

QUI IN FUNDO ALIENO AEDIFICAVIT.

**Die *actio negotiorum gestorum utilis* als Vorstufe
einer allgemeinen Bereicherungsklage.**

von E. J. H. SCHRAGE
(Amsterdam, VU)

Noch in der vor kurzem erschienenen dritten Auflage seiner meisterhaften Monographie über die ungerechtfertigte Bereicherung im Süd-Afrikanischen Recht ist W. DE VOS der Meinung, daß in der rechtsgeschichtlichen Beschreibung dieses Phänomens an der Entwicklung im Zeitalter der Glossatoren stillschweigend vorbeigegangen werden kann, weil -so behauptet DE VOS- (1) diese Glossatoren einfach den Lehren der römischen Juristen nichts hinzugefügt haben (2). Und DE VOS zitiert dann auch DAWSON, der 1951 schrieb : "*Disappointment will face any reader who expects to find that the medieval Roman lawyers*

1) W. DE VOS, *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg.* Kenwyn 1987³, p. 61.

2) Die neuere Literatur über die Lehren der römischen Juristen ist aufgezählt von C. WOLLSCHLÄGER, *Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft*, in O. BEHRENDIS u.a. (Hrsg.), *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaß der 75. Geburtstag von Franz Wieacker*, Ebelsbach 1985, S. 41-88.

sought to remake the legal order with the aid of these general ideas " (3).

DAWSON verleiht seiner Enttäuschung darüber Ausdruck, daß die Glossatoren nicht zur Bildung einer allgemeinen Bereicherungsklage gekommen sind, obwohl sie im *Corpus iuris civilis* schon zwei Pomponiusstellen vorfanden, die zu einer derartigen Verallgemeinerung der spezifischen Bereicherungsklagen des römischen Rechts, wie z.B. die *condictiones*, die *actio de in rem verso*, oder die Klage auf Grund der *Lex Rhodia de iactu* Anlaß gegeben haben könnten. DAWSON denkt dabei an D. 12, 6, 14 (4) und D. 50, 17, 206, von denen letzterer lautet :

Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiozem.

Auf den ersten Blick scheint DAWSON zurecht hervorgehoben zu haben, daß die Glossatoren diesen Text *nicht* interpretiert hätten, als bildete er die Grundlage einer generellen Bereicherungsklage, von welchem *Genus* die spezifischen Bereicherungsklagen (wie die gerade erwähnten) als Zuspitzungen zu betrachten wären. Schon Bertrandus von Metz, darin von seinem Schüler Bulgarus de Bulgarinis und schließlich auch von Accursius gefolgt, hat möglichst viele Ausnahmen dieser allgemeinen Regel im *Corpus iuris civilis* aufzufinden

3) J.P. DAWSON, *Unjust Enrichment. A comparative Analysis*, Boston 1951.

4) *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem.*

versucht (5). So erwähnt Bertrandus u.a. zwei Fälle, erstens den Fall des bösgläubigen Besitzers, der bei der erzwungenen Abgabe der besessenen Sache für die freiwillig von ihm an die Sache geleisteten Aufwände keine Rückerstattung bekommt; zweitens erwähnt er das Bestehen der Ersitzung, wobei jemandem auf Kosten eines anderen Gewinn erwächst, und sachgemäße ohne irgendwelche dagegen gerichtete Klage (6). Accursius hat aus mehreren Quellen diese Gegenbeispiele aufgezählt und dennoch die allgemeine Regelung aufrechterhalten zu können geglaubt, weil in allen diesen Fällen nicht von einer *ungerechtfertigten* Bereicherung die Rede sei : Glosse *iure nature* ad D. 50, 17, 206:

sed predictis et similibus oppositionibus respondeas : quia licet fiat cum aliena iactura, tamen non fit cum aliena iniura, cum fiat legum auctoritate (7).

Accursius scheint weder bei diesem, noch bei dem parallelen Pomponiustext, D. 12,6,14 über das römische Recht hinaus zu kommen. Und ähnliches gilt seiner in der Glosse *Est* zu D.12,7,1 niedergelegten Auffassung, daß die *condictio certi* eine allgemeine Klage sei, die mit fast allen anderen Kondiktionen in Konkurrenz tritt. Auch hier läßt sich dem justinianischen Recht

5) S. CAPRIOLI (Hrsg.), *Bertrandus Metensis, de regulis iuris* (Università di Perugia, Pubbl. della Facoltà di Giurispr. 27), Perugia 1981, p. 213. F.G.C. BECKHAUS, *Bulgari ad Digestorum titulum De diversis regulis iuris antiqui commentarius*, Bonnae 1856 (Nachdruck Frankfurt/M. 1967), p. 156.

