

Anmerkungen zum Zusammenhang zwischen der Haftung *ex recepto nautarum cauponum stabulariorum* und der Haftung für *custodia* (*)

von András FÖLDI

(Budapest)

1. Die sich auf die Fragen der Vertragshaftung beziehende romanistische Literatur ist schon seit vielen Jahrzehnten fast unübersehbar reich geworden, dieser Umstand hält aber die Romanisten augenscheinlich überhaupt nicht davon zurück, daß sie sich wieder und wieder mit diesem Thema beschäftigen. Beispielsweise erwähne ich das vor einigen Jahren publizierte Buch von René ROBAYE über *L'obligation de garde* (1). Dieses

*) Der Text dieses Aufsatzes ist eine wesentlich unveränderte Version des Vortrages, was ich am XLV. Kongreß der *S.I.H.D.A.* in Miskolc, am 20. September 1991 gehalten habe. Der Vortragstext wird von der Universität Miskolc in den Akten dieses Kongresses veröffentlicht sein.

1) ROBAYE, R., *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle*, Bruxelles 1987 457 S. Siehe die ziemlich polemischen

Buch und seine Besprechungen beweisen auf alle Fälle, daß man auf das letzte Wort in der Diskussion über die Vertragshaftung noch sehr lang warten soll. Die Abundanz der haftungsrechtlichen romanistischen Literatur läßt sich - neben der hervorragenden Bedeutung des Themas - vorzugsweise darauf zurückführen, daß man in diesem Bereich kaum ein solches Problem findet, wobei eine *communis opinio doctorum* vorläge. Demgegenüber gilt eher die *nimia controversia doctorum* als charakteristisch. Eine besonders vielumstrittene Frage, sogar eine *crux* stellt auch der Zusammenhang zwischen der Haftung *ex recepto nautarum cauponum stabulariorum* und der Haftung für *custodia* dar.

2. Die Untersuchungen bezüglich des Zusammenhanges zwischen der Haftung *ex recepto nautarum* und der Haftung für *custodia* sind vor allem dadurch erschwert, daß weder der wahre Inhalt des *receptum nautarum*, noch der der *custodia* befriedigend geklärt ist. Diese Schwierigkeit kann theoretisch dadurch beseitigt werden, daß man zuerst beide Begriffe *in se*, d.h. voneinander getrennt untersucht. Man muß sich aber vor Auge halten, daß diese Haftungsformen miteinander sowohl historisch als auch dogmatisch sehr eng verbunden sind. Bezüglich dieses Zusammenhanges genügt es darauf hinzuweisen, daß nach der Ansicht einiger Autoren der erste Fall

der *custodia*-Haftung eben die durch die sogenannte *exceptio Labeoniana* ermäßigte Haftung *ex recepto nautarum* war (2), andererseits darauf, daß nach der herrschenden Ansicht die *receptum*-Haftung der Schiffer im klassischen Recht von der *custodia* nicht verschieden war (3). Man sollte also über die eine Haftungsform nicht unabhängig von der anderen sprechen. Es ist jedoch zweckmäßig, sogar notwendig, zuerst kurz zusammenzufassen was ich unter der Haftung *ex recepto* bzw. unter *custodia* verstehe.

3. Die Haftung *ex recepto nautarum cauponum stabulariorum* ist meines Erachtens eine ursprünglich unbeschränkte, absolute Haftung (deswegen wäre es vielleicht präziser, sie eine Art Gefahrtragung zu nennen) der Schiffer und Herbergswirte (4) für diejenigen Sachen, die sie mit dem *'salvum*

2) BARON, J., *Die Haftung bis zur höheren Gewalt*, AcP 78 (1892), 252f; BRÓSZ, R. - PÓLAY, E., *Római jog* (Römisches Recht), Budapest 1992, 449; MOLNÁR, I., *A preklasszikus jog felelősségi rendszere* (Das Haftungssystem des vorklassischen Rechts), *Acta Jur. et Pol. Szeged.* 37 (1987), 204f; DERS., *A custodia felelősség tartalmi elemei a klasszikus római jogban* (Die inhaltlichen Elemente der Custodia-Haftung in dem klassischen römischen Recht), *Acta Jur. et Pol. Szeged.* 39 (1990), 153.

3) Siehe z.B. KASER, M., *Das Römische Privatrecht I²*, München 1971, 508.

4) Das *edictum* spricht über *nautae, cauponas* und *stabularii*, die in der modernen römischrechtlichen Literatur als Schiffer, Herbergswirte und Stallwirte bezeichnet werden. Ich meine aber, daß die *stabularii* keine eigentlichen Stallwirte, sondern solche Herbergswirte waren, die neben der Herberge auch einen Stall hatten. Er ist also richtiger anstatt Stallwirte Herbergswirte zu erwähnen, und dementsprechend über die Haftung der Schiffer und Herbergswirte zu sprechen. Für diese Annahme sprechen viele Quellenstellen (z.B. D. 3,2,4,2, D. 47,5,1,6), sowie die maßgebende

*fore recipio*¹-Versprechen übernahmen (5). Später erstreckte die Jurisprudenz die *receptum*-Haftung auf alle solchen Sachen, die

einschlägige Sekundärliteratur (z.B. KLEBERG, T. *Hôtels, restaurants et cabarets dans l'antiquité romaine*, Uppsala 1957). Siehe ausführlicher FÖLDI, A., *Acta Fac. Pol.-Jur. Univ. Budapest* 31 (1989), 9ff.

5) Das Problem der *receptio salvum fore* ist in der Literatur stark umstritten. In der Literatur findet man sehr viele und oft diametral verschiedene Ansichten. Meinerseits halte ich für das plausibelste die Meinung von BÜRGE, A., *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, SZ 104 (1987), 530. Nach BÜRGE waren die *recepta* ursprünglich förmliche Akte, die vor der Entstehung der bezüglichen *edicta* keine juristische (doch sittliche) Bedeutung hatten. (Ähnlich GOLDSCHMIDT, L., *Das receptum nautarum cauponum stabulariorum*, ZgH 3 [1860], 100f; LUSIGNANI, L., *La responsabilità per custodia secondo il diritto romano. I. Il receptum nautarum cauponum stabulariorum. Gli altri casi di locatio conductio*, Modena 1900, 34ff; MITTEIS, L. - WILCKEN, U., *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, Leipzig-Berlin 1912, II, 259; MÉNAGER, L.R., "Naulum" et "receptum rem salvam fore", RHD 38 [1960], 212). So glaube ich nicht, daß die *recepta* vom Anfang an formfreie Versprechen gewesen wären (so z.B. UDE, E., *Das receptum nautarum, ein pactum praetorium*, SZ 66 [1891], 67; KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig 1901, II, 1317 ff; HELLE, K., *Az eröhatalom a római és a magyar jogban* (Die höhere Gewalt im römischen und im ungarischen Recht), Kecskemét 1896, 11; PERNICE, A., *Parerga*, SZ 20 [1899], 136; LEVY, E., *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin 1915, 30; HAYMAN, F., *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, SZ 40 [1919], 211; HUVELIN, P., *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris 1929, 146; DE ROBERTIS, F.M., *Receptum nautarum*, Bari 1952, 58; VAN OVEN, J.C., *Actio de recepto et actio locati*, TR 24 [1956], 149; BRECHT, Ch.H., *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht*, München 1962, 119; KASER, *op. cit.*, 585; MEYER-TERMEER, A.J.M., *Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht*, Zutphen 1978, 172), und noch weniger kann ich mir vorstellen, daß das *receptum nautarum* auch am Anfang bloß die faktische Übernahme der Sachen der Reisenden gewesen wäre, wobei die strenge Haftung kraft des Edikts eingetreten wäre (so z.B. VON WYSS, P.F., *Die Haftung für fremde Culpa nach römischem Recht*, Zürich 1867, 80; BARON, *op. cit.*, 239 ff; DERNBURG, H., *Pandekten*, Berlin 1900, II, 108; etwas vorsichtiger auch WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Leipzig 1906, II, 619;

die Reisenden gewöhnlich mitzubringen pflegten (6), sowie auf diejenigen Sachen, die die Reisenden mit dem Wissen des Unternehmers ins Schiff bzw. in die Herberge einbrachten (7). Da die Schiffer die Ladung immer ausdrücklich abnahmen, übernahmen sie die gesteigerte Haftung vielleicht auch weiterhin ausdrücklich mit dem *receptum*-Versprechen (8). Das *receptum* wurde aber aus *accidentale negotii* allmählich *naturale negotii* (nämlich angesichts der *locatio conductio* als Hauptvertrag) und in gewissem Sinne wurde präsumiert (9). Die *receptum*-Haftung

ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1933, 109; SOLAZZI, S., *Scritti di diritto romano*, Napoli 1960, III, 514; SARGENTI, M., *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in diritto romano*, St. Albertario, Milano 1953, I, 579 ff).

