

Schriften zur Rechtsgeschichte

---

Band 175

# Actio utilis

Anspruchsanalogie im römischen Recht

Von

Jan Dirk Harke



Duncker & Humblot · Berlin

JAN DIRK HARKE

*Actio utilis*

Schriften zur Rechtsgeschichte

Band 175

# Actio utilis

Anspruchsanalogie im römischen Recht

Von

Jan Dirk Harke



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0720-7379

ISBN 978-3-428-14922-3 (Print)

ISBN 978-3-428-54922-1 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84922-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	11
<b>I. <i>Actiones utiles</i> als Formularproblem?</b>	11
<b>II. Struktur einer materiellrechtlichen Analyse</b>	16
<b>III. <i>Actiones utiles</i> zur Verfahrens- und Beweiserleichterung</b>	18

## *Erstes Kapitel*

<b><i>Actiones utiles</i> aus dem prätorischen Edikt</b>	26
<b>I. Ediktale Rechtsinstitute als <i>actiones utiles</i></b>	26
1. Das <i>utile iudicium communi dividundo</i>	26
2. Besitzschutz für und gegen einen Nießbraucher	30
3. Die <i>actio ex iureiurando</i>	33
4. Die <i>actio negotiorum gestorum</i> gegen den <i>curator</i>	36
5. Die dingliche Klage für Erbbauberechtigte, Erbpächter und Pfandgläubiger	39
6. Die <i>actio praescriptis verbis</i>	42
7. Die <i>actio subsidiaria</i> gegen den vormundsbestellenden Magistrat	46
8. Die <i>actio de eo quod certo loco</i>	49
9. Die <i>actio in factum</i> bei Gläubigerbenachteiligung	50
10. Die <i>actio restitutoria</i> aus dem vellejanischen Senatsbeschluss	54
11. Die Klage gegen den <i>capite deminutus</i>	56
12. Die Klage für und wider den Erbschaftsfideikommissar	59
<b>II. <i>Actiones utiles</i> nach ediktalen Vorgaben</b>	65
1. Die <i>actio utilis des curator bonorum</i>	65
2. Vollzug einer <i>restitutio</i>	66
3. Sonderfälle des <i>ius se abstinendi</i>	74
4. Ausdehnung der <i>lex Cornelia de confirmandis testamentis</i>	76
5. Vollzug des <i>senatus consultum Pegasianum</i>	78
6. Umsetzung des <i>senatus consultum Silanianum</i>	79
7. Vollzug des aurelianischen Privilegs für Nachlassübernehmer	80

8. Erbteilung bei erbenähnlicher Rechtsnachfolge .....	82
9. Schutz beschränkter dinglicher Rechte .....	85
10. Schutz der Rechte an beschränkten dinglichen Rechten .....	91
11. Durchführung der <i>missio Antoniniana</i> .....	95
12. Vollzug des <i>senatus consultum Neronianum</i> .....	97
13. Bereicherungshaftung eines Mündels nach dem <i>rescriptum divi Pii</i> .....	99
<b>III. Ergebnis</b> .....	103

### *Zweites Kapitel*

#### **Neu geschaffene *actiones utiles* im Zweipersonenverhältnis** 106

<b>I. Ausdehnung außervertraglicher Haftung</b> .....	106
1. Interdikte zum Schutz öffentlicher Sachen .....	106
2. Rechtsbehelfe zum Schutz privater Wasserführung .....	110
3. Haftung für Tierschäden .....	113
4. Haftung für unbefugte Bestattung .....	114
5. Haftung für körperliche Emissionen .....	115
6. Haftung für die Körperverletzung oder Charakterveränderung eines Freien	116
7. Aquilische Haftung für mittelbare Schädigung .....	121
8. Besitzstörung durch einen Mittelsmann .....	134
9. Die Reederhaftung für Seeleute .....	137
10. Haftung für Gläubigerbenachteiligung .....	139
11. Entwendung unter Ehegatten .....	141
12. Haftung für Vertreibung .....	143
13. Haftung für Beleidigung eines vermeintlichen Sklaven .....	144
14. Ausdehnung der Vormundschaftshaftung .....	146
15. Entscheidungen gegen eine <i>actio utilis</i> .....	151
<b>II. <i>Vindicationes utiles</i></b> .....	154
1. Ersatz für Rechtsverlust und Surrogation .....	154
2. Schutz des Schenkers .....	163
3. Schutz von Mündeln und Soldaten .....	170
4. Schutz eines Anwartschaftsrechts .....	171

