ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

138. BAND

HERAUSGEGEBEN VON

ULRIKE BABUSIAUX, WOLFGANG KAISER, FRANZ-STEFAN MEISSEL, HANS-PETER HAFERKAMP, PETER OESTMANN, JOACHIM RÜCKERT, HEINRICH DE WALL, MATHIAS SCHMOECKEL, ANDREAS THIER

ROMANISTISCHE ABTEILUNG



2021

DE GRUYTER BERLIN

Totenfürsorge als Geschäftsführung ohne Auftrag? Actio funeraria und postmortaler Persönlichkeitsschutz

Von

Franz-Stefan Meissel*)

Dem ehrenden Angedenken an Peter E. Pieler (1941-2018)

Burying the dead as management of another's affairs. Actio funeraria and the protection of personality rights post mortem. The paper discusses the history and the function of the Roman actio funeraria. It is argued that the claim for reimbursement of the funeral of another person is historically older than the recognition of negotiorum gestio at large and can be seen as a precursor of the actio negotiorum gestorum.

Key Words: Actio funeraria, actio negotiorum gestorum, management of another's affairs, Roman funeral customs, personality rights post mortem

Inhalt: I. Einleitung. II. Zur Formelgestaltung der actio funeraria. III. Die actio funeraria als Aufwandersatzklage für spezielle Fremdgeschäftsführung. IV. Actio funeraria und der Schutz der postmortalen Persönlichkeit des Verstorbenen. V. Überlegungen zur Rolle des animus bei der actio funeraria. VI. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Für die meisten heutigen Juristen mag das Totenrecht als eher randständige Materie erscheinen, unter rechtshistorischen Gesichtspunkten aber entpuppt sich dieses als in vielerlei Hinsicht faszinierendes Thema. So kommt in der römischen Kultur den Rechtsfragen rund um den Tod des Menschen eine viel größere Rolle zu, als man zunächst vermuten würde. An der Schnittstelle von ius divinum, ius publicum und ius privatum kristallisieren sich so manche innovative Ansätze des römischen Rechts, die heute in ganz anderen Zusam-

^{*)} franz.stefan.meissel@univie.ac.at, Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte, Universität, A-1010 Wien, Austria

menhängen unser Rechtsleben prägen. Erinnert sei hier nur an die Dogmatik der anfänglichen objektiven (Teil-)Unmöglichkeit, die sich unter anderem bei Fällen ausgebildet hat, in denen ein Grundstück als *locus religiosus* infolge Bestattung eines Verstorbenen dem Rechtsverkehr entzogen war¹). Auch die Begräbnisvereine (*collegia funeraria*) könnten genannt werden, die für die Herausbildung der römischen Vorstellung von *corpus* und *universitas* als Vorstufen der modernen juristischen Person Pate gestanden sind.

Wie wir sehen werden, hat aber auch die *actio funeraria*, die Begräbnisklage oder besser Begräbniskosten-Erstattungsklage eine dogmenhistorisch höchst interessante Geschichte, welche einerseits in das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, aber auch zur Respektierung postmortaler Persönlichkeitsinteressen im Recht führt. Die *actio funeraria* gehört zweifellos zu den exotischeren Klagen des römischen Rechts. In Lehr- und Handbüchern wird sie kaum erwähnt; außer in ganz seltenen Spezialabhandlungen²) begegnet man ihr selbst in der Literatur zur *negotiorum gestio* meist nur in Fußnoten. Dabei wird in den Digesten im Titel 11,7 *De religiosis et sumptibus funerum et ut funus dicere liceat* durchaus prominent über sie berichtet³), und schon der genetische und strukturelle Zusammenhang mit den Klagen

¹⁾ Modestin 5 reg. D. 18,1,62,1.

²⁾ E. Chambon, Die Negotiorum gestio, Eine civilistische Abhandlung, Leipzig 1848, 197-208; H. Funcke, Die Actio Funeraria (Jur. Diss. Halle-Wittenberg), Halle/Saale 1890; P. De Francisci, La legittimazione attiva nell'azione funeraria, Il Filangieri 40 (1915) 14-36; P. De Francisci, La misura delle spese riperibili coll'actio funeraria, Rendiconti XLVII (1915) 295-307; J. Vazny, La funzione della "testatio" nel diritto funerario romano, Annali Palermo VI (1917) 481-495; P. De Francisci, La legittimazione passiva nell'azione funeraria, Annali Perugia 32 (1920); G. Donatuti, Actio funeraria, SDHI 8 (1942) 48–81; A. Cenderelli, Gestione d'affari ereditari ed edictum "de sumptibus funerum": punti di contatto ed elementi di differenziazione, in: Studi in onore di Arnaldo Biscardi I, Milano 1982, 265-287; A. Cenderelli, "Gerere Negotium Humanitatis", in: Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino II, Napoli 1984, 793-801; J. Paricio, Notas sobre el "edictum de sumptibus funerum", Studi Senesi 97 (1985) 452-461; E.J.H. Schrage, De opgedrongen verrijking: Over de actio funeraria, de actio negotiorum gestorum en de kosten van de begrafenis, Acta Juridica 1992, 48-56; J. Paricio, Acción funeraria, in: J. Paricio (Hg.), Derecho romano de obligaciones, Estudios José Luis Murga Gener, Madrid 1994, 687-694; F.M. Silla, Il rimborso delle spese funerarie in caso di prohibitio heredis, Ulp. 25 ad edictum D. 11.7.14.13, in: D. Mantovani/A. Schiavone (Hgg.), Testi e probleme del giusnaturalismo romano, Pavia 2007, 645-674.

³) D. 11,7,1; D. 11,7,12,2–D. 11,7,32; D. 11,7,37; D. 11,7,45; vgl. Ulp. 63 ed. D. 42,5,17pr.; Paul. sent. 1,21,10.

aus Geschäftsführung ohne Auftrag legt es nahe, sich mit ihr auseinanderzusetzen.

In jüngerer Zeit fand sie vereinzelt auch in der Forschung wieder etwas mehr Aufmerksamkeit: Eine Gerichtsentscheidung des Transkei High Court aus 2002⁴) veranlasste Philip Thomas, der Frage der heutigen Geltung der *actio funeraria* im südafrikanischen Recht nachzugehen⁵), und letztes Jahr erschien eine mit "Actio funeraria" übertitelte deutsche Dissertation, die vor allem den kodifikationsgeschichtlichen Hintergrund der Regelung der Geschäftsführung gegen den Willen in § 679 BGB beleuchtet⁶).

Nach der Überlieferung in Ulpian 25 ed. D. 11,7,12,2 versprach der Prätor in seinem Edikt: Quod funeris causa sumptus factus erit, eius reciperandi nomine in eum, ad quem res pertinet, iudicium dabo (wenn eines Begräbnisses wegen Aufwendungen gemacht worden sind, werde ich für deren Erstattung eine Klage gegen denjenigen gewähren, den diese Sache betrifft). Der Aufwand für das Begräbnis des Toten solle nach Ulpian ersetzt werden, ne insepulta corpora iacerent neve quis de alieno funeretur (damit kein Leichnam unbeerdigt bleibt oder auf fremder Leute Kosten beerdigt wird). Die Zielsetzungen der Klage waren also zweifacher Art: Einerseits geht es um das öffentliche Interesse, dass Leichen nicht unbestattet bleiben, zugleich aber auch um die privatrechtlich richtige Zuordnung des Aufwands, damit die Bestattung "de suo" (also grundsätzlich aus den Mitteln des Verstorbenen) erfolgt und bei Vornahme durch einen Dritten Aufwandersatz geleistet wird.

Bevor wir uns der *actio funeraria* näher zuwenden, noch ein paar Bemerkungen zur spezifischen Rolle des Todes und der damit zusammenhängenden mentalitätsgeschichtlichen Aspekte im antiken Rom. Der Tod ist in

⁴) Nodada Funeral Services CC v The Master and Others 2003 (4) SA 422 tk (HC); P. J. Thomas, Who shall pay for the funeral? – Nodada Funeral Services CC v The Master 2003 (4) SA 422 tk (HC), Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg/Journal for Contemporary Roman-Dutch Law 67 (2004) 331–335.

⁵) P.J. Thomas, The Actio Funeraria, in: R. van den Bergh/G. van Niekerk (Hgg.), Essays in Honour of Eric H. Pool = Fundamina 11 (2005) 321-334.

⁶⁾ O. Unger, Actio funeraria – "Prinzip" und "Fall" der verbotswidrigen Geschäftsführung ohne Auftrag, Tübingen 2018, S. 104–168 zur römischen Begräbnisklage im engeren Sinn; zur dogmengeschichtlichen Verbindung zwischen D. 11,7,14,13 und § 679 BGB bereits ausführlich K. Luig, Historische Beobachtungen zur Frage der Unbeachtlichkeit des entgegenstehenden Willens des Geschäftsherrn nach § 679 BGB bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, in: E. Bucher/C.-W. Canaris/H. Honsell/T. Koller (Hgg.), Festschrift für Wolfgang Wiegand, Bern 2005, 1015–1042 (bes. 1020ff.).

der Antike im Alltag und Bewusstsein der Menschen – viel stärker als dies heute der Fall ist – ein stets präsentes Phänomen. Die niedrige Lebenserwartung als Folge vielfacher Risiken (Säuglingssterblichkeit, Infektionskrankheiten⁷), Kriege, Kriminalität und sonstige private Gewalt, unbewältigbare Naturgewalten et cetera) und vergleichsweise beschränkter medizinischer Möglichkeiten trug dazu bei, dass Sterben keineswegs auf Personen höheren Alters beschränkt war. Wir finden einen gegenüber heute offeneren gesellschaftlichen Umgang mit dem Tod, welcher als selbstverständlicher Teil des Lebens angesehen wurde.

Sterben war für die Römer darüber hinaus ein wichtiger ökonomischer Faktor, da über Erbschaften und Vermächtnisse höchst relevante Vermögenstransfers stattfanden. Der letztwillige Erwerb stellte eine zentrale Erwerbsquelle insbesondere in der Oberschicht dar. Die große Menge an erbrechtlichen Erörterungen der römischen Juristen und die Intensität der Beschäftigung mit Subtilitäten des Testamentsrechts zeigen, dass dies auch in der rechtswissenschaftlichen Produktion deutliche Spuren hinterließ.

