

ZEITSCHRIFT
DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR
RECHTSGESCHICHTE

137. B A N D

HERAUSGEGEBEN VON
U. BABUSIAUX, W. KAISER, M. SCHERMAIER,
H.-P. HAFERKAMP, P. OESTMANN, J. RÜCKERT,
H. DE WALL, M. SCHMOECKEL, A. THIER

ROMANISTISCHE ABTEILUNG



2020

DE GRUYTER BERLIN

mangelnde Vertrautheit mit der Materie verraten²⁷⁾, inkorrekte lateinische Texte, Ausdrücke²⁸⁾ und irreführende Übersetzungen²⁹⁾. Schmerzlich vermisst man ein Lektorat!

Wien

Richard Gamauf^{*)}

Oliver Unger, *Actio Funeraria*. Prinzip und Fall der verbotswidrigen Geschäftsführung ohne Auftrag. Mohr Siebeck, Tübingen 2018. 259 S., ISBN 978-3-16-155356-1

Der Titel der von Reinhard Zimmermann betreuten Dissertation wirkt aufs erste etwas verwirrend: Die römische Begräbnisklage, über die wir vor allem über den Digestentitel 11,7 informiert sind, ist ja nicht schlechthin mit einer verbotswidrigen Geschäftsführung ohne Auftrag gleichzusetzen und auch, was unter Prinzip und Fall zu verstehen ist, erschließt sich nicht ohne weiteres. Tatsächlich verfolgt die Monographie drei zu unterscheidende Fragestellungen. Zunächst bildet im ersten Kapitel (5–64) die Kodifikationsgeschichte des § 679 BGB den Ausgangspunkt. Hier geht es also wirklich um die Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn, bei der aber das Verbot des Geschäftsherrn nach BGB dann unbeachtlich ist, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung in öffentlichem Interesse liegt, nicht rechtzeitig erfüllt werden würde. Die Verknüpfung mit der *actio funeraria* besteht darin, dass kodifikationsgeschichtlich die ausnahmsweise Irrelevanz des Verbots des Geschäftsherrn vor allem aus der bei Ulpian (25 ed.) D. 11,7,14,13 erörterten Vornahme einer Bestattung gegen den Willen des Erben abgeleitet wurde. Unter „Prinzip“ verstanden die Redaktoren dabei die Herleitung dieser Norm, unter „Fall“ aber die Normanwendung, d. h. die rechtliche Subsumtion der entgegen eines Verbots des Erben erfolgten Bestattung im geltenden Recht. Prinzip und Fall beziehen sich aber auch nicht auf die verbotswidrige Geschäftsführung

²⁷⁾ Irreführend ist die Formulierung „Abschaffung der römischen Sklaverei“ (S. 31). „[W]ollte sich der Ehemann [...] von ihr scheiden lassen“ (S. 105) könnte (auf den Sachverhalt einer *controversia* gemünzt) noch ein *lapsus linguae* sein, die Spekulation über „eine Einrede gegen die Scheidungsklage“ (S. 108) lässt sich so nicht erklären.

²⁸⁾ „*Satoricon*“ (S. 12); „*Latini Iumiana*“ (S. 61); „*epistulae ad Atticus*“ (S. 95); „*ius anolorum*“ (S. 115). Von den Seiten 148–152 ist keine ohne derartige Fehler. Bei Wiedergabe von Diocl./Maximian. C. 6,3,12 (a. 293) fehlt gerade die thematisch zentrale Passage *ad serviendi necessitatem redigi possunt* (S. 148).

²⁹⁾ Als Vorlage für die Übersetzung von D. 38,1,41 (Pap. 5 resp.) auf S. 85 Fn. 256 soll die Ausgabe von A. Watson (Hg.), *The Digest of Justinian* 3, Philadelphia 1985, 326 gedient haben, gleichwohl diese wortwörtlich der sinngemäß anderen in K.E. Otto/B. Schilling/K.F.F. Sintenis (Hgg.), *Das Corpus Iuris Civilis (Romani)*, 3, Leipzig 1831, ND 1984, 920f. entspricht. Keine erkennbare Beziehung besteht zwischen dem lat. Text auf S. 87 und seiner „Übersetzung“ in Fn. 261. Verunglückt sind weiters z. B. *ingrati sit actio* „Die Klage liegt in der Undankbarkeit“ (S. 109 Fn. 337); *Impp. Honorius et Theodosius AA. ad senatum* „Der heilige Theodosius zum Senat“ (*inscriptio* von C. 6,7,3; S. 149 Fn. 483); *bene meritis* „wohlwollender und sanfter“ (S. 151).

