

Werk

Titel: Von der actio tutelae utilis des Vormundes, welcher für seinen Mitvormund, an den...

Untertitel: Mit Beziehung auf einen beigefügten Rechtsfall

Autor: Lindelof, D. von

Ort: Heidelberg

Jahr: 1824

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1824_0007|log10

Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

zur Zeit in Schutz genommen wird. Aber selbst diese dilatorische Einrede, da sie nicht sowohl das gerichtliche Verfahren betrifft, als vielmehr in die Sache selbst eingeht, wird erst nach der Einlassung ihre schickliche Stelle finden unter den peremptorischen Einreden.

Die oben angeführte Stelle der Institutionen bestätigt die gewöhnliche Theorie nicht, wohl eher diese, wenn sie noch einer Bestätigung bedürftig wäre. Denn Justinian bemerkt keinesweges, daß ein jedes Berufen auf eine vom Gegner begangene Pluspetitio eine Einrede enthalte, und noch weniger eine dilatorische, sondern er spricht von demjenigen, der *tempore* zu viel fordert, indem er die *exceptio pacti conventi, ne intra certum tempus ageretur*, zu den dilatorischen Einreden rechnet.

VI.

Von der *actio tutelae utilis* des Vormundes, welcher für seinen Mitvormund, an den vormaligen Pupillen, ohne vorgängige Cession Zahlung geleistet hat. (Mit Beziehung auf einen beigefügten Rechtsfall.)

Von Herrn Prof. der Rechte D. von Lindelof in Gießen.

§. 1.

Die Frage: ob einem Vormunde gegen seinen Mitvormund für den er aus der Geschäftsführung ohne Cession gezahlt hat, die *actio negotiorum gestorum* oder die *actio tutelae utilis* zustehe, ist aus dem Grunde von größter Wichtigkeit,

weil der gegen seinen Kollegen klagende Vormund, nur mittelst einer *actio tutelae*, nicht durch die *actio negotiorum gestorum utilis* oder *contraria* die Hypothek des Pupillen in Anspruch nehmen kann.

Schon die Glossatoren waren über die Entscheidung dieser Frage nicht einig. Ad L. 2. C. de contr. jud. tut. (5. 58) heißt es:

„condemnatus conveniet pupillum ut sibi cedat actionem adversus contutorem, *vel si non cedat*, conveniet tutorem utili negotiorum gestorum actione *vel tutelae*;

ferner bei den Worten: *utili actioni*:

„scilicet negotiorum gestorum *vel tutelae* sec. Azo. Sic et L. 30 de negot. gest. et L. 4. C. si cert. petat.“

Singegen bemerkt die Glosse ad L. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distr. (27. 3.) zu den Worten: „*utilem actionem*.“

„scilicet negotiorum gestorum ut in L. 30. D. de negot. gest.“

und ad L. 30 D. de negot. gest. (3. 5.) *Verb. qua actione*:

„In pluribus tutoribus, si unus solvit pupillo id in quo alter deliquit (quia et ipse tenetur ut L. 1. §. 13 D. de tut. et rat. distr.) repetit per actionem utilem negotiorum gestorum; ut hic et in L. 2 C. de contr. jud. tut.“

Der Zweifel dauerte fort unter den spätern Juristen. Alciat führt bloß die beiden abweichenden Meinungen an, ohne die seinige bestimmt auszusprechen.¹⁾ Cujas scheint

1) Ad L. 1, C. de transact. (in Oper. Tom. III.) nro. 16 et seq. — Quod si tutor sibi fieri cessionem non petierit, ad huc utili negotiorum gestorum actione ut plerique

sich für die actio tutelae utilis zu entscheiden.²⁾ Noch bestimmter sprechen sich für diese Meinung aus Faber, Brunemann, Hering, Thibaut, Bucher, Mühlenschbruch u. a.³⁾ — Der entgegengesetzten Meinung, daß die Gesetze von der actio negotiorum gestorum reden, sind Christinäus und Reinhart⁴⁾, Huber⁵⁾, Struv⁶⁾, Pothier⁷⁾ u. a.

sentiant, ei succurritur (L. 30 D. de negot. gest.) licet utilem tutelae alii malint. (Arg. L. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distr. Lancelot, dec. hic.)

