

EINE ALTERNATIVE ANNÄHERUNGSWEISE: GEDANKEN ZUM PROBLEM DES HANDELSRECHTS IN DER RÖMISCHEN WELT*

András FÖLDI

(*Université Eötvös Loránd de Budapest*)

1. Bekannterweise ist es lange umstritten, ob es im Altertum, insbesondere in Rom eine Art Handelsrecht existierte, bzw. in welchem Sinne über römisches, bzw. antikes Handelsrecht gesprochen werden kann¹. Das Gewicht dieses Problems wird

* Dieser Aufsatz ist eine erweiterte Version des Vortrags, den ich an der Eröffnungssitzung des 55. Kongresses der SIHDA in Rotterdam, am 17. September 2001 gehalten habe. Für die Einladung möchte ich mich bei den Organisatoren des Kongresses, vor allem bei Herrn Prof. Laurens Winkel auch an dieser Stelle herzlichst bedanken.

¹ Die herrschende Lehre verneint, wohl mit Recht, die Existenz des Handelsrechts im Altertum, siehe z.B. L. GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart 1891, 37 („Ein eigentümliches Handelsrecht ... findet sich nur im Keime im klassischen Alterthum“); ähnlich P. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris 1929, 85; A. A. DE CASTRO CORRÊA, *Existiu em Roma direito comercial?*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 65 (1970), 77. A. BISCARDI, *Introduction à l'étude des pratiques commerciales dans l'histoire des droits de l'Antiquité*, RIDA 29 (1982), 35 wirft zwar die Frage auf, aber gibt keine Antwort. Neuerdings wirft A. GUARINO [*Relazione di sintesi*, in: *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica* (a cura di M. Marrone), Palermo 1992, 313f.] Engstirnigkeit, Formalismus und Präkonzeption denjenigen vor, die die Existenz des römischen Handelsrechts verneinen. Siehe einigermaßen ähnlich M. BRETONNE, *Storia del diritto romano*, Roma—Bari 1991, 127f. R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, Paris 1989, 18 sagt gerade, daß „L'Antiquité connaît déjà un droit commercial“. Gegen diese Ansichten siehe aber L. LABRUNA, *Il diritto mercantile dei romani e l'espansionismo*, in: *Le strade del potere* (a cura di A. Corbino), Catania 1994, 123; F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna 1993, 26. Völlig anachronistisch ist der Standpunkt von G. TEDESCHI, *Il diritto marittimo dei Romani comparato al diritto marittimo italiano*, Montefiascone 1899, 55ff., nach dem den Römern auch der moderne Begriff des Handelsgeschäfts (*atto di commercio*) wesentlich bekannt war.

dadurch erheblich vermindert, daß das antike Handelsrecht — wenn wir über solch etwas überhaupt sprechen dürfen — weitgehend mit dem damaligen Seerecht identifiziert werden kann². Die Existenz des römischen (bzw. antiken) Seerechts ist nämlich kaum zu leugnen, wenn man die zahlreichen in den antiken Rechten ausgestalteten besonderen Rechtsinstitute und Rechtsregeln bedenkt, die den Seehandel betrafen. Man muß sich aber vor Augen halten, daß das Seerecht nicht identisch mit dem Handelsrecht ist, insbesondere, wenn unter Handelsrecht, wie heutzutage üblich, nur das private Handelsrecht, also das Handelsrecht im eigentlichen Sinne verstanden wird³. Zum Seerecht, nehmen wir etwa die *Ordonnance de la marine* Ludwigs XIV. oder den geltenden italienischen *Codice della navigazione* in Betracht⁴, gehören eine lange Reihe von Vorschriften, insbesondere öffentlichrechtliche Regeln, die mit dem Handelsrecht (im Sinne des Handelsprivatrechts) so gut wie nichts zu tun haben, und *vice versa* gibt es auch zahlreiche handelsrechtliche Regeln, die nicht speziell mit dem Seehandel verbunden sind.

Im weiteren möchte ich mich nur mit dem Problem des römischen Handelsrechts beschäftigen. Ich verzichte also einerseits auf die Behandlung des Seerechts als solches, andererseits, mangels fachlicher und sprachlicher Kompetenz, auf die Berücksichtigung der sonstigen antiken Rechte, auch wenn

² Bezüglich des athenischen Handelsrechts stellt K. M. T. ATKINSON, *Rome and the Rhodian sea law*, Iura 25 (1954), 77 fest, daß „[c]ommercial law meant, for all the cities within the Athenian empire ... almost exclusively maritime law.“ Siehe ähnlich BISCARDI, *Introduction* (cit.), 28, 36.

³ So z.B. TEDESCHI, a.a.O. 95. E. VINCENS, *Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du Code de commerce*, 1821 (zitiert nach A. BÜRGE, *Der Code de commerce in Frankreich — traditionaler Geist im liberalen Umbruch*, in: *Modernisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert*, Heidelberg 1993, 124) und GOLDSCHMIDT, a.a.O. 1f. folgten noch der traditionellen, gleichzeitig praxisorientierten — in klassischer Form von J. MARQUARD, *Tractatus politico-iuridicus de iure mercatorum et commerciorum singulari*, Francofurti 1662 (vgl. H. COING, *Europäisches Privatrecht I-II*, München 1985-1989, I, 522) dargelegten — Lehre, nach der auch das öffentliche Handelsrecht einen Bestandteil des (gesamten) Handelsrechts bildet.

⁴ Vgl. TEDESCHI, a.a.O. 95. Die Mehrheit der Regeln der *Ordonnance de la marine* Ludwigs XIV. sowie des geltenden italienischen *Codice della navigazione* von öffentlichrechtlichen (verwaltungs-, prozeß- und strafrechtlichen) Regeln ausgemacht ist.

dieser Vorgang, insbesondere angesichts des griechischen und hellenistischen Rechts, durchaus bedenklich sein kann⁵.

2. Das römische Handelsrecht als solches — wenn man von den die einzelnen handelsrechtlichen Rechtsinstitute behandelnden und von den seerechtlichen Werken absieht⁶ — wurde ein unabhängiges Forschungsthema meines Wissens erst in den letzten Jahrzehnten des XIX. Jahrhunderts. Im Jahre 1879 widmete der deutsche Romanist Franz Peter Bremer diesem Thema einen Festschriftsartikel⁷, und in 1891, Levin Goldschmidt, ein Kapitel in seiner *Universalgeschichte des Handelsrechts*⁸. In demselben Jahre erschien die das römische Handelsrecht darstellende Monographie des italienischen Rechtsgelehrten Giuseppe Carnazza⁹. Im Jahre 1903 wurde das unvollendete Buch von Carlo Fadda über die handelsrechtlichen Institute des römischen Rechts veröffentlicht¹⁰. Das Interesse für dieses Thema läßt sich unter anderem wohl auf

⁵ Es ist bekannt, daß es in Athen spezielle Handelsgerichte gab, die in den handelsrechtlichen Prozessen (*dikai emporikai*) aufgrund handelsrechtlicher Regeln (*emporikoi nomoi*) entschieden, siehe zusammenfassend E. E. COHEN, *Ancient Athenian Maritime Courts*, Princeton 1973. Deshalb meint U. E. PAOLI, *L'autonomia del diritto commerciale nella Grecia classica*, *Rivista del diritto del commercio* 33 (1935), I, 36ff., bes. 54 (zitiert nach A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano 1982, 332⁵⁷ und GALGANO, a.a.O. 27¹¹), daß das Handelsrecht im klassischen Griechenland im Einklang mit einer von Paoli angenommenen allgemeinen Gesetzmäßigkeit unabhängig war, siehe auch U. E. PAOLI, *Studi di diritto attico*, Firenze 1930, 109ff.; anders bereits C. FADDA *Istituti commerciali del diritto romano*, Napoli 1903, 46.

⁶ In der früheren Fachliteratur wurden entweder die einzelnen Einrichtungen des römischen Handelsrechts (aus der seit alters reichen Literatur kann als eine frühe Monographie die von Iacobus GOTHOFREDUS, *De lege Rhodia*, Genevae 1654 zitiert werden, vgl. TEDESCHI, a.a.O. VII), oder das römische Seerecht analysiert (siehe z.B. A. LANGE, *Brevis introductio in notitiam legum nauticarum et scriptorum juris rei que maritimae*, Lübeck 1713; D. A. AZUNI, *Sistema universale dei principii del diritto marittimo dell'Europa*, I-II, Firenze 1795; in beiden Werken wird auch das antike Seerecht dargestellt). Ferner ist der römische (antike) Handel und die römische Seeschifffahrt von den Althistorikern seit lange erforscht worden (siehe z.B. HUET, *Histoire du commerce et de la navigation des anciens*, Paris 1716; F. MENGOTTI, *Del commercio de' Romani dalla prima guerra Punica al Costantino*, Verona 1797, vgl. TEDESCHI, a.a.O. VIIff.).

⁷ F. P. BREMER, *Zur Geschichte des Handelsrechts und der Handelspolitik im Anfange der römischen Kaiserzeit*, Festgabe Heinrich Thöl, Straßburg 1879.

⁸ GOLDSCHMIDT, a.a.O. 58-94. Diese relativ knappe, aber um so angaben- und gedankenreichere Darstellung ist bis jetzt wohl nicht übertroffen worden.

⁹ G. CARNAZZA PUGLISI, *Il diritto commerciale dei Romani*, Catania 1891.

¹⁰ Siehe oben (Fn. 5).

den damals intensiv gewordenen und bis zum heutigen Tage nicht abgeschlossenen Streit¹¹ um die Existenzberechtigung des Handelsrechts als unabhängiger Rechtszweig zurückzuführen¹². Jedenfalls waren Goldschmidt und Fadda zweifelsohne Anhänger des unabhängigen Handelsrechts, und dieser Ansicht gaben sie auch in den erwähnten Werken Ausdruck¹³. Es ist eine andere Frage, daß weder Goldschmidt noch Fadda daran trachteten, die Existenz eines unabhängigen römischen Handelsrechts zu beweisen.

