

14-C-167

I dcb 86

Sitzungsberichte
der Heidelberger Akademie der Wissenschaften
Stiftung Heinrich Lanz
Philosophisch-historische Klasse

Jahrgang 1913. 12. Abhandlung.

Studien
zur Negotiorum Gestio I.

von

Josef Partsch
Freiburg

Eingegangen am 10. August 1913

Vorgelegt von O. Gradenwitz



číslo 2797/I



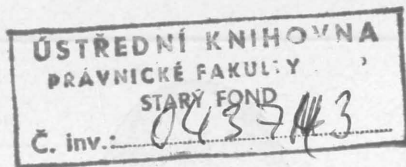
Inv. č. 232

Sign. 150

Heidelberg 1913
Carl Winters Universitätsbuchhandlung

Verlags-Nr. 999.

B



Forschungen über den Zusammenhang der Obligationen bei den römischen bonae fidei iudicia des klassischen und des justinianischen Rechtes führten zu der Frage, wie die ediktalen Grundlagen der Ansprüche aus der negotiorum gestio nach klassischem Rechte gestaltet waren. Der heutige Zustand der Lehre kann nicht befriedigen. Zwar ist durch Lenels Forschungen klar, daß wir auch hier mit dem Nebeneinander der formulae in factum conceptae und in ius conceptae zu rechnen haben, und daß das prätorische Edikt für die erstere die Verheißung und den Tatbestand der Negotiorum Gestio gab (LENEL, Ed.², S. 100). Aber es bleibt doch eine Reihe von Problemen, welche bisher eine befriedigende Antwort nicht gefunden haben. Das wichtigste liegt in der Fassung des Ediktes de negotiis gestis. „Wenn einer die Geschäfte eines Andern oder Nachlaßgeschäfte führt, dann werde ich deswegen eine Formel geben“ — wie Ältere fühlten und Wlassak mit Präzision ausgeführt hat, ist das Edikt in dieser Formulierung seltsam. Wer es als echte Überlieferung klassischen Rechtszustandes betrachtet, der muß entweder mit Wlassak¹ auf den Gedanken kommen, daß hier ein altes Edikt vorliegt, welches der einst den allgemeinen Begriff der Geschäftsführung umfaßte, ehe noch Mandat, Tutel und Geschäftsführung ohne Auftrag sich in besonderen Prozeßformularen entwickelt hatten. Oder aber man

¹ Wlassak, Zur Geschichte der Neg. Gestio (1879) 24ff., 62ff. Wlassaks Lehre ist heute wohl allseitig abgelehnt, vgl. schon HÖLDER, Götting. gel. Anz. 1880 S. 915, ferner den Kritiker im Lit. Centralbl. 1879, 1595 ff., der, wie mir Prof. ZARNCKE-Leipzig freundlichst mitteilt, L. SEUFFERT ist. PAUL KRÜGER, Arch. f. civ. Prax. 62, 496 ff. BRINZ, Pand. 2. Aufl. 2, 633, 635. COGLIOLO, Trattato teorico e pratico della administratione degli affari altrui 1, 64 ff., 68 f. PERNICE, Sav., Zeitschrift 19, 168. LABEO II, 2, 2. Aufl. 199. KARLOWA, Römische Rechtsgeschichte, 2, 672 N. Zustimmung fand Wlassak bei ESMEIN, Mélanges de droit romain, p. 290, heute noch COSTA Storia (2. Aufl.) p. 109. Memorie dell'ac. di Bologna 1911, Cicerone giureconsulto 1, 172. Ich möchte sofort an dieser Stelle die Gelegenheit benutzen, um dankbar zu bekennen, daß ich das Buch COGLIOLOS der Freundlichkeit von Herrn Professor Wlassak verdanke, den Trattato delle gestione d'affari altrui PACCHIONIS der Güte des Autors selbst.

muß es ganz aufgeben, den klassischen Rechtszustand bei der negotiorum gestio überhaupt aus einer ediktalen Grundlage zu erklären und also annehmen, daß die Rechtssätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag in der Praxis entwickelt wurden, ohne eine Grundlage im prätorischen Edikt zu haben. Auf diese letzte Behauptung kommt es auch im Grunde heraus, wenn ohne Anschluß an den überlieferten Ediktwortlaut und ohne Vermutung über den Text der formulae in factum conceptae die Rechtssätze über die Subsidiarität der actio negotiorum gestorum hinter der actio mandati, die Unterschiede von genereller und spezieller negotiorum gestio, das Erfordernis des animus negotii gerendi als Grundregeln des klassischen römischen Privatrechts gelehrt werden. Ist bei dieser Meinung es aber auch wirklich noch ernste Überzeugung, daß die Anerkennung und Ausgestaltung der negotiorum gestio auf prätorischem Rechte beruhte? — Ist es noch richtig, daß die formulae in factum conceptae dem Geschworenen die Urteilsvoraussetzungen präzise beschrieben, wenn eine intentio auf si paret . . . negotia gessisse etwa allein in der Formel stand? — Wer den Glauben daran verlor, daß die römischen Juristen anderes wollten als positive Sätze des alten Gesetzes- und Gewohnheitsrechtes sowie den Ediktstext und die Formel auszulegen, der wird sich von dieser Darstellung, die auf die Erkenntnis der positivrechtlichen Grundlagen der römischen Lehre der negotiorum gestio verzichtet, wenig befriedigt fühlen. Diese Arbeitsweise hat uns nach meiner Überzeugung daran gehindert, bei der negotiorum gestio das alte ediktale Rechtsinstitut und seine Fortbildung zur allgemeinen Geschäftsführung im klassischen Rechte zu verstehen. Sie hat uns ferner gehindert, die justinianische Übermalung als solche zu erkennen.

I. Das Edikt und die formulae in factum conceptae.

Es ist heute noch viel umstritten, welche praktische Tragweite das ediktale Versprechen in der Rubrik de negotiis gestis hatte. Sollte mit dem „iudicium dabo“ nur ein Versprechen gegeben sein, das dem gestor gegeben wird? — Immer wieder tritt der Gedanke auf, daß das Edikt de negotiis gestis nur dem gestor die Klage versprochen habe, die nach dem von WLASSAK wohl begründeten Grundsatz nur eine formula in factum concepta

gewesen sein kann¹. Daß dieses der Sinn des Ediktes war, kann wohl mit aller derjenigen Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, die überhaupt bei dem Zustande unseres Quellenmaterials erreichbar ist. In unmittelbarem Zusammenhange mit dem Ediktwortlaut, nicht etwa mit Formelkommentaren, steht in fr. 3 § 4 (Ulp. 1 ad ed.) der Satz über die actio directa gegen den Unmündigen², in fr. 3 § 5 der Satz über die actiones zwischen dem furiosus bzw. seinem curator und dem gestor³. LENEL wies darauf hin, daß auch die wahrscheinlichen Erläuterungen zur formula in factum concepta sich eben auf die actio directa beziehen⁴. Es wäre ferner noch geltend zu machen, daß GAIUS beide actiones als prätorische formulae in factum conceptae zu kennen scheint: im dritten Buch der Cottidianen oder goldenen Regeln spricht er von den actiones, die hier auf beiden Seiten zustehen⁵, also anscheinend von den beiden Formeln, mit Intentio in ius und in factum concepta; in der Paraphrase im Ediktcommentar, die nach GAIUS' Art das wörtliche Zitat ersetzt⁶, heißt es, daß ultro citroque nasci-

¹ DANKWARDT, negotiorum gestio, 7, 17. AARONS, Beiträge zu der Lehre von der negotiorum gestio S. V. KARLOWA, Rechtsgeschichte, 2, 668 ff. PACCHIONI, Trattato della gestione d'affari altrui, 2 ff., 14 ff. FERRINI, bull. dell'ist 7, 89 ff. CUQ, institutions 1, 201 n. 1. SEGRÈ sulle formole relative alla negotiorum gestio, Studi Senesi 1906 (Studi Moriani) 2, 300.

² SEGRÈ a. O. p. 304 bezweifelt das. Er möchte pupilli statt pupillus lesen, wie schon CUIACIUS, Observ. XIII, 7. Aber es fehlt jeder Anhalt für eine solche Emendation. Vgl. auch P. KRÜGER ed. ad. h. l. und unten S. 10 A. 1.

³ WLASSAK, neg. gestio 21. LENEL, Ed. 2. Aufl., 101 (nach früheren Zweifeln, vgl. Zeitschr. Sav. Stiftung 31, 407). SEGRÈ p. 304 hält eine Verschiebung durch die Kompilatoren an diesen Ort für möglich. Dieser Gedanke kann durch die Analyse des gesamten Ulpiancommentars zur Rubrik de negotiis gestis meines Erachtens widerlegt werden. Es ist klar, daß diese Stücke von fr. 3 wirklich zum Ediktcommentar gehörten.

⁴ Ed.² a. O.

⁵ D. 44, 7, 5 pr.: . . . si vero sine mandatu, . . . eo . . . nomine proditae sunt actiones quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aequè invicem experiri possunt de eo quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. Im Sinne der Klassiker ist die Stelle sichtlich nicht nur auf die Vereinigung der beiden in ius konzipierten formulae der actio directa und contraria zur Formel auf gegenseitige Prästation zu beziehen. Denn dann wäre der Plural gegenstandslos. Ähnlich wie hier die auf beiden Seiten zustehenden actiones der negotiorum gestio vgl. die actiones pignoratitiae in D. 13, 7, 13 pr., aus denen LENEL (Ed.² 247) das Nebeneinander der formula in ius und in factum concepta erschloß.

⁶ Vgl. die Zusammenstellung dieser Fragmente von GAIUS' Ediktcommentar bei PARTSCH, édité sur l'alienatio iudicii mutandi causa facta, Genf 1909, p. 48. — Zeitschr. Sav.-St. 31, 407.

tur actio quae appellatur negotiorum gestorum. Diese hüben und drüben zustehenden Klagen sind, da sie auf der ediktalen Verheißung beruhen, natürlich mit formulae in factum conceptae gebildet. Wer sich auf diese Stelle stützt, um die actio des gestor für die allein im Edikt versprochene zu erklären¹, übersieht, daß die Worte, auf welche dieser Schluß gegründet werden könnte, wahrscheinlich interpoliert sind: Si quis absentis negotia gesserit . . . [habet] (F: habeat) eo nomine [actionem]: itaque eo casu ultro citroque nascitur actio quae appellatur negotiorum gestorum. Den Worten nach bezieht sich das allerdings nur auf die actio contraria des gestor. Aber den Worten nach steht auch da, daß in diesem Falle, nämlich bei der actio contraria des gestor, ultro citroque eine actio, die actio negotiorum gestorum, entsteht. Diese Denkform der doppelseitigen Klage bei der actio negotiorum gestorum contraria kann in anderem Zusammenhange als byzantinisch erwiesen werden. Der Klassiker konnte die Erwähnung der gegenseitigen Ansprüche nicht als Erläuterung zu der Feststellung geben, daß der gestor „die actio habe“. Diese Feststellung selbst rechtfertigt logisch das folgende itaque nicht, es sei denn, daß man sich auf den Standpunkt der byzantinischen Schultheorie stellt, nach welcher alle bonae fidei iudicia solche ultro citroque entstehenden actiones sind und stets die Erhebung einer Klage mit bona fidei actio die Rechtshängigkeit der Konträrklage als stillschweigende Widerklage herbeiführt². Im Stile der Klassiker ist der Passus habet . . . actionem, itaque eo casu ultro citroque nascitur actio unlogisch, breit und schleppend. Bei GAIUS ist es unerhört, daß nach dem verallgemeinernden Relativsatz mit quidquid . . . nicht das Demonstrativum eo nomine an der Spitze des Nachsatzes steht³; endlich mußte im Kommentar

¹ KARLOWA a. O. 671. FERRINI, bull. 7, 89. SEGRÈ a. O. p. 306.

² Diese Tatsache soll in einer Studie über das Synallagma nachgewiesen werden. Die Echtheit des itaque — gestorum in D. 3, 5, 2 wird jetzt von SEGRÈ, Mélanges Girard 2, p. 585 Anm. bezweifelt. —

³ Gai. 2, 91: ut quidquid ex re nostra vel ex operis acquirant, id nobis acquiratur: 2, 252; quidquid hereditario nomine condemnatus solvisset siue quod alias bona fide dedisset, eo nomine indemnitas esset 2, 270 a: quidquid in codicillis scripserit, id ratum sit. Ebenso alle römischen Prozeßformeln mit intentio incerta: quidquid . . . oportet eius . . . condemnato. Ferner beispielsweise noch D. 28, 6, 8, 1; D. 29, 7, 3 pr.; D. 30, 123 pr.; D. 50, 16, 70. Eine Durchsicht speziell des Sprachgebrauches des Gaius ergab, daß das Demonstrativum nach dem verallgemeinernden Relativpronomen nur bei kurzen Sätzen fehlt, in denen quidquid Akkusativobjekt oder Subjekt des

zum Provinzialedikt die Ediktsparaphrase normalerweise doch den üblichen Hinweis auf die Tätigkeit des Magistrates enthalten, der das Edikt aufgestellt hatte¹. GAIUS selbst in seinen Referaten, die sonst auch mit dieser Stelle in stilistischer Beziehung stehen², hat die Erwähnung der beiden Ansprüche, sowohl des gestor wie des dominus. Also wird wohl auch im klassischen Texte von D. 3, 5, 2 die Erwähnung der beiden Aktionen nicht gefehlt haben. Endlich ist zu beachten, daß die beste Überlieferung von D. 3, 5, 2 gar nicht „habet“ actionem, sondern „habeat“ schreibt³. Das war bisher nur als Schreibfehler zu verbessern. Aber wer die byzantinische Schultheorie der doppelseitigen Klage und damit die Wahrscheinlichkeit eines byzantinischen Eingriffes hier erkennt, wird es nicht wagen wollen, zu emendieren. Der Konjunktiv habeat stimmt durchaus zu dem byzantinischen Gesetzgeber, der hier spricht, um seiner Praxis zu verdeutlichen, daß auch bei jeder actio negotiorum gestorum, sei sie auch nur vom gestor angestellt, eine „ultro citroque obligatio“ vorliegt.

So ist es wahrscheinlich, daß wirklich die Wendung des Edikts: eo nomine iudicium dabo deswegen allgemein gefaßt ist und nicht auf eine Partei, entweder den gestor oder den dominus, abstellt, weil das Edikt sowohl an den gestor wie an den dominus als Kläger dachte⁴. Allerdings ist es für diese Auffassung mißlich, daß keine ganz ähnliche Ediktsfassung nachweisbar ist. Man könnte versucht sein, das Edikt de commodato heranzuziehen⁵: quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo. Aber für dieses ist schon nach der Art der Formulierung, wie aus allgemeinen Gründen klar, daß es nur die actio commodati dem Kommodanten versprach. Andererseits zeigt gerade dieses Edikt über die Sachleihe, daß wir nicht aus

Hauptsatzes ist: Gai. 3, 141, 151; D. 41, 1, 3, 2. Aber in unserem Falle stand ja das „eo nomine“ da. Nur verdrängte das byzantinische Einschlebsel „habeat“ das „eo nomine“ von seiner korrekten Stelle am Satzanfang.

¹ Vgl. D. 4, 7, 1 pr. — D. 2, 13, 10 pr. — D. 14, 5, 1 pr. — D. 29, 1, 2. — D. 38, 8, 2. — D. 29, 3, 1 pr. — D. 29, 2, 57. — Neben diesen Stellen, welche die Paraphrasen der Ediktsstücke bei Gaius darstellen, nimmt sich unser Fragment durchaus eigenartig aus, da es keinen Hinweis auf das edicere, polliceri, iubere, curare, id agere des praetor oder proconsul enthielt: dieser Hinweis verschwand eben unter der Interpolation.

² Inst. 3, 27, 1; D. 44, 7, 5 pr.

³ F: habeat. Die Byzantiner geben keine wörtliche Übersetzung.

⁴ So schon COGLIOLO, Trattato 1, 53 ff.

⁵ SEGRÈ a. O. p. 303. Ähnliche Edikte zieht ARANGIO-RUIZ, Le formule con demonstratio (Cagliari 1910) heran, S. 28 ff.

dem „si quis gesserit“ ... darauf schließen können, daß nur der Gestor die Formel erhalten soll. Denn dort steht eben eine deutliche Bezeichnung des Klagvortrages des Commodanten in der Formel, wie sie im Edikt de negotiis gestis fehlt. Noch schärfer tritt die Eigenart des Ediktswortlautes im Titel de negotiis gestis hervor, wenn man es neben das Edikt zur actio funeraria stellt (D. 11, 7, 12, 2)¹. Da heißt es: „quod funeris causa sumptus factus (Hal: factum) erit, eius recipiendi nomine in eum ad quem ea res pertinet, iudicium dabo.“ Hier ist die prozessuale Lage bei dem Ersatzanspruch im Edikt ebenso scharf präzisiert, wie sie bei dem Edikt de negotiis gestis unbestimmt bleibt. Das Wahrscheinlichste ist, da von Streichungen nichts erhellt, daß eben das Edikt de negotiis gestis sich auf beide Aktionen aus der Geschäftsführung bezog.

Bezeichneten die Klassiker selbst schon die beiden Formeln aus der negotiorum gestio als directa und contraria? Das Verdienst, die Frage gestellt zu haben, hat COGLIOLO². Er bestreitet, daß die Klassiker den Terminus actio directa und actio contraria für die beiden Ansprüche aus der negotiorum gestio überhaupt gekannt hätten; die Ansprüche aus der Geschäftsführung seien beide „directae“ gewesen. Die Argumente COGLIOLOS reichen wohl zu dieser weitgehenden Behauptung nicht aus. COGLIOLO verweist darauf³, daß die Rubrik einfach de negotiis gestis laute, während die Rubriken der Digesten andererseits das Gegenüber der actio directa und contraria in den Titeln commodati vel contra, de pigneraticia actione vel contra, depositi vel contra, mandati vel contra aufweisen. Schade nur, daß eben sicher ist, daß in den Rubriken D. 13, 6; 13, 7; 16, 3; 17, 1 eben die Worte „vel contra“ interpoliert sind⁴, da diese Worte einmal in dieser Bedeutung unlateinisch sind⁵, und andererseits die Rubriken im Codex, die ja den klassischen immer näher stehen, einfach de commodato, de actione pigneraticia, depositi, mandati lauten. Auch die Rubriken im westgotischen Paulus zeigen nicht einmal die Erwähnung der actio contraria⁶. Schon Gradenwitz wies ja darauf hin, daß

¹ FERRINI, bull. 7, 87 ff.

² Trattato 1, 53 ff.

³ 1, 53.

⁴ Noch LENEL, Edictum (2. Aufl.) hat allerdings an der Echtheit keine Zweifel geäußert.

⁵ Vgl. v. contra in Thes. ling. lat.

⁶ II, 4, 5, 12, 15.

in der ganzen Lehre der actio contraria vieles interpoliert sein muß¹. Die Interpolation „vel contra“ in den Rubriken gehört in der Tat in die Reihe derjenigen Reformen, die Justinians Helfer mit Rücksicht auf die byzantinische ultro citroque obligatio bei den mutuae actiones, der ἀμοιβαία ἀγωγή der Byzantiner, bewirkten². Allerdings sind auch andere Erwähnungen der actio negotiorum gestorum contraria als solche nicht unverdächtig. Daß in D. 3, 5, 19 (20) directa et contraria interpoliert ist, hat schon DANKWARDT, Negotiorum gestio, vermutet³, COGLIOLO dann behauptet⁴, SEGRÈ letzthin schärfer begründet⁵. Auch die Schilderung des Gegenübers der beiden actiones Inst. 3, 27, 1, ist verdächtig; das haben schon GRADENWITZ und COGLIOLO⁶ gesagt, und die Interpolation folgt aus der Vergleichung von Inst. 3, 27, 1 mit D. 44, 7, 5 pr. Aber wenn man selbst zugibt, daß das Wort contraria auch in D. 22, 1, 37 eingeschoben sein kann, wo sonst kein Verdachtsgrund vorliegt, so bleibt doch die Tatsache, daß auch die vorjustinianische Schrift „de actionibus“ eben den Gegensatz von actio directa und contraria bei der negotiorum gestio kennt. Daß zweimal das contrarium iudicium der actio negotiorum gestorum in den Digesten vorkommt⁷, beweist allerdings wenig, wenn man die klassische Bedeutung dieses Begriffes feststellt. (Vgl. unten Seite 54 ff.) Meines Erachtens ist es durchaus möglich, daß die Klassiker auch einmal die Formel des gestor als eine actio contraria bezeichnet haben, daß D. 22, 1, 37 also echt ist. Justinian selbst spricht von der actio contraria in Cod. 2, 18, 24, 1 wie von einem längst feststehenden Begriffe. Und wenn daraus auch nicht sicher folgt, daß der Begriff älter als die Lehrer des Kaisers aus der Rechtsschule von Berytus war, so ist doch hier wahrscheinlich, daß diese Späten an eine klassische Terminologie anknüpften. Aber jedenfalls ist es wohl richtig, daß die grundsätzliche Gegenüberstellung der beiden actiones bei Justinian erst byzantinisch ist. An anderer Stelle soll erwiesen werden, daß das ganze System der

¹ Interpolationen 112 ff. Die Lehre muß vom Gesichtspunkt der byzantinischen Prozeß- und Vertragstheorie erneut durchgearbeitet werden.

² Diese Lehre selbst hoffe ich in „Studien zum Synallagma“ darzustellen.

³ p. 21 n. 3.

⁴ Trattato 1, 56 ff. Beistimmend PACCHIONI, Trattato p. 35 f.

⁵ a. O. p. 293 n. 2.

⁶ COGLIOLO, Trattato 1, 55 nach GRADENWITZ, Interpol. 113.

⁷ D. 3, 5, 7, 2; D. 27, 5, 5, welches letztere Fragment zur negotiorum gestio gehört, vgl. LENEL, Ulp. fr. 356. PETERS, Sav.-Zeitschr. 32, 216.

actio directa und contraria wahrscheinlich mit der byzantinischen *ultra citroque obligatio* zusammenhängt, der Vorläuferin des modernen *contractus bilateralis*.

Wie sah im übrigen das klassische Edikt aus? — Es bestehen erhebliche Bedenken gegen die Vollständigkeit der Überlieferung die bisher nicht gewürdigt wurden. „Si quis alterius negotia gessit“, lautet der justinianische Text. Im Ulpiancommentar ist deutlich hinter der Erläuterung zu *alterius* eine Streichung. Denn § 4 beginnt: *pupillus sane si negotia gessit . . .*; da alle Textänderungen, welche die *gestio* des *pupillus* hier eliminieren wollten¹, ebenso willkürlich sind wie die Annahme einer grundlosen Einsetzung des Satzes durch späte Juristen oder die Kompilatoren²,

¹ CUIACIUS, observ. 13, 7. Comment. in lib. II resp. Pap. ad l, 31 de neg. gest. § tutoris in lib. IX Paul. ad ed. ad. 15 de neg. gest. in lib. III Dig. Salv. Jul. ad. l, 6 de neg. gest. möchte *pupilli* lesen, zustimmend SEGRÈ a. O. p. 304. Aber wenn auch diese Emendation den Satz in den Zusammenhang mit dem Kommentarstück über den Begriff „*alterius*“ einfügen würde, das durch den überlieferten Text anscheinend unterbrochen wird, so ist die Emendation doch bedenklich. Sie beseitigt ja nicht das „*sane*“. Über dieses kam auch die ähnliche Emendation des THOMASIUS (de pseudoprivilegio *pupilli conventi contraria actione negotiorum gestororum* (Diss. Academ. II Diss. 40, Halle 1774 p. 152) nicht hinweg: *pupillus sane si quis eius negotia gesserit*. Wie oben auch PETERS, Sav. Zeit. 32, 260, der aber die Lücke vor „*sane*“ anders füllt.

² So PACCHIONI, Trattato 103. PACCHIONI hat die Frage gestellt, ob der Text wirklich klassisch ist: *pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum Divi Pii etiam conveniri potest in id quod factus est locupletior: agendo autem compensationem eius quod gessit patitur*. PACCHIONI meint (p. 101), die Klassizität der Stelle anzweifeln zu können, weil die Möglichkeit der *tutoris auctoritas* und andererseits jenes Reskript des Antoninus Pius nur auf die *obligationes ex contractu*, nicht auf die *obligationes ex re* gehe. Aber damit ist doch wohl wenig gesagt, wenn selbst Salvius Julianus noch für die Bereicherungskondition gegen den *pupillus* von der *tutoris auctoritas* spricht (D. 26, 8, 13). Da eine zivile Klage nicht zum Ediktstexte erläutert wird, könnte immerhin die Fassung der Stelle klassisch sein. Seltsam und nur auf die Streichung des Vorhergehenden zurückzuführen bleibt allerdings das „*etiam*“ wie das „*sane*“. Wenn man die Worte, wie ich möchte, für echt hält, kommt man mit Notwendigkeit auf den Gedanken, daß vorher gestanden haben muß: der *pupillus* als *dominus negotii* kann nicht mit der ediktalen *actio negotiorum gestororum* haftbar werden. Dieser Satz fiel, weil er für das byzantinische Recht nicht mehr zutraf. Dieses bezieht das Edikt ja nicht mehr auf die *negotia absentis*. Ich meine also, daß die Stelle, soweit sie sich auf die *actio directa* gegen den *pupillus gestor* bezieht, klassisch ist. Die dogmatische Auffassung PACCHIONI'S ist kaum treffend. Er erachtet mit der Stelle eine volle Haftung des *pupillus* für angerichteten Schaden durch-

so ist es wahrscheinlich, daß zunächst in einem bei Justinian gestrichenen Passus von dem Geschäft des *pupillus* als *dominus negotii* die Rede war¹. Sonst ist das *sane* kaum zu verstehen. Nur so schließt das Fragment auch an dem Kommentar zum Worte *alterius* an, hinter dem ein Kommentarstück über den Begriff des *dominus* bei der *negotiorum gestio* notwendig gestrichen sein muß. Wer das zugibt, wird auf die Tatsachen achten, die darauf hinweisen, daß im Ediktswortlaute ein Begriff gestrichen ist oder ursprünglich statt *alterius* stand: *absentis*². Nur für den Fall des absens und die Geschäftsführung für ihn hatte das Edikt neben der Klausel über die *negotio hereditaria* die Geschäftsführung ohne Auftrag geregelt. Ulpian (D. 3, 5, 1) spricht danach von der Tendenz des Ediktes. Dasselbe geht aus der Paraphrase desselben Ediktes bei Gaius hervor: *si quis absentis negotia gesserit . . .* (D. 3, 5, 2), wie aus dem Referat bei Gaius, das in zwei Versionen, in den *res cottidianae siue aureorum* und in den Institutionen Justinians erhalten ist³. Auch bei Pomponius in einem Fragmente, das sich auf die generelle Geschäftsführung und die Gefahr für Zufallschaden aus neuen Geschäften des gestor bezieht, ist es klar, daß es sich um denselben Ediktfall handelt: *si quis negotia absentis gesserit*⁴. Eine Reihe von Fragmenten

aus vereinbar und nimmt an, daß vor und nach dem Reskripte des Antoninus Pius der unmündige gestor mit der *actio negotiorum gestororum directa* haftete und seine Haftung nur seit dem Reskripte eine beschränkte war (p. 102 ff.).

¹ So schon P. KRÜGER, ed. stereot. h. l. LENEL Ed.² 100, 13. PETERS Sav. Zeit. 32, 260.

² Daß im Digestentexte noch *absentis* statt *alterius* stand, hat ATZERI, I principi fondamentali della gestione d'affari, Cagliari 1890, p. 142 schon zu emendieren versucht, wie ich aus PACCHIONI, Trattato, p. 31 sehe. Das Buch ATZERI'S ist mir nicht zugänglich.

³ D. 44, 7, 5 pr. und Inst. 3, 27, 1. Über das Textverhältnis vgl. ZOCAROSA, Annuario dell'Istituto di storia di diritto romano, Catania 1912, vol. 16/18 p. 37 s. „*proditae sunt actiones*“, sagt der wahrscheinliche Urtext D. 44, 7, 5 pr.; also ist die Beziehung auf den verheißenden Ediktstext oder das ediktale Formelbuch sicher. Nicht dagegen SEGRÈ a. O. p. 295 n. l.

⁴ D. 3, 5, 10 (11) (Pomp. ad Qu. Muc. 21).

⁵ D. 21, 2, 66, 3. — D. 17, 1, 22, 10. — D. 17, 1, 20, 1. — D. 7, 1, 12, 2 und Fr. 48. — D. 3, 5, 18, 3. — In D. 13, 6, 17, 3 ist in einem Stücke, das allerdings starke Überarbeitungen aufweist (vgl. zunächst die Literatur nach SEGRÈ a. O. 296 N. 2) in einem Satze, der sprachlich nicht unverdächtig ist, gesagt: *ut accidit in eo qui absentis negotia gerere inchoavit*. Auch ähnlich D. 21, 2, 66, 3: *actio. . . quae daretur in eum qui absentis negotia gessit*. Wer glaubt, daß die Nennung der *absentia* zufällig sei, rechnet nicht mit der

erwähnt die *absentia domini* im Tatbestande derart, daß der Eindruck sich aufdrängt, daß eben im Tatbestand der ediktalen Verheißung und in der *formula in factum concepta* dieses Moment eine Rolle spielte. Endlich scheint es nachweisbar zu sein, daß die Kompilatoren an einigen Stellen, in denen die Klassiker ausdrücklich vom Ediktsfall, daß der *dominus* abwesend war, sprachen, das Wort *absens* gestrichen haben: so bei Gaius im Ediktskommentar: D. 3, 5, 21 (22): *Sive hereditaria negotia sive ea quae [alicuius] (G: absentis) essent, gerens aliquis necessario rem emerit.* Stephanos im Index¹ weiß sehr wohl, daß *alicuius* sich auf einen *absens* bezieht. Ebenso stand es wohl bei Ulpian: D. 3, 5, 11 (12): *successori absentis* statt *successori [eius cuius fuerunt negotia] qui apud hostes decessit, haec actio danda est*². Hier sah schon MOMMSEN³, daß der klassische Text verändert sein muß. Diese Hypothese, daß die Kompilatoren im Ediktswortlaut wie im zugehörigen Kommentar das Wort *absentis* strichen, könnte eben deshalb unglaublich erscheinen, weil in manchen Stellen die *absentia* des *dominus* im Tatbestande erwähnt blieb. Der Einwurf wäre gleichwohl irrig. Im Ediktstext hat die Erwähnung der *absentia* für den Klassiker einen anderen Sinn als in der justinianischen Kodifikation. Für den Klassiker war das Wort „*absentis*“, wenn es im Edikt und in der *formula in factum concepta* stand, für deren Anwendungsgebiet festes Erfordernis zur *actio* aus der *negotiorum gestio*. Aber daneben stand ja das *bonae fidei iudicium*, welches das Erfordernis der *absentia* des *dominus* nicht ausdrücklich nannte, so daß die Praxis bei dem *bonae fidei iudicium* über dieses Erfordernis auf die Dauer hinweggekommen sein muß. Wenn die Kompilatoren dagegen die Erwähnung der *absentia* aus dem Edikte nicht gestrichen hätten, würde für sie der Ediktswortlaut, der noch immer die Bedeutung der Legaldefinition hatte, die *absentia* des *dominus* zum Tatbestandsmerkmal aller Ansprüche aus der *negotiorum gestio* gemacht haben. Sie konnten das Wort „*absentis*“ nicht stehen lassen, ohne zu Unklarheiten Anlaß zu geben. Dagegen konnte in der für Justinian historischen Notiz über die

Präzision des klassischen Juristen in der Beschreibung der Tatbestände. Die *absentia* des *dominus* ist hier deutlich als Voraussetzung des normalen Klagschutzes der Ediktsrubrik *de negotiis gestis* aufgefaßt.

¹ Schol. ad Bas. 17, 1, 21, Zach. suppl. p. 143: ἀπολιπανομένου.

² Schrieb Gaius wohl einfach: *sive hereditaria negotia sive absentis gerens amicus necessario rem emerit?* — Vgl. S. 14 Anm. 1. ³ Dig. ad. h. l.

Tendenz des prätorischen Ediktes wie auch in den Tatbeständen einzelner Fälle sehr wohl das „*absentis*“ stehen bleiben. Denn es war ja nicht unrichtig, daß dauernd der normale Fall der Geschäftsführung sich in der Abwesenheit des *dominus* ereignet.

Im klassischen Ediktswortlaute hat die Erwähnung der Abwesenheit des *dominus* ihren guten Sinn. Es ist eine gute Vermutung WLASSAKS, daß der Prätor wirklich, wie es Ulpian ja ausdrücklich sagt (D. 3, 5, 1), den Platz für den Titel *de negotiis gestis* deswegen wählte, weil er die Vertretung im Prozesse und in allen anderen vor seinem Jurisdiktionstribunal spielenden Verfahren dadurch erleichtern wollte, daß er für das innere Verhältnis zwischen *dominus* und Prokurator den Rechtsschutz regelte¹. Wie stets bei dem Prokurator kam nur die Vertretung für den in *jure absens* in Betracht. Das *negotium* ist das jurisdiktionelle Verfahren². Noch für Quintilian ist daher die Klage aus der Geschäftsführung die *actio malae gestae procurationis*³. Der typische *negotiorum*

¹ WLASSAK, *negotiorum gestio*, p. 39 ff. LENEL, Edikt (2) 101. COGLIOLO, Trattato 1, 28 ff. BRINZ, Pand. (2) 633, 5. SECKEL, Handwörterbuch s. v. *negotium* in fi. PETERS, Zeitschr. Sav.-St. 32, 263. Zweifelnd EISELE, Cognitur und Prokurator S. 62 not. Gegen die Lehre WLASSAKS erhoben Widerspruch: ATZERI, a. a. O. p. 138, wie PACCHIONI, Trattato p. 34 berichtet, sowie PACCHIONI, Trattato a. a. O. selbst, auch KARLOWA, Rgesch. 2, 672, n. 1.

² Auch nach diesen in Anmerkung 1 herangezogenen Äußerungen ist es nicht unwichtig, die Belege dafür zu überblicken, die auch außerhalb des Ediktes (vgl. D. 3, 6, 1 pr.) und außerhalb der Digesten das Wort *negotium* als technisch für das Verfahren vor dem Magistrat erscheinen lassen. Vgl. Cicero, Verr.² 1, 10, 27. Cael. 1. Quinct. 76. Har. resp. 17. Danach übertragen ad fam. VIII, 8, 9. 10 L. Ursonensis cap. 95 (col. 2, 26) P. BGU 611, (GRADENWITZ, BRUNS, fontes (7) n. 53 p. 199 l. 9), hier für die Appellationsinstanz. Im Edikt vgl. D. 3, 6, 1 pr., besonders das in der Republik schon nachzuweisende *negotium facere alicui* für den Antrag auf das Verfahren gegen einen Verfahrensgegner. Daher ist in dem Glossar, das ich schon anderwärts für die griechisch-römische Prozeßterminologie der klassischen Zeit heranzog, in den Hermeneumata Montepessulana, der Abschnitt über Prozeßtermini überschrieben: *de negotiis forensibus*, corp. gloss. lat. 3, 336, 29, und ein anderes Glossar (corp. gloss. lat. 2, 133, 17) übersetzt *negotium* mit *δίκη*, Prozeß. Im nachklassischen Verfahren hat *negotium* dauernd die Bedeutung behalten. Vgl. im vierten Jahrhundert P. Lips. I. 33 (Text nach MITTEIS, Chrestomathie, n. 55) l. 9, sowie das Sporteledikt bei BRUNS, fontes (7) n. 103, 45 sowie die *executores negotii* des fünften Jahrhunderts, welche „Prozeßsachwalter“ sind (vgl. PARTSCH, Gött. Nachr. 1911, 241 ff.). Noch die Lex Visigothor. beginnt ihr erstes Buch, Prozeßrecht, mit der Überschrift *de negotiis causarum*. Wo *forensia* oder *causa* neben *negotium* steht, ist der Schluß auf die Wortbedeutung natürlich unscharf. ³ Quintil. Inst. or. 7, 4, 35.

gestor ist der *amicus qui absentis negotia gerit*, noch in vielen Entscheidungen der Klassiker¹. Und bekanntlich ist ja der *Curator, qui absentis negotia curat*, ein fester Begriff schon der republikanischen Gesetzgebung².

Ferner muß das Edikt über die *negotiorum gestio* die Erwähnung der Tatsache, daß kein Mandat vorlag, enthalten haben. Gerade in dieser Beziehung unterschätzt die moderne Literatur wohl die Notwendigkeit der ediktalen Grundlage für die klassische Praxis. Bei den Klassikern steht der Satz fest, daß die *actio negotiorum gestorum* und die *actio mandati* ähnliche Anwendungsgebiete haben, und daß die *actio negotiorum gestorum* nur dort in Frage kommt, wo das Mandat fehlt oder unwirksam ist³. Daß der Satz gilt, ist allbekannt⁴. „Da die *actio mandati* entfällt, ist die *actio negotiorum gestorum* gegeben“⁵. Daß nie ein Versuch

¹ Bei Cicero vgl. *Verr.*² 2, 24, 59 bis 25, 62 — *pro Quinctio* 19, 60 bis 21, 61. Im Briefe wird oft mit dem Gedanken der *negotiorum gestio* für den *absens* gespielt: *Cic. ad Attic.* 4, 1, 8 — *ad fam.* 3, 8, 6. — 5, 9, 1. Für den Juristen bemerkenswert ist die Anspielung auf das Mandat an den gestor in *Cic. ad fam.* 13, 44.

In den Rechtsquellen vgl. *Pap. D.* 3, 5, 30 (31) 2. *D.* 20, 6, 1 pr. *Paul. D.* 4, 6, 22 pr. *Gai. D.* 34, 5, 5 (6). Auch die *Amici*, welche im *Interdiktenprozeß* als Vertreter in der *Besitzausübung* genannt werden, sind echte *procuratores absentis* *D.* 43, 19, 3, 4. Die Byzantiner warfen anscheinend manchmal ebenso den *amicus* aus dem Texte hinaus, wie ich es oben Seite 12 Anm. 2 für *Gaius D.* 3, 5, 21 (22) vermutete. Das geht aus *D.* 43, 19, 1, 7, 8 hervor: *Is, cuius colonus aut [quis alius] (U: amicus) iter ad fundum fecit, usus videtur itinere vel actu vel via, et idcirco interdictum habebit . . . Si [quis] autem, cum putaret fundum ad se pertinere, suo nomine iter fecerit amicus meus . . . Das Doppelsubjekt quis . . . amicus meus ist für die Hast bemerkenswert, mit der man interpolierte. So ist der *amicus* in *D.* 43, 16, 1, 22 wohl als überflüssig herausgestrichen und durch *alius* ersetzt: im klassischen Texte fehlte hier der *amicus* neben dem technischen *Procurator (omnium bonorum)* ebensowenig, wie er schon seit alter Zeit in den Kommentaren zum *Interdikt* sicher stand; ein *Indiz* dafür ist *Cic., Phil.* 2, 40, 104: *non enim te dominus modo illis sedibus, sed quivis amicus, vicinus, hospes, procurator arcebit.**

² *I. Julia municipalis* l. 1.

³ Vgl. CHAMBON, *negotiorum gestio* S. 115 ff. KOHLER, *Jahrb. f. Dogm.* 25, 75 ff.

⁴ *D.* 3, 5, 31 (32), 1. — *D.* 3, 5, 5 pr. — *D.* 3, 5, 18, 2. — *D.* 17, 1, 60, 1. — *D.* 17, 1, 6, 1. Vgl. *D.* 11, 7, 14, 15 für die *actio funeraria* sowie auch *D.* 17, 1, 22, 10.

⁵ *Ulpian* 10 ad ed. *D.* 3, 5, 5 pr.: . . . *et hic nascitur negotiorum gestorum actio cessante mandati actione.* *Pap. (3 resp.) D.* 3, 5, 31, 1: *quia mandati*

zu besonderer Begründung des Satzes auftritt, wäre erklärt, wenn eben das Edikt selbst den Anhaltspunkt für die Regel in seinem Wortlaute enthielt. Der Hypothese, die sich hier ergibt, entspricht es, daß keine *actio negotiorum gestorum* dort begründet ist, wo der gestor auf Mandat eines Dritten handelt, ja daß eine *actio utilis* notwendig war, wenn der vom Dritten beauftragte gestor gegen den *dominus* vorgehen sollte.

Dieser Satz steht allerdings mit der herrschenden Lehre in Widerspruch, und der Grund zum Zweifel ist in den Quellen gegeben: diese scheinen tatsächlich auf einem doppelten Rechtsstandpunkte zu stehen. Einerseits soll der Auftrag zur Vornahme eines Geschäfts für einen anderen *dominus negotii* den Beauftragten nicht zum gestor mit Haftung gegen den *dominus*, sondern nur zum Beauftragten machen, während eventuell der Auftraggeber eines solchen Auftrages selbst seinerseits als gestor zu behandeln sei. Andererseits soll, wenn der gestor entweder vor dem Beginn der Geschäftsführung oder nachher das Mandat eines Dritten empfängt, der gestor die *actio mandati contraria* gegen den Auftraggeber wie die *actio negotiorum gestorum* gegen den *dominus negotii* haben, für dessen Geschäft der Auftraggeber den Auftrag erteilte.

Den ersten Standpunkt vertreten:

Javolenus 8. ex *Cassio D.* 3, 5, 27 (28).

Si quis mandatu Titii negotia Sei gessit, Titio [mandati] tenetur lisque aestimari debet quanto Seii et Titii interest: Titii autem interest, quantum is Seio praestare debet, cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est. Titio autem actio competit cum eo, cui mandavit aliena negotia gerenda, et antequam ipse quicquam domino praestet, quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est.

