



# BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

## AUS DER LEHRE

*Prof. Dr. Gregor Bachmann und Magnus Habighorst*  
Das modernisierte Personengesellschaftsrecht

## GRUNDLAGEN

*Vicki Fee Weber*

Das Verhältnis von Sein und Sollen als Möglichkeit zur Beschreibung und Begründung von Recht – eine Untersuchung der Ansätze Kants und Kelsens

*Max Rinckens*

Die *actio exercitoria* – Grundlage und Grenzen der Haftung des Reeders im römischen Recht

## ZIVILRECHT

*Elisabeth Maria Eckhold*

Grundbuch auf der Blockchain

## ÖFFENTLICHES RECHT

*David Wellstein*

An Introduction to the Legal Design of Electoral Commissions

*Leo Miura*

Firmenwagen – Grund- und aktuelle Fragen ihrer steuerlichen Berücksichtigung

4. Jahrgang · Seiten 85–172

[www.berlinerrechtszeitschrift.de](http://www.berlinerrechtszeitschrift.de)

ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

# AUSGABE 2/2023

Max Rinckens\*

## Die *actio exercitoria* – Grundlage und Grenzen der Haftung des Reeders im römischen Recht

Obwohl Sklaven und Hauskinder nach römischem Recht in der Antike nicht vermögensfähig waren, sondern lediglich der *pater familias* als ihr Gewaltherr, konnten sie am Rechtsverkehr teilnehmen, weil die adjektizischen Klagen funktionell dem Bedürfnis nach Stellvertretung entsprachen. Als eine solche Klage sah die *actio exercitoria* die Haftung des Reeders für Geschäfte vor, die seine Kapitäne mit Dritten abgeschlossen hatten. Der Beitrag zeichnet die Funktionsweise der *actio exercitoria* aus einem Verständnis der patriarchalischen römischen Familienstruktur nach und geht insbesondere auf die Organisation des römischen Seehandels ein, dessen Verkehrsschutzerfordernisse die Gestaltung der Klage beeinflusst haben. Vor diesem Hintergrund wird erörtert, wie Grundlage und Grenzen der Haftung rechtlich gehandhabt wurden und welche rechtlichen Problematiken sich in der Praxis ergaben. Konnte der Kapitän etwa einen Unterkapitän bestellen? Konnte er selbstständig ein Darlehen aufnehmen? Und musste eine Haftung auf den Reeder beschränkt werden, obwohl dieser wiederum gewaltunterworfen war?

### Inhaltsübersicht

I. Einleitung .....	118
II. Die römische Familienstruktur und die adjektizischen Klagen .....	119
III. Die Grundkonstellation der <i>actio exercitoria</i> .....	119
IV. Rekonstruktion der Rechtswirklichkeit der <i>actio exercitoria</i> .....	120
1. Die Rollen von <i>exercitor</i> und <i>magister navis</i> .....	120
2. Der zeitliche Entstehungskontext der <i>actio exercitoria</i> .....	121
3. Relative Datierung im Verhältnis zu den anderen adjektizischen Klagen .....	121
4. Die rechtliche Organisation des Seehandels mit der <i>actio exercitoria</i> .....	122
V. Die <i>aequitas</i> als Maßstab der <i>actio exercitoria</i> .....	123
VI. Die <i>praepositio</i> als Grundlage und Grenze der Haftung .....	124
VII. Die Bestellung eines Unter- <i>magister</i> .....	126

VIII. Die Aufnahme eines Darlehens durch den <i>magister navis</i> .....	128
1. Das Darlehensproblem bei Ulpian (D. 14,1,1,8–9) .....	128
2. Das Darlehensproblem bei Afrikan (D. 14,1,7 pr.) .....	128
3. Würdigung der unterschiedlichen Lösungen in D. 14,1,1,8–9 und D. 14,1,7 pr. vor dem Hintergrund der Rechtsschulen der Prokulianer und Sabinianer .....	129
4. Weitere Gründe im Kompilationsprozess und aufgrund der Literaturgattungen .....	131
5. Zwischenergebnis zur Darlehensproblematik .....	131
IX. Das Problem des gewaltunterworfenen <i>exercitor</i> ..	131
X. Conclusio .....	132

### I. Einleitung

Im antiken Rom war es Sklaven möglich, als Schiffskapitäne selbstständig im gesamten Mittelmeer für ihren Reeder Handel zu treiben. Sogar dieser Reeder konnte ein Sklave sein, dem ein Seehandelsunternehmen mit mehreren Schiffen von seinem Gewaltherrn, also seinem Eigentümer, zur wirtschaftlichen Führung anvertraut worden ist. Dabei waren Sklaven nach römischem Recht nicht rechtsfähig und erst recht nicht vermögensfähig. Zudem kannte das römische Recht keine Stellvertretung. Der römische Prätor hat eine Teilnahme von Sklaven am Seehandel dennoch durch eine spezielle Klage ermöglicht, die den Reeder für die Handelsgeschäfte seiner Kapitäne haften ließ: die *actio exercitoria*.

Die *actio exercitoria* gehört zur Gruppe der sogenannten adjektizischen Klagen, die jeweils für spezifische Bedürfnisse des Rechtsverkehrs geschaffen wurden. Sie ermöglichten Sklaven und gewaltunterworfenen Hauskindern, deren rechtliche Stellung Sklaven in dieser Hinsicht ähnelte, die effektive Teilnahme am Rechtsverkehr und erfüllten funktionell das Bedürfnis nach Stellvertretung. Weil der Anwendungsbereich der *actio exercitoria* im Seehandel ein lebendiges und dynamisches Setting bietet, eignet sich diese Klage besonders, um das eigentümlich-römische Konstrukt der adjektizischen Haftung kennenzulernen.<sup>1</sup>

\* Der Autor studiert im elften Semester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag geht aus einer Studienabschlussarbeit hervor, die im Schwerpunktbereich Römische Rechtsgeschichte im Wintersemester 2021/2022 bei Prof. Dr. Cosima Möller verfasst wurde.

<sup>1</sup> Ob das römische Recht direkte Stellvertretung kannte und ob die adjektizischen Klagen ein Vorgängermodell der „modernen“ Stellvertretung darstellen, war besonders im 19. Jh. umstritten, vgl. etwa ablehnend *Mittels*, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts, 1885, S. 1–77. Für eine neuere Untersuchung der Problematik siehe *Wacke*, Die adjektizischen Klagen im Überblick. Erster Teil: Von der Reeder- und der Betriebsleiterklage zur direkten Stellvertretung, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (insb. 339–351). Im Rahmen dieser Untersuchung soll auf den Problembereich nur am Rande eingegangen werden, denn es besteht die Gefahr durch Projektion späterer Prinzipien auf die Vergangenheit Schlussfolgerungen zu produzieren, die letztlich auf einer Illusion beruhen.

## II. Die römische Familienstruktur und die adjektivischen Klagen

Nach dem Rechtskreis des *ius civile*, das den strikt-rechtlichen Kern des römischen Rechts bildete, war eine Stellvertretung im heutigen Sinne nicht möglich. Die einzige voll vermögensfähige Person war der *pater familias*, in dessen Gewalt grundsätzlich auch erwachsene Kinder mit ihren Familien verblieben. Jeglicher Rechtserwerb aller seiner Gewalt (*potestas*) unterworfenen Hauskinder und Sklaven fiel *ipso iure* ihm zu.<sup>2</sup> Gewaltunterworfenen Familienmitglieder funktionierten so als Organe der unter der Person des *pater familias* organisierten Wirtschaftseinheit *familia*. Aufgrund dieser Organstruktur der Familie bestand lange Zeit kein Bedürfnis nach einer Stellvertretung im Rechtsleben.<sup>3</sup>

Eine Verpflichtung des *pater familias* durch Gewaltunterworfenen war grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>4</sup> Seine Rechtsposition konnte von Gewaltunterworfenen nur verbessert, nicht verschlechtert werden.<sup>5</sup> Aus der Perspektive des *ius civile* handelte also jeder rechtsgeschäftlich in eigener Sache. Gewaltunterworfenen waren zwar grundsätzlich nach Erreichen des entsprechenden Alters geschäftsfähig und die von ihnen abgeschlossenen Verpflichtungsgeschäfte wurden auch als Naturalobligationen (*obligationes naturales*) anerkannt, sodass etwa auf sie Geleistetes nicht kondiziert werden konnte, oder mit ihnen aufgerechnet werden konnte.<sup>6</sup> In der Praxis konnte ihr Geschäftspartner sein Recht jedoch schwer durchsetzen, da eine Klage gegen einen Sklaven mangels Rechtsfähigkeit unmöglich und gegen ein Hauskind mangels Vermögensfähigkeit zwecklos war.<sup>7</sup> Sowohl Sklaven als auch Hauskinder konnten also am Rechtsverkehr nur eingeschränkt teilnehmen. Über die Jahrhunderte wandelte sich die römische Gesellschaft und Wirtschaft, sodass dies als Mangel wahrgenommen wurde.

Dieser Mangel des *ius civile* wurde durch das *ius honorarium* behoben. Auf dieser Rechtsebene griff der Prätor kraft

seiner Amtsgewalt (*imperium*) ein und gewährte in seinem Edikt zusätzlichen Rechtsschutz, der das *ius civile* unterstützen, ergänzen oder verbessern sollte („*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi*“).<sup>8</sup> Für durch Gewaltunterworfenen oder Angestellte abgeschlossene Geschäfte gewährte er dem Geschäftspartner unter bestimmten Voraussetzungen eine adjektivische Klage,<sup>9</sup> die neben die Klage aus dem unmittelbar abgeschlossenen Geschäft trat.<sup>10</sup> Der Geschäftspartner erhielt so mit dem Gewaltherrn einen zweiten Schuldner, gegen den eine Klage rechtlich möglich und auch wirtschaftlich sinnvoll war. Zu dieser Gruppe von Klagen gehören die *actio de peculio*, die *actio de in rem verso*, die *actio quod iussu*, die *actio exercitoria* und die mit ihr eng verwandte<sup>11</sup> *actio institoria*, sowie die *actio tributoria*.<sup>12</sup>

Diese Klagen ergänzten als ein lose zusammenhängendes System das *ius civile*. Gemeinsam ermöglichten sie nicht nur funktional eine rechtsgeschäftliche Vertretung, sondern befähigten Gewaltunterworfenen vielmehr erst zur effektiven Teilnahme am Rechtsverkehr.<sup>13</sup> Welchen Maßstäben der Prätor folgte, wenn er das *ius civile* durch die Ebene des *ius honorarium* ergänzte, wird am Beispiel der *actio exercitoria* nachvollzogen werden.

## III. Die Grundkonstellation der *actio exercitoria*

Der *actio exercitoria* liegt eine Drei-Personen-Konstellation zugrunde. Ein Reeder, genannt *exercitor*, setzte einen *magister navis* als Kapitän auf einem Schiff ein. Für alle Verträge, die der *magister* im Rahmen seiner Tätigkeit mit Dritten abschloss, wurde dessen Geschäftspartnern vom Prätor die *actio exercitoria* gegen den *exercitor* gewährt. Die Klage war unbefristet (*perpetua*)<sup>14</sup> und ging auf die volle Höhe des abgeschlossenen Geschäfts (*in solidum*). Dies stellte einen entscheidenden Vorteil gegenüber der *actio de peculio* und *actio de in rem verso* dar, bei denen die Haftung des *exercitor* als *pater familias* beschränkt blieb.<sup>15</sup> Der *exercitor* selbst hatte lange Zeit gegen den Dritten

<sup>2</sup> Gaius Inst. 2, 86; Gewaltfreie Personen konnten überhaupt keine Rechte für andere erwerben, sondern immer nur für sich selbst, vgl. Kirschenbaum, Sons, Slaves and Freedmen in Roman Commerce, 1987, S. 7–15.

<sup>3</sup> Costa, Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano, 1891, S. 19–22; Chiusi, Zum Zusammenspiel von Haftung und Organisation im römischen Handelsverkehr, SZ Roman. Abt. 124 (2007), 94. Kaser, Zum Wesen der römischen Stellvertretung, Romanitas. Revista de cultura Romana 9 (1970), 333 (343–350) = Ausgewählte Schriften II, 1976, S. 257–264.

<sup>4</sup> Kaser, Romanitas 9 (1970), 333 (333–334, 347) = Ausgewählte Schriften II, S. 247–248, 261–262.

<sup>5</sup> Gaius D. 50, 17, 133 pr.: *Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.*

<sup>6</sup> Kaser, Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt, 2. Aufl. 1971, S. 481.

<sup>7</sup> Kaser (Fn. 6), S. 605.

<sup>8</sup> Papinian D. 1, 1, 7, 1. Das Edikt enthielt die anerkannten Klagformulare und wurde vom jährlich neu gewählten Prätor auf dem Forum öffentlich ausgestellt. Er konnte Änderungen vornehmen, aber übernahm oft das alte Edikt weitgehend unverändert. Allgemein zum prätorischen Edikt Wieacker, Römische Rechtsgeschichte. Erster Abschnitt, 1988, S. 462–478; für einen umfassenden Überblick zu der innovativen Rolle, die der Prätor in der Rechtsfortbildung spielte, siehe Kaser, *Ius honorarium und ius civile*, SZ Roman. Abt. 101 (1984), 1.

<sup>9</sup> Kaser (Fn. 6), S. 606.

<sup>10</sup> Paulus D. 14, 1, 5, 1: [...] *hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur.* Vom Wort „*adicitur*“ wurde im Mittelalter der Begriff *actiones adiecticiae* abgeleitet, Wacke, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (281–284).

<sup>11</sup> Die beiden Klagen sind parallel gestaltet und wahrscheinlich in kurzer Aufeinanderfolge geschaffen worden. In den Digesten werden sie an zahlreichen Stellen miteinander verglichen: D. 14, 1, 1 pr., D. 14, 1, 1, 5, D. 14, 1, 1, 20, D. 14, 1, 7, 2, D. 14, 3, 7, 1, D. 14, 3, 13, 2.

<sup>12</sup> Für einen Überblick über das Zusammenwirken der Klagen in der Praxis siehe Chiusi, *A che cosa servivano le actiones adiecticiae qualitatis? Sulla funzione delle cosiddette azioni adiecticiae*, in: Lo Cascio/Mantovani, *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, 2018, S. 289 (insb. 317–322); Kaser ordnet die *actio tributoria* zwar nicht den adjektivischen Klagen zu, dennoch ist sie in deren Kontext zu betrachten, Kaser (Fn. 6), S. 609.

<sup>13</sup> Chiusi (Fn. 12), S. 294–295.

<sup>14</sup> Ulpian D. 14, 1, 4, 4.