3. Es ist meines Erachtens kaum zu bezweifeln, daß ein Handelsrecht in modernem Sinne im antiken Rom noch nicht existierte. Auf die Hindernisse der Ausgestaltung eines Sonderrechts für die gewerbliche Wirtschaft im antiken Rom werde ich noch eingehen. Jetzt möchte ich nur darauf hinweisen, daß es jedenfalls mehrere mögliche Annäherungsweisen zur Verfügung

¹¹ Siehe neuestens L. VÉKÁS, *Az új Polgári Törvénykönyv elméleti el ökérdései* [=Theoretische Überlegungen zum neuen ungarischen Zivilgesetzbuch], Budapest 2001, 38ff.

¹² Im Jahre 1883 hielt WILLEM L. P. A. MOLENGRAAF das Hauptreferat auf dem Niederländischen Juristentag, in dem er die Unabhängigkeit des Handelsrechts in Abrede stellte (siehe M. STOLLEIS [Hrsg.], *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, München 2001², 448). Im Jahre 1887 publizierte CESARE VIVANTE eine Abhandlung im *Archivio giuridico* gegen die Unabhängigkeit des Handelsrechts, 1889 erschien die Monographie *Per un codice unico delle obbligazioni* von L. BOLAFFIO. Gegen diese Ansichten äußerten sich SACERDOTI (1888) und U. MANARA (*Sulla odierna importanza del diritto commerciale e sul metodo per studiarlo*, Palermo 1889). In Deutschland gehörten zu den Gegnern des unabhängigen Handelsrechts z.B. W. ENDEMANN (*Das deutsche Handelsrecht*, Heidelberg 1865, 18f.) und H. DERNBURG (*Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs*, Bd. II: *Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs und das Urheberrecht*, Halle 1882³, 11). Siehe zusammenfassend GOLDSCHMIDT, a.a.O. 10³; vgl. auch COING, a.a.O. II, 533. Auf der Ebene der Zivilgesetzbücher begann die Einverleibung des Handelsrechts bereits früher. Das erste Zivilgesetzbuch, das auch handelsrechtliche Bestimmungen beinhaltete, war wohl der *Codice civile* des Herzogtums Parma vom Jahre 1820, in dem ein Kapitel den Handelsgesellschaften gewidmet ist (*Cap. XIII: Delle società di commercio*). Im *Codice civile per gli Stati Estensi* des Herzogtums Modena vom J. 1851 findet man bereits ein selbständiges Buch über das Handelsrecht (*Libro IV: Disposizioni sul commercio*). Siehe zusammenfassend M. R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia tra la restaurazione e l'unità. Lezioni di storia del diritto italiano*, Torino 1995. Für diese Informationen bin ich Herrn Prof. Gábor Hamza zum Dank verpflichtet.

¹³ Siehe GOLDSCHMIDT, a.a.O. 10³, FADDA, a.a.O. 49.

stehen, um die Wurzeln des Handelsrechts in der römischen Welt finden zu können.

Zuerst erwähne ich diejenige Methode, wobei man von dem modernen Handelsrecht ausgeht, und die antiken römischen Vorläufer der in den modernen Handelsgesetzbüchern befindlichen Rechtsinstitute sucht¹⁴. Diese Annäherungsweise manifestierte sich bereits in einer 1735 erschienenen französischen Monographie, in der die Spuren des Wechsels im antiken Rom erforscht wurden¹⁵. Eine solche Tendenz ist auch bei Goldschmidt, sowie bei vielen zeitgenössischen Gelehrten zu beobachten. Diese Annäherungsweise ist vor allem für die historische Rechtsvergleichung relevant, indem dadurch interessante Parallelerscheinungen dargestellt werden können. Gelingt es, einige Einrichtungen des modernen Handelsrechts entwicklungsgeschichtlich auf das römische Recht zurückzuführen, so gewinnt diese Forschungsmethode auch eine eminente rechtshistorische Bedeutung¹⁶. Es ist nicht zu leugnen, daß bei

¹⁴ Vgl. K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, Köln—Berlin—Bonn—München 1987³, 37.

¹⁵ AYRER, *De vestigiis cambii apud Romanos*, 1735, zitiert nach J.-M. PARDESSUS, *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle* I-VI, Paris 1828-1845, I, 57.

¹⁶ Der Einfluß des römischen Rechts auf das mittelalterliche Handelsrecht wurde insbesondere von GOLDSCHMIDT, a.a.O. *passim* betont. Goldschmidt meinte, daß unter anderem die *commenda* (a.a.O. 254), die Prämieassekuranz (a.a.O. 358ff.), die Wertpapiere, dabei insbesondere der Wechsel (a.a.O. 403ff.) und die kaufmännische Buchführung (a.a.O. 245) entwicklungsgeschichtlich auf das römische Recht (vor allem auf das Seedarlehen und auf die Stipulationsurkunden) zurückzuführen seien. Neben dem Einfluß des römischen Rechts hebt noch Goldschmidt den des germanischen (a.a.O. 136ff.) und des kanonischen Rechts (a.a.O. 150ff.) hervor. G. RIPERT—R. ROBLOT (*Traité de droit commercial* I¹³, Paris 1989, 11) verneinen dagegen jede Bedeutung des römischen Rechts für die spätere Entwicklung des Handelsrechts („il n’y a pas de lien direct de filiation entre les règles du droit commercial et celles du droit romain“ usw.). Zwischen diesen Ansichten, vertritt einen ziemlich vorsichtigen Standpunkt: J. HILAIRE (*Introduction historique au droit commercial*, Paris 1986, 48ff.) der nicht verneint, daß das römische Recht, unter anderem durch die Tätigkeit der das über seine Kenntnis verfügenden Notare, einen gewissen Einfluß auf die Entwicklung des mittelalterlichen Handelsrechts ausüben vermochte. (Die wichtige Rolle der Notare wird auch von GOLDSCHMIDT, a.a.O. 131, 151ff. betont.) Ansonsten wirkte der Einfluß des römischen und kanonischen Rechts manchmal auf einander abschaffende Weise, man denke etwa an den Zinsverbot des kanonischen Rechts bzw. an den Formalismus des römischen Vertragsrechts, vgl. GOLDSCHMIDT, a.a.O. 150, 305; HILAIRE, a.a.O. 52. Es ist noch zu bemerken, daß die ganze Fragestellung gewissermaßen problematisch ist, insoweit das *ius mercatorum* als

dieser Annäherungsweise eine hohe Gefahr des Anachronismus besteht. Für den modernen Forscher kann nämlich die Versuchung stark sein, die römischen Vorläufer des Kommissions- und Speditionsgeschäfts, der Handelsanweisung, des Mäklergeschäfts, der Börse¹⁷, des Wechsels¹⁸, des Girobankverkehrs, des Versicherungsvertrags¹⁹, der Gesellschaft mit beschränkter

Sonderrecht dem römisch-kanonischen *ius commune* gegenüber entstand. In diesem Zusammenhang meint GALGANO, a.a.O. 39ff., daß das auf die Konservierung des Vermögens und überhaupt auf die Stabilität konzentrierende römische Recht nicht adäquat mit den Bedürfnissen der dynamischen Handelstätigkeit gewesen sei. Diese mindestens vereinfachende Feststellung ist ziemlich bedenklich, vgl. etwa W. J. GENSEL (*Ueber den Rechtsgrund der solidarischen Haftung der Handelsgesellschafter*, Archiv für praktische Rechtswissenschaft, N. F. 1 (1864), 177ff.) der die Bedeutung des römischen Obligationenrechts für das moderne Handelsrecht mit schönen dogmatischen Beispielen beweist.

¹⁷ GOLDSCHMIDT, a.a.O. 67.

¹⁸ GOLDSCHMIDT, a.a.O. 82.

¹⁹ GOLDSCHMIDT, a.a.O. 78⁹³, 81. HUVELIN, a.a.O. 112; O. LENEL, *Kritisches und Antikritisches*, SZ 49 (1929), 5; J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, TR 24 (1956), 139; L.-R. MÉNAGER, «*Naulum*» et «*receptum rem salvam fore*», RHD 38 (1960), 201 vergleichen die *Receptumhaftung* der Schiffer mit dem Versicherungsvertrag, sowie R. VON JHERING, *Das angebliche gesetzliche Zinsmaximum beim „foenus nauticum“*, Jherings Jahrbücher 19 (1881), 20f und W. SCHWAHN, *Nautikos tokos*, RE XVI (1935), 2045 vergleichen damit das römische Seedarlehen. Vorsichtiger schreibt H. KUPISZEWSKI, *Sul prestito marittimo nel diritto romano classico*, Index 3 (1972), 376, daß „il *faenus nauticum* aveva la funzione di una assicurazione marittima allo stato embrionale“, ähnlich F. DE MARTINO, *Foenus nauticum*, NDI VII (1961), 422 und W. LITEWSKI, *Römisches Seedarlehen*, Iura 24 (1973), 120. Noch vorsichtiger sagt H. ANKUM, *Quelques observations sur le prêt maritime dans le droit romain préclassique et classique*, in: *Symboles stén ereuna archaiou ellénikou kai ellénistikou dikaiou*, Athena 1994, 107, daß „[c]e contrat [d.h. das Seedarlehen — A.F.] a quelque ressemblance avec le contrat d'assurance maritime moderne qui a pris son origine au Moyen Age en Italie“. Nach A. VALERI, *Il 'periculi pretium' e i precedenti romani dell'assicurazione*, Studi Salvatore Riccobono, IV, Palermo 1936, 231ff. gilt das Seedarlehen des römischen Rechts als eines der fruchtbaren Keime der modernen Versicherung. F. KLINGMÜLLER, *Fenus* RE VI (1909), 2202 und K. VISKY, *Spuren der Wirtschaftskrise der Kaiserzeit in den römischen Rechtsquellen*, Budapest 1983, 86 verneinen aber kategorisch, daß das römische Seedarlehen eine Versicherungsfunktion gehabt hätte. PAOLI, *Studi* (cit.), 54 sagt gerade, daß „nulla ... ci sembra tanto poco fondato quanto il ritenere che il prestito marittimo sostituisse nell'antichità l'assicurazione“. Vgl. noch G. PURPURA, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, Annali Palermo 39 (1987), 191. Nach GOLDSCHMIDT, a.a.O. 357⁷³ hatten auch die Stipulationen mit der Klausel *si navis ex Asia venerit* usw. Versicherungsfunktion; HUVELIN, a.a.O. 95 schreibt dem *collegium funeraticium* den Charakter „assurance mutuelle“, sogar

Haftung²⁰ und sonstiger modernen Rechtsinstitute nachzuweisen²¹. Hierbei ist es selbstverständlich durchaus notwendig, auf die oft erheblichen Differenzen des wirtschaftlich-gesellschaftlichen Hintergrundes der zu vergleichenden juristischen Konstruktionen Rücksicht zu nehmen.