Testamente waren aber nicht nur Instrumente der Vermögenszuwendung post mortem, sondern zugleich ein Medium, um die eigene Stellung in der Gesellschaft und die Konformität mit sozialen Erwartungen öffentlich zu dokumentieren⁸). Mittels Testaments wurden Verwandte und Freunde bedacht, um den Erfordernissen der pietas und amicitia zu entsprechen, durch letztwillige Zuwendung konnte man sich als großzügiger und um die eigene Stellung besorgter Bürger in Erinnerung halten und auf diese Weise im Ansehen und im Gedächtnis der Überlebenden immortalitas erlangen⁹). Diese

⁷) Zu den medizinischen Gründen der niedrigen römischen Lebenserwartung vgl. etwa K. Harper, Fatum. Das Klima und der Untergang des Römischen Reiches, München 2020 (dt. Übersetzung von The Fate of Rome. Climate, Disease and the End of an Empire, Princeton 2017) 40f, 109–142.

⁸⁾ Vgl. E. Champlin, Final Judgments, Duty and Emotions in Roman Wills, 200 B.C.—A.D. 250, Berkeley 1991; Ch. Paulus, Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht, Zur gesellschaftlichen und rechtlichen Bedeutung einzelner Testamentsklauseln, Berlin 1992, bes. 44ff.; Derselbe, Auf der Suche nach Unsterblichkeit, Zur mentalitätsgeschichtlichen, sozialen und rechtlichen Bedeutung des Testaments im antiken Rom, Berlin 2018, bes. 40ff.; vgl auch J.W. Tellegen, The Immortality of the Soul and the Roman Law, in: O. Tellegen-Couperus (Hg.), Law and Religion in the Roman Republic, Leiden 2012, 181–202.

⁹) Man konnte das Testament freilich auch zur letzten "Abrechnung" nützen, um sich für Kränkungen zu rächen oder aber um sich über Überlebende lustig zu machen, Paulus, Persönlichkeit (Fn. 8) 75 = Derselbe, Unsterblichkeit (Fn. 8) 71.

römische Unsterblichkeitsvorstellung ist ganz auf die Erinnerung in der *me-moria* der Nachfahren (inklusive der Praxis des religiös gebotenen Totenkults) gerichtet und steht damit im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung des postmortalen guten Rufs. Der Pflege des postmortalen Ansehens dienten aber nicht nur Erbeinsetzungen und sonstige letztwillige Zuwendungen, sondern dazu gehörte auch die Sorge für ein standesgemäßes Begräbnis und Totendenkmal¹⁰). Die diesbezüglichen Anordnungen waren unabhängig vom Testament¹¹) Teil des "letzten Willens" im weiteren Sinn¹²).

Aus diesem Grund wird im Folgenden nicht nur dem Verhältnis zwischen den Klagen aus negotiorum gestio und actio funeraria nachgegangen werden, sondern es soll auch gezeigt werden, in welcher Weise die Handhabung der Begräbnisklage den postmortalen Schutz der Persönlichkeitsinteressen des Verstorbenen verwirklichte. Zunächst ein paar technische Bemerkungen zur Formel der actio funeraria.

II. Zur Formelgestaltung der actio funeraria

Bei der Begräbniserstattungsklage handelte es sich um eine prätorische *actio in factum*, die als *actio perpetua* nicht auf ein Jahr befristet war und sowohl aktiv als auch passiv auf Rechtsnachfolger überging¹³).

Nach Ulpian hatte die *actio funeraria* ihren Ursprung *ex bono et aequo*¹⁴), weshalb sie zur Gruppe der *in bonum et aequum* konzipierten Klagen gezählt wird. Ihre Formel dürfte nach Mantovani¹⁵) (in Anlehnung an die *actio iniuriarum*) etwa so gelautet haben:

Caius Aquilius iudex esto. Quod Aulus Agerius in funus Lucii Titii sumptum fecit, quantum bonum et aequum Caio Aquilio iudici videbitur Numerium Negidium eo nomine condemnari, tantam pecuniam Caius Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.

¹⁰) Vgl etwa J.M.C. Toynbee, Death and Burial in the Roman World, Aspects of Greek and Roman Life, London 1971; H. Häusle, Das Denkmal als Garant des Nachruhms, Beiträge zur Geschichte und Thematik eines Motivs in lateinischen Inschriften, München 1980; F. Feraudi-Grunéais, Inschriften und "Selbstdarstellung" in stadtrömischen Grabbauten, Rom 2003.

¹¹) Vorkehrungen für die Bestattung im Testament waren möglich, aber vermutlich nicht sehr häufig; vgl. Unger (Fn. 6) 124.

¹²) Paulus, Persönlichkeit (Fn. 8) 49 = Derselbe, Unsterblichkeit (Fn. 8) 45 mit Hinweis auf die letztwilligen Anordnungen des Augustus.

¹³) Ulp. 25 ad ed. D. 11,7,31,2.

¹⁴) Ulp. 25 ad ed. D. 11,7,14,6.

¹⁵) D. Mantovani, Le formule del processo privato romano, Padua ²1999, 74 Nr. 83, aufbauend auf O. Lenel, Edictum perpetuum, Leipzig ²1927, 229-231.

Caius Aquilius möge Richter sein. Was das betrifft, dass (oder: Weil) der Kläger Aulus Agerius für das Begräbnis des Lucius Titius Aufwendungen getätigt hat, so soll der Richter Caius Aquilius den Beklagten Numerius Negidius auf so viel, wie ihm aufgrund dessen gut und gerecht/recht und billig erscheint, verurteilen, wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen.

Anders als Mantovani stellt Lenels Rekonstruktion beim Kondemnationsteil nicht auf bonum et aequum, sondern nur auf die aequitas ab (quantae pecuniae aequum iudici videbitur¹⁶)). Dafür, dass – wie Lenel vermutet – die Formel nur in aequum concepta war, sprechen zunächst die zahlreichen Bezugnahmen auf die aequitas in den Entscheidungen zur actio funeraria. Tatsächlich wird von Ulpian in seinem Ediktkommentar auffällig oft auf den Maßstab der Billigkeit verwiesen¹⁷). Besonders deutlich wird dies in einer generalisierenden Aussage am Ende von D. 11,7,14,13, wo der spätklassische Jurist ausführt: et generaliter puto iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget (und grundsätzlich meine ich, dass ein gerechter Richter nicht bloß die Geschäftsführungsklage nachahmt, sondern freier der Gerechtigkeit folgt, weil ihm dies die Natur der Klage gestattet). Diese besondere Betonung der natura actionis, welche erfordere, freier der Einzelfallgerechtigkeit (aequitas) zu folgen, wurde früher für interpoliert gehalten, mit der neueren Forschung ist aber davon auszugehen, dass das Fragment 13 insgesamt allenfalls etwas verkürzt überliefert ist, der Sachgehalt der Aussage aber klassisch ist¹⁸).

Für Mantovanis Vermutung der Bezugnahme auf bonum et aequum lässt sich dagegen Ulpians Aussage ins Treffen führen, dass die Klage ex bono et aequo entstanden sei¹⁹), sowie die verbreitete Koppelung von bonum et aequum, die sich auch bei anderen Klagen – wie der actio rei uxoriae und der actio iniuriarum – findet²⁰). Statt des (kausal oder faktisch deutbaren) quod si ... erwägt Paricio auch eine Gestaltung, bei der die demonstratio mit si paret ... eingeleitet wird, meint aber, dass sich dies nicht definitiv entscheiden lässt²¹).

Insgesamt wird aus der Formelgestaltung deutlich, dass die Klageformel dem *iudex* einen besonders weiten Ermessensraum²²) eröffnet und ihrer For-

¹⁶) Lenel (Fn. 15) 231.

¹⁷) So etwa Ulp. 25 ad ed. D. 11,7,14,6; D. 10,13,16.

¹⁸⁾ Paricio, Acción funeraria (Fn. 2) 692.

¹⁹) D. 11,7,14,6.

²⁰) Vgl. insbesondere Mantovani (Fn. 15) 75 Fn. 324.

²¹) Paricio, Acción funeraria (Fn. 2) 688f.

²²) In diesem Sinne auch Th. Finkenauer, Die römischen Juristen und die Ge-

mulierung nach objektiv darauf abstellt, dass jemand einen fremden Begräbnisaufwand übernommen hat, den er von jemand anderem ersetzt erhalten soll. Der dem Klageanspruch zugrunde liegende Sachverhalt ließe sich allgemeiner gefasst auch so beschreiben, dass ein Aufwand für einen anderen getätigt wurde, welcher von der dafür zuständigen Person (nach dem Wortlaut des Edikts richtet sich die Klage *in eum ad quem ea res pertinet*)²³) refundiert wird.

Damit stellt sich aber die Frage, in welchem Verhältnis die *actio funeraria* zu Ansprüchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag steht, sowie wann und warum der Prätor überhaupt veranlasst wurde, die *actio funeraria* als eigene Klagemöglichkeit einzuführen.

III. Die actio funeraria als Aufwandersatzklage für spezielle Fremdgeschäftsführung

Die Nähe der Begräbnisklage zu den *actiones negotiorum gestorum* wird schon von den römischen Juristen deutlich gesehen, die in ihren Erörterungen der *actio funeraria* auf jene Terminologie zurückgreifen, die im Zusammenhang mit der Geschäftsführung ohne Auftrag verwendet wird. Für die Anspruchsberechtigung wird etwa darauf abgestellt, ob der Handelnde *quasi alienum negotium gerens*²⁴) tätig geworden sei.