- 2) In den Paratitulis in Lib. V. Tit. 58. Codic. sagt Cuias freilich: post solutionem, cum extincta sit tutelae obligatio, nulla pupillo superest actio quam cedat, sed tutori qui solvit, in contutorem condemnatum est actio negotiorum gestorum. Er fährt aber so fort: Ante solutionem recte ceditur actio tutori; qui omne quod ex causa tutelae debetur, solvere paratus est, vel in solutione ipsa si conveniret, ut solventi tutori crederentur actiones adversus collegas, *vel sine cessione ei dantur utiles quasi ex cessione praesumpta* . . . Quod utique verum est, etiam absens et indefensus tutor post litem contestatam condemnatus sit. — Conf. ibid. ad Lib. V. Cap. 52. und Recit. ad Tit. Cod. de divid. tut. (5. 52.)
- 3) Faber, in L. 30 D. de negot. gest. (Rationalia ad Pand. Tom. I.) Brunemann ad tit. Pand. 27. 3. Hering, tract. de fidejus. Cap. 27. p. 3. no. 16. Thibaut, Pand. Syst. Tbl. I. §. 539 u. f. Bucher, Recht der Forderungen §. 20. Mühlenschbruch, Lehre von der Cession der Forderungsrechte §. 43.
- 4) Decisiones; Vol. I. Dec. 180. no. 8.
- 5) Prael. ad Pand. L. 26. tit. 7. §. 9.
- 6) Syntagma jur. civ. Ex. 31. §. 3. 39. Sein Commentator Müller not. c. scheint aber anderer Meinung zu seyn.
- 7) In Pand. Justin. Lib. 27. tit. 3. no. 17. not. e. ad L. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distr.: „deficiebat enim directa negotiorum gestorum actio; nam solidum solvendo suum negotium gessit, non vero sibi proposuit contutorem negotium gerere.

Doch nicht Autoritäten, sondern nur Gründe können entscheiden, und diese sollen jetzt näher geprüft werden.

§. 2.

Um sich einen Zugang zur Erörterung der hier vorliegenden Controverse zu öffnen, ist es nothwendig, einiges im Allgemeinen über actiones utiles vorauszuschicken ⁸⁾.

Es war und blieb immer Grundsatz des Römischen Rechts, daß eine Forderung nicht so wie ein Gegenstand des Eigenthums auf einen Andern übertragen werden konnte, wie dies der Strenge nach die Natur des Rechtsverhältnisses mit sich bringt, denn eine obligatio existirt nur durch die wechselseitige Beziehung, worin gerade diese Obligationsinteressenten zu einander stehen, hört mithin von selbst auf, sobald diese Beziehung von der einen oder der andern Seite wegfällt. Die vollkommene Veräußerung der Forderung selbst ist nicht möglich, weil jedes Aufgeben hier nothwendig ein Verschwinden des ganzen Rechtsobjekts zur Folge haben muß; selbst die Einwilligung des Schuldners kann hierin nichts ändern, sondern kann nur die Wirkung haben, daß an die Stelle des aufgehenden Rechts ein ganz neues wieder entsteht (novatio cum delegatione). Die Einwirkung eines neuen Erwerbers auf die Forderung stellt sich daher immer nur als die Beschränkung der Befugnisse des ältern Gläubigers dar, und selbst wo diese durch das Gesetz für völlig unwirksam erklärt sind, hat sich doch im neuesten Rechte eine Hinweisung auf sie erhalten.

Dazu kam noch der strenge Grundsatz des Römischen Rechts, wonach Niemand durch freie Mittelspersonen Rechte erwerben konnte, sondern Jeder für sich in Person handeln mußte; ein Rechtsprinzip, welches nur in Staaten von sehr beschränktem Umfange durchgeführt werden kann.

⁸⁾ Mühlenthal, von der Cession der Forderungsrechte, S. 1 — 16. §. 42, 43.

