

# 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 22. Oktober 2012**

**© 2012 fhi**

**Erstveröffentlichung**

**Zitiervorschlag:**

**<http://www.forhistiur.de/zitat/1210galaboff.htm>**

**ISSN 1860-560**

Nikola Galaboff (Erlangen-Nürnberg)

## **Auswirkung des Innenverhältnisses der *socii* auf das Außenverhältnis der *societas*?**<sup>\*</sup>

I.

Im Zuge der Rezeption des römischen Rechts als einzigartigem kulturhistorischen Prozess, der sich über viele Jahrhunderte erstreckt hat und dessen Ursachen, Wege und Auswirkungen in den einzelnen Territorien verschiedenartig waren<sup>1</sup>, haben zahlreiche antike Rechtsinstitute „Einzug gehalten“ in die modernen Kodifikationen der Neuzeit oder diese zumindest in erheblichem Maße bereichert.

Ein Beispiel hierfür ist die römische *societas*, deren „Geist“ bis heute im deutschen Gesellschaftsrecht weiterlebt. Innerhalb der Gesellschaftsrechtslehre kommt dabei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, deren historische Wurzeln ebenso in der *societas* zu finden sind, besondere Bedeutung zu. Denn seit einiger Zeit wird von mehreren Juristen der Versuch unternommen, Vorschläge für eine Neuinterpretation und Reformierung der Vermögens- und Haftungsordnung der BGB-Gesellschaft in die rechtswissenschaftliche Diskussion einzubringen.<sup>2</sup> Lange Zeit war aufgrund fehlender abschließender Regelungen im Gesetz die Rechtsnatur der BGB-Gesellschaft höchst umstritten. Erst seit der berühmten Entscheidung des BGH „Weißes Ross“ im Jahre 2001 ist es allgemein anerkannt, dass die (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts Rechtsfähigkeit besitzt, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet und soweit nicht spezielle Gesichtspunkte entgegenstehen.<sup>3</sup>

Dies und die darauf aufbauende Akzessorietätstheorie haben insbesondere Auswirkungen sowohl auf die Haftung der Gesellschaft als auch auf die der Gesellschafter. Da die GbR nunmehr als teilrechtsfähig angesehen wird, kann sie grundsätzlich selbst Gläubigerin und Schuldnerin sein, sie selbst haftet also für die Erfüllung vertraglicher und gesetzlicher Pflichten. Nach der bereits erwähnten und mittlerweile herrschenden Akzessorietätstheorie haften die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft gem. § 128 S. 1 HGB analog für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft, d.h. persönlich und unbeschränkt, primär und unmittelbar, auf das Ganze und als Gesamtschuldner i.S.d. § 421 BGB. Mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages entsteht die GbR nicht nur im Außenverhältnis, sondern zwischen den Beteiligten entstehen

---

\* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Für wertvolle kritische Anmerkungen sei Herrn Prof. Dr. Spengler herzlichst gedankt.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu etwa H. COING, Europäisches Privatrecht. Band I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985, S. 8.

<sup>2</sup> Siehe beispielsweise M. ALBERTS, Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts im Umbruch, Frankfurt am Main 1994.

<sup>3</sup> BGHZ 146, 341 (343).

auch schuldrechtliche Rechte und Pflichten, die sich, falls im Gesellschaftsvertrag keine Regelungen getroffen wurden, aus den §§ 705 ff. BGB ergeben: Die Gesellschafter sind zur Leistung der Beiträge verpflichtet, es besteht eine allgemeine gesellschaftliche Treuepflicht, die geschäftsführenden Gesellschafter haben das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung, den Gesellschaftern kommt das Recht auf Mitverwaltung und Information zu, sie sind am Gewinn und Verlust beteiligt und bei Aufwendungen für die Gesellschaft oder Schädigungen entstehen Ausgleichs- und Ersatzansprüche. Diese Rechte und Pflichten bestehen nicht nur zwischen den Gesellschaftern, sondern auch zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern, so dass Ansprüche auch zwischen ihnen entstehen können.

Wie sind diese Regelungen zu interpretieren? Wie sind sie vor dem geschichtlichen Hintergrund richtigerweise zu verstehen? Und wie ist es letztlich zu erklären, dass sich im BGB über die Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts keine umfassenden Regeln finden? Um eine Antwort auf diese Fragen zu finden und um ein besseres Verständnis der Vorschriften des geltenden Rechts zu ermöglichen, erscheint eine genauere rechtsgeschichtliche Untersuchung des Wesens der römischen *societas* unerlässlich. Im Folgenden wird daher versucht, anhand einiger zeitgenössischer Quellen darzustellen, ob überhaupt und wenn ja, inwieweit die Beziehungen der *socii* untereinander Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen der *societas* und Dritten, also auf das Außenverhältnis hatten.

4

II.

### 1. Historische Entwicklung und Wesen der römischen *societas*

Bevor anhand der entsprechenden Digestenstellen eine detaillierte Analyse erfolgen kann, erscheint es geboten, zunächst auf die Besonderheiten und Grundsätze der *societas* als Rechtsinstitut einzugehen.

5

Die *societas* tritt in den uns überlieferten römischen Quellen in ganz unterschiedlichen Erscheinungsformen auf: zu finden sind Universalgesellschaften, wie z.B. die *societas omnium bonorum* oder die *societas omnium quae ex quaestu veniunt*, die das gesamte private oder aus dem Erwerb stammende Vermögen der Gesellschafter umfassten, im Gegensatz dazu Partikulargesellschaften wie die *societas unius negotiationis* und die *societas unius rei*, die den gemeinschaftlichen Betrieb eines einzelnen Erwerbsgeschäfts oder nur die gemeinschaftliche Erledigung einer einzelnen Angelegenheit zum Ziel haben konnten<sup>4</sup>, sowie verbandsmäßig organisierte Gesellschaftsformen wie die *societas publicanorum* bzw. die *societas vectigalis*, bei denen es um die Steuerpacht oder um die Vergabe öffentlicher Aufgaben ging.<sup>5</sup> Des Weiteren sind Zusammenhänge und Parallelen zur Erbgemeinschaft und zur *communio pro indiviso* zu

6

<sup>4</sup> F.-S. MEISSEL, *Societas – Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main 2004, S. 13.

<sup>5</sup> Vgl. z.B. Gai. inst. 3.148 oder Ulp. D. 17.2.5 pr.

erkennen. Nicht zu vergessen sind spezielle Formen der *societas*, wie die *societas cum liberto contracta* und einzelne Pacht- und Weideverträge.<sup>6</sup>

Angesichts dieser Typenvielfalt ist bis heute in der rechtsgeschichtlichen Literatur nicht abschließend geklärt, auf welche geschichtliche Wurzel die Gesellschaft zurückgeht. Nach der Ansicht Wieackers, die unter den Rechtshistorikern großen Anklang gefunden hat, war der geschichtliche Ausgangspunkt die ungeteilte Hauserbengemeinschaft des altrömischen Rechts, das *consortium*.<sup>7</sup> Wie aus einem auf einem Papyrus erhaltenen Gaius-Text (Gai. inst. 3.154 a) hervorgeht, blieben die Kinder nach dem Tod des *paterfamilias* auf dem ererbten Gut und bewirtschafteten es gemeinsam: *Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. Olim enim mortuo patre familias, inter suos heredes quaedam erat legitima simul naturalis societas....* Jeder einzelne der Hauserben konnte mit Wirkung für alle über die zum gemeinschaftlichen Gut gehörenden Gegenstände verfügen, z.B. eine Sache durch *mancipatio* veräußern oder aber einen Sklaven freilassen: *illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat qui mancipio accipiebat* (Gai. inst. 3.154 b). Das *consortium* war also im Hinblick auf die gemeinsame Berechtigung an dem Hof sowohl Gemeinschaft als auch Gesellschaft, denn die *heredes* hatten sich schließlich zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks, nämlich der gemeinsamen Bewirtschaftung des Guts, zusammengeschlossen. Daher wurde es auch als *societas ercto non cito* bezeichnet: ... *quae appellabatur „ercto non cito“, id est dominio non diviso: „erctum“ enim dominium est, unde „erus“ dominus dicitur; „ciere“ autem dividere est: unde „caedere“ et secare et dividere dicimus* (Gai. inst. 3.154 a). Dieses Rechtsverhältnis konnte später ebenso unter anderen Personen künstlich durch Rechtsakt, nämlich im Wege der *certa legisactio* vor dem Prätor geschaffen werden: *Alii quoque qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione.* (Gai. inst. 3.154 b). Dadurch wurden die bei der archaischen Hauserbengemeinschaft geltenden Grundsätze auf ein rechtsgeschäftliches Verhältnis, die *societas ad exemplum fratrum suorum*, übertragen und es entstand nach der Auffassung Wieackers somit die wohl älteste Erscheinungsform der *societas*, die ebenso wie ihr geschichtliches Vorbild vermutlich stets eine Gemeinschaft des ganzen Vermögens, also eine *societas omnium bonorum* war: ... *in hac autem societate fratrum suorum ceterorumve, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, ...* (Gai. inst. 3.154 b).

Im Gegensatz dazu verneint Guarino jeglichen Zusammenhang zwischen der altzivilen Erbengemeinschaft und der *societas*.<sup>8</sup> Zwischen diesen beiden Positionen sind die vermittelnden Ansichten von Arangio-Ruiz<sup>9</sup> und Kaser<sup>10</sup> anzusiedeln, die in der konsensualen *societas*

<sup>6</sup> Vgl. MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 13.

<sup>7</sup> Siehe grundlegend hierzu F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft – Untersuchungen zur Geschichte des Römischen Gesellschaftsrechts*, Erster Teil, Weimar 1936, S. 127.

<sup>8</sup> A. GUARINO, *La società in diritto romano*, Napoli 1988, S. 1 ff.

<sup>9</sup> Siehe hierzu V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli 1950, S. 18 ff.

<sup>10</sup> Vgl. M. KASER, *Neue Literatur zur Societas*, in: SDHI 41 (1975), S. 278 ff.

ein völlig eigenständiges Rechtsinstitut sehen, das aber unter dem Einfluss der Regeln und Grundsätze des *consortium* und der jungrepublikanischen Erwerbsgesellschaften stand.

Zwar ist ein gewisser geschichtlicher Zusammenhang zwischen dem altrömischen *consortium* und der *societas* des klassischen Rechts nicht zu leugnen. Allerdings ist zu beachten, dass die Strukturen dieser beiden Institute doch sehr unterschiedlich sind. Um nur ein Beispiel zu nennen gehörte das *consortium* dem *ius civile* an, während die *societas* nicht auf römische Bürger beschränkt, sondern auch Peregrinen zugänglich war.<sup>11</sup> Daher erscheint es wohl wahrscheinlicher, dass sich die von der *bona fides* beherrschte konsensuale *societas* aus der kapitalistischen Erwerbsgesellschaft entwickelt hat: Im Zeitalter der jüngeren Republik schlossen sich Vermögensträger in den meisten Fällen formlos zusammen, um effizient Handel zu treiben und um dadurch den wirtschaftlichen Bedürfnissen jener Zeit, die von wirtschaftlicher Expansion und ökonomischem Aufschwung geprägt war, gerecht zu werden.<sup>12</sup>

Charakteristisch für den Gesellschaftsvertrag des spätrepublikanischen und des kaiserzeitlichen Rechts war der Zusammenschluss zweier oder mehrerer Personen, um einen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Mitteln zu fördern und zu erreichen.<sup>13</sup> Die *societas* wurde durch das mitgeteilte Einverständnis, also *consensu* der Gesellschafter begründet und bestand nur so lange, wie sie auch an diesem festhielten.<sup>14</sup> Als Beiträge zur Gesellschaft kamen Geld, Sach- und gelegentlich sogar Arbeitsleistungen in Betracht.<sup>15</sup> Wurde nichts anderes vereinbart, so waren die Anteile der *socii* an Gewinn und Verlust gleich; brachte aber ein Gesellschafter besonders hohe Vermögenswerte oder Arbeitsleistungen in die Gesellschaft ein, wurde er am Gewinn dementsprechend auch höher beteiligt.<sup>16</sup> Rechtlich unzulässig war lediglich die sog. *societas leonina*, bei der ein *socius* nur den Verlust trug, aber gleichzeitig nichts vom Gewinn erhielt.<sup>17</sup>

Ihrem Wesen nach war die Gesellschaft der klassischen Zeit ein schuldrechtliches Verhältnis, das lediglich zwischen den *socii* bestand. Als solches entfaltete es nur Innenwirkungen, d.h. Rechte und Pflichten konnten nur zwischen den einzelnen Gesellschaftern entstehen.<sup>18</sup> Rechtshandlungen zwischen den Gesellschaftern und Dritten hatten keinerlei Auswirkungen auf die *societas* an sich, sondern wirkten nur für und gegen die *socii*. Die *societas* stellte also eine reine Innengesellschaft und keinen Verband mit Außenwirkung dar.<sup>19</sup> Ebenso bestand zwischen den Eigentumsverhältnissen der Gesellschafter und dem Fortbestand des Gesellschaftsvertrages

<sup>11</sup> Etwa T. MAYER-MALY, Römisches Recht, 2. Auflage, Wien 1999, S. 148.