^{*)} richard.gamauf@univie.ac.at, Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte, A-1010 Wien, Austria

schlechthin, sondern auf die Ausnahmen, in denen das Verbot des Geschäftsherrn unbeachtlich ist. Der Erörterung des konkreten „Falls“ der auftragslosen Vornahme des Begräbnisses und damit des bestattungsrechtlichen Anwendungsbereichs des § 679 ist das dritte Kapitel (169–226) gewidmet, in dem der Autor bestattungsrechtliche Fallgestaltungen in der Gegenwart untersucht (169ff.) und schließlich Möglichkeit und Grenzen der privatrechtlichen Durchsetzung der öffentlich-rechtlichen Bestattungspflicht thematisiert (198ff.).

Der römischrechtlichen *actio funeraria*, die im Haupttitel angeführt ist, wird im ausführlichen zweiten Kapitel nachgegangen, wobei hier zunächst auf den sozial-historischen Hintergrund des Bestattungswesens im antiken Rom eingegangen wird (66ff.) und dann die normative Struktur der *actio funeraria* analysiert wird (104–168).

Der Dogmengeschichte der verbotswidrigen GoA wird zunächst schlaglichtartig nachgegangen: Ohne auf die Kontroverse im klassischen römischen Recht näher einzugehen¹⁾, bildet für Unger Justinians Reformkonstitution (C. 2,18,24 vom 12. November 530), in der Ansprüchen des Geschäftsherrn aus *negotiorum gestio* bei einem Handeln *nolente et specialiter prohibente domino* eine klare Absage erteilt wird, den Ausgangspunkt. Ausweislich des Kontroversenberichts der Hugolinus-Sammlung (ca. 1216) haben sich dieser ablehnenden Haltung die Glossatoren Placentinus, Odericus, Bulgarus und Johannes Bassianus angeschlossen, andere wie Martinus aber *ex aequitate* eine *actio utilis* befürwortet. Unter den für diese abweichende Meinung allegierten Stellen befindet sich auch bereits D. 11,7,14,13, wobei Martinus hervorhebt, dass dies *speciali favore funeraticiae* entschieden worden sei, also mit besonderer Rücksicht auf die wünschenswerte Bestattung (9–11). Mit Samuel Stryk ist der nächste von Unger ins Visier genommene Autor fast fünf Jahrhunderte später angesiedelt: In seiner Schrift *De cautelis contractuum* aus 1684 führt Stryk aus, dass ein Verbot des Geschäftsherrn wirkungslos sei, wenn die Ausgaben des Geschäftsführers aufgrund der *publica utilitas* erwünscht seien. Auch hier wird wieder die Zuerkennung der *actio funeraria* trotz Verbots der Bestattung durch den Erben als Beispielfall angeführt, zugleich aber von Stryk abstrahierend auf das öffentliche Interesse bzw. das Gemeinwohl (*salus publica*) abgestellt (13f.). Noch weiter geht dann Christian Friedrich Glück, wenn dieser ein Verbot schon dann für unzulässig hält, wenn der Geschäftsführer eine den Geschäftsherrn „nach den Gesetzen“ treffende Verpflichtung erfüllte. Entgegen Unger, der meint, dass für Glück die Dringlichkeit der Geschäftsführung keine Rolle spiele (16), setzt dieser in den Beispielfällen sehr wohl voraus aus, dass der eigentlich Verpflichtete durch seine Säumigkeit eine Gefahr bewirkt bzw. die ihn treffende Verpflichtung nicht rechtzeitig erfüllt. Während Luig für die Historische Schule und Pandektenwissenschaft als „Tendenz“ festgestellt hat, „keinerlei Ausnahme zu C. 2.18.24 zuzulassen oder allenfalls die *Actio funeraria* von D. 11,7,14,13 als einzige Ausnahme anzusehen“²⁾, zeigt Unger, dass zumindest bei Puchta und Windscheid auch bereits weniger strenge Ansätze auszu-

¹⁾ Dazu findet sich erst S. 153 in Fn. 713 ein Hinweis unter Verweis auf weitere Literatur, aber ohne ausführlichere eigene Stellungnahme.

