

daß auch die testamentarische tutoris optio plena den Erfolg herbeigeführt haben muß, daß die Frau sich von Fall zu Fall einen andern Tutor nehmen konnte.

2. Endlich ist noch zu erwähnen: der Lokalmagistrat, der den Tutor bestellt, ist nicht immer der *ἐξηγητής*. Denn in Oxy. 56 wird der Exeget nur wegen Abwesenheit des Strategieverwesers angegangen; vgl. auch Teb. 326. Die genaue Feststellung der Kompetenzen ist auch hier noch nicht möglich.

XIV.

Der ediktale Garantievertrag durch receptum.

Von

Herrn Professor Dr. J. Partsch

in Genf.

Seit Lenels Ediktsrekonstruktion die Auffassung des Titels 'de receptis' auf neue Grundlagen stellte, haben die wichtigsten rechtsgeschichtlichen Fragen dieses ediktalen Rechtstoffes eine sehr verschiedene Entwicklung durch die Literatur erfahren. Die Frage, ob ein einheitlicher Gedanke und welcher den Vertrag zwischen Parteien und Schiedsrichter, die Haftung der Wirte und Reeder und die Bankierbürgschaft in einem Ediktstitel zusammenfaßte¹⁾, wird heute von Lenel selbst völlig ausgeschlossen²⁾, und wer überhaupt noch einen Rechtsgedanken als einigenden Gesichtspunkt anerkennt³⁾, meint nur, daß ein praktisch bedeutungsloser Begriff der Verpflichtungsübernahme den drei Fällen des recipere zugrunde gelegen habe. Welchen Fortschritt Lenels Forschungen⁴⁾ für die Erweiterung der Kenntnis vom receptum argentarii bedeuten, ist oft gewürdigt worden. Aber

¹⁾ Bekker, diese Zeitschr. 3, 1 ff. — ²⁾ Edikt 2 33, 3, verglichen mit Edikt 1 25, 3, edit 1, 35, 2. — ³⁾ Rossello, Arch. giur. 45, 30. Pernice, diese Zeitschr. 20, 137. — ⁴⁾ Diese Zeitschr. 2, 62—71.

die wichtigsten Schlüsse, die Lenel für diese Frage aus den Quellen gewann, wurden nach Jahren allgemeiner Anerkennung von Verteidigern älterer Anschauungen wieder in Zweifel gezogen¹⁾, und heute ist der Streit um die Rechtsnatur der klassischen Bankierbürgschaft auf einem toten Punkte angelangt, über den nur die Erweiterung des historischen Materials hinweghilft: Lenel²⁾ hat starke Wahrscheinlichkeitsargumente dafür beigebracht, daß das *receptum* auch des *argentarius* ein formfreier Vertrag war, der noch im julianischen Edikt ausschließlich den honorierten Rechtsschutz einer *formula in factum* fand. Aber noch immer wird die alte Anschauung verteidigt, daß die *sollemnia verba* der *actio recepticia*, von denen Justinian spricht (Cod. 4, 18, 2 pr.), auf einen — zivilen oder prätorischen — Formalvertrag deuten³⁾; noch immer begegnet der prätorische Charakter der *a° recepticia* Zweifeln.⁴⁾ Dagegen hat eine Meinung, welche nach den Fortschritten der Erkenntnis über das geschichtliche Werden der *custodia*-Haftung von Lenel geäußert worden ist⁵⁾, vorwiegend zustimmende Aufnahme erfahren: aller Wahrscheinlichkeit nach knüpfte die prätorische Rechtsbildung an einen formlosen Vertrag an, durch den im Geschäftsleben der Wirt wie der Reeder die Garantie für die Erhaltung der Sache in unbeschädigtem Zustande zu übernehmen pflegte. Ein Überblick über die Bedeutung von Lenels Forschungen zu diesen Problemen sollte zu einem Referat über die 2. Auflage des *Edictum perpetuum* gehören, zu welchem die Redaktion den Verfasser dieser Zeilen aufgefordert hat. Das Anschwellen des vorliegenden Bandes hat die Aufnahme der umfänglichen Anzeige für dieses Jahr ausgeschlossen. Deshalb gab eine freundliche Anregung der Redaktion mir Gelegenheit, einige

¹⁾ Rossello, a. O. 44 ff. Karlowa, Rgesch. 2, 758 ff. Schloßmann, *Litis contestatio* 175 ff. — ²⁾ Vgl. auch Edikt 2 127 ff. — ³⁾ Für den zivilen Karlowa a. O., für den honorarischen Schloßmann a. O. — ⁴⁾ Skeptisch ohne eigene These Rossello a. O. 48 f. 82 f. Für zivilen Ursprung Karlowa. — ⁵⁾ Nach den Arbeiten von Bruckner, *Custodia*, 1889, 167 f.; Pernice, *Labeo* II 1 347 f.; Ude, diese Zeitschr. 12, 66 ff. vermutete Lenel, diese Zeitschr. 13, 403, daß ursprünglich etwa ein Anschlag an der Herberge *'sarcinae salvae erunt'* gelautet habe. Zustimmend Pernice, diese Zeitschr. 20, 137; Girard, *Manuel* 4 605, 6.

Beobachtungen neu zur Erörterung zu stellen, die im Rahmen der Anzeige nur unzureichend Raum gefunden hätten. Auch in der Isolierung mögen diese Zeilen ein Zeichen der reichen Anregungen sein, die im letzten Jahre mir aus der Beschäftigung mit der 2. Auflage des „Ediktes“ erwachsen.

Wer vom Standpunkt des julianischen Edikttextes aus die rechtsgeschichtliche Eigenart der drei recepta und ihre Stellung im klassischen System zu erfassen sucht, wird das receptum arbitri von den beiden anderen Fällen trennen müssen. Gegen den Schiedsrichter, der seiner Verpflichtung zum Austrag des Streitfalles nicht nachkommt, geht das magistratische cogere in der Form des Gehorsamszwanges ohne ordentlichen Prozeß.¹⁾ Schon der gemeinsame Rechtsschutz im ordentlichen Verfahren bringt innerhalb des Titels 'de receptis' die Bankierbürgschaft und die Haftung von nauta, caupo, stabularius in eine engere Verbindung. Und eine nähere Betrachtung der beiden Institute darf wohl ihre engere juristische Verwandtschaft feststellen: Ein Vertragsinhalt, der sonst seinen rechtlichen Schutz durch Einkleidung in eine Stipulation finden könnte, kann zu diesem Schutze nicht gelangen, da die Umstände, unter denen der Vertragsschluß zu erfolgen pflegt, nicht mit einem Rechtszustande vereinbar sind, der es noch ernst nahm mit dem Erfordernis persönlicher Anwesenheit der Parteien und der Frage und Antwort bei der Stipulation. Dieser Gesichtspunkt trifft deutlich für den Haftungsvertrag des Wirtes zu. Das Edikt setzt voraus, daß der Reeder oder Herbergswirt eine Garantie des Inhaltes übernimmt, 'rem salvam fore'.²⁾ Und wenn auch die klassische Praxis am Ende des 2. Jahrhunderts schon auf dem Wege war, diese Haftung von ihrer vertraglichen Grundlage zu befreien und zur üblichen Rechtsfolge des Einbringens der Sache in den Betrieb des Herbergswirtes oder Schiffers zu gestalten³⁾, so tritt doch

¹⁾ Lenel, Edikt ² 126. — ²⁾ D. 4, 9, 1 pr. — ³⁾ Nach D. 4, 9, 1, 1 (Ulp. fr. 467) sowie nach der Auslegung des recipere salvum fore bei Ulp. D. 4, 9, 1, 6 ist diese von den Älteren [Lit. bei Ude a. O. 68. 71, 1] allein betonte, von Ude zu Unrecht bestrittene Entwicklung deutlich. Vgl. auch D. 47, 2, 14, 17, wo als üblich gilt, daß der nauta selbst die a^o furti hat.