6) Bertrandus : *Usucapio tamen lucrum affert contra naturam cum alterius detrimento*. Der Text des Bulgarus ist identisch; Accursius hat eine unbedeutende Erweiterung. Die Texte sind zitiert nach den in Anm. 5 erwähnten Editionen.

7) Vgl. die Glosse *Nam hoc natura* zu D. 12,6,14.

gegenüber keine Erneuerung nachweisen. Hatte DAWSON damals (er schrieb 1951) mit seiner negativen Bemerkung das Recht der Glossatoren richtig geschätzt? In der damaligen Literatur konnte DAWSON nicht auf andere Auffassungen stoßen: daß DE VOS aber noch 1987 sich ohne weiteres dieser Lehre DAWSONS anschließt, ist ein wenig erstaunlich, denn schon 1973 hat R. FEENSTRA, übrigens unter Berufung auf einen Aufsatz COINGS (8) und auf seinen eigenen, damals schon in zwei Aufsätzen niedergelegten Untersuchungen (9) darauf hingewiesen, daß es schon im Mittelalter wichtige Anhaltspunkte für die spätere, namentlich naturrechtliche, Entwicklung einer generellen Bereicherungsklage gab, die von den späteren Generationen Juristen aufgegriffen sind. FEENSTRA unterschied dazu vier Gruppen von in der justinianischen Gesetzgebung niedergelegten Texten :

8) H. COING, *Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Accursius*, in *ZSS, Rom. Abt.* 80 (1963), p. 398-399.

9) R. FEENSTRA, *Die ungerechtfertigte Bereicherung in dogmengeschichtlicher Sicht*, in *Ankara Üniveritesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt : XXIX -Sayı- 1-2'den Ayri Basi* (1973), p. 289-305. Siehe weiter von demselben Verfasser : *De betekenis van De Groot en Huber voor de ontwikkeling van een algemene actie uit ongerechtvaardigde verrijking*, in *Uit het recht, Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan Mr P. J. Verdam*, Deventer 1971, p. 137-159; *L'influence de la scolastique espagnole sur Grotius en droit privé : quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause*, in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio*, Firenze, 16-19 Ottobre 1972, Atti [=Per la storia del pensiero giuridico moderno, 1], Milano (1973), p. 377-402, nachgedruckt in R. FEENSTRA, *Fata iuris Romani. Études d'histoire du droit* [Leidse juridische reeks XIII], Leyde 1974, p. 338-363.

1. Stellen über die *condictio*;
2. Stellen über die *actio* auf *quanto locupletior factus est* gegen das Mündel, das ohne *auctoritas tutoris* ein Geschäft geschlossen hat;
3. Gewisse Anwendungen der *actio negotiorum gestorum*, besonders beim Impensenersatz;
4. Eine düstere Codexstelle (C.4,26,7), wo die *actio de in rem verso* auch da angewendet scheint, wo nicht ein Sklave oder Haussohn, sondern ein Gewaltfreier auftritt.

Wir werden hier namentlich die letztgenannten zwei Punkte aufgreifen, weil wir glauben, den Ausführungen FEENSTRAS aus unseren eigenen Untersuchungen einige bisher unbekannt gebliebene Texte hinzufügen zu können. Fangen wir mit C. 4,26,7,1, dem Paragraphen um den es sich handelt, an :

Alioquin, si cum libero, res eius agente, cuius precibus meministi, contractum habuisti, et eius personam elegisti: pervides, contra dominum te nullam habuisse actionem, nisi in rem eius pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit.

Übrigens, wenn Sie mit einem von Ihnen gewählten Gewaltfreien der das Geschäft fürhte desjenigen den Sie in Ihrer Bittschrift erwähnt haben, einen Vertrag geschlossen haben, dann sehen Sie ein, daß Sie gegen den Geschäftsherrn keine Klage erheben können, sei es denn, daß das Geld seinem Vermögen zugutegekommen ist, oder dieser den Vertrag genehmigt hat.

Die Stelle ist außerordentlich kompliziert; man hat wohl bezeugt, daß der Teil ab *nisi* oder der Teil ab *vel* später hinzugefügt worden ist. Wie dem auch sei, schon die frühesten mittelalterlichen Juristen haben den Text interpretiert wie sie ihn vorfanden, das heißt unter Einbeziehung der beiden letzten Satzteile.