Paulus 9. ad ed. 3, 5, 20 (21) 3.

Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit: quod is non recte gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris non in hoc tantum, ut actiones tuas praestes, sed etiam [quod impru-

vel depositi cessat actio, negotiorum gestorum agitur; vel depositi ist vielleicht interpoliert.

¹ *Mandati* wohl interpoliert nach COLLINETS *Indiz, nouv. rev. hist.* 34 (1910), 157 ff. Das Wort *mandati* war wohl bei *JAVOLEN* überflüssig, weil selbstverständlich.

denter eum elegeris]¹, ut quidquid detrimenti negligentia (*ille*) [eius] fecit, tu mihi praestes.

¹ D. Trib., vgl. SCHULZ, GRÜNHUTS Zeitschrift 38 (1911) S. A. 44. SCHULZ will „in hoc tantum“ und alles nach „sed etiam“ streichen. Daß der Begründungssatz eingeschoben ist, ist ja deutlich. Er unterbricht den Zusammenhang der Darstellung, welche von dem Erfolg der Klage gegeben wird. Er entspricht den typischen Interpolationen, die dort, wo nach klassischem Recht eine Haftung bestand, diese mit dem Verschulden des Haftenden begründen. Vgl. die ähnlichen Interpolationen über die culpa in eligendo in Stellen wie D. 9, 2, 27, 11. SCHULZ, a. O. 24. D. 44, 7, 5, 6. SCHULZ a. O. 36. D. 47, 5, 1, 4—6 (SCHULZ, a. O. 37). D. 4, 9, 7, 4 (SCHULZ a. O. 39). D. 39, 4, 3 pr. SCHULZ a. O. 41. D. 11, 6, 2, 1 SCHULZ 45. Ob man mit SCHULZ das ganze Ende der Stelle für interpoliert erklären kann, ist mir zweifelhafter. Wer voraussetzt, daß das SECKEL-KÜBLERSche Utilitätsprinzip schlechthin die Haftungslehre der Klassiker bestimmte, wird geneigt sein, nur auf Aktionenzession in unserem Falle gehaftet zu sehen, wie etwa in D. 16, 3, 1, 11. Aber wenn man in Rechnung stellt, daß in D. 3, 5, 10 (11) das damnum aus dem neuen Geschäfte zunächst den gestor trifft, daß in D. 3, 5, 21 (22) nur ein qualifizierter casus befreit und „casu quodam“ vielleicht erst interpoliert wurde, und daß in D. 3, 5, 36, 1 erst die Byzantiner den gestor für die Gefahr zufälliger Verschlechterung der erworbenen Forderungen entlasteten (vgl. anders Paul. 1, 4, 3), wird man es für möglich halten, daß der Text in dem oben angedeuteten Umfange echt ist. Ursprünglich muß diese Rechtsanschauung, daß der Vermögensverwalter auch die Gefahr der Verschlechterung von Forderungen zu prästieren habe, allgemein gewirkt haben. F. SCHULZ, Sav. Zeitschr. 27, 138 wies auch schon auf die Ablehnung dieser Meinung für das Mandat hin, D. 17, 1, 20 pr. Wir haben sie ferner noch als geltendes Recht der Gemeindebeamten für Verschlechterung der Gemeindeforderung bezeugt, D. 26, 7, 41 a. E. D. 50, 8, 12, 6 (9, 9), fr. 11 pr. (9 pr.) eod. Und dasselbe scheint auch als eine ursprünglich vertretene Meinung bei der actio tutelae hindurchzuschimmern, wenn noch Quintilian Inst. or. 7, 4, 35 bei der actio tutelae die Streitfrage kennt, an fidem (sc. tutor) praestare debeat tantum, non etiam consilium et eventum. Periculo suo curare negotia aliena“ ist für Sallust (b. Jugurth. 83, 1) ein fester Begriff.

Es ist schade, daß Cod. 2, 18, 22 hier nicht mehr erkennen läßt: dort heißt es als Diocletianisches Reskript: negotium gerentes alienum [non interveniente speciali pacto, d. Trib. vgl. schon ALBERTARIO, bull. d. ist. 25, (1912), 32.] casum [fortuitum] praestare non compelluntur. In den Basiliken ist die adnotatio des Thalelaios (conf. Manuale ad. h. l.) miterhalten (Zach. suppl. p. 165), wo die Übereinstimmung aller Nomikoi mit dieser Entscheidung betont wird. Ist etwa die Einigkeit aller der Leute von Beryt und Konstantinopel über diesen Punkt gerade deswegen betont, weil bei den Klassikern nicht jeder Zufall befreite? —

SCHULZ selbst a. a. O. ist übrigens der Meinung, daß der von ihm als interpoliert bezeichnete Satz das klassische Recht wiedergibt. Aber ich verstehe nicht, welcher sachliche Grund dann für die Interpolationsannahme in D. 3, 5, 20 (21), 3 vorliegen soll.

Paul. 32 ad ed. fr. 489. D. 3, 5, 41 (42).

Si servi mei rogatu negotia mea susceperis, si dumtaxat admonitus a servo meo id feceris, erit inter nos negotiorum gestorum actio; si vero quasi mandatu servi, [etiam¹] de peculio et de in rem verso agere te posse responsum est.

Paul. 32 ad ed. fr. 487. D. 17, 1, 22, 10.

Si curator² bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit, Trebatius Ofilius Labeo responderunt, [his qui praesentes fuerunt competere adversus eum mandati actionem, his autem qui absentes fuerunt³] (P: *absentibus*), negotiorum gestorum actionem esse. atquin si praesentium mandatum exsecutus id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est [nisi forte adversus eos qui mandaverunt curatori tamquam si negotia absentium gesserint. quod si cum soli creditores se esse existimarent, id mandaverint.] (P: *sed*) in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint⁴.

Ulp. 31. ad ed. D. 1, 7, 1, 6, 1.

Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur: nec enim ideo est obligatus quod negotia gessit, verum idcirco quia mandatum susceperit: denique tenetur et si non gessisset.

¹ Die Interpolation von „etiam“ ist unten S. 24 begründet.

² Statt „curator“ soll im klassischen Texte „magister“ gestanden haben, wie HUSCHKE, Z. f. Rgesch. 9, 361, 58, FERRINI, bull. 7, 99, DEGENKOLB, Beitr. z. Zivilprozesse, 184 f., PETERS, Sächs. Sitz.-Ber. 1912, I, 96, behaupten. Aber da hier nicht der Zuschlag des ganzen Vermögens mit der prozentualen Befriedigung der Gläubiger erwähnt wird, besteht kein Grund, den magister bonorum zu unterstellen, zumal auch im Magisterkonkurse der curator bonorum als Masseverwalter mit beschränkter Veräußerungsbefugnis vorkommt (vgl. DEGENKOLB a. O. p. 164 ff.). Daß die Stelle sich auf den curator bezog, ist auch deshalb wahrscheinlicher, weil nur angenommen ist, daß ein Mandat an den Verwalter vorliegen kann, während bei dem magister das Mandat notwendig gegeben ist: es folgt ja aus der Ernennung durch die Gläubiger (Gai. 3, 79) und ist auch durch die Bindung an die Instruktion der Gläubiger (Cic. ad fam. 12, 30, 5) deutlich betont; endlich konnte doch wohl der magister nicht zu den Gläubigern in Gegensatz gestellt werden, da er selbst Gläubiger ist. Auch LENEL (Pal. ad h. l.) hält den curator für echt.

³ del. Trib. Daß den praesentes immer Mandatsklage zusteht, kann der Klassiker nicht gesagt haben; denn im folgenden wird ja eben vorausgesetzt, daß ein Mandat besonders erteilt werden muß und nur vorliegen kann. Aus sprachlichen Gründen ist schon „praesentes fuerunt“ statt „adfuerunt“ verdächtig. ⁴ Vgl. unten S. 40 f.

Papin. (9. quaest.) D. 17, 1, 53.

Qui fide alterius pro alio fideiussit, praesente et non recusante utrosque (utrumque?) obligatos (obligatum) habet iure mandati: quodsi pro invito [vel ignorante¹] alterutrius (ed: alterius) mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest, qui mandavit, [non etiam reum promittendi²]: nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur: id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas.

Dagegen auf anderem Standpunkte stehen: D. 3, 5, 3, 11, Ulp. 10. ad ed.

Apud Marcellum libro secundo digestorum quaeritur, si cum proposuissem negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris ut geram, an utraque actione uti possim? et ego puto utramque locum habere, quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fideiussorem accepero negotia gesturus: nam et hic dicit adversus utrumque esse actionem.

Ulp. 10. ad ed. D. 3, 5, 5, 6 (4).

Si quis ita simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis quasi meum gesserit, nulla ex utroque latere nascitur actio, quia nec bona fides hoc patitur. quod si et suum et meum quasi meum gesserit, in meum tenebitur: nam et si cui mandavero, ut meum negotium gerat, quod mihi tecum erat commune, (*idem*) dicendum esse Labeo ait, [si et tuum gessit sciens, negotiorum gestorum eum tibi teneri]³.

Pap. 9. quaest. D. 16, 1, 7.

Quamquam igitur [fideiussor]⁴ (P: sponsor) doli replicatione posita defensionem exceptionis amittat, nullam tamen replicationem adversus mulierem habebit, quia facti non potest ignorantem praetendere. sed non erit iniquum dari negotiorum gestorum [actionem] (P. *utile iudicium*) in defensorem, quia

¹ Ignorante, Trib; absente sine mandatu, Pap. Die Interpolation folgt schon aus dem stilistischen Parallelismus des Tatbestandes: pro alio... praesente et non recusante — pro invito vel absente. Zur Interpolation des ignorantem vgl. unten S. 26 f

² Ist doch wohl Glossem.

³ Zu diesem Einschleissel vgl. unten S. 23.

⁴ sponsor hieß es wegen der Prozeßkaution. Die Stelle bezieht sich auf die actio depensi, wie auch aus der exceptio und replicatio folgt.

[mandati causa per senatusconsultum constituitur irrita et]¹ pecunia [fideiussoris] (*sponsoris*) liberatur.

Cod. 2, 18, 14. Diocl. et Max.

Si mandatum solius mariti secutus tam ipsius quam uxoris eius negotia gessisti, [tam] tibi [quam mulieri invicem]² negotiorum gestorum [competit] actio. ipsi sane qui mandavit, adversus te actio est [sed et tibi adversus eum contraria, si quid forte supererogasti]³.

Die Kommentatoren der romanistischen Scholastik vom Mittelalter an bis zu den letzten Tagen der Pandekten-Harmonistik — einschließlich KOHLERS Abhandlung über die Menschenhilfe im Privatrecht — haben zumeist einen Widerspruch zwischen diesen Quellen nicht gefunden⁴. Man gewann aus der Lehre vom animus negotii gerendi den quellenfremden Gesichtspunkt, der alles einfach machte. Hatte der gestor nur im Hinblick aufs Mandat gehandelt, so hat er nur nach Mandatsrecht Haftung und Anspruch begründet; „wenn er aber weiß, daß ein anderer als sein Auftraggeber Geschäftsherr ist, so kommt alles darauf an, ob die besondere Berücksichtigung des Herrn Beweggrund seiner Tätigkeit war.“ Das schien ja in D. 3, 5, 5, 6 (4) gesagt zu sein. Dabei war aber übersehen, daß in D. 3, 5, 27 (28). D. 3, 5, 20 (21), 3 D. 17, 1, 22, 10. D. 17, 1, 6, 1 gar keine Möglichkeit besteht, die Willensrichtung des negotiorum gestor für die Frage entscheiden zu lassen, ob ihm noch ein Anspruch gegen den dominus oder eine Haftung diesem gegenüber entsteht. Denn alle diese Fragmente

¹ „Mandati causa ... et“ ist wohl Kompilatoren-glossem.

Sprachlich ist das constituitur anstößig. Sachlich ist doch wohl die Erwähnung des mandatum bei der actio depensi seltsam. Das Stück pecunia ... liberatur ist wohl durch D. 17, 1, 53 als echter Papinian gesichert.

² Zu den Interpolationen vgl. unten S. 22.

³ Der letzte Satz ist wohl nur schematische Ausführung. „Contraria“ ohne actio, „si quid forte“ sind wohl auch sprachliche Indizien.

⁴ Von den älteren gl. ad D. 3, 5, 3, 11. CUIACIUS in Quaest. Pap. in lib. 9, l. 53, Dig. Mandati. — Aus dem 19. Jahrhundert: THIBAUT, Ziv. Abhandlungen, Abhandl. 20 p. 469 ff.; CHAMBON, die negotiorum gestio p. 119 ff.; ZIMMERMANN, Ächte und unächte negotiorum gestio 38; BRINZ, Pandekten² 2, 651; mit breiter Darlegung KOHLER, Jahrb. für Dogm. 25, 75/94. Französische ältere Lit. bei PACCHIONI, Trattato p. 242. Die oben von mir im Text gegebene Formulierung steht der bei WINDSCHEID, Pand. § 431 nahe. Ein Widerspruch gegen die übliche Harmonisierung ist auch, wie ich nachträglich sehe, bei COGLIOLO, Trattato 1, 150 ff. eingelegt, sowie bei PACCHIONI Trattato, p. 242 ff.

gehen nur von dem Satze aus: wo ein Mandat vorliegt, hat der gestor nur im Mandatverhältnis Anspruch und Haftung. In D. 17, 1, 53 könnte man den Hinweis auf den *animus negotii gerendi* wenigstens in den Worten „*mandatum secutus*“ finden wollen. Auch das wäre gekünstelt. Papinian pflegt präziser Gedanken auszudrücken, die er für erheblich erklärt. In Cod. 2, 18, 14 müßte man konsequent die Worte „*mandatum solius mariti secutus*“ viel eher in diesem Sinne auffassen, und doch steht hier gerade das Nebeneinander der beiden Ansprüche, die *actio mandati* gegen den Auftraggeber und die *actio negotiorum gestorum* gegen den gestor zu.

Nur die erste Reihe von Fragmenten kann als Beleg für den klassischen Rechtszustand gelten: wo ein Mandat vorliegt, ist die ediktale *negotiorum gestorum* nicht gegeben. Natürlich gilt das nicht deswegen, weil die großen Praktiker bestritten hätten, daß der beauftragte gestor sehr wohl auch das Geschäft des dominus führt, wenn er auf Auftrag handelt. Aber im Edikt stand eben ein Hindernis dafür, dort, wo nicht „*sine mandatu*“ geriert war, von *negotiorum gestio* zu reden. Das geht aus den Fragmenten der zweiten Reihe (oben S. 18) hervor. Auszugehen ist von Cod. 2, 18, 4 — 2, 18, 14, die beide die *actio negotiorum* zugunsten des dominus gegen den vom Dritten beauftragten gestor kennen¹. Noch in dem ersten Codex Kaiser Justinians stand hier die *actio utilis negotiorum gestorum* erwähnt: Thalelaios sagt zur ersten Stelle: *σημειῶσαι ἐκ τῆς διατάξεως ὅτι ἐτμήθη τὸ ἀμφιβαλλόμενον τοῖς νομικοῖς εἰ ἄρα ὁ κατὰ μανδάτον ἑτέρου διοικῶν πράγματα ἄλλω προσήκοντα κατέχεται τῷ δεσπότη. εἴρηται δὲ τὸ θέμα καὶ ἐν τῷ δε νεγοτίς γέστις τῶν πρώτων· μέμνησο οὖν τοῦ θέματος καὶ ἐξ ἐκείνου τοῦ τίτλου, ἀλλὰ καὶ ἐξ ἐκείνου τοῦ τίτλου ἀμειβαδὸν ἑκατέρωθεν δίδωσι τὴν οὐτιλίαν, καὶ τῷ δεσπότη τῶν πραγμάτων κατὰ τοῦ μανδάτου ἄλλου διοικήσαντος καὶ αὐτῷ τῷ διοικήσαντι κατὰ τοῦ δεσπότη².*

¹ Die Thalelaiosstellen, auf die hier im Texte Wert gelegt wird, sind anscheinend von PAUL KRÜGER schon bemerkt (ed. ad Cod. 2, 18, 4. 14), aber ohne die meines Erachtens zwingenden Schlüsse, die daraus hervorgehen. COGLIOLO, Trattato 1, 150 zitiert Bas. 17, 2, 4, aber ohne daran zu denken, daß diese *actio utilis* auf klassischem Recht beruhe. Er nimmt augenscheinlich eine byzantinische Theorie an; angeblich sollen hier die Byzantiner die *actio utilis* deswegen bejaht haben, weil zur normalen *actio negotiorum gestorum* das Erfordernis der *contemplatio domini* fehlte.

² Zach. suppl. p. 157. n. 15.

Also: durch die justinianische Fassung der const. 4 Cod. 2, 18 wurde die Streitfrage der späten Juristen entschieden, ob derjenige, der gemäß Mandat eines anderen die Geschäfte eines Dritten besorgt, diesem Dritten als gestor hafte. Der Fall käme auch im Digestentitel *de negotiis gestis* vor — gemeint ist wohl D. 3, 5, 3, 11 und D. 3, 5, 5, 6 (4) —. Aber auch im Codextitel selbst sei const. 15 (soll heißen 14) wichtig: sie gibt im gegenseitigen Verhältnis von dominus und beauftragtem gestor *ultra citroque* die *actio negotiorum gestorum utilis*.

Diesem deutlichen, gut überlieferten Texte entsprechend muß der leider verderbte Text des Thalelaios-Kommentars zu const. 14, der vom Herausgeber ZACHARIAE nicht verstanden wurde, da dieser falsch interpungierte und die Lücken unrichtig füllte¹, aufgefaßt werden²:

τῆς ἐπιδ(εἰξεως) τῆς οἰκειας διαβεβαιώσεως. ὁ γὰρ ἀνὴρ ἐνετείλατο αὐτῷ διοικῆσαι καὶ τὰ ἐμὰ καὶ τῆς γαμετῆς ἐμοῦ πράγματα, καὶ τούτῳ τῷ μανδάτῳ παρακολούθησας καὶ τὰ ἑκατέρωθεν διόκησεν. ἠδύνατο [τὴν μανδάτι κινεῖν] κατὰ τοῦ ἀνδρὸς ἢ τῆς [γαμετῆς οὐτιλίως] τὴν νεγοτιογεστόρουμ, ἐπειδὴ ἐντειλάμενος ἐκεῖνος ἑτέρῳ τὴν διοίκησιν αὐτὸς ἐδίδου πρωτοτύπως διοικεῖν καὶ ἐνοχος ἦν τῇ διρέκτῳ νεγοτιόρουμ.

Die Überschrift verstehe ich nicht. Wahrscheinlich soll sie nichts heißen als: „In der Darlegung der besonderen Bestimmung (der const.).“ Darnach würde dieser Vermerk eine stilistische Kürzung des Textes des Thalelaioskommentars andeuten. Fall und Entscheidung ist klar: der Ehemann hat dem X. — einem Dritten, der bei Thalelaios schon vorher genannt war — den Auftrag gegeben, seine und der Ehefrau Geschäfte zu verwalten. Und der Beauftragte folgte dem Mandate und führte die Verwaltung auch für beide. Er kann (die *actio mandati* anstellen) gegen den Mann oder gegen die (Frau *utiliter*) *actio negotiorum gestorum*, da jener, der Ehemann, durch die Mandatserteilung an den Dritten selbst prinzipaliter *negotiorum gestor* ist und mit der *actio negotiorum gestorum directa* haftet.

Die Ergänzungen, die ZACHARIAE verfehlte, ergeben sich aus dem lateinischen Texte, der paraphrasiert wird, aus dem oben zitierten

¹ Zach. suppl. Bas. p. 162 n. 38.

² Die von mir gewagte Ergänzung ist deswegen möglich, weil bekanntlich die Lückenangaben bei Zach., wenn nicht deutlich ist, wie viel Buchstaben der Herausgeber in der Lücke zählte, ohne sie entziffern zu können, nicht genau sind.

im Kommentar vorhergehenden Fragment des Thalelaios selbst, das in unserer Constitution die actio utilis bezeugt fand, endlich aus dem Texte selbst, nämlich aus der Tatsache, daß im Gegensatz zu dieser actio utilis besonders betont wird, daß der Ehemann seiner Ehefrau mit der actio negotiorum gestorum directa hatte. Daraus folgt, daß vor Justinians Gesetzgebung der Rechtszustand der folgende war: Der beauftragte gestor hatte keine actio negotiorum gestorum normaler Fassung gegen den Dominus. Aber er kann unter Umständen eine utilis actio gegen ihn erhalten. Dem dominus stand gegen den beauftragten gestor kein unmittelbarer Anspruch zu. Die Leute von Berytos zweifelten, ob sie nicht analog der utilis des gestor auch eine solche des Dominus zulassen dürften. Justinian bejahte diese Frage durch zwei Interpolationen: in Cod. 2, 18, 4 „sed negotiorum — tenebitur“, ein Einschub, das sich schon durch den Gegensatz, den es zwischen dem Handeln als protutor und der gestio pro pupillo macht, herausstellt¹; ferner ist in Cod. 2, 18, 14 entsprechend eingeschoben: tam; quam mulieri invicem. Der echte Text schrieb hier wohl: tibi in mulierem negotiorum gestorum utilis datur actio. Diese Interpolationen ließen im ersten Texte des Codex noch die actio negotiorum gestorum utilis unangetastet. Im zweiten Codex dagegen sind die Erwähnungen der utilis verschwunden, weil man inzwischen die Digesten gemacht und die actiones utiles der actio negotiorum gestorum beseitigt hatte. Bei dieser Auffassung der Thalelaios-Scholien zu Cod. 2, 18, 4. 14 ist unterstellt, daß Thalelaios ursprünglich seinen Index für den Codex von 529 schrieb. Diese Behauptung ZACHARIAES² scheint mir voll erwiesen, trotz des Widerspruchs, den KRÜGER, Geschichte der Quellen (2. Aufl.) 411 N. 36 dagegen einlegt.

Wer diese Kenntnis des Thalelaios von der actio negotiorum gestorum utilis des vom Dritten beauftragten gestor feststellt, braucht nur zu fragen, wo in den Digesten die actio utilis des beauftragten gestor in der Lehre der negotiorum gestio gestrichen sei. Sehr deutlich springt die actio utilis bei Papinian, D. 16, 1, 7 noch heraus. Papinian sprach von Rückgriff des Sponsionsbürgen, der für die cautio iudicatum solvi des procurator Bürgschaft übernahm. Wenn die actio depensi infolge entgegenstehender

¹ Zur Frage der Protutel vgl. zunächst PETERS, Zeitschr. der Sav.-Stiftg. 32, 243.

² Zeitschr. d. Sav.-Stiftg. 8, 39.

exceptio sc. Velleiani wirkungslos ist, will er es nicht für unbillig erklären, da ja durch das Geld des sponsor der procurator befreit ist, daß die actio negotiorum gestorum „gegeben werde“. Man hört heraus, daß keine ediktale Grundlage für diese actio besteht; man fragt sich, warum sie fehlt. Und man kommt mit Notwendigkeit darauf, daß eben die Erteilung des mandatum, die bei jeder actio depensi vorliegt¹, notwendig die ediktale Normalformel ausgeschlossen hat. Aus der Begründung ist klar, daß die actio, die hier empfohlen ist, nur auf Grund besonderer Erwägung gewährt werden sollte. Ob ein ähnlicher Eingriff in D. 3, 5, 5, 6 (4) vorliegt, kann zweifelhaft sein. Dort haftet der gestor aus dem Geschäft, welches dem Mandanten mit einem Dritten gemeinsam ist, anscheinend schlechthin mit ediktaler actio negotiorum gestorum dem dominus. Aber der Eingriff verrät sich hier durch die grammatische Konstruktion „negotiorum gestorum eum tibi teneri“ ohne Angabe des Wortes actio. Welche Entscheidung Labeo traf, ist ungewiß. Gab er eine actio negotiorum gestorum utilis oder, wenn man nach D. 17, 1, 22, 10 urteilen darf, eine diese Rolle erfüllende actio in factum, bei der es im übrigen gar nicht darauf ankam, ob der gestor etwas vom dominus und dessen Interesse am Geschäft gewußt hätte? Das ist mir wenig wahrscheinlich. Vielleicht ließ er nur den Beauftragten aus dem Mandate haften, ohne irgend eine Haftung aus Geschäftsführung zu bejahen. Dann wäre erst die Heranziehung von Labeos Entscheidung im Falle, den Ulpian bespricht, völlig präzise. Hier wie dort entstünde aus der Geschäftsführung nur die Haftung, insoweit als das Geschäft dasjenige des dominus „Ego“ war. Erst Justinian oder seine unmittelbaren Vorgänger hätten entsprechend der Entscheidung, welche sie im Falle des Cod. 2, 18, 14 trafen, den Anspruch aus der Geschäftsführung ohne Auftrag bejaht.

Wenn es richtig ist, daß der beauftragte gestor nach klassischem Rechte nur eine actio utilis negotiorum gestorum gegen den dominus hatte, ist es klar, daß sich D. 3, 5, 3, 10. 11 nicht, wie man bisher glaubte, auf die actio negotiorum gestorum des Ediktes, sondern auf eine actio utilis bezogen hat. Thalelaios selbst deutet das mit seinem Hinweis auf Stellen an, die im Digestentitel überliefert sind (oben S. 21). Auf D. 3, 5, 3, 10 kommen wir unten noch einmal zurück. (S. 100 ff.)

¹ Gai. 3, 127.

Justinian strich diese *actio utilis negotiorum gestorum* nach dem Grundsatz, den für seine Rechtsordnung jedenfalls der Text von D. 3, 5, 46 (47) formuliert: *nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur haec subtilitas supervacua est*. Die Kodifikation gab regelmäßig dem beauftragten gestor auch den Anspruch gegen den dominus. Das zeigt Cod. 2, 18, 14 zur Evidenz, ebenso wie D. 3, 5, 3, 11. Erst von diesem Standpunkte aus erklärt sich meines Erachtens das etiam in D. 3, 5, 41 (42): man ließ hier sowohl die *actio negotiorum gestorum* aufs Ganze wie die *actio mandati de peculio* zu, und die Aufnahme der ursprünglich im Kommentar zum Mandat stehenden Paulinischen Stelle in den Titel *de negotiis gestis* sollte das unterstreichen.

In klassischer Zeit brauchte der beauftragte gestor im Notfalle eine *actio utilis negotiorum gestorum*. Also stand der Mangel des Auftrags im Edikt und in der formula in factum concepta der *actio negotiorum gestorum* ausdrücklich erwähnt. Praktisch war damit die Lage bei dem Edikt *de negotiis gestis* nicht anders als bei der *actio funeraria*: auch hier hat derjenige, der *mandatu alterius* das Begräbnis ausrichtet, keine Ersatzklage gegen den Ersatzpflichtigen. Aber in Notfällen kann auch hier einmal trotz Vorliegen eines Mandates eines Dritten eine *actio funeraria utilis* gegeben werden (D. 11, 7, 14, 15).

Dieses Resultat für die *actio negotiorum gestorum* entspricht auch durchaus der Überlieferung. Die einzige außerhalb der Kompilation auf uns gekommene Darstellung der *actio negotiorum gestorum* ist in der Schrift *de actionibus* erhalten¹. Da heißt es:

¹ ZACHARIAE V. LINGENTHAL, Sav. Zeitschr. 14, 90. Daß der Kern der Schrift vorjustinianisch ist, muß wohl trotz der Ausführungen SEGRÉS (la denominazione di „actio confessoria“ extrait des mélanges P. F. GIRARD, Paris 1912 p. 34 ff.) wahrscheinlich bleiben. Aus Theophilus kann die Notiz über die *actio rei uxoriae* und die *actio furti obliti* doch wohl nicht stammen. Denn jener trägt diese Notizen als Rechtsgeschichte vor (4, 1, 4. — 4, 6, 29), während die Schrift *de actionibus* von geltendem Rechte spricht. An der Richtigkeit des von SEGRÉ für die *actio confessoria* trefflich nachgewiesenen Ergebnisses wird dadurch nichts geändert, daß der Name *actio confessoria* für die Servitutenklagen schon der Juristengeneration geläufig war, bei der die Kompilatoren in die Schule gingen. Beweisend dafür, daß nicht das justinianische Recht dem Kerne der Schrift zugrunde liegt, ist wohl vor allem das Satisfactionsrecht, n. 6, das weder den Institutionen (Inst. 4,

Εἰ δὲ τις ἄνευ μανδάτου τὰ ἄλλου διώκησε πράγματα, ὀρμίζει τῷ δεσπότη *directa negotiorum gestorum* (τουτέστιν ἀγωγή ἐξ ὀρθοῦ κινουμένη κατὰ τῶν διοικησάντων ἀλλότρια πράγματα παρὰ γνώμην τοῦ δεσπότη). τῷ δὲ διοικήσαντι *contraria negotiorum gestorum* (τουτέστιν ἡ ἐναντία τῆς προκειμένης ἀγωγῆς). Ebenso wie hier die *directa negotiorum gestorum* des Regelfalles gerade durch den Mangel des Auftrages charakterisiert wird, geschieht das in den beiden Versionen des Referates des Gaius, Inst. 3, 27, 1 pr. D. 44, 7, 5 pr. Die Interpolationen, deren die letztgenannte Stelle verdächtig sein könnte¹, beziehen sich jedenfalls nicht auf die Erwähnung der auftragslosen Geschäftsführung. Denn gerade die Kompilatoren hatten keine Veranlassung, den Mangel des Auftrages bei der *negotiorum gestio* als Erfordernis zu betonen. Sprachlich ist zudem dieses Ergebnis dadurch gesichert, daß die Byzantiner den Ablativ *ex mandatu* und *sine mandatu* nicht selbst zu schreiben scheinen, sondern stets *mandato* schreiben². In Verbindung mit diesen Zeugnissen gewinnt es nun beweisende Kraft, daß oft die Tatbestände bei den klassischen Juristen den Mangel des Mandates als Erfordernis zur *negotiorum gestio* besonders betonen: D. 3, 5, 5, 2: *si pupilli tui negotia gessero non mandatu tuo sed ne tutelae iudicio tenearis* . . . D. 17, 1, 58: *quodsi sine mandatu defensionem suscepisti*. Cod. 2, 20 pr.: *tutori vel curatori similis non habetur qui citra*³ *mandatum negotium alienum sponte gerit*. Man konnte diese Tatbestände auch in der Kompilation unverändert lassen, weil ja auch nach justinianischem Rechte überall, wo kein Auftrag vorliegt, *negotiorum gestio* möglich ist. Aber man mußte konsequenterweise aus den Definitionen der *negotiorum gestio* das *sine mandatu* entfernen: denn auch der beauftragte gestor sollte ja Haftung und Anspruch aus der Geschäftsführung gegen-

11, 2) noch dem Novellenrechte entspricht. Die Kautio über die Prozeßkosten, die nach dieser Notiz bestellt wird, ist wohl eine der in Nov. 53, c. 3 im Plural genannten „gerichtlichen Kautionen“, die vor Justinian üblich waren und an Stelle deren der Kaiser nur die Gestellungskautio verlangt (§ 2 Nov. 53 c. 3). Nichts dagegen besagen die Ausführungen von MITTEIS in Corp. Pap. Rain. 1, 81 ff.

¹ PEROZZI, Le obbligazioni romane p. 146 not.

² Cod. 4, 28, 7, pr. 1. Cod. 2, 58, 2, 5.

³ Daß *citra* im Sinne von „ohne“ justinianisch wäre (BESELER, Beitr. 2, 33 ff.) wurde schon mehrfach zurückgewiesen: BERGER, krit. Vierteljahrsschr. 1912, 419 f.; MITTEIS, Zeitschr. Sav.-Stiftg. 33, 196 ff.

über dem dominus haben, wenn dieser nicht selbst den Auftrag erteilt hatte. Aus diesem Grunde scheint in den Digesten mannigfaltig statt sine mandatu eine Beziehung auf den dominus eingesetzt zu sein, die dem justinianischen Rechtszustande mehr entspricht. Da schon nach klassischem Recht „auch der nichts ahnende“ dominus verpflichtet wird, wird dieser Ausdruck interpoliert. Warum die Byzantiner gerade diesen Gedanken hervorheben, das erklärt sich wohl aus ihrer Dogmatik des Obligationenrechts: wenn die Regel gilt, daß bei den Kontrakten alle Obligationen aus einem Willensakte des Schuldners entspringen, wenn andererseits die negotiorum gestio als Quasikontrakt behandelt wird, dann ist es der Erwähnung wert, daß bei der negotiorum gestio der dominus auch ohne Wissen und Willen verpflichtet wird¹. Mit Rücksicht auf die byzantinische Schultheorie ist wohl die Veränderung zu erklären, die bisher in D. 3, 5, 2 (Gai. ad ed. prov. 3) nicht auffiel: Si quis absentis negotia gesserit [licet ignorantis tamen] (G: sine mandatu gesserit) quidquid in rem eius utiliter impenderit vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligavit, [habeat] eo nomine actionem (G: eo nomine praetor pollicetur actionem): [itaque eo casu ultro citroque nascitur actio quae appellatur negotiorum gestorum (del. Trib. SEGRÉ)].

Licet ignorantis tamen ist hier schlechtes Latein; denn das tamen bezieht sich hier nicht auf einen vorausgehenden Konzessivsatz, sondern nur auf die Worte „licet ignorantis“. Grammatisch ist diese Beziehung der Konjunktion Licet auf ein Partizip wie

¹ Über diese Theorie der Byzantiner vgl. Schol. ad Bas. 14, 1, 5 n. 2 (Heimb. 2, 71) D. 17, 1, 5, 2. ROTONDI, bull. 24, 114. COLLINET, Etudes historiques sur le Droit de Justinien 1, 197f. Bei der negotiorum gestio tritt die byzantinische Herkunft dieses Gedankens, daß der dominus als ignorans kontrahiere, durch die Interpolationen hervor: D. 44, 7, 5 pr. „Longe magis is cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intellegi potest.“ — Inst. 3, 27, 1: ex qua causa ii quorum negotia gesta fuerint etiam ignorantibus obligantur. In der Institutionenparaphrase wird es deutlich, daß dieser Gedanke bestimmt ist, diese Eigentümlichkeit der negotiorum gestio in Gegensatz zu den Kontrakten zu stellen.

Es fällt auf, daß die Palingenesie der Institutionen bisher die sichere Interpolation der hervorgehobenen Sätze nicht berücksichtigt hat (vgl. ZOCCA-ROSA, annuario Catania 1910/11 S. 37 ff.). Sie ist vorlängst behauptet (vgl. GRUPE, Zeitschr. Sav.-Stiftg. 17, 319, 18, 219. PEROZZI, Le obbligazioni romane 1903, 147 Anm.; vgl. auch BETTI, Sul significato di „contrahere“ in Gaio, Sanseverino-Marche 1912 p. 12 ff.)

ignorantis für Gaius ebenso unerhört¹, wie es als echter Gräzismus öfters in Justinians Konstitutionen vorkommt². Wer das licet ignorantis tamen für echt erklärte, müßte wohl seine Anschauungen über das klassische Latein des Gaius revidieren. Für den logischen Zusammenhang ergibt sich durch das licet tamen ein Unsinn; denn es ist doch wohl nicht richtig, daß bei Kenntnis des dominus absens von der gestio notwendig die Klage aus dem Ediktstitel zusteht.

Unverdächtig ist absentis et ignorantis, absente et ignorante in Stellen wie D. 3, 5, 10 (11). D. 7, 1, 12, 2. Denn bei Gaius (4, 84) ist ja die Definition des prozessualen procurator, für dessen Fall ja gerade das Edikt de negotiis gestis geschaffen scheint, dahin bestimmt, daß er et absente et ignorante adversario constituitur. Diese Wendung absente et ignorante beschreibt augenscheinlich eben denjenigen Zustand, in dem sich der dominus gegenüber dem gestor befindet, welcher ohne Wissen des dominus dessen procurator bei der Streitbefestigung wird. Interpoliert aber ist wohl „ignorante vel“ in D. 3, 5, 40 (41):

Paulus 30 ad ed.: Qui servum meum me ignorante vel absente in noxali causa defenderit, negotiorum gestorum in solidum mecum, non de peculio agat.

Hier ist die Einschlebung durch die törichte Kasuistik klar:

¹ Vgl. die Stellen der Institutionen im Voc. ZANZUCCHI: v. licet (coni.) ferner D. 30, 65, 2. — 33, 4, 15. — 35, 1, 17, 2. — D. 40, 12, 25, 2 (zweimal). — 3, 5, 21. — 4, 4, 27 pr. — 10, 2, 1, 1. — 10, 2, 3. — 39, 6, 31, 1. — 16, 1, 13 pr. — 26, 8, 9, 1. — 47, 2, 55, 4. — 47, 4, 2. — 29, 4, 17. — 33, 2, 29. — 20, 4, 11 pr. (zweimal). — 41, 1, 7, 5. — 45, 1, 141, 2, 5, 9. — 46, 2, 34, 2. Darunter licet mit Indikativ und folgendem attamen in der Interpolation D. 5, 3, 17. Daß licet auch mit dem Partizip ähnlich wie in der obigen Stelle bei gewissen Späteren vorkommt, ergibt die Literatur bei KREBS, Antibarbarus 6. Aufl. 2, 23, der aber auch auf das Inkorrekte dieses Gebrauches hinweist.

² Cod. 1, 2, 19: ex ... legibus licet obscure positus. — Cod. 6, 27, 5, 2a: et non derelictum licet adhuc servis constitutis donent. Cod. 7, 40, 3, 3 (1): qui ... libellum conventionis ei transmiserit licet generaliter ... mentionem habentem vel ... continentem nihilo minus ... Cod. 5, 13, 1, 5 f.: si voluptuariae sunt, licet voluntate eius expensae, vgl. auch Cod. 3, 28, 30 pr. Das Authenticum übersetzt das griechische $\kappa\acute{\alpha}\nu$ mit ‚licet,‘ z. B. Nov. 22 c 29 pr. c. 34. Nov. 44, i, c. 3. Offenbar bildet das licet mit dem Partizip im Sprachgebrauch des byzantinischen Kanzlei die gleiche Konstruktion des $\kappa\acute{\alpha}\nu$ nach.

Es ist schief, den Fall des dominus ignorans und den des dominus absens zu scheiden. Denn der dominus ignorans wird, von spitzfindigen Einzelfällen abgesehen, eben im prozessualen Sinne in jure ein absens sein, und nicht jeder dominus absens steht im Verhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag zu dem Prokurator, der für ihn den Sklaven im Noxalprozesse defendiert. Der Klassiker schrieb wohl: qui servum meum sine mandatu me absente in noxali causa defenderit oder: qui servum meum me sine mandatu absente . . . defenderit.

Danach möchte ich als sicher betrachten, daß im Edikte de negotiis gestis wie in den ediktalen formulae in factum conceptae des Musterfalles das Nichtvorliegen eines Mandates an den gestor erwähnt war. Die Konsequenzen dieser Anschauung sind für unsere rechtsgeschichtliche Auffassung des Ediktes wie für unsere Beurteilung der klassischen Praxis in der Lehre der negotiorum gestio nicht unbedeutend. Während die bisher angenommene Fassung es aufs Konto einer freischaffenden prätorischen Praxis und einer aus dem Nichts die Regel findenden Jurisprudenz setzte, daß der Begriff der negotiorum gestio abgegrenzt wurde, und die eigenartige Subsidiarität des Anspruchs aus Geschäftsführung ohne Auftrag sich herausbildete, steht jetzt am Anfang der Entwicklung ein prätorisches Edikt, das positiv ausdrückt, daß die gestio nur dort zu dem besonderen Anspruch und der Haftung führt, wo ein Mandat weder vom dominus noch von einem Dritten erteilt war. Die Nachrichten über die Tendenz des Ediktes (D. 3, 5, 1, 2, Inst. 3, 27 pr.) wirken nicht mehr als pseudo-historische Notizen, was sie gewiß nicht sein wollen, sondern als Einführung zu demjenigen Texte des Ediktes, welcher noch der klassischen Praxis zugrunde lag. Die Hypothese, welche dereinst durch den justinianischen Edikttext mit Notwendigkeit auf die Annahme gedrängt war, daß es geschichtlich einen allgemeinen Begriff der gestio gegeben habe, aus dem sich erst allmählich die besonderen Rechtsinstitute der Tutel und des Mandates abgesondert hätten, verliert jetzt erst ihre Grundlage. Aber was wir gewinnen, ist vielleicht wichtiger als jene historische Hypothese. Denn klar ist, daß derjenige Rechtsgedanke, den Wlassak historisch werten wollte, eben der prätorischen Praxis zugrunde gelegen haben muß, welche im Edikt de negotiis gestis die Voraussetzungen der Ansprüche aus der auftragslosen Geschäftsführung formulierte. Es ist an anderer Stelle schon von H. PETERS darauf aufmerk-

sam gemacht worden¹, welche Bedeutung dieser Rechtsgedanke der Gestio des ganzen Vermögens oder einer Gesamtheit von Angelegenheiten im klassischen Privatrecht hatte. Jetzt wird es klar, daß der Prätor mit Bewußtsein den Fällen, in denen ein Mandat den Geschäftsführer zur gestio veranlaßt hatte, den anderen Fall gegenüberstellt, daß sine mandatu für den absens geriert war. Es scheint wirklich, daß die Darstellung des Gaius, D. 44, 7, 5 pr., etwas historische Wahrheit in sich birgt, wenn er zuerst von der gestio aus Auftrag spricht, und die negotiorum gestio als das Gestionsverhältnis anspricht, das aus der gestio ohne Mandat entsteht. Dabei ist übrigens die Frage aufzuwerfen und offen zu lassen, ob nicht die für die ältere Zeit sicher vorzusetzenden formulae in factum conceptae bei der Mandatsklage auch derart formuliert waren, daß sie die gestio schon als geschehen voraussetzten. Über allgemeine Mandatsklagen mit formulae in factum conceptae wie über ein entsprechendes Edikt scheint ja in den Quellen schlechterdings nichts zu verlauten. Aber es ist bezeichnend, daß alles, was wir von der formula in factum concepta zum Rückgriff des Bürgen gegen den Hauptschuldner wissen, sehr entschieden auf eine Fassung deutet, in welcher ausgesprochen war, daß der Bürge auf Grund des Bürgenversprechens gezahlt, den Schuldner dadurch liberiert hatte und die gezahlte Summe zurückfordert². Für die Tutel ist altbekannt, daß dort ursprünglich nur aus der unternommenen Gestio Haftung entstand. Tutel, Mandat, negotiorum gestio stehen hier in einem unverkennbaren dogmatischen Zusammenhange, der ihre ältesten nachweisbaren Erscheinungsformen im Edikte verbindet. —

Endlich ist es wahrscheinlich, daß im prätorischen Edikte nur der Fall der generellen Gestio erwähnt war: quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent . . . alterum alteri praestare oporteret, — so erwähnt Cicero (top. 17, 66) das iudicium negotiorum gestorum mit gegenseitiger Prästation³.