in den Kommentaren wie im julianischen Edikt der alte Rechtszustand noch deutlich hervor. Der Reeder kann jede Haftung für *damnum* und wohl auch für *furtum* durch eine vom Fahrgast genehmigte *praedictio* ablehnen¹⁾; das Edikt selbst stellt einen verschiedenen Rechtsschutz zur Verfügung, je nachdem der *nauta* das *receptum* einging oder nicht einging. Im ersten Falle hat der Reisende, der die Haftung wegen eines Diebstahls geltend macht, die *a°* in *factum* aus dem *receptum*²⁾, und der selbst zahlungsfähige Reeder gegen den Dieb die *a°* *furti*.³⁾ Nur wenn der *nauta* nicht das *receptum* schließt, trifft ihn die honorarische *actio* aus dem Ediktstitel *de furtis*. Diesen ediktalen Rechtszustand trägt noch Ulpian als geltend vor⁴⁾, wenn er auch an anderer Stelle⁵⁾ — entsprechend der jüngeren das *receptum* ausdehnenden Praxis — als üblich zu betrachten scheint, daß die *a°* *furti* nur dem Wirte zusteht. Das *pactum praetorium*, das sich so als ediktale Gestalt des *receptum* ergibt, steht eigenartig in der klassischen Rechtsordnung da. Ein rechtlicher Anschluß an die *bonae fidei iudicia* und die bei ihnen mögliche Haftung für technische *custodia* hat nicht stattgefunden, wenn auch die klassischen Juristen die Haftungsfälle der technischen *custodia* bei dem *receptum* wiederfanden und von der *custodia* des *nauta*, *caupo* sprechen.⁶⁾ Dagegen zeigt das ediktale *receptum* eine deutliche Annäherung an die Garantiever sprechen in Form der *cautio*, sei es daß diese im klassischen Verbalvertrage oder in der geschichtlich älteren der Prädikatur auftritt. Eine *sponsio* oder *fidepromissio* auf '*rem salvam fore*' schlechthin muß notwendig zur Haftung des Promittenten für jede Gefahr geführt haben. Ganz ähnlich legt das *receptum* von Haus aus dem *nauta* die Gefahr für höhere Gewalt so gut als die für *furtum* und

¹⁾ Ulp. fr. 629. D. 4, 9, 7 pr., aus dem Kommentar zur *a°* in *factum* gegen den *nauta*, *caupo* wegen *damnum iniuria datum*. Die Stelle wird daher nicht mit Recht unmittelbar für die Ablehnung eines *receptum* (von Ude a. O. 70) oder gar für die Aufhebung einer schon übernommenen rezeptizischen Haftung (von Pernice, diese Zeitschr. 20, 138, 1) zitiert. — ²⁾ D. 4, 9, 3, 3 — fr. 5. — ³⁾ Paulus fr. 256. D. 4, 9, 4 pr. Ulp. fr. 2734. D. 47, 2, 14, 17 a. E. — ⁴⁾ Ulp. fr. 1069. D. 47, 5, 1, 4. — ⁵⁾ D. 47, 2, 14, 17 a. E. — ⁶⁾ Gai. fr. 119 D. 4, 9, 5. Ulp. fr. 2734 D. 47, 2, 14, 17. fr. 1069. D. 47, 5, 1, 4.

damnum iniuria datum auf. Die Jurisprudenz, welche zur Entlastung des Hafters im Falle höherer Gewalt neigte, fand keinen schmiegsamen Rechtsbegriff in der formula in factum, in den sie diese Entlastung hätte interpretieren können. Ebenso als hätte es sich um eine a^o ex stipulatu gehandelt, mußte daher eine exceptio in die formula in factum gegen den recipiens eingestellt werden¹⁾, und noch Ulpian beruft sich für die Billigkeit dieser schwerlich im Edikt verheißenen Veränderung der Formel auf Labeos Autorität²⁾; noch Ulpian empfiehlt diese exceptio für vis maior zur Anwendung auf die Wirte in der Sprache eines Kommentators, der nicht feste Praxis vorträgt.³⁾ Dieser Rechtszustand des Ediktes muß für die spätklassische Praxis, welche aus dem besonderen Versicherungsvertrag eine im Zweifel dem nauta obliegende Haftung entwickelt hat, Raum zu praktischen Entscheidungen gelassen haben: hatte der Reeder ausdrücklich mit Versicherungsabsicht die Gefahr uneingeschränkt übernommen, wie es dauernd üblich geblieben sein muß⁴⁾, so kam eine exceptio für vis maior wohl nicht in Frage. Wurde dagegen der nauta nach klassischer Praxis ohne besondere Garantievereinbarung aus dem Titel de receptis belangt, so war die Entlastung im Falle höherer Gewalt durch den Mangel des Versicherungswillens geboten. Wie üblich derartige Garantieverträge in der Form der alten cautiones im Verbalvertrage oder unter Praedes-Stellung gewesen sein müssen, darüber besteht wohl Einigkeit, auch ohne daß die

¹⁾ Ulp. fr. 470. D. 4, 9, 3, 1 a. E. — ²⁾ h. l.: inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Zu dem non iniquum vgl. die gleiche Ausdrucksweise im Munde Labeos, wenn er ein sicher nicht im Edikt stehendes interdictum utile empfiehlt, D. 43, 12, 1, 12. — ³⁾ Ulp. l. c.: idem [die exceptio wegen vis maior!] erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit, vgl. das dicendum est im Vocabular. iurisprud. II, 222f. — ⁴⁾ Arg. D. 47, 5, 1, 4: . . si receperit salvum fore caupo vel nauta. Sehr möglich geht auf diese Versicherung gegen Seegefahr der Tatbestand D. 20, 4, 6, 1: Si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvae fiant, vel ut nautum exsolvatur . . ., wozu schon Mitteis, diese Zeitschr. 19, 201, 3. Die Byzantiner (Bas. LIII 5, 13, 14) sprechen allerdings von einer Aufwendung für Bergelohn. Dafür, daß im recipere die Gefahrübernahme, die Verpflichtung zum periculum praestare liegt, vgl. schon Caesar, Bell. civ. III 17, 2. 5.

Literatur bei dieser Tatsache verweilt hat. Allerdings weisen die Klassiker wohl keinen ähnlich deutlichen Fall der Versicherung für Erhaltung einer Sache auf, wie die cautio 'indemnem me praestari' ihn als Versicherung für die Sicherheit einer Forderung darstellt.¹⁾ Aber ein deutliches Beispiel für eine cautio rem salvam fore ohne beschränkenden Zusatz findet sich doch in der Haftung der mit Verwaltung des Gemeindevermögens befaßten Munizipalbeamten; der Duovir und Aedil der *lex municipii Tarentini*²⁾, der Duovir und Quaestor der *latinischen Kolonieverfassung*³⁾ stellen *praedes* für eine *cautio pecuniam publicam . . . salvam fore*. Das klingt, da kein haftungsbeschränkender Zusatz wie in der klassischen *cautio rem pupilli salvam fore* gemacht ist⁴⁾, wie eine schrankenlose Gefahrübernahme für die Wohlbehaltenheit des verwalteten Gemeindevermögens. Nun sprechen allerdings die klassischen Rechtsbücher nicht mehr deutlich von einer besonderen einem Gemeindevertreter erklärten Selbstverpflichtung des Magistrats⁵⁾; auch daß der *praes* für sie noch das Bürgeninstitut des lebenden Rechtes war, ist nicht ganz sicher.⁶⁾ Jedenfalls werden aber die

