Die Personen des römischen Verwahrungsverhältnisses (*)

von Wiesl aw LITEWSKI

(*Krakau*)

Das Ziel der Arbeit ist die Darstellung der Subjekte des römischen Verwahrungsverhältnisses. Nicht erörtert wird das Problem der Mehrheit von Personen als Parteien oder deren Erben, welches von mir schon in einer früheren Arbeit behandelt wurde[1].

1. Sowohl der Hinterleger als auch der Verwahrer werden in der Regel durch umschreibende Wendungen bestimmt. Der Hinterleger wird meist als *is qui deposuit* u.ä. bezeichnet[2]. Ulpian notiert in D. 16,3,7,2 zur Erklarüng des Terminus "*depositarii*" folgendes: *hoc est earum, qui depositas pecunias habuerunt*[3]. Diese umschreibende Bezeichnung macht deutlich, dass der Hinterleger sein eventuelles dingliches Recht (in der Regel das Eigentum) am Hinterlegungsobjekt (hierbei konkret

---

*) Herrn Prof. Dr. H. STIEGLER (Graz) bin ich für die sprachliche Verbesserung des Textes zu Dank verpflichtet.

1 W. LITEWSKI, *Studien zur Verwahrung im römischen Recht*, Warszawa – Kraków,1978, S. 5-30.

2 Siehe z.B. Fr. Vat. 257 = D. 39,5,31,3; D. 16,3,1,36; D. 16,3,7,3; D.16,3,12 pr.;D. 16,3,13 pr.; D. 16,3,14 pr.; D. 16,3,31,1; D. 42,5,24,2; D. 47,2,62(61),5; C. 3,42,8,1; C. 4,34,11 pr.; PS 2,12,8 = Coll. 10,7,8.

3 Zur Echtheit dieses Satzes siehe W. LITEWSKI, RIDA 22 (1975), S. 291 Anm. 213 und die dort zitierte Literatur.

am Geld) nicht verliert. Der Verwahrer erwirbt nämlich nur die Detention[4]. Tryphoninus bezeichnet in D. 16,3,31,1[5], die Vertragsparteien als *dans* (d.h. Hinterleger) und *accipiens* (d.h. Verwahrer). Offensichtlich handelte es sich um allgemeine Bezeichnungen, deren Bezug auf die Hinterlegung bloss aus dem Kontext hervorgeht. Übrigens benutzt Tryphoninus in demselben Text auch den eindeutigen Terminus "*deponens*". Dieser tritt mehrmals zur Bezeichnung des Hinterlegers auf[6]. Sehr selten ist dagegen der Ausdruck "*depositor*" zu finden; in Rechtsquellen nur einmal[7]. Dies ist aber kein Grund, dessen Echtheit anzuzweifeln. Er befindet sich nämlich in dem Teil des Textes, in dem Ulpian einen im 13. Buch der Digesten von Julian berichteten konkreten Fall darstellt[8]. Der Terminus "*depositor*" ist auch durch literarische Quellen, wenn auch nicht im Zusammenhang mit dem Verwahrungsvertrag, belegt. Bisweilen hat er sogar mit Sachen nichts zu tun[9]. Manchmal handelt es sich

---

4 Siehe z.B. C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito, Milano*, 1933, S. 12 f.; G. ASTUTI, ED 12, s.v. deposito (diritto romano e intermedio), S. 214.

5 Näher zu diesem Text unten. S. 324 ff.

6 Ausser D. 16,3,31,1 siehe z.B. Coll. 10,2,1; D. 16,3,17,1; D. 12,1, 18,1; vgl. Nov. 88, c.1 (griechisch).

7 D. 16,3,1,37. Näher zu diesem Text unten S.□. In Boëthius, *Philos. cons*. V, 1, tritt als "*depositor*" ein Mann auf, der sein Geld "hinterlegen" will, allerdings nicht bei irgendeinem Dritten (d.h. Verwahrer) sondern an einer sicheren Stelle. Obwohl hier kein Verwahrungskontrakt vorliegt, bezeugt der Text indirekt die Bedeutung dieses Wortes im Sinne von Hinterleger. Das Wort "*depositorum*" in Coll. 10,9 wird den Gegenstand der Verwahrung (in Plural) betreffen; vgl. das entsprechende C. 4,65,1 (*depositarum rerum*).

8 Siehe O. LENEL, *Pal.*, Iulianus 209.

9 Als "*depositor tyrannidis*" in Quintilianus, *Decl*. 266, 12. Siehe auch Prudentius, *Apotheosis*, Z. 178 f.: *Cede, profanator christi, iam cede, sabelli, depositorque patris natique insane negator.*

um Sachen, aber nicht im Zusammenhang mit dem Hinterlegungsvertrag[10].

Der Ausdruck "*depositarius*" wird zur Bezeichnung beider Parteien, also sowohl des Hinterlegers, als auch des Verwahrers benutzt. Im ersteren Sinne erscheint er bei Ulpian in D. 16,3,7 §§ 2 (zweimal) und 3. Im § 3 kommt deutlich die Synonymität von *ii qui deposuerunt* und *depositarii* zum Ausdruck: *item quaeritur, utrum ordo spectetur eorum qui deposuerunt an vero simul omnium depositariorum ratio habetur*. Im § 2 wird der Terminus "*depositarii*" auf jene bezogen, die Geld verwahrten, in Gegensatz zu anderen Personen, die aus ihrem beim Bankier ausgelegten Geld Zinsen zogen (entweder von ihm selbst, oder aus einem mit ihm gemeinsamen Interesse, oder von einer anderen Person, wenn der Bankier jenes Kapital bei ihr angelegt hatte): *solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant...* Diese Gegenüberstellung war im Hinblick auf die Reihenfolge der Befriedigung von Ansprüchen der Gläubiger im Falle der *cessio bonorum* wichtig. Aus dem Text braucht nicht zu folgen, dass der Terminus "*depositarius*" nicht juristisch war, sondern der Geschäftssprache angehörte und dort einen Kunden bedeutete, der das Geld beim Bankier auf dem *forum* hinterlegte[11]. Die Einfügung der Worte "*apud nummularios*" im Satze: *hoc ita ...habuerunt*[12] ist unnotwendig. Justinian hätte keinen Grund gehabt, diese Worte zu beseitigen. Die in diesem Satz enthaltene Erklärung hatte ihre Begründung wahrscheinlich im zweideutigen Terminus "*depositarius*", der nicht nur den

---

10 Boëthius, *Philos. cons*. V,1, Z. 41: *... nam nisi cultor agri humum foderet, nisi eo loci pecuniam suam depositor obruisset, aurum non esset inventum*. Siehe auch Quintilianus, *Inst. orat.* 11,2, 25.

11 Anders J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, S. 89; vgl. schön O. GRADENWITZ, ZSS 8 (1887), S. 302.

12 So J. MICHEL, *o.c.*, S. 88 f.

Hinterleger sondern auch den Verwahrer bedeuten konnte. Darüber hinaus war sie im Hinblick auf die Gegenüberstellung der gewöhnlichen Hinterlegung[13] und der Anlage des Kapitals zur Einnahme von Zinsen geeignet.

Bisweilen wird der Hinterleger als *dominus* bezeichnet[14] offensichtlich deswegen, weil er in der Regel Eigentümer der hinterlegten Sache ist. Es ist aber bekannt, dass auch andere Personen als der Eigentümer hinterlegen konnten[15].

Auch der Verwahrer wird im allgemeinen durch Umschreibungen bezeichnet, nämlich entweder als *is qui depositum suscepit*, *accepit* u.ä.[16], oder als *is apud (penes) quem depositum est* (*deponitur*, *deposuit*) u.ä.[17]. Die Präpositionen "*apud*" und "*penes*" konkurrieren miteinander[18]. Das erstere tritt sowohl beim Passiv (*deponitur*, *depositum est*)[19], wie auch beim Aktiv (*deposuit* u. ä.) auf[20]. Dagegen findet man "*penes*" bloss beim Passiv[21]. Wie oben erwähnt, bezeichnet Tryphoninus in D. 16,3,31,1 den Verwahrer als *accipiens* im Gegensatz zu Hinterleger – *dans*. Diese beiden Termini hatten allgemeine

---

13 Siehe W. LITEWSKI, *o.c.* S. 291 ff.

14 Fr. Vat. 257 = D. 39,5,31,3.

15 PS 2,12,1 = Coll. 10,7,1; siehe auch PS 2,12,8 = Coll. 10,7,8; C. LONGO, *o.c.*, S. 13; G. ASTUTI, *o.c.*, S. 214.

16 Siehe z.B. Coll. 10,5; D. 16,3,1 §§ 14, 37, 41; D. 16,3,5 pr.; C. 4,34,1 (= Coll. 10,8); C. 4,34,11,3.

17 Siehe z.B. G. 3,207 (= I. 4,1,17); Coll. 10,2,6; D. 16,3,5 pr.; 11; 12 pr. und § 3; 16; 29 pr. (= Coll. 10,7,5 = PS 2,12,5) und § 1 (= PS 2,12,5a); 30; 33; D. 6,1,9; D. 13,6,5,2; D. 41,2,3,20,; D. 41,2,30,6; D. 47,2,14,3; D. 44,7,1,5.

18 Siehe O. GRADENWITZ, *o.c.*, S. 301.

19 G. 3,207; Coll. 10,2,6; I. 4,1,17; D. 6,1,9; D. 13,6,52; D. 16,3,5 pr.;11; 12 pr. und § 3 ; 30; 33; D. 47,2,14,3.

20 G. 4,153; D. 16,3,16; D. 41,2,3,20; D. 41,2,30,6; D. 44,7,1,5.

21 D. 16,3,29 pr. (= Coll. 10,7,5, = PS 2,12,5) und § 1 (= PS 2,12,5a). Siehe O. GRADENWITZ, *o.c.*, S. 301.

Bedeutung und der Bezug auf die Hinterlegung ergibt sich nur aus dem konkreten Kontext.

Der Terminus "*depositarius*" tritt in den Quellen sehr selten auf[22]. Er bedeutet eine Partei im Verwahrungsverhältnis. Aus dem konkreten Kontext folgte, ob Hinterleger oder Verwahrer in Frage kommt. Die erste Bedeutung tritt in D. 16,3,7, §§ 2 (zweimal) und 3 auf[23]. In einigen anderen Texten[24] bedeutete *depositarius* den Verwahrer und (wider eine wissenschaftliche Meinung[25]) gibt es keinen Grund, die Echtheit dieser Bedeutung von *depositarius* in Frage zu stellen. Justinian hat ihn in C.4, 34,12 in diesem Sinn verwendet, aber daraus folgt natürlich nicht, dass *depositarius* schon früher nicht auch den Verwahrer bedeuten konnte. Als echt sind die Worte "*vel contra depositarium*" im Reskript von Diokletian C. 4,32,19,4 anzusehen[26]. Dagegen ist, scheint es, der letzte Satz in D. 16,3,1,36 (Ulpian) interpoliert: *et omni actione depositarium liberari*[27]. Auch hier braucht das nicht zu bedeuten, dass die Verwendung des Wortes "*depositarius*" im Sinne vom "Verwahrer" zu Ulpians Zeiten nicht gebräuchlich gewesen sei. Dagegen spricht das von demselben Juristen stammende D. 42,5,24,2[28], und zwar der Satz: *Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a*

---

22 J. MICHEL, *o.c.*, S. 89.

23 Siehe oben S.□.

24 C. 4,32,12; 19,4; D. 16,3,1,36; D. 42,5,24,2.

25 O. GRADENWITZ, *o.c.*, S. 302 f.; F. PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld. Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht*, Leipzig 1916, S. 144 Anm. 6; vgl. J. MICHEL, *o.c.*, S. 89 und H. SIBER, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio*, Leipzig 1907, S. 79 f.

26 Dazu unten S. 344f.

27 O. GRADENWITZ, *o.c.*, S. 302 f.; H. NITSCHKE, SDHI 24 (1958), S 190 ff.; H. VIDAL, RHD 43 (1965), S. 564 Anm. 114; J. MICHEL, *o.c.*, S. 89; W. LITEWSKI, *Studien*, S. 23 und Anm, 74.

28 Zu diesem Text W. LITEWSKI, RIDA 22 (1975), S. 287 ff. und die dort zitierte Literatur.

depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia. Die Annahme, die Worte "*a depositariis*" seien interpoliert[29] ist willkürlich[30]. Entgegen der von vielen Autoren vertretenen Interpretation[31] ist anzunehmen, dass es sich hier um Verwahrer und nicht um Hinterleger handelt. Der Hinterleger erscheint im angeführten Satz in Einzahl (*eum*), also "*depositarii*" (in Mehrzahl) bedeutet "Verwahrer". In den Quellen tritt mehrmals die Formulierung "*vindicare a*, *ab*, *abs*" zur Bezeichnung von vindizieren von jemandem auf[32]. Folglich ist zu sagen, dass der Terminus "*depositarius*" generell eine Partei im Verwahrungsverhältnis bedeutete. In konkreten Texten konnte es sich entweder um den Hinterleger oder den Verwahrer handeln, und dies selbst bei demselben Juristen[33].

2. Generell konnte der Verwahrungsvertrag nur von Personen geschlossen werden, die handlungsfähig waren[34]. Dies war so selbstverständlich, dass man es nicht speziell zu formulieren brauchte. Es gab aber darüber hinaus bestimmte materiellrechtliche Beschränkungen hinsichtlich der Legitimation, wie z.B. die Rechtsunwirksamkeit des Vertrags, wenn die eigene

---

29 H. SIBER, *o.c.*, S. 79 ff.; vgl. J. SONDEL, *Szczególne rodzaje depozytu w prawie rzymskim* (= Besondere Arten der Verwahrung im römischen Recht), Kraków 1967, S. 60, 61.

30 Für die Echtheit unter anderem O. GRADENWITZ, *o.c.*, SS. 302; F. PRINGSHEIM, *o.c.*, S. 144 Anm. 6; SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*, Bd. II, Napoli 1938, S. 51 f.; J. MICHEL, *o.c.*, S. 86, 89.

31 O. GRADENWITZ, *o.c.*, S. 302; F.PRINGSHEIM, *o.c.*, S. 144 Anm. 6; C. LONGO, *o.c.*, S. 117 f.; J. MICHEL, *o.c.*, S. 86, 89; G. ASTUTI, *o.c.*, S. 212. Richtig dagegen H. SIBER, *o.c.*, S. 79 ff.

32 Siehe z.B. G. 1,134 (*ab eo vindicat* – zweimal); D. 6,1,9 (*ab eo, apud quem depositum est ... vindicari non possse*); D. 30,16,1 (*a se vindicare non potest; ab alio herede trientem vindicabunt*); D. 47,2,9,1 (*Sed si eam a fure vindicassem*).

33 Dies wird durch die ulpianischen Texte belegt: D. 16,3,7 §§ 2 (zweimal), 3 einerseits, und D. 42,5,24,2 (vielleicht auch D. 16,3,1,36) andererseits.

34 G. ROTONDI, *Scritti di diritto romano*, Bd. II, Milano 1922, S. 64, 67; C. LONGO, *o.c.*, S. 13 ff.; G. ASTUTI, *o.c.*, S. 214.

Sache angenommen wurde. Des weiteren deckte sich die erwähnte allgemeine Fähigkeit nicht ganz mit der Aktiv- und Passivlegitimation im Bereich der Erfüllung der Obligation aus Verwahrung. Wichtig war hier insbesondere das Fehlen oder die Beschränkung der Rechtsfähigkeit. Anders sah es auch teilweise hinsichtlich des Rechtsschutzes aus, vor allem im Zusammenhang mit dem Fehlen oder der Beschränkung der Partei- und Prozessfähigkeit oder der Legitimation. Aus diesen Gründen scheint es notwendig, diese Fragen bei der Hinterlegung speziell zu behandeln. Bei dieser Gelegenheit sind zwei Typen von Subjekten, die sich speziell mit der Verwahrung befassen, zu erwähnen, nämlich Bankiers und Tempel.

Bei den ersteren war offensichtlich Geld das Objekt des Kontrakts. Als Subjekte der Verwahrung sind in den Quellen *argentarii*[35], *nummularii*[36] und *mensularii*[37] genannt. In Frage kam sowohl die reguläre wie auch irreguläre Verwahrung. Bei der ersteren waren die Münzen individualisiert. Unter römischen Verhältnissen bedeutete das in der Regel, dass diese in einem besiegelten Beutel eingeschlossen waren[38]. Quellenmässig belegt ist die Hingabe des Geldes an Bankiers zur regulären Verwahrung[39]. Es ist anzunehmen, dass auch die Hinterlegung von abgezähltem Geld (*pecunia numerata*) bei Bankiers, also die Hinterlegung von nicht indidualisierten Münzen, d.h. in den

---

35 D. 16,3,8.

36 D. 16,3,7,2.

37 D. 42,5,24,2. Der Text erwähnt auch *mensa*.

38 D. 16,3,29 pr.; PS 2,12,5 = Coll. 10,7,5; D. 47,2, 21,1. Zur *depositio* des geschuldeten Geldes C. 4,32,2 und 6; D. 18,3,8; D. 22,1,41,1. Zu Bankiern D. 46,3,39. Siehe F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1954, S. 519; U. BRASIELLO, *Studi P. de Francisci*, Bd. IV, Milano 1956, S. 482 f.; W. LITEWSKI, RIDA 21 (1974), S. 227; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town – Wetton – Johannesburg 1990, S. 216.

39 D. 16,3,7,2 (dazu W. LITEWSKI, RIDA 22 (1975), S. 291 ff.); D. 46,3,39; D. 42,5,24,2 (dazu W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 287 ff.); D. 47,2,21,1.

römischen Verhältnissen – von nicht in versiegelten Beuteln eingeschlossenen Münzen, häufig war[40]. Kontrovers war unter römischen Juristen, ob in so einem Fall eine Hinterlegung (gemeint eventuell als eine irreguläre Hinterlegung) oder ein Darlehen vorliege[41]. Anzunehmen ist, dass die Überlassung abgezählten Geldes zwecks Verwahrung in der Regel bei Bankiers vorkam[42]. Dies ist durch bestimmte juridische Texte bezeugt[43].

In der Praxis hinterlegte man oft verschiedene Sachen, wie Geld, Kostbarkeiten, Urkunden (besonders Testamente) in Tempeln[44]. Eine besondere Bedeutung hatte die Deposition des

---

40 D. 19,2,31: *...neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret*. Zur Echtheit des Abschnitts: *Idem iuris ... pecuniae solverit* (mit den angeführten Worten) siehe W. LITEWSKI, RIDA 21 (1974), S. 231 f.; siehe auch N. BENKE, ZSS 104 (1987), S. 200 f.

41 Siehe W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 215 ff.: RIDA 22 (1975), S. 279 ff. mit der dort zitierten Literatur; zu H. T. KLAMI, *Mutua magis videtur quam deponitur. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, Helsinki 1969 siehe H. P. BENÖHR, ZSS 89 (1972), S. 437 ff.; W. LITEWSKI, Index 3 (1972), S. 557 ff.; zu G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano 1971, S. 148 ff. siehe W. LITEWSKI, BIDR 79 (1976), S. 283 f.; zu C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano 1973, S. 381 ff. siehe W. LITEWSKI, SDHI 41 (1975), S. 442 f.; W. GORDON, *Studi A. Biscardi*, Bd. III, MIlano 1982, S.363 ff,; siehe auch R. VIGNERON, RIDA 31 (1984), S. 307 ff.

42 V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, XIV. Aufl., Napoli 1966, S.311; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, VI. Aufl., Napoli 1981, S. 754; K. GEIGER, *Das depositum irregulare als Kreditgeschäft,* München 1962, S. 56 ff.; J. SONDEL, *o.c.*, S. 40; W. LITEWSKI, RIDA 21 (1974), S. 224 ff. und die dort zitierte Literatur; *Rzymskie prawo prywatne* (= Römisches Privatrecht), IV. Aufl., Warszawa 1999, S. 268; vgl. L. MITTEIS, ZSS 19 (1898), S. 208; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, S. 490 f.

43 D. 16,3,8 (zu *argentarii*); aller Wahrscheinlichkeit nach ebenfalls D. 16,3,28 (siehe K. GEIGER, *o.c.*, S. 56 f.; zustimmend W. LITEWSKI, RIDA 21 (1974), S. 224 Anm. 38).

44 Siehe vor allem H. VIDAL, *o.c.*, S. 454 ff.; siehe auch H. NITSCHKE, *o.c.*, S. 124; R. VIGNERON, *Offerre aut deponere. De l'origine de la procédure des offres réelles*

Leistungsgegenstands in einem Tempel oder an einem anderen öffentlichen Ort durch den Schuldner im Falle des Gläubigerverzugs und in bestimmtem anderen Fällen[45].

3.a. Viele Texte handeln von Sklaven als Parteien des Verwahrungsvertrags. Bekanntlich waren Sklaven generell zum Abschluss von Geschäften fähig, die andere Personen ihnen gegenüber verpflichteten[46], wodurch ihre Eigentümer deren Gläubiger wurden[47]. Dies kam z.B. vor bei der Abwesenheit des Herrn, bei dessen Kriegsgefangenschaft, beim Mangel seiner Handlungsfähigkeit oder im Fall der *hereditas iacens*[48]. Der Sklave agierte in solchen Fällen gewissermassen als "Organ" des

---

suivies de consignation, Liège 1979, S. 20. Zur *subreptio* der deponierten privaten Sachen in Tempeln siehe z. B. L. BOVE, Labeo 3 (1967), S. 354 ff.

45 M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II. Aufl., Bd. I, München 1971, S. 640 und Anm. 50; Bd. II, München 1975, S. 443; H. NITSCHKE, *o.c.*, S. 113 ff.; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Bd. I, II. Aufl., Napoli 1935, S. 140 ff. Gegen die Hinterlegung in diesen Fällen an privaten Stellen (wie M. NITSCHKE, *o.c.*, S. 121 f. und S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S.144 ff., 157 f. behaupten) siehe M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 640 Anm. 50.

46 M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 286; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, Bd. I, Roma 1925, S. 141; W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, III. Aufl., Cambridge 1963, S. 65; W. KUNKEL – H. HONSELL, *Römisches Recht*, IV. Aufl., Berlin – Heidelberg – New York – London – Paris – Tokyo 1987, S. 68; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, S. 49; E. VOLTERRA, *o.c.*, S. 54 f.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, III. Aufl., Torino 1991, S. 355; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, S. 84; H. HAUSMANINGER – W. SELB, *Römisches Privatrecht*, VIII. Aufl., Wien – Köln – Weimar 1997, S. 131.

47 M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 286; P. BONFANTE, *o.c.*, Bd. I, S. 144; W. W. BUCKLAND, *o.c.*, S. 65; *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, S. 154 ff.; W. KUNKEL – H. HONSELL, *o.c.*, S. 68; V. ARANGIO-RUIZ, *o.c.*, S. 49; E. VOLTERRA, *o.c.*, S. 54 f.; G. PUGLIESE, *o.c.*, S. 355; M. TALAMANCA, *o.c.*, S. 84; H. HAUSMANINGER – W. SELB, *o.c.*, S. 131 f.

48 M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 286; P. BONFANTE, *o.c.*, Bd. I, S. 144.

Eigentümers, gleichsam als dessen "verlängerter Arm"[49]. Mehrfach sind in den Quellen Formulierungen zu finden, die davon sprechen, dass ein Sklave eine Sache hinterlegt[50]. Dagegen ist in dem von Papinian in D. 16,3,24 angeführten Brief eines Lucius Titius an einen Sempronius im Fall einer irregulären Verwahrung erwähnt, dass seitens des Sklaven Stichus das "*adnumerare*" erfolgt sei, doch wird sein Herr als Hinterleger angesprochen ("*commendasti mihi*"). In demselben Brief wird Stichus als *actor*, d.h. Geschäftsführer, bezeichnet. In diesem Sinne tritt der Terminus mehrfach zur Beschreibung des Tätigkeitsbereiches von Sklaven auf[51]. Nirgends wird bei der Hinterlegung durch Sklaven von der Notwendigkeit des *iussum* oder der *scientia* des Herrn gesprochen. Offensichtlich waren diese überflüssig, was übrigens der allgemeinen Regel entsprach[52]. Ausserdem durfte ein (der *hereditas iacens* angehörender) *servus hereditarius*[53], ein *servus fructuarius*[54] und

---

49 M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 262; P. BONFANTE, *o.c.*, Bd. I, S. 144; H. HAUSMANINGER – W. SELB, *o.c.*, S. 407; W. KRÜGER, *Erwerbszurechnung kraft Status*, Berlin 1979, S. 18.

50 D. 16,3,1 §§17, 27, 28, 30-33; D. 16,3,11; 33; D. 45,3,6 (ursprünglich ging es wohl um die *fiducia*; siehe S. Anm. 96); zum *servus hereditarius* D. 16,3,1,29; D. 44,7,16 (ursprünglich ging es wohl um die *fiducia*; siehe S. 259 ff.); C. 4,34,9. Im letzteren Text wurde das Wort "*commendare*" verwendet, welches hier mit "*deponere*" Synonym wurde; siehe H. HEUMANN – E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, X. Aufl., Graz 1958, s.v. *commendare* 1; vgl. W. LITEWSKI, RIDA 21 (1974), S. 255.

51 H. HEUMANN – E. SECKEL, *o.c.*, s.v. *actor* 3a; HABEL, RE I, s.v. *actor* 2, Sp. 329; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s.v. *actor*; W. LITEWSKI, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego* (= Enzyklopädisches Wörterbuch des römischen Rechts), Kraków 1998, s.v. *actor* 5.

52 G. ROTONDI, *o.c.*, Bd. II, S. 64 f.; siehe auch M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 262; W. W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, S. 155; W. KRÜGER, *o.c.*, S. 18.

53 D. 16,3,1,29ö D. 44,7,16: C. 4,34,9. In beiden letzten Texten ging es ursprünglich wohl um die *fiducia* (siehe S. 259 ff.)

54 D. 16,3,1,28.

ein *servus communis*[55] hinterlegen. In Übereinstimmung mit der allgemeinen Regel konnte der Sklave die Rechtsstellung seines Herrn nicht verschlimmern[56]. Dies traf auch für das Depositum zu, wie in D. 16,3,33 belegt ist.

> *Labeo libro sexto posteriorum a Iavoleno epitomatorum. Servus tuus pecuniam cum Attio in sequestre deposuit apud Maevium ea condicione, ut ea tibi redderetur, si tuam esse probasses, si minus, ut Attio redderetur. Posse dixi cum eo, apud quem deposita esset, incerti agere, id est ad exhibendum et exhibitam vindicare, quia servus in deponendo tuum ius deterius facere non potuisset.*

Der Sklave einer Prozesspartei hinterlegte gemeinsam mit der Gegenpartei das streitgegenständliche Geld bei einem Sequester, der sich dazu verpflichtete, es dem Prozesssieger zu erstatten[57]. Nach Labeo konnte der Herr des Sklaven *incerti agere*, d.h. mit der *actio ad exhibendum* vorgehen[58]. Der Sklave war nämlich nicht befugt durch die Hinterlegung die Rechtsstellung seines Herrn zu verschlimmern.

Die Quellen besagen in der Regel nicht, wessen Sachen der Sklave hinterlegen durfte. Zweifelsohne kamen jedenfalls die seinem Herrn angehörenden Sachen in Frage. Die Quellen enthalten keinen Hinweis, dass nur *res peculiares* den Hinterlegungsgegenstand bilden durften. Solche nennt zwar D. 44,7,16, aber der Text ist in dem die Verwahrung (und Leihe) betreffenden Bereich höchstwahrscheinlich interpoliert und betraf ursprünglich die *Fiduzia*[59]. Im Lichte von

---

55 D. 16,3,1,36; siehe auch D. 45,3,6 (ursprünglich ging es hier wohl um die *fiducia*; siehe Anm. 96).

56 W. W. BUCKLAND, *o.c.*, S. 154.

57 Siehe dazu W. LITEWSKI, *Studien*, S. 57 und die dort zitierte Literatur.

58 Zur Echtheit der *actio ad exhibendum* M. KASER, SDHI 14 (1967), S. 275 ff.; zustimmend W. LITEWSKI, *Studien*, S. 57 Anm. 49.

59 Siehe S. 259 ff.

D. 16,3,1,28 war der vom *servus fructuarius* geschlossene Verwahrungsvertrag über Sachen des Niessbrauchers oder über Sachen, die zu dem von diesem gewährten *peculium* gehörten, gültig. Umsomehr war die Hinterlegung zulässig, die ein Sklave bezüglich der Sachen seines Eigentümers, die dem *peculium* nicht angehörten, getätigt hatte. Es gibt in den Quellen nirgends ein Verbot der Hinterlegung seitens Sklaven bezüglich der seinem Herrn nicht gehörenden Sachen. Man kann also nach allgemeinen Grundsätzen annehmen[60], dass dies zulässig war[61].

Zur Rücknahme des Hinterlegten war nicht nur der Eigentümer des Sklaven, sondern auch der Sklave selbst legitimiert. Davon spricht Ulpian in D. 16,3,11.

> *Ulpianus libro quadragesimo primo ad Sabinum. Quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet ex bona fide: nec enim convenit bonae fidei abnegare id quod quis accepit, sed debebit reddere ei a quo accepit, sic tamen, si sine dolo omni reddat, hoc est ut nec culpae quidem suspicio sit. Denique Sabinus hoc explicuit addendo: "nec ulla causa intervenit, quare putare possit dominum reddi nolle". Hoc ita est, si potuit suspicari, iusta scilicet ratione motus: ceterum sufficit bonam fidem adesse. Sed et si ante eius rei furtum fecerat servus, si tamen ignoravit is apud quem deposuit vel credidit dominum non invitum fore huius solutionis, liberari potest: bona enim fides exigitur. Non tantum si remanenti in servitute fuerit solutum, sed etiam si manumisso vel alienato, ex iustis causis liberatio contingit, scilicet si quis ignorans manumissum vel alienatum solvit. Idemque et in omnibus debitoribus servandum Pomponius scribit.*

---

60 Siehe Anm. 15.

61 Zur Ausnahme nach D. 16,3,11 siehe S. 246 ff.

Das angeführte Fragment wurde mehrfach der Interpolation verdächtigt[62]. Oft vermisst man aber die gehörige Begründung dafür. Jedenfalls sind zumindest die Hauptaussagen des Textes in dem uns interressierenden Bereich als echt anzusehen.

Der Text beginnt mit der offensichtlich von Sabinus stammenden Feststellung, der vom Sklaven hinterlegte Gegenstand könne ihm nach Treu und Glauben mit vollem Recht zurückgegeben werden[63]. Der nächste Satz (*nec enim … quis accepit*) gibt die Begründung dieses Grundsatzes: es entspricht nämlich nicht dem guten Glauben, das abzuleugnen, was man empfangen hat. Dieser Satz ist als echt[64] und von Sabinus herrührend[65] zu erachten. Dann (*debebit … reddat*) findet sich die Feststellung, man müsse (das Hinterlegungsobjekt) dem zurückgeben, von dem man es in Empfang hatte, dies aber mit der Massgabe, dass bei der Rückgabe jeder *dolus* unterbleibe. Angefügt ist dann eine kurze Erklärung (*hoc est … suspicio sit*) zu den Worten "*sine dolo omni*", dass keine *culpae suspicio* vorliegen dürfe. Es folgt (*Denique Sabinus … nolle*) die Mitteilung einer von Sabinus beigefügten Erläuterung, wonach

---

62 Siehe vor allem *Index interp.*, *ad h.l.*; E. SACHERS, *Festschrift P. Koschaker*, Bd. II, Weimar 1939, S. 109 ff.; G. DONATUTI, *Studi di diritto romano*, Bd. I, Milano 1976, S. 73.

63 Die Worte "*rectissime*" und "*ex fide bona*" werden von einigen Romanisten als interpoliert betrachtet; siehe z.B. A. PERNICE, *Labeo*, Bd. II,1, II. Aufl., Halle 1895, S. 171 Anm. 1; E. SACHERS, *o.c.*, S. 109 und Anm. 124; gegen "*ex fide bona*" auch P. HUVELIN. *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, Bd. I, Paris 1915, S. 710. Diese Behauptungen sind willkürlich. Insbesondere spricht der Jurist in diesem Text noch dreimal von *bona fides*, unter anderem schon im nächsten Abschnitt (*nec enim ... a quo accepit)*, der die Begründung des am Anfang formulierten Prinzips bildet.

64 Siehe z.B. E. SACHERS, *o.c.*, S. 109 f.; F. SCHULZ, Labeo 10 (1964), S. 261; P. HUVELIN, *o.c.*, Bd. I, S. 710; W. LITEWSKI, AG 190, 2 (1976), S. 51 Anm. 163; F. M. DE ROBERTIS, *La responsabilitâ contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari 1998, S. 70.

65 F. SCHULZ, *o.c.*, S. 261; P. HUVELIN, *o.c.*, Bd. I, S. 710.

der Verwahrer keinen Grund zur Annahme haben durfte, dass dem Eigentümer (des Sklaven) die Rückgabe an diesen unwillkommen sei. Allgemein wird die nachklassische Herkunft des Satzes: *hoc est … suspicio sit* angenommen, der von dem Verdacht der *culpa* spricht, was mit der Haftung des Verwahrers im klassischen Recht für *dolus* allein nicht zusammenstimmt[66]. Dem Ulpian ist der Teil: *Sed debebit reddere … addendo* zuzuschreiben. Die Aussage von Sabinus: *nec ulla … nolle* ist mit dem Anfang des Textes: *Quod servus deposuit … quis accepit*, der auch von Sabinus stammt, verbunden[67]. Aus diesen Gründen ist die Verwendung der Konstruktion "*debebit reddere*" statt "*reddendum est*" verständlich[68].