4. Es ist auch möglich, das römische Handelsrecht als die juristische Infrastruktur oder mit einem — in den osteuropäischen Ländern früher so oft benutzten — marxistischen Ausdruck gesagt, als den juristischen „Überbau“ des Handels im antiken Rom zu betrachten, und das römische Handelsrecht dementsprechend nachträglich, auf kreative Weise aufzubauen. Das ist, was manche Althistoriker von den Römischrechtlern in dieser Hinsicht eigentlich erwarten²². Diese Annäherungsweise wird z.B. von Albertario angewendet, der in den Kreis des römischen Handelsrechts praktisch alle Einrichtungen des allgemeinen Privatrechts aufnimmt, die im Handel Anwendung finden, so z.B. die *traditio clavium*, das *depositum irregulare*, aber auch die Konsensualverträge²³. Albertario begründet diese Methode damit, daß die Regelung der Handelsverhältnisse in Rom — abweichend von dem mittelalterlichen oder von dem modernen Handelsrecht, ähnlich aber dem schweizerischen, dem englischen und dem amerikanischen Recht — nicht durch die Ausgestaltung eines Sonderrechts, sondern durch die Anpassung der gemeingültigen Rechtsinstitute erfolgte²⁴. Zu dieser Ansicht steht in der neueren

meint er, daß die das *periculum* betreffenden Vereinbarungen im allgemeinen als Versicherung zu betrachten seien („Il semble que de telles conventions soient de vraies assurances“, siehe a.a.O. 96; siehe ähnlicherweise A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticae*, Torino 1974², 91), obwohl HUVELIN, a.a.O. 113 hinzufügt, daß „si le principe juridique de l'assurance existait, son principe économique n'avait pas été réalisé“.

²⁰ A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo «manager» in Roma antica*, Milano 1984, insbesondere 386f.

²¹ GOLDSCHMIDT, a.a.O. 79 meint, daß im antiken Rom „die meisten wichtigen Geschäftsarten des heutigen Verkehrs bestanden haben, nur nicht durch besondere technische Bezeichnungen ausgezeichnet, weil die abstrahierende Jurisprudenz sie unter die allgemeinen Rechtskategorien stellte“.

²² Siehe in diesem Sinne die Buchbesprechung von Zs. HOFFMANN zu A. Földi, *Kereskedelmi jogintézmények a római jogban* [= Handelsrechtliche Institute im römischen Recht], Aetas 2000/3, 198ff (ung.).

²³ E. ALBERTARIO, *Istituti commerciali del diritto romano*, in: Atti dell'Istituto Nazionale delle Assicurazioni 6 (1934), 7ff.

²⁴ ALBERTARIO, a.a.O. 4.

Literatur eine Stellungnahme von Bruce Frier nahe, der meint, daß die den Weinkauf betreffenden besonderen Regeln einen wichtigen Bestandteil des römischen Handelsrechts bildeten²⁵. Diese Methode wirft aber zwei grundlegende Probleme auf: (1) es ist zu klären, ob das auf diese Weise konzipierte römische Handelsrecht nur den eigentlichen Handel betrifft (wie das mittelalterliche *ius mercatorum*), oder auch weitere, eventuell alle gewerblichen Tätigkeiten einzubeziehen sind²⁶; (2) auch wenn man dabei nur die den Handel betreffenden Rechtsinstitute berücksichtigt, wird das auf diese Weise konzipierte römische Handelsrecht noch immer allzu weit, sogar uferlos²⁷.

5. Die am meisten verbreitete, sogar die in der Fachliteratur fast ausschließlich herrschende Annäherungsweise betrachtet das römische Handelsrecht als Sonderprivatrecht des Handels. In diesem Sinne kommt in den Forschungen hinsichtlich des römischen Handelsrechts das sog. objektive System des Handelsrechts zur Geltung. Diese herrschende Forschungsrichtung ist auch noch heute in erheblichem Maße durch das bereits erwähnte berühmte Werk von Goldschmidt beeinflusst, in dem das Handelsrecht auch in Bezug auf das antike Rom als „dem Sonderrecht des Handels angehörige Rechtssätze und Rechtsinstitute“ definiert wird. Auch Fadda geht davon aus, daß im römischen Recht verhältnismäßig viele Sonderregeln für den Handel ausgestaltet wurden²⁸. Aber auch diese anscheinend objektive Annäherungsweise garantiert es nicht, daß der Kreis der als handelsrechtlich geltenden Rechtsinstitute bei den einzelnen Verfassern übereinstimmend festgesetzt wird. Huvelin und Castro Corrêa zählen z.B. auch die Litteralkontrakte und das Rekuperatorenverfahren zum römischen Handelsrecht, Biscardi erwähnt unter „des pratiques et institutions commerciales“ des römischen Rechts auch die Schiffsmiete, obwohl er vermeidet,

²⁵ B. W. FRIER, *Roman law and wine trade*, SZ 100 (1983), 290.

²⁶ Etwa im Sinne des von HAMEL—LAGARDE, *Traité de droit commercial*, 1954, I, n. 144 (zitiert nach RIPERT—ROBLOT, a.a.O. 5) eingeführten Begriffs „droit des affaires“.

²⁷ Hierbei läßt sich auf die extreme Auffassung von L. VON STEIN (*Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaften*, 1876, 242) hinweisen, nach der die Berücksichtigung der *bona fides* als der einzige handelsrechtliche Satz des römischen Rechts gelte, vgl. GOLDSCHMIDT, a.a.O. 83¹¹¹.

²⁸ FADDA, a.a.O. 48.

prononciert über römisches Handelsrecht zu sprechen²⁹, Gábor Hamza behandelt im Rahmen der handelsrechtlichen Institute des römischen Rechts auch die *arrha*³⁰.

Diese Differenzen sind nicht nur darauf zurückzuführen, daß viele Forscher versäumten, diejenige Kriterien explizit und eindeutig festzustellen, aufgrund derer ein Rechtsinstitut als „handelsrechtlich“ gilt. Es handelt sich vielmehr darum, daß keine solchen Kriterien vorhanden sind, aufgrund derer der Kreis der als handelsrechtlich geltenden Rechtsinstitute des römischen Rechts einheitlich festgesetzt werden könnte. Die Grenzen sind hierbei sehr ungewiß. Sind z.B. die Regeln bezüglich des Sklavenkaufs oder des *depositum irregulare* wirklich für eine Art Sonderrecht zu halten³¹? Über diese Probleme hinaus taucht auch bei dieser Annäherungsweise die vorher bereits erwähnte Frage auf, ob sich das aufgrund des objektiven Systems konzipierte römische Handelsrecht nur auf den eigentlichen Handel erstreckt, oder auch weitere gewerbliche Tätigkeiten einzubeziehen sind. Nach alledem ist es kein Zufall, es ist eher notwendig, daß die Anwendung des Grundgedanken des objektiven Systems tatsächlich weitgehend subjektiv durchgeführt wird, und dementsprechend in vielerlei Hinsicht verschiedene Lösungen zum Erfolg hat.

6. Man könnte freilich sagen, *varietas delectat*. Aber diese sog. objektive Annäherungsweise scheint auch von einem anderen Gesichtspunkt aus bedenklich zu sein. Man hat sich vor Augen zu halten, daß sich das Handelsrecht im Mittelalter als Sonderrecht der Großhändler entfaltete³². Dementsprechend war das Handelsrecht sowohl ursprünglich als auch später kein sich auf den Handel beziehendes Sonderrecht, sondern vielmehr ein *ius singulare* oder

²⁹ BISCARDI, *Introduction* (cit.), 42.

³⁰ G. HAMZA, *Comparative law and antiquity*, Budapest 1991, 155f.

³¹ GOLDSCHMIDT, a.a.O. 77⁸⁷ hält den „handelsrechtlichen Ursprung“ der *societas*, der *litterarum obligatio* und des *edictum aedilicium* für zweifelhaft. MONTANARI, *Impresa e responsabilità*, 6 meint, daß bezüglich der Handelsgesellschaften seit der spätrepublikanischen Zeit allmählich ein „embrionale diritto commerciale romano“ entfaltetete. Diese Folgerung scheint aber übertrieben zu sein, da die meisten von Montanari behandelten Regeln kein *ius speciale* darstellen (Ausnahmen: *societas exercitorum, argentariorum, publicanorum*).

³² COING, a.a.O. I, 519. Diesbezüglich sagt GOLDSCHMIDT, a.a.O. 239: „[d]ie Handelsinstitute sind überwiegend im Seegroßhandel entstanden und — wenn überhaupt — auf den Binnenverkehr nur übertragen“.

ius speciale, das sich auf eine professionelle Schicht erstreckte³³. Auf den an die Struktur des feudalen Rechtssystems gut passenden schichtenspezifischen Charakter des mittelalterlichen Handelsrechts weist der Ausdruck *ius mercatorum* anschaulich hin³⁴. Das Handelsrecht erschien auch noch im preußischen Allgemeinen Landrecht (1794) als Standesrecht.