Da in jedem Staate von irgend einiger Betriebsamkeit der Verkehr mit Schuldforderungen unvermeidlich ist, so wurden jene strengen Grundsätze von den Römern nach und nach dahin modificirt, daß die Ausübung von Obligations-Verhältnissen auf Andere übertragen werden konnte. Sie thaten dies in ihrer bekannten Weise, nämlich so, daß das Princip nicht ganz aufgehoben wurde, und das Mittel, dessen sie sich dazu bedienten, war die schon vorher eingeführte Zulässigkeit eines gerichtlichen Stellvertreters 9).

Aus dieser Prozeßführung durch Andere und aus der Stipulation zwischen beiden Theilen vor dem Magistratus entstand das *dominium litis*; jedoch unterschied man bald zwischen dem gewöhnlichen *procurator ad agendum datus* und zwischen dem *procurator in rem suam*. Der *procurator* hieß nämlich *in rem suam*, wenn zwischen ihm und seinem Prinzipal ausgemacht war, daß er den Ertrag der eingeklagten Forderung für sich behalten sollte, wenn er also für sich und zu seinem eigenen Besten handelte; daher der Ausdruck *mandatum actionis* und *mandare actiones*.

Die Mandatsform war freilich das beste Mittel zu verhüten, daß die Forderung nicht als aufgegeben erscheine und nicht in den neuen Händen ganz etwas anderes werde, als was sie ursprünglich war. Allein man erstattete ihr auch keinen weiteren Einfluß auf das neu entstandene Rechtsverhältniß, als wie Consequenz und die einmal geschene Verknüpfung unumgänglich forderte, und man streifte die Fesseln ab, welche die beschränkte Mandatsform dem Verkehr mit

9) Nach dem Befehle der XII. Tafeln war ein solcher Stellvertreter noch nicht zulässig, wie dies schon aus den bekannten Worten zu erhellen scheint:

„Si morbus seniumve impedimentum erit, qui in jus vocabit, vocato vectabulum seu vehiculum quod adjunctis pecoribus trahitur, dato etc.“ — Bach *histor. jur.* (edit. 6ta) p. 36. 37.

Schuldforderungen anlegte, so oft sie sich mit dem Zwecke, den man dadurch erreichen wollte, nicht mehr vertrugen. So erklärt es sich, wie das neuere Römische Recht Ausnahmen von der Nothwendigkeit der wirklichen Cession machte, und in einzelnen Fällen wo diese entweder gar nicht erfolgen konnte oder wirkungslos wurde, durch actiones utiles eine außerordentliche Rechtshülfe verlieh, um einen unbilligen Schaden abzuwenden.

§. 3.

Die actiones utiles wurden zuerst durch den Prätor eingeführt, der theils durch sein Edikt, theils durch seine Decrete das Civilrecht ergänzte und modificirte, ohne jedoch die Principien desselben ganz aufzugeben. Sie sind nachgebildete Klagen, Analogieen von andern Klagen, durch welche Mängel und Lücken des bestehenden Rechts ergänzt werden sollten; daher sie auch nur in subsidium gegeben wurden.¹⁰⁾ Die schon bestehende Klage sollte Muster und Vorbild einer andern seyn, also für ein neu entstandenes Rechtsverhältniß gerade so und zu den nehmlichen Wirkungen gelten, wie wenn sie gleich anfangs für dieses gegeben wäre. — Das Verhältniß wird häufig durch die Ausdrücke: *exemplo, ad exemplum, ad similitudinem, veluti, quasi* bezeichnet.¹¹⁾

Wenn man auf ihre ursprüngliche Veranlassung Rücksicht nimmt, so kann man zwei Hauptarten derselben unterscheiden:

1) Die für ein Rechtsverhältniß Statt findende civilrechtliche oder prätorische Klage wurde auf ein anderes übertragen, bisweilen weil dieses jenem verwandt war, (wie die *utilis curationis causa actio*), noch öfterer, ohne daß diese Verwandtschaft existirte, weil man gern neue Rechtsfälle auf

¹⁰⁾ L. 21. D. de praesc. verb. (19. 5.) L. penult. D. de sent. passis. (48. 23.) L. 8. §. 8. D. ad Sc. Vellej. (16. 1.)