Nur vor dem Hintergrund dieser Überzeugung von der Ähnlichkeit ist auch Ulpians emphatische Ansage zu verstehen, dass es für die sachgerechte Handhabung der actio funeraria nicht einfach genüge, die actio negotiorum gestorum nachzuahmen²⁵). Diese Aussage gibt m. E. auch einen ersten Hinweis auf die Einordnung des Verhältnisses zwischen actio funeraria und negotiorum gestio: Erstere ist als ein eigener Fall einer Fremdgeschäftsführung zu sehen, für den gewisse Besonderheiten charakteristisch sind. Auffällig ist allerdings, dass Ulpian nicht schlechthin von negotium alienum,

rechtigkeit, in: O. Höffe (Hg.), Recht und Gerechtigkeit, Freiburg 2014, 33; anderer Ansicht Unger (Fn. 6) 107, der meint, dass die Formel der *actio funeraria* "ungleich strenger als die *bonae fidei iudicia* des *ius civile*" gewesen sei, bei denen nicht nur der Umfang der Haftung, sondern auch der Bestand der Haftung als solche der richterlichen Billigkeit anheimgestellt war. Tatsächlich konnte auch bei der *actio funeraria* in bestimmten Fällen trotz Vornahme von Begräbnisaufwendungen die Haftung vom *iudex* schon dem Grunde nach verneint werden, vgl. nur Ulp. 25 ad ed. D. 11,7,14,10.

²³) Ulp. 25 ad ed D. 11,7,12,2.

²⁴) Vgl. Ulp. 25 ad ed. D. 11,7,14,7 (utrum negotium ... gerit); D. 11,7,14,9 (pro parte quasi negotium gerens); D. 11,7,14,11 (non hoc animo fecit quasi alienum negotium gerens).

²⁵) D. 11,7,14,13 (non meram negotiorum gestorum actionem imitari).

sondern leicht distanzierend von einem *quasi alienum negotium* spricht und die *mera imitatio* der Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag ausdrücklich ablehnt.

Vereinzelt wurde daher auch die Einordnung der Begräbnisklage als Spezialfall einer Geschäftsführung ohne Auftrag in Frage gestellt. So hat insbesondere Donatuti vertreten, dass bei der *actio funeraria* zwei wesentliche Elemente der Geschäftsführung ohne Auftrag fehlten: Erstens gebe es keinen Geschäftsherrn, und zweitens komme es nicht auf die Nützlichkeit der Geschäftsführung (*utiliter gestum*) an²⁶). Eine nähere Analyse der Quellen zeigt aber, dass beides nicht ganz zutrifft.

Erstens lässt sich als "Geschäftsherr" der *defunctus* oder sein Erbe sehen. Aufschlussreich ist dazu Ulpian 25 ad ed. D. 11,7,14,7, ein längeres Fragment, das wir der besseren Übersichtlichkeit wegen in der Folge in drei Abschnitten analysieren wollen:

Sed interdum is, qui sumptum in funus fecit, sumptum non recipit, si pietatis gratia fecit, non hoc animo quasi recepturus sumptum quem fecit: et ita imperator noster rescripsit.

"Zuweilen aber erhält jemand Aufwendungen, die er für ein Begräbnis gehabt hat, nicht ersetzt, wenn er sie nämlich aus Anteilnahme gemacht hat und nicht in der Absicht, die Aufwendungen, die er macht, ersetzt zu bekommen; so hat auch unser Kaiser [Antoninus Caracalla] auf Anfrage geantwortet"²⁷).

Zunächst führt Ulpian aus, dass der Ersatz der Begräbniskosten nicht stattfindet, wenn bei der Bestattung *pietatis gratia* gehandelt wurde und keine
Erstattungsabsicht (*animus quasi recepturus*) hinsichtlich des Aufwands bestand. Ulpian bezieht sich hier auf ein einschlägiges Reskript des Kaisers
Caracalla. Eine parallele Einschränkung des Aufwandersatzes, wenn der *ge- stor* ein Geschäft aus eigener pflichtgemäßer Anteilnahme (*pietate cogente*)
geführt hat, findet sich bekanntlich auch bei der *negotiorum gestio*²⁸).

In der Folge wendet sich Ulpian der Frage möglicher Abwägungen des *iudex* hinsichtlich des *animus* des Handelnden zu (*quo animo sumptus factus sit*):

Igitur aestimandum erit arbitro et perpendendum, quo animo sumptus factus sit, utrum negotium quis vel defuncti vel heredis vel ipsius humanitatis, an vero misericordiae vel pietati tribuens vel affectioni.

²⁶) Donatuti (Fn. 2) 49.

²⁷) Die Übersetzung folgt hier und auch im Folgenden F. Peters in: O. Behrends/R. Knütel/B. Kupisch/H.H. Seiler (Hgg), Corpus Iuris Civilis III: Digesten 11–20, Heidelberg 1999.

²⁸) Alle hiezu überlieferten Texte sind in der Severerzeit angesiedelt, vgl. Alex. C. 2,18,11 (a. 227); Gord. C. 2,18,15 (a. 239); Paul. 1 quaest. D. 3,5,3; Modest. 2 resp. D. 3,5,26,1.

"Darum muss der Richter abschätzen und prüfen, ob jemand ein Geschäft des Verstorbenen oder des Erben oder der Allgemeinheit besorgt hat oder ob er sich von Mitleid, Anteilnahme oder Zuneigung hat leiten lassen"²⁹).

Er stellt dabei zwei Fallgruppen alternativ gegenüber: einerseits Fälle, in denen der Wille darauf gerichtet war, ein Geschäft des Verstorbenen, des Erben oder der Menschheit zu führen (vel defuncti vel heredis vel ipsius humanitatis), oder aber ein Handeln aus Mitleid, Pflichtgefühl oder Zuneigung (an vero misericordiae vel pietati tribuens vel affectioni). Diese Gegenüberstellung ist wohl so zu verstehen, dass in den zuerst genannten Fällen eine actio funeraria dem Grund nach bejaht wird, in den Fällen der zweiten Gruppe hingegen der animus recipiendi nicht angenommen wird³⁰).

Erklärungsbedürftig erscheint der Hinweis auf ein mögliches negotium humanitatis. Cenderelli hat zunächst nur für die Varianten des negotium defuncti vel heredis eine Klage befürwortet, die Worte vel ipsius humanitatis dagegen als sinnlos ("prive di significato") und überaus dunkel ("piutosto oscure") angesehen; er spricht von einer "espressione barocca e ridondante". Unverständlich sei insbesondere die Gegenüberstellung zur zweiten Gruppe. wo mit der Bezugnahme auf das Mitleid und die persönliche Anteilnahme der Ersatz ja gerade verneint werde³¹). Allerdings lässt sich entgegen dieser Zweifel die Integrität auch dieses Satzteiles m.E. damit rechtfertigen, dass in bestimmten Situationen derjenige, der das Begräbnis vornimmt, gar keinen persönlichen Bezug zum defunctus oder dessen Erben aufweisen mag, sondern sich (etwa nach einer Epidemie³²)) tatsächlich aus Menschenfreundlichkeit (aber ohne Schenkungsabsicht) um eine Bestattung kümmert. Dementsprechend hat auch Cenderelli selbst in einem späteren Beitrag eingeräumt, dass man darin sehr wohl auch die Erfüllung einer Angelegenheit der Menschheit schlechthin sehen könne³³).

Den Schlussteil bildet dann die rhetorische Frage, ob die *pietas* nicht immer bei der Bestattung als Motiv vorhanden sei, und eine Klärung, dass die "allgemeine", für jedes Begräbnis typische Motivation durch *misericordia* bzw. *pietas* als solche noch kein zwingender Ausschlussgrund sei, man aber im Zweifel gut beraten sei, durch eine Verlautbarung vor Zeugen (*testatio*) klarzustellen, *quo animo* das Begräbnis vorgenommen werde:

²⁹) Übersetzung Peters (Fn. 27).

³⁰) Vgl. Funcke (Fn. 2) 20, der aus der kopulativen Konjunktion (vel ... vel ... vel ...) der drei Fälle auf die Gleichartigkeit der Rechtsfolge schließt.

³¹⁾ Cenderelli, Studi Biscardi I (Fn. 2) 278 mit Fn. 32.

³²⁾ Zum Problem der Bestattungen nach Epidemien vgl. etwa Unger (Fn. 6) 71.

³³) Cenderelli, Studi Guarino II (Fn. 2), 793–801, bes. 798.

Potest tamen distingui et misericordiae modus, ut in hoc fuerit misericors vel pius qui funeravit, ut eum sepeliret, ne insepultus iaceret, non etiam ut suo sumptu fecerit: quod si iudici liqueat, non debet eum qui convenitur absolvere: quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat? Oportebit igitur testari, quem quo animo funerat, ne postea patiatur quaestionem.

"Es kann jedoch noch das Ausmaß des Mitleids unterschiedlich beurteilt werden, je nachdem, ob derjenige, der die Bestattung vorgenommen hat, nur in dem Maße mitleidig oder wohltätig war, als er den Verstorbenen bestattet hat, dass er ihn nicht unbeerdigt lassen wollte, nicht auch in dem Maße, dass er dies auf eigene Kosten zu tun bereit war. Wenn dem Richter dieses klar ist, darf er die Klage gegen den, der auf Ersatz in Anspruch genommen wird, nicht abweisen. Wer beerdigt nämlich ohne eine Regung von Anteilnahme? Man muss also vor Zeugen erklären, wen man in welcher Absicht bestattet, um sich nicht später derartigen Fragen auszusetzen"³⁴).

Ulpian macht hier deutlich, dass animus nicht ein internes psychologisches Faktum darstellt, sondern diesem eine normative Qualität zukommt, und der animus daher unter Umständen auch nach außen kommuniziert werden muss. Ansonsten kann es sein, dass von Seiten des Beklagten der Einwand kommt, man habe ohnedies keinen Ersatz der Aufwendungen erwartet. Für die Suche nach dem dominus negotii bei der actio funeraria lässt sich aus Ulpians Ausführungen schließen, dass sowohl ein Handeln für den Verstorbenen als auch für den Erben, ja unter Umständen sogar aus Menschenfreundlichkeit in Frage kommt. An erster Stelle wird hier aber an ein Handeln für den defunctus gedacht, was damit zusammenpasst, dass die Quellen betonen, dass der Verstorbene de suo bestattet werden soll und (dazu noch näher unten) die Vornahme eines fremden Begräbnisses ein obligatorisches Band mit dem defunctus selbst schaffe (D. 11,7,1: ... cum defuncto contrahere creditur). Interessant ist weiters, dass in dem Fall, in dem der Handelnde als Geschäftsführer für den Erben agiert, an sich eine reguläre negotiorum gestio gegen diesen in Betracht käme, Ulpian dennoch aber in D. 11,7,14,7 (vielleicht zusätzlich zu einer actio negotiorum gestorum?) eine actio funeraria zu bejahen scheint35).

