

⁵⁵⁸ ANGELUS, Commentaria super Codice, C. 6, 30, 22, § Illo videlicet, fol. 168r: In tex. ibi, convicti in duplum etc. dic contra istum heredem amoventem tria sunt iura prodita, digestorum, codicis, et authenticorum: quae hic discurrer per Bart. qui hic clare loquitur. et tene quod ius authenticorum tanquam ius novissimum corrigit antiqua iura, et omnino vide *D. de his qui. ut indig. l. rescrip.* - Zum Gesetzestext, wo es *convicti in duplum* usw. heißt, muß man sagen, daß hinsichtlich des Erben, der <Nachlaßgegenstände> entwendet, drei Rechte überliefert sind, <und zwar> das der Digesten, des Codex und der Authentiken; diese sind hier gemäß BARTOLUS auszulegen, der hier deutlich Stellung nimmt. Und es ist anzunehmen, daß das Recht der Authentiken als neuestes Recht das alte Recht berichtigt, und zum Ganzen siehe D. 34, 9, 6.

schaft, den er unterschlägt, nicht die falzidische Quart gegenüber Vermächtnisnehmern zurückbehalten darf. BARTHOLOMAEUS DE SALICETO beschäftigt sich in seinem Kommentar zu C. 6, 30, 22 sehr ausführlich mit den Auswirkungen der Inventaruntreue auf die falzidische Quart, wobei er zum Ergebnis kommt, daß der Erbe in diesem Fall die falzidische Quart vollständig verliert. Anschließend geht er auf die Haftung des Erben gegenüber den Gläubigern des Erblassers ein:

SALICETO, Commentaria ad C. 6, 30, 22, § Illo videlicet:

Et sunt bene ponderanda, quia ardua fuit quaestio in Bono. mihi commissa consulenda, an heres omittens rem aliquam, vel <o>mittens aliquid scribere in inventario caderet ab omni beneficio Falcidae et perinde teneretur omnibus ac si inventarium non fecisset? et advocati unius partis dicebant quod sic, et allegabat dicta Rayn. et unus dicebat casum esse in d. §. *Sancimus*. in verbo *hac utilitate*. dicens, quod ibi de omni utilitate loquitur quam inventarium solemne affert heredi. sed male dicit, quia solum de utilitate Falcidae de qua proxime dixi ibi loquitur et ibi sentit Glossa et probat illud pronomen *hac* cum prius de inventarii confectioe nihil dixerat, et haec est veritas, et sic ultra vires hereditatis non tenetur, nisi in simplo huius dupli, et ita consului. et postea advocati utriusque partis ita fuerunt confessi inter quos erant plures valentes Doctores.⁵⁵⁹

Und dieses ist gut abzuwägen, weil ein schwieriger Rechtsstreit in Bologna mir zur Begutachtung zugeteilt worden war, ob der Erbe, der eine beliebige Sache ausläßt oder es unterläßt, etwas in das Inventar zu schreiben, von der gesamten falzidischen Wohltat abfällt und ebenso allen haftet, als wenn er kein Inventar erstellt hätte? Und die Anwälte einer Partei befürworteten dieses und zitierten Worte des RAYNERIUS. Einer sagte auch, dieses sei der Fall in dem zitierten §. *sancimus* bei *hac utilitate*, und meint, daß dort über jeden Nutzen gesprochen werde, den ein Inventar regelmäßig dem Erben bringt. Aber er sagt es zu Unrecht, weil dort allein vom Nutzen der *lex Falcidia*, über die ich eben gerade gesprochen habe, die Rede ist, und die Glosse meint dieses dort und befindet zum Pronomen *hac*, daß zuvor nichts über die Erstellung des Inventars gesagt worden ist, und dieses ist die Wahrheit, und so haftet der Erbe nicht über den Bestand der Erbschaft hinaus, wenn nicht allein auf dieses *duplum*, und so habe ich mein Gutachten gegeben. Und später haben die Anwälte beider Parteien, unter denen mehrere einflußreiche Rechtsgelehrte waren, dieses zugestanden.

Ein Fall der Art, wie ihn bereits BARTOLUS und BALDUS begutachtet hatten, lag auch BARTHOLOMAEUS DE SALICETO vor. Während der Verlust der falzidischen Quart ohne weitere Ausführungen bejaht wird, besteht zwischen den Parteien Uneinigkeit zur Frage, ob der Erbe so zu stellen ist, als wenn er überhaupt kein Inventar errichtet hätte. Die Befürworter stützen sich auf eine Rechtsmeinung des RAYNERIUS DE FORLIVIO, der Lehrer des BARTOLUS in Bologna und später dessen Kollege als Rechtslehrer in Padua⁵⁶⁰ war, und der dafür bekannt war, daß er Rechtsansichten des BARTOLUS eher kritisch ge-

⁵⁵⁹ SALICETO, Commentaria in quintum et sextum Codicis librum, Sp. 672, n. 26.

⁵⁶⁰ Vgl. SAVIGNY, Römisches Recht im MA VI, S. 185 ff.; WEIMAR, LexMA VII, Sp. 494.

nüberstand.⁵⁶¹ Zentraler Punkt der Argumentation beider Seiten ist die Interpretation der Worte *hac utilitate* in der damals in Form der Authentiken vorliegenden lateinischen Übersetzung der Nov. 1, 2 pr. Diese Novelle wird unter den Kommentatoren spätestens seit BARTOLUS allgemein gegenüber der Konstitution in C. 6, 30, 22 für vorrangig gehalten, da sie später erlassen worden ist. Unter den am Rechtsstreit beteiligten Advokaten vertrat einer der Advokaten, die RAYNERIUS folgten, die Ansicht, daß sich *hac utilitate* auf die Wirkungen des Inventars im ganzen beziehe. Dieses lehnt SALICETO unter Berufung auf die Glosse zu *utilitate*⁵⁶² ab und tritt für den alleinigen Verlust der falzidischen Quart ein, da das Pronomen *hac* vor *utilitate* sich deshalb nicht allgemein auf die Erstellung des Inventars beziehen könne, weil vom *beneficium inventarii* bis zu dieser Stelle überhaupt nicht die Rede sei, sondern nur von der falzidischen Quart. Mit dieser Argumentation habe er, so SALICETO, die am Verfahren beteiligten Anwälte schließlich überzeugt. Bemerkenswert ist an dieser Entscheidung, daß sich schließlich alle am Rechtsstreit Beteiligten gegen eine von BALDUS und möglicherweise auch von BARTOLUS vertretene Ansicht entschieden, obwohl die beiden letztgenannten Kommentatoren zur Zeit des SALICETO bereits die Rechtswissenschaft mit ihren Schriften als maßgebliche Autoritäten dominierten.⁵⁶³ In der Folgezeit bleibt die Entscheidung gemäß dem Wortlaut von C. 6, 30, 22, 10 herrschende Meinung in der Kommentarliteratur. So bleibt der BALDUS-Schüler PAULUS DE CASTRO beim *duplum* als Sanktion für den Erben, um nicht von der Bestimmung im Codex abzuweichen.⁵⁶⁴ Die gleiche Ansicht vertreten auch

⁵⁶¹ WEIMAR, a.a.O.

⁵⁶² ACCURSIUS, Glossa ordinaria, gl. *utilitate* zu Nov. 1, 2 pr., tom. 5, Sp. 13: *scilicet, legis Falcidia*.

⁵⁶³ Vgl. VAN DE KAMP, BARTOLUS, S. 168 ff.; HORN, Handbuch der Quellen I, S. 270.

