

DIE UNGERECHTFERTIGTE BEREICHERUNG IN DOGMENGESCHICHTLICHER SICHT

von
Prof. Dr. R. Feenstra (Leyden)

Für die Wahl eines so umfassenden Themas wie die ungerechtfertigte Bereicherung in dogmengeschichtlicher Sicht ist wohl vor allen Dingen eine Rechtfertigung am Platz, eine Rechtfertigung welche zugleich die Beschränkungen erkennen lässt die ich mir auferlegen werde¹. Es wird vielleicht meinen Hörern bekannt sein dass seit mehr als zwanzig Jahren in den Niederlanden die Redaktion eines neuen bürgerlichen Gesetzbuches vorbereitet wird. Das neue Gesetzbuch wird neun Bücher enthalten. Das erste Buch (Personen- und Familienrecht) ist am 1. Januar 1970 in Kraft getreten. Die übrigen Bücher sind entweder noch nicht fertig oder noch nicht eingeführt worden, so dass in den betreffenden Materien vorläufig noch das heutige «Burgerlijk Wetboek» (B. W.) gilt, das aus dem Jahre 1838 stammt und zum grössten Teil nach dem Muster des französischen Code civil verfasst worden ist. Zwar finden sich im heutigen B. W. eine Reihe von grundsätzlichen Ab-

¹ Die hier abgedruckten Ausführungen enthalten die fast unveränderte Fassung eines Vortrages den ich im April 1968 an der Universität Ankara (sowie auch zu anderen Zeiten an einigen deutschen, österreichischen und schweizerischen Universitäten) halten durfte. Die geplante Ausarbeitung des Vortrags zu einer dokumentierten Abhandlung hat leider noch nicht erfolgen können; nur meine Auffassung über den Standpunkt von Hugo Grotius und seine Quellen habe ich inzwischen in zwei kleineren Aufsätzen näher zu begründen versucht: *De betekenis van De Groot en Huber voor de ontwikkeling van een algemene actie uit onrechtvaardigde verrijking* (in «Uit het recht», Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan Mr. P. J. Verdam, Deventer 1971, p. 137-159) und *L'influence de la scolastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause* *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Incontro di studio, Firenze, 16-19 Ottobre 1972); wird demnächst erscheinen).

weichungen vom Code civil, wie z.B. das Traditionsprinzip beim Eigentumsübergang, doch was das Thema der ungerechtfertigten Bereicherung anbelangt, ist ein Unterschied vom Code civil kaum festzustellen. Es gibt nur einige Sonderbestimmungen welche aus dem Gedanken der ungerechtfertigten Bereicherung erklärt werden können, ein allgemeiner Paragraph wie etwa § 62 des schweizerischen Obligationenrechts oder § 812 BGB fehlt jedoch im niederländischen B. W. wie im französischen Code civil. Nun will in dieser Hinsicht der Entwurf des sechsten Buches des neuen niederländischen bürgerlichen Gesetzbuches, das den allgemeinen Teil des Obligationenrechts enthält, eine grundsätzliche Neuerung bringen: nachdem im ersten Paragraph festgestellt worden ist dass eine Obligation auch aus anderen Gründen als Kontrakt und Delikt entstehen kann, wird im vierten Titel unter diesen «anderen Entstehungsgründen» neben der Geschäftsführung ohne Auftrag und der nichtgeschuldeten Leistung auch die ungerechtfertigte Bereicherung aufgeführt. Nur ein Paragraph ist diesem Entstehungsgrund gewidmet, dessen erster und wichtigster Absatz in deutscher Übersetzung² lautet :

Wer in ungerechtfertigter Weise auf Kosten eines anderen bereichert worden ist, ist dazu verpflichtet, insofern es billig ist, dessen Schaden bis zur Höhe seiner Bereicherung zu ersetzen.

Im Motivenbericht werden u.A. folgende Gründe für die Aufnahme dieses allgemeinen Grundsatzes angeführt :

- 1°) mehrere Autoren nehmen schon für das geltende Recht das Bestehen eines solchen Prinzips an, obgleich es nicht im B. W. formuliert wird. Sie berufen sich auf die schon erwähnte Sonderbestimmungen welche als Anwendung des Bereicherungsprinzips gedeutet werden können und auf die Rechtsgeschichte (auf letzteres Argument komme ich gleich zurück). In Frankreich und Belgien ist das Bestehen des Grundsatzes trotz Fehlen einer allgemeinen Bestimmung im Gesetz von den Gerichten angenommen worden. Zwar hat noch 1959 der höchste niederländische Gerichtshof, der «Hoge Raad» (eine Art «Cour de cassa-

² Für eine englische Übersetzung siehe Unofficial Translation of Book 6 of the Draft of a New Netherlands Civil Code (in Nederlands Tijdschrift voor international recht — The Netherlands International Law Review 17 (1970), p. 225-274), s. 266.

tion») in einer Entscheidung über einen Fall von Bauen auf fremden Boden diese Auffassung abgelehnt, aber um so mehr würde sich nach diesen Autoren die Aufnahme eines allgemeinen Grundsatzes empfehlen.

- 2°) Professor Meijers, der bis zu seinem Tode im Jahre 1954 allein mit der Abfassung des Entwurfs beauftragt war, hat diesen Punkt mit einer ganzen Reihe von anderen Punkten in der Form einer Frage dem Parlament unterbreitet und das Parlament hat sich dann für die Aufnahme des Grundsatzes ausgesprochen.
- 3°) Es wäre unmöglich, alle konkrete Anwendungen des Grundsatzes in Sonderbestimmungen zu regeln.
- 4°) Die neueren Gesetzbücher enthalten auch eine allgemeine Bestimmung (zitiert werden u.A. das deutsche BGB, das schweizerische Obligationenrecht, der italienische Codice civile).

