

# **Zwischen *furtum* und Litiskreszenz: Überlegungen zur *poena dupli* der *actio ex causa depositi*<sup>1</sup>**

Philipp SCHEIBELREITER

(*Université de Vienne*)

## *1. Problemstellung*

Dem Gesetz der Zwölftafeln wird auch eine Bestimmung zugeschrieben, die eine Regelung für das Depositenrecht enthält. Innerhalb der Anordnung der Fragmente thematisch relativ exponiert und durch die Überlieferung der Paulus-Sentenzen<sup>2</sup> und der *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*<sup>3</sup> nahezu doppelt gefiltert<sup>4</sup>, lautet - nach der gängigen Zählung<sup>5</sup> - der Satz XII Tab.8.19:

*Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur,  
(edicto praetoris in simplum).*

---

<sup>1</sup> Für anregende Diskussionen zu dem gestellten Thema schulde ich Prof. Peter E. Pieler, Prof. Richard Gamauf, Prof. Verena Halbwachs und Dr. Julia Jungwirth (alle Universität Wien) meinen Dank.

<sup>2</sup> PS.2.12.11.

<sup>3</sup> Coll.Mos.10.7.11.

<sup>4</sup> Zur Textgeschichte vgl. M.WLASSAK, *Rechtshistorische Abhandlungen, aus seinem Nachlasse herausgegeben und bearbeitet von Ernst Schönbauer*, Wien 1965, S.101-102, zum *telos* des Verfassers der *Collatio* und daraus resultierenden Auswirkungen auf die Textgestaltung vgl. G.GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza Romana*, Milano 1976, S.51-53ff. und S.57-58f. Diese Rekonstruktion der Bestimmung findet sich in allen unter der folgenden Anmerkung genannten Textausgaben an angegebener Stelle.

<sup>5</sup> Die Nummerierung der Fragmente der Zwölftafeln folgt der klassischen Anordnung durch Bruns, Mommsen und Gradenwitz, der sich auch Riccobono in den FIRA angeschlossen hat und die auch moderneren Ausgaben wie der von D.FLACH, *Die Gesetze der frühen römischen Republik*, Darmstadt 1994 und R.DÜLL, *Das Zwölftafelgesetz*, München<sup>5</sup> 1995 zugrunde liegen. Anders ist das Fragment bei M.H.CRAWFORD, *Roman Statutes I - II*, London 1996 unter XII Tab.8.8 eingeordnet, in der Ausgabe von D.FLACH (Hrsg.), *Das Zwölftafelgesetz, herausgegeben, übersetzt und kommentiert von D. Flach in Zusammenarbeit mit A. Flach*, Darmstadt 2003 unter XII Tab.8.8a.

Trotz der Formulierung *ex causa depositi* ist hier von keiner vertraglichen Verpflichtung auszugehen<sup>6</sup>. Schon Wlassak hat diesbezüglich vermerkt<sup>7</sup>: „Gewiß denken die Decemviren nicht an einen Vertrag als Entstehungsgrund. Vielmehr ist die *actio* trotz der *causa depositi* deliktisch und pönal, ebenso wie die nächstverwandte *actio de rationibus distrahendis*.“

Auch Litewski sieht darin eine besondere Deliktsklage, basierend auf einer Pflichtverletzung durch den Verwahrer<sup>8</sup>, und für Talamanca „... si tratta di un’azione penale, esattamente collocata quindi in XII Tab.8.19<sup>9</sup>.“

Der Wortlaut der Überlieferung lässt folgende Schlüsse zu: Die Klage ist in den Zwölftafeln genannt, Klagsgrund ist der Tatbestand der Hinterlegung einer Sache (und deren Nichtrückgabe) und eine daraus resultierende allfällige *condemnatio* beläuft sich auf das *duplum*<sup>10</sup>.

Gerade dieser letzte Punkt hat dazu veranlasst, einen Konnex zu dem später so genannten<sup>11</sup> *depositum miserabile* oder *depositum necessarium* zu vermuten, das für die Sonderfälle einer Nothinterlegung aus *tumultus*, *incendium*, *ruina* oder *naufragium* eine Verurteilung auf das *duplum* vorsieht<sup>12</sup>:

---

<sup>6</sup> R.TAUBENSCHLAG, *Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages im Römischen Recht I-II*, Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und das öffentliche Recht der Gegenwart 34 (1907), S.683-724ff. bzw. 35 (1908), S.129-170ff.; G.ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto Romano: I. Le due formule classiche dell’ actio depositi*, *Scritti Giuridici II*, Milano 1922, S.1-55ff., S.18-19ff.; C.LONGO, *Corso di diritto Romano: Il deposito*, Milano 1933, S.8; J.BURILLO, *Las formulas de la “actio depositi”*, SDHI 28 (1962), S.233-290ff., S.238-239ff.; GANDOLFI (1976) 46. 50.

<sup>7</sup> WLASSAK (1965) 100.

<sup>8</sup> W.LITEWSKI, *Studien zum sogenannten “depositum necessarium”*, SDHI 43 (1977) S.188-202ff., S.194.

<sup>9</sup> M.TALAMANCA, *Le dodici tavole ed i negozi obbligatori*, in: M. Humbert (ed.), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia 2005, S.331-375ff., S.344 A.39.

<sup>10</sup> Vgl. dazu R.EVANS-JONES, *The action of the XII Tables „ex causa depositi“*, *Labeo* 34 (1988), S.188-208ff., S.188.

<sup>11</sup> Die Bezeichnung *depositum miserabile* oder *depositum necessarium* ist nicht antik, vgl. dazu LITEWSKI (1977) 188.

<sup>12</sup> Die Übersetzung folgt O.BEHRENDIS – R.KNÜTEL – B.KUPISCH – H.H.SEILER, *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, III, Dig. 11-20*, Heidelberg 1999, D.16.3.1.1 *ad locum*.

D.16.3.1.1 (Ulpianus *libro trigensimo ad edictum*) :

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

Der Prätor sagt: „Im Hinblick auf Sachen, die nicht wegen Aufruhrs, Feuers, Gebäudeeinsturzes oder Schiffbruchs in Verwahrung gegeben worden sind, werde ich eine Klage auf den einfachen Wert erteilen, wegen der Sachen aber, die vorstehend aufgeführt worden sind, gegen den Verwahrer selbst eine Klage auf das Doppelte, gegen seinen Erben eine Klage auf den einfachen Wert, wenn das, was vorgetragen wird, infolge Arglist dessen geschehen sein sollte, der verstorben ist, wenn infolge Arglist des Erben auf das Doppelte.“

Für die vorliegende Untersuchung mag es jedoch genügen, dafür auf die Ergebnisse von Litewski<sup>13</sup> und Evans-Jones<sup>14</sup> zu verweisen, die die Argumente für eine Identität von *actio ex causa depositi* und der *actio depositi miserabilis* widerlegen und sich in die Gruppe derer gereiht haben, die davon ausgehen, dass für das dezemvirale *depositum* noch keine Differenzierung zwischen seinem Grundtyp und einer Nothinterlegung getroffen werden kann<sup>15</sup>.

Der Tatbestand, der letztlich in der Fassung der *Collatio* auf uns gekommen ist, sieht eine *poena dupli* vor. Dies unterscheidet die *actio ex causa depositi* von den jüngeren Kontraktsklagen, den *actiones depositi in factum* und *in ius conceptae*, die wohl frühestens in der späten Republik<sup>16</sup> eingeführt wurden (und eine *condemnatio in simplum* vorsehen)<sup>17</sup>. Es ist die *poena dupli*, die Spekulationen über die Frühgeschichte der Verwahrung Tür und Tor öffnet. Kelly hat die

<sup>13</sup> LITEWSKI (1977), S.194-195ff.