6) Siehe dazu D. 4,9,1,6 - Ulp., D. 4,9,4,2 - Paul.

7) Das Wissen des Unternehmers lag auch dann vor, wenn seine zum Rezipieren berechnete Angestellten rezipiert hatten, siehe dazu D. 4,9,1,2-3 - Ulp.

8) Die sog. *adsignatio* und das wohl damit verbundene χειρέμβολον dienten höchstwahrscheinlich zur ausdrücklichen Abnahme der Ladung und gleichzeitig zur Übernahme der *receptum*-Haftung, siehe D. 4,9,1,3 - Ulp.

9) Für das klassische Recht nehmen das *receptum als naturale negotii* (diejenigen Autoren, die verneinen, daß sich die Geltung der sog. *praedictio* auch auf die *receptum*-Haftung erstreckt wurde [siehe Fn. 10] sprechen sogar über *essentiale negotii*) BRUCKNER, F.X., *Die Custodia nebst ihrer Beziehung zur vis major nach römischem Recht*, München 1889, 168; UDE, *op. cit.*, 67; KARLOWA, *op. cit.*, II, 1317; PARTSCH, J., *Der ediktale Garantievertrag durch receptum*, SZ 29 (1908), 411; KLINGMÜLLER, F., *Receptum*, RE I A (1914), 356f; LUZZATTO, G.I., *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, Milano 1938, 170; MAGDELAIN, A., *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris 1958, 126, 148f; CENDERELLI, TR 49 (1981), 182; ROBAYE, *op. cit.*, 85 an. Für diese Annahme sprechen die folgenden Tatsachen: Ulpian spricht im XIV. Buche seines Ediktcommentars über die *receptum*-Haftung stets als über eine natürliche, selbstverständliche

konnte sonst durch die sog. *praedictio* ausgeschlossen werden (10).

Sache; in D. 4,9,1,3 und D. 4,9,1,8 spricht Ulpian darüber, daß die Sachen kraft des Einbringens als rezipiert gelten; vielleicht spricht noch für das *naturale negotii* die Ulpianstelle in D. 47,2,14,17, demgegenüber nimmt DE ROBERTIS, *op. cit.*, 149 Interpolation an (anstatt "*si sint solvendo*" schlägt er vor, "*si receperint*" zu lesen). Jedoch gibt es auch Gesichtspunkte, die für das *accidentale negotii* sprechen, vor allem D. 47,5,1,4 - Ulp. Dafür z.B. LUSIGNANI, *op. cit.*, 34ff; KISS, G., *A hajósok felelőssége különös tekintettel az ókori jogfejlődésre a legújabb papyrusok figyelembevételével* (Die Haftung der Schiffer mit besonderer Rücksicht auf die antike Rechtsentwicklung unter Berücksichtigung der neuesten Papyrusfunde), in: *Az Erdélyi Múzeum-Egyesület Jog- és Társ.-tud. Szakoszt., Évkönyve*, Budapest 1913-1914, 194; MITTEIS - WILCKEN, *op. cit.*, II, 259; HAYMANN, *op. cit.*, 211; BONOLIS, G., *La responsabilità derivante dal "receptum nautarum" in diritto romano e in diritto bizantino*, *Annali Macerata* 5 (1929), 492; SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 564; VAN OVEN, *op. cit.*, 139, 156. Die Frage ist auch wegen der Änderungen im Laufe der geschichtlichen Entwicklung schwierig zu beantworten. Eine Tendenz in der Richtung vom *accidentale* zum *naturale negotii* (nach einigen Autoren zum *essentiale negotii*) ist jedenfalls zu vermuten. Die Vertreter der Theorie des *accidentale negotii* erkennen im allgemeinen an, daß das *receptum* in dem justinianischen Recht *naturale negotii* wurde, jedoch dagegen z.B. MEYER-TERMEER, *op. cit.*, 201ff.

10) Die Geltung der sog. *praedictio* (D. 4,9,7, pr. - Ulp.) ist umstritten. Insbesondere nahmen die älteren Autoren oft an, daß die *receptum*-Haftung durch die *praedictio* ausgeschlossen werden konnte (siehe z.B. UDE, *op. cit.*, 70; PERNICE, *op. cit.*, 138; TEDESCHI, G., *Il diritto marittimo dei Romani comparato al diritto marittimo italiano*, Montefiascone 1899, 120; PARTSCH, *op. cit.*, 406; LUZZATTO, *op. cit.*, 170; ähnlich MAGDELAIN, *op. cit.*, 149), demgegenüber weisen aber GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, 333; KARLOWA, *op. cit.*, II, 1321 f; KLINGMÜLLER, *op. cit.*, 358; HUVELIN, *op. cit.*, 154; MÉNAGER, *op. cit.*, 210 und MEYER-TERMEER *op. cit.*, 207 f nicht ohne Grund darauf hin, daß die *praedictio* nur bezüglich der sog. *actio damni in factum adversus nautas* erwähnt wird. Auch diejenige Hypothese ist nicht zu verwerfen, nach der die *praedictio* im klassischen Recht auf das *receptum* analog angewendet, und von Justinian ausdrücklich kraft der Einfügung in die *sedes materiae* des *receptum nautarum* - erstreckt wurde (so KLINGMÜLLER, *op. cit.*; SOLAZZI, *op. cit.*, III, 517, IV (1963), 197; DE ROBERTIS, *op. cit.*, 62; BRECHT, *op. cit.*, 114¹).

Diese Änderungen führte die Jurisprudenz im Interesse der Reisenden ein. Andererseits aber ermäßigte die Jurisprudenz zugunsten der Unternehmer die ursprünglich unbeschränkte *receptum*-Haftung durch die Erteilung der sog. *exceptio Labeoniana*, d.h. man sah für die Fälle der höheren Gewalt wahrscheinlich eine *exceptio* vor (11).

11) Über die Ermäßigung der *receptum*-Haftung berichtet Ulpian :
...hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari ... (D. 4,9,3,1).

Dieser ansonst klarer *topos* ist vielumstritten. Die Romanisten sind darin nicht einverstanden, ob Labeo selber die *exceptio* gegeben hatte (diese traditionelle Lehre vertreten z.B. LENEL, O., *Kritisches und Antikritisches*, SZ 49 [1929], 6; KASER, *op. cit.*, 585; MEYER-TERMEER, *op. cit.*, 172), oder die Stelle interpoliert ist, und zur Ermäßigung der strengen Haftung erst in der justinianischen Kompilation gekommen war. Nach HAYMANN sollte Labeo die *exceptio* nicht geben, sondern mit den von ihm emendierten Worten "*non aequum*" bzw. "*iniquum*" anstatt "*non iniquum*" schlechthin verweigert haben. Nach seiner Meinung sind nämlich das *naufragium* und die *vis piratarum* jedenfalls solche Ereignisse, welche der Schiffer vertreten hatte. Siehe HAYMANN, *op. cit.*, 208. Dieser Ansicht schließt sich nur HUVELIN, *op. cit.*, 150 an. Dagegen siehe z.B. VÁŽNÝ, J., *Custodia, Annali Palermo* 12 (1929), 125²; ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, 105; BRECHT, *op. cit.*, 97; DE ROBERTIS, *op. cit.*, 88ff.