¹ Zeitschr. Sav.-Stiftg. 32, 263 ff.

² Vgl. die ausführlichen Nachweisungen in PARTSCH, Griech. Bürgschaftsrecht 1, 274 ff., Anm. 4.

³ GIRARD, manuel (5) 625, 1 nimmt eine formula in bonum et aequum concepta des dominus an. Der Zweifel SEGRÈS, S. 299 Anm. 2 von S. 298 ist wohl gerechtfertigt. Wenn man erwägt, daß das Satzgefüge bei Cicero die negotiorum gestio neben der actio pro socio, der actio mandati nennt und diese Aufzählung von der actio rei uxoriae trennt, daß ferner das praestari oportet nur zu der ersten Reihe gehört und nicht notwendig auch

Wenn es sich hier auch um das *bonae fidei iudicium* oder ein ähnliches Klagegebilde gehandelt hat, so ist es doch bemerkenswert, daß sowohl die feststehende Terminologie des Formelnamens wie auch der Ediktstext und die Referate alle von der *negotia* sprechen, also von allgemeiner Geschäftsführung: wenn *negotium*, wie oben für wahrscheinlich gehalten, wirklich zunächst das Verfahren vor dem Prätor bedeutet, ist die allgemeine Geschäftsführung in Verfahrenssachen der prätorischen Zuständigkeit gemeint. Es ist bemerkenswert, wie die Juristenäußerungen, welche von der Gefahrtragung bei genereller *Gestio*¹, von der *compensatio lucrum cum damno*², von der *Gestionspflicht*³, von der Devolvierung der Spezialklagen in die *actio negotiorum gestorum* sprechen⁴, oft deutlich an den Fall anknüpfen, der im Edikte selbst stand: *si quis negotia alterius absentis sine mandatu gesserit*. Ferner fällt für diese Beziehung auf die generelle *Gestio* ins Gewicht, was wir über den Anwendungsbereich von genereller und spezieller Geschäftsführung feststellen können. Die Frage ist hier nicht, nach wie vielen einzelnen Geschäften man von genereller *Gestio* reden und deren Haftungsgrundsätze zur Anwendung bringen könne. Die römische Lehre geht auch nicht dahin, daß auch die Vornahme eines einzelnen Geschäftes dadurch, daß eine besondere Willensrichtung des Geschäftsführers vorliegt, schon das Gepräge genereller *Gestio* tragen könne. Sondern es wird grund-

zur *actio rei uxoriae* gezogen werden muß, dann ist es wahrscheinlich, daß Cicero doch die Klage mit gegenseitiger Præstatio und *formula in ius concepta* bei der *actio negotiorum gestorum* kennt. Andererseits gewinnt man aus der Stelle oft den Schluß, daß nur die *actio des dominus* gegen den gestor bei Cicero bekannt sei. Besonders PACCHIONI, Trattato, p. 28 ff. hat das vertreten. Das ist meines Erachtens sehr bedenklich. Es handelt sich hier bei Cicero allerdings nur um ein *iudicium contrarium* im Sinne des klassischen Rechtes, d. h. nur um eine Formel mit gegenseitiger Præstatio, so daß, auch wenn man die Stelle wie oben auffaßt, ein Zeugnis für die *actio contraria*, die der gestor selbständig geltend machen kann, nicht vorliegt. Auch aus der viel berufenen Stelle D. 3, 5, 20 (21) pr. folgt nicht, was man oft daraus folgert, daß für Servius die besondere *formula in factum* das einzige Mittel gewesen sei, um dem gestor einen Anspruch gegen den dominus zu verleihen.

¹ Pomp. 25 ad Quintum Mucium D. 3, 5, 10 (11). Gaius D. 3, 5, 21 (22), vgl. oben S. 16 Anm.

² Pomp. D. 3, 5, 10 (11).

³ D. 3, 5, 5, 14 (12), das allerdings sicher zum Kommentar der *formula in ius concepta* gehört.

⁴ Paul. 2 ad Neratium D. 3, 5, 18 (19), 3.

sätzlich ausgegangen von dem im Rechtsleben der Republik gewöhnlichen Falle, daß für den *absens* ein Freund auftritt, der alle jurisdiktionellen Beziehungen des *absens* wahrnimmt. Wer objektiv durch sein Auftreten den Anschein erweckt, daß er schlechthin für die Angelegenheiten des *absens* sorgen wolle, und dadurch das Zugreifen eines andern verhindert, haftet, wenn er gewisse Geschäfte nicht wahrnimmt¹. Die Frage, ob der gestor die Verwaltung nur deswegen übernahm, weil er einzelne Geschäfte erledigen wollte, kommt den römischen Praktikern der klassischen Zeit nicht. Dieser Gedanke, daß der gestor sich durch den Willen, nur ein einzelnes Geschäft zu erledigen, vor der Haftung aus genereller *Gestio* schützen könne, ist erst eine echte Ausgeburt der byzantinischen Studierstube² und ist praktisch durchführbar

¹ D. 3, 5, 5, 14 (12). Vgl. PETERS, Zeitschr. Sav.-Stiftg. 32, 270 ff. Vgl. auch D. 27, 5, 1, 9, wo die alte *actio negotiorum gestorum utilis*, die gegen den Scheintutor ging, noch durchblickt: *quod si quaedam gessit, videndum an etiam eorum quae non gessit teneatur: et hactenus tenebitur, si alius gesturus non fuit*.

² PEROZZI, obbligazioni, p. 37 not. hat das zuerst gesehen; ihm pflichtet bei SGRÈ a. o. p. 296 n. 1. H. PETERS, Sav.-Zeitschr. 32, 265. Der letzte erst fand die exakte Begründung dafür, indem er S. 268 feststellte, daß D. 3, 5, 15 (16) (Paul. 7, ad Plaut.; LENEL, Paul. fr. 1135) in dem Abschnitt über die Tutel den byzantinischen Kontraktbegriff im klassischen Texte nicht gehabt haben kann. Nicht auf den Willen des gestor zur Führung aller Geschäfte kommt es an, sondern auf die objektive Einheit der ganzen Reihe geführter Geschäfte, aus der die einheitliche Behandlung gefolgert wird. *Contractus* bedeutet den Haftungsgrund der einheitlichen *Gestio*, nicht den *animus negotii gerendi*, der auf alle Geschäfte gerichtet ist. Es steht, wie ich hinzufügen möchte, nicht anders als der Ausdruck *una obligatio* bei Ulpian D. 27, 3, 1, 22. Von der Interpolation in D. 3, 5, 15 (16) aus beurteilt, stellt sich das Fragment D. 3, 5, 14 (15) für PETERS mit Notwendigkeit als interpoliert dar. Das ist sicher richtig, insoweit es sich um die Worte *nisi si — effectus est* handelt, die PETERS, wie er mir mitteilt, allein angreift. Den ganzen Schluß zweifeln an FABER, Ration, 1, 397. Albertario, Filangieri 1911 p. 820. Aber gerade wenn man mit LENEL, Paul. (fr. 189) den Anfang „in *negotiorum gestorum iudiciis*“ emendiert, kommt man darauf, daß der sprachlich unverdächtige Schluß nach *hic enim* doch gerade ganz gut zu dem Anfange des Fragmentes paßt: bei der *condemnatio* wie bei der *intentio* sei der Wechsel des Personenstandes wie der Haftungslage wohl zu beachten. Dabei kann sich die Notwendigkeit ergeben, auf eine Verschiebung dieser Rechtslagen bei der Formfassung praktisch derart Rücksicht zu nehmen, daß gleichsam der Eindruck entsteht, daß verschiedene *negotia* vorliegen: z. B. wenn gegen den Vater oder den dominus zunächst für die Dauer der *potestas de peculio* geklagt werden soll, für die spätere Zeit gegen den *emancipatus* selbst oder den *servus manumissus*.

ausschließlich in einem Rechtsleben, in dem es gewöhnlich ist, daß man auch solche Willensrichtung durch Zeugenaufnahme oder Urkunde vor dem Notar oder dem defensor civitatis feststellt. — Allerdings bleibt es zweifelhaft, wie alt überhaupt in der römischen Rechtslehre der Gedanke ist, daß die einheitliche Geschäftsführung für den gestor wie für den Generalmandatar und den Tutor Pflichten schafft und Haftungsgrund ist. WLASSAK¹ hat mit Recht darauf aufmerksam gemacht, wie allmählich erst dieser Gedanke im Rechte der actio tutelae erstarkt ist und wie anfangs die Juristen die Obligation aus der Geschäftsführung des tutor durch die einzelnen Gestionshandlungen annehmen, so daß die Haftung des tutor durch causae plures, — prout gerit entsteht. Wir können die Möglichkeit nicht ausschließen, daß bei der actio negotiorum gestorum eine ähnliche Entwicklung vor sich ging, da unsere Nachrichten hier ja nicht älter als das zweite Jahrhundert p. Chr. sind. Aber daß die Entwicklung bei der negotiorum gestio sich hier parallel zur Tutel vollzog² ist nur dann einfach zu erklären, wenn eben die ediktale Grundlage und die in factum konzipierten Formeln selbst auf die generelle Gestio verwiesen.

Aus dem Kommentarstück bei Ulpian (D. 3, 5, 3, 2): „negotia“ sic accipe, sive unum sive plura, folgt nichts Widersprechendes. Denn die Klassiker kennen ja jedenfalls längst auch die Anwendbarkeit des Begriffes der ediktalen negotiorum gestio auf die vereinzelte Gestio. Und daß diese Feststellung im Kommentar zum Edikte steht, wäre auch nicht anstößig. Übrigens ist die Latinität des Satzes nicht so, daß sie eine byzantinische Retouche ausschliesse.

Während für das Edikt und für die intentio der formula in factum concepta in der Rubrik de negotiis gestis die Quellen meines Erachtens weiterzukommen gestatten, als es nach der bisher geltenden Anschauung möglich war, ist von SEGRÉ und LENEL

Dieser Schluß des Fragmentes ist meines Erachtens sicher nicht interpoliert. Die Byzantiner hätten doch wohl nicht unterschieden actio-formatur, condemnatio moderatur. Darin liegt ganz deutlich der Hinweis auf den klassischen Prozeß mit seinen fictiones, subjektiver Umstellung und praescriptiones pro actore in der actio —, mit den beschränkenden Klauseln der condemnatio, für die ja Ulpian (35 ad ed., D. 27, 3, 11) uns dasselbe anschaulich für die Tutel klarlegt.

¹ Negotiorum gestio S. 68 ff. zu D. 26, 7, 37 pr. im Gegensatz zu D. 3, 5, 14 (15), D. 3, 5, 15 (16). Paul. D. 26, 7, 16.

² Zu dieser Tatsache auch Pernice, Labeo. II, 2 (2. Aufl.) p. 199 ff.

schon alles, was erkannt werden kann, bezüglich des übrigen Formelbaues der formula in factum concepta gesagt. Wir wissen nicht, ob hier eine prätorische Formulierung den iudex auf das aestimare quantum bonum aequum videbitur verwies¹. Wir wissen nicht, was in der Formel der actio directa stand, ob ein ‚pecuniam abesse‘² oder ein ‚non gessisse uti oportuit.‘ Für die formula in

¹ So GIRARD, manuel (5. Aufl.) 625.

² Daran könnte man wegen D. 19, 1, 24, 1 — D. 12, 1, 31, 1 D. 3, 5, 2 denken. SEGRÉ hat auf die Bedeutung der Klausel quanta pecunia abest für die Fassung der actiones contrariae mit formula in factum concepta bei den Ersatzklagen des Vermögensverwalters in der negotiorum gestio wie bei der actio mandati richtig aufmerksam gemacht und für die Tutel eine von LENEL (Edikt², 309, 2) allerdings abgelehnte Vermutung gewagt (a. a. O. 307, 2). Aber es ist wahrscheinlich, daß die Klausel ‚quanta pecunia‘ abest eine viel weitergehende Bedeutung für den Formelbau hat. Sie ist schon fürs zweite Jahrhundert v. Chr. bei den Klagen aus einer Geschäftsführung auch dort anzunehmen, wo der dominus gegen den gestor, der Mündel gegen den Tutor, der Mandant gegen den Beauftragten klagt. Denn schon in jener alten Zeit wird sichtlich wieder aus dem Zivilprozeß dieser Formelbestandteil in diese Senatsjurisdiktion übernommen. Vgl. zu dem Folgenden bezüglich der Grundauffassung meine „Schriftformel im Provinzialprozeß“ S. 1—52 und LENEL, Geschichte der Quellen bei HOLTZENDORFF-KOHLER, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (n. S. 2. Aufl.) 340. Wie dort die Formeln des prätorischen Verfahrens von den Instruktionen, die der Senat für seine Kommissare entwirft, nachgeahmt sind, so ist die Klausel quanta pecunia abest schon im zweiten Jahrhundert v. Chr. in einer Instruktion nachweisbar, welche der Senat anno 117 v. Chr. für die Instruktion eines großen Skandalprozesses gab, in welchem die Stadt- und Tempelbeamten von Delphi wegen Ansprüchen aus ihrer Verwaltung vor den Amphiktyonen haftbar gemacht wurden. (WESCHER, Etude sur le monument bilingue de Delphes, Mémoires présentés par divers savants, I^{re} série tome 8, CIL II ad. No. 567 p. 987 ff. 1, suppl. no. 7303 p. 1317., jetzt vollständiger bei COLLIN, Bull. de Corr. hell. 27, 104 ff. Der Senat hat den Amphiktyonen ein Programm gestellt: ὅσον χρημάτων Ἀπόλλωνος ἄπεστιν ἐκτὸς τοῦ θησαυροῦ καὶ ἐκτὸς θρημμάτων προσόδου ferner: πρόσσδος Ἀπόλλωνι ἐκ τῶν ἀγελῶν καὶ θρημμάτων ἀποκαταστήσαι δεῖ. Zunächst wird die Frage quanta pecunia abest beantwortet (D. 1, 7 ff.), dann ein Eingehen auf den zweiten Teil des Programmes abgelehnt (D. 1, 20). Endlich verurteilen sie die einzelnen Beamten danach (D. 1, 31 ff. bis F Ende), in dem ein anderer Teil des Senatsprogramms zur Frage steht: ὅσον ἕκαστον χρημᾶτων ἀποτίσαι δεῖ τῷ θεῷ ἐξ συγκλήτου δόγματος.

Es wäre sehr wohl möglich, daß diese Klausel quanta pecunia abest allen Formularen der Klagen aus genereller gestio angehörte. Aber über mehr als über diese Möglichkeit hinauszukommen, gestattet das Material nicht. In den Digesten fehlt, soweit ich sehe, bei der actio tutelae directa wie bei der actio mandati jede Spur einer Formel, in welcher das quantum

factum concepta des gestor bietet D. 3, 5, 2, mit seinem praestari ei quidquid eo nomine vel abest vel afuturum est, einen gewissen Anhalt, den SEGRÈ und LENEL schon gewürdigt haben.

II.

Die actiones negotiorum gestorum utiles.

Die Fragestellung.

Die heutige Forschung kennt gar nicht die Frage, welche Bedeutung die actiones negotiorum gestorum utiles für die Entwicklung der Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag und für die Fortbildung des ganzen Systems des klassischen römischen Rechtes haben. Denn die herrschende Meinung erkennt heute eine sachlich irgendwie bedeutendere actio negotiorum gestorum nicht an. Nicht nur die Lehrbücher und Gesamtdarstellungen schweigen von einer solchen — selbst LENEL in der zweiten Ausgabe seines Ediktes setzt den Vermerk actio negotiorum gestorum utilis nur neben die demonstratio der Formel gegen den, welcher dem gestor Auftrag zur gestio gegeben hat, in der Klage des dominus gegen diesen Mandanten: quod L. Titius mandatu Numerii Negidii gessit, so wird unter Berufung auf D. 3, 5, 20, 3 formuliert. Und doch ist es meines Erachtens sicher, daß gerade der Fall, daß der gestor seine Geschäftsführung durch Auftragserteilung an einen Dritten besorgt hatte, gar nichts Eigenartiges bot, insofern es sich um die Gestionsklage des dominus gegen den Drittmandanten handelt. Eine ganze Reihe von Fragmenten spricht hier unverdächtig davon, daß die actio negotiorum gestorum zusteht¹, Thalelaios selbst sagt, daß solcher Auftraggeber mit

pecunia abest eine Rolle gespielt hätte. Es ist dort nur für die actio contraria mit formula in factum concepta des Bürgen nachweisbar (vgl. oben S. 29 Anm. 2).

Rechtsgeschichtlich ist dieses Abstellen auf das quanta pecunia abest in den Formeln vielleicht interessant. Es könnte sein, daß die Frage in den Gestionsklagen in der Schriftformel so formuliert wurde, weil diese darauf berechnet waren, zunächst in alten Anwendungsfällen der actio furti neuen prätorischen Rechtsschutz zu gewähren. Denn das „furto abesse“ spielt in den Quellen eine auffallende Rolle, vgl. D. 50, 16, 13, 1fr. 14 pr. — D. 41, 4, 10. — D. 47, 2, 57, 3. — D. 11, 3, 11, 2. — D. 15, 1, 9, 6. — D. 47, 2, 19, 3. — D. 47, 2, 46 pr. Aus der Literatur Mart. 6, 19, 3. Bei Val. Max. 5, 3, 2 kommt es wohl bei der Schilderung des altrepublikanischen crimen peculatus im Komitialprozesse vor. Vgl. auch LENEL, Ed. (2) p. 84 ff.

¹ Außer D. 3, 5, 20 (21), 3 auch D. 17, 1, 22, 10. D. 3, 5, 27 (28).

der actio directa haftet, während er die actio utilis dem beauftragten gestor gegen den dominus selbst zuspricht¹. Und entsprechend steht auch für die Tutel fest, daß derjenige, welcher die Gestio der ihm übertragenen Tutel einem andern mandierte, aus der eigenen Gestio haftet². Seit WLISSAK die unmethodischen Behauptungen, welche die Älteren des 19. Jahrhunderts über actiones negotiorum gestorum utiles gewagt hatten, mit berechtigter Schärfe zurückwies³, ruht das Problem. Auch PETERS kennt es nicht, der sonst seit PACCHIONIS Trattato della gestione d'affari am eigenartigsten von den Modernsten die Lehre durchgearbeitet hat. Nur PAUL KRÜGER hat die gelehrte Tradition, die lange für die Lehre bestand, wieder aufgenommen, nachdem noch BRINZ in den Pandekten sie für einen Fall teilweise richtig in allerdings schiefer Fassung vorgetragen hatte⁴. Schon in der wichtigen Besprechung von WLISSAKS Buch im Archiv f. civ. Praxis (62, 497) hat KRÜGER gelehrt, daß der curator furiosi eine actio utilis negotiorum gehabt habe. Allerdings tritt hier die bedenkliche Lehre auf, daß die Curatoren der klassischen Zeit schlechthin diesen Klagschutz gehabt hätten. In der 11. und 12. editio stereotypa der Digesten⁵ wie in der editio des Codex⁶ findet sich zu mancher Entscheidung der Vermerk „utilem“ addiderit Ulpianus oder ähnlich.

Die großen Humanisten waren bei der Auffassung der Lehre weiter als wir. CUIACIUS⁷ wie DONELLUS⁸ lehrten, daß der curator immer mit der actio negotiorum gestorum utilis haften. Diesen Fall wußte schon die Glosse mit D. 3, 5, 3, 10 zu verknüpfen⁹,

¹ Vgl. oben S. 21.

² D. 26, 7, 5, 3.

³ Negotiorum gestio p. 33, 94.

⁴ Pand. (2), 2, 634 (§ 321): für den curator minoris.

⁵ Ad. D. 3, 5, 3, 5. — D. 3, 5, 3, 8. — D. 3, 5, 5, 7 (5). — D. 3, 5, 30 (31) pr. — D. 3, 5, 35 (36).

⁶ Cod. 2, 18, 4. Der instruktive Artikel PAUL KRÜGERS in Festgabe für GÜTERBOCK S. 237 ff. (vgl. insbesondere S. 248) hat zu diesem Probleme nicht Stellung genommen.

⁷ Rec. solemn. in lib. IV quaest. Pauli ad l. 36, de negotiis gestis. Paratitl. in libros digest. ad Dig. 27, 4. Paratitl. in lib. II Cod. Just. ad tit. XVIII. Rec. in lib. II prior. Cod. Just. ad tit. XVIII. Rec. solemn. in lib. V resp. Pap. ad D. 26, 7, 39, 5, Comm. in tit. II fam. herc. lib. X. D. ad leg. 29.

⁸ Comm. de iur. civ. XV, cap. 15 § 9, vgl. aber WLISSAK, neg. gestio 146 n. 13.

⁹ Gl. ad hl., verb. necess. urg.

wo es heißt, daß auch der *qui aliqua necessitate urgente vel necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis* mit der *actio* aus Geschäftsführung haftet. Cujas lehrte sogar, daß immer, wo in den Quellen die Klage gegen den *curator* erwähnt sei, sie eine *actio negotiorum gestorum utilis* sei¹. WLASSAK warf ihm deswegen vor, er gehe bei der Behandlung dieser Frage so weit, Dinge zu behaupten, die einfach als unwahr bezeichnet werden müßten². Der Vorwurf WLASSAKS würde heute kaum mehr gewagt werden, seit wir wissen, daß Cujas die *Digesten* stets mit dem Hinblick auf die *justinianische Überarbeitung der Klassikerfragmente* betrachtet hat³. In den *Paratitl. in Lib. V Cod. Iust. ad tit. LVIII*, die WLASSAK anscheinend übersah, deutet Cujas auch an, woher er seine Anschauung hat: von den *Greci*, die in den Erläuterungen zu *Cod. 5, 58, 2* (*Bas. 38, 18, 2*) die *οὐτιμία νεγοτιόρουμ γεστοόρουμ* erwähnen. Es handelt sich dort allerdings nicht um die *actio utilis* des *curator*. Aber die Verweisung ist auch für unseren Fall bezeichnend. Denn in der Tat führen die Fragmente der *Kommentare*, welche die *justinianischen Juristen* zu den *Digesten* schrieben, zu ganz anderen Resultaten, als die heute herrschende Lehre glaubt.

Wenn wir von dem oben angenommenen *Ediktswortlaut* ausgehen, ist es klar, daß gewisse Weiterbildungen der Lehre von der *negotiorum gestio*, die nach dem *justinianischen Materiale* feststehen, nur im Wege analoger Formeln erfolgen konnten, welche Fälle mit *Klagschutz* ausstatteten, die nicht unter das *Edikt* fielen.

Diese Fälle müssen aus dem *Edikt* selbst abgelesen werden können. Werden die *actiones utiles negotiorum gestorum* wirklich an eben den Stellen nachweisbar, wo wir sie suchen, so stützt diese Feststellung auch die oben versuchte *Rekonstruktion*. Es würde sich um folgende Fälle handeln können:

1. Weil das *Edikt* die *Gestion* des fremden Geschäftes allein als *Entstehungsgrund* von *Obligationen* erklärt, muß es wohl dort zum *iudicium utile* kommen, wo aus *praktischen Bedürfnissen* der *Rechtsschutz* aus der *negotiorum gestio* gewährt werden soll, ohne daß wirklich ein fremdes Geschäft wahrgenommen würde, also bei allen *vereinzelt*en *Gestionshandlungen*, bei denen

¹ Comm. in tit. 2 fam. herc. lib. X Dig. ad 1. XXIX.

² S. 145.

³ ALBERTARIO, Zeitschr. Sav.-Stiftg. 32, 158 ff.

der Handelnde objektiv wie subjektiv nur im eigenen Interesse gehandelt hatte. Wo der *gestor* geglaubt hatte, im eigenen Interesse tätig zu sein, während sich nachher herausstellte, daß er in fremdem Interesse, in fremder *Vermögenssphäre* gehandelt hatte, war die *actio utilis negotiorum gestorum* nicht nötig¹. Denn z. B. beim *Scheinerben* handelte es sich um die *negotiorum gestio* im Sinne des *klassischen Ediktes*. Der *gestor* hatte hier objektiv fremde *Geschäfte* besorgt. Daß er die *Absicht*, *Geschäftsführer* zu sein, nicht gehabt hatte, schließt ihn nach *klassischem Recht* von der *actio negotiorum gestorum* nicht aus. Denn auf den *animus negotii gerendi* als allgemein geltendes *Erfordernis* zur *actio contraria* kommt es dem *Klassiker* überhaupt nicht an; das wird unten noch zu zeigen sein.

Erst die *modernste Dogmatik* hat diesen Fall als *unechte negotiorum gestio* behandelt, weil sie die *Grundlagen* der *römischen Lehre* der *negotiorum gestio* mißverstanden².

2. Die andere Gruppe von *actiones utiles negotiorum gestorum* muß mit dem Begriffe *„sine mandatu gessit“* zusammengehangen haben. Diese Worte und die *Tendenz* des *Ediktes* stellten auf den Fall des *voluntarius procurator*³ ab: *Der gestor, der als Freund des Abwesenden für diesen eingriff, um ihn in Sachen prätorischer Jurisdiktion zu vertreten, war gemeint*. Damit mußte es entschieden sein, daß jeder *gestor*, der nicht *„sponte et nulla necessitate urgente“* eingetreten war, die *ediktale Musterformel* nicht haben konnte. Es ergibt sich die Frage: Können wir trotz des klaren *Wortlauts* des *justinianischen Textes* in *D. 3, 5, 3, 10* nachweisen, daß die *sämtlichen curatores*, soweit sie überhaupt auf Grund einer *prätorischen Gestionspflicht* handeln, ferner derjenige, *der ohne wirklich tutor zu sein, doch in der Meinung, als tutor zu handeln, Geschäfte des pupillus besorgte*, mit *actiones negotiorum gestorum utiles* hafteten? Können wir, wie schon

¹ Vgl. *D. 3, 5, 48* (49) am Ende. *D. 5, 3, 50, 1*. Vgl. auch *D. 5, 4, 10*, analog der *actio funeraria* *D. 11, 7, 32 pr.* *D. 11, 7, 14, 11* enthält hier zwar die scheinbar deutliche Feststellung, daß schon ältere *Juristen* auf den *animus negotii gerendi* abhoben. Aber in dieser Stelle ist meines Erachtens mindestens *hoc animo* interpoliert.

² ZIMMERMANN, *Ächte und unächte negotiorum gestio* (S. 5 ff); WINDSCHEID, *Pand.* § 431 Anm. 18; BRINZ, *Pand.* (2) 646 ff.

³ Über den Begriff des *voluntarius procurator* vgl. PETERS, *Zeitschr. d. Sav.-Stiftg.* 32, 264 auf Grund *D. 46, 3, 34, 4; 58 pr. Paul. 1, 3, 3* (cons. 3, 6).

öfters versucht wurde, eine *actio negotiorum gestorum utilis* gegen denjenigen nachweisen, der als freier Mann zu Unrecht in Sklaverei lebt und deswegen die Geschäfte seines Herrn besorgt?

Ferner wird hier die Frage sein: Gibt es für diesen Fall auch entsprechende Ersatzansprüche der hier genannten *gestores*? — Es liegt auf der Hand, wie stark das schon nachgewiesene (oben S. 24 ff.) *iudicium utile* des beauftragten *gestor* in dieser Richtung deutet.

3. Endlich kann man die Frage stellen, wie es mit der Anwendung des Ediktes und der ediktalen Musterformeln dann stand, wenn der *dominus absens* einen Dritten zur Vornahme der *gestio* beauftragt hatte. Wer es mit der wahrscheinlichen Tendenz des Ediktes Ernst nimmt, muß sich fragen, ob dann in diesem Falle der prätorische Rechtsschutz geboten war, wenn durch das Mandat für die Wahrnehmung der Interessen des *absens* Fürsorge getroffen war und der *gestor* trotz seines Wissens von diesem Mandat, etwa weil er wußte, daß durch das Mandat das Interesse des *dominus* an der Vornahme der *gestio* bejaht war, die *Gestio* vornahm. Ein *absens* im Sinne der festgestellten ursprünglichen Tendenz des Ediktes war dann der Auftraggeber sicherlich ebenso wenig wie der Kläger im Verfahren, wenn der zu beklagende Abwesende einen Mandatar zurückgelassen hatte, behaupten konnte, daß dem in *iure absens* ein *abesse dolo malo* zur Last falle — oder ebensowenig wie der *absens rei publicae causa* schlechthin die in *integrum restitutio* wegen *absentia* beantragen kann, wenn er durch einen *procurator* defendiert wurde.

Zum Tatbestand der ediktalen *negotiorum gestio* gehörte wirklich als Moment, daß der *dominus negotii* keinen Mandatar zurückgelassen hatte: das sagt ja der Text der justinianischen Institutionen, der in dieser Beziehung sicherlich auf einer klassischen Quelle beruht. In den Institutionen wird der Ersatzanspruch des *gestor* damit gerechtfertigt, *idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti nulli demandata negotiorum suorum administratione peregre profecti essent, desererentur negotia*¹. Wie dringend für das klassische Recht gerade dieser Fall einer *actio negotiorum gestorum utilis* wahrscheinlich

¹ Inst. 3, 27, 1. Die Ausmalung desselben Gedankens in D. 44, 7, 5 pr. a. E. scheint sprachlich stark überarbeitet zu sein; vgl. GRUPE, Sav.-Zeitschr. 18, 219 f.; KRÜGER, ed. ad h. l. Der Institutionentext ist wohl durch das *demandare* als klassisch gesichert; denn es kommt bei Justinian gar nicht

ist, zeigt die Stelle D. 3, 5, 30 (31) pr. D. 17, 1, 10, 5, wo an beiden Stellen PAUL KRÜGER schon auf Grund des Parallelismus von Tatbestand und Text eine *actio utilis negotiorum gestorum* vermutete¹. Der Fall dieser *actio utilis* ist in dem sicher dem 6. Jahrhundert angehörigen, vielleicht auf Stephanos zurückgehenden² Scholion ad Bas. 17, 1, 47 (*ἡ οὐτιλίως ἐνάγει*³) gerade als Fall einer klassischen *actio utilis negotiorum gestorum* beschrieben, und das ganze Problem der *actio ad exemplum institoriae* gewinnt eben durch diese *actio negotiorum gestorum utilis* ein meines Erachtens neues Gesicht, ohne daß bisher alles, was aus den Kommentaren des 6. Jahrhunderts gewonnen werden kann, verwertet ist.

Zur gleichen Gruppe der *actiones utiles*, die mangels Handelns eines zunächst berufenen *gestor* dem auftragslosen Geschäftsführer zustehen, gehört dann der Fall der *negotiorum gestio* für den *pupillus* als *dominus negotii*. Der berufene *gestor* ist hier der *tutor*, daher könnte sehr wohl die Möglichkeit einer ediktalen *negotiorum gestio* hier ebenso entfallen sein, wie dort, wo der Mandatar zurückgelassen war. Schon oben (S. 10, Anm. 1) wurde aus dem Wortlaute von D. 3, 5, 3, 4 die Fragestellung gewonnen, ob der *pupillus* als *dominus negotii* im klassischen Rechte des Edikts und der Musterformel etwa gar nicht in Betracht kam. Diese Frage kann erläutert werden, indem der Schluß von D. 3, 5, 5, 2⁴ und von Cod. 2, 18, 4⁵ als Interpolation erkannt wird und nachgewiesen wird, daß im Notfall (*urgente necessitate*) trotz Fehlens eines ediktalen Schutzes in der Rubrik *de negotiis gestis* gleichwohl eine *utilis actio* gegen den *pupillus* gegeben wurde, auf die sich Cod. 2, 18, 2 und D. 3, 5, 36 pr. bezogen.

Diese dritte Gruppe der *actiones utiles negotiorum gestorum* und nach dem Thesaur. ling. lat. in der Spätzeit kaum vor, während es in der Klassizität überall ein beliebtes Wort ist. Das dunkle Textverhältnis zwischen den Cottidianen und ihrer Verarbeitung in den Institutionen Justinians wird durch die Feststellung allerdings nicht einfacher, daß wir bald im Digestentitel, bald im Institutionentext die klassischen Elemente finden. Die Annahme BERGERS (krit. Vierteljahrsschr. 1912, 438), daß die Kompilatoren schon nach erweiterten Klassikertexten arbeiteten, hat das Meiste für sich.

¹ Ed. ad h. l.; vgl. auch RUHSTRAT, Sav.-Zeitschr. 10, 330.

² So HEIMB., manuale p. 231, vermutungsweise.

³ HEIMB. 2, 218.

⁴ del. sed et *pupillum* . . . fuerit factus Trib.

⁵ Vgl. oben S. 22.

soll erst in der Fortsetzung dieser Studien besprochen werden. Die folgenden Erörterungen gelten zunächst den *actiones utiles* der *gestores* in eigener Sache (zu 1) und den *actiones utiles* der unfreiwilligen *gestores* (zu 2).

III. Die *actiones utiles* der *gestores* in eigener Sache.

Die erste Frage — die nach den *actiones utiles negotiorum gestorum* bei solchen Geschäften, bei denen der *gestor* wesentlich mit Rücksicht auf sein eigenes Interesse gehandelt hatte — ist nur für einige Spezialfälle von Bedeutung, in denen das Bedürfnis nach einer Haftung dieses *gestor* bestand, oder ein Ersatzanspruch, trotzdem der *gestor* in seinem eigenen Interesse handelte, gerechtfertigt war.

Hier kommt zunächst D. 17, 1, 22, 10 (oben S. 17) in Betracht, eine Stelle, bei der es aber durchaus zweifelhaft bleibt, ob die Klassiker schon die *actio in factum*, die hier in analoger Anlehnung an die ediktale *actio negotiorum gestorum* gegeben worden sein soll, wirklich gekannt haben. Der *curator bonorum* hat nach Vornahme einer *venditio* —, wohl nur der Veräußerung einer einzelnen Sache auf Grund seiner beschränkten Verfügungsmacht (D. 26, 7, 48) — den Gläubigern nicht den Preis gezahlt.

Juristen der Republik sollen entschieden haben, daß gegen den *curator* den am Verfahren beteiligten Gläubigern (*praesentes*) gegen den Masseverwalter die Mandatsklage zustehe, den nicht-beteiligten Gläubigern aber die *actio negotiorum gestorum*. Läge ein Mandat der Beteiligten vor, so stehe im allgemeinen die *actio negotiorum gestorum* den abwesenden Gläubigern nicht zu, es sei denn daß (*nisi forte*) *negotiorum gestio* der beteiligten Gläubiger für die *absentes* vorläge. Hielten die beteiligten Gläubiger sich für die einzigen, so hätten die *absentes* gegen die am Verfahren beteiligten Gläubiger eine *actio in factum* zu erhalten. Ich habe die schwersten Bedenken gegen die Klassizität dieser Entscheidung. Jedenfalls ist, wie schon ausgeführt, die erste Erwähnung der Mandatsklage zugunsten der *praesentes* interpoliert (vgl. oben S. 17, Anm. 3). Aber auch im folgenden muß der *Passus* „*nisi forte*“ bis „*mandaverint*“ interpoliert sein. Nach klassischem Ediktsrecht war doch wohl eine ediktale *actio negotiorum gestorum* der *absentes* gegen die beteiligten Gläubiger (*praesentes*) niemals möglich, da diese ihre eigenen Interessen bei dem Verfahren verfochten und ebensowenig als Geschäfts-

führer der Abwesenden handelten wie der Miteigentümer, der Aufwendungen auf die gemeinsame Sache mit Rücksicht auf seinen Rechtsanteil macht¹. Die Ausmalung des Falles, daß bei Vorliegen des *animus negotii gerendi* doch eine *negotiorum gestio* möglich sei, ist schon durch die Art verdächtig, wie mit „*nisi forte*“ der Fall angeknüpft wird. Auch das Sätzchen, das die Möglichkeit erwähnt, daß die Gläubiger, welche am Verfahren beteiligt sind, sich für die Alleinberechtigten halten, ist durch einen grammatischen Schnitzer entstellt („*soli*“!) Ich meine, die Klassiker entschieden einfach, daß, wenn ein Mandat der *praesentes* vorliegt, die *absentes* gegen den *curator bonorum* keine Ersatzklage aus der Geschäftsführung ohne Auftrag haben. Eine *actio negotiorum gestorum* gegen die *praesentes* kam sicher nach klassischem Recht nicht in Frage, und die Klassiker entschieden wohl deshalb, daß den *absentes* eine *actio in factum* aus dem Gedanken der Geschäftsführung ohne Auftrag gegen die am Verfahren beteiligten Gläubiger zu geben sei. Jedenfalls ist diese *actio in factum*, auch wenn man den ganzen justinianischen Text als klassisch anspräche, als eine aus besonderen Gründen gegebene Klage aufzufassen, welche notwendig war, da dieser Fall der Geschäftsführung nicht den ediktalen Schutz finden konnte, weil die *gestores* hier nur in eigenem Interesse gehandelt hatten. Eben das sagt auch Theophilus in seinem Scholion zu der Stelle (HEIMB. 2, 104) das von einer *actio utilis neg. gest.* spricht, wozu sonst kein Anhalt vorliegt.

Die andere hier einschlagende Stelle ist das dunkle viel besprochene Fragment D. 3, 5, 20 (21) Paulus 9 ad ed., das Responsum des Servius über die Ersatzklage, welche die beiden Gefangenen der Lusitani gegen den Dritten haben sollten, für den die beiden das Lösegeld mitgezahlt haben, weil er seinem Worte zuwider weder das gemeinsame Lösegeld gezahlt hatte, noch in die Gefangenschaft zurückgekehrt war. Offenbar wird hier eine neue Formel vom Juristen empfohlen (*aequum esse praetorem in eum*

¹ D. 10, 3, 6, 2; vgl. auch D. 42, 5, 9, 4, eine Entscheidung, die allerdings die Ersatzklage des *creditor in possessionem missus* gegen den *magister bonorum*, den *curator bonorum*, den *bonorum emptor* oder den *Gemeinschuldner* selbst betrifft. Daß der *magister* und der *curator bonorum* sowie der *bonorum emptor* im Kommentar gestrichen sind, folgt aus der Erwähnung einer Aufzählung (*quos enumeravimus*, § 3), von welcher die Erwähnung des *curator bonis distrahendis datus* nur das letzte Stück gewesen sein kann. Für den *curator bonorum* vgl. auch D. 42, 5, 14 (Paul. 716).

reddere iudicium). Der Grund dafür ist allerdings völlig dunkel. Liegt er darin, daß Servius überhaupt noch keine actio negotiorum gestorum contraria kannte?¹ — Das ist wenig wahrscheinlich und wird insbesondere durch das argumentum e silentio aus Cic. Top. 17, 66 keinesfalls erwiesen².

Oder sollen die Gefangenen der Lusitani in captivitate hostium und daher wegen mangelnder Rechtsfähigkeit unfähig gewesen sein, die prätorische oder zivile Klage aus der negotiorum gestio zu erwerben? Das ist auch mit Bestimmtheit abzulehnen. Denn wir dürfen nach den Nachrichten der Historiker kaum glauben, es habe am Ende der Republik noch echtes postliminium gegenüber den Lusitanen bestanden³. Ferner ist es heute so gut wie sicher, daß in Rom am Ende der Republik nicht anders als in den gesamten hellenistischen Staaten die Anschauung lebendig war, daß der Bürger in captivitate hostium nur in dem von MITTEIS überzeugend dargelegten Rechtszustande schwebenden Personenrechts sich befand und nicht durch die Gefangennahme rechtlos ist⁴. Meines Erachtens ist es am wahrscheinlichsten, daß Servius eben die ediktale negotiorum gestio auf diesen Fall nicht anwenden konnte: entweder, weil man es damals noch mit dem Standpunkte ernst nahm, daß die negotiorum gestio im Sinne des Ediktes eine Mehrheit von Verfahren vor römischen Jurisdiktionsbeamten treffen mußte, oder, was mir wahrscheinlicher ist, weil im vorliegenden Falle die beiden entlassenen Gefangenen nicht ein fremdes Geschäft geführt, sondern im eigenen Interesse das Geld aufgebracht hatten, da ja eine Forderung der Lusitani gegen den Durchgänger augenscheinlich nicht angenommen wird und selbst dann die beiden aus eigenem Interesse, um frei zu kommen, gezahlt hätten.