Auf Irnerius geht die Auffassung zurück, daß nach der *in rem versio* oder der *ratihabitio* Ihnen gegen den Geschäftsherrn die *actio negotiorum gestorum* zusteht. Solches geht aus einer in Hs. Stuttgart, Württembergische Landesbibliothek 71, fo. 64 rb, interl. überlieferten Glosse zu C. 4,26,7 hervor :

ratum habuit : his casibus habente locum negotiorum gestorum [actione] secundum Guar[nerium] (10), vel utili conditione certi, secundum alios.

Mit dieser Lösung für den (sonst kaum verständlichen) Text von C. 4,26,7,1 zwingt Irnerius seine Nachfolger, der Geschäftsführung eine breitere Definition beizumessen als dies sonst im allgemeinen im *Corpus iuris civilis* der Fall war, weil

10) In den späteren Drucken der accursischen Glosse wird in der Glosse *ratum habuit* zu C.4,26,7 statt *Guar.* geschrieben : *Guillelmum*. Es wäre aber irreführend hier an Guillelmus de Cabriano zu denken; seine *Casus Codicis* gehen an C.4,26,7 stillschweigend vorbei : s. Hs. Düsseldorf, H. Heine Institut E 9a, fo.204; Hs. Hereford, Cath. Libr. P.5.VI, fo. 134. In der in der Reihe *Corpus Glossatorum iuris civilis* nachgedruckten Edition von 1488 wird in der Glosse *ratum habuit* das *Siglum Ir.* erwähnt. Vgl. auch eine interlineäre Glosse zu C.4,26,7 in Hs. Vat. Last. 11598, fo. 97v und Hs. Stuttgart, Wl. 71, fo. 64 rb (dort aber ohne *Siglum*) : *nisi vel in rem : y. ubi negotium eius intelligitur gestum.*

das Bedürfnis des *animus gerendi negotii alieni* umgangen werden mußte (11). Solches führt zu zwei Folgen: dieser Analogiesprung wird von Azon auch auf die *in rem versio* angewandt : wie Accursius in diesem Falle von einer *actio negotiorum gestorum utilis* (12) spricht, spricht Azon von einer *actio de in rem verso utilis*, wie aus einer Glosse *ratam* zu C. 4,26,7 im Azoschen Codexapparat in Hs. Wien, Oesterr. Nationalbibl., lat. 2267, fo. 70 va supra hervorgeht :

*his casibus ipso iure locum negotiorum gestorum accione,
vel utili de in rem verso, vel certi conditione quia pecunia
mea ad te pervenit* (13).

11) TH. MAYER-MALY, ZSS, *Rom. Abt.* 86 (1969), S. 417, hat darauf hingewiesen, daß auch schon in den Digesten Fälle gefunden werden können, in denen der Verfasser sich der *actio negotiorum gestorum* bediente zur Etablierung einer Bereicherungsähnlichen Anspruchs, wohl ohne das Vorliegen eines typischen Falles der *negotiorum gestio* zu behaupten. So z.B. Africanus in D.3,5,48.

12) KUPISCH hat die Redewendung *actio de in rem verso utilis* dem Roffredus zugeschrieben: B. KUPISCH, *Die Versionsklage. Ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch* [Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, NF 17], Heidelberg 1965. FEENSTRA hat in seinem Aufsatz von 1973 (S. Anm. 9) hervorgehoben, daß Roffredus sich in dem diesbezüglichen Text auf seinen Lehrmeister Azon beruft. FEENSTRA, a.a.O. (Anm. 9, *Die ungerechtf. Bereicherung*), S. 299. In den gedruckten Werken Azons hatte FEENSTRA den Ausdruck *actio de in rem verso utilis* nicht verwendet gesehen, doch wie aus diesem Text hervorgeht, trifft seine damalige Bemerkung zu.