⁵⁶⁴ PAULUS DE CASTRO, Commentaria in secundam Codicis partem, C. 6, 30, 22, § Licentia danda, fol. 72r/v, n. 5: Ultimo dicit CYNUS per istos textos reprobari opinio illorum qui dicunt quod si heres omisit aliquas res ponere in inventarium in tantum quod nihil prodest ac si non fuisset factum. et BALDUS hoc tenet eo casu quo heres malitiose omiserit ponere. Certe isti texti volunt contrarium quod si non malitiose solum datur facultas creditoribus et legatariis probandi plura esse bona: et tunc heres pro illi tenebitur: non autem ultra quam appareant bona cuius contrarium illi voluit quod teneatur ultra vires hereditatis. Si autem malitiose restituit illas res cum duplo: non autem punitur ut ultra vires hereditatis teneatur: ut hic in versiculo si illo. - Schließlich sagt Cinus über diesen Text, daß die Ansicht jener mißbilligt werde, die sagen, daß, wenn der Erbe es unterläßt, irgendwelche Sachen in das Inventar aufzunehmen, dieses dann keinen Nutzen habe, als sei es nicht erstellt worden; und BALDUS vertritt dieses für den Fall, daß der Erbe arglistig die Aufnahme unterläßt. Sicherlich will dieses Gesetz das Gegenteil, daß er, wenn er nicht arglistig handelt, nur das Vermögen den Gläubigern und Vermächtnisnehmern gibt, wenn bewiesen ist, daß mehr im Nachlaß vorhanden ist; und dann wird der Erbe dafür haften, aber nicht auf mehr, als Vermögen zum Vorschein kommt, die Gegenmeinung dazu wollte, daß er über den Bestand der Erbschaft hinaus haftet. Wenn aber Arglist vorliegt, erstattet er jene Sachen mit dem Doppelten, aber er wird nicht damit bestraft, daß er über den Bestand der Erbschaft hinaus haftet, wie hier ist es auch an der Stelle *si illo*.

ALEXANDER DE IMOLA⁵⁶⁵ und JASON DE MAINO,⁵⁶⁶ die beide die Meinung des BALDUS zwar zitieren, jedoch anschließend ablehnen. Dagegen tritt GUIDO PAPA für den vollständigen Verlust des *beneficium inventarii* für den Erben ein.⁵⁶⁷ Insgesamt gesehen kann die Frage der Rechtsfolgen der Inventaruntreue unter den Kommentatoren noch nicht als entschieden angesehen werden.⁵⁶⁸

Es zeigt sich jedenfalls angesichts der zahlreichen überlieferten Gutachten zur Folge der Inventaruntreue, daß diese Frage in der Rechtspraxis des 14. Jahrhunderts von großer Relevanz war. Unter den Kommentatoren herrschte darüber eine Kontroverse, obwohl die Rechtsfolgen der Inventaruntreue in C. 6, 30, 22, 10 vom Wortlaut her eindeutig geregelt waren und allenfalls die Bestimmungen in Nov. 1, 2 als in dieser Hinsicht unklar eingeordnet werden konnte. Grund war offensichtlich, dass die Rechtsgelehrten und Praktiker die Lösung des Codex zumindest in Einzelfällen als unbillig empfanden

III. Zusammenfassung

Die Kommentatoren setzen die durch die späten Glossatoren begonnene Weiterentwicklung des *beneficium inventarii* fort. Wichtigster Grundsatz und Ausgangspunkt aller Überlegungen der Kommentatoren ist, daß der Erbschaftserwerb für den Erben, der ordnungsgemäß ein Inventar erstellt hat, zu keiner Verminderung seines eigenen bisherigen Vermögens führen darf. Diese Prämisse, die die Glossatoren insgesamt aus C. 6, 30, 22, insbesondere aber aus dem dortigen *principium* herleiteten, erlaubt ihnen aus ihrer Sicht, über den Regelungsinhalt des Corpus iuris in C. 6, 30, 22 wie auch der Glosse rechtsfortbildend tätig zu werden, wie sich am Beispiel der Einführung einer *protestatio* bei der Erstellung des Inventars zeigt, die den Erben zur Veranlassung von Nachträgen in das Inventar verpflichtet. Dieser oberste Grundsatz wird aus Sicht einiger Rechtsgelehrter jedoch eingeschränkt, soweit der Erbe tatsächlich nicht schutzwürdig ist. Die Schutzwürdigkeit wird von einem Erben, der das Inventar erstellt hat, grundsätzlich angenommen und soll nur dann ausgeschlossen sein, wenn er in böser Absicht die Gläubiger des Erblassers benachteiligt, indem er die zur Befriedigung ihrer Ansprüche zur Verfügung stehende Erbmasse schmälert. Für den Fall einer derartigen, durch die Gläubiger des Erblassers nachgewiesenen Inventaruntreue

⁵⁶⁵ ALEXANDER DE IMOLA, *Commentaria in Codicem*, C. 6, 30, 22, § Licentia, fol. 157r, n. 4.

⁵⁶⁶ JASON DE MAINO, *Commentaria super secunda parte Codicis*, C. 6, 30, 22, § Licentia, fol. 151r, n. 4.

⁵⁶⁷ GUIDO PAPA, *Tractatus de inventario haeredis*, fol. 31r, n. 6.

⁵⁶⁸ Siehe zum Streitstand auch HESS, *Familien- und Erbrecht im württembergischen Landrecht*, S. 153, Fn. 14.

setzt sich im 14. Jahrhunderts deshalb zunehmend der Verlust der gesamten Haftungsbeschränkung für den Erben als Rechtsfolge durch.

Soweit das Interesse des Erben am Erhalt seines eigenen Vermögens nicht betroffen ist, folgen die Kommentatoren im Regelfall weiterhin dem Wortlaut der ihnen zugrundeliegenden Rechtsquellen. Teilweise werden deren Grundsätze jedoch nicht mehr für interessengerecht gehalten und deshalb nicht als zwingend angesehen. Ein anschauliches Beispiel dafür ist die Diskussion um die Ausweitung des Regresses zu Gunsten der nicht durch Pfandrechte gesicherten Gläubiger. Diese anscheinend bereits unter den Glossatoren⁵⁶⁹ geführte Diskussion, ob es nach Erschöpfung des Nachlasses eine Regreßmöglichkeit nicht nur für mit einem Pfandrecht dinglich gesicherte Gläubiger, sondern auch für Gläubiger mit sonstigen privilegierten Ansprüchen gibt, wird unter den Kommentatoren weitergeführt, wobei sich lediglich die Ansicht eines einzelnen Rechtsgelehrten ausfinden läßt, der den Regreß der aus dem Nachlaß unbefriedigt gebliebenen, dinglich nicht gesicherten Gläubiger gegen andere nachrangige Gläubiger zuläßt.

Nicht in C. 6, 30, 22 geregelte Rechtsfragen lösen die Kommentatoren allgemein durch Abwägung zwischen den schutzwerten Interessen der jeweils Beteiligten. Diese Vorgehensweise zeigt sich zum einen für das Rechtsverhältnis zwischen dem Erben und den Gläubigern des Erblassers, wie z.B. bei der Pflicht des Erben zum Verkauf von Nachlaßgegenständen, um Geld zur Befriedigung der Gläubiger des Erblassers zu erlösen, der Haftung des Erben für untergegangene Nachlaßgegenstände oder der Wirkung der Konfusion hinsichtlich von Forderungen des Erben gegen den Erblasser aus Eviktion. Gleiches gilt aber auch teilweise im Verhältnis zwischen den Gläubigern des Erblassers und Dritten, soweit die Interessen des Erben dabei betroffen sind, so beim Regreß der Gläubiger gegen die Käufer von Nachlaßgegenständen.

Das *beneficium inventarii* ist zur Zeit der Kommentatoren bereits vollständig in das römisch-kanonische Prozeßrecht integriert und wird als *exceptio* angesehen, die der Erbe während des Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahrens geltend machen kann, die aber nicht von Amts wegen berücksichtigt wird.

⁵⁶⁹ Siehe oben S. 65 ff.