¹¹⁾ Brissonius, de Verb. Sign. V. utilis no. 3.

gewisse Analogieen zurückführte, um dadurch die möglichste Gleichförmigkeit im prozessualischen Verfahren zu bewirken; so entstanden durch bloße Beziehung des Vindications-Prozesses auf andere Verhältnisse mehrere neue actiones in rem, namentlich die vindicationes servitutis und pignoris, auch einzelne Fälle der vindicatio proprietatis¹²⁾.

2) Nicht selten wurde mittelst einer Fiction angenommen, daß die Bedingungen der actio directa, die in der That nicht vorhanden waren, zur Genüge vorhanden seyen, und daher bald eine neue Klage gegeben, z. B. die actio Publiciana, die Klage des honorum possessor, actio negotiorum gestorum utilis u. a.¹³⁾; bald eine nach strengem Grundsätzen weggefallene Klage dennoch für geltend erklärt¹⁴⁾. Haec aequitas suggerit, sagt Paulus etsi jure deficiamus¹⁵⁾. Bei den durch den Prätor eingeführten Rechtsverhältnissen wurde ohne Zweifel anfänglich in jedem einzelnen Fall unter Berücksichtigung aller Umstände erwogen, ob Gründe vorhanden seyen, von der alten Regel abzuweichen und eine actio utilis zu gestatten; bis sich durch die Praxis gewisse Grundsätze über die Voraussetzungen gebildet hatten, unter welchen gegen die Strenge des Rechts Rechte ertheilt, geschützt, wiederhergestellt werden sollten, und diese Grundsätze sprachen die Prätores in ihren Edikten aus.

Später, als vorzüglich durch die kaiserlichen Rescripte das Recht fortgebildet ward, wurden durch sie auch die meisten Fälle bestimmt, in welchen man eine actio utilis für

12) Cujacii Observ. Lib. V. Cap. 29.

13) L. 45. §. 2. L. 4. D. de negot. gest. (3. 5.) — L. penult. D. de tut. et rat. dist. 27. 3. — L. 3. C. de donat. quae sub modo. (8. 55.)

14) L. 1. §. 13. 14. D. de tut. et rat. distr. (27. 3.) L. 2. C. de contr. jud. tut. (5. 58.)

15) L. 2. §. 5. D. de aqua et aqu. pluv. acc. (39. 3.)

sich in Anspruch nehmen kann. In den Fällen nun, wo actiones utiles gestattet sind, hat man die Wahl, ob man von dieser Klage Gebrauch machen oder ob man sich die Klage zeitig abtreten lassen will, so daß die Cession hier erfolgen kann, ohne daß es derselben eigentlich bedarf.

§. 4.

Nach dieser Einleitung können wir zur Beantwortung der den Gegenstand dieser Abhandlung bildenden Rechtsfrage selbst übergehen.

Soviel ist gewiß, daß nachdem der Gläubiger (der gewesene Pupill) befriedigt und seine Klage erloschen ist, die freiwillige Cession nicht mehr wirksam erfolgen kann.¹⁶⁾ Gerade für diesen Fall kommt aber die im L. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distrah. (27. 3) enthaltene Constitution des Kaisers Antonius Pius und späterer Kaiser mit einer *actio utilis* zu Hülfe, die keine andere als die *actio tutelae utilis* ist. Es heißt nämlich in dieser Stelle:

Etsi . . . tutor praestiterit, *nec ei mandatae sunt actiones*, constitutum est a Divo Pio et ab Imperatore Nostro et Divo Patre ejus *utilem actionem* tutori adversus contutorem dandam.

Hiermit stimmt überein: L. 2. C. de contr. jud. tut. (5. 58). (Imp. Antonius 213.)

Si non ex propria culpa solus pupillae condemnatus es, sed absens et indefensus acquievisti; cum ex causa judicati satisfacere coeperis, *actiones* adversus contutores tuos *mandari* tibi a pupilla desiderabis, *vel utili actione* uteris.