<sup>12</sup> M. KASER, Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Auflage, München 1971, S. 573.

<sup>13</sup> So J.-D. HARKE, Societas als Geschäftsführung und das römische Obligationensystem, in: TS 73 (2005), S. 43-66, hier S. 43.

<sup>14</sup> M. KASER/R. KNÜTEL, Römisches Privatrecht, 18. Auflage, München 2005, S. 227.

<sup>15</sup> MAYER-MALY, Römisches Recht (Anm. 11), S. 149.

<sup>16</sup> H. HONSELL, Römisches Recht, 5. Auflage, Berlin – Heidelberg 2002, S. 151.

<sup>17</sup> Vgl. D. 17.2.29.2.

<sup>18</sup> KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht (Anm. 14), S. 227.

<sup>19</sup> P. JÖRS/W. KUNKEL/L. WENGER, Römisches Privatrecht, Berlin – Göttingen – Heidelberg 1949, S. 242.

grundsätzlich keine Akzessorietät. Durch die Kapitaleinlagen der *socii* entstand aber in den meisten Fällen zwangsläufig ein Gesamthandsvermögen, an dem sie entsprechend ihrer Anteile berechtigt waren.<sup>20</sup> Zur konsensualen *societas* trat dann eine sachenrechtliche *communio* hinzu.<sup>21</sup> Das Gesellschaftsverhältnis endete durch Kündigung (*renuntiatio*), Konkurs oder mit dem Tod eines Gesellschafters (*capitis deminutio*).<sup>22</sup> Die Erhebung der Gesellschaftsklage, die *actio pro socio*, wirkte wie eine Kündigung. Wegen ihres weiten Ermessensspielraums gehörte sie zu den *bonae fidei iudicia*.<sup>23</sup> Im Einzelnen war sie hauptsächlich auf Zuteilung von Gewinn, Ersatz wegen versäumter Beitragsleistungen, Aufwendungen oder Schäden, die der Gesellschafter bei der Verfolgung des gemeinschaftlichen Ziels oder aufgrund treuwidrigen Verhaltens des Beklagten erlitten hatte, gerichtet.<sup>24</sup> Die *socii* hafteten untereinander zunächst nur für *dolus*, in klassischer Zeit aber auch für *culpa* und *custodia*.<sup>25</sup> Die nachklassische Jurisprudenz entwickelte aus diesen Grundsätzen eine Haftung für diejenige Sorgfalt, die der Gesellschafter in seinen eigenen Angelegenheiten zu beachten pflegte (*diligentia quam in suis*).<sup>26</sup> Im Falle einer Verurteilung wirkte die *actio pro socio* infamierend.<sup>27</sup>

## 2. Rechtliche Auswirkungen des Innenverhältnisses zwischen den *socii* auf die Außenbeziehungen der *societas*?

Wie bereits erwähnt handelte es sich bei der *societas* des klassischen römischen Rechts in erster Linie um eine Innengesellschaft. Nach der Ansicht Wieackers „bekundet sich darin die entschiedene Abneigung des römischen Rechtsgeistes gegen genossenschaftliche Bindungen von Menschen und Dingen.“<sup>28</sup> Einige Stellen aus der klassizistischen Kodifikation Justinians lassen jedoch erkennen, dass versucht wurde, Grundsätze der *societas publicanorum* und anderer körperschaftlicher Verbände, wie etwa die Ausstattung der Gesellschaft mit einem gemeinsamen Vermögen oder die Haftung aller Gesellschafter aus den Geschäften eines einzelnen *socius*, auf die Gesellschaft des Privatrechts zu übertragen.<sup>29</sup>

Es stellt sich nun die Frage, ob die Anfänge einer solchen Außenwirkung der *societas* bereits in der Schaffenszeit der klassischen Juristen liegen.

<sup>20</sup> JÖRS/KUNKEL/WENGER, Römisches Privatrecht (Anm. 19), S. 242.

<sup>21</sup> KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht (Anm. 14), S. 229.

<sup>22</sup> HONSELL, Römisches Recht (Anm. 16), S. 151.

<sup>23</sup> M. KASER, Römisches Privatrecht. Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen, 2. Auflage, München 1975, S. 414.

<sup>24</sup> KASER, RP I (Anm. 12), S. 576.

<sup>25</sup> HONSELL, Römisches Recht (Anm. 16), S. 152.

<sup>26</sup> JÖRS/KUNKEL/WENGER, Römisches Privatrecht (Anm. 19), S. 243.

<sup>27</sup> HONSELL, Römisches Recht (Anm. 16), S. 152 f.

<sup>28</sup> F. WIEACKER, Das Gesellschaftsverhältnis des klassischen Rechts, in: ZSS 69 (1952), S. 302-344, hier S. 342.

<sup>29</sup> KASER, RP II (Anm. 23), S. 411.

a) *Societates negotiationis alicuius* und *societates unius rei*

Nach dem Umfang der Gesellschaft unterschied man *societates totorum bonorum* und als 14  
Gegenbegriff *societates unius alicuius negotii*: *Societatem coire solemus aut totorum aut unius alicuius negotii, veluti mancipiorum emendorum aut vendendorum* (Gai. inst. 3.148).

Innerhalb der zweiten Gruppe verliefen die Grenzen zwischen einer *societas negotiationis alicuius* und einer *societas alicuius rei* eher fließend: Der Begriff *negotium* bzw. *negotiatio* 15  
wurde verwendet, wenn es darum ging, einerseits eine einzelne wirtschaftliche Transaktion oder andererseits einen Groß- oder Kleinbetrieb, der auf dauerhafte Gewinnerzielung gerichtet war, zu bezeichnen.<sup>30</sup> Darüber hinaus ist in den Quellen insbesondere im Zusammenhang mit der *societas ad emendum et vendendum* sowohl von Handelsgesellschaften, die den auf längere Dauer angelegten Ein- und Verkauf bestimmter Waren zum Gegenstand hatten,<sup>31</sup> als auch von reinen Gelegenheitszusammenschlüssen die Rede, die den finanziellen Gewinn durch den Ein- und Verkauf einer ganz bestimmten Sache zum Ziel hatten.<sup>32</sup> Im Hinblick auf die teilweise auseinander gehenden Rechtsfolgen konnte eine genaue Differenzierung zwischen den beiden Typen im Einzelfall von großer Bedeutung sein, jedoch ist zu beachten, dass das Interesse der römischen Juristen in erster Linie der Untersuchung eines konkreten Gesellschaftsverhältnisses galt und weniger der Zuordnung zu einem der beiden Erscheinungsformen.<sup>33</sup>

Im Folgenden werden daher Beispiele für Partikulargesellschaften, geordnet nach 16  
Geschäftszweigen, in Bezug auf die Frage, inwieweit das Bestehen eines Innenverhältnisses der *societas* in speziellen Fällen rechtliche Relevanz im Außenverhältnis haben konnte, untersucht.

## b) Gesellschaften zur Finanzierung und zum Betreiben von Schifftransporten

Lange Zeit beschränkte man sich im alten Rom auf die vollständige Ausschöpfung der 17  
Möglichkeiten zur Nutzung des Bodens.<sup>34</sup> Die Schiffbarkeit der Flüsse war gering und aufgrund der Tatsache, dass die Seefahrt mit großen Risiken verbunden war, etwa Überfälle von Piraten oder anderen feindlich gesinnten Personen sowie erhebliche Gefahren für Mannschaft und Waren durch Seestürme und hohe Wellengänge, erstreckte sich die Handelsschifffahrt wenn überhaupt nur auf den Küstenraum.<sup>35</sup> Schifffahrt in großem Umfang fand lediglich im Rahmen der Kriegsführung, v.a. in den Punischen Kriegen statt, um die Versorgung des Heeres sicherzustellen.<sup>36</sup> Erst in den letzten zwei Jahrhunderten v.Chr. wurde erkannt, welche Perspektiven der Seetransport in finanzieller und wirtschaftlicher Hinsicht bot: Durch die

---

<sup>30</sup> MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 131.

<sup>31</sup> Vgl. D. 14.4.5.15 und D. 17.2.52.4.

<sup>32</sup> Vgl. D. 17.2.58 pr.

<sup>33</sup> MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 133.

<sup>34</sup> J.A. CROOK, *Law and Life of Rome*, Ithaca – New York 1967, S. 206.

<sup>35</sup> Vgl. A.J.M. MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht*, Zutphen 1978, S. 147.

<sup>36</sup> J.H. THIEL, *Studies on the History of Roman Sea-Power in Republic Times*, Amsterdam 1946, S. 17.

Ausdehnung des Handels auf die Gebiete, die die Römer im Laufe der Zeit erobert hatten, hatte auch die Kapitalbildung rasch zugenommen.<sup>37</sup> Mit dieser Entwicklung ging auch das allgemeine Bedürfnis nach einem höheren Lebensstandard einher: Luxusgüter und Sklaven wurden per Schiff herantransportiert. Dabei erwiesen sich die Kosten für Ladung und Transport und der Zeitaufwand im Vergleich zu denjenigen, die bei einem Transport über Land anfielen, als wesentlich geringer.<sup>38</sup> Das Finanzieren und Betreiben von Schifftransporten stellte also eine effiziente, äußerst lukrative aber auch sehr risikoreiche Tätigkeit dar. Deshalb lag es nicht zuletzt auch aus rein praktischen Erwägungen nahe, Handelsgesellschaften zu bilden, um das Geschäftsrisiko zu begrenzen, zumindest kalkulierbarer zu machen und um durch eine Vielzahl finanzkräftiger *socii* das nötige Kapital zu beschaffen.<sup>39</sup>

aa) Ulp. D. 14.1.1.25, Gai. D. 14.1.2, Paul. D. 14.1.3 und Ulp. D. 14.1.4.1 **18**

In den Juristenschriften sind einige Hinweise auf Gesellschaften von Reedern, die gemeinsam ein Schiff betrieben, zu finden. Dabei wurde insbesondere das Problem dargestellt und erörtert, auf welche Weise gegen einen einzelnen *exercitor* vorgegangen werden konnte: **19**

*Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum* (D. 14.1.1.25): *Si plures navem exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi potest.* **20**

Ulpian im 28. Buch zum Edikt: „Wenn mehrere Reeder ein Schiff betreiben, dann kann jeder einzelne von ihnen auf das Ganze verklagt werden.“ **21**

*Gaius libro nono ad edictum provinciale* (D. 14.1.2): *Ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit.* **22**

Gaius im 9. Buch zum Provinzialedikt: „Damit derjenige, der mit nur einer Person einen Vertrag geschlossen hat, nicht gegen mehrere Gegner vorgehen muss.“ **23**

*Paulus libro vicensimo nono ad edictum* (D. 14.1.3): *Nec quicquam facere, quotam quisque portionem in nave habeat, eumque qui praestiterit societatis iudicio a ceteris consecuturum.* **24**

Paulus im 29. Buch zum Edikt: „Und ebenso ist es unerheblich, mit welchem Anteil jeder an dem Schiff beteiligt ist; und derjenige, der gezahlt hat, kann im Wege der Gesellschafterklage von den Übrigen Ersatz verlangen.“ **25**

*Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum* (D. 14.1.4.1): *Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, huius nomine in solidum poterunt conveniri.* **26**

Ulpian im 29. Buch zum Edikt: „Wenn aber mehrere Reeder ein Schiff betreiben und sie einen von ihnen zum Kapitän ernennen, dann kann aus dessen Person jeder von ihnen auf das Ganze in Anspruch genommen werden.“ **27**

Als Grundregel wird von Ulpian in D. 14.1.1.25 festgehalten, dass bei mehreren *exercitores* jeder einzelne von ihnen über die *actio exercitoria* auf das Ganze in Anspruch genommen werden kann. Die *actio exercitoria* wurde durch prätorisches Edikt eingeführt. Nach der Rekonstruktion von Otto Lenel lautete das Edikt im Original wie folgt: *Quod cum magistro* **28**

<sup>37</sup> MEYER-TERMEER, Haftung (Anm. 35), S. 147.

<sup>38</sup> H. KLOFT, Die Wirtschaft der griechisch-römischen Welt. Eine Einführung, Darmstadt 1992, S. 178.

<sup>39</sup> Dies konstatiert zutreffend MEISSEL, Societas (Anm. 4), S. 175.