¹⁾ Über diese cautio vgl. jetzt statt aller Levy, *Sponsio* 149, 3. — ²⁾ l. 7—12, die cautio soll lauten auf: *quae pecunia public[a] sacra religiosa eius municipi ad se in suo magistratu pervenerit, eam pecuni[a]m municipio Tarentino salvam recte esse futur[a]m eiusque rei rationem r[ed]diturum, ita ut ei senatus censuerit . . .* — ³⁾ l. Malac. c. 60 [col. III l. 32f.]: *pecuniam communem eorum, quam in honore suo tractaverit, salvam is fore*. — ⁴⁾ In der cautio rem pupilli salvam fore beschränkt eine ausdrückliche Verweisung auf das *arbitrium tutelae* die Haftung des Promittenten, vgl. Lenel, *Edikt* 2 515f. — ⁵⁾ Daß stets eine solche Verpflichtungserklärung stattfand, ist jedenfalls nicht mit solcher Sicherheit auszuschließen wie Pernice, *Labeo II* 2, 177f. behauptet. Eine Pflicht zum *cavere* ist für den magistratus, wohl den duovir, noch am Ende des 2. Jahrhunderts erwähnt, D. 50, 1, 38, 6 (*Papir. Iust. fr.* 11), für den *curator* des Getreideankaufsgeschäfts bei Paul. *fr.* 1446. D. 50, 1, 21pr., und das *cavere in pecuniam* an letzterer Stelle klingt recht deutlich an das *cavere de pecunia communi* der Rubr. l. Malac. c. 60 an. — ⁶⁾ Während Mommsen, *Ges. Schr.* 1, 357, 29a. 30 annimmt, daß schon das 2. Jahrhundert den *praes* durch den *fideiussor* ersetzte, neigt Lenel zur Annahme von Interpolationen, vgl. *Ulp.* 23 und oft. Zweifelnd Mitteis, *Röm. Priv.-R.* 1, 382, 18. Wie Mommsen auch Liebenam, *art. duoviri*, *Pauly-Wissowa V*, 2, 1812; wie Lenel Levy, *Sponsio* 152.

Bürgen noch immer für den alten Garantieinhalt gestellt¹⁾, und der rechtliche Grundsatz ist noch im 3. Jahrhundert, daß der Munizipalmagistrat die Gefahr schlechthin für alle Einbuße des Gemeindevermögens während seiner Amtsführung trägt — für alles, quod eius nomine rei publicae abest.²⁾ Die Haftung des duovir gegenüber der Gemeinde³⁾ geht über eine amtliche Sorgfaltspflicht hinaus. Sie steht in bezeichnendem Gegensatz zu einer Haftung gegenüber den Privaten, die in der a° subsidiaria wegen Versäumung der Mündelkaution oder wegen fahrlässiger Annahme zahlungsunfähiger Bürgen Platz greift. Eine spätere Entwertung der anfangs zureichend gestellten Tutorenkaution fällt dem bestellenden duovir nicht zur Last⁴⁾; dagegen trägt der Magistrat die Gefahr, wenn ein von ihm bestellter Verwalter von Gemeindegut nachträglich während der Verwaltung seine Zahlungsfähigkeit verliert.⁵⁾ Einzelne Entscheidungen zeigen, daß diese strenge Haftung auf die curatores der Gemeindeverwaltung im 2. Jahrhundert ebenso in Anwendung gebracht worden ist. Der curator kalendarii, der in der Munizipalverwaltung des 2. Jahrhunderts die Verwaltung der von der

¹⁾ Pap. fr. 390. D. 50, 1, 17, 15. Paul. sent. 1, 1 A, 16 = D. 50, 4, 16, 2. Ulp. fr. 27 D. 50, 1, 2, 5, vgl. Ulp. fr. 851 D. 15, 1, 3, 13. fr. 1038 D. 27, 8, 1, 17. — ²⁾ Paul. 91 D. 50, 8, 9 (7). — ³⁾ Die Darstellung von Pernice, *Labeo II* 2 177f., der von einer 'Klage' spricht, welche im 2. Jahrhundert die 'zivilrechtliche Verantwortung' der Gemeindebeamten geltend macht, kann die Tatsache nicht verdunkeln, daß diese Haftung ohne Anschluß an das Aktionensystem, nicht durch actio (so Pernice nach dem Hinweis 179, 4) geltend gemacht wird. Über die Popularklagen der Gemeindestatuten vgl. Mitteis, *R. Priv.-R.* 1, 386, 35, wozu noch l. col. Genet. c. 129 (7, 32—38). Mitteis betonte schon, daß der curator ad siliginem emendam datus in D. 3, 5, 29 (30) [Iul. fr. 45] jedenfalls nicht im Privatprozeß haftbar gemacht werde (pretium ... curatorum adfictum esse). Schon Traian weist den Plinius zu einer cognitio über die verschwenderische Gemeindeverwaltung von Nico-media an, ep. ad Trai. 38, und sehr wahrscheinlich fällt die Haftung der Gemeindebeamten auch unter die cognitio de re pecuniaria, von der Callistratus D. 50, 13, 5 pr. spricht, ebenso wie die Gemeindeforderungen im 2. Buche der cognitiones, Callistratus fr. 12—14, wozu Lenel, *Pal. ad h. l.*; meine Schriftformel 95; Mitteis, *R. Priv.-R.* 1, 388, 45. — ⁴⁾ Ulp. fr. 172 D. 27, 8, 6. fr. 1038 D. 27, 8, 1, 11. — ⁵⁾ Paul. fr. 1531 D. 26, 7, 46, 1 a. E.

Gemeinde ausgetanen Darlehen hat, trägt die Gefahr für Forderungen, die in seiner Amtszeit entwertet worden sind¹⁾, und nach einer Entscheidung Kaiser Alexanders²⁾ verlangt diese Haftung kein Verschulden. Wenn der Pächter der Gemeindegrundstücke nicht zahlungsfähig ist, wird der verpachtende Beamte ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden haftbar gemacht.³⁾ Allerdings hat die Reskriptenpraxis des 2. Jahrhunderts auch für die Gemeindebeamten diese weitgehende Haftung einzuschränken begonnen, soweit die Gefahr auch durch weitgehende Achtsamkeit unabwendbar war.⁴⁾ Das Elend der Dekurionen mag eben in derselben Richtung gewirkt haben wie die Theorie der klassischen Jurisprudenz, welche den schrankenlosen Haftungen widerstrebt. Aber wie weit die mildere Praxis sich durchgesetzt hat, ist aus den theoretischen Erörterungen der Juristen nicht zu entnehmen.⁵⁾ Jedenfalls bewirkt die *cautio pecuniam publicam salvam fore* von Haus aus eine Über-

¹⁾ Papir. Iust. fr. 15, D. 50, 8, 12, 6 (9, 9): Item rescriperunt (imperatores Antoninus et Verus) nominum quae deteriora facta sunt, tempore curatoris, periculum ad ipsum pertinere. Vgl. auch ebenda D. 50, 8, 11 pr. (9 pr.). — ²⁾ Cod. Iust. 11, 39 (38), 1. — ³⁾ Cod. Th. 12, 11, 1, 3 (a^o 314). — ⁴⁾ Kraft besonderer Reskriptenpraxis ist der collega des curator kalendarii nur dann für dessen Amtsführung verantwortlich, si intervenire et prohibere potuit, D. 50, 8, 12, 5 (9, 8). — ⁵⁾ Durchaus bedenklich ist es, als maßgebliche Formel der Beamtenhaftung gegenüber der Gemeinde die ulpianische Äußerung D. 50, 8, 8 zu betrachten, wie Pernice, *Labeo* II² 179 tut. Ganz abgesehen von dem verdächtigen, wohl auf Interpolation (Pernice a. O. Mitteis, *R. Priv.-R.* 1, 322, 29) beruhenden Nebeneinander von 'lata neglegentia' und 'diligentia' ist es trotz der Einordnung in den Digestentitel unwahrscheinlich, daß Ulpian hier wirklich die Haftung gegenüber der Gemeinde besprach. Die Stelle stammt aus dem einleitenden Abschnitt des 1. Buches ad edictum; sie braucht nur die Haftung bei der a^o subsidiaria im Auge zu haben, zu welcher letzterer wohl eine Erörterung an demselben Orte stand, Ulp. fr. 172 D. 27, 8, 6, und die auch in den ulpianischen Disputationen an gleicher Stelle wiederkehrt, Ulp. fr. 27 D. 50, 1, 2, 5. Bei dieser wird die ausschließliche Haftung für dolus und culpa D. 27, 8, 7. D. 27, 8, 6. D. 27, 8, 1, 11 erwähnt; auch die negligentia kehrt in Ulp. D. 27, 8, 6 wieder. Vgl. übrigens schon Lenel, diese Zeitschr. 2, 27f. Die Beziehung auf die der a^o subsidiaria analoge actio wegen Saumseligkeit im Verfahren der cautio damni infecti ist wohl seit Paling. aufgegeben, vgl. Edikt² 52, 1.