Es ist auch umstritten, ob sich die vorliegende *exceptio* auf alle Fälle der höheren Gewalt (das ist die traditionelle Lehre), oder bloß auf die beiden erwähnten *casus*, auf den Schiffbruch und den Überfall von Seeräubern erstreckte (so DE ROBERTIS, *op. cit.*, 86; MEYER-TERMEER, *op. cit.*, 197f). Manche Autoren nehmen diesbezüglich eine Entwicklungstendenz zur Erstreckung der Geltung der *exceptio* an.

Man ist auch darüber nicht einverstanden, ob sich die *exceptio* vom Anfang an auch auf die Herbergswirte erstreckte, oder ursprünglich nur die Schiffer betraf, im Zusammenhang damit, daß diese Frage auch bezüglich der ursprünglichen Geltung des *receptum nautarum* selber umstritten ist. Nach PARTSCH, *op. cit.*, 407 und BRECHT, *op. cit.*, 86, sollte die Erstreckung der Geltung des Edikts auf die Herbergswirte erst Ulpian vorgeschlagen

All dies spielte sich wohl im frühklassischen Zeitalter ab, wobei aber auch mit spätvorklassischen gewohnheitsrechtlichen Vorgängen zu rechnen ist. Im nachklassischen und im justinianischen Recht wurden diese Regeln nicht abgeändert, also die allgemeine Subjektivisierungstendenz dieser Periode betraf die objektive *receptum*-Haftung nicht.

4. Unter der *custodia* verstehe ich eine strenge, wesentlich objektive (12) Haftung des interessierten (13) Schuldners für

haben; geschweige denn nach LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927, 131; HUVELIN, *op. cit.*, 138 und DE ROBERTIS, *op. cit.*, 125ff, 147ff wurde die Geltung der *receptum*-Haftung auf die Herbergswirte erst von der justinianischen Kodifikation erstreckt; demgegenüber siehe aber KARLOWA, *op. cit.*, II, 1316; LUZZATTO, *op. cit.*, 160¹, 203². Aufgrund terminologischer Erwägungen meine ich, daß die *caupones* und die *stabularii* bereits in dem vorklassischen Zeitalter (wenn nicht gerade vom Anfang an - nach TEDESCHI, *op. cit.*, 112 wurde sogar zuerst eben die besondere Haftung der Herbergswirte geregelt und sie wurde auf die Schiffer erst später erstreckt!) unter die Geltung der *receptum*-Haftung fielen, siehe ausführlicher FÖLDI, A., *Acta Fac. Pol.-Jur. Univ. Budapest*, 31 (1989), 9ff.

Zusammengefaßt gibt es meines Erachtens kein ernster Grund die wesentliche Klassizität der vorliegenden Stelle (D. 4,9,3,1) zu bezweifeln. Man kann dem Text soviel jedenfalls entnehmen, daß die ursprünglich unbeschränkte *receptum*-Haftung der Schiffer und wohl auch der Herbergswirte gegen dem Ende des vorklassischen Zeitalters oder etwas später von der Jurisprudenz, wohl von Labeo ermäßigt wurde, und den Unternehmern eine *exceptio* für die Fälle der *vis maior* gegeben wurde.

Schließlich ist es noch zu bemerken, daß die *exceptio* nicht in dem *album* vorgesehen, sondern durch *decretum* erteilt wurde, siehe VAN OVEN, *op. cit.*, 140.

12) CANNATA, C.A., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano 1966, 17 verwirft die Anwendung der Unterscheidung der subjektiven und objektiven Haftung in den römischrechtlichen Forschungen. (Vgl. MARTON, G., *Les fondements de la responsabilité civile*, Paris 1938,

diejenigen Sachen, die er übernommen hat und verwahren soll. Ich habe vorauszuschicken, daß ich die rein subjektive Auffassung der *custodia*, deren klassischer Vertreter Johan Christian HASSE war (14), und die neuestens von René ROBAYE vertreten wird (15), ebenso verwerfe, wie auch die extrem objektive Theorie der *custodia*, die Josef BARON und Emil SECKEL ausarbeiteten (16). Meines Erachtens wendeten die römischen Juristen das Wort *custodia* nicht nur im Sinne von Bewachung an (17), sondern auch in technischem Sinne der

430f; DERS., *Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung*, AcP 162 [1963], 78ff). Theoretisch kann natürlich diese Unterscheidung bestritten werden, vom praktischen Gesichtspunkt aus sehe ich es jedoch anwendbar, um die Haftung für *dolus* und *culpa* der strengeren *custodia* usw. anschaulich gegenüberstellen zu können.

13) Dazu siehe statt aller NÖRR, D., *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, SZ 73 (1956), 68ff.

14) HASSE, J.Ch., *Die Culpa des Römischen Rechts*, Bonn 1838, 60. Die subjektive Theorie wird vertreten z.B. von LUSIGNANI, *op. cit.*, 38; MITTEIS - WILCKEN, *op. cit.*, II, 259; MACCORMACK, G., *Custodia and culpa*, SZ 89 (1972), 162ff.

15) ROBAYE, R., *op. cit.* Dagegen siehe die in der Fn. 1. zitierten begründeten Besprechungen von METRO und LITEWSKI.

16) BARON, *op. cit.*, 203ff; SECKEL, E., HEUMANNs *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1907, s.v. *custodia*.

17) KASER, M., *Die actio furti des Verkäufers*, SZ 96 (1979), 99 betont, daß die *custodia* vor allem die Bewachung bedeutet, erkennt aber an, daß sie neben dem *dolus* und der *culpa* ein dritter Haftungsmaßstab wurde. Nach CANNATA, *op. cit.*, 1966, 115ff wurde die *custodia* erst im III. Jh. n. Chr. eine Haftungsform, dementsprechend bedeutet die *custodia* auch bei Gaius nur die Bewachungstätigkeit, dagegen aber mit Recht VISKY, K., *Bemerkungen zur Entwicklung des kontraktuellen Haftungssystems im antiken römischen Recht*, *Acta Antiqua Hung.* 20 (1972), 379ff. Es ist zu bemerken, daß der Begriff der Haftung, Verantwortlichkeit usw. erst in der Neuzeit erschaffen worden ist, es ist also in gewissem Sinne überhaupt anachronistisch, über

Haftung für *custodia*. Sie faßten aber die *custodia* kaum als einen abstrakten Haftungsmaßstab auf (18), sondern stellte man den konkreten Inhalt der *custodia* einigermaßen kasuistisch fest (19). Auf der Ebene des Allgemeinen kann man über die Haftung für *custodia* nur soviel behaupten, daß dieser Haftungsmaßstab mindestens so streng wie die Haftung für *culpa levis* war (20), und sie begriff über die *culpa* hinaus immer die Haftung für Diebstahl mit (21). Dazu läßt sich natürlich hinzufügen, daß sich die Haftung für *custodia* nie auf die Fälle der *vis maior* erstreckte (22).

In diesem Zusammenhang ist aber das folgende hervorzuheben: aus der Tatsache, daß sich die *custodia* nie auf die höhere Gewalt erstreckte, folgt es noch gar nicht, daß der *custodiens* alle Ereignisse *cui humana infirmitas resistere potest*

Haftungssystem, Haftungsmaßstäbe usw. in Bezug auf das römische Recht zu sprechen, siehe ausführlicher FÖLDI, *Acta Fac. Pol.-Jur. Univ. Budapest* 30 (1988), 7ff.