<sup>14</sup> EVANS-JONES (1988), S.189-100ff.

<sup>15</sup> So A.PERNICE, *Marcus Antistius Labeo I. Das römische Privatrecht der Kaiserzeit*, Halle 1873, S.435; TAUBENSCHLAG (1907-1908), S.691-692ff., S.694; ROTONDI (1922), S.11-24ff.; LONGO (1933), S.106-107ff.; M.KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen 1949, S.143, S.218-219f.; LITEWSKI (1977), S.193; WLISSAK (1965), S.111.

<sup>16</sup> Die Frage nach der Datierung der Kontraktsklagen würde hier zu weit weg von dem eigentlichen Thema führen, weswegen ich hier M.KASER – R.KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, München 192008, S.216 gefolgt bin.

<sup>17</sup> Der Wortlaut findet sich bei Gai.Inst.4.47 (*actio depositi in factum concepta*) und 4.46 (*actio depositi in ius concepta*).

Funktion des *duplum* wie folgt verstanden<sup>18</sup>: „Thus it might be imagined, that one subjected to a double penalty is thought of, first, as repairing the damage he has caused, and, second, as undergoing the like harm himself, in other words, repairing the loss twice over.“ Diese These Kellys, die die *poena dupli* letztendlich aus dem Gedanken der Talion erklären möchte<sup>19</sup>, blieb nicht unwidersprochen: Bereits in seiner Rezension zu Kelly kann Kaser<sup>20</sup> diesen Gedanken höchstens für die römische Frühzeit nachvollziehen, etwa, dass bei Tötung fremden Viehs ein eigenes Rind zu Kompensationszwecken, ein weiteres zu Strafzwecken geleistet werden musste<sup>21</sup>. Den Geldbußen der Zwölftafeln schreibt Kaser hingegen einen rein pönalen Charakter zu, eine gesonderte Sachverfolgung sei davon nicht berührt worden<sup>22</sup>. Schließlich urteilt auch Jansen bezüglich des Ansatzes von Kelly: „Diese Entwicklung des *duplum* indiziert eine betragsmäßige Spaltung in Vergeltung und Kompensation, die dem römischen Recht bis Inst.4.3.9 und Inst.4.6.19 fremd ist<sup>23</sup>.“

Ohne auf die Diskussion um die Natur bzw. eine mögliche betragsmäßige Unterteilung von dezemviralen Geldbußen – etwa in Hinblick auf das modernere Konzept des vertraglich begründeten Interesseersatzes – hier näher eingehen zu müssen, steht außer Zweifel, dass sie deliktischer Haftung entspringen<sup>24</sup>. Dies gilt, wie schon festgehalten wurde, auch für das *depositum*.

<sup>18</sup> J.M.KELLY, *Roman Litigation*, Oxford 1966, S.155.

<sup>19</sup> Ähnlich freilich auch H.F.JOLOWICZ, *The assesment of Penalties in primitive law*, in: Cambridge Legal Essays, written in honour of and presented to Doctor Bond, Professor Buckland and Professor Kenny, Cambridge (England) 1926, 203-222, der das *duplum* der Zwölftafeln als Naturalbußen deuten wollte; dagegen E.LEVY, Rez.: Cambridge Legal Essays, written in honour of and presented to Doctor Bond, Professor Buckland and Professor Kenny, Cambridge (England) 1926, ZSS 48 (1928), S.685-690, S.686-687.

<sup>20</sup> M.KASER, Rez.: J.M.KELLY, *Roman Litigation*, Oxford 1966, ZSS 84 (1967) 510-529.

<sup>21</sup> Dieses Modell nehmen etwa auch die Kommentatoren für die *poena dupli* bei der Verwahrung im Codex Hammurapi bzw. dem Rechtshilfevertrag von Stymphalos und Demetrias an, vgl. dazu unten unter 4.1. und 4.3.

<sup>22</sup> KASER (1967), S.519.

<sup>23</sup> N.JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadenersatzrecht*, Tübingen 2003, S.194 A.80.

<sup>24</sup> Dazu, dass das *duplum* in den Zwölftafeln stets auf ein Delikt weise, vgl. die Ausführungen von M.KASER, *Typisierter „dolus“ im altrömischen Recht*, BIDR 65 (1962), S.81-104, 84: „Im alten Recht hat man alle Tatbestände, aus denen ein *duplum* verfällt, als Delikte gedeutet.“

Der Beleg dafür – eben XII Tab.8.19 – ist jedoch isoliert: Evans-Jones hat deshalb die Komödien des Plautus nach weiteren Hinweisen auf eine *actio depositi in duplum* untersucht. Dies resultiert in der These, dass nur dann ein *deponere* im technischen Sinn vorgelegen (und somit nach dem Tatbestand der Zwölftafeln zu beurteilen) sei, wenn Deponent und Depositar miteinander nicht näher bekannt gewesen waren<sup>25</sup>: Die Hinterlegung bei einer Tempelbank wie in den *Bacchides*<sup>26</sup> oder bei einem professionellen Geldwechsler wie im *Curculio*<sup>27</sup> des Plautus – und nur in diesen beiden Sachverhalten bedient sich Plautus des Verbs *deponere* – haben demzufolge mithilfe der *poena dupli* eine besondere Sicherung erfahren, derer es bei einer Verwahrung *inter amicos* nicht bedurft habe. Diese wiederum seien ja – um es mit Niemeyer<sup>28</sup> zu formulieren – „für kurze Zeit und ohne Bewusstsein eines rechtsgeschäftlichen Aktes“ vorgenommen worden. Gemäß Evans-Jones habe die mit der *poena dupli* ausgestattete dezemvirale Klage also ihren Ursprung im gewerblichen Depotwesen. So reizvoll diese These auch erscheint, hat sie ihre Basis doch nur in den beiden genannten Komödienbelegen. Und selbst dort findet sie nicht die volle Bestätigung, da sowohl in den *Bacchides* als auch im *Curculio* jegliche Anspielung auf ein strafweises *duplum* fehlt, was schon allein für die Handlung der Komödien nicht unwesentlich wäre<sup>29</sup>.

Die Frage, die hier in der Folge behandelt werden soll, ist aber weniger die nach den Anwendungsfällen der dezemviralen Klage, sondern vielmehr grundlegend die danach, warum die *actio ex causa depositi* überhaupt eine *poena dupli* vorgesehen habe.

---

<sup>25</sup> EVANS-JONES (1988), S.207-208.

<sup>26</sup> Plautus, *Bacch.* 306-307: *Chrysalus: Nos apud Theotimum omne aurum deposivimus, l Qui illic sacerdos est Dianae Ephesiae.*

<sup>27</sup> Plaut. *Curc.* 535-536: *Therapontigonus: (...) triginta minas l quas ego apud te deposivi.*

<sup>28</sup> T.NIEMEYER, *Fiducia cum amico und depositum*, ZSS (1892), S.297-324, 313.