F. Die Entwicklung der beschränkten Erbenhaftung bis zum Ende des Mittelalters im Vergleich zum geltenden deutschen Recht

I. Haftungsbeschränkung durch *separatio bonorum* im klassischen römischen Recht

Eine Beschränkung der Haftung des Erben für die Verbindlichkeiten des Erblassers war im römischen Recht bis zur Einführung des *beneficium inventarii* durch den Kaiser JUSTINIAN im Grundsatz nicht vorgesehen. Der Erbe hatte, um die Haftung gegenüber den Gläubigern des Erblassers zu vermeiden, lediglich die Möglichkeit, sich innerhalb der dafür vorgegebenen Frist für eine Enthaltung von der Erbschaft zu entscheiden. In diesem Fall unterlag er deshalb nicht dem Zugriff durch die Gläubiger des Erblassers, weil er nicht Erbe und damit auch nicht Rechtsträger des Nachlasses geworden war.

Hat der Erbe dagegen die Nachfolge des Erblassers angetreten und konnte er sich nicht mehr von der Erbschaft lösen, konnte eine Vollstreckung gegen den Erben wegen Verbindlichkeiten des Erblassers lediglich indirekt durch eine vom Prätor ausgesprochene Trennung des Nachlasses vom sonstigen Vermögen des Erben (*separatio bonorum*) verhindert werden. Zweck der *separatio bonorum* war ursprünglich, bei Insolvenz des Erben den Nachlaß für die Gläubiger des Erblassers vor dem Zugriff durch die Gläubiger des Erben zu schützen. Der Erbe konnte dagegen im Regelfall keinen Vorteil aus einer *separatio bonorum* ziehen, da Voraussetzung für den Erlaß einer *separatio bonorum* war, daß die Gläubiger des Erben die Zwangsvollstreckung gegen ihn eingeleitet haben und sein Vermögen nicht zur Begleichung aller Verbindlichkeiten ausreicht. Da die *separatio bonorum* somit prinzipiell nur den Zwecken der Gläubiger diene, war eine Antragstellung durch den Erben als Schuldner nicht vorgesehen.

Die zweckgerichtete Haftungsbeschränkung durch eine zu Gunsten des Erben ausgesprochene *separatio bonorum* ist als Ausnahme von der unbeschränkten Erbenhaftung im Einzelfall durch den Prätor zugelassen worden. Nach den dafür überlieferten Fällen kam eine solche *separatio bonorum* zu Zwecken des Erben jedoch nur in Betracht, wenn eine Haftung des Erben für die Verbindlichkeiten des Erblassers als grob unbillig erschien und eine auf Loslösung von der Erbschaft gerichtete *restitutio in integrum* nicht als Alternative zur Verfügung stand. Dennoch diene die *separatio bonorum* JUSTINIAN, wie er am Anfang seiner in C. 6, 30, 22 überlieferten Reformkonstitution ausdrücklich ausführte, als Vorläufer und Vorbild für die Haftungsbeschränkung durch das *beneficium inventarii*. Dieser Umstand spricht dafür, daß JUSTINIAN die Grundidee der gegenständlichen Haftungsbeschränkung der *separatio bonorum* für das *beneficium inventarii* gewollt hat.

Auffällig sind die Übereinstimmungen bei den Rechtsfolgen zwischen der zu Gunsten des Erben erlassenen *separatio bonorum* des klassischen römischen Rechts und der Haftungsbeschränkung nach geltendem deutschen Recht. Der Erbe haftet nach § 1967 BGB im Grundsatz gleichermaßen persönlich und unbeschränkt für die Verbindlichkeiten des Erblassers. Anders als im klassischen römischen Recht hat er im Regelfall die Möglichkeit, seine Haftung auf diese Weise gegenständlich auf den Nachlaß zu beschränken. Diese Haftungsbeschränkung kann abhängig vom Bestand des Nachlasses durch Nachlaßverwaltung oder das Nachlaßinsolvenzverfahren (§§ 1975 ff. BGB) herbeigeführt werden. Dabei wird der Nachlaß auf Antrag des Erben oder der Gläubiger des Erblassers rückwirkend vom Eigenvermögen des Erben rechtlich abgesondert und einem Fremdverwalter unterstellt. Die Nachlaßverwaltung ist vorgesehen, wenn der Nachlaßbestand zur Befriedigung aller Nachlaßgläubiger ausreicht. Das Nachlaßinsolvenzverfahren (§§ 11 Abs. 2 Nr. 2, 315 ff. InsO) findet statt, wenn der Nachlaßbestand überschuldet ist, aber dennoch aus ihm die Kosten des Verfahrens gedeckt werden können (§§ 1982, 1990 BGB).

Mit der Absonderung des Nachlasses verliert der Erbe die Berechtigung zur Verwaltung, Verfügung und Verwertung des Nachlasses an den Nachlaßverwalter bzw. Konkursverwalter (§§ 1984 Abs. 1 BGB, § [] InsO). Gleichzeitig wird der Nachlaß vor dem Zugriff durch die Gläubiger des Erblassers geschützt (§ 1984 Abs. 2 BGB). Somit wird nach geltendem deutschen Recht wie nach klassischem römischen Recht der Nachlaß zum Zwecke der Haftungsbeschränkung als Sondervermögen⁵⁷⁰ vom Eigenvermögen des Erben abgetrennt und seiner Verfügungsmacht entzogen, wobei der Erbe aber jeweils Rechtsträger dieses Sondervermögens bleibt.⁵⁷¹ Der wesentliche Unterschied der Haftungsbeschränkung des geltenden deutschen Rechts zum klassischen römischen Recht besteht darin, daß das geltende Recht die Infamie des Vollstreckungsschuldners nicht mehr kennt, die in klassischer Zeit wohl die Ursache dafür war, daß die *separatio bonorum* nicht als allgemeines Institut zur Haftungsbeschränkung etabliert werden konnte, sondern nur in Ausnahmefällen in Betracht kam.

⁵⁷⁰ Die Rechtsnatur dieses Sondervermögens scheint allerdings nach geltendem deutschen Recht nicht abschließend geklärt zu sein. Der Gesetzgeber der Insolvenzordnung hat dazu in der Begründung zum Regierungsentwurf der InsO zu dessen § 13 bewußt keine Stellung genommen: „‘Schuldner‘ können auch die in Absatz 2 bezeichneten Gesellschaften und Sondervermögen sein, ohne daß deren Rechtsnatur dadurch präjudiziert wird.“ (Bundestags-Drucksache 12/2443, S. 113); eine eigene Rechtsperson stellt der Nachlaß als Sondervermögen allerdings nicht dar, vgl. KÜBLER, in: KÜBLER/PRÜTTING, InsO, § 11, Rdnr. 30; SCHALLENBERG/RAFIQPOOR, in: Frankfurter Kommentar zur InsO, § 315, Rdnr. 6, 22.

⁵⁷¹ Vgl. SCHALLENBERG/RAFIQPOOR, in: Frankfurter Kommentar zur InsO, § 315, Rdnr. 22.

II. Das *beneficium inventarii* des Kaisers JUSTINIAN

Mit dem *beneficium inventarii* führt JUSTINIAN ein völlig neuartiges Rechtsinstitut zu Gunsten des Erben ein. Es ist so ausgestaltet, daß jeder Erbe seine Haftung gegenüber den Gläubigern des Erblassers gegenständlich auf den Nachlaß beschränken kann, indem er entsprechend den in C. 6, 30, 22 vorgegebenen Regelungen ein Inventar über den Nachlaß erstellt. Das ordnungsgemäß aufgestellte Inventar berechtigt den Erben, den Nachlaß zu verwalten und dabei die Gläubiger des Erblassers in der Reihenfolge, in der sich diese bei ihm melden, aus dem Nachlaßvermögen zu befriedigen. Die Verteilung des Nachlasses durch den Erben hat für diesen im Gegensatz zu einer Verteilung des Nachlasses im Vollstreckungsverfahren den Vorteil, daß er die Verbindlichkeiten, die durch Erbfall auf ihn übergegangen sind, aus dem gleichfalls ihm zugefallenen Nachlaß befriedigt. Dadurch wird die durch ein von den Nachlaßgläubigern betriebenes Verteilungsverfahren letztlich eintretende Infamie des Erben als Rechtsträger des Nachlasses vermieden.

