

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW



VOL. 9 / 2018 No. 2

Editorial staff

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW:

JUDr. PhDr. Stanislav Balík, Ph.D.

Attorney at Law, Prague, Czech Republic

Prof. Dr. Barna Mezey

Faculty of Law, Eötvös-Loránd-University Budapest,
Hungary

Prof. JUDr. Jozef Beňa, CSc.

Faculty of Law, Comenius University in Bratislava,
Slovak Republic

Doc. JUDr. PhDr. Jiří Bílý, CSc.

Metropole – University Prague, Czech Republic

dr hab. Piotr Fiedorczyk

Faculty of Law, University of Białystok, Poland

Alberto Iglesias Garzón, Ph.D.

Charles III University of Madrid, Spain

Prof. Dr. iur. Dr. phil. Thomas Gergen, MA

Institut Supérieur de l'Economie, ISEC Université

Luxembourg

Prof. Dr. Gábor Hamza

Faculty of Law, Eötvös-Loránd-University Budapest,

Hungary

Prof. JUDr. Ignác Antonín Hrdina, DrSc.

Faculty of Law, Westbohemia University, Plzeň,

Czech Republic

JUDr. Vilém Knoll, Ph.D.

Faculty of Law, Westbohemia University, Plzeň,

Czech Republic

Doc. dr. sc. Ivan Kosnica

Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia

izv. prof. dr. sc. Mirela Krešić

Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia

Prof. zw. dr hab. Adam Lityński

Faculty of Law, University of Silesia, Katowice, Poland

Doc. Dr. Olga Lysenko

Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University,

Russia

Tony Murphy

Department of Law & Criminology,

Sheffield Hallam University, UK

ao. Univ. Prof. Dr. jur. Christian Neschwara

Faculty of Law, University of Vienna, Austria

Doc. Dr. Dmitry Poldnikov

Faculty of Law, National Research University,

Higher School of Economics, Moscow, Russia

Dr Dr Guido Rossi

Edinburgh Law School – University of Edinburgh, UK

Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc.

Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic

Dr. Gábor Schweitzer, Ph.D.

Institute for Legal Studies

of the Hungarian Academy of Sciences, Hungary

Adw. Ewa Stawicka

Attorney at Law, Warsaw, Poland

Dr. Magdolna Szűcs, Ph.D.

Faculty of Law, University of Novi Sad, Serbia

Doc. JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M.

Faculty of Law, Masaryk University, Brno,

Czech Republic

Prof. Dr. Wulf Eckart Voß

Faculty of Law, University of Osnabrück, Germany

TABLE OF CONTENTS

<i>Ronnie Bloemberg</i> : The Development of the German Criminal Law of Evidence between 1750 and 1870: from the System of Legal Proofs to the freie Beweiswürdigung – Part 2	2
<i>Malte Wilke</i> : Recht und Macht in Verfahren gegen Hexen – Zugleich eine Untersuchung zur Entstehung des Inquisitionsprozesses.	23
<i>Kamila Staudigl-Ciechowicz</i> : Die „Säuberung“ der Universitäten 1938 am Beispiel der Wiener Rechtswissenschaftlichen Fakultät	40
<i>Felix Tilman Wnuck</i> : Rechtspraxis im Protektorat Böhmen und Mähren. Eine Mikrogeschichte des Amtsgerichts in Brünn im Jahre 1942.	50
<i>Raluca Enescu, Leonie Benker</i> : The Birth of Criminalistics and the Transition from Lay to Expert Witnesses in German Courts	59
<i>Konstantin Krakovsky</i> : Russian Law Faculty in Prague (1922–1935)	67
<i>Sonja Pallauf</i> : Der Weg von der „Donaumonarchie“ zur „Republik Deutschösterreich“ 1918 unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Staat und Ländern	79
<i>Adolfo A. Diaz-Bautista Cremades</i> : The Low-Empire Society in Diocletian's Legislation.	85
<i>Dmitry Poldnikov</i> : The Functional Method to Study the General Part of Contract Law in Historical Perspective: pro et contra	92
<i>Jacek Waldoch</i> : Mikhail Gorchakov – the Viceroy of the Kingdom of Poland and his Actions towards the National Movement in 1861.	100
<i>Tomasz Dolata</i> : Patent Legislation of the Kingdom of Poland from 1817 to 1867.	104
<i>Karol Dąbrowski</i> : Die Distriktskammern, Deutsche Handelskammer für Polen, Handwerksinnungen, Handwerkskammern, Hauptgruppen, Industrie- und Handelskammern, kaufmännische Vereine, Landwirtschaftskammern und Zwangsverbände im Generalgouvernement – Forschungsmethodik	110
<i>Emese Újvári</i> : Die Haftung und die Rechtsverhältnisse der Mitvormünder im römischen Recht.	116
<i>Zsuzsanna Peres</i> : Marriage Property Rights of the Hungarian Noble Women according to their Prenuptial Agreements	125
<i>Máté Pétervári</i> : One Empire and Two Ways of Public Administration: The Second Level Administrative Division in Austria-Hungary.	133
<i>Gábor Rokolya</i> : Lawyers, Civil Law Notaries vs. Municipal Scriveners. A Particularity of Hungarian Legal History: the Private Activities of Scriveners.	140
<i>Zsanett Szabó</i> : Legal Practice concerning Counterfeiting as a Crime in Hungary in the Age of Neoabsolutism (1849–1861)	148
<i>Zoltán J. Tóth</i> : The Regulation of Criminal Defamation and Insult in Hungary between 1880–1979	156
<i>Kinga Rigó</i> : Ein Vergissmeinnicht in der ungarischen Rechtsgeschichte – erster Entwurf von József Eötvös	162
<i>Adam Boóc</i> : Remarks on the New Hungarian Act on Arbitration from a Historical-comparative Perspective	166
<i>József Pállo</i> : The First Correctional Legislation and Codification Following the Regime Change in Hungary	176
<i>Jiří Bílý</i> : Some Notes on Cicero's Plea on behalf of Caecina. Conclusions and Ways Out	181

BOOK

<i>Diemut Majer, Wolfgang Höhne</i> : Europäische Einigungsbestrebungen vom Mittelalter bis zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) 1957 – Teil III.	185
---	-----

BOOK REVIEWS

<i>Joachim Rückert</i> : Unrecht durch Recht. Zur Rechtsgeschichte der NS-Zeit	203
<i>Tommaso Beggio</i> : Paul Koschaker (1879–1951). Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition.	204

REPORTS FROM HISTORY OF LAW

Universitätsprofessor Dr. Elmar Wadle 80 Jahre.	209
1918: Untergang der Monarchie und Entstehung der Republik – eine Buchanzeige.	209

ANNEX: DAS UNTERSCHIEDLICHE UND DAS VERBINDENDE

<i>Eszter Cs. Hergert</i> : „Das Unterschiedliche und das Verbindende“. Konferenz der Dezső-Márkus-Forschungsgruppe für Vergleichende Rechtsgeschichte in Pécs (22.-23. März 2018)	212
<i>Andrzej Dziadzio</i> : Vertragsfreiheit in der Donaumonarchie. Das Gesetz für Galizien über das Wucherverbot.	216
<i>Eszter Cs. Hergert</i> : Die Bedeutung des vertraglichen ehelichen Güterrechts in der Modernisierung des ungarischen Privatrechts	223
<i>Patricia Dominika Niklai</i> : Die Modernisierung des Volksunterrichts in Ungarn. Umsetzung des Gesetzes über den Volksunterricht im Komitat Baranya nach 1868	231
<i>Orsolya Falus</i> : The Antecedents of Civil Modernization. A Historical Example of Freedom of Religion during the Turkish Occupation in Hungary	236
<i>Krisztina Korsósé Delacasse</i> : Der Betrug in der ungarischen Strafrechtskodifikation an der Schwelle des 19. Jahrhunderts	240
<i>Marian Malecki</i> : Transformations of the Habsburg Monarchy Based on Relics of Legal Culture in Galicia	247
<i>Yuko Shimada</i> : Modernisierung der japanischen Beschäftigungspraxis. Hatte der Westen einen Einfluss darauf?	256
<i>Dan Sato</i> : Die Rechtsmodernisierung in Japan. Unter besonderer Berücksichtigung der mitteleuropäischen Einflüsse	260
<i>Marcin Kwiecień</i> : Habsburgische Verfassungsentwürfe vom Ende des 18. Jahrhunderts. Das Großherzogtum Toskana und die galizische Charta Leopoldina	266
<i>Kinga Császár</i> : The Constitutional Rights of Women and the Objectives of the Hungarian Women's Movements (1867–1918)	273
Guidelines for authors.	278

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW

© 2018 STS Science Centre Ltd.

All contributions / papers are subject to a peer-review. The journal is indexed in SCOPUS and ERIH PLUS. All rights reserved. Neither this publication nor any part of it may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior permission of STS Science Centre Ltd.. Published semiannually by STS Science Centre Ltd. „Journal on European History of Law“ is a registered trademark of STS Science Centre Ltd. Issued twice a year.

Printed in the EU.