13) Wie aus den folgenden Zeilen des Textes hervorgeht, hat Azon sich noch über die Beschränkungen der *versio in rem* den Kopf gebrochen : ... *Sed si pater vel dominus, cum tenentur de in rem verso, solverint filio vel servo, desinit quidem esse versum, nisi in necem creditoris idest perdituro filio vel servo solutum sit. Tunc enim desinit versum sed de dolo accio adversus eos datur. Peculatis accio datur si fraudolenter solverit servo, non liberabitur, ut ff de in rem verso Si pro patre § Versum [D.15,3,10,6]. Dominus si fideiussit pro servo non tenetur quod iussu, ut ff. quod iussu, l. i [D.15,4,1].*

Die zweite Folge des Analogiesprunges des Irnerius war aber um so wichtiger : Martinus Gosia hat sie zu Ende geführt, zwar nicht an Hand von C. 4,26,7, sondern an Hand einer anderen Stelle, und zwar einer Stelle die für die vor-azonischen Glossatoren anscheinend viel wichtiger war : C. 3,32,3 :

Mater tua, vel maritus fundum tuum invita, vel ignorante te vendere iure non potuit : sed rem tuam a possessore vindicare etiam non oblato pretio poteris. Sin autem postea de ea venditione consensisti, vel alio modo proprietatem eius amisisti adversus emptorem quidem nullam habes actionem : adversus venditorem vero de pretio negotiorum gestorum actionem exercere non prohiberis.

Deine Mutter, oder dein Ehemann, kann ohne deine Zustimmung oder sogar gegen deinen Willen deine Sachen nicht gültig verkaufen; du kannst aber mit der Eigentumsklage deine Sache verfolgen bei dem Besitzer, selbst wenn der Kaufpreis nicht angeboten worden ist. Wenn du aber nachher dem Kaufkontrakt zugestimmt

Rogierius hat die *actio de in rem verso* noch ausdrücklich beschränkt auf Fälle in denen der *pater familias* auf Grund gewisser Handlungen seines Sohnes oder seines Sklaven bereichert worden ist : *et generaliter dicendum est dari actionem de in rem verso contra dominum vel patrem, quotiens servus vel filius aliquid gerit in rem domini vel patris, quod, si a libero extraneo esset gestum, libero daretur negotiorum gestorum actio, vel mandati...* Rogierius, *Summa Codicis* XXX, 2; ed. in I.B. PALMIERI, *Scripta Anecdota Glossatorum* [BIMAE] I, p. 116.

hast, oder auf irgendwelcher anderen Weise dein Eigentum an der Sache verloren hast, steht dir gegen den Käufer keine Klage mehr zu; gegen die Verkäuferin mit der *actio negotiorum gestorum* zu verfahren bist du aber nicht behindert.

Welche von der Mutter geschlossenen Kaufkontrakte können eigentlich bekräftigt oder genehmigt werden? Schon seit Guillelmus de Cabriano hat man hier Schwierigkeiten gesehen. Nach seiner Auffassung, die übrigens herrschende Lehre bei den Glossatoren ⁽¹⁴⁾ geworden ist, können Sie nur diejenige Kontrakte bekräftigen, die Ihre Mutter unter Ihrem Namen geschlossen hat. Bekräftigen Sie diese Kontrakte, dann werden Sie Ihrer Mutter gegenüber zur *actio negotiorum gestorum*, zur Herausgabe des Kaufpreises, berechtigt; verweigern Sie die Bekräftigung, dann behalten Sie die Eigentumsklage.

Die Kontrakte, die Ihre Mutter unter ihrem eigenen Name geschlossen hat, können Sie aber nicht bekräftigen; Sie behalten einfach die *reivindicatio*, jedenfalls so lange Sie nicht dem Käufer gegenüber darauf verzichten oder aus besonderen Gründen, sei es durch Ersitzung oder durch Zugrundegehen, das Eigentumsrecht an der verkauften Sache verloren haben. In der Anlage werden wir die diesbezüglichen *Casus Codicis* des Guillelmus de Cabriano vollständig veröffentlichen.

14) Übrigens nicht nur bei den Legisten, sondern auch bei den Kanonisten. Siehe die Accursische Glosse zu dieser Stelle und die auf Bonifaz VIII zurückgehende *Regula ix in VI, de regulis iuris: Ratum quis habere non potest, quod ipsius nomine non est gestum.*

Diese Interpretation von C. 3,32,3 ist in dem Azoschen Apparat (15), wo sie dem wichtigsten Schüler des Guillelmus, dem Bulgarus de Bulgarinis zugeschrieben wird, aufgenommen worden, wie aus dem folgenden Text, einer in den erwähnten Handschriften überlieferten Glosse *Prohibere* zu C. 3,32,3, hervorgeht :

Ratam faciens venditionem cum sit tuo nomine facta, alioquin si ratam habeas licet tibi preiudices quantum ad rem petendam, non prodest ratihabitio, ut ob hoc agas negotiorum gestorum, ar. ff. de precario, Si servus [D. 43,26,13], secundum B, sed Mar. tamen contra dicebat Az.