Eine Änderung erfolgte dabei erst am Anfang des XIX. Jahrhunderts, und zwar mit dem Zustandekommen des napoleonischen *Code de commerce*. Offensichtlich nicht unabhängig von der Idee der *égalité*³⁵ stellt das Handelsrecht im französischen Handelsgesetzbuch (1807) nicht mehr das Recht der registrierten Kaufleute (*marchands*)³⁶, sondern das Recht der Handelsgeschäfte (*actes de commerce*) dar³⁷. Auf diese Weise kam in Frankreich anstatt des subjektiven das objektive System des Handelsrechts zur Geltung, auch wenn für die handelsrechtlichen Verhältnisse auch der von dem *Code de commerce* anstatt des *marchand* eingeführte³⁸ Begriff des *commerçant* eine gewisse

³³ Für die Anwendung des Handelsrechts durch die Handelsgerichte (*curia mercatorum*) war anfangs nötig, daß die Prozeßparteien Mitglieder einer Innung (Korporation) seien. Später erstreckte sich die Befugnis der Handelsgerichte auf die nicht eingetragenen sowie auf die ausländischen Händler, letzten Endes verzichtete man darauf, daß der Kläger überhaupt Händler gewesen sei (siehe HILAIRE, a.a.O. 38f.). GALGANO (a.a.O. 37f.) meint sogar, wohl aufgrund anderer Quellen, daß es für die Anwendung des *ius mercatorum* genügte, wenn mindestens eine der im Rechtsverhältnis teilnehmenden Parteien — also entweder der Kläger oder der Angeklagte — Händler war; in diesem Fall wurde die andere Partei aufgrund einer Fiktion als Händler betrachtet. Auf diese Weise vermochte die Geltung des von den Händlern geschaffenen Handelsrechts auf alle sonstigen gesellschaftlichen Klassen erstrecken. GOLDSCHMIDT (a.a.O. 172) weist in dieser Hinsicht darauf hin, daß die Jurisdiktionsgrenzen sogar innerhalb der einzelnen Stadtgemeinden nach politischen und anderweitigen Wandelungen schwankten. Siehe noch GOLDSCHMIDT, a.a.O. 240⁹ mit interessanten Quellenangaben.

³⁴ Der Ausdruck *ius mercatorum* gehörte zur gelehrten Rechtssprache und wurde vor allem von den Kommentatoren (Bartolus, Baldus) benutzt, siehe GALGANO, a.a.O. 38. Zum Ursprung dieses Ausdrucks siehe H. PIRENNE, *Le „jus mercatorum“ au Moyen Age*, RHD 1926, 564f.

³⁵ Vgl. RIPERT—ROBLOT, a.a.O. 4f.

³⁶ Die Kaufleute wurden in der französischen Rechtssprache bis dahin *marchands* genannt, siehe HILAIRE, a.a.O. 138.

³⁷ So GALGANO, a.a.O. 98ff. RIPERT—ROBLOT, a.a.O. 5f. weisen aber darauf hin, daß diese kategorische Bewertung, die auf die klassischen Verfasser der *école exégétique* zurückgeht, die Wirklichkeit vereinfachte, vgl. Fn. 39.

³⁸ HILAIRE, a.a.O. 147

Bedeutung hatte³⁹. Bekannterweise trat in Italien im Jahre 1866 ein vom *Code de commerce* (unmittelbar aber vom *Codice di commercio albertino* — 1842) inspiriertes Handelsgesetzbuch in Kraft⁴⁰.

Was Deutschland und Österreich angeht, war der Gedanke des objektiven Systems in der zweiten Hälfte des XIX. Jahrhunderts auch in diesen Ländern einflußreich. Hierbei ist es nicht nur an den Einfluß der Auffassung von Goldschmidt zu denken, sondern auch an das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB — 1861), das teilweise die Ansicht von Goldschmidt widerspiegelte⁴¹. Das ADHGB übte später, wie bekannt, großen Einfluß auf den italienischen *Codice di commercio* (1882)⁴².

In einem solchen geistigen Milieu erschienen die ersten dem römischen Handelsrecht gewidmeten Aufsätze und Monographien. Die sich in diesen Werken manifestierende objektive Annäherungsweise scheint deshalb nicht auf rechtshistorische Überlegungen, sondern vielmehr auf die damals herrschende objektive Auffassung des Handelsrechts begründet zu sein.

Auf diese Weise kam eine sozusagen versteinerte Tradition in der römischrechtlichen Literatur zustande, nach der das römische Handelsrecht aufgrund des objektiven Systems zu betrachten ist. Daran konnte auch die Tatsache nicht ändern, daß das Handelsgesetzbuch des Deutschen Reichs (HGB — 1897) wieder das subjektive System zur Geltung gebracht hat, und dementsprechend wird das Handelsrecht in Deutschland seitdem als Sonderprivatrecht der Kaufleute aufgefaßt⁴³.

7. Überlegt man die oben Gesagten, so scheint es gar nicht notwendig zu sein, die römischen Wurzeln des Handelsrechts

³⁹ Siehe Art. 631, Abs. 1 und 2 des *Code de commerce*. Dementsprechend ist das System des *Code de commerce* eher für gemischt als für rein objektiv zu halten. In diesem Zusammenhang ist es zu bemerken, daß der *Code de commerce* im Grunde genommen den beiden handelsrechtlichen *Ordonnances* Ludwigs XIV. folgte, siehe G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris 1951², 16 (zitiert nach GALGANO, a.a.O. 108²³); RIPERT—ROBLLOT, a.a.O. 6; BÜRGE, *Der Code de commerce* (cit.), 122.

⁴⁰ C. PASTERIS, *Diritto commerciale*, NDI V (1960), 815.

⁴¹ H. SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, Heidelberg 1996⁸, 151f.

⁴² GALGANO, a.a.O. 97, 102.

⁴³ Siehe z.B. K. H. CAPELLE—C. W. CANARIS, *Handelsrecht*, München 1985²⁰, 1; SCHMIDT, a.a.O. 3.

aufgrund des erst im XIX. Jahrhundert entstandenen und auch heute nicht überall anerkannten objektiven Systems darzustellen. Sucht man die Spuren des Handelsrechts in der römischen Welt, d.h. möchte man einen einigermaßen anachronistischen Gesichtspunkt in die Vergangenheit projizieren, so ist dies eine an und für sich bedenkliche Unternehmung, wobei gesteigerte Vorsicht nötig ist. Wie der Arzt bei einer Transplantation, angesichts der möglichen Immunreaktionen, nicht nur gesunde, sondern auch speziell geeignete Gewebe anwenden soll, so ist es auch bei der rechtshistorischen Retroprojektion wünschenswert, solche Annäherungsweisen zu bevorzugen, die den Verhältnissen der analysierten Epoche möglichst entsprechen. Hinsichtlich des Problems des römischen Handelsrechts entspricht diesem Erfordernis meines Erachtens nicht die objektive Methode, sondern vielmehr die Annäherung aufgrund des subjektiven Systems. Dementsprechend meine ich, daß das römische Handelsrecht als Sonderprivatrecht der Kaufleute zu betrachten ist.

Nähern wir uns dem Problem auf diese Weise an, so erfahren wir, daß das römische Handelsrecht nicht schlechthin die Kaufleute, etwa die *mercatores* oder die *negotiatores* betraf, sondern vielmehr gewisse kaufmännische Berufsschichten: die Schiffer, die Herbergswirte, die Bankiers und die Unternehmer der *tabernae*. Die meisten schichtenspezifischen Rechtseinrichtungen beziehen sich zweifelsohne auf die Schiffer, wie die *actio oneris aversi*, die *actio exercitoria*, das *foenus nauticum (pecunia traiectica)* und die *lex Rhodia de iactu*. Es gibt drei Rechtsinstitute, die sowohl bezüglich der Schiffer als auch der Herbergswirte anzuwenden waren, nämlich die beiden *actiones in factum adversus nautas caupones stabularios*, und das *receptum nautarum cauponum stabulariorum*. Hinsichtlich der *argentarii* gab es eine Reihe von Sonderregeln (Editionspflicht, Kompensationspflicht, gesamtschuldnerische Haftung der *socii argentarii*⁴⁴, usw.), unter denen das *receptum argentariorum* hervorragt. Schließlich waren es wahrscheinlich die Unternehmer der *tabernae*, bezüglich derer die

⁴⁴ Zur gesamtschuldnerischen Haftung der *socii argentarii* siehe aus der neueren Literatur A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana*, Napoli 1991, 313ff.; anders A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, SZ 104 (1987), 526.

actio institoria und die *actio tributoria* ursprünglich eingeführt worden waren, obwohl diese Klagen später fast auf alle Unternehmer ausgedehnt wurden. Auf dieses letztere Problem werde ich bald eingehen. Erstaunlich ist diese Annäherungsweise in der römischrechtlichen Fachliteratur kaum zu begegnen. Eine ähnliche Auffassung ist mir nur aus der das hellenistische Recht behandelnden Fachliteratur bekannt, insoweit Josef Partsch nicht über Handelsrecht, sondern über Kaufmannsrecht sprach⁴⁵. In dieser Hinsicht gibt es eher negative Stellungnahmen. Einige Verfasser weisen z.B. darauf hin, daß im antiken Rom die Voraussetzungen des personalen Partikularismus fehlten, und eben diese Tatsache ein Hindernis im Wege der Ausgestaltung des Handelsrechts bildete⁴⁶. Diese Reserven sind aber wohl unbegründet. Der Prätor konnte die Adressate der erwähnten schichtenspezifischen Sonderregeln auch mangels Handelsregister gut identifizieren. Übrigens wissen wir sehr wenig über die institutionellen Voraussetzungen des sog. personalen Partikularismus. Wir wissen z.B. nicht, aufgrund welcher Kriterien und von wem ein römischer Bankier als *argentarius* oder *nummularius* qualifiziert wurde⁴⁷. Diesbezüglich manifestiert sich in der Fachliteratur merkwürdigerweise wenig Interesse⁴⁸.

⁴⁵ J. PARTSCH, *Die alexandrinischen Dikaiomata*, Archiv für Papyrusforschung 6 (1920), 40 (zitiert nach HAMZA, *Comparative law* [cit.], 162).

⁴⁶ Siehe unten, Fn. 81.