<sup>29</sup> Auch CRAWFORD (1996), S.687 widerspricht der These von Evans-Jones: So wird ja gerade in dem Bank- und Tempeldepot ein starker Einfluss des griechischen Vorbildes anzunehmen sein, sind doch „both cases deeply embedded in a Greek context.“ Gerade aber diesen verneint EVANS-JONES (1988), S.202 jeweils. Zum Depositenrecht des Plautus und der Stellung zu seinen Vorbildern soll anhand eines Vergleichs der Verwahrung in den *Bacchides* mit Menanders *Dis exapaton* in Kürze eine detailliertere Untersuchung vorgelegt werden, weswegen ich mich diesbezüglich hier nur auf diesen marginalen Verweis beschränke.

Für Bestimmungen der Zwölftafeln ist diese nun keine Seltenheit: Ebenso werden die *actio de tigno iuncto* (XII Tab.6.8), der Feldfrevl von *impuberes* (XII Tab.8.9), das *furtum nec manifestum* (XII Tab.8.16. 18b), die *actio rationibus distrahendis* (XII Tab.8.20b), die *vindicia falsa* (XII Tab.12.3) und die *dedicatio in sacrum* einer *res litigiosa* (XII Tab.12.4) sanktioniert.

Gerade für das *depositum* erscheint eine genauere Untersuchung der Frage in besonderem Maße lohnenswert: Ab der späten Republik erstmals als Kontraktobligation fassbar, ist der Haftungsgedanke in der Norm der Zwölftafeln noch deliktischer Prägung. Aus diesem Grund wurde einerseits die Identität der Klage mit der *actio furti nec manifesti* vermutet<sup>30</sup>.

Ausgehend von dem Grundsachverhalt des Ableugnens eines *depositum* bzw. der Verletzung der damit übernommenen Rückgabepflicht der *res deposita* gab es andererseits Versuche, das *duplum* aus der Litiskreszenz zu erklären<sup>31</sup>.

Beide Ansätze, *furtum* und Litiskreszenz, böten eine logische Begründung für die *poena dupli*, beide werden aber nach herrschender Lehre und mit guten Gründen abgelehnt. Dennoch sollen sie hier kurz präsentiert werden.

## 2. Die *actio ex causa depositi* als *actio furti nec manifesti*?

Die Wege von *depositum* und *furtum* kreuzen sich im Wesentlichen in zwei möglichen Sachverhalten: Einmal (1) hinsichtlich des Gebrauchsdiebstahls (*furtum usus*), ein weiteres Mal (2) bezüglich der Frage, ob bereits das Ableugnens eines *depositum* als *furtum* gewertet werden kann, obwohl das Vorliegen einer *contractatio* hier zweifelhaft erscheint.

Ad 1) Das *depositum* gestattet dem Depositar nicht, die Sache zu gebrauchen, dies gilt in jedem Fall für den Verwahrungsvertrag, der durch *datio* und *conventio* begründet wird<sup>32</sup> und den Verwahrer zur jederzeitigen Rückgabe der Sache an den Deponenten verpflichtet<sup>33</sup>. Ein abredewidriges Verhalten, also zum Beispiel ein Gebrauch der

<sup>30</sup> Siehe dazu unter 2.

<sup>31</sup> Siehe dazu unter 3.

<sup>32</sup> Zum *depositum* als Realvertrag vgl. KASER – KNÜTEL (2008) S.216-217 und die dort ausgewiesene Literatur.

<sup>33</sup> D.16.3.1.22 (Ulpianus 30 *ad edictum*).

Sache durch den Depositär, wird von Gaius einem *furtum* gleichgehalten<sup>34</sup>:

*Itaque si quis re quae apud eum deposita sit utatur, furtum committit –*

Wenn daher jemand eine Sache gebraucht, die bei ihm hinterlegt worden ist, begeht er ein *furtum*.

Aulus Gellius lässt dies auch schon den republikanischen Juristen Quintus Mucius Scaevola formulieren<sup>35</sup>:

*Itaque Qu. Scaevola in librorum quos de iure civili composuit verba haec posuit: Quod cui servandum datum est si id usus est, sive quod utendum accepit ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit.*

Und so setzte auch Quintus Mucius Scaevola in den Büchern, die er über das *ius civile* geschrieben hat, wörtlich wie folgt fest: Dass jemand, dem zur Verwahrung etwas gegeben worden ist, wenn er es gebraucht hat, oder, dass er es zum Gebrauch übernahm und zu anderem Zweck gebraucht hat, als er es übernahm, sich aus einem *furtum* haftbar mache.

Doch auch aus dieser älteren Quelle lässt sich nicht viel für die dezemvirale *actio ex causa depositi* gewinnen: Als Gemeinsamkeit scheint bloß auf, dass ein *furtum usus* dem Deponenten eine *actio furti* ermöglicht<sup>36</sup>, die auch auf das *duplum* gerichtet sein kann. Gerade die Voraussetzung einer *contrectatio*<sup>37</sup> ist hier problematisch: „Bezüglich des späteren *furtum usus* kann nicht behauptet werden, es sei in der Zeit der Zwölftafeln bei der Verletzung des Depositums als etwas dem Wegtragen Ähnliches erfolgt und daher sei die *actio furti* in Frage gekommen.“<sup>38</sup>

Somit ist es verfehlt, mit dem *furtum usus depositi* für einen Ursprung der *actio ex causa depositi* aus dem *furtum* zu argumentieren, wie es etwa Burillo<sup>39</sup> und Gandolfi<sup>40</sup> versucht haben<sup>41</sup>.

<sup>34</sup> Gai.Inst.3.196.

<sup>35</sup> Gellius, NA.6.15.2.

<sup>36</sup> Gai.Inst.3.196. Die *actio furti* ist etwa durch D.13.1.16 (Pomponius *libro trigensimo octavo ad Quintum Mucium*) und das im palingenetischen Zusammenhang anschließende Fragment D.47.2.77pr (Pomponius *libro trigensimo octavo ad Quintum Mucium*) bezüglich des gleichen Sachverhalts in Zusammenhang mit dem *commodatum* und *depositum* belegt; freilich ist nicht auszuschließen, dass letzteres in D.42.2.77pr interpoliert worden sein könnte.

<sup>37</sup> Dazu siehe nun zugleich.

<sup>38</sup> LITEWSKI (1977) S.194; ähnlich argumentierte bereits TAUBENSCHLAG (1907-1908) S.686 A.2.

<sup>39</sup> BURILLO (1962) S.239-242.

<sup>40</sup> GANDOLFI (1976) S.59-60.

Ad 2) *Prima vista* ein stärkeres Argument hatten die Autoren, die anknüpfend an Jhering<sup>42</sup> die prätorische *actio ex causa depositi* als *actio furti nec manifesti* interpretierten<sup>43</sup>.

Gerade weil der Text beide Klagen unter einer Sammelbezeichnung anführt, eine *actio depositi in simplum* sich jedoch nicht unter ein *furtum* subsumieren lässt, könnte der spätclassische Jurist einen Kompromiss eingegangen sein, indem er für den *furtum* - Tatbestand und den Vertrag den Übergriff *causa depositi* gewählt hat, was sich mit „für den Fall eines *depositum*“ übersetzen ließe<sup>44</sup>. Doch dieses Argument lässt sich auch umkehren: So weisen bereits Niemeyer<sup>45</sup> und Wlassak<sup>46</sup> darauf hin, dass in PS.2.12.11 die Klage auf das *duplum* und auf das *simplum* mit ein und demselben Namen als *actio ex causa depositi* bezeichnet werde, was wohl dann nicht der Fall gewesen wäre, wenn die erste Klage eigentlich dem *furtum* entsprochen hätte. Dann nämlich wäre dies auch explizit so bezeichnet worden<sup>47</sup>.