<sup>15</sup> Gaius sagt deshalb, dass niemand so töricht sein würde („*sed nemo tam stultus erit*“), diese Klagen der *actio exercitoria* vorzuziehen, Gaius Inst. 4, 74.

keine eigene gegenläufige Klage (*actio contraria*).<sup>16</sup> Dies zeigt, dass es sich um keine Stellvertretung im heutigen Sinne handelte, sondern dem Dritten lediglich ein zweiter Schuldner gegeben werden sollte. Zumindest, wenn der *magister* gewaltfrei war, hatte der Dritte die Wahl, ob er gegen den *magister* oder den *exercitor* vorgeht.<sup>17</sup>

Der Geschäftskreis, in dem der *magister* tätig werden durfte, wurde durch den Bestellsakt, die *praepositio*, definiert. Der *exercitor* musste nur für solche Geschäfte einstehen, die von diesem Geschäftskreis erfasst wurden.<sup>18</sup> Die *praepositio* wird im Rahmen dieser Untersuchung von besonderem Interesse sein, da sie sowohl die rechtliche Grundlage als auch die Grenze der Haftung nach der *actio exercitoria* ist (VI–IX). Für ein quellengerechtes Verständnis der Funktion der *actio exercitoria* ist es jedoch zunächst notwendig, sich in ihre Rechtswirklichkeit zu versetzen (IV) und die besonderen Verkehrsschutzerfordernisse im Seehandel gemäß der *aequitas* nachzuvollziehen (V).

#### IV. Rekonstruktion der Rechtswirklichkeit der *actio exercitoria*

##### 1. Die Rollen von *exercitor* und *magister navis*

Für die Rekonstruktion der Rechtswirklichkeit ist es zunächst von Bedeutung zu untersuchen, wie die Rollen von *exercitor* und *magister* in der Praxis ausgestaltet waren. Der *exercitor* wird als derjenige definiert, dem der wirtschaftliche Ertrag aus dem Betrieb des Schiffes zufiel,<sup>19</sup> wobei er entweder selbst Eigentümer des Schiffes sein oder dasselbe gechartert haben konnte.<sup>20</sup> Er ist mit dem heutigen Reeder vergleichbar, der in § 476 HGB als „Eigentümer eines von ihm zum Erwerb durch Seefahrt betriebenen Schiffes“ definiert ist.<sup>21</sup> Der *exercitor* konnte zum Betrieb des Schiffes einen *magister navis* einsetzen, den Ulpian wie folgt definiert:

##### D. 14,1,1,1 Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum

Magistrum navis accipere Unter einem Kapitän versteht man debemus, cui totius navis denjenigen, dem die Verantwortung cura mandata est. für das ganze Schiff übertragen ist.<sup>22</sup>

Unter Verweis auf diese Digestenstelle wird *magister* meist als Kapitän übersetzt und zugleich unterstellt, dass er wie ein Kapitän heute die gesamte Schiffsgewalt innehatte. Es wurde allerdings von *Moschetti* überzeugend herausgear-

beitet, dass die Position des *magister* eine spezifisch römische Schöpfung war und nicht ohne Weiteres mit dem heutigen Kapitän gleichgesetzt werden kann.<sup>23</sup> Die eigentliche technische Führung, also die Navigation und Steuerung des Schiffes, oblag dem *gubernator*. Aufgrund der großen Gefahren, denen die antike Schifffahrt ausgesetzt war, hatte dieser eine herausragende Stellung. Als auch rituell aufgeladener Persönlichkeit war ihm das Leben aller Schiffsreisenden anvertraut und er hatte die alleinige Autorität auf der Reise von Hafen zu Hafen.<sup>24</sup> Der *magister* verantwortete hingegen nur die kommerzielle Führung des Schiffes.<sup>25</sup> In § 2 desselben Fragments betont Ulpian, dass die *actio exercitoria* nur für Geschäfte mit dem *magister* gewährt wird, nicht jedoch für solche mit einfachen Seeleuten (*nautae*). Demnach beschreibt *magister* diejenige Person, an die sich Dritte wenden mussten, wenn sie das Schiff betreffende Verträge abschließen wollten, für die der *exercitor* einstehen sollte.

Die einzelnen Funktionen der technischen (*gubernator*) und der kommerziellen Führung (*magister*) konnten durchaus zusammenfallen, wenn der Schiffsherr das Schiff selbst führte oder er einem *gubernator* zusätzlich die Aufgaben des *magister* übertrug. Ein *magister* war also zum Betrieb eines Schiffes nicht unbedingt notwendig, sondern eher bei komplexeren Seehandelsunternehmen üblich, deren Schiffe in viele verschiedene Vertragsverhältnisse eintreten mussten, sodass ihre Abwicklung eine spezielle Position erforderte.<sup>26</sup> Der *magister* fungierte dabei als Repräsentant des *exercitor* und dessen Seehandelsunternehmen. Tatsächlich wird in D. 14,1,4 pr. angedeutet, dass eine Schiffsführung auch ohne *magister* möglich war. Und D. 14,1,1,13 zeigt, dass auch mehrere *magistri* mit verschiedenen Aufgabebereichen auf einem Schiff tätig sein konnten.

*Guarino* erkennt die Relevanz der unterschiedlichen Rollen zwar grundsätzlich an, betont jedoch, dass sie meist zusammenfielen. In der Praxis soll die Unterscheidung wenig Relevanz gehabt haben, da in den Fällen der Rollentrennung der *gubernator* wohl vom *magister* engagiert wurde, der so indirekt die Entscheidung über das Ziel der Navigation behielt.<sup>27</sup> Festzuhalten bleibt dennoch, dass der Rechtsbegriff *magister navis* die kommerzielle Seite der Schiffsführung beschreibt und dass eine Aufgabentrennung, auch wenn sie

<sup>16</sup> In der Kaiserzeit wurde dieser Grundsatz im Interesse der Getreideversorgung durchbrochen und im Rahmen der Prozessform der *cognitio extra ordinem* dem *exercitor* auch eine *actio contraria* gewährt, Ulpian D. 14,1,1,18.

<sup>17</sup> Ulpian D. 14,1,1,17: *Est autem nobis electio, utrum exercitorem an magistrum convenire velimus.*

<sup>18</sup> Ulpian D. 14,1,1,7, Gaius Inst. 4,71.

<sup>19</sup> Dabei ist sein personenrechtlicher Status egal. Auch Frauen, Hauskinder oder Sklaven konnten *exercitor* sein, Ulpian D. 14,1,1,16.

<sup>20</sup> Ulpian D. 14,1,1,15.

<sup>21</sup> Derjenige, der ein Schiff betreibt, das nicht in seinem Eigentum steht, heißt zwar gem. § 477 Abs. 1 HGB nicht Reeder, sondern Ausrüster, wird aber im Verhältnis zu Dritten gem. § 477 Abs. 2 HGB als Reeder angesehen; siehe dazu auch *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (298–299).

<sup>22</sup> Text und Übersetzung nach *Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler*, Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung II. Digesten 11–20, 1999, S. 197.

<sup>23</sup> *Moschetti*, Gubernare navem, gubernare rem publicam. Contributo alla storia del diritto marittimo e del diritto pubblico romano, 1966, S. 59–85.

<sup>24</sup> *Moschetti* (Fn. 23), S. 29–58; im zweiten Teil seiner Arbeit zeigt *Moschetti*, wie aus der Figur des „*bonus gubernator*“ die antike Metapher des Staatenlenkers entstanden ist, die auch heute noch einflussreich ist und etwa im Begriff „Gouverneur“ zu finden ist.

<sup>25</sup> *Moschetti* (Fn. 23), S. 65–70.

<sup>26</sup> *Moschetti* (Fn. 23), S. 80–85.

<sup>27</sup> *Guarino*, Magister e gubernator navis, Labeo. Rassegna di Diritto Romano (Labeo) 11 (1965), 36 = Pagine di diritto romano IV, S. 224.

nicht immer stattfand, erst im Kontext eines komplexeren Seehandels relevant wurde. Damit unterscheidet sich der römische *magister* vom Kapitän nach heutigem Recht, der neben privatrechtlichen Repräsentationsbefugnissen immer auch weitergehende „öffentlich-rechtliche“ Befugnisse hat und dem die volle Kontrolle des Schiffes obliegt.<sup>28</sup>

## 2. Der zeitliche Entstehungskontext der *actio exercitoria*

Die *actio exercitoria* wird also erst in einer Zeit des komplexeren Seehandels entstanden sein. Als zeitlicher Ankerpunkt kann der Zweite Punische Krieg dienen, der den Beginn des Aufstiegs Roms zu einer imperialen Großmacht im 2. Jh. v. Chr. markiert. In einem Zeitraum von nur 50 Jahren eroberte Rom Territorien in Afrika, Spanien, Griechenland und Kleinasien.<sup>29</sup> Beflügelt durch diese militärischen Eroberungen verlor die römische Wirtschaft ihre agrarische Prägung und es entwickelte sich eine Handelswirtschaft mit nennenswertem Seehandel.<sup>30</sup> Dieser wurde entgegen einer in der Vergangenheit verbreiteten Meinung nicht nur von griechischen Händlern betrieben, sondern auch römische Bürger und Italiker beteiligten sich.<sup>31</sup> Bereits in der späten Republik hatte der Seehandel ein hohes Volumen erreicht und versorgte den römischen Markt auch mit Luxusgegenständen, wie etwa durch das Schiffswrack von Mahdia belegt wird. Dieses Schiff transportierte Ende des 2. Jh. v. Chr. eine Ladung von 70 marmornen Säulen, einigen Skulpturen und anderen Kunstgegenstände vom athenischen Hafen Piräus nach Rom. Der Gesamtwert der Fracht wird auf ca. eine Million Sesterzen geschätzt, was zu jener Zeit ein beachtliches Vermögen darstellte.<sup>32</sup> Der Seehandel wurde zunehmend in reichsweit agierenden Seehandelsunternehmen organisiert. Ein Zeugnis für die Entwicklungsstufe, die in der Kaiserzeit erreicht worden ist, stellt die sogenannte Piazzale delle Corporazioni in Ostia dar. Dort unterhielten Händler aus dem gesamten *imperium Romanum* Zweigstellen. Aus den bildlich gestalteten Bodenmosaiken vor ihren Büros lassen sich noch heute ihre vielfältigen Aktivitäten in eindrucksvoller Weise ablesen. Teilweise handelt es sich um allgemeine Geschäfte wie den

Getreidehandel, aber auch spezielle Aktivitäten wie der Handel mit Seilen sind belegt.<sup>33</sup> Solche reichsweit agierenden Seehandelsunternehmen stellten wahrscheinlich den primären Anwendungskontext der *actio exercitoria* dar.

Die tiefgreifenden Veränderungen der Wirtschaft brachten komplexe und anonyme Handelsbeziehungen mit potenziell hohen Ausfallsummen mit sich, die eine Form von Stellvertretung notwendig machten. Weil diese Entwicklungen nach dem Zweiten Punischen Krieg begannen, wird die Entstehung der *actio exercitoria* in der Literatur meist ins 2. Jh. v. Chr. datiert.<sup>34</sup> Mit Sicherheit ist sie aber in der späten Republik ab Beginn des 1. Jh. v. Chr. bekannt gewesen, da sie von den Juristen seit dieser Zeit ausführlich diskutiert wurde.<sup>35</sup>

## 3. Relative Datierung im Verhältnis zu den anderen adjektizischen Klagen

Eine genauere Datierung ist aufgrund des spärlichen Quellenmaterials kaum möglich und im Rahmen dieser Untersuchung auch nicht weiter von Interesse. Von größerer Bedeutung ist hingegen die Frage der relativen Datierung, also die Untersuchung, in welchem Verhältnis sich die *actio exercitoria* zu den anderen adjektizischen Klagen entwickelt hat.<sup>36</sup> Nach einer weit verbreiteten Meinung soll die *actio exercitoria*, wie es *Jhering* formuliert hat, der „Durchbruchpunkt“<sup>37</sup> gewesen sein, an dem der Gedanke der Stellvertretung in das römische Recht eingebrochen ist. Ein entscheidendes Argument dieser Ansicht ist, dass im Seehandel die Notwendigkeit für die Einsetzung eines Stellvertreters am drängendsten gewesen sei, weshalb hier der Prätor die erste adjektizische Klage gewährt habe.<sup>38</sup> Gegen eine frühe Einführung der *actio exercitoria* führt *De Ligt* an, dass dies nur schwer mit der traditionellen Haltung der Römer und der Organstruktur der Familie zu vereinbaren ist. Denn die Römer standen einer Haftung für das Handeln anderer skeptisch gegenüber. Es sei unwahrscheinlich, dass der Prätor die in der Einleitung dargestellten Grundsätze, nach denen eine Stellvertretung auf Ebene des *ius*

<sup>28</sup> Pötschke, in: MüKo-HGB, Bd. 7, 5. Aufl. 2023, § 479 Rn. 1–3.

<sup>29</sup> Für einen Überblick dieser Periode siehe *Bleicken*, Geschichte der römischen Republik, 6. Aufl. 2004, S. 40–57.

<sup>30</sup> *De Martino*, Wirtschaftsgeschichte des alten Rom, 2. Aufl. 1991, S. 146–147.

<sup>31</sup> *De Martino* (Fn. 30), S. 157.

<sup>32</sup> Zum Schiffswrack von Mahdia und dem Kunsthandel der späten Republik siehe *Coarelli*, Il commercio delle opere d'arte in età tardo-repubblicana, *Dialoghi di archeologia* serie III anno 1 (1983), 45 (48–53).

<sup>33</sup> Zur Piazzale delle Corporazioni siehe *Meiggs*, Roman Ostia, 2. Aufl. 1973, S. 283–287.

<sup>34</sup> So bereits *Costa* (Fn. 3), S. 21–23, 33–34; ähnlich *Kirschenbaum* (Fn. 2), S. 94–96; *De Ligt* akzeptiert das 2. Jh. v. Chr. als groben Rahmen, aber will die *actio exercitoria* nicht vor 184 v. Chr. datieren, *De Ligt*, Legal History and Economic History: The Case of the actiones adiecticiae qualitatis, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (TR) 67 (1999), 205 (221–226).

<sup>35</sup> Zur *actio exercitoria* äußert sich als ältester uns bekannter Jurist *Ofilius* (D. 14, 1, 1, 9) und zur eng verwandten *actio institoria* sein Lehrer *Servius Sulpicius Rufus* (D. 14, 3, 5, 1), *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (294–295).

<sup>36</sup> Im Detail kann auf die vielschichtige Diskussion hier nicht eingegangen werden. Eine ausführliche Darstellung bietet *De Ligt*. Die von ihm vorgeschlagene Reihenfolge (1) *actio de peculio*, (2) *actio de in rem verso*, (3) *actio quod in iussu*, (4) *actio exercitoria*, (5) *actio institoria*, (6) *actio tributaria* liegt auch dieser Untersuchung zugrunde, *De Ligt*, TR 67 (1999), 205 (208–212).