Ist der im Inventar aufgelistete Nachlaß auf diese Weise verteilt, kann der Erbe nicht weiter von Nachlaßgläubigern in Anspruch genommen werden. Um Unbilligkeiten des Verteilungsverfahrens für die Gläubiger des Erben, deren Privilegien bei der Verteilung des Nachlasses nicht beachtet wurden, abzumildern, ist der Rückgriff von Gläubigern, die dingliche Sicherungsrechte am Nachlaß hatten, gegen ungesicherte Gläubiger und solche mit jüngeren dinglichen Sicherungsrechten zugelassen. Die Inventarerstellung hat ferner zur Folge, daß für die Forderungen des Erben gegen Erblasser sowie des Erblassers gegen den Erben das durch den Erbfall eintretende Zusammenfallen von Gläubiger- und Schuldnerstellung nicht zum Untergang der Forderungen führt. Auch darf der Erbe Aufwendungen, die er bei Verwaltung des Nachlasses aus seinem eigenen Vermögen für den Nachlaß bestreitet, von dem im Inventar aufgezeichneten Nachlaßvermögen abziehen.

Der Nachlaß wird somit als gesonderte Vermögensmasse wie ein Fremdvermögen durch den Erben verwaltet. Die Trennung der Vermögensmassen, die durch die Aufstellung des Inventars nach außen manifestiert wird, soll gleichermaßen den Schutz der Erben vor dem Zugriff der Nachlaßgläubiger auf sein sonstiges Vermögen wie den Erhalt des Nachlasses als Haftungsmasse für die Nachlaßgläubiger sicherstellen. Insgesamt gesehen ist mit der Verwaltung und Verteilung des Nachlasses durch den Erben für diesen ein vorteilhaftes Verfahren geschaffen worden, das die Erben zur sofortigen Annahme der Erbschaft bewegen sollte, aber allerdings andererseits Risiken für die Vermögensinteressen der Gläubiger des Erblassers mit sich brachte.

Dieses Risiko für die Gläubiger resultiert im wesentlichen daraus, daß der Erbe selbst das Verfahren der Nachlaßabwicklung bestimmt und betreibt. Abgesehen von der Einschaltung eines Notars bei der Erstellung des Inven-

tars ist eine Beteiligung öffentlicher Stellen oder der Nachlaßgläubiger bei der Verwaltung und Verteilung des Nachlasses nicht vorgesehen. Anders als nach antikem römischem Recht oder dem Erbrecht des BGB wird auf eine Kontrolle oder sonstige Einflußnahme durch staatliche Rechtspflegeorgane so weit wie möglich verzichtet. Es obliegt den Gläubigern des Erblassers, ihre Interessen gegenüber dem Erben wahrzunehmen. Dazu steht es ihnen offen nachzuweisen, daß zum Nachlaß weitere Gegenstände gehören, die nicht im Inventar aufgelistet sind. Wird dabei festgestellt, daß der Erbe hinsichtlich des nicht im Inventar enthaltenen Nachlaßgegenstands bösgläubig war, hat der Erbe das *duplum* zu erstatten und wird hinsichtlich des betreffenden Nachlaßgegenstandes wie ein Dieb behandelt.

Die Erstellung eines Inventars über den Nachlaß unter Einschaltung öffentlicher Amtsträger (zuständige Behörde, Beamter oder Notar - §§ 2002, 2003 BGB) ist auch im geltenden deutschen Recht vorgesehen, allerdings sind die Funktionen des Inventars gegenüber denen des *beneficium inventarii* in C. 6, 30, 22 wesentlich eingeschränkt. Das Inventar, das neben dem Vermögen des Erblassers auch dessen Verbindlichkeiten enthält, hat für sich genommen keine haftungsbeschränkende Wirkung; es dient im wesentlichen zur Beweiserleichterung, denn im Verhältnis des Erben zu den Nachlaßgläubigern wird vermutet, daß zur Zeit des Erbfalles weitere Nachlaßgegenstände als die angegeben nicht vorhanden gewesen seien (§ 2009 BGB). Voraussetzung für die Haftungsbeschränkung indes ist, wie oben dargelegt, die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßinsolvenzverfahrens, also die Verteilung und Verwaltung des Nachlasses im Interesse von Erben und Nachlaßgläubigern durch einen Dritten. Der Erbe ist - anders als im römischen Recht - nicht nur zur Aufstellung des Inventars berechtigt, sondern kann auf Antrag von Nachlaßgläubigern auch durch das Nachlaßgericht dazu verpflichtet werden (§ 1994 Abs. 1 Satz 1 BGB). Stellt der Erbe nach einem entsprechenden Antrag der Gläubiger das Inventar nicht innerhalb der vom Nachlaßgericht bestimmten Frist auf, haftet er für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt (§ 1994 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das Inventar ist im BGB somit im wesentlichen auf seine Beweisfunktion hinsichtlich des Nachlaßumfangs reduziert.

Die Verwaltung des Nachlasses und die Befriedigung der Nachlaßgläubiger durch den Erben (vor einer Nachlaßinsolvenz oder –verwaltung) ist nach geltendem deutschen Recht mit einer etwaigen Haftungsbeschränkung vereinbar, solange der Erbe vor Beantragung des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung davon ausgehen durfte, daß der Nachlaß zur Befriedigung aller Nachlaßgläubiger ausreicht. Ist bei drohender oder angenommener Überschuldung des Nachlasses das Nachlaßinsolvenzverfahren eröffnet oder die Nachlaßverwaltung angeordnet worden, sind die vom Erben vorher für den

Nachlaß vorgenommenen Geschäfte wirksam, wobei dem Erben die Aufwendungen aus dem Nachlaß ersetzt werden und der Erbe den Nachlaßgläubigern wie ein Verwalter fremden Vermögens verantwortlich ist, und zwar für die Zeit bis zur Annahme der Erbschaft wie ein Beauftragter und die Zeit nach Annahme nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 1978, 1979 BGB).

Die Nachlaßgläubiger werden so nach den Bestimmung des BGB umfassend gegen Benachteiligungen bei der Verteilung des Nachlasses wie auch gegen Entziehung von Nachlaßgegenständen durch den Erben geschützt.

III. Weiterentwicklung des *beneficium inventarii* in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft

Die mittelalterliche Rechtswissenschaft war nach der Rezeption des römischen Rechts zunächst damit befaßt, das *beneficium inventarii* eher deskriptiv aufzuarbeiten und es mit anderen Stellen des Corpus iuris zu harmonisieren. Glossatoren und Kommentatoren gehen, wie von WESENER festgestellt,⁵⁷² offensichtlich von einer dinglichen Haftungsbeschränkung des Inventars aus.

Vom 12. Jahrhundert an beginnen die Glossatoren, das Recht des *beneficium inventarii* weiterzuentwickeln, indem sie von ihnen festgestellte Regelungslücken in C. 6, 30, 22 durch Verwendung vergleichbarer Bestimmungen des Corpus iuris schließen. Dabei ziehen sie insbesondere die Regelungen der später durch JUSTINIAN erlassenen Novelle 1, 2 zur falzidischen Quart heran. Die Auslegung dieser Quellen orientiert sich im Regelfall an dem nach ganz herrschender Ansicht primären Zweck des *beneficium inventarii*, daß dem Erben, der ordnungsgemäß ein Inventar erstellt, durch den Antritt der Erbschaft kein Schaden entstehen darf. Soweit dieser Grundsatz gewahrt bleibt, wird eine Auslegung bzw. Fortentwicklung des *beneficium inventarii* zu Gunsten der Gläubiger des Erblassers für zulässig gehalten. Dieses betrifft zunächst die Anwesenheit der Gläubiger des Erblassers sowie die Pflicht des Erben, nach Fertigstellung des Inventars dieses zu ergänzen, falls er Kenntnis von weiteren Nachlaßgegenständen erlangt. So werden dem Erben zusätzliche formale Pflichten auferlegt, um den Nachlaßgläubigern die Geltendmachung ihrer Forderungen zu ermöglichen bzw. zu erleichtern. Es lassen sich ferner erste Anzeichen einer von Billigkeitsgesichtspunkten motivierten Interessenabwägung bei der Ausgestaltung der Rückgriffsrechte nach Verteilung des Nachlasses ausmachen. Dabei werden Regreßmöglichkeiten von unbefriedigt gebliebenen Gläubigern gegen erfolgreichere Nachlaßgläubiger oder Erwerber von Nachlaßgegenständen diskutiert, die sich im Ergebnis aber noch an den Bestimmungen in C. 6, 30, 22 orientieren.