⁴⁷ Nach J. MARQUARDT, *Römische Staatsverwaltung* II², Leipzig 1876, 63ff. bedurften die *argentarii* und die *nummularii* wahrscheinlich einer Concession, welche nur einer beschränkten Zahl von Personen erteilt wurde. A. F. ROSSELLO, *Argentarii. Studio di diritto commerciale romano*, Lanciano 1891 (dieses Buch wurde nicht veröffentlicht, ein Korrekturabzug ist aber in der Bibliothek des Instituts für Römisches Recht der Universität Rom „La Sapienza“, unter der Nr. Misc. B 237 befindlich), 73 sagt diesbezüglich nur soviel, daß die Notwendigkeit einer behördlichen Genehmigung für die Tätigkeit der *argentarii* „non si può nè affermare nè negare“. Auch J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain*, Rome 1987 gibt diesbezüglich keine ausreichende Auskunft. Der französische Gelehrte sagt (a.a.O. 14) nur soviel, daß „[a]u premier siècle de notre ère, seuls les *argentarii* et *coactores argentarii* avaient droit à ouvrir des comptes“, während diese Befugnis sonstigen Personen nicht zustand, wenn nicht schlechthin den *nummularii* vom II. nachchristlichen Jahrhundert ab. Andreau meint, daß nur die *argentarii* und die *coactores argentarii* richtige Bankiers waren (a.a.O. 16), aber in seiner Definition der Bank (a.a.O. 17) fehlt der Hinweis auf die Notwendigkeit einer staatlichen Genehmigung.

⁴⁸ Vgl. A. FÖLDI, *Dubbi e ipotesi in tema della terminologia relativa ai banchieri romani*, Mélanges Witold Wolodkiewicz, Warszawa 2000, I, 218.

8. Und jetzt kehre ich zum Problem der *actio institoria* und der *actio tributoria* zurück. Viele Romanisten haben darauf hingewiesen, daß diese beiden Klagen zusammen mit der *actio exercitoria* als handelsrechtliche Klagen gelten, während die sonstigen adjektivischen Klagen, namentlich die *actio quod iussu*, die *actio de peculio* und die *actio de in rem verso* einen allgemeineren Charakter aufzeigen. Vergleicht man aber die als handelsrechtlich geltenden adjektivischen Klagen miteinander, so kann man feststellen, daß die *actio exercitoria* nur bezüglich der Schiffer angestrengt werden konnte, während die *actio institoria* und die *actio tributoria* in Bezug auf alle anderen Unternehmer anzuwenden waren. Mit frischgebackenen neulateinischen Ausdrücken könnte man also die *actio exercitoria* als eine *actio commercialis specialis*, während die beiden anderen adjektivischen Klagen als *actiones commerciales generales* beschreiben. Auf den ersten Blick scheinen die *actio institoria* und die *actio tributoria* meiner Ausgangshypothese nicht zu entsprechen, insoweit diese Klagen die Kaufleute im allgemeinen, d.h. nicht nur gewisse kaufmännische Berufsschichten betrafen. Im weiteren möchte ich aber beweisen, daß ursprünglich sowohl die *actio institoria* als auch die *actio tributoria* nur gewisse kaufmännische Berufsschichten betrafen, also ursprünglich waren auch sie *actiones commerciales speciales*.

Was die *actio institoria* angeht, sagt Gaius in den Institutionen das folgende:

Gaius, *inst.* 4.71: *Ideo autem institoria vocatur, quia qui tabernae praeponitur, institor appellatur.*

Man kann auch auf weitere Klassikertexte hinweisen, wo die *taberna* als das typische, sozusagen *kat'exochén* Unternehmen im Anwendungskreis der *actio institoria* erwähnt wird⁴⁹. Es gibt ferner eine Ulpianstelle, die auf die — wahrscheinlich allmähliche —

⁴⁹ Siehe Gai. (*l.9 ad ed. prov.*) D.14.3.8pr. („*nam et plerique pueros puellasque tabernis praeponunt*“); Ulp. (*l.28 ad ed.*) D.14.1.1pr. („*qui institorem tabernae vel negotio praeponit*“); Paul. (*l. sing. de var. lect.*) D.14.3.18pr. („*institor est qui tabernae locove ad emendum vendendumve praeponitur quique sine loco ad eundem actum praeponitur*“). Das Wort *taberna* begegnet in der *sedes materiae* der *actio institoria* auch an den folgenden Stellen: D.14.3.5.10; 13; eod. 11.3.6; eod. 13.2; eod. 19.2.

Erweiterung des Geltungskreises der *actio institoria* auf *quaelibet aliae negotiationes* folgern läßt:

Ulpian (l.28 *ad ed.*) D.14.3.3pr.: *Institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet. nec multum facit, tabernae sit praepositus an cuilibet alii negotiationi.*

Die *taberna* wird ja von vielen Romanisten, unter anderem von Lenel und in der neueren Literatur von Di Porto und Krzynówek als Ausgangsfall der *actio institoria* angenommen⁵⁰. Nach alledem erstaunt es, daß dieser Gesichtspunkt von vielen anderen Romanisten so gut wie völlig außer Acht gelassen ist⁵¹. Was ist aber unter *taberna* zu verstehen? Mit diesem Wort bezeichnete man ursprünglich den aus Holzplatten (*trabes*)⁵² aufgebauten Geschäftsraum, daher auch den Laden. Später nahm das Wort auch die abstrakte Bedeutung ‘Betrieb’, ‘Unternehmen’ auf, deshalb nannte man gelegentlich [Ulp. (l.28 *ad ed.*) D.14.3.5.10; Ulp. (l.28 *ad ed.*) D.50.16.185] den Laden nicht einfach *taberna*, sondern *taberna instructa*⁵³.

⁵⁰ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, Leipzig 1927, 259; A. GUARINO, *Actiones adiecticiae qualitates*, NDI I/1 (1957), 272; G. LONGO, *Actio exercitoria — actio institoria — actio quasi institoria*, Studi Gaetano Scherillo, Milano 1972, 603; DI PORTO, a.a.O. 221. Ähnlich F. KLINGMÜLLER, *Institor*, RE IX (1916), 1564, der auch darauf hinweist, daß das Hauptwort *institor* aus dem Zeitwort *instare* stammt, und drückt aus, daß der *institor* ist „derjenige, der in der Bude eines Kaufmanns ... drinnsteht und dort die Geschäfte führt“. Von dieser Ansicht steht nicht weit J.-J. AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome*, Leiden—New York 1994, 7.

⁵¹ E. COSTA, *Le azioni ‘exercitoria’ e ‘institoria’ nel diritto romano*, Parma 1891, 30; G. HUMBERT, *Institoria actio*, in Daremberg—Saglio III, 1 (1900), 54; G. CERVENCA, *Institore*, NDI VIII (1962), 756f.; F. SERRAO, *Institore*, ED XXI (1971), 827ff.; F. SERRAO: *Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale*, Pisa 1989, p. 21ff. (immerhin beschäftigt sich Serrao eingehend mit dem Begriff der *taberna*).

⁵² Trotz der Erklärung [taberna < tabula] von Ulpian (D.50.16.183, vgl. *Isid. etym.* 15.2) siehe A. WALDE—J. B. HOFFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg 1938, s. v. *taberna*; vgl. auch H. WAGNER, *Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen*, Studi Arnaldo Biscardi III, Milano 1982, 393¹⁰, 397.

⁵³ J. KRZYNÓWEK, *Odpowiedzialność przedsiębiorcy (exercitor) w prawie rzymskim*, Warszawa 2000, 177. Unter *taberna instructa*, im Gegensatz zur *taberna* im Sinne ‘Handelsunternehmen’ (*impresa commerciale*), versteht SERRAO, *Impresa* (cit.), 23 das Handelsbetrieb (*azienda commerciale*). Anders WAGNER, a.a.O. 403.

Was den wirtschaftlichen Profil der *tabernae* angeht, lesen wir bei Heumann—Seckel, daß die *taberna* „insbesondere Bude oder Laden zum Betrieb eines Handels oder Gewerbes war“⁵⁴. Diese Definition entspricht zwar dem klassischen, aber nicht dem ursprünglichen Begriff der *taberna*. Wie Serrao, aufgrund zahlreicher Stellen des Plinius des älteren sowie juristischer und epigraphischer Quellen darauf hingewiesen hat, bedeutete die *taberna* anfangs⁵⁵ nur das Handelsunternehmen (*impresa commerciale*), während die Unternehmen der Handwerker (etwa der *fullones*) *officinae* genannt wurden⁵⁶. Ähnlicherweise sagt Kleberg, daß die *taberna* ursprünglich Laden (*boutique*) bedeutete⁵⁷. Noch konkreter läßt sich mit Herbert Wagner sagen, daß die *tabernae* anfangs vorzugsweise zum Warenverkauf angelegt wurden⁵⁸, und die sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeiten erst später mit dem Begriff der *taberna* verbunden wurden.

Die hervorragende Wichtigkeit der *taberna* als Ausgangsfall der *actio institoria* kann einerseits mit der erheblichen Rolle dieser Läden im Handelsverkehr, andererseits damit zusammenhängen, daß sich besonders viele juristische Probleme bezüglich der *tabernae* ergaben. Man kann sich etwa vorstellen, daß sich ein einfacher Handwerker mit den Kunden höchstpersönlich beschäftigte, und insoweit seine *officina* in seinem Wohnhaus eingerichtet war, konnte er auch das Verhalten seiner Familienmitglieder effektiv kontrollieren. Demgegenüber wurde die *taberna* eines Warenhändlers oft weit von seinem Wohnhaus angelegt, und bereits deshalb konnte er die Tätigkeit der *institores* weniger kontrollieren, geschweige denn er hielt sich wegen seiner Handelsreisen oft fern auf. Da sich aber auch die sonstigen Unternehmen wirtschaftlich und so auch organisatorisch entwickelten, und die *institores* erschienen sowohl in den Werkstätten der Handwerker als auch bei sonstigen Kaufleuten,

⁵⁴ H. HEUMANN—E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena 1907, s. v.