Zusammengefasst lässt sich also sagen, dass bei der Vornahme eines fremden Begräbnisses sehr wohl so etwas wie ein Geschäftsherr identifizierbar sein kann, Letzterer aber in erster Linie im Verstorbenen selbst gesehen wird,

³⁴) Übersetzung Peters (Fn. 27).

³⁵) Dies wirft auch die Frage der Subsidiarität der *actio funeraria* auf: Diese wird ja grundsätzlich nur dann gewährt, wenn es keine andere Klage gibt; möglicherweise gilt diese Einschränkung aber nicht für die Klagen aus *negotiorum gestio*.

also in einer Person, die als Rechtssubjekt nach dem Tod eigentlich gar nicht mehr existiert.

Was den zweiten Einwand Donatutis gegen die Einordnung der actio funeraria als Fall der Geschäftsführung ohne Auftrag anbelangt (dass es nicht auf das utiliter gestum ankomme), so ist Folgendes zu bedenken: Der Ersatz der Kosten ist davon abhängig, dass das Begräbnis im Sinne des Verstorbenen und in dem durch dessen Mittel vorgegebenen Rahmen ausgerichtet wurde. Ulpian (25 ed.) D. 11,7,12,5 umschreibt dies prägnant: Sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti (die Aufwendungen für das Begräbnis werden bemessen nach den Vermögensverhältnissen und dem Rang des Verstorbenen). Es findet also sehr wohl eine Überprüfung der Sachgerechtigkeit des Aufwands statt, wenn auch eine, die der Natur des Geschäfts, welches nicht nur durch ökonomische Kriterien bestimmt wird, angepasst ist. Auch die utilitas wird also keineswegs ignoriert, sondern bloß in einer spezifischen Art und Weise berücksichtigt, die einerseits auf die Intentionen des Verstorbenen Bezug nimmt und andererseits die Schicklichkeit und die Mittel der Erbschaft mit ins Kalkül nimmt.

Folgt man diesem Ansatz und versteht die Vornahme eines fremden Begräbnisses als negotium alienum, so fragt sich aber, warum denn die im klassischen römischen Recht wohletablierte Klage aus Geschäftsführung ohne Auftrag, eine actio negotiorum gestorum contraria, nicht einschlägig und ausreichend gewesen sein soll. Ein Erklärungsansatz könnte sein, dass die Begräbnisklage aus bestimmten Gründen doch nicht durch die Klagen aus negotiorum gestio substituierbar war. So geht die reguläre Geschäftsführung ohne Auftrag wohl davon aus, dass ein negotium eines Lebenden wahrgenommen wird. Dies trifft bei der Vornahme des Begräbnisses nicht zu, wenn man den defunctus als Geschäftsherrn sieht. Allerdings hatte der Prätor ja auch eigene actiones negotiorum hereditariorum gestorum³⁶) explizit für den Fall promulgiert, dass Geschäfte eines Verstorbenen (negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerunt³⁷)) geführt wurden. Damit schuf der Prätor für eine Geschäftsführung, die in die Zeit nach Tod des Erblassers und vor Antritt der Erbschaft fiel, spezifische Klagemöglichkeiten gegen und zugunsten des gestor, obwohl mangels Rechtspersönlichkeit der hereditas iacens streng genommen kein aktueller dominus negotii vorhanden war38). Unter einem solchen Geschäft, das zur noch nicht angetretenen Erbschaft gehört, lässt sich

³⁶) Vgl. Mantovani (Fn. 15) 56 Nr. 41 und 42.

³⁷) Ulp. 10 ad ed. D. 3,5,3pr.

³⁸) Ulp. 10 ad ed. D. 3,5,3,6.

z. B. eine Prozessführung für einen anderen anführen, den man für abwesend hält, während er bereits verstorben ist³⁹).

Ließe sich unter die Geschäftsführung "für die Erbschaft" aber nicht auch die Vornahme des Begräbnisses subsumieren? Manche schlossen dies mit dem Argument aus, dass sich die auf Erbschaftsangelgenheiten beziehende Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum hereditariorum gestio) nur auf Geschäfte beziehe, welche schon zu Lebzeiten des dominus begonnen worden waren⁴⁰). Schon der in D. 3,5,3,6 ausdrücklich genannte Fall der Prozessführung für einen vermeintlich Abwesenden, der tatsächlich aber verstorben ist, spricht aber gegen diese Annahme, wie auch die ebenfalls quellenmäßig genannte Einbeziehung von Geschäften hinsichtlich von erst nach dem Tod des ursprünglichen dominus entstandenen Sklavenkindern, Tierjungen oder Früchten⁴¹). Es ging also keineswegs nur um die Fortführung von Geschäften, welche bereits zu Lebzeiten des Verstorbenen für diesen begonnen worden waren.

Eine andere scharfsinnige, aber wohl allzu begrifflich operierende Unterscheidung ist mit prominenten Namen wie Antonius Faber und Christian Friedrich Glück verbunden: Diese setzten für die *actiones negotiorum hereditariorum* voraus, dass das Geschäft schon zu Lebzeiten hätte geführt werden können, was auf das Begräbnis aber nicht zutreffe⁴²). Wahr daran ist, dass man sich in der Tat nicht zu Lebzeiten begraben lässt. Aber auch diese Theorie ist nicht ganz stimmig, wenn man bedenkt, dass man sehr wohl bereits als Lebender das für das Begräbnis Erforderliche vorkehren kann und dafür auch bereits Ausgaben getätigt werden können⁴³). Plinius rät sogar da-

³⁹) Iulian 5 dig. D. 5,1,74,2. Cenderelli versteht auch den bei Callistrat 3 ed. mon. D. 3,5,28 diskutierten Fall, bei dem der testamentarisch als *tutor* für einen *postumus* Eingesetzte *interim* die Verwaltung für den *postumus* geführt hat, welcher dann aber gar nicht lebend auf die Welt kommt, als Anwendungsfall der *actio negotiorum hereditariorum*; mir erscheint dies aber nicht zwingend, da nicht klar ist, dass der Tutor bereits vor Antritt der Erbschaft tätig war.

⁴⁰) So aber Chambon (Fn. 2) 202 unter Berufung auf K.A. Schneider, Die allgemein subsidiären Klagen des römischen Rechts, Rostock 1834, 507f.; ähnlich Unger (Fn. 6) 166.

⁴¹) Ulp. 10 ad ed. D. 3,5,3,6.

⁴²) C.F. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, Bd. I, Erlangen 1809, § 772, 422f. unter Berufung auf das Diktum *vivus nemo sepelitur* bei A. Faber, Rationalia in Pandectas ad D. 11,7,1.

⁴³) Vgl. etwa den in Ulp. 25 ed. D. 11,7,14,2 thematisierten Fall, dass der Erblasser jemandem die Sorge für sein Begräbnis aufgetragen und diesem dafür eine Geldsumme gegeben hat.

zu, sich noch zu Lebzeiten selbst um alles zu kümmern, da man nicht wirklich zuverlässig auf die Nachgeborenen vertrauen könne⁴⁴).

Die voran gegangenen Überlegungen sprechen zumindest für eine große Nähe zwischen der Begräbnisklage und den Klagen aus negotiorum gestio, was dann aber zur Frage führt, warum Erstere nicht in Letzteren einfach aufgegangen ist, sondern parallel zu Letzteren Bestand hatte. Eine Erklärung der Koexistenz von actio funeraria und actio negotiorum gestorum könnte in der Chronologie gelegen sein: Nimmt man an, dass die actio funeraria älteren Ursprungs war, so wurde sie möglicherweise mit der Einführung der actiones negotiorum gestorum aus Gewohnheit und Konservativismus nicht beseitigt, obwohl auch eine Subsumtion der Rückforderung des Begräbnisaufwands unter die Klagen aus negotiorum gestio nicht undenkbar gewesen wäre⁴⁵).

An sich liegt es nahe, dass der Spezialfall des Aufwandersatzes für ein Begräbnis früher geschaffen wurde als die actiones negotiorum gestorum, welche sich auf eine viel größere Bandbreite von negotia alterius erstrecken. Für diese Vermutung würde m.E. auch die Überlegung sprechen, dass die Bestattung Verstorbener schon von Alters her als auch im Gemeininteresse erwünscht angesehen worden sein muss und vermutlich bereits die Pontifikaljurisprudenz diesbezüglich Vorsorge getroffen haben dürfte⁴⁶). Dass weiters eigens eine auf die Führung von Erbschaftsangelegenheiten abstellende actio negotiorum gestorum nach der bzw. neben der actio funeraria geschaffen wurde, könnte damit zu erklären sein, dass die Begräbnisklage ja nur den Ersatz der Bestattungskosten, aber keine sonstigen Ausgaben für Geschäfte des Verstorbenen betraf⁴⁷). Auch der Bericht bei Ulpian 25 ad ed. D. 11,7,16, dass es schon den veteres besonders gerecht erschien, Frauen quasi de patrimoniis suis, aus den Mitteln ihrer dos, zu bestatten, könnte mit dem Hinweis auf die veteres ein Indiz für das hohe Alter der actio funeraria sein. Allerdings kommt dem Begriff der veteres keine feste Bedeutung im Sprachgebrauch der römischen Juristen zu, wenngleich in der Regel damit die republikanische Jurisprudenz gemeint ist⁴⁸). Ebenfalls

⁴⁴) Plin. epist. 6,10,5: Tam rara in amicitiis fides, tam parata oblivio mortuorum, ut ipsi nobis debeamus etiam conditoria exstruere omniaque heredum officia praesumere.

⁴⁵) Cenderelli, Studi Biscardi I (Fn. 2) 265, 283f.; vgl. auch Unger (Fn. 6) 161.

⁴⁶) Dass das *ius honorarium* mit der *actio funeraria* "uralte Satzungen des priesterlichen Rechts" umgestaltet habe, vermutet Funcke (Fn. 2) 10.

⁴⁷) Vgl. Ulp. 25 ad ed. D. 11,7,12,6: ... continet autem funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumptuum.

