

# forum historiae iuris

**Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte**

**<http://www.forhistiur.de/>**

**Herausgegeben von:**

**Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)**  
**Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)**  
**Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)**  
**Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)**  
**Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)**  
**Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)**  
**Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)**  
**Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)**  
**Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)**  
**Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)**  
**Prof. Dr. Stefano Solimano (Milano)**  
**Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Bonn)**  
**Prof. Dr. Hans-Georg Hermann (München)**  
**Prof. Dr. Thomas Duve (Frankfurt a. M.)**  
**Prof. Dr. Manuel Martínez Neira (Madrid)**  
**Prof. Dr. D. Fernando Martínez Pérez (Madrid)**  
**Prof. Dr. Marju Luts-Sootak (Tartu)**  
**Prof. Dr. Heikki Pihlajamäki (Helsinki)**

**Artikel vom 8. November 2011**

**© 2011 fhi**

**Erstveröffentlichung**

**Zitiervorschlag:**

**<http://www.forhistiur.de/zitat/1111forschner.htm>**

**ISSN 1860-560**

Benedikt Forschner (Erlangen/Edinburgh)

## Das Schiff des Saufeius\*

Anmerkungen zu D.19.2.31

I. D.19.2.31: Übersetzung und Analyse

**Alfenus libro quinto digestorum a Paulo epitomatorum** 1

*In navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat. Quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione.* 2

*Respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli. Ex superiore causa rem domini manere; ex posteriore in creditum iri.* 3

*Idem iuris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret.* 4

*Secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum.* 5

*Quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cuius fuisset triticum quod nauta solvisset, vindicare. Et ideo se improbare actiones oneris aversi, quia, sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset; sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi.* 6

*Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum.* 7

**Alfenus, im fünften Buch der von Paulus epitomierten Digesten** 8

*Als mehrere in das Schiff des Saufeius Getreide zusammengeschüttet hatten, hatte Saufeius einem von ihnen aus dieser gemeinsamen Ladung das seinige zurückgegeben und das Schiff war untergegangen. Gefragt ist nun, ob von den übrigen jeder für seinen Teil des Getreides* 9

---

\* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Für wertvolle kritische Anmerkungen sei dem Mitherausgeber des forum historiae iuris, Herrn Prof. Dr. Martin Schermaier, sowie Herrn Prof. Dr. Hans-Dieter Spengler, Frau Dr. Anja Steiner und Herrn Nikolaus Forschner herzlich gedankt.

mit der *actio oneris aversi*, der Klage wegen beiseite geschaffter Ladung, gegen den Reeder vorgehen kann.

Der Jurist antwortete, es gebe zwei Arten von Werkverträgen: Bei dem einen werde dasselbe wieder zurückgegeben, wie wenn Kleider einem Walker zur Pflege gestellt würden, bei dem anderen werde eine Sache gleicher Art und Güte zurückgegeben, wie wenn Rohsilber einem Goldschmied gegeben werde, damit der daraus Gefäße mache, oder Gold, damit er einen Ring anfertige. Im ersten Fall bleibe die Sache im Eigentum ihres Herrn, im zweiten Fall werde sie kreditiert. **10**

Ebenso sei die Rechtslage bei der Verwahrung: Wenn jemand eine bestimmte Geldsumme so in Verwahrung gegeben hatte, dass sie weder verschlossen noch versiegelt übergeben wurde, sondern dass er sie hinzuzählte, dann schulde ihm der, dem er das Geld zur Verwahrung gegeben hatte, allein eine solche Menge. **11**

Entsprechend ist es als richtig anzusehen, dass das Getreide Eigentum des Saufeijs geworden und rechtmäßig übergeben worden ist. **12**

Wäre das Getreide eines jeden aber durch Bretterverschläge oder Körbe getrennt oder in einer anderen Art Kufe eingeschlossen, so dass man erkennen kann, wem es gehöre, dann könne man keinen Austausch machen, vielmehr könne der, in dessen Eigentum das Getreide stand, das der Reeder herausgegeben hatte, vindizieren. Und deshalb missbillige er die Klagen wegen beiseite geschaffter Ladung, weil einerseits, so die Sachen, die dem Reeder übergeben werden, von der Art seien, dass sie sofort in sein Eigentum übergehen und der Befrachter ihm diese kreditiert, offenkundig keine Ladung beiseite geschafft werde, da sie dem Reeder gehört, oder aber, so dieselbe Sache, die übergeben wurde, zurückzugeben geschuldet wird, dem Befrachter die Diebstahlsklage zusteht, und deshalb die Klage wegen unterschlagener Ladung überflüssig sei. **13**

So aber die Sache in der Weise gegeben wurde, dass sie in gleicher Art und Güte zurückerstattet werden kann, so haftet der Unternehmer nur für culpa (denn bei einem Vertrag, der in beiderseitigem Interesse geschlossen wurde, hafte man für Verschulden), und es sei in keinem Maße schuldhaft, dass er einem von dem Getreide zurückgegeben hatte, da er notwendigerweise einem zuerst zurückerstatten müsse, auch wenn diesem dadurch eine bessere Lage geschaffen wurde als den anderen. **14**

Mehrere hatten Getreide in ein dem Saufeijs gehörendes<sup>1</sup> Schiff geladen<sup>2</sup>. Zwischen Beladern und dem Reeder ist offensichtlich ein als *locatio conductio rerum vehendarum* zu **15**

<sup>1</sup> Möglicherweise handelt es sich um L. Saufeijs, den Cicero in ad Att. 1,3,1; 2,8,1; 4,6,1; 6,9,4 als reichen Geschäftsmann und Freund des T. Pomponius Atticus erwähnt, vgl. erstmals HUVELIN, *Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain*, Lyon 1915, S. 512 Anm. 4; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, Wien München 1956, S. 35 Anm. 2; BENKE, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der „locatio conductio irregularis“*, SZ 104 (1987), S. 194 Anm. 117.

<sup>2</sup> Wie ein derartiges “Beladen” ausgesehen hat, ist nicht bekannt. D.19.2.31 spricht lediglich von *confundere*; weiterführende Quellen in der Umgebung von D.19.2.31 finden sich nicht, vgl. BENKE (Anm. 1), S. 193.

klassifizierender<sup>3</sup> entgeltlicher Transportvertrag über die Getreideladung geschlossen worden. Nach Ankunft in dem gemeinsamen<sup>4</sup> Zielhafen wurde einem von ihnen sein Getreide ausgehändigt, bevor das Schiff – wohl unmittelbar, worauf der parataktische Satzbau hindeutet – mitsamt der restlichen Ware aufgrund höherer Gewalt<sup>5</sup> unterging. Die nunmehr um ihre Lieferung gebrachten anderen Belader fragen an, ob ihnen gegen den Reeder die *actio oneris aversi*, die Klage wegen beiseite geschaffter Ladung, zustehe.

Der Jurist antwortet allgemein: Es gebe zwei Arten von Werkverträgen; bei einem müsse genau die übergebene Sache, an der das Werk auszuführen sei, wieder zurückgegeben werden, bei dem anderen genüge die Erstattung einer Sache gleicher Art und Güte. In erstem Fall bleibe der *locator* Eigentümer, im zweiten finde ein Eigentumsübergang statt. Ebenso sei die Rechtslage bei der Verwahrung: Einzelnen hinzugezähltes, also unverschlossen übergebenes Geld müsse zwar in gleicher Menge, aber nicht mit denselben Münzen zurückerstattet werden, da hier ein Eigentumsübergang stattgefunden habe.

Analog betrachtet der Jurist vorliegenden Fall: Das Korn, nunmehr Eigentum des Saufeius, sei dem ersten Belader korrekt zurückerstattet worden. Hätte Saufeius das Getreide eines jeden abgetrennt von dem Getreide des jeweils anderen erhalten, wäre er nicht Eigentümer geworden, und hätte folglich nur das Getreide zurückgeben dürfen, das im Eigentum des jeweiligen Beladers stand. Andernfalls hätte jeder andere Eigentümer vindizieren, und, wie Alfenus später feststellt, daneben mit der *actio furti* gegen den Reeder vorgehen können. Die *actiones oneris aversi* werden vor diesem Hintergrund von Alfenus als überflüssig verworfen: So ein Eigentumsübergang stattgefunden hat, konnte der Reeder das Getreide nicht beiseiteschaffen; andernfalls wären *vindicatio* und *actio furti* nebeneinander zur Verfügung gestanden. Auch mit *culpa* habe der zwischenzeitlich zum Eigentümer des Getreides gewordene Reeder nicht gehandelt, als er einem der Belader die Ladung vor den anderen zurückerstattete.

## II. Problemstellungen in D.19.2.31

D.19.2.31 wirft zwei zentrale Problemkreise auf, die – trotz wechselseitiger Bezüge – voneinander abzugrenzen sind: Einerseits die *actio oneris aversi*, andererseits die Problematik des Eigentumsübergangs im Rahmen der *locatio conductio*.

Die *actio oneris aversi* ist singularär in D.19.2.31 überliefert;<sup>6</sup> weitere direkte Nachweise für ihre Existenz und ausdrückliche Erklärungen ihrer Struktur finden sich nicht. Die insoweit

<sup>3</sup> THOMAS, Carriage by Sea, RIDA 7 (1960), S. 489-505.

<sup>4</sup> Anders PFLÜGER, Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht, SZ 65 (1947), S. 197.

<sup>5</sup> Dass das Schiff nicht durch verschuldete, sondern durch höhere Gewalt unterging, zeigt der Gebrauch des Verbs *perire*, D.50.16.9; vgl. HUVELIN (Anm. 1), S. 513; MAYER-MALY (Anm. 1), S. 35; BENKE (Anm. 1), S. 206; BESSENYO, Das Rätsel der *actio oneris aversi*; Eine Exegese von D.19.2.31, in: HAMZA, Iura antiqua, iura moderna, Festschrift für Ferenc Benedek, Pecs 2001, S. 24; JAKAB, Vertragsformulare im Imperium Romanum, SZ 123 (2006), S. 88.

<sup>6</sup> GOESCHEN, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht Band 2,2: Obligationenrecht, Göttingen 1839, S. 397.

beschränkten Textgrundlagen erhöhen – wie zu zeigen sein wird – methodisch die Gefahr von Fehlschlüssen, die mit der trügerischen Übernahme unreflektierter Prämissen und jeder Form von Hypothesenbildung verbunden sind.<sup>7</sup> Die weitere Problemstellung in D.19.2.31 liegt in der Frage des Eigentumsübergangs im Rahmen der *locatio conductio*.<sup>8</sup> Die Rechtswissenschaft hat etwa seit Beginn des 18. Jahrhunderts<sup>9</sup> Fälle der *locatio conductio*, in denen das Eigentum an der zu bearbeitenden Sache auf den *conductor* übergeht, unter dem Begriff der *locatio conductio irregularis* als Ausnahmen zu dem spätklassischen ulpianischen Grundsatz<sup>10</sup> *non solet locatio dominium mutare*<sup>11</sup> zusammengefasst.