Die weiteren Teile des Fragments stammen von Ulpian (der sich erst gegen Ende auf Pomponius beruft), was bestimmte nachklassische Zusätze nicht ausschliesst. Der Satz: *Haec ita est … ratione motus* ist ein Kommentar zu der unmittelbar davor stehenden Aussage des Sabinus. Daraus folgt: Die Sache war

---

66 Siehe *Index interp.*, *ad h.l.*; F. SITZIA, BIDR 74 (1971), S. 202 f.; W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 51 f. und Anm. 166: ZSS 105 (1988), S. 872 (insbesondere gegen S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D. 50,17,23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, Bd.I, Bari 1984, S. 211 ff.; siehe auch *Studi A. Biscardi*, Bd. VI, Milano 1987, S. 315). Vgl. W. DAJCZAK, *Zwrot bona fides w roztrzygnię ciach dotyczą cych kontraktów u prawników rzymskich okresu klasycznego* (= Die Wendung *bona fides* in den die Kontrakte betreffenden Entscheidungen bei den römischen Juristen in der klassischen Periode), Toruń 1998, S. 89. Anders F. M. DE ROBERTIS, *o.c.*, S. 70 und Anm. 51. Für die Echtheit G. MacCORMACK, SDHI 38 (1972), S. 164; siehe auch R. MARTINI, *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Bd. I, Milano 1980, S. 205 ff.

67 F. SCHULZ, *o.c.*, S. 261; P. HUVELIN, *o.c.*, Bd. I, S. 710 f.; siehe auch F. HORAK. *Rationes decidendi*, Bd. I, Aalen 1969, S. 219 Anm. 25; ebenfalls E. SACHERS, *o.c.*, S. 109 f., der jedoch "*sic tamen, si sine dolo omni reddat*" verdächtigt. Die Erwähnung passt sehr gut zur klassischen Haftung des Verwahrers für den blossen *dolus*.

68 F. SCHULZ, *o.c.*, S. 261, insbesondere gegen A. PERNICE, *Labeo*, Bd. II, 1, S. 171 Anm. 1.

dem Sklaven nicht zurückzuerstatten, wenn ein begründeter Verdacht entstehen konnte, dass der Eigentümer des Sklaven das nicht wolle. Im übrigen genügte es aber, dass die Rückgabe im guten Glauben geschah. Es gibt keine hinreichenden Gründe dafür, die Echtheit des angeführten Kommentars in Frage zu stellen. Formale, übrigens zweifelhafte und schwach begründete Einwände[69] reichen im Lichte der heutigen Grundsätze der Quellenkritik nicht aus. Wir haben es einfach mit einem inhaltlich begründeten Kommentar Ulpians zur Aussage des Sabinus: *nec ulla ... reddi nolle* zu tun. Insbesondere bildet der Ausdruck "*iusta ratio*" eine Anknüpfung an den von Sabinus benutzten Terminus "*causa*". In den Basiliken finden sich konkrete Beispiele von Fällen, in denen der Eigentümer es nicht wollte, dass die verwahrte Sache dem Sklaven zurückgegeben würde, weil er von diesem übel dachte, indem er ihn für einen Dieb, für einen Verschwender oder für untreu hielt[70]. Der Verwahrer sollte dem Sklaven die hinterlegte Sache auch dann nicht ausfolgen, wenn er von dessen Flucht oder von der Zurücknahme der freien Administration seines *peculium* wusste[71].

Dann gibt der Text einen Fall an, wo eine seinem Eigentümer gestohlene Sache vom Sklaven hinterlegt wurde. Trotz der Rückgabe der Sache an den Sklaven haftete der Verwahrer nicht dafür, wenn er vom Diebstahl nicht wusste, oder wenn er glaubte, der Eigentümer habe gegen die Rückgabe an den Sklaven keinen Einwand. Diese Entscheidung wird damit begründet, dass es nur auf die *bona fides* ankomme. Offensichtlich setzt also Ulpian voraus, dass die Rückgabe der

---

69 Siehe z.B. A. PERNICE, *o.c.*, Bd. II, 1, S. 171 Anm. 1: "*hoc ita est*" schwebt in der Luft; "*iusta scilicet ratione motus*" ist justinianische Lieblingswendung. Siehe auch G. DONATUTI, Bd. I, S. 73 ("*hoc ita est*" ist sehr verdächtig, u.ä.). Vgl. G. ROTONDI, *Scritti*, Bd. II, S. 100, 147.

70 Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,11 = SCHELTEMA, B II, S. 653; vgl. Sch. 3 *ad* Bas. 12,2,11 = SCHELTEMA, B II, S. 686.

71 Sch. 2 (Stephanus) *ad* Bas. 13,2,11 = SCHELTEMA, B II, S. 654.

Sache gutgläubig erfolgt ist. Es gibt keinen Grund, hier eine Interpolation anzunehmen. Die erhobenen formalen Einwände sind sehr allgemein, zweifelhaft[72] und im Lichte der heutigen Grundsätze der Quellenkritik nicht begründet. Inhaltlich erweckt der Text keine Bedenken[73] und stimmt dem im ganzen Fragment mehrmals hervorgehobenen Erfordernis überein, die hinterlegte Sache in Gemässheit der *bona fides* zurückzugeben[74].

Dann betont Ulpian, dass der Verwahrer (sc. von der *actio depositi*) nicht nur im Falle der Rückgabe der Sache an den weiterhin in der Sklaverei verbleibenden Sklaven, befreit wird, sondern auch bei Rückgabe an einen, der freigelassen oder veräussert worden war, sofern i*ustae causae* für die Befreiung vorlagen, d.h. wenn der Verwahrer von der Freilassung oder Veräusserung des Sklaven nicht wusste[75]. Es ist also klar, dass hier das Erfordenis der Rückgabe nach Treu und Glauben eingehalten wurde. Übrigens folgt aber aus dem Text, dass im Falle der Freilassung oder Veräusserung des Sklaven die Sache gründsätzlich dem früheren Eigentümer zurückzugeben war[76]. Nur der Irrtum des Verwahrers bewirkte es, dass er wegen der Rückgabe an eine Abnahme der Sache nicht legitimierte Person nicht haftete. Sein Verhalten verletzte nämlich die *bona fides* nicht (eben weil er sich irrte).

---

72 Siehe A. PERNICE, *o.c.*, Bd. II, 1, S. 171 f. Anm. 2: "*credidit dominum non invitum fore huius solutionis*" ist kein Latein, wohl Gräzismus ...; siehe auch S. 215; G. DONATUTI, *o.c.*, Bd. I, S. 73 f.

73 Nach G. ASTUTI, *o.c.*, S. 214 ist die Erwähnung der Rückgabe der gestohlenen Sache an den Eigentümer dieser Sache interpoliert. In Wahrheit ging es hier jedoch um den Eigentümer des Sklavens. Das Fragment spricht mehrmals von der Frage des Willens dieses Eigentümers.

74 Vgl. Bas. 13,2,11 = SCHELTEMA, A II, S. 726.

75 Vgl. Bas. 13,2,11 = SCHELTEMA, A II, S. 726; Sch. 2 (Stephanus) *ad* Bas. 13,2,11 = SCHELTEMA, B II, S. 654. Siehe auch D. 13,6,1,30 (der ehemalige, freigelassene Sklave durfte nicht klagen).

76 So ausdrücklich Sch. 2 *ad* Bas. 13,2,11= SCHELTEMA, B II, S. 686.

Das Fragment referiert abschliessend die Meinung des Pomponius, dass dasselbe bei allen Schuldnern zu beachten sei[77].

Der ganze Text betrifft die Frage der Legitimation zur Abnahme der von einem Sklaven deponierten Sache. Keinem Zweifel unterliegt die Legitimation des Sklaveneigentümers, die vorausgesetzt wird. Ulpian befasst sich dagegen breiter mit der Legitimation des Sklaven. Er anerkennt diese, Sabinus folgend, in Übereinstimmung mit der allgemeinen Regel, man solle die Sache der Person zurückgeben, von der man sie erhalten hat. Anderseits war aber auch der Willen des Sklaveneigentümers wesentlich. Wenn der Verwahrer wusste, oder wenn es aus irgend einem Grunde vermuten konnte, der *dominus* missbillige die Rückgabe der Sache an den Sklaven, durfte der Verwahrer sie diesem nicht zurückgeben (so schon Sabinus, zustimmend Ulpian). Widrigenfalls lag *dolus* vor (so ausdrücklich Ulpian). Positiv war die Rückgabe der Sache in Gemässheit der *bona fides* erfordert, wovon im Text mehrmals gesprochen wird[78]. Dies braucht nicht zu bedeuten, dass der Jurist speziell die *formula in ius* mit der *bona-fides*-Klausel gemeint habe[79]. Jedenfalls schloss das Nichtwissen des Verwahrers vom mangelnden Einverständnis des Sklaveneingetümers mit der Rückgabe der

---

77 Vgl. Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,11 = SCHELTEMA, B. II, S. 653 f. Siehe auch R. MARTINI, *o.c.*, S. 211 ff.

78 Die Verdächtigung des Textes gerade wegen der Erwähnung von *bona fides* (so insbesondere A. PERNICE, *o.c.*, Bd. II, 1, S. 171 f. Anm. 1; teilweise auch P. HUVELIN, *o.c.*, Bd. I, S. 710 f.; E. SACHERS, *o.c.*, S. 109; G. DONATUTI, *o.c.*, Bd. I, S. 73) ist willkürlich. Die *bona fides* bildet im ganzen Fragment die Richtschnur. Ausserdem ist ausdrücklich die Rede von *dolus*, der bekanntlich in vielen Texten Gegenstück zur *bona fides* bildete. Generell zur *bona fides* bei der Beurteilung der Leistung an eine unbefugte Person W. DAJCZAK, *o.c.*, S. 196 ff.

79 So richtig E. SACHERS, *o.c.*, S. 109 f. Anm. 124 (insbesondere gegen P. HUVELIN, *o.c.*, Bd. I, S. 710 f.) ; anders W. DAJCZAK, *o.c.*, S. 108. Der Text stammte ursprünglich aus der *sedes materiae* des Diebstahls (*De furtis*); siehe O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 1869.

Sache an den Sklaven die im klassischen Recht auf *dolus* gestützte Haftung aus Hinterlegung aus[80].

Die Legitimation des Sklaveneigentümers zur Annahme der von seinem Sklaven hinterlegten Sache folgt mittelbar schon aus D. 16,3,11. In dem von Papinian in D. 16,3,24 dargestellten Fall verpflichtete sich der Verwahrer zur sofortigen Rückgabe auf Verlangen des Sklaveneigentümers, der zum Zwecke der irregulären Verwahrung Geld eingezahlt hat. Die Legitimation des Sklaveneigentümers folgt auch aus D. 16,3,1,32.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Si rem a servo depositam Titio, quem dominum eius putasti cum non esset, restituisses, depositi actione te non teneri Celsus ait, quia nullus dolus intercessit: cum Titio autem, cui res restituta est, dominus servi aget: sed si exhibuerit, vindicabitur, si vero, cum sciret esse alienum, consumpserit, condemnabitur, quia dolo fecit quo minus possideret.* .

Ein Sklave hinterlegte eine Sache bei einer anderen Person, die diese Sache dem Titus irrtümlich in der Überzeugung zurückgab, dass er Eigentümer jenes Sklaven gewesen sei. Die Frage entstand, ob der Verwahrer aus der *actio depositi* haftete. Der von Ulpian zitierte Celsus äusserte sich verneinend, weil kein *dolus* vorlag. Dagegen konnte der Sklaveneigentümer gegen Titius vorgehen. Wenn der letztere die Sache vorlegte, konnte sie vindiziert werden. Wenn er sie dagegen im Wissen, dass es sich um eine fremde Sache handelte, verbraucht hatte, wurde er wegen doloser Besitzaufgabe verurteilt.

Wie sich aus dem interessanten ersten Teil des Textes ergibt, war, wenn ein Sklave eine Sache hinterlegt hatte, sein Eigentümer berechtigt, diese zurückzuerhalten. Die Rückgabe an einen Dritten war nicht korrekt und bewirkte die Haftung aus der *actio depositi*. Im klassischen Recht war aber *dolus* erforderlich.

---

80 Vgl. W. DAJCZAK, *o.c.*, S. 108 f.

Sein Fehlen (wie im angeführten konkreten Fall) schloss die Haftung aus der Hinterlegung aus[81]. Dies ändert an der Tatsache nichts, dass der Sklaveneigentümer richtiger Abnehmer war.

Der weitere Teil des Textes (*cum Titio autem ... possideret*), der vom Vorgehen des Sklaveneigentümers gegen Titius, nämlich von der *actio ad exhibendum* bzw. *rei vindicatio* handelt, ist für unsere Frage belanglos[82].

Verhältnismässig kompliziert ist der in D. 16,3,1,33 dargestellte Fall.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Eleganter apud Iulianum quaeritur, si pecuniam servus apud me deposuit ita, ut domino pro libertate eius dem, egoque dedero, an tenear depositi. Et libro tertio decimo digestorum scribit, si quidem sic dedero, quasi ad hoc penes me depositam teque certioravero, non competere tibi depositi actionem, quia sciens recepisti, careo igitur dolo: si vero quasi meam pro libertate eius numeravero, tenebor. Quae sententia vera mihi videtur: hic enim non tantum sine dolo malo non reddidit, sed nec reddidit: aliud est enim reddere, aliud quasi de suo dare.*

Ulpian berichtet über die von Julian erörterte Frage der Haftung des Verwahrers, wenn ein Sklave Geld bei einer Person zu dem Zwecke hinterlegt hat, dass diese es dem Eigentümer (sc.

---

81 Siehe auch Bas. 13,2,1,32 = SCHELTEMA, A II, S. 723; Sch. 42 *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 644.

82 Jedenfalls sind manche Verdächtigungen (z.B. von M. MARRONE, An. Pal. 26 (1958), S. 395 f.; siehe auch S. 516 Anm. 211, S. 548 Anm. 362, S. 609) zu radikal. Siehe dazu M. KASER, *Studi E. Volterra*, Bd. III, Milano 1971, S. 548 f. und Anm. 19. Das Wort "*sed*" kann auf eine kompilatorische Verkürzung des Textes hinweisen. Vielleicht liegt ein Versehen des Kopisten vor ("*sed*" statt "*et*"; siehe HALOANDER). Die Scholiasten erwähnen auch die *actio furti*; siehe Sch. 41 *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 644; Sch. 24 *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S.678.

des Sklaven) als Bezahlung für seine Freiheit überweist, und diese Person diese Summe übergegeben hat. Julian unterscheidet im 13. Buch seiner Digesten zwischen zwei Fällen. In dem einen übergab der Verwahrer das Geld mit der Information, dass dieses bei ihm zu jenem Zwecke hinterlegt worden war[83]. Dann war die Haftung aus der *actio depositi* zu verneinen, weil wegen des Wissens des Sklaveneigentümers kein *dolus* des Verwahrers vorlag. Im zweiten Falle hat der Verwahrer das Geld für die Freiheit des Sklaven als sein eigenes ausgezahlt, und dann haftete er (sc. aus Hinterlegung). Ulpian billigt die Entscheidung Julians, aber fügte seine eigene Begründung hinzu. Es habe nämlich nicht eine wegen *dolus malus* mangelnde Rückgabe, sondern überhaupt keine wirkliche Rückgabe vorgelegen. Etwas anderes sei nämlich das "Zurückgeben" (*reddere*), und etwas anderes das Geben aus eigenem Vermögen (*quasi de suo dare*).

Im ersten Teil seiner Unterscheidung spricht Julian von dem *dolus* des Verwahrers. Ausgeschlossen war dieser durch die Aufklärung des Eigentümers über den Zweck der Geldhinterlegung. Der Zweck war es, die Freilassung des Sklaven zu erwirken[84]. Die Auszahlung des Geldes durch den Verwahrer als seiner eigenen löste die Haftung aus. Zweifelsohne lag in diesem Fall ein *dolus* vor[85]. Julian berief sich aber nicht ausdrücklich darauf, sondern beschränkte sich auf die Feststellung der Haftung des Verwahrers. Ulpian scheint es in seinem Kommentar auf die Weise verstanden zu haben, dass Julian die Haftung wegen des bei der Rückgabe involvierten *dolus malus*

---

83 O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin 1887, S. 236 behandelt die Worte "*teque certioravero*" für eine überflüssige Erläuterung (zustimmend O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 986); dagegen W. KALB, *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*, Leipzig 1890, S. 91 Anm. 1. Das hat aber keine grössere Bedeutung.

84 Vgl. auch Sch. 46 und 47 *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 644, Sch. 27 *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 678.

85 Siehe G. MacCORMACK, BIDR 96-97 (1993-1994), S. 132.

angenommen habe. Ulpian selbst meinte dagegen, es sei überhaupt keine Rückgabe des Depositums erfolgt. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass Julian, der im zweiten Teil der Unterscheidung den *dolus* nicht erwähnte, ebenso gedacht hat.

Bei der Hinterlegung des Geldes zur Erlangung der Freiheit deklarierte der Sklave offenbar nicht, dass das Geld seinem Eigentümer gehöre. Obwohl er das Rechtsgeschäft als Organ seines Herrn durchführte, durfte er nach allgemeinen Grundsätzen[86] fremde, sogar gestohlene Sachen hinterlegen[87]. Eine solche Hinterlegung war gültig. Wenn also kein *dolus* des Verwahrers vorlag, haftete er nicht aus der *actio depositi*. Damit ist also anzunehmen, dass der Eigentümer zur Abnahme der von seinem Sklaven hinterlegten Sache generell legitimiert war. Im Falle, wo der Verwahrer das Geld als sein eigenes übergab, lag nicht nur *dolus* vor, sonder es fehlte (zumindest nach Ulpian) überhaupt die Rückgabe der Sache.

Wir gehen jetzt zu den Texten über, die von der Legitimation bestimmter Personen zur Erhebung der *actio depositi (directa)* handeln. Sie belegen indirekt ihre Legitimation zur Rücknahme der hinterlegten Sachen.

Natürlich durfte der Sklave nicht klagen, weil er parteiunfähig war[88]. Er erlangte die Parteifähigkeit mit der Freilassung, aber er konnte auch dann nicht auf die Rückgabe der hinterlegten Sache klagen, weil dafür der Zeitpunkt des

---

86 Siehe Anm. 15.

87 Nach Sch. 25 *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 678 ging es hier gerade um diesen Fall. Siehe auch D. 16,3,11.

88 M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, II. Aufl., München 1996, S. 61, 205, 483, 559 (mit wenigen Ausnahmefällen); L. WENGER, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, New York 1955, S. 21, 28, 83; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, Bd. I, Roma 1962, S. 233; Bd. II, 1, Milano 1963, S. 280 ff.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Bd. I, II. Aufl., Roma 1928, S. 202; W. LITEWSKI, *Rzymski proces cywilny* (= Der römische Zivilprozess), Warszawa – Kraków 1988, S. 21, 40, 82.

Vertragsabschlusses massgebend war: *ipse autem servus manumissus non potest agere ...; initium enim contractus spectandum est* (D. 16,3,1,30)[89].

Aktivlegitimiert zur *actio depositi directa* war in der Regel der Sklaveneigentümer. Besonders klar spricht davon D. 16,3,1,17.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Si servus meus deposuerit, nihilominus depositi habeo actionem.*

Dieser dem Kommentar von Ulpian zur *formula in factum*[90] entnommene Text stellt fest, dass im Falle einer Hinterlegung durch einen Sklaven dessen Eigentümer die Klage hat. Es gibt keine Andeutung darüber, dass es sich um eine zum *peculium* gehörende Sache gehandelt habe[91].

Dann ist D. 16,3,1,30 anzuführen.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Si servus deposuit, sive vivat, sive decesserit, utiliter dominus hac actione experietur. Ipse autem servus manumissus non poterit agere: sed et si fuerit alienatus, adhuc ei competit actio cuius fuit servus cum deponeret; initium enim contractus spectandum est.*

Im Falle der Hinterlegung durch einen Sklaven steht die Klage, ungeachtet dessen, ob dieser weiterhin lebte oder verstarb, dessen Eigentümer zu. Dem freigelassenen Sklaven wird die Klage nicht gewährt. Wurde der Sklave veräussert, wird der frühere Eigentümer die Klage haben. Der Text begründet das damit, dass das *initium contractus*[92], d.h. die Zeit des

---

89 Siehe auch D. 18,3,11. Der Verwahrer sollte im Prinzip nicht dem ehemaligen Sklaven die Sache zurückgeben. Siehe oben S. 256 f.

90 O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 893.

91 So auch Bas. 13,2,1,17 = SCHELTEMA, A II, S. 722; Sch. 31 (Cyrillus) *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II S. 642.

92 Die von P. DE FRANCISCI, *Sunavllagma. Storia e dottrina dei cosidetti contratti innominati*, Bd. II, Pavia 1916, S. 433 geäusserte Verdächtigung des Satzes:

Vertragsabschlusses massgebend war[93]. Das eventuell dem Sklaven anlässlich der Freilassung überlassene (frühere) *peculium* war hier ohne Bedeutung[94]. Übrigens erwähnt der auf keine konkrete Formel (*in ius* oder *in factum*) abstellende Text[95] nicht, dass es sich um eine *res peculiaris* handelte.

Die Worte "*nihilo minus*" in D.16,3,1,17 können darauf hinweisen, dass es ursprünglich bestimmte Zweifel bezüglich der *actio depositi* des Sklaveneigentümers gab. Damit kann man auch den Gebrauch des Wortes "*utiliter*" in D. 16,3,1,30 erklären.

Der nächste Text D. 16,3,1,31 betrifft die Hinterlegung durch einen gemeinsamen Sklaven.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Si duorum servus sit qui deposuit, unicuique dominorum in partem competit depositi.*

Der Text ist echt[96]. Mit der allgemeinen Regel[97] übereinstimmend galt im Falle eines gemeinsamen Sklaven für dessen Miteigentümer die Teilbarkeit der Ansprüche. So war es generell im Falle einer Mehrheit von Hinterlegern[98]. Der Text

---

initium enim contractus spectandum est, ist willkürlich. Formal und inhaltlich ist der Satz einwandfrei.

93 Vgl. Bas. 13,2,1,30 = SCHELTEMA, A II, S. 722 f.; siehe auch Sch. 41 *ad* Bas.13,2,1 = Scheltema, B II, S. 644.

94 So ausdrücklich Sch. 40 *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 644.

95 O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 896; vgl. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, Bd. I, II. Aufl., Milano 1967, S. 524.

96 Dazu W. LITEWSKI, *Studien*, S. 17 Anm. 48. D. 45,3,6 betraf hingegen ursprünglich die *fiducia*; siehe *Index interp.*, *ad h.l.*; siehe auch G. ROTONDI, *Scritti*, Bd. II, S. 65; W. LITEWSKI, *Studien*, S. 17 f. und Anm. 49.

97 M. BRETONE, *Servus communis. Contributi alla storia della comproprietà in età classica*, Napoli 1958, S. 19

98 W. LITEWSKI, *Studien*, S. 17 ff.

enthält keine Bemerkung, dass die hinterlegte Sache gemeinsam wäre[99].

Auf die Legitimation des Sklaveneigentümers weist indirekt auch C. 4,34,9 hin. Die Hinterlegung wurde vom *servus hereditarius* getätigt. Diokletian hat die Klage der Erben unter Berufung auf den Umstand anerkannt, dass die Erbschaft für die Person der Eigentümern stand (*Cum hereditas personam domini sustineat ...*). Daraus folgt, dass vor allem der Sklaveneigentümer die Legitimation hatte[100].

Einige Texte betreffen die Hinterlegung durch den *servus hereditarius*, also durch den zur *hereditas iacens* gehörenden Sklaven. In einem von ihnen – D. 16, 3,1,29 – bemerkt Ulpian, die Klage aus Hinterlegung habe dem Erben nach dem Erbantritt zugestanden.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Item si servus hereditarius deposuerit, heredi postea adeunti competit actio*[101].

Der Verfasser von D. 44, 7, 16 ist Julian.

> *Idem (Iulianus) libro tertio decimo digestorum. Qui a servo hereditario mutuam pecuniam accepit et fundum vel hominem pignoris causa ei tradiderat et precario rogavit, precario possidet: nam servus hereditarius sicuti per traditionem accipiendo proprietatem hereditati adqurit, ita precario effecit, ne res usucapi possit. Nam et si commodaverit vel deposuerit rem peculiarem, commodati et depositi actionem hereditati adquiret. Haec ita, si peculiare negotium contractum est: nam ex hac causa etiam possessio adquisita intellegi debet.*

---

99 Siehe W. LITEWSKI, *o.c.*, S.17 Anm. 49.

100 Näher zu C. 4,34,9 unten S. 261 f.

101 Vgl. Bas. 13,2,1,29 = SCHELTEMA, A II, S. 722.

Jemand hat von einem *servus hereditarius* Geld geliehen und ihm ein Grundstück oder einen Sklaven als Faustpfand übergegeben. Aufgrund seiner Bittleihe wurde er zum Interdiktenbesitzer als Prekarist. Der *servus hereditarius* konnte einerseits durch die Annahme von Sachen im Wege der *traditio* das Eigentum für die Erbschaft erwerben. Andererseits bewirkte er mit der Überlassung als *precarium*, dass die Sache nicht ersessen werden konnte. Des weiteren findet sich die Feststellung, dass der *servus hereditarius*, wenn er eine zum *peculium* gehörende Sache zur Leihe oder zur Hinterlegung übergab, für die Erbschaft die *actio commodati* bzw. die *actio depositi* erwirbt. Dann erklärt der Jurist, dies habe den Fall betroffen, dass ein Geschäft im Rahmen des *peculium* (*peculiare negotium*) abgeschlossen wurde. Dann wurde nämlich aus diesem Grunde auch der Besitz erworben[102].

Im romanistischen Schrifttum wird allgemein angenommen, dass ursprünglich statt von der *traditio* und dem *pignus* von der *mancipatio* und *fiducia (cum creditore)* gehandelt wurde[103]. Mit diesem ersten Teil des Fragments (*Qui a servo ... usucapi possit*) verbindet sich inhaltlich der dritte Teil (*Haec ita ... intellegi debet*)[104]. Für unsere Frage ist der zweite Teil des Fragments (*Nam et si ... adquiret*) wichtig, der mit dem ersten Teil nicht unmittelbar zusammenhängt und dessen Verbindung zum dritten Teil unterbricht. Vor allem aus diesem Grunde wird der Satz:

---

102 Vgl. Bas. 52,1,15 = SCHELTEMA, A VI, S. 2422.

103 Siehe *Index interp.*, *ad h.l.*; P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano 1969, S. 22 Anm. 22; siehe auch S. 246, 247; J. SONDEL, *Precarium w prawie rzymskim* (= Praecarium im römischen Recht), Kraków 1971, S. 128 und Anm. 9; KASER, ZSS 89 (1972), S. 141; U. VON LÜBTOW, *Studi G. Grosso*, Bd. II, Torino 1968, S. 605 f.; C. LONGO. *La fiducia. Corso di diritto romano,* Milano 1933, S. 81 f.; E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln - Graz 1965, S. 189; P. VOCI, *o.c.*, Bd. I, S. 522 und Anm. 20; U. ROBBE, *La "hereditas iacet" e il significato della "hereditas" in diritto romano*, Bd. I, Milano 1975, S. 510.

104 Dazu z.B. P. VOCI, *o.c.*, Bd. I, S. 522 f.

"*Nam et si … adquiret*" im allgemeinen für einen nachklassischen Zusatz gehalten[105]. Dies scheint wahrscheinlich, obwohl es sich nicht ganz ausschliessen lässt, dass Julian im Zusammenhang mit der *fiducia cum creditore* auch die *fiducia cum amico* erwähnte[106]. In einem solchen Falle hätte dieser Absatz für uns in seinem ursprünglichen Wortlaut keine Bedeutung. In der aktuellen Formulierung spricht er davon, dass im Falle der Hinterlegung oder der Leihe einer *res peculiaris* durch den *servus hereditarius* die Klage für die Erbschaft erworben wird. Dies ist eine bildliche Formulierung, die nicht bedeutet, dass die *hereditas iacens* eine juristische Person war[107]. Es ist klar, dass die Klage vom Erben nach dem Erwerb der Erbschaft erhoben werden konnte. Ausnahmsweise war übrigens auch der *curator* der ruhenden Erbschaft aktivlegitimiert[108]. D. 44,7,16 ist der einzige Text, der von der Hinterlegung einer *res peculiaris* durch einen Sklaven spricht. Andere Texte erwähnen dieses Erfordernis nicht[109]. Es gibt keine hinreichenden Gründe zur Annahme der These[110], dass ein Pekuliarbezug bei der *formula in ius* erforderlich gewesen sei, anders als bei der *formula in factum* oder im justinianischen Recht. Vielleicht wurde das Wort "*peculiaris*" eigefügt, um eine volle Parallele zum grundsätzlichen Problem (das ursprünglich den Treuhandvertrag und im justinianischen Recht das Pfand betraf), in dem ausdrücklich vom *peculiare negotium* gesprochen

---

105 C. FERRINI, *Opere*, Bd. III, Milano 1929, S.109; R. DE RUGGIERO, BIDR 19 (1907), S. 27 f.; G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Bd. IV, Tübingen 1920, S. 68; siehe auch E. BUND, *o.c.*, S. 192; P. VOCI, *o.c.*, Bd. I, S. 523. Keine Äusserung zu dieser Frage bei W. OSUCHOWSKI, *Księ ga pomią tkowa dla uczczenia pracy naukowej Kazimierza Przybył owskiego* (= Festschrift K. Przybył owski), Kraków – Warszawa 1964, S. 217 f.

106 Siehe C. FERRINI, *o.c.*, Bd. I, S. 109; vgl. P. VOCI, *o.c.*, Bd. I, S. 523, 525.

107 M. KASER, *Das römische Privatrecht*, Bd, I, S. 721.

108 M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 720 Anm. 3.

109 W. W. BUCKLAND, *o.c.*, S. 261 Anm. 4.

110 P. VOCI, *o.c.*, Bd. I, S. 524 f.

wurde, durchzuführen. Es ist übrigens nicht ausgeschlossen, dass der Satz: *Nam et si ... hereditati adquiret* echt ist und sich ursprünglich am Ende des Textes befunden hat[111]. Jedenfalls stimmt er inhaltlich, zumindest grundsätzlich (eventuell ausser dem "*peculiare*") mit dem klassischen Recht und besonders mit der Konzeption Julians überein, dass die Erbschaft der Erwerber sei und die Stelle des Erblassers vertrete[112].

Der nächste Text C. 4,34,9 über die Hinterlegung durch den *servus hereditarius* kommt von Diokletian.

> *Idem (impp. Diocletianus et Maximianus) AA. et CC. Aurelio Menophilo et ceteris. Cum hereditas personam dominae sustineat, ab hereditario servo, priusquam patri vestro successeritis, res commendatas secundum bonam fidem ab eius qui susceperat successoribus apud rectorem provinciae petere potestis.*

Der Erbschaftssklave hinterlegte[113] noch vor dem Erwerb der Erbschaft durch die Petenten eine Sache, danach starb der Verwahrer. Nach der Entscheidung Diokletians können die Petenten gemäss der *bona fides* die Sache von den Erben des Verwahrers herausverlangen. Dies wird damit begründet, dass die Erbschaft die Person des Eigentümers vertritt. Für unser Problem ist die Aktivlegitimation der Erben des Eigentümers wichtig, wenn nach dem Tod ein Erbschaftssklave eine Sache hinterlegt hatte[114].

---

111 So suggeriert P. VOCI, *o.c.*, Bd. I, S. 523. Dagegen umsomehr, dass Julian im 13.-ten Buch seiner Digesten sowohl von *fiducia* wie auch von *depositum* sprach; siehe O. LENEL, *Pal.*, Iulianus 209-222.

112 D. 28,5,31,1; D. 41,1,34.

113 Zu dieser Bedeutung von *commendare* siehe H. HEUMANN - E. SECKEL, *o.c.*, s.v. *commendare* 1.

114 Vgl. Bas. 13,2,42 = SCHELTEMA, A II, S. 733; Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,42 = SCHELTEMA, B II, S. 697.

Der Text ist als echt anzusehen[115]. Dies betrifft nicht nur seine Form, sondern auch seinen Inhalt, insbesondere auch den ersten Satz: *Cum hereditas personam dominae sustinet.* Die Formulierung, dass die Erbschaft die Person der Eigentümerin vertrete, ist bildlich und bedeutet nicht, dass die Erbschft eine juristische Person sei[116]. Die Benutzung des Femininum (*domina*) und nicht des Maskulinum (*dominus*), obwohl der Erblasser ein Mann (*pater* der Petenten), ist durch das Femininum des Wortes "*hereditas*" zu erklären[117]. Die Worte "*secundum bonam fidem*" brauchen nicht auf einen Zusammenhang mit der *formula in ius concepta* (mit der *bona-fides*-Klausel) hinzuweisen[118]. Erstens war nämlich zur Zeit Diokletians der Formularprozess höchstwahrscheinlich schon praktisch ausser Gebrauch[119], also auch die Unterscheidung zwischen der *formula in ius* und *in factum*[120]. Zweitens, von der Erfüllung der Verbindlichkeit (u.a. aus Hinterlegung) gemäss der *bona fides*

---

115 Anders z.B. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, Bd. VI, Roma 1930, S. 221 und Anm. 2; E. RABEL, *Grundzüge des römisches Privatrechts*, in *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, Berlin – Leipzig 1911, S. 533 Anm. 3; R. TAUBENSCHLAG, *Opera minora*, Bd. I, Warszawa 1959, S. 92 Anm. 727; U. VON LÜBTOW, *o.c.*, S. 617 f.; U. ROBBE, *o.c.*, Bd. I, S. 31 (vgl. S. 530 Anm. 51). Für die Echtheit unter anderem M. KASER, *o.c.*, Bd, I, S. 721 Anm. 14 (siehe auch S. 303 Anm. 2); W. OSUCHOWSKI, *o.c.,* S. 223 (in Anm. 44 äussert er sich jedoch ausdrücklich nicht über die Vermutung Bonfantes: *defuncti* statt *dominae*).