<b>III. Erweiterung der Vertrags- und vertragsähnlichen Haftung</b> .....	181
1. Fiktion einer <i>cautio</i> .....	182
2. Annahme eines promissorischen Eides .....	184
3. Fiktion eines Darlehens .....	185
4. Unterstellung einer Pflicht zur Mitgiftrückgewähr .....	194
5. Annahme eines Pfandvertrags .....	196
6. Fiktion eines Kaufvertrags .....	197
7. Unterstellung einer Gesellschaft unter Hausbewohnern .....	204
8. Fiktion eines Auftrags .....	205
9. Fiktion einer <i>negotiorum gestio</i> .....	209
10. Unterstellung einer Vormundschaft .....	210
11. Ausgleich nach dem Recht der <i>communio</i> .....	215
12. Ausgleich nach dem Recht der Erbengemeinschaft .....	221
13. Analogie zur <i>actio funeraria</i> .....	226
14. Fiktion einer Vermächtnis- oder Fideikommissschuld .....	229
<b>IV. Ergebnis</b> .....	233

### *Drittes Kapitel*

<b>Dreipersonenverhältnisse</b>	238
<b>I. Überwälzung einer fremden Schuld</b> .....	238
1. Klage gegen einen versklavten Schuldner .....	238
2. Transfer einer Hauptverpflichtung auf einen Nebenschuldner .....	239
3. Übertragung einer Verpflichtung unter alternativen Schuldnern .....	244
4. Rückübertragung einer abgelösten Verbindlichkeit .....	246
5. Überleitung einer Mitgift ohne Erbfolge .....	248
6. Schutz der Mitgift gegenüber Dritten .....	251
7. Transfer einer Verpflichtung mit Erbenstellung und Nachlassbesitz .....	253
8. Zurechnung eines Pfandverkaufs an den Verpfänder .....	263
9. Bindung an fremden Pfandvertrag? .....	267
<b>II. Übertragung einer fremden Forderung</b> .....	272
1. Abtretung von Forderungen .....	272
2. Überlassung dinglicher Rechte .....	280
3. Verpfändung von Forderungen .....	285
4. Verträge zugunsten Dritter? .....	287

5. Vom Erbschaftsbesitzer auf den Erben .....	297
6. Vom Vater auf den Sohn .....	302
<b>III. Stellvertretung?</b> .....	309
1. Vertretung vor dem Magistrat .....	309
2. Analogie zur <i>actio institoria</i> .....	317
3. Forderungserwerb im Gegenzug zur <i>actio institoria</i> .....	326
4. Drittberechtigung durch einen Betreuer .....	329
5. Drittverpflichtung durch einen Betreuer .....	333
<b>IV. Ergebnis</b> .....	337
<b>Fazit</b> .....	340
<b>Quellenverzeichnis</b> .....	342
<b>Sach- und Personenverzeichnis</b> .....	359