HS. MÜNCHEN, BAYERISCHE STAATSBIBLIOTHEK, CLM. 22, FO. 58R (M), HS. CITTÀ DEL VATICANO, BIBLIOTHECA APOSTOLICA VATICANA, VAT. LAT. 1152, FO. 60 RA (V), HS. CITTÀ DEL VATICANO, BIBLIOTHECA APOSTOLICA VATICANA, PAL. LAT. 763, FO. 36 VB (P).

1. faciens] facientes, M. tuo] suo, V.
2. licet tibi] etiam tunc, M.
4. Si servus...sed], om. P.
5. Sed...dicebat] sed per officium iudicis vel proprias actiones, V.
6. Az.] om. M.,V.

15) Und darüber hinaus in dem Accursischen Apparat. Siehe die Glosse *Non prohiberis* zu C. 3,32,3.

Aus diesem Text läßt sich erschließen, daß von Azon und von Accursius dem Martinus Gosia entschieden eine andere Meinung zugeschrieben wird. Dieser Meinung nach muß für Sie die Bekräftigung möglich sein (16) und muß Ihnen folgerichtig die *actio negotiorum gestorum* zur Herausgabe des Kaufpreises zustehen, auch wenn die Mutter unter ihrem eigenen Namen verkauft hat. Martinus sieht ausgenommen die *actio negotiorum gestorum* einfach keine andere Möglichkeit (17). Er folgt also Irnerius und nimmt schon dann eine *negotiorum gestio*, eine Geschäftsführung, an, wenn das Interesse des Geschäftsherrn miteinbezogen ist, sei es auch unabsichtlich :

Est enim hic negotium gestum neque tuum neque tui contemplatione gestum; quia tamen te contingit datur tibi negotiorum gestorum actio, cum alia non supersit, Ma (18).

HS. BAMBERG 20, FO 73RB SUPRA AD C. 3,43,3.

Und damit sind wir der Fragestellung des Titels dieses Aufsatzes ganz nahe gekommen, denn diese erweiterte *actio*

16) Über die Frage, ob in diesem Fall eine *ratihabitio* möglich war, bestand also eine *Dissensio*. Bejahend Martinus, verneinend dagegen Bulgarus, Albericus und Ioannes Bassianus. Also nach dem Cod. Chis. § 74. S. HÄNEL, *Dissens. Domin.* S.174-175.

17) An der ähnlichen Interpretation von D.3,5,48 gehen wir an diesem Ort stillschweigend vorbei. Sie fügt dem Gesagten nichts hinzu. FEENSTRA, *o.c.* (Anm. 9 *Die ungerechtf. Bereicherung*), S. 297.

18) Hugolinus scheint uns im unklaren zu lassen, ob er sich bei Guillelmus oder Martinus anschließen wolle. Siehe Hs. Praha NM, XVII A.10, fo. 61 va : *gl. actio negotiorum gestorum ad C.3,32,3 : utili, quia aliter indempnis servari non poterat dominus. h.*

negotiorum gestorum findet auch im Bereich des Baurechts Anwendung.

Bekanntlich war in Inst. 2,1,30 die allgemeine Regelung für den Aufwendersatz beim Bau auf dem Grundstück eines Dritten niedergelegt : wer mit Wissen und Willen eigene Materialien für den Immobilienbau auf dem Grundstück eines anderen verwendet, verliert das Eigentum an den Materialien; er wird angesehen als hätte er die Materialien freiwillig veräußert und er kann sie nach Niederriß des Gebauten nicht revindizieren. Wäre er aber gutgläubiger Besitzer des Grundstücks, dann kann er gegen die Eigentumsklage die *exceptio doli* einwenden, wenn der Eigentümer, ohne Angebot die Aufwände zu vergüten, das Grundstück revindiziert.

Der Institutionentext ist anscheinend klar und einfach : dem gutgläubigen Besitzer des Grundstücks steht eine Einrede zur Herausgabe seiner Aufwände zu, also keine Klage; auch nicht, wenn das Grundstück ohne Aufwanderstattung dem Eigentümer auf irgendeinem Wege restituiert worden ist. Einem bösgläubigen Besitzer steht weder eine Klage, noch eine Einrede zu. Auch in der Accursischen Glosse zu Inst. 2,1,30 wird diese Interpretation vertreten.