<sup>37</sup> *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Zweiter Teil. Zweite Abtheilung, 1. Aufl. 1858, S. 367.

<sup>38</sup> Dieser Begründungsstrang wurde entscheidend von *Solazzi* geprägt. In seinem Aufsatz zum Alter der *actio exercitoria* begründet er zunächst, weshalb die *actio exercitoria* älter als die *actio institoria* sein müsse und stellt am Ende die Vermutung auf, dass sie gar die älteste adjektizische Klage sein könnte, *Solazzi*, L'età dell'actio exercitoria, *Rivista del Diritto della Navigazione* (Riv. dir. navigaz.) 7 (1941), 185 (206–211) = *Scritti di diritto romano IV*, 1962, S. 259–262; auch *Pugliese* hält die *actio exercitoria* für die älteste adjektizische Klage, *Pugliese*, In tema di actio exercitoria, in: *Studi in onore di F. Messineo* 4, 1959, S. 289 (289–290) = *Scritti giuridici scelti II*, 1985, S. 505–506; ebenso *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (291–295).

*civile* unmöglich war, zuerst mit einer Klage durchbrach, die den *pater familias* zur Haftung *in solidum* verpflichtete. Stattdessen habe die Entwicklung wahrscheinlich mit den Klagen begonnen, die dem *pater familias* möglichst viel Kontrolle über seine Haftung beließen.<sup>39</sup> Aus dieser Perspektive erscheint insbesondere die *actio de peculio* älter als die *actio exercitoria*, weil bei ihr die Haftung auf die Höhe des *peculium* unter Abzug der Schulden des Sklaven gegenüber seinem Gewaltherrn beschränkt war.<sup>40</sup> Das *peculium* war ein Sondervermögen, das der *pater familias* dem Hauskind oder Sklaven gewährte. Es blieb rechtlich zwar dem *pater familias* zugeordnet, aber der Gewaltunterworfenen konnte faktisch selbst darüber verfügen.<sup>41</sup> Dabei wurde es nicht zwangsläufig im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Interesse des *pater familias* eingesetzt, sondern diente auch dem täglichen Gebrauch des Gewaltunterworfenen. So konnte dieser am Rechtsverkehr teilnehmen, obwohl er formell nach dem *ius civile* nicht rechtsfähig war. Er wurde hier nicht als ein Vertreter tätig, sondern die *actio de peculio* stellte sicher, dass seine Gläubiger überhaupt einen rechtlich einklagbaren und wirtschaftlich durchsetzbaren Anspruch erhielten. Diese Notwendigkeit bestand aller Wahrscheinlichkeit nach bereits vor einer solchen im Seehandel.<sup>42</sup>

Eine Haftung *in solidum* ist hingegen wahrscheinlich erstmals mit der *actio quod iussu* eingeführt worden. Denn auch hier behielt der Gewaltherr möglichst viel Kontrolle über seine Haftung, da er nach ihr jedes Geschäft einzeln und zielgerichtet autorisieren musste.<sup>43</sup> Die *actio exercitoria* und *actio institoria* gehen darüber hinaus und erkennen in der *praepositio* eine generelle Autorisierung für den durch sie definierten Geschäftskreis an. In dieser Hinsicht stellt die *actio exercitoria* eine fortgeschrittene Stufe des Gedankens der adjektivischen Haftung dar.<sup>44</sup>

Weiterentwickelt war sie auch in der Hinsicht, dass der *pater familias* durch sie erstmals für Angestellte haftete, die nicht seiner Gewalt (*potestas*) unterstanden, sondern gewaltfrei (*sui iuris*) waren.<sup>45</sup> Mit ihr hat man sich also von dem Modell der organschaftlichen Struktur der *familia* entfernt. Zum Teil wurde in der Literatur spekuliert, ob auch

der *actio exercitoria* zunächst ein *potestas*-Verhältnis zugrunde lag. Erst in einem zweiten Schritt soll die Haftung des *pater familias* auch auf *magistri sui iuris* ausgeweitet und nun allein am Bestellungsakt der *praepositio* festgemacht worden sein.<sup>46</sup> Gegen diese Auffassung wird eingewandt, dass die Struktur der *familia* in der Entwicklung des Instituts nur eine geringe Rolle gespielt habe und vielmehr die wirtschaftlichen Bedürfnisse bedeutender gewesen seien. Gerade diese sollen von Beginn an eine Haftung auch für *magistri sui iuris* notwendig gemacht haben.<sup>47</sup> Angesichts des Umstands, dass die überlieferten Quellen keine Hinweise auf eine evolutionäre Entwicklung aus dem Kontext der *familia* bieten, erscheint dies richtig.

#### 4. Die rechtliche Organisation des Seehandels mit der *actio exercitoria*

Die Funktionsweise der *actio exercitoria* in der Rechtswirklichkeit ist dennoch nur unter Berücksichtigung der römischen Familienstruktur zu verstehen. Wie beschrieben war der *magister* kein unabhängiger Spezialist, wie der *gubernator*, sondern er übernahm für den *exercitor* die kommerzielle Führung des Schiffes. Im Rechtsverkehr galt er als dessen Repräsentant und als in dessen *familia* als Wirtschaftseinheit eingegliedert.<sup>48</sup> Dass die *actio exercitoria* erst zu einem Zeitpunkt entstand, als das traditionelle organschaftliche Verständnis der *familia* bereits durch erste adjektivische Klagen gelockert worden war, lässt es als plausibel erscheinen, dass neben Sklaven und Hauskindern von Beginn an auch gewaltfreie *magistri* eingesetzt wurden.<sup>49</sup> Das Verhältnis zwischen *exercitor* und *magister* beruhte dann entweder auf einem Dienstvertrag (*locatio conductio operarum*), wenn es entgeltlich war, oder auf einem Auftrag (*mandatum*), wenn es unentgeltlich war.<sup>50</sup> Entgeltliche Arbeitsverhältnisse galten in Rom nach traditioneller ethischer Anschauung als unfrei und der Arbeiter als in die *familia* des Arbeitgebers eingegliedert.<sup>51</sup> Zumindest im Fall der entgeltlichen Anstellung wird der Unterschied eines *magister sui iuris* zu einem gewaltunterworfenen *magister* also nicht groß gewesen sein.

<sup>39</sup> De Ligti, TR 67 (1999), 205 (213–214).

<sup>40</sup> Pomponius D. 15, 1, 4 pr.

<sup>41</sup> Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, S. 147; Kirschenbaum (Fn. 2), S. 34–35.

<sup>42</sup> De Ligti, TR 67 (1999), 205 (214–215).

<sup>43</sup> Dieses Argument wurde bereits von Costa vorgebracht, der die *actio quod iussu* allerdings als älteste adjektivische Klage sah, Costa (Fn. 3), S. 24; vgl. De Ligti, TR 67 (1999), 205 (216–217).

<sup>44</sup> De Ligti, TR 67 (1999), 205 (218).

<sup>45</sup> Ulpian D. 14, 1, 1, 4; De Ligti, TR 67 (1999), 205 (218).

<sup>46</sup> So etwa Costa (Fn. 3), S. 39–44.

<sup>47</sup> De Martino, Studi sull'actio exercitoria, Riv. dir. navigaz. 7 (1941), 7 (17–20) = Diritto economia e società nel mondo romano I, 1995, S. 505–509; ähnlich Wacke, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (295–297, 302–304).

<sup>48</sup> Dass in der römischen Handelswirtschaft viele Sklaven eingesetzt wurden und ihnen auch Vertrauenspositionen übertragen wurden, ist eine römische Eigenart. Kirschenbaum bezeichnet die Sklaven als „true middle-

men of the city“, Kirschenbaum (Fn. 2), S. 31; dennoch gehen De Martino und Wacke, die beide die höhere Bedeutung der wirtschaftlichen Bedürfnisse betonen, davon aus, dass der *magister* meist *sui iuris* gewesen ist. Sie sehen den *magister* allerdings in Gleichstellung mit dem heutigen Kapitän als einen unabhängigen Spezialisten, vgl. die Nachweise in Fn. 47.

<sup>49</sup> De Ligti, TR 67 (1999), 205 (218–219).

<sup>50</sup> Ulpian D. 14, 1, 1, 18.

<sup>51</sup> Zu dieser ethischen Bewertung von Arbeit, die in der vorklassischen Jurisprudenz vorherrschte und sich auch trotz einer konkurrierenden Auffassung der klassischen Jurisprudenz in der Kaiserzeit behauptete, siehe Behrends, Die Arbeit im römischen Recht. Zur Frage ihrer rechtlichen Einordnung und moralischen Bewertung, in: Annequin/Geny/Smadja, Le travail. Recherches historiques, 1999, S. 115 = Avenarius/Meyer-Pritzl/Möller (Hg.), Institut und Prinzip II, 2004, S. 723; zum Verhältnis von Lohn- und Sklavenarbeit siehe auch Möller, Die mercenarii in der römischen Arbeitswelt, SZ Roman. Abt. 110 (1993), 296.

Vor Einführung der *actio exercitoria* wurde Schifffahrt entweder in Eigenreederei oder von einem Gewaltunterworfenen im Rahmen seines *peculium* betrieben.<sup>52</sup> Im Laufe des 2. Jh. v. Chr. entwickelten sich größere Seehandelsunternehmen, durch die ein *exercitor* mit mehreren Schiffen im gesamten *imperium Romanum* tätig werden konnte. Zur kommerziellen Führung der Schiffe setzte er *magistri* als seine Repräsentanten ein. Diese wurden von ihren Geschäftspartnern als Teil der *familia* des *exercitor* (als Wirtschaftseinheit) angesehen. In Reaktion auf diese Rechtswirklichkeit schuf der Prätor die *actio exercitoria* und überwand so die zuvor nach der *actio de peculio* beschränkte Haftung des *pater familias* durch eine Haftung *in solidum*, was den neuen wirtschaftlichen Bedürfnissen angemessen war.

### V. Die *aequitas* als Maßstab der *actio exercitoria*

Die *actio exercitoria* ist eine honorarrechtliche Klage, die vom Prätor<sup>53</sup> in Ausübung seiner Amtsgewalt (*imperium*) im Edikt gewährt wurde und zum Rechtskreis des Völkerrechts (*ius gentium*) gehört.<sup>54</sup> Im *principium* des Titels über die *actio exercitoria* der Digesten sind in einem „Lob auf das Edikt“ (*laudatio edicti*) die besonderen Verkehrsschutzfordernisse vorangestellt, deren Berücksichtigung das Gerechtigkeitsprinzip der *aequitas* vom Prätor forderte:

#### D. 14,1,1 pr. Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum

Utilitatem huius edicti Der Nutzen dieses Edikts liegt, wie nupatere nemo est qui ig- mand verkennt, auf der Hand. Denn da noret. Nam cum inter- wir angesichts der Notwendigkeit der dum ignari, cuius sint Schiffahrt immer wieder mit Kapitä- condicionis vel quales, nen Verträge abschließen, ohne ihren cum magistris propter personenrechtlichen Status oder ihre navigandi necessitatem persönlichen Eigenschaften zu kennen, contrahamus, aequum war es gerecht, denjenigen, der einen fuit eum, qui magistrum Kapitän bestellt hat, in derselben Weise navi imposuit, teneri, ut haften zu lassen wie denjenigen, der eitenetur, qui institorem nen Geschäftsleiter zur Führung eines tabernae vel negotio Ladens oder eines [sonstigen] Erwerbs- praeposuit, cum sit geschäfts bestellt hat, zumal oft eine

<sup>52</sup> *De Lig.*, TR 67 (1999), 205 (215).

<sup>53</sup> Wie auch *Kirschenbaum* (Fn. 2), S. 95 Fn. 15 bemerkt, wohl eher durch den *praetor urbanus* als den *praetor peregrinus*. Auch wenn bei den Prozessen zur *act. ex.* oft eine Partei peregrin gewesen sein wird, lag die Jurisdiktion in der Republik für solche gemischten Prozesse noch hauptsächlich beim städtischen Prätor, *Daube*, *The Peregrine Praetor*, *Journal of Roman Studies* 41 (1951), 66; siehe auch *Wieacker* (Fn. 8), S. 438–439; für eine Einführung durch den *praetor peregrinus* ist *Pugliese*, der aber fälschlicherweise davon ausgeht, dass Römer nur selten am Seehandel teilnahmen, und die *exercitores* und *magistri* hauptsächlich aus der hellenischen Welt stammten, *Pugliese* (Fn. 38), S. 290 Fn. 2 = S. 506 Fn. 2.  
<sup>54</sup> *Chiusi*, *SZ Roman. Abt.* 124 (2007), 94 (95–96).

<sup>55</sup> Text und Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (Fn. 22), S. 197.

<sup>56</sup> Ulpian D. 14,3,1 pr.: *Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri*. Übersetzung von *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (Fn. 22), S. 214: Der Prätor hat es für gerecht angesehen, dass wir, so wie wir die

maior necessitas contra- größere Notwendigkeit besteht, mit ei- hendi cum magistro nem Kapitän Verträge abzuschließen quam institore. Quippe als mit einem Geschäftsleiter. Die Um- res patitur, ut de con- stände lassen es ja auch zu, den perso- ditione quis institoris nenrechtlichen Status eines Geschäfts- dispiciat et sic contra- leiters zu ermitteln und dann den Ver- hat: in navis magistro trag zu schließen. Nicht so beim Kapi- non ita, nam interdum tön, denn oft genug erlauben es die ört- locus tempus non pati- lichen und zeitlichen Verhältnisse tur plenius deliberandi nicht, die Absicht, sich eingehender zu consilium. erkundigen, zu verwirklichen.<sup>55</sup>

Ulpian bezieht sich hier auf die praktischen Bedürfnisse des Seehandels „(propter navigandi necessitatem“), die im Laufe der wirtschaftlichen Umwälzungen des 2. Jh. v. Chr. entstanden sind. Der *magister* führte selbstständig das ihm anvertraute Schiff und musste dazu in fremden Häfen in Vertragsverhältnisse eintreten. Die wirtschaftlichen Erträge seiner Tätigkeit flossen aber dem *exercitor* zu. Aus dem Verweis auf die parallele Gestaltung der Geschäftsleiterklage im Landhandel (*actio institoria*) ist zu entnehmen, dass beide Klagen auf demselben Grundgedanken beruhen. Laut der *laudatio edicti* zur *actio institoria* erschien es dem Prätor nämlich als gerecht, den Geschäftsherren für die Geschäfte des Angestellten haften zu lassen, weil ihm der wirtschaftliche Ertrag zufiel.<sup>56</sup> Für die *actio exercitoria* wird diese allgemeine ökonomische Erwägung konkretisiert. Da Geschäftspartner im Seehandel, anders als im Landhandel, wo der *institor* lokal verankert war, nicht immer genaue Informationen über die Person des *magister* einholen konnten, trug der Prätor bei der Ausgestaltung der *actio exercitoria* dem Verkehrsschutz in besonderem Maße Rechnung. Der *exercitor* musste, weil er die wirtschaftlichen Erträge der Seehandelstätigkeit des *magister* genoss, auch die Risiken tragen, die für den Verkehr durch dieselbe entstanden.<sup>57</sup>

In der älteren Literatur herrschte die Meinung vor, dass die *laudatio edicti*, sowie eine Reihe anderer Digestenstellen zur *actio exercitoria*, interpoliert worden sei, also im Laufe der Überlieferung durch Kopisten und andere Autoren verfälscht worden ist.<sup>58</sup> Dies beruht im Allgemeinen auf dem

Vorteile aus den Handlungen unserer Geschäftsleiter ziehen, ebenso auch aus deren Verträgen verpflichtet und verklagt werden können.