Für das klassische römische Recht ist die Diskussion überliefert, ob in dem bloßen Ableugnen eines *depositum* bereits ein *furtum* verstanden werden könne oder nicht. Grundlage dafür ist einmal der Celsus-Text.

D.47.2.68(67)pr (Celsus libro duodecimo digestorum):

*Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitatio licet prope furtum est): sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum. Nec refert, in digito habeat anulum an dactylothecca quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit.*

Durch Ableugnen einer Verwahrung begeht niemand einen Diebstahl (und das Ableugnen selbst ist kein Diebstahl, wenn es auch dem Diebstahl nahe kommt): wenn er aber den Besitz daran erlangt, um ihn zu

<sup>41</sup> vgl. LITEWSKI (1977) S.194.

<sup>42</sup> R.v.JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, in: Vermischte Schriften juristischen Inhalts, Leipzig 1879, S.155-240, 190-191.

<sup>43</sup> V.ARANGIO RUIZ, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, Rariora, Roma 1946, S.23-121, 55-56; G.GANDOLFI (1976) S.54-58; dagegen W.LITEWSKI, Rez.: G.GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza Romana*, Milano 1976, BIDR 79 (1976) S.277-285, 279-280.

<sup>44</sup> In eine ähnliche Richtung argumentiert GANDOLFI (1976) S.57.

<sup>45</sup> NIEMEYER (1892) S.320.

<sup>46</sup> WLASSAK (1965) S.106.

<sup>47</sup> Vgl. dazu TAUBENSCHLAG (1907-1908) S.685-686; LITEWSKI (1977) S.193; EVANS-JONES (1988) S.192-193.



entwenden, begeht er einen Diebstahl. Und es kommt nicht darauf an, ob er den Ring am Finger hat oder in einer Ringschatulle, den er, als er ihn zur Verwahrung hatte, für sich zu haben bestimmt hat.

Noch eindeutiger<sup>48</sup> sehen die Paulus-Texte<sup>49</sup> D.16.3.29pr<sup>50</sup>, D.41.2.3.18<sup>51</sup> und D.47.2.1.1<sup>52</sup> als Tatbestandsvoraussetzung für den klassischen *furtum*-Begriff eine *contractatio* vor<sup>53</sup>: Der Depositär, der durch die Verwahrung ja nur Detentor des Verwahrgutes geworden ist, muss also einen Akt setzen, der ihn zum Besitzer der Sache macht – *inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem*<sup>54</sup>.

Die *contractatio* selbst wird unterschiedlich definiert: Watson<sup>55</sup> sieht darin die Herstellung einer körperlichen Nahebeziehung zur

---

<sup>48</sup> So ist mit G.MACCORMACK, *The role of Animus in the Classical Law of possession*, ZSS 86 (1969) S.105-145, 118 A.32 der Celsus-Text nicht eindeutig interpretierbar: Im zweiten Satz nämlich bejaht Celsus, dass der Detentor eines Ringes, der seine Meinung ändert und den Ring nun für sich besitzen will, ein *furtum* begehe. Nicht das Ableugnen alleine, aber die nachgewiesene Absicht, den Ring für sich besitzen zu wollen, macht den Depositär zum Besitzer mittels *furtum*, vgl. dazu weiters W.M.GORDON, *Interruption of usucapio*, RIDA 9 (1962) S.325-333.

<sup>49</sup> Bei anderen Juristen findet sich das Kriterium einer *contractatio* in diesem Zusammenhang jedoch durchaus gelockert: So lassen Marcellus in D.41.2.20 (*Marcellus libro nono decimo digestorum*) und Papinian in D.41.2.47 (*Papinianus libro vicensimo sexto digestorum*) den Besitz eines Verwahrers durch die bloße Nichtrückgabe durch den Hinterleger untergehen. GORDON (1962) S.328 und 332-333 erklärt diese Inkongruenz mit dem Paulus-Text in D.41.2.3.18 mit einer möglichen kontroversiellen Juristenmeinung hinsichtlich der Besitzerhaltung, aber auch unterschiedlichen Fragestellungen, die den Texten zugrundeliegen: Paulus behandle die Besitzerhaltung im Bezug auf die Ersitzung, Marcellus und Papinian hinsichtlich der Besitzinterdikte.

<sup>50</sup> D.16.3.29pr (*Paulus libro secundo sententiarum*) *Si sacculum vel argentum signatum deposuero et is penes quem depositum fuit me invito contractaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit.*

<sup>51</sup> D.41.2.3.18 (*Paulus libro quinquagesimo quarto ad edictum*): *Si rem apud te depositam furti faciendi causa contractaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contractatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.*

<sup>52</sup> D.47.2.1.1 (*Paulus libro trigensimo nono ad edictum*): *Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem. 2. Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id intercipiendi causa occultaverit.*

<sup>53</sup> D.PUGSLEY, *Contractatio*, IJ 15 N.S. (1980) S.341-355, 347.

<sup>54</sup> D.47.2.1.1.; vgl. ebenso die *furtum*-Definition als *contractatio fraudulosa* aus D.47.2.1.3.

<sup>55</sup> A.WATSON, *Contractatio as an Essential of furtum*, LQR 77 (1961) S.526-532 (= A.WATSON, *Studies in Roman Private Law*, London 1991, S.283-288); A.WATSON,

Sache, Pugsley<sup>56</sup> ein „handling“ oder „touching“. Am weitesten geht diesbezüglich Thomas<sup>57</sup>, der schon bei aktivem *infitiari/abnegare* des *depositum* im Unterschied zu dem bloßen Willen, das *depositum* abzuleugnen (*animus infitiandi*<sup>58</sup>), ein *furtum* annimmt<sup>59</sup>.

Was lässt sich nun aus dieser Debatte der Klassik – die von Watson und Thomas heftigst weitergeführt worden ist – für die dezemvirale *actio ex causa depositi* gewinnen? Zum einen scheint es geboten, für das ältere römische Recht wohl von einem engeren *furtum* - Begriff auszugehen<sup>60</sup>, der eine *contractatio* als wesentliches Tatbestandsmerkmal voraussetzt<sup>61</sup>. Gerade die Tatsache, dass in klassischer Zeit die Diskussion um die Abgrenzung eines (vertraglichen) *depositum* von dem *furtum* geführt wird bzw. debattiert wird, ob das rechtsmissbräuchliche Verweigern der Herausgabe einer *res deposita* auch als *furtum* qualifiziert werden könnte, erweist, dass hier ein Problem vorliegt, das auch aus der Konkurrenz von deliktischem und vertraglichen Anspruch erwächst. Dies ist für die konkrete Rechtsfolge natürlich von großer Bedeutung – die *actio depositi directa* gewährt den vertraglichen Schadenersatzanspruch, wogegen bei Diebstahl zusätzlich zu einer reipersekutorischen Klage eine auf ein Mehrfaches gerichtete *actio furti* angestrengt werden kann. Freilich nimmt Liebs an, dass in der Klassik auch die Kumulation von *actio furti* und Vertragsklagen aus

---

*Contractatio* again, SDHI 28 (1962) S.331-341 (= A.WATSON, *Studies in Roman Private Law*, London 1991, S.291-301).

<sup>56</sup> PUGSLEY (1980) 342.