## Abkürzungsverzeichnis

- Gröschler, Actiones in factum* Peter Gröschler, *Actiones in factum*. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich, Berlin 2002
- Harke, Argumenta Iuventiana – Argumenta Salviana* Harke, *Argumenta Iuventiana – Argumenta Salviana*. Entscheidungsbegründungen bei Celsus und Julian, Berlin 2012
- Harke, CRRS III.2* Ansprüche aus Delikten an Sklaven, Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei, Teil III, Bd. 2, Stuttgart 2013
- Kaser, RP* Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2. Aufl., München 1971/1974
- Kaser/Hackl, RZ* Max Kaser/Karl Hackl, *Das römische Zivilprozeßrecht*, 2. Aufl., München 1996
- Lenel, EP* Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, 3. Aufl., Leipzig 1927
- Lenel, Pal.* Otto Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig 1889
- Selb, Studi Biscardi, Bd. 3* Walter Selb, *Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum am Beispiel Julians*, in: Studi in onore di Arnaldo Biscardi, Bd. 3, Mailand 1982, S. 315–350
- Selb, Studi Sanfilippo, Bd. 5* Walter Selb, *Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum vor Julian*, in: Studi in onore di Cesare Sanfilippo, Bd. 5, Mailand 1984, S. 727–759
- Sotty, Recherche* Richard Sotty, *Recherche sur les utiles actiones*, Clermont-Ferrand 1977
- Valiño, Actiones utiles* Valiño, *Actiones utiles, Pamplona 1974*
- Voci, DER* Pasquale Voci, *Diritto ereditario romano*, 2. Aufl., Mailand 1967/1963



## Einleitung

### I. *Actiones utiles* als Formularproblem?

Als Gegenbewegung zur materiellrechtlichen Deutung der römischen Quellen in früheren Zeiten ist die neuere Romanistik vom festen Glauben an die Bedeutung der römischen Prozessformeln geprägt. Diese Haltung verdient im Grundsatz keine Kritik, ist jedoch nicht vor Übertreibung gefeit. Eine ihrer Erscheinungsformen ist die vorherrschende Deutung des Begriffs der *actio utilis*. Er wird meist mit der Vorstellung einer fiktizischen Klageformel verknüpft, die der Prätor in Variation einer ediktalen, *in ius* konzipierten Grundklage erteilt. Dass sich hierin für alle oder zumindest für einige Juristen der Sinn des weitgehend deutungs offenen Adjektivs „zweckdienlich“ erschöpft, ist zwar schon bei unbefangener Betrachtung nicht sehr wahrscheinlich, entspricht aber einer weithin geteilten Überzeugung.<sup>1</sup> Eine umfassende Grundlage hat ihr *Valiño* zu geben versucht, indem er sämtliche Klagen, die von den klassischen Juristen *actiones utiles* genannt werden, untersucht und einerseits verschiedenen materiellen Funktionen, andererseits einem einheitlichen Formularmuster zugeordnet hat: Der Begriff der zweckdienlichen Klage stehe, sofern er nicht eine Klage in der *cognitio extra ordinem* bezeichne, stets für die um eine Fiktion angereicherte Variante einer *actio in ius concepta*, die den zu entscheidenden Fall durch Unterstellung des regulären Tatbestands erfasse.<sup>2</sup> Das Gegenstück ist eine *actio in factum*, bei der nicht der ediktale Tatbestand fingiert, sondern der zu beurteilende Sachverhalt selbst in der Formel aufgeführt wird.<sup>3</sup>

Da sich *Valiños* Theorie nur um den Preis unzähliger Interpolationsannahmen durchhalten lässt, hat sie zum einen Fundamentalkritik, zum anderen aber auch eine Modifikation erfahren, die der modernen Romanistik die Richtung gewiesen hat: Die Kritik geht von *Sotty* aus, der einen Bezug des Begriffs der *actio utilis*

---

<sup>1</sup> Vgl. nur *Kaser*, ‚*Ius honorarium*‘ und ‚*ius civile*‘, SZ 101 (1984) 1, 95 ff., *Kaser/Hackl*, RZ, S. 238, 329 f. (anders dagegen *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, 20. Aufl., München 2014, Rn. 83.4), *Zimmermann*, The Law of Obligations, Kapstadt 1990, S. 995 f., *Gröschler*, *Actiones in factum*, S. 29 ff. Ebenso, wenn auch ohne Rekurs auf Selb, *Guarino*, Diritto privato Romano, 7. Aufl., Neapel 1984, S. 200 f., *Marrone*, Istituzioni di Diritto Romano, 3. Aufl., Palermo 2006, S. 90. Auch in Einzelstudien zu anderen Fragen ist diese Ansicht rezipiert; Beispiele sind bei der Behandlung der einzelnen Quellen genannt.