18) So LUZZATTO, *op. cit.*, 263.

19) Vgl. MARTON, G. *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, RIDA 3 (1949), 177; CANNATA, *op. cit.*, 91; KASER, SZ 96 (1979), 99 f.

20) Das ist die herrschende Lehre, siehe KASER, *Das röm. Privatrecht*, I², 511; dagegen kaum begründet ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, 173. TALAMANCA, M., *Custodia*, ED XI (1962), 562 meint, daß es keine solche Obligation gibt, wobei nur für *custodia* gehaftet würde. Diese Feststellung ist wohl in dem Sinne auszulegen, daß die *custodia* immer mit der Haftung für *culpa levis* (und für *dolus*) verbunden ist.

21) Ähnlich z.B. TALAMANCA, *op. cit.*, 562; CANNATA *op. cit.*, 79. Dagegen kaum begründet ROBAYE, *op. cit.*, 314.

22) KASER, *Das röm. Privatrecht*, I², 507.

hätte vertreten sollen (23). Was die erwähnte kasuistische Behandlung der *custodia* angeht, nehme ich an, daß man außerhalb der einfachen, offensichtlichen Fälle, - d.h. des eine unbedingte Haftung involvierenden Verschwindens der Sache und der befreienden *vis maior* - kasuistisch erwog, ob der *custodiens* ein gegebenes Ereignis zu vertreten hatte oder nicht. So zog man z.B. die von den Mäusen gestifteten Schäden in den Kreis der *custodia*-Haftung zu (24), das *damnum ab alio datum* fiel aber meistens außerhalb des Kreises der *custodia* (25). Kurz

23) Obwohl KASER, *SZ* 96 (1979), 97ff die *custodia* sehr nuanciert definiert, wendet er jedoch die Begriffe des *casus minor* und der *vis maior* an.

24) Siehe D.19,2,13,6 - Ulp. Auch die Flucht des zu bewachenden Sklaven (D.13,6,5,6, - Ulp.), und der von dem anvertrauten Tier angerichtete Schaden (D. 9,1 2, pr. - Paul.) sind hierbei zu erwähnen.

25) Lehrreich ist in diesem Zusammenhang die *controversia* von Julian und Marcellus (D. 13,6,19 - Iul., D. 19,2,41 - Marc.). Einige Autoren folgern auf eine unbeschränkte Haftung des *custodiens* für *damnum ab alio datum*, dagegen bereits FERRINI, C., *Opere*, Milano 1929, III, 172; neuerdings siehe CANNATA, *op. cit.*, 63ff und METRO, A., *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano 1966, 110ff mit der Literatur. Mit Recht sagt KASER, *SZ* 96 (1979), 99f, daß die *custodia* seit Marcellus gegen Julian fallweise auf gewisse Tatbestände einer Sachbeschädigung durch Dritte erstreckt wurde. Dementsprechend meine ich, daß es ähnlicherweise unbegründet ist, wenn SCHULZ, F., *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht*, *GrünhZ* 38 (1911), 47f aufgrund der D. 50,16,9 - Ulp., VÁŽNÝ, *op. cit.*, 107ff unter anderem aufgrund der D. 9,1,2,pr. - Paul., ROSENTHAL, J., *Custodia und Aktivlegitimation zur actio furti*, *SZ* 68 (1951), 225 und MOLNÁR, *Acta Jur. et Pol. Szeged.* 39 (1990), 157 aufgrund der D. 4,9,5,1 - Gaius, darauf folgern, daß sich die *custodia* ohne weiteres auf das *damnum ab alio datum* erstreckte. MACCORMACK, *op. cit.*, 162ff stellt mit Recht fest, daß aufgrund der D. 4,9,5,1 die Folgerung nicht zu ziehen ist, daß die Haftung des *fullo* und des *sarcinator* ebenso streng gewesen wäre, wie die des *nauta*, darüber kann ich aber mit ihm nicht einverstanden sein, daß sich der *fullo* und der *sarcinator* mit Beweisen des Mangels ihrer *culpa* von der Haftung für Diebstahl hätten befreien können.

läßt sich also sagen, daß sich die Haftung für *custodia* eine sich auf *culpa levis, furtum*, und auf bestimmte andere, kasuistisch festgesetzte Schäden erstreckende Haftung war.

Diese kasuistische Erwägung richtete sich meines Erachtens nicht darauf, die menschliche Resistenzmöglichkeit in der gegebenen Situation festzustellen (26), sondern bezweckte vor allem, daß der Schuldner nur dann befreit wird, wenn der Schaden augenscheinlich nicht ihm vorzuwerfen ist. Im Falle einer höheren Gewalt, was im allgemeinen notorisch ist, und wobei die Sache als *residuum* oft auch zurückbleibt, ist es verhältnismäßig einfach zu beweisen, daß der Schuldner nicht kulpos war, deswegen wird für *vis maior* eine Einrede erteilt. Im Falle des Diebstahls aber, wobei die Sache unmerklich verschwunden ist, und noch dazu kein *residuum* zurückbleibt, wirft sich der Schatten des Verdachtes unvermeidlich und notwendig auf den Schuldner. Das Verschwinden der Sache ist immer ein bißchen verdächtig, dementsprechend haftet der *custodiens* dafür auch dann, wenn die Sache sogar trotz seiner *exactissima diligentia* gestohlen worden ist (27). Dazu kann man noch hinzufügen, daß ohne diese Haftung für *furtum* für den

26) So - mit kleineren Differenzen untereinander - KUNKEL, W., *Diligentia*, SZ 45 (1925), 283; CANNATA, *op. cit.*, 100f; METRO, *op. cit.*, 109; KASER, SZ 96 (1979), 100.

27) Vgl. KASER, *Das röm. Privatrecht*, I², 507; JÖRS, P. - KUNKEL, W. - WENGER, L., *Römisches Recht*, 4. Aufl. neu bearb. von HONSELL, H. - MAYER-MALY, Th. - SELB, W., Berlin-Heidelberg-New York 1987, 234.

Gläubiger der sog. Beweisnotstand eintreten sollte, was jedenfalls zu vermeiden ist (28).

Diese beiden Fälle, nämlich die *vis maior* und das Verschwinden der Sache werfen also im allgemeinen keine Erwägungsprobleme auf: im ersten Fall wird der Schuldner in der Regel befreit (die diesbezüglichen Ausnahmen sind eng und gut bekannt), im zweiten Fall haftet aber der Schuldner immer, weil der Verdacht eines eventuell von ihm selber begangenen Diebstahls immer vorliegt. In sonstigen Fällen ist die Beurteilung des Schadens und die Erwägung der Haftung nicht so einfach, und es war kaum möglich, allgemeine Regeln aufzustellen. Deshalb wandte man in den sonstigen Fällen, vor allem im Falle von *damnum ab alio datum* eine vorsichtige kasuistische Methode an.

All dies bezieht sich auf das spätvorklassische und das klassische Recht. In dem nachklassischen Recht schaffte man die mehr oder weniger objektive *custodia*-Haftung ab, und man ersetzte sie mit der *diligentia exactissima* usw. Von praktischem Gesichtspunkt aus soll man aber diese Abschaffung der Haftung für *custodia* nicht überschätzen. Die *culpa* wurde im nachklassischen Recht im allgemeinen präsumiert oder sogar fingiert, und der Gegenbeweis war fast unmöglich. Wie KUNKEL sagt,

28) Vgl. MARTON, *RIDA* 3 (1949), 188; MOLNÁR, *Acta Jur. et Pol. Szeged.* 39 (1990), 154. CANNATA, *op. cit.*, 94 stellt in diesem Zusammenhang mit Recht fest, daß der Beschädiger, im Gegensatz zum Dieb, meistens bekannt ist, das Risiko des Eigentümers stellt also bloß die Zahlungsunfähigkeit des Schadenstifters dar.