Dieser Rückgriff aus nützlicher Verwendung tritt endlich als actio negotiorum gestorum utilis sehr deutlich bei der Ausgleichung der Haftung mehrerer Mitvormünder hervor. Wenn ein tutor als Gesamtschuldner in Haftung genommen wird und aus dem Verschulden eines anderen tutor zahlen muß, gibt ihm das vielbesprochene Reskript des Kaisers Antoninus Pius für den Fall,

¹ So die bei KARLOWA (R.-Geschichte 2, 760) abgelehnte Hypothese bei PACCHIONI, Gestione d'affari 20 ff., bull. 9, 55 ff.

² Vgl. oben S. 30 Anm.

³ Darauf wies schon PACCHIONI, bull. 9, 57, hin. Vgl. auch SEGRÈ a. O. p. 302 n. MITTEIS, Römisches Privatrecht 1, 128 n. 10.

⁴ MITTEIS, Römisches Privatrecht 1, 128 ff.

daß die Klagenzession verabsäumt wurde, den Rückgriff gegen die anderen Tutoren mit einer actio utilis negotiorum gestorum¹. Dieselbe Entscheidung wird auf mehrere aus derselben Verwaltung haftbare Munizipalmagistrate ausgedehnt. Die Quellen bezeichnen diesen Anspruch bald als actio utilis², bald als actio negotiorum gestorum, indem klar ist, daß eine besondere nicht

¹ Vgl. EISELE, Archiv für die zivilistische Praxis 77, 457 ff. BINDER, Korrealoblig. 28. GIRARD, manuel 748, 5 versteht noch mit den meisten Älteren (SCHULTING, notae ad. l. 1 §13 de tutelae; MÜHLENBRUCH, Cession 41 Note 7 S. 461; RUDORFF, Recht der Vormundschaft 3, 37; BRINZ, Pand.² 88 n. 35) diese actio utilis meines Erachtens unrichtig als eine Klage, welche analog der actio utilis des Zessionars als zedierte actio tutelae directa aufzufassen sei. Das ist allerdings auch schon als byzantinische Schultheorie nachweisbar, vgl. schol. ad Bas. 38, 19, 2, schol. τούτέστιν (HEIMB. 3, 785), aber der römische Standpunkt der Klassiker kann das nicht gewesen sein, da sonst die zweifellose Bezeichnung als Anspruch aus negotiorum gestio nicht zu verstehen wäre. Fraglich ist es, ob übrigens die Beziehung dieses schol. auf Thalelaios (so HEIMB., manuale 380) zutreffen kann. Ich zweifle, da Thalelaios in sicher echten Stellen anderes lehrt. Vgl. unten S. 44 f.

² D. 27, 3, 1, 13 (Ulpian 36 ad ed.). Et si forte quis ex facto alterius tutoris (conventus sit) [condemnatus praestiterit vel ex communi gestu] nec ei mandatae sunt actiones, constitutum est a divo Pio et ab imperatore nostro et divo patre eius utilem actionem (negotiorum gestorum) tutori adversus contutorem dandam. Die Interpolation von „conventus sit“ ist von EISELE (a. O.) erkannt, von BINDER a. a. O. gebilligt, von LEVY, sponsio 198, 2 doch wohl nicht nachhaltig bezweifelt. Auch SOLAZZI, minore età (1913) 98 ff. nimmt sie an. Über die Auslassung von negotiorum gestorum im justinianisierten Texte vgl. oben im Text.

Ferner Cod. 5, 58, 2: Si non ex propria culpa solus pupillae condemnatus es [sed absens et indefensus adquevisti] cum ex causa iudicati satisfacere coeperis, actionem (KRÜGER, cum Bas. schol., corr.: actiones) adversus contutores tuos mandari tibi a pupilla desiderabis vel utili actione (negotiorum gestorum) uteris. Die erste Interpolation (sed — adquevisti) ist mit Rücksicht auf das Appellationsrecht erfolgt, mit Rücksicht auf die Geltendmachung des beneficium divisionis noch in der Appellationsinstanz. Das folgt einmal aus der Tatsache, daß dieses beneficium divisionis der Kontutoren überhaupt justinianisch zu sein scheint (EISELE a. O., BINDER a. O.), ferner aber aus der Stelle selbst. Es ist kein logischer Gegensatz, daß der Beschwerdeführer nicht aus eigener culpa allein dem pupillus gegenüber verurteilt worden ist, aber (oder: sondern), weil absens et indefensus, nicht appelliert hat. Die ganze Erwähnung des absens et indefensus rückt die Stelle ins falsche Licht. Es scheint klassisches Prozeßrecht vorzuliegen. Danach ist aber eine condemnatio gegen den absens et indefensus, der in iure sich nicht verteidigt, doch wohl ausgeschlossen. Andererseits können die wohlbekannteren termini ‚absens et indefensus‘ nach klassischem Prozeßrechte füglich nicht auf ein Fernbleiben nach der litis contestatio bezogen werden, wie es Thalelaios für die

ediktale actio negotiorum gestorum vorlag¹. Schon danach wäre wahrscheinlich, daß im klassischen Texte die actio negotiorum gestorum utilis gegeben war. Aber dasselbe ist auch im Scholion der Anonymos-Katene zu D. 27, 3, 1, 13 bezeugt und muß auch bei Thalelaios gestanden haben. Der Anonymus, also jene Quelle, welche die Kommentare der justinianischen Juristen zusammenfaßte², enthält den Satz zu D. 27, 3, 1, 13 (29): Οὐτιλίαν νεγοτιόρουμ γεστόρουμ. ταῦτα (Heimb. corr. ταύτην) γὰρ ἔδωκεν ἐπιτρόπῳ καὶ στρατηγῶ κατὰ στρατηγοῦ (folgt Zitat von D. 3, 5, 29 (30))³.

Dasselbe muß wohl von Thalelaios ursprünglich gesagt worden sein. Denn schol. 2 ad Cod. 5, 58, 1 spricht von der actio negotiorum gestorum gegen den contutor⁴, in Schol. 1 ad Cod. 5, 58, 2 von der actio utilis schlechthin⁵. Bei demselben Schriftsteller, in demselben Buche erklärt sich das nur, wenn er eine

Auslegung der Stelle nach justinianischem Rechte tut. Zu den prozessualen Schwierigkeiten kommt die materiell-rechtliche: im Referat der actio utilis nach D. 27, 3, 1, 13 ist gar nichts davon erwähnt, daß der verurteilte contutor die Verurteilung ohne Verschulden der Prozeßführung sich zugezogen haben muß. Wenn man dagegen die Interpolation erkennt und den Passus sed — adquievisti streicht, dann besteht kein wesentlicher Gegensatz zwischen D. 27, 3, 1, 14 und Cod. 5, 58, 2. Denn daß dort von dem dolus communis, hier von der culpa die Rede ist, kann bei der römischen Tutorenhaftung, die zunächst nur auf den dolus sich bezieht und allmählich auch die culpa in concreto umfaßt, nicht wundernehmen. Anders anscheinend SOLAZZI, minore età 101. Was die Stelle mit Beziehung auf das Verlangen nach Aktionenzession praktisch im Auge hat, ist hier nicht zu untersuchen. Jedenfalls steht neben dem Vorgehen gegen den Mündel eine actio utilis gegen die contutores in Frage. — SOLAZZI, Bulletino 22 p. 42 n. 1 verdächtigte zu Unrecht die Worte vel utili actione uteris. Man könnte ja daran denken, daß hier die übliche schematische Interpolation für die actio utilis des Zessionars vorliegt (vgl. BONFANTE, Institutioni 1912 S. 389 n. 1). Heute (minore età p. 100) will er statt der utilis actio eine actio negotiorum gestorum vermuten. Aber dabei ist die gesamte byzantinische Überlieferung nicht gewürdigt.

¹ D. 3, 5, 29 (30). Julianus (3. Dig.) Valerius Severus Respondit, adversus contutorum negotiorum gestorum actionem (*utilem*) tutori dandam. Vgl. auch Thalelaios schol. ad. Cod. 5, 58, 1 (Bas. 38, 19, 1. HEIMB. 2, 785), schol. Anon. ad. D. 27, 3, 1, 14, Heimb. 3, 716.

² Vgl. statt aller H. PETERS, Sitzungsberichte d. Sächs. Gesellschaft der Wissenschaften phil. hist. Kl. 1913 I. S. 6 ff.

³ HEIMB. 3, 714 ad Bas. 38, 3, 1. HEIMB. in Manuale vermutet die Autorschaft des Anonymos.

⁴ HEIMB. 3, 785. Thalelaios, HEIMB. Man. vermutet die Autorschaft des Anonymos.

⁵ HEIMB. 3, 785. Thalelaios, HEIMB. Man. vermutet die Autorschaft des Anonymos.

actio negotiorum gestorum utilis meint. Und dadurch, daß die hierher gehörende (Anm. 1, S. 44) Stelle aus Julians Digesten schon bei ihrem Verfasser zur Rubrik de negotiis gestis geschrieben war¹, ist dasselbe Ergebnis sichergestellt².

In allen drei Fällen, in denen wir hier eine nicht ediktale, vom Klassiker als dekretal empfohlene Klage aus negotiorum gestio nachweisen konnten, handelt es sich darum, daß ein Handeln des gestor in eigener Sache vorlag, aber der gestor durch seine Handlung praktisch Interessen eines Dritten gedient hatte. Es sind zum Teil Fälle, in denen das Wort Painians zutrifft, das wir oben für D. 16, 1, 7 bei der Begründung einer sicheren actio utilis negotiorum gestorum fanden: pecunia eius (sc. gestoris) liberatur. Es ist sicher kein Zufall, daß Thalelaios eben diese Worte zur Begründung der actio utilis negotiorum gestorum des contutor in dem eben berufenen Scholion gebraucht (Heimb. 3, 785, sch. 2: ὡς διὰ τῆς καταβολῆς ἐλευθερώσας αὐτόν). Auf dem Dienstbarsein für fremdes Interesse ruhte die analoge Anwendung des Ediktes über die negotiorum gestio bei den actiones utiles, welche wir betrachtet haben. Der Grund für diese analoge Anwendung des ediktalen Rechtsschutzes der negotiorum gestio kann dabei kaum einheitlich bestimmt werden: im Falle D. 17, 1, 22, 10 ist es die Notwendigkeit, zwischen den am Konkurs beteiligten Gläubigern und den anderen einen Ausgleich in bezug auf den Rechtserwerb durch Geschäfte des curator bonorum zu schaffen. Bei dem Ausgleichsanspruch zwischen den contutores soll die Haftungslast dieser Korreal Schuldner des klassischen Systems³ im Innenverhältnis verteilt und zugleich so verschoben werden, daß nur der Schuldige sie am Ende trägt. Eine actio negotiorum gestorum utilis hat hier durch Ausschaltung des Erfordernisses, daß zur ediktalen negotiorum gestio notwendig ein fremdes Geschäft vorliegen müsse, sehr verschiedenen Bedürfnissen Abhilfe geboten. Justinians Leute ließen diese Einzelentscheidungen in der Kodifikation stehen, indem sie nur für den Fall des Tutorenrückgriffs die prozessuale Etikette veränderten:

¹ Julian fr. 45.

² Damit erledigt sich die Darlegung SOLAZZIS, minore età, p. 100 ff., der diese actio utilis des justinianischen Digestentextes als eine von den Kompilatoren getroffene Abänderung statt einer ediktalen actio negotiorum gestorum erklärte. Eine solche wäre doch wohl unmöglich gewesen, da ja der contutor für eigene Schuld gezahlt hatte.

³ Für die Korrealität bei der Haftung zweier Tutoren stehe ich auf dem Standpunkt von EISELE, Archiv für die zivilistische Praxis 77, 451 ff.

im Titel de negotiis gestis strichen sie die Bezeichnung dieser actio als eine actio utilis, im Titel de tutelae actione wie im Codextitel die Bezeichnung als actio negotiorum gestorum.

Es ist sehr wohl möglich, daß die Kompilatoren dabei wirklich, wie ein byzantinisches Scholion es andeutet, den Gedanken hatten, die actio utilis als actio tutelae utilis, die kraft Gesetzes auf den zahlenden Tutor als Zessionar übergegangen war, zu konstruieren (vgl. oben S. 43, Anm. 1). Was hier für die Schicksale der klassischen actio negotiorum gestorum utilis zum Rückgriff des tutor beobachtet werden kann, entspricht durchaus dem, was wir für andere Fälle bei den actiones utiles negotiorum gestorum feststellen können. Es war ein stümperhafter Versuch, die klassischen Entscheidungen in die byzantinische Dogmatik einzugliedern.

IV. Die actiones utiles aus notwendiger Gestion.

Die interessanteste Gruppe der actiones utiles umfaßt die Fälle, in denen die analoge Klage aus dem Edikt de negotiis gestis gegeben wird, weil die actio negotiorum gestorum des Ediktfalles ausgeschlossen war, da der gestor nicht aus eigener Initiative sich an das fremde Geschäft gewagt hatte. Denn hier war anscheinend wirklich noch im klassischen Recht ein Begriff der freiwilligen — wenn auch pflichtgemäßen — Geschäftsführung anerkannt und mit Rechtsfolgen ausgestattet, die überall dort eingriffen, wo die speziellen Gestionsklagen, nämlich die actio mandati, die actio tutelae des Mündels, wie die ediktale Geschäftsführung ohne Auftrag versagten. Nach den Anwendungsfällen bei der Tutel, bei dem protutor, bei den curatores, bei dem von Dritten beauftragten negotiorum gestor, bei dem Mandat an den in servitute lebenden Freien können solche actiones utiles negotiorum gestorum meines Erachtens nachgewiesen werden.

a) Altersvormundschaft und negotiorum gestio.

Seit den Byzantinern ist in der gelehrten Forschung an den römischen Rechtsquellen immer wieder der Gedanke hervorgehoben worden, daß im klassischen römischen Recht Vormundschaft und negotiorum gestio Rechtsinstitute sind, die in historischer Verwandtschaft und in dauerndem sachlichem Zusammenhange bleiben¹. WLASSAK hat am schärfsten unter den Modernen

¹ Für die Byzantiner vgl. die Stelle Bas. 17, 2, 23 (HEIMB. 2, 226), dazu WLASSAK, Neg. gestio 30. Für die Humanisten vgl. CUJAS, Paratitla ad

diese Lehre begründet. Seine historische Hypothese, daß das Edikt de negotiis gestis älter als die Tutelklagen seien, ist wohl heute nicht mehr zu stützen oder zu widerlegen. Aber es bleibt ein Gedanke WLASSAKS für unsere Auffassung des römischen Rechts von Vormundschaft und Geschäftsführung grundlegend: die ediktale Entwicklung von Tutel und negotiorum gestio muß in engstem Zusammenhange gedacht werden. Wenn sich auch das höhere Alter des Edikts über die negotiorum gestio nicht erweisen läßt und mir durchaus unwahrscheinlich ist, so ist doch sicher, daß derselbe Tatbestand der generellen Gestion, dieselbe Entstehung der Haftung aus geschehener Gestion bei beiden ursprünglich vorlag. Damit ergaben sich einerseits dieselben Gesichtspunkte für die Gestionspflicht, die aus der einmal begonnenen Geschäftsführung entstand, für die Devolvierung der Spezialklage in die Gestionsklage gegen den gestor. Damit ist aber auch andererseits gegeben, daß die Rubrik de negotiis gestis im Recht der Tutelklage zur Organisation des Rechtsschutzes überall dort diente, wo es an einem Klagschutz aus der Rubrik de tutelae fehlte.

Für die Klage des Mündels gegen den tutor ist allerdings die actio negotiorum gestorum durch das arbitrium tutelae ausgeschaltet. Aber im entsprechenden Verhältnis, für die entgegengesetzten Ansprüche des Vormunds muß im klassischen Rechte meines Erachtens die analoge Klage aus dem Titel de negotiis gestis eine Rolle gespielt haben, da das klassische Recht eine selbständige actio tutelae contraria anscheinend nicht gekannt hat.

Erst Justinian scheint die actio tutelae contraria eingeführt zu haben, entsprechend seinem Grundsatz, daß bei jedem bonae fidei iudicium entsprechende Ansprüche beiderseits entstehen. Diesen Grundsatz der ἀμοιβαία ἀγωγή, der mutuae actiones, denke ich an anderer Stelle umfassender zu behandeln, in der Lehre von der justinianischen ultro citroque obligatio. Hier genügt der Hinweis auf die Tatsachen, welche erweisen, daß die actio tutelae contraria als selbständige Klage des tutor erst auf der Kodifikation beruht. Sie entsprach dem Grundsatz, daß der Kläger auch die actio contraria allein, ohne die actio directa

Cod. 2, 18. Recit in lib. II. prior. Cod. Just. ad tit. XVIII. Für die Rechtsgeschichte im 19. Jhd. RUDORFF, R. d. Vormundschaft 3, 1 ff. BRINZ, Pand. 2, 632. WLASSAK a. O. 103 ff.

erheben könne, den Justinian durch Interpolation verkünden ließ¹. Ein allerdings recht schwaches Argument dafür ist zunächst das Schweigen aller vorjustinianischen Quellen über die *actio tutelae contraria*. Dieses Schweigen beweist an sich bei dem Zustand unserer älteren Quellen, die nirgends restlose Aufzählungen der klassischen Klagen geben, wenig. Aber in der vorjustinianischen Schrift *de actionibus* ist es bedeutungsvoll. Sie nennt zwar die beiden *actiones* aus dem Mandat und der *negotiorum gestio*, die *actio directa* und *contraria*. Aber sie kennt als *actio tutelae* nur die Klage des Mündels gegen den tutor². In der Kodifikation spiegelt sich die Einführung der *actio contraria tutelae* sehr deutlich wider. Der Codex kennt den Titel *de contrario iudicio* (5, 58). Das bedeutet nicht, wie die herrschende Lehre heute glaubt, daß die Klassiker wirklich die *actio tutelae contraria* gekannt hätten. Denn *contrarium iudicium* im Sinne der Klassiker ist, wie schon RUDORFF³ erkannt hatte — ohne allerdings die Konsequenzen zu ziehen — die Klagformel mit der gegenseitigen Prästation, also das *arbitrium tutelae* mit der *intentio* auf *alterum alteri dare facere oportet*, — die Klagformel des pupillus mit der eingebauten Widerklage des tutor. Im Digestentitel steht die deutliche Spur des Eingriffs der Byzantiner: *de contraria tutelae et utili actione*. Die „*contraria tutelae*“ ohne besondere *actio* kündigt sich hier ebenso an wie die *utilis actio*, die doch zweifellos für Justinian eine *actio tutelae utilis* sein soll, die den *curatores* zusteht, dort wo die Klassiker eine Klage aus dem Titel *de negotiis gestis* allein kannten. Dieselbe *contraria tutelae* ist nach der schlagenden Beobachtung von GRADENWITZ in Inst. 3, 27, 2 interpoliert, dort wo die beiden *actiones* aus dem Titel kurz besprochen werden⁴. GRADENWITZ wies auch schon

¹ D. 13, 6, 17, 1. *Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest [sicut et ceterae quae dicuntur contrariae]*. Über et ceteri vgl. schon BONFANTE, *storia* 686. Über ‚sicut et‘ BESELER, *Beitr.* 2, 3. BERGER, *Krit. Vierteljahrsschr.* 1912, 439. *Contrariae* steht ohne *actiones*, wie oft *contraria* für *contraria actio* bei Justinian.

² Sav.-St. 14, 92, n. 28. Ὁ νέος τῶ ἐπιτρόπῳ ἐνάγειν βουλόμενος τὴν *tutelae* ὀρίζεται, κατὰ δὲ τοῦ κούρατωρος ὁ τέλειος τὴν *negotiorum gestorum* [ἀγωγὴν κατὰ τοῦ διοικήσαντος ἀλλότρια πράγματα ἢ κούρατῶρων]. Den eingeklammerten Passus betrachtet ZACHARIAE als Zusatz.

³ Vormundschr. 3, 119, 122 über den „ursprünglichen Begriff“ des *contrarium iudicium*.

⁴ Interpol. 112 ff.

durch Vergleichung mit D. 44, 7, 5, 1 darauf hin, wie verdächtig der Eingang des angeblichen Ulpiankommentars (D. 27, 4, 1 pr.) zur Formel der *actio tutelae contraria* ist: Die Häufung der Ausdrücke *praetor proposuit induxitque in usum*, die ganze Beschreibung des Zweckes der Formel, die nachher viel präziser noch einmal erfolgt¹, ist seltsam. Es klingt, als hätte der tutor die freie Wahl, die *administratio* für den Mündel aufzunehmen oder zu unterlassen, und als bestände ein Interesse daran, die *tutores* zu locken, *ut facilius ad administrationem accederent*. Diese Begründung ist doch für Ulpian, für den längst die *Gestionspflicht* des tutor feststeht, kaum denkbar. Ich meine, dieses *accedere ad administrationem* war eben einer der klassischen Schilderungen der Tendenz des Edikts *de negotiis gestis* nachgeschrieben². Der Tatbestand des Anspruchs des gestor wird ja in D. 44, 7, 5, 1 auch deutlich zitiert (vgl. D. 44, 5, 7, 1 mit D. 3, 5, 2). Auch der in D. 27, 4, 1 pr. folgende Satz, *quamquam . . . scilicet* ist nicht frei von Eingriffen³: Aber sowohl er wie der nachher folgende Satz, die beide von GRADENWITZ für wesentlich echt erklärt werden, sind wohl in der Sache wenigstens klassisch. Nur brauchen sie sich nicht, wie GRADENWITZ noch meinte, auf die *actio contraria tutelae* zu beziehen, sondern könnten ebenso gut auf das *iudicium contrarium* im Sinne der Klassiker gehen, auf die Formel mit gegenseitiger Prästation. Denn es ist hier ja nur davon die Rede, daß auch der tutor seine Auslagen ersetzt bekommen soll. §§ 1—3 sind wohl echt, aber zwischen dem pr. und § 4 erst vom Kompilator eingeschoben, als er die Zusammenstellung des Titels für die Digesten machte. Denn im § 1 und 2 sind sichere Fälle bloßer *negotiorum gestio* genannt, das *gerere pro tutore*, der Ersatzanspruch der *curatores* aus ihrer Geschäftsführung kraft prätorischer *Gestionspflicht*. Ferner, daß § 3 in einer im wesentlichen⁴ unverdächtigen Sprache den Ersatzanspruch des tutor mit diesen Fällen der *negotiorum gestio* zusammenbehandelt, zeigt, daß die Klassiker nur Aktionen aus der *Negotiorum gestio*

¹ *provocandi fuerant tutores . . .*

² Vgl. D. 3, 5, 1. Inst. 3, 27, 2. D. 44, 7, 5 pr. a. E. *Accedere ad negotia* ist der übliche terminus bei der *negotiorum gestio*, vgl. die Stellen VIR 1, 74, l. 31 f. (s. v. *accedo*).

³ *Civiliter, ex administratione scilicet* sind wohl interpoliert.

⁴ Über den Vorbehalt betreffend der Worte *finito officio . . . competere dicemus tutori* vgl. unten S. 53.

kannten¹. Ab praeterea, § 4—7, folgt klassischer Kommentar zum iudicium contrarium. In fr. 1 § 8 und fr. 2 liegt es deutlich zutage, daß hier die selbständige Klage des tutor nicht im Edikt stand und nicht immer dem tutor verliehen wurde: hanc actionem dandam (F. 1: dandum) placet et si tutelae iudicio non agatur: etenim nonnumquam pupillus idcirco agere tutelae non vult, quia nihil ei debetur, immo plus in eum impensum est quam quod ei abest [nec impediendus est tutor contrario agere].

Fr. 2 (Jul. 21. Digest). Longe magis dandum est et si rationibus distrahendis actio intendatur.

So wie der Ulpiankommentar konnte der Klassiker nicht sprechen, wenn die actio contraria tutelae eine ediktale auf Grund der Forderung aus der Tutel zustehende actio gewesen wäre. Denn im Ulpiankommentar ist deutlich gesagt, daß der normale Weg für den tutor die Geltendmachung seiner Ansprüche im iudicium mit gegenseitiger Prästation sei, daß ferner eine nicht ediktale auf der Praxis beruhende (dandum placet!) Formel zu geben sei, für den Fall, daß dem tutor nicht Gelegenheit gegeben wurde, seine Kostenrechnung im arbitrium tutelae geltend zu machen. Erst Justinians Leute bezogen diesen Satz einfach auf die haec actio, die neue actio tutelae contraria. Diese Tatsache springt noch im Text heraus: bei Julian stand als Subjekt nicht haec actio, sondern wohl ein iudicium . . . dandum est, oder iudicium utile dandum est. Und in der Ulpianstelle liest die Florentina in der scriptura primaria a correctore ordinario mutata²: hanc actionem dandum placet. Es sieht so aus, als hätten erst Justinians Leute das ‚hanc actionem‘ hineingesetzt. Ist das richtig, so ist das letzte Sätzchen, nec — agere, ein Kompilatorenszusatz³. Als solcher stellt er sich dar, weil einmal contrario agere ohne vorhergehendes

¹ Bisher erschien § 3 nur als unverständlicher Widerspruch zu § 2; vgl. ALIBRANDI, Bull. 2, 157 — opere 1, 587. PETERS, Saw. 2. 32, 243 n. 3. SOLAZZI, minore età (1913), 71.

² MOMMSEN (praef. vol. II p. XXXVIII, LVII.) spricht bekanntlich dieser zweiten Hand, die den von erster Hand geschriebenen Text korrigiert, einen hohen Wert zu, da sie viele unzweifelhafte Verbesserungen aus guter Quelle enthalte, andererseits ist doch auch für diese Hand der Verdacht selbständiger Korrekturen des überlieferten Textes nicht ausgeschlossen. Da dieses dandum nach hanc actionem keinen Sinn hat, ist es wohl wahrscheinlicher, daß es ebenso im Urtext, der der Florentina zugrunde lag, stand wie in fr. 2 das „dandum est“.

³ So schon, wie ich nachträglich sehe, SEGRÈ a. O. p. 297 n.

iudicio für den Klassiker wohl unmöglich ist¹, weil ferner nec impediendus est im Munde des Klassikers unverständlich wäre: denn hätte nach ediktalem Recht wirklich eine actio contraria tutelae zugestanden, so wäre es gar nicht möglich gewesen, ohne Widerspruch zum Edikt sie dem tutor abzuschlagen. Dagegen in dem Machtspruch des byzantinischen Gesetzgebers bedeutet das „nec impediendus est“ die Ablehnung eines früheren Rechtszustandes.

Daß wirklich ein iudicium negotiorum gestorum bei Ulpian in Frage stand, folgt schon aus dem Zusammenhang von fr. 1, § 1—3, und nur durch diese Beziehung wird deutlich, warum die Kompilatoren bei der Erläuterung dieses Ersatzanspruches eine Anleihe bei den üblichen Erläuterungen zum Edikt de negotiis gestis machten.

Durch diese Beobachtung, daß die Byzantiner aus einer actio negot. utilis ihre actio tutelae contraria machten, wird erst klar, warum in den Klassikerfragmenten wie in der Kasuistik des Codex es an denjenigen Entscheidungen fehlt, die sonst bei den bonae fidei iudicia nachweisbar sind: es gibt, soweit ich sehe, keine klassische Juristenpraxis über die Ansprüche, die sonst bei anderen iudicia aus dem dolus des Schuldners entstehen, insbesondere über den dolus, den der pupillus, mündig geworden, gegen den tutor begeht. In den Quellen spielt der Fall eine gewisse Rolle, daß der mündig gewordene pupillus den tutor mit der Rechnungslegung hinhält, ihn nicht mit der actio tutelae belangt, um den Zinsenlauf für die eigene Forderung nicht zu stören. In diesem Falle sprechen die eben behandelte Stelle D. 27, 4, 1, 8, ferner Cod. 5, 58, 3, 2 und D. 22, 1, 1, 3 von der justinianischen actio contraria des tutor gegen den Mündel: contrario agere — contrario iudicio convenire — ultro convenire sagen angeblich Ulpian, Papinian, Diokletians Reskript für den tutor. Danach wäre also der tutor berechtigt gewesen, in einer selbständig erhobenen Konträrklage feststellen zu lassen, daß er nicht Schuldner des pupillus sei, ja noch Forderungen gegen diesen habe. Wenn der Richter über das dare facere oportet aus der Tutel zu entscheiden gehabt hätte, konnte er ebenso die Abrechnung dulden, wie er auf Grund der Formel kompensieren konnte. Aber daß für die klassische Privatrechtsordnung hier kein Mittel bestand, um den pupillus zur Abrechnung zu zwingen, ist an anderer Stelle klar: In Diokletians

¹ Anders natürlich D. 27, 4, 3, 1 nach vorausgehender Erwähnung des contrarium iudicium, dazu SEGRÈ a. O. p. 293 n. 2.

Reskript Cod. 5, 56, 4, pr. (anno 294) ist zunächst der Satz ausgesprochen, daß man den pupillus zur actio tutelae nicht nötigen kann. Warum hätte das Bedürfnis zu solchem Nötigen bestanden, wenn der tutor selbst mit der actio tutelae contraria die Einlassung des pupillus auf die Frage erzwingen konnte: *quidquid alterum alteri dare facere oportet?* — Das klassische Recht kennt eben noch keinen Anspruch des tutor auf Anerkennung seiner Rechnungslegung! Was D. 27, 4, 3, 1 für das klassische *contrarium iudicium tutelae* sagt, gilt im klassischen Rechte schlechthin für den tutor: er kann keine Liberationserklärung verlangen. Nachher heißt es ausdrücklich im Codex: Zum Schutze gegen zukünftige frivole Ansprüche des Mündels und zur Hemmung des Zinsenlaufes könne der tutor nur durch Zustellungen den Mündel zur Erhebung der Tutelklage herausfordern, und wenn er sich entzöge, zu Protokoll des Statthalters den Grund dieses Vorgehens in fürsorglicher Beweisaufnahme feststellen lassen. Mit dieser jämmerlichen Schutzlosigkeit des tutor ist doch eine *actio contraria tutelae* mit *intentio* auf das *quidquid dare facere oportet ex fide bona* ebenso unvereinbar wie jene justinianischen Stellen¹. Hinzu kommt, daß die angebliche Papiniansentscheidung D. 22, 1, 1, 3 kräftigste Zeichen der Interpolation trägt, die schon BESELER geltend machte². Die Klassiker kannten dieses *ultra convenire* der selbständigen Klage des tutor wegen Verweigerung der Rechnungslegung nicht, aber den Byzantinern lag sie ebenso nahe wie den Westgoten im Gesetze *Recessvinds* (*Lex Visigoth.* 4, 3, 4). Aller Wahrscheinlichkeit nach war der klassische Rechtszustand für den tutor wirklich nur an die *actio negotiorum gestorum utilis* geknüpft. Mit ihr konnte der tutor zwar eigene Aufwendungen ersetzt verlangen, aber er hatte bei dieser Klage keine Möglichkeit, die Abrechnung mit dem pupillus auf einem Umwege herbeizuführen, da hier der Geschworene nicht durch *demonstratio* und *intentio* auf die Nachprüfung der Verpflichtung aus der Tutel verwiesen war. Wenn es richtig ist, daß der tutor als Ersatzklage die *actio*

¹ Für den Gegensatz zwischen klassischem und justinianischem Recht scheint mir der Kommentar bedeutsam, den Cod. 5, 56, 4, 1 in den Scholien der justinianischen Juristen findet (schol. ad Bas. 38, 17, 4, HEIMB. 3, 784). Theodorus spricht vom *παράγγελλεν ἢ περιτρέπεσθαι εἰς δίκην*, der in den Basiliken überlieferte Text von *καλεῖν εἰς δικάστηριον*. Hier ist im Gegensatz zum Kodex eine Klage des tutor gegen den pupillus erwähnt!

² BESELER, Beiträge 2, 25. Vgl. auch ALBERTARIO, Hodie, Pavia 1911 p. 12.

neg. gestor. utilis hatte, wird aber ein Unterschied von dem klassischen Rechtszustand wahrscheinlich: diese Klage kann nicht erst *finito tutoris officio* zugestanden haben: der tutor mußte sofort nach gemachter Aufwendung Ersatz verlangen können. Diese Auffassung bleibt allerdings hypothetisch, wenn sie auch unten (S. 60, A. 2) durch eine Quellenbeobachtung zu D. 27, 4, 6 gestützt werden kann. Aber es ist wohl ein Hinweis auf ihre Richtigkeit, wenn wir finden, daß die Stelle, welche dem tutor erst *finito officio tutelae* die Ersatzklage gibt, zweifellos interpoliert ist: von der justinianischen *actio contraria tutelae* heißt es in D. 27, 4, 1, 3: *finito autem officio hanc actionem competere dicemus tutori: ceterum quamdiu durat, nondum competit*. Das kann nur der Byzantiner als Verordnung des Gesetzgebers gesagt haben. Wenn der Satz für die klassische Praxis gegolten hätte, würde es für den Praktiker im Kommentar keinen Sinn gehabt haben, als bloße wissenschaftliche Meinung (*dicemus*) vorzutragen, daß der Ersatzanspruch des tutor erst *finito officio* zustände. Wahrscheinlich ergab sich den justinianischen Juristen die Regel eben daraus, daß das klassische *contrarium iudicium tutelae* erst am Ende der Tutel möglich war. Im klassischen Text erläuterte der Jurist wohl den Unterschied von *actio negotiorum gestorum utilis* des tutor und dem *contrarium iudicium tutelae*.

Außer der *actio negotiorum gestorum utilis* kannte das klassische Recht zum Schutz des Ersatzanspruches des tutor, wenn ich richtig sehe, nur das *contrarium iudicium tutelae*, die Tutelklage des Mündels mit der *intentio* auf gegenseitige Prästation. Zu ihr mögen die Kommentarstücke D. 27, 4, 1, 4—7, fr. 3, pr. — ⁸ wie das Julianfragment im 21. Buche der *digesta* gehören, in welchen nur die Ersetzung von *iudicio consequi*²

¹ D. 27, 4, 3, 9 ist wohl ganz Kompilatorenfabrikat.

² *Et sicut actiones patitur perinde ac si pupillus pubes factus esset, ita contrario iudicio, si quid ei aberit, persequi debet*, — *persequi debet* ist wahrscheinlich interpoliert. Daß der Klagberechtigte *persequi debet* steht, wenn wir vergleichsfähige Klassikerstellen betrachten, nur noch in D. 12, 1, 24, auch dort wahrscheinlich byzantinisch im Zusammenhange mit einem Kompilatorenglossem: *si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed [illa condicticia actione id persequi debet] (eam) per quam certum patitur*. Zu *condicticia* vgl. LENEL, Ed. 2, 227, 1. FREUDENTHAL, Zur Entwicklungsgesch. d. röm. *Condictio* 56, 1. BESELER, Beitr. 2, 63. Das Wort kommt allerdings in spätzeitlichen Glossaren schon vor, Corp. gloss. lat. V, 661, 23. In MOMMSENS Ausgabe der Vaticans-Fragmente dagegen war es bedenklich, nach Cod. Just. 8, 54, 3 *condicticiae*

durch ‚iudicio persequi‘ den Anschein erwecken sollte, als spräche schon das klassische Fragment von einer selbständigen Tutelklage des Vormundes.

Aber wie schon angedeutet, muß meines Erachtens der Begriff *contrarium iudicium* eben anders verstanden werden, als es heute die herrschende Lehre tut, welche die *actio contraria* ohne weiteres mit *iudicium contrarium* gleichsetzt¹. Nach der heute wohl allgemein herrschenden Lehre wäre die Formel mit gegenseitiger Præstatio (*quidquid ob eam rem alterum alteri dare . . . oportet*) nur eine bequeme Verbindung an sich selbständiger Klagformulare, nämlich einer *actio directa* und einer *actio contraria*. Aber der klassische Gedanke ist das nicht. Die Klassiker verstanden unter dem *iudicium contrarium* nicht einen materiellen Klaganspruch, der für die Rechtssystematik in gegenläufiger Parallele zu einem *iudicium directum* steht, sondern sie dachten an die Schriftformel des einzelnen Prozesses, die dergestalt gebaut ist, daß ein ‚in *contrarium ire litem*‘² möglich ist, eine Verurteilung auch des Klägers. Schon bei Cicero tritt diese Bedeutung des *iudicium contrarium* hervor. Er spricht in der berühmten Stelle vom *officium* des *iudex* bei den *bonae fidei iudicia* und hebt hervor, daß hier sogar die gegenseitig bestehende Verbindlichkeit manchmal Gegenstand der richterlichen Prüfung sei: *praesertim*

actionis im Text des Hermogenianus zu ergänzen. Man braucht nur die überlieferten Zeilenreste und die notwendig fehlenden Stücke nachzuzählen, um festzustellen, daß *condicticiae actionis* im Text der Vat. fr. 286 nicht gestanden haben kann: es sind etwa 10 Buchstaben zuviel auf der Zeile! —

Consequi debet ist dagegen der übliche Terminus für den Klassiker. Vgl. die Zusammenstellung *Voc. iur. rom. s. v. debeo* 2, 58.

¹ Statt aller vgl. WLASSAK, art. *actio*. PAULY-WISSOWA I, 312; s. v. *actio directa*.

² Unjuristischer literarischer Ausdruck bei Quintilian *decl.* 311 p. 223, 13 (ed. RITTER). Der Ausdruck *actio directa* oder *iudicium directum* im Gegensatz zu *actio contraria* oder dem *iudicium contrarium* ist dem Klassiker überhaupt fremd. Selbst in dem kontaminierten Digestenmaterial steht er nur ein einziges Mal: D. 3, 5, 19 (20). Und für diese Stelle ist die Interpolation schon von SEGRÈ a. O. p. 292, 293 n. 2 behauptet. Die oben gemachten Ausführungen zum klassischen Begriff des *iudicium contrarium* bleiben natürlich unzureichend, solange nicht auf denselben Begriff bei den Formeln aus *Commodat* (D. 13, 6 fr. 5, 8; fr. 17, 3; fr. 18, 4; 21 pr.) und bei dem *Depositum* (D. 16, 3, 5 pr.) wie bei der Pfandklage (*actio pignoratitia*: D. 13, 7, 9 pr., *actio fiduciae* D. 13, 7, 22, 3) eingegangen wird. Meines Erachtens ist hier überall, wo nicht deutlich die Klage mit gegenseitiger Præstatio in Frage steht, wie in D. 13, 6, 18, 4, das ‚*contrarium*‘ interpoliert.

cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret (de off. 3, 17, 70). Diese Stelle eines untechnischen Begriffes von ‚*iudicium contrarium*‘ zeihen¹ kann nur, wer die justinianische Bedeutung des *iudicium contrarium* mit schnellem Vorurteil für die klassische erklärt. Für Cicero ist hier deutlich die Formel mit gegenseitiger Præstatio in der *intentio* ein *iudicium contrarium*. Im Kommentar zum Infamenskatalog des Ediktes ist bei dem Juristen der Infamierte als ‚*condemnatus non contrario iudicio*‘ bezeichnet², wohl eben deshalb, weil das *iudicium contrarium* die Formel mit gegenseitiger Præstatio war. Es mußte der Gedanke ausgeschlossen werden, daß der Beklagte in solchen Fällen durch Verurteilung infam werden könne, wo er es nur deswegen auf die *litis contestatio* ankommen ließ, weil er seine Gegenrechnung präsentieren wollte. Dagegen die selbständigen *actiones contrariae* der *actio mandati*, der *actio fiduciae* sind hier doch wohl nicht im Kommentar zum Infamenskatalog mit dem kurzen Sätzchen ausgeschlossen, nach welchem nur der *condemnatus non contrario iudicio* infam wird. Denn daß der Verzug des Schuldners beim selbständigen Ersatzanspruch nicht einen Treubruch darstellt, der die Infamie rechtfertigen könnte, ist zu banal, als daß es besonders zu betonen war³. Ja, wahrscheinlich hätte der Jurist geradezu Unrichtiges gesagt, wenn er die selbständigen Konträrklagen dieser Verhältnisse mit dem Ausdruck *iudicium contrarium* gemeint hätte. Wir müssen doch wohl annehmen, daß auch

¹ So tut PERNICE, *Labeo* 2, 1, 258 A. Auch anderen Vertretern der herrschenden Lehre war die Ciceronische Stelle unbequem: Man interpungierte in *omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona* —: in his magni esse iudicis statuere (*praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria*), quid quemque cuique praestare oporteret (so BETHMANN-HOLLWEG, *Gem. Zivilproz.* 2, 283, n. 33). Aber was im Druck durch Klammern und Kommentar möglich ist, fügte sich nicht in den Fluß des lateinischen Satzes. Wie hier die Paraphrase der *intentio* von dem Worte *iudicia contraria* abhängt, so verbindet Gaius 4, 131 a und Cicero selbst ähnlich, de orat. 1, 168: *ne exceptione excluderetur, quod ea res in iudicium ante venisset*, — *Quinct.* 82: *iudicium vestrum est, recuperatores, quantae pecuniae paret . . .* Wie oben im Text wird die Cicero-Stelle grammatisch auch von PERNICE a. O., BECHMANN, *Kauf* 1, 650 gefaßt.

² D. 3, 2, 6, 7. Über die Interpolation im Ediktstexte selbst vgl. LENEL, *Ed.*² 77, 8, und die dort Zitierten, zu *Inst.* 4, 16, 2 schon GRADENWITZ, *Interpol.* 113.

³ D. 16, 3, 5 pr., wo *contrarium* wohl Einschlebsel ist, wird dabei nicht übersehen.

eine actio contraria infamiert, nämlich die selbständige Ersatzklage zum Bürgenregresse. Das Kommentarstück D. 3, 2, 6, 5 sprach zwar zunächst von der actio depensi des sponsor¹, aber jedenfalls zugleich auch von dem Mandat an den Bürgen². Da diese nun unter Umständen auch als echte actio contraria mit formula in ius concepta vorkam³, hatte sich der Jurist nicht schlechthin des kurzen Ausdrucks ‚iudicio non contrario‘ bedienen können, wenn er nicht sicher war, daß man den Ausdruck iudicium contrarium nur auf die Formel mit gegenseitiger Præstatio bezog.