Besondere Aufmerksamkeit verdient dieser Eigentumsübergang vorliegend mit Blick auf den Haftungsmaßstab des nunmehr zum Eigentümer gewordenen *conductor*: Obgleich der Eigentumsübergang grundsätzlich eine unbeschränkte Haftung des *conductor* bewirkt – *casum sentit dominus* –,<sup>12</sup> möchte Alfenus in D.19.2.31 den Reeder lediglich für *culpa* haften lassen.

Die Studie versucht, die genannten Problemkreise in ein in sich schlüssiges System zu integrieren, ohne weitergehende Eingriffe in die textuale Grundlage vornehmen zu müssen. Insbesondere in Auseinandersetzung mit Exegesen aus dem Bereich der Interpolationenkritik dient sie dem Nachweis einer tatsächlich widerspruchsfrei erfolgten Beantwortung der aufgeworfenen Rechtsfrage durch den Juristen in D.19.2.31.

### III. Zur Autorenschaft des Alfenus

#### A) Alfenus, Servius und Paulus

D.19.2.31 stammt aus dem fünften Buch der von Paulus epitomierten Digesten des Alfenus, die dieser primär dem *furtum* sowie *furtum*-ähnlichen Delikten widmete.<sup>13</sup> An der Entstehung des Textes haben mehrere Juristen auf verschiedene Weise mitgewirkt; für Alfenus und Paulus kann

<sup>7</sup> Vgl. SPENGLER, Studien zur interrogatio in iure, München 1994, S. 2.

<sup>8</sup> Nach Auffassung der Kompilatoren, die den Text in D.19.2 *locati conducti* einordneten, handelt es sich hierbei wohl um die maßgebliche Problemstellung. Alfenus freilich soll den Text nach der Rekonstruktion LENELS, Palingenesia I 52, in Zusammenhang *de furtis et onere averso* geschrieben haben.

<sup>9</sup> LAUTERBACH, Collegium theoretico-practicum ad quinquaginta libros Pandectarum I, Tübingen 1707, S. 1349; GOESCHEN (Anm. 6), S. 395-397.

<sup>10</sup> Die Formel hat sich wohl im Besonderen auf den Werkvertrag bezogen; für das klassische römische Recht formulierte sie den allgemein anerkannten Standard. Vgl. GRÖSCHLER, Die Eigentumszuordnung beim Werkvertrag – ein Vergleich, in: JAKAB/ERNST (Hrsg.), Usus Antiquus Juris Romani, Heidelberg 2005, S. 62, 68.

<sup>11</sup> Ulpian D.19.2.39. Weitere Hinweise bei MAYER-MALY (Anm. 1), S. 77, 118 f.; THOMAS, Non solet locatio dominium mutare, in: Melanges Meylan I, Lausanne 1963, S. 357; ders. Locatio conductio, emptio venditio und specificatio, SZ 81 (1964), S. 133; STOOP, Non solet locatio dominium mutare. Some Remarks on *specificatio* in Classical Roman Law, TR 66 (1998), S. 3, 24.

<sup>12</sup> Vgl. zu der Regel *res perit suo domino* Diocl. C.4.24.9.

<sup>13</sup> Unter Berufung auf dieselbe *inscriptio* von D.12.6.36, D.13.7.30 sowie D.19.2.31 rekonstruiert LENEL, Palingenesia I 52, den Titel *de furtis et onere averso*; vgl. BENKE (Anm. 1), S. 196.

dies durch die Überlieferung selbst als gesichert gelten, auch Alfenus Lehrer Servius könnte in Frage kommen.<sup>14</sup>

Bearbeitungen durch Paulus erscheinen insoweit möglich, als in Epitome-Werken erklärende Einfügungen und Erweiterungen bis hin zu Eigenwilligkeiten durchaus als zulässig betrachtet wurden.<sup>15</sup> Die Problematik der Autorenschaft des Servius im Rahmen der alfenischen Digesten sei mit dem Hinweis versehen, dass Servius als herausragende Autorität der späten Republik in den justinianischen Pandekten überdurchschnittlich oft erwähnt wird, und also eine häufige Nennung in den Digesten des Alfenus allein noch kein ausreichendes Indiz für eine überwiegende Sammlung servianischer Responsen sein kann.<sup>16</sup> Eine Beeinflussung des Alfenus durch seinen Lehrer bis hin zur Übernahme einzelner Positionen scheint nicht ungewöhnlich; dass allerdings die Digesta des Alfenus lediglich Veröffentlichungen servianischer *responsa* darstellen sollen,<sup>17</sup> lässt sich abschließend ebenso wenig feststellen wie eine genaue Abgrenzung der *responsa* des Alfenus von denen des Servius.<sup>18</sup>

Für D.19.2.31 im Speziellen können vor diesem Hintergrund abschließende Aussagen über die Urheberschaft nicht getroffen werden. Die Darstellung, die neben der Antwort auf die gestellte Frage Ausführungen zu weiteren, nicht betroffenen Randgebieten der aufgeworfenen Rechtsfrage bereithält und gegen Ende zum Ausgangsfall<sup>19</sup> zurückkehrt, ist jedenfalls mit Blick auf eine mögliche didaktische Zielsetzung der Ausführungen typisch für die Digesta des Alfenus.<sup>20</sup>

Ein Teil der Literatur ordnet zumindest den Abschnitt *respondit rerum locatarum duo genera esse - in creditum iri* inhaltlich der Urheberschaft des Servius zu.<sup>21</sup> Begründet wird dies mit dem dialektischen Ansatz als methodologischem Verfahren des Servius, das sich in der Gegenüberstellung der *duo genera rerum locatarum* als zu unterscheidende Sachkonzepte äußere.<sup>22</sup> Freilich erscheint ebenso möglich, dass sich Alfenus methodisch an seinem Lehrer

<sup>14</sup> BENKE (Anm. 1), S. 208.

<sup>15</sup> KLAMI, "Mutua magis videtur quam deposita", Helsinki 1969, S. 99 f. m. w. N.

<sup>16</sup> ROTH, Alfeni Digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift, Berlin 1999, S. 23 f. m. w. N. Insbesondere die von Servius abweichenden Meinungen in D.33.7.16.1 sowie D.33.7.16.2 sprechen für die Eigenständigkeit des Alfenus.

<sup>17</sup> So aber SCHULZ, History of roman legal science, Oxford 1946, S. 92: "Servius left at his death a large collection of responsa (...). They were published by his pupils, especially by Aufidius in a work of forty books, and by Alfenus Varus in his Digesta (...)" ; WALDSTEIN/RAINER, Römische Rechtsgeschichte, München 2005, S. 135: "Sammler von Responsen des Servius in 40 Büchern *digesta*".

<sup>18</sup> Alle mit *respondit* eingeleiteten Antworten Servius zuzuschreiben, scheint insoweit problematisch, als zumindest die Vermutung nahe liegt, die Kompilatoren könnten *respondit* und *respondi* willkürlich verwendet haben; hierzu im Einzelnen ROTH (Anm. 16), S. 25.

<sup>19</sup> Mit *sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit* sowie der nun wiederkehrenden Erwähnung des Getreides (*quod uni reddidisset ex frumento*) erneuert Alfenus den Bezug zum Ausgangsfall; vgl. BENKE (Anm. 1), S. 206 m. Anm. 153.

<sup>20</sup> ROTH (Anm. 16), S. 203; BENKE (Anm. 1), S. 212 Anm. 182 m. Verw. a. Anm. 161.

<sup>21</sup> BENKE (Anm. 1), S. 208 f.

<sup>22</sup> CICERO sieht in Brut. 151 ff. seinen Freund Servius als eigentlichen Begründer der wissenschaftlichen Jurisprudenz, vgl. WALDSTEIN/RAINER (Anm. 17), S. 135; WIEACKER, Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie, IURA 20 (1969), S. 462 ff. Soweit ich sehen kann, wendet sich Cicero zumindest gegen Ende seines Lebens vor dem Eindruck

23

24

25

orientierte, den konkreten Abschnitt jedoch selbst formulierte. Dies kann auch der Hinweis auf ähnliche Klassifikationen der Institute *tutela*<sup>23</sup> und *furtum*<sup>24</sup> nach *genera* durch Servius nicht ausreichend entkräften.<sup>25</sup> Die Vermutung der servianischen Urheberschaft des Abschnitts bleibt eine, wenn auch nicht unplausible, Hypothese.

### B) Lösungsansätze der Interpolationenkritik: Eine Auswahl

Die Interpolationenkritik hat die Autorenschaft des Alfenus auf ein minimales Grundgerüst reduziert.<sup>26</sup> Bereits Huvelin sieht den Text lediglich bis *et ideo se improbare actiones oneris aversi* als alfenisch an; der Rest stamme von Paulus oder einer nachklassischen Bearbeitung.<sup>27</sup> Pflüger will den Originaltext auf die Sachverhaltsbeschreibung *in navem Saufeii - oneris aversi actione* sowie die Feststellung des Juristen *respondit se improbare actiones oneris aversi* reduzieren; in den weiteren Ausführungen sieht er einen „Kathedervortrag“ eines nachklassischen Bearbeiters.<sup>28</sup> Weitergehende Begründungen für seine These bringt er nicht. Ebenso unbegründet bleiben die Streichungen Beselers,<sup>29</sup> der neben kleineren Eingriffen die Abschnitte *non potuisse – tum* und *et ideo se improbare - iudicium oneris aversi* sowie *sed si ita datum esset - culpam esse* für interpoliert hält. Verbunden mit einigen Ergänzungen wird es ihm so möglich, die *actio oneris aversi* als *actio locati* wegen *aversio oneris* zu postulieren.<sup>30</sup> Daube streicht von *rerum locatarum duo genera esse - et recte datum. Quod* und wieder von *non potuisse nos*, lässt seine Streichung aber nicht mit *reddi deberet* enden,

26

---

des Zusammenbruchs der Republik einem an dem Vorbild der Scaevolae orientierten ganzheitlichen Rechtsbild zu; vgl. hierzu insbesondere die praktische Inbezugnahme des in *de legibus* entwickelten stoisch geprägten Rechtsmodells zur Verteidigung der Tötung des Clodius in *pro Milone*. BEHRENDTS will in der Figur des Servius einen Nachweis für die – bereits von KÜBLER in den dreißiger Jahren des vergangenen Jahrhunderts angedeutete – praktische Wirkung des Skeptizismus im Recht der späteren Republik erkennen; vgl. nur BEHRENDTS, Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex, Göttingen 1976, S. 268 und bereits KÜBLER, Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republicanischen Zeit, in: *Atti del congresso internazionale di diritto romano*, Band 1, Pavia 1934, S. 79 ff., 96, 98; dagegen NÖRR, *Exempla per se non valent*, SZ 126 (2009), S. 1 ff. Kritisch hinsichtlich dieser Systematisierung des römischen Rechts in philosophischen Konstruktionsgebäuden auch SPENGLER, Zum Menschenbild der römischen Juristen, JZ 2011 (im Erscheinen); GIARO, *Römische Rechtswahrheiten*, Frankfurt a. M. 2007, S. 239 f.