Sie werden verstehen dass dieser Entwurf und sein Motivenbericht eine lebhafte Diskussion erregt haben. Seit etwa zehn Jahren sind sie jetzt veröffentlicht und bald wird das Parlament den Entwurf behandeln. Natürlich wird dabei das rechtshistorische Argument kaum eine Rolle spielen, doch gibt die Diskussion dem niederländischen Rechtshistoriker einen schönen Anlass, das Problem noch einmal wissenschaftlich zu untersuchen und sogar für Ausländer in einem Vortrag zu erörtern.

Selbstverständlich wird man dabei letzten Endes auf das niederländische Privatrecht des 17. und 18. Jahrhunderts einzugehen haben, doch wird man das nicht tun können wenn man nicht zuerst die allgemeine Dogmengeschichte des europäischen Privatrechts beachtet hat.

Es ist auf diesem Gebiet schon verhältnismässig viel Vorarbeit geleistet werden. Es gibt sogar verschiedene Monografien in niederländischer³ und südafrikanischer⁴ Sprache die auch einiges über

³ M. H. Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, Dissertation Amsterdam 1927; von einem gleichnamigen niederländisch geschriebenen Aufsatz desselben Verfassers erschien eine französische Version: *L'enrichissement sans cause* (in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, 4 (1948), s. 56-87).

⁴ Siehe vor allem W. de Vos, *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg*, 2. Auflage, Kaapstad-Wynberg-Johannesburg 1971 (1. Auflage 1958); vgl. auch D. H. van Zyl, *Die saakwaarnemingsaksie as verrykingsaksie in die Suid-Afrikaanse reg*, Dissertation Leiden 1970 (mit englischer Zusammenfassung).

die ausserniederländische Entwicklung bieten, die aber aus sprachlichen Gründen den Ausländern schwer zugänglich sind. Immerhin ist in allgemein rechtshistorischer und rechtsvergleichender Hinsicht die glänzende Darstellung von John P. Dawson aus dem Jahre 1951 nach wie vor grundlegend⁵. Vor acht Jahren ist dann eine interessante Untersuchung von Berthold Kupisch erschienen unter dem Titel: «Die Versionsklage, Ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch»⁶; diese Untersuchung bietet wichtiges Vergleichungsmaterial zur niederländischen Entwicklung.

Das Leitmotiv unserer Erörterungen bildet die Frage wo zuerst die ungerechtfertigte Bereicherung im allgemeinen als Entstehungsgrund einer Obligation erfasst worden ist. Diese Frage muss allerdings näher präzisiert werden. Der Satz dass sich niemand mit dem Schaden eines anderen bereichern dürfe findet sich schon im römischen Recht in zwei Stellen der Digesten, deren bekannteste⁷ diejenige des Pomponius aus dem Titel De regulis iuris, ist, D. 50, 17, 206: *Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem.* («Nach dem Naturrecht ist es billig, dass niemand sich auf Kosten eines andern bereichert»). Dieser Satz ist jedoch nicht anderes als die Formulierung eines allgemeinen Prinzips ausgleichender Gerechtigkeit; er ist von den römischen Juristen nicht als Entstehungsgrund von Obligationen ausgearbeitet worden. Dafür ist eine nähere Konkretisierung als

⁵ J. P. Dawson, *Unjust Enrichment, A Comparative Analysis*, Boston 1951.

Für weitere Literatur, ausser den in der nächsten Anmerkung zu erwähnenden Arbeiten, siehe G. Astuti, *Arricchimento (azione di)*, *Premessa storica* (in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano 1958, s. 52-64), s. 63-64; man füge u. a. hinzu C. Burzio, *Il campo di applicazione dell'actio de in rem verso nel diritto civile italiano* (in *Giurisprudenza italiana*, 49 (1897), IV, Sp. 110-139), Sp. 111-125 [vgl. auch die Forsetzung 'Nuove note sul campo etc.' (ibidem 51 (1899), IV, Sp. 305-318)] und den unten Anm. 17 en erwähnenden Aufsatz von H. Coing.

⁶ [= Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Neue Folge, 17], Heidelberg 1965. Vgl. auch A. Brandi, *Bereicherung aus fremdem Vertrag (Der Verzicht des BGB auf die Aufnahme der Versionsklage)*, Dissertation Münster 1966, und R. Schmitt, *Die Subsidiarität der Bereicherungsansprüche* [= Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, 54], Bielefeld 1969.

⁷ Die andere Stelle ist D. 12, 6, 14 (auch von Pomponius, aber aus einem anderen Werk): '*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem*'.

Rechtsregel nötig, wie man sie jetzt etwa im schweizerischen OR, im deutschen BGB und im italienischen Codice civile antrifft und wie sie jetzt vom niederländischen Gesetzgeber erwogen wird. Von Caemmerer hat in seinem grundlegenden Aufsatz in der Rabel-Festschrift⁸ den Vergleich mit der Generalklausel des Deliktsrechtes gezogen, nach welcher die widerrechtliche schuldhaftige Schädigung eines anderen zum Schadensersatz verpflichtet (vgl. z.B. Code civil, Art. 1382, der u.a. auch im heutigen niederländischen B.W. kopiert worden ist; vgl. auch OR § 41); er führt dann weiter aus, dass, wie diese Generalklausel des Deliktsrechtes, auch diejenige des Bereicherungsrechtes der näheren Herausarbeitung bedarf. Das ist ihm sicher zuzugeben, doch möchte ich im Rahmen meines Themas besonders betonen dass für die Generalklausel des Deliktsrechtes in rechtsgeschichtlicher Hinsicht die Sache anders liegt als bei derjenigen des Bereicherungsrechtes. Zwar haben die Römer im Deliktsrecht nicht eine Generalklausel wie diejenige des Code civil formuliert, doch wird das Delikt schon in der Systematik des Gaius als Entstehungsgrund einer Obligation angeführt; insoweit hatten die späteren kontinentalen Juristen es leichter, die Generalklausel des Code civil vorzubereiten (bekanntlich wird Hugo Grotius meistens als geistlicher Vater dieser Klausel betrachtet). Im Bereicherungsrecht hingegen liegt es gewissermassen umgekehrt; die ungerechtfertigte Bereicherung wird weder von Gaius noch von Justinian als Entstehungsgrund einer Obligation erfasst, dafür gibt es aber in der Stelle des Pomponius eine Formulierung des Prinzips dass sich niemand mit dem Schaden eines andern bereichern dürfe. Die Frage ist hier also, wann man dieses Prinzip zu einem allgemeinen Rechtssatz umgedeutet hat und zugleich auch in systematischer Hinsicht die ungerechtfertigte Bereicherung als Entstehungsgrund einer Obligation erkannt hat. Auch hier wird sich Hugo Grotius als Kandidat für die Urheberschaft melden.