<sup>57</sup> Insbesondere *Martin Zimmermann* hat die Quellen zur *actio exercitoria* nach ökonomischen Gesichtspunkten untersucht. D. 14,1,1 pr. ordnet er als Ausprägung des „cheapest-cost-avoider“-Prinzips ein, *M. Zimmermann*, Die Haftung des Reeders mit der *actio exercitoria*, *SZ Roman. Abt.* 129 (2012), 554 (569); siehe auch *Wacke*, *SZ Roman. Abt.* 111 (1994), 280 (298).

<sup>58</sup> Sowohl den Inhalt als auch die Form befindet *Solazzi* für verdächtig und ordnet die gesamte *laudatio edicti* als postklassisch ein, *Solazzi*, *Riv. dir. navigaz.* 7 (1941), 185 (187–189) = *Scritti di diritto romano IV*, S. 245–246; als „sostanzialmente ulpiano“ ordnet sie, trotz Zweifeln an der Form *Longo* ein, der aber an anderen Stellen zur *act. ex.* weitreichende Interpolationen annimmt, *Longo*, *Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria*, in: *Studi in onore di Gaetano Scherillo II*, 1972, S. 581 (584–586). Die angesprochene Interpolationsdebatte wurde vor allem in der italienischsprachigen Literatur geführt, insbesondere *De Martino* und *Pugliese* lieferten sich einen leidenschaftlichen Schlagabtausch, *De Martino*, *Riv. dir. navigaz.* 7 (1941), 7 = *Diritto economia e società nel mondo*

Vorurteil, dass erst eine postklassische bzw. byzantinische Jurisprudenz den Verkehrsschutz besonders berücksichtigt und die klassischen Quellen in den Digesten verfälscht habe. *Pugliese* etwa, obwohl er an anderen Stellen mit Interpolationsvermutungen vorsichtiger ist, hält in einer spitzfindigen Interpretation die *laudatio edicti* für interpoliert. Denn in ihr werde in Abweichung vom ursprünglich klassischen Institut der *praepositio* die rechtliche Grundlage im Verkehrsschutz begründet.<sup>59</sup> Dies kann nicht überzeugen. Abgesehen davon, dass Verkehrsschutz keine rechtliche Grundlage für etwas sein kann, sondern immer nur eine Motivation oder ein Argument darstellt, wird in der *laudatio edicti* der fundamentale Maßstab der *aequitas* konkretisiert. Das Behaupten eines institutionellen Kerns, um anschließend alle darüberhinausgehenden wertenden Gesichtspunkte nach der *aequitas* als interpoliert darzustellen, ist ein typisches Vorgehen der mittlerweile überholten Methodik der radikalen Interpolationist.<sup>60</sup> Auch das Vorurteil, dass die *aequitas* erst mit einer byzantinischen Dogmatik Eingang in die Quellen gefunden habe, ist unzutreffend. Die *aequitas naturalis* ist ein von der skeptischen Philosophie inspiriertes Konzept, das seit der späten Republik eine entscheidende Rolle in der Entwicklung des klassischen römischen Rechts gespielt hat.<sup>61</sup> Sie ist der materielle Maßstab der Gerechtigkeit, nach dem der Prätor das *ius civile* ergänzte.<sup>62</sup> Dass in einem großen Teil der älteren Literatur diese Rolle verkannt und die *laudatio edicti* für gefälscht gehalten wurde, hat zu weiteren Missinterpretationen geführt. Denn die von der *aequitas* geforderten Maßstäbe des Verkehrsschutzes haben die Diskussion der römischen Juristen von Anfang an beeinflusst und sind zum Verständnis der Quellen von ganz wesentlicher Bedeutung. In der *laudatio edicti* wird ausgedrückt, dass aus wirtschaftlicher Perspektive des Dritten der Vertrag mit dem *exercitor* abgeschlossen wurde.<sup>63</sup> Auf diesen richtete sich sein Vertrauen, während die persönlichen Verhältnisse des *magister* für ihn nur schwierig erforschbar waren. Für seine Vertragspartner galt der *magister* stets als Repräsentant des Seehandelsunternehmens des *exercitor*. Deshalb erschien es dem Prätor als gerecht („*aequum fuit*“), den *exercitor* für die vom *magister* abgeschlossenen Geschäfte haften zu lassen. Dabei orientierte er sich an dem materiellen Maßstab der *aequitas* und schuf unter Berücksichtigung der beson-

deren Verkehrsschutzbedürfnisse des Seehandels und allgemein-ökonomischen Ausgleichserwägungen eine passgenaue Klage. Diese Überlegungen sind entscheidend, um die konkrete rechtliche Ausgestaltung der Klage zu verstehen und insbesondere die Rolle der *praepositio* zu würdigen.

## VI. Die *praepositio* als Grundlage und Grenze der Haftung

Der Bestellsakt des *magister* nimmt als *praepositio* eine zentrale Stellung in der *actio exercitoria* ein, indem sie die Haftung des *exercitor* sowohl begründet als auch begrenzt. Diesen Grundsatz führt Ulpian in D. 14, 1, 1, 7 ein:

### D. 14, 1, 1, 7 Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum

Non autem ex omni Der Prätor gewährt aber nicht aus je-  
causa praetor dat in dem Grund eine Klage gegen den Ree-  
exercitorem actionem, der, sondern nur in einer Sache, für die  
sed eius rei nomine, der Kapitän auf dem Schiff bestellt  
cuius ibi praepositus wurde, das heißt wenn er für die betref-  
fuerit, id est si in eam fende Sache bestellt worden ist, zum  
rem praepositus sit, ut Beispiel wenn das Schiff [von ihm]  
puta si ad onus vehen- zum Warentransport verchartert wor-  
dum locatum sit aut den ist oder wenn er irgendwelche für  
aliquas res emerit utiles die Schifffahrt nötigen Sachen gekauft  
naviganti vel si quid hat oder wenn er für die Instandsetzung  
reficiendae navis causa des Schiffes einen Vertrag geschlossen  
contractum vel impen- hat oder wenn jemand [auf das Schiff]  
sum est vel si quid Verwendungen gemacht hat oder für  
nautae operarum nom- den Fall, dass die Seeleute für ihre Ar-  
ine petent. beit die Heuer verlangen.<sup>64</sup>

In dieser Digestenstelle wird ein Teil der Ediktsklausel des Prätors paraphrasiert. In der von Lenel restaurierten Form lautet sie: *Quod cum magistro navis gestum erit eius rei nomine, cui ibi praepositus fuerit, in eum, qui navem exercuerit, iudicium dabo.*<sup>65</sup> Der Prätor verspricht demjenigen, der ein Geschäft mit einem *magister navis* in einer Sache abgeschlossen hat, für die dieser eingesetzt wurde, eine Klage gegen den *exercitor*. Dazu wird die Klagformel des zugrundeliegenden Geschäfts modifiziert. In der Tatbestandsumschreibung (*intentio*) wird weiterhin das Rechtsgeschäft zwischen dem Dritten und dem *magister* beschrieben. Anschließend wird durch einen Subjektwechsel in der Verurteilungsklausel (*condemnatio*) die Haftung auf den *exercitor* erweitert.<sup>66</sup> Der Haftung des *exercitor* liegt also

romano I, S. 495, darauf *Pugliese* (Fn. 38), darauf wiederum *De Martino*, Ancora sull'actio exercitoria, Labeo 4 (1958), 274 = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 629.

<sup>59</sup> *Pugliese* (Fn. 38), S. 292–293 = S. 508–509.

<sup>60</sup> *Behrends* nennt dieses Vorgehen treffend eine „geistige Entthaupung“ der römischen Rechtswissenschaft, *Behrends*, Das Werk Otto Lenels und die Kontinuität der romanistischen Fragestellungen. Zugleich ein Beitrag zur grundsätzlichen Überwindung der interpolationistischen Methode, Index. Quaderni camerti di studi romanistici (Index) 19 (1991), 169 (204) = Institut und Prinzip I, S. 305.

<sup>61</sup> Zu dieser grundlegenden Kritik an der radikalen Interpolationistik vgl. *Behrends*, Index 19 (1991), 169 (184–207) = Institut und Prinzip I, S. 283–309

<sup>62</sup> *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 41), S. 19; zur ethischen Seite der Rolle des Prätors siehe *Behrends*, Index 19 (1991) 169 (172–182) = Institut und Prinzip I, S. 271–281; siehe auch *Kaser*, SZ Roman. Abt. 101 (1984), 1 (69), dessen Charakterisierung der *aequitas* als „Fallgerechtigkeit“ aber nicht ausreichend ihren ethisch-materiell-rechtlichen Aspekt einfängt.

<sup>63</sup> *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (284–285); *M. Zimmermann*, SZ Roman. Abt. 129 (2012), 554 (557).

<sup>64</sup> Text und Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (Fn. 22), S. 198–199.

<sup>65</sup> *Lenel*, Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl. 1927, S. 258.

<sup>66</sup> Diese Formeltechnik ist allen adjektivischen Klagen gemein, *Kaser/Hackl*, Das Römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1996, S. 341–343.



die Haftung des *magister* zugrunde; sie wird daher nach dem für dieses Geschäft geltenden Rechtskreis beurteilt.<sup>67</sup> Die *praepositio* fungiert dabei in der Klagformel als das Bindeglied zwischen dem vom *magister* abgeschlossenen Geschäft (*negotium gestum*) und dem *exercitor* und begründet dessen Haftung. Demnach hat die *actio exercitoria* zwei Voraussetzungen. Erstens die Existenz einer *praepositio* des *exercitor* und zweitens ein *negotium gestum* innerhalb ihrer Grenzen.<sup>68</sup>

Damit ein Geschäft von der *praepositio* erfasst wird, muss es zunächst allgemein eine Beziehung zu dem Schiff aufweisen, auf dem der *magister* eingesetzt worden ist. Laut der beispielhaften Aufzählung in D. 14,1,1,<sup>69</sup> fallen darunter die Vercharterung zum Warentransport, der Kauf von Schiffszubehör, Verträge zur Durchführung notwendiger Reparaturen, Verwendungen von Dritten auf das Schiff und die Heuer für die Seeleute. Die *praepositio* ist also stets in Verbindung mit dem Schiff zu interpretieren. Es werden nur solche Geschäfte erfasst, die typischerweise mit dem Betrieb desselben zusammenhängen.

Der *exercitor* kann die konkreten Grenzen des Geschäftskreises durch die *praepositio* anpassen. Laut D. 14,1,1,12 kann die Ermächtigung beispielsweise auf das Einfordern von Frachtgeldern beschränkt werden, sodass eine selbstständige Vercharterung ausgeschlossen ist oder andersherum. Die Tätigkeit des *magister* kann auch auf den Passagier- oder Frachtverkehr, auf eine bestimmte Warengruppe oder eine bestimmte Route beschränkt werden. Wenn die Grenzen der *praepositio* nicht ausreichend klar sind, können sie sich aus den Umständen ergeben; beispielsweise, wenn ein Schiff nur zum Passagiertransport oder nur zur Flussschifffahrt geeignet ist.<sup>70</sup> Außerdem ist es möglich, mehrere *magistri* mit getrennten oder auch geteilten Geschäftskreisen zu benennen.<sup>71</sup> Für alle Geschäfte, die außerhalb des durch die *praepositio* definierten Geschäftskreises fallen, hat der *exercitor* grundsätzlich nicht einzustehen. Die Grenzen der *praepositio* werden also in erster Linie durch den Willen des *exercitor* festgelegt, aber im Detail durch die Umstände und Verkehrsnotwendigkeiten konkretisiert.

<sup>67</sup> Ulpian D. 14,1,1,24: *Haec actio ex persona magistris in exercitorem dabitur* [...]. Trotz dieser nach der Ediktsstruktur erkennbaren mittelbaren Verpflichtung des *exercitor*, vertrat wohl, wie Behrends vermutet, eine Mindermeinung die Konstruktion einer unmittelbaren Verpflichtung, die sich noch in Inst. 4,7,8 erahnen lässt (*directo posse condici placet, quia huius quoque iussu contractum intellegitur*), Behrends, Index 19 (1991), 169 (176–177) = Institut und Prinzip I, S. 274–276; Behrends, Der Kommentar in der römischen Rechtsliteratur, in: Assmann/Gladigow, Text und Kommentar, 1995, S. 421 (444–445) = Institut und Prinzip I, S. 247–248. Eine weitere Spur scheint mir in einem *responsum* von Scaevola in D. 14,4,20 pr. enthalten zu sein, wonach ein *institor* nach dem Tod seines Geschäftsherren nicht für ein Darlehensgeschäft haften sollte, dass er in dieser Rolle noch vor dem Todesfall abgeschlossen hatte. Eine weitergehende Untersuchung dieser Hinweise auf eine unvermittelte Haftung wäre wünschenswert.

<sup>68</sup> Wacke, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (336).

Dass in der *praepositio* der Wille des *exercitor* enthalten ist, betont Gaius:

#### Gaius Institutiones 4,70–71

Inprimis itaque, si iussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit; et recte, quia, qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur. 71. Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam. Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus fuerit, negotium gestum erit. Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in heri nach Ansicht der Juristen volsolidum actionem dari; [...]