"Die klassischen Haftungsregeln werden nicht eigentlich geändert, sondern nur umgedeutet" (29).

5. Jetzt komme ich auf das eigentliche Thema, d.h. auf das Problem des *Zusammenhanges* zwischen der *receptum*-Haftung und der Haftung für *custodia*. Mit Rücksicht darauf, daß das *receptum nautarum cauponum stabulariorum* der allgemeinen *custodia* gegenüber eine besondere Haftungsform darstellte, erhebt sich die Frage: warum führte der Prätor eine unbeschränkte Haftung für die Schiffer und Herbergswirte ein? Und warum wurde diese unbeschränkte Haftung später ermäßigt? Die Entstehung des vorliegenden *edictum* pflegt man einerseits mit dem in der Praxis bereits früher angewendeten, aber von Rechts wegen ungültigen *receptum*-Versprechen (30) sowie mit dem schlechten Ruf der Schiffer und Herbergswirte zu erklären (31). Diese historische Erklärung nehme ich als plausibel

29) KUNKEL, *op. cit.*, 285.

30) Siehe Fn. 5.

31) Über den schlechten Ruf der Schiffer und insbesondere der Herbergswirte berichten viele antike Quellen, siehe zusammenfassend FRIEDLÄNDER, L., *Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms*, Leipzig 1919, I, 348f; KLEBERG, *op. cit.*, 81f. Für die "*improbitas*" (vgl. D. 4,9,1,1, D. 4,9,3,1 - Ulp.) als die Grundlage der strengen Haftung siehe aus der älteren Literatur WYSS, *op. cit.*, 60; BRUCKNER, *op. cit.*, 167; STURM, A., *Die Haftpflicht der Gastwirte nach römischem Recht*, Naumburg 1892, 13ff; TEDESCHI, *op. cit.*, 116; HELLE, *op. cit.*, 14; KARLOWA, *op. cit.*, II, 1316. Trotz der diesbezüglichen Interpolationenkritik von PERNICE, *op. cit.*, 133ff, LUSIGNANI, *op. cit.*, 35¹, SCHULZ, *GrünhZ* 38 (1911), 42ff (später noch in *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin-Leipzig 1934, 17 und in *Classical Roman Law*, 565), PARIS, J., *La responsabilité de la custodia en droit romain*, Paris 1926, 23, HUVELIN, *op. cit.*, 139ff, BRECHT, *op. cit.*, 91ff, hält diese Hinweise von Ulpian

an, man darf aber auch die dogmatische Ursache der Einführung der strengen Haftung nicht außer Acht lassen.

Ich gehe davon aus, daß vor der Einführung der *receptum*-Haftung die Regelung der Verantwortlichkeit der Schiffer und Herbergswirte nicht befriedigend war, mit anderen Worten war die Haftung dieser Unternehmer nicht streng genug⁽³²⁾. Der Mangel an einer strengen Regelung kann praktisch⁽³³⁾ entweder darauf zurückgeführt werden, daß die *custodia*-Haftung auf die Schiffer und die Herbergswirte keine⁽³⁴⁾, oder nur eine

ROSENTHAL, *op. cit.*, 235 für real und klassisch, und betont, daß die Grundlage der gesteigerten Haftung nicht das Utilitätsprinzip, sondern die "soziale Minderwertigkeit" der Schiffer war (*op. cit.*, 263). In ähnlichem Sinne - und noch überzeugender - KLINGMÜLLER, *op. cit.*, 357; BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, 669; MEYER-TERMEER, *op. cit.*, 204; ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town - Wetton - Johannesburg 1990, 516. Nach DE ROBERTIS, *op. cit.*, 139 bezog sich die verdächtige Ulpianstelle ursprünglich auf die *actio furti adversus nautas*. Auch diese Möglichkeit ist nicht auszuschließen. Siehe noch SARGENTI, *op. cit.*, 570.

32) SCHULZ, *Classical Roman Law*, 565; THOMAS, J.A.C., *Carriage by Sea*, RIDA 7 (1964), 495; DIÓSDI, Gy., *Contract in Roman Law*, Budapest 1981, 77. Dagegen meint DE ROBERTIS, *op. cit.*, 16, daß der Prätor die strenge Haftung der Schiffer mittels der Einführung des fakultativen *receptum* ermäßigt hätte. Diese kaum begründete Ansicht ist isoliert geblieben.

33) Theoretisch ist es nämlich auch vorstellbar, daß selbst die bereits existierende, und sich auch auf die Schiffer beziehende *custodia*-Haftung nicht streng genug war.

34) MAGDELAIN, *op. cit.*, 149; FEENSTRA, R., *Deux textes de Gaius sur la responsabilité contractuelle*, *Mélanges Lévy-Bruhl*, 1959, 112; KASER, *Das röm. Privatrecht*, I², 586.

beschränkte (35) Anwendung fand, oder darauf, daß die *custodia*-Haftung in der Zeit des Erschaffens der *receptum*-Haftung noch überhaupt nicht gekannt war (36). Ich meine, daß die *receptum*-Haftung noch vor der Ausbildung des Systems der Vertragshaftung, sogar des Systems der *contractus bonae fidei* eingeführt wurde, als weder die *custodia*-Haftung, noch die *culpa*-Haftung und die *dolus*-Haftung gekannt waren, und die sich auf die Schiffer beziehenden Haftungsregeln - abgesehen von einigen Regeln des alten *ius civile* - die *actio oneris aversi* und die *actiones in factum adversus nautas* darstellten. Die Einführung der *receptum*-Haftung füllte also meines Erachtens eine *lacuna iuris* aus (37).

Die Argumente für diese frühe Datierung des *receptum* kann ich jetzt nur kurz zusammenfassen. Einerseits weise ich darauf

35) BRECHT, *op. cit.*, 99ff meint, daß sich die *receptum*-Haftung ursprünglich nur auf das Gepäck des Reisenden erstreckte, was der Schiffsladung gegenüber kein Objekt der *custodia*-Haftung sein konnte. Obwohl der Grundgedanke von BRECHT richtig ist, scheint aber seine Folgerung völlig unbegründet zu sein. BRECHT schreibt keine Bedeutung der D. 4,9,4,2 (Viv.-Paul.) zu, und sagt - m.E. unbegründet - daß sich Vivian über die ursprüngliche Bedeutung des *receptum* nicht im klaren gewesen wäre. Vgl. STURM, *op. cit.*, 3; THOMAS, *op. cit.*, 498; KUPISZEWSKI, *SZ* 81 (1964), 457; MEYER-TERMEER, *op. cit.*, 188.

36) VAN OVEN, *op. cit.*, 142ff; MOLNÁR, *Acta Jur. et Pol. Szeged.* 37 (1987), 204f, *Acta Jur. et Pol. Szeged.* 39 (1990), 153.