*navis gestum erit eius rei nomine, cui ibi praepositus fuerit, in eum, qui eam nauem exercuerit, iudicium dabo.*<sup>40</sup> Bei der *actio exercitoria* handelte es sich um eine sogenannte adjektivische Klage. Adjektivisch hießen die Klagen gegen den Geschäftsherren aus Geschäften der von ihm eingesetzten Geschäftsführer oder gegen den Gewalthaber aus Geschäften der seiner Gewalt Unterstehenden.<sup>41</sup> Nach Ulp. D. 14.1.1.15 verstand man unter einem *exercitor navis* einen Gewerbetreibenden, der ein eigenes oder gemietetes Schiff für eine bestimmte Zeit oder dauerhaft auf eigene Rechnung hielt und die Einkünfte aus der damit durchgeführten Beförderung von Personen und Waren zog. Die deutsche Bezeichnung „Reeder“ erscheint hierfür als am besten geeignet, wenngleich einige Unterschiede zum heutigen deutschen Seerecht bestehen: Reeder heißt nur der Eigentümer eines Schiffes. Wer sich eines fremden Schiffes bedient, wird im Verhältnis zu Dritten zwar als Reeder angesehen, jedoch als Ausrüster bezeichnet.<sup>42</sup> Das römische Recht kannte allerdings diese Unterscheidung nicht. Der *magister navis* hingegen wird in Ulp. D. 14.1.1.1 als derjenige definiert, dem die Verantwortung für das ganze Schiff übertragen worden war. Dabei kam ihm eine Doppelfunktion zu: zum einen war er für die technische Leitung des Schiffes verantwortlich, zum anderen leitete er die Geschäfte des Reeders; dazu wurde er durch den Reeder autorisiert, in dessen Namen Verträge mit Dritten abzuschließen (*praepositio*).<sup>43</sup> Zutreffend wird der *magister navis* daher als Kapitän bezeichnet.<sup>44</sup>

Die Verträge, die während einer Seereise abgeschlossen wurden, besaßen gegenüber denjenigen, die beim Handel zu Lande geschlossen wurden, eine Besonderheit: Die Geschäfte wurden oft weit weg vom Heimathafen vollzogen, wobei die Vertragspartner, also der Kapitän und ein Dritter einander meist unbekannt waren. Dem Kontrahenten bot sich daher im Regelfall keine Möglichkeit, Informationen über die personenrechtliche Stellung oder die Kreditwürdigkeit des Kapitäns einzuholen.<sup>45</sup> Sinn und Zweck der *actio exercitoria* war es folglich, demjenigen, der mit dem weisungsgebundenen Kapitän ein Geschäft, für dessen Vornahme er vom Reeder bestellt worden war, abgeschlossen hatte, die Möglichkeit zu verschaffen, den eigentlichen Unternehmer des Geschäfts, nämlich den Reeder in Anspruch nehmen zu können.<sup>46</sup> Dabei konnte der Gläubiger vom Reeder die volle Höhe der Schulden verlangen, er haftete also *in solidum*.<sup>47</sup>

Zwar lässt der uns überlieferte Ulpian-Text seinem Wortlaut nach nicht erkennen, ob die Reeder einen gemeinsamen *magister navis* bestellt haben, denn der Jurist sagt in D. 14.1.1.25

<sup>40</sup> Siehe O. LENEL, Das Edictum Perpetuum – Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 2. Auflage, Leipzig 1917, S. 249.

<sup>41</sup> A. WACKE, Die adjektivischen Klagen im Überblick, in: ZSS 111 (1994), S. 280-362, hier S. 281.

<sup>42</sup> WACKE, Klagen (Anm. 41), S. 299.

<sup>43</sup> WACKE, Klagen (Anm. 41), S. 301.

<sup>44</sup> KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht (Anm. 14), S. 249.

<sup>45</sup> Vgl. Ulp. D. 14.1.1 pr.

<sup>46</sup> WACKE, Klagen (Anm. 41), S. 301.

<sup>47</sup> KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht (Anm. 14), S. 249.

nur, dass an dem Unternehmen mehrere beteiligt sind.<sup>48</sup> Jedoch muss das Fragment im Zusammenhang mit zwei weiteren gesehen werden, in denen auch die Rede davon ist, dass mehrere *exercitores* ein Schiff betreiben: In D. 14.1.4 pr. wird die Konstellation behandelt, bei der mehrere Reeder die Geschäfte selbst und für sich führen, ohne dafür einen Kapitän eingesetzt zu haben (*Si tamen plures per se navem exercent, ...*) Im Gegensatz dazu beschäftigt sich Ulpian in D. 14.1.4.1 mit der Variante, dass einer aus der Mitte der *exercitores* zum gemeinsamen Kapitän ernannt wurde (*Sed si plures exercent, unum autem de numero suo magistrum fecerint, ...*). Aus der Systematik dieser drei Ulpian-Fragmente kann folglich geschlossen werden, dass D. 14.1.1.25 und damit auch D. 14.1.2 sowie D. 14.1.3 von der dritten Möglichkeit ausgehen, nämlich dass die Reeder gemeinschaftlich einen Dritten, der nicht aus ihren Reihen stammt, zum *magister navis* bestellt haben.<sup>49</sup>

Als Grund für den in D. 14.1.1.25 beschriebenen Grundsatz der *solidum*-Haftung der einzelnen Reeder wurde von den justinianischen Kompilatoren ein Satz aus dem gaianischen Kommentar zum Provinzialedikt eingefügt, der bei Gaius wohl eher im Zusammenhang mit der *actio de peculio*<sup>50</sup> stand: *Ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit*. Dies erfolgte also, damit nicht derjenige, der mit einer Person einen Vertrag zum Abschluss gebracht hatte, sich mit mehreren Gegnern auseinandersetzen hatte.

In D. 14.1.3 weist Paulus darauf hin, dass der Anteil des belangten Reeders am Schiff dabei ohne Bedeutung sei: *Nec quicquam facere, quotam quisque portionem in nave habeat, ...* Weiterhin gibt das Fragment Aufschlüsse über die Regelung des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses: *..., eumque qui praestiterit societatis iudicio a ceteris consecuturum*. Der Jurist gewährt dem *exercitor*, der die volle Schuld an den Dritten getilgt hat, die Möglichkeit, über das *iudicium societatis* Rückgriff im Innenverhältnis zu nehmen.<sup>51</sup> Daraus ergibt sich einerseits, dass derartigen Zusammenschlüssen von Reedern im Regelfall eine *societas* zugrunde lag<sup>52</sup>, zum anderen legt die Wortwahl *nec quicquam facere, quotam quisque portionem in nave habeat* die Vermutung nahe, dass Paulus an dieser Stelle gleichzeitig das Bestehen einer Miteigentumsgemeinschaft beschreibt.<sup>53</sup>

Damit stellt sich zunächst die Frage, ob als Regressklage neben der Gesellschafterklage auch die in der Quelle nicht erwähnte Teilungsklage (*actio communi dividundo*) möglich gewesen sein könnte.

<sup>48</sup> Dies stellt richtigerweise fest T. DROSDOWSKI, Das Verhältnis von *actio pro socio* und *actio communi dividundo* im klassischen römischen Recht, Berlin 1988, S. 122.

<sup>49</sup> So sieht es auch C. SANFILIPPO, Sulla irrilevanza del rapporto sociale nei confronti dei terzi, in: *Iura* 2 (1951), S. 159-161, hier S. 160.

<sup>50</sup> Vgl. Gai. D. 15.1.27.8.

<sup>51</sup> MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 177.

<sup>52</sup> MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 177.

<sup>53</sup> Bejahend auch MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 177.

Letztere ließe sich in erster Linie auf Miteigentum am *magister navis*, aber auch am gemeinschaftlich geführten Schiff begründen, so dass im Folgenden kurz darauf einzugehen ist, welche Organisation in diesem Fall dem Schifffahrtsunternehmen zugrunde lag.<sup>54</sup> 34

Wie bereits oben dargestellt, bezieht sich das Paulus-Fragment auf die Konstellation, dass die Reeder eine dritte Person außerhalb ihres Kreises zum Kapitän ernannt haben. Dies bedeutet aber nicht automatisch, dass es sich bei dem *magister navis* um einen im Miteigentum der Reeder stehenden Sklaven gehandelt haben muss, denn ebenso wenig wie die Betriebsleiterklage (*actio institoria*) setzte die Reederklage das Bestehen eines Gewaltverhältnisses zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherren voraus.<sup>55</sup> Zurechnungsgrund für die Haftung des Reeders war allein der Akt der Übertragung der Leitung des Schiffes und der Geschäfte auf den Kapitän, die *praepositio*.<sup>56</sup> Aufgrund der Tatsache, dass in D. 14.1.1.25 – D. 14.1.3 keine Indizien ausfindig gemacht werden können, die einen Rückschluss auf den personenrechtlichen Status des Kapitäns, der ein abhängiger oder hausfremder Sklave, aber genauso gut ein Freier gewesen sein könnte, zulassen, kann in Bezug auf die Person des *magister navis* nicht entschieden werden, ob zusätzlich eine Teilungsklage einschlägig gewesen wäre.<sup>57</sup> Allerdings zeigt die Entscheidung des Paulus in D. 14.3.14, dass Miteigentum an dem Geschäftsführer eines Unternehmens nicht Voraussetzung für die Teilungsklage als Regressklage war. Vielmehr hält es Paulus für die Bejahung einer *actio institoria* für ausreichend, wenn der gewerbliche Sachbestand des Betriebes, der dem Geschäftsführer zur Unternehmensführung überlassen worden war, im Miteigentum der Gesellschafter stand: *Idem erit et si alienus servus communi merci praepositus sit: nam adversus utrumque in solidum actio dari debet et quod quisque praestiterit, eius partem societatis vel communi dividundo iudicio cessat*. Diese Grundsätze können ebenso zur Beantwortung der Frage des Regresses unter mehreren Reedern herangezogen werden.<sup>58</sup> *Locus praepositionis* des Geschäftsführers ist der Betrieb einer *taberna*, also eines Ladens oder eines Wirtshauses, entsprechender Anknüpfungspunkt im Seehandel ist demnach das Schiff.<sup>59</sup> Paulus weist, wie oben bereits dargestellt, in D. 14.1.3 darauf hin, dass das Verhältnis der Anteile an dem Schiff keinen maßgeblichen Gesichtspunkt für den Umfang der Reederhaftung darstellt. Daraus lässt sich folgern, dass das Fragment davon ausgeht, dass die *exercitores* an dem Schiff Miteigentum gebildet haben.<sup>60</sup> In Analogie zum Paulus-Fragment in D. 14.3.14 kann demnach der Tatsache des Vorliegens eines gemeinsamen Schiffes, dessen Leitung die Reeder auf den Kapitän übertragen haben, entnommen werden, dass hier auch die Teilungsklage zur Durchsetzung des Regressanspruchs 35

<sup>54</sup> DROSDOWSKI, Verhältnis (Anm. 48), S. 122.

<sup>55</sup> Vgl. Gai. inst. 4.71; Ulp. D. 14.3.7.1. Entsprechendes gilt bei der *actio exercitoria*.

<sup>56</sup> WACKE, Klagen (Anm. 41), S. 304.

<sup>57</sup> DROSDOWSKI, Verhältnis (Anm. 48), S. 124.

<sup>58</sup> DROSDOWSKI, Verhältnis (Anm. 48), S. 124.

<sup>59</sup> WACKE, Klagen (Anm. 41), S. 311.

<sup>60</sup> A. BÜRGE, Rezension zu A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo "manager" in Roma antica*, Milano 1984, in: ZSS 105 (1988), S. 856-865, hier S. 858.

statthaft gewesen sein könnte, d.h. der auf das Ganze in Anspruch genommene Reeder könnte den Ausgleichsanspruch gegen die übrigen Gesellschafter entweder bei der Auseinandersetzung der Gesellschaftsverbindlichkeiten im Wege der *actio pro socio* oder bei der Aufhebung des Miteigentums am Schiff durch die *actio communi dividundo* geltend machen.<sup>61</sup>

Ulpian unterscheidet in D. 14.1.4 pr. und D. 14.1.4.1 danach, ob die Gesellschafter einen Schiffskapitän eingesetzt haben oder nicht. Haben sie gemeinsam einen *magister navis* ernannt, der nicht aus ihrer Mitte stammt, so werden sie für Verbindlichkeiten, die der Kapitän im Rahmen seiner *praepositio* eingeht, als *exercitores* im Wege der Reederklage haftbar gemacht, wobei jeder einzelne von ihnen auf das Ganze in Anspruch genommen werden kann.<sup>62</sup> Diese adjektivische *in solidum*-Haftung tritt auch dann ein, wenn sie einen aus ihrer Mitte mit der Leitung der Geschäfte betraut haben: *Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, huius nomine in solidum poterunt conveniri.*

In den beiden Fallvarianten kommt es durch die fallweise Anerkennung einer direkten Stellvertretung jeweils zu einer Außenwirkung der *societas* (solidarische Haftung über die *actio exercitoria*), die aber nicht als ein spezielles Charakteristikum der *societas* verstanden werden darf, sondern als Spezifikum der adjektivischen Solidarhaftung.<sup>63</sup>

Interessanter für die Frage einer Außenwirkung einer Gesellschaft erscheint deshalb die in D. 14.1.4 pr. dargestellte Konstellation, bei der mehrere Reeder für sich, also getrennt ein Schiff betreiben und sich dabei nicht eines *magister navis* bedienen, sondern selbst agieren. Für diesen Fall bejaht Ulpian eine Haftung *pro portionibus exercitationis*. Eine Solidarhaftung der *exercitores* besteht hier also nicht. Als Begründung führt er an, dass der eine nicht als Kapitän des anderen angesehen werden kann: *Si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitationis conveniuntur: neque enim invicem sui magistri videbuntur.*

Fraglich ist, wie die vom Juristen überlieferte Begründung zu verstehen ist. Ein möglicher Ansatz wäre, die *socii* treten zwar alle gemeinsam gegenüber dem Dritten auf, gehen aber mit diesem jeweils nur anteilig eine Verbindlichkeit ein und haften daher auch nur entsprechend ihrem Anteil.<sup>64</sup> Mit dieser Auffassung wäre aber die ulpianische Begründung *neque enim invicem sui magistri videbuntur* nicht vereinbar.<sup>65</sup> Wären beim Vertragsschluss alle Gesellschafter gleichzeitig anwesend, so wäre die Frage, ob einer als *magister navis* des anderen anzusehen sei, nicht nur unnötig, sondern auch unsinnig, da es einer Stellvertretung durch den Kapitän bei persönlichem Handeln der Reeder ja gar nicht bedürfe.<sup>66</sup> Daraus zieht Serrao die logische Konsequenz, dass Ulpian an dieser Stelle die Fallkonstellation beschreibt, bei dem die *socii* nicht gemeinsam mit dem Dritten eine Obligation abschließen, sondern nur

<sup>61</sup> Zu diesem richtigen Schluss gelangt schließlich DROSDOWSKI, Verhältnis (Anm. 48), S. 125 f.