Zunächst also: Wenn ein Geschäft auf Befehl des Vaters oder Herrn geführt worden ist, hat der Prätor eine Klage gegen den Vater oder Herrn auf das Ganze geschaffen; und dies zu Recht, denn wer derart ein Geschäft führt, vertraut mehr dem Vater oder Herrn als dem Sohn oder Sklaven. 71. Aus derselben Überlegung hat er zwei weitere Klagen geschaffen, die Schiffsführerklage und die Geschäftsführerklage. Und zwar wird die Schiffsführerklageformel dann angewandt, wenn ein Vater oder Herr einem Sohn oder Sklaven die Führung eines Schiffes übertragen hat und ein Geschäft mit ihm in Bezug auf das Schiff, dessen Führung ihm übertragen worden ist, gemacht wurde. Man nimmt nämlich an, dass auch eine solche Angelegenheit aufgrund des Willens des Vaters oder Herrn ausgeführt wird, und es ist daher nach Ansicht der Juristen volsolidum actionem dari; kommen angemessen, eine Klage auf das Ganze zu gewähren; [...]<sup>72</sup>

Gaius behandelt die *actio exercitoria* nach der *actio quod iussu*. Genau wie bei dieser ist es gerecht, den Prinzipal in *solidum* zu verpflichten, da sich auf ihn das Vertrauen richtet („*magis patros dominive [...] fidem sequitur*“). Denn bei allen Geschäften, die innerhalb der *praepositio* vom *magister* getätigt werden, wird angenommen, dass sie dem Willen des *exercitor* entsprechen („*ex voluntate patris dominive contrahi videatur*“). Die *praepositio* ist somit auch nach Gaius die rechtliche Grundlage der *actio exercitoria*. In ihr manifestiert sich der Wille (*voluntas*) des *exercitor*, in dem definierten Umfang für die vom *magister* abgeschlossenen Geschäfte aufzukommen.<sup>73</sup> Dabei richtet sich die *praepositio* auch an den Dritten, welcher mit dem *magister* in Rechtsgeschäfte eintreten möchte, und gibt ihm

<sup>69</sup> De Martino erkennt zwar an, dass D. 14,1,1,7 mit dem *praepositio*-Prinzip im Kern ulpianisch ist, aber hält die Aufzählung in der zweiten Hälfte für interpoliert, De Martino, Riv. dir. navigaz. 7 (1941), 7 (7–9) = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 495–497; so auch trotz inhaltlich leicht geänderter Interpretation in De Martino, Labeo 4 (1958), 274 (275–277) = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 630–632.

<sup>70</sup> De Martino, Labeo 4 (1958), 274 (277–278) = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 632–633; Wacke, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (305).

<sup>71</sup> Ulpian D. 14,1,1,13.

<sup>72</sup> Text und Übersetzung nach Manthe, Die Institutionen des Gaius, 2004, S. 358–361.

<sup>73</sup> Costa (Fn. 3), S. 36; Pugliese (Fn. 38), S. 293 = S. 509; De Martino, Riv. dir. navigaz. 7 (1941), 7 = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 495.

eine „feste Maßgabe“,<sup>74</sup> bei welchen Verträgen er Vertrauen (*fides*) auf die adjektivische Haftung des *exercitor* fassen kann.

Das Geschäft muss der *magister* nicht wie bei der Stellvertretung i.S.d. § 164 BGB „in fremdem Namen“ abschließen. Dass eine solche Voraussetzung auch im römischen Recht existierte, wurde vor allem im 19. Jahrhundert vertreten, als die dogmatischen Grundlagen des heutigen Rechts erarbeitet wurden.<sup>75</sup> Für ein solches Erfordernis finden sich jedoch weder in der Ediktsklausel noch in anderen Quellen Belege.<sup>76</sup> Darüber hinaus wäre es auch nicht mit der Natur der adjektivischen Klagen vereinbar, denn der adjektivischen Haftung des *exercitor* liegt das Geschäft des *magister* zugrunde. Der primären Klage gegen den *magister* wird lediglich die *actio exercitoria* als zweite Klagmöglichkeit hinzugefügt. Deshalb muss der *magister* nicht ausdrücklich für den *exercitor* handeln. Dennoch muss es sich für den Dritten zumindest aus den Umständen ergeben, dass das Geschäft im Rahmen einer *praepositio* getätigt wurde.<sup>77</sup> Nur dann hat er den Vertrag mit Vertrauen auf die Haftung des *exercitor* abgeschlossen und ist somit schutzwürdig. Dabei trägt er das Risiko, dass das Geschäft nicht von der *praepositio* erfasst ist. Im Zweifel muss er sich über deren Umfang informieren.<sup>78</sup>

Die Informationen über den Umfang der *praepositio* konnte der Geschäftspartner wahrscheinlich einer schriftlichen Urkunde entnehmen, die dem *magister* mitgegeben wurde.<sup>79</sup> Auch wenn die *praepositio* an kein Formerfordernis gebunden war, könnte sich eine solche Praxis aus informeller Übung ergeben haben. Noch vor Einführung der *actio exercitoria* könnte der *exercitor* seine Kapitane mit einem Schreiben ausgestattet haben, in dem er versprach für deren Verpflichtungen aufzukommen. Dieses Versprechen war zunächst rechtlich unverbindlich und stützte sich auf das allgemeine Vertrauensprinzip der *fides*.<sup>80</sup> Vor allem die oben angesprochenen, reichsweit agierenden Seehandelsunternehmen könnten so ihren Namen eingesetzt haben, um ihren *magistri* die Handelstätigkeit zu erleichtern. Auf der anderen Seite begannen deren Vertragspartner Vertrauen auf das Zahlungsversprechen der *exercitores* zu entwickeln. Einer solchen bereits vorhandenen Praxis könnte der Prätor mit der *actio exercitoria* Rechnung getragen haben. Den Bestellsakt und das formlose Zahlungsverprechen erkannte er als *praepositio* an, die er zur rechtlichen Grund-

lage der neuen Klage machte. Denn in ihr manifestierte sich die *voluntas* des *exercitor* in einer für den Verkehr erkennbaren Weise und folglich wurden ihre Grenzen aus Drittperspektive beurteilt.

In den Quellen und der Literatur werden vor allem drei Fälle diskutiert, in denen diese Grenzen problematisch erscheinen: Die Bestellung eines Unter-*magister* (VII.), die Aufnahme eines Darlehens durch den *magister* (VIII.) und die Haftung für den gewaltunterworfenen *exercitor* nach der *voluntas*-Lehre (IX.). Durch eine Betrachtung der entsprechenden Quellen wird die Rolle der *praepositio* deutlicher werden.

## VII. Die Bestellung eines Unter-*magister*

In der Praxis des Seehandels ist es anscheinend vermehrt dazu gekommen, dass der *magister* einen eigenen Stellvertreter bestellt hat. Denn in den Digesten wird die Diskussion wiedergegeben, ob die *actio exercitoria* auch Geschäfte erfasst, die ein Unter-*magister* abgeschlossen hat:

### D. 14, 1, 1, 5 Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum

Magistrum autem accipimus non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: et hoc consultus Iulianus in ignorante exercitore respondit: ceterum si scit et passus est eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur. Quae sententia mihi videtur probabilis: omnia enim facta magistri deo praestare qui eum praeposuit, alioquin contrahentes decipiuntur: et facilius hoc in magistro quam institore admittendum propter utilitatem.

Als Kapitän sehen wir jedoch nicht nur denjenigen an, den der Reeder bestellt hat, sondern auch denjenigen, den der Kapitän [zum Unterkapitän] bestellt hat. Dies hat Julian auf Anfrage im Falle eines Reeders, der davon nichts wusste, entscheiden. Wenn im Übrigen der Reeder weiß und zulässt, dass dieser [Unterkapitän] auf dem Schiff als Kapitän tätig ist, wird er so angesehen, als habe er ihn selbst eingesetzt. Diese Ansicht erscheint mir beifallswert. Denn für alle Handlungen des Kapitäns muss ich einstehen, wenn ich ihn bestellt habe; andernfalls würden die Vertragspartner getäuscht. Und dies lässt sich aus Gründen des Verkehrsschutzes bei einem Kapitän sicher eher zugeben als bei einem Geschäftsleiter.

Quid tamen si sic magistrum praeposuit, ne alium ei liceret praeposere? An adhuc Iuliani sententiam admittimus, videndum est: eum prohibuisse, ne

Was gilt jedoch, wenn ein Reeder den Kapitän mit der Bestimmung bestellt hat, dass er keinen anderen zum Kapitän bestellen darf? Hier stellt sich die Frage, ob man auch dann die Ansicht Julians billigen soll. Nimm etwa an, ein Reeder habe es dir [als Kapitän] sogar ausdrücklich untersagt, dich des Titius

<sup>74</sup> Ulpian D. 14, 1, 1, 12: *Igitur praepositio certam legem dat contrahentibus*.

<sup>75</sup> So etwa *Mitteis* (Fn. 1), S. 25–32; einen Überblick über die damalige Diskussion bietet *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (333–337).

<sup>76</sup> Gegen die Existenz der Voraussetzung „Handeln in fremdem Namen“ oder jegliche Bezugnahme zum *exercitor* war *Schlossmann*, Das Kontrahieren mit offener Vollmacht, in: FS Jhering, 1892, S. 215 (237–255).

<sup>77</sup> So die vermittelnde Lösung von *Lenel*, Handeln in fremdem Namen und die actiones adiecticiae qualitatis, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 36 (1896), S. 131 (135–137); zustimmend *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (336–337).

<sup>78</sup> *M. Zimmermann*, SZ Roman. Abt. 129 (2012), 554 (559).

<sup>79</sup> So bereits *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte. Zweiter Band. Erster Teil, 1901, S. 1124; zustimmend *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (306), der zudem auf die in der Antike verbreitete Übung der Mitgabe von Empfehlungsbriefen hinweist; vgl. auch *De Martino*, *Labeo* 4 (1958), 274 (277) = *Diritto economia e società nel mondo romano* I, S. 632.

<sup>80</sup> Eine Entwicklung aus der unverbindlichen *fides* heraus schwebt wohl auch *Costa* vor, jedoch ohne Hinweis auf eine Urkundenpraxis, vgl. *Costa* (Fn. 3), S. 21–22.

Titio magistro utaris. als Kapitän zu bedienen. Gleichwohl  
Dicendum tamen erit eo wird man sich dafür aussprechen müs-  
usque producendam uti- sen, den Verkehrsschutz für die am  
litatem navigantium. Seehandel Beteiligten so weit auszu-  
dehnen.<sup>81</sup>

Die Interpolationsforschung hat die Stelle heftig kritisiert. Laut *De Martino* stammt sie beinahe gänzlich von postklassischen Autoren. Nach ihm habe sich Julian in der ursprünglichen Fassung strikt an der *praepositio* orientiert und eine Haftung des *exercitor* für Geschäfte des *Unter-magister* nur angenommen, wenn dieser Kenntnis von der *Unter-Anstellung* hatte (*exercitor sciens*), nicht aber, wenn jene ihm unbekannt war (*exercitor ignorans*). Denn es sollen allein die Grenzen der *praepositio* entscheidend gewesen sein, die wiederum von der *voluntas* des *exercitor* abhängig gewesen sind. Das in der überlieferten Fassung enthaltene Argument des Verkehrsschutzes soll dagegen erst von postklassischen Autoren eingefügt worden sein und eine vollständige Umkehrung der Bedeutung des Textes verursacht haben.<sup>82</sup> *Pugliese* erkennt die Textkritik von *De Martino* im ersten Teil der Stelle nicht an und meint, dass Julian ursprünglich sehr wohl die Haftung auch des *exercitor ignorans* anerkannt hat. Denn in der *praepositio* soll auch die implizite Erlaubnis enthalten gewesen sein, einen *Unter-magister* zu benennen. Wollte der *exercitor* dies verhindern, musste er es seinem *magister* ausdrücklich in der *praepositio* verbieten. Das soll in der originalen Fassung der zweiten Hälfte dieser Stelle ausgedrückt gewesen sein, die entgegen der überlieferten Fassung eine Haftung des *exercitor* bei einem Verbot ausgeschlossen habe.<sup>83</sup>

Doch auch *Pugliese* teilt mit *De Martino* das interpolationsistische Vorurteil, nach dem die klassische Linie sich strikt an der *praepositio* orientiert habe und der Verkehrsschutz erst in postklassischer Zeit stärker berücksichtigt worden sei.<sup>84</sup> Stattdessen muss man die beiden Aspekte gemeinsam betrachten. Das Problem des *Unter-magister* wird in D. 14,1,1,5 diskutiert, noch bevor in D. 14,1,1,7 das Prinzip der *praepositio* ausführlich eingeführt wird. Es wird also nicht primär als ein Problem der Grenzen der *praepositio* angesehen, sondern als eines der Definition des *magister* in D. 14,1,1,1. Diese wiederum folgt auf die *laudatio edicti*, in der die besonderen Verkehrsschutzbedürfnisse dargelegt werden, die von der *aequitas naturalis* berücksichtigt werden. Wie durch den Vergleich mit der *actio*

*institoria* zu Beginn der vorliegenden Stelle signalisiert wird, sind diese für die Ausweitung der Haftung auf die Geschäfte des *Unter-magister* entscheidend. Aus der Perspektive des Dritten gilt nach D. 14,1,1,1 derjenige als Repräsentant des *exercitor*, dem die kommerzielle Führung des Schiffs anvertraut worden ist. Das Anstellungsverhältnis eines *Unter-magister* ist für ihn dabei nicht einsehbar. Und selbst wenn in der *praepositio* eine Person namentlich als *magister* bestimmt gewesen sein sollte, wird eine zeitnahe Identitätsprüfung in einem fremden Hafen ohne moderne Mittel wie beispielsweise Personalausweise schwierig, wenn nicht gar unmöglich gewesen sein.<sup>85</sup> Wenn der *magister* ohne Wissen des *exercitor* einen *Unter-magister* einsetzt, fällt das demnach in die Risikosphäre des *exercitor*, der sich das Verhalten seines *magister* zurechnen lassen muss („*omnia enim facta magistri debeo praestare qui eum praeposui*“). Unter Berücksichtigung des Verkehrsschutzes („*utilitatem navigantium*“) kann und muss der Dritte lediglich kontrollieren, ob das Geschäft von dem inhaltlichen Umfang der *praepositio* gedeckt ist, und nicht, ob der *magister* ordnungsgemäß bestellt wurde.<sup>86</sup> Ansonsten würde sein gerechtfertigtes Vertrauen enttäuscht („*decepiuntur*“).

Mit dieser Kontextualisierung erscheint auch der zweite Teil von D. 14,1,1,5 als folgerichtig, der die Haftung auch bei einem Verbot des *exercitor* zulässt. Hier ist sich ein großer Teil der Literatur sicher, eine Interpolation zu erkennen und insbesondere *Pugliese* betont, dass es in diesem Fall am Willen des *exercitor* fehle, durch Geschäfte des *Unter-magister* gebunden zu werden.<sup>87</sup> Das tatsächliche Vorhandensein von *voluntas* ist allerdings für die Haftung des *exercitor* nicht notwendig. Stattdessen sind die beiden einzigen Voraussetzungen der *actio exercitoria* das Vorliegen einer *praepositio* und ein ihr entsprechendes Geschäft. Die *voluntas* wird in D. 14,1,1,7 nicht als Voraussetzung erwähnt, sondern findet sich nur in Gaius Inst. 4,71. Dort ist sie, wie gesehen, keine unmittelbare Voraussetzung der *actio exercitoria*. Stattdessen ist die *praepositio* der Träger, aus dem der Dritte auf die *voluntas* des *exercitor* schließen und entsprechendes Vertrauen fassen kann. Entscheidend ist also nicht, dass der Wille des *exercitor* zu jeder Zeit tatsächlich vorhanden war, sondern nur, wie sich dieser für den Dritten darstellt.<sup>88</sup> Auch wenn der *exercitor* dem *magister* verboten hat, einen *Unter-magister* zu bestimmen,

<sup>81</sup> Text und Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (Fn. 22), S. 198.

