

VOL. 14 / 2023

NO. 2

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW



JOURNAL



STS
SCIENCE CENTRE



JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW



VOL. 14 / 2023 NO. 2

Editorial staff

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW:

- Prof. Dr. Christian Baldus**
Faculty of Law, Heidelberg University, Germany
JUDr. PhDr. Stanislav Balík, Ph.D.
Faculty of Law, Westbohemia University, Plzeň, 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
Daniela Buccomino, Ph.D.
University of Milan, Italy
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
Doc. JUDr. Vilém Knoll, Ph.D.
Faculty of Law, Westbohemia University, Plzeň, Czech Republic
JUDr. David Kolumber, Ph.D.
Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic
izv. prof. 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, Humanitas University in Sosnowiec, 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.iur. Christian Neschwara
Faculty of Law, University of Vienna, Austria
Prof. 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.
Attorney at Law, Brno, Czech Republic
Dr. Gábor Schweitzer, Ph.D.
Institute for Legal Studies of the Hungarian Academy of Sciences, Hungary
Adw. Ewa Stawicka
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
Dr. Norbert Varga
Faculty of Law, University of Szeged, Hungary
Prof. Dr. Wulf Eckart Voß
Faculty of Law, University of Osnabrück, Germany

TABLE OF CONTENTS

<i>Gabriele Schneider: Women as Judges and Public Prosecutors in Austria: A Historical Overview</i>	2
<i>Jaromír Tauchen: Die gelenkte Wirtschaft, ihre Rechtsgrundlage und ihr strafrechtlicher Schutz im Protektorat Böhmen und Mähren (1939–1945)</i>	12
<i>Andrew Watson: The Legal Education Revolution that Failed – Attempts to Establish a Legal University in Victorian Britain</i>	28
<i>Ivan Kosnica: Naturalisations in the Independent State of Croatia</i>	40
<i>Aleksejs Jelisejers: From Bona Fides to Laba Ticība: Historical Interpretation of the Good Faith Principle in Latvian Law</i>	46
<i>Jelena Nikčević: Development of Security Instruments of Maritime Loans on the Eastern Adriatic Coast, with Particular Reference to the Ordinance-Law on Property Rights on Ships and Maritime Liens from 1939</i>	58
<i>Zdeňka Stoklásková: Die Armenfürsorge als Rechtsproblem in der Österreichischen Monarchie</i>	67
<i>Lenka Šmidová Malárová: Jews and Anti-Jewish Rules in the Czech Codification of Church Law of 1349</i>	78
<i>János Erdődy: In XII minuendi sumptus sunt lamentationisque funeris – sed ea non tam ad religionem spectant quam ad ius sepulcrorum: Restrictions on Funeral Luxury in Rome</i>	82
<i>Gábor Schweitzer: Der Rechtsstatus und die Selbstverwaltung der Hauptstadt Budapest in der bürgerlichen Ära</i>	91
<i>Csaba Cserrák: The Constitutional Development of Transylvania</i>	97
<i>Péter Nagy: Hungarian Scholar of Czechoslovak Law in the USA. The Life and Works of Miklós Ujlaki</i>	104
<i>Viktor Papp: Conflicts, Compromises and Professionalization. The Case of Hungarian Trainee Lawyers in the late 19th Century</i>	113
<i>Tamás Antal: A Hungarian Jurist's Views on 19th-Century English Juries</i>	121
<i>Thembi Pearl Madalane: Western Europe Immigration Laws on Diversity in International Arbitration. A Historical Perspective on Africa and the Influence of English Law</i>	128
<i>Balázs Arató: The Historical Roots of Family Businesses, the Entail and the Unification of Wealth</i>	137
<i>Réka Pusztahelyi: Undue Influence as a Civil Law Concept in the Hungarian Legislation and Judicial Practice (Investigation of the Drafts of the Hungarian Civil Code between 1900 and 1928 and the Corresponding Literature and Practice)</i>	144
<i>Roman Savulici: Codex Theresianus of 1766: Codification Works, Structure, main Content and Significance of Roman Law Reception during its Conclusion Process</i>	156
<i>Vinicius Magalhães Casagrande: Rechtsnormen und Logische Analysis: ein Briefwechsel - Was Kelsen tricked?</i>	176
<i>Thomas Gergen: Durchsetzung von Ansprüchen auf Bescheidung und Gewährung von Pensionsleistungen als Vertragsbedienstete von verschiedenen EU-Behörden – Rechtsgeschichte der frühen Jahre der EU als „Lehrmeisterin“ und gutachterliches „Handwerkszeug“</i>	182
<i>Stefano Barbati: Il postliminio di Ostilio Mancino</i>	189

ANNEX: XVII. JAHRESTREFFEN DER JUNGEN ROMANISTEN

<i>Radek Černoch: Introductory Remarks on the Essays of the Speakers of the XVIIth Young Scientists Meeting on Roman Law</i>	206
<i>Michael Binder: The Capability to sue or be a Defendant in the Context of Matrimony with filii familias: An Analysis of D. 15.1.38.1 and D. 24.3.22.3</i>	208
<i>Stefan Schmatzberger: Der prozessuale Erwerb scheidungshalber entwendeter Sachen in D. 25.2.22 pr.</i>	214
<i>Robin Repnow: Die Rückgabe konfiszierter Güter in einem Kaiseredikt aus dem frühen 4. Jh.</i>	224
<i>Emese Újvári: Die Haftung der Erben der Munizipalmagistrate. Beispiele aus dem Bereich der magistratischen Vormundsbestellung</i>	236

BOOK REVIEWS

<i>Hans-Christian Hermann (Hg.): Die Strukturkrise an der Saar und ihr langer Schatten. Bilanz und Perspektiven von Montanregionen im europäischen Vergleich</i>	246
<i>Michael Rohrig (Hg.): Königshof und Landgemeinde. Geschichte Völklingens von den Anfängen bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts</i>	247
<i>Alfred Söllner, Christian Baldus: Römisches Recht</i>	248
<i>Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek, Thomas Räfner (Hrsg.): Handbuch des Römischen Privatrechts</i>	249

REPORTS FROM HISTORY OF LAW

<i>Christoph Schmetterer: Tagungsbericht: Ausnahme und Vielfalt im Recht der Vormoderne</i>	252
<i>Thomas Gergen: Stephan Toscani: Jurist, früherer Minister und Landtagspräsident, nunmehr Träger „Professor Alfred Diwersy Ehrenpreis“</i>	254
<i>Guidelines for authors</i>	257

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW

© 2023 STS Science Centre Ltd. / The European Society for History of Law

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. or The European Society for History of Law. Published semiannually by STS Science Centre Ltd. and The European Society for History of Law. „Journal on European History of Law“ is a registered trademark of STS Science Centre Ltd. and The European Society for History of Law. Issued twice a year. Printed in the EU.

www.sts-books.co.uk / www.historyoflaw.eu

ISSN 2042-6402

Die Haftung der Erben der Munizipalmagistrate. Beispiele aus dem Bereich der magistratischen Vormundsbestellung

(The Responsibility of the Heirs of the Magistratus Municipales.
Examples from the Field of Datio Tutoris by the Magistrates)

Emese Újvári*

Abstract

In the Roman Empire during the imperial period, in certain cases it was possible to take action against the magistratus municipales who had committed an omission or error in the guardianship order; if the default had (indirectly) caused damage to the ward. The sources suggest that the action which could be brought in such cases, the actio subsidiaria, was an actio poenalis and could not originally be brought against the heirs of the magistratus in the event of his death. Later, however, the heirs of the magistratus could also be sued under certain conditions, in order to provide greater protection for the interests of the ward.

Keywords: datio tutoris; magistratus municipales; actio subsidiaria; hereditary responsibility; satisfactio rem pupilli salvam fore; quasi delictum.

1. Einführung

In der Literatur gibt es zwar keinen einheitlichen Standpunkt hinsichtlich der privatrechtlichen Haftung der Magistrate für die von ihnen verursachten Schäden, sowie für ihre Delikten,¹ aber die Quellen bezeugen, dass es einen speziellen Aufgabenkreis gab, nämlich die Vormundsbestellung, wofür bestimmte Beamten, insbesondere die *magistratus municipales* auch privatrechtlich hafteten.

Nach einer kurzen Vorstellung der zur *datio tutoris* befugten Personen und ihrer diesbezüglichen Verpflichtungen, sowie des Kreises der haftenden Magistrate, versucht der Beitrag auf die Frage eine Antwort zu geben, ob das Mündel – gegebenenfalls –

auch die Erben der für die *datio tutoris* zuständigen Munizipalmagistrate verklagen konnte, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen.

2. Vorfragen

2.1 Die magistratische Vormundsbestellung

Die magistratische Vormundsbestellung war nur dann nötig, wenn ein *sui iuris* Unmündige weder einen von seinem *pater familias* ernannten *tutor testamentarius*,² noch einen *tutor legitimus* hatte (der sein gradnächster *agnatus*,³ später *cogatus* sein konnte).⁴

Das Recht der Vormundsbestellung war sowohl in den verschiedenen Epochen als auch auf den verschiedenen geographischen Gebieten des Römischen Reiches unterschiedlich geregelt.

* Dr. Emese Újvári, Lehrstuhl für Rechtsgeschichte, Rechtswissenschaftliche Fakultät, University of Debrecen, Debrecen, Hungary, email: ujvari.emese@law.unideb.hu / ORCID: 0000-0002-8294-099X.

¹ Die Haftung der Magistrate für die Schäden, die sie Privatpersonen zugefügt haben, bzw. für ihre Delikte ist in der Literatur strittig. Nach Mommsens Meinung hätten die Privatpersonen diejenigen Magistrate belangen können, die ihre Rechte verletztten. Die Magistrate mit *imperium* hätten erst nach dem Ablauf ihrer Amtszeit belangt werden dürfen, gegen die Magistrate mit *potestas* habe man aber auch während ihrer Amtszeit eine Klage erhalten können. Es sei aber auch häufiger vorgekommen, dass der Prozess lieber nach dem Ablauf ihrer Amtszeit aufgeschoben worden sei, damit sie durch den Prozess nicht der Verwaltung der öffentlichen Angelegenheiten entzogen worden seien. (Vgl. MOMMSEN, Th., *Römisches Staatsrecht*, 1. Bd., 3. Aufl., Leipzig, 1887, S. 698–708.) Kunkels Meinung nach könne Mommsens Annahme, dass die Privatpersonen, denen die Magistrate Schäden verursachten, sie nach ihrer Amtszeit in Rahmen eines Privatverfahrens verklagen könnten, nicht bestätigt werden. (Vgl. KUNKEL, W./WITTMANN, R., *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik*, 2. Abschnitt, *Die Magistratur*, München, 1995, S. 265–272.) Éva Jakab folgert aus den einschlägigen Quellen, dass die Privatpersonen die Magistrate oft hätten belangen können, wenn letztere unter Missbrauch ihrer amtlichen Befugnisse ihnen rechtswidrig Schäden zugefügt hatten. (Vgl. JAKAB, É., Adalékok az állam kárfelelősségének történeti gyökereihez, In: KOVÁCS É. M. (Hrsg.), *Ünnepi kötet a 65 éves Imre Miklós tiszteletére*, Budapest, 2020, S. 191–203., S. 197.) Was die Straftaten der Magistrate betrifft, ist Sáros der Meinung, dass man die Magistrate mit *imperium* für ihre Straftaten während ihrer Amtszeit habe nicht verklagen dürfen, die Magistrate mit *potestas* demgegenüber verklagbar gewesen seien. (Vgl. SÁRY, P., *Előadások a római büntetőjog köréből*, Miskolc, 2011, S. 30–31.) Zum Thema siehe auch: BAJÁNHÁZY I., A római magisztrátusok magánjogi felelőssége a D. 18.6.13(12) fragmentum alapján, In: BOÓC Á./HOMICSKÓ Á./SZUCHY R. (Hrsg.), *Studia in honorem József Szalma*, Budapest, 2018, S. 99–111.