⁵⁵ Livius 1.35.10[i.f.] berichtet über *tabernae* um *Forum* bereits im Zeitalter des vierten Königs von Rom, Ancus Marcius (640-616 v. Chr.). Siehe auch Dion. Hal. 3.68 (zitiert nach V. CHAPOT, *Taberna*, in Daremberg—Saglio, V, 9¹³).

⁵⁶ SERRAO, *Impresa* (cit.), 23.

⁵⁷ T. KLEBERG, *Hôtels, restaurants et cabarets dans l'antiquité romaine*, Uppsala 1957, 19ff.

⁵⁸ WAGNER, a.a.O. 393.

mußte man den Anwendungskreis der *actio institoria* letzten Endes auf alle Unternehmer ausdehnen, doch mit der Ausnahme der Schiffer, bezüglich derer nach wie vor die *actio exercitoria* anzuwenden war.

9. Wie überraschend es auch scheinen kann, ist es anzunehmen, daß ursprünglich weder die Gasthäuser noch die Kontore der Bankiers als *tabernae* galten, da sich diese Unternehmer mit Warenverkauf weniger oder gar nicht beschäftigten. Es ist bereits ein Zeichen der Erweiterung der juristischen Bedeutung des Begriffes der *taberna*, wenn die klassischen Juristen über *taberna cauponia*⁵⁹ oder *taberna argentaria*⁶⁰ sprechen, die Gasthäuser wurden nämlich ursprünglich *caupona* oder *stabulum*⁶¹, während das Kontor des Bankiers *mensa argentaria* genannt.⁶² Bei Plautus begegnet das Wort *taberna* nie in der Bedeutung 'Bankkontor', wofür dieser Schriftsteller eher das Wort *mensa* benützt⁶³. Da diese Unternehmen ursprünglich nicht unter den Begriff der *taberna* gehörten, fand bezüglich dieser die *actio institoria* ursprünglich keine Anwendung⁶⁴. In diesem Zusammenhang ist es vielmehr anzunehmen, daß auf die *caupones*, die *stabularii* und die *argentarii* ursprünglich die *actio exercitoria* angewendet wurde. Für diese Annahme spricht jedenfalls diejenige Tatsache, daß diese

⁵⁹ Für *taberna cauponia* siehe Ulp. (*l.1 ad leg. Iul. et Pap.*) D.23.2.43pr.; Paul. (*l.4 ad Sab.*) D.33.7.13pr.

⁶⁰ Für *taberna argentaria* siehe Ulp. (*l.44 ad Sab.*) D.18.1.32.

⁶¹ Siehe KLEBERG, a.a.O. 23ff.; A. FÖLDI, 'Caupones' e 'stabularii' nelle fonti del diritto romano, Mélanges Fritz Sturm I, Liège 1999, 122ff.

⁶² Vgl. KLEBERG, a.a.O. 23; SERRAO, *Impresa* (cit.), 23.

⁶³ ANDREAU, a.a.O. 334, 449 erklärt diesen Wortgebrauch damit, daß Plautus das griechische Wort *trapeza* wortwörtlich übersetzte. Es ist weniger relevant, daß Livius für die Bezeichnung des Bankkontors das Wort *taberna* erstes Mal in der Darstellung des zweiten punischen Kriegs gebraucht (26.11.8; 26.27.2), er konnte nämlich den Wortgebrauch seiner eigenen Zeit in die Vergangenheit projizieren. Der älteste Schriftsteller, der das Wort *taberna* bezüglich der *argentarii* benutzte, war wohl Varro (*l. Lat.* 6.9).

⁶⁴ KRZYNÓWEK, a.a.O. 184ff. weist diesbezüglich darauf hin, daß die Tätigkeit der *argentarii* einen atypischen Fall der sog. *exercitio tabernae* darstellte, weil der Kauf- und der Mietsvertrag in der Tätigkeit des Bankiers so gut wie keine Rolle spielt (dies ist aber natürlich übertrieben gesagt worden). Dementsprechend meint der polnische Romanist, daß die *actio institoria* auf die Bankiers nur *per analogiam* erstreckt wurde. Auch PETRUCCI, a.a.O. 32 meint (aufgrund Gai. 4.71; D.14.3.5.3), daß „la mensa rappresenti un particolare tipo di *negotiatio*“, siehe auch a.a.O. 180.

Unternehmer in den Quellen manchmal als *exercitores* (*cauponae, stabuli, argentariae mensae*) bezeichnet werden, während dieser Ausdruck in den Quellen außer ihnen nur auf die Schiffer, aber keine sonstigen Berufsschichten benutzt wird⁶⁵. Ich nehme dementsprechend an, daß der Geltungskreis der *actio exercitoria* erst nachträglich auf die Schiffer eingeengt wurde. Mit Rücksicht auf diese und sonstige, hier nicht zu erörternde Gesichtspunkte ist es auch für möglich zu halten, daß mit dem rätselhaften Ausdruck *exercitor* ursprünglich nicht die Reeder, die Herbergswirte und die Bankiers selber, sondern ihre — in den klassischen Quellen bereits als *institores* erwähnte — Angestellten bezeichnet wurden⁶⁶.

10. Während diese Hypothesen ziemlich schwierig zu beweisen sind, belegen bezüglich der *actio tributoria* die Quellen selber, daß der Geltungskreis dieser Klage allmählich erweitert wurde. Gaius beginnt in seinen Institutionen das die *actio tributoria* erörternde *caput* mit den folgenden Worten:

⁶⁵ Siehe ausführlicher A. FÖLDI, *Die Entwicklung der sich auf die Schiffer beziehenden Terminologie im römischen Recht*, TR 63 (1995), 1ff.

⁶⁶ Die Argumente für diese Hypothese können wie folgt zusammengefaßt werden: (1) die diesbezüglichen Edikttexte sind nicht überliefert; (2) in den Ediktscommentaren (D.4.9.; D.47.5) stehen für den Ausdruck *exercitor* umständliche Umschreibungen; (3) das semantische Verhältnis unter den Wörtern *nauta, exercitor* und *magister* ist in mehreren Hinsichten problematisch, es kann aber mit meiner Hypothese gut erklärt werden, ebenso wie (4) die anscheinend widerspruchsvolle Bezeichnung der *actio exercitoria* und der *actio institoria*; (5) die voneinander verschiedenen *exercitor*-Definitionen von Gaius und von Ulpian sprechen für eine Entwicklung dieses Begriffs; (6) eine solche Bedeutungsentwicklung ist in der antiken lateinischen Sprache nicht beispieldlos, man denke etwa an das Wort *libertinus*; (7) in einer antiken Horazscholie werden *exercitor* und *institor* als zwei Arten des *negotiator* gegenübergestellt. Siehe ausführlicher FÖLDI, *Die Entwicklung* (cit.), 1ff. L. DE LIGHT, *Legal history and economic history: the case of the 'actiones adiecticiae qualitatis'*, TR 67 (1999), 206⁵, 219⁴⁹ kritisiert meine Hypothese als unbegründet und inelegant, er konnte aber meine Argumente nicht widerlegen. Demgegenüber hält KRZYNÓWEK, a.a.O. 33ff. meine Hypothese für plausibel, aund auch die sonstigen Zitierungen meiner "precisazioni terminologiche" (so A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹¹, Napoli 1997, 966) scheinen nicht ablehnend zu sein (siehe A. BÜRGE, *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung*, Darmstadt 1999, 176⁶⁴; E. HÖBENREICH, *Annona. Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung*, Graz 1997, 82¹¹²; É. JAKAB, *Vectura pro mutua*, SZ 117 [2000], 262⁶⁶).

Gaius, *inst.* 4.72: *Praeterea tributoria quoque actio in patrem dominumve constituta est, cum filius servusve in peculiari merce negotietur.*

Der Tatbestand der *actio tributoria* ist also die *negotiatio merce peculiari*. Diesen Begriff legte man ursprünglich ziemlich eng aus. Ulpian berichtet über die allmähliche Erweiterung des Geltungskreises der *actio tributoria* folgendermaßen:

Ulp. (1.29 *ad ed.*) D.14.4.1.1: *Licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones vel sarcinatores vel textores vel venaliciarios pertineat, tamen Pedius libro quinto decimo scribit ad omnes negotiationes porrigendum edictum.*

Wie diesem Zitat *a contrario* zu entnehmen ist, wurde die *actio tributoria* ursprünglich für den Warenverkauf vorgesehen. Die von Ulpian erwähnten, bis Pedius, also bis zum Anfang des II. nachchristlichen Jahrhunderts⁶⁷ umstrittenen Fälle betreffen nämlich einerseits die Handwerker, die mit ihren Kunden nicht Kaufverträge, sondern *locationes conductiones* schlossen, andererseits die Sklavenhändler, deren Ware, der Sklave nicht als *merx* galt, geschweige denn ihre Tätigkeit nicht in den *tabernae* ausgeübt wurde⁶⁸. Aufgrund des oben Gesagten halte ich es für möglich, daß der Ausgangsfall der *actio tributoria*, ähnlich dem ursprünglichen Anwendungskreis der *actio institoria*, die *negotiatio merce*, d.h. Warenkauf und Warenverkauf — vor allem oder schlechthin — im Rahmen einer *taberna* war⁶⁹.

11. Es ist zu bemerken, daß in den Lehrbüchern des römischen Privatrechts diese beiden Klagen sowie die sonstigen adjektivischen Klagen gewöhnlich kurz dargestellt werden. Um die wirtschaftliche Bedeutung dieser Rechtsinstitute richtig beurteilen zu können, muß man bedenken, daß die kaufmännischen Geschäfte im antiken Rom

⁶⁷ Vgl. C. GIACCHI, *Per una biografia di Pedio*, SDHI 62 (1998), 69ff.

⁶⁸ Für den Sklavenverkauf siehe É. JAKAB, „*Praedicere*“ und „*cavere*“ beim *Marktkauf*, München 1997, passim, insbesondere 10ff., 32ff.