Aus diesen Gesetzen geht klar hervor, daß der Vormund durch den Mangel der Cession nicht verlieren, daß ihm durch die *actio utilis* gerade so wie durch die Cession selbst

¹⁶⁾ L. 76. D. de solut. (46. 3.) — L. 1. C. de contr. jud. tut. (5. 58.)

geholfen werden soll, was doch bei der actio negotiorum gestorum wegen der wegfallenden Hypothek nicht der Fall seyn würde. Auch der Zusammenhang spricht für die actio tutelae, indem jene Gesetze in Titeln vorkommen, wo von dieser Klage die Rede ist und die Lehre von der Vormundschaft abgehandelt wird.

Dazu kommt, daß nicht bloß in den angeführten beiden Gesetzen, sondern auch in andern Gesetzstellen die actiones utiles den mandatis actionibus entgegengesetzt werden.

L. D. cit. §. 14. Si ex dolo communi conventus praestiterit tutor: neque mandantae sunt actiones neque utilis competit.

L. 5. C. de H. v. A. vend. (4. 39.) (Imperator Alexander). Emtor hereditatis actionibus mandatio ex jure uti debet, quo is cuius persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emptori tribui placuit. L. 8. C. eod.¹⁷⁾ L. 1. 2. C. de O. et A. (4. 10).¹⁸⁾ L. 5 C. quando fiscus vel priv. (4. 15). L. 18. C. de legat. (6. 37) L. 4. C. si cert. petat. (4. 2).

Freilich war nach strengem Rechte durch die Zahlung die actio tutelae erloschen, aber es war gerade der Hauptzweck der actiones utiles, der aequitas wegen einzelne Klagen, obgleich sie streng genommen erloschen waren, gesteu zu lassen. Die Anwendung dieses Grundsatzes finden wir nicht bloß in den angeführten L. 1. §. 13. 14. D. — und L. 2. c. —, sondern auch in andern Stellen.¹⁹⁾

17) Mühlbruch a. a. D. S. 152. 153. S. 207. 208.

18) Mühlbruch a. a. D. S. 166. 167. Cujacii Observ. Lib. II. Cap. 31. A. Faber, conject. Lib. XII.

19) L. 30 D. de m. c. donat. (39. 6.) und Glossa ad L. 29. eod. L. 1. C. de donat. quae sub modo. (8. 55.) L. 20. pr. D. de tut. et rat. distr. (27. 3.) L. 20. D. de jure fisci (49. 14.)

§. 5.

Diesem Resultate scheinen die L. 76. D. de solut. et liber. (46. 3) und L. 1. C. de contr. jud. tut. (5. 58) zu widersprechen, da Modestian, aus dessen Responsis die erste Stelle excerptirt ist, lange nach dem Kaiser Antonius Pius und selbst nach Antonius Caracalla, von denen die angeführten Constitutionen über die actio tutelae utilis herühren, lebte — und da auch die Kaiser Septimius Severus und Antonius Caracalla, deren Rescript in der angeführten L. 1. C. enthalten ist, bei ihrer Entscheidung wohl hätten erwähnen mögen, daß wenn gleich von einer Cession, von einer actio mandata nicht mehr die Rede seyn könne, doch eine actio utilis ex Edicto Divi Pii zustehe. — Dieser Umstand hat manche angesehene Rechtsgelehrte bewogen, dem Vormunde in unserm Fall keine actio tutelae utilis zu geben, sondern nur die actio negotiorum gestororum, welche durch L. 30. D. de negot. gest. (3. 5.) in einem ähnlichen Fall ertheilt wird.

In der L. 76. D. de solut. (Modestianus, Lib. 6. Responsorum heißt es:

Modestianus respondit: si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeat, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit; quod si ante solutionem hoc factum est, vel cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est: salvas esse mandatas actiones.

Dieser Ausspruch des Modestian enthält also den Satz: daß wenn Jemand für einen der Vormünder zahlte, ohne sich die Cession der actio tutelae ausbedungen zu haben, die später erfolgte Cession ohne Wirkung ist, weil gar keine Klage mehr vorhanden war.

Wenn nun in diesem Fall gar keine Klage mehr existire, so könne (sagen die Verteidiger der entgegengesetzten Mei-

nung) die actio tutelae utilis eben so wenig als die actio tutelae directa übrig seyn; daher auch am Schlusse des Gesetzes gesagt werde, daß wenn die Cession vor oder bei der Zahlung ausbedungen worden, die Klage nicht vertilgt sey.