wälzung der Gefahr auf den Magistrat, und die gleiche Rechtsfolge ist derselben Kautio wohl auch sonst geläufig. Als Cicero die Provinz verläßt, will er sich und dem Staate durch praedes für die Sicherheit der zurückgelassenen Provinzialkasse garantieren lassen, um selbst nicht das *periculum vecturae*, die Transportgefahr zu tragen.¹⁾ Daß auch die Stipulation eine solche die Gefahr überwälzende *cautio rem salvam fore* gekannt hat, darf danach wahrscheinlich sein, zumal das Formular allerdings mit veränderter Funktion ja noch dem julianischen Edikt in der *cautio rem pupilli salvam fore* bekannt ist. Versprechensinhalt wie Rechtsfolge einer solchen Stipulation sind dem receptum des Reeders eigen. Sie selbst durch Frage und Antwort zwischen Reeder und Fahrgast abzuschließen, widerstrebte sicherlich den Verkehrsbedürfnissen. Darauf deutet die interessante Möglichkeit des für den Reeder bindenden Geschäftsabschlusses mit dem — wohl vielfach auch freien — Vertreter des Reeders, die von der Notwendigkeit einer Haftungsübertragung durch adjektivische *actio* nichts weiß.²⁾ Ferner zeigen die Quellen ja, daß das recipere der ediktsmäßigen Garantie eben durch körperliches recipere des Gepäcks in den Transportbetrieb zustande kam.³⁾ Dies deutet wohl doch darauf, daß anfangs z. B. ein Anschlag dem körperlichen Geben und Nehmen die Bedeutung von Willenserklärungen gab⁴⁾, und auch hier wird man aus der er-

¹⁾ ad fam. II, 17, 4: *Laodiceae me praedes accepturum arbitror omnis pecuniae publicae, ut et mihi et populo cautum sit sine periculo vecturae*. Die Frage, wer solche Versicherung für den Staat gutwillig übernommen haben sollte, braucht für die römische Verwaltung gar nicht bestanden zu haben, vgl. den der Zwangspacht analogen Zwang zur Annahme von Darlehen aus der öffentlichen Kasse, den Plinius ganz unbefangen vorschlägt, ep. ad Trai. 54, 2. — ²⁾ D. 4, 9, 1, 2: *per se vel per navis magistrum* wird der Reeder verpflichtet. § 3: durch *ναυφύλακες*, *diaetarii*, vgl. Mitteis, R. Priv.-R. 1, 220 f. — ³⁾ D. 4, 9, 1, 6—8. — ⁴⁾ Eine nette Parallele bietet die französische Praxis der jüngsten Zeit. Dort haftet ebenso wie in den andern modernen Gesetzgebungen nur der Herbergswirt dem beherbergten Gast für Diebstahl im Hotel. Aber wie ich gesprächsweise von einem praktischen Juristen erfahre, beginnt die französische Praxis diese Haftung unter den Bedürfnissen des modernen Automobilverkehrs auf demselben Wege auszudehnen, den wir oben für das alte Rom für wahrscheinlich halten.

leichterten Form des Geschäftsabschlusses auf das praktische Bedürfnis schließen dürfen, das sich dem Frag-Antwortspiel widersetzte.

Ähnlich war wohl der Anlaß, der zum prätorischen Schutz des *receptum argentarii* führte. Soviel auch heute noch über Formfreiheit und Formgebundenheit dieses *receptum* gestritten wird, ist man darüber doch einig, daß es kein Verbalvertrag war. Dabei war auch dieses *receptum* in seiner Anwendbarkeit wie in der Ausgestaltung seiner Haftung der Stipulation sachlich verwandt. Justinian selbst sagt dies mittelbar, wenn er seine *aº de pecunia constituta* nach dem Vorbild der *recepticia* neu gestaltet und dabei als möglichen Versprechensinhalt alle zur stipulatio fähigen Leistungen nennt¹⁾, andererseits die Wirkung der neuen actio wegen ihrer Perpetuität und Vererblichkeit der *aº ex stipulatu* vergleicht.²⁾ In den klassischen von Lenel wiedererkannten Quellen³⁾ ist das *receptum* ein Vertrag zwischen argentarius und Gläubiger. Das recipere in das Verhältnis zwischen dem Bankier und seinem Auftraggeber zu verlegen⁴⁾, ist ausgeschlossen, weil der Vertragsschluß ohne Wissen und Willen des letzteren zustande kommen kann.⁵⁾ Der Bankier

Der Wirt des Restaurants, der den fremden Touristen durch die Aufschrift 'Autogarage' oder durch dasselbe Wort auf der Mütze seines Hausknechts anlockt, gilt dafür, ausdrücklich dem Fremden gegenüber die Haftung übernommen zu haben, wenn der kostbare Pelz während des Aufenthalts des Fremden im Gasthause aus dem Wagen gestohlen wird. Die bei Dalloz, im *recueil périodique* der letzten Jahre abgedruckten Entscheidungen geben allerdings diese Praxis noch nicht, vgl. 1904 II^{me} partie p. 255; 1905, table des III^{me} et V^{me} parties col. 192; 1906 III^{me} partie p. 327.

¹⁾ Theophil. 4, 6, 8: . . ἡ δὲ recepticia [sc. χάραν ἔχει], οἰονδήποτε εἴη τὸ ἐποφειλούμενον, εἴτε κινήτων εἴτε ἀκίνητων, ἀντιφωνήσαντος τραπεζίτου. . . Cod. Iust. 4, 18, 2, 1: ut liceat omnibus constituere . . . omnes sive mobiles sive immobiles sive se moventes sive instrumenta vel alias quascumque res, quae in stipulationem possunt homines deducere. —

²⁾ . . et non absimilem penitus stipulationi habeat dignitatem . . : sed et heredibus et contra heredes competat, ut neque recepticiae actionis . . indigeat res publica . . — ³⁾ Gai. fr. 120. D. 13, 5, 28. fr. 121. D. 46, 1, 30. fr. 122. D. 46, 3, 53. Paul. fr. 258. D. 13, 5, 12. Ulp. fr. 472. D. 13, 5, 27. fr. 473. D. 17, 1, 28. fr. 474. D. 46, 3, 52. fr. 234. D. 2, 13, 6, 3. — ⁴⁾ Wie Bekker, diese Zeitschr. 3, 8 wollte. — ⁵⁾ D. 13, 5, 27. D. 46, 1, 30, vgl. auch D. 46, 3, 53 (Lenel ad Gaius fr. 122).

erklärt 'decem milia H S solvi'¹⁾ oder 'se soluturum esse decem milia H S'²⁾; auch die Form 'Lucium Titium X milia H S soluturum esse' war vielleicht üblich. Die Zusage der fremden Leistung ist allerdings der sponsio über certa pecunia fremd³⁾, wie auch dem constitutum.⁴⁾ Aber vielleicht wird sie bei letzterem eben deshalb ausdrücklich abgelehnt, weil sie bei dem receptum gebräuchlich war. Gerade neben dem recipio tritt die Zusage fremder Leistung öfters in den literarischen Anwendungen auf⁵⁾ und gerade durch diese Versprechensform könnte die Meinung, daß der argentarius auch aus dem receptum alieno nomine zahle⁶⁾, gefördert worden sein. Regelmäßig lehnt sich die Garantie des Bankiers an eine von einem Auftraggeber erteilte Anweisung an. Das ist nicht nur nach der Sache⁷⁾ und der byzantinischen Praxis der Bankierbürgschaft⁸⁾ wahrscheinlich, sondern tritt bei den Klassikern selbst deutlich hervor. Die Meinung des Pomponius wird von Ulpian dafür besonders zitiert⁹⁾, daß auch gegen den Willen des Schuldners für diesen das receptum vollzogen werden konnte, und Labeo hatte die An-