Schärfer noch als diese Argumentation eines justinianischen Textes, dessen Worte zu pressen ja immerhin ein gefährliches Unternehmen ist, kann der Schluß aus GAIUS' Institutionen sein. Die Darstellung zum Kalumnienrecht zeigt deutlich, was die Klassiker unter einem contrarium iudicium verstanden. Da ist nicht die Rede von einer Verbindung einer selbständigen actio calumniae⁴ mit der Injurienformel zu einem Klagformular, sondern zuerst heißt es: die calumnia werde getroffen bald durch ein iudicium calumniae⁵, bald durch contrarium iudicium, bald durch das Eidesverfahren, bald durch die Kalumnienwette⁶. Und nachher wird deutlich gesagt, daß das iudicium der actio iniuriarum zum contrarium werde durch Ein-

¹ So APPLETON, rev. gén. de dr. 1900, p. 223. LENEL, Ed. 79.

² Das folgt aus dem überlieferten Text von D. 3, 2, 6, 5, der in seinem unverdächtigen Teile (vgl. PERNICE bei KRÜGER ed. ad h. l.) vom mandatum spricht, ferner aus dem Verwandtschaftsverhältnis von actio depensi und Mandat, endlich daraus, daß ein Eingreifen Justinians zur Erweiterung der Infamenskatalogs bei der Infamie wegen Zivilurteils ganz unwahrscheinlich ist. Auch in der Schrift de actionibus ist die infamierende Wirkung dieser Klage hervorgehoben, Sav.-Zeitschr. 14, 92 n. 38. Gegenüber diesem Text ist der Versuch SOKOLOWSKIS, Mandatsbürgschaft 92 f., die infamierende Wirkung nicht für die gewöhnliche actio mand. contraria gelten zu lassen, sondern nur für jene formula in factum concepta aussichtslos.

³ Vgl. den Nachweis bei PARTSCH, Griech. Bürgschafter, 1, 275 Anm.

⁴ Die „actio calumniae“ ist erst justinianisch. Vgl. GRADENWITZ, Interpol. S. 111, zu Just. 4, 16. 1.

⁵ Das iudicium calumniae halte ich ebenso wie schon PUCHTA, Inst. § 157 g. BETHMANN-HOLLWEG 2, 535 ff. GIRARD, manuel 1039, 4. WLASSAK, Savigny-Zeitschr. 33, 119 für eine selbständige Klageformel. Wenigstens soviel wird man aus dem Berichte bei Theophilus, ad Inst. 4, 16, 1 entnehmen dürfen. LENEL, Ed.² § 36—38, p. 107 läßt es dahingestellt sein, ob das iudicium calumniae nur einfach an die Hauptformel angehängt wurde, oder ob eine selbständige Formel dafür erteilt wurde.

⁶ Gai. 4, 174.

fügung der Klausel über die eventuelle Verurteilung des Klägers: contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur, veluti si iniuriarum agatur (Gai. 3, 1 ff.), und am Ende der kurzen Darstellung zum Begriff contrarium iudicium ist es klar, daß dieses contrarium iudicium zur Folge hat, daß der Kläger bei nicht-erwiesener intentio ohne weiteres seinerseits verurteilt wird, ohne Rücksicht auf seine ehrliche Überzeugung von der Schuld des Beklagten. LENEL hat diese Stelle über das contrarium iudicium bei der calumnia ebenso aufgefaßt und gestaltet danach die Darstellungen der Formeln, welche mit contrarium iudicium gegeben werden können¹. Gerade, wer die Konsequenzen aus WLASSAKS Litiscontestationslehre ernst nimmt, müßte jedenfalls der Meinung sein, daß bei der Litis contestatio über die actio iniuriarum (si iniuriarum agitur) nach Gaius die Kalumnienwiderklage mit in der Formel steht: contrarium iudicium constituitur! Es ist hier deutlich, daß der Begriff des contrarium iudicium durchaus nicht vom Standpunkt eines gelehrten Betrachters des prätorischen Edikts aufgefaßt wird: von einer „conträren“ Natur gegenüber der Musterformel, an die das iudicium sich anlehnt, ist keine Rede. Sondern das Wort ist vom Standpunkt des iudicium des einzelnen Prozesses geprägt: die Worte der Formel (verba iudicii) enthalten nicht nur die Verurteilungsanweisung, welche die Parteien dem Geschworenen zugunsten des Klägers geben, sondern sie enthalten gleichzeitig auch eine entgegengesetzte Gestaltung des Spruches: die Anweisung zur Verurteilung des Klägers für den Fall, daß dieser abgewiesen wird. Daß diese Auffassung die richtige ist, wird dringend wahrscheinlich, seit wir durch die alexandrinischen Rechtssätze auf Papyrus, die uns P. Hal. I. vermittelte, die hellenistische Gesetzgebung kennen, der das römische

¹ Ed.² 304, 389, 408. So auch RUDORFF, Vormundschaft 3, 119, 122. Edictum perpetuum § 124. KELLER-WACH, Ziv. Proz. § 58, N. 6. Dagegen scheint das iudicium contrarium als besondere Kalumnienformel angesprochen zu sein, vielleicht von BETHMANN-HOLLWEG (Ziv. Proz. 2, 537), augenscheinlich von GIRARD, manuel 5, 1039 f., 2, 4; SECKEL, Handwörterbuch; s. v. contrarius. Auch WLASSAK, Sav.-Zeitschr. 33, 119 spricht von einer „selbständigen Konträrformel“, will allerdings die Vereinigung dieser Kalumnienklage mit der Injurienformel nicht für ausgeschlossen, wenn auch nicht als wahrscheinlich gelten lassen. Ich meine, daß diese Vereinigung dringend wahrscheinlich ist, wenn die Kondemnationsvoraussetzung für die Verurteilung wegen calumnia einfach die Abweisung des Klägers mit dem Hauptanspruch ist (si causam non tenuerit).

Kalumnienrecht der *actio injuriarum* eng verwandt ist. Bei der Klage wegen Beleidigung durch Schlag trifft dort den Kläger, wenn er abgewiesen wird, kraft des den Beklagten freisprechenden Urteils die Vollstreckung auf den zehnten Teil des Betrags, den der Kläger selbst im Antrag gefordert hatte. Auch dort ist kein besonderes Nachverfahren zur Einklagung dieser Summe nachweisbar¹. Noch bei Justinian wirkt die klassische Bedeutung des *contrarium iudicium* nach, wenn er in c. 14 Cod. 7, 45 de *sententiis* auch stets ein Urteil gegen den Kläger zulassen will und davon spricht, daß der Kläger „in der Umkehrung des Prozeßverhältnisses für schuldig befunden würde“ (*e contrario obnoxius fuerit inventus*).

Dieselbe Bedeutung der Konträrwirkung, vom Standpunkt der *verba iudicii* des Einzelfalls beurteilt, wohnt dem *contrarium* in der paulinischen Definition der *replicatio* als *contraria exceptio* inne (D. 44, 1, 22, 1). Der Jurist stellt sich dabei die *verba iudicii* mit ihrem Aufbau von *intentio*, *exceptio*, *replicatio* vor. *Contraria exceptio* ist die *replicatio* dabei natürlich, weil sie die *Exceptions*-wirkung aufhebt, wenn der *iudex* die *replicatio* bejaht.

Daß die Klassiker daneben den Ausdruck und Begriff *actio contraria* seit uralter Zeit kennen, und zwar für eine Klagformel, welche als Widerspiel einer anderen gedacht wird, steht damit nicht im Widerspruch. Es wäre gewagt, dem Ausdruck *actio contraria* ein sehr hohes Alter absprechen zu wollen². Aber die

¹ Dikaiomata, P. Hal. I, S. 115 ff. Dazu Arch. f. Pap.-Forschung 1913 VI, 1. S. 74.

² Dazu schien GRADENWITZ (Interpol. 112) und vielleicht (?) auch SECKEL, Handwörterbuch s. v. *contrarius* geneigt zu sein, indem er die gewagte Hypothese aufstellte, daß alle Stellen, welche den Ausdruck *actio contraria* enthalten, vielleicht interpolationsverdächtig sind, da die Klassiker ursprünglich *contrarium iudicium*, nicht *contraria actio* sagten. GRADENWITZ selbst will ja an anderer Stelle (p. VII, S. 124) offen lassen, daß schon zur Zeit der Severer der Sprachgebrauch degeneriert war. Aber daß in Wahrheit der Begriff *actio contraria* so alt ist wie der Begriff *actio* selbst, wird wahrscheinlich, wenn wir schon bei Val. Max (3, 7, 3) offenbar in einer nach der Prozeßterminologie geprägten Wendung lesen, daß derjenige, welcher dem Antrag vor der *contio*, der *Tribun* solle beim Senat ein Gesuch einbringen, einen Gegenantrag entgegengesetzt, „*contrariam actionem ordiri coepit*“. Diese Wendung beweist gewißlich nicht unmittelbar, da hier die *actio* nur die „politische Aktion“ ist. Aber die Wendung ist doch vom Zivilprozeß wohl entlehnt. Auch bei Ulp. D. 8, 5, 8 pr., ist die *actio negatoria*, welche der *vindicatio servitutis* als Konträrklage entspricht, als Konträrklage bezeichnet, ohne daß wir Verdacht gegen die Echtheit des Textes haben könnten.

beiden Begriffe *actio contraria* und *iudicium contrarium* verhalten sich nach meiner Überzeugung eben nicht anders wie überhaupt die Entstehung der beiden Begriffe *actio* und *iudicium*, wenn sie auf Prozeßformeln sich beziehen: der erste will vom Gesichtspunkt der *legis actio* vor dem Prätor historisch erklärt sein¹, das *iudicium* von dem Gesichtspunkt, daß es die Basis für das Geschworenenverfahren schafft². Daher ist die *actio contraria* diejenige Formel, bei welcher gerade diejenige Person als Kläger zum *postulare actionem* und zum *edere actionem* bei der *litis contestatio* gelangt, welche bei der eigentlichen *Musterformel* der Beklagte ist. Das *iudicium contrarium* ist dagegen eine individuelle Prozeßformel, die ihren Namen deshalb trägt, weil auf ihr als Grundlage der Prozeß sich auch zum Urteil gegen den Kläger entwickeln kann.

Wie das *contrarium iudicium*, in diesem Sinn verstanden, für das klassische *arbitrium tutelae* in Geltung war, zeigt noch ein erhaltenes *responsum* des Celsus, 2. Digest. (D. 4, 4, 28).

Cum minor [quam³] quinque et viginti annis adversus eum, cum quo tutelae egit, restituitur, non ideo tutori *contrarium tutelae iudicium restituendum* est.

Der minor wird gegen die *Litiskontestations*wirkung des *arbitrium tutelae* restituiert, damit eine neue Klage aus der *actio tutelae* möglich ist. Diese Restitution führt nicht notwendig auch zur neuen *Litiskontestation* über den Gegenanspruch des tutor, der im ersten Prozesse in Gestalt des *iudicium contrarium* geltend gemacht war. Auf die *actio contraria* der gemeinrecht-

¹ Vgl. zu dieser Notwendigkeit Wlassak, Der Ursprung der römischen Einrede (Festgabe d. Zeitschr. f. Not. und freiw. Gerichtsbark. in Österreich zum 50jähr. Doktorjub. von L. PFAFF. Wien 1910) passim; vgl. besonders die schlagende Bemerkung zur *exceptio dilatoria*, p. 33 S. A. Vgl. auch Wlassak, Zeitschr. Sav.-Stiftg. 33, 148 ff. zum ‚non dabo actionem‘ als Ankündigung der *exceptio*.

² *Iudicium* ist für mich ohne Zweifel sowohl der Prozeß vor dem *iudex* wie die *Schriftformel*. Aber richtig ist, daß das Wort nur deswegen diesen Begriff erlangt hat, weil in der *Schriftformel* die Art des Gerichts und die prozessuale Fragestellung für dieses enthalten sind. Insofern haben die Ausführungen von Kübler, Zeitschr. Sav.-St. 16, 140—172 ihre Berechtigung. Erwiesen wird die Tatsache, daß man im 2. Jahrh. a. C. gerade diese Auffassung noch in vollem Bewußtsein hatte durch die Übersetzung von *iudicium* durch *κρίσιον*, Gericht. Vgl. Inschr. v. Magnesia n. 93 (Ditt. Syll. 928) lin. 13; vgl. ebendort l. 16 f. das *iudicium dare in ea verba*.

³ Trib.

lichen Lehre bezogen, ist das Fragment schwer zu verstehen: man begreift nicht, welcher Anlaß eigentlich den Gedanken so nahe legte, den Celsus hier ablehnt, wenn *actio tutelae* und *actio tutelae contraria* zwei selbständige Klagformeln sind. Aber die Frage steht ganz anders, wenn das *contrarium iudicium* die gegenseitige Præstation enthielt und der tutor mit solcher Formel belangt worden war. Hier mußte eigentlich der Gedanke naheliegen, daß die gesamte Litiskontestationswirkung des Erstprozesses von der in *integrum restitutio* notwendig beseitigt war. Celsus lehnt das ab, und dieses *responsum* hat einen Sinn, da es durchaus unpraktisch war, nochmals über erledigte Ersatzansprüche des tutor zu verhandeln, wenn es sich nur um die Reszission der Litiskontestation insoweit handelte, als sie die Ansprüche gegen den tutor betraf.

Was sonst in den Digesten oder Codex an angeblich klassischem Material zum *contrarium iudicium tutelae* erhalten ist, fügt sich entweder dieser Auffassung vom *contrarium iudicium* als der Klage mit gegenseitiger Præstation¹ oder läßt den Gedanken zu, daß ein anderes Wort als *contrarium* im klassischen Texte stand²,

¹ Über D. 27, 4, 1, 5—7 fr. 3 pr.—§ 8, fr. 4 vgl. oben S. 49 f.

² Ulp. D. 27, 4, 5. Paulus D. 27, 4, 6 sprechen von der *contraria actio* des Tutors. Im ersten Falle ist die Interpolation durch die weitschweifige Fassung des *responsum* (*actionem contrariam adversus eos habere posse*) angedeutet, aber eine Gewißheit wäre mit solchem Zeugnis allein natürlich nicht zu erlangen. Im zweiten Falle handelt es sich um eine kurze Darstellung der Liberationsansprüche bei Paul. 5 ad. Plaut. zum Titel der Mandatsklagen (LENEL, Paul. fr. 1113). Voran ging ein Fall ediktaler *negotiorum gestio* (D. 17, 4, 45, 2), es folgte im Zusammenhange ein Fall zur *actio communi dividundo* (D. 10, 3, 15). Dazwischen stand vielleicht, wie LENEL (Pal. I. c.) vermutete, jene Stelle, die jetzt D. 27, 4, ult ist. Es macht keine Schwierigkeit anzunehmen, daß auch hier von der *actio contraria* der *actio negotiorum gestorum* die Rede war, zumal nichts von einer Beendigung der Vormundschaft im Tatbestande verlautet. Gerade, daß sofort geklagt werden kann, wenn gezahlt ist, ja auch vorher, bei Vorliegen einer Verpflichtung für den Mündel, und ohne daß erst das Ende der Vormundschaft als Klagvoraussetzung genannt würde, spricht dafür, daß hier eben im klassischen Text eine Ersatzklage stand, wie die hier verfochtene *actio neg. gestor. utilis*. Ähnlich wohl Cod. 5, 58, 3 a. E. *contrario Trib.; imp.: utili negotiorum gestorum*, eine Behauptung, die aber natürlich nicht scharf erweisbar ist und nur durch das Gesamtergebnis gestützt werden kann.

Eine andere Interpolation statt *contrarium* bei dem Wort *iudicium* könnte dort erfolgt sein, wo die Klassiker von einem *iudicium rescissorium* sprechen mußten. Wenn der tutor suo nomine verurteilt war, ohne daß der iudex bei dem *arbitrium tutelae* Rücksicht auf die *compensatio* wegen Gegen-

oder beruht auf Interpolationen, welche überhaupt erst den Erstattungsanspruch des tutor im Wege eigener *actio* einführten¹.

forderungen genommen hatte, mußte die Berücksichtigung der nicht in Rechnung gestellten Gegenforderungen durch den praetor notwendig im Wege der in *integrum restitutio* erfolgen. Denn sonst war ja der tutor aus der Verurteilung im *arbitrium tutelae* infam geworden, ohne nachträglich bei Einklagung seiner Gegenforderung so gestellt zu werden, wie er gestanden hätte, wenn von vornherein durch das *contrarium iudicium* der *actio tutelae* des Mündels nur die Anweisung zur gegenseitigen Præstation gegeben war. Daher wird ursprünglich der Text D. 27, 4, 1, 4 nicht in so engem Zusammenhang mit D. 3, 5, 7 (8) 2 gestanden haben, wie in der Kompilation. Ich meine also, D. 27, 4, 1, 4 ist verändert: *Praeterea si tutelae iudicio qui sconiuetur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit: [sic erit arbitrii eius utrum compensare an petere velit sumptus], quid ergo si iudex compensationis eius rationem non habuit, an [contrario] (rescissorio) iudicio experiri possit? et utique potest: sed si reprobata est haec reputatio [et adquevit], non debet [iudex] (praetor) [contrario] (rescissorio) iudicio id sarcire. Zu den Interpolationen im letzten Satze vgl. durchschlagend EISELE, Z. Sav.-St. 18, 23; BESELER, Beitr. 2, 141 will sed si — sarcire ganz streichen, aber das schießt sicherlich über das Richtige weit hinaus: sarcire kommt ja bei Justinian überhaupt nicht vor! Bei den Klassikern vgl. D. 10, 3, 28, D. 31, 78, 2; D. 43, 16, 4, 17, auch Coll. 10, 9, 1 (Caracalla).*

Der erste verdächtige Satz muß mit Rücksicht auf die neue *actio tutelae contraria* Kompilatorenglosse sein, denn im folgenden ist deutlich, daß nur von dem Kompensationsfall die Rede war, nicht von der selbständigen Klage des tutor. Auch ist es nach klassischem Prozeßrecht einfach unrichtig, daß der Aufrechnende die Aufrechnung als sicheres Recht geltend machen kann und die Herabsetzung der klägerischen Forderung mit Sicherheit erzwingt: im *bonae fidei iudicium* ruht ja die *compensatio* nur auf dem guten Willen des iudex.

¹ Auf Interpolation beruht die Erwähnung der *actio contraria* oder des *iudicium contrarium tutelae* im Cod. 5, 44, 2, 1 (anno 224): *aut; auf contrario — experiri possis* ist tribonianisch. Die klassische richtige Wendung, *iudex compensationis rationem habere possit*, ist durch das Einbauen der Erwirkung des *contrarium iudicium tutelae* in die schiefe Wendung verkehrt, daß der tutor (!) *compensationis rationem habere... possit*.

Sichere Interpolation ist das *contrarium iudicium* als selbständige Ersatzklage *tutelae* auch in D. 27, 4, 4; vgl. oben S. 53 A. 2, und die *actio contraria* in D. 46, 3, 95, 10. Die letztgenannte Stelle bedarf einer Betrachtung: *Si mandatu meo Titio pecuniam credidisses, eiusmodi contractus similis est tutori et debitori pupilli: et ideo mandatore convento et damnato, quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet, sed et praestare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat, et hoc pertinet tutoris et pupilli debitoris nos fecisse comparationem: nam cum tutor pupillo tenetur ob id quod debitorem eius non convenit, neque iudicio cum altero accepto liberatur alter, nec si tutor damnatus solverit*

b) Der Rechtsschutz im Fall des Scheintutor.

Für den Fall, daß der Scheintutor als Vormund gehandelt hat, ist die klassische Verwendung der analogen Klage aus der

ea res proderit debitori [quia etiam dici solet tutelae contraria actione agendum, ut ei pupillus adversus debitores actionibus cedet]. Der letzte Satz ist augenscheinlich interpoliert. Die Aktionenzession wird deutlich beim Kreditmandat (D. 46, 1, 13; D. 17, 1, 27, 5, 28) durch Retention gegenüber der actio mandati des Mandatars vom Mandanten erzwungen. Die unmittelbar folgende Stelle (D. 46, 3, 95, 11) stellt sicher, daß auch unser Text so verstanden werden muß. In dem zum Vergleich herangezogenen Falle spielte die Klage keine Rolle, sondern nur die Retention. Dann ist also auch die actio tutelae contraria auf Aktionenzession nicht klassisches Recht. Zwar denke ich nicht daran, daß einer actio, die nach Zahlung an den Mandatar durch diesen zediert wurde, eine exceptio doli des debitor entgegenstehen könnte, wie vielfach im Pandektenrecht gelehrt wurde (dagegen mit Recht BINDER, Korrealoblig. 162 f.). Aber es fehlt eben bei dem Kreditmandat doch wohl an der actio mandati directa gegen den Kreditgeber, welche die Aktionenzession vermitteln könnte. Die Frage, ob solche actio mandati directa des Kreditmandatars angenommen werden kann, wird ja meist bejaht. Dafür SOKOLOWSKI, Mandatsbürgschaft 72, 74; F. SCHULZ, Sav.-Zeitschr. 27, 100. — BORTOLUCCI, Studi Romanistici, vgl. WENGER, Sav.-Zeitschr. 28, 486, ist mir nicht zugänglich. Aber wie die Klage auf Gewährung des Kredites D. 17, 1, 48, 2, Gai. 3, 156 — doch wohl verneint wurde, weil der Mandatar sein eigenes Geschäft bei der Kreditgewährung besorgte, so konnte auch der Anspruch auf Übertragung der Rechtsfolgen aus dem Geschäft dem Mandatar nicht zustehen und wird durch D. 17, 1, 28 keinesfalls erwiesen (anders BRINZ, Pand. 2, S. 195; BORTOLUCCI a. O.; SCHULZ a. O.). Wer auf den justinianischen Text D. 17, 1, 6, 4 die ultro citroque obligatio bei dem klassischen Kreditmandat gründet, nimmt m. E. den Widerspruch nicht ernst genug, in welchem diese angebliche Celsus-Entscheidung zu D. 17, 1, 48, 2 steht, wo Celsus ganz ebenso wie Gaius in den Institutionen die actio mandati directa des Mandator leugnet, da sie aus einem mandatum tua gratia entspringen müßte und dem klassischen Garantievertrag bei dem mandatum credendi notwendig fremd war. Schon weil diese actio mandati directa entfällt, kann Papinian (l. c.) nicht wohl von der actio tutelae contraria im Vergleich gesprochen haben. Er muß ebenso, wie er es für den curator bei der actio iudicati ausdrücklich sagt (D. 26, 7, 25, Papin. 2 resp. bei Ulp. 13 ad ed.), entschieden haben, daß der tutor gegenüber der Klage des Mündels die Aktionenzession nur durch Retention erzwingen kann. Die Interpolation tritt in D. 46, 3, 95, 10 auch dadurch hervor, daß für ei ein vorhergehendes grammatisches Subjekt tutor fehlt, daß plötzlich von debitores gesprochen wird, während vorher von einem debitor die Rede war. Actionibus cedere ist hier wohl durch die folgende gleiche Wendung bei Papinian veranlaßt. Aber es findet sich auch sonst öfters in Interpolationen, D. 12, 4, 7 pr. D. 4, 4, 27, 1 (KÜBLER, voc. jur.

negotiorum gestio schon fast nachgewiesen. PETERS¹ hat sicher gemacht, daß Justinian das Wort actio protutelae zur legislativen Geltung erhoben und die besondere prozessuale Eigenart der actio protutelae geprägt hat. Zur Zeit der Klassiker standen hier nur aktiv und passiv Ansprüche aus der negotiorum gestio zu. Paul. I, 4, 8, D. 3, 5, 30 (31) 5, Cod. 5, 28, 1, Cod. 5, 34, 4 besagen dies ausdrücklich, und der durch die Inskription bestimmte Inhalt von D. 27, 5, 5 spricht ebenso deutlich. Das Eingreifen der Kompilatoren ist durch den Nachweis der Interpolationen in D. 27, 5, 1, pr. 8; D. 26, 7, 39, 2; Cod. 5, 6, 8; Cod. 2, 18, 4; Cod. 5, 28, 4 gesichert². Ein Nebeneinander einer actio protutelae und der iudicia negotiorum gestorum ist für das klassische Recht undenkbar; denn wo die Geschäftsführung ohne Auftrag zum Rechtsschutz verwandt wird, gibt es keinen anderen Rechtsschutz.

Aber es bleibt noch dunkel, welche Art von Formel aus der negotiorum gestio im Falle des Scheintutor half. PETERS hat mit großer Sicherheit auf die normale Ediktsformel der actio directa und contraria abgehoben³. Das ist wohl bedenklich. Denn dabei ist zu wenig damit gerechnet, daß Ulpian in seinem Ediktskommentar hinter der Darstellung zum arbitrium tutelae und dessen iudicium contrarium eine prinzipielle Ausführung über den qui pro tutore negotia gessit gehabt hat. Das ist durch die Inskription von D. 27, 5, 1 sicher. Auch daß sowohl Codex (5, 45) wie die Digesten die Rubrik kennen und die Digestenrubrik den curator interpoliert (de eo qui pro tutore [prove curatore] negotia gessit), sieht wenig danach aus, daß die ganze Rubrik unklassisch wäre. PETERS meint, dieser Abschnitt bei Ulpian werde nur dazu gedient haben, die Anwendungsfälle der actio tutelae gegenüber der actio negotiorum gestorum des Edikts abzugrenzen⁴. Darin rom. 1, 704, 39), D. 5, 3, 17, D. 6, 1, 63 (?), vgl. auch Justinian selbst Cod. 7, 15, 1, 2.

Zu D. 22, 1, 1, 3 vgl. oben S.

Auf falscher Ergänzung beruht m. E. die actio [contraria] in Cod. Theod. 3, 32, 2: [contraria] quoque actione tribuenda; im Text hieß es wohl [tutelae] quoque actione tribuenda, oder besser noch [pecuniaria] quoque actione tribuenda: indem der Ton auf der Unterscheidung von prozeßrechtlicher und obervormundschaftlicher Kognition liegt.

¹ Z. Sav.-St. 32, 243 ff.

² a. O.

³ Wohl beistimmend SOLAZZI, minore età (1913), 109.

⁴ a. O. 259.

mag ein Teil Wahrheit stecken. Aber es kommt dabei zu kurz, daß gewisse materielle Verschiedenheiten zwischen der ediktalen negotiorum gestio und dem Falle bestehen, in denen der Scheintutor, der geglaubt hat, tutor zu sein, in Haftung genommen wird. Denn jedenfalls muß die actio neg. gestorum gegen den qui pro tutore negotia gessit gewissen Grundsätzen unterlegen haben, welche der Tatsache entsprechen, daß solcher gestor nicht anders behandelt zu werden braucht als ein wirklicher tutor. So einerseits bei der Berechnung von Zinsen für ungenützte Kapitalien¹, andererseits für die Verpflichtung, eigene Schulden sofort an den pupillus zu zahlen², endlich andererseits für die Haftung allein für dolus resp. diligentia quam suis rebus³. PETERS hat keinen Nachweis dafür angetreten, daß solche Behandlung nach Tutelgrundsätzen der Klage gegen den qui pro tutore negotia gessit dem klassischen Rechtszustand fernegelegen hätte.

Dazu kommt nun die Überlieferung: nach der einleitenden Darlegung zum Begriff des qui pro tutore negotia gessit, folgt sofort D. 27, 5, 1, 2 ein Fall, der mit proinde et anknüpft: „auch wenn“ ein Unfreier als Scheintutor handelte, soll nach einem Reskript des Septimius Severus gegen ihn das iudicium utile zu geben sein. Das ist kaum zu verstehen, wenn man annimmt, vorher habe das ediktale iudicium negotiorum gestorum gestanden. Denn warum sollte dieses dann nicht auch bei der gestio eines Sklaven Platz greifen können? Aber alles wird einfach, wenn eben der voranstehende Hauptfall eben auch das iudicium utile negotiorum gestorum betraf. Nur unter der Voraussetzung, daß der qui pro tutore gessit nicht mit dem iudicium negotiorum gestorum des ediktalen Musterfalles haftet, wird D. 47, 2, 54 (53), 3 verständlich: dort ist zuerst die actio furti dem negotiorum gestor (qui alienis negotiis se obtulit) abgesprochen, aber ihm eventuell, wenn er aus der negotiorum gestio haftbar ist, Recht auf Aktionenzession bezüglich der actio furti zuerkannt. Nachher ist dieselbe Entscheidung für den Fall gegeben, daß jemand pro tutore negotia gerit. Das ist kaum erklärlich, wenn auch dieser Haftende nur ein gestor im Sinne des ediktalen Normalfalles wäre. Und ebenso haben wir eine ähnliche Entscheidung in D. 47, 2, 86 (85); dort ist unterschieden der qui sua voluntate . . .

¹ D. 26, 7, 39, 14.

² 3, 5, 34 (35), 3.

³ D. 27, 5, 4.

negotia gessit von dem qui pro tutore negotia gessit. Es ist sehr unwahrscheinlich, daß die gestio pro tutore bloßer Anwendungsfall der ediktalen gestio war.

Vorerst genügt es, daß in den Quellen keine Stelle sich findet, welche ausschließt, daß nach klassischem Rechte nur eine analoge Formel aus dem Titel der negotiis gestis in Betracht kam. In D. 3, 5, 30 (31), 5, in Cod. 5, 28, 1, Cod. 5, 34, 4 kann die Erwirkung der actio utilis ebenso herausgestrichen sein, wie dies sonst mit den actiones utiles negotiorum gestorum der Fall ist. Auch Paul. sent. 1, 4, 8 beweist nichts: Qui cum tutor [curatorve] non esset, pro tutore [curatoreve] res pupilli [adultive] administravit actione negotiorum gestorum [pro tutore curatorve] tenebitur. Hier ist durchaus nicht die ediktale actio negot. gestorum sicher bezeugt. Denn es ist sicher, daß die Westgoten die Beziehung aufs klassische Aktionenrecht herausgestrichen haben. ERMAN¹ hat mit Recht darauf hingewiesen, daß mehrere Stellen bei Paulus deswegen gestrichen sind, und in 4, 3, 2 beim Sc. Trebellianum der Ausdruck actio utilis, den Paulus natürlich gebraucht hat, durch actiones schlechthin ersetzt ist. Ich meine, pro tutore curatorve ist für utili interpoliert. Man kann das aus den juristischen Quellen beweisen. Noch die Byzantiner wußten, daß derjenige, der pro curatore handelt, ohne wirklich als curator bestellt zu sein, mit actio negotiorum gestorum utilis haftete. Der Anonymus sagt (schol. ad Bas 38, 5, 1, Heimb. 3, 731):

Καὶ ἡ μὲν διρέκτα νοεῖται, ὅταν τις ἐκουσίως χωρὶς μανδάτου διοικήσῃ ἀλλότρια πράγματα. ἡ δὲ οὐτιλία, ὅταν τις ἐξ ἀνάγκης ἢ ὑπονοίᾳ ἀνάγκης διοικήῃ, ὡς ἐπὶ τοῦ ἀληθοῦς κουράτωρος ἢ τοῦ νομίζοντος ἑαυτὸν κουράτωρα . . .

Wenn der pro curatore gerens mit der utilis negot. gestorum haftet, ist erwiesen, daß auch der sogenannte Protutor justinianischen Rechtes im klassischen Recht unter diese analoge Klage aus der Rubrik de negotiis gestis fiel! Das ist auch zwingend, da der pro tutore gereus ja nicht als selbstloser Freund, sondern wegen eingebildeter Gestionspflicht tätig wurde. Und protutore curatorve setzten die Westgoten ein, weil eben die späte Rechtswissenschaft schon diesen Anwendungsfall als actio pro tutelae oder agerepro tutore curatorve bezeichnet hatte! Wahrscheinlich stand in der Formel etwas von pro tutore negotia gerere. Dann könnte D. 27, 5, 1, 6 im wesentlichen echt sein, wo die Formel für den

¹ Mélanges FITTING S. A. S. 586.

protutor von dem Fall des gestor für den pubes und dem Fall des gestor für den noch nicht geborenen postumus geschieden wird. Die Interpolation in dem westgotischen Paulus ist auch noch durch die Stellung im Satze klar. Zieht man das pro tutore curatoreve zu tenebitur, so ergibt es den falschen Sinn, daß der Scheintutor „als Tutor“ haften. Zieht man es zu gestorum, so ist die Stellung inkorrekt, da im richtig gebauten Satze die Wendung pro tutore curatoreve vor gestorum hätte stehen müssen. Dabei darf man glauben, daß erst die Westgoten oder die Älteren den Curator im Paulustext überhaupt erwähnten. (Vgl. unten S. 68 ff.)

Für den Klassiker muß mit diesem Falle des Scheintutor im engsten Zusammenhange der andere Fall gestanden haben, daß der testamentarisch bestellte tutor für den Nachgeborenen schon vor dessen Geburt Gestionshandlungen unternommen hat und nachher durch die Fehlgeburt den Schein seines vormund-schaftlichen Amtes verliert. D. 3, 5, 28 (29), Callistratus 3. ed. mon., erkennt auch hier die actio aus der negotiorum gestio zu, Paul. D. 27, 3, 24 (2. sent.) lehnt die actio tutelae wie die ediktale negotiorum gestorum hier ab¹, gesteht aber eine actio utilis hier zu, offenbar die actio utilis negotiorum gestorum. Noch die Byzantiner wissen das: namentlich die soeben zitierte Anonymus-Stelle gab an ihrer Spitze eben diese beiden Stellen als Beispiele für das iudicium negotiorum gestorum utile². Ist das richtig, so stand für diesen Fall in D. 27, 5, 1, 6 nicht „sed erit negotiorum gestorum actio“, sondern etwa „sed dabitur [alia] negotiorum gestorum actio [utilis]“. Schon FABER hat diese actio utilis in der Stelle gesucht³. Ebenso stand das utilis wohl in D. 26, 2, 19, 2: datur tamen adversus eum substituto pupilli negotiorum gestorum actio (*utilis*).

c) Die Kuratelen und die Rubrik de negotiis gestis.

Für die Kuratelen, die auf prätorischer Bestellung beruhen, wissen wir seit ALIBRANDIS Nachweis⁴, daß die vom Prätor nach

¹ Letzteres, quia administrasse negotia eius qui (F. quia) natus non esset, non (hereditatis) videtur, so PAUL KRÜGER, SECKEL-KÜBLER, meines Erachtens m. Recht.

² Bas. 38, 5, 1 schol. 4 [d. V 96], HEIMB. 3, 731. Dort ist durch Fehler der Quelle oder der Edition D. 27, 1, 24 zitiert, während D. 27, 3, 24 natürlich allein in Betracht kommt.

³ FABER, Jurisprud. Papin. Scient. XIII, 8, 31. (Lyon 1658, p. 538.)

⁴ ALIBRANDI, schon 1865, della utilità che recano alla storia ed alle antichità del diritto romano gli scritti dei Greci interpreti (opere 1, 55); noch un-

zivilem oder ediktalem Rechte bestellten Kuratoren des klassischen Rechtes mit den Formeln aus der negotiorum gestio haften und Schutz fanden. Es ist bekannt, daß die justinianischen Quellen den Klagschutz hier bald als actio negotiorum gestorum¹, bald als actio utilis negotiorum gestorum², bald als actio utilis schlechthin bezeichnen³, während auch die sicher interpolierten Namen curationis iudicium⁴, utilis curationis causa actio vorkommen⁵. Daneben sind die sattsam bekannten Interpolationen nachweisbar, welche den curator unter die actio tutelae stellen⁶. Die herrschende Lehre nimmt an, daß von Haus aus für die Kuratoren die actio negotiorum gestorum des ediktalen Musterfalles gegeben wurde. Wie sich der Name actio utilis erklärt, wird dabei verschieden vermutet. ALIBRANDI selbst wollte die Möglichkeit offen lassen, daß eine actio utilis negotiorum gestorum für die klassische Rechtsordnung in Betracht kam, wenn der curator aus der Unterlassung der Geschäftsführung haftbar gemacht würde, jener actio tutelae utilis entsprechend, die eingreift, wenn der tutor periculo suo cessavit⁷. Aber in Cod. 5, 37, 26, 1, wo Justinian selbst die utilis actio negotiorum gestorum erwähnt, ist gar nicht von einem Spezialfalle die Rede, in Cod. 5, 51, 7 ist gerade von der Haftung des gerierenden curator gesprochen und auch Cod. 2, 18 (19) 17 handelt nicht von dem Falle der unterlassenen gestio. Bei den Neueren findet sich teils die alte Lehre, die Klage des curator sei eben wegen ihrer ausdrücklichen Beziehung auf die cura stets eine actio utilis, die vom ediktalen

bekannt bei WLASSAK, negotiorum gestio 85 ff.; ALIBRANDI, bull. dell. ist. 2, (1889) 151 ff. — opere 1, 583 ff.; PACCHIONI, Trattato 9 ff.; PERNICE, Labeo II, 2 199; LENEL, Ed.² § 124; PETERS, Sav.-Zeitschr. 32, 273 ff.

Wenn schon CUJAS (observ. XVII c. 7 Rec. ad tit. 51 lib. Cod. arb. tut.) und DONELL (Comm. de jur. civ. lib. XV c. 22 § 5) dieselbe Lehre kannten und von der actio negotiorum gestorum utilis sprachen, beruht das auf der Kenntnis von den Basilikenscholien, vgl. oben S. 36.

¹ D. 26, 7, 5, 6; D. 27, 3, 4, 3; Cod. 2, 30, 1. — 4, 26, 1.

² Cod. 2, 18 (19), 17; Cod. 5, 51, 7; Cod. 5, 37, 36, 1.

³ Cod. 5, 54, 2 Rubr. D. 27, 4. D. 27, 9, 10. D. 27, 3, 1, 13 ff. D. 15, 1, 9, 4.

⁴ D. 26, 8, 11.

⁵ Rubr. D. 27, 3.

⁶ D. 27, 4, 1, 2, dazu schon WLASSAK, Neg. gestio 89, vgl. aber auch nach dem Zusammenhange D. 27, 3, 17; D. 26, 7, 7, 12, — 26, 7, 9, 9, u. v. a. m.

⁷ D. 46, 6, 4, 3.

Formular abweichend gestaltet war¹. Oder man sieht die Bezeichnung der Klage als *actio utilis* als eine Interpolation an², die dazu bestimmt war, die Klage des curator von der allgemeinen Geschäftsführungsklage zu sondern und ihre Verwandtschaft mit der *actio tutelae* zu betonen. Nur BONFANTE³ unterscheidet m. E. richtig bei der *cura minoris* klassische Praxis und nachklassische Theorie: nach der ersteren sei die Klage die ediktale *actio negotiorum gestorum* gewesen, nach der letzteren eine *actio negotiorum gestorum utilis*.

Es verlohnt sich darauf hinzuweisen, daß ähnlich, wie zwischen den Meinungen der Modernen Verschiedenheit besteht, ein Zwiespalt der Zeugnisse schon in den Schriften der Byzantiner nachklingt, die noch die klassischen Texte selbst oder, wenn PETERS⁴ Anschauungen über die Existenz einer Chrestomathie der Juristenfragmente richtig sind, diese Texte doch durch ihre unmittelbaren Vorgänger kannten. Demosthenes von Berytos, vom Ende des 5. Jahrhunderts, legte seiner Besprechung des Reskriptes Cod. 2, 4, 3, einer Stelle über die Haftung des curator minoris, offenbar das *bonae fidei iudicium* aus der *negotiorum gestio* zugrunde⁵. Als klassischen Rechtszustand in Cod. 2, 18, 8 berichtet Thalelaios⁶, daß hier ursprünglich die *actio negotiorum*

¹ So KARLOWA, Rechtsgeschichte, 2, 1197 mit Anknüpfung an BRINZ, Pand. (2) 2, 634, 7. DERNBURG, Pand.⁶ 2, 334, 7.

² So LENEL, Edictum perpetuum 304 ff. LONGO, Commentario di Glück 27 (1908) p. 430. PETERS, Sav.-Zeitschr. 32, 275. ALBERTARIO, Sav.-Zeitschr. 33, 250. SOLAZZI, minore età p. 245 ff. und wohl ähnlich auch GIRARD, manuel (5) 226.

³ Istit. (5. Aufl. 1912) p. 218. Ähnlich vielleicht PEROZZI, Istit. 1, 333 ff., der anscheinend die zur *cura furiosi* geäußerte Auffassung auch für die *cura minorum* gelten lassen will, p. 338.

⁴ An dem oben S. 44 Anm. 2 zitierten Orte.

⁵ Schol. 4 ad Bas. 11, 220 (HEIMB. 1, 692).