<sup>82</sup> *De Martino*, Riv. dir. navigaz. 7 (1941), 7 (15–17) = *Diritto economia e società nel mondo romano I*, S. 503–505; diesem im Ergebnis zustimmend *Solazzi*, Riv. dir. navigaz. 7 (1941) (Riv. dir. navigaz.), 185 (189–191) = *Scritti di diritto romano IV*, S. 246–248.

<sup>83</sup> *Pugliese* (Fn. 38), S. 294–298 = S. 510–514; zustimmend *Kirschenbaum* (Fn. 2), S. 102–103.

<sup>84</sup> Insbesondere hält er die *laudatio edicti*, da sie den Verkehrsschutz einführt, für vollständig gefälscht, *Pugliese* (Fn. 38), S. 292–293 = 508–509.

<sup>85</sup> *De Martino* erkennt solche Notwendigkeiten des Verkehrs zwar als schlüssig an, betont aber dennoch, dass die klassische Linie sich strikt an

der *praepositio* und der Zustimmung des *exercitor* orientiert habe, vgl. *De Martino*, *Labeo* 4 (1958), 274 (281) = *Diritto economia e società nel mondo romano I*, S. 636.

<sup>86</sup> Die *praepositio* wird „entpersönlicht“, *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (310–311); ähnlich *M. Zimmermann*, SZ Roman. Abt. 129 (2012), 554 (560–561).

<sup>87</sup> *Pugliese* (Fn. 38), S. 296–297 = S. 512–513; erst recht *De Martino* und *Solazzi*, siehe oben Fn. 82; ebenso *Kirschenbaum* (Fn. 2), S. 103.

<sup>88</sup> *Chiusi*, SZ Roman. Abt. 124 (2007), 94 (106–107); ähnlich *M. Zimmermann*, der den Reeder als den „cheapest-cost-avoider“ sieht, *M. Zimmermann*, SZ Roman. Abt. 129 (2012), 554 (587–588).

kann dies dem Geschäftspartner nicht zulasten fallen, soweit die fehlerhafte Bestellung für ihn nicht erkennbar war. Wenn man den in der *laudatio edicti* eingeführten Maßstab der *aequitas* und die sich aus ihr ergebenden Verkehrsschutzerfordernisse angemessen berücksichtigt, fügt sich D. 14,1,1,5 nahtlos in ein Gesamtkonzept ein. Es besteht kein Anlass, eine Interpolation anzunehmen.

### VIII. Die Aufnahme eines Darlehens durch den *magister navis*

Das Problem der Aufnahme eines Darlehens (*mutuum*) durch den *magister* wird in den Digesten in zwei Fragmenten behandelt: Von Ulpian in D. 14,1,1,8–9 und von Afrikan in D. 14,1,7 pr. Das lädt dazu ein, die beiden Stellen miteinander zu vergleichen.

#### 1. Das Darlehensproblem bei Ulpian (D. 14,1,1,8–9)

Ulpian behandelt das Problem der Darlehensaufnahme in seinem Ediktskommentar unmittelbar nachdem er die *praepositio* in D. 14,1,1,7 eingeführt hat:

##### D. 14,1,1,8–9 Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum

Quid si mutuam pecuniam sumpserit, an eius rei nomine videatur gestum? Et Pegasus existimat, si ad usum eius rei, in quam praepositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem, quam sententiam puto veram: quid enim si ad armandam instruendamve navem vel nautas exhibendos mutuatus est?

Wie ist es, wenn der Kapitän ein Darlehen aufgenommen hat? Erscheint dies als sein Geschäft in der Sache, für die er bestellt worden ist? Und Pegasus ist der Meinung, dass die Klage [gegen den Reeder] erteilt werden muss, wenn er das Darlehen im Interesse einer Sache aufgenommen hat, für die er bestellt worden ist. Diese Auffassung halte ich für richtig. Denn was soll sonst gelten, wenn er das Darlehen aufgenommen hat, um das Schiff instandzusetzen oder auszurüsten oder um die Besatzung zu verpflegen?

9. Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in usus converterit, an exercitorem detur actio. Et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputatum sibi, cur talem proposuerit: quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis

9. In diesem Zusammenhang fragt Ofilius, ob die Reederklage gegen den Reeder zu gewähren sei, wenn der Kapitän das zur Instandsetzung des Schiffes geliehene Geld in eigenem Interesse verwendet hat. Und er sagt, habe der Kapitän das Geld mit der Absprache aufgenommen, er werde es für das Schiff verwenden, bald darauf jedoch seine Absicht geändert, so hafte der Reeder, weil er es sich zurechnen lassen müsse, dass er einen solchen Mann zum Kapitän bestellt hat. Habe aber der Kapitän die Absicht gehabt, den Darlehensgeber zu hintergehen und nicht ausdrücklich erklärt, er nehme das

causam accipit, contra esse: quam distinctio- nem Pedius probat. Darlehen im Interesse des Schiffes auf, dann gelte das Gegenteil. Pedius billigt diese Unterscheidung.<sup>89</sup>

Das grundlegende Problem ist, dass ein Darlehensgeschäft aus sich heraus keinen Aufschluss darüber gibt, zu welchem Zweck es aufgenommen wird.<sup>90</sup> Die römischen Juristen haben daher verschiedene Methoden entwickelt, die bloße Geldsumme mit dem Schiff und so der *praepositio* in Verbindung zu bringen. Ulpian gibt zunächst die Meinung von Pegasus wieder, der verlangt, dass das Darlehen in einer im Interesse des Schiffes liegenden Sache aufgenommen worden sein muss. Notwendig ist also allgemein eine Zweckrichtung auf den in der *praepositio* definierten Geschäftskreis. Ulpian stimmt dem zu und überliefert in D. 14,1,1,9 des Weiteren die Meinung von Ofilius, die auf den allgemeinen Grundsatz von Pegasus aufbaut, ihn aber konkretisiert. Ofilius respondiert in einem Fall, bei dem der *magister* die Darlehenssumme nach Erhalt nicht auf das Schiff, sondern im eigenen Interesse verwendet hat. Laut Ofilius genügt es zur Gewährung der *actio exercitoria*, wenn zwischen dem Dritten und dem *magister* die Zweckrichtung auf das Schiff gesondert vereinbart wurde („*hac lege accepit*“). Dann schadet auch eine nachträgliche betrügerische Absicht des *magister* nicht.<sup>91</sup> Diese subjektive Seite ist nicht, wie teilweise behauptet wird, Teil einer postklassischen Lehre, die das Fehlen eines Betrugsvorsatzes als zweite Voraussetzung neben der Vertragsklausel verlangte.<sup>92</sup> Vielmehr diene sie nur zur Erläuterung und hat keine rechtliche Relevanz.<sup>93</sup>

Ofilius und auch Pedius, der sich ihm anschließt, verlangen also, dass durch eine besondere Abrede die Verbindung zwischen dem Darlehen und dem Geschäftskreis der *praepositio* hergestellt wird.

#### 2. Das Darlehensproblem bei Afrikan (D. 14,1,7 pr.)

Eine weiter verfeinerte Methode, um die Verbindung des Darlehens zur *praepositio* sicherzustellen, findet sich einige Fragmente weiter in einem Text von Afrikan:

##### D. 14,1,7 pr. Africanus libro octavo quaestionum

Lucius Titius Stichum magistram navis praeposuit: is pecuniam mutuam accepit: cavit se in refectio- nem navis esse con- Lucius Titius bestellte den Stichus zum Kapitän eines Schiffes; dieser nahm ein Darlehen auf und bekundete in dem Rückzahlungsversprechen, das Geld zur Instandsetzung des Schiffes entgegengenommen zu haben. Es stellt sich die Frage, ob Titius nur dann mit der Reederklage hafte, wenn der Gläubiger beweist, dass das Geld zur Instandsetzung des Schiffes

<sup>89</sup> Text und Übersetzung nach Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 22), S. 199.

<sup>90</sup> Wacke, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (307).

<sup>91</sup> Kirschenbaum glaubt hier gar eine deliktische Verantwortlichkeit („tort liability“) des *exercitor* zu erkennen, vgl. Kirschenbaum (Fn. 3), S. 117.

<sup>92</sup> So Pugliese (Fn. 38), S. 299 = S. 515 und De Martino, Riv. dir. navigaz. 7 (1941), 7 (10–11) = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 498–499.

<sup>93</sup> M. Zimmermann, SZ Roman. Abt. 129 (2012), 554 (562); Chiussi, SZ Roman. Abt. 124 (2007), 94 (109).

sumptam. Respondit creditorem utiliter acturum, si, cum pecunia creditur, navis in ea causa fuerit, ut refici deberet: etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat et negotium domini gerat (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectionem erogatam), ita illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus, quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit necessariam refectio-  
 pecuniam esse. [...] verwendet worden ist. Er [Julian] hat geantwortet, dass die Klage des Gläubigers Erfolg haben wird, wenn das Schiff zur Zeit der Darlehenshingabe in einem ausbesserungsbedürftigen Zustand war. Und wie man in der Tat den Gläubiger nicht dazu zwingen darf, sich selbst um die Ausbesserung des Schiffes zu kümmern und damit ein Geschäft des Eigentümers zu besorgen (was zweifellos eintreten würde, wenn er gezwungen wäre, die Verwendung des Geldes für die Instandsetzung zu beweisen), so muss man doch verlangen, dass er weiß, dass er den Kredit wegen einer Sache gewährt, zu der der Kapitän bestellt worden ist; dies kann zweifellos nur dann der Fall sein, wenn er auch weiß, dass das Geld für die Instandsetzung notwendig ist. [...] <sup>94</sup>

Die dem Fall zugrundeliegende Problematik ist dieselbe, die auch Ofilius' Rechtsmeinung inspiriert hat. Ein *magister* hat ein Darlehen aufgenommen und mit dem Darlehensgeber die Vereinbarung getroffen, wahrscheinlich in Form einer *stipulatio*,<sup>95</sup> es zur Instandsetzung des Schiffes zu verwenden („*cavit se in refectionem navis eam accepisse*“). Nach dem Kriterium der Zweckvereinbarung von Ofilius müsste also der *exercitor* haften. Dieser trug dagegen vor, dass der Darlehensgeber zu beweisen habe, dass die Darlehenssumme tatsächlich zu dem vereinbarten Zweck eingesetzt worden ist. Afrikan gibt hierauf ein Rechtsgutachten von Julian wieder, wie so oft, ohne ihn im lateinischen Text namentlich zu benennen.<sup>96</sup> Julian stellt eine vermittelnde Meinung auf (*media sententia*).<sup>97</sup> Er verneint die Notwendigkeit, eine tatsächliche Verwendung nachzuweisen, verlangt aber, dass sich das Schiff in einem ausbesserungsbedürftigen Zustand befunden hat. Denn würde man den Nachweis des effektiven Einsatzes der Darlehenssumme verlangen, müsste der Darlehensgeber letztlich selbst für die Reparaturen Sorge tragen. Auf der anderen Seite sei bei einem Darlehen, dass zur Reparatur aufgenommen wurde, sein Vertrauen aber nur schutzwürdig, wenn das Schiff auch reparaturbedürftig ist. Aus den gleichen Gründen feh-

le es an einer Schutzwürdigkeit, wenn ein Kredit für ein Segel auf einer einsamen Insel ohne Möglichkeit eines dortigen Kaufs aufgenommen wurde.<sup>98</sup> Julian knüpft also an Ofilius an, verlangt aber neben einer Zweckvereinbarung zusätzlich, dass der Darlehensgeber nach den ihm objektiv erkennbaren Umständen die Reparaturbedürftigkeit überprüft, also eine Prüfung auf Plausibilität des vereinbarten Darlehenszwecks.<sup>99</sup> Julians Methode ist damit flexibler, aber erfordert eine Betrachtung der Umstände des Einzelfalls. Während nach Ofilius der Darlehensgeber lediglich auf eine besondere Zweckvereinbarung achtgeben muss, erlegt ihm Julian darüber hinaus aktive Sorgfaltspflichten im Interesse des *exercitor* auf.

### 3. Würdigung der unterschiedlichen Lösungen in D. 14,1,1,8–9 und D. 14,1,7 pr. vor dem Hintergrund der Rechtsschulen der Prokulianer und Sabinianer

Dieser feine Unterschied wurde in der Literatur zwar erkannt und auch diskutiert, aber noch nicht angemessen gewürdigt. Die Lösungen von Pegasus, Ofilius und Pedius werden von Ulpian in D. 14,1,1,8–9 wiedergegeben, der sich ihnen anschließt. Julians Responsum hingegen wird uns erst einige Fragmente weiter in D. 14,1,7 pr. durch Afrikan mitgeteilt. Ulpian scheint Julians Meinung „unterschlagen“ zu haben. Dies verwundert, da sie ihm eigentlich bekannt sein sollte. Schließlich hatte er noch kurz zuvor beim Problem des Unter-*magister* einer Rechtsmeinung Julians zugestimmt. Um nachzuvollziehen, weshalb Ulpian die Methode Julians möglicherweise verschwiegen haben könnte, ist es von Bedeutung, die einzelnen Juristen und ihre konzeptionellen Hintergründe zu beleuchten.

*Behrends* hat in einem seit den 1970er Jahren konsequent verfolgten Forschungsansatz überzeugend dargelegt, dass sich in den Quellen des römischen Rechts zwei unterschiedliche Denkrichtungen auffinden lassen, die in der späten Republik entstanden sind und sich in der Kaiserzeit zu den Rechtsschulen der Prokulianer und Sabinianer formierten. Das Denken der Prokulianer lässt sich als institutionell beschreiben, das der Sabinianer als prinzipiell. Während der sogenannten Schulenkonvergenz in der Hoch- und Spätclassik übernahmen beide Schulen Elemente der jeweils anderen Seite.<sup>100</sup> Die vorgenannten Juristen, die sich

<sup>94</sup> Text und Übersetzung nach *Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler* (Fn. 22), S. 205.

<sup>95</sup> So die plausible Annahme von *De Martino* ausgehend von „*cavit*“ mit Verweis auf die verbreitete Praxis, bei Darlehen mit einer *stipulatio* Sondervereinbarungen zu treffen, *De Martino*, *Labeo* 4 (1958), 274 (283–285) = *Diritto economia e società nel mondo romano* I, S. 638–640.