¹⁾ D. 2, 13, 6, 3. — ²⁾ D. 13, 5, 28. — ³⁾ Inst. 3, 19, 3. — ⁴⁾ D. 13, 5, 4 (Ulp. fr. 788), sichtlich als logische Folgerung aus dem Edikt 'qui pecuniam debitam constituit'. — ⁵⁾ Terent. Heaut. V 5, 11 ff. (v. 1055 ff.): Cl. Pater omnia faciam: impera. Ch. Uxorem ut ducas. Cl. Pater. Ch. Nil audio. So. Ad me recipio: faciet. Cic. Phil. V 18, 51: Audebo etiam obligare fidem meam . . . promitto, recipio, spondeo, patres conscripti, C. Caesarem talem semper fore civem . . . ep. ad fam. I 9, 9. ad fam. XIII 10, 3: . . . separatim promitto in meque recipio fore eum tibi et voluptati et usui XIII 17, 3: spondeo enim tibi vel potius spondeo in meque recipio eos esse M'. Curi mores eamque cum probitatem tum etiam humanitatem, ut eam et amicitia tua . . . dignum sis existimaturus. XIII 28, 3. XIII 50, 2. Caesar bell. civ. III 17: idque ipsi fore reciperent . . . — ⁶⁾ Über diese Anschauung Labeo D. 13, 5, 27, und genaueres unten folgende Seite. Wie eng gerade dieses Versprechensformular und die juristische Konstruktion der Zahlung zusammenhängen können, tritt im altgriechischen Rechte hervor; dort gilt die Erfüllung des Schuldners auch als Erfüllung der Bürgenobligation. Andererseits zahlt der Bürge, welcher auf die Garantie zahlt, für den Schuldner, vgl. Griech. Bürgschaftsrecht (1909) 1, 250. — ⁷⁾ Lenel, diese Zeitschr. 2, 70. Bekker, diese Zeitschr. 3, 8. Mitteis, diese Zeitschr. 19, 248 f., der mit Wahrscheinlichkeit recipere statt suscipere debitum in D. 14, 5, 8 vermutet. — ⁸⁾ Iust. ed. IX. — ⁹⁾ D. 13, 5, 27.

schauung verfochten, daß der Bankier bei der Zahlung aus dem receptum nur als Vertreter des Schuldners handele; er wollte dem Bankier eine exceptio in factum gewähren, wenn der Schuldner die Zahlung untersagt hatte.¹⁾ Dies deutet offenbar auf den Kontokorrentverkehr zwischen Guthabensinhabern, in welchem der argentarius als direkter Stellvertreter eines Kunden handelt.²⁾ Die Verknüpfung mit der Anweisung eines Auftraggebers läßt das receptum für unsere Kenntnis als eine Garantie erscheinen, welche der Bankier notwendig pro alio übernahm.³⁾ Aber nicht nur für fremde Obligation. Da das receptum, anders als das constitutum,

¹⁾ D. 13, 5, 27: .. falsum putat [sc. Pomponius] opinionem Labeonis existimantis, si postquam quis constituit (Trib. Ulp.: argentarius recepit) pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, in factum exceptionem dandam. — ²⁾ Mitteis, diese Zeitschr. 19, 244 ff. Wenger, Stellvertretung 209 ff. Die Verwaltung des Guthabens durch den Bankier erklärt den Gedanken, der von den jüngeren Juristen anscheinend bekämpft werden mußte (vgl. auch Pap. bei Ulp. D. 17, 1, 28), daß der Bankier auch auf Grund des receptum im fremden Namen zahle. Wie viele der Quittungen auf Papyri, in welchen ein Gläubiger Zahlung von einem Schuldner durch dessen Bank empfangen zu haben bekennt, mögen tatsächlich Zahlungen sein, welche der Bankier aus Garantien für seinen Kunden leistete! In diesem Guthabenverkehr mußten häufig Umstände eintreten, welche die Entscheidung Labeos nahelegten, besonders bei bedingten Leistungsversprechen, deren Erfüllung der Schuldner gesichert hatte, indem er seinem Gläubiger durch das receptum ein selbständiges Schuldrecht gegen den das Guthaben verwaltenden Bankier bestellen ließ. Angenommen, der Eigentümer eines entlaufenen Sklaven hat einem beauftragten Detektiv einen Preis für die Aufspürung des Aufenthaltsortes seines Sklaven ausgesetzt (D. 19, 5, 18, vgl. D. 19, 5, 15. D. 48, 15, 2, 1. 2) und den Detektiv auf seinen Bankier angewiesen, der selbst für die Auszahlung der Summe receptum übernahm. Soll der Bankier, wenn der Detektiv den Eintritt der Bedingung behauptet und der Eigentümer ihn bestreitet, von dem Detektiv wirksam belangt werden können und selbst Beweise über eine Frage antreten müssen, die ihm selbst völlig fremd sein kann? — In solchen Fällen ist die labeonische exceptio doli bis zum Austrag der Sache zwischen Eigentümer und Detektiv wohl das Gegebene, und daß solche Erwägungen bei dem Vorschlag Labeos maßgebend waren, ist angesichts der Weise der jüngeren Juristen, labeonische Entscheidungen zu kritisieren, ohne die Eigenart des von ihm behandelten Falles zu beachten, ganz wahrscheinlich. — ³⁾ Gloss. Labb. v. *ἐκελευστικός, ἐκελευσία*, dazu Lenel, diese Zeitschr. 2, 66.

keine Prinzipalobligation voraussetzte, muß es auch dort möglich gewesen sein, wo nach frühklassischem Rechte der Kunde des Bankiers sich nicht selbst verpflichtete. So mag das receptum in republikanischer Zeit eine Rolle gespielt haben, um ungeschützten pacta zu einer Wirkung zu verhelfen, die ihnen selbst nach prätorischer Praxis damals noch nicht zustand. Wo im späteren Rechte die *a° praescriptis verbis* oder eine ihr entsprechende *a° in factum* eine Leistung gegen Vollzug einer Handlung erwirkt, mag es einst ein Mittel zur Erzwingbarkeit der Leistung gewesen sein.¹⁾ Zumeist wird nach der justinianischen Reformverordnung eine andere Funktion dieser selbständigen Verpflichtungswirkung des receptum betont²⁾: es scheint, als hätte der Bankier schlechthin nach Maßgabe seiner Garantieerklärung gehaftet, ohne daß die klassische Jurisprudenz auf den Mangel einer causa der abstrakten Verpflichtung Rücksicht genommen hätte.³⁾ Wenn auch der justinianische Bericht nicht ganz eindeutig ist, wird doch die uneingeschränkte Haftung nach Maßgabe des Versprechens als charakteristische Eigentümlichkeit des receptum gelten dürfen. Sachlich ist diese starre Haftung des Bankiers ganz wahrscheinlich. Dieser Rechtszustand liegt im Interesse der rechnerischen Einfachheit des inneren Betriebes des Bankgeschäftes wie in dem der Verkehrssicherheit. Das sachlich verwandte Bestreben der byzantinischen Bankiers, ihre Rechte und Pflichten ausschließlich nach dem Eintrag in ihren Geschäftsbüchern zu bemessen⁴⁾, — die Übergangsbestimmung der Reformkonstitution⁵⁾, die wohl nur auf die Wirksamkeit schon geschlossener widerspruchsloser recepta sich beziehen kann — endlich das Fehlen entscheidender widersprechender Quellen aus klassischer Zeit⁶⁾, sprechen für die herrschende Auffassung. Jeden-