<sup>62</sup> Vgl. D. 14.1.1.25.

<sup>63</sup> Zutreffend MEISSEL, Societas (Anm. 4), S. 178.

<sup>64</sup> Vgl. MEISSEL, Societas (Anm. 4), S. 178.

<sup>65</sup> So auch F. DE MARTINO, Exercitor, in: Novissimo Digesto Italiano VI (1960), S. 1088 ff, hier S. 1091 f.

<sup>66</sup> Hierzu F. SERRAO, Sulla Rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano, in: Studi in onore di E. VOLTERRA V (1971), S. 743-767, hier S. 754.

einer von ihnen und zwar als Stellvertreter der anderen. Seiner Ansicht nach bietet die Stelle folglich einen Beleg für eine Außenwirkung einer spezifischen Form einer *societas*, die durch die Vertretung der Gesellschafter durch einen „Geschäftsführer“ zustande kommt.<sup>67</sup> Auch Kaser sieht in der Ausnutzung adjektivischer Klagen, um bestimmte Vertretungswirkungen zu erzielen, die Anfänge einer Außenwirkung der *societas*, wie sie für die späteren Handelsgesellschaften charakteristisch werden sollte.<sup>68</sup>

Allerdings stoßen diese Auffassungen auf gewisse Bedenken: zunächst ist zu beachten, dass sich Ulpian's Entscheidung in erster Linie auf die Frage bezieht, ob mehrere Reeder nur anteilig oder solidarisch haften. Diese Frage stellte sich aber auch immer dann, wenn sich mehrere Schuldner gemeinsam gegenüber einem Dritten verpflichteten. Dabei hatte ein persönliches Zusammenwirken nicht automatisch eine *in solidum*-Haftung aller Beteiligten zur Folge, so dass kein zwingender Grund ersichtlich ist, in dem Fragment eine Stellvertretungssituation zu erblicken.<sup>69</sup> Vielmehr galt für das klassische Recht generell der Ausschluss der direkten Stellvertretung.<sup>70</sup> Die Haftung von Personen, die bei Vertragsschluss nicht anwesend waren, kam nur in bestimmten Ausnahmefällen in Betracht. Eine dieser Ausnahmen war im Rahmen der *praepositio* möglich, wenn ein Freier (der auch aus dem Kreis der *exercitores* stammen konnte) zum *magister navis* ernannt worden war. Aber auch dies führte zu einer solidarischen und nicht nur zu einer anteiligen Haftung der Reeder.<sup>71</sup> Weiterhin ist als Argument gegen die Ansicht Serrao's anzuführen, dass der Bestellungsakt eines Kapitäns, wie Ulp. D. 14.1.1.5 zeigt, auch durch wissentliches Dulden erfolgen konnte: ... *si scit et passus est eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur*. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass die römischen Juristen wie in dem von Serrao angenommenen Fall, bei dem mehrere Reeder zwar gemeinschaftlich ein Schiff betreiben, aber eine einzelne Verbindlichkeit mit einem Dritten nur von einem aus ihren Reihen stammenden *magister navis* als Stellvertreter eingegangen wird, eine solche *praepositio* und damit eine Haftung *in solidum* angenommen hätten.<sup>72</sup> Wenn aber einer der *exercitores* einen Vertrag zum Abschluss brachte und er dabei nicht gleichzeitig als Kapitän angesehen werden konnte, so konnte er durch das Begründen einer einzelnen Obligation auch nicht eine anteilige Haftung der abwesenden *socii* herbeiführen.<sup>73</sup> Hätte Ulpian anders entscheiden wollen, dann hätte er diese besondere Regelung, die sowohl vom Recht der Stellvertretung als auch von den allgemeinen Grundsätzen der adjektivischen Haftung abweicht, positiv begründen müssen, anstatt die solidarische Haftung mit dem Argument abzulehnen, dass der eine *exercitor* nicht

<sup>67</sup> SERRAO, *società* (Anm. 66), S. 754.

<sup>68</sup> KASER, RP II (Anm. 23), S. 411.

<sup>69</sup> MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 179.

<sup>70</sup> Etwa M. KASER, Stellvertretung und „notwendige Entgeltlichkeit“, in: ZSS 91 (1974), S. 146-204, hier S. 203.

<sup>71</sup> Vgl. D. 14.1.4.1.

<sup>72</sup> MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 179.

<sup>73</sup> Vgl. KASER, Stellvertretung (Anm. 70), S. 175.

als Kapitän des anderen angesehen werden kann.<sup>74</sup> Nicht zuletzt lassen auch der Kontext des Fragments und die von Ulpian verwendete Wortwahl *si plures per se exercent* (und nicht etwa *si unusquisque per se exercent*) darauf schließen, dass die Reeder hier nicht nur unmittelbar, d.h. ohne Kapitän, sondern gemeinschaftlich den Schiffstransport betrieben und dabei auch als Personenmehrheit mit Dritten Verträge abschlossen.<sup>75</sup>

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass diese Ulpian-Stelle entgegen der Meinungen von Serrao und Kaser keinen Beweis für eine spezifische Außenwirkung einer *societas* liefert. **41**

c) Handelsgesellschaften: insbesondere die *societas venaliciaria*

Die ersten Spuren eines regelmäßigen internationalen Warenaustausches finden sich bereits in der Frühzeit zwischen Rom und den süditalienischen griechischen Städten.<sup>76</sup> Typische Handelswaren waren Öl, Gewürze, Wein, Schmiedearbeiten, Stoffe, Feinmetalle, Getreide und später insbesondere Sklaven.<sup>77</sup> Zur Ausbreitung von privaten Kleinmärkten, die auf eine bestimmte Warengattung spezialisiert waren, kam es erst etwa im 1. Jahrhundert v.Chr.<sup>78</sup> Dabei waren die Händler, wie einige Quellen berichten, zumeist in Gesellschaften organisiert, bei denen durch groß angelegte Ein- und Verkäufe von Waren möglichst hohe Gewinne erzielt werden sollten. Häufig kümmerte sich der eine *socius* um die Beschaffung des nötigen Kapitals, während der andere teilweise sehr lange Wege in Kauf nahm, um die in der Heimat begehrten Waren zu erwerben.<sup>79</sup> Nach Abzug des Kapitals und manchmal auch bestimmter Zinsen wurden der Geldgeber und der Arbeitsgesellschafter, soweit nichts anderes vereinbart worden war, je zur Hälfte am Profit beteiligt.<sup>80</sup> **42**

aa) Paul. D. 21.1.44.1 **43**

Einige antike Quellen zeigen, dass die Sklavenhändler im Vergleich zu den übrigen Händlern in vielerlei Hinsicht eine Sonderstellung einnahmen. So auch nachfolgende Stelle: **44**

*Paulus libro secundo ad edictum aedilium curulium* (D. 21.1.44.1): *Proponitur actio ex hoc edicto in eum cuius maxima pars in venditione fuerit, quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere: aequum enim aedilibus visum est vel in unum ex his, cuius maior pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere, ne cogere emptor cum multis litigare, quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt: nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est.* **45**

<sup>74</sup> MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 179 Fn. 437.

<sup>75</sup> ARANGIO-RUIZ, *La società* (Anm. 9), S. 91.

<sup>76</sup> Hierzu anschaulich J. BOARDMAN, *Kolonien und Handel der Griechen vom späten 9. bis zum 6. Jahrhundert v.Chr.*, München 1981, S. 192.

<sup>77</sup> W. HUß, *Geschichte der Karthager*, München 1985, S. 486 f.

<sup>78</sup> É. JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf – Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München 1997, S. 5 f.

<sup>79</sup> MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 134.

<sup>80</sup> Vgl. etwa D. 17.2.29.1.

Paulus im 2. Buch zum Edikt der kurulischen Ädilen: „Die Klage aus diesem Edikt wird gegen denjenigen erhoben, der den größten Anteil an dem Verkauf hatte, weil Sklavenhändler meistens eine Gesellschaft in der Weise eingehen, dass alles, was sie an Geschäften betreiben, als für die Gemeinschaft vorgenommen angesehen werden soll. Denn die Ädilen haben es für gerecht gehalten, dass die ädilizischen Klagen nur gegen denjenigen erhoben werden müssen, dessen Anteil größer oder nicht kleiner ist als irgendein anderer Anteil, damit der Käufer nicht dazu gezwungen wird, mit vielen Personen einen Rechtsstreit zu führen, während die Klage aus dem Kauf gegen die einzelnen Verkäufer gegeben ist und zwar entsprechend dem Anteil, zu dem sie Gesellschafter sind: denn diese Sorte von Menschen neigt zu Wucher und unlauteren Geschäften.“ 46

Das Paulus-Fragment beschäftigt sich mit der Darlegung einer Sonderregelung aus dem *edictum adversus venaliciarios* der kurulischen Ädilen für die Geltendmachung von Sachmängeln bei Sklavenkäufen.<sup>81</sup> Seit der ausgehenden Republik haftete der Verkäufer mit der Käuferklage, der *actio empti*, bei der es sich um ein *bonae fidei iudicium* handelte, auch für Sachmängel der „Ware“.<sup>82</sup> Die Ädilen gewährten dem Käufer zwei Rechtsmittel nach seiner Wahl: im Wege der *actio redhibitoria* (Wandlungsklage) konnte der Käufer innerhalb von sechs Monaten nach dem Kauf die Rückerstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe des Sklaven verlangen oder mittels der *actio quanti minoris* (Minderungsklage, wenn er den Sklaven behalten wollte) binnen eines Jahres die Herabsetzung des Preises um den Wert, den der Sklave im mangelfreien Zustand gehabt hätte.<sup>83</sup> Die Voraussetzungen waren für beide Klagen dieselben: nämlich dass der Verkäufer gewisse im Edikt aufgezählte Mängel, zu deren Kundmachung er verpflichtet war (dazu zählen insbesondere die Informationen, ob der Sklave krank sei, ob er in der Vergangenheit schon einmal geflohen sei, ob er sich gerne herumtreibe oder ob er mit einer Noxalhaftung belastet sei)<sup>84</sup> wissentlich oder unwissentlich nicht angezeigt hatte oder dass er ausdrücklich erklärt oder in Stipulationsform zugesagt hatte, dass der Sklave diese oder andere Mängel nicht aufweise oder schließlich dass der Verkäufer sich anderweitig arglistig verhalten hatte.<sup>85</sup> 47

Das Paulusfragment berichtet, dass Sklavenhändler häufig in einer *societas* organisiert waren, wobei für die Gemeinschaft Sklaven erworben, auf den jeweiligen Märkten feilgeboten und an liquide Kunden weiterverkauft wurden.<sup>86</sup> In Form einer Gesellschaft ließen sich die enormen finanziellen und organisatorischen Schwierigkeiten leichter lösen: zum einen herrschte im Sklavenhandel ein harter Konkurrenzkampf, zum anderen bedurfte es großer Mengen an Kapital, da stets neue „Ware“ aus den teilweise am äußersten Rand des Reiches 48

81 MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 138 Fn. 286.

82 Siehe KASER, RP I (Anm. 12), S. 557.

83 Vgl. KASER/KNÜTEL, *Römisches Privatrecht* (Anm. 14), S. 214 f.

84 JAKAB, *Praedicere und cavere* (Anm. 78), S. 127.

85 HONSELL, *Römisches Recht* (Anm. 16), S. 136.

86 MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 140.

gelegenen Provinzen besorgt werden musste.<sup>87</sup> Diese Handelsform konnte jedoch den Käufer eines „mangelhaften“ Sklaven in eine ungünstige Lage bringen: Wollte er beispielsweise den „Anspruch“ auf Wandelung geltend machen, so konnte er dazu gezwungen sein, jeden *socius* getrennt auf seinen Anteil zu verklagen.<sup>88</sup>