Diese letzte Meinung scheint unterstützt zu werden durch das angeführte Rescript der Kaiser Severus und Antoninus vom Jahre 202:

L. 1. C. de contr. jud. tut. Si pro contutore judicato pecuniam solvisti: nullum judicium tibi contra pupillum competit, ut delegetur tibi adversus liberatum actio. Quod si nomen emisti: in rem suam procurator datus, heredes judicati poteris convenire.

Auch zu Folge dieses Gesetzes scheint der Mitvormund, welcher ohne Vorbehalt Zahlung leistete, liberirt zu seyn, mithin weder die actio tutelae directa noch utilis gegen ihn Statt zu finden.

Dennoch aber liegt kein direkter Widerspruch in diesen Gesetzen, die von einem ganz andern Fall reden, als die allegirten L. 1. §. 13 D. und L. 2. C., jene beiden (L. 76 D. und L. 1. C.) von der actio mandata, letztere zwei von der actio utilis, und es ist kein unumgänglicher Schluß daß weil die actio mandata in den angegebenen Fällen für unzulässig erklärt wird, auch die actio utilis nicht Statt finde. Was das Fragment aus Modestins Buche betrifft, so wissen wir nicht, was er im Zusammenhange gleich darauf gesagt haben mag. Wie wir es haben, steht es im Titel de solutionibus und hier sollte nur der allgemeine Satz belegt werden: *soluta* obligatione könne keine Klage mehr durch Willenserklärung übertragen werden, eine nachfolgende Willenserklärung könne nichts helfen, cum nulla actio superfuert. In Beziehung auf den Pupillen, von dem hier allein die Rede ist, ist dies richtig; auf den bezahlenden tu-

tor aber ist die Klage schon durch das Gesetz ex Edicto Divi Pii übergegangen.²⁰⁾

Ferner um beurtheilen zu können, warum die Kaiser Severus und Antoninus in ihrem Rescripte (L. 1. C.) nichts von der actio utilis erwähnt haben, müßte man die Umstände des ihnen vorgelegten Falles genauer wissen. Vielleicht fand nach diesen besondern Umständen die actio utilis nicht statt, oder gewährte nicht das, was der Vormund von einer actio mandata erwartete. Damals bestanden wohl noch zwischen der actio mandata und utilis Unterschiede in den Wirkungen, wenigstens gab es einen Unterschied, der seinen Grund in der Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse selbst hatte, indem mit der actio mandata im Namen des Mandanten, mit der actio utilis in eigenem Namen geklagt wurde.²¹⁾ Auch war bis nach dem Ende des dritten Jahrhunderts, bis der ordo judiciorum privatorum und die Förmlichkeiten bei Anstellung der Klage aufgehoben wurden, die Form beider Klagen wesentlich verschieden.²²⁾ Die Verschmelzung der verschiedenen Uebertragungsarten ward erst unter Justinian vollendet, dadurch daß nicht bloß die freiwilligen Cessionen durch die bestimmte gültige Erklärung seine Forderung auf einen andern übertragen zu wollen, bewirkt ward, sondern auch die actiones utiles immer häufiger wurden,²³⁾ und die alten Prozeßformen verschwanden,²⁴⁾ so daß jetzt freilich nichts mehr auf die Form ankommt, un-

20) Die Glosse sagt *Verb.*: „nulla actio“: scilicet actori; habet tamen in rem utilem, licet non cessam.

21) L. ult. C. quando fiscus vel privatus (4. 15).

22) v. Savigny, *Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter* B. I. S. 76 — 81. Mühlensbruch a. a. O. S. 15. 16.

23) L. 33. C. de donat. (8. 54). L. 22. 23. C. mandati (4. 35.) L. ult. C. de H. v. A. vend. (4. 39.)

24) L. 2. C. de pedan. judic. (3. 3). (Impp. Diocletianus et Maximilianus. 294.) — L. 1. C. de formul. et impetrat.

ter welcher die Cession geschehen ist, und die actiones utiles nur noch zur Bezeichnung der Fälle dienen, in welchen die Uebertragung einer Forderung durch das Gesetz geschieht.