Es ergibt sich jedoch noch eine besondere Schwierigkeit in typologischer Hinsicht: man muss nach den grundlegenden Ausführungen von Walter Wilburg⁹ jedenfalls einen scharfen Unterschied zwischen der Leistungskondiktion und die Tatbestände der Bereicherung aus Verwendung fremden Rechtsguts machen. Nach Wilburg darf man sie eigentlich gar nicht mit einander verbinden.

⁸ E. von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung (in Festschrift für Ernst Rabel, I, Tübingen [1954], s. 333-401, jetzt auch in Gesammelte Schriften, I, Tübingen 1968, s. 209-278).

⁹ W. Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Graz 1934.

In den meisten modernen Rechten ist die Leistungskondiktion als eine besonders bedeutende Gruppe von Bereicherungsansprüchen gesondert erfasst worden. Im OR und im BGB ist sie zwar unter die Generalnorm gebracht (in BGB mit der bekannten Formulierung «Leistung... oder in sonstiger Weise»; im OR ist «Zuwendung» [= «Leistung»] im zweiten Absatz gesondert erwähnt worden), doch beziehen sich zahlreiche Ausarbeitungsvorschriften nur auf die Leistungskondiktion. In anderen Gesetzbüchern, wo keine Generalnorm besteht, sind entweder Leistungskondiktion und sonstige Bereicherung gesondert geregelt - so im ABGB, wo die «sonstige» Bereicherungsfälle in sehr weitem Masse von der Versionklage des § 1041 berücksichtigt werden, wie auch im italienischen Codice civile, wo allerdings neben dem «pagamento dell' indebito» das «arricchimento senza causa» nur als Grund eines subsidiären Bereicherungsanspruchs anerkannt wird - oder finden sich nur Bestimmungen über die Leistungskondiktion (in der Fassung einer *condictio indebiti*), während sonstige Bereicherungsfälle nur von der Rechtsprechung unter eine Generalnorm gebracht werden - so in Frankreich mit der action *de in rem verso* oder nur von der Wissenschaft als Anwendungen eines Grundsatzes erfasst werden - so in den Niederlanden.

Diese Heraushebung der Leistungskondiktion ist hauptsächlich dem Einfluss des römischen Rechts zuzuschreiben. Das Bestehen der römischen Kondiktionen hat der Formulierung einer Generalnorm in Wege gestanden. Einerseits haben die römischen Juristen die Kondiktionen nicht eindeutig auf einen Rechtssatz über ungerechtfertigte Bereicherung zurückgeführt; die Klassiker konnten das auch nicht, weil ja ursprünglich die *condictio* eine besondere Verfahrensart war. Zwar gibt es zahlreiche Digestenstellen die eine *condictio* mit Rücksicht auf den Bereicherungsgedanken gewähren und sind diese Stellen zum Teil vielleicht sogar in Abweichung der herrschenden Lehre als klassisch zu beanspruchen, doch hat man das Prinzip von D. 50, 17, 206 («*Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*») auch im justinianischen Recht wohl nicht als Satz des positiven Rechtes - sei es nur als Entstehungsgrund der *condictiones* - erfasst. Andererseits hat man in spät- und nachklassischer Zeit das Kondiktionenrecht so weit gefasst dass es sich sozusagen kaum lohnte, ausserhalb dieses Gebietes noch nach allgemeinen Grundsätzen zu suchen. Eine besondere Rolle hat dabei ein Text von Celsus, D. 12, 1, 32, gespielt, im Mittelalter immer als die *lex Si et me et Titium*

angedeutet: «Du hast mich und Titius um ein Darlehen gebeten. Ich habe daraufhin meinen Schuldner angewiesen, durch Stipulation das Geld das er mir schuldet, dir zu versprechen. Du hast mit ihm stipuliert in dem Glauben dass er der Schuldner des Titius sei. Bist du mir gegenüber verpflichtet?» Celsus antwortet bejahend: es ist zwar kein *negotium* zwischen dir und mir zustande gekommen - keine direkte Leistung - doch ist mein Geld an dich gelangt und ich habe deshalb eine *actio* auf Grund des *bonum et aequum*. Diese *actio* wird zwar nicht als *condictio* angedeutet, doch ist sie wenigstens im justinianischen Recht so zu verstehen, weil der Text in einem Titel der über Kondiktionen handelt steht. Man hat diese angeblich von Publius Iuventius Celsus gegebene Kondiktion späterhin als *condictio Iuventiana* angedeutet. Diese *condictio Iuventiana* ist in Mittelalter und Neuzeit immer wieder als Grund für eine sehr weite Fassung der Grenzen des kondiktionenrechts angeführt worden. Es stand ihr allerdings ein anderer Text gegenüber, wo die Schranken des Kondiktionenrechts enger gezogen werden, D. 12, 6, 33, die *lex Si in area*: Wenn ich auf deinem Grundstück ein Gebäude errichte und du dich in den Besitz dieses Gebäudes setzest, kann ich nicht kondizieren, weil zwischen uns kein *negotium contractum* war. Der Widerspruch zwischen beiden Texten hat im Mittelalter und in der Neuzeit viel Energie der Juristen verbraucht und hat ihnen an der Herausarbeitung sowohl einer festen Grenze des Kondiktionenrechts als einer Generalnorm für die «sonstige Bereicherung» gehindert.