116 So richtig U. VON LÜBTOW, *o.c.*, S. 617; M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 721 und Anm. 14 (siehe auch S, 303 Anm. 2); W. KUNKEL – H. HONSELL, *o.c.*, S. 472; M. TALAMANCA, *o.c.*, S. 183, 680; H. HAUSMANINGER – W SELB, *o.c.*, S. 454. Anders z.B. P. BONFANTE, *o.c.*, Bd. I, S. 219 ff.; E. RABEL, *o.c.*, S. 533; W. OSUCHOWSKI, *o.c.*, S. 223; U. ROBBE, *o.c.*, Bd. I, S. 530 Anm. 51.

117 Vgl. Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,42 = SCHELTEMA, Bd II, S. 670; Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,42 = SCHELTEMA , B II, S. 697.

118 Anders suggeriert P. VOCI, *o.c.*, Bd. I, S. 524.

119 Vgl. M. KASER – K. HACKL, *o.c.*, S. 517 ff.

120 Selbst P. VOCI, *o.c.*, Bd. I, S. 524 erwägt dies.

sprechen auch Texte, die sich nicht auf die *formula in ius* (mit der *bona-fides*-Klausel) beziehen[121].

In dem in C. 4,34,9 beschriebenen Fall gab es mehrere Petenten, also galten hier generell die Regeln über die Mehrheit von Erben des Hinterlegers[122].

In D. 16,3,1,28 behandelt Ulpian die Frage der Aktivlegitimation des Niessbrauchers eines Sklaven.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Simili modo et si usumfructum in servo habeam, si id quod deposuit ex eo peculio fuit quod ad me pertinebat vel res mea fuit, eadem actione agere potero.*

Wenn ein Niessbrauchssklave eine Sache hinterlegte, hatte der Niessbraucher die *actio depositi* in zwei Fällen: wenn die Sache aus dem von ihm bestellten *peculium* kam[123] oder wenn sie sein Eigentum war[124]. Offenbar stand die *actio depositi* in den übrigen Fällen dem Sklaveneigentümer zu. Jedenfalls galt die Regel, dass im Falle einer hinterlegten *res peculiaris* der das *peculium* bestellende die Klage auf Rückgabe hatte. Aus dem Umstand, dass der Sklave die Sache seines Niessbrauchers, die nicht zu dem *peculium* gehörte, hinterlegen durfte, folgt, dass der Sklave umsomehr die Sache seines Eigentümers, die keine *res peculiaris* war, hinterlegen durfte.

---

121 Z.B. D. 16,3,11 (dazu oben S. 246 ff.); vgl. W. DAJCZAK, *o.c.*, S. 114.

122 Siehe W. LITEWSKI, *Studien*, S. 22 ff.

123 Zu diesem *peculium* siehe G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale*, Lyon 1932, S. 417 ff.

124 Vgl. Bas. 13,2,1,27 = SCHELTEMA, A II, S. 722; Sch. 20 *ad* Bas. 13, 2, 1 = SCHELTEMA, B II, S. 677. Dies entsprach dem allgemeinen Prinzip; siehe W. KRÜGER, *o.c.*, S. 68; G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, II. Aufl., Torino 1958, S. 206 ff.; G. WESENER, RE IX A, s.v. *usus fructus*, Sp. 1156 und die dort zitierte Literatur.

b. Nach *ius civile* konnte sich der Sklave nicht gültig verpflichten[125]. Doch seit der Hochklassik bildeten seine Geschäftsschulden natürliche Verbindlichkeiten[126]. Nach prätorischem Recht haftete der Eigentümer für die Schulden seines Sklaven aufgrund von *actiones adiecticiae qualitatis*[127]. Diese Regeln galten auch im Fall der Hinterlegung bei einem Sklaven. Er ist mehrfach in den Quellen belegt[128]. Der Sklave fungiert natürlich als Organ seines Herrn. Die Quellen sprechen von der Passivlegitimation nicht im Hinblick auf die Rückgabe der hinterlegten Sache, sondern auf die Klage. Der Sklave hatte die Passivlegitimation mangels Parteifähigkeit nicht[129].

Bedenken erweckt die Frage der Haftung im Falle der Freilassung des Sklaven, wie Texte von Paulus und Ulpian belegen.

> D. 16,3,21,1. *Idem (Paulus) libro sexagensimo ad edictum. Plus Trebatius existimat, etiamsi apud servum depositum sit et manumissus rem teneat, in ipsum dandam actionem, non in dominum, licet ex ceteris causis in manumissum actio non datur.*

---

125 M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 264, 287; W. KUNKEL – H. HONSELL, *o.c.*, S. 217; M. TALAMANCA, *o.c.*, S. 84; H. HAUSMANINGER – W. SELB, *o.c.*, S. 131; W. W. BUCKLAND, *o.c.*, S. 162 ff.; W. LITEWSKI, *Rzymskie prawo prywatne*, S. 117; vgl. E. VOLTERRA, *o.c.*, S. 55.

126 M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 287, 481; W. KUNKEL – H, HONSELL, *o.c.*, S. 217; E. VOLTERRA, *o.c.*, S. 55; G. PUGLIESE, *Istituzioni*, S. 523; H. HAUSMANINGER – W. SELB, *o.c.*, S. 31 f.; W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 117.

127 M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 264, 287, 605 ff.;W. KUNKEL – H. HONSELL, *o.c.*, S. 68, 378 ff.; G. PUGLIESE, *o.c.*, S. 356; M. TALAMANCA, *o.c.*, S. 84 ff.; H. HAUSMANINGER – W. SELB, *o.c.*, S. 132, 407 ff.; W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 117, 257 ff.

128 D. 15,1,5 pr.; D. 16,3,1 §§ 18, 42; D. 16,3,21,1; D. 16,3,27; D. 46,1,2; zur Hinterlegung bei einer Sklavin siehe D. 15,1,27 pr.

129 Siehe Anm. 88.

> D. 16,3,1,18. *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Si apud servum deposuero et cum manumisso agam, Marcellus ait nec tenere actionem, quamis solemus dicere doli etiam in servitute commissi teneri quem debere, quia et delicta et noxae caput sequuntur: erit igitur ad alias actiones competentes decurrendum.*

Im ersten Text liess der von Paulus zitierte Trebatius die Klage aus Hinterlegung gegen den freigelassen Sklaven zu, und im zweiten sprach sich der von Ulpian berufene Marcellus verneinend aus. Mir scheint aber nicht, dass die Lösung des Problems in der Annahme von Interpolationen zu suchen wäre. Schon die Plazierung beider Texte selbst in die *sedes materiae* der Hinterlegung in den justinianischen Digesten (D. 16,3: *Depositi vel contra*) weist darauf hin, dass die Kompilatoren keinen Widerspruch darin erblickten.

Nach dem im Text von Paulus zitierten Trebatius (D. 16, 3,21,1) war im Falle der Hinterlegung der Sache beim Sklaven, der dann freigelassen wurde, aber diese Sache weiterhin bei sich hatte, die Klage gegen ihn, und nicht gegen den Eigentümer zu erheben, obwohl gegen den Freigelassenen aus allen übrigen Gründen nicht geklagt werden konnte. Das erste Wort des Textes "*plus*" knüpft ausdrücklich an das *principium* des Textes an, wonach im Falle der Hinterlegung der Sache beim Haussohn, der emanzipiert wurde, aber die Sache weiterhin bei sich hatte, der Sohn und nicht der Vater (binnen eines Jahres *de peculio*) zu verklagen war[130]. Die inhaltliche Parallele beider Fälle ist klar.

Es gibt keinen Grund die grundsätzliche Echtheit des Fragments, und insbesondere des § 1 zu bestreiten. Dies betrifft auch den letzten Satz: *licet ... non datur*. Inhaltlich ist er richtig, und die erhobenen formalen Einwände sind zweifelhaft[131].

---

130 Näher zu D. 16,3,21 pr. S. 288f.

131 W. LITEWSKI, AG 190, 2 (1976), S. 20 Anm. 66; dies auch zu W. W. BUCKLAND, *o.c.*, S.698, der den Text hier irrtümlich Ulpian (statt Paulus)

Nach dem im ulpianischen D. 16,3,1,18 zitierten Marcellus stand im Falle der Hinterlegung einer Sache bei einem Sklaven, der in der Folge freigelassen worden war, die Klage (sc. *actio depositi*[132]) gegen ihn nicht zu. Dem stand nicht entgegen, dass man die Haftung für einen während der Sklaverei verübten *dolus* zu bejahen pflegte, weil "*et delicta et noxae caput sequuntur*". Der Text endet mit der Feststellung, man müsse auf andere passende Klagen ausweichen[133].

Nur der letzte Satz (*erit igitur ... decurrendum*) ist eventuell für einen nachklassischen Zusatz zu halten[134], der übrigens keine inhaltliche Neuerung anbrachte. Nicht ausgeschlossen ist, dass es sich um einen Zusatz Ulpians zur zitieren Meinung des Marcellus handelt. Der übrige Teil des Textes gibt keine genügenden, insbesondere auch keine formalen Gründe zur Annahme einer Interpolation[135]. Im klassischen Recht haftete der Verwahrer aus Kontrakt für den blossen *dolus*, der andererseits auch ein gesondertes (prätorische) Delikt bilden konnte. Wie bei anderen *delicta privata* galt dabei die Regel "*noxa caput sequitur*", also auch die Haftung des Sklaven selbst nach dessen Freilassung. Daraus konnte der Zweifel im Zusammenhang mit der Verwahrung entstehen. Der Jurist erkannte eine solche eventuelle Argumentation für unrichtig[136].

---

zuschreibt. "*Licet*" mit dem Indikativ ist ein kleiner Fehler, der ziemlich häufig bei römischen Autoren auftritt, wie auch "*quamvis*" mit indicativus (siehe E. KALINKA, ZSS 47 (1927), S. 352; S. RICCOBONO, An. Pal. 12 (1926), S. 506.

132 Siehe O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 893 (aus dem Kommentar zur *formula in factum concepta*).

133 Sch. 32 *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 642 und Sch. 16 *ad* Bas 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 676 nennen hier *actio furti* und *condictio furtiva*.

134 W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 20 Anm. 67 mit der dort zitierten Literatur.

135 Siehe W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 20 Anm. 67.

136 Vgl. Sch. 32 *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 642; Sch. 16 *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 676. Siehe auch W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 21.

Bei dieser Sachlage ist anzunehmen, dass die angeführten Texte D. 16,3,21,1 und D. 16,3,1,18 verschiedene Tatbestände betrafen. In dem ersteren ist ausdrücklich erwähnt, der Sklave habe weiterhin die hinterlegte Sache bei sich. Auch in dem pr. des Fragments, das im inhaltlichen Zusammenhang mit § 1 (*Plus Trebatius existimat ...*) bleibt, ist von einem solchen Fall die Rede, und dies in Bezug auf einen emanzipierten Haussohn[137]. Offenbar war dieses Element von wesentlicher Bedeutung. Im übrigen wissen wir, dass den *dolus* der Verwahrer verübte, der die Sache hatte und diese nicht zurückgab[138]. Dies galt auch für den Sklaven nach dessen Freilassung, wie eben D. 16,3,21,1 belegt. Es ist möglich, dass Zwecksrücksichten hierbei eine bestimmende Rolle spielten[139].

D. 16,3,1,18 erwähnt nicht, dass der freigelassene Sklave eine hinterlegte Sache bei sich hatte. Anzunehmen ist, dass der *dolus* aus der Zeit seiner Sklaverei in Frage kam, worauf indirekt der Satz: *quamvis ... sequitur* hinweist, der von einem solchen *dolus* ausdrücklich spricht. Dieser die Regel "*noxa caput sequitur*" erwähnende Satz würde sich als eventuelles (letzten Endes abgelehntes) Argument für die Zulässigkeit der Klage gegen den freigelassenen Sklaven nicht eignen[140]. Letzten Endes spricht sich Marcellus verneinend aus, was mit der allgemeinen Regel, die im letzten Satz von D. 16,3,21,1: *licet ex ceteris causis in manumissum actio non datur* ausgesprochen wurde, inhaltlich übereinstimmt. Der exzeptionelle Charakter der Meinung von Trebatius, die von Paulus offensichtlich übernommen wird, ist im Text ausdrücklich hervorgehoben. Darin kam auch der dem Hinterleger erteilte besondere Schutz zum Ausdruck.

---

137 W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 20.

138 W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 18 ff.

139 So MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechts*, Bd. I, Tübigen 1871, S. 395; dagegen W. W. BUCKLAND, *o.c.*, S. 698.

140 Vgl. W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 20 f.

Das hier vorgestellte, die Sachverhalte in D. 16,3,21,1 und D. 16,3,1,18 unterscheidende Kriterium haben die Basiliken, und zwar in Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,11 = SCHELTEMA, B II, S. 659; Sch. 1 und 2 *ad* Bas. 13, 2, 11 = SCHELTEMA, B II, S. 689 f. ausdrücklich übernommen. Der Verfasser des ersten zitierten Scholion meint sogar, im Moment der *manumissio* sei eine neue Obligation entstanden und eine neue Klage aus Hinterlegung wäre deswegen begründet, weil der ehemalige Sklave die Sache bei sich behalten habe.

Es gibt kein Grund, den Unterschied zwischen beiden Meinungen durch deren Bezug auf verschiedene Formeln (*in ius* und *in factum*) zu erklären[141]. D.16,3,1,18 entstammt dem Kommentar Ulpians zur *formula in factum*[142]. Auf diese Formel bezieht sich auch die Aussage des Trebatius, weil die *formula in ius* zu seiner Zeit noch nicht bekannt war[143]. Höchstwahrscheinlich meinte auch der ihn zitierende Paulus dieselbe Formel[144].

Keinen überzeugenden Ansatz zur Erklärung der Meinung des Trebatius liefert die pönale Genese der *formula in factum*[145] und noch weniger überzeugt die Annahme einer Interpolation der Meinung des Marcellus, um deren Identität mit der Meinung des Trebatius zu erreichen[146]. Insbesondere ist es nicht

---

141 Anders C. A. MASCHI, *Studi G. Scherillo*, Bd. II, Milano 1972, S. 573 f.; vgl. auch *La categoria*, S. 327 ff. Siehe auch G. ROTONDI, *o.c.*, Bd II, S. 52 f., 68.

142 O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 893. Aller Wahrscheinlichkeit nach betraf dies auch den dort zitieren Marcellus (anders C. A. MASCHI, *Studi G. Scherillo*, Bd. II, S. 576 f.).

143 W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 7 Anm. 16 und die dort zitierte Literatur; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, Bd. I, S. 535 und Anm. 6.

144 W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 21; siehe auch SDHI 41 (1975), S. 441.

145 Die pönale Genese der Verwahrung ist fast einstimmig anerkannt; siehe letztens R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, S. 206 und Anm. 144.

146 Anders G. ROTONDI, *Scr. giur.*, Bd. II, S. 52 f., 68 f.

wahrscheinlich, dass der den Trebatius zitierende und offensichtlich mit ihm übereinstimmende Paulus (eventuelle) sehr alte Überbleibsel der Noxalität bei der Hinterlegung gebilligt hätte, besonders, da zu Anfang des Prinzipats auch die *formula in ius concepta* auftrat.

Generell sollte man den Sklaveneigentümer wegen der Rückgabe der Sache klagen. Dessen Passivlegitimation ist durch die nachfolgenden Texte belegt[147]. In erster Linie ist D. 15,1,27 pr. zu nennen.

> *Gaius libro nono ad edictum provinciale. Et ancillarum nomine et filiarum familias in peculio actio datur: maxime si qua sarcinatrix aut textrix erit aut aliquod artificium vulgare exerceat, datur propter eam actio. Depositi quoque et commodati actionem dandam earum nomine Iulianus ait: sed et tributoriam actionem, si peculiari merce sciente patre dominove negotientur, dandam esse. Longe magis non dubitatur, et si in rem versum est, quod iussu patris dominive contractum sit.*

Der Text spricht zuerst von der *actio de peculio* in Verbindung mit dem *peculium* der Sklavinnen und Haustöchter[148]. Dies lag vor allem dann vor, wenn jene Frauen Handwerksberufe, z.B. Flickschneiderin oder Weberin ausübten. Dann zitiert Gaius Julian, nach dem gegen den Gewalthaber aus Rechtsgeschäften einer Tochter oder Sklavin auch die *actio depositi* bzw. *actio commodati* erteilt wurden. Der weitere Teil des Textes (*sed et tributoriam ... contractum sit*) handelt von der *actiones*: *tributoria*, *de in rem verso* und *quod iussu*, und ist für uns belanglos.

---

147 D. 15,1,5 pr.; D. 15,1,27 pr.; D. 16,3,1,42. Das resultiert mittelbar auch aus D. 16,3,21,1 und D. 16,3,27.

148 Siehe G. MICOLIER, *o.c.*, S. 290; M. GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium*, Madrid 1958, S. 13 ff., 22 ff., 29 ff.

Der erste Satz (*Et ancillarum … actio datur*) ist als echt anzusehen, und im Schrifttum ist er im Prinzip ohne Verdacht[149]. Der Abschnitt: *maxime si … ea actio* wird von vielen, vor allem aus formalen Gründen, für interpoliert gehalten[150]. Er führt aber keine inhaltlichen Änderungen ein. Zwar war die *actio de peculio* vom Betrieb eines Gewerbes unabhängig[151], aber aller Wahrscheinlichkeit nach verband sich das *peculium* der Frauen tatsächlich meist mit diesem Betrieb. Belegt ist das durch das Wort "*maxime*". Im aktuellen Wortlaut spricht der nächste Satz von der *actio depositi* und *commodati* hinsichtlich dieser Frauen. Es handelt sich natürlich um die Haftung aus diesen Klagen im Rahmen des *peculium*. Im aktuellen Wortlaut belegen sie für uns die Geltung allgemeiner Regeln bei der Hinterlegung (und der Leihe). Anzunehmen ist, dass der Text ursprünglich von der *fiducia* sprach[152]. Die Änderung wurde mit dem Verschwinden dieses Instituts eingeführt. Für die Regelung der Hinterlegung (und der Leihe) bedeutete das keine Änderung.

Der nachfolgende Text ist von Paulus.

> *D. 16,3,27. Idem (Paulus) libro septimo responsorum. Lucius Titius cum haberet filiam in potestate Seiam, Pamphilo servo alieno in matrimonium collocavit, cui etiam dotem dedit, quam sub titulo depositi in cautionem contulit, et postea nulla denuntiatione a domino facta pater decessit, mox et Pamphilus servus: quaero qua actione Seia pecuniam petere possit, cum ipsa patri heres extiterit.*

---

149 Allerdings verdächtigt S. SOLAZZI, BIDR 11 (1898), S. 157 Anm. 3 die Worte "*in peculio actio datur*". Diese These ist willkürlich. Inhaltlich ist der ganze Satz richtig, auch im ursprünglichen Kontext (siehe O. Lenel, *Pal*., Gaius 223).

150 Siehe *Index interp*., *ad h.l.*

151 HECK, ZSS 10 (1889), S. 126 f.

152 Siehe *Index interp*., *ad h.l.*; M. GARCÍA GARRIDO, *o.c.*, S. 16. Anders P. OERTMANN, *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin 1890, S. 51.

Paulus respondit, quoniam dos constitui non potuit, ex causa depositi actione de peculio pecuniam repetendam.

Lucius Titus gab Seia, seine *filia familias*, einem fremden Sklaven Pamphilus zur Ehe. Er bestellte auch eine Mitgift (in Geld, wie im Text weiter erwähnt ist), die in der diesbezüglichen Urkunde (*cautio*)[153] als Hinterlegung verzeichnet ist. Eine Anzeige von Seiten des Sklaveneigentümers ist nicht erfolgt. Später starb der Vater und bald auch Pamphilus. Die Frage war nun, mit welcher Klage Seia als Erbin des Vaters die Rückgabe des Geldes fordern konnte. Paulus antwortete, man müsse, da die Mitgiftbestellung ungültig war, die *actio de peculio* aus dem Titel der Hinterlegung anwenden.

Es ist klar, dass die Ehe mit einem Sklaven, der allgemeinen Regel gemäss, ungültig war. Folglich war auch die Bestellung der Mitgift ungültig[154]. Im Zusammenhang damit ist eher anzunehmen, das Lucius Titius nicht wusste, dass Pamphilus Sklave war. Das bestätigen Scholien zu den Basiliken[155]. Die mangelnde Anzeige seitens des Sklaveneigentümers bezog sich also auf den *status* von Pamphilus als Sklaven[156].

Als Klagen auf Rückgabe des Geldes kamen theoretisch die *actio rei uxoriae*[157] und die *actio depositi* in Frage. Die erste war wegen der Ungültigkeit der Mitgiftbestellung ausgeschlossen.

---

153 Zu dieser Bedeutung des Terminus "*cautio*" siehe H. HEUMANN – E. SECKEL, *o.c.*, s.v. *cautio* 2a; W. LITEWSKI, *Słownik encyklopedyczny*, s.v. *cautio* 2. Vom *chirographum* sprechen Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,27 = SCHELTEMA, B II, S. 665 und Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,27 = SCHELTEMA, B II, S. 692.

154 So ausdrücklich auch Sch. 1 und 2 *ad* Bas. 13,2,27 = SCHELTEMA, B II, S. 692 f.

155 Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,27 = SCHELTEMA, B II, S. 665; Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,27 = SCHELTEMA, B II, S. 692.

156 So Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,27 = SCHELTEMA, B II, S. 665; Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,27 = SCHELTEMA, B II, S. 692.

157 Siehe Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,27 = SCHELTEMA, B II, S. 665; Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,27 = SCHELTEMA, B II, S. 692. D. 16,3,27 entstammt dem paulinischen Kommentar zur *actio rei uxoriae* (O. LENEL, *Pal.*, Paulus 1494).

Bloss die *actio depositi* im Rahmen des *peculium* blieb also übrig. Für uns ist hier die indirekte Bestätigung der Passivlegitimation des Sklaveneigentümers zur *actio depositi (directa)* im Falle der Hinterlegung einer Sache bei Sklaven wichtig. Zwar nennt D. 16,3,27 diese Legitimation nicht *expressis verbis*, aber sie wird offensichtlich vorausgesetzt. Davon sprechen klar die Basiliken[158]. Der Tod des Sklaven nach dem Abschluss des Hinterelegungsvertrags ist hier von keiner Bedeutung.

Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht war die Hinterlegung fiktiv, der Vater wusste also vom fehlenden *conubium*. Die *actio depositi de peculio* durfte also nicht gegeben werden[159]. Dies scheint mir nicht überzeugend. Gegen diese Hypothese sprechen die Scholien zu den Basiliken[160] wie auch die Erwähnung der fehlenden *denuntiatio* seitens des Sklaveneigentümers. Dass die intendierte Mitgift als Hinterlegung tituliert wurde, konnte sich auf verschiedenen Gründen beruhen und brauchte nicht eine Gesetzesumgehung zu bezwecken. Aber selbst bei der Annahme, der ursprüngliche Text habe von der *condictio* gesprochen,wäre das durch den speziellen Charakter des konkreten Falls diktiert. Es würde also nicht im Widerspruch stehen zur Passivlegitimation des Sklaveneigentümers zur *actio depositi* im Falle der Hinterlegung einer Sache bei dessen Sklaven.

Die Passivlegitimation des Sklaveneigentümers ist in D. 16,3,1,42 ausdrücklich belegt[161]. Dieser Text betrifft vor allem die Hinterlegung beim Haussohn, aber er zieht auch einen Vergleich zum Sklaven: *Idem et in servo: nam cum domino*

---

158 Bas. 13,2,27 = SCHELTEMA, A II, S. 730; Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,27 = SCHELTEMA, B II, S.665; Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,27 = SCHELTEMA, B II, S. 692.

159 G. SEGRÉ, *Scritti vari*, S, 239 f. Anm. 69.

160 Siehe Anm. 155.

161 Siehe auch Bas. 13,2,1,42 = SCHELTEMA, A II, S. 724; Sch. 66 und 67 (Cyrillus) *ad* Bas. 13, 2, 1 = SCHELTEMA, B II, S. 646.

agetur. Bereits oben war von der Beschränkung *dumtaxat de peculio* die Rede. Die durchgeführte Parallele von *filius* und Sklaven beschränkte sich darauf, da man natürlich den Sklaven selbst[162], der parteiunfähig war, nicht klagen konnte. Anders war es beim Haussohn, wovon am Beginn von D. 16,3,1,42 gehandelt wird[163].

Auch D. 15,1,5 pr. spricht von der Passivlegitimation im Zusammenhang mit der *actio de peculio* bei der Hinterlegung.

> *Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum. Depositi nomine pater vel dominus dumtaxat de peculio conveniuntur et si quid dolo malo eorum captus sum.*

Der Vater oder Eigentümer (von Sklaven) wurden nur bis zur Höhe des *peculium* beklagt, auch wenn sie selbst einen *dolus malus* verübt hatten. Trotz einiger formaler Vorbehalte bezüglich des Satzes: *et si ... sum*[164] führte das keine inhaltlichen Änderungen ein[165]. Für unser Problem ist vor allem der Grundsatz wichtig, dass die Haftung *de peculio* den Sklaveneigentümer und den Hausvater trifft. Ausserdem besagt der Text, dass diese Haftung nicht nur wegen *dolus* des Verwahrers selbst (d.h. des Haussohns oder des Sklaven) virulent wurde, sondern auch wegen *dolus* ihrer Gewalthabers (d.h. des Hausvaters oder des Sklaveneigentümers[166]).

Im Falle des Miteigentums am Sklaven galt Solidarhaftung[167], also ein generell bei Mehrheit von Verwahrern gültiges Prinzip[168]. Nach dem Tode des Sklaveneigentümers ging

---

162 Siehe Sch. 66 *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 646.

163 Näher zu diesem Text S. 286 f.

164 G. VON BESELER, *Beiträge*, Bd. III, S. 46; zustimmend O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, S. 294 Anm. 2.

165 So richtig O. LENEL, *ibidem*. Siehe auch D. 16,3,1,42 (dazu S. 286 f.).

166 Vgl. Bas. 18,5,5 = SCHELTEMA, A III, S. 892.

167 M. BRETONE, *o.c.*, S. 170 ff.

168 Zur Mehrheit der Verwahrer W. LITEWSKI, *Studien*, S. 5 ff.

die Haftung auf seine Erben über. Im Falle der Erbenmehrheit galten die allgemeinen Regeln[169].

Nach generellen Grundsätzen haftete der Herr des Sklaven im Rahmen der *actiones adiecticiae qualitatis*. Vor allem kam die *actio de peculio*, die in den Quellen im Bereich der Verwahrung ausdrücklich belegt ist, in Frage[170]. Den Haftungsgrund bildete entweder der *dolus* des Sklaven oder der seines Herrn[171].

c. Ein *homo liber bona fide serviens* war handlungsfähig[172]. Er konnte also auch den Hinterlegungsvertrag nach allgemeinen Regeln sowohl als Verwahrer, wie auch als Hinterleger abschliessen. Den zweiten Fall betrifft D. 16,3,1,27.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Non solum si servus meus, sed et si is qui bona fide mihi serviat rem deposuerit, aequissimum erit dari mihi actionem, si rem ad me pertinentem deposuit.*

Der allgemeinen Regel entsprechend durfte auch ein *homo liber bona fide serviens* nicht nur eigene, sondern auch die dem Scheinherrn oder einer anderen Person gehörenden Sachen hinterlegen. Zweifelsohne war er zu ihrer Rücknahme berechtigt. Ausserdem stellte sich die Frage der Legitimation zur *actio depositi*. Ulpian hält es für sehr gerecht (*aequissimum*[173]), dass der Scheinherr diese Klage hat, wenn seine Sache hinterlegt wurde[174]. Dies entspricht der allgemeinen Regel, dass der Erwerb

---

169 Zur Mehrheit der Erben des Verwahrers W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 9 ff.

170 D. 15,1,5 pr.; D. 15,1,27 pr.; D. 16,3,27; D. 16,3,1,42.

171 D. 16,3,1,42; näher zu diesem Text S. 286 f.

172 R. REGGI, *Liber homo bona fide serviens*, Milano 1958, S. 365 ff.; W. W. BUCKLAND, *o.c.*, S. 331 ff., 339 ff.;M. KASER, *Das römische Privatrecht*, Bd. I, S. 262 f.; W. KRÜGER, *o.c.*, S. 100 f.

173 Das war ein Lieblingswort Ulpians; siehe T. HONORÉ, SDHI 28 (1962), S. 115; *Ulpian*, Oxford 1982, S. 67.

174 Vgl. Bas. 13,2,1,27 = SCHELTEMA, A II, S. 722; Sch. 20 *ad* Bas.13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 677.

des gutgläubigen Scheinsklaven (der als Organ fungierte[175]) aus den Mitteln (*ex re*) des vermeintlichen Herren diesem zufällt[176]. Die Verwendung des Wortes "*aequssimum*" durch Ulpian ist dadurch begründet, dass der Hinterleger nicht Sklave, sondern eine freie Person (obwohl *bona fide serviens*) war. In den übrigen Hinterlegungsfällen stand die Klage, der allgemeinen Regel gemäss, dem Scheinsklaven zu, der ja in Wirklichkeit frei war[177].

d. Fast ganz fehlen die Texte über den Verwahrungsvertrag der Peregrinen. Das ist aus zwei Gründen verständlich. Erstens gab es über ihre Fähigkeit in diesem Zusammenhang keine Zweifel. Zweitens ist diese Personenkategorie schon seit dem Edikt Caracallas vom Jahre 212 n. Chr. kaum mehr relevant und verschwindet ganz zur Zeit Justinians. Daher wird sie auch im *Corpus iuris Civilis* nicht erwähnt.

Im Bereich der Hinterlegung kann man lediglich D. 16,3,31 pr. (Tryphoninus) anführen[178], wonach der deportierte Hinterleger nach dem blossen *ius gentium* im Prinzip die Befugnis zur Rücknahme der hinterlegten Sache (konkret der hinterlegten Geldsumme) hatte. Der *status* eines Peregrinen (auf den der Deportierte herabgestuft wurde) war also kein Hindernis. Dagegen fiel die Sache nach dem *ius civile* und dem *ordo gentium* (wegen der Konfiskation) dem Staat zu. Diese Entscheidung wird mit grosser Vorsicht formuliert (*magis*). Ausserdem war der Fall spezifisch. Generell bildete der *status* eines Peregrinen kein Hindernis, weder beim Vertragsabschluss noch bei der Erfüllung

---

175 R. REGGI, *o.c.*, S. 365.

176 M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 262 f.; R. REGGI, *o.c.*, S. 65, 340 ff., 365 ff., 380 ff.; W. W. BUCKLAND, *o.c.*, S. 343 ff., 347; G. DULCKEIT, *Erblasserwille und Erwerbswille ber Antretung der Erbschaft*, Weimar 1934, S. 9 ff., 26 ff.; G. GROSSO, *Usufrutto*, S. 206 ff.; W. KRÜGER, *o.c.*, S. 100, 112 f., 122.

177 Vgl. R. REGGI, *o.c.*, S. 394 ff.; *Studi Parmesi* 5 (1955), S. 255 ff. Zur Parteifähigkeit siehe R. REGGI, *o.c.*, S. 68 ff.; W. W. BUCKLAND, *o.c.*, S. 334 ff.

178 Näher zu diesem Text S. 324 ff.

und weder auf Seiten des Hinterlegers noch auf Seiten des Verwahrers.

4[179]. Sklaven werden als Parteien des Verwahrungsvertrages in zahlreichen Texten behandelt. Wesentlich geringer ist hingegen die Zahl der Quellen, die sich mit der Rolle der Hauskinder in diesem Rechtsverhältnis befassen. Fast durchweg sprechen sie vom *filius familias*[180]. Eine *filia familias*[181] und allgemein unter fremder Hausgewalt stehende Personen werden nur jeweils einmal erwähnt[182]. Das ist verständlich, weil der *filius familias* am häufigsten zu handeln pflegte, er insbesondere allein nach *ius civile* verpflichtungsfähig war[183].

a. Generell konnten die Hauskinder ein Schuldverhältnis auf der Gläubigerseite begründen[184], indem sie als Organ ihres Hausvaters handelten[185] und ihn dadurch in der Regel zum Gläubiger werden liessen[186]. Bei sich auf das *peculium castrense* und *quasi castrense* beziehenden Schuldverhältnissen wurde der

---

179 Dert Pakt. 4 erscheint auch in Festschrift A. Wacke.

180 Zur Aktivseite siehe D. 5,1,18,1; D. 16,3,19; D. 44,7,9; zur Passivseite siehe D. 15,1,38 pr.; D. 16,3,1,42; D. 16,3,21 pr.

181 D. 15,1,27 pr.

182 D. 16,3,1,42 (*qui sunt in potestate; per eum in cuius iure sunt*).

183 Siehe Anm. 217.

184 G. MANDRY, *o.c.*, Bd. I, S. 86 ff.; P. BONFANTE, *o.c.*, Bd. I, S. 91; S. PEROZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 429; E. SACHERS, RE XX, 1, s.v. *potestas patria*, Sp. 1142; M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 262, 343; R. ZIMMERMANN, *o.c.*, S. 51; siehe auch C. LONGO, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Milano 1934, S. 201 f.; G. LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*, Roma 1953, S. 126.