Wenn sich gleich mit solchen historischen Argumentationen eine bestimmte klare gesetzliche Vorschrift nicht wegstreiten läßt, so können sie doch wohl dienen, um anscheinend widersprechende Stellen zu vereinigen, oder vielmehr um (denn das ist hier allein der Fall) es sich zu erklären, warum in der einen Stelle nicht auf das Bezug genommen ist, was eine andere giebt. Modestin und der Kaiser hielten sich genau an die ihnen vorliegende Frage: ob noch gegen den Pupill auf Erklärung der Cession, auf ein *mandatum actionis* gedrungen werden könne? und verneinten sie. Damit sprachen sie aber nicht aus: daß dem Quärenten nicht auf andere Weise, schon durch das Gesetz geholfen werden könne.

Hierüber hatte er nicht gefragt, und sie mochten es wohl bedenklich finden, in ihrer Antwort weiter zu gehen, als die Frage ging.

§. 6.

Es ist nur noch übrig, zum Beschluß von der L. 30. D. de negot. gest. (3. 5) zu handeln, da die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung behaupten: daß dem Vormunde welcher ohne Cession für seinen Mitvormund zahlt, nur die in dieser Stelle gegebene *actio negotiorum gestor.* zustehet.

L. 30. D. de negot. gest. (Julianus Libro III. Digestorum). Ex facto quaerebatur: quendam ad siliginem emendam curatorem decreto ordinis constitutum, eidem alium subcuratorem constitutum siliginem miscendo corrupisse, atque ita pretium

(2. 58). (Imp. Constantinus II. 34. 2.) — L. 2. C. eod. (Imp. Theodosius et Valentinianus 428), §. S. I. de interd. 4. 15.)

siliginis, quae in publicum empta erat, curatori adflictum esse: quaque actione curator cum subcuratore experiri possit, et consequi id, ut ei saluum esset, quod causa ejus damnum cepisset? Valerius Severus respondit, adversus *contutorem negotiorum gestorum actionem tutori dandam* Secundum quae etiam in subcuratore idem dicendum est.

In diesem Fragmente handelt Julian die Frage ab: durch welche Klage derjenige welcher von Staatswegen den Auftrag zu Getreideankauf erhalten, von seinem Subcurator, der das Getreide mit schlechtem vermischt hat, Schadenersatz verlangen könne? Hierauf antwortet Julian: Valerius Severus habe dahin respondirt: daß dem Vormunde gegen den Nebenvormund, (wenn dieser nämlich in der Administration etwas versehen und jener den Schaden habe ersetzen müssen) die actio negotiorum gestorum zustehet. Hierauf folgt denn für den gegebenen Fall das Responsum: daß auch jenem Curator gegen den Subcurator dieselbe Klage gegeben werden müsse.

Es scheint freilich die hier gestattete actio negotiorum gestorum eine utilis actio, nicht directa zu seyn, weil der Vormund, welcher den von seinem Collegem angerichteten Schaden vergütet, streng genommen nicht das Geschäft des Mitvormundes, sondern zunächst sein eignes besorgt.²⁵⁾ Wie dem aber auch sey, so erhellt doch aus diesem Fragmente selbst, daß die darin gedachte actio negotiorum gestorum nicht die in unsern beiden Hauptgesetzen (L. 1. §. 13 D. und L. 2. C. cit.) vorkommende actio utilis seyn könne.

25) Die Glosse bemerkt sehr richtig zu der L. 1. C. cit. *Verb.* „actio:“ scilicet contra eum, qui jam per solutionem liberatus est: tuo tamen nomine utilem habes; ut L. prox.

26) Dieser Meinung ist auch die Glosse zu dieser L. 30. D.