<sup>57</sup> J.A.C.THOMAS, *Contractatio, complicity and furtum*, IVRA 13 (1962) S.70-88; J.A.C.THOMAS, *Contractatio – my last word*, IVRA 14 (1963) S.180-185; J.A.C.THOMAS, *Infitiando depositum nemo facit furtum*, Studi Volterra II, Milano 1971, S.759-768.

<sup>58</sup> Zum *animus infitiandi* vgl. auch GORDON (1962) S.326-327 mit Verweisen auf ältere Literatur.

<sup>59</sup> Ausgehend von D.47.2.52.7 (Ulpianus *libro trigensimo septimo ad edictum*), wo für die Nichtrückgabe einer Pfandsache durch den Pfandgläubiger von einem *furtum* ausgegangen wird, differenziert THOMAS (1971) auch für das *depositum*: So trifft er auf Basis von D.47.2.68(67)*pr* die Unterscheidung, dass der *animus infitiandi* oder das Ableugnen des *depositum* an sich kein *furtum* begründen könnten, die konkrete Verweigerung der Herausgabe einer *res deposita* – nach Ansicht mancher Juristen – hingegen schon.

<sup>60</sup> So auch LITEWSKI (1977) S.279-280.

<sup>61</sup> So auch TAUBENSCHLAG (1907-1908) S.686; THOMAS (1962) S.87 A.51; WATSON (1962) S.341 und EVANS-JONES (1988) S.192 und A.33 mit weiterführender Literatur.

*bonae fidei iudicia* bei Veruntreuung der herrschenden Übung entsprochen habe<sup>62</sup>.

Da die *actio ex causa depositi* auf jeden Fall doppelten Ersatz vorschreibt, stellt sich dort dieses Problem der Klagenkonkurrenz nicht. Sehr wohl zu unterschiedlichen Ergebnissen aber würde man gelangen, wollte man die Herausgabeverweigerung (*actio ex causa depositi*) nicht stets mit dem *furtum nec manifestum*, sondern auch mit dem *furtum manifestum* kontrastieren, wo somit ja der vierfache Ersatz geschuldet sein könnte. Doch diese Fragestellung ist im gegebenen Zusammenhang obsolet: So hat Jhering eben gerade das *duplum* zum Anknüpfungspunkt für seine Überlegungen genommen, dass die *causa depositi* einem *furtum nec manifestum* entspreche.

Und zweifelsfrei steht der Tatbestand der Herausgabeverweigerung - moderner formuliert: der der Unterschlagung - dem des Diebstahls sehr nahe. Auch ist in dem Material, das den Zwölftafeln zugeordnet werden kann, unschwer eine Tendenz dahingehend zu erkennen, dass die meisten mit einer *poena dupli* zu sanktionierenden Bestimmungen die wissentliche Entziehung einer fremden Sache voraussetzen<sup>63</sup>, so neben der *actio furti nec manifesti* auch die *actio de tigno iuncto*, die *actio de rationibus distrahendis*, die *actio aus vindicia falsa*, die *actio* wegen *dedicatio in sacrum* und vielleicht sogar die *actio auctoritatis*<sup>64</sup>. Aus diesem „kleinsten gemeinsamen Nenner“ unterschiedlicher, auf sehr konkrete Sachverhalte bezogener Tatbestände kann aber höchstens auf Unterfälle des *furtum* oder diesem nahestehende, eigene Tatbestände geschlossen werden<sup>65</sup>, nicht aber darauf, die genannten Klagen als Synonyme für die *actio furti nec manifesti* zu deuten. Auch der Verwahrer, der die Sache veruntreut, begeht also ein selbständiges Delikt, das als vom Diebstahl

---

<sup>62</sup> D.LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972, S.90-91.

<sup>63</sup> KASER-KNÜTEL (2008) S.141, 194 und 277; dazu und zu dem von Kaser postulierten „typisierten *dolus*“ siehe unten unter 6.

<sup>64</sup> KASER (1962) S.97 interpretiert den Ursprung der *actio auctoritatis* aus dem deliktischen Verhalten des Verkäufers, der den Kaufpreis furtiv empfangen habe, obwohl die Kaufsache einen Mangel aufweist; dazu und zur Einbettung der *actio auctoritatis* in das Haftungsrecht der Zwölftafeln vgl. auch TALAMANCA (2005) S.347-350.

<sup>65</sup> ROTONDI (1922) S.19; LONGO (1933) S.3; A.WATSON, *The Law of Obligations in the later Roman Republic*, Oxford 1965, S.157; KASER (1949) S.219, insbes. A.19; KASER (1962) S.91.

gesondert zu verstehen ist<sup>66</sup>, wenn es dem *furtum* auch materiell sehr nahestehend oder als Analogie dazu gebildet verstanden werden könnte.

### 3. Litiskreszenz als Ausgangspunkt für das *duplum*?

Tatbestandsvoraussetzung für das *duplum* ist das Ableugnen der Verpflichtung, die *infitiatio*. Daran knüpft auch die zweite Theorie zum Ursprung der *poena dupli* in der dezemviralen Klage: „*infitiando lis crescit in duplum*<sup>67</sup>“. Kaser definiert die Litiskreszenz wie folgt: „Die Litiskreszenz (...) bedeutet, dass der für die doppelte Summe einzustehen hat, der die nach Bestand und Höhe bereits außer Streit stehende persönliche Haftung gleichwohl auf dem Prozeßweg bestreitet und unterliegt<sup>68</sup>“. Die Duplierung tritt also ein, wenn ein bereits außer Streit stehender Anspruch ungerechtfertigter Weise bestritten wird<sup>69</sup>. Ausgangsfall<sup>70</sup> ist das Ableugnen einer Judikats- (*actio iudicati*<sup>71</sup>) oder bereits gestandener Schuld (*in iure confessus*). Dem wird schließlich die *infitiatio* jener Geschäfte gleichgestellt, die aufgrund der Publizität ihrer Begründung vor dem *praetor* leicht zu beweisen waren<sup>72</sup>, wie mittels Libralakt abgeschlossene Geschäfte oder getroffene Vereinbarungen: *depensum*<sup>73</sup> und *legatum per damnationem*<sup>74</sup>, vielleicht auch die *actio de modo agri*<sup>75</sup>. Die Litiskreszenz findet endlich auch Eingang in einzelne Gesetze wie die

<sup>66</sup> WLASSAK (1965) S.111.

<sup>67</sup> D.12.2.30pr (Paulus *libro octavo decimo ad edictum*).

<sup>68</sup> M.KASER-K.HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München<sup>2</sup>1996, S.139.

<sup>69</sup> Vgl. dazu KASER (1949) S.122; KASER (1962) S.98.

<sup>70</sup> Anders sieht J.PAOLI, *Infitiando lis crescit in Duplum*, Paris 1933, S.95 die *Lex Aquilia* als Ausgangsfall, dagegen KASER (1949) S.133 A.68.

<sup>71</sup> Gai.Inst.4.9.171; PS.1.19.1.

<sup>72</sup> KASER (1949) S.122 und KASER (1962) S.99. Darauf aufbauend entwickelte Kaser die These von der unmittelbaren Vollstreckbarkeit *in iure*, die er jedoch später mit der Theorie von den Sachurteilen des *praetor in iure* modifizierte, vgl. M.KASER, *Vollstreckbarkeit und Bürgenregress*, ZSS 100 (1983) S.80-135, 86; zustimmend H.BLANCK, *Zur „unmittelbaren Vollstreckbarkeit“*, ZSS 103 (1986) S.449-456, 445; vgl. dazu auch KASER-HACKL (1996) S.134 in Revidierung seiner früheren Meinung, dass der Libralakt alleine schon die notwendige Publizität garantiert habe.