185 M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 262; W. KRÜGER, *o.c.*, S. 23; V. ARANGIO-RUIZ, *o.c.*, S. 476; M. TALAMANCA, *o.c.*, S. 121; R. ZIMMERMANN, *o c.*, S. 51 f.

186 W. KRÜGER, *o.c.*, S. 21 ff.; P. BONFANTE, *o.c.*, Bd. I, S. 91; V. ARANGIO-RUIZ, *o.c.*, S. 476; M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 262, 343; G. LONGO, *o.c.*, S. 126; E. SACHERS, *o.c.*, Sp. 1142.

Haussohn selbst zum Gläubiger[187]. Diese Grundsätze galten auch für das *depositum*. Insbesondere belegen einige Texte – wenn auch indirekt – die Hinterlegung der Sache durch einen Haussohn[188]. Die Notwendigkeit des *iussum* oder wenigstens der Kenntnis des Hausvaters von der Hinterlegung wird nicht erwähnt, was der allgemeinen Regel entsprach[189]. Kein Text informiert darüber, wessen Sachen das Hauskind hinterlegen durfte. Dies war überflüssig, denn nach der allgemeinen Regel konnten nicht nur dem Hauskind selbst – beim *peculium castrense* und *quasi castrense* – oder dessen *pater familias* gehörenden Sachen, sondern auch Sachen Dritter hinterlegt werden.

Zur Annahme der Rückgabe der hinterlegten Sache war nach allgemeinen Grundsätzen der Hausvater und das hinterlegende Hauskind legitimiert. Die Berechtigung des Hauskindes folgt insbesondere auch aus einer Analogie zum Sklaven: Da selbst der Sklave zur Rücknahme berechtigt war, musste dies um so mehr für das Hauskind gelten. Diese Regelung ist auch durch die Aktivilegitimation zur *actio depositi (directa)* belegt.

Ursprünglich waren die Hauskinder generell nicht parteifähig[190]. Erst mit der Zeit konnte der Haussohn – und nur er – in bestimmten Fällen gegen andere Personen klagen, was

---

187 P. BONFANTE, *o.c.*, Bd. I, S. 100 ff.; 104 ff.; M. KASER, *o c.*, Bd. I, S. 344; Bd. II, S.215 f.; V. ARANGIO-RUIZ, *o.c.*, S. 476; F. LA ROSA, *I peculii speciali in diritto romano*, Milano 1955, S. 95; B. LEHMANN, ANRW II, 14, S. 208.

188 D. 16,3,19; D. 44,7,9; vgl. auch D. 5,1,18,1.

189 G. ROTONDI, *o.c.*, Bd. II, S. 64 f.; vgl. M.KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 262; W. LITEWSKI, *Rzymskie prawo prywatne*, S. 156.

190 G. MANDRY, *o.c.*, Bd. I, S. 185; P. BONFANTE, *o.c.*, Bd. I, S. 96; M. KASER, SDHI 16 (1950), S. 67,70; M. KASER – K. HACKL, *o.c.*, S. 62, 205; L. WENGER, *Institutes*, S. 82 f.; G. PUGLIESE, *Il processo*, Bd. I, S. 238; Bd. II, 1, S. 282; W. LITEWSKI, *Rzymski proces cywilny*, S. 21, 40; C. LONGO, *o.c.*, S. 208 ff.

besonders auf die Autorität Julians zurückzuführen ist[191]. Zu diesen Fällen gehörte ausweislich: D. 44,7,9: D. 16,3,19 und D. 5,1,18,1 auch die Hinterlegung. Der von Paulus stammende erste Text lautet:

> *Paulus libro nono ad Sabinum. Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Iulianus putat.*

Zuerst gibt Paulus den allgemeinen Grundsatz an, nach dem der Haussohn keine Klage im eigenen Namen erheben durfte. Dann nennt er einige Ausnahmen, darunter auch die *actio depositi*. Paulus berief sich dabei auf die Meinung von Julian.

Gewisse Zweifel kann das genannte *interdictum quod vi aut clam* unter den *actiones* erwecken[192]. Dies muss aber nicht bedeuten, dass die justinianischen Kompilatoren eine inhaltliche Änderung vorgenommen haben[193]. Für uns ist die Erwähnung der *actio depositi* wichtig[194]. Der Verdacht einer Interpolation in diesem Bereich[195] ist willkürlich, und die Nennung auch der *actio*

---

191 P. BONFANTE, *o.c.*, Bd. I, S. 96 f. 114; W. W. BUCKLAND, *Text-Book*, S. 102; M. KASER, SDHI 16 (1950), S. 70 ff.; M. KASER – K. HACKL, *o.c.*, S. 205, 559; L. WENGER, *o.c.*, S. 82 f.; G. PUGLIESE, *o.c.*, Bd. II, 1, S. 286 ff.; W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 40, 82; E. SACHERS, *o.c.*, Sp. 1143; vgl. S. SOLAZZI, *Scritti di diritto romano*, Bd. I, Napoli 1955, S. 37 ff.; G. LONGO, *o.c.*, S. 128 (beide teilweise mit allzu radikaler Quellenkritik).

192 E. ALBERTARIO, ZSS 32 (1911), S. 314 Anm. 2; RISG 52 (1912), S. 28 und Anm. 2; vgl. auch S. SOLAZZI, *Scritti*, Bd. I, S. 57.

193 Vgl. G. PUGLIESE, *o.c.*, Bd. II, 1, S. 288.

194 Die Hypothese von E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, in *Enzyklopädie der Rechtswissemschft in systematischer Bearbeitung*, Bd. I, München – Leipzig – Berlin 1915, S. 415 Anm. 4, dass Paulus in der Wirklichkeit von der Fiduzia gesprochen habe, ist willkürlich.

195 Siehe z.B. G. MICOLIER, *o.c.*, S. 649 ff.; M. KASER, ZSS 54 (1934), S. 401 Anm. 2; SDHI 16 (1950), S. 71 (allerdings siehe auch S. 71 Anm. 57).

depositi wird heute allgemein als echt angesehen[196]. Wichtig ist die Mitteilung, dass der Sohn *suo nomine* handelte. Der Jurist wollte also präzis sein. Jedoch wird nicht erwähnt, dass es sich um eine *actio in factum* gehandelt habe[197] und dass die *actio depositi* dem Haussohn nur subsidiär, d.h. nur bei Verhinderung des *pater familias* – insbesondere bei dessen Abwesenheit – und dem Fehlen eines *procurator* zugestanden habe[198]. Es ist anzunehmen, dass der Haussohn nur dann die Klage hatte, wenn er selbst Hinterleger war, denn nur in diesem Fall wäre die Handlung *suo nomine* begründet, von welcher Paulus spricht.

Von demselben Juristen stammt trotz der irrigen Inskription D. 16,3,19[199].

> *Ulpianus* – richtig: *Paulus – libro septimo decimo ad edictum. Iulianus et Marcellus putant filium familias recte agere posse.*

Paulus beruft sich auf die Meinung von Julian und Marcellus, dass der Haussohn rechtmässig – *recte* – aus *depositum* habe klagen können[200]. Nicht erwähnt wird, dass es sich um die

---

196 Siehe z.B. G. PUGLIESE, *o.c.*, Bd. II, 1, S. 288; G. ROTONDI, *Scritti*, Bd. II, S. 65; S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 60; so schon C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano*, ser. II, Bd. II, Torino 1914, S. 260 Anm. 1; HECK, ZSS 10 (1889), S. 127 und Anm. 2.

197 Für diese Formel insbesondere G. ROTONDI, *o.c.*, Bd. II, S. 65 und G. PUGLIESE, *o.c.*, Bd. II, 1, S. 288. Der paulinische Text stammt aber aus dem Werk *ad Sabinum*, welches dem *ius civile* gewidmet ist.

198 Für die Subsidiarität z.B. S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 61; M. KASER, ZSS 54 (1934), S. 401; SDHI 16 (1950), S. 71 f.

199 O. LENEL, *Pal.*, Paulus 264 und Anm. 1; *Das ed. perp.*, S. 144 Anm. 6.

200 Manche Verfasser verdächtigen den Text; siehe G. MICOLIER, *o.c.*, S. 650 f.; M. KASER, *o.c.*, S. 71 f.; schliesslich aber für die Echtheit (M. KASER – K. HACKL, *o.c.*, S. 205 und Anm. 9). Diese Verdächtigungen sind willkürlich. Für die Echtheit sogar S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 56 f. Die Erwähnung von Julian und Marcellus ist ein überzeugender Beweis.

formula in factum gehandelt[201] und die *actio depositi* dem Haussohn subsidiär zugestanden habe[202]. Es ist anzunehmen, dass hier der Fall einer Hinterlegung durch den Haussohn selbst vorgelegen hat. Nach der Erklärung in Sch.1 *ad* Bas. 13,2,19 = SCHELTEMA, B II, S. 658 habe sich nicht um die *actio directa*, sondern um die *actio utilis* gehandelt. Hierauf deutet auch D. 5,1,18,1 hin:

> *Idem – Ulpianus – libro vicensimo tertio ad edictum. Si filius familias ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit velit experiri, ita demum permittimus ei agere, si non sit qui patris nomine agat. Nam et Iuliano placet, si filius familias legationis vel studiorum gratia aberit et vel furtum vel damnum iniuria passus sit: posse eum utili iudicio agere, ne dum pater exspectatur impunita sint maleficia, quia pater venturus non est, vel dum venit, se subtrahit is qui noxam commisit. Unde ego semper probavi, ut, si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili iudicio, forte depositum repetens vel mandati agens vel pecuniam quam credidit petens, si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel studiorum causa vel alia iusta ex causa agat: ne, si ei non dederimus actionem, futurum sit, ut impune fraudem patiatur et egestate Romae laboret viaticulo suo non recepto, quod ad sumptum pater ei destinaverat. Et finge senatorem esse filium familias qui patrem habet in provincia, nonne augetur utilitas per dignitatem?*

Der Text betrifft die Zulässigkeit der Klagen des Haussohnes. Zuerst wird von den Deliktsklagen gehandelt. Ulpian liess diese in dem Falle zu, dass die Klage dem Hausvater

---

201 Für diese Formel insbesondere G. ROTONDI, *o.c.*, Bd. II, S. 65; S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 57; G. PUGLIESE, *o.c.*, Bd II 1, S. 281 f.

202 Für die Subsidiarität z.B. S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 61; M. KASER, SDHI 16 (1950), S. 71 f. Vgl. auch Bas. 7,5,18 = SCHELTEMA, A I, S. 336 f. Anders G. PUGLIESE, *o.c.*, Bd. I, 1, S. 289.

zustand, wenn niemand – d.h. weder er selbst noch sein Prozessvertreter – anwesend war, der *in patris nomine* handeln würde. Die Klage des Haussohnes war hier also subsidiär. Dieser Teil des Textes erwähnt zutreffend, dass es sich um ein unmittelbar gegen den Haussohn gerichtetes Delikt – anders als in der später angeführten Meinung von Julian – gehandelt habe. Die Formulierung *aliqua noxa ex qua patri actio competit* spricht dafür, dass der Haussohn auch dann klagen durfte, wenn sich das Delikt nicht unmittelbar gegen ihn, sondern gegen seinen *pater familias* gerichtet hatte. Zur Unterstützung der angeführten Meinung beruft sich Ulpian auf Julian, der das *utile iudicium* dem als Gesandten oder studienhalber abwesenden Haussohn in dem Falle eines zu dessen Nachteil begangenen Diebstahls oder eines *damnum iniuria datum* zuerkannt hat. Dadurch sollte während der Wartezeit bis zur Rückkehr des Vaters eine Straflosigkeit der Verbrechen verhindert werden. In dem Satz: *quia pater … noxam commisit* ist von zwei möglichen Fällen die Rede: wenn der Vater überhaupt nicht eintraf oder der Täter verschwand. Die Echtheit dieser zusätzlichen Erklärung ist fraglich[203], aber dies ist für den Inhalt ohne Bedeutung.

Im weiteren Teil des Textes geht Ulpian zu Kontraktklagen über, wobei er hier dem Haussohn das *utile iudicium* zuerkennt. Der Inhalt betont ausdrücklich seine eigene Rolle mit den Worten: *unde ego semper probavi*[204]. Der weitere Abschnitt: *forte depositum repetens … agat*, nennt drei konkrete den Kontrakt betreffende Fälle, wie die hier interessierende Hinterlegung, den Auftrag und das Darlehen. Betont wird auch die Subsidiarität der

---

203 F. EISELE, ZSS 11 (1890), S. 16; G. VON BESELER, *Beiträge*, Bd. II, S. 4; E. RABEL, *Grundzüge*, S. 415 Anm. 4; siehe auch *Index interp.*, *ad h.l.*

204 P. DE FRANCISCI, *o.c.*, Bd. II, Pavia 1916, S. 418 f. verdächtigt unter anderem das Wort "*unde*" wegen des mangelnden kausalen Zusammenhangs zwischen dem *utile iudicium* bei Kontrakten und den bei Delikten geltenden Regeln. Möglicherweise ging es aber hier dem Juristen um den Zusammenhang bezüglich des *utile iudicium*.

Klage des Haussohns in dem konkreten Falle, dass der Vater in der Provinz und der Sohn studienhalber oder aus einer anderen gerechtfertigen Ursache in Rom weilt[205]. Der ganze Abschnitt: *forte depositum repetens ... agat*, ist aus formalen Gründen – z.B. dreimalige Bemutzung des Wortes "*forte*" – als Interpolation verdächtig[206]. Dieser Verdacht erscheint aber im Lichte der heutigen Quellenkritik nicht als hinreichend. Die Subsidiarität der Klagen, die schon in der Anfangsaussage von Ulpian und der von ihm zitierten Meinung von Julian erwähnt wird, erweckt keine inhaltlichen Bedenken. Vor allem fällt auf, dass schon Julian das Beispiel der studienbedingten Abwesenheit anführt, weshalb dessen Wiederholung in der eigenen Aussage von Ulpian nicht als verwunderlich erscheint. Auch die Angabe von Beispielen konkreter Kontrakte ist im Lichte der unmittelbar zuvor angegebenen generellen Zulässigkeit des *utile iudicium* des Haussohnes *ex contractu* verständlich. Insbesondere kann hier die Erwähnung des *depositum* nicht verwundern, das im Zusammenhang mit dem Haussohn auch in anderen bereits oben genannten texten von Paulus begegnet (D. 16,3,19; D. 44,7,9). Aber selbst bei Annahme einer Interpolation änderte sich die Rechtslage inhaltlich nicht.

D. 44,7,9 handelt von den Klagen des Haussohnes – darunter der *actio depositi* –, die dem Haussohne *suo nomine* zustanden. So ist auch D.16,3,19 zu verstehen. In beiden Texten ist die Meinung von Julian – von Marcellus zusätzlich nach D. 16,3,19 eingeteilt – eingeführt. Obwohl keiner der beiden Texte die *formula in factum* erwähnt, wird im allgemeinen

---

205 Der letzte Abschnitt: *nam si ... per dignitatem* hat keine wesentliche Bedeutung für unsere Frage (d.h. der *actio depositi* des Haussohnes).

206 Siehe vor allem F. EISELE, ZSS 11 (1890), S. 16; zustimmend G. VON BESELER, *Beiträge*, Bd. II, S. 4; E. RABEL, *o.c.*, S. 415 Anm. 4; P. DE FRANCISCI, *o.c.*, Bd. II, S. 418; S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 54; vgl. auch G. ROTONDI, *o.c.*, Bd. II, S.67 Anm. 1; G. PUGLIESE, *o.c.*, Bd. II, 1, S. 289.

angenommen, diese sei hier gemeint[207]. Dafür sprechen zwei Argumente. Zum einen waren alle anderen Klagen des Haussohnes prätorisch. Zum anderen wird in D. 44,7,13 die Möglichkeit der Erhebung von *actiones in factum* durch den Haussohn anerkannt (*in factum actiones etiam filii familias possunt exercere*), was aber nicht im Sinne einer allgemeinen Zulässigkeit dieser Klagen zu verstehen ist[208]. Die Subsidiarität gegenüber der *actio depositi* des Hausvaters war offenbar kein Zulässigkeitserfordernis[209]. Die beiden Texte schweigen nämlich hierzu, anders als beim *utile iudicium* nach D. 5,1,18,1 wie auch bei der *actio iniuriarum*[210]. Der Umstand, dass der Haussohn die Klage *suo nomine* erhob, weist darauf hin, dass er, und nicht sein *pater familias*, der Hinterleger war.

D. 5,1,18,1 spricht vom *utile iudicium*[211]. Der *filius familias* erhob es nicht *suo nomine*, sondern subsidiär zur Klage seines Hausvaters. Dies war folglich die Klage des Vaters, die ausnahmsweise vom *filius familias* erhoben werden durfte[212]; er handelte dann *patris nomine*[213]. Bei der Hinterlegung war die subsidiäre Klage in den Fällen zuständig, in denen nicht der Haussohn sondern sein Vater oder der Sklave des Vaters der Hinterleger war. War der Haussohn selbst Hinterleger, stand diesem die *actio directa* (*suo nomine*) zu.

---

207 Siehe z.B. S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 57; G. ROTONDI, *o.c.*, Bd. II, S. 66; G. PUGLIESE, *o.c.*, Bd. II, 1, S. 288.

208 S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 56 f.; zustimmend G. PUGLIESE, *o.c.*, Bd.II, 1, S. 288.

209 So G. PUGLIESE, *o.c.*, Bd. II, 1, S. 287; anders M. KASER, SDHI 16 (1950), S. 71 f.

210 O. LENEL, Das *ed. perp.*, S. 402 f.; G. MANDRY, *o.c.*, Bd. I, S. 266; G. PUGLIESE, *o.c.*, Bd. II, 1, S. 286 f.; M. KASER, *o.c.*, S. 70.

211 Vgl. Bas. 7,5,18 = SCHELTEMA, A. I, S. 336 f.

212 So richtig G. PUGLIESE, *o.c.*, Bd. II, 1, S. 289 und die in Anm. 24 zitierte Literatur; siehe auch G. MANDRY, *o.c.*, Bd. I, S. 200 ff.; E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona 1974, S. 153; anders G. ROTONDI, *o.c.*, Bd. II, S. 66 f.

213 Anders S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 55, 61.

Es fehlt an Quellen zum Schicksal einer Klage *suo nomine* aus einer vom Haussohn vorgenommen Hinterlegung im Falle einer Emanzipation des Sohnes[214]. Es ist aber anzunehmmen, diese habe ihm – dem Hinterleger[215] – aus ähnlichen Gründen wie bei der *actio iniuriarum* zugestanden[216].

b. Nach *ius civile* konnte sich nur der Haussohn verpflichten[217]. Zwar konnte man aus diesen Geschäften gegen ihn klagen, aber wegen der Unterwerfung unter die väterliche Gewalt aus einem obsiegenden Urteil nicht vollstrecken[218]. Im Laufe der Zeit entwickelte sich aber die prätorische Haftung des Hausvaters für die Obligationen der Hauskinder im Rahmen der *actiones adiecticiae qualitatis*[219].

Diesen allgemeinen Grundsätzen entsprach auch die Regelung beim *depositum*. Insbesondere belegen einige Texte die Annahme einiger Sachen zur Verwahrung durch den Haussohn[220]. Für das justinianische Recht liegt auch eine

---

214 Siehe G. MANDRY, *o.c.*, Bd. I, S. 267 f.

215 Anders G. MANDRY, *o.c.*, Bd. I, S. 268.

216 D. 47,10,17,22. Siehe G. MANDRY, *o.c.*, Bd. I, S. 267 f.

217 P. BONFANTE, *o.c.*, Bd. I, S. 92 ff.; S. PEROZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 428 f.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, Bd. I, S. 330, 343, 605; SDHI 16 (1950), S. 67,70; W. W. BUCKLAND, *o.c.*, S. 102; G. PUGLIESE, *Istituzioni*, S. 381; M. TALAMANCA, *o.c.*, S. 122; E. SACHERS, *o.c.*, Sp. 1145 f.; C. LONGO, *o.c.*, S. 222 ff.; S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 1 ff.

218 P. BONFANTE, *o.c.*, Bd. I, S. 94 f.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, Bd. I, S. 330, 343, 605; M. KASER – K. HACKL, *o.c.*, S. 206, 550; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, S. 576; G. PUGLIESE, *o.c.*, S. 381 f.; *Il processo*, Bd. II, 1, S. 282 ff.; M. TALAMANCA, *o.c.*, S. 122; W. LITEWSKI, *Rzymski proces cywilny*, S. 21, 40, 82; E. SACHERS, *o.c.*, Sp. 1146 f.; G. LONGO, *o.c.*, S. 137 (mit allzu radikaler Quellenkritik); C. LONGO, *o.c.*, S. 235 ff.; vgl. S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 1 ff. (teilweise zu radikal).

219 M. KASER, *Das römische Privatrecht*, Bd. I, S. 605 ff.; M. KASER – K. HACKL, *o.c.*, S. 205 f.; G. PUGLIESE, *o.c.*, Bd. II, 1, S. 250 ff.; M. TALAMANCA, *o.c.*, S. 85 ff., 121; C. LONGO, *o.c.*, S. 215 f.; E. SACHERS, *o.c.*, Sp. 1147 f.

220 D. 15,1,5 pr.; 38 pr.; D. 16,3,1, 42; D. 16,3,21 pr.

Information bezüglich der Haustochter vor[221]. Der älteste den *filiusfamilias* betreffende Text stammt von Afrikan:

> *D. 15,1,38 pr. Africanus libro octavo quaestionum. Deposui apud filium familias decem et ago depositi de peculio, quamvis nihil patri filius debeat et haec decem teneat, nihilo magis tamen patrem damnandum existimavit, si nullum praeterea peculium sit: hanc enim pecuniam, cum mea maneat, non esse peculii. Denique quolibet alio agente de peculio minime dubitandum ait computari non oportere. Itaque ad exhibendum agere me et exhibitam vindicare debere.*

Schon der ursprüngliche Kontext betraf die *actio de peculio* und *de in rem verso*[222]. Im dargestellten Sachverhalt hat jemand 10 beim Haussohn hinterlegt und dann eine Klage *de peculio* aus dieser Hinterlegung – gegen den Hausvater – erhoben[223], obwohl der Haussohn dem Vater nichts schuldig war und er jene 10 bei sich hatte. Afrikan führt dann die Meinung Julians an[224], nach der der Vater – sc. *de peculio* – nicht zu verurteilen gewesen sei, wenn er ausserdem kein *peculium* gegeben habe. Das genannte Geld war nämlich das Eigentum des Hinterlegers und ging nicht in das *peculium* ein. Es bestand auch kein Zweifel, dass dieses Geld im Falle einer Klage *de peculio* eines Dritten nicht zu berücksichtigen gewesen wäre. Dem Hinterleger blieb die *actio ad exhibendum* und sodann die *rei vindicatio*.

---

221 D. 15,1,27 pr. Der echte Wortlaut sprach von *fiducia* statt *depositum* und *commodatum* (siehe oben Anm. 152).

222 O. LENEL, *Pal.*, Africanus 89.

223 M. MARRONE. Annali Palermo 26 (1957), S. 328 Anm. 120.

224 Darauf weisen "*existimavit*" und "*ait*" hin. Siehe F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, S. 29 ff.; M. MARRONE, *o.c.*, S. 327.

Der Sachverhalt betraf die reguläre Verwahrung des Geldes, weil das Eigentum beim Hinterleger blieb[225]. Die Entscheidung von Julian hatte also eine allgemeine Bedeutung und bezog sich überhaupt auf die Hinterlegung (natürlich ausserhalb der irregulären Verwahrung). Dieser Jurist verneinte die *actio de peculio* nicht generell. Seine verneinende Ansicht im angeführten Fall ergab sich daraus, dass der Verwahrungsgegenstand nicht in das *peculium* einging, und ansonsten ein *peculium* nicht vorhanden war. Folglich hätte man bei Vorhandensein irgendeines vermögenswerten *peculium* die *actio de peculio* aus Verwahrung erheben können. Ausserdem könnte der Hinterleger die *actio ad exhibendum* und dann die *rei vindicatio* erheben.

Die Passivlegitimation des Hausvaters bei der Verwahrung im Rahmen der *actio de peculio* ist auch von Ulpian belegt[226]. Weiterhin ist D. 16,3,1,42 anzuführen:

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Filium familias teneri depositi constat, quia et ceteris actionibus tenetur: sed et cum patre eius agi potest dumtaxat de peculio. Idem et in servo: nam cum domino agetur. Plane et Iulianus scripsit et nobis videtur, si eorum nomine qui sunt in potestate agatur, veniat in iudicium et si quid per eum in cuius iure sunt captus fraudatusque est, ut et dolus eorum veniat, non tantum ipsorum cum quibus contractum est.*

Nach Ulpian war bekannt, dass der Haussohn aus Verwahrung haftet, weil er auch aufgrund anderer Klagen gehaftet habe. Offensichtlich war die *actio depositi* gegen ihn ein Ausdruck der allgemeinen Regel. Ausserdem haftete sein *pater familias* in den Grenzen des *peculium*. Dann zieht Ulpian eine Parallele zum Sklaven, dessen Eigentümer verklagt wurde. Eine Klage gegen den Sklaven selbst kam mangels Parteifähigkeit

---

225 Anders bei irregulärer Verwahrung; siehe z.B. W. LITEWSKI, RIDA 21 (1974), S. 216, 227 ff.

226 D.15.1.5pr; dazu S. 273.

natürlich nicht in Frage. Im weiteren Teil führt Ulpian Julians Ansicht, die sich im allgemeinen auf die unter fremder Gewalt verbleibenden Personen bezog, zustimmend an. Den Haftungsgrund bildete nämlich nicht nur der *dolus* der Kontrahenten – d.h. der Verwahrer –, sondern auch derjenige ihrer Gewaltinhaber[227]. Das letztere hat Ulpian auch schon in D. 15,1,5 pr. angegeben[228].

Gegen den Text wurde eingewandt[229], das Wort *plane* habe oft byzantinische Entscheidungen und Traktate eingeführt, die Anwendung von Parallelen, insbesondere im Bereich des Wesens der Peculiarklage, habe zum justinianischen Repertoire gehört, ferner wurde auf die Benutzung von *veniat* statt *venire*, sowie auf die im Satz *ut et … contractum est* enthaltene Wiederholung verwiesen. Fast alle Einwände sind willkürlich und haben darüber hinaus formalen Charakter, weshalb sie im Lichte der gegenwärtigen Quellenkritik nicht für begründet anzusehen sind[230]. Insbesondere hat der Vergleich der Legitimation des Sklaveneigentümers mit derjenigen des Hausvaters bei der *actio de peculio* seine volle inhaltliche Berechtigung. Das Wort *nobis* im Satze et *nobis videtur*[231] konnte den *pluralis maiestaticus* des als starker Charakter bekannten Ulpian bilden. Selbst wenn wir diese Formulierung Justinian zuschreiben, bedeutete das keine inhaltliche Änderung. Der Satz: *ut et … contractum est*, gibt einerseits eine gewisse Wiederholung, andererseits aber eine

---

227 Vgl. Bas. 13,2,1,42 = SCHELTEMA, A II, S. 724; Sch. 66-69 *ad Bas*. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 646 f.

228 Siehe S. 273.

229 G. VON BESELER, *Beiträge*, Bd. III, Tübingen 1913, S. 46 f. (zustimmend O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, S. 294 Anm. 2.); B. BIONDI, *Annali Palermo* 10 (1925), S. 50; BIDR 32 (1922), S. 65 Anm. 4; M. PAMPALONI, AG 55 (1895) S. 509.

230 Für die Echtheit schon HECK, ZSS 10 (1889), S. 131 f.; siehe auch G. ROTONDI, *o.c.*, Bd. II, S. 21 Anm. 1, S. 148; P. OERTMANN, *o.c.*, S. 46.

231 G. VON BESELER, *o.c.*, Bd. III, S. 46; M. PAMPALONI, *o.c.*, S. 509.

umfassendere Darstellung des Problems. Der Satz: *quia et ceteris actionibus tenetur*[232], weist darauf hin, dass die Haftung des Haussohnes bei der Verwahrung Ausdruck einer allgemeineren Regel war. Selbst die Annahme von gewissen formalen Mängeln hat aber keine Inhaltsänderungen zur Folge[233].

Nach der allgemeinen Regel hatte die Haustochter keine Parteifähigkeit. Für ihre Verbindlichkeiten haftete jedoch ihr Vater im Rahmen der prätorischen *actiones adiecticiae*. Bei der Verwaltung ist das unmittelbar für das justinianische Recht in D. 15,1,27 pr. belegt. Diese Stelle betraf ursprünglich die *fiducia*[234].

D. 16,3,21 pr. betrifft die Haftung im Falle der Emanzipation des Hausohnes:

> *Idem (Paulus) libro sexagensimo ad edictum. Si apud filium familias res deposita sit et emancipatus rem teneat, pater nec intra annum de peculio debet conveniri, sed ipse filius.*

Eine Sache wurde beim Haussohn hinterlegt, der später emanzipiert wurde. Der Sohn hatte diese Sache weiterhin bei sich. Bekanntlich erfolgte durch die *emancipatio* die *capitis deminutio*, aber der Prätor erteilte den Gläubigern Klagen gegen Haussöhne im Rahmen des *beneficium competentiae*[235] wie auch die *actio de peculio annalis* gegen den Vater oder dessen Erben[236]. Paulus erklärt aber im angeführten Text, wenn der Haussohn die Sache bei sich hatte, konnte nur der Sohn

---

232 B. BIONDI, Annali Palermo 10 (1925), S. 50.

233 So schon O. LENEL, *o.c.*, S. 294 Anm. 2.

234 Anm. 152.

235 Siehe z.B. W. LITEWSKI, *Studi E. Volterra*, Bd. III, Milano 1971, S. 534 ff.; J. GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht*, Göttingen 1986, S. 22 ff. (dazu W. LITEWSKI, ZSS 104 (1987), S. 787); S. SERANGELI, *"Abstenti", "beneficium competentiae" e codificazione dell'editto*, Ancona 1989, S. 11 f.

236 Siehe z.B. O. LENEL, *o.c.*, S. 277; S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 109 ff.

Beklagter sein, und der Vater haftete nicht auf Grund der *actio de peculio annalis*[237]. Hierbei ist an die Bedeutung des Umstands zu erinnern, dass der Haussohn die verwahrte Sache weiterhin bei sich hatte. Dasselbe Element trat auch im Falle der Haftung eines freigelassenen Sklaven auf[238]. Der Text bestätigt indirekt, dass vor der Emanzipation dem Gläubiger die *actio de peculio* gegen den Hausvater zugestanden hat.

Bei der Verwahrung ist hiernach die Haftung des Haussohnes selbst[239] – auch nach der Emanzipation[240] – und des Hausvaters aufgrund der *actio de peculio* ausdrücklich in den Quellen belegt[241]. Dies entsprach übrigens allgemeinen Regeln[242]. Die Quellen nennen keine anderen *actiones adiecticiae qualitatis*. Dies ist vor allem deswegen verständlich, weil die *actio institoria* und die *actio exercitoria* in Handelsbeziehungen vorkamen und dort eine unentgeltliche Verwahrung praktisch nie in Frage kam. Auch die *actio de in rem verso* entfiel, weil der Hinterleger Eigentümer der Sache blieb, der Vater sich hierbei also nicht bereichern konnte. Zur Annahme in die Verwahrung war das *iussum* des Hausvaters nich nötig und es wurde deswegen sicher selten angewandt. Auf die *actio quod iussu* war der Hinterleger nicht besonders angewiesen, stand ihm doch in der Regel eine *rei vindicatio* zur Verfügung.

5.a. Kein die Hinterlegung betreffender Text erwähnt den Verschwender. Offensichtlich galten hier die allgemeinen Regeln ähnlich wie bei Geisteskranken. Eine Quelle, nämlich

---

237 So auch nach Bas. 13,2,21 = SCHELTEMA, A II, S. 728 und Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,21 = SCHELTEMA, B II, S. 659.

238 S. 263 ff.

239 D. 16,3,1,42; D. 16,3,21 pr.

240 D. 16,3,21 pr.

241 D. 15,1,5 pr.; D. 16,3,1,42; zum justinianischen Recht bezüglich der Haustochter D. 15,1,27 pr.; mittelbar ergibt sich dies auch aus D. 15,1,38 pr. und D. 16,3,21 pr.

242 D. 16,3,1,42 bestätigt dies ausdrücklich (*quia et ceteribus actionibus tenetur*).

D. 16,31,14 erwähnt die Geisteskrankheit[243]. Es handelte sich im speziellen Fall darum, dass diese bei einem Verwahrer zum Ausbruch kam. Es wird betont, dass trotz des fehlenden *dolus* des Verwahrers sein Bürge u.a. eben dann haftete, wenn der Depositar geisteskrank geworden war. Aus dem Text resultiert eindeutig, dass der Verwahrer im Moment des Vertragsschlusses geistesgesund gewesen war. Seine spätere Krankheit schliesst die Haftung des Bürgen nicht aus.

Auch für Frauen gibt es keine spezielle Regelung bei der Verwahrung. Von der Haustochter und der Sklavin spricht D. 15,1,27 pr., das erst im justinianischen Recht die Hinterlegung und die Leihe (an Stelle der ursprünglichen *fiducia*[244]) erwähnt. Diese Frauen durften die Sache zur Verwahrung nehmen, aber sie konnten aus Mangel an Parteifähigkeit nicht belangt werden. Dagegen konnte ein Haussohn geklagt werden, aber die Vollstreckung gegen ihn war ausgeschlossen. Es gab aber die Haftung des Hausvaters und des Sklaveneigentümers im Rahmen der prätorischen *actiones adiecticiae qualitatis*. Was die Frauen anbetrifft, ist das bei der Hinterlegung für das justinianische Recht eben in D. 15,1,27 pr. indirekt belegt.