<sup>23</sup> Gaius Inst. 1.188.

<sup>24</sup> Gaius Inst. 3.183.

<sup>25</sup> Anders BENKE (Anm. 1), S. 209.

<sup>26</sup> Neben den im Einzelnen besprochenen Repräsentanten sei verwiesen auf VASSALLI, *Studi di diritto romano* (1906-1921), Milano 1960, S. 144 Anm. 1; HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, SZ 40 (1919), S. 223 Anm. 1; DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi digesta*, Milano 1940, S. 110; KUNKEL, *Diligentia*, SZ 45 (1925), S. 312 Anm. 2 i.V.m. S. 299; DE SANTIS, *Interpretazione del fr. 31 D.19.2, SDHI 12* (1946), S. 86; NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, SZ 73 (1956), S. 101 f.; WILINSKI, *D.19.2.31 und die Haftung des Schiffers im altrömischen Seetransport*, *Annales universitatis Mariae Curie-Sklodowska*, Band VII, 1960, S. 353 ff.

<sup>27</sup> HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris 1929, S. 117; anders aber noch ders. (Anm. 1), S. 515-518.

<sup>28</sup> PFLÜGER (Anm. 4), S. 197 f.

<sup>29</sup> Die THOMAS, *Trasporto marittimo, locazione ed „actio oneris aversi“*, in: *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, Milano 1968, S. 230-233, größtenteils übernimmt.

<sup>30</sup> BESELER, *Miszellen*, SZ 45 (1925), S. 467.

sondern erst nach *et ideo supervacuum*. Als einziger Autor belässt er damit der *actio oneris aversi* einen Geltungsbereich. Auch seinen Eingriffen fehlen jedwede textkritischen Belege; sie scheinen allein von der Vorstellung getragen, die spätrepublikanische Jurisprudenz habe aufzeigen wollen, wie geringe Abweichungen im Handeln der Vertragspartner den Vertrag auf eine völlig andere Grundlage gestellt hätten;<sup>31</sup> dafür musste zumindest in einem Fall die *actio oneris aversi* zur Anwendung kommen.

### C) Zur Textstufenforschung Mayer-Malys

Mayer-Maly stellt Servius-Alfenus – die er gleichsetzt – und Paulus nicht einen, sondern zwei nachklassische Bearbeiter gegenüber; damit will er fünf Autoren in D.19.2.31 erkannt haben.<sup>32</sup> Neben der Sachverhaltsbeschreibung trage allein *respondit furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi* servianisch-alfenische Urheberschaft, da nur diese Antwort dem Mengeneigentum<sup>33</sup> der *complures* adäquat sei. Das Sachkonzept der *duo genera locatarum* sei hypothetischer Natur, da es zu einer Veränderung der Sachentscheidung nicht beitrage – auch in dem von ihm erfassten Fällen komme eine *actio oneris aversi* nicht in Frage. Paulus könne es nicht zugeschrieben werden, da es sich allzu weit von der ursprünglichen Sachlage entferne. Mayer-Maly vermutet eine nachklassische Bearbeitung als Werk zweier verschiedener Autoren: Während die generelle Darlegung des Sachkonzepts der *duo genera* der Lehre von den Irregulärkontrakten folge und „nicht als stümperhaft abgetan werden“ könne, trügen andere, einem zweiten, weniger kompetenten Bearbeiter zuzurechnende Textstellen weder zur Lösung noch zur Erklärung des Falles bei.<sup>34</sup>

Ob sich diese wertende Einteilung halten lässt, erscheint fraglich. Zurückhaltung<sup>35</sup> ist dort geboten, wo Mayer-Maly den letzten Teil des Schlusssatzes *quoniam – quam ceterorum* als „banale(s) Prinzip“<sup>36</sup> abtut, während etwa de Santis ihn für „elegantemente esposta“<sup>37</sup> hält. Überhaupt kann daran gezweifelt werden, dass all die Stellen, die Mayer-Maly dem zweiten nachklassischen Bearbeiter zuschreibt, tatsächlich „zur begrifflichen Erfassung des Falles

<sup>31</sup> DAUBE, *Slightly Different*, JURA 12 (1981), S. 81, 102-104; vgl. auch WATSON, *Law of obligations in the later Roman Republic*, Oxford 1965, S. 109: „It derives from the intention of the jurist to show how a variation in the way of doing things would affect the nature of the contract (...)“.

<sup>32</sup> MAYER-MALY (Anm. 1), S. 34 f.

<sup>33</sup> MAYER-MALY (Anm. 1), S. 35 sieht durch den Gebrauch von *confunderant* und *de communi* Mengeneigentum als erwiesen an. Gegen diese Sicht vgl. unten.

<sup>34</sup> Auch unter den Ausführungen des zweiten Bearbeiters möchte MAYER-MALY (Anm. 1), S. 38 Qualitätsschwankungen erkennen, so etwa bei *nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam debere*; weshalb er hier konsequenterweise keinen dritten nachklassischen Bearbeiter annimmt, bleibt offen.

<sup>35</sup> In diesem Sinne NÖRR (Anm. 26), S. 102 Anm. 132; ferner KLAMI (Anm. 15), S. 98 Anm. 4: „Die blosse Ansicht, dass die Begründung naiv ist, berechtigt nicht zu Interpolationshypothesen“. Auch könne dem 2. nachklassischen Bearbeiter dadurch, dass er das *depositum* in den Text eingefügt haben soll, zumindest eine „gewisse juristische Betrachtungsweise“ attestiert werden.

<sup>36</sup> MAYER-MALY (Anm. 1), S. 38; ebenso HAYMANN (Anm. 26), S. 223 Anm. 1: „sachliche Plattheiten“.

<sup>37</sup> DE SANTIS (Anm. 26), S. 89.

wenig beitragen<sup>38</sup>. Es handelt sich hierbei – wie Mayer-Maly auch feststellt – um „Beispiele für die duo genera“ oder andere Einfügungen explikativer Natur.<sup>39</sup> Der Beleg aufgestellter Thesen durch Beispiele ist – insbesondere angesichts didaktischer Tendenzen des Alfenus – methodisch nicht ungewöhnlich, und trägt gerade dazu bei, die begriffliche Erfassung des Falles zu unterstützen.<sup>40</sup> Schließlich müssten die nachklassischen Bearbeiter Alfenus' Rechtsicht vollständig in ihr Gegenteil verkehrt haben, wollte er tatsächlich den *complures* die *actio furti* gewährt haben. Zweifelhaft ist dies vor allem, als nicht ansatzweise geklärt ist, worin die Vertragswidrigkeit der Handlung des Saufeiuis gelegen haben soll.<sup>41</sup> Mayer-Malys ganz in der Tradition der Textstufenforschung<sup>42</sup> stehenden Ausführungen sind hypothetischer Natur.<sup>43</sup> Für die nachklassische Herkunft der dem ersten Bearbeiter zugeschriebenen Partien anerkennt nicht zuletzt Mayer-Maly selbst die fehlende Beweiskraft.<sup>44</sup>

Weder über eine mögliche Autorenschaft des Servius noch über die textualen Eingriffe des Paulus lässt sich abschließend urteilen, und im Bereich nachklassischer Bearbeitungen bleibt – wie exemplarisch erörtert wurde – vieles hypothetisch. In neuerer Zeit tritt die Literatur Interpolationsvermutungen zurückhaltender gegenüber, und versucht verstärkt, das überlieferte Textmaterial ohne weitergehende Eingriffe in einen systematisch schlüssigen Zusammenhang zu integrieren.<sup>45</sup>

29

<sup>38</sup> MAYER-MALY (Anm. 1), S. 38 ; Unterstützung für MAYER-MALY aber bei SCHERMAIER, Teilvindikation oder Teilungsklage, SZ 110 (1993), S. 124, 177.

<sup>39</sup> MAYER-MALY (Anm. 1), S. 38.

<sup>40</sup> Genau dies scheint Mayer-Maly (Anm. 1), S. 34 aber zu stören; entsprechend folgert er: „Erster nachklassischer Bearbeiter: *rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur*, zweiter nachklassischer Bearbeiter: *sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur*, erster nachklassischer Bearbeiter: *aut eiusdem generis redderetur*, zweiter nachklassischer Bearbeiter: *veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli*“.

<sup>41</sup> BESSENYO (Anm. 5), S. 31.

<sup>42</sup> Zur Textstufenforschung als Gegenbewegung zu der radikalen Interpolationenkritik vgl. SPENGLER, Textstufenforschung, in: Der Neue Pauly Bd. 15/3, Stuttgart 2003.

<sup>43</sup> So auch KLAMI (Anm. 15), S. 97 Anm.4.

<sup>44</sup> MAYER-MALY (Anm. 1), S. 37 Anm. 13.

<sup>45</sup> Abgesehen von BESSENYO (Anm. 5) werden textkritische Eingriffe nunmehr in der Regel zurückhaltender vorgenommen, vgl. KASER, Rezension zu WATSON, *The law of obligations in the later Roman Republic*, TR 34 (66), S. 515; CARDILLI, *L'obbligazione di „praestare“ e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano 1995; BENKE (Anm. 1), S. 212; ähnlich ROTH (Anm. 16), S. 134-145. Weitergehende Eingriffe aber bei SCHERMAIER (Anm. 38), S. 176 ff. Grundlegend zur Abkehr von extremer Textkritik KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien, Graz 1972; Überblick über die Interpolationenforschung bei KASER, *Ein Jahrhundert Interpolationenforschung*, in: ders., *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien, Graz 1986, S. 112 ff.