² Gai. 1, 144–150; Iust. Inst. 1, 13, 3–5.

³ Gai. 1, 155; Iust. Inst. 1, 15, 1.

⁴ Gai. 1, 185; Iust. Inst. 1, 20, 1–5.; KASER, M./KNÜTEL, R./LOHSE, S., *Römisches Privatrecht*, 21. Aufl., München, 2017, S. 376–377; FÖLDI, A./HAMZA, G., *A római jog története és intézményei*, 26. Aufl., Budapest, 2022, S. 262; MOLNÁR, I./JAKAB, É., *Római jog*, 7. Aufl., Szeged, 2015, S. 164–165; BENEDEK, F./PÓKECZ KOVÁCS, A., *Római magánjog*, 8. Ausgabe, Budapest, 2020, S. 159; TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, S. 159–160, S. 421–424.

Die magistratische *datio tutoris* wurde durch die *lex Atilia*⁵ ermöglicht.⁶ In Rom hatten ursprünglich der *praetor urbanus* und der Mehrzahl der Volkstribune über die Vormundsbestellung einen Beschluss zu treffen.⁷ Seit Claudius hatte auch der *consul*,⁸ seit Mark Aurel der *praetor tutelarius*⁹ die Befugnis der Vormundsbestellung,¹⁰ was in der nachklassischen Zeit in Rom und in Konstantinopel auch dem *praefectus urbi* zustand.¹¹

In den italienischen Munizipien konnte ab der Zeit von Mark Aurel und Lucius Verus der *iuridicus regionis* Vormünder bestellen.¹²

In den Provinzen stand die Befugnis der *datio tutoris* im Sinne der *lex Iulia et Titia*¹³ dem Prokonsul und dem *praeses provinciae* zu.¹⁴ In den lateinischen Munizipien und römischen Kolonien¹⁵ (sowie wahrscheinlich auch in den römischen Munizipien¹⁶) konnten ab Ende der klassischen Zeit neben dem Statthalter auch die *magistratus municipales* (also meistens die *duumviri*, oder gegebenenfalls die *quattuorviri* der betroffenen Munizipien oder Kolonien) Vormünder bestellen. Dies wurde ihnen durch die gegebene munizipale Verfassung der betroffenen Stadt ermöglicht.¹⁷

In Bezug auf die Peregrinen-Gemeinden ist es in der Literatur strittig, ob das *ius tutoris dandi* auch den örtlichen Beamten zustand. Was die Zeit vor der *constitutio Antoniniana* betrifft, wird es hinsichtlich der römischen Bürger meistens bezweifelt, bezüglich der Peregrinen wird es aber zumeist bejaht,¹⁸ wie auch hinsichtlich der Zeit nach der *constitutio Antoniniana*.¹⁹

2.2 Die Verpflichtungen der Magistrate betreffend der *datio tutoris*

Die Magistrate mussten sich dann um die Vormundsbestellung kümmern, wenn jemand, der einen Vormund brauchte, keinen hatte, oder wenn das Vorhandensein eines Tutors ungewiss war. In solchen Fällen hatte jeder das Recht – einige nahen Verwandten (wie etwa die Mutter des Unmündigen) sogar die Pflicht – die *datio tutoris* zu beantragen.²⁰

Die Beamten hatten oft zu prüfen, ob die vorgeschlagene, oder ausgesuchte Person geeignet (*idoneus*) für die Vormund-

⁵ Die Entstehung des Gesetzes kann auf 210 v. Chr. datiert werden. (Vgl. NÖRR, D., Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze, In: SZ. 118., 2001, S. 1–72., S. 2; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, *op. cit.*, S. 377.; KASER, M., Das römische Privatrecht I. Abschnitt, 2. Aufl., München, 1971, S. 357.) Nach Grelles Meinung bildeten die großen Menschenverluste des 1. und 2. punischen Krieges den Grund für den Erlass dieses Gesetzes. (GRELLE, F., La *datio tutoris dei magistrati municipali*, In: *Gli Statuti Municipali*, A cura di Luigi Capogrossi Colognesi e Emilio Gabba, Pavia, 2006, S. 411–442., S. 413.)

⁶ Vgl. GUZMÁN, A., *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona, 1976, S. 27–131.

⁷ Gai. I, 185; Iust. Inst. I, 20, pr.; FIEBIGER, O./LIEBENAM, W., Duoviri, In: WISSOWA, G. (Hrsg.), *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* (RE). Band 5, Stuttgart, 1905, S. 1798–1842., S. 1835.

⁸ Suet. Claud. 23, 2.; SACHERS, E., Tutela, In: MITTELHAUS, K./ZIEGLER, K. (Hrsg.), *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* 2. Reihe (R–Z), 7. Bd. *Tributum bis Valerius*, (RE 7 A/2), 1948, S. 1497–1599., S. 1512–1513; PÓKECZ KOVÁCS, A., A római közigazgatás Claudius uralkodása idején (Kr. u. 41–54), In: *JURA* 2015/1, S. 100–110., S. 104; PÓKECZ KOVÁCS, A., Róma városának közigazgatása a principatus korában, In: *JURA* 2015/2, S. 100–108., S. 100.

⁹ Frag. Vat. 244.

¹⁰ KASER/KNÜTEL/LOHSSE, *op. cit.*, S. 377; KASER, 1971, *op. cit.*, S. 357; BENEDEK/PÓKECZ KOVÁCS, *op. cit.*, S. 159; TALAMANCA, *op. cit.*, S. 160; GALABOFF, N. G., *Die Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze*, Frankfurt am Main, 2016, S. 137–138; NÖRR, *op. cit.*, S. 20, 31; KRUSE, Th., Governmental Control of Guardianship over Minors in Roman Egypt, In: YIFTACH, U./FARAGUNA, M. (Ed.), *Ancient Guardianship: Legal Incapacities in the Ancient World* (Legal Documents in Ancient Societies VI Jerusalem, 3–5. 11. 2013.) (GRAECA TERGESTINA STORIA E CIVILTÀ 4), 2017, S. 175–188., S. 176; CHEVREAU, E., The Evolution of Roman Guardianship through the Mechanism of *excusatio tutelae*, In: YIFTACH, U./FARAGUNA, M. (Ed.), *Ancient Guardianship: Legal Incapacities in the Ancient World* (Legal Documents in Ancient Societies VI Jerusalem, 3–5. 11. 2013.) (GRAECA TERGESTINA STORIA E CIVILTÀ 4), 2017, S. 189–202., S. 190–191; SCIUTO, P., I limiti alla competenza dei magistrati municipali in materia di *datio tutoris*, In: *Studi per Giovanni Nicosia* VII, Milano, 2007, S. 349–392., S. 351.; SIKLÓSI, I., *Római magánjog*, I. Bd., Budapest, 2021, S. 540.

¹¹ KASER/KNÜTEL/LOHSSE, *op. cit.*, S. 377; TALAMANCA, *op. cit.*, S. 160; Iust. Inst. I, 20, 4; SACHERS, *op. cit.*, S. 1515; GALABOFF, *op. cit.*, S. 184.; KASER, 1971, *op. cit.*, S. 357.

¹² Frag. Vat. 205, 232, 241; KASER, 1971, *op. cit.*, S. 357. Das Amt der *iuridici* wurde von Mark Aurel im Interesse der effektiveren Rechtssprechung zustande gebracht. (Vgl. PÓKECZ KOVÁCS, A., *A principatus közigazgatása*, Budapest–Pécs, 2016, S. 125.) Die *iuridici* waren kaiserlichen Beamten, sie wurden von dem Kaiser ernannt, ihre Amtsdauer hing von dem Willen des Kaisers ab, und ihre Gerichtsgewalt leitete sich vom Prinzipats her. (Vgl. SIMSHÄUSER, W., *Iuridici und Munizipalgerichtsbarkeit in Italien*, München, 1973, S. 241.)

¹³ NÖRR, *op. cit.*, S. 2. Diese waren wahrscheinlich zwei Gesetze. Sachers Meinung nach sei die *lex Titia* wahrscheinlich im Jahre 99 v. Chr. entstanden und habe ursprünglich für alle Provinzen gegolten, aber später sei dieses Gesetz nur in den Senatsprovinzen angewandt worden. Die *lex Iulia de tutela* sei für das Jahr 32 v. Chr. anzusetzen, und sie sei in den *provinciae Caesaris* bei der Vormundsbestellung angewandt worden. (Vgl. SACHERS, *op. cit.*, S. 1513.) Nörr datiert die Entstehung der *lex Titia* auf 31. v. Chr. (Vgl. NÖRR, *op. cit.*, S. 2.)

¹⁴ Gai. I, 185; Iust. Inst. I, 20, pr.; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, *op. cit.*, S. 377; NÖRR, *op. cit.*, S. 29; BENEDEK/PÓKECZ KOVÁCS, *op. cit.*, S. 159; TALAMANCA, *op. cit.*, S. 160; SACHERS, *op. cit.*, S. 1513; SCIUTO, *op. cit.*, S. 350, 390.; SIKLÓSI, I., *op. cit.*, S. 540. Als *praeses* wurden ab dem 2. Jahrhundert die Provinzstatthalter genannt. (Vgl. PÓKECZ KOVÁCS, 2016, *op. cit.*, S. 128.)

¹⁵ c. 29 *lex municipi* (Iritani, *Salpensani*); c. 109 *lex Coloniae Genetivae Iuliae* (*lex Ursonensis*). Zum Thema siehe auch: ILLÉS I. Á., *A lex Iritana (egy Flavius-kori municipium törvénye)*, Documenta Historica 77., Szeged, 2007.