In D. 16,3,27 tritt Seia als Erbin des Hinterlegers auf[245]. Ihr stand die *actio de peculio* gegen den Sklaveneigentümer als Verwahrer auf die Rückgabe der hinterlegten Sache zu. Dies stimmte mit der allgemeinen Parteifähigkeit der Frauen im Kognitions- [246] und im Formularverfahren überein, wo aber beim *iudicium legitimum* eine *auctoritas tutoris* notwendig war [247].

---

243 Näher zu diesem Text S. 303 ff.

244 Anm. 152.

245 Näher zu diesem text S. 270 ff.

246 M. KASER – K. HACKL, *o.c.*, S. 483, 559; W. LITEWSKI, *Rzymski proces cywilny*, S. 82.

247 M. KASER – K. HACKL, *o.c.*, S. 206; G. PUGLIESE, *Il processo*, Bd. II, 1, S. 297 ff.

b. Das Alter hatte generell Einfluss auf die Handlungsfähigkeit, darunter auch beim Hinterlegungsvertrag. Insbesondere waren *infantes* ganz unfähig[248]. Dies war so offensichtlich, dass kein Text diese Regel unmittelbar im Zusammenhang mit der Verwahrung formuliert. Indirekt folgt sie aber aus D. 16 3,1,15, wo die Rede ist von der Haftung aus der *actio depositi* für *dolus* im Falle der Hinterlegung einer Sache bei einem Pupillen, der schon *doli capax* war. Es handelte sich selbstverständlich nicht um einem *infans*, der den Vertrag nicht gültig schliessen konnte und daher nicht haftete. Ausserdem felhte ihm auch die Prozessfähigkeit[249].

Kein Text erwähnt die Hinterlegung einer Sache durch einen *impubes infantia maior*. Die Gültigkeit eines solchen Vertrags unterliegt aber keinem Zweifel, weil er Rechtsakte, die seine Stellung verbesserten, selbständig tätigen konnte[250]. Dazu gehörte auch die Hinterlegung, die die Entstehung einer Forderung bewirkte. Wir besitzen dagegen einige Texte, die die Annahme zur Hinterlegung durch einen *impubes infantia maior* erwähnen[251]. Bedenken werden im Schrifttum vor allem zu D. 16,3,1,15 geäussert.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur, quaeritur. Sed probari oportet, si apud doli mali iam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit: nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum et si dolus non intervenit.*

---

248 Siehe z.B. S. PEROZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 462; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, S. 176; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, Bd. I, S. 275; Bd. II, S. 116.

249 M. KASER – K. HACKL, *o.c.*, S. 62, 206 f.; G. PUGLIESE, *o.c.*, Bd. I, S. 240; Bd. II, 1, S. 301 f.; W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 21, 40, 82.

250 Siehe z.B. M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 275 f.; Bd. II, S. 116 f.; F. SCHULZ, *o.c.*, S. 176; S. PEROZZI, *o.c.* Bd. I, S. 463.

251 D. 16,3,1, §§ 14, 15; D. 46,1,2.

Zuerst wird die Frage gestellt (*quaeritur*!), ob die *actio depositi* erteilt wird gegen einen Pupillen, bei dem Sachen ohne Zustimmung des Vormunds (*auctoritas tutoris*) hinterlegt wurden. Ulpian bejaht, wenn die Sache bei einem *doli capax* hinterlegt wurde und derselbe einen *dolus* begangen hatte. Seine Meinung begründet der Jurist damit, dass im Falle der Haftung in den Grenzen einer Bereicherung eine *actio* gegen den Pupillen auch dann gegeben wird, wenn kein *dolus* vorlag[252].

Mir der Frage der Hinterlegung beim *infans* befasst sich der Text überhaupt nicht. Zuerst spricht Ulpian von der Hinterlegung beim Pupillen ohne *auctoritas tutoris*. Es handelte sich also um einen *impubes infantia maior*. Dann erwähnt der Jurist die Hinterlegung beim *doli capax*. Auch im letzten Satz handelt es sich nicht um Hinterlegung bei einer Person, die nicht *doli capax* war, sondern um den Fall fehlenden *dolus* im Zusammenhang mit der Haftung wegen nicht zurückgegebener hinterlegter Sachen[253]. Übrigens wäre die Hinterlegung einer Sache bei einem *infans* gans unpraktisch gewesen und könnte lediglich ein Schulbeispiel bilden[254].

Die Worte "*Sed probari oportet*" lassen erkennen, dass davor im Originaltext noch eine andere Antwort gegeben wurde, als die überlieferte im erhaltenen Text, welche die *actio depositi* gegen den *doli capax*, der einen *dolus* begangen hatte, anerkennt[255]. Der ausgelassene Satz enthielt also eine verneinende Antwort. Diese stimmte mit der allgemeinen Regel überein, nach der man den Pupillen wegen eines von ihm geschlossenen Vertrags, der seine Lage (durch Begründung einer Verpflichtung)

---

252 Vgl. die gekürzte Fassung in Bas. 13,2,1,15 = SCHELTEMA, A II, S. 722.

253 So richtig L. LABRUNA, *Rescriptum divi Pii. Gli atti del pupillo sine tutoris auctoritate*, Napoli 1962, S. 120 ff., insbesondere gegen H. NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht. Der Ursprung der Haftungsbefreiung durch Wegfall der Bereicherung*, Weimar 1953, S. 94 f.

254 Vgl. H. NIEDERLÄNDER, *o c*., S. 94 f.

255 Vgl. M. KASER, ZSS 70 (1953), S. 174 und Anm. 16.

verschlechterte, nicht klagen konnte, wenn die Zustimmung des Vormunds fehlte[256], Diesen Satz haben die Kompilatoren ausgelassen, weil sie eine andere, von Ulpian gebilligte Antwort vertraten.

Der Schlussteil des § 15 (*nam et … fin.*) betrifft ebenfalls die Hinterlegung beim *doli capax* ohne Zustimmung des Vormunds. Des Pupill haftete im Rahmen der Bereicherung, und zwar aufgrund eines Reskripts des Kaisers Antoninus Pius[257]. Ulpian zufolge war das auch dann der Fall, wenn ein *dolus* des Pupillen nicht vorlag. Diese Norm wird im Text als feststehend angeführt, weil sie als Argument für die bejahende Entscheidung einer anderen, zweifelhaften Frage (d.h. der Zulässigkeit der *actio depositi* auf das Ganze im Falle eines *dolus* des Pupillen) dient. Das Absehen von einem *dolus* bei der Haftung im Rahmen einer Bereicherung ist kein hinreichender Grund zur Annahme einer Interpolation[258]. Diese Regelung brauchte nicht von den Kompilatoren zu kommen, sondern konnte Ulpian als schon feststehend bekannt sein[259]. Dieser Jurist gibt im § 14[260] auch

---

256 Siehe z.B. S. PEROZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 463 f.; F. SCHULZ, *o.c.*, S. 176; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, Bd. I, S. 276; Bd. II, S. 117. Bei *impuberes alieni iuris* war *iussum patris* notwendig, wohl auch bei anderen Geschäften als beim Erbantritt (so M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 275 Anm. 11; anders S. PEROZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 464).

257 Statt aller L. LABRUNA, *o.c.*, S. 1 ff.

258 Siehe vor allem M. TALAMANCA, Labeo 10 (1964), S. 87 f.; zustimmend W. LITEWSKI, AG 190, 2 (1976), S. 29 Anm. 89. Anders insbesondere E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, Bd. IV, Milano 1946, S. 362; S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 523 f. Anm. 52; L. LABRUNA, *o.c.*, S. 117 ff.; F. WIEACKER, Iura 14 (1963), S. 318 f., 319 Anm. 23; vgl. M. KASER, ZSS 80 (1963), S. 498; siehe auch S. PEROZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 463 Anm. 1; E. ALBERTARIO, *Studi*, Bd. I, Milano 1933, S. 90 Anm. 1; H. SIBER, *Naturalis obligatio. Gedenkschrift für L. Mitteis*, Leipzig 1926, S. 36 Anm. 3.

259 H. SIBER, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, Leipzig 1907, S. 73 hält Ulpian selbst für den Autor dieser Entscheidung. Dies ist möglich, obwohl Ulpian sich im allgemeinen

andere Haftungsfälle ohne *dolus* des Verwahrers an. So haftet etwa der Bürge, schon nach dem von Ulpian zitierten Labeo, auch ohne *dolus* des Verwahrers, wenn die Sache sich beim Verwahrer befindet. Als einer der Fälle wird auch die Verwahrung beim Pupillen genannt.

Der § 15 handelt im allgemeinen von dem fehlenden *dolus* und erwähnt nicht, dass die *culpa lata*, für die (neben *dolus*) der Verwahrer im justinianischen Recht haftete, in Frage kam. Die allgemeine Formulierung von dem Fehlen des *dolus* weist nicht darauf hin, dass die Haftung hier bis zur Haftung für *culpa lata* gesteigert war, sondern keine Schuld erforderlich war. Die Bereicherung selbst genügte, wie im § 14, die Tatsache selbst, dass die Sache sich beim Verwahrer befand. So gibt es hier eine Parallele zwischen dem Innehaben der Sache beim Verwahrer und dessen Bereicherung[261].

Die eigentliche Entscheidung der aufgestellten Frage beginnt mit den Worten: "*sed probari oportet*". Danach sollte die *actio depositi* erteilt werden, wenn die Sache (sc. ohne *auctoritas tutoris*) beim *doli capax* hinterlegt wurde und derselbe einen *dolus* begangen hatte. Bekanntlich bildete *dolus* im vorjustinianischen Recht das Mass der Verwahrerhaftung[262], und daher ist dessen Erwähnung ganz verständlich. Der allgemeinen Regel nach wäre die *actio depositi* im Falle der fehlenden *auctoritas tutoris* ausgeschlossen. Der Text befürwortet aber eine andere Entscheidung, und daher ergab sich für Ulpian die Notwendigkeit einer speziellen Begründung: wenn man in den

---

ausdrücklich als den Autor seiner Entscheidungen darstellt (regelmässig in der ersten Person, z.B. *puto*, *arbitror*).

260 Näher zu diesem Text S. 303ff, 314ff.

261 Ein konkretes Beispiel der Bereicherung des Verwahrers in Sch. 27 *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 641. Siehe auch H. NIEDERLÄNDER, *o.c.*, S. 94; M. TALAMANCA, *o.c.*, S. 87.

262 W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 3 ff. und die dort zitierte Literatur.

Bereicherungsgrenzen auch ohne *dolus* haftete, so ist auch die Klage (sc. aufs Ganze) im Falle des *dolus* zu erteilen. Die Gewährung der *actio depositi* trotz der fehlenden *auctoritas tutoris* bildete eine Neuerung. Dies allein reicht zur Annahme einer Interpolation nicht aus[263]. Schon das Wort "*quaeritur*" betont, dass das aufgestellte Problem Bedenken erweckte, d.h. dass zumindest die Möglichkeit der Abweichung von der allgemeinen Regel erwogen wurde. Die ganze weitere Ausführung von Ulpian spricht für die Echtheit der Entscheidung, darunter auch die Worte "*sed probari oportet*"[264]. Der Text entstammt dem Kommentar Ulpians zur *formula in factum*[265]. Die Formeln *in factum conceptae* waren strenger als die Formeln *in ius* (besonders als die Formeln mit *bona-fides*- Klausel). Daher passte die Formel *in factum* bei der *actio depositi* besser zu einem strengen Schutz des Hinterlegers, u.a. durch die ihm erteilte *actio depositi* trotz der fehlenden Zustimmung des Vormunds an der Seite des Verwahrers – des Pupillen. Obwohl die *actio depositi in factum* keine Deliktsklage war, wurden auf sie aber bisweilen die Regeln angewendet, die für Delikte u.a. hinsichtlich der Haftung galten[266]. Eben D. 16,3,1,15 bildet ein Beispiel. Für dessen Echtheit spricht die pönale Genese des Hinterlegungsschutzes[267].

Ein *pupillus* wird von Ulpian kurz auch im Schlussteil des § 14[268] gelegentlich der Haftung des Bürgen erwähnt. Der von

---

263 Anders S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 523 f. Anm. 52; E. ALBERTARIO, *Studi*, Bd. I, S.90 Anm. 1; Bd. IV, S. 362; L. LABRUNA, *o.c.*, S. 118, 122 ff.

264 "Sachlich nicht anzugreifen" nach M. KASER, ZSS 70 (1953), S. 174 und Anm. 16.

265 O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 891.

266 Richtig M. TALAMANCA, Labeo 10 (1964), S. 88.

267 H. NIEDERLÄNDER, *o.c.*, S. 95; zustimmend M. KASER, ZSS 80 (1963), S. 498 f. Der pönale Ursprung der *actio depositi* ist im romanistichen Schrifttum allgemein anerkannt (ausser R. EVANS-JONES); siehe R. ZIMMERMANN, *o.c.*, S. 206 und Anm. 144.

268 Näher zu diesem Teil des Textes S. 314 ff.

Ulpian zitierte Labeo erkannte die volle Haftung des Bürgen (*omnimodo*) nicht nur im Falle eines *dolus* des Verwahrers an, sondern auch ohne dessen Verschulden, wenn die Sache sich beim Verwahrer befand. Unter den drei genennten Beispielen ist der *pupillus* genannt. Es handelte sich hier also um einen Kontrakt, der mit einem Pupillen abgeschlossen worden war, welchem die Nichtrückgabe der hinterlegten Sache nicht als *dolus* angerechnet wurde, obwohl er diese bei sich hatte. Das Fehlen des *dolus* ergab sich daraus, dass es sich beim Verwahrer um einen Pupillen handelte. Offensichtlich fehlte ihm noch die Fähigkeit, die Unrechtsmässigkeit seines Benehmens zu erkennen. Hier galten dieselben Regeln wie bei der Delikthaftung, was die Basiliken bestätigen[269]. Dies verwundert nicht angesichts Herkunft des Textes aus dem Kommentar Ulpians zur *formula in factum concepta*[270] und angesichts der bereits oben erwähnten pönalen Genese des Hinterlegungsschutzes[271].

Auch D. 46,1,2 erwähnt die Bürgschaft bei der Hinterlegung[272]. Pomponius spricht zuerst von der Zulässigkeit der *fideiussio* bei der Leihe und der Hinterlegung. Dann bemerkt er, dass der Bürge hafte, obwohl die Sache bei einem Sklaven oder einem Pupillen hinterlegt (oder diesen Personen geliehen) wurde. Verlangt wird aber das Verschulden der Hauptschuldner, insbesondere *dolus* des Verwahrers.

Das Wort "*etiamsi*" weist darauf hin, dass die Qualifikation des Schuldners als Sklaven oder Pupillen ein Hindernis bei der Geltendmachung gegen sie bildete. Daher gab es Zweifel bezüglich der Haftung des Bürgen im Hinblick auf die Akzessorietät der Bürgschaft. Die Verbindlichkeit des Sklaven ist eine *naturalis obligatio* und kann mit Klage nicht geltend gemacht werden. Ausserdem ist der Sklave parteiunfähig. Im Falle des

---

269 Sch. 15 *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 675.

270 O. LENEL, *Pal*., Ulpianus 890.

271 Anm. 266.

272 Näher zu diesem Text S. 311 ff.

Eingehens von Verbindlichkeiten durch einen Pupillen ohne *auctoritas tutoris* ist die Klage gegen ihn ausgeschlossen, so auch die Klage aus Verwahrung (und Leihe). Eine andere (übrigens kontroverse) Ansicht vertritt erst Ulpian[273], und man kann annehmen, dass diese Pomponius noch nicht bekannt war. Ausserdem hing die Prozessfähigkeit des *impubes infantia maior* von der *auctoritas tutoris* ab[274]. Selbst also im Falle der Hinterlegung beim Pupillen mit der Zustimmung von dessen Vormund konnte die gerichtliche Geltendmachung der Forderung auf Schwierigkeiten stossen. D. 46,1,2 spricht sich nicht unmittelbar über die Haftung des Pupillen selbst aus. Jedenfalls unterliegt es keinem Zweifel, dass man im Rahmen der allgemeinen Regeln eine Sache bei ihm hinterlegen konnte. Es ist anzunehmen, dass diese auch bezüglich seiner Haftung galten.

Der nachfolgende Text ist von Papinian.

> D. 26,9,3. *Papinianus libro vicesimo quaestionum. Dolus tutorum puero neque nocere neque prodesse debet: quod autem vulgo dicitur tutoris dolum pupillo non nocere, tunc verum est, cum ex illius fraude locupletior pupillus factus non est. Quare merito Sabinus tributoria actione pupillum conveniendum ex dolo tutoris existimavit, scilicet si per iniquam distributionem pupilli rationibus favit. Quod in depositi quoque actione dicendum est, item hereditatis petitione, si modo, quod tutoris dolo desiit, pupilli rationibus illatum probetur.*

Zuerst gibt der Jurist den Grundsatz an, der *dolus* des Vormunds dürfe den Kindern (unter seiner Vormundschaft) weder Nachteile noch Vorteile bringen. Dann schränkt der Satz: *quod autem … factus non est*, die übliche (*vulgo*) Aussage, dass der *dolus* des Vormunds dem Pupillen nicht schade, erheblich

---

273 D. 16,3,1,15; näher dazu S. 219 ff.

274 G. PUGLIESE, *o.c.*, Bd. I, S. 239 f.; Bd. II, 1, S. 300 f.; M. KASER – K. HACKL, *o.c.*, S.62, 206, 559; W. LITEWSKI, *Rzymski proces cywilny*, S. 21, 40, 82.

ein: Dies entsprache nur dann der Wahrheit, wenn der Pupill aus Arglist (*fraus*) des Vormunds nicht bereichert wurde. Anschliessend führt Papinian die von ihm gebilligte Antwort von Sabinus an, dass der Pupill aufgrund eines *dolus* des Vormunds mit der *actio tributoria* belangt werden kann, wenn durch eine unrechtmässige Verteilung der Pupill bereichert wurde[275]. Papinian stellt u.a. fest, dasselbe sei von der *actio depositi* und von der *hereditatis petitio* zu sagen, wenn der wegen des *dolus* des Vormunds entstandene Abgang im Vermögen des Pupillen als Zuwachs zu Buche schlage (er also daraus bereichert wurde[276]).

Bestimmte Bedenken können durch den Satz: *quod autem … factus non est* entstehen[277], die aber von keiner wesentlichen Bedeutung für unsere Frage sind. Ausserdem ist der Text als echt anzusehen[278]. Inhaltlich ist er unbedenklich. Dies trifft vor allem für die am Anfang angegebene Regel zu, dass der *dolus* des Vormunds den sich in seiner Vormundschaft befindenden Personen weder schaden noch nützen dürfe. Diese Regel ist auch durch andere Texte belegt. Es trifft aber auch zu für die Haftung

---

275 Die Worte "*pupilli rationibus favit*" bedeuten die Bereicherung des Pupills. So richtig insbesondere H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, Bd. II, Berlin 1928, S. 317 Anm. 17; H. NIEDERLÄNDER, *o.c.*, S.135.

276 Siehe die in Anm. 275 zitierte Literatur.

277 Siehe vor allem H. NIEDERLÄNDER, *o.c.*, S. 134 f.; vgl. auch H. SIBER, *o.c.*, Bd. II, S. 317 Anm. 17; E. ALBERTARIO, *Studi*, Bd. IV, Milano 1946, S. 329. Die radikale Textkritik von E. ALBERTARIO, *o.c.*, Bd. IV, S. 329 ist willkürlich und entspricht nicht mehr den Prinzipien der heutigen Quellenkritik. Für die Echtheit sogar S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 507, 518 f., 522 f.; siehe auch H. NIEDERLÄNDER, *o.c.*, S. 134 f., der nur den Satz: *quod autem … factus non est* verdächtigt.

278 Siehe vor allem S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 505 ff., insbesondere gegen F. SCHULZ, ZSS 27 (1906), S. 125 ff.

des Pupillen im Falle des *dolus* des Vormunds[279]. Echt sind auch die im Text angegebenen Beispiele, beginnend mit der von Labeo angeführten *actio tributoria*, bei der der *dolus* des Vormunds in einer unrichtigen Verteilung der *merx peculiaris* bestand, woraus der Pupill bereichert wurde. Es gibt auch keinen Grund zur Verdächtigung der *hereditatis petitio*, besonders weil der Text dem Teil des Werks von Papinian über Erbrecht entstammt[280]. Das Wort "*item*" weist darauf hin, dass die genannte *hereditatis petito* ein weiteres Beispiel nach der zuvor genannten *actio depositi* bildete. Offensichtlich ist, dass in Ermangelung einer Haftung des Pupillen dieser durch seine Bereicherung Nutzen aus dem *dolus* des Vormunds davontragen würde, was der zu Anfang des Fragments angegebenen allgemeinen Regel widerspräche.

Das angeführte Beispiel mit der *actio tributoria* betrifft die Haftung bei unrichtiger Verteilung der *merx peculiaris* und ist keine Konsequenz aus dem Vertragsabschluss[281]. Bei der *hereditatis petitio* und der *actio depositi* bewirkte der *dolus* des Vormunds eine den Pupillen bereichernde Verminderung des Erbteils bzw. die Nichtrückgabe der hinterlegten Sache[282].

Papinian äussert sich nicht über den Abschluss des Verwahrungskontrakts, insbesondere bezüglich dessen, ob dieser vom Vormund oder vom Pupillen abgeschlossen wurde. Bekanntlich stand dem Gläubiger, wenn der Vormund in eine Verbindlichkeit für den Pupillen einging, im klassischen Recht neben der Klage gegen den Vormund auch die *actio utilis* oder die *actio de in rem verso* gegen den Pupillen zu, aber nur im Falle von dessen *infantia* oder Abwesenheit, wenn das Handeln des

---

279 S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 506 ff.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, Bd. I, S. 361 Anm, 10; H. NIEDERLÄNDER, *o.c.*, S. 129 ff.; M. TALAMANCA, AG 146 (1954), S. 66 ff.; E. SACHERS, RE VII A, s.v. *tutela*, Sp. 1574.

280 O. LENEL, *Pal.*, Papinianus 291.

281 Vgl. S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 518 f.

282 Siehe S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 222 f.

Vormunds notwendig gewesen war[283]. Wenn der Pupill selbst eine Sache ohne *auctoritas tutoris* zur Verwahrung annahm, haftete er im Prinzip nicht. Wie oben gesehen, anerkannte Ulpian aber die Haftung des Pupillen im Rahmen der Bereicherung sogar bei Nichtvorliegen eines *dolus* an. Diese Regel stelle er als unbestritten dar. Bestimmt war sie auch dem nur wenig älteren Papinian bekannt. Ganz gültig und wirksam war die Annahme zur Verwahrung mit Zustimmung des Vormunds[284].

Es fehlt an Texten von der Hinterlegung durch einen *minor*. Anzunehmen ist, dass hier die allgemeinen Regeln galten. Von dem Fall einer Annahme zur Verwahrung durch einen Minderjährigen ist in D. 4,4,9,2 die Rede.

> *Ulpianus libro undecimo ad edictum. Nunc videndum minoribus utrum in contractibus captis dumtaxat subveniatur, an etiam delinquentibus: ut puta dolo aliquid minor fecit in re deposita vel commodata vel alias in contractu, an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit? Et placet in delictis minoribus non subveniri, nec hic itaque subvenietur. Nam et si furtum fecit vel damnum inuria dedit, non ei subvenietur. Sed si, cum ex damno dato confiteri possit, ne dupli teneatur, maluit negare: in hoc solum restituendus sit, ut pro confesso habeatur. Ergo et si potuit pro fure damnum decidere magis quam actionem dupli vel quadrupli pati, ei subvenietur.*

Der Text betrifft unmittelbar die *in integrum restitutio*, und bildet insbesondere einen Teil des Kommentars zu den Worten des Edikts "*gestum esse dicetur*"[285]. Zuerst stellt Ulpian die Frage auf, ob nur bei für den *minor* nachteiligen Kontrakten oder auch

---

283 S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 454 ff.; S. PEROZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 491 f. Anm. 5; E. SACHERS, *o.c.*, Sp. 1569, 1573; M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 361 Anm. 10.

284 Nach S. SOLAZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 523 betrifft der papinianische Text nur diesen Fall.

285 O. LENEL, *Pal.*, Bd. II, S. 473 Anm. 1.

bei Delikten die einem *minor* zur Last fielen zu helfen war. Als Beispiel des letzteren Falles ist der *dolus* des *minor* hinsichtlich einer hinterlegten oder geliehenen Sache oder ein von ihm auf eine andere Weise bei einem Kontrakt begangener *dolus* angegeben. Die Frage einer ihm zu leistenden Hilfe stellt sich nämlich dann, wenn er nicht (aus dem Delikt) bereichert wurde (*si nihil ad eum pervenit*). Laut Ulpian war anerkannt, dass man den Minderjährigen bei Delikten keine Hilfe leistete, daher gilt dies auch hier (*nec hic itaque subvenietur*). Der Jurist gibt dann eine weitere Begründung: man gewährte nämlich dem *minor* auch in dem Falle keine Hilfe, wenn er einen Diebstahl oder ein *damnum iniuria datum* begangen hatte. Der weitere Teil des Textes: *Sed si ... ei subvenietur* betrifft einen anderen Fall und ist für die uns hier interessierende Frage belanglos.

Es gibt keinen Grund zur Verdächtigung des ersten Satzes (*Nunc videndum ... delinquentibus*), weil er die Fragestellung enthält. Insbesondere ist die Benutzung des Wortes "*captis*" (in der Wendung "*in contractibus captis*") verständlich. Die Übervorteilung eines Minderjährigen spielte immer bei seinem Schutz eine wichtige Rolle beginnend schon mit der *lex Laetoria*[286]. Sie hatte auch im Falle des Abschlusses eines Rechtsaktes unter Beteiligung des Kurators eine wesentliche Bedeutung. Dann durfte der *minor* die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur unter der Veraussetzung verlangen, dass er betrogen worden war. Diese Feststellung ist u.a. im Reskript von Alexander Serverus (C. 2,24,2) enthalten. Das Wort "*placuit*" betont, dass es keine durch diesses Reskript eingeführte Neuerung war. Anzunehmen ist also, dass die in C. 2,24,2 angegebene Regel auch Ulpian bekannt war[287]. Bei dieser Sachlage sind die Verdächtigung des Wortes "*captis*" und im

---

286 Siehe z.B. M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 276 f.; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, S. 191.

287 Siehe A. KRÄNZLEIN, *Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte* (*Gedächtnisschrift für R. Schmidt*), Berlin 1966, S. 393 ff.

Zusammenhang damit die Hervorhebung des Mangels an einer präzisen Antithese der Kontrakte und Delikte unbegründet[288].

Viele Vorbehalte erweckt im Schrifttum der folgende Satz (*ut puta ... ad eum pervenit*)[289], und zwar vor allem deswegen, weil der *dolus* beim Kontrakt (insbesondere bei der Leihe und der Hinterlegung) als Beispiel eines Deliktes angegeben wurde. Dies ist aber als Überbleibsel der deliktischen Wurzeln der Hinterlegung[290] und (höchstwahrscheinlich) auch der Leihe zu erklären, obwohl eine deliktische Herkunft der *actio commodati* nicht erkennbar ist[291]. Nicht ausgeschlossen ist übrigens, dass die Erwähnung der *actio commodati* von den Kompilatoren, wie mehrmals in anderen Quellen, hinzugefügt worden ist[292]. Für uns hat dies jedenfalls keine grössere Bedeutung. Als ein formaler Mangel wurde im verdächtigen Satz die Verwendung von "*minor*" im Singular beanstandet, während "*minores*" im Plural zu Anfang des Textes und im Satz "*et placet ... subvenietur*" auftraten[293]. Diese Änderung hatte aber einen guten Geund. Die den Plural verwendenden Abschnitte enthielten nämlich allgemeine Formulierungen und der zentrale Satz ein konkretes Beispiel, in dem, wie im weiteren Text (von den Worten "*nam et*") der Singular ganz in Ordnung war[294].

Ulpian antwortete verneinend auf die eingangs gestellte grundsätzliche Frage einer *in integrum restitutio* bei Delikten von Minderjährigen: *et placet in delictis minoribus non subveniri*. Der

---

288 Entgegen P. DE FRANCISCI, *o.c.*, Bd. II, S. 413 Anm. 2 (vgl. allerdings S. 431).

289 Siehe z.B. G. ROTONDI, *o.c.*, Bd. II, S. 390; P. DE FRANCISCI, *o.c.*, Bd. II, S. 413 Anm. 2, S. 431 f.; E. ALBERTARIO, *o.c.*, Bd. III, Milano 1936, S. 165; vgl. H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, S. 72.

290 Siehe oben Anm. 267.

291 M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 533.

292 Die Worte "*vel alias in contractu*" sind interpoliert; siehe *Index interp.*, *ad h.l.*

293 E. ALBERTARIO, *o.c.*, Bd. III, S. 165.

294 Der Verdacht der Worte "*ut puta*" ist im Lichte der heutigen Quellenkritik unhaltbar.

nächste Satz: *nec hic tamen itaque subvenietur* bezieht sich auf das angeführte Beispiel mit der Hinterlegung und der Leihe; auch er enthält eine verneinende Entscheidung. Dieser Zusammenhang beider Sätze unterstützt die These von deren Echtheit[295].

Für das uns interessierende Problem bestätigt der Text D. 4,4,9,2 in Übereinstimmung mit der allgemeinen Regel[296] die Gültigkeit der zur-Verwahrung-Annahme durch Minderjährige (auch ohne Zustimmung des Kurators), denen aber eine *in integrum restitutio* im Falle ihrer Benachteiligung beim Vertragsabschluss zustand[297]. Die Worte: *si nihil ad eum pervenit* verbinden sich mit dem Erfordernis der *laesio*. Hatte sich nämlich der minderjährige Verwahrer oder Kommodatar durch seinen (unentgeltlichen) Vertrag bereichert, war er nicht geschädigt, und die Unzulässigkeit der *in integrum restitutio* wäre unbestritten gewesen. Dieses Rechtsmittel stand dem minderjährigen Depositar und Entleiher nicht zu, wenn sie einen *dolus* anlässlich der Vertragserfüllung begangen hatten[298].

6. Bestimmte Texte verbinden sich mit der Frage der Vertretung durch Personen *sui iuris*. Zu beginnen ist mit dem Text von Ulpian D. 16,3,1,14.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Idem Pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere, an possum tecum depositi experiri. Et ait, si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem: si vero suaseris mihi, ut magis apud eum*

---

295 Deswegen sind Beanstandungen auch des Satzes: *nec hic itaque subvvenietur* unbegründet, insbesondere gegen H. SIBER, *o.c.*, S. 72, G. VON BESELER, *Beiträge*, Bd.III, S. 105; P. DE FRANCISCI, *o.c.*, Bd. II, S. 413 Anm. 2, S. 431.

296 M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 276 f.; Bd. II, S. 117 ff., 235 f. und die dort zitierte Literatur.

297 Siehe H. SIBER, *o.c.*, S. 72.

298 Siehe H. SIBER, *o.c.*, S. 72.

> *deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est: nec mandati teneris, quia rem meam gessi. Sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video ...*

Im ersten Teil (*Idem Pomponius ... rem meam gessi*) berichtet Ulpian über die Ansicht des Pomponius. Der von letzterem analysierte Fall stellt sich folgendermassen dar: Eine Person wollte eine Sache bei einer anderen Person hinterlegen, aber diese gab das *iussum*, die Sache bei ihrem Freigelassenen zu hinterlegen. Die aufgeworfene Frage betraf die Zulässigkeit der *actio depositi* gegen den Patron. Der gerne mit Unterscheidungen arbeitende Pomponius verwendet in seiner Antwort diese Methode. Erfolgte die Hinterlegung im Namen des Patrons, d.h. so als ob er selbst die Sache in seiner Obhut hätte, stand gegen ihn die Klage aus Hinterlegung zu. Hatte er dagegen bloss den Rat erteilt, die Sache eher bei seinem Freigelassenen zu hinterlegen, gab es gegen den Patron keine Klage, sondern die *actio depositi* gegen den *libertus*. Der Patron haftete auch nicht aufgrund der *actio mandati*, weil der Hinterleger sein eigenes Geschäft betrieb.

Der angeführte Teil des Textes ist als echt anzusehen. Insbesondere gibt es keinen Grund, seine inhaltliche Echtheit in Frage zu stellen[299]. Die Unzulässigkeit der *actio mandati* im Falle des *suadere* stimmt mit anderen Texten überein, nach denen der erteilte Rat kein Mandat bildete, sondern ein Fall eines ungültigen Mandats im Interesse des Mandatars war[300]. Dies ist zusätzlich durch die Begründung: *quia rem meam gessi*, bestätigt[301]. Unzulässig war die *actio depositi* gegen den Beratenden. Dies

---

299 Siehe W. LITEWSKI, BIDR 78 (1975), S. 219 f.; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano 1976, S. 124 und Anm. 55.

300 A. LAST, Annali Palermo 15 (1936), S. 254 ff.; W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 239 f.; G. GANDOLFI, *o.c.*, S. 125.

301 Siehe W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 220.

ergibt sich aus der Feststellung, dass gegen ihn keine *actio* zustand. Anerkannt wurde natürlich die *actio depositi* gegen den Freigelassenen, der die Sache zur Verwahrung angenommem hatte.