⁶ ZACH., suppl. Bas. p. 158; wie oben ist wohl heute die Stelle allgemein verstanden, vgl. ALIBRANDI a. O. LENEL, Ed. (2) 309). ZACH. v. LINGENTHAL (Sav.-Zeitschr. 8, 219) hatte die Stelle wohl mißdeutet: ursprünglich im klassischen Texte habe der curator gestanden, und als man — in der Kompilation — die *actio directa* in der Stelle zulassen wollte (*ηὐρίσκειτο ἢ διὰ τὰς*, wohl gefaßt als *imp. de con.*), habe sich damit ein unannehmbares Ergebnis herausgestellt; daher sei der curator gestrichen und die Beziehung auf eine simple *actio negotiorum gestorum* gegeben worden. Aber die Stelle spricht eben nicht deutlich von der Streichung einer ursprünglichen *actio utilis* durch die Kompilatoren, und konnte das auch kaum; die Darstellung im Texte oben soll es begründen, warum der klassische curator *adulescentis* mit der ediktalen *actio negotiorum gestorum directa* haftet.

gestorum directa, die ediktale Musterformel selbst, gegen den curator minoris im klassischen Texte zugestanden habe; statt dessen sei jetzt korrekt geändert. Darin liegt, daß Thalelaios für das justinianische Recht doch wohl die *actio negotiorum gestorum utilis* für den curator als zuständig betrachtete. Denn daß er auch an einen Rechtsschutz des curator aus Geschäftsführung ohne Auftrag denkt, ist aus anderen Fragmenten des Thalelaios deutlich¹, und daß er in jenen anderen Stellen nur von *actio negotiorum gestorum*, nicht ausdrücklich von der *actio utilis* spricht, ist bei den Byzantinern nicht verwunderlich, da gleichzeitig Justinians Leute den Satz proklamierten, daß es auf die saubere Scheidung von *directa* und *utilis* bei der *actio negotiorum gestorum* nicht ankomme². Als *actio utilis negotiorum gestorum* ist dabei jede Klage gegen curatores aus der Geschäftsführung im Dorotheus-Index wie bei dem Anonymos angesprochen³: diese Haftung des curator beruhe auf dem Gesichtspunkte, daß alle Gestoren, welche nicht freiwillig ohne Mandat fremde Geschäfte gerieren, auf die analoge Klage aus der *negotiorum gestio* angewiesen seien, die immer dann zustände, wenn jemand aus Notwendigkeit oder dem subjektiven Glauben an eine Notwendigkeit die Geschäfte führe (*ἡ δὲ οὐτιλῖα, ὅταν τις ἐξ ἀνάγκης ἢ ὑπονοίᾳ ἀνάγκης...*). Man sieht, wie für diese *utilis actio* gerade der Tatbestand zugrunde gelegt wird, den der justinianische Digestentext auf die ediktale *actio negotiorum gestorum* mit-

¹ Schol. 74 ad Cod. 4, 26, 1 (Bas. 18, 2, 13, ZACH. suppl. p. 188) schol. ad. Cod. 5, 51, 3 (Bas. 38, 3, 28, HEIMB. 3, 724).

² D. 3, 5, 46 (47).

³ Dorotheus. Ind. ad D. 27, 3, 13 (HEIMB. 3, 719, *δηλονότι τῆ οὐτιλῖα διὰ τῆς κοροπωρείας*). Der Anonymus-Enantiophanes (vgl. HANS PETERS, Sächs. Sitzungsberichte 1913 I. S. 12) sagt dasselbe an drei unter sich eng zusammenhängenden Stellen: Zu D. 3, 5, 34 (35) und D. 27, 3, 13 wird entsprechend betont, daß in jener ersten, dem Scaevola zugeschriebenen Stelle eine bloße *negotiorum gestio* des Tutors nach der Tutel vorliege, daher keine Devolvierung in die Klage aus der *negotiorum gestio* Platz greife; in der Ulpianstelle D. 27, 3, 13 dagegen sei von der *actio negotiorum gestorum utilis* gegen den curator minoris die Rede (schol. ad Bas. 17, 1, 34, ZACH. suppl. 151 und schol. ad Bas. 38, 3, 13, HEIMB. 3, 720). Von allen Kuratoren schlechthin spricht der Anonymos in schol. ad. D. 27, 5, 3, 6 (Bas. 38, 5, 1 (HEIMB. 3, 731), vgl. oben S. 65. Dabei ist auf Cod. 5, 51, 7 abgehoben, wo die *actio utilis* noch bei dem curator minoris in der Überlieferung steht, und auf D. 3, 5, 3, 5, wo sie aus der Fassung des justinianischen Textes noch so deutlich herauspringt, daß PAUL KRÜGER sie schon anmerkte (Arch. f. civ. Pr. 62, 498, Ed. 11 und 12 ad h. l.).

bezieht: qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit¹.

Durch diese byzantinische Überlieferung schimmert meines Erachtens der klassische Rechtszustand deutlich hindurch: grundsätzlich konnte überall, wo der curator eine Gestionspflicht hatte, und auf Grund der prätorischen Bestallung zur allgemeinen Vertretung des Mündels ermächtigt war, der ediktale Rechtsschutz der Musterformel nicht in Betracht kommen. Denn diese forderte eine freiwillige Gestion ohne andere Gestionspflicht als diejenige, welche aus der freiwilligen Inangriffnahme der generellen Gestion entstand². So war die actio negotiorum gestorum utilis für den curator prodigi und furiosi die gegebene Form für Haftung und Ersatzanspruch, seitdem die Ausbildung der negotiorum gestio den prätorischen Rechtsschutz neben der zivilen actio furti darstellte. Aber daneben gab es prätorische Kuratoren, die stets als echte gestores negotii mit der ediktalen Klage Haftung und Ersatzanspruch hatten. Das berühmte Reskript Cod. 2, 18, 8 kannte im klassischen Text die direkte actio negotiorum gestorum gegen den curator adulescentis (S. 68). Und schon PETERS hat richtig nachgewiesen, daß für diesen Fall die Gestionspflicht und entsprechend auch die Verpflichtung des curator zum exigere a semet ipso fehlt³. Es ist kein Zufall, daß erst die Interpolation in D. 27, 3, 13, die PETERS richtig nachwies⁴, die Devolvierung der actio tutelae in die actio negotiorum gestorum für den curator kennt, der vorher tutor desselben Bevormundeten gewesen war. Noch an anderer Stelle — wenn diese nicht interpoliert ist — wird es deutlich, wie hier klassisches Recht vom justinianischen überdeckt wurde: in dem vielbesprochenen Reskripte Cod. 5, 51, 3 von anno 215 ist die actio tutelae gegen den curator adulescentis gegeben, der als tutor Mündelgeld für den Ankauf eines Grundstückes auf seinen eigenen Namen verwandte⁵, und Thale-

¹ D. 3, 5, 3, 10, vgl. den berufenen Text des griech. Scholions oben S. 65.

² Vgl. oben S. 30 ff. in der Besprechung über den klassischen Ediktstext und oben S. 37 f.

³ Sav.-Zeitschr. 32, 244 ff.

⁴ a. O. 276 ff. Jetzt auch SOLAZZI, minore età p. 69.

⁵ Diese von ALIBRANDI, opere 1, 588 richtig gegebene Deutung ist meines Erachtens zwingend. Über die Deponierung des Mündelgeldes und das hierauf bezügliche Senatusconsult aus der Zeit des Septimius Severus vgl. J. GOTHOFREDUS, Comm. in Cod. Th. 3, 19, 4 (ed. TH. MOMMSEN 3, 30, 6). SOLAZZI,

laios fand es unbegreiflich, daß der curator adulescentis nicht aus der negotiorum gestio hafte: jenes Reskript stellt eben noch den klassischen Rechtszustand dar, der die Devolvierung der Tutelklage in die actio negotiorum gestorum nicht kennt, da der klassische curator adulescentis nicht Recht und Pflicht zur allgemeinen Gestion für den adulescens hatte. Eine actio utilis negotiorum gestorum wäre für die klassische Praxis nur insoweit anzunehmen, als diese auch eine allgemeine Gestionspflicht für curatores adulescentis kannte, was insbesondere für die Provinzialedikte möglich bleibt und — seit Solazzi — für den curator mulieris sicher ist. Aber seit im 3. Jahrhundert der klassische curator adulescentis seine Wandlung zum späteren vormundschaftsähnlichen curator minoris (tutor vel curator) gemacht hat, ist die Gestionspflicht, das generelle Administrationsrecht und damit auch die Devolvierung der Tutelklage in die Klage aus Geschäftsführung des curator adulescentis eingedrungen, und diese Klage selbst ward ebenso zur actio negotiorum gestorum utilis, wie die Klage aus der cura prodigi und der cura furiosi es längst war. Daher erklärt sich wohl die actio neg. gestor. utilis in der Minorenkuratel der diokletianischen Reskripte¹ und in der Rechts- theorie der Leute von Berytos wie Justinians selbst im Anfange des Kodifikationswerkes (Cod. 5, 37, 26, 1) in der Konstitution von 531. Interpoliert sind in den Quellen nur die bloßen Erwähnungen der utilis actio und ferner die Erwähnungen des iudicium curationis oder die utilis curationis causa actio².

minore età 94 ff. meint dagegen, „curator“ e senza dubbio interpolato. Ausgeschlossen ist es nicht, daß die Störung des Textes, die in den Worten „curator qui“ ohne folgendes Verbum vorliegt, mit einem Kompilatoreneingriff zusammenhängt. Aber Sicherheit ist keinesfalls gegeben. Mir ist vielmehr die Interpolation von curator unwahrscheinlich. Sie müßte sehr alt sein. Denn wie hätte Thalelaios sein bekanntes Scholion zu der Stelle (HEIMB. 3, 724, schol. ad Bas. 38, 3, 28) schreiben können, wenn er wußte, daß ursprünglich hier vom tutor die Rede gewesen war?

¹ Ich halte also Cod. 5, 51, 7 für echt, ausgenommen die Worte vel lata culpa vel levi culpa. Anders ALIBRANDI, bull. 2, 152 (opere 1, 584), PAUL KRÜGER, Festgabe für GÜTERBOCK S. 248. SOLAZZI, minore età p. 245 ff., welche die curatores streichen wollen, während gerade der Terminus „tutor sive curator“ bezeichnend für diese späte cura ist. Vgl. darüber unten S. 92.

Anders wie oben aber auch PETERS, Sav.-Zeitschr. 32, 275, der in Cod. 5, 51, 7 nur utile als Interpolation streichen möchte. Wie PETERS auch BONFANTE, Istit. (5. Aufl. 1912) 218, 2.

² D. 27, 9, 10. del. vel adulescentis; vel utilis actionis; das Senatusconsult der oratio divi Severi bezieht sich nicht auf die Kuratoren, vgl. ALIBRANDI,

Den vollen Beweis für die Richtigkeit dieser Auffassung kann allerdings nur eine Monographie über die cura minorum liefern. . . Als die vorstehenden Ausführungen niedergeschrieben wurden, war SOLAZZIS schöne grundlegende Arbeit über die minore età noch nicht erschienen. Ich kann der Versuchung nicht widerstehen, die von mir selbständig erarbeiteten Grundlagen, welche für unser Problem in Betracht kommen, im Exkurs kurz zu skizzieren, indem ich diejenigen Tatsachen unterdrücke, deren nähere Ausführung durch SOLAZZIS schönes Buch heute überflüssig geworden ist.

Exkurs über die cura minoris.

Daß die cura prodigi und furiosi bei den Klassikern eine Muntwalschaft mit vollem Administrationsrecht des curator war, steht fest. Die Veräußerungsbefugnis des curator furiosi im altzivilen Verfügungsgeschäfte¹ spricht dafür ebenso wie die Zeugnisse der klassischen Zeit, welche die allgemeine administratio dieser Kuratoren erwähnen². Es besteht eine Pflicht dieser Kura-

opere 1, 585 ff. SOLAZZI, minore età p. 110 ff.

In Cod. 5, 54, 2 (anno 213) ist vel curator, vel utili iudicio, seu curam eine Interpolation. Denn nach dem Falle war nur vom tutor die Rede, und die Exkusation ist für den klassischen curator wohl noch nicht in Anwendung gewesen, vgl. ALBERTARIO, lo sviluppo delle excusationes nella tutela e nella cura dei minori Pavia 1912 p. 60 ff.

In D. 15, 1, 9, 4 ist vel utili vielleicht echt, indem hier sowohl an den Fall des curator minoris wie an den curator furiosi gedacht war. Vielleicht schrieb Ulpian: negotiorum gestorum (directa) vel utili actione tenebitur. Denn nur durch diese Beziehung wird der Satz grammatisch korrekt, indem die unklassische Wendung negotiorum gestorum . . . tenebitur verschwindet. P. KRÜGER (ed. ad h. l.) streicht mit ALIBRANDI „vel utili actione“.

¹ MITTEIS, Römisches Privatrecht 1, 209 f., nach D. 40, 1, 13. D. 40, 9, 22. D. 27, 10, 17. Vgl. auch D. 27, 10, 12, wo ‚vel alio‘ wohl interpoliert ist; denn der honorarische curator furiosi kann überhaupt nicht zivil veräußern, also auch nicht weihen.

² D. 26, 7, 48 (Hermog.), D. 26, 7, 3 pr. Für die prätorische Wirksamkeit der Veräußerungen der prätorischen curatores furiosi vgl. D. 27, 10, 7, 1; D. 13, 7, 16 pr. Für die Aktivlegitimation zur actio rei uxoriae statt des pater furiosus D. 24, 3, 22, 10. Für das pactum dieses Curators D. 2, 14, 28, 1. In der Entwicklung der prätorischen Kuratel gegenüber der zivilen spielt gerade das Administrationsrecht eine Rolle, indem der praetor dem zivilen curator die administratio entzog und sie dem prätorischen verlieh. D. 27, 10, 7, 2. D. 27, 10, 13. Dazu AUDIBERT, nouv. rev. hist. 1891, p. 321.

toren, auf Grund der prätorischen Bestallung die Sicherheitsleistung zu erbringen und hernach zu gerieren¹, und die Ermächtigung zur Gestio hängt deutlich davon ab, daß der curator die Sicherheit geleistet hat². Die Klage gegen den curator furiosi ist eine solche aus der Geschäftsführung und kann daher auch vor dem Ende des Kuratorenamtes angestellt werden³. Schon PAUL KRÜGER hat aus der Formulierung des Textes und vielleicht auch aus den oben angerufenen Basilikenscholien, geschlossen, daß die actio negotiorum gestorum utilis in D. 3, 5, 3, 5 erwähnt war (oben S. 35). Curatori autem furiosi vel furiosae adversus eum eamve dandam actionem (*utilem*) Labeo ait. Diese dringende Vermutung wird dadurch noch wahrscheinlicher, daß in bezug auf die persönliche Pflicht zur Übernahme der cura furiosi⁴ wie für die remotio⁵ anscheinend der zivile curator nicht anders als der tutor stand. Daher hat er auch den gleichen Ersatzanspruch, der nach klassischem Recht dem tutor als selbständiger Klagschutz abgesehen vom iudicium contrarium tutelae, zugestanden zu haben scheint (vgl. oben S. 47 ff.). Für den curator adolescentis scheint ursprünglich nach klassischem Rechte eine ganz andere Rechtslage bestanden zu haben. Denselben Namen wie der zivile Muntwalt des Verschwenders und des Geisteskranken hat von jeher der freiwillige Vermögensverwalter getragen, der auf Grund von Mandat oder Geschäftsführung ohne Auftrag die fremden Ge-

¹ D. 27, 10, 7, 1, 2. Wenigstens insoweit die Satisfaktionspflicht für die curatores prodigi vel furiosi ausgesprochen wird, entspricht auch D. 46, 6, 8 sicherlich dem klassischen Rechtszustande. Vgl. SOLAZZI, minore età p. 142 f. not.

² D. 27, 10, 7, 1.

³ D. 27, 3, 4, 3, „quia non idem . . . constitutum est“ ist hier wohl interpoliert, entsprechend der Reform, welche die Kompilatoren für den Ersatzanspruch des tutor durchführten: sie verschoben diesen Anspruch stets auf das Ende der Tutel; vgl. oben S. 53. Das constitutum est³ erscheint mir als wertvolles Indiz dafür, daß wirklich erst die Kompilatoren die actio tutelae contraria einführten.

⁴ Während bei der cura minoris bekanntlich der Satz gilt, daß der Ernannte, der vorher tutor des Mündels gewesen war, gegen seinen Willen nicht zur administratio curae gezwungen werden kann (Paul. II, 27, 2; Vat. Fr. 200; Cod. 5, 62, 20; vgl. ALBERTARIO, Sviluppo del le excusationes p. 62), kann der curator furiosi zwangsweise ernannt werden. D. 42, 4, 7, 10. Für ihn gilt das System der excusationes D. 27, 1, 45, 2.

⁵ D. 26, 10, 3, 2. Vgl. ALBERTARIO a. O. p. 58, SOLAZZI, minore età p. 161, der die Beweiskraft der Stelle insoweit nicht bestreitet, ihre Interpolation im übrigen nachweist.

schäfte wahrnimmt¹. Als auf Grund des Platorischen Gesetzes, auf Grund der prätorischen Rubrik de minoribus XXV annis und der Reform Mark Aurels der curator adulescentis allmählich auch zur Geschäftsführung an Stelle des adulescens verwendet wurde, war er nichts weiter als ein solcher freiwilliger negotiorum gestor².

¹ Curator im Sinne des Beauftragten oder unbeauftragten procurator: 1. agr. (CIL. 1 (2) n. 585 = BRUNS, fontes (7) 11 l. 69. Vgl. qui eius negotia curabit in l. Julia municipalis CIL. 1 (2), 206 = BRUNS, fontes (7) n. 18, 2. Als Beauftragten spricht PETERS a. O. 273 den curator aedificii in CIL. 6, 6646 mit Recht an. Vgl. auch Sall. b. Jugurth. 71, 3: erat ei Numida quidam negotiorum curator. Aber auch die testamentarischen curatores gehören wohl hierher. Zwar handelt es sich bei ihnen (Test. Dasumii CIL. 6, 2, 10, n. 229 = BRUNS, fontes 7, n. 117, 1, 100; test. Galli cuiusdam CIL. 13, 5708 = BRUNS, fontes 7 n. 118 II 13 ff. Vgl. auch CIL. 5, 7454 = BRUNS, fontes (7) 172 n. 6) nicht um ein echtes Mandat, wie MOMMSEN glauben wollte, (Gesammelte Schriften 1, 435) und PERNICE, Labeo 3, 129 mit Recht verneinte. Aber wenn der curator zugleich eine Zuwendung erhielt, konnte die Bestimmung doch als fideicommissum aufrechterhalten werden, und dann entsprach das mandare in der Erklärung des Testators nur der fideikommissarischen Verfügungsform. Vgl. D. 31, 88, 1 und für das mandare D. 31, 78, 24 und Inst. 2, 24, 3. Die Pflicht zur Übernahme dieser cura kam dann nicht anders zustande als die Pflicht, curator adulescentis zu werden in dem besonderen Falle D. 26, 3, 11. Auf solches Mandat im Fideikommiß bezieht sich vielleicht die Stelle bei FRONTO, epist. (ed. NABER) p. 134, 22: Postremo si quid humanitus absente Victorino et domino fratre meo mihi accidisset, huic iusta corpori meo curanda mandavi.

Für den negotiorum gestor ist es republikanischer Sprachgebrauch, daß er aliena negotia curat; vielleicht ist schon scherzhafte Anspielung auf Edikt de negotiis gestis das Wort im plautinischen Amphitruo 825 ff.: . . . nisi si quispiamst Amphitruo alius qui forte te hic absente tamen tuam rem curet teque absente hic munus fungatur tuum. Literarisch klingt der Gedanke an die juristische negotiorum gestio jedenfalls in Sall. b. Jugurth 83, 1 mit: negotium alienum suo periculo curare. Hor. sat. 2, 3, 19: aliena negotia curo excussus meis. Bei Cicero ep. ad fam. 14, 5, 2 und top. 17, 66 handelt es sich um die technische Verwendung des juristischen Begriffes. In den Digesten steht das alte curare negotia, das einst vielleicht sogar statt gerere Ediktswort war, in D. 35, 1, 17, 2, 3, D. 10, 3, 14, 1. Vgl. auch Inst. 2, 20, 31.

Zu dieser mannigfachen Bedeutung von curator ist das griechische Wort *φροντιστής* das genaue Gegenstück. Vgl. MITTEIS, Chrestomathie, 249.

² Ganz anders noch anscheinend FERRARA in der bei D'ANCONA-BAVIERA, Comm. di Glück lib. 26, p. 393 ff. referierten Schrift, die mir nicht zugänglich war. Aber auch GIRARD, manuel (5) 232 ff., FERRINI, Pandette p. 961. Die Feststellung des Textes ist auch bei SOLAZZI, minore età nicht gegeben. Dieser versucht in p. 33—131 den Nachweis, daß in echten Stellen der curator minoris niemals die administratio übe, was meines Erachtens über das Richtige hinauschießt.

Schon die Bestellung des curator adulescentis in der Praxis am Ende des zweiten, am Anfang des dritten Jahrhunderts zeigt das: nicht gegen seinen Willen kann der curator bestellt werden¹, und der adulescens ist frei in der Entscheidung, ob er den curator beantragen will oder nicht². Der Prätor gibt den curator seit der Reform Mark Aurels auf den bloßen Antrag, der keine Begründung über den speziellen Zweck der Kuratorenbestellung mehr zu enthalten braucht³. Schon darin liegt, daß der curator nicht wegen einer vom praetor individuell festgestellten oder gar auf Grund einer grundsätzlich mit einem gewissen Alter verbundenen geminderten Geschäftsfähigkeit bestellt wird, vielmehr als Helfer in der Vermögensverwaltung, den der adulescens lieber vom praetor erbittet, als selbst durch das Mandat bestellt. Warum faßte man nicht einfach den adulescens als Mandanten des curator auf? —

¹ Vgl. oben S. 73 Anm. 4.

² D. 26, 7, 5, 5, D. 4, 4, 7, 2, Inst. 1, 23, 2. Cod. 5, 31, 1. — 5, 31, 6. Daher kommt die Versäumung des Antrages als Wirkungsgrund für das Erbrecht nach dem sc. Tertullianum nicht in Betracht, D. 38, 17, 2, 29. Vgl. SOLAZZI, minore età p. 13 ff. Heute lehrt man vielfach, daß am Anfange des dritten Jahrhunderts auch die hauptstädtische Praxis schon den Zwangscurator gekannt habe, der dem minor auch ohne Antrag ernannt wird.

So mit Hinblick auf die testamentarische Bestellung (26, 3, 6), GIRARD, manuel (5) 232. PEROZZI, Ist. 1, 338 spricht sogar von einem allgemeinen Zwange des Prätors zur Stellung des Antrags auf einen curator. Das geht zu weit. Vgl. richtig H. PETERS, Sav.-Zeitschr. 32, 279, 1, und heute SOLAZZI, minore età p. 19 ff., der die Interpolationen für tutor hier aufdeckte. Der prätorische Zwang, der nachweislich ist, wird nicht schlechthin geübt, um zur Erbitung des curator zu veranlassen und dem minor den ständigen Beirat zu schaffen. Sondern er wirkt, nach D. 4, 4, 7, 2 zu urteilen, nur zum Schutze des Dritten, welcher als Schuldner an den adulescens zahlen müßte, derart, daß der minor ohne Erbitung eines curator wirksame Zahlung nicht erzwingen kann. Inwiefern Cod. 5, 31, 1, nach welchem der Kläger ein Recht darauf hat, daß sich der Beklagte einen curator bestellen läßt, klassisch ist, lasse ich dahingestellt.

³ Capitol. vita Marci 10, 12: de curatoribus vero, cum ante non nisi ex lege Plaetoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis. Das causas reddere ist die Angabe des Grundes, der ursprünglich dem „rogo, domine, uti mihi curatorem constituas“ beigefügt werden mußte. Vgl. denselben Ausdruck bei der Appellation D. 3, 3, 71, D. 49, 1, 3, 3. fr. 4, 1. fr. 18. fr. 28, 2 h. t. D. 49, 7, 1 pr. und öfters, Paul V, 35. Praktisch bedeutete das folgeweise, daß eine dereinst notwendige causae cognitio über den Grund der Bestellung des curator wegfiel. Vgl. die Literatur zur Erklärung der Stelle bei ANCONA-BAVIERA, Glück, Comm. (1908) ad. lib. 26 p. 395 ff.

Das ist wohl nur so zu erklären, daß man nicht ein Geschäft zwischen curator und adulescens annehmen wollte, um nicht dieses Auftragsverhältnis dem plätorischen Einwande auszusetzen. Jedenfalls besagen die Quellen deutlich, daß es die Tendenz dieser ediktalen Praxis war, den adulescens, der sich nicht reif genug fühlt, um selbst seine Angelegenheiten allein zu führen, den Verwalter vom Magistrat bestellen zu lassen¹. Es war möglich, daß der adulescens selbst sich von vornherein als reif erachtete und daher nicht den curator erbat². Nach manchen Anzeichen in den Quellen ist es dringend wahrscheinlich, daß dieser curator gar nicht von vornherein auf die ganze Zeit bis zum 25. Jahre bestellt wurde, sondern nur auf die nächsten Jahre, in denen der adulescens noch ein „qui nuper adolevit“ war. Das begonnene 18. Jahr wird einmal in einem Testamente so erwähnt, als sei es üblich, daß der curator bis zum 18. Lebensjahre des jungen Mannes diesem zur Seite stand³. Die Erwähnung der 17 Jahre im edictum de postulando ist ein Beweis dafür, daß der praetor nicht daran dachte, die minores 25 annis nach dem 17. Jahre als beschränkt

¹ Ulp. XII, 4: praeterea dat curatorem ei etiam qui nuper pubes factus idonee negotia sua tueri non potest. Vgl. Gai. 1, 197.. aetatem pervenerit in qua res suas tueri possit, wo allerdings der Anfang des Satzes ganz ungewiß ist. Vgl. einerseits KRÜGER, ed. STUEMUND, andererseits HUSCHKE, iurisprud. anteiust. und KÜBLER-SECKEL, ed. h. l. Noch anders KNIEP, Gai. Inst., Comm. prim. p. 81. ISIDOR, orig. 10, 53, curator, quod curam ferat pueris, qui adhuc eius aetatis sunt ut negotia sua satis administrare non possunt. Man bemerke, daß erst ISIDOR deutlich von der geminderten Geschäftsfähigkeit spricht, die für ihn notwendig die Folge der minor aetas ist. Bei Ulpian und Gaius fehlt die sichere Feststellung, daß der adulescens bis zum Alter von 25 Jahren den curator hat. In der epitome Gai. bei den Westgoten (I, 8) ist allerdings bezeichnenderweise die Altersgrenze von 25 Jahren erwähnt, was auch schon richtig als Zeichen einer nachklassischen Entwicklung verstanden worden ist. Vgl. KNIEP, Gai., Inst. Comm. primus (1911) p. 310. SOLAZZI, minore età p. 16.

² D. 49, 1, 28, 2: . . . pendente causa appellationis iuvenes adoleverunt. Quaesitum est, cum omnis exsecutio ad adultos pertineat et causam ad se pertinentem idonee tueri possent . . . Man bemerke die Wortgleichheit mit Ulp. XII, 4. Es gab eben iuvenes, die nach Ablauf der Tutorenverwaltung sich selbst für reif halten konnten.

³ D. 35, 1, 101, 2: si tutelam in annum octavum decimum gesserint. D. h. daß der Testator den adulescens mit dem vollendeten 17. Lebensjahre selbständig werden lassen wollte, vgl. die Bemerkung von BRASSLOFF, Sav.-Zeitschr. 22, 176 ff. Als Beispiel für Kuratorenernennung auf Zeit vgl. den auf zwei Jahre ernannten ὑπογραφεύς des Schwachsichtigen in P. Oxy. 911 MITTEIS, Chrestomathie n. 326 a.

geschäftsfähig zu behandeln¹. Auch die Altersgrenze beim Alimentationslegat, die aufs 18. Jahr angesetzt wird, könnte in dieser Richtung deuten². Ja, der adulescens legte sich durch Erbitung des curator nach klassischer Praxis geschäftlich gar keine Fesseln an. Wir haben allerdings kein Zeugnis dafür, daß sich der curator adulescentis die administratio des curator verbitten konnte. Die justinianischen Quellen konnten das füglich nicht mehr als geltendes Recht aufnehmen. Aber daß eine solche Ausschaltung des curator adulescentis bei frei erbetenen Kuratoren möglich war, ist mir eine dringend wahrscheinliche Tatsache. Die Möglichkeit, daß der adulescens selbst ohne curator gerierte, folgt einmal aus der Rechtslage bei der Bestellung: der adulescens, der frei ist, den curator zu erbitten, muß ihm auch jede Befugnis zur Geschäftsführung entziehen können. Dasselbe folgt ferner daraus, daß der adulescens die Rechnungslegung des Sklaven, der unter der Bedingung der Rechnungslegung an den minor durch Vindikationslegat freigelassen war und dem curator adulescentis die Rechnung legte, als ihm, dem adulescens gegenüber, unwirksam behandeln kann³. Endlich finden wir, daß der adulescens im Testa-

¹ D. 3, 1, 1, 3. Dazu LENEL, Ed.² 25. Vgl. heute ausführlich SOLAZZI, minore età p. 234 ff.

² D. 34, 1, 14, 1, wozu SOLAZZI, minore età p. 237 not. 2.

³ D. 40, 4, 53 (Paul. 15, respons.). Die Entscheidung ist — trotz der von SOLAZZI, minore età p. 125 n. 2 gegenübergestellten Entscheidung zum curator furiosi D. 35, 1, 13) — natürlich deswegen nicht allein beweisend, weil Paul. eben voraussetzt, daß die Bedingung für die Freiheit gerade auf eine an den filius selbst erfolgende Rechnungslegung abstellt. Aber es bleibt doch die Tatsache, daß nach dieser Entscheidung der curator keineswegs wirksam bei der Erfüllung statt des adulescens auftreten kann. Wie sehr dies Justinians Rechtszustand, der ja erst in Cod. 5, 37, 25, pr. § 1 fest formuliert ist (vgl. Inst. 2, 8, 2), widerstrebt, zeigt die Interpolation in D. 46, 3, 68, die schon FABER (Conject. VII, p. 711, — 2) erkannte. Dort wird gerade für unseren Fall und für den tutor vel curator mit ausdrücklicher Hervorhebung, daß nicht bloß der curator furiosi gemeint sei, gesagt, daß die Zahlung an den curator, auch wenn sie conditionis implendae causa gemacht ist, immer befreit. Auch in D. 46, 3, 14, 7 ist im echten Teil der Stelle nur vom curator furiosi die Rede: curatorum quoque furiosorum recte solvitur item (*prodigi*) [curatori sibi non sufficientis vel per aetatem vel per aliam iustam causam]. Der eingeklammerte Satz sollte den minor dem furiosus gleichstellen. Aber er gibt Falsches. Der debilis wäre auch unter dem non sibi sufficientis zu verstehen, und doch ist er geschäftsfähig und kann sich natürlich sehr wohl Zahlung an seinen curator verbitten. Der curator pupilli hätte, wie SOLAZZI, minore età p. 126 betont, auch nicht mehr im folgenden genannt werden müssen, wenn vel per aetatem im klassischen Texte stand.

ment feststellen konnte, daß er selbst seine Vermögensverwaltung wahrgenommen habe: *rem enim ipse tractavi, se omnem rem*

Schon durch die schleppende Redaction ist klar, daß hier im klassischen Text geändert wurde und, wenn überhaupt etwas, wohl einfach *prodigi* stand. —

In D. 4, 4, 7, 2 steht die Ermächtigung des *curator* dazu, auch gegen den Willen eines *adulescens*, der Zahlung an sich selbst verlangt, die Zahlung entgegenzunehmen, in dem ominösen *Hodie*-Satz, der von *sed hodie* bis *si sunt* interpoliert ist, indem ein Zitat aus Pomponius eingearbeitet wurde; vgl. FABER, *conjecturae* 18 p. 703—2; ALBERTARIO, *Hodie*, Pavia 1911 S. 10; BESELER, *Beiträge* 2, 98; SOLAZZI, *minore età* p. 224 ff.

In D. 46, 3, 100 ist [*curatoribus vel*], [*curatores vel*], [*vel curatoribus*], [*curatores vel*] offenbar die schematische Interpolation, welche den Rechtszustand der *Tutel* auf die *cura* ausdehnt.

Die paulinische echte Entscheidung in D. 40, 4, 53 ging vielleicht deswegen unverändert in die Kompilation über, weil sie allein der *Papinian*-masse angehört.

Zu allen diesen Fragmenten und zu vgl. SOLAZZI, *minore età* p. 126. Wer diese Interpolationen, welche dem *curator minoris* Befugnis zum Zahlungsempfang auch gegen den Willen des *adulescens* zuerkennen, zugibt, wird mit anderen Augen das paulinische *Responsum* (1. *quaest.*) in D. 4, 4, 32 lesen, das sich bei Paulus nur auf die Frage der in *integrum restitutio* des *adulescens* gegenüber seinem zahlenden Schuldner bezog, wie aus der *Palingenesia* klar ist. (Paul. Fr. 1277): *Minor viginti quinque annis adito praeside ex aspectu corporis falso probavit perfectam aetatem: [curatores cum intellexissent esse minorem perseveraverunt in administratione]: medio tempore post probatam aetatem ante impletum vicesimum quintum annum solutae sunt adulescentis pecuniae debitaе easque male consumpsit. Quaero cuius sit periculum: [et quid si curatores quoque in eodem errore perseverassent, ut putarent maiorem esse et abstinuissent se ab administratione, curationem etiam restituissent, an periculum temporis quod post probatam aetatem cessit, ad eos pertineat]? respondi: hi qui debita exsolverunt liberati iure ipso non debent iterum conveniri. [Plane curatores qui scientes eum minorem esse perseveraverunt in eodem officio, non debuerunt eum pati accipere pecunias debitas et debebunt hoc nomine conveniri. Quod si et ipsi decreto praesidis crediderunt et administrare cessaverunt vel etiam rationem reddiderunt, similes sunt ceteris debitoribus, ideoque non conveniuntur].*

Meines Erachtens ist alles, was auf die *curatores* sich hier bezieht, unklassisch, vielleicht schon vorjustinianische *Commentatorenerweiterung*. Nach klassischem Rechte hat der *curator* sein Amt durch prätorische Ernennung; er muß es daher verlieren, wenn der *praetor*, wenn auch irrtümlich, die *cura* und die *minor aetas* für beendet erklärt. Erst seit im späten Kaiserrechte die *Kuratel* ein Amt wird, das notwendig bis zum 25. Jahre dauert, wird der *Tatbestand*, so wie er in dem justinianischen Texte ausgesponnen ist, möglich. Sprachlich tritt die Interpolation in dem „*intellexissent esse minorem*“ ohne „*eum*“, . . . „*putarent maiorem esse*“, ohne „*eum*“ hervor, in dem restituere *curationem*, das wohl ebenso in D. 48, 10, 1, 9 (vgl. ALBERTARIO, *Sav.-Zeitschr.* 33, 246) interpoliert ist, dem *Klassiker*

suam administrasse. Ohne die Begründung, daß hier nur ein *Liberationsvermächtnis* von der Rechnungslegungspflicht vorliege, wird von *MODESTIN* entschieden, daß in diesen Fällen ein Anspruch gegen den *curator* nur aus dem *dolus* oder wegen *Vorenthaltung* von Sachen gemacht werden könnte¹. Offenbar ist eben mit der

aber notwendig fernliegen muß, da die *curatio adulescentis* im Gegensatz zur *tutela* kein ziviles Verwaltungsrecht am Vermögen des *Bevormundeten* schafft. Sprachlich ist ferner der Satzanschluß „*et quid si*“ vor an . . . *pertineat* verdächtig. Von *plane ab* ist der Satz mit dem doppelten *debere* in verschiedenem Sinne wie das *quod si et ipsi decreto praesidis crediderunt* esqq. offenbar unklassisch.

SOLAZZI hat (p. 37 ff.) vermutet, statt des *minor XXV annis* habe der *minor XIV annis* gestanden, und der erste Satz, der heute die *curatores* erwähnt, habe sich auf die *tutores* bezogen. Die erwähnte *Leibesinspektion* beziehe sich auf die bekannte *Volljährigkeitserklärung* der *sabinianischen Theorie*. Aber dabei muß natürlich ohne Grund der Satz über die *ipso-iure-Liberation* gestrichen werden. Die *probatio ex aspectu corporis*, welche der *minor* vornehmen läßt, um als *Volljähriger* zu gelten (*Cod.* 2, 42 (43), 1, 3) wird ohne weiteres beiseite geschoben, weil in C. 3 an einer Frau diese *probatio* vorgenommen würde. Und es bleibt dabei doch wohl ein Widerspruch in der sachlichen Auffassung: denn entweder nimmt man mit SOLAZZI an, daß mit der *probatio aetatis* des angeblichen *impubes* die *Tutel* endete und daher wirksam gezahlt wurde; dann ist die Nennung der *tutores* im *Tatbestande* überflüssig und seltsam. Oder aber man nimmt an, daß die *Tutel* weiter bestand und dann kann nicht wirksam gezahlt sein. Vgl. auch noch *Anm.* 1 auf S. 80.

¹ D. 34, 3, 20, 1. Die Stelle ist allerdings nicht unverändert. „*Sed*“ bis „*concederet*“ ist nach SOLAZZI (*minore età* 73) feiner Beobachtung, wahrscheinlich von den *Byzantinern* formuliert. Aber darum anzunehmen, daß die *curatores* in der Stelle statt *tutores* eingesetzt seien, scheint mir zu weit zu gehen. Statt der *legitima aetas* könnte einfach mit anderen Worten gesagt gewesen sein, daß der *Erblasser* noch bis zum Tode die *curatores* behalten habe. Auch wenn man die Stelle zur *Kuratel* aufrecht erhält, ist nicht gesagt, daß man dem *curator* die *Administrationsbefugnis* zuspricht. SOLAZZI geht hier wie an mancher Stelle mit der Behauptung entschieden zu weit, daß die *curatores* niemals die Verwaltung tatsächlich geübt hätten. Dagegen, daß sie es oft, sei es mit *Mandat* oder regelmäßig als *negotiorum gestores* taten, ist kaum ein Nachweis beizubringen.

Es ist zu beachten, daß der *Fragesteller* in bezug auf die *Gesamtverwaltung* nicht von einem *Liberationsvermächtnis* spricht. Daß über die *administratio* gar keine Rechnung verlangt werden kann, beruht anscheinend nicht auf einer verfügenden *Vermächtnisbestimmung* des *testator*, sondern auf der tatsächlichen Feststellung, er habe selbst geriert, so daß er von einer *Inanspruchnahme* der *curatores* nichts wissen wolle. Eine *liberatio fideicommissa* kommt für den *Fragesteller* wie für den *Juristen* nur insoweit in Frage, als es sich um den Anspruch auf *Herausgabe* von Sachen oder

Möglichkeit gerechnet, daß der *adulescens* die Kuratoren von der *administratio* ausschließen kann. Daher kennt der klassische Jurist auch den Fall, daß der *adulescens* als solcher, also noch bevor er die Volljährigkeit erlangt hat, die Verwaltung seines Vermögens mit Ausschaltung des *curator* selbst übernimmt¹.

Ein solcher *curator adulescentis* ist nicht zur *administratio* für den *adulescens* auf Grund seiner prätorischen Ernennung schlechthin befugt². Es ist interessant zu beobachten, wie zahlreich die Zeichen dafür sind, daß die Stellen über die Ermächtigung und die Pflicht des *curator adulescentis* zur *administratio* an Stelle des *adulescens* größtenteils interpoliert sind. Allerdings haben wir eine große Anzahl vielleicht echter Juristenfragmente, in deren klassischem Texte der *curator* als handelnder Vertreter des *adulescens* eingeführt wird³. Aber hier bleibt doch immer die *aus dolus* handelt. Und in dieser Beziehung wird die Frage verneint. — Auf die Ausschließungsbefugnis des *adulescens* gegenüber einem *curator* bezieht sich vielleicht auch der Fall D. 33, 1, 13 pr.: der Freund des Erblassers erhält ein fideikommissarisches Vermächtnis unter der Bedingung: *si rebus nepotis mei interveniat omnemque administrationem rerum nepotis mei ad sollicitudinem suam revocaverit*. Der Enkel verbittet sich die Mitwirkung des Fideikommissars. Von prätorischer Ernennung ist allerdings nichts erwähnt, und so bleibt die Beziehung der Stelle auf die *cura* ganz unsicher. Es würde sich jedenfalls nicht um einen *curator*, der im Testament dem *minor* auferlegt ist, handeln, sondern um einen *curator*, den der *minor* sich selbständig zu erbitten hätte.

¹ D. 26, 7, 39, 18. Daß der *adulescens* noch während der Minderjährigkeit und während der Andauer der *cura* hier die Eigenverwaltung übernimmt (*adulescens, . . . postquam res suas administrare coepit . . .*), folgt eben daraus, daß die pekuniäre Abrechnung, welche er bei der Freilassung dem Sklaven gegenüber unterließ, noch zur Abrechnung des *curator* über seine Amtsführung gehören soll, indem sie dabei allerdings ohne Belastung des *curator* in Ansatz gebracht wird. Die Entscheidung bestätigt unsere Auffassung von D. 4, 4, 32. Vgl. oben S. 78 f. Anm. Wenn hier der *curator* nicht aus dem vielleicht leichtsinnigen Erlaß gegenüber dem Sklaven haftbar gemacht werden kann, so konnte er nach klassischem Recht auch kaum im Falle D. 4, 4, 32 haftbar werden.

SOLAZZI hält in D. 26, 7, 39, 18 *curatori* für eine Interpolation, *minore età* p. 5. Meines Erachtens ist die Bemerkung nicht zwingend.

² Das Gegenteil lehrt bekanntlich die herrschende Lehre, vgl. GIRARD, *manuel* (5), 232 ff., aber auch noch PETERS, *Sav.-Zeitschr.* 32, 274 ff. Heute ist, nachdem schon der obige Text feststand, der Widerspruch gegen die herrschende Lehre auch von SOLAZZI, *minore età* p. 33 ff. eingelegt.