⁶⁹ Ähnlich KRZYNÓWEK, a.a.O. 181. Anders T. J. CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto de tributoria actione* (= Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei. Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche, Memorie. Serie IX, III 4), Roma 1993, 330, die meint, daß der Ausgangsfall der *actio tributoria* der Warenkauf war, und nimmt an, daß das Kriterium der in einer *taberna* durchgeführten Tätigkeit erst später auftauchte.

zum großen Teil von Sklaven, nämlich von *institores* und „*negotiatores*“ *in potestate* betrieben wurden⁷⁰.

12. Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß sich der Anwendungskreis der *actio institoria* und der *actio tributoria* infolge der allmählichen Erweiterung letzten Endes auf alle Unternehmer erstreckte, die Schiffer blieben jedoch ausgenommen. Was die Schiffer angeht, fand bei ihnen anstatt der *actio institoria* nach wie vor die *actio exercitoria* Anwendung, während die Geltung der *actio tributoria* im spätklassischen Recht in der Form der *actio quasi tributoria* auch auf sie ausgedehnt wurde⁷¹. Zu den bis jetzt Gesagten ist es kaum nötig hinzuzufügen, daß der Geltungskreis der *actio institoria* im spätklassischen Recht Dank der Erschaffung der *actio quasi institoria* noch erheblicher, weit über die Handelsverhältnisse hinaus ausgedehnt wurde.

Diese allmähliche Verallgemeinerung des ursprünglich engen Anwendungskreises eines Rechtsinstitutes ist auch in der neueren Privatrechtsgeschichte ein gut bekanntes Phänomen. Die bahnbrechende Rolle, was dabei eben die handelsrechtlichen Rechtsinstitute spielen, ist ebenso gut bekannt. Was hier besonders bemerkenswert ist, ist der lange Weg der Entwicklung der *actio institoria*, von dem Anfangsstadium des *ius commerciale speciale* (die sich auf die *tabernae* erstreckende *actio institoria*) über das *ius*

⁷⁰ Vgl. GOLDSCHMIDT, a.a.O. 60f; TH. MOMMSEN, *Römische Geschichte*, I⁵, Berlin 1868, 450; L. FRIEDLÄNDER, *Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms*, I⁵, Leipzig 1881, 265. Diese Verfasser weisen auch auf die hervorragende Rolle der Freigelassenen im römischen Handel hin. Bezüglich der Freigelassenen ist es aber mit K. VISKY, *L'affranchi comme "institor"*, BIDR 83 (1980), 219f. anzunehmen, daß sie im allgemeinen nicht als *institor* präponiert wurden, sondern sie übten ihre Handelstätigkeit aufgrund der *operae officiales*, damit der Patron für sie keine Haftung trüge. Es fällt jedenfalls auf, daß ein Sklave als *exercitor (negotiator) in potestate* eine grössere wirtschaftliche Autonomie hatte, als der Freigelassene, den der Patron zum *institor* präponierte (mindestens so A. FÖLDI, *Remarks on the legal structure of enterprises in Roman law*, RIDA 43 [1996], 188; A. FÖLDI, *La responsabilità dell'avente potestà per atti compiuti dall' 'exercitor' suo sottoposto*, SDHI 64 [1998], 199, anders AUBERT, a.a.O. passim; CHIUSI, a.a.O. passim; A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano*, Ricerche dedicate a Filippo Gallo, Torino 1997, III, 430⁵⁵, nach deren Ansicht zwischen der Stellung des *institor* und des *negotiator in potestate* kein wesentlicher Unterschied zu konstatieren sei). Diese auf den ersten Blick vielleicht seltsam anscheinende Differenz ist wohl damit zu erklären, daß der Herr die Gewaltunterworfenen doch effektiver kontrollieren konnte, als die Freigelassenen.

⁷¹ Paul. (*l.6 brev.*) D.14.1.6pr.

commerciale generale (die sich allmählich auf die *omnes negotiationes* erstreckende *actio institoria*) zum *ius privatum generale* (*actio quasi institoria*).

13. Letzten Endes könnte man mit einer gewissen Übertreibung sagen, daß das römische Handelsrecht, verglichen mit dem mittelalterlichen, kein *ius mercatorum*, sondern ein *ius exercitorum* war. Die Übertreibung ist damit verbunden, daß das Wort *exercitor* in den Quellen vorzugsweise für die Schiffer, darüber hinaus auch für die Herbergswirte und die Bankiers, aber auf gar keine weiteren Berufsschichten benutzt wurde. Der Ausdruck *exercitor tabernae* gilt als eine Erfindung der späteren Literatur, der in den Quellen nicht belegt ist⁷². Bei diesem Vergleich läßt sich noch bemerken, daß die Regeln des „römischen Handelsrechts“ vor allem von den Prätores und in erster Linie zum Schutz der Klienten erschaffen wurden, während das mittelalterliche *ius mercatorum* von den Kaufleuten selber, d.h. von den Handelsgerichten gewohnheitsrechtlich ausgestaltet wurde⁷³, und die Regelung der Handelsverhältnisse erst im XVI. Jahrhundert vom Staat übernommen wurde⁷⁴.

14. Habe ich bis jetzt über römisches Handelsrecht gesprochen, so habe ich es einfachheitshalber getan. Anstatt römischen Handelsrechts sollte man eher über gewisse schichtenspezifische Rechtseinrichtungen und Regeln des römischen Rechts sprechen. Die Existenz dieser Normengruppe und ihre Differenz von den allgemeinen Regeln kann auch in ontologischem Sinne konstatiert

⁷² O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* I-II, Leipzig 1885-1901, II, 1126 richtet die Aufmerksamkeit darauf, daß das römische Recht keine, dem *exercitor* entsprechende allgemeine technische Bezeichnung für denjenigen Unternehmer hatte, der einen *institor* präponierte. Der von COSTA, a.a.O. 32, S. SOLAZZI, *Scritti di diritto romano* I-VI, Napoli 1955-1972, IV, 250 und G. HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, Index 9 (1980), 204 verwendete Ausdruck *exercitor tabernae* ist ebenso quellenfremd, wie die von DI PORTO, a.a.O. 20 und KRZYNÓWEK, a.a.O. 175 gebrauchten Ausdrücke *exercitio tabernae*, *negotiationis* (das Wort *exercitio* wird in den Quellen nur bezüglich der Schifffahrt benutzt). Ebenso unrichtig ist die Stellungnahme von A. WACKE, *Die adjektivischen Klagen im Überblick*, SZ 111 (1994), 299, nach der „*exercitor* heißt jeder, der ein Gewerbe betreibt“, sowie der ähnliche Standpunkt von AUBERT, a.a.O. 87.

⁷³ Siehe HILAIRE, a.a.O. 28ff.; GALGANO, a.a.O. 35ff. In diesem Zusammenhang spricht Galgano über die „*rivoluzione giuridica della classe mercantile*“.

⁷⁴ Siehe HILAIRE, a.a.O. 59ff.; GALGANO, a.a.O. 71ff.

werden. Im Obigen habe ich selbstverständlich nur die wichtigsten schichtenspezifischen Regeln — die keine sporadischen Regeln sind, sondern vielmehr als “Rechtsinstitute“ betrachtet werden können — des römischen Rechts überblickt. Es gibt auch weitere Berufsschichten, bezüglich derer in den Quellen, insbesondere in den nachklassischen Kaiserkonstitutionen besondere Regeln befindlich sind⁷⁵. Schlägt man den *Codex Theodosianus* bzw. den *Codex Iustinianus* auf, so findet man *tituli* mit den folgenden Titeln: *De pistoribus et catabolensibus* (CTh.14.3 [a. 319-417]; vgl. C.11.16: *De pistoribus* [a. 457-465]); *De suariis, pecuariis et susceptoribus vini ceterisque corporatis* (CTh.14.4 [a. 334-419], vgl. C.11.17: *De suariis et susceptoribus vini et ceteris corporatis* [a. 395-397]); *De suariis, boariis et pecuariis* (Nov.Val.36 [a. 452]); *De metallis et metallariis* (CTh.10.19, [a. 320-424], vgl. C.11.7: *De metallariis et metallis et procuratoribus metallorum* [a. 365-424]). Die unter diesen Titeln befindlichen sporadischen Regeln sind aber öffentlichrechtlichen Inhalts, jedenfalls haben sie mit dem Handelsrecht wenig zu tun. Dies gilt noch mehr für diejenige Regeln, die die Arbeiter der staatlichen Betriebe betreffen⁷⁶. Allerdings bestätigt auch dieser Überblick die Erfahrung, daß die schichtenspezifischen Regeln des römischen Rechts, auch im Kreise des *ius publicum*, nicht die Kaufleute im allgemeinen, sondern vielmehr bestimmte kaufmännische Berufsschichten betrafen.

Es gibt immerhin einige Regeln — es handelt sich wieder um nachklassische Kaiserkonstitutionen — deren Adressate merkwürdigerweise die *mercatores* bzw. die *negotiatores* sind. Solche Kaiserkonstitutionen befinden sich vereinzelt bereits im *Codex Theodosianus* (siehe CTh.13.1 *passim* [a. 356-418])⁷⁷, während im *Codex Iustinianus* bereits ein selbständiger Titel *De*

⁷⁵ In diesem Zusammenhang stellt GOLDSCHMIDT, a.a.O. 89 fest, daß in „der spätern Kaiserzeit ein kaufmännisches oder gewerbliches Standesrecht“ ausgestaltete. Solche öffentlichrechtliche Sonderregeln gab es aber bereits in der republikanischen Zeit, siehe z.B. die *lex Metilia de fullonibus* vom Jahre 217 v. Chr. (siehe G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912, 252).

⁷⁶ Vgl. R. BRÓSZ, *Nem teljes jogú polgárok a római jogforrásokban* [= Nichtvollberechtigte Bürger in den römischen Rechtsquellen], Budapest 1964, 136ff.

⁷⁷ Merkwürdig sind dabei die Ausdrücke *omnes mercatores* (CTh.13.1.11 [a. 379] und *omnes negotiatores* (CTh.13.1.18 [a. 400]).

commerciis et mercatoribus (C.4.63 [a. 364-409]) befindlich ist. Dies ist aber noch immer öffentliches Recht, und kein Handelsrecht⁷⁸.