Die Hinterlegung der Sache bei einem Freigelassenen in Anlehnung an das *iussum* und im Namen des Patrons war gleichbedeutend als hätte der letztere die Sache verwahrt. Deswegen haftete er aufgrund der *actio depositi*. Abweichend von der Regel[302] haben wir hier einen Fall der zulässigen Vertretung durch eine Person *sui iuris* beim Eingehen von Verbindlichkeiten. Ihre Anerkennung durch Pomponius ist mit der verhältnismässig niedrigen sozialen[303] und rechtlichen Stellung der Freigelassenen (besonders wegen der Patronatsgewalt ihrer Freilasser[304]) zu erklären. Auch in bestimmten anderen Fällen (z.B. *institor*) liess man die Haftung des Geschäftsherrn für Rechtsakte bestimmter von anderen Person abhängiger Personen *sui iuris* (z.B. *procurator*) niedrigen sozialen Status zu[305].

Der zweite Teil des Textes (*Sed si mandasti ... non video*) stammt unmittelbar von Ulpian, worauf der Übergang von der dritten Person (d.h. Pomponius) auf die erste hinweist. Und auch hier gibt es keinen Grund zur Annahme einer Interpolation[306]. Ulpian anerkennt, wenn auch vorsichtig, die Gültigkeit des Auftrags zur Hinterlegung bei einer dritten Person auf Gefahr

---

302 L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, München – Leipzig 1935, S. 214; M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 264.

303 M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 296.

304 Siehe z.B. P. BONFANTE, *o.c.*, Bd. I, S. 172 ff.; S. PEROZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 273 ff.; S. TREGGIARI, *Roman Freedmen during the Late Republic*, Oxford 1969, 68 ff., 81 ff.; A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford 1967, S. 226 ff.

305 Siehe z.B. L. MITTEIS, *o.c.*, S. 227; M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 264; Bd. II, S. 103, 104.

306 Siehe W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 220.

(*periculum*) des Auftraggebers. Dies konnte Zweifel erwecken, weil das ein Mandat im Interesse des Mandatars war, was in der Regel die Ungültigkeit des Kontrakts bewirkte. Hier war es aber ausnahmsweise anders, weil die Parteien nicht ein tatsächliches, sondern ein rechtliches Verhältnis abschliessen wollten, worauf die Übernahme des Risikos durch den Auftraggeber hinweist[307].

Auch in anderen Quellen beruft sich Ulpian auf Pomponius.

> D.16,3,1,13. *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Idem Pomponius quaerit, si tibi mandavero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati an depositi tenearis. Et magis probat mandati esse actionem, quia hic est primus contractus.*

Eine Person beauftragte einen anderen die Sache zu bewachen, die er von einem Dritten im Namen der ersten Person erhalten hat. Dies wurde in die Tat umgesetzt. Die von Pomponius gestellte Frage betraf die Anwendbarkeit der *actio mandati* oder der *actio depositi*. Der Jurist spricht sich für die Klage aus Auftrag im Hinblick auf dessen chronologischen Vorrang aus[308].

Die zitierte Begründung erweckte Bedenken bei einigen Romanisten[309]. Die angeführten Argumente reichen aber aus heutiger Sicht nicht aus und bilden eigentlich eine *petitio principii*[310]. Aus dem Text folgt, dass es das Hauptinteresse war,

---

307 W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 220. Anders C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Il mandato*, Bd. I, Catania 1947, S. 76; zustimmend G. GANDOLFI, *o.c.*, S. 125.

308 Siehe auch Bas. 13,2,1,13 = SCHELTEMA, A II, S. 721; Sch. 12 *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 674; vgl. Sch. 24 (Anonymos) *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II S. 641.

309 V. ARANGIO-RUIZ, *Annuario dell'Università di Messina* 1913-1914, S. 48 Anm. 1; P. DE FRANCISCI, *o.c.*, Bd, II, S. 433; C. LONGO, *Il deposito*, S. 28 f. ; C. A. MASCHI, *La categoria*, S. 290.

310 So die Anfechtung des sich auf die Chronologie stützenden Arguments von Pomponius (so P. DE FRANCISCI, *o.c.*, Bd. II, S. 433; C. LONGO, *o.c.*, S. 28 f.)

die Sache zu bewachen (*custodire*), was dem Wesen der Verwahrung entsprach. Aus diesem Grunde erwog Pomponius die *actio depositi*. Letzten Endes sprach er sich aber vorsichtig (*et magis probat)* für die *actio mandati* aus, weil der Auftrag *primus contractus* war. Für uns ist wichtig, dass es der Gültigkeit nicht im Wege stand, wenn die Sache nicht vom Hinterleger selbst, sondern von einem Dritten in seinem Namen zur Aufbewahrung ausgefolgt wurde.

Einen etwas anderen Fall erörtert D. 16,3,1,11 dar.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. Et putat tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi: si tuo vero nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem praestabis mandati iudicio conventus.*

Jemand hat einen anderen gebeten, dieser möge seine Sache dem Titius zur Bewachung überbringen. Pomponius stellt die Frage, welche Klage der ersteren Person gegen die zweite zustehe. Die Antwort geht über diese Frage hinaus, weil sie auch die Klage gegen Titius betrifft. Eine Unterscheidung wird je nachdem gemacht, ob die Sache auf den Namen der ersten Person, was von dieser vorausgesetzt wurde, oder der zweiten übernommen wurde. In beiden Fällen stand die *actio mandati* der ersteren Person zu. Die grundsätzliche Bedeutung der oben erwähnten Distinktion bezog sich auf die Klage gegen Titius. Wurde die Sache im Namen der ersten Person (d.h. des

---

und die Behauptung (von V. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*), dass die Klassiker nie vom Kontrakt bei prätorischen Instituten sprechen. Doch war die Verwahrung ein Realkontrakt (mit *formula in factum*). D. 44,7,1,6 rechnet auch das *pignus*, welches nur dem Honorarrecht angehörte. Für die Echtheit G. GANDOLFI, *o.c.*, S. 121 ff.

Auftraggebers) zur Verwahrung angenommen, stand ihr die *actio depositi* zu. Wenn die Sache auf den Namen der letzteren Person (d.h. des Auftragnehmers) übernommen wurde, hatte diese die Klage aus Hinterlegung. Im letzteren Fall musste sie aber, wenn sie vom Auftraggeber mit der *actio mandati* beklagt wurde, diesem die *actio depositi* abtreten[311]. Nicht auszuschliessen ist, dass der zweite Teil der Antwort (*si vero ... conventus*) von Ulpian stammt, der eine Ergänzung zur Antwort von Pomponius (*et putat ... depositi*) einführte. Andererseits ist aber bekannt, dass der letztere Unterscheidungen liebte.

Für unsere Frage ist wichtig, dass man mit der Hinterlegung einer Sache eine andere Person beauftragen konnte. Wurde diese Sache im Namen des Auftraggebers übernommen, wurde deren Übernehmer zum Depositar im Verhältnis zu ihm[312].

Einen etwas komplizierteren Fall schildert D. 16,3,1,12.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Quod si rem tibi dedi, ut si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit, videndum est utrum depositi tantum an et mandati actio sit. Et Pomponius dubitat. Puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem.*

Jemand gab einer anderen Person eine Sache, damit diese dem Titius zur Verwahrung überbracht würde; doch wenn Titius sie nicht annähme, sollte sie von jener anderen Person aufbewahrt werden. Titius hatte diese Sache nicht übergenommen, also den Hinterlegungsvertrag nicht geschlossen. Die Frage war, ob nur die *actio depositi* oder auch die *actio mandati* anwendbar sei. Pomponius war im Zweifel. Mit dem für sich typischen "*puto*" spricht sich Ulpian selbst für die *actio mandati* aus. Der Auftrag sei nämlich das umfassendere

---

311 Vgl. Bas. 13,2,111 = SCHELTEMA, A II, S. 721; Sch. 21 und 22 (Cyrillus) *ad* Bas. 13, 2, 1 = SCHELTEMA, B II, S. 640 f.

312 Vgl. Sch. 21 und 22 (Cyrillus) *ad* Bas, 13,2,1 = SCHELTEMA, Bd. II, S. 640 f.

Geschäft, weil er auch die Vertragspflicht zur Bewahrung der Sache (*lex custodiae*) in sich enthalte.

Der überlieferte Wortlaut ist für echt zu halten[313]. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass der ursprüngliche Text umfangreicher war und Pomponius Antwort enthielt. Darauf kann das Wort "*tamen*" hinweisen. Dann wäre anzunehmen, dass Pomponius einer anderer Meinung als Ulpian gewesen ist und lediglich die *actio depositi* für anwendbar gehalten hat.

Der Text sagt nichts bezüglich der Klagen im Falle, dass Titius die Sache zur Verwahrung angenommen hätte. Dies war nicht nötig, weil ein solcher Fall schon im § 11 des zitieren Fragments dargestellt wurde[314].

Im § 12 ist die Gültigkeit des Auftrags zur Hinterlegung der Sache bei einem Dritten (hier Titius) belegt: Die Nichtannahme der Sache durch diesen konnte die Bedingung des Verwahrungsvertrags zwischen dem Geber und dem Beauftragten bilden.

Über einen speziellen Fall der Hinterkegung der Sache eines Mannes im Namen seiner Frau berichtet C. 5,16,6 pr. (Alexander Severus). Wie der Text betont, war dieser Vorgang nicht geeignet, einen Wechsel des Eigentums zu bewirken, insbesondere wegen des Verbots der Schenkungen zwischen Ehegatten. Bezüglich der Gültigkeit der Hinterlegung eigener Sachen in fremdem Namen spricht sich der Text nicht unmittelbar aus. Die Gültigkeit eines solchen Vertrags war bestimmt anerkannt, wenn sie nicht zur Rechtsumgehung diente. Sonst hätte der Kaiser vor allem seine Ungültigkeit hervorgehoben.

---

313 G. ROTONDI, *o.c.*, Bd. II, S. 218 Anm. 5 verdächtigt den Text, allerdings ohne Begründung. Noch radikaler C. A. MASCHI, *La categoria*, S. 289, aber ziemlich allgemein, ohne nähere Begründung. Für die Echtheit insbesondere G. GANDOLFI, *o.c.*, S. 119 f.

314 Siehe Sch. 22 (Cyrillus) *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 641.

Kein Text erwähnt die Hinterlegung durch Vertreter[315]. Das ist wegen generellen Verbots der Vertretung beim Erwerb von Forderung verständlich[316]. Anders war es dagegen bei der Rückgabe der hinterlegten Sache, was D. 16,3,13 pr. beweist.

> *Paulus libro trigensimo primo ad edictum. Si quis infitiatus sit non adversus dominum, sed quod eum qui rem depositam petebat verum procuratorem non putaret aut eius qui deposuisset heredem, nihil dolo malo fecit: postea autem si cognoverit, cum eo agi poterit, quoniam nunc incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult.*

Keinen *dolus* beging der Verwahrer, der nicht dem Eigentümer (sc. mit dem er den Vertrag abgeschlossen hatte), aber einem anderen die Rückgabe fordernden Person die Herausgabe verweigerte, weil er glaubte, diese sei nicht *verus procurator* oder Erbe des Hinterlegers gewesen. Anders war es, sobald er von ihrer Berechtigung Kenntnis hatte, weil er dann *dolo malo* zu handeln begann, wenn er die hinterlegte Sache nicht zurückgeben wollte[317].

Der Text ist (ausser dem für uns unwichtigen Wort "*verus*") klassisch[318]. Aus seinem Wortlaut folgt, dass der *procurator* (wie der Erbe) des Hinterlegers zur Abnahme der hinterlegten Sache und zur eventuellen Klageerhebung (übrigens in Überein-

---

315 Insbesondere auch D. 16,3,1,14.

316 L. MITTEIS, *o.c.*, Bd. I, S. 214, 216; M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 263; Bd. II, S.102. Zu den *actiones utiles* in bestimmten Fällen der mittelbaren Vertretung siehe L. MITTEIS, *o.c.*, Bd. I, S. 221 ff.; M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 263; Bd. II, S. 104.

317 Vgl. Bas. 11,2,13 = SCHELTEMA, A II, S. 727.

318 S. SOLAZZI, *Rendiconti del R. Istituto Lombardo di scienze e lettere* 57 (1924), S. 305 Anm. 1.

stimmung mit der allgemeinen bei der Obligationserfüllung geltenden Regel) berechtigt war[319].

7. Von der *fideiussio* bei der Hinterlegung sprechen unmittelbar einige Texte: D. 46,1,2; D. 16 3,1,14 und D. 16,3,30.

> D. 46,1,2. *Pomponius libro vicensimo secundo ad Sabinum. Et commodati et depositi fideiussor accipi potest et tenetur, etiamsi apud servum vel pupillum depositum commodatumve fuerit, sed ita demun, si aut dolo malo aut culpa hi fecerunt, pro quibus fideiussum est.*

Zuerst berichtet der Jurist, dass bei der Leihe und der Hinterlegung ein *fideiussor* angenommen werden konnte. Er haftete in diesen beiden Fällen, auch wenn der Hauptschuldner ein Sklave oder ein Pupill war. Gefordert wurde aber, dass der Hauptschuldner einen *dolus malus* oder eine Fahrlässigkeit (*culpa*) beging[320].

Der Text wurde mehrfach verdächtigt[321]. Trotzdem ist er im Ganzen als echt anzusehen. Bisweilen bezeichnete man ihn ohne eine nähere Begründung als verfälscht[322], was offensichttlich willkürlich ist. Die Hypothese von einem ursprünglichen Bezug auf die Fiduzia[323] ist durch keine Beweise unterstützt. Echt sind die Erwähnungen des *commodatum*, trotz der gegenteiligen Meinung vieler Verfasser[324]. Erstens wäre eine kompilatorische

---

319 S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Bd. I, II. Aufl., Napoli 1935, S. 54 ff.

320 Vgl. Bas. 26,1,1 = SCHELTEMA, A IV, S. 1241.

321 Siehe *Index interp.*, *ad h.l.*; auch W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen*, Weimar 1932, S. 78 f.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, Bd. I, Padova 1962, S. 48.

322 HECK, ZSS 10 (1889), S. 122 f.; S. PEROZZI, *o.c.*, Bd. II, S. 231 Anm. 1.

323 HECK, *o.c.*, S. 122 Anm. 4.

324 R. DE RUGGIERO, BIDR 19 (1907), S. 51 f.; G. SEGRÉ, *Studi P. Bonfante*, Bd. III, Roma 1930, S. 605 Anm. 311 (vorsichtig); F. EISELE, ZSS 13 (1892), S. 131;

Einfügung eher nach der ersten echten Erwähnung des *depositum* und nicht davor erfolgt. Zweitens ist im letzten Satz (*sed ita ... fideiussum est*) von der *culpa* die Rede, was zur Leihe und nicht zur Verwahrung passt. Bei der letzteren haftete der Verwahrer nur für den *dolus*. Drittens stand der Text von D. 46,1,2 ursprünglich im Zusammenhang mit der in D. 12,6,13 pr. enthaltenen Aussage von Pomponius. Diese beiden Texte entstammen dem Kommentar des Juristen über die *condictio*, die im Titel XVII des prätorischen Edikts: *De rebus creditis* geregelt war[325]. Dort befasste sich der Prätor auch mit der Leihe[326]. Die Anknüpfung an diesen Kontrakt in D. 46,1,2 war mithin sogar mehr begründet als die Bezugnahme auf die Verwahrung, die sich im prätorischen Edikt in einem anderen Titel fand (XIX: *De bonae fidei iudiciis*)[327]. Übrigens haben die Erwähnungen des c*ommodatum* für die hier interessierende Frage keine wesentliche Bedeutung.

Ich sehe auch keinen Grund zur Verdächtigung des Satzes: *et tenetur ... fuerit*. Natürlich wollte der Jurist nach der Angabe der allgemeinen Regel (d.h. Zulässigkeit der *fideiussio* bei der Leihe und der Hinterlegung) die Frage der Akzessorietät, die Bedenken erwecken konnte, klären, und zwar ob der Bürge haftete, wenn der Verwahrer oder Entleiher ein Sklave oder Pupill war[328]. Die Obligation des Sklaven war eine natürliche Verbindlichkeit und konnte nicht gerichtlich geltend gemacht werden. Von dem Fall des Sklaven spricht auch Pomponius in D. 12,6,13 pr., das im

---

W. FLUME, *o.c.*, S. 78 und Anm. 5; J. VÁŽNÝ, *Studi P. Bonfante*, Bd. IV, Roma 1930, S. 163 f.; G. ROTONDI, *o.c.*, Bd. II, S. 67.

325 O. LENEL, *Pal.*, Pomponius 689; siehe auch Paulus 1820.

326 O. LENEL, *Das edictum perpetum*, S. 252 ff.

327 O. LENEL, *o.c.*, S. 288 ff.

328 Deswegen ist die Verdächtigung der Worte "*et tenetur*" unbegründet; dies zu F. EISELE, *o.c.*, S. 131; R. DE RUGGIERO, *o.c.*, S. 51 f.; W. FLUME, *o.c.*, S. 78 und Anm. 5.

palingenetischen Zusammenhang mit unserem Text steht[329]. Dies untermauert die Echtheit der Information des D. 46,1,2 über den Sklaven. Sie bildet aber kein Argument gegen die Erwähnung des Pupillen[330], die inhaltlich gut begründet ist[331].

Mehrmals ist die Echtheit des Satzes *sed ita ... fideiussum est* bestritten worden[332]. Dieser enthält nicht nur eine "selbstverständliche Erläuterung"[333], sondern unterstreicht als notwendiges Erfordernis der Bürgenhaftung das Verschulden des Hauptschuldners (oder *custodia* bei der Leihe). Beim Verwahrer handelte es sich um *dolus*. Der Kommodatar haftete nur in bestimmten Sonderfällen im klasischen Recht bloss für *culpa*[334], und daher kann deren Erwähnung nicht echt sein. Anzunehmen ist, dass der ursprüngliche Text neben oder sogar statt der *culpa* die *custodia* nannte, die den üblichen Grad der Haftung des Entleihers bildete[335]. Für unser Problem ist das übrigens von keiner grösseren Bedeutung. Beim Bezug zweier Arten der Haftung (*dolus* und *culpa*) auf zwei verschiedene Kontrakte braucht man nicht eine Interpolation des ganzen Satzes anzunehmen. Anderenfalls wäre die Haftung des Depositars für *culpa* irreführend und zwar auch im justinianischen Recht, das neben dem *dolus* bei der Verwahrung nur die *culpa lata* berücksichtigte[336]. Ist schon ein Versehen im erhaltenen Text anzunehmen, so ist es nicht wahrscheinlich, dass die

---

329 Siehe Anm. 325. Vgl. J. VÁŽNÝ, *o.c.*, S. 163 f.

330 Dies zu J. VÁŽNÝ, *o.c.*, S. 163 f.; für die Interpolation der Worte "*vel pupillum*" auch W. FLUME, *o.c.*, S. 79.

331 Siehe oben S. 311 ff.

332 R. DE RUGGIERO, *o.c.*, S. 51 f.; HECK, *o.c.*, S. 122 f. Anm. 4 (nur als möglich); F. EISELE, *o.c.*, S. 131; E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassichen römischen Recht*, Bd. I, Berlin 1918, S. 285 Anm. 9; F. HAYMANN, ZSS 40 (1919), S. 248 Anm. 1; W. FLUME, *o.c.*, S. 79 und Anm. 5.

333 Wie W. FLUME, *o.c.*, S. 131 meint; siehe auch R. DE RUGGIERO, *o.c.*, S. 52.

334 D. 13,6,18 pr. und dazu M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 533 Anm. 4.

335 Dies zu E. LEVY, *o.c.*, Bd. I, S. 285 Anm. 9.

336 Statt aller siehe W. LITEWSKI, AG 190, 2 (1976), S. 40 ff.

justinianischen Kompilatoren von der *culpa* statt von der von ihnen selbst bei der Verwahrung eingeführten *culpa lata* sprachen. Daher ist der Satz *sed ita ... fideiussum est* im Prinzip als echt anzusehen[337], jedenfalls bezüglich der Verwahrung. Glaubhaft ist die kompilatorische Tilgung der *custodia*.

Das Problem der Akzessorietät der Bürgschaft bei der Hinterlegung betrifft auch D. 16,3,1,14 in seinem zweiten Teil.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum ... Plane si fideiussisti pro eo, Labeo omnimodo fideiussorem teneri ait, non tantum si dolo fecit is qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum. Quid enim si fureret is, apud quem depositum sit, vel pupillus sit, vel neque heres neque bonorum possessor neque successor eius exstaret? tenebitur ergo, ut id praestet, quod depositi actione praestari solet.*

Der von Ulpian zitierte Labeo meinte, dass der *fideiussor* immer, d.h. nicht nur im Falle des *dolus* des Verwahrers, sondern auch dann haftete, wenn dieser keinen *dolus* begangen, aber die Sache bei sich hatte. Dann werden in Form einer rhetorischen Frage drei konkrete Beispiele des letzteren Falles eingeführt: Geisteskrankheit des Verwahrers, dass er *pupillus* war und dass es keinen Erben (zivilen *heres*, prätorischen *bonorum possessor* oder *successor*) gab. Der Text endet mit der

---

337 So schon W. KALB, *Die Jagd nach Interpolationen in den Digesten*, Nürnberg 1897, S. 22; *Jahresbericht über die Fortschritte der klass. Altertumswissenschaft* 89 (1896), S. 252; vgl. G. ROTONDI, *o.c.*, Bd. II, S. 67. Das fehlende Objekt von "*fecerunt*" ist keine Interpolationindiz, weil es nicht nötig war. Wesentlich war *dolus* und *culpa* (auch *custodia* bei der Leihe). "*hi*" statt "*ei*" ist nur ein Schönheitsfehler. D. 16,3,1,14 *in fine* steht nicht im Widerspruch zu D.46,1,2, sondern enthält eine Neuerung Labeos, von welcher Pomponius schweigt. Vielleicht war er einer anderen Meinung, möglicherweise wollte er nur eine allgemeine Regelung darstellen.

Schlussfolgerung, der Bürge werde das leisten müssen, was aufgrund der *actio depositi* geleistet werden sollte[338].

Gegen die Echtheit des angeführten Teils von D. 16,3,1,14 wurden verschiedene Einwände erhoben. Einige waren ziemlich allgemein, wie z.B.(scheinbare) hellenistische Einflüsse[339]. Aber selbst, wenn zwischen der römischen und hellenistischen Bürgschaft bestimmte Konvergenzen eintraten, braucht das nicht vom Einfluss der letzteren auf die erstere, und umso weniger von einer Interpolation zu zeugen. Im ganzen Text ist eher die schöpferische Rolle der römischen Juristen, nämlich von Labeo, Pomponius (im ersten Teil des Textes) und Ulpian sichtbar.

Für echt ist insbesondere der Abschnitt: *Plane si fideiussisti ... apud eum* anzusehen. Das formale Argument allein, das auf Mängel der Syntax "*non tantum ... sed*" abhebt[340], kann nicht überzeugen. Die Haftung des Bürgen nicht nur im Falle des *dolus* des Hauptschuldners, sondern auch ohne dessen *dolus*, wenn sich die Sache beim Hauptschuldner (Verwahrer) befand, ist eine Neuerung von Labeo. Dies kann nicht verwundern, weil dieser Jurist wegen seiner innovatorischen Ideen bekannt war. Der Satz: *sed et si non fecit, est tamen res apud eum* passt zum Wort "*omnimodo*" sehr gut. Dieses erhält seinen konkreten Sinn[341].

Nachklassischer Herkunft verdächtigt hat man auch den Teil: *Quid enim ... exstaret*, der in Form einer rhetorischen Frage drei Fälle des fehlenden *dolus* beim Verwahrer anführt, wie auch der

---

338 Vgl. Bas 13,2,1,14 = SCHELTEMA, A II, S. 721; Sch. 26 (Cyrillus) *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 641.

339 J. PARTSCH, ZSS 44 (1924), S. 561; W. FLUME, *o.c.*, S. 78 und Anm. 1. Die allgemeine Verdächtigung bei H. SIBER, *Naturalis obligatio*, S. 12 Anm. 1.

340 S. RICCOBONO, ZSS 43 (1922), S. 311 Anm. 1; siehe auch *Archiv für Rechts- und Wirtschafsphilosophie* 16 (1922-1923), S. 513; G. SCADUTO, *Annali Palermo* 8 (1921) S. 32 ff.; zustimmend W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 29 und Anm. 91.

341 Dies insbesondere zu irrtümlichen Ausführungen von W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 28 ff.

letzte Satz: *tenebitur ergo ... praestari solet*[342]. Ein formeller Einwand betrifft den Subjektwechsel: nach "*si mandasti*" und "*si fideiussisti*" folgt "*tenebitur*". Dieses Argument überzeugt nicht. Nach dem die zweite Person verwendenden Teil des Textes wird die Meinung von Labeo angeführt, der die dritte Person verwendete. Im Zusammenhang damit konnte auch der an seine Aussage anknüpfende Ulpian die dritte Person verwenden.

Die genannten drei Beispiele des fehlenden *dolus* haben eine inhaltliche Begründung[343]. Dies ist im ersten Fall, d.h. im Falle der Geisteskrankheit ganz unzweifelhaft. Wie bereits oben erwähnt[344] handelte es sich auch beim Pupillen um die fehlenden Einsichtsfähigkeit in das Unrechtmässige seines Verhaltens. Bestimmte Bedenken erweckt der dritte Fall, d.h. das Nichtvorhandensein von *heres*, *bonorum possessor* oder *successor*. Dann lässt sich nämlich nicht sagen, die Sache habe sich beim Verwahrer befunden, worauf Labeo abstellt[345]. Ausserdem erweckt der Terminus "*successor*" neben *heres* und *bonorum possessor* Bedenken. Es ist anzunehmen, dass die zwei von mir zuletzt genannten Termini echt sind. Insbesondere ist es kaum wahrscheinlich, dass die justinianischen Kompilatoren eine Erwähnung des *bonorum possessor* eingeführt hätten. Dieser Terminus verbürgt im Gegenteil die grundsätzliche Echtheit des Beispiels, dass der Verwahrer keine Erben hinterlassen hat[346]. Dass es nicht voll übereinstimmt mit der Meinung Labeos, der von dem fehlenden *dolus* des Verwahrers handelt, obwohl sich die Sache bei ihm befand, ist damit zu erklären, dass der Satz:

---

342 B. BIONDI, *Scritti giuridici*, Bd. III, Milano 1964, S. 523; vgl. auch G. VON BESELER, *Beiträge*, Bd. I, S. 61 ff. (zur Redewendung "*quid enim si*"); W. FLUME, *o.c.*, S. 78; P. FREZZA,. *o.c.*, Bd. I, S. 47.

343 Vgl. R. FREZZA, *o.c.*, Bd. I, S. 47.

344 S. 291 ff.

345 Siehe W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 29 f.

346 Bas. 13,2,1,14 = SCHELTEMA, A II, S. 721 spricht allgemein nur vom Erben; so auch Sch. 26 (Cyrillus) *ad* Bas. 13,2,14 = SCHELTEMA, B II, S. 641.

"*quid enim si ... exstaret?*" nicht von Labeo, sondern von Ulpian stammt, der den Nachdruck auf die spezielle Haftung des Bürgen allein (trotz des fehlenden *dolus* des Verwahrers) legt. Natürlich ist von Ulpian auch der letzte Satz: *tenebitur ergo ... praestari solet*, der feststellt, der Bürge solle das leisten, was man aufgrund der *actio depositi* zu leisten pflege.

Der letzte Text über die Bürgschaft bei der Verwahrung ist von Neratius.

> D. 16,3,30. *Neratius libro primo responsorum. Si fideiussor pro te apud quem depositum est litis aestimatione damnatus sit, rem tuam fieri.*

Wenn der *fideiussor* des Verwahrers zur *litis aestimatio* verurteilt wird, wird damit die Sache zum Eigentum des Verwahrers[347]. Der Text ist echt[348]. Für uns bestätigt er neuerlich die Zulässigkeit der *fideiussio* bei der Hinterlegung. Im Schrifttum wird es vor allem im Zusammenhang mit der Enteignung durch die *litis aestimatio* herangezogen[349].

8. Generell war die Hinterlegung sowohl eigener wie auch fremder Sachen zulässig[350]. Zur Verwahrung konnte eine Sache nicht nur vom Eigentümer der Sache, sondern auch von deren Besitzer und selbst vom Inhaber gegeben werden. Der Hinterleger musste lediglich die materielle Verfügbarkeit der Sache haben[351]. Das genügte, weil der Verwahrer in der Regel

---

347 Vgl. Bas. 13,2,30 = SCHELTEMA, A II, S. 730 und Sch. 1 (Stephanus) *ad* Bas. 13,2,30 = SCHELTEMA, B II, S. 666.

348 M. KASER, ZSS 78 (1961), S. 214 Anm. 132; A. EHRHARDT, *Litis aestimatio im römischen Formularverfahren*, München – Berlin 1934, S. 147.

349 Siehe z.B. A. EHRHARDT, *o.c.*, S. 147; KASER, *o.c.*, S. 214 f.

350 Eine gegenseitige Hinterlegung war zulässig (siehe C. 4,34,11,1).

351 C. LONGO, *o.c.*, S. 13 f.; G. ROTONDI, *o.c.*, Bd. II, S. 64; G. ASTUTI, *o.c.*, S. 214.

lediglich die Innehabung der Sache erlangte[352]. Anders war es nur beim Sequester und bei der irregulären Verwahrung.

Die generelle Regel wird in Coll. 10,7,1 = PS 2,12,1 angegeben.

> *Deponere possumus apud alium id quod nostri iuris est vel alieni.*

In der Praxis hinterlegte die Sache am häufigsten ihr Eigentümer, der sich natürlich eines Sklaven oder anderer, besonders abhängiger Personen nach allgemeinen Grundsätzen bedienen konnte. Einige Texte erwähnen ausdrücklich die Hinterlegung eigener Sachen[353]. Auch Miteigentümer konnten das tun[354]. Anderseits sind Quellen zu finden, die von einer (zulässigen) Hinterlegung fremder Sachen handeln[355], darunter durch einen Verwahrer bei einer anderen Person (*subdepositum*)[356], und selbst durch einen Dieb[357], einen Räuber (*praedo*)[358] oder einen Banditen (*latro*)[359]. Auch bei der Sequesterhinterlegung einer strittigen Sache war zumindest einer der Deponenten kein Eigentümer der Sache.

Eine generelle Regel war, dass die Rückgabe der Sache dem Deponenten zustand. War er parteifähig, stand ihm die *actio depositi* zu, unbeachtet dessen, ob er Eigentümer der hinterlegten

---

352 G. ASTUTI, *o.c.*, S. 214; G. ROTONDI, *o.c.*, Bd. II, S. 59; C. LONGO, *o.c.*, S. 12 f.; F. BONIFACIO, NNDI V, s.v. deposito (diritto romano), S. 497.

353 Z.B. D. 16,3,1, §§ 11, 27; D. 16,3,13; Fr. Vat. 257 = D. 39,5,31,3; *arg. ex* C. 4,34,8 (wegen der *vindicatio nummorum*); zum *depositum sequestre* siehe D. 16,3,17,1.

354 D. 16,3,17 pr. (*res communis*). Zur Echtheit des Textes siehe W. LITEWSKI, *Studien*, S. 55 Anm. 38.

355 Z.B. D. 16,3,1 §§ 11, 27; C. 3,42,8.

356 Coll. 10,7,8 = PS 2,12,8; D. 16,3,16; D. 42,1,30,6.

357 D. 16,3,1,39; D. 16,3,11; D. 16,3,31,1.

358 D. 16,3,1,39; D. 16,3,31, 1; D. 5,1,64 pr.

359 D. 16,3,31,1.

Sache war, oder nicht. Mehrmals wird davon in Quellen (u.a. im bereits behandelten D. 16,3,1,11) gesprochen[360]. Nach dem von Ulpian zitierten Pomponius gab jemand einer anderen Person den Auftrag, seine Sache zu hinterlegen. Dieser machte es in seinem eigenen Namen. Infolgedessen hatte er die *actio depositi* gegen den Verwahrer. Dem Auftraggeber stand aber die *actio mandati* zu, mit der er von dem Auftragnehmer die Zession der *actio depositi* fordern konnte.

D. 16,3,1,39 spricht von der Hinterlegung durch einen Räuber oder Dieb.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Si praedo vel fur deposuerint, et hos Marcellus libro sexto digestorum putat recte depositi acturos: nam interest eorum eo, quod teneantur.*

Der Text entstammt dem Kommentar zum prätorischen Edikt, und zwar dem Teil. der sich nicht auf eine konkrete Formel der *actio depositi* (*in ius* oder *in factum*) bezieht[361]. Ulpian beruft sich auf die Meinung von Marcellus im sechsten Buch seiner Digesten[362], wonach der Räuber oder der Dieb, die die Sache hinterlegten, aus diesem Verhältnis klagen konnten. Das war durch ihr Interesse begründet, das darin bestand, dass die gegenüber den Personen hafteten, denen sie die Sachen weggenommen hatten. Die Scholien zu den Basiliken erklären es näher, der Besitzer im bösen Glauben (der hier an Stelle von *praedo* auftritt) habe eine fremde Erbschaft genommen, und der Dieb eine fremde Sache arglistig erworben. Beide hafteten entsprechend aus der *hereditatis petitio* oder der *condictio furtiva*[363]. Auf die Meinung von Marcellus beruft sich auch

---

360 S. 307 f.

361 O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 896.

362 Siehe auch O. LENEL, *Pal.*, Marcellus 58.

363 Sch. 61 *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 646; Sch. 35 *ad* Bas. 13,2,1 = Scheltema, B II, S. 679.