²⁾ K. Luig, Historische Beobachtungen zur Frage der Unbeachtlichkeit des entgegenstehenden Willens des Geschäftsherrn nach § 679 BGB bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, in: E. Bucher/C.-W. Canaris/H. Honsell/Th. Koller (Hgg.) Festschrift für W. Wiegand, Bern 2005, 1015–1042, 1035.

machen sind (19f.), sodass die in der Judikatur des späten 19. Jahrhunderts anzutreffende Anerkennung eines auf Billigkeit beruhenden Anspruchs des Geschäftsherrn bei Bestehen einer gesetzlichen Verpflichtung des das Verbot aussprechenden Geschäftsherrn auch nicht so sehr als „Wendepunkt“³⁾ erscheinen muss.

Der entscheidende Anstoß zur späteren Regelung des § 679 BGB ist dem Vorentwurf Franz Philipp von Kübels zu verdanken, der auch bei einem Handeln entgegen eines Verbots die Ansprüche aus GoA aufrecht hält, wenn „die Geschäftsführung in der durch ein öffentliches Interesse gebotenen Erfüllung einer rechtlichen Verbindlichkeit des Geschäftsherrn oder in der Gewährung von Unterhalt an Personen, welche der Geschäftsherr zu unterhalten verpflichtet war“ bestand. In seinen Ausführungen dazu erklärt von Kübel, dass die Begünstigung bei der Haftung (keine Zufallshaftung trotz Verbots) „in Ausdehnung des Prinzips der *actio funeraria*“⁴⁾ vorgesehen sei, wobei Unger als maßgebliche Quelle für die Verknüpfung zwischen *actio funeraria* und dem abstrakten Kriterium des öffentlichen Interesses bei Kübel die GoA-Monographie August Sturms⁵⁾ vermutet (50–53), der seinerseits wiederum als Beleg für die „Ausdehnung des Prinzips der *actio funeraria*“ auf § 1213 des Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuchs von 1855 verwies (53f.). Das spezifische Abstellen auf das „öffentliche Interesse“ (und nicht wie bei Glück auf jegliche rechtliche Verpflichtung) geht nach Ungers Recherchen auf Karl Wilhelm Ernst Heimbach zurück, der „die verschiedenen Entwicklungsstränge des heutigen § 679 zum ersten Mal wirklich“ zusammengeführt habe (60), wobei auch für diesen der Bestattungsfall insofern zentral war, als nur hier „klar ausgesprochen“⁶⁾ sei, dass Aufwandsersatz trotz Verbots gewährt werde. Heimbach war es auch, der die Eigentümlichkeit der *actio funeraria* als im öffentlichen Interesse an der Bestattung begründet sah.

Der historische Rekurs auf die *actio funeraria* (besser gesagt: D. 11,7,14,13) hatte nach Unger für den Teilentwurf von Kübels insofern eine spezifische Bedeutung, als er „seinem Normvorschlag argumentative Legitimation“ verlieh und „ihn als historisch gewachsen und folgerichtig erscheinen“ ließ (26). Zurecht hebt Unger hervor, dass die von Kübel entworfene Regelung in ihrer Abstrahierung „ein gemeinschaftsbezogenes und in diesem Sinn soziales Prinzip“ (26) verwirklichte.

Auch in den „Motiven“ zum Ersten Entwurf wird der Fall der „Bestreitung der dem Geschäftsherrn obliegenden Beerdigungskosten“ als Anwendungsfall der nun in § 755 des Ersten Entwurfs geregelten Ausnahmen des Verbots der GoA erwähnt, wie dann auch die Zweite Kommission davon ausging, dass dieser Fall darunter zu subsumieren sei (46). Als Fazit der kodifikationsgeschichtlichen Detailanalyse formuliert Unger, dass „grundsätzlicher Konsens über die Notwendigkeit einer Vorschrift“ bestand, „die es ausnahmsweise zugunsten des Geschäftsführers beim gewöhnlichen Haftungsmaßstab belässt und ihm den Anspruch auf Ersatz der getätigten Aufwendungen aufrechterhält“ (47). Immerhin griff man aber die vom Hamburger Rechts-

³⁾ So aber Luig, Festschrift Wiegand (Fn. 2) 1038.