¹⁾ So in Fällen wie D. 19, 5, 15. 18, wozu vgl. Perozzi, *Obligazione* 128; Mitteis, *R. Priv.-R.* 1, 148, 38. — ²⁾ Lenel, diese Zeitschr. 2, 62 ff. Bekker, a. O. A. Rossello a. O. 69f. Karlowa, *Rgesch. a. O.* Girard, *Manuel* 4 605. — ³⁾ *Cod. Iust.* 4, 18, 2, 1 a. E. — ⁴⁾ Vgl. das Verlangen der Bankiers *Ed. Iust. IX. προοίμιον*. — ⁵⁾ *Cod. Iust.* 4, 18, 2 a. E., über die älteren Auslegungen vgl. Rossello a. O. 57 ff. — ⁶⁾ Anscheinend widerspricht D. 13, 5, 12, das nach der Inskription wie nach dem Versprechen einer Spezies sicher auf die *a° recepticia* geht: Paul.

falls muß nach dem heutigen Quellenstand das *receptum argentarii* sowohl wegen der Selbständigkeit seiner verpflichtenden Wirkung wie durch die Dauer und Vererblichkeit der Haftung als der *sponsio* sachlich verwandt erscheinen. Noch bleibt die Frage, warum wohl dem römischen Bankier das *receptum* als besonderes handelsrechtliches Institut geboten wurde. Die bloße Vermeidung der Novationswirkung¹⁾, wie sie bei unvorsichtiger Handhabung der *Stipulation* über die *eadem res* möglich war, gab kaum den Ausschlag. Möglicherweise ist die schriftliche Erklärung des *receptum* zwischen nicht persönlich anwesenden Personen das ausschlaggebende Bedürfnis gewesen, wenn auch ein briefliches *receptum* bisher nicht nachgewiesen ist.²⁾ Daß wirklich die Befreiung von jeder Form der Bankiersgarantie eigen war, hat Lenel schon wahrscheinlich gemacht. Seine Auffassung gewinnt eine festere Grundlage, wenn eine Beobachtung zutrifft, welche das *receptum* zugleich seiner Entstehung nach in eine Periode römischer Rechtsgeschichte verweist, die bisher bei dem Mangel deutlicher Quellen noch nicht scharf erkennbar

fr. 258: *Sed et si decem debeantur et decem et Stichum argentarius recipiat* (D. *constituat*), *potest dici decem tantummodo nomine teneri*. Daß wirklich, was rezipiert werden sollte, Schuld des Kunden sein mußte (Kappéyne van de Capello, Abhandlungen 274), widerspricht dem justinianischen Bericht schnurstracks. Lenels Deutung, die auf die Form des *receptum* abstellen wollte und eine Beurteilung nach der Höhe der Hauptschuld bei ausdrücklichem Hinweis auf diese annimmt, befriedigt auch nicht (vgl. Rossello a. O. 70), zumal von solchem Hinweis bei Paulus nichts gesagt ist. Wenn, was nicht feststeht, der byzantinische Eingriff nur den *argentarius* strich und das *recipiat* ersetzte, war jedenfalls im Zusammenhang bei Paulus ein Gesichtspunkt betont, der ein Abweichen von der Wortinterpretation und der nächstliegenden Haftung für *decem et Stichum* begründete. Denn daß hier nicht eine auf der Hand liegende Interpretation gegeben war, ist aus dem '*sed et si*' und in dem '*potest dici*' (über welches jetzt *Vocab. iurisp. Rom.* II, 219. 225) klar.

¹⁾ Gaius fr. 120. D. 13, 5, 28. — ²⁾ Kappéyne a. O. 273, Rossello a. O. 72 betrachten D. 13, 5, 26 als ein solches *receptum*. Aber nach der Inschrift, vgl. Lenel *Scaevola* fr. 226, wie nach dem sachlichen Inhalt kann dieser Geschäftsbrief ebensogut ein *constitutum debiti proprii* darstellen, durch welches der Bankier den Eingang der zurückgezahlten Darlehensvaluta zum Guthaben gegenüber dem Kunden anerkennt.

war: vielleicht boten die freien Garantieverträge, welche der hellenistische Weltverkehr in Gestalt der *ἐγγύη* oder *ἀναδοχή* abschließen ließ, den Anstoß zur Anerkennung der beiden „recepta“. ¹⁾

Das Wort *recipere* im Sinne der Garantieerklärung ist das vollkommene sprachliche Gegenbild des griechischen *ἀναδέχεσθαι* wie auch — in gewissem Sinne — des *ἐγγυᾶσθαι*, welche in den griechischen Quellen vom 5. Jahrhundert an den zugleich als Bürgschaft angewandten griechischen Garantievertrag bezeichnen. ²⁾ Die vollkommene Ähnlichkeit der Bildung ist evident für *ἀναδέχεσθαι* ³⁾, das ebenso wie das *recipere* auch für das körperliche ‘aufnehmen’, ‘empfangen’ vorkommt und auch das ‘Übernehmen’ eines Auftrages, eines Amtes ⁴⁾ bezeichnen kann, wie es andererseits für die Verpflichtungserklärung eines Schiedsstaats, der eine Gerichtsbarkeit in Prozessen zwischen Angehörigen zweier Vertragsstaaten übernimmt, vorkommt. ⁵⁾ Aber auch für *ἐγγυᾶσθαι* ist deutlich, daß es einerseits ein Wort für die Garantieübernahme, andererseits für ein körperliches ‘sich (dat.) einhändigen lassen’, ‘empfangen’ ist. ⁶⁾ Für die romanistischen Erklärer war es eine auffallende Erscheinung, daß im Titel ‘de receptis’ das *recipere* ‘rem salvam fore’ begrifflich zusammenfließt mit dem *recipere rem*; im Edikt steht das erstere, in der Rubrik das letztere (‘ut recepta restituant’). ⁷⁾ Genau die gleiche Erscheinung ist nun im *ἐγγυᾶσθαι* nachgewiesen, auch ohne daß es mit dem schil-

¹⁾ Die folgenden Ausführungen haben nichts gemein mit der haltlosen Behauptung, die Valery, *Rev. gén. du droit de la législation et de la jurisprudence* 16 (1892), 199 f. auf die hellenistischen Nachrichten gründet, die das Bestehen einer Anweisung des Bankiers zur Zahlung belegen. — ²⁾ Vgl. mein Griechisches Bürgschaftsrecht 1, 87 ff. — ³⁾ Vgl. die Zusammenstellung Griechisches Bürgschaftsrecht 1, 69 f. — ⁴⁾ Aufgabe jeder Art: Dittenberger, *Sylloge Inscr.* 2 241. Plut. *Arist.* c. 14; Gemeindeamt: P. Oxy. 71 col. I l. 16. — ⁵⁾ Dittenberger, *Sylloge* 2 227 (3. Jahrh. a. C.). Die Gemeinde Lamia ‘übernimmt’ die Rolle als *ἐκκλητος πόλις* zwischen Athen und den Böotern, vgl. die Besprechung von Hitzig, *Verträge über Rechtshilfe* (Züricher Festgabe für Regelsberger 1907), S. 12. — ⁶⁾ Ausführlich Bürgschaftsrecht 1, 92 ff. — ⁷⁾ Rubr. D. 4, 9; vgl. auch das *recipere* bei *Caes. bell. civ.* III 17, 2. 5.

lernenden Begriff *ἀναδέχεσθαι* zusammen erscheint. Der Gestellungsbürge, der einen Gefangenen aus dem Gefängnis durch Übernahme des Gestellungsversprechens befreit, erklärt seine Garantie mit dem Wort *ἐγγυῶμαι*; dazu tritt der Erklärungsempfänger in den Dativ oder eine ähnliche Beziehung (*παρὰ σοί, πρὸς σέ*). Aber das Bürgenwort *ἐγγυῶμαι* wird hier nachweislich auch zum 'empfangen' ¹⁾, und der Bürge erklärt *ἐγγυῶμαι παρὰ σοῦ*, 'ich empfangen den N. N. von dir'; ja in ptolemäischen Quellen verdrängt das *παραδιδόναι-παραλαμβάνειν* ganz das *ἐγγυᾶσθαι* im Sinne der Garantie.²⁾ Ebenso sagen die Grammatiker, daß im *ἐγγυῶμαι* ein 'empfangen' liege³⁾; die *ἐγγύη* wird sogar neben der 'Bürgschaft' und der 'Verlobung' auch als 'Geben von Sachen' (*δόσις χρημάτων*) paraphrasiert.⁴⁾ Diese Kreuzung der Begriffe 'Garantieübernahme' und 'körperlich Empfangen' verdient sicherlich Beachtung. Wenn das *recipio* nun bei dem doch gewißlich stark hellenisierten Terenz in einer attischen Komödie in genau dem Sinne auftritt, in dem der Grieche emphatisch sein '*ἐγγυῶμαι*', '*ἀναδέχομαι*', 'ich versichere', 'ich garantiere', gebraucht⁵⁾, wird die sprachliche Parallele in die Zeit hinaufgerückt, wo Rom sich voll unter dem Einfluß des griechischen Weltverkehrs und griechischer Handelssitte befindet. Und die sprachliche Analogie steht nicht allein.