³ SOLAZZI hat in seiner gründlichen Studie, deren Grundgedanken mir die eigenen Arbeitsergebnisse in erfreulichster Weise bestätigten, gerade in diesem Punkte meines Erachtens zuviel bewiesen. Er bestreitet grund-

Frage offen, ob der *curator* auf Grund seines Amtes die Macht hat, für den *adulescens* rechtsgeschäftlich zu handeln oder gegenüber einem Magistrate Rechtshandlungen vorzunehmen — oder ob sätzlich überall, daß der *curator iuvenis* überhaupt in den Quellen als geschäftsführender Vertreter des *minor* auftritt, und doch ist schlechterdings kein Grund dafür einzusehen, daß der *curator* nicht oft genug als Geschäftsführer an Stelle des *iuvenis* in Betracht kam. Die *actio negotiorum gestorum* zwischen *minor* und *curator* beweist dies ja schon allein. Und der bloße Name *curator* schon weckt doch die Vorstellung, daß hier ein Geschäftsführer vorlag, der die Aufgabe (wenn auch nicht die Amtspflicht) hat, die *negotia* des *adulescens* wahrzunehmen (*curare*, oben S. 74 ff. A. 1). Es gibt meines Erachtens zahlreiche Stellen, in denen wir diese Geschäftsführung, zu welcher der *curator* eben nur auf Grund seines prätorischen Amtes weder Pflicht noch Befugnis hatte, bezeugt finden:

D. 26, 7, 58, 4. Diese sprachlich unverdächtige Stelle kann meines Erachtens durch die Darlegung SOLAZZIS, p. 63 ff., der sie als das klassische Vorbild des interpolierten Fragments 58 § 1 eod. aufzufassen scheint, nicht aus der Lehre von der *cura* ausgeschieden werden. Daß dem *curator* freiwillig vom *minor* Forderungen zur Verwaltung überlassen werden konnten, aber nicht mehr, folgt aus der Stelle, die ja das *transfere* der Kapitalverwaltung nur im Tatbestande eines Falles erwähnt, nicht als notwendige Folge, welche mit dem Ende der *Tutel* eintritt.

D. 26, 9, 2. Hier ist der *curator* im Tatbestande als *curator eius cuius negotia administrat* unterstellt. Wenn hier der *curator* echt ist, woran ich zu zweifeln keinen Anlaß finde, würde doch nur ein Beleg dafür vorliegen, daß der *curator* einmal als Geschäftsführer tätig sein kann. SOLAZZI erklärt die Nennung des *curator* schlechthin als Interpolation (p. 67).

D. 12, 1, 26, SOLAZZI, *bull.* 22, 43 ff., *minore età* p. 40 ff. Hier ist es allerdings wahrscheinlicher, daß *iuvenis* statt *furiosi* interpoliert ist oder statt einer anderen Bezeichnung für die legitimen Kuratoren eingesetzt ist. Denn der Zusammenhang fordert einen *curator*, der nicht bloßer stellvertretender *negotiorum gestor* ist, sondern mit dem *tutor* verglichen werden kann.

Auch in dem Verfahren vor dem *praetor* ist es nicht einzusehen, warum der *curator* als Vertreter notwendig interpoliert sein soll, so bei der *Erbitung* des *beneficium abstinendi*, D. 26, 8, 21, vgl. SOLAZZI, *minore età* p. 66. *Cod.* 2, 24 (25), 1 (anno 215).

In D. 49, 1, 24, 1 ist auch der *curator iuvenis* als derjenige genannt, der statt des *minor* *Appellation* einlegt und es ist ja nur zu natürlich, daß der *curator* besonders für den Soldaten der natürliche *Prozeßprocurator* war.

In *consult.* 9, 8 = *Cod. Just.* 5, 53, 3 soll nach SOLAZZI, *minore età* 103 auch die m. E. echte Erwähnung der *curatores* interpoliert sein. Das ist schon deswegen unglaublich, weil diese *curatores* nur im Tatbestande vorkommen, und im Reskripte selbst bei der Entscheidung die *cura* gar keine Rolle spielt: *summa sententia comprehensa, quam cessantibus curatoribus quondam tuis iudex secutus iurisiurandi a te perlati religionem in condemnationem deduxit, minui pacto non potuit*. Die Stelle stand schon im *Cod. Gregorianus*. Der Fall ist allerdings nicht ohne weiteres klar. Aber wie alle Reskripte

nicht vielmehr aus Anlaß der Kuratel der curator vielfach als negotiorum gestor oder vielleicht selbst als Mandatar tätig wurde. Wo der curator an Stelle seines adulescens mit Wirkung gegen diesen handelt und selbst berechtigt ist, den adulescens auszuschließen, statt seine Rechte zu übertragen, da handelt es sich allerdings immer um Interpolationen. Das wurde oben schon für die Ermächtigung des curator zum Zahlungsempfang aus Forderungen des adulescens nachgewiesen¹, das ist für die Vertretung in der Prozeßführung schon vorlängst durch GRADENWITZ behauptet² und heute durch SOLAZZI umfassender dargelegt, und wo der curator Grundstücke des adulescens mit Wirkung gegen diesen veräußert und gegen die Veräußerung dem adulescens in integrum restitutio³ bewilligt wird, da handelt es sich auch um

des Titels de in litem iurando aufs arbitrium tutelae gehen, bezog er sich doch wohl, wie auch das scholion Theodori ad Bas. 38, 15, 3 (HEIMB. 3, 782) sagt, auf den Vergleich nach dem Urteil über die actio tutelae. Der tutor war einst von den curatores des minor, die wohl als Prokuratoren den Prozeß führten, beklagt worden; damals war es aber durch Prozeßsäumnis der Kuratoren zu keinem Urteile gekommen. Der Miles kommt später (quondam!) zurück, klagt selbst, wird jetzt zum iuramentum in litem zugelassen. Daß die curatres in ihrer Eigenschaft als curatores zur Prozeßführung legitimiert seien, sagt das Reskript gar nicht.

¹ Vgl. oben S. 77 ff. Anm. 3.

² In dieser Beziehung kann jetzt auf SOLAZZI's, *minore età* p. 206 ff. ausführliche Darstellung verwiesen werden.

³ D. 4, 4, 47, 1. Scaevola (1. respons.) curator adulescentium praedia communia sibi et his, quorum curam administrabat, vendidit: quaero, si decreto praetoris adulescentes in integrum restituti fuerint, an eatenus venditio rescindenda sit, quatenus adulescentium pro parte fundus communis fuit? respondi eatenus rescindi, nisi si emptor a toto contractu velit discedi, quod partem empturus non esset. Item quaero, emptor utrum a Seio et Sempronio pupillis pretium cum usuris recipere deberet an vero ab herede curatoris? respondi heredes quidem curatoris teneri, verum in Seium et Sempronium pro parte, qua eorum fundus fuit, actiones dandas: [utique si ad eos accepta pecunia pro eadem parte pervenisset]. Die Entscheidung ist bis aufs eingeklammerte Schlußsätzchen wohl im wesentlichen echt, während ich gegen den Tatbestand Bedenken habe.

Aus der Literatur vgl. gegenüber GRADENWITZ, Interpol. 200, SOLAZZI, Bull. 23, 133. Der dort zitierte Aufsatz von MANCALEONI ist mir nicht zugänglich. Auch PETERS Sav. 2, 32, 300.

Der Schlußsatz von D. 4, 4, 47, 1 enthält wohl eine ungeschickte interpolatorische Verweisung auf den Rechtszustand, der für diese Restitution des Anspruches auf Rückzahlung des Kaufpreises praktisch wohl schon nach klassischem Rechte galt. Vgl. D. 4, 4, 27, 1; D. 26, 7, 32, 4; vgl. Cod. 5,

unklassische Tatbestände, die erst denkbar wurden, nachdem die cura minoris den Grundsätzen über die cura prodigi unterstellt worden war. Der klassische curator hatte keine Befugnis zur

71, 16, 1. Nach dem Edikte selbst müßte allerdings hier alles auf die Fassung des Restitutionsdekretes angekommen sein.

Im Tatbestande, der meines Erachtens besonderer Arbeit bedarf, hielten MITTEIS (Römisches Privatrecht 1, 210, 20) und SOLAZZI (bull. 23, 133) auch den Verkauf durch die curatores für klassisch. Heute nimmt SOLAZZI, *minore età* p. 120 an, daß der curator selbst unklassisch und statt tutor interpoliert sei. — Ich halte es doch für wahrscheinlich, da Scaevola die Fälle im Abschnitt über die in integrum restitutio des minor besprach, daß wirklich ein negotium cum minore gestum vorlag. Denn die angeblich in die klassische Zeit zurückreichende Praxis, daß auch aus dem Vertretergeschäft des tutor der pupillus restituiert werden könnte (Cod. 2, 24 (25), 2, 3) ist nicht mit Sicherheit bei den Klassikern nachzuweisen, ja ich glaube, daß der tutor in beiden interpoliert ist. D. 4, 4, 7, 8 ist in diesem Stücke arg interpoliert, vgl. EISELE, Sav.-Zeitschr. 30, 108 ff.; SOLAZZI, *minore età* p. 118. Auch D. 4, 4, 47 pr. gibt hier keine Sicherheit, zumal sprachliche Indizien der Interpolation mehrfach vorhanden sind. Mir erscheint in dem Tatbestande von D. 4, 4, 47, 1 folgendes erheblich: der klassische Text muß die adulescentes als mitkontrahierend erwähnt haben. Sonst kam kein Geschäft zustande, das als gestum cum minore bezeichnet werden könnte, und Entscheidungen, wie die des Kaisers Septimius Severus in D. 4, 4, 11, 2 oder wie das Votum des Paulus in D. 4, 4, 38 zeigen, daß es die Praxis noch mit dem ediktalen Erfordernis, daß ein vom minor selbst vorgenommenes Geschäft vorliegen muß, genau nahm. Diese rechtsgeschäftliche Tätigkeit der adulescentes selbst muß von den Kompilatoren aus der Stelle hinausgeworfen worden sein. Eine Spur dieser Tätigkeit ist noch erkennbar: eingangs müssen Seius und Sempronius genannt gewesen sein. Die Namen sind anfangs gefallen, kommen nachher plötzlich vor.

In D. 26, 7, 32, 4 stand vielleicht im klassischen Texte (non) interposito curatore, der alte Fall der lex Plaetoria. Denn sonst ist überhaupt die Erwähnung des curator im Tatbestande überflüssig, wenn man annimmt, daß die spätere Praxis zugrunde liegt, nach welcher auch bei Mitwirkung eines curator restituiert werden kann (Cod. 2, 24 (25), 1). SOLAZZI, *minore età* p. 9 n. 6 hat an dem Ausdrucke „Interposito curatore“ Anstoß genommen und glaubt an eine Interpolation, da bei diesem interponere keine klassische Bedeutung zuträfe: weder der Sinn der persona interposita liege hier vor, noch sei der Ausdruck interponere für den Consens des curator üblich. Aber mit der Negation „non“ könnte der Ausdruck doch sehr wohl klassisch sein. Verdächtig bleibt ja, daß er nur hier bei den Klassikern vorkommt.

In beiden Texten würden die Byzantiner, wenn ich richtig sehe, klassische Stellen, in denen das Selbsthandeln des adulescens erwähnt war, nach der nachklassischen Praxis geändert haben; denn in der Spätzeit ist der minor selbst geschäftsunfähig, und daher bedarf es, wenn er selbst handelt, gar keiner restitutio, damit seine Rechtsakte unwirksam sein sollen. (Cod. 2, 24 [22], 3).

Veräußerung und zur Verpfändung¹. Wenn er ohne den Willen des minor selbst verfügte, kam ein Rechtserwerb des Dritten nicht zustande. Und wenn in den klassischen Tatbeständen dabei von der in integrum restitutio des minor die Rede ist, können wir sicher sein, daß hier ursprünglich der minor selbst als verfügend unterstellt war, oder, wie SOLAZZI will, daß es sich vielleicht um Veräußerungen durch den tutor impuberis handelte². Auch wo die Stellen der justinianischen Digesten Grundsätze über die

Auch das responsum des Scaevola D. 4, 4, 39, 1 ist verdächtig: Vendentibus curatoribus minoris fundum emptor extitit Lucius Titius et sex fere annis possedit, et longe longeque rem meliorem fecit: quaero, cum sint idonei curatores, an minor adversus Titium emptorem in integrum restitui possit. respondi ex omnibus quae proponerentur vix esse eum restituendum, [nisi si maluerit omnes expensas, quas bona fide emptor fecisse adprobaverit ei praestare, maxime cum sit ei paratum promptum auxilium curatoribus eius idoneis constitutis]. Über die Interpolation des Schlusses vgl. GRADENWITZ, Sav.-Zeitschr. 7, 81, dagegen SCHIRMER, Sav.-Zeitschr. 8, 155 ff. und gegen diesen wiederum GRADENWITZ, Interpolationen 194 ff. Anm.; EISELE, Sav.-Zeitschr. 10, 300. Der Tatbestand der Stelle muß auch gekürzt sein: denn es ist die Rede von omnia quae proponerentur, und doch fehlt die wesentliche Voraussetzung für die Restitution, nämlich die Erwähnung, daß der minor übervorteilt sei. Wahrscheinlich war auch hier der minor selbst als kontrahierend erwähnt, so daß wirklich ein gestum cum minore vorlag.

Da es sich um responsa des Scaevola, also vielleicht um provinzielle Fälle handelt, ist es nicht angängig, diese Auffassung dadurch zu stützen, daß man auf die Tatsache hinweist, daß die praedia manzipiert werden mußten und schon daher der curator minoris nicht allein verfügt haben kann, da ja die mancipatio des Stellvertreters unwirksam ist. Vgl. MITTEIS, Römisches Privatrecht 1, 208 ff.

SOLAZZI, minore età p. 3 will sowohl für D. 4, 4, 39, 1 wie für D. 4, 4, 47, 1 einfach annehmen, daß der curator für tutor interpoliert sei.

¹ Bezüglich der Verpfändung ist D. 13, 7, 16 pr. wohl interpoliert: Tutor [lege non refragante] si dederit rem pupilli pignori, tuendum erit, scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. Idem est in curatore [adulescentis vel] furiosi. Man kann zweifeln, ob adulescentis allein statt prodigi eingesetzt ist oder adulescentis vel interpoliert ist. SOLAZZI, minore età p. 121 will den ganzen allerdings nicht unverdächtigen Satz idem bis furiosi streichen. Über Cod. 8, 15, 3 (curator adulti vel Trib.) vgl. SOLAZZI a. O. p. 122.

² In diesem Falle wäre, wozu ich wenig geneigt bin (vgl. oben S. 83 A), die Praxis, nach welcher aus dem Vertretergeschäft des tutor dem pupillus selbst die in integrum restitutio bewilligt werden konnte, als klassisch zu unterstellen.

Administrationsgewalt des curators formulieren, ist die Veräußerungsbefugnis des curator adulescentis durchweg interpoliert¹.

¹ D. 26, 7, 48 (Hermog. 1 epitom.) ist die klassische Kardinalstelle über die Administrationsbefugnis der Kuratoren: inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi [pupillive] magna est differentia quippe cum illis plane (edd. cum Graecis plena) rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum quae deteriores futurae sunt venditio committitur. Pupillive ist hier schon durch die Art der Anfügung als Interpolation gekennzeichnet (so jetzt auch SOLAZZI, minore età p. 62). Außerdem ist streng genommen für den klassischen Juristen gar nicht der curator minoris erwähnt. Denn pupillus ist der minor ja nicht. Im Rechtsleben ist allerdings auch der minor oft als pupillus bezeichnet worden. Vgl. die insoweit unverdächtigen Belege D. 4, 4, 47, 1, D. 26, 8, 21, gegen welche letztere Stelle auch SOLAZZI nicht Durchschlagendes vorbringt (S. 66 ff.). Endlich P. lat. WESSELY, Lateinische Schrifttafeln n. 14.

Ferner ist interpoliert D. 37, 9, 1, 22: Hier ist wohl die beschränkte Verwaltungs- und Veräußerungsbefugnis des klassischen curator ventris zu derjenigen der curatores prodigi et furiosi in Parallele gestellt, während sie in D. 26, 7, 48 in Gegenüberstellung erscheint. Justinians Leute setzten wohl erst die tutores pupillorum hinzu: ita igitur curam hoc quoque officio administrabit quo solent curatores [atque tutores pupillorum]. Diese Interpolation wird auch von SOLAZZI, minore età p. 74 ff. angenommen. Im klassischen Texte stand vielleicht curatores ad quos curatio e lege pertinet; dieser Begriff ist bei Gai. 1, 200 wie bei Ulpian reg. XII als technisch gebraucht, während er in den Digesten, nach den Stellen im Vocab. jur. 1, 1138 zu urteilen, planmäßig herausgestrichen ist. Daß gerade die Erwähnung der curatores interpoliert sei, und die tutores allein im klassischen Texte gestanden hätten, glaube ich wegen D. 26, 7, 48 nicht.

Übrigens sind auch die Stellen, welche dem curator adulescentis grundsätzlich die administratio rerum adulescentis zusprechen, interpoliert: vgl. D. 4, 4, 1, 3, FERRINI, manuale, p. 961 not. 3; PETERS, Sav.-Zeitschr. 32, 279; ALBERTARIO, Hodie p. 10; BESELER, Beiträge 2, 98; SOLAZZI, minore età p. 16. In D. 47, 2, 33 am Ende ist die Formulierung byzantinisch, wenn auch die Entscheidung bezüglich der actio furti den klassischen Rechtszustand für den curator wiedergibt: d. quod in tutore scriptum est — curatoribus Trib. Vgl. jetzt schon ähnlich SOLAZZI, minore età p. 80. Daß Inst. 1, 24, 2 interpoliert ist, steht auch fest, vgl. KÜBLER und P. KRÜGER, ed. ad h. l.

Über D. 18, 1, 34, 7 und D. 21, 1, 31, 14 vgl. SOLAZZI, minore età p. 42, 43, dessen Darlegung für die Feststellung grundlegend sein wird, daß der curator adulescentis auf Grund der cura keine besondere Befugnis zur administratio hatte.

² Es gibt eine feste Aufzählung der Vertreter, die bei den Juristen oft erscheint und oft die kasuistische Darstellung beherrscht: procurator, cognitor, tutor, curator, manchmal actor municipum. In dieser Aufzählung bedeutet curator nur den gesetzlichen curator furiosi und prodigi, die curatores ad quos e lege curatio pertinet. Unbezeichnend:

Gai. 4, 101: Sed si quidem cum cognitore agatur, dominus satisfacere

Und von den zahlreichen Stellen, welche den *curator adulescentis* neben dem *procurator* im technischen Sinne (*procurator omnium jubetur; si vero cum procuratore, ipse procurator. Idem et de tutore et de curatore juris est.* 4, 99.

D. 2, 4, 10, 13. *Semper autem hunc honorem patrono habendum, et si quasi tutor vel curator vel defensor vel actor interveniat patronus.*

D. 3, 2, 6, 2: *Si quis alieno nomine condemnatus fuerit, non aborat infamia: et ideo nec procurator meus (Ulp. cognitor) vel defensor vel tutor vel curator . . .*

Paul. 8 resp. Vat. fr. 112. . . *cum is qui [repetisset neque tutor Seiae neque] curator neque procurator neque cognitor aut [actor eius fuisset]. Das Eingeklammerte ist Ergänzung.*

D. 40, 7, 3, 10. *Non solum autem si heres moram facit libertati, sed et si tutor vel curator vel procurator vel alius quivis, in cuius persona conditioni parendum est, libertatem competere dicemus.*

D. 42, 2, 6, 3: . . . *certe procuratorem (cognitorem) tutorem curatoremve praesentem esse sufficit; cf. auch § 4.*

D. 43, 24, 5, 10: *Idem (Quintus Mucius) et adversus procuratorem tutorem curatorem municipumve syndicum (Ulp. municipii duumvirum oder actorem?) alieno nomine interdici posse. Cf. § 12.*

D. 46, 3, 49: *Nach der Erwähnung der Zahlung an den angewiesenen Zahlungsempfänger: tutori quoque si soluta sit pecunia vel curator vel procuratori [vel cuilibet successor] vel servo actori, proficiet ei solutio.*

D. 46, 7, 3, 1 *stipulationem iudicatum solvi (Ulp. pro praede litis et vindiciarum, LENEL) (et cognitor) et procurator et tutor et curator stipulari possunt. Über § 4 eod vgl. richtig ALBERTARIO, Sav.-Z. 33, 245.*

D. 44, 6, 1, 1: *si tamen cum procuratore (LENEL: Ulp. cognitorem, vielleicht cognitorem procuratore) tutore curatoreve alicuius iudicium acceptum sit . . .*

In allen diesen Stellen bedeutet „curator“ wohl nur den *curator furiosi* und *prodigi*. Das ist deutlich in:

D. 2, 17, 28, 1: *vor dem pr. war noch der tutor genannt, in § 1 der curator furiosi und prodigi.*

D. 12, 2, 17, 2 *si tutor qui tutelam gerit aut curator furiosi prodigive iusiurandum detulerit, . . . procurator quoque . . .*

D. 14, 4, 3, 1: *si servus pupilli vel furiosi sciente tutore vel curatore in merce peculiari negotietur; § 2 und fr. 1 h. t. sprechen auch nur von diesen beiden Fällen.*

D. 15, 1, 24, 1. *Si dolo tutoris vel curatoris [furiosi, Trib.?] vel procuratoris factum sit, an pupillus vel furiosus vel dominus de peculio conveniatur. . .*

D. 41, 2, 14, 1: *tutore quoque vel curatore vendente dabitur accessio eius temporis quo pupillus vel furiosus possedit.*

D. 43, [24, 11, 6: *Si tutoris iussu aut curatoris factum sit, cum placeat, quod Cassius probat, ex dolo tutoris vel curatoris pupillum vel furiosum non teneri.*

D. 47, 2, 57 (56) 4: *qui tutelam gerit transigere cum fure potest . . . sed et circa curatorem furiosi eadem dicenda sunt.*

bonorum), dem *tutor*, dem *curator prodigi* und *furiosi* nennen¹, sind sicher einige, wahrscheinlich alle interpoliert, indem erst Justinians Leute oder vielleicht diejenigen, welche ihnen vorarbeiteten, den *curator adulescentis* neben die alten zivilen Geschäftsführer stellten. Den Abschluß findet diese Auffassung des klassischen *curator adulescentis* durch den Nachweis, daß die klassische Kuratorenkaution für die *cura adulescentis* überhaupt nicht in Betracht kam. Was ich in dieser Beziehung nach der Exegese der Quellen selbständig annahm, ist durch SOLAZZI glänzenden Nachweis inzwischen überholt worden, so daß ich auf seine Darstellung S. 141—158 verweisen kann.

Daß im dritten Jahrhundert n. Chr., zwischen Caracalla und Diokletian der Durchbruchspunkt der neuen *Minorenkuratel*

¹ Mit einem hohen Grad von Wahrscheinlichkeit können danach die Interpolationen erkannt werden, welche den *curator adulescentis* in diese Aufzählung der gerierenden Vertreter einführen:

D. 13, 5, 5, 7, 10. (Nach Nennung des *procurator*, § 6.) *Item tutori pupilli constitui potest et actori municipum et curatori furiosi: sed et ipsi constituentes tenebuntur. Si actori municipum vel tutori pupilli vel curatori furiosi [vel adulescentis] ita constituatur, municipibus solvi vel pupillo vel furioso [vel adulescenti], utilitatis gratia puto dandam municipibus vel pupillo vel furioso [vel adulescenti] utilem actionem. Die Interpolation springt hier dadurch heraus, daß der einleitende Satz den *adulescens* nicht nennt, der nachher im folgenden erscheint. MOMMSEN ergänzte daher *curatoris furiosi (vel adulescentis)*. Aber das Wahrscheinliche ist die Interpolation. SOLAZZI hat sie schon Bull. 22, 60 ff., *Minore età* p. 41 behauptet.*

D. 15, 4, 1, 9 (*adulescentis vel*), vgl. SOLAZZI, *minore età* 127.

D. 43, 24, 3, 3. *Non tantum autem si ego permisero, sed et si procurator meus vel tutor qui tutelam administrat vel curator [pupilli] furiosi [sive adulescentis] dicendum erit exceptioni locum fore. MOMMSEN wollte durch Umstellung von *pupillus* vor „vel curator“ helfen. Aber das ist ohne Anhalt in der Überlieferung. Das *sive adulescentis* kennzeichnet sich schon durch die Art der Anfügung als Einschiebsel.*

D. 36, 1, 1, 12. *Sed et si tutor vel curator [adulescentis vel] furiosi rogatus sit restituere hereditatem, sine dubio Trebelliano locus erit.*

D. 46, 3, 14, 7: *Zuerst, cf. pr., war von der Zahlung an den procurator die Rede gewesen, nachher von der an den tutor (§ 1—4). Nun: Curatori quoque furiosi recte solvitur, item curatori (prodigi) [sibi non sufficientis vel per aetatem per aliam iustam causam], sed et pupilli curator, recte solvi constat. Vgl. oben S. 77 Anm. 3.*

D. 49, 4, 1, 13: *Tutores, item defensores rerum publicarum et curatores [adulescentium vel furiosi] tertium diem habere debent, idcirco quia alieno nomine appellant . . . „adulescentium vel furiosi“ tritt durch die Stillosigkeit als Interpolation heraus. Vgl. schon SOLAZZI p. 218.*

liegt, ist heute bekannt. Als Zeichen der Zeit erscheint die anachronistische Äußerung, welche Dio Cassius lange vor der Mitte des Jahrhunderts seinem Maecenas in der Rede an Augustus lieh: es sei frivol, niemandem seine privatrechtlichen Geschäfte vor dem Alter von 25 Jahren zu überlassen, und dabei die Staatsangelegenheiten auch jüngeren Leuten anzuvertrauen¹. In den Worten ist doch wohl mindestens bezeugt, daß damals die feste Anschauung der griechischen Reichshälfte und eine Tendenz der hauptstädtischen Praxis dahin gingen, dem minor bis 25 Jahren sei nur eine geminderte Geschäftsfähigkeit zuzugestehen.

Wann die Reform erfolgte, auf welchem Wege sie vorging, ist uns im einzelnen nicht erkennbar. Das Wahrscheinlichste ist mir, daß die Reform nicht einheitlich vor sich ging. Denn auf der einen Seite kennt sicher noch Kaiser Diokletian den Fall, daß der minor XXV annis ohne curator selbst Verträge schließt und dagegen nur die in integrum restitutio anruft. Noch die lex Rom. Burgundionum betont, daß der minor selbst unter Beistand der curatores administrierte². In der lex Burgundionum ist auch deutlich der Antrag auf Bestellung, zu welchem allerdings der minor dort verpflichtet ist, erwähnt. Also lebte doch in gewissen Reichsteilen das alte Recht, das den curator nur auf Antrag bestellen ließ, weiter, und nur so ist es zu erklären, daß zahlreiche Belege für den klassischen freiwillig erbetenen curator sich noch bis in die justinianische Gesetzgebung hinein retten konnten³; eine reichsrechtliche Ausschaltung des alten Rechtszustandes bezüglich des Antrages erfolgte also wohl nicht. Andererseits ist es sicher, daß es unter Diokletian Reichsteile gab, in denen der curator auch ohne Antrag verliehen wurde, so daß eine amtliche Fürsorge dafür bestand, daß alle Pflöglinge ihren tutor vel curator

¹ Dio Cassius 52, 20 *πῶς γὰρ οὐκ αἰσχρὸν καὶ σφαλερὸν ἔστι, τὰ μὲν οἰκεῖα μηδενὶ πρὸ ταύτης τῆς ἡλικίας ἐπιτρέπεσθαι, τὰ δὲ δημόσια καὶ νεωτέροις τοῖν ἐγγειρίζεσθαι*. Daß dieses Zeugnis nur für die Zeit des Schriftstellers selbst beweist, wußte schon NOODT, Comment. ad Pand. 26, 5 in fine. — SOLAZZI, minore età p. 19, 234 wird meines Erachtens diesen Worten nicht gerecht, wenn er die Anspielung des Historikers nur auf die Tatsache bezieht, daß der minor XXV annis die in integrum restitutio aus plaetorischen Rechtsgrund geltend machen kann.

² Monum. Germ. II., sectio 1, 2, 1. 154, Titel 36 Nr. 3. (Ed. v. SALIS, in diesem Zusammenhang zuerst berufen von PETERS, Sav.-Zeitschr. 32. 279).

³ Vgl. oben S. 75 Anm. 2.

hatten. MITTEIS hat in diesem Zusammenhange schon auf P. Oxy. 888 hingewiesen¹; dort wird das ägyptische Präfekteneidikt des Flavius Valerius Pompejanus im Jahre 287 n. Chr. zitiert, nach welchem die zur Vormundsbestellung kompetenten Lokalbehörden für Waisen, die noch keine *κηδεμόνες* haben, solche bestellen sollen, da unter dem gegenwärtigen Zustande viele Geschäfte der Waisen dadurch Aufschub erleiden, daß den Waisen tutores vel curatores nicht zur Seite ständen. Hiermit ist die freiwillige Erbittung des curator wohl schlechterdings unvereinbar². Im westgotischen Gaius folgt auch die Kuratel notwendig auf die Tutel. Vielleicht reichte diese provinzielle, vormundschaftliche, notwendig eintretende Kuratel, schon in einzelnen Provinzen selbst in die klassische Zeit hinein³. Jedenfalls ist sie unter Diokletian die Regel. SOLAZZI hat in seinem grundlegenden Buche über die minore età diese Spuren der provinziellen Kuratel, die der reichsrechtlichen Minorenkuratel sehr wohl in der Entwicklung vorausgeeilt sein kann, nicht beachtet. Er hat andererseits das Verdienst, nachgewiesen zu haben, daß ein prätorischer curator, der viel-

¹ MITTEIS, Chrestomathie 329, vgl. vorher MITTEIS, Sav.-Zeitschr. 29, 396, 30, 399.

² So auch MITTEIS, Sav.-Zeitschr. 30, 399. SOLAZZI, minore età p. 251. Anders PETERS, Sav.-Zeitschr. 32, 279, der es wegen der reichsrechtlichen Zeugnisse (vgl. oben S. 75 A. 2) ablehnt, einen curator minoris ohne Antrag des Pflöglings für möglich zu erachten.

³ Aus den Juristenschriften gibt insbesondere D. 26, 7, 33, 1 zu solcher Vermutung Anlaß. Dort handelt es sich im vierten Buche de cognitionibus des Callistratus, also einer Schrift, die mannigfache Beziehungen auf Verhältnisse hellenistischer Provinzen verrät, um ein Reskript der Kaiser Mark Aurel und Commodus: officium tutorum curatoribus constitutis finem accipit, ideoque omnia negotia quae inita sunt ad fidem curatorum pertinent: idque etiam divus Marcus cum filio suo Commodo rescripsit. Es ist ja nicht sicher, daß wirklich im klassischen Text von der fides curatorum die Rede war und nicht bloß gesagt war, daß die dringliche Abwicklung nach dem Ende der Tutel auch den Tutoren zur Last fällt. SOLAZZI, minore età p. 55 ff. nimmt dieses als klassischen Text an. Aber da der sprachliche Anhalt für die Interpolationsbehauptung fehlt, ist vielleicht der Text doch echt. Dass die Kuratoren hier offenbar als unmittelbare Nachfolger und notwendige Nachfolger der Tutoren behandelt werden, würde dann dem klassischen stadtrömischen Rechtszustande bei der Minorenkuratel nicht entsprechen.

Dafür, daß der Minorencurator in Ägypten notwendig ist und ohne ihn der minor nicht handlungsfähig, wurde von WENGER, Stellvertretung, 134 ff. auf BGU. 705 (anno 206) hingewiesen, wo der curator des Beklagten mit diesem zusammen ausgerufen wird, aber ebensowenig wie die Partei selbst erscheint. Es handelt sich aber um einen curator mulieris.

fach mit dem Minorenkurator verwechselt wird, wirklich Administrationsbefugnis gehabt zu haben scheint: der *curator mulieris*. Dadurch rücken die seltsamen hellenistischen Quellen, welche den *κύριος καὶ φροντιστής* also tutor et curator als administrierenden Vertreter römischer Frauen erwähnen, in neues Licht: dieselbe Person ist hier *κύριος* nach hellenistischen Sitten und *φροντιστής* nach römischem Recht¹.

Im übrigen muß auch die Frage offen bleiben, ob nicht die provinziale Tutel selbst in manchen Gebieten Ansätze dazu gemacht hat, daß echte Tutel auch nach der Pubertät weiter für die Bevormundung des Mündels gelten konnte. In dieser Beziehung ist ja die Bestimmung im latinischen Munizipalstatut von *Salpensa cap. 29* schon beobachtet, wo auch derjenige, der nicht *pupillus* ist, sich einen tutor geben lassen kann. Gerade diese Erscheinung warnt uns meines Erachtens vor allzu radikalen Anschauungen über die völlige Ausschaltung des Minorenkurators aus der Geschäftsführung. Dieser latinische tutor besaß doch sicherlich die übliche Geschäftsführungsbefugnis des römischen tutor. Danach scheint mir zwingend, daß der analoge stadtrömische *curator minoris* im Rechtsleben unmöglich so völlig aus der Administration ausgeschaltet gewesen sein kann, wie es *Solazzi* behauptet. Aber es würde vollständig genügen, wenn der römische *curator minoris*, wie wir ihn denken, als normaler *negotiorum gestor* eine ähnliche Stellung neben dem *adulescens* eingenommen hätte, wie jener provinziale tutor des latinischen Munizipalstatutes. Gestionspflicht könnte der *curator minoris* allerdings ebensowenig gehabt haben, wie eine amtliche Befugnis zur Gestion.

Auch wie schnell die Reform der Minorenkuratel sich durchsetzte, bleibt heute noch eine dunkle Frage. *Solazzi* ist geneigt, erst unter Konstantin die jüngere Kuratel völlig durchdringen zu sehen. Das muß richtig sein, wenn wir noch unter Diokletian finden, daß der *minor*, der keinen *curator* erbat, veräußerungsfähig ist (*Cod. 2, 21, 3*), während Konstantin schlechthin dem *minor* die Veräußerungsbefugnis ohne Dekret des Magistrates vorenthält (*Cod. Th. 3, 32, 1*). *Solazzi* hat auch sonst für die

¹ Es handelt sich um die Stiftung von Gytheion, *FOUCART-LEBAS*, *Inscr. du Pélopon. 243 a*. Delphische Freilassung, *COLLIN*, *bull. de correspondance hell.* 22, 132 Nr. 115 und die Urkunde *P. Lond. 2, 191 p. 264 ff.* (anno 103—107).

Zeit nach Konstantin den jüngeren Rechtszustand vielfach belegt gefunden, während er für die diokletianische Zeit meines Erachtens allzu zurückhaltend gegenüber denjenigen Quellen ist, die Kuratoren mit Administrationsrecht, mit Befugnis zur Distraction, mit Unterstellung unter die *oratio divi Severi* sowie das *iudicium utile negotiorum gestorum* deutlich bezeugen.

Die wesentlichen Züge der nachklassischen Minorenkuratel sind bekannt. Da der *minor curatorem habens* dem *prodigus* gleichgestellt wird¹, ist der *minor curatorem habens* nur beschränkt geschäftsfähig. Der *curator* hat *plena administratio*, also auch das Recht zur Veräußerung. Er ist daher auch, wie schon vielleicht nach klassischer Praxis der *prodigus*², der *oratio divi Severi* über die Veräußerung der *praedia rustica* und *suburbana* unterstellt³. Für die *excusatio* gilt dasselbe wie für die Tutel und die *cura prodigi*⁴, und wie die Verpflichtung zur Bekleidung der *cura* jetzt

¹ *Cod. 2, 21 (22), 3*.

² Daß die *curatores* nicht im Texte der *oratio divi Severi* standen, wird wohl seit *ALIBRANDI* allgemein angenommen. Die Klassiker legten sich schon die Frage vor, ob die *oratio* nicht mindestens auf den *curator prodigi vel furiosi* auszudehnen sei. *D. 27, 9, 8, 1*: „Sed si *curator* sit *furiosi* vel [cuius alterius non *adulescentis*], *videndum est . . .*“. Das Eingeklammerte ist wohl interpoliert statt „*eius* cui *bonis interdictum est*“. Die Veränderung erklärt sich daraus, daß der Interpolator deutlich machen mußte, daß die Frage analoger Anwendung nicht für die *curatores adulescentis* bestand, da diese nach dem interpolierten Texte der *oratio* ja von dieser selbst getroffen waren. Ab „*et puto*“ ist allerdings so stark interpoliert, daß die Entscheidung des Juristen nicht geahnt werden kann.

³ Jedenfalls ist unter Diokletian dies schon der feste Rechtszustand für alle Fälle, in denen der *curator minoris* vom *minor* erbeten worden war. Vgl. *Thalelaios*, *schol. ad. Cod. 2, 18, 17* (*Bas. 17, 2, 17*, *Zach. suppl.* 163 n. 44), wo die Distractionsbefugnis des *curator minoris* wie die Unterstellung unter die *oratio Severi* für die Zeit Diokletians angenommen ist. *Solazzi*, *minore età p. 243 ff.* hat dieses Zeugnis wohl nicht berücksichtigt und betrachtet daher also *Cod. Th. 3, 21, 1* (anno 322) als die älteste Quelle, welche die Notwendigkeit des *Decretum* auch für die *fundi minorum* forderte.

In den *Digesten* ist die Geltung der *oratio* für den *curator adulescentis* wohl immer interpoliert, vgl. *D. 1, 21, 2, 1* [vel *curatores*], *D. 27, 9, 1, pr.* [et *curatores*], § 2 [et *curatoribus*]. *fr. 3, 1*, [vel *curatoris*]; *fr. 8 pr.* neque *curatores vel pro curatore*; *fr. 14 sive curatores D. 23, 2, 20: curatoris trib. Paul.: tutoris* ist sicher, da von der *pupilla* die Rede ist. *Cod. 5, 70, 2 seu adulescentes Trib. 5, 71, 1 pr. vel adulescentium, 2 pr. vel curatores 4 pr. vel adulescentes vgl. jetzt Solazzi, minore età p. 110 f.*

⁴ *ALBERTARIO*, *sviluppo delle excusationes Pavia 1912; del actio subsidiaria Pavia 1912.*

der Verpflichtung zur Übernahme der Tutel angenähert wird, so besteht auch die Kautionspflicht nunmehr nach demselben Schema wie bei der Tutel, in derselben Weise wie bei der cura furiosi vel prodigi. Das ist sicher, weil in einer ägyptischen Urkunde, die wahrscheinlich einen Antrag auf Zustellung der litis denuntiatio am Anfang des vierten Jahrhunderts selbst enthält, die Satisfactio des tutor vel curator ganz einheitlich behandelt wird¹. Die Ermächtigung zur administratio entsteht jetzt auch für den curator minoris erst mit der Stellung der Kautions gerade wie bei der zivilen cura und bei der Tutel. Da sachlich der Unterschied von curator und tutor ganz verblaßt, muß man im Rechtsleben vielfach die termini tutor und curator verwechselt und denselben Vormund tutor vel curator, tutor sive curator genannt haben.

¹ P. WESSELY, lat. Schrift. 14 (Anfang des vierten Jahrhunderts). Es handelt sich um eine Klägerin, die gegen die Erben eines Erbschaftsbesitzers Besiodoros vorgehen will und nicht die denuntiatio zustellen lassen kann, ehe die Erben einen Vormund oder Pfleger haben. Der Text muß besser gelesen werden. Ich gebe ihn nur, insoweit er heute zu verstehen ist: . . . ἐτελεύτησεν, τὴν τιμωρίαν κερδάνας, οἱ δὲ παῖδες . . . ἀφ' ἡλικίας ὄντες τὴν χάνονσιν. Ὅθεν δυναμένη τοῦτο ἐπιδείξει ὅτι ἡ κληρονομία αὐτῇ διαφέρει | [αἰτεῖται ἢ δεῖνα κηδεμόν] α κατασταθῆναι τοῖς παιδείοις (l. παιδίοις) Βησιωδώρου, μετὰ ταῦτα δὲ τῆς ἱκανοδοσίας πλη[ρωθείσης] | [παραγγεληθῆναι. Intra d(ies) . . . de]nt pupillis tutorem sive curatorem et satisfactio completa denuntia. L(egi). (??). Εἶσω [ἡμ(ερῶν) μετὰ κηδεμόνος κατά]στασιν κέλευσον παραγγεῖλαι [τῆς ἱκανοδοσίας πληρωθείσης], προνοία τοῦ ἐξάκτορος. Verso: τῆς ἱκαν[ο]δοσίας πλη[ρ]ω[θείσης] προνοία τοῦ ἐξάκτορος. Interpunktionen und Ergänzungen stammen von mir; sie ergeben sich nach P. Oxy 888 = MITTEIS, Chrest. 329, ohne daß natürlich mehr als nur eine sinngemäße Textvermutung möglich wäre, solange der Text nicht neu publiziert ist. Daß nach dem lateinischen Dekrete die Übersetzung folgt, wissen wir aus dem etwas jüngeren (anno 368) P. Leipzig 33 col. 2 = MITTEIS, Chrest. 55; wie E. WEISS, Pfandrechtliche Untersuchungen 1, 140 Anm. den Text versteht, ist mir nicht klar geworden.

