

Schriften zur Rechtsgeschichte

---

Band 205

# Custodia

Garantiehaftung im römischen Recht?

Von

Jan Dirk Harke



Duncker & Humblot · Berlin

JAN DIRK HARKE

Custodia

Schriften zur Rechtsgeschichte

Band 205

# Custodia

Garantiehaftung im römischen Recht?

Von

Jan Dirk Harke



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 0720-7379

ISBN 978-3-428-18727-0 (Print)

ISBN 978-3-428-58727-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

# Inhaltsverzeichnis

## *Erstes Kapitel*

<b>Einleitung</b>	7
I. Konfusion in Konstantinopel .....	7
II. Ein Pendel: die moderne Forschung .....	12

## *Zweites Kapitel*

<b>Custodia und furtum</b>	19
I. Diebstahl als Haftungstatbestand .....	19
1. Ein Automatismus .....	19
2. Ein <i>periculum</i> aus <i>custodia</i> .....	25
II. Differenzierung nach dem Verschulden? .....	29
1. <i>Culpa</i> als Grund für die Aktivlegitimation zur <i>actio furti</i> .....	29
2. Ein <i>furtum sine culpa</i> ? .....	33

## *Drittes Kapitel*

<b>Custodia und culpa</b>	45
I. <i>Custodia-</i> als <i>culpa</i> -Haftung .....	45
1. Fahrlässigkeit als allgemeiner Standard .....	45
2. <i>Vis maior</i> als gemeinsame Grenze .....	51
II. Doch ein Nebeneinander .....	58

## *Viertes Kapitel*

<b>Custodia und diligentia</b>	63
I. Bewachung und Sorgfalt .....	63
II. Eine Kontroverse .....	70

	<i>Fünftes Kapitel</i>	
	<b>Befund und Deutung</b>	79
I.	Die Quadratur des Kreises? .....	79
II.	Zwei Parallelfälle .....	80
	1. Das Verlieren einer Sache .....	80
	2. Die Sklavenflucht .....	86
	<i>Sechstes Kapitel</i>	
	<b>Was ist <i>custodia</i> und von wem wird sie erwartet?</b>	90
I.	<i>Custodia</i> als Aufgabe .....	90
II.	Anknüpfungspunkte .....	97
	1. <i>Custodia</i> als vertragliche Haupt- und Nebenleistung .....	97
	a) Ein vielgestaltiger Vertrag: die <i>locatio conductio</i> .....	98
	b) <i>Custodia</i> als Nebensache: <i>societas</i> und <i>mandatum</i> .....	107
	2. <i>Custodia</i> und <i>periculum</i> : der Kaufvertrag .....	113
	<b>Fazit</b> .....	119
	<b>Literaturverzeichnis</b> .....	121
	<b>Quellenverzeichnis</b> .....	123

## *Erstes Kapitel*

### **Einleitung**

#### **I. Konfusion in Konstantinopel**

Für die byzantinischen Juristen müssen die klassischen Quellen zur *custodia* verwirrend gewesen sein. So verwirrend, dass sie in die justinianischen Institutionen in kurzem Abstand zwei Aussagen aufnahmen, die in handgreiflichem Widerspruch zueinander stehen. Im Abschnitt über den Kaufvertrag erklären sie die Einstandspflicht eines Verkäufers für einen vor Übergabe an den Käufer gestohlenen oder entlaufenen Sklaven zum Ergebnis einer besonderen Haftungsübernahme. Nur wenn der Verkäufer dem Käufer eigens zugesagt hat, für *custodia* einzutreten, soll ihn die Gefahr von Diebstahl oder Flucht treffen:

IJ 3.23.3a

Quod si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertisendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor suscepere. sane enim, si suscepere, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non suscepere, securus erit. idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus. utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit empori, quia sane, qui rem nondum emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. idem est etiam de furti et de damni iniuria actione.