Tryphoninus in D. 16,3,31,1 (*quod et Marcellus in praedone et fure scribit*).

Von der Hinterlegung durch einen Räuber spricht Ulpian noch in D. 5,1,64 pr.

> *Idem (Ulpianus) libro primo disputationum. Non ab iudice doli aestimatio ex eo quod interest fit, sed ex eo quod in litem iuratur: denique et praedoni depositi et commodati ob eam causam competere actionem non dubitatur.*

Der ursprüngliche Text ist nicht sicher, vielleicht betraf er den *cognitor* und *procurator*[364]. Zuerst sagt der Jurist, die *aestimatio doli* stütze sich nicht auf *id quod interest*, sondern auf das *iusiurandum in litem*. Es findet also eine Gegenüberstellung zweier Gründe zur Ermittlung der Urteilssumme statt: *id quod interest* und *iusiurandum in litem*[365]. Nach dem zweiten Satz des Textes gab es keinen Zweifel, dass auch dem Räuber aus diesem Grunde die *actio depositi* und die *actio commodati* zustanden.

In dem oben behandelten[366] D. 16,3,11 gibt Ulpian ein Beispiel der Hinterlegung einer Sache durch einen Sklaven, die er zuvor dem Herrn gestohlen hatte. Im Text handelte es sich nicht um die *actio depositi*, da diese bestimmt dem Eigentümer (des Sklaven und der Sache) zustand, sondern um die Legitimation zur Rücknahme. Nach Ulpian stand diese in der Regel auch dem Sklaven zu. Erforderlich war aber der gute Glaube. Dieser lag u.a. dann vor, wenn der Verwahrer die Sache dem Sklaven zurückgegeben hatte, ohne zu wissen, dass diese früher von Letzterem gestohlen worden war. Folglich wurde der Verwahrer, wenn er dieser Tatsache bewusst war, durch die Rückgabe der Sache an den Sklaven-Dieb nicht von der Haftung befreit. Dieser

---

364 O. LENEL, *Pal*., Ulpianus 34; allerdings siehe auch O. LENEL, *Palingenesia*, Bd. II, Sp. 389 Anm. 2.

365 Vgl. L. CHIAZZESE, *Iusiurandum in litem*, Milano 1958, S. 194.

366 S. 246 ff.

von den weiter oben behandelten Texten (die dem Dieb und dem Räuber die *actio depositi* zubilligen) abweichende Standpunkt ergibt sich daraus, dass der Dieb Sklave war. Die Forderung aus der Hinterlegung gehörte also seinem Herrn, der offensichtlich nicht wollte, dass die Sache dem Sklaven, der diese gestohlen hatte, zurückgegeben werde.

Einige Texte befassen sich mit der Unterhinterlegung. Der folgende Text ist von Africanus.

> D. 16,3,16. *Africanus libro septimo quaestionum. Si is, apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat et ille dolo quid admiserit, ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet.*

Der Verwahrer hinterlegte die Sache bei einer anderen Person, die in der Folge einen *dolus* beging. Hier stellte sich die Frage[367] der Haftung vor. Der Subdepositar haftete aufgrund der *actio depositi* gegenüber seinem Hinterleger (zugleich ersten Verwahrer), der seine Klagen gegen den Subdepositar dem ersten Deponenten zedieren sollte[368]. Enantiophanes führt aus, dass der Verwahrer, der die Sache bei einer anderen Person weiter hinterlegte, in seinen Namen handelte[369].

> Coll. 10,7,8 = PS 2,12,8. *Si quis rem penes se depositam apud alium deposuerit, tam ipse directam, quam is qui*

---

367 Der Text stammt aus *Quaestiones* des Africanus.

368 Siehe auch Sch. 2 *ad* Bas. 13,2,16 = SCHELTEMA, B II, S. 680. Die Verdächtigung des Satzes "*ut actiones sibi praestet*" (siehe G. WESENBERG, *o.c.*, S. 29) ist unbegründet. Ohne diesen Satz wäre das Wort "*eatenus*" unverständlich. Der Plural "*actiones*" hat einen guten Sinn wegen der zwei Formeln (*in ius* und *in factum*). Der Terminus "*actio*" bedeutet auch Prozessformel (H. HEUMANN – E. SECKEL, *Handlexikon*, s.v. *actio* 4; M. KASER – K. HACKL, *o.c.*, S. 234 Anm. 13 und die dort zitierte Literatur. Für die Echtheit des angeführten Satzes sogar E. ALBERTARIO, *Festschrift P. Koschaker*, Bd. II, Weimar 1939, S. 29 f.

369 Sch. 3 *ad* Bas, 13,2,16 = SCHELTEMA, B II, S. 657. Vgl. D. 16,3, 1,11.

apud eum deposuit utilem actionem depositi habere possunt.

Der Verwahrer einer Sache hinterlegte diese dann bei einer anderen Person. Er hatte gegen diese Person die *actio depositi directa*, und derjenige, der die Sache bei ihm hinterlegt hatte, die *actio depositi utilis*. Es ist anzunehmen, dass die letztere Klage auf der Zession der Klage des ersten Verwahrers gegen den Subdepositar beruhte[370]. Die Zession wird durch das bereits angeführte D. 16,3,16 erwähnt[371].

Nach dem oben behandelten D. 16,3,1,27[372] stand, wenn eine fremde Sache von einem *homo liber bona fides serviens* hinterlegt wurde, die *actio depositi* dem Eigentümer der Sache, und nicht dem Deponenten zu. Dies ist eine spezielle Regelung für den Fall des *homo liber bona fides serviens*.

Es ist klar, dass dem Eigentümer einer durch eine andere Person hinterlegten Sache die dingliche Klage, die sein Eigentum schützte, und eventuell die *actio ad exhibendum* zustanden. Davon berichtet ausdrücklich C. 3,42,8 pr.

Idem (impp. Diocletianus et Maximianus) AA. et CC. Photino. Si res tuas commodavit aut deposuit is, cuius precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. (a. 293).

---

370 So vermutet E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, S. 156 Anm. 113; vgl. H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, S. 75. Darauf kann deuten, dass nach dem Wortlaut von Coll. 10,7,8 = Ps 2,12,8 die *actio utilis* gewährt werden k ö n n t e. E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona 1974, S. 187 f. denkt an die vermutliche (gesetzliche) Zession im Kognitionsverfahren. Die Verdächtigung des Textes durch E. ALBERTARIO, *Festschrift P. Koschaker*, Bd. II, Weimar 1939, S. 29 ist willkürlich.

371 Vgl. auch D. 16,3,1,11.

372 S.274 ff.

Der angeführte Text ist als echt anzusehen, ausgenommen wohl die Erwähnung des *commdatum*[373], die aber für unsere Frage belanglos ist. Die Kaiser sprechen nicht von der *actio depositi* des Deponenten gegen der Verwahrer, weil dieses Problem die Frage des Petenten (Eigentümers) nicht betraf.

Von der *vindicatio* in einem etwas anderen Fall berichtet C. 4,34,8.

> *Idem (impp. Diocletianus et Maximianus) AA. et CC. Aurelio Alexandro. Si is, qui depositam a te pecuniam accepit, eam suo nomine vel cuiuslibet alterius mutuo dedit, tam ipsum de implenda suscepta fide quam eius successores teneri tibi certissimum est. Adversus eum autem qui accepit nulla actio tibi competit, nisi nummi extant: tunc enim contra possidentem uti vindicatione potes.* (a. 293).

Ein Petent hinterlegte das Geld, das dann der Verwahrer in seinem oder fremdem Namen verliehen hat. Nach Diokletian war es ganz sicher, dass sowohl der Verwahrer wie auch seine Erben (*successores*) für die Erfüllung der *fides* hafteten. Es handelte sich nätürlich um die *actio depositi*. Degegen hatte der Deponent keine Klage gegen den Darlehensnehmer, er sei denn, der letztere hatte noch erhaltene Münzen; dann hatte nämlich der Petent die *vindicatio* gegen den Besitzer[374]. Die Basiliken ergänzen, dass dem Darlehensgeber die *condictio* gegen den Darlehensnehmer im Falle der *consumptio nummorum* zustand[375]. Für uns ist hier wichtig, dass dem Eigentümer der hinterlegten Sache neben der

---

373 E. ALBERTARIO, *o.c.*, Bd. II, S. 28; H. SIBER, *o.c.*, S. 78 Anm. 1; M. MARRONE, Annali Palermo 26 (1957), S. 336; G. WESENBERG, *o.c.*, S. 25 mit Anm. 8 und die dort zitierte Literatur.

374 Vgl. Bas. 13,2,41 = SCHELTEMA, A II, S. 732; Sch. 2 (Theodorus) *ad* Bas. 13,2,41 = SCHELTEMA, B II, S. 669.

375 Bas. 13,2,41 = SCHELTEMA, A II, S. 732; Sch. 1 *ad* Bas. 13,2,41 = SCHELTEMA, B II, S. 697.

actio depositi gegen den Verwahrer die *vindicatio* gegen den Besitzer jener Sache zustand. Dies war die Anwendung allgemeiner Regeln.

Viele Bedenken erweckte im Schrifttum der Text von Tryphoninus D. 16,3,31.

> *Tryphoninus libro nono disputationum. Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.* § 1. *Incurrit hic et alia inspectio. Bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere Seius debeat? si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt. Et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. Quod et Marcellus in praedone et fure scribit. Si tamen ignorans latro cuius filio vel servo rem abstulisset apud patrem dominumve eius deposuit ignorantem, nec ex iure gentium consistet depositum, cuius haec est potestas, ut alii, non domino*

sua ipsius res quasi aliena, servanda detur. Et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiam nunc delictum eius ignorantem deposuerit, recte dicetur non contrahi depositum, quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli. Sed et si etiamnunc ab ignorante domino tradita sit quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati condictio competet.

Zuerst wird die allgemeine Regel formuliert, *bona fides* bei Kontrakten erforderte die höchste Fallgerechtigkeit[376]. Dann befasst sich Tryphoninus in diesem Rahmem mit zwei Problemen, von denen eines im weiteren Teil des pr. und der andere in § 1 behandelt wird. Im ersten Problem handelt es sich darum, ob guter Glaube nach blossem *ius gentium,* oder (auch) nach zivilen und prätorischen Vorschiften (*praecepta civilia et praetoria*) zu beurteilen sei; auch vom *civile ius* und dem *legum ordo* ist die Rede. Mit anderen Worten, es handelte sich darum, ob man nur den Teil des römischen Rechts berücksichtigen sollte, der für alle Menschen (also nicht nur für Römer, sondern auch für *peregrini*) galt, oder ebenfalls den Teil, des nur für die Römer (*ius civile*) samt weiterer Entwicklung im prätorischen Recht galt.

Tryphoninus gibt keine umnittelbare Antwort auf die gestellte Frage, sondern zunächst ein konkretes Beispiel. Ein wegen eines Kapitalverbrechens Angeklagter hinterlegte 100 bei einer Person. Dann wurde er zur Deportation verurteilt, und sein Vermögen eingezogen[377]. So entstand die Frage, ob die hinterlegte Summe

---

376 Zum Verhältnis von *bona fides* und *aequitas* siehe insbesondere M. KASER, *Ius gentium*, Köln – Weimar – Wien 1993, S. 62 ff.; vgl. auch P. PINNA PARPAGLIA, *Aequitas in libera republica*, Milano 1973, S. 33 ff., 236 ff., 267 ff. (kritisch zu F. PRINGSHEIM, *Gesammelte Abhandlungen*, Bd. I, Heidelberg 1961, S. 131 ff., 154 ff., 173 ff.); siehe auch P. SILLI, *Mito e realtà dell'"aequitas" christiana*, Milano 1980, S.3 und 6 ff. (dazu W. WALDSTEIN, ZSS 102 (1985), S. 644 ff.).

377 Die Verbindung der Deportation und der Konfiskation des Vermögens ist besonders in entsprechenden Scholien zu den Basiliken betont; siehe Sch. 2

ihm zurückzugeben oder (aus dem Grunde der Konfiskation) der Staatskasse auszufolgen war. Die Antwort lautet verschieden je nachdem, ob bloss dass *ius naturale* und *ius gentium* oder (auch) das *civile ius* und der *legum ordo* berücksichtigt wird. Im ersteren Fall sind die 100 dem Deponenten zurückzugeben, im letzteren eher dem Staat zu übergeben. Als Argument für die letztgenannte Lösung wird die abschreckende Funktion der Strafe angegeben.

Viele Verfasser verdächtigen den angeführten Text der Interpolation[378]. Einige tun das ziemlich allgemein im Zusammenhang mit dem Verdacht eines Wortes oder eines Elements[379]. Man beruft sich auch auf stilistische Mängel und den verdächtigen Charakter doktrineller Betrachtungen über *aequitas* und *ius gentium* wie auch auf die Übereinstimmung mit den *praecepta (civilia et praetoria)*; als verdächtig gilt auch das *merum ius gentium*[380]. Die angeführten inhaltlichen Argumente sind bei dem jetzten Forschungsstand nicht überzeugend[381] und bilden lediglich eine *petitio principii*[382]. Beanstandet wurde sogar der

---

(Anonymos) *ad* Bas. 13,2,31 = SCHELTEMA, B II, S. 666; Sch. 2 *ad* Bas. 13,2,31 = SCHELTEMA B II, S. 694.

378 Siehe vor allem *Index interp*., *ad h.l.*; G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, Roma 1947, S. 169 ff.

379 Z.B. G. VON BESELER, *Beiträge*, Bd. III, S. 136 (im Zusammenhang mit der Verdächtigung des Wortes "*merus*"); H. GOUDY, *Trichotomy in Roman Law*, Oxford 1910, S. 27 Anm. 2 (wegen der Dreiteilung: *ius naturale*, *ius gentium* und *ius civile*); G. ROTONDI, Bd. II, S. 75 (wegen des Zusammenhangs der *bona fides* mit *ius civile*); C. LONGO, *Il deposito*, S. 31.

380 A. PERNICE, *Labeo*, Bd. II, 1, II. Aufl., Halle 1895, S. 171 Anm. 1; zustimmend P. DE FRANCISCI, *o.c.*, Bd. II, S. 462; P. HUVELIN, *Furtum*, Bd. I, S. 711 und Anm. 6; A. GUARNERI CITATI, Annali Palermo (1921), S. 137 Anm.; F. PRINGSHEIM, ZSS 42 (1921), S. 652 Anm. 6.

381 A. PERNICE (siehe oben Anm. 379) sprach nur von einer Hypothese.

382 Siehe z.B. Anm. 375.

Anfang des Textes (bis "*et praetoriis*")[383]. Dies ist ganz unwahrscheinlich, weil hier die Problemstellung enthalten ist, die im weiteren Teil des Textes erörtert wird. Man verdächtigte auch die Worte "*naturale et*", weil zuvor im Text bloss von dem *ius gentium* gehandelt worden sei[384]. Bekannt ist aber der Zusammenhang des *ius gentium* mit dem *ius naturale*, und daher konnte Tryphoninus die Hinzufügung der Erwähnung des *ius naturale* zur Bestärkung seiner Argumentation für nützlich zu halten[385]. Der Terminus "*maleficium*" konnte nicht nur ein privates Delikt, sondern auch ein *crimen publicum* bedeuten[386], wovon viele Texte, darunter D. 16,3,31 zeugen. Etwas anderes zu behaupten ist willkürlich und nötigt zur Annahme vieler arbiträrer Interpolationen[387]. Der erwähnte Satz bildet die Begründung der früher angegebenen Meinung in der strittigen Frage und war daher nötig. Die darin ausgedrückte abschreckende Funktion der Strafe kann keine Zweifel erwecken[388]. Heutzutage überwiegt die Ansicht von der Echtheit des Textes[389]. Man weiss insbesondere

---

383 S. RICCOBONO, ZSS 43 (1922), S. 302; vgl. auch F. PRINGSHEIM, *o.c.*, S. 652 Anm. 6.

384 S. PEROZZI, *Istituzioni*, Bd. I, S. 91 f. Anm. 2; H. GOUDY, *o.c.*, S. 27 Anm. 2; zustimmend L. MITTEIS, *Römisches Recht*, S. 62 f. Anm. 3; dagegen G. LOMBARDI, o.*c.*, S. 172 f.

385 Vgl. H. WAGNER, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius*, Zutphen 1978, S. 148.

386 Anders A. PERNICE, *o.c.*, Bd. II, 1, S. 171 Anm. 1; E. ALBERTARIO, *Studi*, Bd. III, Milano 1936, S. 203 f.

387 Dies zu E. ALBERTARIO, *o.c.*, Bd. II, S. 201 ff.

388 C. GIOFFREDI, *I principii del diritto penale romano*, Torino 1970, S. 45 ff. 53 f., *Studi E. Volterra*, Bd. II , Milano 1971, S. 347 ff.; vgl. S. 340, 343; F. M. DE ROBERTIS, *Studi S. Solazzi*, Napoli 1948, S. 180 ff., 185 f.; vgl. S. 190 ff.

389 P. FREZZA, *o.c.*, Bd. I, S. 79 f.; D. NÖRR, *Rechtskritik in der Antike*, München 1974, S. 120; H. WAGNER, *o.c.*, S.148 Anm. 6 (insbesondere gegen G. LOMBARDI, *o.c.*, S. 172, 174, 188 ff.); O. BEHRENDS, *Studi C. Sanfilippo*, Bd, V, MIlano 1984, S. 50; M. KASER, *o.c.*, S.122 (welcher allerdings eine Verkürzung des Textes nicht ausschliesst), 125; R. KNÜTEL, *Mélanges F. Sturm*, Bd. I, Liège

den originellen Stil des der orientalen Intelligenz gehörenden Tryphoninus[390] auch in seiner Argumentation zu würdigen[391]. Ganz unbegründet ist der Verdacht der nichtklassischen Herkunft des ganzen Werks "*Disputationes*"[392].

Für unser Problem ist die Bedeutung guten Glaubens in Verbindung mit der Legitimation bei der Rückabe der hinterlegten Sache wichtig. Nach dem blossen *ius gentium* gebührte diese dem Hinterleger, was als generelle Regel anzusehen ist[393]. Dem stand die Tatsache nicht im Wege, dass er infolge der Deportation das römische Bürgerrecht verlor und zum *peregrinus* wurde[394]. Jeder Ansicht von Tryphoninus gemäss sollte die Übergabe der hinterlegten Sache an den Staat (offensichtlich ausnahmsweise) aufgrund der Vorschriften des *ius civile* und des *legum ordo* stattfinden[395]. Er gibt aber keine konkrete Vorschrift an[396]. Das Wort "*magis*" weist darauf hin, dass die Frage zweifelhaft war und daher irgend eine Begründung nötig war. Diese wurde hier durch die Berufung auf die abschreckende Funktion der Strafe gegeben. Es ist anzunehmen, dass der Text von Tryphoninus die Einführung einer bestimmten Abweichung von der allgemeinen Regel der Rückgabe der Sache an den Deponenten bezeugt.

1999, S. 250 f.; so schon W. KALB, *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*, Leipzig 1890, S. 121 ff.

390 W. KALB, *o.c.*, S. 121 ff.

391 D. NÖRR, *o.c.*, S. 120; vgl. P. FREZZA, *o.c.*, Bd. I, S. 80.

392 W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, II. Aufl., Graz – Wien – Köln 1967, S. 231 und Anm. 459 (insbesondere gegen F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, S. 296); zustimmend M. KASER, *o.c.*, S. 125.

393 Siehe auch D. 16,3,11 und dazu S. 246 ff.

394 M. KASER, *o.c.*, S. 122; R. KNÜTEL, *o.c.*, S. 247.

395 Hier erwähnt Tryphoninus nicht das prätorische Recht (anders als bei der allgemeinen Fragestellung).

396 Siehe M. KASER, *o.c.*, S. 122.

Im zweiten von Tryphoninus aufgestellten Problem (in § 1) handelte es sich darum, ob die *bona fides* bloss im Verhältnis zwischen Kontrahenten, ohne Rücksicht auf Dritte, oder auch unter Einbeziehung anderer Personen, die das Geschäft im weiteren Sinne betraf, beurteilt werden sollte. Zur Klärung der aufgestellten Frage gibt der Jurist drei Beispiele an.

In dem ersten hinterlegte ein Bandit (*latro*) eine den anderen geraubtes Beute bei Seius, der von dieser Übeltat nicht wusste[397]. Die Frage lautet, wem Seius die hinterlegten Sachen zurückzugeben hat: dem Banditen oder dem Beraubten? Im Zusammenhang mit der Ausgangsfrage sind zwei Lösungen möglich. Unter Berücksichtigung bloss der Kontrahenten ist der Deponent (d.h. hier der Bandit), dagegen bei Beachtung der *totius rei aequitas*, die alle mit dem Geschäft Verbundenen umfasst, der Beraubte zum Erhalt der Rückgabe legitimiert. Tryphoninus spricht sich für die zweite Lösung aus. Er beruft sich dabei auf die *iustitia, quae suum cuique tribuit.* Im gegebenen Fall handelte es sich darum, die gerechtere Rückforderung des Beraubten zu berücksichtigen. Dieser hat Vorrang vor dem Deponenten[396a] . Macht er die Forderung nicht geltend, gebührt die Rückgabe dem Deponenten, obwohl er die Sachen verbrecherisch erworben hatte. Zur Unterstützung seiner Meinung zitiert Tryphoninus Marcellus, der den Räuber (*praedo*) und den Dieb (*fur*) erwähnt[398].

Im zweiten Fall nahm ein Bandit die Sache jemandes Sohn oder Sklaven weg und hinterlegte sie dann bei dem Vater oder Eigentümer. Weder wusste der Hinterleger von dem den Verwahrer mit dem Bestohlenen verbindenden Verhältnis, noch wusste der Verwahrer, dass es Sachen waren, die seinem Sohn oder Sklaven weggenommen worden waren. Wie Tryphoninus

---

397 Bei Wissen haftete er aus der *actio furti*. Siehe Sch. 6 *ad* Bas. 13,2,31 = SCHELTEMA, B II, S. 694.

396a Näher dazu R. KNÜTEL, *o.c.*, S. 251 ff.

398 Siehe D. 16,3,1,39 und dazu S. 319 f.

erläutert, kam selbst nach dem *ius gentium* hier kein Verwahrungsvertrag zustande. Die Verwahrung setzt nämlich voraus, dass einem eine fremde, und nicht die eigene als eine fremde Sache gegeben wird.

Im dritten Fall hat ein Dieb eine Sache gestohlen, ohne dass der Eigentümer dessen gewahr wurde, und diese dann bei ihm hinterlegt. Der Eigentümer wusste weiterhin nicht vom Diebstahl. Tryphoninus billigt die Ansicht, dass hier kein Hinterlegungsvertrag vorliegt. Dem Grundsatz von Treu und Glauben würde es nämlich widersprechen, den Eigentümer zur Rückgabe der Sache an den Räuber zu zwingen. Bekanntlich war die Annahme der eigenen Sache zur Verwahrung generell nicht gültig[399]. Die spezifische Begründung von Tryphoninus (*quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli*) wurde durch die speziellen Umstände des angeführten Beispiels diktiert[400]. Wenn der Eigentümer, immer noch im Unkenntnis darüber, dass es sich um seine eigene Sache handelte, diese herausgab, wird er die *condictio indebiti* (aller Wahrscheinlichkeit nach als *condictio possessionis*) haben[401].

Wie oben erwähnt, sind die allgemeinen Einwände gegen den ganzen Text unbergründet. Dasselbe betrifft auch die besonderen Einwände. Es gibt keinen Grund, den Terminus "*inspectio*" (dieser wurde im Sinne von Überlegung benutzt[402]) und den Satz: *et probo ... repetitione* insbesondere als emphatisch zu verdächtigen[403]. Seine Beseitigung würde das Ausbleiben der Antwort des Juristen auf die gestellte Frage bewirken. Die Verdächtigung der Rückgabe der Sache an den Eigentümer[404]

---

399 Siehe unten S. 332 ff. ; auch M. KASER, *o.c.*, S. 124.

400 So richtig M. KASER, *o.c.*, S. 124.

401 M. KASER, *o.c.*, S. 125.

402 Dies zu F. SCHULZ, ZSS 35 (1914), S. 105 Anm. 1.

403 S. RICCOBONO, ZSS 43 (1922), S. 302; *Rivista di diritto civile* 3 (1911), S. 61; S. PEROZZI, *o.c.*, Bd. I, S. 111 Anm. 2.

404 G. ROTONDI, *o.c.*, Bd. II, S. 75, 78.

bildete eine *petitio principii*. Einen Vorbehalt erweckte auch der letzte Satz (*Sed et si ... condictio competet*[405]), dies aber ohne überzeugende Argumente. Inhaltlich ist er richtig. Manchmal geben die einen Interpolationsverdacht Äussernden keine nähere Begründung an[406]. Das Bestreiten der *condictio indebiti* bildet eigentlich eine *petitio principii*[407]. Aller Wahrscheinlichkeit nach tritt diese Klage hier als *condictio possessionis* auf[408]. Übrigens ist auch die *condictio furtiva* denkbar[409].

Für unser Thema ist wichtig, dass Tryphoninus bisweilen in erster Linie eine Pflicht zur Rückgabe der hinterlegten Sache an ihren Eigentümer postulierte und lediglich subsidiär die Pflicht zu Rückgabe an den Deponenten (der diese im konkreten Fall geraubt hatte). Dies entsprach der *iustitia, quae suum cuique tribuit.* Aus dem allgemeinen Charakter der Begründung kann man schliessen, dass der vom Juristen angeführte Fall lediglich ein Beispiel bildet, und die Erstreckung auf andere Fälle, obwohl natürlich in einem beschränkten Rahmen, nicht ausgeschlossen sein sollte. Bestimmt kam auch der einfache Diestahl und nicht nur der Raub in Frage.

Tryphoninus spricht unmittelbar von der Pflicht zur Rückgabe der hinterlegten Sache an eine bestimmte Person, aber er äussert sich nicht hinsichtlich der richtigen Klage. Es ist klar, dass dem Hinterleger die übliche *actio depositi (directa)* zustand. Diese hatte aber der Eigentümer nicht, weil er keine Partei des

---

405 Siehe *Index interp.*, *ad h.l.*

406 G. VON BESELER, *Beiträge*, Bd. III, S. 40; S. PEROZZI, *o.c.*, Bd. II, S. 363 f. Anm. 2.

407 H. H. PFLÜGER, ZSS 18 (1897), S. 111; R. VON MAYR, ZSS 25 (1904), S. 196 f.; *Die Condictio des römischen Privatrechts*, Leipzig 1900, S. 218 f.

408 M. KASER, *o.c.*, S. 125.

409 D. LIEBS, *The Legal Mind. Essays for T. Honoré*, Oxford 1986, S. 177; vgl. R. VON MAYR, ZSS 25 (1904), S. 196 f.

Kontrakts war. Man kann hier entweder *actio depositi utilis*[410] oder *rei vindicatio*[411] annehmen.

Die übrigen zwei Fälle in § 1 sind dem ersten (*Si tamen* ...) entgegengesetzt. Sie betreffen die Ungültigkeit der Hinterlegung (auch nach dem *ius gentium*) wegen der Annahme der eigenen Sache zur Bewachung durch den Verwahrer. Dieses Verbot ist auch durch zwei andere Texte: D. 16,3,15 und D. 50,17,45 pr. belegt. Der erste ist von Julian.

> *Iulianus libro tertio decimo digestorum. Qui rem suam deponi apud se patitur vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit aut precario rogat, nec precario tenetur nec ex locato.*

Derjenige haftete aus der *actio depositi* und der *actio commodati* nicht, der die Verwahrung seiner eigenen Sache übernommen oder die eigene Sache leihweise erhalten hatte. Ahnlich war es bei der Miete oder dem *precarium*[412]. Der Text ist echt[413] und entstammt dem Teil der Digesten von Julian, der von der Hinterlegung handelt[414].

Der Verfasser von D. 50,17,45 pr. ist Ulpian.

> *Idem (Ulpianus) libro trigensimo ad edictum. Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest.*

---

410 So z.B. M. KASER, *o.c.*, S. 123; O. BEHRENDS, *o.c.*, S. 50.

411 M. MARRONE, *La legittimazione passiva alla "rei vindicatio" (Corso)*, Palermo 1970, S. 101 f.; R. KNÜTEL, *o.c.*, S. 256 ff.

412 Vgl. Bas 13,2,15 = SCHELTEMA, A II, S. 727; siehe auch Sch. 1 (Stephanus) *ad* Bas. 13,2,15 = SCHELTEMA, B II, S. 657 (mit der Berufung auf D. 16,3,31).

413 Manche formelle Einwände (siehe B. ALBANESE, BIDR 62 (1959), S. 125 ff.; P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano 1969, S. 259 f.) überzeugen heutzutage nicht mehr. Für die Echtheit auch bei *precarium* siehe J. SONDEL, *Precarium w prawie rzymskim* (= *Precarium* im römischen Recht), Kraków 1971, S. 44 f., 47 f.

414 O. LENEL, *Pal.*, Iulianus 210.

Ulpian handelt von der Nichtigkeit der auf Übernahme der eigenen Sache gerichteten Verträge, insbesondere der Verpfändung, der Verwahrung, des *precarium*, des Kaufs und der Miete. Der Text entstammt dem Teil des Kommentars des Juristen zur Fiduzia[415], also erwähnte er diesen Vertrag (an Stelle[416] oder neben dem Pfand). Es gibt keinen stichhaltigen Grund, die Erwähung der Hinterlegung zu verdächtigen[417]. Die Ungültigkeit der Annahme eigener Sachen zur Verwahrung erweckt keinen Zweifel und ist auch durch die oben angeführten Texte D. 16,3,31,1 und D. 16,3,15 belegt.

Der Grund der Ungültigkeit war die objektive Unmöglichkeit der Leistung, weil die Sache dem Abnehmer schon gehörte. Sein Wissen oder Nichtwissen war nicht erheblich[418]. Zwar spricht Tryphoninus in D.16,3,31,1 von der Unwissenheit des Verwahrers, aber diese tritt dort nicht als einer der Gründe für Ungültigkeit auf, sondern bildet lediglich ein konkretes Element in zwei der angeführten Beispiele. Es handelte sich hierbei um die Hinterlegung einer dem Eigentümer gestohlenen Sache, und es ist schwer anzunehmen, er hätte in diesem Fall seine Sachen bewusst zur Bewachung für einen anderen angenommen. Jedenfalls schloss die unbewusste Annahme der eigenen Sache die Ungültigkeit des Vertrags nicht aus. Es fehlt an Quellenbeweisen, dass es Ausnahmen vom Verbot der Annahme eigener Sache zur Hinterlegung gegeben habe[419].

---

415 O. LENEL, *Pal*., Ulpianus 901.

416 O. LENEL, ZSS 3 (1882), S. 113; M. KASER, SDHI 45 (1979), S. 45 Anm. 159; TR 47 (1979), S. 334 Anm. 299.

417 Siehe R. DE RUGGIERO, BDIR 19 (1907), S. 22 Anm. 6. Die Vorbehalte von B. ALBANESE, BIDR 62 (1959), S. 124 f. gegen den Text sind nicht überzeugend; vgl. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, Bd. I, S. 490 Anm. 13.

418 Siehe S. PEROZZI, *o.c.*, Bd. II, S. 291 Anm. 4; G. GANDOLFI, *o.c.*, S. 138.

419 C. LONGO, *o.c.*, S. 14 f. lässt theoretisch solche Ausnahmen. Siehe dazu G. GANDOLFI, *o.c.*, S. 138.

9. Nach dem Tode der Parteiten traten an deren Stelle die Erben nach allgemeinen Grundsätzen ein.

a. Mehrmals ist das Eintreten der Erben an Stelle der Hinterleger erwähnt[420], am häufigsten im Zusammenhang mit deren Mehrheit, die von mir im früheren Werk besprochen worden ist[421]. Von dem *ius hereditarium* spricht C.3,42,8,1. Fast in allen Texten tritt der Terminus *heres* (*heredes*) auf. Noch andere Personen werden in D.16,3,1,19 genannt.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Haec actio bonorum possessoribus et ei, cui ex Trebelliano senatus consulto restituta est hereditas, competit.*

Der Text ist dem Kommentar von Ulpian zur Verwahrung, konkret im Zusammenhang mit ihrer *formula in factum* entnommen[422]. Der Jurist stellt fest, die *actio depositi* stand den prätorischen Erben (*bonorum possessores*) und demjenigen zu, dem die Erbschaft aufgrund des *SC Trebellianum*, restituiert wurde, d.h. dem Fideikommissar[423]. Letzterer war durch die *restitutio* der Erbschaft *heredis loco*. Bekanntlich erhielt er die Klagen als *actiones utiles*[424].

---

420 D. 16,2,1,36 (näher zu diesem Text W. LITEWSKI, *Studien*, S. 22 ff.); D. 16,3,1,37; D. 16,3,1,46; D. 16,3,3,13 pr. (siehe oben S. 310 f.); D. 16,3,14 pr. (dazu W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 24 f.); D. 16, 3, 27 (siehe oben S. 270 ff.); D. 46,3,81,1 (dazu W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 25 f.); C. 4,34,9 (siehe oben S. 258 f.); C. 4,34,12 (dazu W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 26 ff.); C. 3,42,8,1 (siehe unten S. 340 ff.).

421 W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 22 ff.

422 O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 894.

423 Bas. 13,2,1,19 = SCHELTEMA, A II, S. 722 und Sch. 34 (Cyrillus) *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II, S. 642 sprechen von Erben und vom universalen Vermächtnisnehmer, ohne *bonorum possesssores* zu nennen. Das passte natürlich zum byzantinischen Recht.