37) In der römischrechtlichen Literatur ist es umstritten, ob die *receptum*-Haftung, oder die *custodia* älter gewesen sei. So z.B. VAN OVEN, *op. cit.*, 137ff meint, daß die strenge *receptum*-Haftung früher entwickelt wurde, als die modernere Haftungsregelung der *locatio-conductio*, während SCHULZ, *Classical Roman Law*, 565 annimmt, daß die *receptum*-Haftung wegen der unvollkommenen Haftungsregeln der *locatio conductio*, also erst nachträglich ausgestaltet wurde; ähnlich KASER, *Das röm. Privatrecht* I². 507. Vgl. auch Fn. 2.

hin, daß der Prätor aufgrund des *receptum* keine *actio bonae fidei*, sondern eine *actio stricti iuris* vorsah (38), und eben deswegen war die Haftung der Schiffer ursprünglich unbeschränkt (39), während die Haftung für *custodia* fast immer bei den *contractus bonae fidei* vorkommt (40). Andererseits meine ich, daß das *receptum* als Garantieverprechen ein altes förmliches Geschäft war, wobei der Unternehmer die Formel *salvum fore recipio* anwendete (41). Endlich spricht auch die Terminologie für eine frühe Datierung. Das vorliegende Edikt spricht nicht über *exercitor navis*, sondern über *nauta*. Dieser Umstand läßt darauf folgern, daß sich die Funktion des Reeders und des Schiffkapitäns in der Zeit der Entstehung dieses Ediktes noch nicht absonderte, und man kann auch vermuten, daß der *nauta* dieser alten Zeiten noch keine Angestellten hatte, seine Matrosen waren nämlich meistens seine eigene Gewaltunterworfenen. Deswegen konnte man ihn einfach *nauta* nennen, während die spätere, eine kompliziertere Struktur widerspiegelnde Terminologie unter *dominus navis*, *exercitor navis*, *magister navis* und *nautae* unterschied. In der Zeit der Einführung der *receptum*-Haftung waren aber diese Verhältnisse noch sehr einfach, sozusagen ziemlich primitiv (42). Die frühe

38) Dies ist auch dadurch bewiesen, daß für die Haftungsermäßigung eine *exceptio* nötig war.

39) Vgl. MOLNÁR, *Acta Jur. et Pol. Szeged.* 37 (1987), 205.

40) TALAMANCA, *op. cit.*, 562.

41) Vgl. Fn. 5.

42) Siehe ausführlicher FÖLDI, *Acta Fac. Pol.-Jur. Univ. Budapest.* 31 (1989), 9 ff.

Datierung, und infolgedessen die zeitliche Priorität der *receptum*-Haftung im Verhältnis zur *custodia*-Haftung halte ich also für plausibel.

6. Jetzt komme ich zur zweiten Frage: warum ermäßigte man durch die sog. *exceptio Labeoniana* die ursprünglich unbeschränkte *receptum*-Haftung? Diesbezüglich pflegt man auf das Vordrängen der *aequitas* und der *bona fides* hinzuweisen (43). Wieder eine plausible Erklärung, die aber mit dogmatischen Anmerkungen ergänzt werden soll. Meines Erachtens entwickelte sich nach der Einführung der *receptum*-Haftung allmählich das System der *contractus bonae fidei* und die damit verbundene Haftung für *dolus*, *culpa* und *custodia*. Die Regeln der Haftung für *custodia* spiegeln meiner Ansicht nach diejenige moderne Auffassung wider, wonach sich auch eine gesteigerte Haftung nicht auf alle Schadensfälle, insbesondere nicht auf die höhere Gewalt erstrecken soll (44). Auf der Ebene des Allgemeinen gab diese moderne Auffassung den Anlaß, während auf der Ebene des Besonderen die *custodia* das Beispiel gab, die *receptum*-Haftung zu ermäßigen.

Dementsprechend meine ich, daß das durch die sog. *exceptio Labeoniana* ermäßigte *receptum nautarum* nicht der erste Fall der Haftung für *custodia* war (45). Ebenso wenig darf man aber

43) Vgl. MOLNÁR, *Acta Jur. et Pol. Szeged.* 39 (1990), 152 f.

44) Vgl. MOLNÁR, *Acta Jur. et Pol. Szeged.* 37 (1987), 205.

45) Vgl. Fn. 2.

sagen, daß die *receptum*-Haftung nach der *exceptio Labeoniana* technische *custodia*-Haftung geworden wäre (46). Die Haftung *ex recepto* blieb auch weiterhin strenger als die Haftung für *custodia*. Viele Autoren weisen diesbezüglich mit Recht darauf hin, daß sich die *receptum*-Haftung - im Gegensatz zur *custodia* - auch auf die von dem Unternehmer nicht übernommenen Sachen, bzw. ohne weiteres auch auf das *damnum ab alio datum* erstreckte (47). In diesem Zusammenhang möchte ich wieder darauf hinweisen, daß sich die Haftung für *custodia* außer der *culpa levis* und des Verschwindens der Sache nur auf bestimmte Schäden erstreckte, andere sog. "*casus minores*" hatte der *custodiens* nur aufgrund der *receptum*-Haftung zu vertreten.

Die Quellen heben diese Eigenarten der *receptum*-Haftung der *custodia* gegenüber anschaulich hervor. Eine Vivian-Ulpian-Stelle (D. 4,9,1,6) sowie ein Paulus-Fragment (D. 4,9,4,2)

46) So SECKEL, *op. cit.*, s. v. *custodia*, 1. a. a. ff.; SCHULZ, *GrünhZ* 38 (1911), 42; LUZZATTO, *op. cit.*, 164 ff; ROSENTHAL, *op. cit.*, 231; MAGDELAIN, *op. cit.*, 161, ähnlich PARIS, *op. cit.*, 11 ff, 26ff.

47) BRUCKNER, *op. cit.*, 295; ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, 164f; CARRELLI, O., *La legittimazione attiva dell'"actio legis Aquiliae"*, *RISG* 9 (1934), 418; SCHULZ, *Classical Roman Law*, 565; FEENSTRA, *op. cit.*, 114 ff; CANNATA, *op. cit.*, 108 ff; VAN DEN BERGH, G.C.J.J., *Custodiam praestare: custodia-liability or liability for failing custodia?*, *TR* 43 (1975), 62, 70; MEYER-TERMEER, *op. cit.*, 198. Auch VÁŽNÝ, *op. cit.*, 126 hebt aufgrund der D. 4,9,5,1 hervor, daß die Schiffer und Herbergswirte auch für *damnum* hafteten, betrachtet aber auch ihre Haftung als *custodia*. Es ist hier zu bemerken, daß nach HUVELIN, *op. cit.*, 144 der Schiffer in Bezug auf die Gepäckstücke der Reisenden als *depositarius* bloß für *dolus* haftete. Ich glaube nicht, daß die römischen Juristen hierbei eine Art *depositum* angenommen hätten, obwohl Ulpian die Haftung für *dolus* bei *depositum* in D. 4,9,3,1 erwähnt. Die Meinung von HUVELIN wurde vielleicht - unbewußt - vom Art. 1952 des Code civil beeinflußt.

sprechen darüber, daß der Schiffer nicht nur für die zur Verwahrung übernommenen Sachen haften, sondern auch für diejenigen, die die Reisenden gewöhnlich mitzubringen pflegen. Man könnte hinzufügen, daß der Unternehmer aufgrund der *custodia* nur für die übernommenen Sachen, also für die Detentionsschäden haftete. Über eine andere Eigenart der *receptum*-Haftung der *custodia* gegenüber spricht ein oft zitiertes, aber auch oft mißverstandenes Gaius-Fragment :

Quaecumque de furto diximus, eadem et de damno debent intellegi : non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur (D. 4,9,5,1).

Warum betont Gaius, daß der *recipiens* nicht nur das *furtum*, sondern auch das *damnum ab alio datum* zu vertreten hat ? Offensichtlich deswegen, weil er daran denkt, daß der *custodiens* regelmäßig nur für *furtum* haftet, kraft des *receptum* haftet er aber auch für die von Dritten verursachten Sachbeschädigungen (48).

Auf eine andere Eigenart der *receptum*-Haftung der *custodia* gegenüber weist eine kleine Ulpian-Gaius-catena hin : ... *factum non solum nautarum praestare debere sed et vectorum sicut et caupo viatorum* (D. 4,9,1,8 - D. 4,9,2). Der *recipiens* haftet nicht nur für seine Matrosen, sondern auch für das Verhalten der Reisenden. Für die *vectores* bzw. die *viatores* haftet der Unternehmer weder aus der *locatio conductio* noch aufgrund der quasideliktischen Regeln. Hierbei wird also die *receptum*-

48) Vgl. Fn. 25.