IV. Zur rechtlichen Natur der *actio oneris averse*A) Die *actio oneris averse* als sachverfolgende oder pönale Klage?

Bezieht man das erste *ideo* im fünften Absatz auf *tum posse eum (...) vindicare*,<sup>46</sup> ergibt sich folgendes Bild: Alfenus antwortet, wer Eigentümer der übergebenen Sache sei, könne vindizieren – *et ideo se improbare actiones oneris averse*; ferner stünde ihm die *actio furti* zu – *et ideo supervacuum esse iudicium oneris averse*. Unklar wäre die Natur der *actio oneris averse* als sachverfolgend oder pönal: Wird sie missbilligt, weil der Eigentümer ohnehin (von den *Mit-locatores*) vindizieren kann, deutet dies auf einen sachverfolgenden Charakter hin, ist sie überflüssig, weil (gegen den *nauta*) die *actio furti* zur Verfügung steht, wirkt sie pönal.

30

## B) Lösungsansätze der Interpolationenkritik

Durch Texteingriffe konnte die Interpolationenkritik die Problematik weitgehend umgehen.<sup>47</sup> Huvelin lässt die *actio oneris averse* in Konkurrenz zur *actio locati* entfallen.<sup>48</sup> Alfenus habe im Sinne der republikanischen Jurisprudenz aufgrund fehlender Spezifikation den Frachtvertrag noch nicht als *locatio conductio* angesehen. Die als Ersatz für die nicht anwendbare *actio locati* benötigte *actio oneris averse*, die späterhin durch die Integration des Frachtvertrages in die *locatio conductio* überflüssig geworden sei, hätte allerdings aufgrund des Eigentumserwerbs des *nauta* auch in vorliegendem Fall nicht erhoben werden können. Stattdessen sei die *vindicatio* zur Verfügung gestanden.

31

Davon abgesehen, dass der dingliche Eigentumserwerb einen möglichen vertraglichen Anspruch aus der *actio locati* nicht, wie Huvelin meint, ersetzen kann,<sup>49</sup> deutet der Gebrauch der juristischen Begriffe *res locatae*, *locator* sowie *conductor* darauf hin, dass Alfenus von dem

32

<sup>46</sup> So etwa, mit unterschiedlichen Begründungen und Folgerungen, MAYER-MALY (Anm. 1), S. 36; WILINSKI (Anm. 26), S. 356 Anm. 15; BESSENYO (Anm. 5), S. 26; CARDILLI (Anm. 45), S. 273.

<sup>47</sup> Vgl. exemplarisch die Streichungen bei HUVELIN (Anm. 27), S. 117, der die *actio oneris averse* in Konkurrenz zur *actio locati* entfallen lässt, sie also als sachverfolgende Klage ansieht; bei BESELER (Anm. 30), S. 457, der die *actio oneris averse* für unbegreiflich hält und schließlich ohne nähere Begründung postuliert, der Fragsteller meine mit der *oneris averse actione* die *actio locati* wegen *aversio oneris*; er lässt die *actio oneris averse* also nicht, wie Huvelin, in Konkurrenz zu der *actio locati* entfallen, sondern hält beide Klagen für identisch; bei PFLÜGER (Anm. 4), S. 197 f., der jegliche Hinweise auf die Rechtsnatur der *actio oneris averse* streicht; bei WILINSKI (Anm. 26), S. 356-358, der die *actio oneris averse* als eine sachverfolgende Klage sieht, die einer eine Garantiefhaftung bewirkenden Pönalstipulation entstamme. Eine Haftung aus Werkvertrag lehnt Wilinski ab, da der Transportvertrag bei Alfenus noch nicht als Werkvertrag angesehen worden sei. Bezüge auf die *actio furti* streicht Wilinski aufgrund stilistischer und sprachlicher Mängel. Bei THOMAS (Anm. 29), S. 235-241; bei DAUBE (Anm. 31), S. 102-104, der der *actio oneris averse* zwar einen Anwendungsbereich in D.19.2.31 zuspricht, bezüglich ihrer Rechtsnatur allerdings unklar bleibt; jüngst bei BESSENYO (Anm. 5), S. 53, der einen Eigentumsübergang im Rahmen des Werkvertrags ablehnt und entsprechend alle Bezüge auf die *actio furti* streicht.

<sup>48</sup> HUVELIN (Anm. 27), S.117.

<sup>49</sup> In diesem Sinne BESSENYO (Anm. 5), S. 36. Dass den *ceteri* vertragliche Ansprüche aus der *actio locati* zustehen könnten, wird in D.19.2.31 erst am Ende geprüft. Die Ausführungen zur *locatio* bleiben weitgehend auf ihren sachenrechtlichen Bereich beschränkt; erst mit den Ausführungen zur *culpa conductoris* eröffnet Alfenus den Bereich vertraglicher Haftung wieder, vgl. BENKE (Anm. 1), S. 202 m. Anm. 141.

Vorliegen eines Werkvertrags ausging. Für die Hypothese, die *actio oneris aversei* sei von der *actio locati* im Laufe der Jahre verdrängt worden, gibt D.19.2.31 keine validen Belege.

Mayer-Maly kann den Widerspruch im Sinne der Textstufen lösen, indem er nur *ideo supervacuum esse iudicium oneris aversei* als servianisch-alfenisch ansieht, da nur diese Lösungsvariante dem von ihm propagierten Mengeneigentum der *complures* entspricht;<sup>50</sup> *vindicare et ideo se improbare actiones oneris aversei* stamme von Paulus. Für ihn ist die *actio oneris aversei* pönaler Natur. 33

In jüngere Zeit fällt Cardillis Versuch, Alfenus' Ausführungen als Propagierung milder Rechtsmittel zu deuten.<sup>51</sup> So vindiziert werden könne, missbillige Alfenus die *actio oneris aversei* und lege die Anwendung der sachverfolgenden *vindicatio* als das mildere Rechtsmittel nahe. Sollte der Belader nicht einsehen, mit der *vindicatio* lediglich gegen einen anderen Belader, nicht aber gegen den Reeder vorzugehen, könne er gegen diesen die *actio furti* richten: Die *actio oneris aversei* sei also auf jeden Fall überflüssig. Damit löst Cardilli obigen Widerspruch im Sinne der *actio oneris aversei* als pönaler Klage auf: *Überflüssig* wird sie, weil die *actio furti* zur Verfügung steht, *missbilligt* wird sie als „*excessiva*“, da die *vindicatio* als milderes Rechtsmittel bemüht werden kann, was die *rechtliche* Bewertung der *actio oneris aversei* als angesichts der *actio furti* ‚*supervacuum*‘ nicht berührt. Eine *actio furti* ist freilich nur dann möglich, so der Reeder *furandi animo* gehandelt hat;<sup>52</sup> Gleiches gilt also auch für die *actio oneris aversei*, so sie als Pönalklage angesehen wird.<sup>53</sup> Unter diesem Gesichtspunkt muss sich Cardilli fragen lassen, worin die Unbilligkeit liege, wenn der Geschädigte nicht nur vindiziere, sondern gegen seinen *dolos*en Schädiger eine Pönalklage erhebe. Die sachverfolgende *vindicatio* und eine Pönalklage dienen unterschiedlichen Zwecken und können nebeneinander bestehen;<sup>54</sup> dies erscheint weder den Geschädigten unverhältnismäßig zu begünstigen noch den Schädiger unverhältnismäßig zu benachteiligen. Eine auch aus Wertungsgesichtspunkten überzeugende Auflösung des angenommenen Widerspruches gelingt Cardilli nicht. 34

### C) Die *actio oneris aversei* als pönale Klage

Ob Alfenus tatsächlich einen derartigen Widerspruch konstruiert hat, ist zweifelhaft. Trotz sprachlicher Auffälligkeiten kann *et ideo se improbare actiones oneris aversei* ebenso wie *et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversei* auf *quia - furti esse actionem locatori* zu beziehen sein. Die *actio oneris aversei* wäre dann widerspruchsfrei pönaler Natur. 35

<sup>50</sup> MAYER-MALY (Anm. 1), S. 36.

<sup>51</sup> CARDILLI (Anm. 45), zit. nach BESSENYO (Anm. 5), S. 33.

<sup>52</sup> HONSELL, Römisches Recht, Berlin 2006, § 59 III.

<sup>53</sup> Die fehlende Erwähnung dieser Voraussetzung in D.19.2.31 deutet nicht auf eine sachverfolgende Natur der Klage hin. Das deliktische *dolus* ist in älterer Zeit vielfach unterstellt worden, vgl. BENKE (Anm. 1), S. 196; RÖTH (Anm. 16), S. 140.

<sup>54</sup> HONSELL (Anm. 52), § 59 III.

Verschiedene Anhaltspunkte machen diese Lösungsmöglichkeit plausibel: Alfenus schrieb das in D.19.2.31 überlieferte *responsum* in Zusammenhang mit den in D.12.6.36 und D.13.7.30 überlieferten Texten in einem Kapitel über den Diebstahl. Die identische *inscriptio* aller drei Digestenstellen zeugt von ihrer gemeinsamen Herkunft aus dem fünften Buch der von Paulus epitomierten Digesten des Alfenus und eröffnet den Bereich des *furtum* und ihm ähnlicher Delikte. In diesem Zusammenhang scheint mit *avertere* kein allgemeines Fehlgehen der Ladung, sondern ein Handeln des Reeders angesprochen zu sein. *Onus aversum* ist nicht die Ladung, die in irgendeiner Weise vor ihrer Auslieferung fehlgegangen ist, sondern die Ladung, die deshalb nicht im Zielhafen ankommt, weil der Reeder sie vorsätzlich beiseite geschafft hat.<sup>55</sup> Nur dies entspricht der Sachlage in D.19.2.31: Mit *onus aversum* ist nicht die gesamte untergegangene, sondern allein die seitens des Reeders herausgegebene Ladung angesprochen. Jeder einzelne der *ceteri* will geltend machen, dass genau *sein* Getreide beiseite geschafft wurde, und deshalb verlangt jeder Ersatz *pro sua parte*. Ansonsten ließen sich die Ausführungen über den Eigentumsübergang im Rahmen der *locatio conductio* nicht integrieren: Insbesondere die damit verbundenen Feststellungen *sed tum posse eum, cuius fuisset triticum quod nauta solvisset, vindicare* und *neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento [...]* sowie der Hinweis auf die *actio furti* – die nur für einen Teilbereich eines begrifflich weit gefassten *avertere* überhaupt denkbar wäre – stünden ohne konkreten Zusammenhang.

Unter diesen Gesichtspunkten ist *et ideo se improbare actiones oneris aversi* auf *quia - furti esse actionem locatori* bezogen. Die Darlegung der Vindikationsmöglichkeit *sed tum posse eum, cuius fuisset triticum quod nauta solvisset, vindicare* dient ebenso wie *eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset* lediglich der Feststellung eigentumsrechtlicher Voraussetzungen, die zwangsläufig für die mögliche Erhebung einer *actio furti* und damit auch für die Erhebung einer *actio oneris aversi* vorliegen müssen. Alfenus formuliert folglich kein widersprüchliches Entweder-Oder, sondern sieht die *actio oneris aversi* als Pönalklage, die grundsätzlich neben der *vindicatio* bestehen kann.