Es gibt trotzdem schon im Mittelalter wichtige Anhaltspunkte für die Entwicklung einer Generalnorm, auch ausserhalb des Kondiktionenrechts. Das Corpus juris civilis hat eine Menge von Material beigesteuert, das von Glossatoren, Postglossatoren und späteren Juristen fruchtbar verarbeitet werden konnte. Ich möchte vier Gruppen unterscheiden:

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

Ad 1. Über das Kondiktionenrecht werde ich mich verhältnismässig kurz fassen. Man findet es in jedem Handbuch eingehend beschrieben und die vielen Kontroversen über die Grundlage der *condictio* im klassischen Recht haben für unseres Thema nur beschränkte Bedeutung. Ich darf noch einmal daran erinnern, dass die *condictio* ursprünglich im altrömischen Legisaktionenprozess eine besondere Verfahrensart war; im Formularprozess war sie eine strengrechtliche zivile *actio in personam* auf *certam pecuniam dari* oder *aliam certam rem dari*, deren *intentio* den Verpflichtungsgrund nicht nennt. Sie ereignete sich also nicht nur als Klage aus Darlehen, Litteralkontrakt und *stipulatio certi*, sondern auch als Klage aus Diebstahl und in den Tatbeständen grundloser Vorenthaltung. Diese Tatbestände haben schon die Klassiker in mehrere Typen eingeteilt, wie *indebitum solutum*, *datio ob rem*, *datio ob turpem causam*. Gegenstand der *condictio* war sowohl in klassischer als in justinianischer Zeit nicht die gegenwärtig noch vorhandene Bereicherung sondern das Empfangene. Justinian hat jedoch einerseits neben der *condictio certae rei* und *certae pecuniae* auch eine *condictio incerti* zugelassen, andererseits für die verschiedenen Tatsbestandtypen verschiedene selbständige Ansprüche geschaffen: *condictio indebiti*, *condictio ob turpem causam*, *condictio ob causam datorum*. Im klassischen Recht waren die Kondiktionstatbestände systematisch nicht als Entstehungsgrund einer Obligation erfasst worden. Justinian hat zwar die Kategorie der Obligationen *quasi ex contractu* geschaffen; diese war an sich schon eine heterogene Kategorie, worin auch ganz andere Fälle als die *condictio* eingereiht wurden. Überdies wurde dort nur die *condictio indebiti* erwähnt, ein Umstand der dafür verantwortlich ist dass z. B. jetzt noch im französischen Code civil und im niederländischen «Burgerlijk Wetboek» nur diese *condictio* vorkommt. Die Accursische Glosse hat noch bei der Interpretation einer Stelle aus dem Kondiktionenrecht einen Gedanken hervorgehoben, der überhaupt nicht im Text zu finden war, aber für die Entwicklung des Bereicherungsrechts besonder wichtig geworden ist. Ich meine die Glosse zu D. 12, 6, 49, der *lex His solis*. Der Text verneint eine *condictio* gegen einen Dritten der aus einer Zahlung von Primus an Secundus Vorteil gezogen hat. Die Glosse stellt sich die Frage ob dies anders wäre wenn Secundus inzwischen insolvent geworden wäre und antwortet bejahend (später wurde eine Beschränkung auf den Fall dass eine *causa lucrativa* vorliegt eingeschlo-

ben¹⁰). Diese Ausserung der Glosse wird von späteren mittelalterlichen Juristen diskutiert und es tritt ein rührendes Beispiel in die Rechtswissenschaft ein: ich leihe einem armen Mann Geld, er verwendet es zur Alimentation seiner Söhne, dann wird er insolvent. Die Söhne haben von mütterlicher Seite eine Erbschaft erlangt. Kann ich jetzt direkt gegen die Söhne klagen? Die späteren Autoren nehmen an dass das möglich ist.

Ad 2. Auch über die Klage auf *quanto locupletior factus est* gegen das Mündel, das ohne *auctoritas tutoris* ein Geschäft vorgenommen hat, werde ich mich kurz fassen. Angeblich beruht sie auf einem *rescriptum* des Antoninus Pius. Vielleicht war sie ursprünglich nur gegeben, wenn der Vormund selber mit dem Mündel ein Rechtsgeschäft vorgenommen hatte (wozu er dann nicht selber *auctoritas* verleihen konnte) und würde sie dann später auch für andere Fälle erteilt. Auch hierüber gibt es in der Romanistik viele Kontroversen, an die ich jetzt vorbeigehen darf¹¹. Wichtig ist nur der Anhaltspunkt den die bezüglichen *Corpus iuris*-Stellen den späteren Juristen für die Ausarbeitung eines allgemeinen Bereicherungsprinzips boten. Wir werden sehen dass besonders Grotius sich anlässlich des Mündelfalles zu einer allgemeinen Aussage verführen liess.

Ad 3. Etwas mehr soll über gewisse Anwendungen der *actio negotiorum gestorum* gesagt werden¹². Es gab hier zwei wichtige Digestenstellen.

Zuerst D. 3, 5, 48: Ein Sklave wird verkauft und nimmt eine Sache mit, die er beim Verkäufer bestohlen hat. Der Käufer, der davon nichts weiss, verkauft diese Sache und darauf wird die Sache zerstört. Eine *rei vindicatio* ist also unmöglich. Kann der Verkäufer des Sklaven vom Käufer den erzielten Preis zurückfordern? Africanus antwortet bejahend: es könne die *actio negotiorum gestorum* angewendet werden. Natürlich ist hier die Klassizität um-

¹⁰ Glosse, *Proficit* zu D. 12, 6, 49: «... sed quid si ille non est solvendo cui est solum: an in subsidium ille cui proficit convenitur? Argue quod sic [si causam lucrativam habet forte; alias non], ut supra de eo per quem factum erit, lege finali in principio [D. 2, 10, 3, 1].» Die zwischen Klammern gesetzten Worte stehen nicht in den ältesten Handschriften und sind also wohl als ein späterer Zusatz zu betrachten, siehe meinen oben Anm. 1 angeführten Aufsatz *De betekenis*, Anm. 37 auf s. 152.