<sup>73</sup> Gai.Inst.4.9.171; PS.1.19.1; vgl. dazu auch Gai.Inst.4.22.

<sup>74</sup> Gai.Inst.4.9.171; PS.1.19.1.

<sup>75</sup> Nur in PS.1.19.1 erwähnt.

*Lex Aquilia*<sup>76</sup>. In den Paulus-Sentenzen sind diese wesentlichen Fälle zusammengefasst<sup>77</sup>:

*Quaedam actiones si a reo infitientur, duplantur, velut iudicati, depensi, legati per damnationem relictis, damni iniuriarum legis Aquiliae, item de modo agri, cum a venditore emptor deceptus est.*

Gewisse Klagen verdoppeln sich, wenn sie vom Beklagten abgeleugnet werden, wie die wegen Urteilsschuld, Bürgenzahlung, wegen schuldrechtlich wirkender Vermächtnisse, wegen widerrechtlicher Schädigung nach der *Lex Aquilia*, ebenso die Klage über das Ackermaß, wenn der Käufer vom Verkäufer getäuscht worden ist.

Die Ursache für die Verdopplung der Haftungssumme könnte in der Strafe für die Leichtfertigkeit des Leugnenden<sup>78</sup>, aber auch in seiner rechtsmissbräuchlichen Absicht, einen Prozess zu verschleppen<sup>79</sup>, gesehen werden.

Die Tatbestände, die eine Litiskreszenz vorsehen, sind also relativ eng gefasst. Dennoch versteht Litewski die Aufzählung in Gaius 4.9 und 171 bzw. PS.1.19.1 nicht taxativ, sondern demonstrativ<sup>80</sup>. Insbesondere die Bestimmung in XII Tab.6.2, die in Ciceros *de officiis* 3.16.65 überliefert ist, könnte in die Richtung einer generellen Norm für Zusicherungen im Rahmen von Manzipationen weisen:

*Cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta.*

Nachdem es gemäß den Zwölftafeln genug gewesen war, dafür einzustehen, was mündlich zugesichert wurde, was sich, wenn einer es

<sup>76</sup> Dazu vgl. D.9.2.2.1. (Gaius *libro septimo ad edictum provinciale*): *Et infra deinde cavetur, ut adversus infitientem in duplum actio esset*; und D.9.2.23.10 (Ulpianus *libro octavo decimo ad edictum*): *Haec actio adversus confitentem competit in simplum, adversus negantem in duplum*; weiters vgl. weiters Gai.Inst.4.9.171; PS.1.19.1. vgl. dazu KASER (1983) S.193-194, der insofern eine Anomalie annimmt, als dort nicht der Leugnende das *duplum*, sondern der Nicht-Leugnende das *simplum* leisten müsse; dies ist den Quellen aber so nicht zu entnehmen. Ausführlich zu der Litiskreszenz bei der *Lex Aquilia* und den scheinbaren Wertungswidersprüchen hinsichtlich der *actio directa (in duplum)* und der *actio in factum (in simplum)* siehe D.NÖRR, *Zur Interdependenz von Prozeßrecht und materiellem Recht am Beispiel der Lex Aquilia*, RJ 6 (1987) S.99-116, 111-114.

<sup>77</sup> Gai.Inst.4.9.

<sup>78</sup> KASER (1983) S.133 A.195.

<sup>79</sup> So DÜLL (1995) XII Tab.6.2 *ad locum*; vgl. dazu unten unter 4.

<sup>80</sup> LITEWSKI (1977) S.200.

ableugnete, zu einer *poena dupli* auswuchs, wurde von den Rechtsgelehrten auch die Strafe für bloßes Verschweigen eingesetzt.

Demzufolge könnte die Litiskreszenz gegebenenfalls auf alle durch *mancipatio* geschlossenen Rechtsgeschäfte<sup>81</sup> Anwendung gefunden haben. Um im Kontext des *depositum* Litiskreszenz annehmen zu können, würde es also genügen, dass dieses mittels *mancipatio* begründet worden ist.

Dies hatten bereits Voigt, Lenel, Pernice<sup>82</sup> und Paoli<sup>83</sup> zu entdecken geglaubt, indem sie das *depositum* als *fiducia cum amico contracta* zu enttarnen hofften. Da es zu deren Abschluss einer *mancipatio fiduciae causa* bedurfte, ließe sich das *depositum* auf diese Weise unter die Litiskreszenz-Regel nach XII Tab.6.2 subsumieren.

Niemeyer hat jedoch 1892 in seinem Artikel „*Fiducia cum amico* und *depositum*“<sup>84</sup> auf die Unhaltbarkeit dieser These verwiesen: Zwar schloss er nicht kategorisch aus, dass der rechtsgeschäftliche Zweck eines *depositum* nicht auch durch eine *fiducia* habe erfüllt werden können. Aus rein praktischen Gründen wies er es aber zurück, dass das *depositum* aus der *fiducia* hervorgegangen sei<sup>85</sup>. So wäre es schlicht unpassend gewesen, eine nur für einen kurzen Moment und in Eile vorgenommene Hinterlegung, etwa bei einem Nachbarn, mittels eines aufwendigen Libralaktes vorzunehmen<sup>86</sup>.

Wenn für die *poena dupli* der *legis actio fiduciae* vor allem mit dem Beleg aus Coll.11.7.10. argumentiert wird, so ist das im gegebenen Zusammenhang wertlos<sup>87</sup>.

---

<sup>81</sup> TALAMANCA (2005) S.351-352 bietet zwei mögliche Deutungen für die Stelle aus Cic., *De off.*3.65: Einerseits bezieht er sie auch aufgrund der – freilich erst rekonstruierten – Systematik der Zwölftafeln zwischen XII Tab.6.1 (*nuncupationes* bei der *mancipatio*) und XII Tab.6.3 (*actio auctoritatis*) nur auf den Manzipationskauf. Andererseits hält er es für möglich, dass das *in duplum agere adversus infitiantem* Fälle betraf, die der prozessualen Situation der *manus iniectio* entsprochen haben. Letzterer Variante gibt Talamanca schließlich den Vorzug.

<sup>82</sup> Vgl. hinsichtlich genaueren Literatur - Angaben NIEMEYER (1892) S.297 A.1, weiters ausführlich EVANS-JONES (1988) S.190-192.

<sup>83</sup> PAOLI (1933) S.170-172; zustimmend äußert sich auch A.BECK, Rez.: J.PAOLI, *Infitiando lis crescit in Duplum*, Paris 1933, in: ZSS 57 (1937) S.505-511, 508.

<sup>84</sup> NIEMEYER (1892); zustimmend etwa TAUBENSCHLAG (1907-1908) S.688 und WLASSAK (1965) S.116-118.

<sup>85</sup> NIEMEYER (1892) S.312-313.

<sup>86</sup> NIEMEYER (1892) S.313-314.

<sup>87</sup> NIEMEYER (1892) S.321.