ISSN 2042-6402

Die Haftung und die Rechtsverhältnisse der Mitvormünder im römischen Recht* (The Responsibility and Legal Relationships of Co-Tutors in Roman Law)

Emese Újvári**

Abstract

In the ancient Rome it was frequent to order more tutors for immature people at the same time to manage their asset. In such cases it was possible that the legator or the magistratus mandated one of the tutors to actually manage the asset or shared the administration according to the commissions or territory. In the absence of such act the tutors were obliged to manage the ward's issues together and their responsibility was also joint according to the main rule.

The tutor who was sued as joint debtor based on the damages caused fully or partially by the co-tutors had the possibility to claim from the ward with the aim of vindication of his subrogation that the ward cedes for him their claims against other tutors. But the agreement on the assignment had to be concluded before the start of the performance of the tutor, otherwise the performance consumed the ward's claims against the co-tutors therefore there were no claims left to cede. Later it became possible for the paying tutor – in case of missing the assignment – based on equity to bring independent *utilis actio* for vindicating the subrogation against the co-tutors. It is also possible that later the *beneficium divisionis* was entitled to the co-tutors for the sake of mitigating their burdens.

Keywords: Roman law; tutelage; contutores; responsibility; subrogation; *beneficium cedendarum actionum*.

Einführung

Aufgrund der Quellen kann darauf gefolgert werden, dass es in Rom keine seltene Erscheinung war, dass für denselben Minderjährigen gleichzeitig mehrere Vormünder bestellt wurden. In dieser Abhandlung wird es versucht, über die wichtigsten Charakteristiken der Rechtsverhältnisse der Mitvormünder und ihrer Haftung – mit der Betonung der wichtigsten Problempunkte und der in der Literatur seit langem umstrittenen Fragen – einen kurzen Überblick zu geben.

1. Tutorenmehrheit

Die Vormundschaft der Minderjährigen war in Rom wegen des niedrigeren Durchschnittsalters von großer Bedeutung. Wie es allgemein bekannt ist, war die wichtigste Aufgabe des Vormundes die Vermögensverwaltung. Die persönliche Sorge und die Erziehung des Mündels waren in erster Linie die Aufgaben der Mutter oder der Großmutter, wenn sie noch lebten.¹

Die Ernennung des Vormundes konnte entweder durch das Testament des *pater familias* geschehen (*tutor testamentarius*),² oder wenn sich der Vater um die Vormundsbestellung nicht kümmerte, wurden – im Sinne des Zwölftafelgesetzes die nächsten männlichen Agnaten zum Vormund berufen³ (*tutor legitimus*). Schließlich – wenn es weder ein *tutor testamentarius*, noch ein *tutor legitimus* bestellt wurde, bestellte der Magistrat einen geeigneten Mann als Vormund für den Minderjährigen⁴ (*tutor Atilianus/tutor dativus*).⁵

In allen drei Fällen konnte es vorkommen, dass mehrere Vormünder für denselben Minderjährigen bestellt wurden. So zum Beispiel, wenn das Mündel mehrere männliche Agnaten von demselben Grad hatte, oder wenn der *pater familias* in seinem Testament mehrere Vormünder für sein Kind ernannte.⁶ Es konnte aber auch passieren, dass selbst der Magistrat mehrere Vormünder für dasselbe Mündel⁷ bestellte.⁸

In diesem Fall hatten die Mitvormünder die Geschäfte des Mündels in der Regel gemeinschaftlich zu führen.⁹ Aus praktischen Gründen kam es aber im Falle der Tutorenmehrheit oft

* Die Publikation wurde durch das ÚNKP-17-4 Neue Nationale Exzellenz Program des Ministeriums für Humanressourcen unterstützt.

** Emese Újvári, Oberassistentin, Lehrstuhl für Rechtsgeschichte, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Debrecen, Ungarn.

¹ KASER, Max – KNÜTEL, Rolf: *Römisches Privatrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2014²⁰, S. 365.

² Gai. I, 144-150; Iust. Inst. I, 13, 3-5.

³ Gai. I, 155; Iust. Inst. I, 15, 1.

⁴ Gai. I, 185; Iust. Inst. I, 20, 1-5.

⁵ KASER – KNÜTEL: *Römisches Privatrecht*, S. 363-365; TALAMANCA, Mario: *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, S. 159-160; HONSELL, Heinrich – MAYER-MALY, Theo – SELB, Walter: *Römisches Recht*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 1987⁴, S. 421-424.; FÖLDI András – HAMZA Gábor: *A római jog története és intézményei*, Eszterházy Károly Egyetem Oktatókutatási és Fejlesztési Intézet, Budapest, 2016²¹, S. 262; MOLNÁR Imre – JAKAB Éva: *Római jog*, Diligens, Szeged, 2012⁶, S. 164-165; BENEDEK Ferenc – PÓKECZ Kovács Attila: *Római magánjog*, Dialóg Campus Kiadó, Budapest - Pécs, 2017⁵, S. 159.

⁶ D. 26, 7, 3, 1

⁷ D. 26, 5, 23; D. 26, 5, 2

⁸ HONSELL – MAYER-MALY – SELB: *Römisches Recht*, S. 428.; LECOMTE, André: *La pluralité des tuteurs en droit romain*, Recueil Sirey, Paris, 1928, S. 12-28.

⁹ KASER, Max: *Das römische Privatrecht, I. Bd.*, C. H. Beck'sche Verlag, München, 1971², S. 307.

vor, dass nur einem von den Vormündern die tatsächliche Geschäftsführung zugewiesen wurde, oder die Geschäftsführung unter den Vormündern nach Geschäftsbereichen oder – wenn das Vermögen des Mündels in verschiedenen Provinzen zu finden war – nach Provinzen aufgeteilt wurde.¹⁰

So konnte der Erblasser in seinem Testament selbst bestimmen, wem von den Vormündern die Geschäftsführung und die Vermögensverwaltung tatsächlich zustanden. In der Regel hatte in diesem Fall auch der Prätor die Entscheidung des Erblassers zu akzeptieren.¹¹ Wenn der Erblasser keinen von den Vormündern für die Geschäftsführung allein bestellt hatte, oder der so bestimmte Vormund die Geschäfte des Mündels nicht führen wollte, verordnete der Prätor, dass selbst die im Testament ernannten Vormünder unter einander den geschäftsführenden Vormund auszuwählen hätten. Wenn die Mitvormünder es nicht schafften, den geschäftsführenden Vormund auszuwählen, konnte der Prätor selbst einen von ihnen bestimmen. Wenn aber auch die anderen Vormünder an der Geschäftsführung teilnehmen wollten, weil sie der von dem Prätor bestimmten Person nicht vertrauten, und so keine Verantwortung für sie übernehmen wollten, hatte der Prätor auch ihnen die Geschäftsführung zu erlauben.¹² Von den *tutores testamentarii* hatte man im Allgemeinen keine Sicherheitsleistung zu verlangen, wenn aber einer von den Vormündern eine Sicherheitsleistung anbot, war er zu bevorzugen.¹³ Die Vormünder konnten aber auch alle verlangen, an der Geschäftsführung und Vermögensverwaltung teilnehmen zu dürfen, wenn sie bereit waren, dafür Sicherheit zu leisten.

Auch im Falle der gesetzlichen Vormundschaft konnte der Prätor einem von den Vormündern die Geschäftsführung anvertrauen,¹⁴ schließlich hing es bei den von dem Magistrat bestellten Vormündern von Anfang an von der Bestimmung des Magistrats ab, wem von ihnen die Geschäftsführung zugewiesen wurde.¹⁵

Es konnte aber auch vorkommen, dass der Magistrat auf den Wunsch der Mitvormünder¹⁶ oder aus seiner eigenen Überzeugung den Vormündern die gemeinsame Geschäftsführung übertrug.

2. Die Haftung der Vormünder

Im Folgenden ist die Frage zu untersuchen, wie die Mitvormünder im Falle der nicht richtigen Geschäftsführung¹⁷ für die verursachten Schäden hafteten.

Im Falle der Mehrheit der Vormünder ist die Haftung der von der Geschäftsführung befreiten Vormünder von der Haftung der nicht befreiten Vormünder zu unterscheiden.

2.1 Die von der Geschäftsführung befreiten Vormünder

Es gab Vormünder, die von der Geschäftsführung befreit wurden. Der sog. *tutor honorarius* wurde selbst vom Erblasser als ehrenamtlicher, befreiter Vormund ernannt. Die Quellen sprechen von der Rolle und der Haftung von solchen Vormündern widersprüchlich. Im Sinne von einigen Quellen waren sie verpflichtet, die Tätigkeit der geschäftsführenden Vormünder zu beaufsichtigen, so hafteten sie für die Verletzung dieser Aufsichtspflicht selbst subsidiär.¹⁸ Nach anderen Quellen hatte der *tutor honorarius*, der selbst durch den Erblasser von der Geschäftsführung befreit wurde, keine Aufsichtspflicht, somit haftete er gegenüber dem Mündel überhaupt nicht.¹⁹

Es kam aber auch oft vor, dass von mehreren *tutores testamentarii*, oder *tutores legitimi* der Magistrat einem die Geschäftsführung zugewiesen hat. Es ist wiederum bestritten, ob die übrigen Vormünder auch in diesem Fall subsidiär hafteten, oder nicht. Nach einigen Quellen hatten die aus der Geschäftsführung ausgeschlossenen Vormünder in diesem Fall gegenüber dem geschäftsführenden Vormund eine Aufsichtspflicht, und wenn sie diese Pflicht verletzten, hafteten sie auch gegenüber dem Mündel.²⁰ Andere bestreiten aber diese subsidiäre Haftung, und sind der Meinung, dass die aus der Geschäftsführung ausgeschlossenen Vormünder – mindestens bis Iustinian – weder ein Recht noch eine Pflicht hatten, die Geschäfte des Mündels zu führen, so hafteten sie gegenüber dem Mündel weder direkt, noch subsidiär. Die Vertreter dieser Meinung halten die Quellen, die einen anderen Standpunkt vertreten, für interpoliert.²¹

In beiden Fällen der von der Geschäftsführung befreiten Vormünder ist es also in der Literatur umstritten, ob sie tat-

¹⁰ D.26,7,3,4; D.26,7,3,9; D.26,7,4; HONSELL – MAYER-MALY – SELB: *Römisches Recht*, S. 428; SEILER, Hans Hermann: *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Böhlau Verlag, Köln - Graz, 1968, S. 176-177; KASER: *Das römische Privatrecht I.*, S. 307.