<sup>96</sup> Zum Verhältnis von Afrikan zu Julian in seinem *quaestiones* genannten Werk siehe *Bund*, *Salvius Iulianus. Leben und Werk*, in: *Temporini*, *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* (ANRW) II 15, 1976, S. 408 (439–440).

<sup>97</sup> *Cerami*, *Mutua pecunia a magistro navis reficiendae causa sumpta e praeposito exercitoris*, in: *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, 1999, S. 271 (275).

<sup>98</sup> So die anschließende Erläuterung von Julian in *Africanus* D. 14,1,7,1.

<sup>99</sup> *Pugliese* (Fn. 38), S. 302–303 = S. 518–519.

<sup>100</sup> Siehe etwa seine Antrittsvorlesung von 1976: *Behrends*, *Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht*, *SZ Roman*. Abt. 95 (1978), 187 (216–231) = *Institut und Prinzip* I, S. 38–50; einen erleichterten Einstieg bietet nun *Behrends*, *Römisches Recht. Von den Anfängen bis heute*, 2022, insb. S. 45–123; in dieser Zeitschrift zuletzt *Möller*, *Römisches Recht als Gegenstand der universitären Lehre*, *BRZ* 2023, 4 (8–11); vgl. auch *Avenarius*, Art. „Law Schools“, in: *Bagnall et al.*, *The Encyclopedia of Ancient History*, 2012, <https://doi.org/10.1002/9781444338386.wbeah13142> (zuletzt aufgerufen am 24.10.2023). Dieser Forschungsansatz konnte sich jedoch bisher nicht durchsetzen. Die allgemeine Meinung deutet die Rechtsschulen als Lehrtraditionen, die sich aus persönlicher Gefolgschaft entwickelten und auf keinen grundlegenden methodischen oder philosophischen Gegensatz zurückgehen, vgl. repräsentativ *Kaser/Knüttel/Lohsse* (Fn. 41), S. 5–7.

zur Darlehensproblematik geäußert haben, lassen sich den Rechtsschulen zuordnen, die ihre Lösungen inspiriert haben könnten.

Pegasus, der das allgemeine Kriterium der Zweckrichtung vertritt, lebte in der zweiten Hälfte des 1. Jh. n. Chr. unter Vespasian und Domitian. Er war Schüler von Proculus, dem er als Schuloberhaupt der Prokulianer folgte.<sup>101</sup> Ofilius, der die allgemeine Zweckrichtung konkretisiert und eine ausdrückliche Zweckvereinbarung fordert, lebte hingegen noch vor Pegasus im 1. Jh. vor Chr. Er war ein Schüler des berühmten Servius Sulpicius Rufus, der in der späten Republik die klassische Jurisprudenz begründete und an dessen Lehren die Prokulianer in der Kaiserzeit anknüpften.<sup>102</sup> Diese Jurisprudenz deutete Recht aus der Perspektive der skeptischen Philosophie als ein Kunstgebilde zur Ordnung des menschlichen Zusammenlebens. Daraus folgte ein institutionell-formales Rechtsverständnis, wonach das Recht von der Jurisprudenz zu Regeln gestaltet werden sollte, die eine klare Struktur aufweisen und im Rechtsverkehr sicher anwendbar sind.<sup>103</sup> Nach diesen Grundätzen ist auch Ofilius' Erfordernis der Zweckvereinbarung gestaltet. Es stellt ein durch die Sprache als ordnendes Zivilisationsmedium<sup>104</sup> eindeutig definiertes Kriterium dar, das sowohl für den Rechtsverkehr als auch die Rechtsanwendung leicht zu verwenden ist. Indem die Zweckvereinbarung die Darlehenssumme mit der *praepositio* verbindet, ordnet sie das Darlehensgeschäft deren Geschäftskreis zu. Diese Zuordnung ist ein sprachlich-formaler Prozess, der allein auf die rechtliche Regel zurückgeht. Ofilius' institutionellem Kriterium stimmt Pedius zu, der in der zweiten Hälfte des 1. Jh. n. Chr. lebte und der prokulianischen Schule folgte.<sup>105</sup> Es ist also gut möglich, dass Pedius und Pegasus sich kannten. Jedenfalls scheint das von Ofilius geschaffene Institut der Zweckvereinbarung die Schulmeinung der Prokulianer geworden zu sein, welcher sich auch Ulpian angeschlossen hat. Er selbst wirkte in der Spätklassik und ist wohl als Spätprokulianer einzuordnen, auch wenn sich die Rechtsschulen zu seiner Zeit bereits weitgehend angenähert hatten.<sup>106</sup>

Dieser als Schulenkongruenz bezeichnete Prozess der Annäherung fand während der Hochklassik im 2. Jh. nach Chr. statt und wurde maßgeblich von Julian betrieben, der Schuloberhaupt der Sabinianer war.<sup>107</sup> Seine juristische Methodik zeichnet sich durch einen „Übergang vom institutionellen zum prinzipiellen Denken“ (*Behrends*)<sup>108</sup> aus. Als juristischen Ausgangspunkt wählte er wie die Prokulianer ein Institut, das er anschließend durch das naturrechtliche Prinzip der *bona fides* konkretisierte. Durch eine Interpretation im Lichte dieses verkehrsrechtlichen Vertrauensprinzips konnten insbesondere den Teilnehmern des Rechtsverkehrs aktive Handlungspflichten auferlegt werden.<sup>109</sup> In Julians Lösung der Darlehensproblematik findet sich diese Methodik in beispielhafter Weise wieder. Zunächst bleibt das von Ofilius geforderte institutionelle Kriterium der Zweckvereinbarung die grundsätzliche Voraussetzung. Darüber hinaus hat der Darlehensgeber aber weitergehende Treuepflichten, die nach der *bona fides* auf die Verkehrserwartungen abgestimmt werden. Der Darlehensgeber muss die Reparaturen nicht selbst überwachen, da er dann für den *exercitor* ein fremdes Geschäft vornähme, was für ihn eine unzumutbare Last darstellen würde. Er muss aber, soweit es ihm möglich ist, die Plausibilität des vereinbarten Darlehenszweckes überprüfen. Im Interesse des *exercitor* soll er prüfen, ob die Reparatur auch notwendig ist, um so eine übermäßige Darlehensaufnahme des *magister* zu verhindern.<sup>110</sup> Auch aus der Perspektive der ökonomischen Analyse des Rechts ist dies folgerichtig, da er der „cheapest-cost-avoider“<sup>111</sup> ist. Insbesondere soll ein treuwidriges, kollusives Zusammenwirken des *magister* mit dem Darlehensgeber zulasten des *exercitor* verhindert werden.<sup>112</sup> Julians Lösung erfordert also eine Untersuchung, in welchem Umfang die Darlehensaufnahme notwendig war, inwiefern dies erkennbar war und welches Verhalten demnach vom Darlehensgeber nach dem Prinzip der *bona fides* im Verkehr erwartbar, aber auch zumutbar war. Nur wenn dessen Vertrauen auf die getroffene Zweckvereinbarung nach dieser umfassenden Einzelfallbetrachtung als gerechtfertigt erscheint, soll ihm die *actio exercitoria* gewährt werden.

<sup>101</sup> Pomponius D. 1,2,2,53; eine Übersicht über die spärlichen Informationen zu Pegasus bietet *Kunkel*, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 2. Aufl. 1967, S. 133–134.

<sup>102</sup> Pomponius D. 1,2,2,44; zu Ofilius' Person und seinem juristischen Denken siehe *Möller*, Art. ‚Ofilius‘, in: Bagnall et al., *The Encyclopedia of Ancient History*, 2019, <https://doi.org/10.1002/9781444338386.wbeah30658> (zuletzt aufgerufen am 24.10.2023).

<sup>103</sup> *Behrends*, Die geistige Mitte des römischen Rechts. Die Kulturanthropologie der skeptischen Akademie, *SZ Roman*. Abt. 125 (2008), 25 (65–75); *Behrends*, *SZ Roman*. Abt. 95 (1978), 187 (222–225) = Institut und Prinzip I, S. 43–45.

<sup>104</sup> Zur besonderen Bedeutung der Sprache für die klassisch-prokulianische Rechtslehre siehe *Behrends*, *SZ Roman*. Abt. 125 (2008), 25 (35–44).

<sup>105</sup> *Möller*, Art. ‚Pedius‘, in: Bagnall et al., *The Encyclopedia of Ancient History*, 2021, <https://doi.org/10.1002/9781444338386.wbeah30659> (zuletzt aufgerufen am 24.10.2023).

<sup>106</sup> Die Einordnung ist aufgrund der bereits weitgehend abgeschlossenen Schulenkongruenz zu Ulpians Zeit nicht ganz eindeutig, vgl. *Möller*, Die Zuordnung von Ulpian und Paulus zu den kaiserzeitlichen Rechtsschulen, in: FS Liebs, 2011, S. 455.

<sup>107</sup> Pomponius D. 1,2,2,53; zu Julians Leben und Werk siehe *Bund* (Fn. 96), S. 408–440.

<sup>108</sup> *Behrends*, *SZ Roman*. Abt. 95 (1978), 187 (196) = Institut und Prinzip I, S. 22.

<sup>109</sup> *Behrends*, Die bona fides im mandatum, in: FS Waldstein, 1993, S. 33 (38–40) = Institut und Prinzip II, S. 812–813; *Behrends*, *SZ Roman*. Abt. 95 (1978), 187 (192–198) = Institut und Prinzip I, S. 19–24.

<sup>110</sup> *Cerami* (Fn. 97), S. 275; *Wacke*, *SZ Roman*. Abt. 111 (1994), 280 (307–309).

<sup>111</sup> *M. Zimmermann*, *SZ Roman*. Abt. 129 (2012), 554 (568).

<sup>112</sup> *Chiusi*, *SZ Roman*. Abt. 124 (2007), 94 (109–111).

#### 4. Weitere Gründe im Kompilationsprozess und aufgrund der Literaturgattungen

Doch wieso hat Ulpian das *responsum* von Julian nicht erwähnt? Die unterschiedlichen Schultraditionen sind ein möglicher Grund, wenn auch allein nicht ausreichend überzeugend, da in der Spätclassik der Schulengegensatz sich bereits abgeschwächt hatte und Ulpian wie erwähnt andersorts Julian durchaus zitiert hat.

Es ist jedoch möglich weitere Vermutungen anzustellen, wenn man die Überlieferungsweise der Texte berücksichtigt. Denn sie sind uns nicht aus ihrem Originalwerk erhalten, sondern nur als Fragmente in den Digesten, die ein Teil des uns als Corpus Iuris Civilis bekannten Kodifikationswerkes des oströmischen Kaisers Justinian aus dem frühen 6. Jh. n. Chr. bilden. Die Digesten sind eine Zusammenstellung (Kompilation) aus damals schon jahrhundertealten Juristenschriften der Blütezeit der römischen Jurisprudenz der Zeit von ca. 150 v. Chr. bis 250 n. Chr.<sup>113</sup> Möglicherweise hat nun Ulpian in der Originalschrift tatsächlich Julian zitiert, aber die Kompilatoren haben den entsprechenden Passus gekürzt. Allerdings leuchtet nicht ein, weshalb Julians Meinung einige Fragmente weiter dennoch in die Digesten aufgenommen wurde.

Der Abstand zwischen den beiden Fragmenten lässt sich jedenfalls durch die Bluhmesche Massentheorie erklären. Nach ihr wurden zur Durchführung der Kompilation der Digesten drei Arbeitsgruppen gebildet, die jeweils unterschiedliche Literaturgattungen (Massen) bearbeiteten: In der Sabinusmasse wurden die Zivilrechtskommentare gesichtet, in der Ediktsmasse die Ediktskommentare und in der Papiniansmasse hauptsächlich Gutachtensammlungen; zudem wurde an einige Titel nachträglich eine sog. Appendixmasse angefügt.<sup>114</sup> Das Ulpian-Fragment entstammt einem Ediktskommentar und wurde also in der Ediktsmasse bearbeitet; das Afrikan-Fragment hingegen aus einer Quaestionensammlung, die in der Papiniansmasse bearbeitet wurden. Da die Ergebnisse der verschiedenen Arbeitsgruppen nicht miteinander zusammengeführt und nicht immer inhaltlich aufeinander abgestimmt wurden, sondern hintereinander in die jeweiligen Digestentitel sortiert wurden, kann die Massentheorie die Lücke zwischen den beiden Fragmenten erklären.

Zudem könnten die unterschiedlichen Literaturgattungen auch erklären, weshalb Ulpian nicht Julians *responsum* wie-

dergegeben hat. Das Edikt stellte in der klassisch-prokulianischen Tradition die zentrale Rechtsquelle dar, was dem Ediktskommentar eine besondere Rolle gab.<sup>115</sup> Tatsächlich hat Ofilius den ersten umfassenden Ediktskommentar verfasst.<sup>116</sup> In dieser Tradition steht auch Ulpian als Spätprokulianer. Beim Verfassen seines eigenen Kommentars hat er wahrscheinlich mit verschiedenen anderen Ediktskommentaren gearbeitet, die er in seiner Darstellung miteinander verwob. Julians *Responsum* könnte er deshalb nicht berücksichtigt haben, da es aus einer anderen Literaturgattung stammte und ihm bei seiner Arbeit nicht schriftlich vorlag – oder er hat es tatsächlich wissentlich ignoriert.

#### 5. Zwischenergebnis zur Darlehensproblematik

Es hat sich gezeigt, dass die römischen Juristen verschiedene Methoden entwickelt haben, um die bloße Darlehenssumme mit der *praepositio* zu verbinden. Die prokulianische Schule verlangte nach Ofilius eine besondere Zweckvereinbarung der Parteien, die als klar definiertes Kriterium eine formelle Zuordnung traf. Die sabinianische Schule behielt die Zweckvereinbarung als einen institutionellen Ausgangspunkt bei, den sie aber nach Julian durch den Maßstab der *bona fides* um weitere Treuepflichten ergänzte. Die beiden Lösungen sind zwar nicht als direkter Schulenstreit überliefert und in der Literatur auch noch nicht als solcher diskutiert worden,<sup>117</sup> aber die Überlieferung an unterschiedlichen Stellen bei Ulpian und Afrikan lässt sich dennoch aus der Perspektive der Rechtsschulen und der unterschiedlichen Literaturgattungen erklären. Gleichzeitig zeigt die Tatsache, dass sie von den justinianischen Kompilatoren gemeinsam in die Digesten aufgenommen worden sind, dass sie gut miteinander vereinbar sind.