⁴⁾ W. Schubert (Hg.), Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse 2, Berlin 1980, 948.

⁵⁾ A. Sturm, Das negotium utiliter gestum, Ein Beitrag zur Beseitigung der Construction der Rechtsinstitute aus Fiktionen, Weimar 1878, 151.

⁶⁾ K. W. E. Heimbach, Erörterungen aus dem gemeinen und sächsischen Civilrechte und Civilprozesse, Jena 1849, 53.

anwalt Isaac Wolffson vorgeschlagene Präzisierung (39f.) auf, dass es darauf ankommt, dass die Erfüllung der im öffentlichen Interesse stehenden Verpflichtung „nicht rechtzeitig“ erfolgt wäre (anstelle von „nicht ordnungsgemäß erfüllt“ in § 755 des Ersten Entwurfs).

Zum besseren Verständnis der von Labeo befürworteten Stattgabe der *actio funeraria* auch bei Verbot des Erben geht Unger am Beginn des zweiten Kapitels (66–103) auf den sozialhistorischen Kontext des Bestattungswesens im antiken Rom ein. Plastisch schildert er (unter Einbeziehung rezenter archäologischer Befunde) das Schicksal des Leichnams zwischen aufwändiger Bestattung (in der gehobenen Schicht) und bloßer „Entsorgung“ (bei den ‚Urban Poor‘). Aufschlussreich ist die sprachliche Differenzierung bei Isidor von Sevilla (Etymologiae XI,2,33–35), der zwischen dem ordnungsgemäß bestatteten Leichnam (*funus*) und dem unbestatteten *cadaver* unterscheidet (72). Der vorsichtige Hausvater sorgt daher schon zu Lebzeiten vor, erwirbt ein Begräbnisareal und errichtet Grabmonumente (88): Wer weiß, ob sich die Angehörigen und Freunde und vor allem die Erben, zu deren *officium* dies an sich gehören würde, ausreichend darum kümmern werden⁷⁾? Besondere Bedeutung hatten daher auch die Sterbevereine (*collegia funeraticia*, dazu S. 90–95). Aufbauend auf Nörr⁸⁾ geht Unger (97ff.) auch der *lex libitina Puteolana* nach, welche das städtische Bestattungswesen lokal regulierte und unter anderem eine Verpflichtung des Bestattungsunternehmens zur Leichenentsorgung für Selbstmörder und Hingerichtete enthielt, aus der manche mittels Größenschlusses auf eine allgemeine Pflicht zur Entsorgung unbestatteter Leichen schließen (99).

Rechtsfragen der römischen Begräbnisklage sind dann die S. 104–168 gewidmet. Die Klageformel der *actio funeraria* wird nach dem Vorschlag Otto Lenels wiedergegeben (106), der diese in Anlehnung an die *actio iniuriarum* rekonstruiert hat. Im Kondemnationsteil wird dabei bloß auf die Billigkeit abgestellt (*quantae pecuniae aequum iudici videbitur*). Hier wäre doch die rezenter Formelrekonstruktion Mantovanis⁹⁾ anzuführen gewesen, der mit plausiblen Argumenten die These vertritt, dass die Formel auf *quantum bonum et aequum* gelautet haben dürfte¹⁰⁾. Nicht ganz überzeugend ist es, wenn Unger meint, dass bei der *actio funeraria* (anders als bei den *bonae fidei iudicia* im engeren Sinn) lediglich die Höhe des Anspruchs, nicht aber die Statthaftigkeit als solche dem richterlichen Ermessen unterstanden sei (107). Gerade die zahlreichen Bezugnahmen auf die *aequitas iudicis* zeigen, dass dieser nicht nur über den Leistungsumfang, sondern sehr wohl auch über das ‚Ob‘ der Haftung nach Billigkeit entschied¹¹⁾. Wohl zu Recht zurückhaltend ist Unger hinsichtlich des manchmal

⁷⁾ Vgl. nur Plinius, Epistulae VI,10,5 (dazu Unger S. 87): *Tam rara in amicitiiis fides, tam parata oblivio mortuorum, ut ipsi nobis debeamus etiam conditoria exstruere omniaque heredum officia praesumere.*

⁸⁾ D. Nörr, Bemerkungen zu den *leges libitinae*, ZRG RA 132 (2015) 421–448.