Flieht aber ein verkaufter Sklave oder wird er gestohlen, ohne dass Arglist oder Fahrlässigkeit des Verkäufers im Spiel ist, muss untersucht werden, ob sein Verkäufer die Bewachung bis zu seiner Übergabe übernommen hat. Hat er sie übernommen, geht dieser Zufall nämlich auf seine Gefahr; hat er sie nicht übernommen, ist er vor Haftung sicher. Dasselbe gilt auch bei anderen Lebewesen und Sachen. In jedem Fall muss er dem Käufer aber die Vindikation und die Kondiktion abtreten, weil er, so lange er die Sache dem Käufer noch nicht übergeben hat, noch ihr Eigentümer ist. Dies gilt auch für die Diebstahlsklage und die Klage wegen widerrechtlich zugefügten Schadens.

Die Wendung „*periculum is casus*“ ist mit Bedacht gewählt. Denn die Sklavenflucht und der Diebstahl, für den es auf die *custodia* ankommen soll, sind als Umstände bezeichnet, bei denen dem Verkäufer weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit zur Last fallen („neque dolus neque culpa venditoris interveniat“). Dies lässt offen, ob ein Verlust des Sklaven durch Flucht oder Diebstahl auch so vorkommen kann, dass der Verkäufer dem Käufer für sein Verschulden einzustehen hat. Die Haftung für *custodia*, um die es hier geht, wird jedenfalls erst dann relevant,

wenn der Sklave zufällig verlorengegangen ist.<sup>1</sup> Sie ist das Ergebnis einer Garantie, die der Verkäufer folglich auch im Wege einer besonderen Zusage übernehmen muss.<sup>2</sup>

Völlig anders ist die Bedeutung von *custodia* in dem unmittelbar anschließenden Abschnitt über die *locatio conductio*:

#### IJ 3.24.5

Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, quem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet. quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.

Ein Mieter muss in jeder Hinsicht die Bestimmungen des Mietvertrags einhalten und, wenn hierin etwas übergangen worden ist, dafür einstehen, was sich aus Recht und Billigkeit ergibt. Hat jemand für den Gebrauch von Kleidung oder Silbergeschirr oder eines Zugtieres ein Entgelt geleistet oder versprochen, wird von ihm eine solche Bewachung erwartet, wie sie ein überaus sorgfältiger Hausvater bei seinen Sachen vornimmt. Hat er sie vorgenommen und die Sache durch irgendeinen Zufall verloren, haftet er nicht für ihre Rückgewähr.

Ein Mieter von Kleidung, Essgeschirr oder Zugtieren hat bei deren Bewachung diejenige Sorgfalt einzuhalten, die ein überaus sorgfältiger Hausvater im Umgang mit seinen Sachen walten lässt. Nur wenn der Mieter diesen Standard nicht wahrt, ist er dem Vermieter einstandspflichtig, ansonsten vor einer Inanspruchnahme sicher. Seine Pflicht zur *custodia* folgt nicht etwa aus einer besonderen Zusage, sondern umgekehrt daraus, dass er mangels einer besonderen Vereinbarung befolgen muss, was sich nach ‚*bonum et aequum*‘ gehört. Und die Haftung für *custodia* deckt nicht den Zufall ab, sondern dieser beschreibt gerade den Gegebenfall, in dem die Mietsache so verlorengeht, dass der Mieter mangels Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt nicht einzustehen hat („*si praestiterit et aliquo casu rem amiserit*“).

Formal betrachtet, bedeutet es natürlich keinen Widerspruch, wenn ein Verkäufer aufgrund einer speziellen Garantieübernahme für Zufall einzustehen hat und ein Mieter ohne eine solche besondere Vereinbarung eben nicht. Schwerlich nachvollziehen lässt sich aber, warum die Zufallshaftung im einen Fall mit dem Begriff *custodia* belegt ist, während dieser im anderen für das Gegenteil steht. Noch mehr verstört ein Blick auf die klassischen Vorlagen für den Institutionen-Text. Die beiden Passagen zur Bewachung bei Kauf- und Mietvertrag haben keine Entsprechung in Gaius' Originalwerk, sondern gehen auf zwei Abschnitte aus dem zehnten Buch des Kommentars zurück, den derselbe Jurist zum Edikt der

<sup>1</sup> Daher lässt sie sich entgegen Robaye, L'obligation de garde, S. 370 beim besten Willen nicht als eine verschuldensabhängige Haftung deuten.