¹¹ D.26,7,3,1;3

¹² D. 26,7,3,7-9; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, S. 176; Lecomte: *La pluralité des tuteurs*, S. 93-106, 224.

¹³ Iust. Inst.1,24,1; D.26,2,17pr.; KASER: *Das römische Privatrecht I.*, S. 307.

¹⁴ D.26,4,5,2

¹⁵ KASER: *Das römische Privatrecht I.*, S. 307.

¹⁶ D.26,7,3,8; KNÜTEL, Rolf: Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht, In: *SZ. 100.*, 1983, S. 341-443, S. 434.

¹⁷ Über die Vermögensverwaltung der Vormünder siehe in der neuesten ungarischen Literatur: JAKAB ÉVA: *Vis ac potestas: gyámi vagyonekzelés a klasszikus római jogban*, In: *Lege duce, comite familia: Ünnepi tanulmányok Tóthné Fábián Eszter tiszteletére, jogász pályafutásának 60. évfordulójára*, Görög Márta – Hegedűs Andrea (szerk.), Iurisperitus Bt., Szeged, 2017, S. 199-211.

¹⁸ D.26,7,3,2; D.23,2,60,2; KASER: *Das römische Privatrecht I.*, S. 233; RUDORFF, Adolph August Friedrich: *Das Recht der Vormundschaft. Aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt*, III. Bd., Ferdinand Dümmler, Berlin, 1834, S. 24.

¹⁹ D. 26,2,26,1; HONSELL – MAYER-MALY – SELB: *Römisches Recht*, S. 428; BINDER, Julius: *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, Nachf. (Georg Böhme), Leipzig, 1899, S. 334; LEVY: *SZ 37.*, S. 15, 71-73. Nach der Meinung von Lecomte sei die Aufgabe der *tutores honorarie*, wahrscheinlich nur gewesen, nach dem Willen des *pater familias* das Schicksal der Kinder zu verfolgen, sie hätten an der Verwaltung des geerbten Vermögens nicht teilgenommen, so hätten sie dafür auch nicht gehaftet. In der Spätkaizerzeit hätten die *tutores honorariae* aber wahrscheinlich dafür gehaftet, wenn sie gegenüber den gerierenden Vormündern nicht auftraten, wenn Letztere das Vermögen des Mündels nicht richtig verwalteten (*suspectum facere*). (Siehe: Lecomte: *La pluralité des tuteurs*, S. 138-146, 224-234.)

²⁰ D. 26,7,3,1 ff.; KASER – KNÜTEL: *Römisches Privatrecht*, S. 367. Wenn der Prätor oder die Mehrheit der Vormünder einen gerierenden Vormund bestimmten, hätten nach der Meinung von Lecomte die übrigen Vormünder gleichrangig in *solidum* gehaftet. (Siehe: Lecomte: *La pluralité des tuteurs*, S. 224-234.)

²¹ LEVY: *SZ 37.*, S. 15, 73-75.; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, S. 176-177.

sächlich eine Aufsichtspflicht hatten und dementsprechend für die Verletzung dieser Aufsichtspflicht subsidiär hafteten.

2.2 Die von der Geschäftsführung nicht befreiten Vormünder

a) Wenn die Geschäftsführung nach Geschäftsbereichen oder nach Provinzen unter den Vormündern von dem Magistrat aufgeteilt wurde, hafteten die Vormünder nur für die Geschäfte von den bestimmten Geschäftsbereichen/Provinzen.²² Dies war aber nur in dem Fall so, wenn der Magistrat oder der Erblasser selbst die Geschäftsführung unter ihnen so aufteilte. Die private Vereinbarung der Mitvormünder über die Aufteilung der Geschäftsbereiche beeinflusste ihre Haftung für die gesamte Geschäftsführung nicht.²³

b) Wenn aus irgendeinem Grund die alleinige Geschäftsführung keinem von den Vormündern zugewiesen wurde, und der Magistrat die Teilung der Geschäftsbereiche auch nicht anordnete, hatten die Mitvormünder die Geschäfte des Mündels gemeinsam zu führen, und sein Vermögen gemeinsam zu verwalten.²⁴ Wenn die Mitvormünder die Geschäfte gemeinsam führen mussten, konnten in der Praxis mehrere Variante vorkommen: Entweder nahm jeder Vormund an der Geschäftsführung tatsächlich teil, oder es konnte auch vorkommen, dass jeder von ihnen die Geschäftsführung unterließ, und sich niemand um die Geschäfte des Mündels kümmerte. Schließlich kam es wahrscheinlich am öftesten vor, dass während sich einer von ihnen (oder eventuell mehrere von ihnen) um das Vermögen des Mündels kümmerten, die anderen sich von der Geschäftsführung ganz fernhielten.

ba) Die Mitvormünder, die die Geschäfte gemeinsam führten, hafteten solidarisch (*in solidum*) und gleichrangig (*primo*

loco) für den verursachten Schaden, unabhängig davon, ob der geschäftsführende Mitvormund beim Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäftes mitgewirkt hatte oder nicht. Sie hafteten auch dann gemeinschaftlich für alle Geschäfte, wenn sie – ohne die Zulassung des Magistrats – die Geschäftsführung nach Gegenständen aufteilten.²⁵

bb) Die Mitvormünder hafteten auch dann solidarisch und gleichrangig nebeneinander für ihre Unterlassung, wenn keiner von ihnen die Geschäfte des Mündels führte (*tutelam non gessit*). Eine Ausnahme bildete nur der Vormund, der von der Geschäftsführung offiziell befreit wurde.²⁶

bc) Es konnte auch vorkommen, dass nur ein Vormund oder eventuell einige Vormünder die Geschäfte des Mündels geführt haben (gerierende Vormünder/Gerenten) (*tutor gerens*), während andere Vormünder sich der Geschäftsführung ganz enthalten haben (nicht gerierende Vormünder/Zessanten) (*tutor cessans*). In diesem Fall wurde die Haftung Letzterer in den verschiedenen Epochen der römischen Rechtsgeschichte anders beurteilt. Die sog. Zessanten, die sich der Gestion eigenmächtig entzogen, hafteten lange Zeit höchstwahrscheinlich nicht. Ab der Zeit von Marc Aurel hafteten sie aber dafür, dass sie ihre Pflichten aus der Vormundschaft nicht erfüllt hatten.²⁷ Sie hafteten *in solidum*²⁸ aber wahrscheinlich nur subsidiär,²⁹ und gegen sie konnte das Mündel nur mit einer *actio utilis* auftreten.³⁰

Die Mitvormünder, die die Geschäfte des Mündels gemeinsam zu führen hatten, hafteten also nach der herrschenden Meinung im Grunde genommen *in solidum*.³¹ Rudorff vertritt aber den Standpunkt, dass die Korrealobligation, die bei den Mitvormündern zustande kommt, eine mildere Natur habe, als die

²² C.5,52,2,1; D.26,7,51; D.26,7,4; D.46,7,3,7; C.5,38,2; C.5,40,2. D.26,7,51; KASER: *Das römische Privatrecht*, S. 307; HONSELL – MAYER-MALY – SELB: *Römisches Recht*, S. 428; SCHMIEDER, Philipp: *Duo rei, Gesamtbligationen im römischen Recht*, Duncker und Humblot, Berlin, 2007, S. 268; VOCI, Pasquale: *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini*, In: *IURA* 21, 1970, S. 71-154.o., S. 76; MEIER, Sonja: *Gesamtschulden. Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, (Ius privatum. Beiträge zum Privatrecht, Bd. 151.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, S. 506. Levy und Seiler bestreiten, dass die Mitvormünder in der klassischen Zeit verpflichtet gewesen wären, sich gegenseitig zu kontrollieren, wenn die Geschäftsführung unter ihnen von dem Magistrat aufgeteilt wurde. (Siehe: LEVY, Ernst: *Die Haftung mehrerer Tutoren*, In: *SZ* 37, 1916, S. 14-88, S. 23-24, 75-82; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, S. 177.)

²³ D.27,8,5; C.5. 52. 2; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, S. 176-177; LEVY: *SZ* 37., S. 23-24, 75-82; EISELE, Fridolin: *Correalität und Solidarität*, in: *AcP* 77., 1891, S. 374-481, S. 452; LECOMTE: *La pluralité des tuteurs*, S. 62-73.