<sup>2</sup> *Valiño*, *Actiones utiles*, S. 22 ff.

<sup>3</sup> Als Gegenbegriff zur *actio utilis* erscheint die *actio in factum* schon in der älteren Literatur; vgl. etwa *Wesener*, *Actiones ad exemplum*, SZ 75 (1958) 220 ff.

auf die formularre Fiktion leugnet und annimmt, die Wendung: ‚*dare utilem actionem*‘, bezeichne vielmehr die Gewährung der direkten Klage. Als zweckdienlich erscheine sie bloß deswegen, weil sie dem Kläger, obwohl eigentlich nicht nützlich, ausnahmsweise dienstbar gemacht werde.<sup>4</sup> Eine Veränderung ihrer Formel finde dabei allenfalls in Gestalt einer Subjektsumstellung statt. – Für die Modifikation von *Valiños* These zeichnet *Selb* verantwortlich, dessen Ansicht überwiegend Zustimmung erfahren hat. Er räumt ein, dass der Begriff der *actio utilis* zumindest bei den spätklassischen römischen Juristen nicht nur auf das Prozessformular ziele, sondern eher im materiellrechtlichen Sinne einer Anspruchsanalogie verwendet werde.<sup>5</sup> Zumindest für die Juristen bis Julian sei der Ausdruck aber auf Klagen festgelegt, bei denen der Prätor ein Verurteilungserfordernis künstlich, vor allem durch Fiktion und Subjektsumstellung, erzeuge.<sup>6</sup> Diese Vorgehensweise sei deutlich von der Bildung einer auf den neuen Sachverhalt zugeschnittenen *actio in factum* zu unterscheiden, aber ebenso wie diese auf *in ius* konzipierte Klagen beschränkt.

Ist die von *Sotty* entworfene Gegenposition auch nicht zu halten, hat die rein formulartechnische Deutung des Begriffs *actio utilis* doch ebenfalls keine ausreichende Quellengrundlage. Dies gilt zunächst einmal für die Verbindung mit einer formularen Fiktion oder Subjektsumstellung. Ohne selbst unterstellt werden zu müssen, ergibt sie sich allenfalls aus den Institutionen des Gaius. Hier erscheinen als zweckdienlich die Klagen, die für und gegen einen Erbschaftsfideikommissar gewährt werden und die Fiktion seiner Erbenstellung enthalten können,<sup>7</sup> ferner die Klage gegen den *capite deminutus*, bei der die Beschränkung seiner Rechtsfähigkeit hinweggedacht wird<sup>8</sup>. In einer knappen Bemerkung im dritten Buch seines Werks bezeichnet Gaius zudem die Klagen, die einem Nachlassbesitzer oder Vermögenskäufer gewährt werden, als *actiones utiles*:

Gai 3.81

Item quae debita sunt ei, cuius fuerunt bona, aut ipse debuit, neque bonorum possessor neque bonorum emptor ipso iure debet aut ipsis debentur, et ideo de omnibus rebus utilibus actionibus et agunt et conueniuntur, quas in sequenti commentario proponemus.

Was ferner demjenigen geschuldet wurde, dem das Vermögen gehörte, oder er selbst schuldet, das schulden nach Zivilrecht weder ein Nachlassbesitzer noch ein Erbschaftskäufer und wird ihnen auch nicht geschuldet; und daher klagen sie in all diesen Sachen mit zweckdienlichen Klagen, die ich im folgenden Buch vorstellen werde, und werden mit ihm belangt.

<sup>4</sup> *Sotty*, Recherche, S. 100 ff.

<sup>5</sup> *Selb*, Studi Biscardi, Bd. 3, S. 317 f.