⁹⁾ D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, 2. Aufl. Mailand 1999, Nr. 83 S. 74.

¹⁰⁾ Mantovani, *Formule* (Fn. 9) 75 Fn. 324.

¹¹⁾ Vgl. etwa Ulp. 25 ed. D. 11,7,14,10, wo bei einem allzu kargen Begräbnis der *iudex, qui de aequitate cognoscit* den Ersatz auch gänzlich verneinen kann, wenn die Bescheidenheit der Bestattung geradezu einer Beleidigung des wohlhabenden Verstorbenen gleichkomme.

vermuteten pönalen Ursprungs der *actio funeraria* (108). Ebenso plausibel ist die sozialhistorische Verortung des Adressatenkreises der Begräbnisklage bei den „besser gestellten Schichten der stadtrömischen Bevölkerung“ (112). So entsprächen die bei Ulpian angeführten erstattungsfähigen Aufwendungen (vgl. D. 11,7,14,3–5, näher dazu S. 139ff.) dem Bild einer „gehobenen und kostspieligen Begräbniszeremonie“ (113).

Obwohl Ulpian als Begründung für die Einführung der Klage anführt *ne insepulta corpora iacerent*, äußert sich Unger skeptisch, dass die *actio funeraria* diesbezüglich verhaltenssteuernd gewirkt habe (114f.). Im öffentlichen Raum herumliegende Leichen seien ohnedies vermutlich von Bestattungsunternehmen „entsorgt“ worden (das ist aber eine bloße Annahme). Außerdem sei der Handlungsanreiz zu gering gewesen, da bloß Aufwendungen ersetzt wurden. Dabei übersieht Unger die von ihm selbst zu Recht angenommene Bedeutung der *actio funeraria* für die obere Mittelschicht: Hier war es sehr wohl denkbar, dass die Frage des Erbschaftsantritts noch ungeklärt war (zu den möglichen Gründen für das Unterlassen der Bestattung Unger S. 126ff.) und sich daher ein dem Verstorbenen mehr oder weniger Nahestehender der Totenfürsorge annahm, die Kosten aber aus den Mitteln des Nachlasses erstattet haben wollte. Ähnlich wie bei der *negotiorum gestio* allgemein war dabei der Kostenersatz ausreichende Motivation, da daneben ja auch komplexe soziale Bindungen handlungsmotivierend wirkten¹²⁾.

Zuzustimmen ist Unger hingegen darin, wenn er die dogmatische Rechtfertigung der *actio funeraria* in der materiellen Kostenzuweisung an den richtigen Kostenschuldner sieht. Das Edikt adressiert den Beklagten in „offener Regulierungstechnik“ (118) als *is ad quem ea res pertinet*. Dahinter steht die Leitvorstellung, dass jeder (freie) Mensch *de suo* bestattet werden soll; passivlegitimiert ist aber nicht der Verstorbene, sondern sind jene Personen, die materiell aus seinem Nachlass oder der von ihm bestellten Mitgift profitieren. Dass der vom Verstorbenen dazu Auserkorene sich um das Begräbnis kümmern soll, macht diesen aber noch nicht zwingend zum Kostenschuldner (so aber scheinbar S. 121f.), dieser ist in erster Linie der Erbe, wie ja mit der Erbfolge auch die Bestattungspflicht verbunden war (126).

Obwohl das Edikt nur objektiv auf die Vornahme des Begräbnisses durch den Kläger (*quod ... in funus sumptum fecit*) abstellt, werden von den Juristen sehr wohl auch subjektive Voraussetzungen diskutiert (129ff.). So verneinen Trebatius und Proculus den Aufwendersatz, wenn der Handelnde in der irrigen Meinung gehandelt hat, Erbe zu sein¹³⁾, wohingegen Ulpian¹⁴⁾ und Paulus¹⁵⁾ je nach Sachlage einen Kostenersatz sehr wohl befürworten.

Auch eine Bestattung *pietatis causa* schließt Kostenersatz aus, wenn der *animus recipiendi* fehlt¹⁶⁾. Die bei Ulpian D. 11,7,14,7 etwas schillernde Diskussion der Mo-

¹²⁾ Vgl. dazu F.-S. Meissel, Altruismus und Rationalität, Zur „Ökonomie“ der *negotiorum gestio*, in: U. Babusiaux/P. Nobel/J. Platschek (Hgg.), Festschrift für A. Bürge, Zürich 2018, 255–288.