¹¹ Dazu und zu der Behandlung der diesbezüglichen Texte im Mittelalter siehe zuletzt van Zyl in seiner oben Anm. 4 angeführten Dissertation.

¹² Hierzu jetzt vor allen van Zyl a. a. 0.

stritten, aber das hat für die spätere Rechtsentwicklung keine Bedeutung. Die Glossatoren und Postglossatoren haben diese Stelle extensiv interpretiert. Martinus hat gesagt: die *actio negotiorum gestorum* liege auch vor wenn die Sache nicht zerstört worden ist, wenn also die *rei vindicatio* an sich noch möglich wäre. Zwar ist er von der Accursischen Glosse nicht gefolgt worden, doch haben spätere Kommentatoren den Gedanken aufgegriffen und auch besonders den Zusammenhang mit dem Bereicherungsprinzip von D. 50, 17, 206 betont.

Die zweite Digestenstelle aus dem Titel *De negotiis gestis* ist D. 3, 5, 5, 5: Derjenige, der bewusst ein fremdes Geschäft als sein eigenes führt, also etwa an der Sache eines anderen Verbesserungen anbringt, hat - wenn der andere sich wieder in den Besitz gestellt hat - eine *actio* für die Herausgabe der Bereicherung. Es wird zwar nicht gesagt dass es eine *actio negotiorum gestorum* ist, doch konnte man das daraus folgern, dass dieser Text im Titel *De negotiis gestis* stand. Es ergab sich hier ein klarer Widerspruch zu der schon früher beim Kondiktionenrecht erwähnten *lex Si in area*, D. 12, 6, 33, wo sogar dem gutgläubigen Erbauer auf fremdem Boden eine *condictio* abgesprochen wurde weil kein *negotium contractum* vorlag. Hierüber entstand unter den Glossatoren eine berühmte *dissensio dominorum*, die man in den betreffende Sammlungen und auch in der Accursischen Glosse findet. Martinus verteidigte die Entscheidung von D. 3, 5, 5, 5 als die billigere gegenüber das *strictum ius* der *lex Si in area*. Er wollte nicht zwischen einem *mala fide* und einem *bona fide* Besitzer unterscheiden und stützte die Bereicherungsklage in diesem Fall direkt auf dem Bereicherungsprinzip von D. 12, 6, 14. Er wurde hierin von anderen und besonders der Accursischen Glosse nicht gefolgt - man sprach über die *ficta aequitas* von Martinus -, doch haben spätere Kommentatoren seine These wieder aufgegriffen, namentlich Petrus de Bellapertica und Cynus und später sogar Cujaz. Von Cujaz hat die These von Martinus dann über Dumoulin und Pothier seinen Weg zum französischen Code civil (und zum niederländischen «Burgerlijk Wetboek») gefunden, wo in einer Sonderbestimmung dem gutgläubigen Erbauer auf fremden Boden eine Klage für die Bereicherung des Eigentümers gegeben wird.

Ad 4. Die düstere Codexstelle über die *actio de in rem verso* ist C. 4, 26, 7. Bekanntlich gehört die *a.d.i.r.v.* in die Reihe der sogenannten adjektivischen Klagen, die zunächst nur wegen der Haftung des Gewalthabers für Schulden des Gewaltunterworfenen

vorgesehen waren; schon in klassischer Zeit fanden einige von ihnen aber über diesen Bereich hinaus Anwendung (wie die *actiones exercitoria* und *institoria*), doch für die *actio de in rem verso* ist eine derartige Erweiterung wahrscheinlich erst Justinian zuzuschreiben. Am Ende einer Codexstelle, die sonst meist klassische Rechtsgedanken über diese Materie zu enthalten scheint, steht folgendes :

Wenn du jedoch mit einem gewaltfreien Geschäftsführer desjenigen kontrahiert hast den du in deiner Bittschrift erwähnst und dabei die Person [des Geschäftsführers] gewählt hast (d.h. dich auf dessen Person verlassen hast), wirst du einsehen dass du gegen den Geschäftsherrn keine Klage hast, es sei denn dass das Geld zur Bereicherung dessen Vermögen verwendet worden ist oder er das Geschäft genehmigt hat.

Über die Genehmigung werden wir jetzt nicht sprechen - der Gedanke ist auch unklassisch, denn eine Art direkte Stellvertretung, wohl aber über die Ausnahme für die Bereicherung, die auch dann zu gelten scheint wenn es sich um einen unbeauftragten Geschäftsführer handelt, dessen Geschäft später nicht genehmigt worden ist. Diese Stelle hat merkwürdigerweise bei den Juristen des Mittelalters weniger Beachtung gefunden als später im *usus modernus*, als sie zur Grundlage der bekannten, noch im ABGB erhaltenen Versionsklage wurde. Die spätere Entwicklung ist jetzt von Kupisch eingehend beschrieben worden und dem habe ich wenig hinzuzufügen. Über die Glossatoren und Postglossatoren lässt sich jedoch wohl noch etwas mehr aussagen als bei Kupisch erwähnt wird und in dieser Hinsicht darf ich hier aus eigenen Untersuchungen eine kleine Ergänzung bringen¹³.