#### IX. Das Problem des gewaltunterworfenen *exercitor*

Zum Schluss soll noch ein spezielles Problem betrachtet werden, das die Funktion der *praepositio* als Bindeglied der Haftung bestätigt:

##### D. 14,1,1,19 Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum

Si is, qui navem exercuerit, Wenn der Reeder in der Hausgewalt in aliena potestate erit eius- eines anderen steht und mit dessen que voluntate navem exer- Willen ein Schiff als Reeder be- cuerit, quod cum magistro treibt, wird wegen der Geschäfte, eius gestum erit, in eum, in die mit seinem Kapitän vorgenom- cuius potestate is erit qui men wurden, eine Klage gegen den navem exercuerit, iudicium Gewalthaber des Reeders erteilt.<sup>118</sup> datur.

<sup>113</sup> Kaser/Knüttel/Lohsse (Fn. 41), S. 10–12; eingehend zum justinianischen Kodifikationsprojekt und den geistesgeschichtlichen Hintergründen Möller, In unam reducere consonantiam – Justinians Verhältnis zur Überlieferung des römischen Rechts, JZ 2019, 1057.

<sup>114</sup> Bluhme, Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 4 (1820), 257; die Theorie gilt auch heute noch als „in ihren Grundzügen gesichert“, Waldstein/Ratner, Römische Rechtsgeschichte, 11. Aufl. 2014, S. 277.

<sup>115</sup> Zur Bedeutung des Ediktskommentars siehe Behrends (Fn. 67 „Assmann/Gladigow“), S. 441–445 = S. 243–248.

<sup>116</sup> Zuvor hatte sein Lehrer Servius Sulpicius Rufus ein kleineres Werk zum Edikt verfasst, das zwei Bücher umfasste, Pomponius D. 1,2,2,44.

<sup>117</sup> In der bekannten Auflistung der Schulenstreitigkeiten von Liebs findet sich die Darlehensproblematik etwa nicht, Liebs, Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat, in: Temporini, ANRW II 15, 1976, S. 197 (243–275).

<sup>118</sup> Text und Übersetzung nach Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler (Fn. 22), S. 201, hier wurde *voluntas* allerdings nicht mit „Zustimmung“, sondern mit „Willen“ übersetzt.

Hier liegt nicht mehr die klassische Dreierkonstellation der *actio exercitoria* zugrunde. Der *exercitor* ist nun selbst gewaltunterworfen, sodass nach dem Grundsatz der *praepositio* aus D. 14, 1, 1, 7 nur er nach der *actio exercitoria* haften würde. Der Prätor gewährte dennoch eine Klage in die nächsthöhere Organisationsstufe der *familia* gegen den Gewalttherren des *exercitor*. Zu diesem Zweck schuf er einen Zusatz zur ursprünglichen Ediktsklausel, der in dem abgedruckten Fragment enthalten ist.<sup>119</sup> Voraussetzung für die zusätzliche Haftungserweiterung *in solidum* ist, dass der Gewaltunterworfenen die Reederei mit dem Willen („*eius [...] voluntate navem exercuerit*“) des Gewaltherrn betreibt. Weil von diesem selbst keine *praepositio* vorhanden ist, wird die *voluntas* als neues, haftungsverlängerndes Element eingeführt. Denn durch seine *voluntas* macht der Gewaltherr sich die *praepositio* des ihm gewaltunterworfenen *exercitor* zu eigen – diese definiert jedoch weiterhin die Grenzen der Haftung.<sup>120</sup>

Diese Durchgriffshaftung ist eine Besonderheit der *actio exercitoria*.<sup>121</sup> Als Grund für diese Sonderbehandlung wird in D. 14, 1, 1, 20 die Bedeutung des Seehandels für das Gemeinwesen genannt („*quia ad summam rem publicam navium exercitio pertinet*“). Wie zu Beginn das Beispiel des Schiffswracks von Mahdia gezeigt hat, war der antike Seehandel mit großen wirtschaftlichen Risiken verbunden. Die Geschäftspartner der Schiffskapitäne hatten daher ein hohes Interesse daran, einen möglichst solventen Schuldner zu erhalten. Dem entsprach der Prätor, indem er den *pater familias* des *exercitor* ebenso *in solidum* verpflichtete, soweit die Schiffsführung mit seiner *voluntas* geschah. Auch wenn der in der *laudatio edicti* enthaltene Maßstab der *aequitas* nicht in diesem Kontext genannt wird, kann er zur Konkretisierung der Motivation des Prätors herangezogen werden. Ein Gewalthaber, der mit seiner *voluntas* einen gewaltunterworfenen *exercitor* eine Reederei betreiben lässt, genießt alle wirtschaftlichen Vorteile dieser Aktivitäten. Daher erscheint es folgerichtig, ihn als den wirklichen *exercitor* anzusehen. So konnte auch verhindert werden, dass er sich hinter einem „Strohmann“ verstecken konnte.<sup>122</sup> Diese Erwägungen würden aber in gleichem Maße für die *actio institoria* gelten, die eine solche Haftungserweiterung nicht kennt.<sup>123</sup> Ausschlaggebend für die Sonderbehandlung des Seehandels bleibt also nach dem Wortlaut von D. 14, 1, 1, 20 dessen hohe öffentliche Bedeutung. Aber diese in erster Linie „wirtschaftspolitische“ Entscheidung wird maßgeblich

von der *aequitas* bestimmt gewesen sein. Dies wird dadurch belegt, dass die *voluntas* des *exercitor*, also die effektive Führung der Reederei durch diesen, unbedingt notwendig war. Ansonsten blieb die Haftung des *pater familias* bei bloßer Kenntnis von der Reedereitätigkeit des Gewaltunterworfenen nach der *actio tributoria* oder bei Unkenntnis derselben nach der *actio de peculio* beschränkt.<sup>124</sup>

## X. Conclusio

Die *actio exercitoria* entstand während des Aufstiegs Roms zur imperialen Großmacht im 2. Jh. v. Chr., als sich ein nennenswerter Seehandel mit reichsweit agierenden Seehandelsunternehmen entwickelte. Mit diesen konnte ein *exercitor* mehrere Schiffe kontrollieren, deren kommerzielle Führung er einem *magister navis* anvertraute. Dieser war in die Wirtschaftseinheit der *familia* des *exercitor* eingegliedert und galt seinen Geschäftspartnern folglich als dessen Repräsentant. Der Prätor reagierte auf diese Rechtswirklichkeit und schuf die *actio exercitoria*. Sie stellte insofern eine fortgeschrittene Stufe des Gedankens der adjektivischen Haftung dar, als sie den *exercitor in solidum* verpflichtete und auch *magistri sui iuris* erfasste. Dabei ließ der Prätor sich von der *aequitas naturalis* leiten, die im Seehandel einen besonderen Verkehrsschutz forderte. Weil der *exercitor* die wirtschaftlichen Vorteile aus der Tätigkeit des *magister* genoss, sollte er auch die Risiken tragen, die sich aus den zunehmend komplexen und anonymen Handelsbeziehungen ergaben.

Im Bestellsakt der *praepositio* erkannte der Prätor eine generelle Ermächtigung des *exercitor*. Sie nahm als Bindeglied zwischen dem vom *magister* abgeschlossenen Geschäft und dem *exercitor* eine zentrale Stellung in der Klagformel ein und bildete Grundlage und Grenze der Haftung. In ihr manifestierte sich in einer für Dritte erkennbaren Weise die *voluntas* des *exercitor* im definierten Umfang zu haften. Ihre Grenzen wurden in erster Linie vom *exercitor* definiert, aber im Detail in Verbindung mit der Aktivität des *magister* unter Berücksichtigung der *aequitas* konkretisiert. Dass die Drittperspektive entscheidend war, ist am Problem des Unter-*magister* deutlich geworden. Dem Dritten konnte lediglich zugemutet werden, die inhaltlichen Grenzen der *praepositio* zu kontrollieren, nicht aber, ob der *magister* ordnungsgemäß bestellt wurde. Bei Betrachtung der Darlehensproblematik hat sich ergeben, dass die röm-

<sup>119</sup> In Rekonstruktion von Lenel (Fn. 65), S. 258: *Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium datur*. Vgl. auch Pugliese (Fn. 38), S. 303–304 = S. 519–520.

<sup>120</sup> Costa (Fn. 3), S. 58–61; Chiusi, SZ Roman. Abt. 124 (2007), 94 (98–100).

<sup>121</sup> Insbesondere weil von dem ursprünglichen *praepositio*-Grundsatz abgewichen wird, wurde das Fragment von De Martino für interpoliert gehalten, De Martino, Riv. dir. navigaz. 7 (1941), 7 (20–31) = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 509–519; dagegen Pugliese

(Fn. 38), S. 303–316 = S. 519–532, der betont, dass das Kriterium der *voluntas* an anderen Stellen zu oft wiederholt werde, um interpoliert zu sein.

<sup>122</sup> Pugliese (Fn. 38), S. 324–325 = S. 540–541.

<sup>123</sup> Laut De Martino reicht auch die Begründung der Staatsinteressen nicht aus, um eine Abweichung vom *praepositio*-Grundsatz und damit eine Sonderbehandlung gegenüber den größten Landunternehmen zu rechtfertigen, De Martino, Labeo 4 (1958), 274 (289–290) = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 644–645.

<sup>124</sup> Ulpian D. 14, 1, 1, 20, Paulus D. 14, 1, 6 pr.; für eine ausführliche Darstellung des sich daraus ergebenden besonderen Haftungsregimes für den Seehandel siehe Chiusi, SZ Roman. Abt. 124 (2007), 94 (96–104, 111–112).



ischen Juristen verschiedene Strategien erfanden, um die bloße Darlehenssumme mit der *praepositio* zu verbinden. Die Prokulianer forderten nach Ofilius eine Zweckvereinbarung, die als Institut eine formale Verbindung herstellte. Die Sabinianer, repräsentiert durch Julian, legten darüber hinaus dem Dritten in Interpretation im Lichte der *bona fides* eine besondere Pflicht zur Überprüfung des Darlehens-

zwecks auf. Schließlich belegt das Problem des gewaltunterworfenen *exercitor* die Bindegliedfunktion der *praepositio*. Dem Dritten wurde eine Durchgriffshaftung gegen den *pater familias* des *exercitor* gewährt, wenn dieser durch seine *voluntas* die wirtschaftliche Führung der Reederei an sich zog und sich so die *praepositio* des ihm gewaltunterworfenen *exercitor* zu eigen machte.

Elisabeth Maria Eckhold \*

## Grundbuch auf der Blockchain

Das Thema Blockchain verbinden viele vor allem mit Kryptowährungen wie Bitcoin oder Ethereum. Dabei prägen nicht nur Hypes, sondern auch Skandale das Bild der jungen Technologie. Trotzdem hält sie zunehmend Einzug in diverse Lebensbereiche – vom Finanzsektor über das Gesundheitssystem bis hin zur Kunst. Aber kann die Blockchain auch Grundbuch? Im Folgenden soll untersucht werden, wie gut die Blockchain und das Grundbuch miteinander vereinbar sind und inwiefern eine kategorische Ablehnung des Blockchain-Grundbuchs auf der einen und die Prognose der Ablösung der Grundbuchämter und des Notariats durch die Blockchain auf der anderen Seite gerechtfertigt sind. Nach einer kurzen Einführung in die Blockchain-Technologie werden ihre Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des Sachen- und Grundbuchrechts sowie die Chancen und Probleme einer praktischen Umsetzung beleuchtet.

### Inhaltsübersicht

A. Einleitung .....	133
B. Einführung in die Blockchain-Technologie .....	134
C. Vereinbarkeit der Blockchain-Technologie mit den zentralen Grundsätzen des Sachen- und Grundbuchrechts .....	135
I. Sachenrechtlicher <i>numerus clausus</i> und Typenzwang .....	135
1. Repräsentation von Rechten an Grundstücken durch Tokens .....	136
2. Erweiterungen des Typenkatalogs .....	136
II. Eintragungsgrundsatz und Konzeption des Grundbuchs als <i>title register</i> , § 873 Abs. 1 BGB .....	136
1. Elemente des <i>deeds systems</i> in der Blockchain .....	137
2. Elemente des <i>title registers</i> in der Blockchain .....	137
3. Fazit .....	137
III. Eintragungsvoraussetzungen, insb. formelles Konsensprinzip des § 19 GBO .....	137

IV. Publizitätsgrundsatz, §§ 891, 892 BGB, § 12 Abs. 1 S. 1 GBO .....	138
1. Öffentlicher Glaube und Blockchain .....	138
2. Ausgestaltung der Einsichtnahme .....	140
V. Prioritätsgrundsatz, § 879 BGB, §§ 17, 45 GBO .....	141
1. Erfassung der Eingangsreihenfolge mithilfe eines qualifizierten elektronischen Zeitstempels .....	142
2. <i>Mining</i> in einer Grundbuch-Blockchain .....	142
VI. Zusammenfassung .....	143
D. Chancen und Probleme im Rahmen der praktischen Umsetzung .....	143
I. Ersetzen und Entlasten der Intermediäre durch <i>Smart Contracts</i> .....	143
1. Einreichung der beurkundeten Willenserklärungen .....	143
2. Automatisierung trivialer Eintragungsvoraussetzungen .....	144
II. Energieverbrauch und Transformationskosten ..	144
III. Sicherheitsrisiken .....	145
IV. Zusammenfassung .....	146
E. Fazit und Schlussbemerkungen .....	146

### A. Einleitung

Die Blockchain wird von den einen als „Kette, die Ketten sprengt“ bejubelt,<sup>1</sup> während andere in ihr nur ein Instrument für Spekulationen und Lösegeldzahlungen sehen.<sup>2</sup> Die Blockchain ist in aller Munde und sogar zu einem Gesprächsthema der Regierung geworden. Denn die seit 2021 regierende Ampel-Koalition will prüfen, ob die neue Technologie auch für das Grundbuch nutzbar gemacht werden kann. In ihrem Koalitionsvertrag kündigt sie an, eine Machbarkeitsstudie in Auftrag geben zu wollen, um zu untersuchen, ob ein Grundbuch auf der Blockchain möglich und vorteilhaft ist.<sup>3</sup> Noch 2019 hatte sich die damalige Bundesregierung eher gegen ein Blockchain-Grundbuch ausge-

\* Die Autorin studiert im achten Semester Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine Studienabschlussarbeit, die bei Dr. Peter McColgan im Rahmen des Schwerpunktbereichs Recht und digitale Transformation erarbeitet wurde.  
<sup>1</sup> Zepf, Blockchain, Technologien, Innovationen und Anwendungen – oder: eine Kette, die Ketten sprengt, 2016.

<sup>2</sup> Göpfert, Wehe, wenn die Bitcoin-Blase platzt, tagesschau.de v. 8.7.2021, <https://web.archive.org/web/20211216043552/https://www.tagesschau.de/wirtschaft/finanzen/bitcoin-ether-krypto-waehrung-blase-crash-101.html>, zuletzt abgerufen am 20.9.2023.  
<sup>3</sup> Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP 2021, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/9744430/1990812/0>