⁵⁷² WESENER, FS v. Lübtow, S. 116 f.

Die Rechtsstellung der Gläubiger des Erblassers wird von der Mitte des 13. Jahrhunderts an - wohl infolge von Einflüssen der Rechtspraxis - zunehmend gestärkt. Zwar orientieren sich die Kommentatoren im Grundsatz weiterhin an der Prämisse, daß das *beneficium inventarii* eine Schadloshaltung des Erben bezwecke, berücksichtigen aber zunehmend auch die Interessen der Gläubiger, soweit aus ihrer Sicht Vermögensrechte des Erben nicht betroffen sind oder er ihnen als nicht schutzwürdig erscheint. So treten die Kommentatoren in zunehmenden Maße dafür ein, die Gläubiger des Erblassers in das Verfahren der Inventarerstellung einzubeziehen und ihre Position gegenüber dem Erben bei der Verwaltung des Nachlasses zu stärken. Die starke Formalisierung der Erstellung des Inventars erleichtert es den Gläubigern des Erblassers, die zur Inventarerstellung grundsätzlich laden sind, den Erben im Hinblick auf die Vollständigkeit des Inventars effektiver zu kontrollieren und so eine arglistige Verminderung der Haftungsmasse zu vermeiden. Auch werden in Rechtsgutachten zunehmend Beweiserleichterungen für den Nachweis von Untreuehandlungen des Erben sowie als Rechtsfolge einer bewiesenen Inventaruntreue der Verlust des Inventars befürwortet. Die strenge, abschreckend wirkende Rechtsfolge des Verlusts der Haftungsbeschränkung ist auch heute in § 2005 BGB vorgesehen, wenn der Erbe absichtlich eine erhebliche Unvollständigkeit der im Inventar aufgelisteten Nachlaßgegenstände herbeiführt oder, um die Nachlaßgläubiger zu benachteiligen, die Aufnahme einer nicht bestehenden Nachlaßverbindlichkeit bewirkt.

Im Hinblick auf die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlaß wurden die Interessen der Gläubiger des Erblassers zunehmend in die Auslegung der Vorschriften des Codex Iustinianus einbezogen. So hatte der Erbe nach herrschender Ansicht die vorrangige Berechtigung von Gläubigern zu beachten oder zumindest eine Sicherheitsleistung von nachrangigen Gläubigern zu fordern, soweit ihm Privilegien bekannt waren. Er war aber nicht dazu verpflichtet, von sich aus Erkundigungen über die Rangfolge der Gläubiger einzuholen oder abwesende Gläubiger zu laden. Ob der Erbe berechtigt war, den Gläubigern, die eine Geldforderung gegen den Erblasser gehabt hatten, an Erfüllungs Statt beliebige Nachlaßgegenstände zu geben oder diese Gegenstände verkaufen musste, um die Gläubiger mit dem Verkaufserlös zu befriedigen, war unter den Kommentatoren umstritten. Der Streit betraf hier insbesondere die von einigen Kommentatoren befürwortete weitere Rechtsfolge des Inventars, daß der Erbe nicht nur vor Vermögensschäden, sondern auch vor einem für ihn aufwendigen und ihn belästigenden Verfahren der Nachlaßverwaltung geschützt werden soll.

Die Kommentatoren beschäftigen sich ferner intensiv mit Regreßmöglichkeiten der privilegierten Gläubiger des Erblassers, die ihren Anspruch gegen den Erben infolge der Haftungsbeschränkung des *beneficium inventarii* nicht ha-

ben durchsetzen können. Dabei wird bereits vereinzelt entgegen der Regelung in C. 6, 30, 22 vertreten, daß unter den Gläubigern des Erblassers nicht nur ein Pfandrecht an Nachlaßgegenständen, sondern jede bevorrechtigte Rechtsstellung, die im Gesamtvollstreckungsverfahren geltend gemacht werden könnte, zum Regreß berechtigt. Eine Abwägung zwischen Interessen der durch ein Pfandrecht am verkauften Gegenstand gesicherten Gläubiger und den Käufern wurde nur vorgenommen, soweit eine Vermögensminderung für den Erben durch Ansprüche der Käufer gegen ihn aus Eviktion ausgeschlossen war. Die in den Kommentaren zum Codex Iustinianus überlieferten Ausführungen lassen überwiegend die Tendenz erkennen, bei der Befriedigung der Gläubiger des Erblassers eine höhere Verteilungsgerechtigkeit herbeizuführen, wie sie im (Gesamt-) Vollstreckungsverfahren erreicht worden wäre.

Die Haftungsbeschränkung des Erben wurde bereits früh in das kanonische Prozeßrecht integriert. Um die Haftung für die Verbindlichkeiten des Erblassers auszuschließen, muß sich der Erbe gegenüber den Gläubigern des Erblassers ausdrücklich auf das Inventar berufen, was nach damals herrschender Meinung auch noch im Anschluß an das Erkenntnisverfahren im Rahmen der Zwangsvollstreckung erfolgen kann. Nach geltendem deutschen Recht muß der Erbe die Beschränkbarkeit seiner Haftung bereits im Erkenntnisverfahren geltend machen, so daß er als Schuldner unter dem Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung verurteilt wird (§ 780 Abs. 1 ZPO). Vollstrecken die Gläubiger des Erblassers aufgrund dieses Urteils nicht in den Nachlaß, sondern in das Eigenvermögen des Erben, kann dieser die Vollstreckung im Wege der Klage beim Prozeßgericht erster Instanz nach §§ 781, 785, 767 ZPO für unzulässig erklären lassen, wenn die Voraussetzungen der beschränkten Erbenhaftung zu diesem Zeitpunkt tatsächlich vorliegen.

Kennzeichnend für die Behandlung des *beneficium inventarii* durch die Kommentatoren ist, daß sie die Grundprinzipien der durch Justinian eingeführten Haftungsbeschränkung, nämlich die Ausgestaltung des Nachlasses als abgetrenntes Sondervermögen des Erben einerseits und die Verwaltung und Verteilung dieses Sondervermögens durch den Erben andererseits, beibehalten haben. Allerdings haben sie - vorwiegend im Rahmen ihrer gutachterlichen Tätigkeit - einige Regelungen in C. 6, 30, 22, die nicht mehr als gerecht bzw. zweckmäßig empfunden wurden, abgeändert und auf diese Weise das konsequent an den Interessen des Erben ausgerichtete *beneficium inventarii* JUSTINIANS zu Gunsten der Gläubiger des Erblassers modifiziert. Auf diese Weise wurde das aus einer eher idealistischen Motivation heraus geschaffene System der Haftungsbeschränkung praxistauglicher ausgestaltet.