²⁴ SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, S. 176-177; D.27,8,8

²⁵ D.26,7,55pr.; D.26,7,7,17; C.5,52,3.; D.27,8,5; LEVY: *SZ* 37., S. 20-21, 24, 28-59; MEIER: *Gesamtschulden*, S. 561-562; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, S. 177.

²⁶ LEVY: *SZ* 37., S. 21, 69-71; D.26,7,55,2; D.26,7,38pr.

²⁷ D.26,7,1,1; LEVY: *SZ* 37., S. 16-17; BINDER: *Die Korrealobligationen...*, S. 334; ASCOLI, Alfredo: *Sulle obbligazioni solidali: a proposito di una scritto di F. Eisele...*, L. Pasqualucci, Roma, 1892, S. 14.

²⁸ D.26,7,55pr.; D.26,7,3,8; D.23,2,60,3; KNÜTEL: *SZ* 100., S. 434.

²⁹ C.5,52,3; 26,7,55,2; D.27,1,35; C.5,51,6,1; C.5,52,3; C.5,54,2; C.5,55,1-2; C.5,64,1; SCHMIEDER: *Duo rei*, S. 268; MEIER: *Gesamtschulden*, S. 507; SCHMID, Albert: *Die Grundlehren der Cession nach römischem Recht dargestellt*, 1. Teil, Die Cessionsform, Druck und Verlag von Friedrich Vieweg und Sohn, Braunschweig, 1866, S. 360; Binder hält aber die Quellen über die subsidiäre Haftung der nicht gerierenden Vormünder für interpoliert. (Siehe: BINDER: *Die Korrealobligationen*, S. 340-345.) Gegen ihn aber: LEVY: *SZ* 37., S. 26 und KRÜGER, Hugo: *Binder, Julius: Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, (rec.), In: *SZ* 22, 1901, S. 215-225, S. 223.

³⁰ D.26,7,5,3; D.26,7,39,11; D.27,1,37,1; C.5,54,2,1; D.46,6,4,3; RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft. III. Bd.*, S. 29-30; HONSELL – MAYER-MALY – SELB: *Römisches Recht*, S. 428; LEVY: *SZ* 37., S. 21-23, 59-69; KNÜTEL: *SZ* 100., S. 433; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, S. 178.; LECOMTE: *La pluralité des tuteurs*, S. 205-223; Ähnlich: KADEN, Erich-Hans: *Lecomte, André: La pluralité des tuteurs en droit romain*, Recueil Sirey, Paris, 1928. 270 S. (rec.), In: *SZ* 49., 1929, S. 556-560, S. 560. Rudorffs Meinung nach habe in diesem Fall der zessierende Vormund der *actio tutelae utilis* eine *defensio* entgegenstellen können, und so sei die Klage solange denegiert worden, bis es gewiss wurde, dass der gerierende Vormund und dessen Erben das Mündel nicht befriedigen konnten. (Siehe: RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft. III. Bd.*, S. 30.)

³¹ 27,3,1,10-13; C.5,51,6,1; C.5,52,2pr.; C.5,52,3; C.5,75,4; FINKENAUER, Thomas: *Duo rei – Neues von der Gesamtbligation?*, *SZ* 130., 2013, S. 164-202, S. 196.o.; MEIER: *Gesamtschulden*, S. 506; KNÜTEL: *SZ* 100., S. 434; WESENER, Gunter: *Die Durchsetzung von Regressansprüchen im Römischen Recht*, In: *Labeo, Rassegna di diritto romano*, 11., 1965, S. 341-361, S. 351; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, S. 177; VOCI: *IURA* 21, S. 67; EISELE: *AcP* 77., S. 452-453. Schmieder scheint aber zu bezweifeln, dass die Mitvormünder Gesamtschuldner waren, soweit ihnen das *beneficium divisionis* zustand. (Siehe: SCHMIEDER: *Duo rei*, S. 268-285, insbesondere: S. 274.)

strenge, auf objektiver Einheit beruhende Korrealobligation, die zum Beispiel bei den Fideiussoren vorliegt. Er stellt fest, dass die Verpflichtung der Mitvormünder, für einander einzustehen, also die gegenseitige Haftung („*vice mutua periculum*“)³² nur dann eintrete, wenn sie in Rücksicht ihrer Verwaltung oder Aufsicht eine *culpa* treffe. Die Mitvormünder hafteten also nur dann, wenn sie selbst schuldig waren, entweder, weil sie bei der Geschäftsführung mindestens durch *culpa* dem Mündel einen Schaden verursachten, oder weil sie es fahrlässig versäumt hatten, ihre Mitvormünder bei der Geschäftsführung zu kontrollieren.³³

Aufgrund der Quellen kann nämlich festgestellt werden, dass die Haftung der Vormünder, die sich der Geschäftsführung enthielten, mit der Zeit mit dem Argument begründet wurde, dass (auch die nicht gerierenden) Mitvormünder mit einer Aufsichtspflicht, oder Kontrollpflicht belastet wurden, und sie diese Kontrollpflicht verletzt haben, wenn sie den gerierenden Mitvormund nicht als verdächtig verklagt haben oder von ihm keine Sicherheitsleistung verlangt haben, obwohl es nötig gewesen wäre.³⁴

Dadurch wurde aber die Haftung des Vormundes für die Handlungen seines Mitvormundes (*factum contutoris*) nach dem Verschuldensprinzip eingeschränkt. Wenn der Vormund alles Zumutbare unternahm, um das Mündel vor den Schäden, die eventuell der Mitvormund verursachen konnte, zu sichern (wenn er zum Beispiel von dem Mitvormund Sicherheitsleistung verlangte, oder – wenn es nötig war – ihn als verdächtig einklagte), konnte er von der Haftung befreit werden.³⁵

D.26,7,14

Paulus 8 brev.

Etiā contutoris factum imputatur collegae, si potuit et debuit suspectum facere: interdum et si debuit satis petere: nam si idoneus subito lapsus est, nihil collegae imputari potest.

Aus dem Paulus-Fragment geht hervor, dass die Handlung des Mitvormundes seinen Kollegen zugerechnet wird, wenn letztere ihn als verdächtig hätten anzeigen können und müssen, und manchmal auch im Falle, wenn sie von ihm Sicherheitslei-

stung hätten verlangen müssen. Wenn aber ein zahlungsfähiger (*idoneus*) Vormund plötzlich und unvorhersehbar sein Vermögen verlor, kann den Mitvormünder nichts angelastet werden.³⁶

Im Sinne dieser Paulus-Stelle kann also die Handlung eines Vormundes dem Mitvormund nur dann zugerechnet werden, und Letzterer haftet nur dann dafür, wenn ihn selbst ein Verschulden trifft, auch wenn er nur darin schuldig war, dass er seine Aufsichtspflicht betreffend des handelnden Vormundes verletzte.³⁷ Für einfachen *casus* brauchte aber der Vormund nicht einzustehen.³⁸

3. Das Regressrecht der Mitvormünder

3.1 Die Entstehung des Regressanspruches

Es konnte also leicht vorkommen, dass der Vormund, der sich nur um einzelne Geschäfte des Mündels kümmerte, auch für die Geschäftsführung der anderen Mitvormünder haftete, und auch für solche Geschäfte haften musste, bei deren Abschluss er gar nicht mitwirkte.³⁹

So konnte in einzelnen Fällen ein Regressanspruch der verurteilten und leistenden Vormünder gegenüber ihren Mitvormündern entstehen.

Wenn es unter den Mitvormündern anhand von einer Vereinbarung irgendein Innenverhältnis gab, konnte der Vormund, aufgrund dieses Innenverhältnisses, von seinem Mitvormund Regress nehmen.⁴⁰ Es konnte zum Beispiel vorkommen, dass die Mitvormünder einander durch Stipulation ausdrücklich Indemnität, also Schadloshaltung versprachen, und dafür eventuell auch Pfänder bestellten. So hatten sie nötigenfalls eine *actio ex stipulatu*, und eine *actio hypothecaria* gegeneinander.⁴¹

Mangels eines solchen Innenverhältnisses hatte aber der leistende Vormund keinen eigenen Regressanspruch gegenüber seinem Mitvormund, daher musste irgendeine andere Lösung gefunden werden.

Im klassischen Recht wurde die Möglichkeit des Regressrechts wahrscheinlich für den Fall entwickelt, wenn der an dem gegebenen Rechtsgeschäft nicht teilnehmende (also in dieser

³² Siehe: D.26,7,39,9-10

³³ RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft*. III. Bd., S. 22-23, 28.

³⁴ D.26,7,7,14; D.26,7,9,8; D.26,7,9,14; D.26,7,53; D.27,3,1,15; D.26,10,5; C.5,55,1; MEIER: *Gesamtschulden*, S. 507, 563. Es ist möglich, dass die Mitvormünder – wenn die Geschäftsführung unter ihnen offiziell nicht geteilt wurde – ursprünglich strikt füreinander einzustehen hatten, und erst später wurde ihre Haftung für die Handlungen ihres Mitvormundes durch das Verschuldensprinzip eingeschränkt und dementsprechend widerspiegeln die Quellen die zwei unterschiedlichen Rechtszustände (Siehe: MEIER: *Gesamtschulden*, S. 507.). Levy vertritt den Standpunkt, dass die dogmatische Legitimierung der Haftung des nicht gerierenden Vormundes erst durch Iustinian erschaffen worden sei, und die diesbezüglichen früheren Quellen interpoliert seien. Levy ist nämlich der Meinung, dass nur der Prätor, der Prokonsul, die Munizipalmagistrate, die Duumviren und die Dekurionen befugt gewesen seien, von den Vormündern Sicherheitsleistung zu verlangen, demgegenüber seien die Mitvormünder dazu in der klassischen Zeit nicht befugt gewesen. Die gegenteiligen Stellen seien interpoliert. (Siehe: LEVY: *SZ*. 37., S. 24-28, 34-39.) Der gleichen Ansicht ist: HONSELL – MAYER-MALY – SELB: *Römisches Recht*, S. 428.