Dieselben juristischen Anwendungen wie für das *receptum nautarum* und das *receptum argentarii* sind für die griechische Garantie durch *ἐγγύη* nachgewiesen. Allerdings

¹⁾ P. Oxy. 259, l. 7f. (a^o 23 p. C.), und dazu Bürgschaftsrecht 1, 93, wo auch die byzantinischen Urkunden, die noch denselben Sprachgebrauch aufweisen, zusammengestellt sind. — ²⁾ P. Tebt. 156 descr. (91 a. C.). Oxy. 785 descr. (um 1 p. C.); vgl. P. Hibeh 93 (um 250 a. C.). —

³⁾ Lex. Seguer. bei Bekker, Anektd. I p. 140, 4–9: nach Erwähnung des *ἐγγυᾶν* der Verlobung, das sonst auch gleich *ἐκδιδόναι* steht, *καὶ ἐπὶ ἐτέρου σημαينوμένου ἐγγυῶ ἐπὶ τοῦ διδόντος, ἐγγυῶμαι ἐπὶ τοῦ λαμβάνοντος*. Etym. magn. 309, 23: *ἐγγυῶμαι ὅσον ἐν χερσὶ φυλάττω*. — ⁴⁾ Etym. magn. 309, 18. v. *ἐγγύη*. '*Ἡ ἐπὶ ἀσφαλείᾳ πίστις ἢ καὶ δόσις χρημάτων ἢ γάμον*. —

⁵⁾ Oben S. 413 A. 5, vgl. dazu die Zusammenstellung der analogen Wendungen in der attischen und hellenistischen Literatur, Bürgschaftsrecht 1, 59, 1; selbst die ciceronische Wendung *spondeo*, in me *recipio* findet im *ἐγγυώμεθ'*, *ὑποσχοῦμεθα* bei Demosth. or. 20, 100 sein Vorbild.

ist der Fall der Garantie des Schiffers für Erhaltung der transportierten Ware oder des Gepäcks noch nicht deutlich bezeugt. Aber tatsächlich hat wohl wirklich der griechische Verkehr Anpreisungen des Reeders gekannt, in denen zum Abschluß des Transportvertrages durch einen Anschlag eingeladen¹⁾ und vielleicht auch die Versicherung zugesagt wurde; jedenfalls kennt das griechische Recht ein *φυλάττειν ἐπ' ἐγγύη*, eine Verwahrung unter Garantie eines Erfolges der Verwahrung.²⁾ Die *ἐγγύη* des Sequesters (*μεσέγγυος*) ist wohl nur so zu deuten, daß eine Garantie dafür übernommen wurde, daß die sequestrierte Sache den Einwirkungen eines der beiden Deponenten allein bis zur Entscheidung des Streites entzogen sein werde.³⁾ Auch die Übernahme jeder Gefahr seitens des Verwahrers muß in Gestalt der *ἐγγύη* analog einer *cautio 'rem salvam fore'* üblich gewesen sein. Es klingt ganz ähnlich der *praedictio* eines Herbergswirtes, welche das *receptum* ablehnt, wenn eine Inschrift von Priene den Anschlag enthält: *ἐπ' ἐγγύη οὐ φυλάσσω οὐθενὶ οὐθέν.*⁴⁾

Während hier die Lückenhaftigkeit der griechischen Quellen eine gesicherte Parallele noch nicht gestattet, wirkt die Analogie zwischen der *ἐγγύη* und dem *receptum argentarioi* überraschend. Die *ἐγγύη* ist nicht eine notwendig akzessorische Bürgschaft, sondern ein selbständig verpflichtender Garantievertrag für einen Erfolg, für eine Leistung oder für das Handeln eines Dritten, der durchaus nicht ein selbsthaftender Schuldner sein muß.⁵⁾ Sie dient daher zum Schutz der mannigfachsten schuldrechtlichen Ansprüche des Privatrechtes und des öffentlichen Rechtes, denen die Rechtsordnung zunächst, sei es wegen der Wirkung des Personalprinzips der

¹⁾ Nur unter dieser Voraussetzung ist wohl die sehr eindeutige Geschäftsanzeige zu erklären, die in der Anthol. Palat. IX 416 einer Hetäre in den Mund gelegt wird. Bezeichnend: l. 5 ff.:

ἔμβαινε θαρσύνων· μισθὸν οὐκ αὐτῷ βαρύν.

ἐλθόντα δέχομαι πάντα· βαστάζω ξένον

ἀστόν τ'· ἐπὶ γαίης, κῆρ βυθῷ μ' ἐρέσσετε.

— ²⁾ Vgl. Bürgschaftsrecht I, 306 ff. — ³⁾ Bürgschaftsrecht I, 337 f. —

⁴⁾ Inschriften von Priene (ed. Hiller von Gaertringen) n. 315, Bürgschaftsrecht I, 309 f. — ⁵⁾ Bürgschaftsrecht I, 127 ff.

antiken Gesetzgebungen, sei es aus anderen Gründen keinen Schutz gewährt. Die *ἐγγύη* ist auch bei Schuldverhältnissen der klassischen griechischen Zeit in bezug auf die Höhe der Haftung nicht abhängig von der Höhe der Schuld.¹⁾ Das übliche Versprechensformular ist *ἐγγυῶμαι τὸν δεῖνα ἀποδώσειν*²⁾, 'N. N. wird leisten', seltener *ἀναδέχομαι ἀποδώσειν*³⁾, analog dem wahrscheinlichen 'recipio Lucium Titium soluturum esse' oder dem bezeugten 'me soluturum' esse. Bei den *ἐγγύαι* der Banken ist die formlose ohne Zeugen geschlossene Vereinbarung üblich⁴⁾, die gerade wie bei dem receptum durch einen Eintrag ins Geschäftsbuch des Bankiers nachgewiesen wird.⁵⁾ Das hindert natürlich nicht, daß auch in den mannigfachsten Anwendungsfällen der griechischen Bürgschaft ein typisches Geschäftswort den Garantiewillen klar formuliert. Tatsächlich ist schon in Attika das *ἐγγυῶμαι* ein solches typisches Geschäftswort⁶⁾, und es tritt in dieser Rolle noch in späten hellenistischen Garantien auf⁷⁾, wenn auch jede Erklärung einer *ἐγγύη* als *ὑπισχνεῖσθαι*, *ὁμολογεῖν*, *ἐπαγγέλλεσθαι* bezeichnet werden kann⁸⁾ und schon Poseidon bei Homer (Od. 8, 347) seine Bürgschaft mit *ὑπίσχομαι* einleitet, also auch der späthellenistische Geschäftsverkehr sicherlich noch andere Worte als *ἐγγυᾶσθαι* und *ἀναδέχεσθαι* zur technischen Bezeichnung des Garantiewillens benutzt haben wird. Wie wahrscheinlich eine gleiche Bedeutung des recipio in der Garantie des römischen Bankiers ist, liegt nach den literarischen Anwendungen des recipio bei der nachdrücklichen Versicherung der Umgangssprache nahe. Wenn wir