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzung	Bedeutung
a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
add.	additio
auth.	authenticum
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Bd.	Band
BIDR	Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano
BIMAE	Scripta anecdota glossatorum (Bibliotheca iuridica medii aevi, ed. Augusto Gaudenzi)
bzw.	beziehungsweise
C.	Codex Iustinianus
ca.	circa
cons.	consilium
const.	constitutio
D.	Digesta
DER	Diritto ereditario romano
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diocl.	Diocletianus (et Maximianus)
ed.	edidit
Einl.	Einleitung
f.	folgend
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
fol.	folia
FS	Festschrift

GA	Gai fragmenta Augustodunensia (Fontes iuris Romani anteiustiniani, vol. II, ed. I. Baviera et I. Furlani, S. 205 ff.)
Gai.	Gai institutiones
gl.	glossa
Gord.	Gordian III.
Grat.	Decretum Gratiani
InsO	Insolvenzordnung
Inst.	Institutiones Iustiniani
IRMAE	Ius Romanum Medii Aevi
Iul.	Salvius Iulianus
Just.	Justinianus
LexMA	Lexikon des Mittelalters
lib.	liber
lit.	litera
MA	Mittelalter
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.	numerus
n. Chr.	nach Christi Geburt
NNDI	Novissimo digesto italiano
Nr.	Nummer
Nov.	Novellae Iustiniani
Ol.	Oldradus
opp.	opponit
part.	particula
Pap.	Aemilius Papianus
Paul.	Iulius Paulus
pr.	principium
r	recta
Rdnr.	Randnummer
RSDI	Rivista di storia del diritto romano
S.	Seite

SC	Senatus consultum
Scaev.	Cervidius Scaevola
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
St.	Studi
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung
tab.	tabula
tit.	titulus
tom.	tomus
TR	Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis – Revue d’histoire de droit
u.a.	unter anderem
Ulp.	Domitius Ulpianus
usw.	und so weiter
v	versa
vgl.	vergleiche
vol.	volumen
X.	Decretales Gregorii IX.
z.B.	zum Beispiel
ZRG	Zeitschrift für Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung

Literaturverzeichnis

- Accursius** Accursius, Corpus iuris civilis Iustiniani, cum commentariis Accursii, scholiis Contii, et D. Gothofredi lucubrationibus ad Accursium, studio et opera Iohannis Fehi, Lyon 1627, (Nachdruck Osna-brück 1965/66)
- Albericus de Rosate** Albericus de Rosate, Alberici de Rosate Bergomen-sis ... in secundam Codicis Part. Commentaria cum Additionibus, Summariis et Indice amplissimo, at-que locupletissimo, Venedig 1535 (Nachdruck Bo-logna 1979)
- Alberti** Alberto Alberti, La „Glossa Torinese“ e le altre glosse des Ms. D. III. 13 della Bibliotheca Naziona-le di Torino, Turin 1933
- Alexander de Imola** Alexander de Imola, <Commentaria> in primam et secundam codicis partem, Lyon 1547
- Angelus** Angelus de Ubaldis, <Commentaria> super Codice, Lyon 1545
- Astolfi** Riccardo Astolfi, Separazione dei beni del defunto da quelli dell’erede (Diritto romano), in: Novissimo digesto italiano, Band XVII, Turin 1970, S. 1 f.
- Azo** Azo Portius, Azonis ad singulos leges XII. librorum codicis iustiniani commentarius et magnus appa-ratus <Lectura codicis>, Paris 1577 (Nachdruck Turin 1966)
- Azo** Azo Portius, Summa Azonis locuples iuris civilis thesaurus, hactenus depravatissima, nunc autem iugi sedilitate et exquisito studio D. Henrici Dresii Ll. Licentiati, in octies milli, et amplius locis ... re-cens restituta, Venedig 1596
- Baldus** Baldus de Ubaldis, Consiliorum sive responsorum volumen primum, Venedig 1575 (Nachdruck Turin 1970)
- Baldus** Baldus de Ubaldis, Tomus secundus <Commentari-orum> in digestum vetus, Lyon 1551

- Baldus** Baldus de Ubaldis, In sextum codicis librum <Commentaria>, Lyon 1551
- Baldus** Baldus de Ubaldis, Tractatus de aditione cum inventario, in: Tractatus varii de beneficium invetarii, Genf 1672, S. 29 f.
- Bartolus** Bartolus de Saxoferrato, Commentaria. Nunc recens ..., praeter solitas adnotationes insignium Doctorum Alexandri, Barbatiae, Parisii, Claudii a Seissel, Pomatii, Ioannis Francisci Ruverensis, et aliorum: novissime accesserunt Menochii praestantissimi iurisconsulti, et in Patavino Gymnasio interpretis celeberrimi, In secundam Infortiati partem; In primam Codicis partem; In secundam Codicis partem, Venedig 1590,
- Baviera** Giovanni Baviera, Il commodum separationis nel diritto romano e moderno, Bologna 1901
- Besta** Enrico Besta, Storia del diritto italiano, Band 1, 1. Teil, Mailand 1923 (Nachdruck Frankfurt a.M., Florenz 1969)
- Biondi** Biondo Biondi, Diritto ereditario romano, Parte generale, Mailand 1954
- Biondi** Biondo Biondi, Il giuramento decisorio nel processo civile romano, Palermo 1913
- Bonfante** Pietro Bonfante, Corso di Diritto Romano, Vol. VI - Le Successioni, Rom 1930
- Brachylogus** Corpus legum sive Brachylogus iuris civilis, herausgegeben von Eduard Böcking, Berlin 1829
- Burdese** Alberto Burdese, Manuale di diritto privato romano, 4. Auflage, Turin 1993
- Casso** L. Casso, Die Haftung des Benefizialerben nach römischem und heutigem Recht, Dissertation Berlin 1889

- Cinus de Pistoia** Cinus de Pistoia, In Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum Tomi, id est Digesti veteris, doctissima Commentaria, nunc Summariis amplius tertia parte auctis, infinitisque mendis sublatis, et Additionibus in margine adiectis ... a Nicolao Cisnero, Frankfurt a.M. 1578 (Nachdruck Turin 1964)
- Conrat** Max Conrat, Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im frühen Mittelalter, Erster Band, Leipzig 1891
- Demelius** Heinrich Demelius, Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozeß, Leipzig 1887
- Dilcher** Hermann Dilcher, Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, Frankfurt a.M. 1960
- Dolezalek** Gero Dolezalek, Repertorium manuscriptuum veterum Codicis Iustiniani, Ius Commune - Sonderheft 23, Frankfurt a. M. 1985
- Dolezalek/Nörr** Gero Dolezalek, Knut Wolfgang Nörr, Die Rechtsprechungssammlungen der mittelalterlichen Rota, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Erster Band, Mittelalter (1100-1500), herausgegeben von Helmut Coing, München 1973, S. 849-856
- Duranti** Gulielmo Duranti, Speculum do. Gulielmi Durandi, simulque annotationem Ioannis Andreae, Baldi ac reliquorum, Lyon 1561
- Ebrard** Friedrich Ebrard, Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam, Leipzig 1917
- Ehrhardt** Arnold Ehrhardt, Tormenta, in: Paulys Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaften, bearbeitet von G. Wissowa, W. Kroll, K. Mittelhaus, Zweite Reihe, Sechster Band, Stuttgart 1937, Sp. 1775-1794.
- Faber** Johannes Faber, In Institutiones commentarii, Lyon 1557 (Nachdruck Frankfurt am Main 1969)
- Fadda** Carlo Fadda, Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, Band 2, Mailand 1949

- Feenstra** Robert Feenstra, A propos d'un nouveau manuscrit de la version latine du Codi, in SG 13 (1966), S. 59 ff. (Neudruck in: Fata iuris romani, Leiden 1974, S. 150 ff.)
- Fitting** Hermann Fitting, Die Institutionenglossen des Gualcausus, Berlin 1891
- Fitting** Lo Codi in der lateinischen Übersetzung des Ricardus Pisanus, herausgegeben von Hermann Fitting, Halle a.S. 1906
- Fitting** Hermann Fitting, Summa Codicis des Irnerius, Berlin 1894
- Frankfurter Kommentar zur InsO** Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, herausgegeben von Klaus Wimmer, Berlin 1999
- Genzmer** Erich Genzmer, Die iustinianische Kodifikation und die Glossatoren, in: Atti del congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma XVII-XXVII Aprile MCMXXXIII), Bologna, Band 1, Pavia 1934, S. 345 ff.
- Georges** Karl Ernst Georges, Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch, 11. Auflage, Hannover 1962
- Gilles** H. Gilles, Pape, Gui (Guido Papa), in: Lexikon des Mittelalters, Band VI, München, Zürich 1993, Sp. 1663
- Glück** Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar, 13. Teil, Erlangen 1811
- Glück/Mühlenbruch** Christian Friedrich von Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar, fortgesetzt von Christian Friedrich Mühlenbruch, 41. Teil, Erlangen 1841
- Gouron** André Gouron, L'auteur et la patrie de la Summa Trecensis, in: Ius Commune 12 (1984), S. 1 ff.
- Hänel** Gustav Hänel, Iuliani Epitome latina Novellarum Iustinianum, Leipzig 1873