Paulus meint am Anfang des Fragments, dass in solchen Fällen die Klage nicht gegen alle Verkäufer anzustrengen sei, sondern dass nur derjenige, der den größten Anteil am Verkauf hatte, der also als Hauptgesellschafter angesehen werden kann, auf den ganzen Kaufpreis verklagt werden könne: *Proponitur actio ex hoc edicto in eum cuius maxima pars in venditione fuerit, ...* Diese Regelung zur Geltendmachung von Sachmängeln bei Sklavenkäufen folgt wie oben bereits erwähnt aus einem speziellen *edictum adversus venaliciarios* der kurulischen Ädilen. Die *venaliciarii* gingen in den meisten Fällen eine Gesellschaft in der Weise ein, dass alles, was sie dabei an Geschäften vornahmen, als für die Gemeinschaft vorgenommen angesehen werden sollte: *... quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere.* Der zwischen ihnen bestehende Gesellschaftsvertrag sollte von Außenstehenden leicht zu erkennen sein.<sup>89</sup> Auf diese Weise war es für den Dritten, der mit einem oder mehreren oder auch allen *socii* einen Vertrag geschlossen hatte, leichter und auch gerechter, gegen denjenigen im Wege der *actio redhibitoria* vorzugehen, der den größeren Anteil am Verkauf hatte oder zumindest einen ebenso großen wie die übrigen, damit er nicht dazu gezwungen war, mit mehreren Personen gleichzeitig einen Rechtsstreit zu führen: *aequum enim aedilibus visum est vel in unum ex his, cuius maior pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere, ne cogeretur emptor cum multis litigare, ...* Die Entscheidung der Ädilen wurde also auf die *aequitas* gestützt und von Paulus mit einer gewissen Skepsis gegenüber den profitgierigen Sklavenhändlern, vor deren unlauteren und betrügerischen Geschäften der Käufer geschützt werden sollte, gerechtfertigt: *nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est.* Diese in D. 21.1.44.1 überlieferte Einschätzung zeugt von einem allgemeinen Misstrauen gegenüber Sklavenhändlern und ihrer geringen sozialen Anerkennung innerhalb der römischen Gesellschaft.<sup>90</sup> Eine Sonderstellung der Sklavenhändler gegenüber anderen Händlern belegt auch die auf Mela zurückgehende Unterscheidung, nach der die Sklavenhändler nicht zu den anderen *mercatores* gezählt wurden (da Menschen nicht unter den allgemeinen Begriff der *merx* zu fassen seien), sondern man sie wie hier als *venaliciarii* oder auch als *mangones* bezeichnete: *Mercis appellatione homines non contineri Mela ait: et ob eam rem mangones non mercatores, sed venaliciarios appellari ait, et recte* (African 3 quaest D. 50.16.207). Aus der Sonderregel des kurulischen Edikts konnten zwar die Sachmängelbehelfe gegen den *socius cuius maior pars aut nulla parte minor esset* angestrengt werden, die Kaufklage als solche musste sich aber gegen die einzelnen Mitverkäufer entsprechend ihrem

<sup>87</sup> Zum sozial-historischen Hintergrund etwa JAKAB, Praedicere und cavere (Anm. 78), S. 19.

<sup>88</sup> JAKAB, Praedicere und cavere (Anm. 78), S. 19.

<sup>89</sup> SERRAO, società (Anm. 66), S. 749.

<sup>90</sup> JAKAB, Praedicere und cavere (Anm. 78), S. 19.

Anteil an der *societas* richten: *quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt.*

Dies lässt darauf schließen, dass sich auch die Bestimmung der *maior pars*, die für die *actio redhibitoria* den richtigen Beklagten festlegte, nach dem Gesellschaftsanteil richtete.<sup>91</sup> Voraussetzung dafür war allerdings, dass die Gesellschafter an dem zu verkaufenden Sklaven jeweils entsprechend ihres *societas*-Anteils Miteigentümer waren und im Ausmaß dieses Anteils als Verkäufer auftraten.<sup>92</sup> Wie bereits erwähnt wurden die Sklaven für die Gemeinschaft erworben und verkauft. Dies deutet darauf hin, dass die Gesellschafter an den Sklaven auch Miteigentum hatten.<sup>93</sup> **50**

Auch an dieser Stelle ist zu danach zu fragen, wie der von Paulus beschriebene Fall zu verstehen ist: Haben alle *socii venaliciarii* am Abschluss des Kaufvertrages teilgenommen, sich aber gegenüber dem Dritten nur entsprechend ihrem Anteil an der *societas* verpflichtet und haften demnach nur anteilig? **51**

Gegen diese Sichtweise führte Serrao die Begründung des Juristen *quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere* an. Er zieht hieraus den Schluss, dass Paulus hier von der Variante ausgegangen sein müsse, bei dem nicht alle *socii* beim Abschluss des Kaufvertrags anwesend waren. Vielmehr ging allein der geschäftsführende Gesellschafter mit dem Käufer die Verbindlichkeit ein. Allerdings war er dabei dazu verpflichtet, dem Dritten die Namen der anderen *socii* und deren Anteile an der Gesellschaft offenzulegen, d.h. er musste ihn darüber aufklären, dass er das Geschäft im Namen der anderen und für die *societas* vornahm.<sup>94</sup> Diese Ansicht umfasst im Ergebnis die Annahme des Bestehens eines gegenseitigen Stellvertretungsverhältnisses unter den Sklavenhändlern, bei dem allein der Hauptgesellschafter als Stellvertreter der anderen mit dem Dritten eine Obligation einging, dabei eine anteilige Haftung der abwesenden *socii* entsprechend ihres Anteils an der Gesellschaft begründete, was wiederum zu einer spezifischen Außenwirkung der *societas venaliciaria* führte.<sup>95</sup> **52**

Allerdings ist auch hier darauf hinzuweisen, dass für das klassische römische Recht prinzipiell der Ausschluss der direkten Stellvertretung und damit auch der Außenwirkung eines Gesellschaftsvertrages galt. Im Zusammenhang mit der Betrachtung einer Gesellschaft unter Reedern wurde festgestellt, dass ein *socius*, der mit einem Dritten kontrahierte und dabei aber nicht als *magister navis* angesehen werden konnte, auch nicht imstande war, eine anteilige Haftung der Abwesenden herbeizuführen. Ulpian hätte eine derartige, von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Regelung in seiner Entscheidung positiv begründen müssen. Doch während Ulpians Text „vom Gesichtspunkt der Ablehnung einer solidarischen Haftung getragen **53**

<sup>91</sup> MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 271.

<sup>92</sup> MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 271.

<sup>93</sup> MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 140.

<sup>94</sup> SERRAO, *società* (Anm. 66), S. 749.

<sup>95</sup> SERRAO, *società* (Anm. 66), S. 750.

ist, und nicht von dem des Bejahens einer eigentümlichen, sonst nirgends auftretenden Stellvertretungskonstellation“<sup>96</sup>, findet sich bei Paulus in D. 21.1.44.1 eine derartige positive Begründung: *ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere*.

Einige Stimmen in der Literatur verstehen dies so, dass die Sklavenverkäufer in den meisten Fällen eine Gesellschaft eingingen und sich dazu verpflichteten, unmittelbar am Abschluss aller Verträge teilzunehmen, so dass alle Geschäfte als für die Gesellschaft vorgenommen angesehen werden konnten. Nur auf diese Weise ergebe auch dieser Satz im Zusammenhang mit dem ersten Teil einen Sinn.<sup>97</sup>

Eine derartige Interpretation erscheint jedoch nur sehr schwer vertretbar: Der Jurist wollte lediglich zum Ausdruck bringen, dass sich Sklavenhändler in den meisten Fällen zu Gesellschaften zusammenschlossen und bei Vertragsabschlüssen ihre Kontrahenten auf das Bestehen einer solchen *societas* hinwiesen. Ob der Käufer über das Bestehen einer Gesellschaft durch die Erklärung des jeweiligen *socius*, mit dem er kontrahierte, oder durch die notwendige Teilnahme aller *socii* am Verkauf des Sklaven informiert wurde, verrät die Stelle nicht. Jedoch lässt das Wörtchen *videantur* nur sehr schwer die Annahme zu, dass alle Gesellschafter am Vertragsschluss beteiligt waren.<sup>98</sup> Schließlich hätte sich allein schon aus praktischen Erwägungen eine Sklavenhändlergesellschaft, bei der alle *socii* verpflichtet waren, an allen Verkäufen eines einzigen Sklaven teilzunehmen, als umständlich und wenig effizient erwiesen. Denn die Möglichkeit, die sich durch die Organisation in einer *societas*, bei der ein Gesellschafter immer als Stellvertreter der anderen auftrat, bot, nämlich gleichzeitig auf mehreren Märkten gewinnbringend Geschäfte zu machen, um innerhalb des harten Konkurrenzkampfes bestehen zu können, stellte einen der wichtigsten Vorteile dieser Handelsform dar.<sup>99</sup>

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass diese Stelle einen Beleg für eine spezifische Außenwirkung bei der *societas venaliciaria* darstellt, wie wir sie nach den allgemeinen Regeln des klassischen römischen Rechts nicht kennen.

d) Gesellschaften im Bereich der Finanzwirtschaft: insbesondere die *societas argentaria*

Als gewerbliche Tätigkeit im Bereich der Finanzwirtschaft, für die die Bildung von Gesellschaften in den juristischen Quellen belegt ist, ist jene der Argentarier zu nennen.<sup>100</sup>

Bevor auf die für die *societates argentariae* relevanten Stellen eingegangen werden kann, muss zum besseren Verständnis zunächst kurz auf die Besonderheiten des römischen „Bankwesens“ eingegangen werden.

<sup>96</sup> MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 179.

<sup>97</sup> Vgl. SERRAO, *società* (Anm. 66), S. 751.

<sup>98</sup> SERRAO, *società* (Anm. 66), S. 751.

<sup>99</sup> So SERRAO, *società* (Anm. 66), S. 752.

<sup>100</sup> MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 155.

Neuere Forschungen in diesem Bereich verweisen dabei auf die Notwendigkeit, zwischen den verschiedenen Berufsgruppen zu unterscheiden.<sup>101</sup> Zum Aufgabenfeld der Argentarii gehörten insbesondere das Betreiben von privaten Versteigerungen und damit die vermittelnde Tätigkeit zwischen Einbringern und Meistbietenden.<sup>102</sup> Dabei agierten sie auch als Zahlstelle und Depot und gewährten zudem Kredite.<sup>103</sup> Eine Kreditierungsfunktion übten sie insbesondere dadurch aus, dass sie im Rahmen ihrer Funktion als Auktionatoren dem Verkäufer den Kaufpreis sofort auszahlten, gegenüber den Käufern aber in aller Regel vorleistungspflichtig waren und den Kaufpreis erst nach Übergabe der Ware verlangen konnten.<sup>104</sup> Die Zahlung des Kaufpreises ließ sich der *argentarius* vom Ersteher zumeist mittels Stipulation zusichern.<sup>105</sup> Dadurch und angesichts ihrer eher bescheidenen finanziellen Möglichkeiten lag es nahe, sich zum Verkauf größerer Objekte in einer *societas* zusammenzuschließen.<sup>106</sup> Neben den Argentariern sind die *coactores* zu erwähnen, denen in erster Linie die Aufgabe zukam, Schulden einzutreiben.<sup>107</sup> Eine eigene Berufsgruppe bildeten die *nummularii*, die im Vergleich zu den *argentarii* in der Regel einer niedrigeren sozialen Schicht angehörten.<sup>108</sup> Ursprünglich beschäftigten sie sich mit dem Wechseln von Geld und dem Prüfen der Geldsorten, später aber übernahmen sie auch Depot- und Zinsgeschäfte.<sup>109</sup> Schließlich sind die *negotiatores* zu nennen, die im Rahmen der von ihnen betriebenen Handelsgeschäfte häufig darauf angewiesen waren, zur Finanzierung derselben Geldtransaktionen abzuwickeln.<sup>110</sup> Neben diesen professionell tätigen „Geldfachleuten“ wurde die römische Finanzwirtschaft in einem hohen Maße durch „private“ Darlehensgewährung (*feneratio*), die innerhalb aller gesellschaftlichen Schichten stattfand, geprägt. Der Begriff *fenerator* bezeichnete weder einen Beruf noch eine soziale Stellung, sondern beschrieb lediglich die Tätigkeit der Gewährung von verzinslichen Darlehen.<sup>111</sup> *Fenerator* war demzufolge jeder, der sein Geld gegen Zinsen anlegte.<sup>112</sup>

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass es aufgrund der spezifischen sozialen und wirtschaftlichen Gepflogenheiten jener Zeit in Rom keine von der Zugehörigkeit der verschiedenen Berufsgruppen losgelöste, ausschließlich professionelle und auf Dauer angelegte

<sup>101</sup> Vgl. MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 156.