<sup>6</sup> *Selb*, Studi Sanfilippo, Bd. 5, S. 729 f., 759, Studi Biscardi, Bd. 3, S. 318 ff., 348.

<sup>7</sup> Gai 2.253; s. u. S. 59 ff.

<sup>8</sup> Gai 3.84, 4.38; s. u. S. 56 ff.

An der in Bezug genommenen Stelle im vierten Buch<sup>9</sup> beschreibt er die zum Einsatz kommende Formeltechnik ausführlich, ohne die Klagen jetzt freilich noch zweckdienlich zu nennen:<sup>10</sup>

Gai 4.34–35

Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, uelut cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petit, ficto se herede agit. cum enim praetorio iure is, non legitimo, succedat in locum defuncti, non habet directas actiones et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse neque id, quod ei debebatur, potest intendere dari sibi oportere; itaque ficto se herede intendit, uelut hoc modo: IVDEX ESTO. SI AVLVS AGERIVS, id est si ipse actor, LVCIO TITIO HERES ESSET, TVM SI FVNDVM, DE QVO AGITVR, EX IVRE QVIRITIVM EIVS ESSE OPORTERET; et si illi debeatur pecunia, praeposita simili fictione heredis ita subicitur: TVM SI NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO SESTERTIVM X MILIA DARE OPORTERET. (35) Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit. sed interdum et alio modo agere solet. nam ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset uel illi dari oporteret, eo nomine aduersarius huic condemnetur. quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum uenditionem introduxisse dicitur, comparata est. superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Seruiana uocatur.

Es gibt auch Fiktionen anderer Art in manchen Formeln, wie zum Beispiel, wenn der derjenige, der aufgrund des Edikts den Nachlassbesitz fordert, mit der Fiktion klagt, er sei Erbe. Da er nämlich nach prätorischem und nicht nach Gesetzesrecht an die Stelle des Verstorbenen tritt, hat er keine direkten Klagen und kann nicht geltend machen, dass ihm gehöre, was dem Verstorbenen gehörte, und dass ihm geschuldet werde, was diesem geschuldet wurde; daher klagt er mit der Fiktion, Erbe zu sein, zum Beispiel so: „Jemand soll Richter sein. Stellt sich heraus, dass das Grundstück, um das gestritten wird, angenommen, Aulus Agerius (also der Kläger selbst) wäre der Erbe von Lucius Titius, ihm nach dem Recht der Quiriten gehören müsste“; und wenn jenem Geld geschuldet wurde, wird mit einer ähnlichen Fiktion, er wäre Erbe so fortgefahren: „stellt sich heraus, dass Numerius Negidius Aulus Agerius 10.000 Sesterzen zu leisten hätte“. (35) Ähnlich klagt auch der Vermögenskäufer mit der Fiktion, er sei Erbe. Aber er klagt zuweilen auch auf andere Weise. Denn er verwendet den Antrag von der Person desjenigen, dessen Vermögen er gekauft hat, und stellt die Verurteilungsformel auf seine Person um, also so, dass der Gegner wegen dessen, was jenem gehörte oder geleistet werden musste, ihm verurteilt wird. Diese Art der Klage heißt rutilianische Klage, weil sie von dem Prätor Publius Rutilius, von dem man behauptet, er habe den Vermögenskauf eingeführt, geschaffen wurde.

<sup>9</sup> Hierzu unlängst *Platschek*, Gai 4,35/36: Kein Beleg für eine actio Serviana des Vermögenskäufers, SZ 128 (2011) 366 ff.

<sup>10</sup> Vgl. auch UE 28.12: *Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, ficticiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.* („Diejenigen, denen durch das Edikt über die Rechtsnachfolge der Nachlassbesitz gewährt wird, sind zwar nicht Erben, treten aber kraft des vom Prätor verliehenen Privilegs an die Stelle des Erben. Daher bedarf es, wenn sie selbst klagen oder gegen sie geklagt wird, fiktizischer Klagen, bei denen fingiert wird, dass sie Erben seien.“)