Ich fasse den griechischen Text am Anfange als das Ende eines Parteiantrages in Form eines libellus oblati. Die Klägerin bzw. ihr Anwalt bittet um Bestellung des Vormundes und Zustellung an diesen. Der Beamte verfügt an den exactor, der damals noch nicht ein exactor et exsecutor negotii, ein Parteisachwalter, sondern nur bloßer Unterbeamter ist: Laß von den Lokalbehörden den tutor vel curator bestellen und bewirke dann nach geschehener Satisfactio dieses Vormundes die denuntiatio. Es ist unwahrscheinlich, daß sich das lateinische Dekret an den Antragsteller selbst richtet, denn griechisch ist κέλευσον παραγγεληθῆναι Übersetzung für denuntia. Auch bezieht sich die folgende Bemerkung, daß die satisfactio nach dem Ermessen des exactor erfolge, auf die Tätigkeit dieses Subalternbeamten.

Das folgt aus dem Dekret, mit welchem der ägyptische Jurisdiktionsbeamte auf den Antrag über Bestellung eines Vormunds für den Unmündigen (κηδεμών für ἀφ' ἡλικίας) antwortet: de]nt tutorem sive curatorem, — aus dem ägyptischen Präfektenedikt, das die beiden Gruppen der Altersvormundschaft als ἐπίτροποι ἤτοι κουράτωρες einheitlich bezeichnet und vom Beistand der κηδεμόνες, also tutores sive curatores spricht¹. So wird im syrischen Rechtsbuche der römische tutor legitimus wie der tutor testamentarius zum „epitropos oder curator“, was schon MITTEIS beobachtete². Es ist dieselbe Erscheinung, die nach ALBERTARIOS guter Beobachtung sich in der nachklassischen Überarbeitung klassischer Juristenfragmente in den Vaticana fragmenta zeigt³. Auch die Konstitutionen des Codex Theodosianus weisen dieselbe Erscheinung auf⁴; sie zeigen auch, wie entsprechend dem einheitlichen griechischen Ausdrucke κηδεμών statt tutor sive curator auch der terminus tutor minorum zum gemeinsamen Namen für die beiden Gruppen des Altersvormunds wird⁵. Die

¹ P. Oxy 888, MITTEIS, Chrest. 329.

² L. 7, L. 37, dazu MITTEIS, Reichsrecht und Volksrecht S. 218. Vgl. heute R. II, 4, sowie R. II, 80 (L. 90) R. II, 2, dazu PARTSCH, Sav.-Zeitschr. 28, 439. Vgl. heute auch DE FRANCISCI, Saggi romanistici 1913 S. 1—49, eine Darlegung, die mir noch im Moment der Drucklegung zugeht. Diese Darlegung stellt heute die beste Exegese der Bestimmungen des syrischen Spiegels zum Vormundschaftsrecht dar. Es war nicht möglich, die Verweise auf die einzelnen Seiten der Abhandlung noch einzufügen.

³ Sviluppo delle excusationes Pavia 1912. Übrigens bleibt auch nach der Arbeit ALBERTARIOS und nach den Bemerkungen SOLAZZIS, minore età p. 108 ff. noch ganz zweifelhaft, wie man sich diese Einschießel, die mit Rücksicht auf die cura erfolgten, zu erklären hat. ALBERTARIO denkt an einen Interpolator, der die schon vorhandene Sammlung der Fragmente bearbeitete. Das ist unwahrscheinlich, da es an solchen Einschießeln in den Papinianfragmenten wie in den Schriften Paul. Quaest., Paul. testam., Paul. ad municipal., de cognitionibus, fehlt. Überarbeitet sind nur Fragmente aus Ulp. de excusationibus, de off. praet. tut. Paul. de excusat. Dann könnten also nur diese für die Praxis des Vormundschaftsrechts besonders wichtigen Schriften interpoliert worden sein. Man hätte nicht nötig, eine besondere Interpolation der ganzen Sammlung der Vat. Fragm. anzunehmen.

⁴ Cod. Theod. 3, 17, 3 (anno 389). Cod. Theod. 3, 30, 1 (anno 314). 3, 30, 3 (326). 3, 30, 4 (anno 333) 3, 30, 5 (anno 333). 3, 31, 1 (anno 400). Vgl. auch Interpretatio ad legem Visigoth. ad Theod. 2, 16, 2: aut per se aut per tutoris vel curatoris vitium male acta sunt.

⁵ Cod. Theod. 3, 18, 1 (anno 357); 3, 30, 6 (anno 396); Cod. Theod. 2, 16, 1 (anno 326). Zu dieser Konstitution vgl. SOLAZZI, minore età p. 250, der mit Hinblick auf Cod. Theod. 3, 30, 3 richtig ausführt, daß in jenem ersten Reskripte die tutores die curatores minorum mitumfassen.

Verwischung der scharfen Grenzen zwischen Tutel und Kuratel, die Herausbildung eines tutor sive curator, wie ihn die Quellen nennen, ist also wohl nicht nur ein Resultat des hellenistischen Vulgarrechtes¹, nicht ausschließlich eine nachträgliche Erfindung der interpolierenden Byzantiner², sondern es ist der charakteristische Niederschlag, den ein lebendiger Rechtsgedanke des Reichsrechtes selbst in der Rechtssprache ließ. Nur weil in der Ernennung und im Namen des Vormunds gar nicht scharf zwischen curator und tutor unterschieden wurde, konnte die bekannte Streitfrage über den Zeitpunkt, zu welchem die Pubertät eintritt, bis Justinian offen bleiben. Unter anderen Verhältnissen wäre es notwendig gewesen, den tutor als Unmündigenvormund vom Minorenkurator zu scheiden und schon deshalb klarzustellen, ob es auf die Vollendung des 14. Lebensjahres oder auf die individuelle Körperbeschaffenheit für die Pubertät ankomme. Wer diese Tatsache erkennt, wird etwas skeptischer gegen die heutige Interpolationenforschung sein, die im Codex aus den diokletianischen Reskripten schon deswegen überall den curator herausstreicht, weil ein Vormund als tutor vel curator bezeichnet wird, und das Reskript einen konkreten Tatbestand, in dem es sich im klassischen Sinne entweder um den tutor oder den curator handelt, entscheidet³.

¹ Wie MITTEIS, Reichsrecht, 218 denken konnte.

² Wie manche moderne Arbeit der Interpolationenforschung zu glauben scheint, vgl. oben S. 67f.

³ PAUL KRÜGER, Festgabe für GÜTERBOCK, S. 248, hat neben mehreren schlagenden Interpolationsannahmen (Cod. 2, 18, 1 — 5, 38, 4 — 5, 41, 1 — 5, 43, 5 — 5, 44, 3 — 5, 54, 2 — 5, 56, 4, 2 — 5, 63, 1, 3 — 5, 50, 1, 1) auch zweifelhafte: Cod. 5, 57, 1, 2 und eine bedenkliche: Cod. 5, 51, 7, vgl. oben S. 71 A. 1.

Daß der tutor vel curator schon im Cod. Hermogenianus im diokletianischen Reskript in der Entscheidung des Einzelfalles steht, zeigt consult. vet. iuricons. 5, 6 (anno 294). SOLAZZI hat die Zahl der Interpolationsnachweise bedeutend vermehrt (p. 83 ff.) und in Cod. 2, 4, 1 — 5, 34, 1 — 5, 37, 3 — 5, 53, 2 — 5, 54, 2 — 5, 55, 2 — 5, 56, 1 — 5, 69, 1 — 9, 1, 2 — überzeugend die Interpolation nachgewiesen. Aber bei mancher Stelle bleibt der Zweifel, ob nicht schon der tutor seu curator des dritten Jahrhunderts genannt war: Cod. 5, 39, 3 (SOLAZZI, minore età 91) — Cod. 5, 52, 2 (anno 284). Und SOLAZZI spricht (S. 218) kurzweg die Stelle consult. 5, 6 als interpoliert an, weil „vel curator“ ripugna al tenore del rescritto decidente un caso concreto . . .“

d) Die Geschäftsführung des in servitute gehaltenen Freien für den Scheineigentümer.

Wenn der bona fide serviens für den Herrn, der ihn gutgläubig als Knecht hielt, auf dessen Auftrag Geschäfte besorgte, konnte er anscheinend unter doppeltem rechtlichem Gesichtspunkte behandelt werden. Entweder man ließ die zivilrechtlichen Folgen aus diesem Auftrag, der in Wahrheit einem Rechtsfähigen erteilt war, eintreten und behandelte solche Weisung als echtes Mandat. Das entsprach der alten Lehre des Zivilrechtes, so wie Quintus Mucius, Masurius Sabinus und Juristen des zweiten Jahrhunderts sie verfochten. Wie der bona fide serviens dem dominus aus Sachbeschädigung haftet¹ — wie er durch Verbalvertrag gegenüber dem scheinbaren Herrn sich verpflichten kann² — wie er als Verkäufer³ oder Erbe eines Manzipanten⁴ dem dominus gegenüber haftbar werden kann, wie er selbständig⁵ die ihm anfallende Erbschaft erwerben kann oder dem Ehegatten des dominus

¹ D. 9, 2, 13, 1; D. 40, 12, 12, 6.

² D. 45, 1, 118 pr.; D. 41, 1, 54, 1.

³ D. 21, 1, 23, 6.

⁴ D. 21, 2, 19, 1 bezieht sich nach dem Zusammenhang vielleicht auf actio ex stipulatu aus der stipulatio duplae (Ulp. Fr. 27, 26).

⁵ Die Lehre des Quintus Mucius tritt noch im Satzgefüge von D. 41, 1, 54 pr. hervor (Pomp. 31, ad Qu. Muc.). Homo liber hereditatem nobis acquirere non potest. Qui bona fides nobis servit, sibi (ins. MOMMSEN) adquirit. Pomponius fügt augenscheinlich hinzu: si tamen sponte sua [sciens conditionem suam] adierit: nam si iussu nostro adierit, neque sibi neque nobis adquirit [si non habuerit animum sibi acquirendi, quod si eam mentem habuit, sibi adquirit]. Die Interpolationen sind erkannt, vgl. PERNICE, Labeo 2, 1 (2. Aufl.) p. 372 ff. Anm.; KRÜGER, ed. ad. h. l. PERNICE will alles nach si tamen als Interpolation behandeln. Aber dazu fehlt der Anlaß, da sonst gerade auch feststeht, daß im zweiten Jahrhundert die Antretung, die nicht sponte sua, sondern nur auf iussum des dominus erfolgt war, im zweiten Jahrhundert unwirksam ist. (Pomp. D. 41, 1, 19 am Ende.) Nur die Worte sciens conditionem suam sind wohl interpolatorisch. Sie entsprechen sprachlich einem sehr weit verbreiteten Interpolationentypus, auf den ich demnächst noch in anderem Zusammenhange einzugehen gedenke. Wie hart sie sachlich wirken, betonte schon PERNICE mit Recht.

Pomp. (3 ad Sabinum) D. 41, 1, 19 . . . sed Trebatius, si liber homo bona fide serviens iussu eius cui serviet hereditatem adisset heredem ipsum fieri nec interesse quid senserit [sed quid fecerit, gl. MOMMSEN]. Labeo contra si ex necessitate id fecisset: [quod si ita, ut ipse vellet ipsum fieri heredem]. Diese Interpolation, die man bis heute wohl noch nicht erkannt hat, geht aus der in D. 41, 1, 54 pr. hervor. Der Klassiker kennt nur den Fall, daß

schenken kann¹, so ist hier nach alter Lehre auch das Mandat zwischen dem dominus und dem bona fide serviens möglich. Es ist eben ein dogmatischer Fortschritt der römischen Jurisprudenz, daß die Frage exakt gestellt wird, ob in einem Falle, in welchem äußerlich die Rechtsfähigkeit und die Merkmale eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes vorliegen, auch der rechtsgeschäftliche Wille bei dem handelnden Individuum gegeben ist. Darauf, daß die alte Zivilrechtslehre auch bei der Geschäftsführung auf Weisung des scheinbaren dominus vom echten Mandat sprach, deutet noch eine Stelle aus des Pomponius' Sabinus-Kommentar, die allerdings stark zusammengestrichen ist². Labeo polemisierte gegen die gekünstelte Anschauung der älteren Juristen, welche dem bona fide serviens Vertragswillen zutraute, während er nur unter dem Drucke der Disziplin seines Herrn gehandelt hatte.

der bona fide serviens selbst aus freien Stücken antritt, und den anderen, daß er iussu domini antritt. Erst die Byzantiner kennen den neuartigen Fall, daß der bona fide serviens necessitate und doch den eigenen Tendenzen entsprechend handelt. Man beachte als sprachliches Kennzeichen der Interpolationen die Worte ipsum fieri heredem. Das ipsum war am Anfang (vgl. die Worte heredem ipsum fieri) sinnvoll, am Ende ist das ipsum sinnlos und ist wohl nur aus der Nachbildung der ersten Stelle und vielleicht als Übersetzung eines griechischen ἀπόρος zu betrachten.

D. 28, 5, 60 (59) pr. (Celsus, 16. Digest.) liber homo cum tibi serviret; heres institutus iussu tuo adiit. Trebatius esse eum heredem: Labeo tunc non esse heredem si necessitate id fecerit non quod alioquin vellet obligari]. Auch hier ist der Gedanke, daß der angewiesene bona fide serviens trotz der necessitas servilis doch gleichwohl selbst den Willen, Erbe zu werden, haben könne, offenbar interpoliert.

¹ D. 24, 1, 3, 8; D. 41, 1, 57.

² D. 13, 6, 13, 2 (Pomp. 11, ad Sab.) si libero homini qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus an habeam commodati actionem, nam et Celsus filius aiebat si jussissem eum aliquid facere [vel] mandati cum eo [vel] praescriptis verbis] experiri me posse: idem ergo et in commodato erit dicendum . . . Daß die eingeklammerten Worte eine Interpolation enthalten, behauptete schon BESELER, Beiträge 2, 159, sicher einleuchtend. — Vor nam et muß ein Satz fehlen, der vielleicht dieselben Juristen als Autorität nannte, die bei der Frage des Erbschaftserwerbs des bona fide serviens eine Rolle spielten: also Quintus Mucius, Masurius Sabinus, dessen Originalfragment nach der Fragestellung doch wohl fehlt; dazu wird noch Celsus der Jüngere genannt, der also wohl auch in der Frage des Erbschaftsantritts im echten Texte von D. 28, 5, 60 pr. mit Trebatius und nicht mit Labeo gegangen sein wird. Ob der Endsatz von D. 13, 6, 13, 2 nicht wenigstens zum Teil echt ist, ist hier nicht zu untersuchen. Vgl. PEROZZI, Le obbligazioni romane Bologna 1903, p. 101 Anm.

Wie Labeo in der Lehre vom Erbschaftserwerb den freien Willen des bona fide serviens maßgebend sein und daher die aditio hereditatis des bona fide serviens nicht wirken ließ, wenn der Scheineigentümer sie anbefohlen hatte, so bestritt Labeo auch das Zustandekommen eines Auftrags, wo der dominus dem bona fide serviens den Befehl zur Geschäftsführung gegeben hatte. Paulus wie anscheinend auch Ulpian folgten hierin dem großen Juristen der augusteischen Zeit. Haftung und Ersatzanspruch nach den Grundsätzen der ediktalen negotiorum gestio zu behandeln, war für diese Lehre auch nicht möglich, wenn wirklich das Edikt nur für den voluntarius procurator den Rechtsschutz verhielt. Aber entweder Labeo oder erst die spätere Jurisprudenz nahm gleichwohl zur Rubrik de negotiis gestis ihre Zuflucht. Paulus soll nach dem justinianischen Texte entschieden haben, negotiorum gestorum actio danda est¹. Dabei ist es deutlich, daß hier die Klassiker jedenfalls nicht die ediktale Formel anwenden konnten. Paulus betrachtet die Frage als offen, mit welcher actio der bona fide serviens Aufwendungen aus seiner negotiorum gestio ersetzt verlangen könne. Als Begründungssatz dafür, daß jedenfalls die ediktale actio negotiorum gestorum nicht in Betracht kommen konnte, heißt es bei Paulus, der bona fide serviens führe das Geschäft des Scheineigentümers nicht als dasjenige eines amicus, sondern als dasjenige seines Herrn (non enim quasi amici sed quasi domini negotium gessit). Diese Worte gelten mir als eine sehr wertvolle Bestätigung dafür, daß die ediktale Rubrik eben nur dem amicus (vgl. oben S. 13f.), also dem freiwilligen gestor des absens, die Klage gab. Wenn Paulus trotz dieser Bedenken entscheidet: „sed negotiorum gestorum actio danda est“, so hörte schon PAUL KRÜGER² daraus mit Recht heraus, daß diese actio eine actio utilis gewesen sei. Das hat schon Cuiacius gelehrt³, und diese Lehre hatte sich bis ins 19. Jahrhundert er-

¹ D. 3, 5, 5, (6) 7 (5): dabitur negotiorum gestorum actio (*utilis*). D. 3, 5, 18, 2: erit igitur bis obligare possem ist interpoliert. Der Klassiker sprach auch hier vom dare einer actio utilis negotiorum gestorum. D. 3, 5, 35 (36): sed (*utilis*) negotiorum gestorum actio danda est. Diese actio utilis war wahrscheinlich nicht schlechthin gegeben, sondern nur im Notfall. Wenigstens deutet darauf das Sätzchen: si creditori eius soluta sit in D. 3, 5, 35 (36), das sicher interpoliert ist, da es schon sprachlich ganz in der Luft steht.

² Ed. ad h. l.

³ Rec. sol. in lib. IV quaest. Pauli ad leg. XXXVI de neg. gest. Paratit. in lib. II Cod. iust. ad tit. XVIII. Rec. in lib. IV prior. Cod. iust. ad tit. XVIII.

halten¹, bis Wlassak ihr entgegentrat. Die Zweifel, die Wlassak der Lehre, daß hier eine *actio utilis negotiorum gestorum* vorliege, entgegenstellte, stützten sich im wesentlichen auf die Tatsache, daß in den justinianischen Quellen von der *actio utilis* nicht die Rede sei, — ein sehr bedenkliches Argument, da ja auch für Wlassak schon offenbar war, daß in dem Fragment 46 (47) § 1 h. t. die klassische Unterscheidung von *actio directa* und *actio utilis* durch den byzantinischen Gesetzgeber dementiert war. Und es ist ja nicht einmal richtig, daß in diesen Stellen nur von einer ediktalen Klage gesprochen wird, unter deren Tatbestand dieser Fall der *Gestio* des *bona fide serviens* fällt. Seit Wlassak seine Einwendungen vorbrachte, haben wir zum Teil gerade durch Wlassaks Verdienst schärfer auf die Formulierung achten lernen, in welcher die Quellen von der Verleihung des Klagschutzes sprechen. Und in Fragment 5, 7 wie in Fragment 35 tritt deutlich hervor, daß eine besondere auf das *dare actionem* gerichtete Tätigkeit des Prätors erwähnt wird, während es nicht üblich ist, daß dieses *dare* besonders unterstrichen wird, wenn es sich um eine Klage handelt, die durch wörtliche Anwendung des verheißenden Ediktes und der ediktalen Formel sich ergibt. So ist es eine gute Vermutung, daß in diesem Falle die Erwähnung der *actio utilis* in den klassischen Entscheidungen ebenso herausgestrichen wurde, wie es sonst im Titel D. 3, 5 planmäßig geschah.

e) Der Klagschutz des beauftragten gestor.

Schon oben wurde auf den Fall eingegangen, daß der *negotiorum gestor* auf Mandat eines anderen als des *dominus* handelt (oben S. 15 ff.). Es kann für diese *actio utilis negotiorum gestorum* auf jene Darlegung verwiesen werden.

f) Die *actiones utiles* in Ulpian's Edikts-Kommentar.

So ist in der römischen Juristenüberlieferung ein ganzer Kreis von *actiones utiles* zur Rubrik *de negotiis gestis* nachweisbar: Formeln, die alle auf dem Gedanken aufgebaut waren, daß sie in einem Falle eingreifen sollten, in welchem nicht ein *procurator voluntarius*, sondern der gestor auf Grund einer vor der *Gestio* bestehenden *Gestionspflicht* tätig wurde. Unter sich haben diese

¹ Vgl. in verschiedener Formulierung *Νοοδτ*, *Comment. ad Dig. liber III tit. V. KRITZ*, *Das Pandektenrecht* 1, 1 S. 361 ff.

² *Negotiorum gestio* S. 142 ff.

Formeln mannigfache Unterschiede gehabt, deren Einzelheiten zu erkennen die Überlieferung nicht genügt. Nur an die Ulpianstelle D. 27, 5, 1, pr. 7 sei nochmals erinnert, wo es deutlich wird, daß die *actio utilis* gegen den Scheintutor nicht dieselbe Fassung hat wie die gegen den tutor *postumi* im Falle, wo das Kind nicht geboren wird, und daß andererseits der curator *impuberis*, der als prätorischer Verwaltungskurator *Gestionspflicht* hat und daher mit der *actio utilis* gehaftet haben muß¹, nicht mit dieser *actio* gegen den Scheintutor haftet. Aber das einigende Band für alle Fälle dieser Gruppe der *actiones utiles* ist doch vorhanden: nicht umsonst stehen wohl die *actio* zum Ersatz der Aufwendungen des Tutors, die *actio* der zivilen Kuratoren, die Klage gegen den Scheintutor in D. 27, 4, 1, 1—3 zusammengenannt in einer Stelle, für welche oben vermutet wurde, daß sie in einer Erörterung zu dieser Art *utilis actio negotiorum gestorum* stand (vgl. oben S. 49 f.). Es taucht der Gedanke mit Notwendigkeit auf, ob in dem guterhaltenen Ulpiankommentar für Rubrik *de negotiis gestis* nicht wenigstens eine Spur dieser wichtigen *actiones utiles* erhalten ist.

Für die Rekonstruktion dieses Kommentars konnte LENEL² die Grundzüge feststellen: D 3, 5, 1 zeichnet die allgemeine Tendenz des Ediktes; D. 3, 5, 3 pr.—7 kommentiert Ediktswortlaut. Fr. 3 § 9 wird heute wohl von der vorwiegenden Lehre mit LENEL als Rest des Kommentars zur *formula in factum concepta* gefaßt. Wie D. 3, 5, 3, 8 zu erklären ist, kann zunächst zweifelhaft sein. LENEL wollte zuerst an eine Verwerfung dieses Fragmentes glauben; heute weist er diesen Gedanken ab und will auch § 8 zur *formula in factum* ziehen, da für eine Verwerfung ein Grund fehle. Ich glaube, daß dieses Stück zu keinerlei Schlüssen Anlaß geben kann. Es mag sich auf irgendeine Frage der *negotiorum gestio* bezogen haben. In einen klassischen Text interpolierten jedenfalls erst die Byzantiner den *exsecutor a praetore datus in negotio meo*, den byzantinischen Sachwalter für Prozeßführung und Zwangsvollstreckung, der erst seit der Mitte des fünften Jahrhunderts in den Quellen nachweisbar ist³.

¹ Oben wurde auf diesen curator, den neuerdings TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtl. Studien* (1913) S. 46 ff. eingehend behandelt hat, nicht eingegangen. Das Fragment D. 27, 5, 1, 7 erscheint PETERS *Sav. Zeitschr.* 32, 256, 1 schwer interpoliert. Das ist für den Schluß ab „at iste“ sehr wahrscheinlich. Für den Anfang fehlt es mir am Interpolationsanhalt.

² PALING, *Ulp. Fr.* 346 ff., Ed.² S. 101 f.

³ Wlassak, *neg. gestio* 100 ff. bezieht ebenso wie schon DERN-

Wenn man dieses Fragment beiseite läßt, ist die Rekonstruktion des Kommentars, wie sie LENEL sonst gibt, ohne Schwierigkeit: es folgten nach D. 3, 5, 3, 10 und 11 die Kommentarstücke zur *actio contraria* und *actio directa* mit *formula in ius concepta*, in denen LENEL die Beziehung zur *demonstratio* und *intentio* deutlich wiedererkannt hat.

Nur eines bleibt hier auffallend: Obwohl vorher, wenn wir fr. 3 § 8 ausscheiden, nur von der *actio negotiorum gestorum* des *voluntarius procurator* die Rede war, heißt es plötzlich, an der Spitze des Formelkommentars oder in einer Darlegung, die diesem vorausging: *hac actione tenetur non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit.*

Hier ist also gerade das abgelehnt, was sich aus der Detailuntersuchung über die *actiones utiles* dieser Gruppe uns ergab: die unfreiwilligen *gestores* sollen nach der normalen Musterformel der *actio neg. gestor.* behandelt werden; schon die Glosse bezog auf diesen Tatbestand den Fall des *curator*, andere Spätere auch die *gestio ex necessitate servili*. Und WLASSAK stützte sich auf diese Worte des Digestentextes, um die *actiones utiles* der un-

BERG Pfandr. 2, 254 und nachher COGLIOLO, Trattato 1, 78 f., PACCHIONI, Trattato p. 157 die Stelle auf den *Exsecutor*, der auf Geheiß des Magistrates den öffentlichen Pfandverkauf vornimmt. Aber von diesem speziellen Fall steht nichts im Wortlaut der Stelle. Die Byzantiner (Steph. schol. ad h. l., Zach. suppl. p. 132 n. 3) wußten sehr wohl, daß der *πρόκτωρ καὶ ἐκβιβαστής* (*exsecutor negotii*) damit gemeint war, der hier von Beamten zur Verwaltung der Geschäfte einer Person bestellt wird, was ja sehr wohl damit vereinbar ist, daß die Partei selbst sich den *curator* ausgesucht hat. Da nun von prätorischer *datio* eines Exekutors nur diese Stelle spricht, da ferner überall, wo der *exsecutor negotii* vor der Mitte des fünften Jahrhunderts in den Quellen vorkommt, er sicher interpoliert ist (Cod. 7, 38, 3, 1; Cod. 8, 16, 7 [*exsecutores a quocumque iudice dati!*] Cod. 12, 60, 5 sind durch Paralleltex te nachweisbar!), ist es sicher, daß hier dieser spätrömische Sachwalter (über den vgl. Gött. Nachr. 1911, 241 ff.) wie in D. 22, 5, 25 von den Byzantinern aus Gründen ihrer Praxis hineingesetzt wurde, um die Haftung dieses byzantinischen *Solicitors* gegenüber der eigenen Partei klarzustellen. Aus demselben Grunde betrachte ich in D. 50, 13, 1, 11 non tamen — erunt als Interpolation; denn aus dem Scholion des Anonymos zu D. 22, 2, 25 (Bas. Heimb. 2, 401) geht hervor, daß der prozeßbetreibende Sachwalter *qui pro tractatu . . . accipere quid sole(n)t* eben der *ἐκβιβαστής* ist. Für den *exsecutor* stellte Herr Gymnasialdirektor Dr. GRUBE mir liebenswürdigst die Sammlung des *Vocabular. iurisprud. rom. zur Gegenprobe zur Verfügung.*

freiwilligen *Gestio* überhaupt ins Reich der Chimäre zu verweisen¹. Er konnte noch nicht die Frage stellen, ob die Klassizität dieser Stelle zweifelsfrei ist. Nicht nur, daß die zahlreichen Tatsachen für ihn außer Ansatz blieben, die in Wirklichkeit für einen ganzen Komplex von *actiones utiles* sprechen. Es blieb auch übersehen, daß eine sehr entschiedene byzantinische Überlieferung zu dieser Stelle selbst uns bestätigt, daß noch Justinians Zeitgenossen sehr wohl wußten, daß alle diejenigen, die „aus dringender Notwendigkeit oder in der Überzeugung von solcher Notwendigkeit gerieten“, nur mit einer *actio utilis* haftbar wurden.

Der Anonymos, jene Quelle, die das Kommentatorenwissen der justinianischen Zeit zusammenfaßte, sagt zu der Stelle D. 3, 5, 10²: zum Beispiele komme (diese *actio urgente necessitate vel suspicione necessitatis*) in Betracht bei den Kuratoren. Dort stehe die *actio utilis negotiorum gestorum* zu. Daneben wird ein Fall genannt, wo auch nach Meinung des Anonymos dieser Geschäftsführungsanspruch Platz greifen soll: Für den Regreß des Miterben gegen die anderen Miterben, wenn der Miterbe das Pfand durch Bezahlung der ganzen Schuld ausgelöst hat³. Die-

¹ Vgl. WLASSAK, *neg. gestio* 141 ff.

² ZACH., suppl. p. 132 n. 4.

³ Dafür wird zum Beweise auf Kommentarstücke zum *iudicium fam. ercisc.* verwiesen, D. 10, 2, 18, 4—7. Es muß richtig sein, daß nach klassischem Recht solche *actio neg. gestor. utilis* hier möglich war, denn, wie BERGER, *Teilungsklagen* 221—241 wahrscheinlich machte, ist nach klassischem Recht die Anstellung der *Teilungsklage* bei Fortdauer der Gemeinschaft zur Einklagung der Aufwendungen unmöglich. Man brauchte also für die Ersatzansprüche während Dauer der Gemeinschaft besondere Klagen, und da der Miterbe hier nicht freiwillig handelte, stand ein ediktaler Anspruch aus der Geschäftsführung kaum zu. Ist das richtig, so ergibt sich eine Interpolation in Cod. 2, 18, 3: *Sive pro fratre coherede pecuniam solvisti, negotiorum gestorum actione experiri potes, sive pignoris liberandi causa debitum universum solvere coactus es, [actionem eandem] habebis vel iudicio familiae herciscundae, si non est inter vos redditum, eam quantitatem adsequeris.* Der klassische Text hatte sicher nicht die selbe Klage aus Geschäftsführung in den beiden unterschiedenen Fällen. Er gab die *actio neg. gest.* selbst nur im ersten Falle, wo der Bruder freiwillig gezahlt hatte. Im zweiten, wo die gezwungene Aufwendung besonders betont wird, war wohl vom *iudicium utile neg. gest.* die Rede: *iudicium utile habebis.* vorher *actione (directa) experiri potes.*

Eine andere solche *actio neg. gestorum utilis* ist wohl die *actio utilis* in D. 10, 2, 49, die LENEL, Ed.² 201 Anm. 10, 203 noch als *iudicium utile fam. ercisc.* ausspricht. BERGER, *Teilungsklagen* S. 141 ff. will annehmen, daß hier Ulpian nur entschied, daß keine *actio fam. erc.* statfinde. Sicher

selbe Auffassung findet sich bei dem Anonymus in der oben besprochenen Stelle¹, welche die actio utilis im Falle des curator auf dem Gedanken beruhen läßt, daß die Curatoren necessitate urgente vel suspicione necessitatis handeln (oben S. 65). Stephanus zitiert im Index zu derselben Stelle D. 3, 5, 3, 10, als Beispiel einen anderen sicheren Fall einer actio negotiorum gestorum utilis: die actio negotiorum gestorum gegen den städtischen curator, der ein Stiftungsvermögen verwaltet hat und von den gesetzlichen Erben aus der Vermögensverwaltung haftbar gemacht wird. Gegen diesen curator mit Verwaltungspflicht muß hier natürlich die actio utilis negotiorum gestorum stattgefunden haben, wenn unsere Ausführungen richtig sind (vgl. oben S. 66 ff.)².

Endlich hat Thalelaios sehr wohl gewußt, daß dieser Ersatzanspruch des unfreiwilligen gestor sich sachlich von dem des freiwilligen unterscheide: Zu Cod. 2, 18, 18 lautet die Paragraf: wie der freiwillige gestor, der die contraria negotiorum gestorum anstellt, Zins für seine Aufwendungen verlangt, so kann auch derjenige, der unter dem Druck der Notwendigkeit geriert hat und klagt, Zinsen fordern³. Die nächstliegende Auffassung der Stelle ist doch, daß der notwendige gestor eben nicht die actio contraria negotiorum gestorum selbst, sondern eine andere Klage hat.

ist deficiente — moretur stark interpolationsverdächtig. Der folgende Begründungssatz zeigt, daß Ulpian eine Teilungsklage für solche Aufwendungen, die vor Entstehung der Erbengemeinschaft liegen, ablehnt. Aber dieser Begründungssatz läßt wohl eher auch darauf schließen, daß Ulpian vorher eine actio wirklich befürwortet hat. Und wenn auch die Streichung von negotiorum gestorum hier nicht scharf erwiesen werden kann, so ist doch im folgenden (ex ea causa . . . quam gessit . . . quia non animo heredis gessisse videtur . . .) so vielfach auf die negotiorum gestio angespielt, daß die Vermutung möglich ist. Daß die actio utilis allein stehen blieb, entspräche nur dem Verfahren, das auch sonst beobachtet werden kann, wo sichere Fälle der actio neg. gestorum utilis zur utilis actio schlechthin werden. Vgl. oben S. 39, 43, 66, 72 A.

¹ Schol. ad Bas. 38, 5, 1 (HEIMB. 3, 731), oben S. 65.

² Die Gestionspflicht dieser actores beruht auf ihrer Pflicht gegenüber der Stadt, wie wir sie in I. Urson. cap. 80, 81 feststellen können, wo auch die cautio erwähnt wird; zu bemerken ist dabei, daß die Verwaltungsbefugnis nach cap. 81 ebenso von der Kautionsstellung abhängt wie bei der Tutel, bei der cautio des curator furiosi und bei der nachklassischen Minorenkuratel.

³ ZACH., suppl. p. 163. Σημείωσαι ἐκ τῆς διατάξεως ὅτι ὡσπερ ὁ ἐκονσίως διοικήσας καὶ κινῶν τὴν κοντραρίαν νεγοτόρουμ γεστόρουμ ἀπαιτεῖ τόκους ὧν ἀνήλωσε, οὕτως καὶ ὁ ἀνάγκη διοικήσας καὶ κινῶν δύναται τόκους ἀπαιτεῖν . . .

Der Gegensatz, in welchem das fr. 3 § 10 zu diesen Nachrichten der Byzantiner wie andererseits zu den einzelnen Beobachtungen unserer Darstellung (S. 46—72, 95—98) steht, ist im Wege der Interpretation nicht zu beseitigen. Das hat WLASSAK (Neg. gestio S. 140—150) gezeigt, indem er die Vermutungen der Älteren, die sehr vielfach von den actiones utiles sprachen, abwies. Da WLASSAKS eigene Auffassung von der Bedeutung des Ediktes de negotiis gestis den erkennbaren Tatsachen, welche zur Rekonstruktion dienen können, nicht Rechnung trägt, bleibt nichts übrig, als in der Stelle D. 3, 8, 3, 10 einen byzantinischen Eingriff zu vermuten¹: ich meine, Ulpian sagte, daß die ediktale Formel nur denjenigen betrifft, qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis, während gesagt war, daß utilis iudicis für denjenigen gesorgt werde, qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit. Das ist zweifellos ein Gewaltstreich gegen den justinianischen Text, aber doch eine Hypothese, die den Vorteil hat, die Nachrichten der Klassiker wie die eigenartige byzantinische Theorie zu vereinen: wer den Digestentext retten und die byzantinische Lehre von den utiles actiones negotiorum gestorum als späte Kommentatoretheorie ansprechen will, muß beweisen, wie solche angeblich ganz unklassische Lehre entstanden sein soll, im scharfen Widerspruch zum Text der justinianischen Gesetzestexte. Solange dieser Beweis nicht geführt ist, muß die byzantinische Juristenschule als ebensowohl unterrichtet gelten, wie sie es zweifellos in zahlreichen anderen Fragen war. Es bleibt zu bemerken, daß das Fragment 3 § 10 cit. so verstanden gar nichts anderes sagt als die zweifellos interpolierte Stelle D. 3, 5, 46 (47). Wie dort der Unterschied von actio directa und actio utilis für bedeutungslos erklärt wird, so geschieht es in jenen Fragmenten. Justinian ließ nur seine Absicht, die in Fr. 46 (47) grundsätzlich ausgesprochen ist, auch praktisch dadurch betätigen, daß er die zahlreichen actiones utiles negotiorum gestorum zum Teil durch Streichung des utilis für directae erklärte und entsprechend auch die Hauptstelle des Ulpiankommentars umarbeiten ließ. Da Fr. 46 (47) im übrigen zeigt, daß der Kaiser es nicht geradezu verbot, von den actiones utiles negotiorum gestorum weiterhin

¹ COGLIOLO, Trattato 1, 46 n. 27 findet sich mit dem fr. 3 § 10 anders ab: jeder gestor fremder Angelegenheiten werde hier den Regeln des Ediktes de negotiis gestis unterstellt, wenn er nicht ein Mandatar oder tutor ist. Davon bietet die Stelle ersichtlich nichts.

zu reden¹, konnten die Juristen sehr wohl die alten Kategorien der *actio directa* und *utilis* als wissenschaftliche Begriffe beibehalten und sich darauf berufen, daß noch im zweiten Codex die Streichungsarbeit bezüglich der *actio utilis* nicht energisch durchgeführt war, vielmehr selbst den Titel *de negotiis gestis* nicht völlig umgestaltet hatte. Zwar ist dort deutlich das *iudicium utile* in c. 14 durch die zweite Ausgabe des Codex gefallen (oben S. 21), aber die *actio utilis* blieb doch in const. 17 stehen. Und noch Thalelaeus hat für den ersten Codex hier den alten Text des fr. 3 § 10 kommentiert, als er die *actio contraria negotiorum gestorum* nur für den Fall freiwilliger Gestion erwähnte (vgl. oben S. 102).

In der Gesamtheit des klassischen Ulpiankommentars gab das Frag. 3 § 10 wohl nur einen Hinweis auf die Existenz der *actiones utiles* sowie einige Fälle, wie den in Fr. 3 § 11 erwähnten, der oben S. 17 ff. mitbesprochen wurde. Eine ausführliche Darlegung der *actiones utiles* war im Ediktcommentar an dieser Stelle wohl kaum gegeben. Wenn sie überhaupt in umfassender Darstellung stattfand, muß sie im Zusammenhang mit der Rubrik *de tutelis* gestanden haben. Denn daß dort über die Ersatzklage des tutor, über den Scheintutor ausführlich gehandelt war, muß nach dem oben (S. 49, 63.) Besprochenen wahrscheinlich sein. Vielleicht stand an dieser Stelle im julianischen Edikt eine *actio utilis negotiorum gestorum* selbst proponiert. Wenigstens könnte, wie oben ausgeführt (S. 49.), der Anfang von 27, 4, 1 darauf deuten. Aber Sicheres ist hier nicht zu erkennen.

Durch die Gruppe der *actiones utiles negotiorum gestorum* aus notwendiger Gestion war für die *negotiorum gestio* eine neuartige Bedeutung im Aufbau des klassischen Privatrechts gegeben: von Haus hafteten dem Titel *de negotiis gestis* des Edikts und seiner ediktalen Musterformeln noch die Spuren der Umstände an, unter denen er entstand. Einst war er nur mit Rücksicht auf den *amicus* geschaffen, der für den Abwesenden ohne Auftrag als Prokurator klagte oder *litis contestatio* vollzog, daneben für die Wahrnehmung von jurisdiktionellen Nachlaßgeschäften. Es war ein Sonderfall freiwilliger Geschäftsführung, der zunächst von der *actio funeraria* sich nur dadurch unterschied, daß man

¹ Eine solche grundsätzliche Rechtsänderung liegt nur für die *actio tutelae contraria* vor.

unter dem *negotium* auch zeitig andere Geschäfte verstand als diejenigen, für welche das Edikt geschaffen war.

Erst durch diese Gruppe der *utiles actiones* entstand praktisch ein Institut der auftraglosen Geschäftsführung, das überall dort Haftung und Ersatzanspruch bestimmte, wo ein *alienum negotium* geriert war, ohne daß der gestor vom *dominus negotii* selbst den Auftrag erhalten hatte. Das Rechtsinstitut, das sich so ergab, mußte zwei Hauptveränderungen durch die Dogmatik der Leute von Berytus und Justinians Gesetzgebung erfahren: einerseits wurde der alte Spezialfall, der das Edikt veranlaßt hatte, bedeutungslos: daß *negotia absentis* geriert waren, daß ferner der gestor auch nicht das Mandat eines Dritten haben durfte, um gegen den *dominus* klagen zu können, konnte ruhig verschwinden und damit die praktische Bedeutung des Unterschiedes von *actio directa* und *actio utilis* in die Rechtsgeschichte übergehen. Die andere Veränderung hing damit zusammen, daß die Gruppe der *utiles actiones* aus notwendiger Gestion ganz ungleichartige Fälle umfaßte. Es bestanden schon Sonderrechtssätze für den Ersatzanspruch des Tutors, für den Anspruch gegen den Scheintutor; als die byzantinische Theorie dazu kam, die bei den *bonae fidei iudicia* überall *ultra citroque* entstehende *obligatio annimmt*, war es gegeben, daß die *actio tutelae* ebenso ihre *actio contraria* erhielt wie die *actiones mandati* und *negotiorum gestorum* sie schon längst hatten. Die *actio* gegen den Scheintutor wurde danach entsprechend gestaltet, und für die Kuratoren, die der Tutel sachlich nahestanden, wurde wenigstens halbe Arbeit gemacht, indem man die *actio utilis*, das *curationis iudicium*, in eine Verwandtschaft mit der *actio tutelae* brachte, ohne allerdings ihren Charakter als *actio negotiorum gestorum utilis* deshalb zu beseitigen. Weil Justinian das klassische Recht der *Negotiorum Gestio* nicht völlig verwischt hatte, insbesondere bei der *cura* und der *actio tutelae contraria* wie bei der *actio protutelae* die alten Zusammenhänge mit der *Negotiorum Gestio* erkennbar blieben, kam wohl die byzantinische Dogmatik darauf, die *Negotiorum Gestio* zum Oberbegriff aller Klagen aus der Geschäftsführung zu machen (oben S. 46 A. 1.). Die Klagen aus Mandat, Tutel, Geschäftsführung ohne Auftrag und Protutel erscheinen als Unterfälle der allgemeinen Klage aus der Geschäftsführung. Man versteht wie bei den byzantinischen Kommentatoren so der alte Name der *actio neg. gest. utilis* für den Anspruch des cura-

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04373