<sup>102</sup> Vgl. G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion – zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht*, Berlin 1960, S. 191.

<sup>103</sup> Hierzu A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in: ZSS 104 (1987), S. 465-558, hier S. 483.

<sup>104</sup> Vgl. Paul. D. 44.4.5.4.

<sup>105</sup> Siehe THIELMANN, *Privatauktion* (Anm. 102), S. 169.

<sup>106</sup> BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit* (Anm. 103), S. 520.

<sup>107</sup> MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 157.

<sup>108</sup> BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit* (Anm. 103), S. 467.

<sup>109</sup> Vgl. Ulp. D. 16.3.7.2.

<sup>110</sup> Vgl. Cic. Att. 6.1.5 f.

<sup>111</sup> BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit* (Anm. 103), S. 496.

<sup>112</sup> BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit* (Anm. 103), S. 500.

Finanzunternehmen im Sinne von modernen Banken gab<sup>113</sup>, obwohl, wie im Folgenden noch zu sehen sein wird, viele juristische Regelungen vorhanden waren, die ein Wirtschaften nach modernem Vorbild in diesem Bereich durchaus möglich gemacht hätten.<sup>114</sup>

aa) Paul. D. 2.14.9 pr., D. 2.14.25 pr., D. 2.14.27 pr., D. 4.8.34 pr., Ulp. D. 34.3.3.3. **61**

Aus den juristischen Quellen ist in Bezug auf die *argentarii* eine Vielzahl von Sonderregelungen überliefert. **62**

Im römischen Recht galt das Prinzip der geteilten Forderungszuständigkeit, d.h. jeder von mehreren Gläubigern konnte nur den auf ihn entfallenden Teil der Forderung vom Schuldner verlangen.<sup>115</sup> Zu einer Gesamtgläubigerschaft kam es nach den allgemeinen Regeln nur dann, wenn der Schuldner mehreren Schuldnern im Wege der Stipulation dieselbe Leistung versprach.<sup>116</sup> **63**

Fraglich ist, ob im Falle einer *societas argentaria* eine Gesamtgläubigerschaft vorlag. Der Gesellschaftsvertrag an sich hatte, wie bereits aufgezeigt wurde, zunächst nur Wirkung im Innenverhältnis der Gesellschafter und konnte deshalb für sich alleine noch keine Gesamtgläubigerschaft begründen.<sup>117</sup> Die Ausdehnung der Forderungszuständigkeit auf die übrigen *socii* betraf aber gerade das Außenverhältnis der *societas*.<sup>118</sup> Es bestand jedoch eine gewohnheitsrechtlich anerkannte Sondervorschrift, nach der die Argentarier, die sich zu einer *societas* zusammengeschlossen hatten, stets Gesamtgläubiger hinsichtlich der aus dem „Bankbetrieb“ entstandenen Forderungen waren. Dies hatte zur Folge, dass die *argentarii socii* die ganze Leistung (*in solidum*) vom Schuldner fordern konnten, der Schuldner aber nur einmal zu leisten hatte.<sup>119</sup> Gleichzeitig hafteten sie als Gesamtschuldner für die Verbindlichkeiten, die die einzelnen Gesellschafter eingegangen waren.<sup>120</sup> Die Sonderbehandlung der *argentarii socii* ist wahrscheinlich auf Gründe des Verkehrsschutzes zurückzuführen<sup>121</sup>, zumal sie durch ihre vermittelnde Tätigkeit im Auktionswesen und durch die Depotverwaltung öffentliche Aufgaben wahrnahmen.<sup>122</sup> **64**

Die Gesamtgläubigerschaft bei den *argentarii socii* wird durch eine Reihe von Quellen belegt, die sich hauptsächlich mit der Frage auseinandersetzen, ob und in welcher Weise **65**

<sup>113</sup> J. ANDREAU, L'impresa finanziaria romana, in: *Labeo* 42 (1996), S. 267-274, hier S. 274.

<sup>114</sup> So MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 159.

<sup>115</sup> MAYER-MALY, *Römisches Recht* (Anm. 11), S. 170.

<sup>116</sup> HONSELL, *Römisches Recht* (Anm. 16), S. 113.

<sup>117</sup> A. PERNICE, *Parerga*, in: *ZSS* 3 (1882), S. 48-103, hier S. 91; J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain, Les métiers de manieurs d'argent (I<sup>ve</sup> siècle av. J.-C. – III<sup>e</sup> siècle ap. J.-C.)*, Paris/Rome 1987, S. 630.

<sup>118</sup> P. GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkunden aus den pompeijanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlin 1997, S. 110.

<sup>119</sup> MAYER-MALY, *Römisches Recht* (Anm. 11), S. 170.

<sup>120</sup> ARANGIO-RUIZ, *La società* (Anm. 9), S. 82 f.

<sup>121</sup> ARANGIO-RUIZ, *La società* (Anm. 9), S. 144.

<sup>122</sup> Vgl. D. 2.13.10.1; D. 1.12.1.9.

eine Disposition eines einzelnen von mehreren Gläubigern Gesamtwirkung für die anderen entfaltet.<sup>123</sup>

*Paulus libro sexagesimo secundo ad edictum (D. 2.14.9 pr.): Si plures sint qui eandem actionem habent, unius loco habentur. Ut puta plures sunt rei stipulandi vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt: unius loco numerabuntur, quia unum debitum est. Et cum tutores pupilli creditores plures convenissent, unius loco numerantur, quia unius pupilli nomine convenerant. Nec non et unus tutor plurium pupillorum nomine unum debitum praetendentium si convenerit, placuit unius loco esse. Nam difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat. Nam nec is, qui plures actiones habet, adversus eum, qui unam actionem habet, plurium personarum loco accipitur.* **66**

Paulus im 62. Buch zum Edikt: „Wenn mehrere Personen vorhanden sind, denen dieselbe Klage zukommt, dann werden sie als eine Person angesehen. Mehrere Gläubiger sind zum Beispiel Stipulationsgläubiger oder mehrere Argentarii, deren Forderungen gleichzeitig begründet wurden: sie werden als eine Person gezählt, da ein einziger Schuldposten gegeben ist. Und auch wenn für ein Mündel, das eine Forderung innehat, mehrere Vormünder den Schuldner in Anspruch genommen haben, werden sie als eine Person gezählt, weil sie den Schuldner im Namen eines einzigen Mündels belangt haben. Aber auch wenn ein einziger Vormund im Namen mehrerer Mündel, die eine einzige Forderung geltend machen, den Schuldner in Anspruch nimmt, gilt, dass er nur als eine Person anzusehen ist. Denn es erscheint schwierig, dass ein Mensch die Rolle von zwei Menschen übernimmt. Denn es wird auch nicht angenommen, dass derjenige, der mehrere Klagen innehat, im Vergleich zu demjenigen, dem nur eine Klage zukommt, für mehrere Personen steht.“ **67**

*Paulus libro tertio ad edictum (D. 2.14.25 pr.): Idem in duobus reis promittendi et duobus argentariis sociis.* **68**

Paulus im dritten Buch zum Edikt: „Dasselbe gilt auch bei zwei Stipulationsschuldner und zwei Argentariergesellschaftern.“ **69**

*Paulus libro tertio ad edictum (D. 2.14.27 pr.): Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius Atilicinus Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo: nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur: sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint. Quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.* **70**

Paulus im dritten Buch zum Edikt: „Wenn einer der Argentariergesellschafter dem Schuldner dessen Schuld erlassen hat, schadet dann dem anderen die Einrede? Neratius, Atilicinus und Proculus sind der Meinung, dass sie dem anderen auch dann nicht schadet, wenn er einen unpersönlichen Schuldnerlass vorgenommen hat: denn damit wird nur festgelegt, dass der andere die gesamte Schuld fordern kann. Dasselbe nimmt Labeo an: denn der andere könne die bestehende Forderung nicht durch Begründung einer neuen aufheben, obwohl rechtswirksam **71**

<sup>123</sup> MEISSEL, *Societas* (Anm. 4), S. 162 f.

an ihn gezahlt werden kann. Denn auf diese Weise könne auch an diejenigen, die in unserer Gewalt stehen, wirksam das gezahlt werden, was sie als Darlehen gegeben haben, selbst wenn sie die Forderung nicht aufheben können. Dies erscheint richtig. Dasselbe gilt auch bei zwei Schuldnern einer Stipulation.“

*Paulus libro tertio decimo ad edictum (D. 4.8.34 pr.): Si duo rei sunt aut credendi aut debendendi et unus compromiserit isque vetitus sit petere aut ne ab eo petatur: videndum est, an si alius petat vel ab alio petatur, poena committatur: idem in duobus argentariis quorum nomina simul eunt. Et fortasse poterimus ita fideiussoribus coniungere, si socii sunt: alias nec a te petitur, nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur.* 72

Paulus im 13. Buch zum Edikt: „Wenn von zwei Gläubigern oder Schuldnern einer einen Schiedsgerichtsvertrag abgeschlossen hat und entschieden wurde, dass er nicht klagen darf, aber auch nicht verklagt werden kann, dann ist zu prüfen, ob die Strafe verwirkt ist, wenn der andere klagt oder verklagt wird: dasselbe gilt bei zwei Argentariern, deren Forderungen gleichzeitig entstanden sind. Und vielleicht können wir sie Bürgen gleichstellen, wenn sie Gesellschafter sind: andernfalls wird von dir keine Klage erhoben, selbst wenn ich klage, und es wird nicht zu meinen Lasten geklagt, obwohl du verklagt wirst.“ 73

*Ulpianus libro vicesimo tertio ad Sabinum (D. 34.3.3.3): Nunc de effectu legati videamus. Et si quidem mihi liberatio sit relicta, cum solus sim debitor, sive a me petatur, exceptione uti possum, sive non petatur, possum agere, ut liberer per acceptilationem. Sed et si cum alio sim debitor, puta duo rei fuimus promittendi, et mihi soli testator consultum voluit, agendo consequar, non ut accepto liberer, ne etiam conreus meus liberetur contra testatoris voluntatem, sed pacto liberabor. Sed quid si socii fuimus? Videamus, ne per acceptilationem debeam liberari: alioquin, dum a conreo meo petitur, ego inquietor. Et ita Iulianus libro trigesimo secundo digestorum scripsit, si quidem socii non simus, pacto me debere liberari, si socii, per acceptilationem.* 74

Ulpian im 23. Buch zu Sabinus: „Wir wollen nun die Wirkung des Vermächtnisses betrachten. Und wurde mir, wenn ich allein Schuldner bin, der Schulderlass vermacht, so kann ich mich, wenn gegen mich geklagt wird, sowohl auf die Einrede berufen, als auch, wenn ich nicht verklagt werde, im Wege einer Klage verlangen, dass ich von meiner Schuld durch die Annahme an Zahlungs Statt befreit werde. Wenn ich zusammen mit einem anderen Schuldner bin, z.B. wir sind beide ein Versprechen eingegangen, und wenn der Testator für mich alleine sorgen wollte, dann kann ich durch die Erhebung einer Klage nicht erreichen, dass ich durch die Annahme an Zahlungs Statt von meiner Schuld befreit werde, damit nämlich nicht auch mein Mitschuldner gegen den Willen des Testators von seiner Schuld befreit wird, sondern ich erlange die Schuldbefreiung im Wege des Vertrags. Aber wie verhält es sich, wenn wir Gesellschafter sind? Hier stellt sich uns die Frage, ob ich nicht doch durch die Annahme an Zahlungs Statt die Befreiung von meiner Schuld erhalten müsste: denn sonst wäre auch ich beunruhigt, wenn gegen meinen Mitschuldner geklagt wird. Julian bejaht dies im 32. Buch seiner Digesten; wenn wir keine Gesellschafter sind, so muss ich durch einen Vertrag befreit werden, sind wir aber 75

Gesellschafter, so muss ich im Wege der Annahme an Zahlungs Statt von meiner Schuld befreit werden.“

In D. 2.14.27 pr. geht es um die Wirkung des *pactum de non petendo*, das ein Gesellschafter mit dem Schuldner abgeschlossen hat. Das *pactum de non petendo* stellte einen formfreien Erlass der Schuld nach Honorarrecht dar, das bedeutet, im klassischen Recht gewährte der Prätor dem Schuldner eine *exceptio pacti*.<sup>124</sup> 76

Es stellt sich also die Frage, ob diese Einrede auch gegenüber dem anderen Gläubiger erhoben werden konnte, der am Vertragschluss nicht beteiligt war: *Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio?* Die Anhänger der Rechtsschule der Prokulianer, Neraz, Atilicinus und Proculus waren der Ansicht, dass ein *pactum de non petendo* des einen Gläubigers dem anderen nicht schaden könne: *Neratius Atilicinus Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: ....* Dieser Grundsatz gelte also selbst dann, wenn es *in rem* abgeschlossen worden sei, d.h. nicht nur mit Wirkung für den Schuldner, sondern auch für die Forderung selbst.<sup>125</sup> Als Begründung hierfür wird anschließend angeführt: *... tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit*. Es sei nämlich nur festgelegt, dass einer der beiden *argentarii socii* befugt wäre, die gesamte Leistung vom Schuldner zu fordern. Die Möglichkeit des Abschlusses eines *pactum de non petendo* mit Wirkung für die übrigen Gesellschafter bestehe darüber hinaus nicht.<sup>126</sup> 77

Die Gesamtgläubigerschaft wurde hier allein durch das Vorliegen einer *societas argentaria* bejaht. Daraus lässt sich schließen, dass die Gesamtgläubigerschaft der *argentarii socii* als allgemein anerkannte Regel verstanden wurde. Dies entspricht auch der Auffassung Labeos, der sich zur Illustration seiner Entscheidung eines Vergleiches zur Novationsbefugnis bedient: *idem Labeo: nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur: ....* Die Erneuerung (*novatio*) einer Obligation stellte sich als Transfusion und Übertragung (*transfusio atque translatio*) einer Verbindlichkeit in eine andere dar.<sup>127</sup> Um diese Erneuerung herbeizuführen, bedurfte es einer Stipulation. Sie bewirkte nicht nur, dass die bisherige Obligation erlosch und eine neue an ihre Stelle trat, sondern es gingen auch alle Nebenrechte der bisherigen Forderung, also Pfandrechte und „Ansprüche“ gegen Bürgen usw., unter.<sup>128</sup> Die Novation durch einen der Argentarier sei also nicht möglich, selbst wenn er die Leistung des Schuldners mit befreiender Wirkung annehmen dürfte, denn aus der Empfangsberechtigung alleine ergebe sich noch keine Befugnis zur Novation.<sup>129</sup> 78

Paulus stimmt anschließend dieser Lösung zu und merkt an, dass das Gesagte auch bei zwei *rei stipulandi* gelte, d.h. dass auch bei ihnen ein *pactum de non petendo* des einen Gläubigers 79

<sup>124</sup> Vgl. Gai. inst. 4.119.