⁴⁸) Vgl. nur F. Horak, Wer waren die veteres? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen, in: G. Klingenberg, Vestigia iuris romani: Festschrift für

auf einen Ursprung schon in der Zeit der späten Republik deutet, dass sich bereits der spätrepublikanische Jurist Trebatius (nach D. 11,7,14,11) mit der actio funeraria beschäftigt hat⁴⁹). Da dieser Jurist des ersten Jahrhunderts vor Christus im Zusammenhang mit einer speziellen Fallgestaltung genannt wird, dürfte die Schaffung der Klage noch vor seiner Zeit anzusetzen sein. Ein anderes Altersindiz könnte die formelmäßig als Vorbild dienende actio iniuriarum⁵⁰) sein. Für diese wird ein Entstehungszeitpunkt ca. 200 v. Chr.⁵¹) angenommen, was noch über ein Jahrhundert vor der Entstehung der actiones negotiorum gestorum liegt⁵²).

Von all diesen Indizien dürfte der Hinweis auf C. Trebatius Testa am belastbarsten sein: Der Bericht Ulpians spricht davon, dass dieser Zeitgenosse Ciceros (ca. 84 vor bis 4 nach Chr.) im Fall der Bestattung durch den vermeintlichen Erben die actio funeraria abgelehnt hat. Wenn man auch noch die Begründung – quia non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens – bereits dem Trebatius zuordnet (diese könnte aber auch von Proculus oder überhaupt erst Ulpian stammen), wären bereits in der späten Republik die Anforderungen von actio funeraria und negotiorum gestio parallel gesehen worden. Aus der Involvierung des Trebatius kann man jedenfalls schließen, dass die actio funeraria zumindest zur selben Zeit wie die actiones negotiorum gestorum aufgekommen ist, eher schon früher.

Dieser frühen Datierung steht in der Literatur allerdings die Auffassung von Donatuti diametral entgegen. Er hebt hervor, dass die Terminologie der Juristen zur actio funeraria aus der negotiorum gestio entlehnt sei und dies als Indiz für das höhere Alter der actio negotiorum gestorum anzusehen

Gunter Wesener, Graz 1992, 201–236; jüngst D. Mantovani, Quando i giuristi diventarono "veteres". Augusto e Sabino, i tempi del potere e i tempi della giurisprudenza, in: Atti del Convegno "Augusto. La costruzione del principato", Roma 2017, 257–325.

⁴⁹) Vgl. D. 11,7,14,11.

⁵⁰) Unger (Fn. 6) 162.

⁵¹⁾ Vgl. M. Kaser, ,Ius honorarium' und ,ius civile', ZRG RA 101 (1984) 1, 37.

Nach G. Finazzi, Ricerche in tema di negotiorum gestio, Bd. I, Neapel 1999, 172–175, sind Cic. off. 3,70 und Cic. nat. 3,74 einerseits (wo die negotiorum gestio bei der Aufzählung der bonae fidei iudicia noch fehlt) und Cic. top. 42 und 66 andererseits Indizien für eine Datierung der in ius konzipierten actio negotiorum gestorum zwischen 75 und 44 v. Chr. Die in factum konzipierte Klage aus negotiorum gestio ist nach herrschender Meinung aber älter und soll gegen Ende des 2. Jahrhunderts v. Chr. geschaffen worden sein; vgl. H.H. Seiler, Der Tatbestand der negotiorum gestio, Köln 1968, 314–323; G. Deppenkemper, Negotiorum gestio – Geschäftsführung ohne Auftrag, 2 Bde., Osnabrück 2014, hier Bd. I 211–240.

sei. Methodisch ist diese These Donatutis aber zu hinterfragen: Dass sich die Juristen (und namentlich die Spätklassiker) der aus den Diskussionen zur negotiorum gestio geläufigen Terminologie bedienten, um dogmatische Fragen auch der actio funeraria zu erörtern, sagt über das Alter der Klagen nichts aus, deutet aber auf die – von Donatuti gerade geleugnete – Ähnlichkeit dieser Klagen.

Letztlich überzeugt also die Gegenmeinung sehr viel mehr. Wir möchten somit davon ausgehen, dass die actio funeraria zwar eine Aufwandersatzklage ist, die strukturell mit der negotiorum gestio verwandt ist, zeitlich aber noch früher als diese vom Prätor geschaffen worden war. Plausibel erscheint das Fortbestehen der actio funeraria (neben den actiones negotiorum gestorum) weiters aufgrund der oben bereits diskutierten Besonderheiten, welche es nahelegen, die Refundierung des Begräbnisaufwands als einen Sonderfall einer Fremdgeschäftsführung zu sehen: Es liegt dabei kein rein vermögensmäßiges Geschäftsführung zu sehen: Es liegt dabei kein rein vermögensmäßiges Geschäftsführung zu sehen: Denkbar ist selbst eine zubringen ist, sondern bei dem unter Umständen auch andere passiv legitimiert sind, wie z.B. jene, die aus der dos profitieren. Denkbar ist selbst eine "Amtsgeschäftsführung" der Magistrate, die aus der Vermögensmasse des Verstorbenen noch vor Antritt der Erbschaft durch die Erben die Begräbnisaufwendungen dem in Vorlage Getretenen ersetzen.

Insgesamt geben die Quellen ein beredtes Zeugnis von der übergreifenden Vorstellung, dass man *de suo* (also auf eigene Kosten) zu begraben sei⁵⁴) und dass öffentliches und religiöses Interesse an der zügigen Vornahme eines angemessenen Begräbnisses bestand, auf das auch bei der Handhabung der *actio funeraria* Bedacht zu nehmen war. Darüber hinaus nahm der Begräbnisaufwand aber auch deshalb eine Sonderstellung ein, da die Vornahme des Begräbnisses in der Regel nicht als Geschäftsführung für den Erben⁵⁵), sondern für den *defunctus* verstanden wurde. Dazu passt, dass diese Kosten

⁵³) Insoweit zutreffend Donatuti (Fn. 2) 78: "La cura dei funerali di una persona non è un *negotium hereditatis* perchè non riguarda un bene, che posse considerarsi parte dell'eredità giacente."

⁵⁴) Vgl. Ulp. 25 ad ed. D. 11,7,14,1: satius est de suo testatorem funerari.

⁵⁵⁾ Aufgrund von D. 11,7,12,7 erscheint diesfalls eine Konkurrenz zwischen actio funeraria und einer regulären Geschäftsführung ohne Auftrag für den Erben denkbar, wobei hier die für andere Klagen – z. B. actio familiae erciscundae (Ulp. 25 ad ed. D. 11,7,14,12; Ulp. 2 disp. D. 10,2,49; Ulp. 63 ad ed. D. 42,5,17pr.) und actio mandati (Ulp. 25 ad ed. D. 11,7,14,15) – belegte Subsidiarität der actio funeraria möglicherweise nicht zum Tragen kam. Ulp. 25 ad ed. D. 11,7,14,16 berichtet, dass schon Labeo entschieden habe, dass mit der actio funeraria geklagt werden könne, selbst wenn die Geschäftsführung für den Erben von diesem nicht genehmigt worden sei.

unmittelbar den Nachlass minderten⁵⁶). Es ist der Wille des Verstorbenen, es sind seine Interessen und sein Ansehen, welche es zu respektieren galt und die mit dem *funus* gefördert werden sollten. Darin liegt eine spezifisch persönlichkeitsrechtliche Seite der römischen Ausgestaltung der Begräbnisklage, auf die nun näher eingegangen werden soll.

IV. Actio funeraria und der Schutz der postmortalen Persönlichkeit des Verstorbenen

Bei der Vornahme der Totenfürsorge handelt es sich nach modernem Verständnis um einen Fall der Wahrung postmortaler Persönlichkeitsrechte⁵⁷). Auch für die heutige Dogmatik stellt sich dabei die kontrovers diskutierte Frage, wer denn als Rechtsträger der postmortalen Persönlichkeitsrechte anzusehen sei. Manche sehen hier den Verstorbenen selbst als Rechtsträger, was aber problematisch ist, da die Rechtssubjektivität mit dem Tod endet. Die herrschende Meinung geht dementsprechend davon aus, dass es die Hinterbliebenen (d. h. die "nahen Angehörigen" des Toten) sind, die zur allfälligen Durchsetzung der postmortalen Rechte berufen sind58). Aber auch dann ist unklar, ob die nahen Angehörigen eigene Rechte oder – gleichsam treuhändig - die Rechte des Verstorbenen geltend machen. Hiezu finden wir bei der actio funeraria eine Reihe von Hinweisen, die darauf deuten, dass das Begräbnis (noch) als Angelegenheit des defunctus angesehen wurde und die Juristen davon ausgingen, dass der Begräbnisaufwand im Regelfall für diesen erbracht wird. Dafür spricht zunächst schon die Wortwahl, wenn als hinter der actio funeraria stehender Grundsatz die Regel genannt wird, der Verstorbene solle de suo begraben werden. Ohne den allzu sehr strapazieren zu wollen, wird hier der defunctus in gewisser Weise noch als Vermögensträger seiner Hinterlassenschaft angesprochen. Noch deutlicher ist die Aussage in D. 11,7,1, derzufolge der Begräbnisaufwand als ein contrahere cum defuncto aufgefasst wird:

Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede – "wer etwas für ein Begräbnis aufwendet, von dem nimmt man an, dass er ein Schuldverhältnis mit dem Verstorbenen eingeht, nicht mit dem Erben"59).

⁵⁶) Vgl. Maecian 8 fideicomm. D. 11,7,45, wonach die Ausgaben für die Bestattung immer vom Nachlass abgezogen werden (*impensa funeris semper ex heredidate deducitur*) und selbst bei überschuldetem Nachlass allen anderen Schulden vorgehen.

⁵⁷) Für das österreichische Recht dazu F.-St. Meissel in: A. Fenyves/F. Kerschner/A. Vonkilch, Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Wien ³2014, § 16 ABGB Rz. 178ff.

⁵⁸) Vgl. Meissel (Fn. 57) § 16 Rz. 173; ausführlich dazu J. Pierer, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten, Juristische Schriftenreihe 268 (2018) 43ff.

⁵⁹) Übersetzung Peters (Fn. 27).