- Hayez/Zapp** M. Hayez, Hartmut Zapp, Guillelmus Duranti, in: Lexikon des Mittelalters, Bd. 3, München, Zürich 1986, Sp. 1469 f.
- Hess** Rolf-Dieter Hess, Familien- und Erbrecht im württembergischen Landrecht von 1555 (Dissertation Heidelberg), Stuttgart 1968
- Hoehne** Hans Hoehne, Pili Medicinensis Summula de Rerum Exceptionibus 'Precibus et Instantia', Ius Commune 9 (1980), S. 139 ff.
- Honsell/Mayer-Maly/Selb** Heinrich Honsell, Theo Mayer-Maly, Walter Selb, Römisches Recht, 4. Auflage des von Paul Jörs, Wolfgang Kunkel und Leopold Wenger begründeten Werkes, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo 1987
- Horn** Norbert Horn, Die legistische Literatur der Kommentatoren und die Ausbreitung des gelehrten Rechts, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Band 1 – Mittelalter (1100-1500), herausgegeben von Helmut Coing, München 1973, S. 261 ff.
- Jacobus de Belvisio** Jacobus de Belvisio, Jacobi de Belviso aurea lectura. ... summam autenticorum consuetudinesque et usus Feudorum elucidans felici inipit exordio, Lyon 1511 (Nachdruck Bologna 1971)
- Jacobus Buttrigarius** Jacobus Buttrigarius, Iacobus Butrigarii Iuris utriusque profunditates et apices plenissime scrutatus super Codice hanc subtilissimam edidit lectionem, Paris 1516 (Nachdruck Bologna 1973)
- Jacobus de Ravanis** Jacobus de Ravanis (adscripta Petro de Bellapertica), Lectura insignis super Prima parte Codicis cum Additionibus ac Repertorio, Paris 1519 (Nachdruck Bologna 1967)
- Jason de Maino** Jason de Maino, Lectura super secunda parte Codicis, Lyon 1519
- van de Kamp** J. L. J. van de Kamp, Bartolus de Saxoferrato. 1313-1357, Amsterdam 1936

- Kantorowicz** Hermann Kantorowicz, Die Epochen der Rechtswissenschaft, 1914, in: Rechtshistorische Schriften, herausgegeben von Helmut Coing und Gerhard Immel, Karlsruhe 1970, S. 1-14
- Kantorowicz** Hermann Kantorowicz, William Warwick Buckland, Studies in the Glossators of the Roman Law, Cambridge 1938
- Kaser** Max Kaser, Cicero „Ad atticum“ 16, 15, 2 - Formularprozeß ohne „litis contestatio“?, in: Sodalitas, Scritti in onore de Antonio Guarino, Band 7, Neapel 1984, S. 3151 - 3174
- Kaser** Max Kaser, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2. Auflage, München 1971
- Kaser** Max Kaser, Das Römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, 2. Auflage, München 1975
- Kaser/Hackl** Max Kaser, Karl Hackl, Das Römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., München 1996
- Kienast** Dietmar Kienast, Römische Kaisertabelle, Darmstadt 1996
- Koeppen** Albert Koeppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, Würzburg 1895
- Kreller** Hans Kreller, Römisches Recht, Band 2, Wien 1950
- Krüger** Paul Krüger, Die Turiner Institutionenglosse, in: ZRG 7 (1868), S. 44-78
- Kübler/Prütting** Bruno Kübler, Prütting, Hanns, Kommentar zur Insolvenzordnung, Band I und II, Köln 1998-
- Lange** Herrmann Lange, Römisches Recht im Mittelalter, Band 1: Die Glossatoren, München 1997
- Lange/Kuchinke** Heinrich Lange, Kurt Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 3. Aufl., München 1989
- Levy** Ernst Levy, Zum Wesen des weströmischen Vulgarrechts, in: Atti del congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma XVII-XXVII Aprile MCMXXXIII), Roma, Band 2, Pavia 1935, S. 27 ff.

- Liebs** Detlef Liebs, Die Jurisprudenz im spätantiken Italien (260-640 n. Chr.), Berlin 1987
- Litewski** Wieslaw Litewski, Das „beneficium competentiae“ im römischen Recht, in: Studi in onore de Edoardo Volterra, 4. Band, Mailand 1971, S. 469-572.
- Manthe** Ulrich Manthe, Das senatus consultum Pegasianum, Berlin 1989
- Marchi** Eduardo C. Silveira Marchi, Do „pactum ut minus solvatur“ – Precedente romano da concordata moderna, São Paulo 1995
- Martini** Remo Martini, Il problema della causae cognitio pretoria, Mailand 1960
- Masi** Antonio Masi, Studi sulla condizione nel diritto romano, Mailand 1966
- Mayer-Maly** Theo Mayer-Maly, Obligamur necessitate, in: SZ 83 (1966), S. 47-67
- Medicus** Dieter Medicus, Zur Urteilsberichtigung in der actio iudicati des Formularprozesses, in SZ 81 (1964), S. 233-292
- Meijers** Eduard Maurits Meijers, Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs, in: TR 17 (1941), S. 117 ff.
- Meijers** Eduard Maurits Meijers, L'université d'Orléans au XIIIe siècle, in: Études d'histoire du droit III, herausgegeben von Robert Feenstra und Hermann Frederick Wilhelm David Fischer, Leiden 1959, S. 3-148
- Mitteis** Ludwig Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, Erster Band: Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen, Leipzig 1908
- Mor** C. G. Mor, A l'origine de l'école de Montpellier: Rogerius ou Placentin? Album J. Balon, Namur 1968, S. 145-155
- Motzenbäcker** Rudolf Motzenbäcker, Die Rechtsvermutung im kanonischen Recht, München 1958

- Nörr** Knut Wolfgang Nörr, Die kanonistische Literatur, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Band 1 – Mittelalter (1100-1500), herausgegeben von Helmut Coing, München 1973
- Odofredus** Odofredi ... uberrima super iustiniano codice lectura, Lyon 1552
- Otte** Gerhard Otte, Die Rechtswissenschaft, in: Die Renaissance der Wissenschaften im 12. Jahrhundert, herausgegeben von Peter Weimar, Zürich 1981, S. 123-142
- Patetta** Friderico Patetta, Vorwort zur Summa Perusina, in: BIDR 12 (1900), S. V ff.
- Paulus de Castro** Paulus de Castro, Commentariorum in Codicem Iustinianum pars secunda; in Infortiatum pars secunda; ..., Lyon 1540
- Placentinus** Placentinus, In codicis Domini Iustiniani sacratissimi Principis ex repetita praelectione libros IX. summa a Placentino ..., Mainz 1536, Nachdruck Turin 1962
- Prosdocimi** Luigi Prosdocimi, Alberico da Rosciate et la giurisprudenza italiana nel sec. XIV, in: RSDI 29 (1956), S. 67-74
- Pugliese** Giovanni Pugliese, La prova nel processo romano classico, in: Jus 11 (1960), S. 386-424
- Radding** Charles M. Radding, The Origins of Medieval Jurisprudence - Pavia and Bologna 850-1150, New Haven, London 1988
- Reggi** Roberto Reggi, Ricerche intorno al beneficium inventarii, Mailand 1967
- Riccobono** Salvatore Riccobono, Dalla Communio del diritto quiritario alla comproprietà moderna, in: Essays in Legal History, herausgegeben von Paul Vinogradoff, Oxford 1913