¹⁶ KASER, 1971, *op. cit.*, S. 357; FIEBIGER/LIEBENAM, *op. cit.*, S. 1834–1835.; RUDORFF, A. A. F., *Das Recht der Vormundschaft*, Bd. I., Berlin, 1832, S. 354.

¹⁷ Vgl. ERMAN, H., Eine römisch-ägyptische Vormundschaftssache, In: SZ. 15., 1894, S. 241–255., S. 247–253; TALAMANCA, *op. cit.*, S. 160; GLÜCK, Ch. F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, 30. Theils, I. Abteil., Erlangen, Pandecten, 30. Theils, 1829, S. 411; RUDORFF, A. A. F., *Das Recht der Vormundschaft*, Bd. III., Berlin, 1834, S. 159; ZIEGLER, K./SONTHEIMER, W. (Hrsg.), *Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike*, Bd. 3. *Iuppiter – Nasidienus*, München, 1979, S. 880–881.; KASER, 1971, *op. cit.*, S. 357.

¹⁸ MITTELS, L., Über die Kompetenzen zur Vormundsbestellung in den römischen Provinzen, In: SZ. 29., 1908, S. 390–403., S. 393.

¹⁹ SCIUTO, *op. cit.*, S. 370–371; MITTELS, *op. cit.*, S. 393–396. KRUSE, *op. cit.*, S. 181–182.

²⁰ D. 26.6.1.; D. 26.6.2, 1–2; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, *op. cit.*, S. 377; KASER, 1971, *op. cit.*, S. 358; SACHERS, *op. cit.*, S. 1518–1519; GALABOFF, *op. cit.*, S. 181–183.

schaft war.²¹ Weiterhin kam es oft vor, dass die Magistrate die Vormünder am Anfang der Vormundschaft zur *satisfactio/cautio rem pupilli salvam fore* verpflichteten.²² Es war eine mit Bürgen gesicherte Stipulation, in der der Vormund versprach, dass er das Vermögen des Unmündigen richtig verwalten werde, und er alles in Zusammenhang der Vormundschaft tun werde, was die *bona fides* verlangt.²³ Aus der *satisfactio* stand dem Mündel eine *actio ex stipulatu* gegen den Vormund zu. Diese Klage war inhaltlich praktisch gleichwertig mit der *actio tutelae directa*, und es wurde durch sie gleichzeitig auch ermöglicht, im Falle der Insolvenz des Vormundes auch dessen Bürgen zu verklagen.²⁴

Diese Sicherheitsleistung musste aber nicht jeder Vormund versprechen. Normalerweise waren nur die gesetzlichen Vormünder, die von den *magistratus municipales* bestellten Vormünder²⁵ und die von höheren Magistraten *sine inquisitione* (ohne vorherige Prüfung) bestellten Tutoren zur *satisfactio* verpflichtet.²⁶

2.3 Der Kreis der subsidiär haftenden Magistrate

Mit der Zeit hafteten bestimmte Magistrate dem Mündel dafür, wenn sie keinen geeigneten Vormund bestellten, und/oder sie die Vormünder nicht zur geeigneten Sicherheitsleistung verpflichteten, obwohl es nötig gewesen wäre. Das Mündel konnte in solchen Fällen gegen die Magistrate dann auftreten, wenn die Vormünder das Mündelvermögen nicht richtig verwalteten und ihr Vermögen nicht ausreichend war, die dadurch entstandenen Schäden dem Mündel zu ersetzen. Ab der Zeit von Trajan stand dem ehemaligen Mündel in solchen Fällen eine subsidiäre Klage gegen die *magistratus municipales* zu.²⁷ Diese Klage war die in den Quellen oft als *actio utilis* erwähnte sog. *actio subsidiaria*, die dem Mündel – wie darauf auch ihr Name hinweist – nur sub-

sidiär zustand, also nur dann, wenn das Mündel vorher seine Vormünder verklagte, aber letztere mindestens teilweise insolvent waren.²⁸

C.5,75,5: *Imperatores Diocletianus, Maximianus*

„In magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerint solvendo nec ex cautione fideiussionis solidum exigere possit, pupillis quondam in subsidium indemnitas nomine actionem utilem competere ex senatus consulto, quod auctore divo Traiano parente nostro factum est, constituit.“ * diocl. et maxim. aa. et cc. eugeniae. * <a 294? d. vii id. dec. ipsis et cons.>

C.5,75,5. Die Kaiser Diocletianus und Maximianus an Eugenia.

Dass gegen die Magistratspersonen der Städte, welche Vormünder vorschlagen, dann wenn diese zur Zeit der Beendigung ihrer Verwaltung nicht zahlungsfähig sind und auch nicht von ihren Bürgen das Ganze beigetrieben werden kann, den ehemaligen Pflegebefohlenen, ihrer Schadloshaltung wegen, gemäß dem Senatsbeschlusse, welcher auf Vorschlag des Kaisers Traianus, Unseres Vorfahren, gegeben worden ist, zur Hilfe eine prätorische Klage zusteht, steht fest.

Geg. VII. id. Dec. (294) unter dem Consulate der Kaiser.²⁹

Im Sinne eines früheren Reskriptes von Hadrian konnte das Mündel auch diejenigen Personen verklagen, die die Aufgabe hatten, die von dem Vormund zu leistende *satisfactio* zu bewerten.³⁰

Das Mündel konnte – in bestimmten Ausnahmefällen³¹ – auch gegen die Mitglieder der *ordo decurionum* (Stadtrat) auftreten. So insbesondere dann, wenn die *decuriones*³² selbst Vormünder bestellten, weil diejenigen, denen das Recht der Vormundsbestellung zustand, nicht anwesend waren.³³ Oder, wenn der Stadtrat

²¹ D.26,2,18; D.26,7,3,3; SACHERS, *op. cit.*, S. 1519–1520.

²² Gai. I, 119. FÖLDI/HAMZA, *op. cit.*, S. 263. Sie dazu auch: CARBONE, M., Tutori magistratuali ed esonero dalla satisfactio in Gaio e in Giustiniano, In: *Teoria e Storia del Diritto Privato*, Nr. X., 2017, S. 1–28.

²³ D.46,6,11; SACHERS, *op. cit.*, S. 1569–1571; LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, 3. Aufl., 1927, S. 540–541; KASER/KNÜTEL/LOHSE, *op. cit.*, S. 380; CARBONE, M., *Satisfactio tutoris: Sull'obbligo del tutore di garantire per il patrimonio del pupillo*, Milano, 2014, S. 1.

²⁴ Vgl. SACHERS, *op. cit.*, S. 1571; GALABOFF, *op. cit.*, S. 93. KASER, 1971, *op. cit.*, S. 364–365.

²⁵ D.26,4,5,1; D.26,3,5; Gai. I, 199; SACHERS, *op. cit.*, S. 1569–1570; KASER/KNÜTEL/LOHSE, *op. cit.*, S. 380; KASER, 1971, *op. cit.*, S. 365; GALABOFF, *op. cit.*, S. 92.

²⁶ C.5,59,5,pr; LEVY, E., Die Haftung mehrerer Tutoren, In: SZ. 37., 1916, S. 14–88., S. 36–37.; GLÜCK, *op. cit.*, S. 357; KÜBLER, B., Die Haftung für Verschulden bei kontraktähnlichen und deliktähnlichen Schuldverhältnissen, In: SZ. 39., 1918, S. 172–223., S. 185–186. Zum Thema siehe noch: CARBONE, 2014, *op. cit.*, S. 15–23; CARBONE, M., Un intervento del Senato in tema di libertas ed hereditas disposte per fideicommissum, In: *Studi per Giovanni Nicosia II*, Milano, 2007, S. 247–268, S. 261–262.

²⁷ C.5,75,5; D.27,8,2, LEVY, E., *Privatstraft und Schadensersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1915, S. 41.; KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, Bd. I., Leipzig, 1855, S. 596.; NÖRR, *op. cit.*, S. 25–26.; RUDORFF, 1834, *op. cit.*, S. 154.; SACHERS, *op. cit.*, S. 1581.; GLÜCK, *op. cit.*, S. 411.; KASER, 1971, *op. cit.*, S. 367.; RAMPAZZO, N., La «nominatio» e la responsabilità dei magistrati municipali, In: *Index* 39. 2011, S. 363–378., S. 373–374.; SCIUTO, *op. cit.*, S. 372–373.

²⁸ GLÜCK, *op. cit.*, S. 406.; Für den klassischen Ursprung des Namens der Klage: ALBERTARIO, E., *Dell' „actio subsidiaria“ concessa al minore contro i magistrati*. Studi dell' Istituto di Esercitazioni nelle scienze giuridiche e sociali della R. Università di Pavia, 1912, S. 3.; LEVY, 1915, *op. cit.*, S. 41.; LENEL, 1927, *op. cit.*, S. 321. Brugi bestreitet den klassischen Ursprung und ist der Meinung, dass der Name auf die iustinianische Kompilation zurückgehe. (Vgl. BRUGI, B., *Dell' azione sussidiaria* in Teofilo I, 24, 2, In: *Mélanges P. F. Girard I*, 1912, S. 143–144.) Laut Levy gehe der Name der Klage wahrscheinlich auf den *senatus consultum* des Kaisers Trajan zurück, der von Anfang an großen Wert auf die Subsidiarität der Klage gelegt habe. (Vgl. LEVY, 1915, *op. cit.*, S. 41.) Sachers ist der Ansicht, dass die Klage in der klassischen Zeit als *utilis actio* bezeichnet worden sei, der Begriff *actio subsidiaria* aber wahrscheinlich schon in der spätklassischen Zeit vorkommen sei. (Vgl. SACHERS, *op. cit.*, S. 1581.)

²⁹ Übersetzung: HALLER, R., *Corpus Iuris Civilis. Das römische Zivilrecht. Codex Iustinianus V. Buch*, http://www.opera-platonis.de/CI/CI_B5.pdf (12. 02. 2015)

³⁰ D.27,8,1,8; CARBONE, 2014, *op. cit.*, S. 127. In der klassischen Zeit hatte in Rom und in Konstantinopel der *scriba* des *praetor tutelaris* die Aufgabe, das Vermögen des Mündels einzuschätzen, und aufgrund dieses Inventars die Höhe der *satisfactio* festzustellen. (Siehe: Nov. 94. [Epilogus], RUDORFF, 1834, *op. cit.*, S. 159; SACHERS, *op. cit.*, S. 1582. GLÜCK, *op. cit.*, S. 416–417.)

³¹ NÖRR, *op. cit.*, S. 33; SACHERS, *op. cit.*, S. 1581.