Da die *actio furti* dieselben Funktionen erfüllt,<sup>56</sup> ist die *actio oneris aversi* überflüssig. Ihre fehlende Überlieferung in späteren Quellen lässt vermuten, dass sie etwa zu Alfenus' Zeit von der *actio furti* verdrängt worden ist. Die Verdrängung muss eingesetzt haben, als die Römer die *aversio oneris* in dem nunmehr im Sinne jeder *contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia*

<sup>55</sup> WILINSKI (Anm. 26), S. 365; BENKE (Anm. 1), S. 196.

<sup>56</sup> BENKE (Anm. 1), S. 197 lässt die Möglichkeit eines eigenständigen Geltungsbereichs der *actio oneris aversi* neben der *actio furti* anklingen: Der Eigentümer der Sache könne wegen Unterschlagung die *actio furti* erheben sowie in seiner Eigenschaft als Befrachter unabhängig von den Eigentumsverhältnissen die *actio oneris aversi*. Dieser selbständige Anwendungsbereich der *actio oneris aversi* sei späterhin im *receptum nautarum* aufgegangen. Alfenus halte die *actio oneris aversi* lediglich für den konkreten Fall, nicht aber generell für überflüssig. ROTH (Anm. 16), S. 141 hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die *actio oneris aversi* ausgeschlossen wird, weil der Seefahrer das Eigentum erworben hat – *non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset* –, die Klagemöglichkeit also nicht unabhängig von den Eigentumsverhältnissen bestehe, sondern eine Eigentumsverletzung verlange.

*vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*<sup>57</sup> erweiterten Geltungsbereich des *furtum* aufgehen sahen.<sup>58</sup> In der Zeit des Übergangs erwähnt Alfenus die *actio oneris aversi* noch, um diese aktuelle Entwicklung festzuhalten. Eine längst verdrängte Klage wäre wohl kaum erhoben, von Alfenus nicht diskutiert und von Paulus nicht epitomiert worden.

## V. Zum Eigentumserwerb in D.19.2.31

### A) Das Rechtsverhältnis zwischen Beladern und Reeder

Mit ihrer Einordnung des Textes in D.19.2 *locati conducti* sahen die Kompilatoren die relevanten Rechtsfragen schwerpunktmäßig in dem Bereich der *locatio conductio* und nicht in dem der bereits verschollenen *actio oneris aversi* und ihrer rechtlichen Natur angesiedelt.<sup>59</sup> Dies wird auch der Grund sein, weshalb der Text in D.19.2.31 überhaupt erhalten ist: Allein der Feststellung halber, dass eine längst von der *actio furti* verdrängte Klage überflüssig sei, hätten die auf Wesentlichkeit bedachten Kompilatoren das Fragment kaum in die Sammlung der Digesten aufgenommen. Daraus erklärt sich auch, weshalb nicht nur keine späteren Quellen der *actio oneris aversi* vorliegen, sondern auch ihre Entstehung und Geltungszeit im Dunkeln bleiben: An den früheren Quellen bestand angesichts ihrer aktuellen Bedeutungslosigkeit kein rechtspraktisches Interesse.

Alfenus geht von einem Werkvertrag in Form einer *locatio conductio rerum vehendarum* aus. Die Art der Übergabe der *res locata* führt zu einem Eigentumsübergang von *locator* auf *conductor* und steht damit dem spätclassischen *non solet locatio dominium mutare*<sup>60</sup> entgegen. Diese Problematik wird ergänzt um ein zweites, nicht weniger gewichtiges Spannungsfeld: Während der Eigentumsübergang zu einer unbeschränkten Haftung des *conductor* führen müsste, lässt Alfenus diesen *sed si – fin.* lediglich für *culpa* haften. Aus beiden Gründen weist ein Teil der Literatur einen Eigentumsübergang im Rahmen der *locatio conductio* zurück,<sup>61</sup> vielfach hat sie dieses Spannungsfeld durch textuale Eingriffe aufzuheben versucht.<sup>62</sup>

<sup>57</sup> Paulus D.47.2.1.3.

<sup>58</sup> Vgl. weitergehend ROTH (Anm. 16), S. 142; BENKE (Anm. 1), S. 197 m. Anm. 133; dagegen BESSENYO (Anm. 5), S. 35.

<sup>59</sup> Vgl. hierzu aber Anm. 8.

<sup>60</sup> Ulp. D.19.2.39.

<sup>61</sup> So zuletzt JAKAB (Anm. 5), S. 99 ff., die zwar auf den sachenrechtlich orientierten Ergebnissen BENKES aufbaut, dabei aber eine Lösung jenseits der „dogmatisch bestechend schöne[n] pandektistische[n] These der *locatio conductio irregularis*“ zu finden sucht.

<sup>62</sup> BESELER (Anm. 30), S. 467; DE SANTIS (Anm. 26), S. 86 ff.; MAYER-MALY (Anm. 1), S. 36; unklar bleibt bei PFLÜGER (Anm. 4), S. 197 f., ob er wegen des Eigentumsübergangs oder der *culpa*-Haftung streicht.

## 1) Mengeneigentum

Alfenus benennt *duo genera rerum locatarum*: So dieselbe Sache zurückerstattet werden müsse, bliebe der *locator* Eigentümer, so eine Sache gleicher Art und Güte, fände ein Eigentumsübergang statt. Nicht ausdrücklich erwähnt er die mit dem Sachkonzept der *duo genera* durchaus zu vereinbarende<sup>63</sup> und nahe liegende Möglichkeit des Mengeneigentums der Belader: Eine Rückerstattung desselben *an jeden einzelnen* wird durch das Zusammenschütten des Getreides unmöglich, ohne dass zwingend auf einen Eigentumsübergang auf den *conductor* geschlossen werden kann; *idem* müsste der *conductor* jedoch insoweit zurückerstatten, als er an jeden einzelnen *ex communi* zu leisten verpflichtet ist. Da er dies getan hat, trifft ihn keine Schuld.<sup>64</sup> 41

Das Ergebnis erscheint schlüssig, und man möchte meinen, Alfenus deute diese Möglichkeit an, wenn Saufeius das Getreide an den *unus* ‚*de communi*‘ leiste, aus dem *gemeinsamen* Getreide also, das entstanden ist, da es die *complures* ‚*confunderant*‘.<sup>65</sup> Abgesehen von den Worten *de communi* und *confunderant*, die unproblematisch dem geläufigen Sprachgebrauch entspringen können und keinesfalls zwingend juristisch zu deuten sind, finden sich allerdings keine weiteren Anhaltspunkte für die Annahme des Mengeneigentums der Befrachter. Beschrieb Alfenus Mengeneigentum, stünden alle weiteren von ihm angeführten Fälle – die Erläuterung des Alleineigentums des *locator* sowie des Eigentumsübergangs auf den *conductor* – als von dem eigentlichen Sachverhalt abweichende bloße Hypothesen im Raum.<sup>66</sup> 42

Auch in *sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit* ist kein Mengeneigentum angesprochen.<sup>67</sup> Zwar läge Anderes – zumindest als hypothetisches Beispiel – nahe: Weshalb hätte Alfenus diese Möglichkeit vergessen sollen?<sup>68</sup> Allerdings deuten Alfenus‘ Subsumtionen – *quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum* – auf den Ausgangsfall hin, für den bereits festgestellt worden ist, dass Saufeius Eigentümer des Getreides geworden ist – *secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum*. Entsprechend scheint mit *solvere in simili re* schlicht *reddere eiusdem generis* gemeint zu sein. 43

<sup>63</sup> DE SANTIS (Anm. 26), S. 88 ff.

<sup>64</sup> Zum Ganzen auch BENKE (Anm. 1), S. 203 f.

<sup>65</sup> MAYER-MALY (Anm. 1), S. 35; BENKE (Anm. 1), S. 145.

<sup>66</sup> MAYER-MALY (Anm. 1), S. 37.

<sup>67</sup> So aber WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts II, Frankfurt a. M. 1891, S. 465; PERNICE, Labeo 2, Abt. 2 I, Halle 1900, S. 99; LONGO, Appunti sul deposito irregolare, BIDR 18 (1906), S. 121, 141 Anm. 1, der dies allerdings für eine dritte *hypothetische* Möglichkeit hält.

<sup>68</sup> BENKE (Anm. 1), S. 210, der Servius als den Autor des Sachkonzepts der *duo genera* sieht, hält die rechtliche Charakterisierung der *locatio* in zwei *genera* für unzureichend.

## 2) Doppelverhältnis

a) *Das mutuum als causa des Eigentumsübergangs*

Der von Alfenus postulierte Eigentumsübergang und seine angebliche Unvereinbarkeit mit der *locatio conductio* scheinen in Richtung eines rechtlichen Doppelverhältnisses zu weisen: Neben der *locatio conductio*, durch die der Reeder zum Transport des Getreides verpflichtet wird, könnte ein *mutuum* zu einem Eigentumsübergang auf den *conductor* führen;<sup>69</sup> die Annahme eines *mutuum* ließe sich auf Alfenus' zweimalige Verwendung von *in creditum ire – ex posteriore in creditum iri; ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret* – stützen. Dies hieße, dass der Darlehensschuldner Eigentümer des Getreides würde und seine Verpflichtung auf die Rückgabe irgendeiner gattungsmäßig bestimmten Leistung beschränkt sei.<sup>70</sup>

44

Der Schluss von *in creditum iri* auf ein *mutuum* und damit auf ein weiteres Rechtsverhältnis zwischen Beladern und Reeder ist freilich bereits nach Paulus nicht zwingend – *creditum ergo a mutuo differt qua genus a specie*<sup>71</sup> – und verschiedenen anderen Einwänden ausgesetzt: *In creditum iri* dient der Abgrenzung zu *rem domini manere*.<sup>72</sup> Diese Abgrenzung ist vor dem Hintergrund der Ausführungen zum *furtum* zu lesen: Eine *actio furti*, die die *actio oneris aversi* verdrängt, ist schließlich nur unter der Voraussetzung einer Eigentumsverletzung denkbar. Es liegt zumindest nahe, dass es Alfenus allein<sup>73</sup> darum ging, einen Übergang des Eigentums an den *res locatae* von *locator* auf *conductor* und damit die Dispositionsbefugnis des *nauta* bezüglich der Ladung zu beschreiben.<sup>74</sup> Gerade auch die durchgehende Beibehaltung dieser Begrifflichkeiten – *res locatae* sind Gegenstände einer *locatio conductio*, nicht eines *mutuum* – weist darauf hin, dass Alfenus neben der *locatio conductio* kein weiteres Rechtsverhältnis

45

<sup>69</sup> So etwa ALBANESE, Per la storia del *creditum*, ASGUP 32 (1971), S. 1, 95f.; LONGO (Anm. 67), S. 148; BÜRGE, Der Witz im antiken Seefrachtvertrag, INDEX 22 (1994), S. 400 f. für den von ihm postulierten ersten Fall der Ausführungen des Alfenus bei *eiusdem generis redderetur*. BESSENYO (Anm. 5), S. 54 nimmt eine Umwandlung des Transportvertrags in ein Darlehen an, so der Beförderer die Ladung in einem anderen Hafen abliefern – *onus aversum* – und am Bestimmungsort nicht die ihm übergebenen Getreidemengen, sondern Getreide gleicher Qualität und Quantität liefert; das Interesse der Befrachter sei dadurch mangels abweichender Vereinbarung nicht geschmälert. Dies führt ihn zu dem Schluss, die *actio oneris aversi* sei eine *condictio triticaria*. Konkret läge mangels Umwandlung des Transportvertrages in ein Darlehen kein *onus aversum* vor, da die Ladung auf Grund höherer Gewalt unterging und nicht in einen anderen Hafen abgelenkt wurde. Zu diesem Ergebnis kann er allerdings nur kommen, indem er jegliche Hinweise auf den Eigentumsübergang sowie die „angeblich elektive Konkurrenz der *actio oneris aversi* und der *actio furti*“ als „grundsätzlich störende Gedanken“ (S. 52) streicht.