Besonders schlagend sind weiters die Argumente von Burillo<sup>88</sup> und Evans Jones<sup>89</sup>, dass Gegenstand der *mancipatio* nur *res Mancipi*, Gegenstand eines *depositum* jedoch vorwiegend (wertvolle) *res nec Mancipi* (insbesondere vertretbare Sachen) gewesen waren; eine Begründung der *fiducia* durch *in iure cessio* ist wiederum nicht belegt<sup>90</sup>. Weiters würde mittels *mancipatio* immerhin fiduziarisches (oder zumindest relatives) Eigentum übertragen, was ebenfalls dem Wesen des *depositum* widerspräche, das den Depositar zum Detentor macht<sup>91</sup>.

Schließlich haftete bei der *mancipatio* mit dem *mancipium dans* die „übertragende Partei“ unter Umständen *in duplum*, während dies beim *depositum* die „übernehmende Partei“ betraf<sup>92</sup>.

Gleich aus mehreren Gründen ist also der Versuch, das altrömische *depositum* als *fiducia cum amico*, somit als durch *mancipatio* begründet und dem Regime von XII Tab.6.2 unterworfen zu interpretieren, zu verneinen.

Also bleibt eine zweite Überlegung, um die *poena dupli* beim *depositum* aus der Litiskreszenz zu erklären: Da XII Tab.6.2<sup>93</sup> für seine Anwendbarkeit, wenn auch allgemein gefasst<sup>94</sup>, doch ein mittels *mancipatio* vorgenommenes Geschäft voraussetzt, wäre in Analogie dazu auch ein Tatbestand denkbar, der auf allgemeiner Ebene die Litiskreszenz für das Ableugnen einer Schuld vorsieht. Diesbezüglich vermerkt Kaser 1983: „... andererseits bleibt auf dieser Stufe eine einführende Quelle, die die Litiskreszenz als Straffolge für unberechtigte Bestreitung von bereits vollstreckbar Gewordenem anordnet – sei es für einzelne Tatbestände, sei es in einer irgendwie generalisierenden Fassung - mindestens sehr wahrscheinlich<sup>95</sup>“.

---

<sup>88</sup> BURILLO (1962) S.238-239.

<sup>89</sup> EVANS-JONES (1988) S.190-191.

<sup>90</sup> NIEMEYER (1892) S.313.

<sup>91</sup> EVANS-JONES (1988) S.191. Allerdings ist gerade dieses Argument nicht ganz unproblematisch, da die These Voigts ja nicht davon ausgeht, dass ein *depositum* im dezemviralen Recht die Rechtswirkungen einer *fiducia* entwickelt habe, sondern überhaupt erst aus dieser entstanden sei.

<sup>92</sup> Vgl. dazu auch GANDOLFI (1976) S.49-50.

<sup>93</sup> So NIEMEYER (1892) S.322.

<sup>94</sup> So vermutete KASER (1962) S.98 ursprünglich, dass aus dem Satz auch eine Anwendbarkeit auf das *depositum* ableitbar sei.

<sup>95</sup> KASER (1983) S.134.

Doch mehr als diese Vermutung lassen die Quellen nicht zu, die Existenz einer solchen Bestimmung, die auch auf das *depositum* anwendbar wäre, ist nicht beweisbar.

#### 4. Die „ungetreue Verwahrung“ im antiken Rechtsvergleich

Wenn auch eine solche generelle Norm im römischen Recht nicht greifbar ist, so ist doch nicht von der Hand zu weisen, dass gerade der Grundsachverhalt der ungetreuen Verwahrung auch in anderen antiken Rechten mit der doppelten Haftung des Verwahrers sanktioniert war. Diese Regelungen sind, wie sich zeigen wird, in Ansätzen dem Regime der Litiskreszenz nicht unähnlich konstruiert.

##### a) Der ungetreue Verwahrer im Codex Hammurapi (1780 v. Chr.?)

Der Codex Hammurapi enthält sieben Bestimmungen zum Depositenrecht (§§ 120-126). Dabei regelt § 124 die Rechtsfolgen ungetreuer Verwahrung<sup>96</sup>:

Wenn ein Mann einem anderen Silber, Gold oder irgendetwas vor Zeugen zur Aufbewahrung gibt und er es ihm ableugnet, so soll man diesen Mann überführen. Alles was er abgeleugnet hat, soll er doppelt geben.

Ähnlich normiert auch Exodus 22.6-8 die Verurteilung eines ungetreuen Verwahrers auf den zweifachen Wert des Verwahrgutes<sup>97</sup>. Diesen interpretieren Driver-Miles entweder als Naturalrestitution der veruntreuten Sache zuzüglich eines Aufschlages von 100 % oder gleich als Geldstrafe in Form eines *duplum*<sup>98</sup>.

Schon Koschaker hat für beide Gesetze vergleichend auf die *actio ex causa depositi* verwiesen<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> Übersetzung nach E.OTTO, *Die rechtshistorische Entwicklung des Depositenrechts in altorientalischen und altisraelitischen Rechts corpora*, ZSS 118 (1988) S.1-31, 7.

<sup>97</sup> Dazu vgl. R.YARON, *The Laws of Eshnunna*, Jerusalem 1967, S.165-168; OTTO (1988); weiters vgl. dazu P.SCHEIBELREITER, *Der ungetreue Verwahrer in Herodot 6,86*, ZSS 125 (2008) S.189-213, 204-206 und P.SCHEIBELREITER, „... *apotisato ten parathekon diplen kata ton ton parathekon nomon*.“ Zum sogenannten „*nomos ton parathekon*“ und seinen Wurzeln im griechischen Recht, in: G.THÜR (Hrg.), *Symposium 2010* (erscheint 2010).

<sup>98</sup> G.R.DRIVER/J.C.MILES, *The Babylonian Laws, edited with translation and commentary* (2 volumes), Oxford 1972, S.239.

<sup>99</sup> P.KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis, Königs von Babylon*, Wien 1917, S.22; zur *poena dupli* im Codex Hammurapi sei



b) Der ungetreue Verwahrer in Gortyn (ca. 450 v. Chr.)

Auch das so genannte zweite große Gesetz von Gortyn IC 4.41 kennt eine Bestimmung zur Verwahrung (παρακαταθήκη): Hier wird eine Differenzierung hinsichtlich der Nichtrückgabe des Verwahrgutes<sup>100</sup> – in diesem Fall sind es Tiere – getroffen (IC 4.41 III 7-16):

αἴ κα τετ-  
ράπος ἢ ὄνν[ι]θα παρ-  
καταθ[ε]μένοι ἢ κρη-  
σάμενος ἢ [ἀλ]λαῖ δε-  
κσάμε[νο]ς μὴ νυνατ-  
ὸς εἶη ἀντ[ὸν ἀ]ποδόμ-  
ην, τὸ ἀ[πλ]ρόν κατασ-  
τασεῖ. αἰ δ[έ] κ' ἐπὶ τῷ  
δίκαί [μο]λίον ἐκσαν-  
νήσεται, δι[πλ]εῖ κατ-  
αστᾶσ[αι] καὶ θέμημ πόλι

*Wenn jemand ein vierfüßiges  
Herdentier oder einen Vogel zur  
Verwahrung oder Leihe  
oder anderem Zweck übernommen  
hat und nicht fähig  
ist, diesen zurückzugeben,  
wird er den einfachen Wert  
ersetzen. Wenn er dies im  
Prozess ableugnet wird,  
wird er aber das Doppelte erlegen  
und eine Strafe für die Polis (...)*

Sollte der Verwahrer des vierfüßigen Tieres oder Vogels nicht in der Lage sein, dieses zurückzustellen, dann muss er den einfachen Wert ersetzen. Wenn er aber in einem Prozess die παρακαταθήκη selbst ableugnet (ἐπὶ τῷ δίκαί μολίον ἐκσαννήσεται), so soll er das *duplum* leisten. Die Differenzierung bedeutet, dass von dem „Nicht fähig sein“ (νυνατὸς εἶη) explizit der Fall des Ableugnens wider besseres Wissen nicht umfasst ist, hierfür gilt die Strafe des *duplum*, die als besonders schwerwiegend zu verstehen ist<sup>101</sup>. Wieder ist es also

---

auch auf J.D.HARKE, *Das Sanktionensystem des Codex Hammurapi*, Würzburger rechtswissenschaftliche Schriften, Bd. 70, Würzburg 2007, S.44 verwiesen.