- Rogerus** Rogerius, Summa codicis, in: Scripta anecdota glossatorum, Band 1 (Bibliotheca iuridica medii aevi), hrg. von Giovanni Battista Palmiero, 2. Auflage Bologna 1914, S. 47 ff.
- Saliceto** Bartholomaeus de Saliceto, [Commentariorum] pars tertia in quintum et sextum Codicis libros, Frankfurt am Main 1615
- Sanfilippo** Cesare Sanfilippo, Riflessioni sulla aditio mandato creditorum, Mélanges Philippe Meylan, Band 1, Lausanne 1963
- Savigny** Friedrich Carl von Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, 2. Ausgabe, Zweiter Band, Heidelberg 1834, Fünfter Band: Das dreizehnte Jahrhundert, Heidelberg 1850, Sechster Band: Das vierzehnte und fünfzehnte Jahrhundert, Heidelberg 1850
- Scheltema** H. J. Scheltema, Das Authenticum, in: TR 31 (1963), S. 275-284
- Schwind** Fritz Schwind, Römisches Recht, Band 1, Wien 1950
- Scherillo** Gaetano Scherillo, Inventario (Beneficio di) (Diritto romano), in: Novissimo digesto italiano, Band IX, Turin 1968, S. 8 ff.
- Schrage** Eltjo J. H. Schrage, Utrumque Ius, Eine Einführung in das Studium der Quellen des mittelalterlichen gelehrten Rechts, Berlin 1992
- Schulte** Johann Friedrich von Schulte, Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts, Band 2 - Von Papst Gregor IX. bis zum Concil von Trient, Stuttgart 1877 (Nachdruck Graz 1956)
- Seiler** Hans-Herrmann Seiler, zu Roberto Reggi, Ricerche intorno al beneficium inventarii, in: ZRG Rom. Abt. 85 (1968), S. 540 ff.
- Selb** Walter Selb, Sentiae Syriacae, Wien 1990

- Siber** Heinrich Siber, Geschichtliches und Rechtsvergleichendes über die Haftung für Nachlaßschulden, in: *Actorum academiae universalis iurisprudentiae comparativae*, Band 1, Berlin, London, Paris 1928, S. 986 ff.
- Siber** Heinrich Siber, Haftung für Nachlaßschulden nach geltendem und künftigem Recht (Schriften der Akademie für Deutsches Recht XI/2), Berlin/Leipzig 1937
- Sinatti d'Amico** Franca Sinatti d'Amico, Il concetto di prova testimoniale: spunti di una problematica nel pensiero dei Glossatori, in: *RSDI* 39 (1966), S. 155-192.
- Solazzi** Siro Solazzi, Il concorso dei creditori nel diritto romano, Band 2, Neapel 1938
- Solazzi** Siro Solazzi, Diritto ereditario romano, Teil II, Neapel 1933
- Solazzi** Siro Solazzi, L'estinazione dell'obligatione nel diritto romano, Band 1, 2. Auflage, Neapel 1935
- Summa Perusina** *Adnotationes Codicum Domini Iustiniani (Summa Perusina)*, ediert von Friderico Patetta, in: *BIDR* 12 (1900), S. 1 ff.
- Summa Trecensis** *Summa Trecensis*, in: *Summa Codicis des Irnerius*, herausgegeben von Hermann Fitting, Berlin 1894, S. 1 ff.
- Summa Vindobonensis** *Summa Vindobonensis*, in: *Scripta anecdota glossatorum*, Band 1 (*Bibliotheca iuridica medii aevi*), herausgegeben von Giovanni Battista Palmieri, 2. Auflage Bologna 1914, S. 269 ff.
- Vicini** Emilio Paolo Vicini, Profilo storico dell'antico studio di Modena (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena), Modena 1926
- Vincenti** Umberto Vincenti, „Duo genera sunt testium“, Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano, Padua 1989

- Voci** Pasquale Voci, *Diritto ereditario romano*, Band 1, 2. Auflage, Mailand 1967
- Voci** Pasquale Voci, *Inventario*, in: *Enciclopedia del diritto*, Band XXII,
- Weimar** Peter Weimar, *Accursius*, in: *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 1, München, Zürich 1980, Sp. 75 f.
- Weimar** Peter Weimar, *Albericus de Rosate*, in: *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 1, München, Zürich 1980, Sp. 282 f.
- Weimar** Peter Weimar, *Alexander de Imola*, in: *Lexikon des Mittelalters*, Band 1, München, Zürich 1980, Sp. 380.
- Weimar** Peter Weimar, *Azo*, in: *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 1, München, Zürich 1980, Sp. 1317
- Weimar** Peter Weimar, *Bartholomaeus de Saliceto*, in: *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 1, München, Zürich 1980, Sp. 1497
- Weimar** Peter Weimar, *Jacobus Buttrigarius*, in: *Lexikon des Mittelalters*, Band 5, München, Zürich 1991, Sp. 257
- Weimar** Peter Weimar, *Johannes Bassianus*, in: *Lexikon des Mittelalters*, Band 5, München, Zürich 1991, Sp. 556
- Weimar** Peter Weimar, *Brachylogus iuris civilis*, in: *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 2, München, Zürich 1983, Sp. 537
- Weimar** Peter Weimar, *Cino da Pistoia*, in: *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 2, München, Zürich 1983, Sp. 2089 f.
- Weimar** Peter Weimar, *Die legistische Literatur der Glossatorenzeit*, in: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Band 1, *Mittelalter (1100-1500)*, hrg. von Helmut Coing, München 1973, S. 129-260
- Weimar** Peter Weimar, *Nicolaus Matarellus*, in: *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 6, München, Zürich 1993, Sp. 1134

- Weimar** Peter Weimar, Odofredus de Denariis, in: Lexikon des Mittelalters, Bd. 6, München, Zürich 1993, Sp. 1361
- Weimar** Peter Weimar, Oldradus de Ponte, in: Lexikon des Mittelalters, Band 6, München, Zürich 1993, Sp. 1391
- Weimar** Peter Weimar, Placentinus, in: Lexikon des Mittelalters, Bd. 6, München, Zürich 1993, Sp. 2194
- Weimar** Peter Weimar, Révigny, Jacques de, in: Lexikon des Mittelalters, Bd. 7, München, Zürich 1995, Sp. 772
- Weimar** Peter Weimar, Rogerius, in: Lexikon des Mittelalters, Bd. 7, München, Zürich 1995, Sp. 946
- Wenger** Leopold Wenger, Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts, München 1925
- Wesener** Gunter Wesener, Beschränkungen der Erbenhaftung im römischen Recht: separatio bonorum und beneficium inventarii, in: Ars boni et aequi, Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Martin Josef Schermaier und Zoltán Végh, Stuttgart 1993, S. 401-416.
- Wesener** Gunter Wesener, Zur Erbenhaftung in historischer Sicht, in: Festschrift zum 90. Geburtstag von Ulrich von Lübtow, herausgegeben von Klaus Slapnicar, Rheinfelden, Berlin 1991, S. 113 ff.
- Wieacker** Franz Wieacker, Allgemeine Zustände und Rechtszustände gegen Ende des weströmischen Reichs, IRMAE Teil I, 2a, Mailand 1963
- Wieacker** Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage, Göttingen 1967
- Wieacker** Franz Wieacker, Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike, Heidelberg 1955

- Wiechmann** Dirk Wiechmann, Die separatio bonorum im klassischen römischen Recht, Pfaffenweiler 1992
- Windscheid** Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 3, 9. Auflage (bearbeitet von Theodor Kipp), Frankfurt a.M. 1906
- van de Wouw** H. van de Wouw, Guido de Baysio, in: Lexikon des Mittelalters, Band 4, München, Zürich 1989, Sp. 1774
- Zapp** Hartmut Zapp, Johannes Andreae, in: Lexikon des Mittelalters, Band 5, München, Zürich 1991, Sp. 555