¹³⁾ Ulp. 25 ed. D. 11,7,14,11: ... *quia non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens*.

¹⁴⁾ Ulp. 25 ed. D. 11,7,14,11: ... *puto tamen et ei ex causa dandam actionem funerariam*.

¹⁵⁾ Paul. 27 ed. D. 11,7,32pr.: ... *utilem esse ei funerariam*.

¹⁶⁾ Ulp. 25 ed. D. 11,7,14,7: *sumptum non recipit, si pietatis gratia fecit, non hoc animo quasi recepturus sumptum quem fecit*.

tivlagen wird von Unger aber nicht ganz zutreffend erfasst: Der Einwand eines den Aufwendersatz ausschließenden Handelns aus *pietas* wurde nicht erst durch eine Kundgabe vor Dritten (*testatio*) hervorgerufen (133), sondern bei entsprechender Nahebeziehung vermutet; hingegen war der Vorbehalt des Rückersatzes durch *testatio* notwendig, wenn der *animus donandi* ausgeschlossen werden sollte. Letzteres machte es auch gar nicht erforderlich, dass die Juristen hier interpretatorisch (wie im Fall des vermeintlichen Erben) korrigierend eingriffen, um ein sachgerechtes Ergebnis zu ermöglichen.

Instruktiv zum sozialen Kontext der Totenfürsorge sind Ungers Ausführungen zu den epigrafischen Quellen (z. B. CIL XII 5273), aus denen hinsichtlich der bestattenden Dritten hervorgeht, dass diese manchmal bedacht waren, die eigene Freiwilligkeit und Großzügigkeit als Grabstifter zu betonen, um ein positives Licht auf den eigenen generösen Charakter zu werfen (137).

Der für den späteren § 679 BGB beispielhafte Fall der Bestattung gegen das Verbot des Erben wird in den S. 142–157 ausführlich behandelt. Nach dem Bericht Ulpianus habe Labeo entschieden, dass auch eine gegen den Willen des Erben erfolgte Bestattung je nach Sachlage (*ex causa*) eine *actio funeraria* erlaube. Dies wird anhand von zwei Fällen erörtert: Im ersten hat der Erbe dem Sohn verboten, die Bestattung vorzunehmen. Im Prozess wird dann aber interessanterweise nicht bloß das Verbot allein als Einwand gegen die Klage angeführt, sondern dem Sohn entgegengehalten, er habe, wenn er trotz des Verbots des Erben den Vater bestattet hat, *pietatis causa* gehandelt und erhalte daher keinen Aufwendersatz. Im zweiten Fall verbietet der Erbe die Bestattung demjenigen, dem sie der Verstorbene per Mandat aufgetragen hat. Ulpian lässt die Beurteilung dieser Varianten offen, plädiert aber dafür, in besonderer Weise auf die *aequitas* abzustellen und nicht bloß die Regeln der *actio negotiorum gestorum* zu imitieren; Letzteres zielt wohl darauf ab, den von der Mehrheit abgelehnten Aufwendersatz bei der *negotiorum gestio prohibente domino*¹⁷⁾ hier nicht durchschlagen zu lassen.

Zur Erklärung der Entscheidungen Labeos und Ulpianus macht sich Unger auf die Suche nach möglichen Motiven für das Bestattungsverbot: Er denkt hier an Kostenersparnis (147), den Willen des Erben, die Bestattung selbst vorzunehmen und daher einen „usurpierenden Dritten“ abzuwehren (148f.) sowie das Verweigern der Bestattung als private Gedächtnisstrafe (150ff.). Ziemlich spekulativ wird es, wenn er Labeos Rechtsansicht letztere Variante zugrunde legt und dann mit der angeblichen staatlichen Monopolisierung von Gedächtnisstrafen nach den Gracchenaufständen in Beziehung bringt (156f.).