Haftung nicht nur der *custodia*, sondern auch der quasideliktischen Haftung gegenübergestellt (49).

7. Im klassischen Recht ergänzte also die *receptum*-Haftung die normale Vertragshaftung der Schiffer und der Herbergswirte für *culpa* und *custodia*. Ich bin mit KASER nicht einverstanden, wenn der große deutsche Romanist sagt, daß die Schiffer und die Herbergswirte aus der *locatio conductio* nicht für *custodia* gehaftet hätten, weil die Sachen hier mit Willen des Vertragsgegners in die Gefahr des Diebstahls oder der Beschädigung gebracht werden (50). Diese sich auf die auch ansonst höchstproblematische (51) und nicht unbedingt einschlägige D. 19,2,25,7 stützende Erklärung scheint mir wenig überzeugend. Noch weniger kann ich denjenigen Autoren zustimmen, die schlechthin annehmen, daß unter den Werkmietern nur die von Gaius in diesem Zusammenhang *expressis verbis* erwähnte *fullo* und *sarcinator* für *custodia* hafteten (52).

49) Der quasideliktischen Haftung wird die *receptum*-Haftung auch hinsichtlich der Noxalität gegenübergestellt, siehe D. 4,9,3,3. Die *locatio conductio* wurde derjenige typische Vertrag, was die Schiffer und Herbergswirte mit ihren Kunden abschlossen, und hafteten sie daher für *culpa* und *custodia*.

50) KASER, *Das röm. Privatrecht*, I², 586.

51) Siehe ausführlicher FÖLDI, A., *Sulla responsabilità per fatto altrui in diritto romano*, *Publ. Jur. Miskolc* 3 (1988), 171f.

52) So - aufgrund vor allem der D. 4,9,5,1 (wobei das Wort "tamen" auf die Anomalie hinweisen sollte) - VÁŽNÝ, *op. cit.*, 120ff. Nach ROSENTHAL, *op. cit.*, 236 hafteten der *fullo* und der *sarcinator* (sowie die

Es ist zwar zweifellos, daß Ulpian, wenn er über die Haftung der Schiffer und Herbergswirte aus der *locatio conductio* spricht, und diese Haftung mit der strengen Haftung *ex recepto* gegenüberstellt, nicht die *custodia*, sondern die Haftung für *culpa* erwähnt: *...in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit.* (D. 4,9,3,1) (53). Es scheint mir ferner wahrscheinlich, daß in denjenigen Quellenstellen, wo die *custodia* bezüglich der Haftung der Schiffer und der Herbergswirte erwähnt wird (siehe z.B. D. 4,9,5,pr., D. 47,5,1,4), nicht die technische *custodia ex locato conducto*, sondern entweder die *receptum*-Haftung oder die bloße Bewachung gemeint wird. Jedoch glaube ich nicht, daß die Lösung in dieser Richtung zu finden sei. Man soll nicht vergessen, daß das Haftungssystem des römischen Rechts auch im klassischen Zeitalter nicht völlig auskristallisiert, andererseits die juristische Denkweise nur wenig abstrakt war (54). Die Juristen weisen immer nur auf diejenigen Haftungsregeln, die in dem gegebenen Tatbestande Bedeutung hatten. So sprechen die

Schiffer und die Herbergswirte) deswegen für *custodia*, weil sie als eine minderwertige und unzuverlässige Kategorie betrachtet wurden. Demgegenüber meinen MACCORMACK, *op. cit.*, 194, ROBAYE, *op. cit.*, 184 - kaum begründet - daß der *fullo* und der *sarcinator* bloß *culpa* zu vertreten hätten, vgl. Fn. 25. und 31.

53) Zu dieser Stelle vgl. Fn. 11.

54) Vgl. PÓLAY, E., *Privatrechtliche Denkweise der römischen Juristen*, *Acta Jur. et Pol. Szeged.* 26 (1979).

Quellen bezüglich des Mieters einer unbeweglichen Sache nie über die *custodia*-Haftung, nicht weil der Mieter nicht für *custodia* haftete, sondern eher deshalb, weil sich die Haftung für *furtum* bei den Immobilien nicht erhebt, dementsprechend findet eher die *culpa*-Haftung als die *custodia* eine adäquate Anwendung (55).

Dies ist der Fall wohl auch bei den Schiffern und den Herbergswirten. Die Haftung für *custodia* konnte bei ihnen wegen der Natur der Sache kaum adäquate Anwendung finden. Wenn die Schiffsladung wegen höherer Gewalt oder wegen von Dritten begangenen *damnum iniuria datum* beschädigt wurde oder untergegangen war, haftete dafür der Schiffer aufgrund der *custodia* ebensowenig wie für diejenigen Schäden, die die nicht übernommenen Sachen der Reisenden betrafen, ferner ist die Gefahr des Diebstahls bezüglich der Schiffsladung, wofür der Schiffer aufgrund der *custodia* hätte haften sollen, nicht groß. Die *custodia* konnte also bei den Schiffern keine bedeutende Rolle spielen. Dasselbe gilt auch für die Herbergswirte: sie nahmen die Sachen der Reisenden regelmäßig nicht über, so wurden sie keine *detentores*: sie stellten den Gästen das "Hotelzimmer" zur Verfügung, dazu gaben sie auch einen Schlüssel (56), so galten sie vorzugsweise als *locator rei* (57), und die Frage der *custodia* tauchte nur ausnahmsweise, vor allem bezüglich der in den Stall eingebrachten Sachen auf.

55) Vgl. METRO, *op. cit.*, 173.

56) KLEBERG, *op. cit.*, 113.

57) DE ROBERTIS, *op. cit.*, 128.

Zusammengefaßt : die Schiffer und Herbergswirte hafteten aus der *locatio conductio* über die *culpa* hinaus theoretisch auch für *custodia*, die *custodia*-Haftung spielte aber bei ihnen wegen der Natur der Sache geringe praktische Rolle, deshalb sprechen die Quellen nur über ihre *culpa*- bzw. *receptum*-Haftung (58).

8. Letzten Endes ist es jedoch anzuerkennen, was auch sonst nicht zu verleugnen wäre, daß die durch die sog. *exceptio Labeoniana* ermäßigte *receptum*-Haftung der Haftung für *custodia* sehr ähnlich wurde, und die *custodia*-Haftung allmählich ein solcher Oberbegriff wurde, der auch die *receptum*-Haftung mitzubegreifen begann. Diese Tendenz spiegelt sich in dem V. Buch des gajanischen Kommentars zum Provinzialedikt anschaulich wider. In diesem Buch beschäftigt sich Gaius mit den *recepta*. Nach der Rekonstruktion von LENEL spricht Gaius in dem das *receptum nautarum* erörternden Teil zuerst darüber, daß die Herbergswirte (und natürlich auch die Schiffer, die in der kompilatorischen Textzusammenstellung in dem vorangehenden Kettenfragment von Ulpian erwähnt werden) aufgrund des *receptum* auch für das Verhalten ihrer Klienten haften

58) LUSIGNANI, *op. cit.*, 31 meint, daß die Schiffer und Herbergswirte im Falle des Wegbleibens der ausgedrückten *receptum*-Klausel nur für *culpa* hafteten, weil nach seiner Ansicht die Haftung für *custodia* im klassischen Recht nicht strenger als die Haftung für *culpa* war. Seine Ansicht scheint mir ebenso unbegründet wie die von ROBAYE, *op. cit.*, 88ff, der meint, daß die *custodia* bei den Schiffern und den Herbergswirten nicht die technische, sondern die "materielle" *custodia* bedeutet, und die Haftung der Schiffer und Herbergswirte aus der *locatio conductio* - im Gegensatz zu ihrer objektiven Haftung aus dem *receptum* - subjektiv war, dagegen mit Recht LITEWSKI, *SDHI* 54 (1988), 386ff.