<sup>125</sup> BÜRGE, Fiktion und Wirklichkeit (Anm. 103), S. 522.

<sup>126</sup> GRÖSCHLER, tabellae-Urkunden (Anm. 118), S. 112.

<sup>127</sup> Vgl. D. 46.2.1 pr.

<sup>128</sup> MAYER-MALY, Römisches Recht (Anm. 11), S. 176.

<sup>129</sup> GRÖSCHLER, tabellae-Urkunden (Anm. 118), S. 113.

nicht zu Lasten des anderen Gläubigers gehe: *Quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.*

Nach Ansicht Bürge gehe die Gesamtgläubigerschaft der *argentarii socii* ebenso wie in anderen Stellen auch in D. 2.14.27 pr. auf einen Litteralvertrag zurück. Bei dem Vergleich der *argentarii socii* mit den *rei stipulandi* am Ende des Fragments sei daher ein Nebeneinander von Litteralvertrag und Stipulation anzunehmen, zumal diese auch bereits davor in D. 2.14.25 pr. zusammen erwähnt seien.<sup>130</sup> Durch den Versuch, eine gewisse Parallelität zwischen Litteralvertrag und Stipulation zu schaffen, wollte man, so Bürge, ganz allgemein den Besonderheiten der *societas* Rechnung tragen. Die Gesamtabligation war demnach nicht nur auf die spezifische Erscheinungsform der *societas argentaria* beschränkt. Sie wurde aber hervorgehoben, weil sie sich aufgrund ihrer illustrativen Wirkung besonders gut als Beispiel eignete.<sup>131</sup>

Eine derartige Interpretation erscheint allerdings nur schwer vertretbar: zum einen ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Fragments keine Beschränkung auf einen Litteralvertrag. Auch wenn Stipulation und Litteralvertrag in den Quellen häufig zusammen genannt und abgehandelt werden<sup>132</sup>, ginge es dennoch zu weit, hinter jedem Rechtsgeschäft eines Argentariers einen Litteralvertrag zu vermuten. Entgegen der Meinung Bürge hatte der Litteralvertrag für die *argentarii socii* keine herausragende Bedeutung.<sup>133</sup> Vielmehr verwendet Paulus an dieser Stelle ein *argumentum a maiore ad minus*: Wenn das *pactum de non petendo* des einen Argentarius keine Auswirkung auf die anderen Gesellschafter haben konnte, dann erst recht nicht in Bezug auf die *rei stipulandi*. Die Gesamtgläubigerschaft der *argentarii socii* war nicht aus dem Wortlaut des Vertrages zwischen Gläubiger und Schuldner ersichtlich, sondern ergab sich aus einer Rechtsregel. Im Gegensatz zur Stipulation versprach der Schuldner nämlich nicht beiden Argentariern ausdrücklich seine Leistung, weswegen er sich der fehlenden Gesamtwirkung des *pactum de non petendo* und damit der Gesamtgläubigerschaft auch nicht zwangsläufig bewusst sein konnte.<sup>134</sup>

Eine auf einen konkreten Fall bezogene Gleichstellung von mehreren Stipulationsgläubigern und Argentariergesellschaftern enthält auch D. 2.14.9 pr.

Die Parallelität der als Gesamtgläubiger auftretenden *argentarii socii* zu den ebenso solidarisch berechtigten Stipulationsgläubigern ist insbesondere dann anzunehmen, wenn ihre Forderungen gleichzeitig begründet wurden: *Si plures sint qui eandem actionem habent, unius loco habentur. Ut puta plures sunt rei stipulandi vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt.*

<sup>130</sup> BÜRGE, Fiktion und Wirklichkeit (Anm. 103), S. 522.

<sup>131</sup> BÜRGE, Fiktion und Wirklichkeit (Anm. 103), S. 522.

<sup>132</sup> Vgl. etwa Gai. inst. 3.137 f.

<sup>133</sup> Vgl. GRÖSCHLER, tabellae-Urkunden (Anm. 118), S. 116 Fn. 167.

<sup>134</sup> GRÖSCHLER, tabellae-Urkunden (Anm. 118), S. 113 Fn. 146.

Gröschler ist der Ansicht, dass die Stelle für die Klärung der Frage der Gesamtgläubigerschaft der *argentarii socii* nicht herangezogen werden kann: als Begründung führt er zunächst den Wortlaut der Stelle an. Im Gegensatz zu D. 2.14.27 pr. sei hier nicht von *socii* die Rede, sondern lediglich von *plures argentarii*. Zum anderen komme es aber auf die Eigenschaft als Gesellschafter auch gar nicht zwingend an, da ohnedies alle Argentarier am Vertragsschluss beteiligt waren, so dass die Gesamtgläubigerschaft nicht unter Zuhilfenahme einer Sonderregelung konstruiert werden müsse.<sup>135</sup> Sie ergebe sich bereits aus dem mit dem Schuldner geschlossenen Vertrag.<sup>136</sup> **84**

Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass im römischen Recht die Teilgläubigerschaft den Regelfall darstellte, selbst dann, wenn die Forderungen gleichzeitig entstanden.<sup>137</sup> Die Tatsache, dass alle am Vertragsschluss beteiligt waren, führte daher für sich alleine gesehen noch nicht zu einer Gesamtgläubigerschaft. Vielmehr musste sich die Identität des Schuldinhalts für das Vorliegen einer Gesamtgläubigerschaft direkt aus dem Vertrag ergeben.<sup>138</sup> Dies war etwa dann der Fall, wenn auf der Gläubigerseite mehrere *argentarii socii* standen: *unius loco numerabuntur, quia unum debitum est*. Zwar ist Gröschler insoweit zuzustimmen, als Paulus hier nicht ausdrücklich von Gesellschaftern spricht, allerdings lässt sich aus dem Kontext, in dem das Fragment steht, schließen, dass die hier genannten *argentarii* wohl als Gesellschafter zusammengewirkt haben. Diese Annahme legt außerdem das Wort *plures* nahe.<sup>139</sup> Die Rechtsregel (*constitutum*) von der Gesamtgläubigerschaft der Argentarier-Gesellschafter wurde also von Paulus in diesem Zusammenhang geradezu vorausgesetzt und kann entgegen der Auffassung Gröschlers nicht als entbehrlich eingestuft werden.<sup>140</sup> Die Wendung *nomina facere* legt wiederum die Vermutung nahe, dass es in D. 2.14.9 pr. um einen Litteralvertrag geht.<sup>141</sup> Mit den oben genannten Argumenten ist aber eine Beschränkung auf einen Litteralvertrag auch an dieser Stelle zu verneinen. **85**

Um die Parallelität von Gesamtgläubigern bzw. Gesamtschuldnern einerseits und *argentarii quorum nomina simul eunt* andererseits geht es auch in D. 4.8.34 pr. Paulus erörtert hier die Frage, welche Auswirkungen ein Schiedsvertrag bei Gläubiger- oder Schuldnermehrheit auf den jeweils nicht am Vertragsschluss Beteiligten hat.<sup>142</sup> **86**

Er geht dabei von folgender Konstellation aus: Im Schiedsspruch wurde entschieden, die Einforderung der Schuld zu untersagen. Daran sind in erster Linie die am Abschluss des **87**

<sup>135</sup> So auch E. LEVY, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht I, Berlin 1918, S. 383.

<sup>136</sup> Vgl. GRÖSCHLER, tabellae-Urkunden (Anm. 118), S. 117.

<sup>137</sup> M. TALAMANCA, Obbligazioni (Storia – Diritto romano), in: Enciclopedia del diritto 29, Milano 1979, S. 51 Fn. 350.

<sup>138</sup> MEISSEL, Societas (Anm. 4), S. 164.

<sup>139</sup> MEISSEL, Societas (Anm. 4), S. 164.

<sup>140</sup> MEISSEL, Societas (Anm. 4), S. 164 f.

<sup>141</sup> Vgl. BÜRGE, Fiktion und Wirklichkeit (Anm. 103), S. 520.

<sup>142</sup> BÜRGE, Fiktion und Wirklichkeit (Anm. 103), S. 524.

Schiedsvertrags Beteiligten gebunden, d.h. von ihnen kann die Vertragsstrafe, durch die die Wahrung des Schiedsspruches gesichert werden soll, verwirkt werden. Waren aber nicht alle am Vertragsschluss beteiligt, stellt sich im Falle einer Gläubigermehrheit die Frage, ob der andere Gläubiger weiterhin befugt ist, die Leistung zu fordern. Liegt hingegen eine Schuldnermehrheit vor, ergibt sich darüber hinaus das Problem, ob von dem anderen Schuldner die Leistung verlangt werden kann, ohne dadurch gleichzeitig die Vertragsstrafe zu verwirken: *Si duo rei sunt aut credendi aut debendi et unus compromiserit isque vetitus sit petere aut ne ab eo petatur: videndum est, an si alius petat vel ab alio petatur, poena committatur: ....* Dasselbe Problem stellt sich bei zwei Argentariern, deren Forderungen gleichzeitig zur Entstehung kamen: *idem in duobus argentariis quorum nomina simul eunt*. Paulus erwägt eine Gleichstellung mit Bürgen, wenn die *argentarii* als Gesellschafter auftreten: „*et fortasse poterimus ita fideiussoribus coniungere, si socii sunt: ....*

Auch hier meint Gröschler, dass die Stelle für die Gesamtgläubigerschaft der Argentariergesellschafter nichts hergebe, denn Paulus spreche lediglich von *argentarii quorum nomina simul eunt*, die also, aus welchem Grund auch immer, aus den Forderungen gemeinsam berechtigt waren. Über die Entstehung der Forderung selbst enthalte der Text keinen Hinweis. Folglich käme es für die Frage der Gesamtabligation gar nicht darauf an, ob sie Gesellschafter waren oder nicht.<sup>143</sup>

Dem ist insoweit zu folgen, als es dem Juristen zwar nicht in erster Linie um die Gesamtgläubigerschaft im engeren Sinne ging, sondern im Zentrum seiner Überlegungen die Problematik der Gesamtwirkung des Schiedsvertrags stand. Erst zur Beantwortung dieser Frage stellte er dann darauf ab, ob die Gesamtgläubiger Gesellschafter waren.<sup>144</sup> Das schließt aber weder die Annahme aus, dass die zuvor neben den *duo rei* genannten *argentarii quorum nomina simul eunt* Gesellschafter waren, noch, dass die Gesamtgläubigerstellung in diesem Fall zwangsläufig auf das Bestehen einer Argentariergesellschaft zurückgeführt werden muss. Allerdings werden in den Quellen Gesamtgläubigerschaften von Personen, deren Forderungen gleichzeitig begründet wurden, fast immer im Zusammenhang mit einer Mehrheit von Argentariern genannt, so dass es nahe liegt, hier einen Zusammenhang mit den Sonderregelungen bezüglich der *societates argentariae* anzunehmen.<sup>145</sup>

Der genaue Inhalt der Entscheidung in D. 4.8.34 pr. kann durch einen Vergleich mit D. 2.14.25 pr. und D. 34.3.3.3 verdeutlicht werden:

Im unmittelbaren Anschluss an D. 2.14.21.5 und D. 2.14.22 behandelt Paulus in D. 2.14.23 die Wirkung eines *pactum in rem* zwischen Gläubiger und Bürgen. Mittels Auslegung des *pactum de non petendo* kommt er zum Schluss, dass der Erlass sowohl dem Schuldner als auch dem Mitbürgen nicht zu einer Einrede ver helfe, denn für den Bürgen sei es grundsätzlich nur von Interesse, dass er selbst nicht mehr haften müsse, weswegen sich der Erlass auch nicht

<sup>143</sup> Vgl. GRÖSCHLER, tabellae-Urkunden (Anm. 118), S. 118.