Kupisch hat zu Recht hervorgehoben dass der Glossator Roffredus als erster hier von einer *actio de in rem verso utilis* gesprochen hat. Er erwähnt jedoch nicht dass Roffredus sich hier ausdrücklich auf seinen Lehrmeister Azo beruft. Zwar verwendet Azo in seiner *Summa Codicis* nicht den Ausdruck *a.d.i.r.v. utilis*, doch hat er kein Bedenken von einer *a.d.i.r.v.* zu reden im Falle wo Primus, ohne Auftrag von Secundus, an Tertius Geld gegeben hat *contemplatione accipientis tantum* also ohne den Secundus zu erwähnen und dann später das Geld von Secundus zurückverlan-

¹³ Zum Folgenden siehe meine oben Anm. 1 angeführten Aufsätze De betekenis, Anm. 39 auf s. 153, und L'influence, Anm. 32.

gen will. Diese Lehre von Azo und Roffredus wird von Guilelmus Durantis in seinem *Speculum* ohne Quellenangabe übernommen und sie hat dadurch einen gewissen Einfluss auf die Praxis ausüben können. Dagegen schweigt die Accursische Glosse über diese *actio* ganz. Einen wichtigen dogmatischen Beitrag zum Problem hat dann aber der französische Jurist Jacques de Révigny geleistet. Er fragt sich, welche *actio* eigentlich im Falle von C. 4, 26, 7, 3 gegeben werden soll. Eine *actio de in rem verso* hält er für unmöglich, weil diese sonst nie bei gewaltfreien Zwischenpersonen zugelassen wird. Andere, sagt er, erwägen hier eine *condictio sine causa* gegründet auf der *lex Si et me et Titium*; diese Lösung verwirft er jedoch auch, denn nur bei Insolvenz der Zwischenperson wäre diese *condictio* möglich. Besser findet er eine *actio institoria* auf Grund einer fingierten Ratifikation, am liebsten würde er aber sagen - *si urgeres me* (wenn du mich drängst) - dass es hier einfach eine *condictio* gegründet auf der *aequitas* dieser Stelle selbst gebe.

Dieser Gedanke einer *aequitas* die direkt zu einer *condictio* auch ausserhalb des Rahmens der sonst bekannten Kondiktionen führt, ist ausserordentlich wichtig für die Umgestaltung des Bereicherungsprinzips zu einem Rechtssatz. Révigny hat in dieser Hinsicht wenig Einfluss auf seine direkten Nachfolger - Petrus de Bellapertica, Cynus, Bartolus - gehabt, doch hat Baldus - vielleicht auf Grund direkter Kenntnis der Revignyschen Kommentaren? - den Gedanken aufgegriffen und die Entscheidung von C. 4, 26, 7, 3 direkt auf die *aequitas* des Verbotes des *locupletior fieri aus aliena iactura* zurückgeführt. Nach Anführung einiger Stellen, worunter die berühmte *lex Si et me et Titium*, sagt er dann :

...haec est etiam aequitas generalis, quae quocumque casu representata parit actionem generalem, scilicet certi conditionem, quod est notandum.

Man könnte glauben, hier den ersten Versuch einer Konkretisierung des Bereicherungsprinzips zur Generalnorm vor sich zu haben¹⁴. Diese Feststellung nur ziemlich beiläufig gemacht, doch ist der Gedanke von einigen späteren Autoren¹⁵ aufgegriffen

¹⁴ Über mögliche kanonistische Wurzeln siehe vorläufige Andeutungen in De betekenis, Anm. 38 auf s. 152-153 und L'influence, Anm. 32.

¹⁵ Namentlich vom Paulus Castrensis, der in dieser Beziehung von einer *acti in factum* spricht, und von Iason de Mayno; siehe die von mir a.a.o. angeführten Stellen.

worden und hat er dadurch vielleicht Grotius beeinflusst. Die gemeinrechtlichen Autoren des *usus modernus* hingegen haben zwar auch die Entscheidung von C. 4, 26, 7, 3 auf das Bereicherungsprinzip der Digesten zurückgeführt, jedoch nicht über eine *actio* oder *condictio generalis* gesprochen, sondern einfach über eine *actio utilis d.i.r.v.* Es ist mir inzwischen noch nicht ganz klar ob hier ein «missing link» zwischen Roffredus und *Speculum* einerseits und den gemeinrechtlichen Autoren des *usus modernus* andererseits zu finden ist. Kupisch erwähnt als ältesten Gewährsmann Oldendorp, *Actiones forenses*, doch scheint dieser die *actio utilis d.i.r.v.* nur im Falle dass die Zwischenperson ein *famulus* ist anwenden zu wollen¹⁶, was ja beschränkter ist als wenn jede gewaltfreie Person als Zwischenperson angewendet werden kann wie bei Azo und Roffredus. Auf dieses Problem geht Kupisch nicht ein und es soll in Zukunft mal weiter untersucht werden. Wohl richtet Kupisch sich mit Recht gegen die Weise in der Wellspacher die *actio d.i.r.v.* als Mittel des Bereicherungs-ausgleiches gedeutet hat: dem gemeinen Recht sei die Geschäftsführung bei der *in rem versio* nur als eine historische Zufälligkeit erschienen und man habe es deshalb für gleichgültig gehalten ob die Version auf Grund einer Geschäftsführung oder ohne Geschäftsführung eingetreten war. Demgegenüber betont Kupisch dass entweder von *famuli*, von einer *uxor* die das Vermögen des Mannes verwaltet, von einem *administrator*, *procurator*, *institor mandatarius* oder doch einem *negotiorum gestor* die Rede ist. Erst gegen Ende des gemeinen Rechts hat sich auch die untechnische Version, der zweitgliedriger Tatbestand, zu einem Fall der *a.d.i.r.v.* entwickelt, so z.B. im ALR und ABGB.