Einige frühe Glossatoren aber haben diese Regelung mit der Geschäftsführung in Verbindung gebracht. Zwar wäre es möglich zu behaupten, daß im allgemeinen Sinne von einer Geschäftsführung nicht die Rede sein kann, wenn der Handelnde

nur seinen eigenen Interessen zu dienen beabsichtigt (19), aber wir haben schon gesehen, daß nach der (anscheinend) auf Martinus Gosia zurückgehenden Lehre die *actio negotiorum gestorum utilis* auch demjenigen, dessen Interesse von der Handlung berührt wird, zugestanden werden muß : *quia contingit*.

Azon (20), Accursius (21), Odofredus (22) und die *Dissensiones Dominorum* (23) erwecken den Eindruck, als ob Martinus in dieser Hinsicht ein Einzelgänger war, als er dem (früheren) Besitzer neben einer Einrede auch eine Klage zur Ausgleichung der Bereicherung des Eigentümers zugestehen wollte. In den *Dissensiones Dominorum* werden als angebliche Gegner von Martinus namentlich Rogerius, Placentinus, Albericus, Iacobus, Bulgarus und Ugo erwähnt. Mir scheint aber hier die wirkliche historische Lage noch ungeklärt zu sein, denn wäre Martinus wirklich ein vollkommener Einzelgänger gewesen, dann wäre doch die Unmenge von Erwähnungen, nicht nur in der accursischen Glosse, sondern auch in den Schriften späterer Generationen von Juristen unverständlich.

Wir sahen schon, daß die Billigkeitsauffassung, nach der eine *actio negotiorum gestorum utilis* oder eine *actio de in rem*

19) So ganz klar Accursius in der Glosse *actionem* zu D. 3,5,5,5. Für das kanonische Recht, siehe oben Anm. 14. Über die *contemplatio tui* in den Digesten MAYER-MALY, *l.c.* (Anm. 11), S. 426.

20) *Summa Codicis* 2,18,3; 3,32,26.

21) Glosse *Actionem* zu D. 3,5,5,5 : *Collige hic secundum M[artinum] quod male fidei possessor, etiam si in suo nomine expensas fecit, habeat non solum retentionem... set etiam actionem, ut hic ... Ioan[nes Bassianus] contra et B[ulgarus]*.

22) *Lectura super Digesto veteri* 3,5,5,5; *Comm. in Cod.* 3,32,5. D.H. VAN ZYL, *Die saakwaarnemingsaksie as verrykingsaksie in die Suid-Afrikaanse reg* (Diss. Leiden 1970), s.a., s.l., S. 42-45.

23) Siehe Anm. 16.

verso utilis in Fällen der ungerechtfertigten Bereicherung zugestanden werden kann, möglicherweise schon auf Irnerius zurückgeht. Vielleicht muß man sagen, daß der Name des Martinus erst Anfang des 13. Jahrhunderts an mit der von Azon und Accursius verworfenen, aber schon vorher weit verbreiteten Billigkeitsauffassung verbunden ist. Wir haben nämlich mehrere ältere Texte, in denen die später unter dem Namen des Martinus Gosia überlieferte Lehre anonym erwähnt wird. Siehe z.B. eine spätere, dem Codex-apparat von Rogerius entnommene Glosse in Hs. München, Bayerische Staatsbibliothek, Clm. 22, fo. 58 rb, zu C. 3,32,2 :

Si quis bona fide de sua materia in alieno edificavit, diruto edificio eam vendicabit, sed si de aliena sive bona fide, sive mala dominus aget qui edificando nichil peccavit. Sed si de sua materia mala fide edificavit, frustra ab eo repetetur, cum eam donasse videtur.

Vel possumus dicere quod etiam si mala fide edificavit tamen soluto edificio vendicatio competit, cum possessor edificii non habeat causam retinendi destructo edificio.

Hoc de equitate. Rigor autem iuris contra videt, ut ff. de ac.r.do. l. Adeo § Ex diverso [D. 41,1,7,12] et in Inst. de re.divi. § Ex diverso [Inst. 2,1,30]

R[ogerus]

Vielleicht überzeugender ist der bis jetzt in der Literatur kaum beachtete, von SECKEL in 7 Handschriften aufgefundenene

(²⁴) und von PALMIERI nach Hs. Sienna I H.13 herausgegebene
 (²⁵) Text der Distinctio LXXII : *Cum quis edificat : aut in suo aut in alieno*. Der hier wichtige Teil des Textes lautet nach der Ausgabe PALMIERIS :

Si vero bone fidei edificator possidere desierit, et possessio ad dominum pervenerit, dicunt quidam, ut Ugo, eum nullam habere actionem directam vel utilem, quoniam nullo alio modo quam per retentionem impensas servare poterit, quia neminem sibi obligare proposuit, ut D. de conditione indebiti, l. Si in area [D.12,6,33] et D. de doli exceptione, l. Paulus [D.44,4,14] et D. de communi dividundo, l. In hoc iudicium, et l. Si quis cum existimaverit [D.10,3,14 und 29]; et D. de rei vindicatione, l. Sin autem § In rem et l. Sumptus [D 6,1,27§5 und 48]. Alii vero ex equitate dant ei, ut Martinus, utilem negotiorum gestorum, licet non possideat, ut D. de negotiis gestis l. ult. [D.3,5,49]...