Nach der Meinung von Lecomte sei der Mitvormund – wie auch sonst jeder andere – berechtigt gewesen, gegen die Mitvormünder eine Klage zu erheben, wenn er meinte, dass Letztere das Vermögen des Mündels nicht redlich verwaltete. In der klassischen Zeit habe zwar die „Anklage“ des verdächtigen Mitvormundes die Aufgabe der weiteren Mitvormünder gebildet, sie hätten aber für die Unterlassung dieser „Anklage“ trotzdem nicht gehaftet. In der Spätkaizerzeit hätten aber die Vormünder auch für die Unterlassung der notwendigen „*suspectum facere*“ subsidiär für die Gestion seiner Mitvormünder gehaftet. Die Kompilatoren hätten die klassischen Voraussetzungen der Haftung für die Kontutoren in den klassischen Quellen dementsprechend umgestaltet. (Siehe: LECOMTE: *La pluralité des tuteurs*, S. 118-137; 205-223.) Ähnlich: KADEN, *SZ*. 49., S. 559.

³⁵ KNÜTEL: *SZ*. 100., S. 434.

³⁶ KNÜTEL: *SZ*. 100., S. 434-435.

³⁷ KNÜTEL: *SZ*. 100., S. 435; D.26,7,46,6

³⁸ RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft*. III. Bd., S. 24-25.

³⁹ MEIER: *Gesamtschulden*, S. 562.

⁴⁰ SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio...*, S. 178.

⁴¹ D.26,7,39,5; RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft*. III. Bd., S. 32-33.

Hinsicht unschuldige) Mitvormund für die Pflichtverletzung des anderen Vormundes gegenüber dem Mündel ganz einstehen musste.⁴²

Die nächste *constitutio* von Caracalla scheint auch diesen Standpunkt zu untermauern:

C.5,58,2: *Imperator Antoninus*

Si non ex propria culpa solus pupillae condemnatus es, sed absens et indefensus adquevisti, cum ex causa iudicati satisfacere coeperis, actionem adversus contutores tuos mandari tibi a pupilla desiderabis vel utili actione uteris. (212)

In der Stelle geht es darum, dass ein Mitvormund – nicht wegen seiner Nachlässigkeit – alleine verurteilt wurde. Er war nicht anwesend und ließ sich im Prozess nicht vertreten, so konnte er, wenn er das Urteil hingenommen und gemäß dem Urteil Zahlung geleistet hatte, vom Mündel die Abtretung der Klagen gegen die Mitvormünder verlangen oder ihm stand eine *actio utilis* zu.

Es sieht also so aus, dass in diesem Fall der leistende Mitvormund nur dann einen Regressanspruch hatte, wenn er nicht wegen seiner Nachlässigkeit („*si non ex propria culpa*“) verurteilt wurde, sondern ausschließlich wegen der Nachlässigkeit des anderen Vormundes.⁴³

Die nächste zu beantwortende Frage ist, ob dem Vormund auch in dem Fall ein Regressanspruch zustand, wenn er selbst vorwerfbar verfuhr.

a) Wenn dem angeklagten Vormund selbst *dolus* (Arglist) vorzuwerfen war, stand ihm kein Regressanspruch zu, wie dies aus der nächsten Ulpian-Stelle hervorgeht:⁴⁴

D. 27,3,1,14

Ulpianus 36 ad ed.

Plane si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones neque utilis competit, quia proprii delicti poenam subit: quae res indignum eum fecit, ut a ceteris quid consequatur doli participibus: nec enim ulla societas maleficorum vel communicatio iusta damni ex maleficio est.

Aus dem Ulpian-Fragment geht hervor, dass in dem Falle, wenn ein Vormund wegen gemeinsamen *dolus* verurteilt wurde, und er bezahlt hat, ihm weder die Klagen abgetreten werden können, noch ihm eine *actio utilis* zusteht, weil er die *poena* wegen seines eigenen Delikts zu bezahlen hat. Deswegen kann er keinen Rückgriff von dem erhalten, der in dem *dolus* mitgewirkt hat, weil keine Gesellschaft zur Begehung unerlaubter Handlungen geschaffen werden darf, und es auch keine Möglichkeit

besteht, die Schäden, die aus Straftaten entstanden sind, in rechtlich anerkannter Weise zu teilen.

Steiners Meinung nach schließt Ulpian in diesem Fragment wahrscheinlich in Zusammenhang mit der *actio rationibus distrahendis* einen Regressanspruch aus – sowohl mittels einer Klagenabtretung als auch durch eine *actio utilis*. Bei Obligationen aus Delikten hätten nämlich die, die das Delikt begangen haben, keine Möglichkeit gehabt, gegeneinander Regress zu nehmen.⁴⁵

b) Wenn der Vormund bei dem Abschluss des betroffenen Rechtsgeschäftes nicht mitwirkte, und er nur seine Aufsichtspflicht hinsichtlich der Geschäftsführung der Mitvormünder verletzte,⁴⁶ hatte er einen Regressanspruch gegenüber dem gerierenden Vormund.⁴⁷ Nach Schmieds Meinung habe der Vormund, der ausschließlich wegen der Taten seines Mitvormundes („*ex facto alterius tutoris*“) verurteilt wurde, verlangen können, dass das Mündel seine Klage, die es gegen den Mitvormund hatte, ganz auf den leistenden Vormund zediert. Dementsprechend habe er hinsichtlich seiner ganzen Leistung gegen den geschäftsführenden Vormund Rückgriff nehmen können.⁴⁸

c) Es konnte auch vorkommen, dass keiner von den Mitvormündern die Geschäfte des Mündels führte, und wegen des gemeinsamen Unterlassens nur einer von ihnen eingeklagt wurde. In einer Papinian-Stelle wurde die Frage untersucht, ob in diesem Fall der leistende Mitvormund gegen die anderen Mitvormünder Regress nehmen konnte:

D.26,7,38,pr.-2.

Papinianus 12 quaest.

(pr.) Si plures tutelam non administraverint et omnes solvendo sint, utrum, quia nullae partes administrationis inveniuntur, electioni locus erit an ut eiusdem pecuniae debitores excipere debebunt periculi societatem? Quod magis ratio suadet.

(1) *Si quidam ex his idonei non sint, onerabuntur sine dubio ceteri, nec iniique, cum singulorum contumacia pupillo damnum in solidum dederit.*

(2) *Unde quaerendum est, an actiones pupillus ei, qui solus convenitur, in alterum pro parte scilicet praestare debeat. Sed cum propria cuiusque contumacia puniatur, qua fronte poterit hoc desiderari?*

In der Papinian-Stelle⁴⁹ geht es darum, dass von mehreren Vormündern keiner die Geschäfte des Mündels führte. Papinian stellt die Frage, ob – wenn jeder Vormund zahlungsfähig ist, und die Geschäftsführung unter ihnen nicht aufgeteilt wurde – das Mündel frei unter ihnen wählen kann, oder die Vormünder ge-

⁴² BINDER: *Die Korrealobligationen*, S. 285.; LEVY, ERNST: *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I. Bd., Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1918, S. 237; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, S. 179; MEIER: *Gesamtschulden*, S. 562.

⁴³ LEVY: *Die Konkurrenz I.*, S. 237. Die Exegese der Quelle siehe noch bei: LECOMTE: *La pluralité des tuteurs*, S. 178-180.

⁴⁴ MEIER: *Gesamtschulden*, S. 563-564; SCHMID: *Die Grund Lehren der Cession*, S. 359-360; RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft*. III. Bd., S. 32.

⁴⁵ STEINER, ANJA: *Die römischen Solidarobligationen. Eine Neubesichtigung unter aktionenrechtlicher Aspekten*, Verlag von C. H. Beck, München, 2009, S. 247. Die Exegese der Quelle siehe noch bei: LECOMTE: *La pluralité des tuteurs*, S. 167-175.

⁴⁶ D.26,7,7,14; D. 26,7,14; D.26,7,39,16

⁴⁷ MEIER: *Gesamtschulden*, S. 563; SCHMID: *Die Grund Lehren der Cession*, S. 360.

⁴⁸ C.5,51,6,1; SCHMID: *Die Grund Lehren der Cession*, S. 360-361.