<sup>144</sup> MEISSEL, Societas (Anm. 4), S. 165.

<sup>145</sup> MEISSEL, Societas (Anm. 4), S. 166.

88

89

90

91

automatisch auf Dritte (auf den Schuldner oder Mitbürgen) beziehen könne: *Fideiussoribus autem conventio nihil proderit reo, quia nihil eius interest a debitore pecuniam non peti. Immo nec confideiussoribus proderit. Neque enim quoquo modo cuiusque interest, cum alio conventio facta prodest, ...* Etwas anderes müsse aber dann gelten, wenn sich die fehlende Entlastung des Dritten auch ungünstig auf den durch den Erlass unmittelbar Begünstigten auswirken könne: ... *sed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est proficiat.* In einem solchen Fall wird auch dem Schuldner oder einem Mitbürgen die Einrede erteilt.<sup>146</sup> Als Beispiel nennt Paulus am Ende des Fragments das *pactum de non petendo* zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger: *sicut in reo promittendi et his qui pro reo obligati sunt.* Wäre der Gläubiger immer noch befugt, von den Personen, die sich für den Hauptschuldner verpflichtet hatten, die Leistung zu verlangen, wäre der Hauptschuldner letztendlich von seiner Verpflichtung doch nicht befreit, denn sie könnten im Innenverhältnis von ihm Ausgleich verlangen.<sup>147</sup> Da im Ergebnis andernfalls das *pactum de non petendo* erfolglos wäre, solle der Erlass des Hauptschuldners also auch für den Bürgen wirken. Gleiches gilt laut D. 2.14.25 pr. bei der Schuldnermehrheit zweier Stipulationsschuldner einerseits und bei der Schuldnermehrheit zweier Argentariergesellschafter andererseits: *Idem in duobus reis promittendi et duobus argentariis sociis.* Der Erlassvertrag zwischen einem der Schuldner und dem Gläubiger müsse folglich auch für den nicht am Abschluss des Vertrages beteiligten Schuldner gelten. Allerdings ist zu beachten, dass im Innenverhältnis unter Mitschuldnern grundsätzlich keine Ausgleichspflicht bestand.<sup>148</sup> Da das Argument der Regressmöglichkeit hier nicht zur Anwendung kommen kann, hätte Paulus die Gesamtwirkung des *pactum de non petendo* mit dem *idem* nicht auch auf die Stipulationsschuldner beziehen dürfen.<sup>149</sup> Geht man aber davon aus, dass hier nicht nur die Argentarier sondern auch die Stipulationsschuldner Mitglieder einer *societas* waren, bleibt der Gedankengang des Juristen richtig und in sich schlüssig: Die Ausgleichspflicht im Innenverhältnis der *rei promittendi* ergibt sich dann wie bei den *argentarii socii* aus dem Gesellschaftsvertrag.<sup>150</sup>

Dieser Gedanke findet sich auch in D. 34.3.3.3.

92

Ulpian beschäftigt sich hier insbesondere mit der Wirkung eines Befreiungsvermächtnisses bei zwei Stipulationsschuldnern, die durch einen Gesellschaftsvertrag miteinander verbunden waren.

93

Dabei fällt auf, dass er auf die *acceptilatio* und nicht auf das *pactum in rem*, das ja für die Gesellschafter Gesamtwirkung hatte, zurückgreift: *Sed quid si sociis fuimus? Videamus, ne per acceptilationem debeam liberari: alioquin, dum a conreo meo petitur, ego inquietor.* Der Grund ist darin zu sehen, dass die *liberatio legata* grundsätzlich durch eine *acceptilatio*

94

<sup>146</sup> Siehe BÜRGE, Fiktion und Wirklichkeit (Anm. 103), S. 523.

<sup>147</sup> So GRÖSCHLER, tabellae-Urkunden (Anm. 118), S. 119.

<sup>148</sup> Hierauf weist zutreffend KASER, RP I (Anm. 12), S. 659 hin.

<sup>149</sup> GRÖSCHLER, tabellae-Urkunden (Anm. 118), S. 120.

<sup>150</sup> So BÜRGE, Fiktion und Wirklichkeit (Anm. 103), S. 524.

zu erfüllen war.<sup>151</sup> Bei der *acceptilatio* handelte es sich um einen Konträrakt zur Stipulation, bei dem der Schuldner den Gläubiger fragte, ob er erhalten habe, was er ihm versprochen hatte. Indem der Gläubiger dies bejahte, entließ er den Schuldner aus der Haftung.<sup>152</sup> Ob der Gläubiger tatsächlich etwas erhalten hatte, spielte dabei keine Rolle. Daher konnte die *acceptilatio* entweder als förmliche Empfangsbetätigung oder auch als echter Erlass eingesetzt werden.<sup>153</sup> Nur dann, wenn die *acceptilatio* wegen ihrer Gesamtwirkung nicht, in diesem Fall zu dem vom Testator gewollten Ergebnis führte, musste man auf die schwächere Form des *pactum de non petendo* zurückgreifen: *Et si quidem mihi liberatio sit relicta, cum solus sim debitor, sive a me petatur, exceptione uti possum, sive non petatur, possum agere, ut liberer per acceptilationem. Sed et si cum alio sim debitor, puta duo rei fuimus promittendi, et mihi soli testator consultum voluit, agendo consequar, non ut accepto liberer, ne etiam conreus meus liberetur contra testatoris voluntatem, sed pacto liberabor.* Bei zwei *rei promittendi socii* ist jedoch die Gesamtwirkung aufgrund der Möglichkeit, im Innenverhältnis Regress zu nehmen, erforderlich. Waren also zwei Stipulationsschulder gleichzeitig auch Gesellschafter, musste vom Normalfall der *acceptilatio* nicht abgewichen und ein *pactum in rem* gewählt werden.<sup>154</sup> Am Ende des Fragments bezieht sich Ulpian auf den Juristen Julian, der seine Entscheidung bestätigt: *Et ita Iulianus libro trigesimo secundo digestorum scripsit, si quidem socii non simus, pacto me debere liberari, si socii, per acceptilationem.*

Der Rückgriff auf das Innenverhältnis liegt auch der Stelle D. 4.8.34 pr. bei der Frage der Gesamtwirkung des *compromissum* zugrunde: Waren die Stipulationsschuldner zugleich Gesellschafter, so wäre der Schiedsgerichtsvertrag zwischen dem einen Mitschuldner und dem Gläubiger aufgrund der Regressmöglichkeit im Innenverhältnis der beiden Schuldner im Ergebnis ohne Erfolg gewesen, wenn der Gläubiger von dem am Vertrag nicht beteiligten Schuldner weiterhin die Leistung hätte fordern können, ohne dass die Vertragsstrafe verwirkt worden wäre. Deshalb musste der am Abschluss des *compromissum* nicht beteiligte Mitschuldner einem Bürgen beim *pactum de non petendo* gleichgestellt werden.<sup>155</sup> Bei mehreren Stipulationsgläubigern, die sich in einer *societas* zusammengeschlossen hatten, wirkte sich hingegen der Abschluss des *compromissum* zwischen einem der Gläubiger und dem Schuldner nicht zu Lasten des anderen Gläubigers aus: Forderte dieser vom Schuldner die Leistung ein, wurde zwar die Vertragsstrafe verwirkt, allerdings war zur Zahlung der Strafe aber nur der am *compromissum* beteiligte Gläubiger verpflichtet.<sup>156</sup> Damit ergibt sich auch kein Widerspruch zu D. 2.14.27 pr., wo Paulus die Gesamtwirkung des *pactum de non petendo* bei der Gläubigermehrheit verneint. Falls dagegen keine Gesellschaft vorlag, bedeutete

<sup>151</sup> KASER, RP I (Anm. 12), S. 751.

<sup>152</sup> Vgl. Gai. inst. 3.169.

<sup>153</sup> MAYER-MALY, Römisches Recht (Anm. 11), S. 182.

<sup>154</sup> GRÖSCHLER, tabellae-Urkunden (Anm. 118), S. 121 Fn. 179.

<sup>155</sup> GRÖSCHLER, tabellae-Urkunden (Anm. 118), S. 121.

<sup>156</sup> GRÖSCHLER, tabellae-Urkunden (Anm. 118), S. 122.

die Inanspruchnahme des einen Schuldners nicht gleichzeitig auch die Inanspruchnahme des anderen Schuldners: *alias nec a te petitur, nec ego peto*, .... Im Gegensatz dazu führte die Inanspruchnahme durch einen der Gläubiger nicht automatisch zur Inanspruchnahme der anderen Gläubiger: *nec meo nomine petitur, licet a te petatur*.

Diese Quellen belegen allesamt, dass Argentarier, die sich zu einer Gesellschaft vereinigten, stets Gesamtgläubiger der aus ihrer Finanztätigkeit entstandenen Forderungen waren und gleichzeitig als Gesamtschuldner für die Verbindlichkeiten hafteten, die die einzelnen *socii* eingegangen waren. Dabei wurde bei einer Gläubigermehrheit die Gesamtwirkung einer Disposition eines einzelnen Argentariergesellschafters für die übrigen verneint, während sie im Falle einer Gesamtschuldnerschaft deshalb bejaht wurde, da ansonsten über den internen Regress unter den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsvertrag zweckwidrige Ergebnisse entstanden wären. So kam es entgegen der allgemeinen Regeln zu einer gewohnheitsrechtlich anerkannten Außenwirkung der *societas argentaria*.

96

### III.

Trotz gewisser Ansätze einer Außenwirkung bei spezifischen Erscheinungsformen der *societas* blieb die Gesellschaft im klassischen römischen Recht eine reine Innengesellschaft. Als solche genügte sie schon während der Rezeption nicht mehr den wirtschaftlichen Anforderungen jener Zeit. Allerdings war sie aufgrund ihrer flexiblen Regeln offen für weitere Ausformungen. Unter dem Einfluss der Handelsgesellschaften, die unabhängig von der *societas* entstanden waren, erlangte sie größere Bestandssicherheit und es wurden Regeln für das Innenverhältnis sowie für Vertretung und Haftung im Außenverhältnis entwickelt.<sup>157</sup>

97

An den Regelungen des heutigen Bürgerlichen Gesetzbuches ist noch deutlich die starke Anlehnung an die Gesellschaft nach römisch-rechtlichen Vorbild zu erkennen: Im ersten Entwurf des BGB war die Gesellschaft als ein ausschließlich schuldrechtliches Rechtsverhältnis unter den Gesellschaftern ohne eigenes, von dem ihrer Gesellschafter verschiedenen, Gesellschaftsvermögen ausgestaltet. Die zweite Kommission konstituierte hingegen ein Gesellschaftsvermögen als Gesamthandsvermögen<sup>158</sup>, ohne jedoch die aus dem Gesamthandsprinzip folgenden Konsequenzen im Einzelnen zu klären. Es ist vielmehr bei der Regelung des Gesellschaftsverhältnisses als Schuldverhältnis geblieben, dem in unvollständiger Weise das Gesamthandsprinzip quasi „darüber gestülpt“ wurde.<sup>159</sup>

98

Vor diesem Hintergrund ist es auch zu verstehen, dass sich, wie eingangs bereits dargestellt, im Gesetz keine umfassenden und abschließenden Regeln über die Rechtsnatur der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts finden.

99

<sup>157</sup> KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht (Anm. 14), S. 229.

<sup>158</sup> Vgl. §§ 718, 719 BGB.

<sup>159</sup> W. FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I/1, Die Personengesellschaft, Berlin 1977, S. 3 f.

Bereits im antiken Rom wurde versucht, Außenwirkungen von bestimmten *societates* zu erzielen, um den ökonomischen Anforderungen des Handelsverkehrs gerecht zu werden. Und auch die Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelungen im BGB und das erkennbare Bestreben des historischen Gesetzgebers, eine konkrete Festlegung zu vermeiden, ließen Raum für eine an den modernen wirtschaftlichen Bedürfnissen orientierte Beurteilung der Rechtsnatur der GbR. Die Auffassung von der nach außen bestehenden beschränkten Rechtsfähigkeit der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die auf die deutsch-rechtliche Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts zurückging<sup>160</sup> und die sich bereits im Schrifttum weitgehend durchgesetzt hatte, wurde schließlich im Jahre 2001 vom BGH anerkannt. Danach ist die GbR, ohne gleichzeitig juristische Person zu sein, rechtsfähig, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. **100**

---

<sup>160</sup> O. VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, Band 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig – München 1895, S. 663 ff.