Das von den Kompilatoren an den Beginn des Titels 11,7 gerückte Ulpian-Fragment stammt aus dessen zehntem Buch des Ediktkommentars, in dem an sich die *negotiorum gestio* behandelt wird. Cenderelli folgerte daraus, dass sich die Aussage gar nicht auf die *actio funeraria* bezogen habe, sondern auf die *actio negotiorum gestorum*⁶⁰). Allerdings bleibt der genaue palingenetische Zusammenhang des Textes mysteriös. Es ist meines Erachtens trotz der *inscriptio* keineswegs ausgeschlossen, dass sich Ulpians Aussage sehr wohl auf die *actio funeraria* bezog und nicht erst im justinianischen Recht dieses Verständnis erhielt.

Als wahrscheinlich ist anzunehmen, dass *contrahere* hier jedenfalls nicht technisch verwendet wird, sondern in einem figurativen Sinn⁶¹). Zu beachten ist, dass auch nicht von einem Kontrakt die Rede ist, sondern *contrahere* hier allgemeiner im Sinne der Schaffung einer obligatorischen Beziehung zu verstehen ist⁶²). Bezogen auf die *actio funeraria* ist dabei vor allem daran zu denken, dass die maßgebliche Bezugsperson für die Bemessung des Begräbnisaufwands nicht der Erbe, sondern die Person des Bestatteten ist:

Für die Beurteilung des angemessenen Begräbnisaufwands ist auf die *dignitas* des Verstorbenen abzustellen (*aequum autem accipitur ex dignitate eius qui funeratus est ...*⁶³)) (D. 11,7,14,6). Erster Ansatzpunkt ist darüber hinaus die *voluntas testatoris*, allerdings im Rahmen seiner Vermögensverhältnisse (*pro modo facultatium*). So ist dem Willen dann nicht zu entsprechen, wenn er das rechte Maß des Vermögens übersteigt (*si res egrediatur iustam sumptus rationem*⁶⁴)), aber auch sonst ist der Aufwand nicht in voller Höhe zu ersetzen, wenn er als unangemessen hoch (*immodice factum*) erscheint. Ähnlich wie bei der Testierfreiheit besteht eine weitgehende Privatautonomie mit einer gewissen sozialen Kontrolle, in der auf die Interessen der Erben und sonstigen Rechtsnachfolger, aber auch auf die gesellschaftliche Angemessenheit Rücksicht genommen wird. Auch Letzteres dient aber in gewisser Weise dem Respekt und Ansehen des Verstorbenen, der als *vir bonus* in Erinnerung bleiben soll.

⁶⁰) A. Cenderelli, Divagazioni sul contratto di gestione d'affari, Ivris Vincvla, Studi in onore di Mario Talamanca II, Napoli 2001, 133-145 (136f.).

⁶¹) Als "metaphorisch bizarr" bezeichnet es dagegen Unger (Fn. 6) 165 unter Berufung auf Cenderelli, Studi Biscardi I (Fn. 2) 267.

⁶²) Vgl. Cenderelli (Fn. 60) 137. Zur vereinzelten (ebenfalls "untechnischen") Bezeichnung einer *negotiorum gestio* als *contractus* siehe Paul. 7 Plaut. D. 3,5,15.

⁶³⁾ Ulp. 25 ed. D. 11,7,14,6.

⁶⁴) Ulp. 25 ed. D. 11,7,14,6.

Der persönlichkeitsrechtliche Aspekt der Art und Weise des Begräbnisses kommt schließlich besonders deutlich in jenem Fall zum Tragen, in dem der Aufwandersatz deshalb verneint wird, weil die unangemessen karge Bestattung als Beleidigung gegenüber dem wohlhabenden Verstorbenen qualifiziert wird (Ulp. 25 ad ed. D. 11,7,14,10):

Iudicem, qui de ea aequitate cognoscit, interdum sumptum omnino non debere admittere modicum factum, si forte in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus factus sit: nam non debet rationem habere, cum contumeliam defuncto fecisse videatur ita eum funerando

"Der Richter, der über die Aufwendungen nach Billigkeit entscheidet, dürfe zuweilen Aufwendungen in zu bescheidener Höhe überhaupt nicht berücksichtigen, etwa wenn der Aufwand allzu bescheiden ausgefallen ist, um den Verstorbenen, der wohlhabend war, zu verunglimpfen; er darf nämlich die Aufwendungen nicht berücksichtigen, wenn es so aussieht, als habe man dem Verstorbenen, indem man ihn so bestattete, eine Beleidigung zugefügt"65).

Die Schmach wird als eine gegen den Verstorbenen (und nicht etwa gegen den Erben) gerichtete gesehen, was gedanklich voraussetzt, dass der *defunctus* in gewisser Weise weiterhin als Person behandelt wird. Mit einem allzu dürftigen Begräbnisaufwand wird seine postmortale Ehre verletzt, was zur Ablehnung des Kostenersatzes über die *actio funeraria* führt.

Während in diesem Text die contumelia nur zum Verlust des Aufwandersatzes führt, stellt sich die Frage, ob Angriffe auf die postmortale Ehre auch Ansprüche aus einer Injurienklage generieren können. Tatsächlich ist dies nach Ulp. 56 ed D. 47,10,1,6 denkbar, insoweit dem bestatteten oder unbestatteten Leichnam eine iniuria zugefügt wurde. Klageberechtigt sind hier nach Antritt der Erbschaft der Erbe, wobei Ulpian dies damit begründet, dass die Ehrverletzung quodammodo (auch) gegen den Erben gerichtet sei, da es immer dem Erben daran gelegen sei, die existimatio des Verstorbenen rein zu halten66). Dass eine Beleidigung des Toten zugleich auch den Ruf der Erben beeinträchtige, sagt auch Ulpian (56 ed. D. 47,10,1,4), wenn betont wird, dass eine iniuria gegen den cadaver defuncti auch die existimatio der Erben beschädige und diese daher klagslegitimiert seien. Das auch heute noch zwischen postmortalem Schutz des Verstorbenen und Andenkenschutz der Hinterbliebenen anzutreffende Spannungsverhältnis findet sich also in Ansätzen bereits im Denken der römischen Juristen.

⁶⁵⁾ Übersetzung Peters (Fn. 27).

⁶⁶) Ulp. 56 ad ed. D. 47,10,1,6. Pierer (Fn. 57) 19 sieht hier zu Recht Anklänge an die moderne Theorie des mittelbaren Schutzes postmortaler Rechte.

Die Bezugnahme auf die Person des Verstorbenen in der Handhabung der *actio funeraria* könnte aber auch neues Licht auf die Frage des Aufwandersatzes bei einer Bestattung entgegen eines Verbots des Erben bringen. Lange Zeit wurde die bei Ulpian D. 11,7,14,13 überlieferte Entscheidung Labeos, der zufolge auch bei Verbot des Erben der Begräbnisaufwand mittels *actio funeraria* verlangt werden kann, als in einem Spannungsverhältnis zu den Regeln der Geschäftsführung *prohibente domino* gesehen⁶⁷).

Dazu ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass die Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn im klassischen Recht kontrovers gewesen sein dürfte⁶⁸). Eine Reihe von Juristen wie Salvius Iulianus und Paulus verneinen hier eine Klage aus GoA. Zumindest eine analoge *actio negotiorum gestorum contraria* dürfte hier von manchen Juristen gewährt worden sein, wie wir aus Paulus 9 ad ed. D. 17,1,40 wissen⁶⁹). Justinian greift die Frage der *negotiorum gestio nolente et specialiter prohibente domino* in einer Reformkonstitution⁷⁰) auf und schließt sich ausdrücklich der Meinung Julians⁷¹) an: Weder die *actio negotiorum gestorum* noch die analoge *actio utilis* stehen demgemäß zu, wenn der Geschäftsherr widersprochen und die Geschäftsführung verboten hat⁷²). Wenn nun aber im klassischen Recht bei der *negotiorum gestio* unterschiedliche Auffassungen dazu vorhanden waren, so erscheint eine bejahende Entscheidung Labeos einer Bestattung *prohibente herede* bei der *actio funeraria* selbst bei paralleler Betrachtung zur *negotiorum gestio* keineswegs undenkbar.

Entscheidender scheint mir aber zu sein, dass nach dem vorhin Argumentierten die häufig (so zuletzt auch von Oliver Unger) getroffene Annahme, der Erbe sei hier gleichsam als *dominus negotii* zu betrachten, dem Regelungsre-

⁶⁷) Dazu zuletzt ausführlich Unger (Fn. 6) 142-157.

⁶⁸) Seiler (Fn. 52) 86-93.

⁶⁹) Paul. 9 ed. D. 17,1,40; vgl. auch den Kontroversenbericht bei Iust. C. 2,18,24pr. und 1 (a. 530). Bezweifelt wird von manchen, ob die in der justinianischen Konstitution behauptete frühere vereinzelte Bejahung einer direkten Klagemöglichkeit aus *negotiorum gestio* (und nicht bloß einer analogen) glaubwürdig ist; dafür aber Seiler (Fn. 52) 93. Manche halten die in D. 17,1,40 erwähnte *actio utilis* für nachklassisch, zuletzt Deppenkemper (Fn. 52) II, 88.

⁷⁰) Iust. C. 2,18,24pr. und 1 (a. 530).

⁷¹) Von dieser ablehnenden Haltung Julians zeugt auch der Bericht bei Ulp. 10 ed. D. 3,5,7,3; gegen die Anwendung der *negotiorum gestio* bei Verbot des Geschäftsherrn auch Labeo (vgl. Ulp. 25 ad ed. D. 11,7,14,13) und Pap. 2 resp. D. 3,5,30,4.

⁷²) Für die Übernahme einer Bürgschaft gegen den Willen besteht nach justinianischem Recht aber eine Regressmöglichkeit aufgrund des *beneficium cedendarum actionum* (vgl. Nov. 4,1).

gime der actio funeraria nicht entspricht. Wenn es auf ein Verbot ankommen soll, dann müsste der Wille des Verstorbenen maßgeblich sein und darüber hinaus das, was nach den sozialen Standards des Verstorbenen als aequum anzusehen ist. Das alleinige Abstellen auf eine allfällige prohibitio des Erben erschiene vor diesem Hintergrund jedenfalls nicht sachgerecht. Ulpian macht dies in einer der von ihm gebildeten Varianten deutlich, wenn er den Fall anführt, dass der Verstorbene jemandem die Bestattung aufgetragen, der Erbe sie dann aber verboten habe.