15. Kehren wir zu denjenigen schichtenspezifischen Normen des römischen Rechts zurück, die handelsrechtlichen Charakters sind. Über diese Normen läßt sich im allgemeinen feststellen, daß sie nie, nicht einmal im justinianischen Recht ein unabhängiges Segment des Rechtssystems bildeten. Es gibt zwar einige Anzeichen der Bestrebung, daß die römischen Juristen die handelsrechtlichen Normen nebeneinander behandelten⁷⁹. Diese Bestrebung vermochte aber diejenige Stufe nicht erreichen, wobei man über ein unabhängiges Handelsrecht sprechen kann. Dabei ist es ein zusätzliches Problem, daß die „handelsrechtlichen“ Normen des römischen Rechts nicht die Kaufleute im allgemeinen, sondern nur bestimmte Berufsschichten betrafen.

Im römischen Recht existierte zwar ein solcher schichtenspezifischer Normenstoff, dabei sowohl ganze Rechtsinstitute als auch einzelne Rechtssätze⁸⁰, aus dem die römischen Juristen mindestens ein „pointillistisches“ — also für bestimmte kaufmännische Berufsschichten, vor allem für die Schiffer geltende — Handelsrecht hätten schaffen können, dazu kam es jedoch nicht. Das Ausbleiben der Segregation der handelsrechtlichen (also schichtenspezifischen) Normen läßt sich auf zahlreiche Ursachen zurückführen. In der Fachliteratur findet

⁷⁸ Ich schreibe keine besondere Bedeutung derjenigen Tatsache zu, daß die Wörter *mercator* und *negotiator* auch in den Schriften der vorklassischen und klassischen Juristen auftauchen (siehe z.B. Alf., *l.5 dig. a Paul. epit.* D.19.2.31; oft mit einem Attribut ergänzt, siehe z.B. Scaev., *l.1 regul.* D.50.4.5pr.: *mercatores olearii*; Scaev., *l.2 resp.* D.38.1.45: *negotiator vestiarius*; Paul., *l.1 resp.* D.50.5.9.1: *negotiator frumentarius*). In diesem Zusammenhang läßt sich bemerken, daß das Wort *negotiator* manchmal den *praepositus* bezeichnet, siehe z.B. Marcian., *l.7 inst.* D.32.65pr.

⁷⁹ Nach der Ansicht von E. VALIÑO, *Las «acciones adiecticiae qualitatis» y sus relaciones básicas en derecho romano*, AHDE 37 (1967), 345 wurde die *actio tributoria* im *Edictum perpetuum* und dementsprechend in den Digesten aufgrund ihres handelsrechtlichen Charakters neben der *actio exercitoria* und der *actio institoria* gestellt. VALIÑO, a.a.O. 344 weist ferner auch darauf hin, daß die Placierung des Digestentitels *De lege Rhodia de iactu* (D.14.2) nach dem Titel *De exercitoria actione* von der Bestrebung nach der Systematisierung der seerechtlichen Regeln motiviert wurde.

⁸⁰ Vgl. GOLDSCHMIDT, a.a.O. 71.

man diesbezüglich seit Goldschmidt viele wertvolle Feststellungen⁸¹. Meinerseits würde ich drei wichtige, aber in der Fachliteratur oft außer Acht gelassene Faktoren hervorheben:

(1) Die Ansprüche auf eine besondere Regelung der Handelsverhältnisse manifestierten sich im antiken Rom nicht auf allgemeiner Ebene, etwa bezüglich der Kaufleute, sondern auf der Ebene konkreter Fälle. Die Prätores und die sonstigen Faktoren der römischen Rechtsentwicklung reagierten auf die Ansprüche des Lebens nicht aufgrund einer theoretisch fundierten Rechtspolitik, sondern vielmehr trafen sie Maßnahmen aus aktuellem Anlaß. Diese Methode der Rechtsentwicklung förderte keineswegs die Ausgestaltung des Handelsrechts.

(2) Die Kaufmannsschicht war in Rom in jeder Hinsicht (nach Abstammung, Vermögen, gesellschaftlicher Beurteilung) sehr heterogen⁸², und sie konnte bereits deshalb nicht einem einheitlichen juristischen Begriff zugrundeliegen. Damit hängt es zusammen, daß es in der lateinischen Sprache keinen einheitlichen Ausdruck für die Kaufleute gab⁸³. Bereits deshalb war es

⁸¹ GOLDSCHMIDT, a.a.O. 71 hebt in dieser Hinsicht den „energischen Abstraktions- und Centralisierungstrieb“ der Römer hervor. (Hinter dieser Eigenschaft, worauf auch

F. WIEACKER, *Vom römischen Recht*², Stuttgart 1961, 9 hinweist, steht wohl der mit dem starken Formkonservatismus verbundene Formsparsamkeit der Römer, vgl. F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München—Leipzig 1934, 4.) E. THALLER, *De la place du commerce dans l'histoire générale*, Annales de droit commercial 1892 (siehe dazu HUVELIN, a.a.O. 79ff.) hebt den Mangel an Handelsgesellschaften hervor, FADDA, a.a.O. 49 die Flexibilität („duttilità“) des klassischen römischen Rechts. HUVELIN, a.a.O. 81 weist vor allem auf die Tatsache hin, daß das *ius gentium* inneres Recht wurde, ALBERTARIO, a.a.O. 5f. auf die zentrale Rolle des *ius gentium* und der *fides*. HAMZA, *Comparative law* [cit.], 173 hebt den Mangel an den gesellschaftlichen Voraussetzungen des personalen Partikularismus im antiken Rom hervor. GALGANO, a.a.O. 24 hält jene Tatsache für ursächlich, daß die römischen Kaufleute wesentlich im Dienste der Grundbesitzer standen, und als Gesellschaftsschicht keine autonome politische Rolle spielten.

⁸² Eine besonders ungünstige Stellung hatten die Sklavenhändler, vgl. JAKAB, *Praedicere* (cit.), 16ff. Für die erhebliche Heterogenität der Bankierschicht siehe G. MASELLI, *Argentaria. Banche e banchieri nella Roma repubblicana*, Bari 1986, 125ff., der auch darauf hinweist, daß die meisten von den römischen Bankiers abgeschlossenen Geschäfte nicht speziell waren.

⁸³ Nach der traditionellen Lehre wurden die Großhändler *negotiatores*, während die Kleinhändler *mercatores* genannt, siehe z.B. A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, 580; ähnlich aber vorsichtiger J. H. D'ARMS, *Commerce and Social Standing in Ancient Rome*, Cambridge (Mass.)—London 1981, 24ff. Diese Lehre vereinfacht aber die Wirklichkeit. Bereits HUVELIN, a.a.O.

unmöglich, daß die römischen Juristen solche Kategorien wie „*ius negotiatorum*“ oder „*ius mercatorum*“ erschufen.

(3) Ebensovienig entwickelte sich im Denken der Römer ein allgemeiner Begriff des Handels, was zur Schaffung des Handelsrechts auf objektiver Grundlage hätte zugrundeliegen können. Hierbei ist es wieder zu konstatieren, daß es für den Handel keinen adäquaten lateinischen Terminus gab⁸⁴. Hätte es aber einen solchen auch gegeben, so wäre er kaum als juristischer Begriff angenommen werden, und insbesondere ist es kaum vorstellbar, daß ein solcher abstrakter wirtschaftswissenschaftlicher Begriff eine systembildende Kategorie für die römische Rechtswissenschaft hätte werden können. Die Römer hielten nämlich die Rechtswissenschaft — wie darauf Gábor Hamza zutreffend hingewiesen hat⁸⁵ — in einer gewissen *splendid isolation* der wirtschaftlich-gesellschaftlichen Sphäre gegenüber⁸⁶. Es war also auch die Abneigung von den Abstraktionen, insbesondere die von den wirtschaftswissenschaftlichen Begriffen, ein relevantes Hindernis im Wege der Ausgestaltung des Handelsrechts im antiken Rom. Merkwürdigerweise vertrug sich aber diese Abneigung der Römer von den Abstraktionen sehr gut mit ihrem — auch von

32 wies darauf hin, daß es auch unter den *mercatores* Großhändler gab, er meinte aber, daß die *negotiatores* vornehmer (im allgemeinen Ritter) waren, als die *mercatores*, die ihrerseits meistens Freigelassenen oder Abkömmlinge derselben waren. T. FRANK, *An economic history of Rome*², Baltimore 1927, 283f, 319 legte dar, daß man unter *negotiator* anfangs alle Personen verstand, die verschiedene günstige Geschäfte abschlossen, vor allem aber die Bankiers und die Landesspekulanten, also nicht die eigentlichen Händler. Die diesbezüglichen Ansichten sind in der neueren Literatur noch mehr verschieden, siehe z.B. J. ROUGÉ, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire Romain*, Paris 1966, 281ff.; TH. PEKÁRY, *Die Wirtschaft der griechisch-römischen Antike*, Wiesbaden 1976, 100; F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, I, Firenze 1979, 135; BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit* (zit.), 495; BISCARDI, *Introduction* (cit.), 24; CHIUSI, a.a.O. 316; JAKAB, *Praedicere* (cit.), 16ff.

⁸⁴ Nach GOLDSCHMIDT, a.a.O. 71⁷¹ bezeichnen die Wörter *negotiatio* und *mercatura* nicht den Begriff des im modernen Sinne genommenen Handels, dagegen (aber unbegründet) FADDA, a.a.O. 53. Ebenso unbegründet ist die Ansicht von TEDESCHI, a.a.O. 53, nach der das Wort *commercium* im antiken Latein auch die abstrakte Bedeutung 'Handel' hatte.

⁸⁵ HAMZA, *Comparative law* (cit.), 95.

⁸⁶ Wie bekannt, spricht SCHULZ, a.a.O. 13ff. diesbezüglich gerade über „Isolierungsprinzip“.

Wieacker konstatierten — „energischen Abstraktions- und Centralisirungstrieb“, was Goldschmidt für das wichtigste Hindernis der Ausgestaltung des Handelsrechts im antiken Rom hielt.