⁴⁹ Die umfassende Exegese der Quelle siehe noch bei: STEINER: *Die römischen Solidarobligationen*, S. 249-250; FINKENAUER: *Duo rei*, S. 196; VOCI: *IURA 21*, S. 114-115; SCHMIEDER: *Duo rei*, S. 277-278; BINDER: *Die Korrealobligationen...*, S. 295-296; LEVY: *SZ. 37.*, S. 69-71; LECOMTE: *La pluralité des tuteurs*, S. 175-178.

meinschaftlich haften müssen. Papinian hält die letztere Lösung für begründet. Seiner Meinung nach tritt, wenn einer der Vormünder nicht zahlungsfähig ist, die Mehrbelastung der übrigen ein. „Und nicht zu Unrecht, weil die bewusste Unterlassung jedes Einzelnen den Schaden in seiner Gesamtheit verursacht hat.“

Es „stellt sich die Frage, ob das Mündel demjenigen, der allein in Anspruch genommen wird, die Klagen gegen den anderen abtreten muß (...).“ Aber nach Papinians Meinung „da die eigene bewußte Unterlassung jedes einzelnen geahndet wird – wer könnte die Stirn haben, dies zu verlangen?“

Papinian untersuchte also im Falle der Unterlassung von mehreren Mitvormündern, ob ein Regressanspruch dem eingeklagten und leistenden Vormund durch die Abtretung der Klagen des Mündels gegen die Mitvormünder zustand, aber er wies diese Möglichkeit schließlich ab, da es nach seiner Meinung eine Unverschämtheit gewesen wäre, in dieser Lage die Abtretung zu verlangen, weil jedem Vormund die Unterlassung vorgeworfen werden kann.⁵⁰ So habe – nach Rudorffs Meinung – der Mitvormund, der wegen eigener *contumacia* auf das Ganze verurteilt wurde, keinen Regressanspruch gegen seine Mitvormünder, weil sein Auftreten allein hingereicht hätte, um die Schäden zu vermeiden.⁵¹

d) Im iustinianischen Recht sicher, aber wahrscheinlich auch schon früher (nach einer Tendenz, die im 3. Jahrhundert n. Chr. angefangen hat), hatten die Mitvormünder, auch wenn sie die Geschäfte des Mündels gemeinsam führten („*vel ex communi gestu*“) und die relevante Pflichtverletzung nicht nur einer von ihnen beging, die Folgen der Pflichtverletzung in ihrem Innenverhältnis zu gleichen Anteilen zu tragen, und wenn einer von ihnen die ganze Summe bezahlte, hatte er in Höhe von dem Anteil der Mitvormünder einen Regressanspruch gegen diese.⁵²

D. 27,3,1,13

Ulpianus 36 ad ed.

Et si forte quis ex facto alterius tutoris 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 tutori adversus contutorem dandam.

In der Ulpian-Stelle geht es darum, dass ein Vormund wegen der Handlung eines anderen Vormundes oder aufgrund gemeinsamer Geschäftsführung verurteilt wurde, und zahlte, ohne dass das Mündel ihm seine Klage gegen den anderen Vormund abgetreten hätte. In diesem Fall ist dem leistenden Vormund eine *actio utilis* im Sinne der Konstitutionen von Antoninus Pius, Caracalla und dessen Vater, Septimius Severus zu gewähren.

Aus dem Fragment geht hervor, dass der zahlende Mitvormund nicht mehr nur in dem Fall einen Regressanspruch hatte, wenn er ausschließlich wegen der Handlung des anderen Vormundes („*ex facto alterius tutoris*“) verurteilt wurde, sondern auch dann, wenn er wegen des Schadens, der aus der gemeinsamen Geschäftsführung („*ex communi gestu*“) entstanden war, alleine verurteilt wurde.⁵³

3.2 Das Mittel des Regressanspruches

Zur Durchsetzung des Regressanspruches standen in erster Linie die abgetretenen Klagen des Mündels gegen die Mitvormünder (*actio tutelae directa*) zur Verfügung. In den Quellen wird aber später auch eine selbstständige *actio utilis* erwähnt, die der Durchsetzung des Regressanspruches des leistenden Mitvormundes dient.⁵⁴

⁵⁰ MEIER: *Gesamtschulden*, S. 563. Das Fragment ist nicht vollständig klassisch. (Siehe LEVY: SZ. 37., S. 69-71; MEIER: *Gesamtschulden*, S. 563). Steiners Meinung nach habe das Mündel wegen des Unterlassens der Vormünder in diesem Fall nur die *actio tutelae utilis* gegen sie gehabt. Er vertritt weiterhin die Ansicht, dass die Vormünder, die sich von der Geschäftsführung ohne Entlastung fernhielten, so betrachtet worden seien, als ob sie ein Delikt begangen hätten. So hätten sie – im Sinne des von Ulpian bekannten „*nulla societas maleficiorum*“-Prinzips keine Möglichkeit gehabt, Regress zu nehmen. (Siehe: STEINER: *Die römischen Solidarobligationen*, S. 249-250.)

⁵¹ RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft*. III. Bd., S. 32.

⁵² MEIER: *Gesamtschulden*, S. 563; WESENER: *Labeo*, S. 353; SCHMID: *Die Grundlehren der Cession*, S. 360-361. Nach der Auffassung von Levy stamme der Teil „*vel ex communi gestu*“ in dem Ulpian-Fragment D.27,3,1,13 nicht von Ulpian, es sei aber auch nicht die „Erfindung“ von Iustinian. Levy meint, dass der Vormund ursprünglich nur dann ein Regressrecht gehabt habe, wenn er wegen der Geschäftsführung seines Mitvormundes eingeklagt wurde. Seiner Meinung nach sei der Klagenabtretungszwang erst in der spätklassischen Zeit zustande gekommen, und nur dann, wenn die materielle Schuld – so, wie auch im Verhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner – nur einen von den Parteien belastete, oder wo das *beneficium divisionis* anwendbar gewesen wäre. Erst ab der Mitte des 3. Jahrhunderts habe die Tendenz angefangen, dass die Klagenzession auch entsprechend der Teilhaftung der Gesamtschuldner erzwungen werden konnte, und danach sei der Klagenabtretungszwang auch im Vormundschaftsrecht erschienen, und die Fälle der Klagenabtretung seien nicht mehr auf die Leistungen „*ex facto alterius*“ begrenzt worden. (Siehe: LEVY: *Die Konkurrenz*, S. 234-238.) Seiler vertritt aber den Standpunkt: Der Vormund habe nur dann Regress nehmen können, wenn er wegen der Geschäftsführung seiner Mitvormünder verklagt wurde. (Siehe: SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio*..., S. 179.)

⁵³ Wenn der Vormund wegen der Geschäftsführung des Mitvormundes verurteilt wurde, habe das Mündel nach der Meinung von Lecomte nicht zur Klagenabtretung gezwungen werden können, wenn der belangte Vormund ohne Erlaubnis sich von der Gestio fernhielt. Lecomte meint: Es sei in diesem Fall kein Gesamtschuldverhältnis zwischen den Vormündern zustande gekommen, da der nicht gerierende Vormund nur subsidiär mit einer *actio utilis* habe eingeklagt werden können, so habe das Mündel nicht zur Abtretung seiner Klage gegen den anderen Vormund gezwungen werden können, weil es nur bei gleichrangiger Gesamtschuld oder bei der Bürgschaft möglich gewesen sei. Lecomte löst das Problem so, dass der Ausdruck „*ex facto alterius*“ – seiner Meinung nach – sich nur auf den Fall beziehen können, wenn der von der Gestio befreite, und so davon sich rechtmäßig fernhaltende Vormund wegen der Verwaltung der Mitvormünder verurteilt wurde, da in diesem Fall dieselbe Klage gegen den Vormund habe erhoben werden können, welche gegenüber dem gerierenden Mitvormund anwendbar war, und der nicht gerierende Vormund habe nicht nur subsidiär gehaftet. Lecomte vertritt den Standpunkt, dass der Klagenzessionszwang nicht einmal bei der gemeinsamen Geschäftsführung möglich gewesen sei, und nicht einmal dann, wenn die gerierenden Mitvormünder die Schäden nur fahrlässig („*simple faute*“) verursachten. Lecomte hielt die diesem Standpunkt widersprechende Konstitution C.5,58,2 entweder für interpoliert, oder er nimmt an, dass Antoninus Pius und Papinian (D.26,7,38pr.-2) anderer Meinung gewesen seien. (Siehe: LECOMTE: *La pluralité des tuteurs*, S. 167-181.)

⁵⁴ SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, S. 179.; MEIER: *Gesamtschulden*, S. 562; LECOMTE: *La pluralité des tuteurs*, S. 183-201.

3.2.1 Die abgetretene Klage

Zuerst wurde die Klagenabtretung ermöglicht. Im Sinne des sog. *beneficium cedendarum actionum* konnte der belangte Vormund vom Mündel verlangen, seine Klagen, die es gegen die Mitvormünder hatte, auf ihn zu zedieren.⁵⁵ Diese Abtretung konnte während des Prozesses gegen den Vormund (spätestens im Judikatsprozess), als eine Art von „Gegenforderung“ erzwungen werden.⁵⁶

Die Klagenabtretung wurde so verwirklicht, dass das Mündel den (belangten) Vormund zum *cognitor* oder *procurator in rem suam* bestellte.⁵⁷

Die Abtretung musste aber – wie es aus der folgenden Modestin-Stelle sich herausstellt – spätestens gleichzeitig mit der Zahlung des Vormundes erfolgen, oder der Vormund und das Mündel mussten vor der Zahlung darin übereinkommen, dass die Klagen abgetreten werden sollten, damit durch die Leistung des Vormundes die Klage des Mündels gegen den Mitvormund nicht konsumiert wurde. In diesem Fall wurde die Zahlung des Vormundes – durch die Anwendung einer Kauffiktion – so bewertet, dass er damit nicht seine eigene Verpflichtung aus der Vormundschaft erfüllte, sondern die dem Mündel gegen den Mitvormund zur Verfügung stehende Klage kaufen wollte. So konnte mit dieser Kauffiktion von der Konsumtionswirkung der *solutio* abgesehen werden.⁵⁸

D.46,3,76

Modestinus 6 resp.

Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeatur, 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, cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum quam actio quae fuit perempta videatur.

Im Sinne des Gutachtens von Modestin, wenn alles, was aufgrund der Vormundschaft zu bezahlen war, ohne jedes (vorherige) *pactum* bezahlt wurde, und die Klage nach einer Zwischenzeit abgetreten wurde, bleibt diese Abtretung wirkungslos, da keine Klagen mehr übrig blieben. Wenn die Abtretung vor der Leistung passiert, oder wenn über die Abtretung eine Vereinbarung getroffen wurde, und erst nachher bezahlt wurde, und daraufhin die Abtretung erfolgt, steht die abgetretene Klage dem Vormund zur Verfügung, weil auch in dem letzten Fall viel mehr für die abgetretene Klage ein Kaufpreis bezahlt wird, als die Klage, welche früher existierte, zunichte zu sein schiene.

Im Sachverhalt geht es also darum, dass das Mündel nach der Beendigung der Vormundschaft von einem seiner Vormünder die Bezahlung der aus der Vormundschaft stammenden Schuld verlangte. Daraufhin bezahlte dieser Vormund dem Mündel alles, was aufgrund der Vormundschaft zu bezahlen war. Es steht zwar nicht ausdrücklich im Text, aber es handelt sich aller Wahrscheinlichkeit nach um eine Mitvormundschaft.⁵⁹ Mit der Hilfe einer Kauffiktion konnte von der Klagenkonsumtionswirkung der Leistung des Vormundes hinsichtlich der abzutretenden Klage, die das Mündel gegen den Mitvormund hatte, abgesehen werden. Modestins Meinung nach mussten aber die Parteien entweder vor der Leistung über die Abtretung einen *pactum* schließen, oder die Klagenabtretung musste spätestens gleichzeitig mit der Zahlung erfolgen, sonst wäre die Abtretung wirkungslos, da wegen der Gesamtwirkung der *solutio* keine Klage mehr übrig bliebe.

3.2.2 Utilis actio

Wenn also der Vormund die Verpflichtungen aus der Vormundschaft gemäß dem Urteil erfüllte, ohne dafür eine Klagenabtretung zu verlangen, konnte er sich wegen der Klagenkonsumtionswirkung der Leistung (*solutio*) die Klagen des Mündels gegen die Mitvormünder nicht mehr abtreten las-

⁵⁵ C.5,51,6,1; C.5,52,2pr., C.5,52,3.

⁵⁶ MEIER: *Gesamtschulden*, S. 562. Nach der Meinung von Lecomte wäre die Abtretung wegen der Klagenkonsumtionswirkung der *litis contestatio* in der klassischen Zeit nur in der *in iure* Phase des Prozesses möglich gewesen. (Siehe: LECOMTE: *La pluralité des tuteurs*, S. 184-189.) Dieser Meinung steht aber in Widerspruch zu der später zu zitierenden Papinian-Stelle (D.27,3,21).

⁵⁷ D.26,7,42; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, S. 180. Der Vormund konnte infolge der Klagenabtretung mit einer Klage (mit *intentio ex persona domini*) gegen die Mitvormünder Regress nehmen. (Siehe: RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft*. III. Bd., S. 33.)

⁵⁸ MEIER: *Gesamtschulden*, S. 562; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, S. 180-181, 189; RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft*. III. Bd., S. 34-35. Weitere Quellen von der Klagenabtretung sind die Folgenden: D.27,3,21; C.5,58,1; D.26,7,42; D.27,3,1,18; MEIER: *Gesamtschulden*, S. 562; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, S. 180-181, 189.

⁵⁹ SCHMOECKEL, Mathias – RÜCKERT, Joachim – ZIMMERMANN, Reinhard (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil* § 241-432, 2. Teilband § 305-432, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, S. 2482; MEIER: *Gesamtschulden*, S. 562; Briguglio, Filippo: *Fideiussoribus succurri solet*, Giuffrè, Milano, 1999, S. 285; HASENBALG, H.: *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Eine civilistische Studie*, Verlagsbuchhandlung von Julius Buddens, Düsseldorf, 1870, S. 414; GIRTANNER, Wilhelm: *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte. Historisch dogmatisch dargestellt, II. Dogmatische Abtheilung*, Verlag von Carl Hochhausen, Jena, 1851, S. 535; DEMANGEAT, Ch.: *Des obligations solidaires en droit romain: commentaire du titre de duobus reis, au Digeste*, A. Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, Paris, 1858, S. 241-242; BINDER: *Die Korrealobligationen*, S. 147; TIELSCH, Richard: *Zur Lehre vom beneficium cedendarum actionum*, Diss., Druck von Julius Abel, Greifswald, 1899, S. 17; HAGEMEISTER, Paul: *Das beneficium cedendarum actionum des Bürgen*, Diss., Druck von Julius Abel, Greifswald, 1893, S. 18; BROCKHÜES, Fritz: *Rechte und Pflichten des zahlenden Bürgen bezüglich der vom Schuldner oder Dritten gestellten Pfänder. Zur Lehre vom beneficium cedendarum actionum*, Diss., Köln, 1896, S. 29; VON SAVIGNY, Friedrich Carl: *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, I. Bd., Deit und Comp, Berlin, 1851, S. 255; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, S. 179; RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft*. III. Bd., S. 34; SCHULZ, Fritz: *Rückgriff und Weitergriff. Studien zur gesetzlichen und notwendigen Session*, (Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, 21. Heft), Verlag von M. & H. Marcus, Breslau, 1907, S. 21. Früher (1907) hielt Levy es auch für vorstellbar, dass es in der Stelle – ähnlich, wie in der D.46,6,12 – um die *fideiussores tutorum* geht (LEVY, Ernst: *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte*, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1907, S. 198.), aber in seinem späteren Buch (1918) erwähnt auch er schon die obige Stelle als ein Beispiel für den Fall der Tutorenmehrheit (LEVY: *Die Konkurrenz I*, S. 223). Auch die nächsten Quellen beschäftigen sich mit der Klagenabtretung in Zusammenhang mit der Mitvormundschaft: D.27,3,21; D.27,3,1,13; D.27,3,1,18; C.5,58,2

sen. Wie es sich aus den zwei früher vorgestellten Fragmenten (D.27,3,1,13; C.5,58,2) herausstellt, billigte für diesen Fall zuerst Antoninus Pius und später auch Septimius Severus und Antoninus Caracalla in Form einer *actio utilis* dem zahlenden Vormund eine eigenständige Regressklage zu.⁶⁰

Was die rechtliche Einordnung dieser *actio utilis* betrifft, gibt es zwei verschiedene Hauptstandpunkte in der Literatur. Nach dem ersten Standpunkt geht es hier um eine *actio negotiorum gestorum utilis*,⁶¹ während es sich nach dem zweiten Standpunkt um eine solche *actio utilis* handelt, die der *actio tutelae directa* des Mündels nachgebildet wurde.⁶² Aufgrund des Kontextes der Quellen scheint der zweite Standpunkt wahrscheinlicher zu sein.

4. Beneficium divisionis

Aus den Quellen geht hervor, dass auch ein weiteres *beneficium*, das *beneficium divisionis* – mit denselben Voraussetzungen, die für die Mitbürgerschaft charakteristisch waren –, den Mitvormündern zustand.⁶³ Unter den Spätclassikern wird die Anwendbarkeit dieser Rechtswohlthat schon bei Ulpian erwähnt.⁶⁴

D.27,3,1,11-12

Ulpianus 36 ad ed.

(11) *Et si quidem omnes simul gesserunt tutelam et omnes solvendo sunt, aequissimum erit dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus exemplo fideiussorum.*

(12) *Sed et si non omnes solvendo sint, inter eos qui solvendo sunt dividitur actio. Sed prout quisque solvendo est, poterunt conveniri.*

Im Sinne der Ulpian-Stelle ist es gerecht, sobald mehrere Vormünder zusammen gerieten, und alle von ihnen zahlungsfähig sind, dass die Klage des Mündels unter ihnen nach Kopfteilen geteilt wird. Wenn aber nicht jeder Mitvormund zahlungsfähig ist, wird die Klage unter den zahlungsfähigen Mitvormündern geteilt. Sie können verklagt werden bis zur Grenze ihrer Zahlungsfähigkeit.

Die Klage (und damit auch die Forderung) des Klägers wurde also – ähnlich wie bei dem ursprünglich von Hadrian für die Mitbürgen geschaffenen *beneficium divisionis* – auch in unserem Fall nicht *ipso iure* unter den Mitvormündern geteilt, sondern die Teilung wurde auf Verlangen des einen Mitvormundes von dem Prätor angeordnet. Die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit trugen auch in diesem Fall die zahlungsfähigen Mitvormünder,⁶⁵ und nicht das Mündel.⁶⁶

Dies wird auch durch die nächste Papinian-Stelle bestätigt.⁶⁷

D.11,2,2

Papinianus 2 quaest.