Tatsächlich erliegt Unger hier (ähnlich wie die Autoren des 19. Jahrhunderts, die D. 11,7,14,13 für die Dogmatik der GoA gegen den Willen des Geschäftsherrn fruchtbar machen) implizit der Fehlvorstellung, die Bestattung des Verstorbenen sei stets Geschäftsführung für den Erben. Tatsächlich dürfte es von den römischen Juristen aber in erster Linie als eine Geschäftsführung für den *defunctus* verstanden worden sein, weshalb auch das Verbot nicht zwingend als Verbot durch den „Geschäftsherrn“ zu qualifizieren ist. So wie es bereits Martinus richtig erkannt hat, spielt hier speziell der *favor funeraticiae* herein: Die Rechtsordnung schützt primär die Interessen des

¹⁷⁾ Vgl. Paul. 9 ed. D. 17,1,40; Iust. C. 2,18,24pr. (a. 530).

Verstorbenen, dem ein Begräbnis entsprechend seinen Vermögensverhältnissen und seiner *dignitas* zusteht¹⁸⁾.

In einem eigenen Abschnitt versucht Unger schließlich die *actio funeraria* von anderen Klagen und Rechtsbehelfen abzugrenzen. Hier erwähnt er zunächst einmal die Möglichkeit der amtlichen Verwertung von Nachlassgegenständen durch den Prätor oder einen Munizipalmagistrat zur Finanzierung des Begräbnisses, von der Ulpian D. 11,7,12,6 berichtet. Dass diese Ausführungen von den justinianischen Kompilatoren „systemwidrig inmitten der Bestimmungen zur *actio funeraria* gesetzt“ wurden (159), überzeugt nicht ganz: Zwar ist zu vermuten, dass hier keine *actio funeraria* im technischen Sinn angestellt wurde, aber zumindest in spätklassischer Zeit ist hier sehr wohl denkbar, dass *extra ordinem* eine Zuerkennung eines Ersatzes der Aufwendungen an denjenigen, der die Bestattung im Sinne des Verstorbenen vorgenommen hat, durch die Magistrate erfolgte.

Schließlich stellt sich Unger auch die Frage nach dem Altersverhältnis zwischen *actio funeraria* einerseits und den *actiones negotiorum negotiorum* andererseits (160ff.). Dabei geht er zunächst plausibel davon aus, dass die *actio funeraria* gar nicht geschaffen hätte werden müssen, wenn es dafür andere Klagemöglichkeiten gegeben hätte. Nimmt man an, dass die Begräbnisklage älter als die Klagen aus GoA war, so würde sich ihre Existenz aus der Chronologie (und der Annahme eines gewissen Konservativismus der Römer) erklären (161). Als mögliches Altersindiz wird der vermutete Zeitpunkt der (formelmäßig verwandten) *actio iniuriarum* genannt (162), die Kaser um ca. 200 v. Chr. datiert¹⁹⁾. Unger hält aber auch für denkbar, dass die *actio funeraria* jünger als die *actiones negotiorum gestorum* sei; diesfalls erkläre sich die Koexistenz daraus, dass die Römer „wegen des kasuistischen Ursprungs ihres Rechtssystems“ die „gedankliche Verbindung“ zwischen beiden Klagen nicht hergestellt hätten (163). Letzteres erscheint angesichts der verbreiteten Verwendung der GoA-Terminologie in den spätklassischen Erörterungen zur *actio funeraria* doch als eher kurioses Argument. Tatsächlich aber könnte die Spezialität des Sachverhalts und das Hereinspielen öffentlicher und religiöser Interessen das Nebeneinander erklären, selbst wenn man für die *actio funeraria* kein höheres Alter als für die *negotiorum gestio* annimmt.

Erst ganz am Schluss des Kapitels zur *actio funeraria* widmet sich Unger der schwierigen Frage des Verhältnisses zwischen Begräbnisklage und GoA. Kopfzerbrechen bereitet hier vor allem, ob denn der Ersatz des Begräbnisaufwandes nicht (auch) mit der *actio negotiorum gestorum hereditarium* geltend gemacht werden konnte, also jener Klage, die im Edikt für eine Geschäftsführung für einen Verstorbenen promulgiert war. Ungers Ausführungen dazu bleiben vage, er nimmt an, dass dies vermutlich nicht der „Hauptanwendungsfall“ der *negotiorum gestio hereditarium* gewesen sei und dass „keineswegs ausgemacht“ sei, dass „Bestattungskosten in der Rechtspraxis der klassischen Epoche jemals in maßgeblichem Umfang mit der *actio negotiorum gestorum* restituiert“ worden seien (166).