Es ist aber sehr auffällig, daß die Erwähnungen *ut Ugo* und *ut Martinus* in den Handschriften der älteren Version dieser Distinktion fehlen, wie übrigens auch in der anderen, die von SECKEL publizierte Distinctio, die möglicherweise die älteste über unseres Thema überhaupt ist (²⁶). Auf Grund dieser Einzelheiten

24) SECKEL, *Distinctiones Glossatorum*, S.295, 305.

25) I.B. PALMIERI, *Scripta Anecdota Glossatorum* [BIMAE] II, S.167-168.

26) E. SECKEL, *Distinct. Gloss.*, S. 305.

liegt es auf der Hand anzunehmen, daß die später unter dem Namen des Martinus Gosia überlieferte Lehre über die erweiterte Anwendung der *actio negotiorum gestorum utilis* als Bereicherungsklage sowohl für den gut- als für den bösgläubigen Besitzer, der auf das Grundstück eines anderen Eigentümers gebaut hat, weiter verbreitet war, als bisher angenommen wurde. Die Einflüsse des kanonischen Rechts, auf die schon FEENSTRA angespielt hat (27), dürfen wohl nicht fremd gewesen sein. Und obwohl Accursius versucht hat sie abzuweisen, tauchte sie später immer wieder auf. Über Grotius (28) bis in mehrere heutige Kodifikationen, und zwar diejenigen, die eine allgemeine Bereicherungsklage kennen. Denn diese *actio negotiorum gestorum utilis* ist, nach DAWSON (29): 'The crucial test of general theories'. Vielleicht haben die Glossatoren mehr zu diesen generellen Theorien beigetragen als DAWSON, und ihm nachfolgend DE VOS, anerkannt haben.

27) R. FEENSTRA, *o.c.* (Anm. 9, *De Betekenis*), Anm. 38 auf S. 152-153; *L'influence*, Anm. 32.

28) R. FEENSTRA, *De betekenis*, S. 143-145, Anm. 12-13.

29) DAWSON, *o.c.* S. 67.

ANLAGE

Guillelmus de Cabriano, Casus Codicis, ad C. 3,32,3 (l. Mater), herausgegeben nach Hs. Düsseldorf, H. Heine Institut E. 9a, fo. 196r, und Hs. Hereford, Cath. Libr. P.5.vi, fo127r:

Mater tua seu etiam maritus fundum tuum te invita et ignorante vendidit.

(1) *Invita et ignorante* : ideo dicitur, quoniam si scisses et voluisses, preiudicium tunc fecisses, et etiam quando, si scisses, noluisses, nec tunc contradixisses, nisi forte cum iussum durare putares. Qui enim rem suam alienari patitur donare videtur, ut ff.

(5) *mandati, Si vero, § Contrario* [D. 17,1,12,7] *Hunc fundum mater distraxit aut tuo nomine aut suo. Si tuo nomine distraxit potes ratam facere venditionem communi iure. Quod si feceris, proprietatem eius amittis et contra matrem tantum negotiorum gestorum agis ad recuperandum pretium.*

(10) *Si autem suo nomine vendidit, tunc negotium quod tuo nomine gestum non est, Tua ratihabitione tuum facere non potes iure communi, sed rem tuam a possessore vendicabis.*

Iure communi, ideo dixi, quia si proprietatem eius rei amisisti, quia forte mortua est vel prescripta, seu etiam usucapta

(15) *Permittitur tibi in subsidium tuum facere negotium, etiam quod tuo nomine non est gestum, ut sic a venditore petas pretium per utilem actionem negotiorum gestorum, et hoc est quod dicitur. Sin autem postea de eadem venditione consensisti, quod facere subaudi potuisti, quando res tuo nomine vendita fuit, et sic*

(20) *proprietatem eius amisisti, vel alio modo, idest non per consensum quem nec adhibere potuisti quando res tuo nomine gesta non fuit, sed quia usucapta vel prescripta vel mortua proprietate eius amisisti adversus venditorem actionem habebis, alio casu utilem, alio vero directam.*