Cum ex pluribus tutoribus unus, quod ceteri non sint idonei, convenitur, postulante eo omnes ad eundem iudicem mittuntur: et hoc rescriptis principum continetur.

In der Quelle geht es darum, dass von mehreren Mitvormündern nur einer verklagt wird, nämlich derjenige, der zahlungsfähig erscheint. Wenn der verklagte Vormund die Zahlungsunfähigkeit der Mitvormünder anzweifelt, kann er die Entscheidung des Richters über die Zahlungsfähigkeit der Mitvormünder verlangen. Papinian erwähnt, dass dieses Recht auch durch mehrere kaiserliche Reskripte bestätigt wurde. In der Stelle wird also das *beneficium divisionis* nicht ausdrücklich erwähnt, es wird aber auch hinsichtlich der Mitvormünder vorausgesetzt.⁶⁸

Steiner nimmt an, dass sowohl die Anwendung des *beneficium divisionis*, als auch die Anwendung des *beneficium cedendarum actionum* den Mitvormündern analog zum Fall der Mitbürgen ermöglicht worden sei. Es sei aber keine prozessuale Analogie gewesen, sondern eine materiell rechtliche Analogie, deren Grundlage für Ulpian die *aequitas* bildete.⁶⁹

Die mit den obigen Feststellungen scheinbar im Widerspruch stehende nächste Konstitution spricht aber ohne die Erwähnung des *beneficium divisionis* über die Haftung der Mitvormünder.⁷⁰

⁶⁰ D.27,3,1,13; C.5,58,2; MEIER: *Gesamtschulden*, S. 562; WESENER: *Labeo*, S. 352; KNÜTEL: *SZ. 100.*, S. 434; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, S. 189-190; BINDER: *Die Korrealobligationen*, S. 285.

⁶¹ D.3,5,29; PARTSCH, Josef: *Studien zur Negotiorum Gestio I.*, (Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Stiftung Heinrich Lanz, Philosophisch-historische Klasse, Band 4, Jahrgang 1913), Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1913, S. 42-45, WESENER: *Labeo*, S. 352; LEVY: *Die Konkurrenz I.*, S. 230-234; ARCHI, Gian Gualberto: *Sul concetto di obbligazione solidare*, In: *Conferenze Romanistiche tenute nella R. Università di Pavia nell'anno 1939*, 1940, S. 298-340, S. 304; SOLAZZI, Siro: *Tutele e Curatele II.*, In: *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, LIV, 1914, S. 17-70, S. 53. Steiner hält auch eine *actio mandati utilis* für möglich. (Siehe: STEINER: *Die römischen Solidarobligationen*, S. 246.)

⁶² KASER – KNÜTEL: *Römisches Privatrecht*, S. 325; MEIER: *Gesamtschulden*, S. 563; SEILER: *Der Tatbestand zur negotiorum gestio*, S. 192-198, 201-206; HARKI, Jan Dirk: *Actio utilis. Anspruchsanalogie im römischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2016, S. 274-280; SCHMID: *Die Grundlehren der Cession*, S. 361-366; RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft. III. Bd.*, S. 37.

⁶³ SCHMID: *Die Grundlehren der Cession*, S. 360.

⁶⁴ FINKENAUER: *Duo rei*, S. 196; MEIER: *Gesamtschulden*, S. 563; VOCI: *IURA 21*, S. 83-85.

⁶⁵ Nach Schmid's Meinung sei der Mitvormund dann zahlungsfähig, wenn bei Beendigung der Vormundschaft er selbst, oder mindestens seine Bürgen vermögend genug sind. (Siehe: SCHMID: *Die Grundlehren der Cession*, S. 361.) Rudorff vertritt aber demgegenüber den Standpunkt, dass der Ausfall des zahlungsunfähigen Mitvormundes den zahlungsfähigen Mitvormündern sogleich, also ohne Vorausklagung der Bürgen des insolventen Mitvormundes zur Last falle. (Siehe: RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft. III. Bd.*, S. 31.)

⁶⁶ STEINER: *Die römischen Solidarobligationen*, S. 246.

⁶⁷ FINKENAUER: *Duo rei*, S. 196.

⁶⁸ SCHMIEDER: *Duo rei*, S. 273; FINKENAUER: *Duo rei*, S. 196.

⁶⁹ STEINER: *Die römischen Solidarobligationen*, S. 246.

⁷⁰ SCHMIEDER: *Duo rei*, S. 273-274.

C.5,52,2pr.: *Imperatores Carus, Carinus, Numerianus*

Si divisio administrationis inter tutores sive curatores in eodem loco seu provincia constitutos necdum fuit, licentiam habet adulescens et unum eorum eligere et totum debitum exigere, cessione videlicet ab eo adversus ceteros tutores seu curatores actionum ei competentium facienda. (284)

Im Sinne der Verordnung, wenn die Geschäftsführung unter den Mitvormündern nicht geteilt wurde, kann das Mündel frei unter den Mitvormündern einen auswählen, und von ihm die Zahlung der ganzen Schuld verlangen. In diesem Fall muss er aber dem leistenden Vormund die ihm zustehenden Klagen gegen die Mitvormünder abtreten.

Nach Vocis Meinung erwähnt die Konstitution das *beneficium divisionis* deswegen nicht, weil in ihrem Mittelpunkt nicht die Haftung der Mitvormünder, sondern eine Neuregelung hinsichtlich der Ermöglichung des *beneficium cedendarum actionum* stehe und das *beneficium divisionis* bei der Erschaffung der *constitutio* deswegen in den Hintergrund gedrängt worden sei.⁷¹

In der Literatur gibt es zwar solche Standpunkte, die die Ermöglichung des *beneficium divisionis* für die Mitvormünder in der vorjustinianischen Zeit bestreiten, und die diesbezüglichen Quellen für interpoliert halten,⁷² dennoch erscheint der gegenüberstehende Standpunkt wahrscheinlicher, nach dem die Einrede der Teilung allmählich schon vor Iustinian, wahrscheinlich schon ab der spätclassischen Zeit den Mitvormündern zustand,⁷³ und die Abtretung der Klagen gegenüber den Mitvormündern oder die Gewährung einer *utilis actio* gegen sie erst dann ermöglicht wurde, wenn der eingeklagte und leistende Mitvormund das *beneficium divisionis* aus irgendeinem Grund nicht in Anspruch nehmen konnte.⁷⁴

Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Vormünder, wenn sie weder von der Geschäftsführung befreit wurden, noch die Geschäftsführung unter ihnen von dem Erblasser oder dem Magistrat aufgeteilt wurde, als Gesamtschuldner gegenüber dem Mündel hafteten. Es galt sowohl für die gerierenden als auch für die zessanten Vormünder. Die Haftung der Letzteren war aber höchstwahrscheinlich nur subsidiär. Das Mündel konnte sich frei entscheiden, welchen von den gerierenden Vormündern es auf das Ganze einklagen wollte. In diesem Fall hafteten die Vormünder auch für die Schäden, die durch die Pflichtverletzung ihrer Mitvormünder entstanden sind. In diesem Fall stand ihnen aber ein Regressanspruch gegen die Mitvormünder zu, den sie entweder mit der ihnen abgetretenen *actio tutelae directa* des Mündels gegen die Mitvormünder oder mit einer eigenen *actio utilis* durchsetzen konnten.

Am Ende der klassischen Zeit stand schon wahrscheinlich auch den Mitvormündern das sog. *beneficium divisionis* zur Verfügung, womit der angeklagte Vormund erreichen konnte, dass die Forderung des Mündels unter ihm und den zahlungsfähigen Mitvormündern aufgeteilt werden konnte. Demzufolge hatte nach dieser Zeit der zahlende Vormund nur in dem Fall einen Regressanspruch gegen die Mitvormünder, wenn er aus irgendeinem Grund das *beneficium divisionis* nicht in Anspruch nehmen konnte. In diesem Fall standen ihm entweder die abgetretenen Klagen des Mündels oder die *actio utilis* weiterhin zur Verfügung, um seine Regressansprüche durchzusetzen. Dieser Regressanspruch stand den Mitvormündern (wahrscheinlich ab dem 3. Jahrhundert n. Chr. allmählich) auch dann zu, wenn sie die Geschäfte des Mündels gemeinsam geführt haben, und die verursachten Schäden allen vorwerfbar waren. Der gemeinsame *dolus* der Mitvormünder schloss aber ein Regressrecht aus.

⁷¹ VOCI: *IURA* 21, S. 97-99; SCHMIEDER: *Duo rei*, S. 273-274; Ähnlich: FINKENAUER: *Duo rei*, S. 197.

⁷² LEVY: *SZ.* 37., S. 26; BINDER: Die Korrealobligationen, S. 284; EISELE: *AcP* 77., S. 457-458; LECOMTE: *La pluralité des tuteurs*, S. 175-176, 196-201; KADEN, *SZ.* 49., S. 560.

⁷³ SCHMIEDER: *Duo rei*, S. 274; FINKENAUER: *Duo rei*, S. 197; SCHULZ, *SZ.* 27., S. 101-102; VOCI: *IURA* 21, S. 71-122.

⁷⁴ Siehe: SCHMID: *Die Grundlehren der Cession*, S. 360.