Allerdings mag es für ein Verbieten des Begräbnisses durch den Erben sehr wohl gute Gründe geben – so etwa wenn der Erbe selbst die Bestattung vornehmen wollte oder es andere legitime Gründe gibt, warum die Bestattung nicht erfolgen soll (oder zumindest nicht durch die Person, die sie konkret beabsichtigt). Daher hat schon Labeo nach Ulpians Bericht entschieden, dass die *actio funeraria* bei Verbot des Erben nach Prüfung der Lage des Falles (*ex causa*) zustehen könne (und nicht schlechthin immer). Auch Ulpian kommt zum Schluss, dass der *iudex* hier stärker der Einzelfallgerechtigkeit Rechnung tragen muss (*solutius aequitatem sequi*)⁷³) und es nicht ausreiche, einfach die Regeln der *actio negotiorum gestorum* (bei der das Verbot der Geschäftsführung durch den *dominus* zur Verneinung des Ersatzes geführt haben mag) zu imitieren.

V. Überlegungen zur Rolle des animus bei der actio funeraria

Nicht nur das Verbot der Geschäftsführung durch den Erben, sondern auch die Relevanz des *animus gerendi* führt uns noch einmal zur Frage der Parallelität zwischen *actio funeraria* und *actio negotiorum gestorum*. Bekanntlich ist für die *negotiorum gestio* die Frage des *animus rem alteri gerendi* ein altes Streitthema, welches in der Romanistik des frühen 20. Jahrhunderts zu zwei diametral entgegengesetzten Positionen geführt hat. Während Josef Partsch⁷⁴) meinte, dass für die *negotiorum gestio* der klassischen Zeit lediglich der objektive Tatbestand maßgeblich gewesen sei und dem entgegenstehende Stellen interpoliert seien, vertrat insbesondere Salvatore Riccobono⁷⁵)

⁷³) Zur Billigkeitsentscheidung des *iudex iustus* bei Ulp. 25 ad ed. D. 11,7,1,13 siehe auch Finkenauer (Fn. 22) 30-34.

⁷⁴) J. Partsch, Studien zur negotiorum gestio, Heidelberg 1913, 37; Derselbe, Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften, Berlin 1931, 88.

⁷⁵) S. Riccobono, Dal diritto romano classico al diritto moderno: La dottrina delle ,obligationes quasi ex contractu', Annali Palermo 3/4 (1917) 221ff., insbesondere 243, 247, 258; Derselbe in Rivista del diritto commerciale 15 (1917) 369ff.;

umgekehrt, dass der Fremdgeschäftsführungswille stets zum Kerntatbestand gehört habe und erst unter Justinian beseitigt worden sei.

Die plausible, auf Ernst Rabel⁷⁶) zurückgehende vermittelnde Ansicht nimmt an, dass für die klassischen Juristen ein *animus negotia aliena gerendi* kein eigenständiges Erfordernis dargestellt habe⁷⁷), dass aber subjektive Elemente regelmäßig insbesondere für die Frage der Zuordnung eines Geschäfts als *negotium alienum* berücksichtigt worden seien⁷⁸). Weiters wird heute stärker mit divergierenden Ansätzen einzelner Juristen (*ius controversum*)⁷⁹) sowie einzelfallbezogenen⁸⁰) Lösungen gerechnet. Während z. B. Labeo⁸¹), Trebatius und

kritisch dazu bereits E. Rabel, Negotium alienum und animus, Studi in onore di Pietro Bonfante IV, Mailand 1930, 279ff., der zum Ergebnis kommt, dass der Fremdgeschäftsführungswille kein selbständiges Tatbestandsmerkmal der klassischen *negotiorum gestio* war.

⁷⁶) Rabel (Fn. 75) 279ff.

⁷⁷) Im Edikt wird jedenfalls der Fremdgeschäftsführungswille nicht eigens angesprochen, es bildet sich auch kein technischer Sprachgebrauch bei den Juristen; dafür aber, dass dem Geschäftsführungsbegriff (negotia alterius gerere) des klassischen Rechts der Fremdgeschäftsführungswille "inhärent" sei, z.B. R. Wittmann, Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag, München 1981, 45. Als "typische Voraussetzung" qualifiziert die Geschäftsführungsabsicht Th. Mayer-Maly, Probleme der negotiorum gestio, ZRG RA 86 (1969) 426, der annimmt, dass die entgegenstehenden Texte "atypische Situationen" betreffen.

⁷⁸) Seiler (Fn. 52) 22-38; J.D. Harke, Geschäftsführung und Bereicherung, Berlin 2007, 19-35.

⁷⁹) Mayer-Maly (Fn. 77) 26–428; ausführlich dazu auch G. Finazzi, Ricerche in tema di *negotiorum gestio*, Band II, Neapel 2003, 114–278. Auf der Grundlage der von ihm postulierten, aber umstrittenen Annahme einer Zuordnung der römischen Juristen zur Richtung entweder eines "prinzipiellen Rechtsdenkens" (Sabinianer) oder aber "institutionellen Rechtsdenkens" (Prokulianer) glaubt O. Behrends, Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht, ZRG RA 95 (1978) 215, dass für die Vertreter des "institutionellen Rechtsdenkens" eine "bewußt fremdnützige menschenfreundliche Intention des Handelns" erforderlich gewesen sei, nicht aber für jene römischen Juristen, die er dem "prinzipiellen Rechtsdenken" zuordnet.

⁸⁰) So werden etwa Afr. 8 quaest. D. 3,5,48 und Pap. 6 quaest. D. 5,3,50,1 von vielen als atypische Sonderfälle gesehen; gegen die Einordnung als "Sonderfälle" dagegen Harke (Fn. 78) 30–34; Derselbe, ZRG RA 126 (2009) 607.

⁸¹) Labeo in Ulp. 10 ad ed. D. 3,5,5,5 verneint bei einer eigennützig intendierten Geschäftsführung (sui lucri causa) das Vorliegen einer negotiorum gestio, weil sie nicht den Nutzen des Geschäftsherrn zu befördern trachtet (ganz h.L.); a.A. Harke (Fn. 78) 29). Labeo (in Paul. 2 Nerat. D. 3,5,18,2) verneint – anders als Celsus in Pomp. 11 Sab. D. 13,6,13,2 – beim liber homo bona fide serviens, der auf Weisung des vermeintlichen dominus gehandelt hat, das Vorliegen eines Mandats, weil er quasi

Proculus⁸²), Cervidius Scaevola⁸³) sowie Paulus⁸⁴) für die *negotiorum gestio* auf den Fremdgeschäftsführungswillen rekurrieren, scheinen andere Juristen⁸⁵) stärker auf die bloß objektive Fremdheit abzustellen.

Was die Formeln der Klagen anbelangt, so sticht nach den Rekonstruktionsversuchen der hervor, dass sowohl bei der actio negotiorum gestorum als auch bei der actio funeraria die Klage rein objektiv gefasst und auf das negotia alterius gerere bzw. das in funus sumptum facere als Fakten abstellt. Dennoch spielt der animus in vielen Zusammenhängen für die Juristen eine entscheidende Rolle. Bei der actio funeraria haben wir oben bereits bei D. 11,7,14,7 gesehen, dass Ulpian in seinem Ediktkommentar danach entscheidet, quo animo sumptus factus sit. Von Caracalla berichtet Ulpian, dass dieser in einem Reskript den Ersatz der Begräbniskosten verneint habe, wenn der Aufwand pietatis causa getätigt wurde und damit ohne den Willen, diese ersetzt zu bekommen (animus quasi recepturus).

Aus der Diskussion der Bestattung gegen den Willen des Erben wiederum erfahren wir etwas über den prozessualen Mechanismus. In D. 11,7,14,13 diskutiert Ulpian den Fall, dass einem *filius* vom Erben die Bestattung des Vaters untersagt wurde und er diese dennoch vornahm:

... Quid enim si filium testatoris heres eius prohibuit? Huic contradici potest: "ergo pietatis gratia funerasti". Sed pone me testatum: habiturum me funerariam actionem: de suo enim expedit mortuos funerari. ...

"Was soll nämlich gelten, wenn der Erbe dem Sohn des Erblassers [die Bestattung] verboten hat? Gegenüber dem Sohn lässt sich einwenden: "Du hast also aus Kindesliebe bestattet". Aber nimm an, ich hätte vor Zeugen erklärt, dass ich mir die Begräbnisklage vorbehalte. Es ist nämlich sachgerecht, dass die Verstorbenen auf ihre Kosten bestattet werden. …"86).

Wenn der Sohn vom Erben die Erstattung der Kosten verlangt, so könne ihm dieser entgegenhalten, er habe sich doch aus *pietas* des Begräbnisses angenommen: "*ergo pietatis gratia funerasti*"87). Dieser Einwand schlägt nach

ex necessitate servili gehandelt habe, bejaht aber negotiorum gestio, da die affectio bestanden habe, für den Schein-Dominus ein Geschäft zu führen.

⁸²) Trebatius und Proculus in Ulp. 25 ad ed. D. 11,7,14,11 (allerdings zur *actio funeraria*).

⁸³⁾ Scaev. 1 resp. D. 17,1,60,1; Finazzi II (Fn. 79) 192–196.

⁸⁴) Paul. 2 ad Nerat. D. 3,5,18,3; Paul 32 ad ed. D. 17,1,22,10; Paul. 2 sent. D. 27,3,24 (nur *actio utilis*); Finazzi II (Fn. 79) 222–271.

⁸⁵⁾ Pap. 9 quaest. D. 16,1,6 und 7; Ulp. 10 ad ed. D. 3,5,5,4 und 5; Ulp. 25 ad ed. D. 11,7,14,6 (zur *actio funeraria*); Finazzi II (Fn. 79) 196–222.

⁸⁶⁾ Übersetzung Peters (Fn. 27).

⁸⁷) Die Erörterung Ulpians geht offenbar davon aus, dass der Einwand der *prohibitio* allein den Anspruch keineswegs ausschließen würde.

Ulpian aber dann nicht durch, wenn der *filius* sich den Aufwandersatz mittels *actio funeraria* in einer *testatio* ausdrücklich vorbehalten habe.