<sup>2</sup> Zur Besonderheit des Sklavenkaufs will sie Kaser, SZ 96 (1979) 89, 109 ff. erklären.

Provinzstatthalter verfasst hat. Die Einleitungsworte von IJ 3.24.5 (*Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet.*) stammen aus D 19.2.25.3, wo Gaius im Folgenden aber nicht etwa die Miete, sondern die Pflichten eines *colonus*, also eines Landpächters, behandelt.<sup>3</sup> Im Übrigen haben beide Texte eine gemeinsame Quelle in einer Aussage, die sich allein auf den Kaufvertrag bezieht:

D 18.1.35.4 Gai 10 ed prov

Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertisendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et conditionem exhibeat emptori. . .

Ist eine verkauft Sache durch Diebstahl verlorengegangen, ist zunächst zu untersuchen, was zwischen den Parteien über die Bewachung der Sache vereinbart worden ist; erhellt dies nicht, ist vom Verkäufer diejenige Bewachung zu fordern, die ein guter Familienvater bei seinen Sachen vornimmt; hat er sie vorgenommen und die Sache trotzdem verloren, muss er sicher sein; freilich muss er dem Käufer die Vindikation und die Kondition abtreten. . .

Hier finden sich sowohl der Hinweis, dass auf die Parteivereinbarung zur *custodia* zu achten ist (*prius animadvertisendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat*), als auch eine Regel für den Fall, dass eine solche Vereinbarung nicht erhellt (*si nihil appareat convenisse*). Und diese Regel sieht ausgerechnet für den Kaufvertrag vor, was Justinians Juristen für die Miete behaupten, nämlich dass eine Bewachung in dem Maße zu „erwarten“ ist,<sup>4</sup> wie sie ein zum Vorbild genommener Familienvater bei seinen Sachen für angebracht halten darf (*talis custodia desideranda est . . ., qualem bonus pater familias suis rebus adhibet*).<sup>5</sup> Die byzantinischen Autoren steigern lediglich diesen Maßstab zu dem eines *diligentissimus pater familias*<sup>6</sup> und lassen sich hierbei vermutlich von zwei weiteren Aussagen Gaius' zur Haftung eines Entleihers leiten.<sup>7</sup> Das Resultat einer gehörigen Mühe des Verkäufers beschreibt Gaius in D 18.1.35.4 in der Weise, dass er vor einer Haftung „geschützt“ (*securus*) ist.<sup>8</sup> Die Verfasser der justinia-

<sup>3</sup> Hierzu eingehend Harke, *Locatio conductio*, Kolonat, Pacht, Landpacht, Berlin 2005, S. 25 ff.

<sup>4</sup> Und nicht etwa keine Bewachung, wie Serrano-Vicente, *Custodiam praestare*, S. 293 f. unter Annahme einer abweichenden Bedeutung von *custodia* an dieser Stelle behauptet.

<sup>5</sup> Es geht, wie Krückmann, SZ 63 (1943) 1, 45 und MacCormack, SZ 89 (1972) 149, 176 zu Recht bemerken, um die gehörige und nicht etwa um die Sorgfalt, die eine bestimmte Person gewöhnlich in eigenen Angelegenheiten an den Tag legt.

<sup>6</sup> Dass sich Gaius mit dem *bonus pater familias* begnügt hat, führt Krückmann, SZ 63 (1943) 1, 45 f. darauf zurück, dass er noch auf die grundsätzliche Gefahrbelastung des Käufers Rücksicht genommen habe.

<sup>7</sup> D 13.6.18pr Gai 9 ed prov, D 44.7.1.4 Gai 2 aur; s. u. S. 52f., 67f.

<sup>8</sup> Die Haftung entscheidet sich damit, wie Robaye, *L'obligation de garde*, S. 373 in diesem Fall zu Recht behauptet, an einem subjektiven Kriterium; und es gibt entgegen Cardilli, *L'obligazione di praestare*, S. 494 auch keinen Hinweis darauf, dass sich Gaius