³² Die *decuriones* waren in den Gemeinden mit Selbstverwaltung die Mitglieder der *ordo decurionum*, also des Stadtrates. (Vgl. HAVAS L./NÉMETH GY./SZABÓ E., *Római történeti kézikönyv*, Budapest, 2001, S. 182–183.)

³³ D.26,5,19pr.

die Haftung für die Vormundsbestellung auf sich genommen hat.³⁴ In solchen Fällen konnten nur diejenigen *decuriones* belangt werden, die an der Vormundsbestellung teilnahmen.³⁵

Diese subsidiäre Haftung belastete aber die höheren Magistrate (wie etwa den Stadtpräfekt, den Prätor, den Konsul, oder den Statthalter), die in erster Linie befugt waren, Vormünder zu bestellen, nie.³⁶ Für die *datio tutoris* hafteten nur die Beamten von niedrigerem Rang,³⁷ so insbesondere die *magistratus municipales*.³⁸

3. Die Entwicklung der Erbenhaftung – die Doppelnatur der *actio subsidiaria*

Gegebenenfalls konnte für die Mündel, denen von ihren Vormündern Schäden verursacht wurden, auch von Bedeutung sein, ob die Erben der Magistrate verklagbar sind. Wie wir sehen werden, lässt sich aber aus den Quellen schließen, dass die Erben der Magistrate nicht in allen Zeiten und Fällen hafteten.

Aus der folgenden Quelle kann darauf gefolgert werden, dass die *actio subsidiaria* dem Mündel gegen die Erben der Magistrate ursprünglich nicht zur Verfügung stand. Später aber wurde die Klage teilweise durch kaiserliche Konstitutionen, teilweise durch Responsa der Rechtsgelehrten (unter bestimmten Voraussetzungen) auch gegen ihre Erben anwendbar.³⁹

Iust. Inst. 1,24,2

„*Sciendum autem est non solum tutores vel curatores pupillis et adultis ceterisque personis ex administratione teneri, sed etiam in eos qui satisfactionem accipiunt subsidiariam actionem esse, quae ultimum eis praesidium possit afferre. Subsidiaria autem actio datur in eos qui vel omnino a tutoribus vel curatoribus satisfacere non curaverint aut non idonee passi essent caveri. Quae quidem tam ex prudentium responsis quam ex constitutionibus imperialibus et in heredes eorum extenditur.*“

Iust. Inst. 1,24,2

Man muß aber wissen, daß nicht nur die Vormünder oder Pfleger wegen ihrer Verwaltung den Mündeln, den mündigen Minderjährigen und den übrigen Personen haften, sondern daß diesen als letztes Mittel, das ihnen Hilfe zu leisten vermag, auch eine subsidiäre Klage gegen diejenigen gegeben wird, die die Sicherheitsleistungen haben gelten lassen. Und diese subsidiäre Klage wird gegen die gewährt, die entweder nicht dafür gesorgt haben, daß von den Vormündern und Pflegern überhaupt Sicherheit geleistet wurde, oder die zugelassen haben, daß die Sicherheit in unzureichender Weise geleistet wurde. Und diese Klage wird nach Gutachten der Rechtsgelehrten wie nach Kaiserkonstitutionen auch auf ihre Erben erstreckt.⁴⁰

Diese Entwicklung, dass die *actio subsidiaria* ursprünglich gegen die Erben der Magistrate nicht anwendbar war, später aber auch gegen sie angegeben wurde, hatte höchstwahrscheinlich zwei Gründe:

A. Der erste Grund, warum am Anfang die Erben der Municipalmagistrate wegen des Mangels der *datio tutoris* nicht verklagt werden konnten, bestand daran, dass die *actio subsidiaria* ursprünglich – aller Wahrscheinlichkeit nach – als eine *actio poenalis* betrachtet wurde,⁴¹ und wie es allgemein bekannt ist, waren die Strafklagen passiv unvererblich.⁴²

Der pönale Charakter der Klage wird durch ein Modestinsfragment bestätigt, in dem es behauptet wird, dass die Magistrate infolge der gegen sie in Zusammenhang mit der Vormundsbestellung angegebenen Klage eine *poena* bezahlen müssen:

D.27,8,9

Modestinus 4 pand.

„*An in magistratus actione data cum usuris sors exigi debeat, an vero usurae peti non possint, quoniam constitutum est poenarum usuras peti non posse, quaesitum est. Et rescriptum est a divis Severo et Antonino et usuras peti posse, quoniam eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores.*“

D.27,8,9

Modestinus im 4. Buch seiner Pandekten

Es wurde gefragt, ob dann, wenn die Klage gegen die Magistrate gegeben ist, der Streitwert mit Zinsen eingeklagt werden kann oder ob Zinsen nicht verlangt werden dürfen, weil durch kaiserliche Konstitution bestimmt worden ist, daß bei Strafansprüchen Zinsen nicht gefordert werden dürfen. Und von den vergöttlichten Kaisern Septimius Severus und Antoninus [Caracalla] ist entschieden worden, daß auch Zinsen verlangt werden können, weil ja gegen Magistrate dieselbe Klage gewährt wird, die auch gegen Vormünder gegeben ist.⁴³

Nach Levys Meinung könne aus der Stelle darauf gefolgert werden, dass die *actio subsidiaria* sogar noch in der Severerzeit als *actio poenalis* betrachtet worden sei. Deswegen habe überhaupt die Frage entstehen können, ob es möglich sei, von den Magistraten auch Zinsen zu verlangen. Die Tatsache, dass diese Frage als Problem erscheine, weise auf den *poenal*-Charakter der Klage hin, da im Falle einer *actio rei persecutoria* es überhaupt keine Frage wäre, sondern wäre die bejahende Antwort eindeutig.⁴⁴

Die Klage hatte also ursprünglich und grundsätzlich pönaler Charakter, sie hatte aber auch solche Eigenschaften, die viel mehr für die *rei persecutorischen* Klagen charakteristisch waren.

³⁴ *D.27,8,1pr.*

³⁵ SACHERS, *op. cit.*, S. 1581.

³⁶ *Iust. Inst.* 1,24,4; RUDORFF, 1834, *op. cit.*, S. 161; KARLOWA, *op. cit.*, S. 596; GLÜCK, *op. cit.*, S. 412.

³⁷ Im Folgenden werden in erster Linie sie als Magistrate bezeichnet.

³⁸ Vgl. SACHERS, *op. cit.*, S. 1582.

³⁹ RUDORFF, 1834, *op. cit.*, S. 164.; SACHERS, *op. cit.*, S. 1581, 1583.; KÜBLER, B., *Ferrini Contardo, Sulle fonti delle 'Istituzioni' di Giustiniano, (rec.)*, In: SZ. 23, 1902, S. 508-525., S. 514.; KÜBLER, 1918, *op. cit.*, S. 213.

⁴⁰ Übersetzung: BEHRENDTS, O./KNÜTEL, R./KUPISCH, B./SEILER, H. H. (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis. Die Institutionen. Text und Übersetzung*, 2. Aufl., Heidelberg, 1999, S. 39.; RUDORFF, 1834, *op. cit.*, S. 164.; KÜBLER, 1902, *op. cit.*, S. 514.; KÜBLER, 1918, *op. cit.*, S. 213.

⁴¹ KASER, 1971, *op. cit.*, S. 367.

⁴² Vgl. KASER, 1971, *op. cit.*, S. 612. FÖLDI/HAMZA, *op. cit.*, S. 565.; BENEDEK/PÓKECZ KOVÁCS, *op. cit.*, 344.; MOLNÁR/JAKAB, *op. cit.*, S. 331.; SIKLÓSI, II., *op. cit.*, S. 1611.

⁴³ Übersetzung: KNÜTEL, R./KUPISCH, B./SEILER, H. H./BEHRENDTS, O. (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung IV, Digesten 21-27*, Heidelberg, 2005, S. 513-514.

⁴⁴ LEVY, 1915, *op. cit.*, S. 43.

So zum Beispiel, die eben behandelte Verlangbarkeit auch der Zinsen, oder dass sie keine noxale Klage war. Wenn nämlich der für die Vormundsbestellung verantwortliche Magistrat unter *patria potestas* stand, haftete der *pater familias* für die mangelhafte *tutoris datio* ursprünglich gar nicht,⁴⁵ und auch in den späteren Zeiten nur mit einer *actio de peculio*.⁴⁶

Als Grund der wahrnehmbaren Doppelnatur der Klage kann bezeichnet werden, dass die Klage – wie darauf Levy richtigerweise aufmerksam macht – zur Gruppe der Regressklagen aus amtlichen oder ähnlichen Tätigkeiten gehört, die ihre Strafnatur noch in der klassischen Zeit bewahrten, aber der Regresszweck, also der Ersatzanspruch als Charakteristik der Klage, führte bei ihnen zu *rei persecutorischen* Wirkungen.⁴⁷

Dieser Regresszweck war im Falle der Vormundschaft höchstwahrscheinlich besonders wichtig. Die Quellen lassen nämlich vermuten, dass man versuchte, das Mündelvermögen besonders gut zu schützen. Die *tutela impuberum* war seit dem 2. Jahrhundert n. Chr. ein zentrales Thema der kaiserlichen Gesetzgebung und der dazugehörigen Rechtsprechung.⁴⁸ Die Vormundschaft spielte aber schon in der Zeit davor eine zentrale Rolle im Rechtsleben Roms. Dies lag vermutlich daran, dass es in vielen Fällen um die Verwaltung und Kontrolle von großen Vermögenswerten ging, die für die gesellschaftliche Elite Roms von großer sozialer und wirtschaftlicher Bedeutung waren.⁴⁹

Meiner Ansicht nach hatte die Haftung der (Munizipal) Magistrate eine *quasideliktische* Natur,⁵⁰ die einen eigenartigen

⁴⁵ D.50,1,2pr.-5.

⁴⁶ D.27,8,1,17; D.15,1,3,13 LEVY, 1915, *op. cit.*, S. 45.; SACHERS, *op. cit.*, S. 1581, 1583.; GLÜCK, *op. cit.*, S. 415.; RUDORFF, 1834, *op. cit.*, S. 165–166.

⁴⁷ LEVY, 1915, *op. cit.*, S. 41. Nach Levy gehöre auch zu diesem Kreis der Tatbestand des *iudex qui litem suam fecit*, sowie der des *damnum infectum* säumigen Munizipalmagistrats. (LEVY, 1915, *op. cit.*, S. 45–61).