<sup>70</sup> HONSELL (Anm. 52), § 41 I.

<sup>71</sup> Paulus D.12.1.3.3.; folglich wird der Gebrauch von *creditum* bei Alfenus auch nicht, wie ALBANESE (Anm. 69), S. 95 f. meint, „anfänglich“ sein.

<sup>72</sup> So auch ROTH (Anm. 16), S. 135 Anm. 5.

<sup>73</sup> Vgl. auch BENKE (Anm. 1), S. 231 Anm. 260 gegen DE SANTIS (Anm. 26), S. 89 f.: „Richtiger erscheint die Annahme, dass eine Aussage wie *in creditum iri* nicht von vornherein als umfassende rechtliche Klassifikation zu verstehen, sondern möglicherweise bloß auf einzelne Aspekte der Materie zu beziehen ist (...)“.

<sup>74</sup> Ausführlich hierzu KLAMI (Anm. 15), S. 103 m. w. N.

voraussetzt, das als *causa* des Eigentumsübergangs wirkt.<sup>75</sup> Und insbesondere ist auch die umfassende Sachnutzung als genuiner Zweck eines *mutuum* nicht erfasst.<sup>76</sup>

b) *Das depositum irregulare als causa des Eigentumsübergangs*

Ob das ferner in Form eines Gelddepositum zum Vergleich herangezogene *depositum irregulare* als Sonderform des *depositum* oder als *mutuum*<sup>77</sup> aufzufassen ist, sei hier nicht näher diskutiert;<sup>78</sup> dass Alfenus es als Sonderform des *depositum* gekannt hat, kann mit hoher Wahrscheinlichkeit angenommen werden.<sup>79</sup> Problematisch wäre in jedem Fall, diesem Beispiel für das Rechtsverhältnis zwischen Beladern und Reeder eine Funktion zuzumessen, die über die bloße (nunmehr wiederholte und – in Bezug auf den zu klärenden Fall – verdichtete) Illustration der für die *res locatae* gemachten Unterscheidung hinausgeht.<sup>80</sup> Die Abgrenzung des hinzugezählten Geldes von dem verschlossen und versiegelt übergebenen Geldsack verbildlicht die möglichen *faktischen* Transportkonstellationen des Getreides weitaus stärker als die Unterscheidung der zu reinigenden *vestimenta* von dem zur Bearbeitung übergebenen Silber und Gold;<sup>81</sup> das verwahrte Geld dient Alfenus als assoziatives Bindeglied zwischen dem generellen Sachkonzept der *dua genera* und dem Ausgangsfall des transportierten Getreides. Ein weiteres *Rechtsverhältnis* neben der *locatio conductio* ist damit nicht angedeutet. Fasst man das *depositum irregulare* als Sonderfall des *mutuum* auf, ergibt sich dies aus obiger Argumentation; andernfalls wird man zumindest eingestehen müssen, dass das *depositum irregulare* – unbeschadet starker *assoziativer* Bezüge – mit dem Ausgangsfall des auf dem Schiff transportierten Getreides nach seinem *rechtlichen* Sinn und Zweck zu gering ist.<sup>82</sup> *Idem iuris esse* bezieht sich lediglich auf den Teilbereich des Eigentumsübergangs und damit auf einen Einzelaspekt der Materie.

Ein *mutuum* oder ein *depositum irregulare*, das zu einem obligatorisch nicht gebundenen Eigentum des *conductor* an dem übergebenen Getreide führt, hätte neben der *locatio conductio* den Frachtvertrag sinnlos gemacht.<sup>83</sup> Durch die *locatio conductio* hätte der *nauta* in seiner Funktion als *conductor* Waren transportieren müssen, zu deren Rückleistung der Darlehensschuldner im Zielhafen lediglich nach gleicher Art und Güte verpflichtet gewesen

<sup>75</sup> Im Ergebnis auch BESSENYO (Anm. 5), S. 41 f.

<sup>76</sup> BENKE (Anm. 1), S. 234.

<sup>77</sup> So etwa LONGO (Anm. 67), S. 150 ff.

<sup>78</sup> Eine instruktive Darstellung des Streitstandes findet sich bei ROTH (Anm. 16), S. 136 f. m. w. N.; ergänzend sei verwiesen auf die Ausführungen bei KÜBLER, Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur, SZ 29 (1908), S. 190 ff.

<sup>79</sup> ROTH (Anm. 16), S. 139; KLAMI (Anm. 15), S. 104 ff. m. w. N.; kritisch BENÖHR, Rezension zu KLAMI, SZ 83 (1972), S. 438, der den Verdacht äußert, *idem iuris esse* – *solveret* stamme von Paulus.

<sup>80</sup> Darin sieht auch ROTH (Anm. 16), S. 136 die Funktion dieser Stelle.

<sup>81</sup> Diesen Hinweis verdanke ich Anja Steiner.

<sup>82</sup> BENKE (Anm. 1), S. 227.

<sup>83</sup> Vgl. zu diesem Gedanken BENKE (Anm. 1), S. 230; ferner mit Blick auf Vell. Pat. 1.13.4 BÜRGE (Anm. 69), S. 394.

wäre. Der aufgrund der *locatio conductio* geschuldete Transport würde damit zu einem überflüssigen Selbstzweck: Dem *conductor* entstünden dadurch Kosten, die der *locator* ohne einen Anspruch auf die konkret transportierten Waren auszugleichen hätte. Weder *locator* noch *conductor* hätten sich in Anbetracht der Möglichkeit eines schlichten Kaufes auf einen derartig unsinnigen Vertragsschluss eingelassen.

### 3) Der Eigentumsübergang im Rahmen der *locatio conductio*

Die Möglichkeit eines Eigentumsübergang auf den *conductor* im Rahmen der *locatio conductio* ist für die vorklassische Zeit nicht allein in D.19.2.31 anerkannt: **48**

**Pomponius libro nono ad Quintum Mucium. Scribit Quintus Mucius: si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciundum dedisset aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur (...).** <sup>84</sup> **49**

Quintus Mucius berichtet von einem Ehemann, der seiner Frau sein gesamtes Gold vermacht hatte. Ein Teil des Goldes ist noch in Händen eines Goldschmiedes: Zum einen das Gold, das der Ehemann ihm gegeben hatte, damit er etwas herstellt, zum anderen das Gold, das der Goldschmied dem Ehemann schuldet und bisher noch nicht geleistet hat. In beiden Fällen steht nach Meinung des Quintus Mucius der Ehefrau das Gold nicht zu. **50**

Benke sieht in dem zweiten Fall das übergebene Gold ununterscheidbar in den Goldvorräten des *aurifex* aufgehen, sei es generell durch – von Benke nicht näher spezifizierte – Vermengung mit dem Gold des *aurifex*, sei es durch den Abfall von Restgold nach Verfertigung eines Werkstücks.<sup>85</sup> Mag insbesondere letztere Variante aus praktischer Sicht von hoher Plausibilität sein,<sup>86</sup> fehlen ihr doch valide Textbelege. [...] *aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset* lässt sich nicht mehr entnehmen als eine noch nicht erfüllte schuldrechtliche Verpflichtung des *aurifex*, Gold an den *pater familias* zu leisten; wie das Gold in den Vorrat des *aurifex* gelangt ist, insbesondere ob es ihm überhaupt zuvor durch den *pater familias* überbracht wurde, ist nicht angesprochen. Ebenso gut hätte sich der Ehemann einzelne Werke<sup>87</sup> des Goldschmieds versprechen lassen können, ohne ihm das hierfür notwendige Gold selbst zu übertragen. Auch der – für den juristischen Bereich in D.34.2.34 pr. singuläre<sup>88</sup> – Gebrauch des Verbs *rependere* verlangt nicht zwingend ein Zurück-wägen, sondern kann auch als **51**

<sup>84</sup> D.34.2.34 pr.; die folgende Meinung des Pomponius soll hier nicht weiter interessieren; vgl dazu aber BENKE (Anm. 1), S. 176 ff.

<sup>85</sup> BENKE (Anm. 1), S. 173 ff.

<sup>86</sup> GRÖSCHLER (Anm. 10), S. 70 Fn. 38.

<sup>87</sup> In der Regel wurde ein Goldschmied in speziellen Bereichen tätig; der *anularius* etwa stellte Ringe her, der *armillarius* Armbänder, der *barbaricarius* verzierte Waffen, und der *brattarius* fertigte getriebene Arbeiten; zum Ganzen KOLB, Rom: die Geschichte der Stadt in der Antike, München 2002, S. 467 f.; D.34.2.34 pr. ist generell formuliert; weder wird der *aurifex* spezifiziert, noch die hergestellten oder herzustellenden Werke, die allein nach ihrer Materie – *aurum* – bezeichnet sind.

<sup>88</sup> BENKE (Anm. 1), S. 164 Fn. 20.

Zuwägen im Rahmen eines Austauschverhältnisses als Gegenleistung zu verstehen sein.<sup>89</sup> Dass das geschuldete Gold, das nicht – noch nicht wieder oder noch nie – in das Eigentum des Ehemannes fiel, von seiner Frau auf Grundlage des Legats nicht zurückverlangt werden konnte, ist unmittelbar einsichtig. Nicht zuletzt Pomponius' bereitwilliges Beipflichten<sup>90</sup> – *sine dubio* – zeigt, dass damit offensichtlich keine weiteren rechtlichen Schwierigkeiten verknüpft waren. In Hinblick auf die Vereinbarkeit der *locatio conductio* mit dem Eigentumsübergang ist die zweite Variante von D.34.2.34 pr. folglich kaum aufschlussreich.