(D. 4,9,2), danach erwähnt er, daß die entgeltliche Verwahrung einer Sache Gefahrtragung (*periculum custodiae*), d.h. Haftung für *custodia* involviert (D. 19,2,40), schließlich vergleicht er die *receptum*-Haftung mit der Haftung für *custodia* (D. 4,9,5,pr.-1). Hierbei hebt Gaius hervor, daß der *fullo* und der *sarcinator* nicht die Verwahrung unternommen haben, jedoch "*custodiae nomine ex locato tenentur*", während die Schiffer und die Herbergswirte aufgrund des *receptum* für *custodia* haften.

Diese in der Palingenesia befindliche Rekonstruktion ist zwar hypothetisch und auch lückenhaft, der Gedankengang von Gaius läßt sich aber durchaus entnehmen (59). Gaius beginnt seine Erörterung mit der Festsetzung, daß sich die *receptum*-Haftung auf alle Ereignisse erstreckt, unabhängig davon, wer die beschädigende Tat begangen hat. Wahrscheinlich fügte er ursprünglich noch hinzu, daß sich die *custodia*-Haftung sowie die quasideliktische Haftung der Schiffer auf einen engeren Personenkreis erstreckten. Wahrscheinlich verglich Gaius danach die *receptum*-Haftung mit den zwei Haupttypen der *custodia*-Haftung, nämlich mit der entgeltlichen Verwahrung und mit der "ipso iure" *custodia*-Haftung, wofür beispielsweise die Haftung des *fullo* und des *sarcinator* erwähnt wird.

Es scheint so, daß Gaius auch die *receptum*-Haftung als eine Art *custodia* auffaßte, er sagt nämlich über die Schiffer und Herbergswirte, daß auch sie "*custodiae nomine tenentur*"

59) Zur Analyse des gajanischen Gedankenganges vgl. VAN OVEN, *op. cit.*, 151ff, siehe aber auch die überzeugende Kritik von FEENSTRA, *op. cit.*, 108ff.

(D. 4,9,5,1). Ich meine aber, daß Gaius hierbei den Begriff der *custodia* in einem breiteren Sinne anwendet. Innerhalb dieser breit ausgelegten *custodia* unterscheidet Gaius drei Fälle :

1) den "Normalfall", d.h. diejenige technische *custodia*-Haftung, was mindestens in den Lehrbüchern des römischen Privatrechts so erscheint, stellt die von Gaius an der letzten Stelle erwähnte Haftung des *fullo* und des *sarcinator* dar. Diese *custodia*-Haftung begründet sich auf den allgemeinen Haftungsregeln der *locatio conductio operis* ;

2) angesichts ihrer Grundlage ist eine andere Art *custodia*-Haftung derjenige Fall, was Gaius an der zweiten Stelle erwähnt, wobei als Objekt des entgeltlichen Rechtsgeschäftes die Verwahrung selbst, die *custodia* in eigentlichem Sinne gilt. Der Schuldner haftet auch in diesem Falle für *custodia* in technischem Sinne, der Umfang seiner Haftung ist also nicht verschieden von dem des *fullo* und des *sarcinator*. Ich riskiere die Annahme, daß der erste Fall der Haftung für *custodia* eben diese entgeltliche *custodia* einer zur Verwahrung übernommenen Sache war. Es ist nämlich anzunehmen, daß die rechtliche Regelung auch im Bereich der *custodia*-Haftung den in der Vertragspraxis entwickelten *leges contractus* folgte, wie es in der römischen Privatrechtsgeschichte so oft zu erfahren ist (60) ;

60) Dieser Annahme spricht der Umstand nicht wider, daß in den Quellen die ausdrücklichen Hinweise auf eine *custodia*-Haftung aus Stipulation fehlen, dazu siehe REICHARD, I., *Stipulation und Custodiahaftung*, SZ 107 (1990), 46ff.

3) was den von Gaius an der ersten Stelle erwähnten Fall, d.h. die *receptum*-Haftung der Schiffer und Herbergswirte angeht, übernehmen diese Unternehmer aufgrund des *receptum* eine gesteigerte Haftung, die strenger ist, als die technische *custodia*-Haftung den vorigen Fällen nach. Diese Haftung war meines Erachtens älter als die beiden anderen Haftungsformen, dementsprechend war es anfangs unmöglich, die *receptum*-Haftung als eine Art *custodia*-Haftung betrachten zu haben. Nach der Auskristallisierung der Regeln der *custodia*-Haftung und nach der parallelen Ermäßigung der *receptum*-Haftung aber zog man allmählich die *receptum*-Haftung in den - breiter ausgelegten - Kreis der *custodia*.

Es ist also anzunehmen, daß der gajanische Gedankengang - wohl bloß zufälligerweise - der chronologischen Entwicklung dieser Haftungsformen folgt. Den (chronologisch) ersten Fall der gesteigerten Vertragshaftung stellt im römischen Privatrecht die *receptum*-Haftung der Schiffer und der Herbergswirte dar (Fall 3 oben). Als zweiter Fall der gesteigerten Vertragshaftung entwickelte sich diejenige *custodia*-Haftung, was in einer besonderen Verabredung (*accidentale negotii*) übernommen wurde (Fall 2). Aus dieser *custodia* entwickelte sich später in bestimmten Fällen die technische *custodia*-Haftung als *naturale negotii*, so entstand z.B. die *custodia*-Haftung des *fullo*, des *sarcinator* usw. (Fall 1).

KASER unterscheidet zwei Hauptgruppen der *custodia* so, daß in einigen Rechtsgeschäften die *custodia ipso iure*, in anderen

Rechtsgeschäften aber aufgrund der Übernahme vorliegt (61). Diese Unterscheidung wird durch die jetzt erörterte Gaius-Stelle bekräftigt, sie ist aber damit zu ergänzen, daß in breiterem (aber nur in diesem breiteren) Sinne auch die *receptum*-Haftung eine Art *custodia* darstellt.

Über die *custodia*-Haftung derjenige Schiffer und Herbergswirte, die keine *receptum*-Haftung übernommen haben, spricht Gaius nicht. Diesbezüglich weise ich wieder auf die über die geringe praktische Rolle der adäquaten Anwendung der technischen *custodia* Gesagten. Aufgrund dieser Erwägungen halte ich für eine oberflächliche Vereinfachung diejenige Ansicht, nach der die *receptum*-Haftung der Schiffer und der Herbergswirte durch die technische *custodia* absorbiert worden wäre. Ich meine nämlich, daß es sich bloß um eine untechnische, und zwar breitere Anwendung des Wortes *custodia* handelt. Diese auch in anderen Quellenstellen (62) befindliche *interpretatio extensiva* des Begriffes der *custodia*-Haftung war nicht ganz präzise, sie war jedoch nicht grundlos: die *receptum*-Haftung wurde tatsächlich sehr ähnlich der technischen *custodia*. Angesichts dieses komplizierten Zusammenhanges der *receptum*-Haftung und der *custodia* sowie der praktischen und der verhältnismäßig weniger systematisierungsfähigen Denkweise

61) KASER, SZ 96 (1979), 100.

62) Siehe D. 4,9,1,8 - Ulp., D. 47,5,1,4 - Ulp.

der römischen Juristen wäre es schlechthin seltsam, wenn eine Absorptionstendenz dieser Art ausgeblieben wäre (63).

63) Nach CARRELLI, *op. cit.*, 419 waren es erst die Kompilatoren, "che avevano trasformato la responsabilità recettizia in una normale responsabilità per *custodia*", während nach LUZZATTO, *op. cit.*, 167ff. bereits die Klassiker die *receptum*-Haftung in die *custodia* einfügten. Mit Recht stellt BRECHT, *op. cit.*, 86 fest, daß die Haftung der Schiffer mit der *custodia* nur "im praktischen Ergebnis" gleichgültig wurde.