424 Statt aller S. PEROZZI, *o.c.*, Bd. II, S. 708; M. KASER, *o.c.*, Bd. I, S. 762; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, XIV. Aufl., Napoli 1966, S. 575; M. TALAMANCA, *o.c.*, S. 754.

Die Aktivlegitimation der *bonorum possessores* ist im Text C. 3,42,8,1 belegt, in dem von der Erbschaft aufgrund des *ius civile* und des *ius honorarium* die Rede ist.

Von einem speziellen Fall handelt D. 16,3,1,46.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Proinde et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero et ego et heres meus agere depositi, ego mutata voluntate.*

Die Parteien haben den Hinterlegungsvertrag mit der Nebenabrede geschlossen, dass die Sache nach dem Tode des Hinterlegers zurückzugeben sei. Die Klage stand sowohl dem Erben wie auch dem Hinterleger zu, dem letzteren im Falle der Änderung seines Willens. Daraus folgt, dass er durch den von sich selbst festgelegten Rückgabetermin nicht gebunden war. Wissentlich war nämlich das Recht des Hinterlegers zur Rückgabe auf Verlangen[425]. Für den Erben war wichtig, dass die oben angeführte Vertragsgestaltung ihm kein zusätzliches Recht gab, das von dem Recht des Hinterlegers unabhängig gewesen wäre.

Einen speziellen Fall betrifft D. 16,3,1,37.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Apud Iulianum libro tertio decimo digestorum talis species relata est: ait enim, si depositor decesserit et duo existant, qui inter se contendant unusquisque solum se heredem dicens, ei tradendam rem, qui paratus est adversus alterum reum defendere, hoc est eum qui depositum suscepit: quod si neuter hoc onus suscipiat, commodissime dici ait non esse cogendum a praetore iudicium suscipere: oportere igitur rem deponi in aede aliqua, donec de hereditate iudicetur.*

Ulpian berichtet was Julian im dreizehnten Buch seiner Digesten vertritt[426]. Nach dessen Meinung sollte man im Falle

---

425 Zu diesem Text siehe auch W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 33 f. (zur Echtheit S. 34 Anm. 8).

426 Siehe O. LENEL, *Pal.*, Iulianus 209.

eines Erbschaftsstreites zwischen zwei Personen, die beide Alleinerbe des Hinterlegers zu sein behaupteten, die hinterlegte Sache derjenigen von ihnen herausgeben, die bereit war, den Verwahrer gegen die andere Partei zu verteidigen. Wollte keiner der Erbrechtsprätendenten diese Last übernehmen, so wäre es am angemessensten, den Verwahrer[427] nicht zur Annahme des *iudicium* zu zwingen. Man solle deshalb die Sache bis zur Zeit der Entscheidung des Erbschaftsstreites in einem Tempel hinterlegen.

Meines Erachtens ist der Text im Prinzip für klassisch zu halten. Vielleicht bildet der Satz: *hoc est eum qui depositum suscepit* ein späteres Glossem[428], das aber inhaltlich nichts ändert. Es gibt keinen Grund zur Verdächtigung des Textabschnitts, der von dem Fall handelt, dass keine der Parteien des Erbschaftsstreites den Verwahrer gegen die Gegenpartei verteidigen wollte. Es ist ganz klar, dass Julian sich mit einem solchen Fall befasste. Die These, das seine Entscheidung anders gewesen sei als die im Text überlieferte[429], ist als willkürlich anzusehen[430]. Die Hinterlegung *in aede* wurde in Rom seit jeher praktiziert[431] und sollte keine Verdächtigung erwecken[432]. Das Wort "*commodissime*" weist ausdrücklich darauf hin, dass der Jurist sich durch praktische Gründe leiten liess. Diese

---

427 Der Verwahrer wird ausdrücklich genannt in Bas. 13,2,37 = SCHELTEMA, A II, S. 723 f.

428 Siehe *Index interp*., *ad h.l.*; H. NITSCHKE, SDHI 24 (1958), S. 187.

429 So vor allem V. ARANGIO-RUIZ, AG 76 (1906), S. 486 f.; A. GUARNERI CITATI, *Annali Palermo* 11 (1923), S. 172 Anm. 2, S. 212 Anm 3, S. 218; S. RICCOBONO, *Essays in Legal History Read before the International Congress of Historical Studies Held in London 1913*, Oxford 1913, S. 106; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, S. 147.

430 Gegen V. ARANGIO-RUIZ siehe H. NITSCHKE, *o.c*., S. 187 und H. VIDAL, RHD 43 (1965), S. 560 Anm. 99.

431 Siehe Anm. 44.

432 Für die Echtheit H. VIDAL, *o.c*., S. 560 Anm. 99.

begründeten auch die Hinterlegung im Tempel, und daher ist das Wort "*igitur*" für richtig zu halten[433].

Es fehlt die Aussage hinsichtlich des Falles, dass beide Erbrechtssprätendenten bereit waren, den Verwahrer gegen ihre Gegenpartei zu verteidigen. Vielleicht sollte man auch dann im Tempel hinterlegen. Wahrscheinlicher scheint mir aber, dass dann der Verwahrer die Sache einem von sich selbst gewählten Prätendenten zurückgeben durfte.

b. Mehrmals erwähnen die Quellen die Haftung der Erben des Verwahrers[434], oft im Hinblick auf eine Erbenmehrheit. Diese Thematik ist von mir im früheren Werk behandelt worden[435]. Von der Haftung der Erben bei dem sog. *depositum necessarium* handelte unmittelbar das der Verwahrung gewidmete prätorische Edikt[436]. Die Erben hafteten auch bei Tod des Sequesters und zwar aufgrund der *depositi sequestraria actio*[437]. Es gibt ferner keinen Zweifel, dass der Hinterleger auch gegen die Erben des Verwahrers bei dem sog. *depositum irregulare* vorgehen konnte.

---

433 Dies zu S. RICCOBONO, *o.c.*, S. 106; S. SOLAZZI, *o.c.*, S. 197; H. NITSCHKE, *o.c.*, S. 187 f. Für die Echtheit H. VIDAL, *o.c.*, S. 560 Anm. 99.

434 D. 16,3,1, §§ 1, 14 (siehe oben S. 314 ff.), 45 (siehe unten S. 338 f.), 47; D. 16,3,7,1 (näher zu diesem Text W. LITEWSKI, SDHI 43 (1977), S. 198 ff., *Studien*, S. 11 f.); D. 16,3,9 und 10 (näher zu diesen Texten W. LITEWSKI, *Studien*, S. 9 ff.); D. 16,3,12,2 (*depositi sequestraria actio*; dazu W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 79 ff.); D. 16,3,14,1 (näher zu diesem Text W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 38 ff.); D. 1, 6, 3, 18 (näher zu diesem Text W. LITEWSKI, SDHI 43 (1977), S. 196 ff., *Studien*, S. 12 f.); D. 16,3 22 (naher zu diesem Text W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 13 ff.; siehe auch G. MacCORMACK, BIDR 96-97 (1993-1994), S. 130 f.); D. 16,3,25 pr. (zur Echtheit siehe W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 71 Anm. 114); D. 44,2,22 (näher zu diesem Text W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 16); Coll. 10,8 = C. 4,34,1; C. 4,34,8 und 9 (siehe oben S. 261 f.); Theoph. *Inst. Gr. Par.* 4,12,1.

435 W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 9 ff.

436 D. 16,3,1,1; siehe O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, S. 289; auch W. LITEWSKI, SDHI 43 (1977), S. 188 F. Siehe auch D. 16,3,18.

437 D. 16,3,12,1; dazu W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 79 ff.

Die meisten Texte sprechen vom *heres* (*heredes*). D. 16,3, 1,14 nennt auch den *bonorum possessor* und den *successor*[438]. In dieser Aufzählung ist das Wort "*successor*" für einen justinianischen Zusatz zu halten. Ausserdem sprechen zwei Konstitutionen von Diokletian: C. 4,34,8 und 9 von den *successores* als Erben.

Einen speziellen Fall betrifft D. 16,3,1,45.

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Si deposuero apud te, ut post mortem tuam reddas, et tecum et cum herede tuo possum depositi agere: possum enim mutare voluntatem et ante mortem tuam depositum repetere.*

Die Parteien schlossen einen Hinterlegungsvertrag mit der Nebenabrede, dass die Sache nach dem Tode des Verwahrers zurückzugeben sei. Die Klage stand dem Hinterleger sowohl gegen den Verwahrer wie auch gegen seine Erben zu. Der Hinterleger durfte nämlich seinen Willen ändern und die Rückgabe der Sache vor dem Tode des Verwahrers verlangen. Daraus folgt, dass er durch den Termin (d.h. durch den Tod des Verwahrers) nicht gebunden war[439]. Wesentllich war nämlich die Berechtigung des Hinterlegers, in jeder Zeit die Rückgabe zu verlangen[440]. Für den Erben war wichtig, dass trotz der oben angeführten Zeitbestimmung zu seiner Haftung nicht zu kommen brauchte, weil der Verwahrer noch vor seinem Tode die Sache auf eventuelles Verlangen des Hinterlegers zurückgeben musste.

---

438 Näher zu diesem Text oben S. 314 ff.

439 Vgl. Sch. 76 (Stephanus) *ad* Bas. 13,2,1 = SCHELTEMA, B II S. 648 mit der Unterscheidung zwischen der Bedingung und dem (unbestimmten) Termin.

440 Zu diesem Text W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 33. G. SEGRÈ, *Scritti vari*, S. 83 f. Anm. 39 (siehe auch S. 239 f. Anm. 69) vermutet, dass der angeführte Text die *fiducia* betraf. Dagegen sprechen die palingenetischen Gründe; siehe O. LENEL, *Pal.*, Ulpianus 896.

Generell haftete der Verwahrer vor Justinian nur für *dolus*[441]. Dies betraf auch die Haftung seiner Erben. In Frage kamen sowohl der *dolus* des Erben[442] wie auch der des Verwahrers[443].

Die Haftung des Erben des Verwahrers beim sog. *depositum necessarium* gestaltete sich verschieden je nachdem, ob sein eigener *dolus* oder der des Verwahrers involviert war. Die Regelung war im prätorischen Edikt enthalten, worüber D. 16,3, 1,1, berichtet[444].

> *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Praetor ait: "Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo".*

Der ordentliche Hinterleger haftete *in simplum*. Dasselbe betraf auch seinen Erben, was so natürlich und mit der allgemeinen Regel übereinstimmend war, dass das Edikt davon nicht sprach. Dagegen sprach es sich ausdrücklich von der Nothinterlegung aus, in der der Verwahrer *in duplum* haftete. Dasselbe betraf seinen Erben im Falle des eigenen *dolus*[445].

---

441 Statt aller W. LITEWSKI, AG 190, 2 (1976), S. ff. und die dort zitierte Literatur.

442 D. 16,3,1,47; D. 16,3,2 und 3 (dazu W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 32 ff.); D. 16,3,9 und 10 (dazu W. LITEWSKI, *Studien*, S. 9 ff.); D. 16,3,22 (dazu W. LITEWSKI, *o c.*, S. 13 ff.; vgl. R. EVANS–JONES, RIDA 33 (1986), S. 117 ff.); D. 44,2,22 (dazu W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 16, f.).

443 D. 16,3,7,1 (dazu W. LITEWSKI, SDHI 43 (1977), S. 198 f.; *Studien*, S. 11 f.); D. 16,3,9 (mit der Unterscheidung zwischen *factum defuncti* und *suum delictum*); D. 44,2,22 (mit der Unterscheidung zwischen *dolus defuncti* und *dolus heredis*); Coll. 10,8 (vgl. C. 4,34,1); siehe auch C. 4,34,8. Zu Theoph. *Gr. Par.* 4,12,1, siehe W. LITEWSKI, SDHI 43 (1977), S. 200.

444 Siehe O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, S. 288.

445 Siehe W. LITEWSKI, SDHI 43 (1977), S. 196 f.

Dagegen haftete er für den *dolus* des Erblassers (Verwahrers) bloss *in simplum*[446].

Von der Haftung des Erben *in simplum* im Falle des *dolus* des Erblassers (Verwahrers) bei Nothinterlegung spricht auch D. 16,3,18[447]. Dieser Text erwähnt den Fall des eigenen *dolus* des Erben nicht[448].

10. Bekanntlich waren die Verträge zugunsten Dritter verboten, obwohl es einige Ausnahmen gab. Im Bereich der Hinterlegung berichtet C. 3,42,8,1 von einer solchen.

> *Idem (impp. Diocletianus et Maximianus) AA. et CC. Photino. Quod si pactus sit, ut tibi restituantur, si quidem ei qui deposuit successisti, iure hereditario depositi actione uti non prohiberis: si vero nec civili nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet, intellegis nullam te ex eius pacto contra quem supplicas actionem stricto iure habere: utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.* (a. 293) .

Wie oben bereits gesagt[449], spricht der uns überlieferte Wortlaut des pr. der Konstitution Diokletians von der Leihe oder der Hinterlegung der Sachen des Petenten durch eine andere Person. Gegen den diese Sachen in seiner tatsächlichen Gewalt Habenden stand dem Petenten die *actio ad exhibendum* oder die *vindicatio* zu. Man kann annehmen, im Originaltext traten die Worte "*commodati aut*" nicht auf[450]. Von der Leihe spricht auch der nun angeführte § 1 nicht.

---

446 Zum Text näher W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 188 f. und die dort zitiere Literatur.

447 Siehe W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 197 f. Vgl. Bas. 13,2,18 = SCHELTEMA, A II, S. 728; Sch. 1 und 2 (Cyrillus) *ad* Bas. 13,2,18 = SCHELTEMA, B II, S. 658.

448 Anders Ach. 2 (Cyrillus) *ad* Bas. 13,2,18 = SCHELTEMA, B II, S. 658.

449 S. 322.

450 Anm. 372.

Der erwähnte Hinterleger vereinbarte in dem dem Kontrakt angeschlossenen *pactum* die Rückgabe des Hinterlegungsobjekts an seinen Eigentümer. Dann starb der Hinterleger. Der Kaiser hebt zwei Fälle hervor. Wurde der Petent (d.h. der Eigentümer der Sachen) zum Erben des Hinterlegers, stand ihm die *actio depositi iure hereditario* zu. Erbte er weder nach dem *ius civile* noch nach dem *ius honorarium*, stand ihm *stricto iure* die Klage aus diesem *pactum* nicht zu, aber im Hinblick auf die Billigkeit (*aequitatis ratio*) hatte er eine *actio depositi utilis*.

Die letztere Entscheidung widersprach dem allgemeinen Verbot der Verträge zugunsten Dritter. Schon dies allein gäbe Anlass, sie der Interpolation zu verdächtigen. Überdies ist der Gegensatz: *strictum ius* und *aequitas* (*aequitatis ratio*) oft justinianisch. Vor allem gibt aber der entsprechende Text in den Basiliken[451] eine verneinende Lösung (d.h. das Fehlen der Klage) und der Scholiast fügt deren Begründung hinzu (niemand erwirbt die Klage durch eine andere Person[452]). Offensichtlich stützen sich die byzantinschen Juristen auf einen echten Text, der, in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Verbot der Verträge zugunsten Dritter die *actio utilis* nicht anerkannte[453]. Die *actio utilis* ist hier also justinianischer Herkunft[454].

Der § 1 erwähnt nicht unmittelbar den Fall, dass der Hinterleger nicht gestorben war. Zweifelsohne stand ihm selbst die *actio depositi* auf die Rückgabe der Sache zu, und in

---

451 Bas. 15,4,28,1 = SCHELTEMA, A II, S. 798.

452 Sch. 2 *ad* Bas. 15,4,28 = SCHELTEMA, B III, S. 922.

453 So die allgemeine wissenschaftliche Meinung; siehe z.B. G. VON BESELER, *Beiträge*, Bd. V, Leipzig 1931, S. 90; E. ALBERTARIO, *Festschrift P. Koschaker*, Bd. II, Weimar 1939, S. 28 f.; G. SEGRÈ, *o.c.*, S. 190; B. FRESE, ZSS 43 (1922), S. 468 Anm. 1. S. 473; F. PRINGSHEIM, ZSS 42 (1921), S. 656 und Anm. 1; J. VÁŽNÝ, BIDR 40 (1932), S. 83 ff.; C. LONGO, *Il deposito*, S. 72 f.; G. CORNIL, *Studi S. Riccobono*, Bd. IV, Palermo 1936, S. 254 und Anm. 24; E. VALIÑO, *o.c.*, S. 209 f.; G. WESENBERG, *o.c.*, S. 25 f.

454 Anders O. BEHRENDS, *Studi C. Sanfilippo*, Bd. V, Milano 1984, S. 50 f.

Übereinstimmung mit der allgemeinen Regel hatte der Petent diese Klage nicht, konnte aber als Eigentümer die *actio ad exhibendum* oder die *rei vindicatio* (in Übereinstimmung mit dem pr. der zitierten Konstitution) vornehmen.

Das konkrete *pactum* in C. 3,42,8,1 enthielt die Vereinbarung der Rückgabe der hinterlegten Sachen an den Eigentümer. Wenn er selbst in der ursprünglichen Fassung keine Klage aus der Hinterlegung erwarb, galt dies umsomehr für den Dritten, der kein Eigentümer dieser Sachen war. Man kann auch im Zweifel sein, ob er im justinianischen Recht die *actio utilis* erhielt. Vielleicht war hier nur der Eigentümer legitimiert.

Wie oben gesehen[455], waren die Verträge mit der Klausel, dass die Sache nach dem Tode des Hinterlegers zurück zu geben sei, gültig. Dann stand die Klage sowohl dem Erben wie auch dem Hinterleger zu, der seinen Willen jederzeit ändern konnte. Der Erbe hatte kein selbständiges Recht, das dem Recht des Hinterlegers vorausging. Es handelte sich hier überhaupt nicht um den Vertrag zugunsten Dritter, weil nach dem Tode des Hinterlegers Erbe seine eigene Legitimation *iure hereditario* hatte. Der Vorbehalt der Rückgabe nach dem Tode des Hinterlegers war ihm nicht nötig.

Einen anderen Fall betrifft Fr. Vat. 257.

> *Item. Eiusmodi lege deposita in aede arca, ut eam ipse solus, qui deposuit, tolleret aut post mortem domini Aelius Speratus, non videri perfectam donationem respondi.*

Der Text entstammt dem Teil des Werks von Papinian, der der *lex Cincia* gewidmet war[456]. Mit geringen Unterschieden ist

---

455 S. 335.

456 O. LENEL, *Pal.*, Papinianus 690.

er auch in D. 39,5,31,3 überliefert[457]. Man hatte eine Geldkiste (*arca*) in einem Tempel[458] mit der Vereinbarung (*lex*) hinterlegt, dass entweder der Hinterleger selbst (hier als *dominus* bezeichnet), oder nach seinem Tode Aelius Speratus die Geldkiste zurücknehmen durfte. Papinian verneinte, dass eine *perfecta donatio* zustandegekommen sei[459]. Ausdrücklich betraf die an den Juristen gerichtete Frage das Problem der Schenkung, und nicht die Verwahrung. Daher äusserte sich auch der Jurist nicht bezüglich dieses Kontrakts, und insbesondere nicht zur Gültigkeit der Klausel, mit der die Rüclgabe der hinterlegten Sache an den Dritten nach dem Tode des Hinterlegers ausbedungen wurde. Es gibt also keinen Grund zur Annahme, die Ansicht Papinians sei hier von den allgemeinen Regeln abgewichen. Aelius Speratus hätte die Klage nur dann gehabt, wenn er der Erbe des Hinterlegers gewesen wäre.

Es scheint, dass D. 16,3,26 pr. den letzteren Fall betraf.

> *Paulus libro quarto responsorum. Publia Maevia cum proficisceretur ad maritum suum, arcam clausam cum veste et instrumentis commendavit Gaiae Seiae et dixit ei: "cum sana salvave venero, restitues mihi: certe si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex alio marito suscepi". Defuncta ea intestata desidero res commendatae cui restitui debeant, filio an marito. Paulus respondit filio.*

Publia Maevia hinterlegte anlässlich der Reise zu ihrem Gatten[460] bei Gaia Seia eine geschlossene Kiste mit einem

---

457 "*celebratam*" statt "*perfectam*". Das Wort "*perficere*" tritt in Fr. Vat. häufig im Zusammenhang mit der Schenkung auf; siehe G. G. ARCHI, *La donazione (corso di diritto romano)*, Milano 1960, S. 227.

458 Sch. 10 *ad* Bas. 47,1,30 = SCHELTEMA, B VII, S. 2765 erwähnt ausdrücklich das Geld.

459 Vgl. Bas. 47,1,30,3 = SCHELTEMA, A VI, S. 2134; Sch. 10 *ad* Bas. 47,1,30 = SCHELTEMA, B VII, S. 2765.

460 Zu "*commendare*" im Sinne von hinterlegen siehe H. HEUMANN – E. SECKEL, *Handlexikon*, s.v. *commendare* 1.

Gewand und Urkunden (*instrumenta*), mit dem von Paulus wörtlich mitgeteilten Vorbehalt: "wenn ich ganz und heil zurückkehre, gibst du sie mir zurück, und wenn ich sterbe[461], gibst du sie meinem Sohn aus meiner früheren Ehe zurück". Dann starb die Hinterlegerin, ohne ein Testament hinterlassen zu haben. Der Jurist gefragt, wem die Sachen zurückzugeben wären, ob dem Sohn oder dem Gatten, sprach sich für den ersteren aus. Dafür gab er keine Begründung an. Es gibt keinen Anhaltspunkt für die Annahme, dass hier eine Schenkung vorgelegen habe[462]. Eher ist anzunehmen, dass der Sohn als Erbe (sc. aufgrund des *SC Orfitianum*) eingetreten ist[463]. Davon spricht Stephanus ausdrücklich[464]. Unbegründet wäre die These, es sei der Fall eines ausnahmsweise zulässigen Vertrags zugunsten Dritter gemeint (sogar im justinianischen Recht).

Die Verordnung Diokletians C. 4,32,19 betrifft die Hinterlegung des schuldigen Geldes an einem öffentlichen Ort im Falle des Verzugs des Gläubigers. Für uns ist § 4 wichtig.

> *Idem (impp. Diocletianus et Maximianus) AA. et CC. Aureliae Irenaeae. Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed vel contra depositarium vel ipsas competente pecunias.*

Dem Gläubiger stand die *actio utilis* zur Eintreibung des Geldes nicht gegen den Schuldner zu, ausser, wenn dieser es

---

461 Vgl. Sch. 1 (Anonymos) *ad* Bas. 13,2,26 = SCHELTEMA, B II, S. 663.

462 Gegen die Schenkung ausdrücklich Sch. 2 (Anonymos) *ad* Bas. 13,2,26 = SCHELTEMA, B II, S. 663.

463 So z.B. F. HAYMANN, *Die Schenkung unter einer Auflage nach römischen und deutschen bürgerlichem Recht*, Berlin 1905, S. 154; H. SIBER, *Römisches Recht*, Bd. II, S. 358 Anm. 28; anders G. WESENBERG, *o.c.*, S. 58 (für *fideicommissum a debitore relictum*).

464 Sch. 3 und 4 *ad* Bas. 13,2,26 = SCHELTEMA, B II, S. 663.

zurückerhalten hatte, sondern gegen den Verwahrer bzw. direkt auf das Geld selbst zu.

Der Text ist im Schrifttum mehrmals der justinianischen Interpolation verdächtigt worden[465]. Viele Einwände sind wirklich begründet. U.a. betrifft das den Satz: *nisi forte eas receperit*. Hätte nämlich der Schuldner die hinterlegte Sache zurückbekommen, so hätte der Gläubiger die *actio utilis* nicht nötig gehabt, weil ihm die ordentliche Klage aus Darlehen zugestanden hätte[466]. Die Worte "*vel ipsas pecunias*" sind nicht geschickt. Sie sollen auf die dingliche Klage gegen jeden Besitzer hinweisen[467]. Einige formale[468], übrigens ziemlich zweifelhafte Fehler[469], sind kein ausreichendes Argument zur Annahme einer inhaltlichen Änderung des ganzen Textes. Dies betrifft u.a. den Einwand einer zu allgemeinen Formulierung des Textes (im Reskript[470]). Die Information über eine mögliche Klage des Gläubigers hatte nämlich für die konkrete Petentin ihre Bedeutung. Der Einwand, der Text spreche von einem

---

465 O. GRADENWITZ, ZSS 8 (1887), S. 302 f.; BIDR 2 (1889), S. 13; ZSS 44 (1924), S. 570 f.; F. PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld*, Leipzig 1916, S. 144 Anm. 6; S. SOLAZZI, *L'estinzione*, S. 156; R. TAUBENSCHLAG, *Opera minora*, Bd. I, Warszawa 1959, S. 174; S. PEROZZI, *o.c.*, Bd. II, S. 219 Anm. 1; H. SIBER, *o.c.*, Bd. II, S. 278; G. WESENBERG, *o.c.*, S. 62 f.; H. NITSCHKE, *o.c.*, S. 208 Anm. 418; E. ALBERTARIO, *Festschrift P. Koschaker*, Bd. II, Weimar 1939, S. 24; L. BOVE, Labeo 1 (1955), S. 186 ff.; G. ASTUTI, *o.c.*, S. 222.

466 Siehe z.B. E. VALIÑO, *o.c.*, S. 189.

467 So Sch. 5 *ad* Bas. 23,3,67 = SCHELTEMA, B IV, S. 1699. Siehe S. SOLAZZI, *o.c.*, S.156; G. WESENBERG, *o.c.*, S. 62.

468 Siehe z.B. O. GRADENWITZ, ZSS 8 (1887), S. 302 f.; BIDR 2 (1889), S. 13; E. ALBERTARIO, *o.c.*, S. 24; R. TAUBENSCHLAG, *o.c.*, S. 174; F. PRINGSHEIM, *o.c.*, S. 144 Anm. 6; H. NITSCHKE, *o.c.*, S. 209.

469 Zum *depositarius* im Sinne vom Verwahrer siehe S. 239 f. Ablativus absolutus mit "*scilicet*" ist nach der heutigen Quellenkritik zumindest ein bedenkliches Argument. "*Ipsas pecunias*" in der Mehrzahl allein (statt "*sortem*" in der Einzahl, wie in pr.) ist nicht verdächtig, weil von *pecuniae* auch § 2 spricht

470 O. GRADENWITZ, BIDR 2 (1889), S. 13; H. NITSCHKE, *o.c.*, S. 208 f.

(unzulässigen) Vertrag zugunsten Dritter[471], bildet hier eine *petitio principii*, weil es Ausnahmen von dieser Regel schon im klassischen Recht gab[472]. Aus diesen Gründen wird die Echtheit der ac*tio utilis* des Gläubigers im Falle der Hinterlegung einer schuldigen Leistung am öffentlichen Ort (üblicherweise in einem Tempel) immer häufiger angenommen[473]. Zu betonen ist aber, dass Thalelaeus von der *actio in factum* spricht[474]. Dies kann darauf hinweisen, dasss im Originaltext Diokletians von dieser Klage gehandelt worden ist, und die *actio utilis* erst von Justinian in C. 4,32,19,4 eingeführt wurde.

Von der Hinterlegung der Urkunde und der Abrede, sie nach dem Tode des Hinterlegers einer anderen Person zu übergeben, berichtet D. 31,77,26.

> *Idem (Papinianus) libro octavo responsorum. Donationis praediorum epistulam ignorante filio mater in aede sacra verbis fideicommissi non subnixam deposuit et litteras tales ad aedituum misit: "instrumentum voluntatis meae post mortem meam filio meo tradi volo". Cum pluribus heredibus intestato diem suum obisset, intellegi fideicommissum filio relictum respondi: non enim quaeri oportet, cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur.*

---

471 H. SIBER, *o.c.*, Bd. II, S. 278; S. SOLAZZI, *o.c.*, S. 156; vgl auch E. ALBERTARIO, *o.c.*, S. 24.

472 Statt aller M. KASER, *Das römische Privatrecht*, Bd. I, S. 491 und Anm. 32.

473 Z.B. A. CATALANO, *Annali Catania* 3 (1949), S. 520; L. BOVE, *o.c.*, S. 186 f.; R. VIGNERON, *Offerre aut deponere. De l'origine de la procédure des offres réelles suivies de consignation*, Liège 1979, S. 188 Anm. 327; M. TALAMANCA, *o.c.*, S. 657; W. LITEWSKI, *Rzymskie prawo prywatne*, S. 261; *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, s.v. *depositio (in aede)*; vgl. M. KASER, *o.c.*, Bd. II, S. 443. Siehe auch E. VALIÑO, *o.c.*, S. 189, der von der legalen *cessio* im Rahmen des Kognitionsverfahrens spricht.

474 Sch. 3 *ad* Bas. 23,3,67 = SCHELTEMA, B IV, S. 1699.

Eine Mutter hatte den die Schenkung einer Liegenschaft enthaltenden Brief im Tempel hinterlegt, ohne den Sohn davon informiert zu haben. Darin fehlten die auf das *fideicommissum* hinweisenden Worte. Dann schickte die Mutter ein Schreiben an den Tempelaufseher folgenden Wortlauts: "ich will, dass meine Urkunde mit meinem Willen nach meinem Tode meinem Sohn übergeben wird". Dann starb sie unter Hinterlassung mehrerer Intestaterben. Die Frage war, ob es sich hier um ein *fideicommissum* handelte[475]. Bedenken wegen der fehlenden *verba fideicommissi* entstehen. Papinian entschied, dass es sich doch um ein *fideicommissum* gehandelt habe. Es käme nämlich nicht darauf an, mit wem einer von seinem letzten Willen sprach, sondern auf wen die Absicht gerichtet war.

Der angeführte Text hängt mit Fr. Vat. 252a zusammen. Dieser Text enthält aber viele Lücken. Andererseits erwähnt er die *mancipatio* und *fiducia*, die in die justinianische Fassung natürlich nicht übernommen werden konnten. Darüber hinaus bestätigt Fr. Vat. 252a grundsätzlich die inhaltliche Echtheit von D. 31,77,26.

Papinian behandelte den angeführten Fall nicht als Hinterlegungsvertrag zugunsten Dritter. In Wirklichkkeit handelte es sich um einen Akt des letzten Willens, der als Fideikommiss qualifiziert wird. Bei diesem unformellen Vermächtnis war nicht wichtig, vor wem der Wille erklärt, sondern auf wen er gerichtet wurde. Für uns ist vor allem wichtig, dass der Text nicht beweist, dass die Hinterlegung zugunsten Dritter zulässig getan wäre.

Daselbe Ergebnis folgt aus D. 19,5,18.

> *Idem (Ulpianus) libro trigesimo ad edictum. Si apud te pecuniam deposuerim, ut dares Titio, si fugitivum meum reduxisset, nec dederis, quia non reduxit: si pecuniam*

---

475 Der Text stammt aus dem Teil des Werkes von Papinianus, der den Fideikommissen gewidmet ist (O. LENEL, *Pal.*, Papinianus 599).

mihi non reddas, melius est praescriptis verbis agere: non enim ambo pecuniam ego et fugitivarius deposuimus, ut quasi apud sequestrem sit depositum.

Jemand hinterlegte das Geld mit der Zweckbestimmung, es dem Titius zu übergeben, wenn dieser dem Hinterleger seinen geflohenen Sklaven zurückgebracht haben würde. Der Verwahrer gab dem Titius das Geld nicht, weil dieser den Sklaven nicht zurückgebracht hatte. Im Falle der unterbliebenen Rückgabe des Geldes an den Hinterleger entstand die Frage, mit welcher Klage dieser vorgehen könne. Ulpian antwortete vorsichtig, das es besser wäre, *praescriptis verbis* zu klagen[476]. Als Begründung führt er aus, dass keine gemeinsame Hinterlegung mit dem Sklavenfänger, analog der Hinterlegung bei einem Sequester, stattgefunden hätte.

Der Text ist als echt anzusehen. Dies betrifft inbesondere die Erwähnung des *praescriptis verbis agere*[477], und des Satzes: *non enim ... sit depositum*[478], der dem klassischen Recht inhaltlich entspricht[479]. Für uns ist hier wichtig, dass der dargestellte Vertrag nicht als gemeinschaftliche Hinterlegung, in Analogie zu der Hinterlegung bei einem Sequester qualifiziert wurde, weil es eben an der Mehrheit von Hinterlegern fehlte. Diese gehörte zum Wesen einer derartigen Verwahrung[480]. Daher kommt hier die Figur einer Hinterlegung zugunsten Dritter nicht in Betracht. Der

---

476 Bas. 20,4,18 = SCHELTEMA, A III, S. 1012 spricht von *actio praescriptis verbis*.

477 Siehe W. OSUCHOWSKI, *O nieoznaczonych prawnie stosunkach kontraktowych w klasycznym prawie rzymskim* (Über Innominatkontrakte im klassischen römischen Recht), Lwów 1933, S. 153 ff., insbesondere gegen P. DE FRANCISCI, *o.c.*, Bd. I, Pavia 1913, S. 324 und G. VON BESELER, *Beiträge*, Bd. II, S. 165.

478 Gegen die Echtheit z.B. E. ALBERTARIO, *Studi*, Bd. II, Milano 1941, S. 156 Anm 1; F. GUIZZI, *Mnemeion S. Solazzi*, Napoli 1964, S. 328 ff.; G. BROGGINI, *Coniectanea*, Milano 1966, S. 267 Anm. 16.

479 Siehe W. LITEWSKI, *Studien*, S. 61.

480 W. LITEWSKI, *o.c.*, S. 52 ff.

Sklavenfänger sollte das Geld nicht aus dem Titel der Hinterlegung, sondern als Bezahlung für die Rückführung des geflohenen Sklaven erhalten.