Wir sind jedoch inzwischen in der Entwicklungsgeschichte zu weit hervorgerückt. Wir müssen noch einen Überblick über die mittelalterliche Rechtswissenschaft geben. Wir dürfen dafür einige Ausführungen von Coing¹⁷ zitieren:

«Das in D. 12.6.14 und D. 50.17.206 ausgesprochene Prinzip wird von der Glosse nicht nur als theoretische Aussage über die *aequitas* gewertet sondern als unmittelbare Grundlage bestimmter positivrechtlicher Institutionen, Einzelregelungen und Entschei-

¹⁶ Siehe De betekenis, Anm. 76 auf s. 157.

¹⁷ H. Coing, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Accursius (in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt., 80 (1963), s. 396-399), s. 398-399.

dungen [Sie erblickt] in dem Satz vom Bereicherungsverbot ein echtes Gestaltungsprinzip des positiven Rechts, das sich nicht nur in Konditionen sondern auch in anderen rechtlichen Entscheidungen und Regelungen ausprägt [Sie entwickelt] freilich nur weiter, was schon bei Justinian angelegt war. Dies zeigt sich vielleicht am deutlichsten darin, dass bei der Mehrzahl der Stellen, welche die Glossen [zu D. 12.6.14 und D. 50.17.206] als Anwendungsfälle des Bereicherungsverbots zitieren, der Satz von der Unbilligkeit der Bereicherung mehr oder weniger genau selbst zitiert ist».

Soweit Coing. Gegen seine Folgerungen ist wenig einzuwenden. Man könnte jedoch hinzufügen dass einige spätere mittelalterliche Autoren zu weiteren Ergebnissen gelangt sind. Für die Frage die wir uns gestellt haben, muss man allerdings feststellen, dass in systematischer Hinsicht von der Bereicherung als allgemeinen Entstehungsgrund einer Obligation nicht gesprochen werden kann.

Dieser Gedanke ist also wohl nicht im Mittelalter, sondern erst in der Neuzeit entstanden. Ich habe Ihnen schon angekündigt dass von mehreren niederländischen Autoren Hugo Grotius als Urheber in Anspruch genommen wird. Haben sie darin Recht? Dawson sagt dass Grotius in seinem *De jure belli ac pacis* nur über die Billigkeit der Regel des Pomponius spricht und als Anwendungsfälle nur die schon aus dem Corpus iuris und aus der mittelalterlichen Literatur bekannten Fälle nennt. Damit ist er vielleicht dem Grotius doch nicht ganz gerecht geworden¹⁸. Es ist sicher wahr dass man in *De jure belli ac pacis* fast sämtliche von mir schon erwähnte Fälle zurückfindet, doch ist es das Verdienst des Grotius dass er das Bereicherungsprinzip in einen Rechtssatz umwandelt und als einen wichtigen Entstehungsgrund von Obligationen systematisch einordnet. Eine *obligatio* kann nach Grotius u.a. *ex dominio* entstehen, und zwar entweder *e rebus exstantibus* oder *e rebus non exstantibus*. Von der obligation *e rebus non exstantibus* sagt er : *hoc humano generi placuit ut si tu ex re mea factus es locupletior, me rem non habente, in tantum tenearis in quantum es factus locupletior*. Das sieht doch vielmehr als ein Rechtssatz aus als die Bereicherungsmaxime aus dem Corpus iuris.

Auch in seiner «Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerd-

¹⁸ Zum Folgenden siehe jetzt meine oben Anm. 1 angeführten Aufsätze; für *De jure belli ac pacis* und Grotius' naturrechtliche Vorgänger siehe besonders L'influence.

heid» («Einführung in die holländische Rechtswissenschaft») hat Grotius sich zu unserem Thema geäußert. Dort hat er ebenfalls ein vom römischen Recht unabhängiges System der Entstehung der Obligationen entwickelt. Diese können entweder aus «Zusage» oder aus «Unebenheit» entstehen. Bei letzterer Kategorie unterscheidet er zwei Gruppen: «Unebenheit die einem anderen direkt nutzt» und «Unebenheit die von einem anderen verursacht worden ist». «Unebenheit die einem anderen direkt nutzt» verpflichtet zum Ersatz auf Grund des Naturrechts. Das ist unserer Bereicherungssatz, der sofort mit dem Beispiel illustriert wird dass jemand mit Speisen die einem anderen gehören ernährt worden ist¹⁹. In seinem Hand-exemplar (jetzt in Lund) wird ein weiteres Beispiel hinzugefügt das uns auch schon vertraut ist: der bosgläubige Besitzer hat eine Klage für Impensen und Verbesserungen gegen den Eigentümer. Dieses Beispiele stehen dort wo er die Einteilung macht; später kommt er ausführlicher darauf zurück in einem ganzen Titel «von Obligationen aus Nutzziehung». Das wird dann römischrechtlich mit den verschiedenen Konditionen illustriert *indebiti, promissi sine causa, sine causa dati*²⁰ und dann eine Klage für «all dasjenige was ohne Übergabe, Zahlung oder Versprechen einem aus dem Vermögen eines anderen zugeflossen ist ohne rechtlichen Grund». Das sieht sehr allgemein aus; er fügt zwar sofort den Fall der *condictio Iuventiana* hinzu, aber das geschieht deutlich nur als Beispiel.

Bleibt die Frage ob man aus der «Inleidinge», wo ungleich *De jure belli ac pacis* keine weitere Beispiele gegeben werden, nun schliessen darf dass Grotius auch solche Anwendungen hat zulassen wollen die nicht im *Corpus iuris* oder bei den Interpretatoren stehen. Hierüber besteht unter den modernen Autoren eine Kontroverse: zuerst wollte ich die Frage auch verneinend beantworten, doch glaube ich jetzt dass Grotius auch andere Anwendungen hat zulassen wollen.

Es gibt noch einen Brief an seinen Bruder Willem aus dem Jahr 1616, wo er spricht über das Gesetz des Naturrechts das nicht duldet dass jemand sich zum Nachteil eines anderen bereichert; das alte römische Recht habe sich dazu nicht *positive* verhalten, indem es etwas dagegen statuiert habe, sondern *negative*, das heisst,

¹⁹ Dieses Beispiel verrätet dass Grotius hier von den Spätscholastikern beeinflusst worden ist.