(25) *Nam cum negotium tuo nomine ut dictum est, gestum non est, non potes pretium petere, nisi in defectum, quia sicuti cum quis pecunia tua predium sibi et suo nomine emit non habes actionem contra eum predii nomine, ita cum rem tuam suo nomine vendidit, actionem contra eum non habes nomine precii. Nam (30) sicut res de pecunia tua empta ad te non pertinet, ita pecunia ex re tua redacta omnino petenda non est. Sed si ratam venditionem feceris, quando mater suo nomine vendidit, queritur, an pretium tibi factum sit. Ubi forte distinguendum erit, qualiter consensum adhibueris. Nam si consensisti petendo a matre (35) precium, putans posse facere tuum negotium, etiam quod non sit tuo nomine gestum, in iure erraris. Rem vindicabis, quia in dampno evitando non obstat ignorantia iuris. Nam si ius non ignorasti forte non ita.*

Si enim ita, consensisti ut nec contra emptorem, nec etiam (40) contra matrem ageres, vel etiam ita emptori consensisti ut eum non inquietares expresso forte in eum in eo consensu ulterius non audiris. Nam quando contra matrem intendisti, tunc, quia nullum fuit negotium quod tua ratihabitione firmaretur, ratihabito pro nulla habetur, sicque possessor iure convenitur.

1 *ideo] non, D. scisses] sciens, D.*

2 *preiudicium ... tunc] marg. D.*

- 3 *nec tunc] tunc non, D. iussum] ius tuum, D.*
 8 *tantum] om. D. ad...pretium] om.D.*
 13 *dixi] dixit, D. si] sic, D.*
 14 *usucapta... etiam] marg. D.*
 24 *utilem] utilis est, D. directam] directa, D.*
 26 *in [inde, D, H.*
 33 *pretium] pretidium, H; predium, D.*
 33 *sit] fuit, D.*
 36 *erraris] hesitaris, H.*
 41 *in eum in eo] in eum, H.*

Der *casus codicis* des Guillelmus de Cabriano zu C. 4,51,1 (*l. Si presidi provincie*), nach Hs. Düsseldorf, H. Heine Inst. E.9a, fo. 210v, und Hs. Hereford, Cath. Libr. P.5.v, fo. 140v :

(1) *Si presidis. Si is qui mancipia tua vendidit, iure vendere non potuit, contra emptorem qui hoc non ignoravit, intendere reivendicationem poteris.*

Potest autem munitus esse vel publico iure vel privato. Publico (5) uti tutoris vel executoris; privato uti mandatarii et creditoris, quibus in casibus adversus emptorem actionem non habes, nisi forte minor esses. Nam tunc etiam tutore distrahente, si sis lapsus restitui poteris.

Sed si emptores ignoraverint et usuceperunt contra eos quidem (10) nullam habes actionem, sed contra eum qui vendidit utilis accio negotiorum gestorum decernitur tibi, ut hic et in ff. de neg.

ges. l. ult. [D. 3,5,49], *et ff. Si certum petatur, Si eum* [D. 12,1,23].

Usucapere potuerunt quando ignoraverunt, nam si scierunt (15) *furtum commiserunt ac per hoc nec usuceperunt, ideoque salva tibi contra eos est accio. ut enim res mobilis usucapi possit, oportet ex utraque parte bonam fidem intervenire, id est ex parte tradentis et ex parte accipientis, nam si vel alter alienamque sciverit, furtum rei sit, usucapio non procedit. Inde est dictum,* (20) *quod in rebus mobilibus non facile usucapio habeat locum.*

At in re immobili ex parte accipientis scientia vel ignorantia spectanda erit, licet enim sciens fundum tibi ignoranti tradidero alienum, nichilominus tamen prescribere poteris, nisi et ego viciose possedi, utputa vi vel clam vel precario. Tunc enim non (25) *habet locum prescriptio. Novo etiam iure bona fides exigitur utraque nam malefi. pos. etc.*

2. *ignoravit] ignoraverit, D.*
3. *reivendicationem] om. D.*
4. *potest] poteris, D.*
5. *si iure tutoris] si tutor es, H.*
9. *usuceperunt] usuceperint, D.*
10. *habes] habens, D.*
18. *alienamque sciverit] aliena sciverit quam, D.*
22. *ignoranti] ignorantis ignorantis, H.*
23. *prescribere] scribere, D.*