¹⁾ Bürgschaftsrecht 1, 177f. — ²⁾ S. 159ff. — ³⁾ Isokr. or. 17, 37. Dem. or. 53, 26. CIA. II 804 A a, 60ff. Plato, Leg. IX 855 B, dazu S. 162ff. — ⁴⁾ Isokr. or. 17, 2. — ⁵⁾ Das ist nicht unmittelbar bezeugt, aber sicher nach Demosth. or. 36, 20. or. 49, 5. 8. 17. 30. 32. 43. 44. or. 52, 4. 6. Für die allgemeine griechisch-römische Praxis vgl. Mitteis, diese Zeitschr. 19, 220ff. Für den Eintrag über das receptum D. 2, 13, 6, 3 (Ulp. fr. 234). — ⁶⁾ Bürgschaftsrecht S. 146. — ⁷⁾ Zusammenstellung S. 160f. — ⁸⁾ *ὁμολογεῖν*: Isokr. or. 17, 37; Dem. or. 53, 26. Nach dem überlieferten Texte auch Sys. or. 13, 23; Isaios or. 5, 18 und aus den Papyri Tebt. 156 (descr. a^o 91 a. C.), Oxy. 785 descr. (a^o 1 p. C.), Lond. II n. 311 p. 219f. (a^o 179 p. C., l. 2: *ὁμολογοῦσι* . . ., l. 14: *οἱ δὲ προγεγρα[μμένοι] υἱοὶ Στοτόητις κτλ. ἐπαγγέλλεσθαι*: Vertrag von Eretria (4. Jahrh. a. C.) Inscr. iur. gr. 1, 148, l. 33.

schließlich noch die passive und aktive Vererblichkeit des Schuldrechtes aus der Garantie hinzufügen¹⁾, wird die Aufzählung der Parallelen vollständig sein, welche die juristische Gestaltung des receptum argentariorum und der *ἐγγύη* aufweist. Auch der Anwendungsfall der römischen Bankierbürgschaft fehlt nicht. Die *ἐγγύη* kann wirksam auch ohne Wissen und Willen der Person übernommen werden, für deren Handeln und zu deren Gunsten garantiert wird.²⁾ Andererseits hat auch der griechische Bankverkehr in der *ἐγγύη* das Mittel gesehen, die Anweisung des Kunden, der über ein Guthaben bei der Bank verfügt, mit schuldrechtlicher Wirkung gegen den Bankier, bei dem das Guthaben steht, auszustatten. Wir sehen, wie der attische Bankier Pasion am Anfang des 4. Jahrhunderts von seinem Kunden herbeigezogen wird, als dieser einem Darlehensgläubiger eine Anweisung auf sein attisches Guthaben gibt; Pasion bietet ein *ἐγγύη* genanntes Schuldversprechen: *ὁμολόγησεν . . . αὐτῷ* (sc. dem Gläubiger) *καὶ τὸ ἀρχεῖον καὶ τοὺς τόκους τοὺς γιγνομένους ἀποδώσειν*.³⁾ Daß die Zahlung auf eine solche *ἐγγύη* jedenfalls für die geschäftliche Betrachtungsweise des Bankiers als Zahlung im fremden Namen galt, ist selbstverständlich. Oft genug tritt in griechischen Quellen des 3. und 2. Jahrhunderts auch juristisch hervor, daß der Bürge auch aus seiner Garantie im Namen des Schuldners zahlt. Die deutliche Kennzeichnung des Stellvertretungsverhältnisses erfolgt dabei in der von Wenger ausführlich dargelegten Weise, durch Vermerk, daß A *ὑπὲρ* B oder B *διὰ* A gehandelt habe.⁴⁾ Die griechischen Urkunden zeigen

¹⁾ S. 228 ff. — ²⁾ Demosth. or. 50, 28, Bürgschaftsrecht 57. Plut. Alkib. c. 5, dazu S. 288 f. — ³⁾ Isokr. or. 17, 37, dazu S. 163. 315. Über das Guthaben des Anweisenden vgl. besonders §§ 6—8. 35—37. 40. 43. 44 der Rede. — ⁴⁾ Daß der *ἐγγυος* für (*ὑπὲρ*) der Schuldner zahlt, ist einmal im delischen Pachtstatut, *ἔσθ' ἀντιγραφὴ* ausdrücklich gesagt, vgl. die Inscr. iur. gr. 1, 504 abgedruckte Stelle. Danach in den Rechnungen: a^o 279 a. C. (bull. de corr. hell. 14, 391, l. 20): (Pachtrate) *τῆς οἰκίας ἥ ἦν Ἐπισθένης ὑπὲρ Τολμίδου οἱ ἐγγυοὶ Τεισικλῆς Λύσου, Ἀντίγονος Κоди . . .* Summe. a^o 250 a. C. (bull. de corr. hell. 27, 83, l. 180): (Zinsenzahlung): *Καλλίας Ἀντιπάτρου ὑπὲρ Μνησιμάχου τῆς ἐγγύης τὸ ἐπιβάλλον αὐτῷ* Summe. a^o 180 a. C. (bull. de corr. hell. 6, 21, l. 165 f.): *παρὰ Τηλεμνήστου τοῦ Ἀντιγόνου, ὑπὲρ Τιμοξένου τοῦ Τιμοξένου*

auch hier wieder konkret denselben Rechtsgedanken, der bei dem römischen Juristen, diesmal Labeo, in den juristischen Konsequenzen theoretisch entwickelt ist.

Nach diesen Tatsachen wird die Hypothese nicht allzu gewagt erscheinen, die ich hiermit zur Erörterung stelle. Wie günstig für die Rezeption aus dem hellenistischen Verkehrsrecht die Umstände gerade bei den beiden recepta liegen, bedarf nach Mitteis' Trapezitika kaum eines Wortes mehr. Auch die bewußte Nachbildung griechischer Geschäftsausdrücke durch die römische Praxis fand ja in dem *διαγράφειν* — perscribere schon ein erstes Beispiel.¹⁾ Als Rezeptionsperiode wäre das 2. Jahrhundert v. Chr. am wahrscheinlichsten. Mit den griechisch redenden und denkenden trapezitae und dem griechischen Schiffsverkehr wäre der formfreie Garantievertrag in Rom eingezogen und für die Bedürfnisse des an freie Stellvertretung und formfreien Vertragsschluß gewöhnten Geschäftsverkehrs hätte das stadtrömische Recht die recepta als bindend anerkannt; wie die übrigen Rechtsbildungen des Argentarienrechtes²⁾ wäre auch das receptum argentarii eine Schöpfung prätorischen Rechtes.

τῆς ἐγγύης τῆς κα[.....]ν Τιμόξενον, τοῦ ἱεροῦ ἀργυρίου τόκον ἐτῶν τεσσάρων ὃν ἐφη ὀφείλειν Summe. Ähnlich Rev. de Philol. 1906 S. 111f. A. I. 43; P. Petrie III 58 e (p. 170 ff.) I, 6. 8 [3. Jahrh. a. C.]. Auch die andere Andeutungsweise des stellvertretenden Handels scheint a^o 180 vorzukommen: bull. 6, 26, l. 214 zahlt anscheinend ein Schuldner, der Grundstücke in Hypothek gegeben hat, 'durch' den Bürgen: . . . ἐπὶ τοῖς χωρίοις πᾶσιν δι' ἐγγύων Σωκράτου τοῦ Δημοκρίτου καὶ Ἀμφικλείους τοῦ Εὐβοέως. Vgl. P. Petrie III 119 b (p. 305) [3. Jahrh. a. C.]. Natürlich haben wohl auch hier die Bürgen aus ihrer Tasche für den Schuldner gezahlt.

¹⁾ Diese Zeitschr. 19, 214 ff. — ²⁾ Girard, Manuel * 605.