²⁰ Als Unterart der *condictio sine causa data* nennt er die *condictio ex turpi causa*.

es habe dieses Gesetz nicht gestützt und deshalb habe es früher keine *actio* gegeben. Antoninus Pius habe dann aber im Falle des *pupillus* tatsächlich eine *actio* verliehen; obwohl diese *actio* von späteren römischen Juristen meist nicht übernommen worden sei, liege hier doch ein deutlicher Anwendungsfall des naturrechtlichen Grundsatzes vor; als ein deutliches *Beispiel* der Anwendung des Grundsatzes im positiven Recht nennt er in diesem Brief auch die *lex Si et me et Titium*.

Grotius spricht hier nicht über das positive Recht seiner Zeit wie in seiner «Inleidinge», doch darf man aus den historischen Betrachtungen in seinem Brief vom Jahre 1616 auch herleiten, dass es jedenfalls in seiner eigenen Zeit für eine Anwendung des Bereicherungsgrundsatzes in neuen konkreten Fällen keine Hindernisse mehr gab.

So ist Grotius auch von einigen niederländischen Autoren aus dem 17. und 18. Jahrhundert verstanden worden.

Der grosse friesische Jurist Ulricus Huber bemerkt in seinen *Praelectiones* zum Titel *De in rem verso* der Digesten, dass zwar nach einigen neueren Schriftsteller (er zitiert Bechmann, Schultz und Hahn) *hodiernis moribus* die *actio de in rem verso* auch auf Fälle einer gewaltfreien Zwischenperson ausgedehnt wird, dass es jedoch zu bevorzugen sei, in derartigen Fällen einfach *ex aequitate* eine subsidiäre *actio* gegen den Bevorteilten zu geben; er beruft sich dafür auf die *lex Si et me et Titium* sowie auf Grotius, «Inleidinge» und dessen Begriff «Obligation aus Nutzziehung»; immerhin beschränkt er eine derartige subsidiäre Klage ausdrücklich auf Fälle in denen die Zwischenperson insolvent ist²¹.

Wichtig sind auch einige Fälle aus der Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofs der Provinz Holland, welche uns berichtet werden von von Bynkershoek und seinem Schwiegersohn Pauw in ihren *Observationes Tumultuariarum*²². Man darf daraus schliessen dass eine *actio ex sola aequitate* wenigstens als subsidiäre *actio* in der Praxis des römisch-holländischen Rechts des 18. Jahrhunderts

²¹ Zu dieser Stelle aus Hubers *Praelectiones* sowie zu ähnlichen Bemerkungen in seinen *Eunomia romana und De jure civitatis* siehe meinen oben Anm. 1 angeführten Aufsatz *De betekenis*, s. 146 ff.

²² Dazu besonders J. E. Scholtens, *The General Enrichment Action That Was* (in *The South African Law Journal*, 83 (1966), s. 391-402; vgl. mein *De betekenis*, Anm. 1 und 2 auf s. 149.

Anwendung fand. Einmal begegnet man sogar dem Ausdruck *actio de in rem verso seu condictio ex aequo et bono*.

Der Absatz aus Grotius, Inleidinge hat seine Wirkung ausgeübt und es ist also wohl nicht nur graue Theorie wenn der erste nationale Entwurf eines niederländischen bürgerlichen Gesetzbuches (der sogenannte Entwurf-Kemper, in ihren beiden Fassungen aus 1816 und 1820), der sich oft auf altniederländisches Recht bezog aber zum Teil gerade deshalb vom Parlament zurückgewiesen wurde, einen sehr weitgefassten Bereicherungssatz enthielt: nachdem, genau wie bei Grotius, besondere Fälle der Bereicherung in einzelnen Paragraphen behandelt worden sind, heisst es:

Zuletzt kann im allgemeinen all dasjenige zurückgefordert werden was einem ohne rechtlichen Grund zugefallen ist.

Wäre dies zum Gesetz erhoben worden, so hätten die Niederlande in den zwanziger Jahren des 19. Jahrhunderts auf dem Gebiet der ungerechtfertigten Bereicherung die damals meist avanzierte Stellung unter den Ländern mit Kodifikationen eingenommen, denn die Bestimmungen aus dem Entwurf-Kemper gehen bestimmt weiter als diejenige des ABGB²³. Das Schicksal hat es jedoch, wie gesagt, anders gewollt: wir haben die Bestimmungen des Code civil über «quasi-contrats» übernommen und nicht einmal in der Rechtsprechung eine «*action de in rem verso*» entwickelt wie es seit 1892 die Franzosen getan haben. In historischer Sicht würde es das Wiederaufnehmen einer abgebrochenen Entwicklung bedeuten wenn wir jetzt den Bereicherungsparagraphen aus dem neuen Entwurf vom Jahre 1961 zum Gesetz erheben.

²³ Auch für die holländische Rechtsprechung des 18. Jahrhunderts darf vielleicht eine Primeur beansprucht werden: nach H. Coing, Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte für die Rechtsvergleichung (in Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 32 (1968), s. 1-23), s. 16-18, hat man im 18. Jahrhundert in Frankreich und Deutschland nur «eine allgemeine Bereicherungsklage mit wenig scharfen Konturen» gekannt, die ihre Grundlagen einerseits in der *actio de in rem verso utilis* und andererseits in der *actio negotiorum gestorum utilis* hatte. Abwegig erscheint die Auffassung von Schmitt, in seiner oben Anm. 6 angeführten Arbeit, s. 32 und 38, dass eine allgemeine und subsidiäre Bereicherungsklage (unter dem Namen *actio in factum*) zum ersten Mal im Jahre 1833 von W. Sell verteidigt sein würde.