Eigentumsrechtlich relevant ist dagegen in dem ersten Fall die Zurückweisung eines etwaigen Begehrens der Witwe auf dieses Gold, das ihr Ehemann dem Goldschmied *faciundum* gegeben hatte. Sowohl Sachverhalt als auch Wortgebrauch deuten an, dass der *pater familias* in der ersten Variante vor seinem Tode mit dem *aurifex* einen Werkvertrag geschlossen hat; dabei gab er ihm Gold, das umfänglich in das Eigentum des Goldschmieds übergegangen ist. 52

Dieser Eigentumsübergang vollzieht sich, wie Benke zeigen konnte, nicht im Wege der *specificatio*,<sup>91</sup> sondern erfolgt derivativ durch rechtsgeschäftliche Übereignung in Form der jeweiligen *datio* durch den *locator* an den *conductor*, deren *causa* die *locatio conductio* ist.<sup>92</sup> In D.34.2.34 pr. geht das Gold, *quod aurifici faciundum dedisset*, in das Eigentum des Goldschmieds über, ohne dass eine vorherige Verarbeitung angedeutet wäre; und auch D.19.2.31 formuliert die *datio* als Bedingung des Eigentumsübergangs: *veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent (...)*. Als *causa* der Unterscheidung zwischen *rem domini manere* und *in creditum iri* erscheint dabei die *locatio conductio*.<sup>93</sup> 53

*Respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli. Ex superiore causa rem domini manere; ex posteriore in creditum iri.* 54

Nicht anzunehmen ist allerdings, wie Benke meint, dass dem *aurifex* in D.34.2.34 pr. vertraglich eine Austauschbefugnis zukam, er also entscheiden konnte, ob er das Werk aus dem gegebenen oder anderem Gold herstellt.<sup>94</sup> Hat ein Besteller reines Gold zur Verfügung gestellt, wäre eine solche vertragliche Befugnis für ihn angesichts der bei der Goldverarbeitung verbreiteten Verwendung von Gold mit Silberanteil<sup>95</sup> mit erheblichen Risiken verbunden gewesen; diese Risiken würde – in Anbetracht der für Laien erschwerten Erkennbarkeit 55

<sup>89</sup> VELLEIUS, *Historia Romana* 2.5.4: „[...] se [...] id [...] auro repensurum proposuit“; OVID, *Amores* 2.8.21: „pro quibus officii pretium mihi dulce repende concubitus hodie, fusca Cypassi, tuos“; APULEIUS, *Florida* 18: „mercedemque vobis rependo“. Anders etwa BENKE (Anm. 1), S. 174, der eine „Rückleistung“ annimmt.

<sup>90</sup> D.34.2.34 pr: „[...] Pomponius: hoc ex parte verum est, ex parte falsum. nam de eo, quod debetur, sine dubio: [...]“.

<sup>91</sup> Für einen Spezifikationserwerb MAYER-MALY (Anm. 1), S. 39.

<sup>92</sup> Hierzu ausführlich BENKE (Anm. 1), S. 215 ff.; ebenso ROTH (Anm. 16), S. 135.

<sup>93</sup> Zum Ganzen auch ROTH (Anm. 16), S. 135.

<sup>94</sup> BENKE (Anm. 1), S. 172 ff.

<sup>95</sup> Nachweise bei GRÖSCHLER (Anm. 10), S. 71.

der Qualität des verwendeten Goldes – auch eine Beschränkung der Austauschbefugnis auf gleichwertiges<sup>96</sup> Gold nicht signifikant mindern. Eine Austauschbefugnis kann vielmehr nur bei Vorliegen einer gesonderten Vereinbarung<sup>97</sup> oder bei Sachverhalten angenommen werden, die vergleichbare Risiken nicht aufweisen und anders nicht praktikabel sind. Bei zu Transportzwecken zusammengeschüttetem Getreide ist dies der Fall, nicht aber bei Gold.<sup>98</sup> Und auch im Rahmen des Getreidetransports ist der *conductor* bei dem Austausch in der Regel nicht völlig frei: Die Diskussion eines möglichen Doppelverhältnisses hat gezeigt, dass ein mit einem *mutuum* oder *depositum irregulare* verknüpfter Eigentumsübergang Sinn und Zweck eines zusätzlichen Frachtvertrages fraglich erscheinen lässt. Dieses Problem stellt sich auch bei alleiniger Annahme eines Frachtvertrages, der einen Eigentumsübergang von *locator* auf *conductor* ohne vertragliche Bindung des neuen Eigentümers begründet: Versteht man die Rückgabepflicht *in genere* so, dass der Reeder mit dem auf dem Schiff befindlichen Getreide nach Belieben verfahren kann und lediglich *irgendein* Getreide gleicher Art und Güte zu leisten hat, hätte es keines *Frachtvertrages* bedurft.<sup>99</sup> Die Rückleistungspflicht – und damit seine Austauschbefugnis – wird sich vor diesem Hintergrund *in genere* auf das *auf dem Schiff befindliche* Getreide bezogen haben.

### B) Eigentumsübergang und Gefahrtragung

Da Alfenus den Eigentumsübergang im Rahmen einer *locatio conductio* zumindest als Ausnahme anerkannt hat – *Secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum* – ist die deliktische Haftung des zum Eigentümer gewordenen Reeders verworfen.<sup>100</sup> Einer möglichen Haftung des *nauta* wegen Vertragsverletzung wendet sich Alfenus in dem letzten Abschnitt *sed si ita datum esset - fin.* zu. Die Antwort, so könnte man meinen, läge nahe: *casum sentit dominus*<sup>101</sup>, für Zufälle hat niemand anderes als der Eigentümer einzustehen, *casus a nullo praestantur*<sup>102</sup>. Als Eigentümer des Getreides müsste Saufeius den übrigen Befrachtern gegenüber für den Untergang unbeschränkt haften und Getreide *eiusdem generis* leisten.<sup>103</sup>

56

<sup>96</sup> Vgl. BENKE (Anm. 1), S. 173.

<sup>97</sup> So auch GRÖSCHLER (Anm. 10), S. 71 mit Verweis auf D.15.3.7.2, Ulp. 29 ad ed. als Beleg für eine ausdrücklich vereinbarte Austauschbefugnis.

<sup>98</sup> Zwar beschreibt Alfenus die Rückgabepflicht *in genere* gerade mit der Übergabe von Gold und Silber an einen Goldschmied – *veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli*; das Beispiel hat hier aber mehr illustrierende und abgrenzende Funktion, und ist nicht geeignet, eine etwaige generell für diese Fälle bestehende Austauschbefugnis zu belegen.

<sup>99</sup> BENKE (Anm. 1), S. 230.

<sup>100</sup> Die Frage der Unterschlagung ist spätestens mit *et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi* abschließend beantwortet, vgl. BENKE (Anm. 1), S. 206.

<sup>101</sup> Vgl. Anm. 12.

<sup>102</sup> D.50.17.23 pr.

<sup>103</sup> So etwa KASER, Römisches Privatrecht, Band 1, München 1971, § 132.2.3; NÖRR (Anm. 26), S. 101.

Die Übertragung des Eigentums wird für die republikanische Zeit gemeinhin als Mittel gesehen, das Risiko des zufälligen Untergangs der Sache dem *conductor* zuzuweisen.<sup>104</sup> Erst die Hochklassik lasse den Werkunternehmer nach der *custodia*-Haftung auch für den zufälligen Untergang des zur Verfügung gestellten Gutes aufkommen; in der Republik bestehe grundsätzlich lediglich eine Vorsatz-Haftung.<sup>105</sup> Das schuldrechtliche Problem der Gefahrtragung werde vor diesem Hintergrund von Quintus Mucius und Alfenus mit Hilfe des Sachenrechts im Wege einer Übereignung gelöst.<sup>106</sup> 57

Während sich bei Quintus Mucius in D.34.2.34 pr. tatsächlich keine Einlassungen zu der Gefahrtragungsproblematik finden, weist Alfenus die Sachgefahr gerade nicht dem Reeder, sondern den Befrachtern zu. Saufeius könne allein für *culpa* haftbar gemacht werden - *conductorem culpam dumtaxat debere*; denn wenn eine Sache gleicher Art und Güte zurückgegeben werden müsse – *sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit* –, hafte der *conductor* ebenso lediglich für *culpa* – schließlich handelt es sich um einen Vertrag, der zu beider Interesse geschlossen werde – *nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi*. Der Grund dieser Ausnahme von der – durch die Eigentumsübertragung bewirkten – Ausnahme soll in der zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vereinbarung zu sehen sein.<sup>107</sup> Kurz: Da die republikanische Jurisprudenz im Rahmen der *locatio conductio* lediglich eine Vorsatz-Haftung gekannt haben soll, wurde im Wege eines Eigentumsübergangs eine *culpa*-Haftung konstruiert, die dann wiederum im Einzelfall durch den Transportvertrag eingeschränkt wurde. Das auf sachenrechtlicher Ebene gelöste schuldrechtliche Problem der Gefahrtragung soll seine Korrektur auf schuldrechtlicher Ebene erfahren haben. 58

Verhalten wird man bereits in Zweifel ziehen können, dass dem republikanischen Werkvertrag die *culpa*-Haftung tatsächlich völlig fremd war; immerhin berichtet Ulpian, die Haftung für *custodia* sei bei geliehenen Sklaven unter den *veteres* strittig gewesen.<sup>108</sup> Der sachenrechtliche Lösungsansatz der Gefahrtragungsproblematik ist in jedem Fall nicht evident plausibel, wenn er *stante pede* auf schuldrechtlicher Ebene wieder zurückgeführt wird: Welcher Zweck soll dem Eigentumsübergang dann noch verblieben sein? 59

Éva Jakab hat unter Heranziehung graeco-ägyptischer Papyri diesem sachenrechtlichen Zugang ein Modell des Transportvertrages entgegengesetzt. Ihre Rekonstruktion des im Mittelmeerraum üblichen Frachtvertragsformulars sieht vor, dass der Schiffer nach Quittieren der erhaltenen Menge für die Rückgabe dieser Menge hafte; Verluste aufgrund mangelnder Sorgfalt musste er ersetzen, nur die ‚typisierten Fälle der Seegefahr‘ blieben ausgeschlossen.<sup>109</sup> Nach diesem Muster sei auch der Frachtvertrag des Saufeius geschlossen worden. Einen 60

<sup>104</sup> Vgl. die Nachweise bei BENKE (Anm. 1), S. 229 Anm. 251; ferner aus jüngerer Zeit GRÖSCHLER (Anm. 10), S. 72 ff.