Im dritten Teil des Buches geht es um die Einordnung des Falles der Fremdbestattung im geltenden deutschen Recht. Hier reflektiert Unger unter anderem die grund-

¹⁸⁾ Vgl Ulp. 25 ed. D. 11,7,12,5.

¹⁹⁾ M. Kaser, ‚Ius honorarium‘ und ‚ius civile‘, ZRG RA 101 (1984) 1–114, 37.

sätzliche Frage, inwieweit das Privatrecht und seine Behelfe auch zur Durchsetzung öffentlichrechtlicher Ansprüche (etwa der Bestattungspflicht) herangezogen werden können und sollen (bes. S. 198ff.) und er geht ausführlicher (187ff., 207ff.) auf den „Husumer Suizidfall“ ein, mit dem sich der BGH im Jahr 2011 auseinandersetzen hatte. Hier hatte sich die schon länger von ihrem Ehemann getrennte Ehefrau geweigert, die Bestattungskosten für ihren durch Selbstmord aus dem Leben geschiedenen Gatten zu übernehmen, woraufhin das zuvor vom 16-jährigen Sohn (der sich aber kurz darauf ebenfalls umbrachte) kontaktierte Bestattungsunternehmen eine sog. Sozialbestattung inklusive Gedenkfeier organisierte und die Kosten von der Frau ersetzt haben wollte. Der BGH sah den Fall als „geradezu den Schulfall für die Anwendung des § 679 BGB“ und führte aus, dass schon das römische Recht „demjenigen, der eine Leiche beigesetzt hatte, selbst dann eine Klage – die sogenannte *actio funeraria* – gegen den zur Leichenbestattung verpflichteten Erben gewährt, wenn er gegen dessen ausdrückliches Verbot gehandelt hatte“²⁰). Unger kritisiert, dass der Ersatz der vollen Kosten über das hinaus gegangen sei, was der öffentlich-rechtlichen Bestattungspflicht (die nur den zur Gefahrenabwehr erforderlichen Mindestaufwand erfasse) entsprach (189), erwägt aber immerhin, dass sich privatrechtlich eine darüber hinausgehende Verpflichtung ergeben könnte.

Unger hat sich mit seiner, in verschiedenste Richtungen historisch und dogmatisch verästelten Studie rechts- und kulturhistorisch höchst interessanten Aspekten des Bestattungswesens in der Gegenwart und in der Antike gewidmet. Der entstehungsgeschichtliche Zusammenhang zwischen *actio funeraria* und der ausnahmsweisen Unbeachtlichkeit des Verbots des Geschäftsherrn gemäß § 679 BGB wird minutiös und plastisch ausgeleuchtet und der Rückblick auf den sozialen, mentalitätsgeschichtlichen und juristischen Kontext der antiken Begräbnisklage lädt zu weiterer Beschäftigung mit dieser interessanten Materie ein.

Wien

Franz-Stefan Meissel*)

Alex Imrie, *The Antonine Constitution. An Edict for the Caracallan Empire (= Impact of Empire. Roman Empire, c. 200 B.C.–A.D. 476, Bd. 29)*. Brill, Leiden 2018. 175 S., ISBN 978-90-04-36822-4 (hardback), ISBN 978-90-04-36823-1 (e-book)

Mit der *Constitutio Antoniniana* wurde im Jahre 212 das römische Bürgerrecht, das zuvor als Zeichen einer privilegierten Stellung angesehen worden war, allen freien Bewohner des römischen Reichs verliehen. Der Erlass, der die rechtliche und soziale Struktur der Gesellschaft irreversibel veränderte, hat die Wissenschaftler ganz unterschiedlicher Forschungsgebiete seit Jahrzehnten beschäftigt. Sie haben zahlreiche Hypothesen formuliert, um zu ermitteln, welche Motive Caracalla zur Gewährung des „göttlichen Geschenks“ veranlassten¹). Auch Alex Imrie ist mit dieser Frage befasst, geht aber dabei davon aus, dass nicht ein, sondern mehrere Motive hinter der

²⁰) BGH, Urteil vom 17.11.2011, III ZR 53/11, Rn 15.

*) franz.stefan.meissel@univie.ac.at, Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte, Universität Wien, A-1010 Wien, Austria

¹) K. Buraselis, *Θεία δωρεά*, Das göttlich-kaiserliche Geschenk: Studien zur Politik der Severer und zur *Constitutio Antoniniana*, Wien 2007.