⁴⁸ NÖRR, *op. cit.*, S. 23.; JAKAB É., (2017 b), Vis ac potestas. Gyámi vagyonkezelés a klasszikus római jogban, In: GÖRÖG/HEGEDÜS (Hrsg.) *Lege duce, comite familia. Ünnepi tanulmányok Tóthné Fábíán Eszter tiszteletére, jogász pályafutásának 60. évfordulójára*, 2017, S. 199–211., S. 211. Es fällt auf, dass sich die Juristen in Texten zum Thema Vormundschaft auf eine Vielzahl von kaiserlichen Reskripten beziehen. (Vgl. JAKAB É., (2017a), Vormundschaft in lateinischen tabulae, In: YIFTACH U./FARAGUNA, M. (Ed.): *Ancient Guardianship: Legal Incapacities in the Ancient World* (Legal Documents in Ancient Societies VI Jerusalem, 3–5. 11. 2013.) (GRAECA TERGESTINA STORIA E CIVILTR 4), 2017, S. 203–220., S. 215.; JAKAB, 2017 b, *op. cit.*, S. 211.)

⁴⁹ JAKAB, 2017a, *op. cit.*, S. 207. Die Vormundschaft war in Rom auch wegen des niedrigeren Durchschnittsalters wichtig. Laut Saller habe etwa ein Drittel der römischen Bürger ihre Väter, noch vor ihrer Mündigkeit verloren, und ein weiteres Drittel, bevor sie 25 Jahre alt wurden. Unter den männlichen *sui iuris* Personen habe es mehr Unmündigen, als Personen über 25 Jahren gegeben. Etwa ein Drittel des Grundbesitzes habe sich im Eigentum von Unmündigen und ein weiteres Fünftel im Eigentum von Personen zwischen 14 und 25 Jahren befunden. Je nach Klasse und Region mag es Abweichungen gegeben haben, die jedoch nichts am Gesamtbild ändern. (Vgl. SALLER R. P., *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge, 1994, S. 181–190.) Sallers Berechnungen und Behauptungen sind zwar verblüffend, verdeutlichen aber die strukturellen Unterschiede zwischen der antiken Bevölkerung und modernen Gesellschaften. (Vgl. GRELLÉ, *op. cit.*, S. 412.) Die soziale und wirtschaftliche, aber auch die rechtspolitische Bedeutung der Vormundschaft spiegelt sich in den Quellen wider. So nehmen die Vorschriften zur Vormundschaft etwa ein Drittel des ersten Buches der Institutionen von Gaius ein. Im ersten Buch der Institutionen von Iustinian (*De personis*) steigt dieser Anteil auf 45 % der Zeilen. Von den fünfzig Büchern der Digesten, sind zwei, das D.26 und D.27, der Vormundschaft gewidmet. Es ist bezeichnend, dass die Anzahl der Zeilen zur Vormundschaft etwa 5.500 beträgt, während die beiden für das Wirtschaftsleben der Zeit wichtigsten Verträge, die *emptio venditio*, etwa 3.000 Zeilen und die *locatio conductio* nur 980 Zeilen in den Digesten haben. (Vgl. JAKAB, 2017a, *op. cit.*, S. 206–207; JAKAB 2017 b, *op. cit.*, S. 202–203).

⁵⁰ Die Institutionen von Iustinian erwähnt zwar unter dem Titel „*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*“ (wie auch das *Res cottidianae* von Gaius) nur vier quasideliktischen Tatbestände (die Haftung des *iudex qui litem suam fecit*, die Haftung des Hausbesitzers *de deictis vel effusis*, sowie *de posito vel suspensio*, und schließlich die Haftung der Schiffer der Gastwirt und der Stallwirt für die Diebstähle und Sachbeschädigungen, die ihre Angestellten, bzw. Stammkunden begingen – *actio furti/damni adversus nautas caupones stabularios*) – in diesen Fällen wurden die Haftenden auf *poena* verurteilt. Allerdings ist in Übereinstimmung mit Arangio-Ruiz und Földi davon auszugehen, dass neben den vier aufgezählten Tatbeständen es auch andere quasi-deliktische Tatbestände geben konnten (wie z.B. nach Földi die Haftung der Publikenen), die aber in den kurz gefassten Lehrbüchern wie die Institutionen nicht aufgenommen wurden. (Vgl. FÖLDI, A., Die sogenannte quasideliktische Haftung vom römischen Recht bis zur Gegenwart, In: *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Iuridica*, Tomus XLIV, Budapest, 2004, S. 279–291., S. 280–281.; FÖLDI, A., A kvázideliktális felelősség a római jogtól napjainkig, In: *Acta Facultatis Politico-iuridicae Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae*, Tom. XL, 2003, S. 341–350., s. 342–343.; FÖLDI A., Appunti sulla categoria dei quasi-delitti, In: FÖLDI A.: *Selected Studies on Roman Law and Comparative History of Private Law*, Budapest, 2023, S. 427–446, S. 428–429.; KASER, M., *Das römische Privatrecht*, 2. Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen, 2. Auflage, München, 1975, S. 428.) Es ist auch hervorzuheben, dass es aber weder in den Quellen noch in der Literatur einen Konsens über die gemeinsamen dogmatischen Merkmale gibt, die die Tatbestände der Quasidelikten verbinden. (Vgl. FÖLDI, 2004, *op. cit.*, S. 281, FÖLDI, 2003, *op. cit.*, 342–348.; FÖLDI, 2023, *op. cit.* S. 431–435.; KASER, 1975, *op. cit.*, S. 428.) Nach Földis Zusammenfassung hätten die vier oben genannten Quasidelikte gemeinsam, (1) dass sie historisch durch das prätorische Edikt sanktioniert worden seien, (2) dass es sich um rechtswidrigen Handlungen gehe, auf deren Grundlage eine *actio poenalis* geltend gemacht werden könne, und (3) dass die rechtswidrige Handlung in gewisser Hinsicht indirekt sei (intellektuelle Schadensverursachung, Haftung für fremdes Verhalten, usw.). Diese gemeinsamen Merkmale seien aber Földis Meinung nach kaum geeignet, die dogmatische Unabhängigkeit der Quasidelikte zu begründen. Wenn man doch eine gemeinsame *differentia specifica* identifizieren wollte, wäre es nach Földis Meinung der indirekte Charakter der rechtswidrigen Handlung (im Fall des *iudex qui litem suam fecit* die intellektuelle Schadensverursachung, in den drei anderen Fällen, die Haftung für fremdes Verhalten). Földi weist aber auch darauf hin, dass es auch solche Theorien gäbe, die besägen, dass Quasidelikte nicht aufgrund eines einzigen Kriteriums, sondern aufgrund mehrerer negativer Kriterien, die man als „Restprinzipien“ bezeichnen könnte, gruppiert worden seien. (Vgl. FÖLDI, 2004, *op. cit.*, S. 284–285.; FÖLDI, 2003, *op. cit.*, 345–346.; FÖLDI, 2023, *op. cit.* S. 431–435.) Einigen Ansichten zufolge könne aber der entscheidende Unterschied darin bestehen, dass ein Delikt (mit Ausnahme von *damnum iniuria datum*) nur vorsätzlich, während die Quasidelikten auch fahrlässig begangen werden konnten. (Vgl. ROTONDI, G., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, S. 386–387, S. 449.; ALBERTARIO, E., *Studi di diritto romano III*, Milano, 1936, S. 86–90; BENEDEK/PÓKECZ KOVÁCS, *op. cit.*, S. 353.) Földi verwirft jedoch die letztgenannte Theorie (FÖLDI, 2003, *op. cit.*, S. 345–348.). Talamanca ist der Meinung, dass es schwierig zu sagen sei, ob die Aufzählung der Quasidelikte in den Institutionen rein exemplifikativ oder taxativ sei, und aus welchem Grund die bestimmten Tatbestände als Quasidelikte eingestuft worden seien. Er weist darauf hin, dass nach einiger Ansicht die *differentia specifica* entweder die Haftung für die Handlungen anderer sein könnte, oder die Tatsache, dass die Quasidelikte auch fahrlässig begangen werden konnten, aber auch diese Erklärungsvorschläge würden keine allgemeingültige Erklärung bieten, denn hinsichtlich beider gebe es Ausnahmen unter den vier Quasidelikten. (Vgl. TALAMANCA, *op. cit.*, S. 632–633.) Kübler deutet auch an, dass Gaius die *variae causarum figurae* nicht aus theoretischen, konstruktiven Gründen, sondern aus praktischen Erwägungen heraus in einer bestimmten Weise aufgeteilt haben könnte. (KÜBLER, 1918, *op. cit.*, S. 219.) Zum Thema der Quasidelikten siehe auch: KASER, 1975, *op. cit.*, S. 428–429; SIKLÓSI, I., *Római magánjog*, II. Bd., Budapest, 2021, S. 1654–1656.

Übergang zwischen der Strafhaftung und der Schadensersatzhaftung bildete, und in der viel mehr der Ersatzcharakter dominant war, da das Hauptziel der Verurteilung der Magistrate die möglichst vollständige Reparatur des Vermögens des Mündels war, und nicht die Bestrafung des Magistrats,⁵¹ der bei der Vormundsbestellung pflichtwidrig verfahren hatte. Und eben im Interesse der Verwirklichung dieser Vermögensreparatur als vorrangiges Ziel war es gerechtfertigt, die *actio subsidiaria* dem ehemaligen Mündel nötigenfalls auch gegen die Erben der Munizipalmagistrate zu gewähren.

Die quasideliktische Natur wird auch dadurch bestätigt, dass auch die Quellen eine Parallele zwischen dem *iudex qui litem suam fecit* und den Munizipalmagistrate, die ungeeignete Vormünder bestellten, ziehen.⁵²

B. Die andere Ursache davon, dass die Erben der Magistrate, die die *datio tutoris* verwirklichten, ursprünglich nicht verklagbar waren, kann auch damit in Zusammenhang stehen, dass die Munizipalmagistrate in Zusammenhang mit der Vormundsbestellung am häufigsten die Fehler begingen, dass sie die Vormünder nicht zur Stellung von Bürgen verpflichteten, obwohl eine Sicherheitsleistung nötig gewesen wäre. In diesem Fall hatten die Magistrate wegen ihrer Unterlassung (als eine Art von Strafe) selbst so zu haften als wenn sie die Bürgen der von ihnen bestellten Vormünder gewesen wären. Da aber im Falle der *cautio rem pupilli salvam fore* ursprünglich aller Wahrscheinlichkeit nach insbesondere die Sponsionsbürgschaft anwendbar war,⁵³ und da die Haftung aus der *sponsio* nicht vererblich war, so könnte auch damit die Tatsache gerechtfertigt werden, dass die Erben der Munizipalmagistrate, als *quasi sponsores* ursprünglich auch nicht haften mussten.

Später aber, wahrscheinlich mit der Verbreitung der *fideiussio* auch im Falle der *cautio rem pupilli salvam fore*⁵⁴, wurde es – da die Haftung der *fideiussores* schon vererblich war – gerechtfertigt, dass die rechtliche Stellung der als quasi Bürgen haftenden Munizipalmagistrate – auch hinsichtlich der Vererblichkeit ihrer Haftung eher nach der Stellung der *fideiussores* richtete.