<sup>105</sup> GRÖSCHLER (Anm. 10), S. 72.

<sup>106</sup> GRÖSCHLER (Anm. 10), S. 74.

<sup>107</sup> GRÖSCHLER (Anm. 10), S. 74 Anm. 57; BENKE (Anm. 1), S. 231 Anm. 263.

<sup>108</sup> D.13.6.5.6 Ulp. 28 ad ed.

<sup>109</sup> JAKAB (Anm. 5), S. 100.

Eigentumsübergang will Jakob nicht erkennen; durch die Zumessung zum Transport sei dem Schiffer lediglich das Recht zugestanden worden, bei der Verteilung des Getreides am Zielort jedem einzelnen Befrachter die ihm zustehende Menge durch Zumessung auszufolgen.<sup>110</sup>

Mit dem von ihr gezeichneten reichen Bild der Vertragsgestaltung im Mittelmeerraum, deren Einfluss auf die römische Vertragsgestaltung plausibel ist,<sup>111</sup> zeigt Jakob eine große Flexibilität schuldrechtlicher Gestaltungsformen auf. Dies stärkt insbesondere die Vermutung, dass der republikanischen Jurisprudenz eine *culpa*-Haftung auch im Rahmen der *locatio conductio* nicht unbekannt war. Dass die von ihr beigebrachten Dokumente darüber hinaus den Schluss zulassen, die Frachtverträge hätten in der Regel lediglich eine Haftung nur für die ‚typisierten Fälle der Seegefahr‘ ausgeschlossen, scheint mir allerdings zweifelhaft; schon Bürge hat zutreffend gezögert, für Griechenland eine allgemeine Regel auszumachen, die für die Gefahrübernahme durch den Verfrachter oder Schiffer spricht.<sup>112</sup> Zu Recht weist auch Jakob darauf hin, dass die untersuchten Navigationsklauseln, die dem Reeder untersagen, bei schlechtem Wetter, in der Nacht oder im Sturm zu segeln, und von ihm verlangen, in den sichersten Häfen anzulegen,<sup>113</sup> gegen eine grundsätzlich unbeschränkte Haftung der Schiffer sprechen;<sup>114</sup> und die Verpflichtung zum Anlegen in sicheren Häfen rekuriert auf Gefahren, die über den Bereich der bloßen Seegefahr hinausgehen. Insbesondere aber lassen sich aus einer grundsätzlichen Beschränkung der Gattungsschuld auf den vorhandenen Vorrat und einer Verpflichtung zur Rückgabe nach Maß ebenso wenig valide Rückschlüsse auf den Haftungsmaßstab ziehen<sup>115</sup> wie aus der Quittierung der in das Schiff eingeladenen Menge,<sup>116</sup> die der bloßen Beweiserleichterung gedient haben mag. Dass der Reeder nicht völlig frei über das auf dem Schiff befindliche Getreide verfügen konnte, trifft zu. Dass es bei der Rückgabepflicht nach Maß darum ging, den Reeder für die Rückgabe „beinahe uneingeschränkt“ haften zu lassen, scheint mir nicht ausreichend belegt.

Die in D.19.2.31 und D.34.2.34 pr. postulierte Eigentumsstellung, deren obligatorische Bindung den neuen Eigentümer an der freien Verfügung über die erlangte Sache hindert, führt nicht zu einer Zufallshaftung des Erwerbers: Der vertragliche Haftungsmaßstab soll (und kann) von der Eigentumsübertragung offensichtlich unberührt bleiben. Für die Möglichkeit dieser Differenzierung von vertraglichem Haftungsmaßstab und dinglicher Eigentumszuordnung in republikanischer Zeit haben Benke<sup>117</sup> und Bürge<sup>118</sup> wertvolle Nachweise gegeben. Das Motiv

<sup>110</sup> JAKAB (Anm. 5), S. 99.

<sup>111</sup> Hierzu auch JAKAB, Risikomanagement bei den naukleroi, <http://www2.juris.u-szeged.hu/romai/tartalom/fschr.pielcr.pdf>, S. 12 ff., gegen RATHBORNE, The Financing of maritime Commerce in the Roman Empire, I-II AD, in: LO CASCIO, Credito e moneta nel mondo romano, Bari 2003, S. 205.

<sup>112</sup> BÜRGE (Anm. 69), S. 379.

<sup>113</sup> P.Oxy. XLV 3250; SB XIV 11552; P.Oxy. 3111, annona.

<sup>114</sup> JAKAB (Anm. 5), S. 95.

<sup>115</sup> So aber JAKAB (Anm. 5), S. 95 ff., 99 f. im Sinne einer impliziten, d. h. versteckten Gefahrenübernahme.

<sup>116</sup> JAKAB (Anm. 5), S. 96.

<sup>117</sup> BENKE (Anm. 1), S. 236.

<sup>118</sup> BÜRGE (Anm. 69), S. 400 f.

des Eigentumsübergangs blieb dabei allerdings unklar. Während Bürge dies nicht weiter thematisiert, sieht und akzeptiert Benke den Eigentumsübergang als – zu Gunsten des *conductor* – recht großzügige juristische Lösung zum Zweck der Erleichterung des Transports.<sup>119</sup> Mir scheint dies im Ergebnis zutreffend; vor dem Hintergrund eines bislang nicht beachteten Aspekts sei die „Großzügigkeit“ der Lösung allerdings relativiert: D.19.2.31 und D.34.2.34 pr. zeigen, dass ein Eigentumsübergang (nur) in den Fällen angenommen wird, in denen der *conductor* den ihm zur Verfügung gestellten Gegenstand nicht mehr so ausliefert, wie er ihn erhalten hat. Das gilt für das Getreide, das ausgetauscht werden muss, und das Gold, das in Substanz verletzender Weise bearbeitet wird, nicht aber für Stoffe, die gereinigt werden. Der Grund des Eigentumsübergangs erschließt sich vor diesem Hintergrund in recht praktischer Weise: Die dingliche Position schützt den *conductor* von vornherein vor der – in diesen Fällen besonders relevanten – Gefahr, jenseits der Vertragshaftung für etwaige Fehler nach der *actio furti* und im Bereich des *damnum iniuria datum* nach der *lex Aquilia*<sup>120</sup> herangezogen zu werden, insofern man den Geltungsbereich des dritten Kapitels für Beschädigungen unbeseelter Sachen bereits für die republikanische Zeit anerkennt.<sup>121</sup> Damit entkommt er etwa in den Sachverhaltskonstellationen der *actio furti nec manifesti* sowie denen der aquilischen Haftung in Fällen der Litiskreszenz<sup>122</sup> dem Risiko einer doppelten Schadensberechnung<sup>123</sup> und der Ersatzpflicht von Schadenspositionen, die außerhalb des Vertragszwecks liegen<sup>124</sup>.

Gerade im Bereich der Haftung für Sachbeschädigungen zu republikanischer Zeit steht diese Interpretation auf den unvermeidbar tönernen Füßen von Hypothesen, die nie mehr als einen größeren Grad an Wahrscheinlichkeit zu begründen in der Lage sind.<sup>125</sup> Ihren textlichen Ausgangsimpuls findet sie in der ernsthaften Berücksichtigung der bereits von den Kompilatoren für kaum bedeutsam gehaltenen Ablehnung einer *actio furti* respektive *actio oneris aversi* in D.19.2.31, die den Blick auf den Haftungsbereich jenseits des Vertraglichen lenkt. Dabei erweist sich das Eigentum auf republikanischer Entwicklungsstufe als pragmatisches Mittel der Zuteilung rechtlicher Positionen, die auf der Ebene des Haftungsmaßstabs noch unberücksichtigt bleiben können. Die klassische Zeit präzisiert die

63

<sup>119</sup> BENKE (Anm. 1), S. 236.

<sup>120</sup> Zur Datierung der *lex Aquilia* vgl. nur NÖRR, *Causa mortis*, München 1987, S. 124 ff.

<sup>121</sup> VÖLKL, *Quanti ea res erit in diebus triginta proximis*. Zum dritten Kapitel der *lex Aquilia*, RIDA 24 (1977), S. 461, 466 ff. hat in Auseinandersetzung mit DAUBE, *On the Third Chapter of the lex Aquilia*, LQR 52 (1936), S. 253 ff. m. E. überzeugend aufzeigen können, dass von *usserit* im dritten Buch auch Schäden an unbeseelten Objekten erfasst sind; zustimmend auch JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Tübingen 2003, S. 202 f. Anm. 140; hinsichtlich der zeitlichen Einordnung unklar HAUSMANINGER, *Das Schadensersatzrecht der lex Aquilia*, Wien 1996, S. 34 f.

<sup>122</sup> Zur Litiskreszenz im Rahmen der *lex Aquilia* Ulpian D.9.2.23.10; die Litiskreszenz galt auch für das dritte Kapitel der *lex Aquilia*, vgl. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, S. 26; generell zur Litiskreszenz ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Town 1992, S. 974 f.

<sup>123</sup> Zur doppelten Schadensberechnung bei der *actio furti nec manifesti* ZIMMERMANN (Anm. 122), S. 932 ff.

<sup>124</sup> Zur Beschränkung vertraglicher Ersatzpositionen durch die *causa locationis* vgl. etwa Paulus D.19.2.45.1; Pomponius-Labeo D.17.2.60.1.

<sup>125</sup> Mit Blick auf das dritte Kapitel der *lex Aquilia* VÖLKL (Anm. 121), S. 461.

Konturen des Eigentumsbegriffs - in der historischen Rückschau mag man insoweit von "dogmatisierung" sprechen - und stabilisiert es als verdichtete Rechtsposition,<sup>126</sup> deren Absolutheit eine Zufallshaftung des Eigentümers bedingt und rechtfertigt. Die Pragmatik, von der die Konstruktion in D.19.2.31 noch getragen ist, wird den Konsequenzen aus dieser Dogmatik weichen: Wie die *fiducia* durch das *pignus*, bei dem kein Eigentumsübergang stattfindet, abgelöst werden wird, wird der Prozess der Eigentumsdogmatisierung für die *locatio conductio* durch Herausbildung des Grundsatzes *non solet locatio dominium mutare* ein Gleichbleiben der Eigentumslage bedeuten.<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> Eine Verdichtung und Stabilisierung des Eigentumsbegriffs nimmt auch BENKE (Anm. 1), S. 236 an.

<sup>127</sup> Auf diese Parallele weist BENKE (Anm. 1), S. 236 hin.