Ulpians Erörterung macht es plausibel, dass der Wille, die Aufwendungen erstattet zu bekommen (animus quasi recepturus), kein Tatbestandselement war, das vom Kläger vorzubringen war, sondern umgekehrt der Beklagte dessen Mangel (oder vielleicht besser: dessen Überlagerung durch ein vorherrschendes anderes Motiv wie pietas oder eine sonstige Variante des animus donandi) einwenden und beweisen musste. Diesbezüglich mag man eine gewisse Parallele zur negotiorum gestio sehen und auch für Letztere vermuten, dass der Ausschluss des Aufwandersatzes in der Regel nur dann zum Tragen kam, wenn dem Handelnden entgegengehalten werden konnte, er habe donandi causa oder sonstwie in eigener Sache agiert.

Nimmt jemand in der irrtümlichen Annahme, Erbe zu sein, das Begräbnis des Verstorbenen vor, so dürfte die Gewährung der actio funeraria strittig gewesen sein. Für einen solchen Fall einer irrtümlichen Eigengeschäftsführung verneinen (nach Ulp. 25 ed. D. 11,7,14,11) Trebatius und Proculus, die ja auch bei der negotiorum gestio hinsichtlich des Erfordernisses des animus rem alteri gerendi strenger als andere Juristen sind, die Zuerkennung des Aufwandersatzes, da es am animus quasi alienum negotium gerendi mangle. Ulpian hingegen möchte den Aufwandersatz je nach Sachlage durchaus gewähren (puto tamen et ei ex ea causa dandam actionem funerariam)88). Auch Paulus, der bei der negotiorum gestio den Fremdgeschäftsführungswillen regelmäßig betont, ist hier großzügiger: Von Paulus wird einem possessor hereditatis, der im Prozess um die Erbenstellung schließlich unterlegen ist, der Ersatz der getätigten Begräbniskosten zuerkannt89).

Insgesamt spricht somit vieles dafür, dass die subjektive Bezogenheit auf einen bestimmten Geschäftsherrn bei der *actio funeraria* gegenüber der *negotiorum gestio* keine große Rolle gespielt hat. So ist ja selbst bei der *negotiorum gestio* die Gewährung der Klage nicht ausgeschlossen, wenn man bezüglich der Person des Geschäftsherrn einem Irrtum unterlegen ist⁹⁰). Eine

⁸⁸⁾ Ulp. 25 ad ed. D. 11,7,14,11.

⁸⁹) Paul. 27 ad ed. D. 11,7,32pr., wobei es die Formulierung *utilem esse ei funera-* riam actionem als denkbar erscheinen lässt, dass Paulus eine actio utilis gemeint hat. Aufgrund des weiten Spielraums der in bonum et aequum konzipierten Klage ist dies aber eher unwahrscheinlich. Peters (Fn. 27) übersetzt jedenfalls schlicht: "stehe ihm die Begräbnisklage zur Verfügung"; in diesem Sinn auch Unger (Fn. 6) 131; anders Glück (Fn. 42) § 772, 427, der hier von einer actio funeraria utilis ausgeht.

⁹⁰) Ulp. 10 ad ed. D.3,5,5,1; vgl. auch Afr. 8 quaest. D.12,1,41; Pap. 6 quaest. D.5,4,10; Ulp. 10 ad ed. D.3,5,5,10 und 13.

noch größere Offenheit dürfte bei der actio funeraria gegolten haben, wenn wir an die oben bereits referierte Stellungnahme Ulpians in D. 11,7,14,7 denken, bei der ein Begräbnisaufwand, der für den Verstorbenen, für den Erben oder schlechthin für die humanitas getätigt wurde, unter einem genannt werden (und eine actio funeraria bejaht wird). Für den Umfang des Ersatzes entscheidend sind aber sehr wohl die dignitas und die Vermögensverhältnisse des Verstorbenen: Letztlich entscheidet also die aequitas unter primärer Rücksichtnahme auf die Persönlichkeitsinteressen des defunctus.

Betrachtet man umgekehrt die Motivationen des Handelns, bei denen ein Kostenersatz für das Begräbnis ausgeschlossen wird, so finden wir nicht nur das familiäre Pflichtgefühl (pietas), sondern auch Mitleid (misericordia) und persönliche Zuneigung (affectio). In diesen Fällen scheidet der Kostenersatz regelmäßig aus, allerdings dann nicht, wenn trotz entgegengesetzter Erwartungen ein entsprechender Vorbehalt vor Zeugen (testatio) gemacht wurde, dass der Ersatz angestrebt wird. Bis zu einem gewissen Grad bestand also die Freiheit, den Begräbnisaufwand großzügig und ohne Rückforderung als persönlichen Akt der Verbundenheit (also gleichsam als postmortales beneficium) zu tätigen oder aber – ohne sich dies als munificentia zurechnen zu lassen – als bloßer Fremdgeschäftsführer mit Erstattungsabsicht. Wir befinden uns hier in einem Bereich, der für die römische Oberschicht ganz charakteristisch ist und den wir moderne Juristen gerne unterschätzen: das Netzwerk persönlicher Beziehungen, die "Ökonomie" der amicitia91), in der soziales Kapital produziert und über dieses verfügt wird. Gerade die aequitas iudicis erlaubt es bei der actio funeraria, auf diese jeweils spezifischen Einzelfallgestaltungen Rücksicht zu nehmen und dabei auch das Spannungsverhältnis zwischen Ersatzfähigkeit und Nichtinanspruchnahme der erfolgten Begräbnisfürsorge adäquat zu bewältigen.

VI. Schlussbemerkungen

Unsere Erkundungen auf dem Gebiet der actio funeraria haben deutlich gemacht, dass die Begräbnisklage nicht schlicht als Spezialfall der Geschäftsführung ohne Auftrag verstanden werden kann, sondern trotz der Nähe zu den actiones negotiorum gestorum Eigentümlichkeiten aufweist,

⁹¹) Vgl. dazu K. Verboven, The Economy of Friends. Economic Aspects of Amicitia and Patronage in the Late Republic, Brüssel 2002, zur *negotiorum gestio* bes. 227–274; F.-St. Meissel, Altruismus und Rationalität: Zur "Ökonomie" der negotiorum gestio, in: U. Babusiaux/P. Nobel/J. Platschek (Hgg.), Festschrift für Alfons Bürge, Zürich/Basel/Genf 2017, 255–287.

die insbesondere mit dem postmortalen Schutz von Persönlichkeitsinteressen des Verstorbenen zu tun haben.

Auch wenn der *defunctus* selbst nicht mehr agieren kann, "sein" Vermögen dabei ist, auf die Erben überzugehen und er selbst auch nicht mehr von demjenigen geklagt werden kann, der für ihn das Begräbnis ausgerichtet hat, so bleibt doch die Person des Verstorbenen zentraler Bezugspunkt der *aequitas* des zur Entscheidung aufgerufenen *iudex*.

Ein deutlicher Hinweis auf die Natur der Klage als ein auf Billigkeit abstellender Behelf findet sich im Ediktkommentar des Spätklassikers Ulpian. Nichts aber spricht dagegen anzunehmen, dass eine die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Beurteilung der *in bonum et aequum* konzipierten Klage auch schon früher immanent war. Möglicherweise hat ein Verständnis der *aequitas* als umfassende Abwägung aller Aspekte des konkreten Falles, wie wir sie später auch bei den *bonae fidei iudicia* finden⁹²), sich hier bei der *actio funeraria* schon zu viel früherer Zeit abgezeichnet.

Folgt man der Vermutung, dass die *actio funeraria* gegenüber den *actiones negotiorum gestorum* die noch ältere prätorische Schöpfung darstellt, so wirft diese auch auf die Entwicklung der *bonae fidei iudicia* ein interessantes Schlaglicht: Die in *bonum* et *aequum* konzipierte Klage ermöglicht eine äußerst flexible Handhabung, welche nicht nur den Umfang, sondern auch die Statthaftigkeit der Klage dem Grunde nach betrifft.

Obwohl der Tatbestand rein objektiv auf die Vornahme eines Begräbnisaufwands für einen anderen abgestellt haben dürfte, widmen sich die römischen Juristen in kasuistischer Weise auch der Frage des *animus gerendi*. In
weitgehender Parallelität zu den entsprechenden Diskussionen bei der *nego-*tiorum gestio wird hier auf eine Feinabstimmung auch hinsichtlich des subjektiven Moments hingearbeitet; deren Ziel ist es letztlich, jene Fälle aus dem
Kostenersatz auszuklammern, bei denen entweder der Handelnde in eigener

⁹²) Vgl. Tryphonin 9 disp. D. 16,3,31pr. und 1, demzufolge die *bona fides* bei Verträgen die *aequitas summa* erfordere, zu der im umfassenden Sinn die Berücksichtigung der Interessen aller am Geschehen Beteiligten gehöre; dazu M. Talamanca, La bona fides nei giuristi romani: "Leerformeln" e valori dell'ordinamento, Atti del convegno internazionale in onore di Alberto Burdese IV, Padua 2003, 107–117; E. Stolfi, "Bonae fidei interpretatio", Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica, Neapel 2004, 139–161; Finkenauer (Fn. 21) 19–25; Th. Finkenauer, *Iustitia* und *iustus* bei den römischen Juristen, Fundamina 20 (2014) (= Ess. Winkel) 289–291; zur Rolle der *aequitas* in der europäischen Rechtsgeschichte vgl. auch die Beiträge in B. Sirks/Y. Mausen (Hgg.), AEquitas – Équité – Equity, Montpellier 2015.

Sache (etwa *donandi gratia*) agiert oder aber eklatant unter Missachtung der Interessen des Verstorbenen vorgegangen ist.

Die actio funeraria erweist sich so bei näherer Betrachtung als alles andere als ein bloßes Kuriosum der römischen Rechtsgeschichte: Möglicherweise bildet sie den Ausgangspunkt der Anerkennung schuldrechtlicher Ansprüche bei Fremdgeschäftsführung – und dies unter Einbeziehung nicht nur von Aspekten der Privatautonomie, sondern auch der Verantwortung gegenüber Rechtsnachfolgern und der Gesellschaft. Sie ist damit ein Musterbeispiel eines wohl abgewogenen Umgangs mit der aequitas als Leitvorstellung des römischen Privatrechts.