Auch das sog. Straßburger Fragment der Disputationen von Ulpian⁵⁵ scheint das oben Gesagte zu bestätigen. Teil 2 des Straßburger Fragments (Ulp. fr. Arg. 11-12) behandelt die *actio*

subsidiaria, die gegen die *magistratus municipales* eingelegt werden konnte:

„...municipia
...in (?) eos esse tute
... ita demum
...excussis⁵⁶

facultatibus tutorum satis ei fieri non potuerit eamque actionem causa cognita in eos dandam esse divumque Pium rescripsisse et in heredes eorum itidem causa cognita, quamvis Iulianus in heredem magistratus non putaverit tribuendam actionem cum idem heredem iudicis, qui litem suam fecisset, teneri existimaverit. sed utrumque contra est, cum heres magistratus teneatur et iudicis non teneatur. et magistratus /// non ut tutores tenentur: denique in bonis eorum privilegium cessare procul dubio est.

... questionis fuisse, ut sponsores an potius ut fideiussores deberent teneri. et Iulianum quidem ut fideiussores conveniendos putasse, Marcellum vero magis sponsorum locum optinere apud Iulianum notare. Marcelli sententiam ratione iuvare negari non posse: sufficere enim, si in locum eorum succedant, quos accipi neglexerunt vel quos minus idoneus acceperunt.“⁵⁷

Die Übersetzung des Textes kann wie folgt versucht werden:
[Wenn] es wegen der Umstände der Vormünder nicht möglich war, [den Mündel] zu befriedigen, sah der vergöttlichte Pius vor, dass dieselbe Klage gegen sie und ihre Erben, ebenfalls *causa cognita*, gewährt werden sollte, obwohl Julian nicht erwog, die Klage gegen die Erben des Magistrats zu gewähren, obwohl er so hielt, dass die Erben des *iudex*, *qui litem suam fecit* selbst haften. Aber die beiden Dinge sind umgekehrt, weil der Erbe des Magistrats haftet, und der Erbe des Richters nicht. Und die Magistrate haften nicht als Vormünder, und hinsichtlich ihres Vermögens gab es zweifellos kein Privileg.

Es stellt sich die Frage, ob sie als Sponsoren oder eher als *Fideiussoren* verklagt werden müssen. Marcellus sagt jedoch – wie Julian anmerkt –, dass sie eher als Sponsoren haften. Man kann die Unterstützung der Sentenz von Marcellus nicht verweigern: denn es genügt, dass sie an die Stelle des [Bürgen] treten, dessen Annahme vernachlässigt wurde oder der wenig tauglich war.⁵⁸

In diesem Fragment berichtet Ulpian, dass das Reskript von Antoninus Pius die Haftung der Erben vorschrieb, allerdings

⁵¹ Zwar in einem anderen Zusammenhang, aber Kaser stellt auch fest, dass es in der postklassischen Zeit eine Tendenz gegeben habe, „die Straffunktion der Klagen aus Privatdelikten zugunsten der Ersatzfunktion zurückzudrängen“. (Vgl. KASER, 1975, op. cit., S. 430).

⁵² Siehe unten. (Vgl. auch LEVY, 1915, op. cit., S. 48-51; PERNICE, A., *Labo* II, 2 Abt., 2. Aufl., Halle, 1895, 165-170). Im Gegensatz dazu ist Kübler der Ansicht, dass sich die Haftung des Magistrats für die mangelhafte *datio tutoris* eher aus einem Quasikontrakt ergebe – im Gegensatz zum Tatbestand des *iudex qui litem suam fecit*, der tatsächlich ein Quasidelikt sei. (Vgl. KÜBLER, 1918, op. cit., S. 213-214).

⁵³ Vgl. KASER, 1971, op. cit., S. 365.

⁵⁴ In den Quellen werden in diesem Zusammenhang mehrmals *fideiussores* erwähnt (zum Beispiel D.27,8,1pr., D. 27,8,1,11; D.27,8,1,13 11; C.5,59,5pr.; C.5,75,4; C.5,75,6pr.-1) Es ist zwar nicht gänzlich auszuschließen, dass sie in dieser Hinsicht interpoliert sind, aber die Erwägung, dass die Magistrate *quasi* als *fideiussores* haften müssten – unter anderem auch im Straßburger Fragment – deutet darauf hin, dass mit der Zeit auch diese Bürgschaftsart bei der *satisfactio* üblich wurde.

⁵⁵ Über die Quelle siehe: LENEL, O. (1903a), Neue Bruchstücke aus Ulpian's Disputationen, In: SZ. 24, 1903, S. 416-418.; LENEL, O. (1903 b), Zwei neue Bruchstücke aus Ulpian's Disputationen, In: *Sitzungsberichte der Königlichpreussischen Akademie der Wissenschaften*, Bd. 1903, 2. Halbband, Berlin, S. 922-936.

⁵⁶ Nach dem Rekonstruktionsversuch von Lenel kann dieser Teil wie folgt ergänzt werden: „magistratus ita demum pupillo teneri, si excussis“, und er ist der Ansicht, dass sich diese Zeilen bereits eindeutig auf die im nächsten Teil des Fragments behandelte *actio subsidiaria* beziehen. (Vgl. LENEL 1903 b, op. cit., S. 931).

⁵⁷ LENEL, 1903a, op. cit., S. 417-418.

⁵⁸ Eigener Übersetzungsversuch.

nur *causa cognita*. Es kann angenommen werden, dass es in der *in iure*-Phase des Prozesses zuvor höchstwahrscheinlich zwei Dinge zu prüfen waren. Da die Haftung der Erben ebenso subsidiär war wie die des Magistrats, musste zum einen geprüft werden, ob das Mündel zuvor versucht hatte, gegen seinen Vormund aufzutreten, und zum anderen war es zu klären, ob das Magistrat bei der Bestellung des Vormunds ein Versäumnis begangen hatte, oder nicht. Dieses Versäumnis konnte insbesondere das Unterlassen der Bestellung einer Bürgschaft oder die Annahme einer unzureichenden Bürgschaft sein.⁵⁹

Der Abschnitt beschreibt auch die gegensätzlichen Standpunkte in der Frage, ob eine *actio subsidiaria* gegen die Erben der Magistrate erhoben werden kann. Wir erfahren, dass es Antoninus Pius war, der als erster diese Klage gegen die Erben der Magistrate ermöglichte. Einige Zeit zuvor lehnte Julian die Haftung der Erben der Magistrate noch ab, im Gegensatz dazu, hielt er aber eine Klage gegen die Erben des *iudex qui litem suam fecit* für möglich. Ulpian vertritt jedoch den gegenteiligen Standpunkt zu Julian, nämlich dass es gerade umgekehrt sei: Es könne keine Klage gegen die Erben des *iudex*, wohl aber gegen die Erben der Magistrate erhoben werden.⁶⁰

Als er davon schreibt, dass die Magistrate nicht als Vormünder hafteten, und hinsichtlich ihres Vermögens es zweifellos kein Privileg gebe, weist Ulpian aller Wahrscheinlichkeit darauf hin, dass während das Vermögen des Vormundes mit einer *hypotheca legalis* im Interesse des Mündels belastet war, bezüglich des Vermögens des Magistrats gab es kein solches Privileg, also keine *hypotheca legalis*.

In der zweiten Hälfte des Fragments geht es um die Frage, ob die Magistrate als Sponsoren oder als Fideiussoren haften müssen: Nach Julians Meinung, als Fideiussoren, nach Marcellus Ansicht als Sponsoren. Marcellus argumentiert, dass es ausreiche, wenn die Magistrate (unter dem Gesichtspunkt der Haftung) anstelle eines solchen Bürgen treten, dessen Ernennung sie vernachlässigt haben, oder denjenigen sie als ungeeigneter Bürge akzeptierten, und dieses Argument wird auch von Ulpian als logisch angesehen. Das Ende des Fragments ist jedoch unbekannt, so kommt aus dem Text nicht hervor, wie Ulpian letztendlich zu dieser Frage stand.

Nach Lenels Interpretation berichte hier Ulpian über einen Streit zwischen Julian und Marcellus um die Frage, ob Magistrate als Fideiussoren oder als Sponsoren behandelt werden sollten. Marcellus' Argument sei nach Lenel leicht zu verstehen. Die Magistrate seien nämlich im Allgemeinen in Rahmen der *cautio rem pupilli salvam fore* nur verpflichtet gewesen, Sponsoren zu stellen. Das häufigste Versäumnis der Magistrate in Bezug auf die Anordnung der Vormundschaft, die auch die Grundlage für die Gewährung der *actio subsidiaria* gewesen sei, habe in

der Regel ja darin bestanden, diese *cautio* entweder gar nicht angeordnet zu haben oder zahlungsunfähige Bürgen akzeptiert zu haben. Marcellus sei daher der Ansicht, dass es ausreiche, wenn die Magistrate die Bürgen, die sie nicht bestellt haben, ersetzen. Und da im Falle der *sponsio* die Verpflichtung des Bürgen nicht auf die Erben der Bürgen übergehe, müssten die Magistrate, wenn sie keine geeigneten Bürgen akzeptierten, so haften, als ob der Bürge gehaftet hätte, woraus folge, dass die Verpflichtung auch nicht auf die Erben der Magistrate übergehe. Und Ulpian finde dieses Argument überzeugend, auch wenn Ulpian unter Berufung auf die *constitutio* von Antoninus Pius die Frage des Übergangs der Haftung auf die Erben letztendlich wohl anders sehe. Denn die Position des Marcellus sei mit der Entscheidung von Antoninus Pius, in deren Sinne die Verantwortung auch auf die Erben des Magistrats übergehen soll, unvereinbar.⁶¹

Levy hingegen ist der Ansicht, dass es in der zweiten Hälfte des Straßburger Fragments nicht mehr um die Frage gehe, ob eine *actio subsidiaria* gegen die Erben des *magistratus* geltend gemacht werden könne, sondern wohl eher um die Frage der gemeinsamen Haftung mehrerer Personen.⁶²

Levy's Meinung nach sei das Thema der Debatte zwischen Julian und Marcellus in der zweiten Hälfte des Straßburger Fragments (ob die Magistraten als Sponsoren oder Fideiussoren haften sollten) wahrscheinlich nicht die Übertragung der magistratischen Haftung auf die Erben – wie Lenel meint – sondern die Haftung mehrerer Magistrate gewesen. Ihrer Ansicht nach sei die Diskussion der Frage der passiven Erbfolge bereits im vorigen Abschnitt (Fr. 11) abgeschlossen worden. Wäre die Frage der Erbfolge hingegen noch Gegenstand von Fr. 12, so wäre die Position von Julian widersprüchlich, denn wenn er in Fr. 12 für die Analogie von Fideiussoren gegenüber der Analogie von Sponsoren argumentieren würde, dann müsste er, wenn er sie im Hinblick auf die Übertragung der Haftung auf die Erben konsequent verfolgen wolle, für die Haftung der Erben eintreten, nicht dagegen, wie Fr. 11 berichtet.⁶³

Levys Meinung nach laute daher die Frage, die in diesem Teil des Straßburger Fragments am wahrscheinlichsten zu beantworten sei – da es normalerweise zwei *magistratus municipales* für die Ernennung von Vormündern zuständig gewesen seien –, wie die Haftung zwischen den Magistraten aufgeteilt sei: nach dem Vorbild der Fideiussoren oder der Sponsoren? Daraus, dass Ulpian anerkennend von Marcellus gesprochen habe, lasse sich nach Levy aber noch nicht ableiten, wie Ulpian entschieden habe, da das Fragment abbreche, bevor die Frage beantwortet sei. Levy hält es jedoch für wahrscheinlich, dass Ulpian der Position von Julian zugestimmt habe, weil sie eher den „modernen“ Erwartungen an Äquitas entspreche.⁶⁴

⁵⁹ Vgl. LENEL, 1903a, *op. cit.*, S. 418.; LENEL, 1903 b, *op. cit.*, S. 932.