Denn jenes Fragment rührt her von dem unter Hadrian, Antoninus Pius und den Divis Fratribus lebenden Julian, der die in diesem Fall Statt findende actio negotiorum gestorum nicht auf ein kaiserliches Rescript des Antoninus Pius gründet, sondern mit dem Responsum eines Rechtsgelehrten, des Valerius Severus belegt. Wann dieser Jurist lebte, ist nicht außer Zweifel, daß er aber vor Julian schrieb, geht klar aus dieser L. 30. D. hervor, wo sich Julian auf ihn beruft.²⁷⁾

Das Resultat bleibt demnach dieses: daß dem Vormunde, welcher ohne vorgängige Cession für seinen Mitvormund an seinen Pupillen zahlte, die utilis *tutela* actio gegen seinen Collegen zusteht, daß er also auch die Hypothek, welche die Gesetze dem Pupillen gegeben haben, für sich in Anspruch nehmen kann.

§. 7.

R e c h t s f a l l.

Die jetzt entwickelte Rechtsfrage kam im Herzogthum Oldenburg in einem Fall zur Anwendung, wo der von dem klagenden Vormunde bezahlte Receß seines später zum Concurs gekommenen Mitvormundes so groß und die gesetzliche Hypothek des gewesenen Pupillen so alt war, daß je nach dem jene Rechtsfrage entschieden wurde, entweder dieser Vormund oder die übrigen Gläubiger unbefriedigt bleiben mußten.

Am 13ten Juni 1796 wurden zwei Brüder C. und R. über die unmündigen Kinder des von H. zu Vormündern bestellt; mit diesem Tage begann also die gesetzliche Hypothek der Pupillen im Vermögen ihrer Vormünder.²⁸⁾

27) *Pothier*, in praef. ad Pand. Justin. No. LVIII. *Voce*: Valerius Severus. *Brissonius* de V. S. *Voce*: Valerius Severus und Salvius Julianus. *Heineccii* hist. jur. Rom. et Germ. Lib. 1. Cap. IV. §. 248. 289. *Bach*, hist. jur. (edit. 6ta) pag. 414. 472.

28) Die Eintragung dieser Hypothek in die Hypothekenbücher war

C. (der nachherige Cridar) war bis zum Jahre 1806 rechnungsführender Vormund und blieb damals mit der Summe von 4561 Rthl. in Receß. Erst jetzt übernahm R., der sich bis dahin um nichts bekümmert hatte, die Hebung und bewirkte gegen C. General-Arrest, Versiegelung und Inventur; auch ward im Jahr 1808 eine Administration über dessen Vermögen verfügt. Eine dem C. um diese Zeit in Surinam zugefallene Erbschaft, kleine abschlägige Zahlungen und die Vermittelung der Special-Direktion des Armenwesens bewirkten jedoch, daß nicht mit aller Strenge gegen ihn verfahren wurde. Mittlerweile bezahlte R. seinen großjährig gewordenen vormaligen Pupillen den von seinem frühern Mitvormunde verursachten Receß, ohne daß er sich von Erstern deren Klage gegen Letzteren cediren ließ.

Endlich wurde im Jahre 1809 gegen C. der Concurß erkannt, aber die desfallsigen Proclamata damals nicht publicirt und das den Concurß erkennende Decret nicht insinuirt. In dieser Lage blieb die Sache während der Französischen Occupation und einige Zeit nachher, bis endlich R. die Sache gegen die Curatoren des C. wieder auffaßte, und im Jahre 1818 der Concurß wider C. publicirt wurde. Die Vormundschafts-Acte, welche über die Art wie R. die Zahlung des Receßes an seine gewesenen Pupillen geleistet, hätte Auskunft geben können, war aber in der Zwischenzeit verloren gegangen und hat aller angewandten Mühe ungeachtet nicht wieder aufgefunden werden können.

Im Angabetermin setzte Proffitent R. diese Verhältnisse auseinander; er habe als Mitvormund, sagte er, die Pupillen, nachdem sie ihre Volljährigkeit erreicht hätten, befriedigen müssen, und sey also ein bedeutender Gläubiger des Gemeinschuldners, der den Receß veranlaßt habe, geworden. Für diesen Receß hafte, da der Cridar am 13ten Juni 1796

damals nicht nothwendig; sie ist erst durch die neue Oldenburgische Hypothekenordnung vom Jahre 1814 vorgeschrieben.