⁶⁰ Die Ansicht von Julian, dass die Erben des *iudex, qui litem suam fecit*, aufgrund des Verhaltens des *iudex* hafteten, wird von Ulpian in einer anderen Fragment in den Digesten zurückgewiesen. (Vgl. LENEL, 1903 b, *op. cit.*, S. 931.) D.5,1,16 *Ulpianus 5 ad ed. „Julianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere: quae sententia vera non est et a multis notata est.“* D.5,1,16 Ulpian im 5. Buch zum Edikt. Julian meint, die Klage stehe auch gegen den Erben des Richters zu, der den Rechtsstreit zu seinem eigenen gemacht hat. Diese Auffassung ist unrichtig und von vielen gerügt worden. (Übersetzung: BEHREND, O./KNÜTEL, R./KUPISCH, B./SEILER, H. H. (Hrsg.): *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung II, Digesten 1-10*, Heidelberg, 1995, S. 472-473).

⁶¹ LENEL, 1903 b, *op. cit.*, S. 931-932.; LENEL, 1903a, *op. cit.*, S. 418.; D.27,8,6.

⁶² LEVY, E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I. Bd., Berlin, 1918, S. 306-309.

⁶³ LEVY, 1918, *op. cit.*, S. 305-307.

⁶⁴ LEVY, 1918, *op. cit.*, S. 307-309.

Levy hebt auch hervor, dass die Tatsache, dass es sich bei der *actio subsidiaria*, obwohl sie eine Straffklage sei, um *eadem res* handle und nicht um bei den *actiones poenales* übliche Kumulation, lasse sich damit erklären, dass der Hauptzweck der Klage darin bestehe, den Anspruch auf Entschädigung hinsichtlich der Schaden durchzusetzen, der sich aus der Tatsache ergeben habe, dass „*ita demum competit, si univ[er]sis excussionis facultatibus tutorum satis ei fieri non potuerit*“,⁶⁵ weil die Magistrate keine *sponsores* von den Vormündern verlangten oder ungeeignete *sponsores* akzeptierten. Die *actio subsidiaria* habe im Interesse des Mündels gelegen, und ihr wirtschaftlicher Zweck habe darin bestanden, die Magistrate für die mangelnden oder ungeeigneten *sponsores* verantwortlich zu machen. Und Antoninus Pius habe später – wiederum im Interesse des Mündels – auch die Möglichkeit erwogen, die Magistrate als *fideiussores* haftbar zu machen, um eine beschränkte Haftung der Erben einzuführen.⁶⁶

4. Die Voraussetzungen der Erbenhaftung

Auch in einem anderen Fragment beruft sich Ulpian auf die Konstitution von Antoninus Pius, und stellt eindeutig fest, dass auch die Erben der Magistrate für die Mängel der *datio tutoris* haften müssen:

D.27,8,6

Ulpianus 1 ad ed.

„*Quod ad heredem magistratus pertinet, exstat divi Pii rescriptum causa cognita debere dari actionem: nam magistratus si tanta fuit negligentia, ut omnem cautionem omitteret, aequum est haberi eum loco fideiussoris, ut et heres eius teneatur: si vero cavet et tunc idonei fuerunt et postea desierunt, sicut et ipse magistratus probe recusaret hanc actionem, ita et heres multo iustius. Novissime non alias ait in heredem actionem dandam, quam si evidenter magistratus cum minus idoneis fideiussoribus contrahunt.*“

D.27,8,6

Ulpian im 1. Buch zum Edikt

Was den Erben eines Magistrats angeht, gibt es ein Reskript des vergöttlichten Kaisers Antoninus Pius, dass nach Voruntersuchung eine Klage gewährt werden muß. Denn wenn die Nachlässigkeit des Magistrats so groß gewesen ist, dass er jede Form von Sicherheitsleistung au-

ßer Acht gelassen hat, so ist es gerecht, ihn wie einen Bürgen anzusehen, so dass auch sein Erbe haftet. Hat er sich jedoch Sicherheit versprechen lassen und waren die Bürgen zunächst zahlungsfähig, später aber nicht mehr, dann könne, so wie der Magistrat selbst mit gutem Grund die Einlassung auf die Klage ablehnen würde, der Erbe dies mit weit mehr Recht tun. Schließlich müsse, wie er sagt, die Klage gegen den Erben in jedem Fall gegeben werden, wenn der Magistrat offensichtlich mit nicht hinreichend zahlungsfähigen Personen Bürgschaftsverträge abschließt.⁶⁷

Die Quelle berichtet auch von einigen Voraussetzungen der Erbenhaftung: Die erste Voraussetzung, dass die Klage nur *causa cognita* gewährt wurde,⁶⁸ also erst nach der Voruntersuchung, ob das Mündel schon seine Vormünder beklagte, und ob letztere mindestens teilweise insolvent waren.

Weiterhin hafteten die Erben des Magistrats für die Mängel der Vormundsbestellung im Sinne der Quelle nur dann, wenn der Magistrat vorsätzlich oder grob fahrlässig verfahren hat.⁶⁹ So etwa, wenn er keine Sicherheitsleistung von dem Vormund verlangte, oder wenn er die Stellung von offensichtlich (*evidenter*) ungeeigneten Bürgen akzeptierte.⁷⁰ Wenn aber der Magistrat bei der Vormundsbestellung richtig verfahren hat, zahlungsfähige Bürgen als Sicherheitsleistung verlangte, und sie erst später – unvorhersehbar – insolvent wurden, dann weder gegen den Magistrat selbst, noch gegen seine Erben steht dem ehemaligen Mündel die *actio subsidiaria* zu. Daraus kann darauf gefolgert werden, dass die Erben für die *culpa levis* des Magistrats nicht haften mussten.⁷¹

Diese Annahme wird auch durch das nächste Reskript von Alexander Severus bestätigt:

C.5,75,2 Imperator Alexander Severus

„*In heredes magistratus, cuius non lata culpa idonee cautum pupillo non est, non solet actio dari.*“ * alex. a. paterno. * <a 224 pp. Iii non. Iul. Iuliano et crispino cons. >

C.5,75,2 Der Kaiser Alexander an Paternus

Gegen die Erben einer Magistrats-Person, welche damit, dass dem Mündel keine hinreichende Bürgschaft gestellt wurde, sich kein grobes Versehen hat zu Schulden kommen lassen, pflegt eine Klage nicht stattgegeben zu werden.

⁶⁵ Levys Rekonstruktionsversuch für die fehlenden Teile des Straßburger Fragments. (Vö. LEVY, 1918, *op. cit.*, S. 305).

⁶⁶ LEVY, 1918, *op. cit.*, S. 305-306.

⁶⁷ Übersetzung: KNÜTEL, R./KUPISCH, B./SEILER, H. H./BEHREND, O., 2005, *op. cit.*, S. 512-513. Nach Lenel deute die Platzierung der Passage in den Digesten darauf hin, dass es sich in der Tat um die Unterlassung der *cautio rem pupilli salvam fore* und damit um die *actio subsidiaria* handeln könnte, die gegen den Magistrat gewährt werden könne, aber es sei auch möglich, dass es sich um die Haftung des Magistrats gegenüber der Stadt und die Unterlassung der *cautio rem publicam salvam fore* oder die Haftung des Magistrats aus dem *edictum de damno infecti* handle. (Vgl. LENEL, O., Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare, In: SZ. 2., 1881, S. 14-82., S. 26-27).

⁶⁸ LENEL, 1903 b, *op. cit.*, S. 932.

⁶⁹ GLÜCK, *op. cit.*, S. 419-420.

⁷⁰ Jakob hebt hervor, dass nach Ulpian im Falle einer solchen groben Fahrlässigkeit die Regeln der fortschrittlicheren Bürgschaft, der *fideiussio*, hinsichtlich des Übergangs der Verpflichtung des Magistrats auf seine Erben anzuwenden seien. (Vgl. JAKOB, 2020, *op. cit.*, S. 201.) Es ist erwähnenswert, dass Carbone darauf hinweist, dass zwar aufgrund dieser Stelle darauf gefolgert werden könnte, dass die *magistratus municipales* eine absolute Verpflichtung zur *satisfactio* gehabt hätten, führten die anderen Quellen seiner Meinung nach zu dem Schluss, dass die Magistrate keine absolute Verpflichtung gehabt hätten, die von ihnen ernannten Vormünder zur *satisfactio* zu zwingen. (Vö. CARBONE, 2014, *op. cit.*, S. 136-138).

⁷¹ RUDORFF, 1834, *op. cit.*, S. 164-165.; GLÜCK, *op. cit.*, S. 420.

Geg. III. non. Iul. (224) unter dem Consulate des Julianus und dem des Crispinus.⁷²

Wenn also der Magistrat den Vormund nicht zur genügenden Sicherheitsleistung verpflichtete, aber er es weder vorsätzlich noch grob fahrlässig getan hat, geht seine Haftung auf seine Erben nicht über.

Die nächste zu prüfende Frage ist, was der Grund von dieser Entscheidung sein konnte. Zu der Antwort kann uns die nächste Konstitution näherbringen:

C.5,54,1 Imperatores Severus, Antoninus

„Heredes tutoris ob negligentiam, quae non latae culpa comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratiae praestitum sit.“ * sev. et ant. aa. fusciano. * <a 197 pp. vi id. mart. laterano et rufino cons. >

C.5,54,1 Die Kaiser Severus und Antoninus an Fuscianus

Die Erben von Vormündern sollen nicht wegen einer Nachlässigkeit, die einer groben Fahrlässigkeit nicht gleichgestellt werden kann, verurteilt werden, außer wenn bereits gegen den Vormund der Prozess begonnen hat und aus dem Schaden des Mündels ein Gewinn gezogen oder aus Gunst einem Dritten etwas geleistet worden sein sollte.

Geg. VI. id. Mart. (197) unter dem Consulate des Lateranus und dem des Rufinus.⁷³

In der Konstitution von Septimius Severus wird es festgestellt, dass die Erben des Vormundes in der Regel nur wegen des *dolus* oder der *culpa lata* des Vormunds verklagbar sind.

In Zusammenhang mit dieser Tatsache gibt uns Ulpian die Antwort auf die Frage, warum die Magistrats-Erben nur für *dolus* und *culpa lata* des Magistrats haften mussten:

D.27,8,4

Ulpianus 3 disp.

„Non similiter tenentur heredes magistratum, ut ipsi tenentur: nam nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur. Nam magistratus quidem in omne periculum succedit, heres ipsius dolo proxima culpa succedaneus est.“

D.27,8,4

Ulpian im 3. Buch seiner Erörterungen

Die Erben der Magistrate haften nicht in gleicher Weise wie diese. Denn auch der Erbe des Vormunds haftet nicht wegen Fahrlässigkeit. Der Magistrat tritt zwar in die gesamte Haftung ein; sein Erbe tritt aber nur in die Schuld ein, die der Arglist sehr nahe kommt.⁷⁴

Im Sinne der Stelle müssen also die Erben des Magistrats nur dann haften, wenn dieser mit *dolus* oder mit *culpa lata* ver-

fahren hat, weil die Erben des Vormunds auch nicht für (leichte) Fahrlässigkeit haften müssen.⁷⁵

Diese Entscheidung kann nach meiner Ansicht damit in Zusammenhang stehen, dass die Magistrate – wie es schon erwähnt wurde – wegen der von ihnen begangenen groben Fehler hinsichtlich der Vormundsbestellung so zu haften hatten, als wenn sie die Bürgen der Vormünder wären. Die Verpflichtung des Fideiussors kann aber (wegen der Akzessorietät der Bürgschaft) bekannter Weise nicht härter sein, als die Verpflichtung des Hauptschuldners. In diesem Fall kann der Vormund als Hauptschuldner betrachtet werden. So wenn der Erbe des Vormunds nur wegen des *dolus* (oder der *culpa lata*) des Vormundes haften muss, kann auch die Haftung der Erben des Magistrats, als quasi Bürgen auch nicht strenger sein.⁷⁶

Noch vor der Zusammenfassung der Ergebnisse könnte es hinsichtlich des Themas interessant sein, ein Papinian-Fragment zu prüfen, das einen ziemlich komplizierten Sachverhalt über die Erbenhaftung für die Mängel der magistratischen Vormundsbestellung behandelt:

D.46,3,96,1

Papinianus 11 resp.

„Cum pupilla magistratui, qui per fraudem pupillo tutorem dedit, heres extitisset, tutores eius cum adolescente transegerunt: eam transactionem pupilla ratam habere noluit: nihilo minus erit tutorum pecunia liberata nec tutores contra adolescentem actionem nec utilem habebunt, qui suum recipiavit. Plane si adolescens pecuniam restituere tutori pupillae maluerit, rescisso quod gestum est actionem utilem in pupillam heredem magistratus accipiet.“

D.46,3,96,1

Papinian im Buch 11. seiner Rechtsgutachten

Als eine Mündelin Erbin der obrigkeitlichen Person, welche einem Mündel auf eine betrügerische Weise einen Vormund bestellt hatte, geworden war, haben die Vormünder derselben mit dem Jüngling einen Vergleich geschlossen; diesen Vergleich hat die Mündelin nicht genehmigen wollen. Nichtsdestoweniger wird sie durch das Geld der Vormünder befreit sein, auch werden die Vormünder gegen den Mündel keine Klage, auch keine analoge, haben, weil derselbe das Seinige wiedererlangt hat. Freilich wenn der Jüngling das Geld dem Vormund der Mündelin hat lieber zurückerstatten wollen, so wird er, nachdem Das, was geschehen war, wieder aufgehoben worden ist, eine analoge Klage gegen die Mündelin, als Erbin der obrigkeitlichen Person, erhalten.⁷⁷

Der Sachverhalt kann folgenderweise rekonstruiert werden: einem Mündel hat ein Magistrat auf eine betrügerische Weise (*per fraudem*) einen Vormund bestellt. Dem Mündel hat die nicht richtige Vermögensverwaltung des Vormundes Schäden verursacht. Der ehemalige Mündel hat nach der Beendigung der

⁷² Übersetzung: HALLER, *op. cit.* Obwohl Lenel die Stelle sprachlich für einwandfrei hält, verdächtigt er sie bezüglich „non lata“ mit Interpolation. (Vgl. LENEL, O., *Culpa lata und culpa levis*, In: SZ. 38, 1907, S. 263-289., S. 269.) Binding ist aber für den klassischen Ursprung der Stelle. (Vgl. BINDING, K., *Culpa. Culpa lata und culpa levis*, In: SZ. 39, 1918, S. 1-35., S. 16).

⁷³ Übersetzung: HALLER, *op. cit.*

⁷⁴ Übersetzung: KNÜTEL/KUPISCH/SEILER/BEHREND, 2005, *op. cit.*, S. 512.

⁷⁵ Vgl. D.26,7,39,6; KÜBLER, 1918, *op. cit.*, S. 183-185.; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, *op. cit.*, S. 381.

⁷⁶ Vgl. KÜBLER, 1918, *op. cit.*, S. 213-214.

⁷⁷ Übersetzung: OTTO, C. E./SCHILLING, B./SINTENIS, C. F. F. (Hrsg.), *Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter*, IV. Bd., Leipzig, 1832, S. 767-768.

Vormundschaft von seinem Vormund aller Wahrscheinlichkeit nach Rechenschaft, die Herausgabe des Mündelvermögens und Schadensersatz verlangt, aber der Vormund war mindestens teilweise insolvent. In solchen Fällen stand dem Mündel die *actio subsidiaria* gegen den Magistrat zu, der in Zusammenhang mit der Vormundsbestellung arglistig oder fahrlässig verfahren hat.

In dem Sachverhalt ist aber der Magistrat noch vor seinem Verklagen gestorben. Er hatte eine Erbin, die selber noch unmündig war, und Vormünder hatte. Die Vormünder der Mündelin, als sie von der Forderung des Jünglings erfahren haben, haben einen Vergleich mit dem Jüngling geschlossen, und haben ihm die Summe des Vergleichs auch bezahlt. Die Mündelin wollte aber den Vergleich nicht genehmigen.

Nach Papinians Meinung könne aber die bezahlte Summe von dem Jüngling nicht einmal mit einer *actio utilis* zurückverlangt werden, weil er das bekommen habe, was ihm zugestanden habe. Und die Mündelin sei, unabhängig davon, dass sie den Vergleich nicht genehmigt habe, durch die Leistung der Vormünder von der Obligation mit dem Jüngling befreit worden.

Andererseits stand aber dem Jüngling, der nach der Beendigung der Vormundschaft, und aller Wahrscheinlichkeit nach, auch während des Abschlusses des Vergleichs noch ein *minor* war, die Möglichkeit einer *in integrum restitutio* zu. Er konnte also vom Prätor die *in integrum restitutio* verlangen, und dementsprechend den Vergleich mit den Vormündern der Mündelin anfechten. Wenn er mit dieser Möglichkeit leben wollte, hatte er die Summe, die er als Erfüllung des Vergleichs bekommen hat, den Vormündern der Mündelin zurückzugeben. In diesem Fall entstand ihm aber wegen der *in integrum restitutio* wieder den originellen Anspruch gegen die Erbin des Magistrats. Da – wie es schon erwähnt wurde – der Magistrat damals bei der Vormundsbestellung für den Jüngling arglistig verfahren hat, konnte der Jüngling als ehemaliger Mündel eine Klage, eine *actio utilis* gegen die Erben des Magistrats, in diesem Fall gegen die Mündelin erhalten. Und diese *actio utilis* war aller Wahrsein-

lichkeit nach die *actio subsidiaria*, die normalerweise gegen den Magistrat gewährt worden wäre.

5. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Haftung der Munizipalmagistrate in Zusammenhang mit der Vormundsbestellung ursprünglich höchstwahrscheinlich überwiegend einen deliktischen Charakter hatte, aber der vorrangige Zweck der gegen sie anwendbaren Klage war die Minderung der Schäden der Mündel, die sie infolge der Vormundschaft erlitten haben. Im Interesse dieses Ziels relativierte sich aber die pönale Natur der Klage aus mehreren Hinsichten. (Man konnte in diesem Fall praktisch von einem Quasidelikt sprechen.) Diesem Vermögensreparationszweck diente unter anderem auch die Gewährung der *actio subsidiaria* auch gegen die Erben der Magistrate. Diese Möglichkeit begründete der Kaiser mit dem Argument, dass die Magistrate für die Mängel der Vormundsbestellung quasi als *fideiussores* des Vormundes zu haften haben.

Bekannter weise konnte die Haftung des Fideiussors nicht härter als die des Hauptschuldners, also in diesem Fall des Vormundes sein. Da aber – wie davon die Quellen berichten – die Erben des Vormundes nicht wegen der *culpa levis* des Vormundes verklagbar waren, traten die Erben des Magistrats auch nur dann in die Schuld des Magistrats ein, wenn dieser mit *dolus* oder mit *culpa lata* verfahren hatte.

Auf der Grundlage der oben Genannten könnte auch die Lehre gezogen werden, dass die Römer die Einzelfälle nicht immer im Rahmen strikter dogmatischer Kategorien beurteilten, sondern manchmal einen flexiblen Übergang zwischen den verschiedenen dogmatischen Kategorien vorsahen, wenn es den praktischen Bedürfnissen des Alltags, und den rechtspolitischen Interessen besser entsprach.⁷⁸ So konnte es – im Interesse des Vermögensschutzes des Mündels – möglich werden, mittels der pönalen *actio subsidiaria* Zinsen von dem Magistrat einzufordern oder sogar gegen dessen Erben vorzugehen.

⁷⁸ Es ist erwähnenswert, dass laut der wichtigsten Vertreter der ungarischen Interpolationsforschung, Kálmán Személyi, die Hauptantriebskraft der Entwicklung des klassischen Rechts die Rechtspolitik gewesen sei. Seiner Meinung nach sei das klassische Recht eine echte *ars aequi et boni*, in der die wissenschaftliche Kohärenz nicht wie in der byzantinischen Entwicklungsphase „den Rechtssinn ersticke“. (Vgl. SZEMÉLYI, K., Az interpolatio kutatás módja, Pécs, 1929, S. 81).