<sup>100</sup> Es ist nicht ganz unumstritten, wie das zu interpretieren ist: R.R.METZGER, *Untersuchungen zum Haftungs- und Vermögensrecht von Gortyn*, Basel 1973, S.97-98 und J.DAVIES, *The Gortyn Laws* in: M.GAGARIN/D.COHEN (Ed.), *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge 2005, S.305-327, 307 etwa gehen von einer Übergabe zu Sicherungszwecken aus. Anders sieht A. Kränzlein, *Eigentum und Besitz im griechischen Recht des 5. und 4. Jh.*, Berlin 1963, S.115 darin eine Verwahrung. Die Diskussion erscheint aber nebensächlich, da in jedem Fall die Verletzung einer Bewachungs- und Rückgabepflicht sanktioniert werden soll, eine Pflicht, die durch die Übergabe auch zu unterschiedlichen Zwecken begründet wird, da sie diesen immanent ist, vgl. dazu R.KÖRNER, *Inscriptliche Gesetzestexte der frühen griechischen Poleis*, Wien-Köln-Weimar 1993, S.382-383 und SCHEIBELREITER (2010).

<sup>101</sup> Vgl. etwa dazu auch KÖRNER (1993) S.383.

ein Ableugnen der Verwahrung (ἐξαρνεῖσθαι<sup>102</sup>) im Prozess, das eine Duplikation der Haftung bedingt.

c) Der ungetreue Verwahrer im Rechtshilfevertrag von Stymphalos und Demetrias (303-300 v. Chr.)

In einem Rechtshilfeabkommen, das die Poleis Stymphalos und Demetrias Ende des 4. Jh. v. Chr. miteinander schließen, ist auch ein Abschnitt der Parakatatheke gewidmet (IPArk 17.109-110):

§ 14 (...)

[π]αρκαταθήκας δὲ καὶ ἐνγύρας	<i>Wegen einer Parakatatheke und einer</i>
[τοῦ] ξεναπατίου διπλάσιον ἀπο-	<i>Bürgschaft soll er bei Betrug am Fremden</i>
τινέτω ἢ κ' ὄν ἀδικῆι.	<i>Doppelt soviel zahlen, wie er Unrecht tut<sup>103</sup>.</i>

Für den Betrug am Fremden (ξεναπάτιον<sup>104</sup>) bei Bürgschaft und Verwahrung soll der doppelte Betrag geschuldet sein, wohl auch wieder die Sache selbst zuzüglich eines Aufschlages von 100%<sup>105</sup>. Ableugnen der Verwahrung als rechtsmissbräuchliche Herausgabeverweigerung kann als von dem Überbegriff ξεναπάτιον mit umfasst verstanden werden. Da die Norm einem Rechtshilfevertrag entstammt, wodurch ein Tatbestand für die Bürger beider Gemeinden zur Regelung von Rechtsbeziehungen erst geschaffen und ein komplexes Verfahren dafür vorgesehen wird<sup>106</sup>, ist auch ein prozessualer Kontext zu bejahen.

d) Die ungetreue Verwahrung im Recht der Papyri

Kaiserzeitliche Papyri (1-4. Jh. n. Chr.) zur Paratheke – mindestens 25 sind mittlerweile greifbar<sup>107</sup> – berufen sich oft auf den sogenannten „Nomos der Paratheken“, demzufolge der Verwahrer, der Verwahrgut

<sup>102</sup> Hier im kretischen Dialekt ἐκσαννήσεται anstelle attisch ἐξαρνήσεται.

<sup>103</sup> Übersetzung nach G.THÜR-H.TAEUBER, *Prozessrechtliche Inschriften der griechischen Poleis: Arkadien (IPArk)*, Veröffentlichungen der Kommission für Antike Rechtsgeschichte Nr. 8, Wien 1994, S.172.

<sup>104</sup> Dies ist als Terminus ein *Hapaxlegomenon*. THÜR-TAEUBER (1994) S.179 A.48 verweisen auf Platon, *Ep.* 7.350e.

<sup>105</sup> So Thür-Taeuber (1994) S.182 A.56.

<sup>106</sup> Vgl. zum prozessrechtlichen Einzelkommentar THÜR-TAEUBER (1994) S.215-251.

<sup>107</sup> Vgl. dazu SCHEIBELREITER (2010).

nicht zurückerstattet, das *duplum* zu leisten hat. Paradigmatisch sei die Formulierung des P.Lond 298, 17-19 vom 29.6. 124 n. Chr. angeführt:

<p>... ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶ καθὰ γέγραπται ἀποτισάτω τῶι Ἡρακλείδῃ τὴν παραθή- κην διπλὴν κατὰ τὸν τῶν παραθηκῶν νόμον ...</p>	<p>... wenn er aber nicht zurückgibt wie es vereinbart ist, soll er dem Herakleides die doppelte Paratheke schulden gemäß dem Nomos der Paratheken ...</p>
---	--

Die Deutung des Nomos, der wohl eher Gewohnheitsrecht entspricht als einem Einzelgesetz, ist umstritten und hier auch nicht Thema<sup>108</sup>. Schon aus chronologischen Gründen kann die diesen jüngeren Urkunden zugrundeliegende Norm allerdings im gegebenen Zusammenhang nur als von älterer griechischrechtlicher Tradition geprägt verstanden von Interesse sein<sup>109</sup>.

##### 5. Das Ableugnen als normierter Grundsachverhalt beim depositum

Der Rechtsvergleich macht deutlich, dass die Haftung in duplum, bedingt durch das Ableugnen einer Verwahrung im Rechtsstreit darüber ein allgemeines Phänomen in antiken Rechtskulturen darstellt<sup>110</sup>.

Dabei waren vor allem zwei Komponenten dafür maßgeblich, dass eine poena dupli ausgelöst wurde: Bestimmungen des Codex Hammurapi, aus Gortyn, des Rechtshilfevertrages von Stymphalos und Demetrias und - als Ausläufer einer griechischrechtlichen Tradition - vielleicht auch der Papyri der Kaiserzeit weisen einerseits auf einen prozessualen Kontext. Weiters ist allen Belegen die Tatsache des Ableugnens der Verpflichtung durch den Verwahrer ἐξαρνεῖσθαι) gemein. Inwieweit treffen nun diese Beobachtungen auch auf die *actio ex causa depositi* zu?

Ad 1) Düll spricht in diesem Zusammenhang von den „Vorläufern des Litiskreszenzgedankens“ im babylonischen und griechischen

<sup>108</sup> Dazu und zu weiterführender Literatur vgl. SCHEIBELREITER (2010).

<sup>109</sup> Denkbar wäre etwa eine Interpretation des κατὰ τὸν τῶν παραθηκῶν νόμον als „so wie es üblicherweise geschieht, wenn eine Paratheke abgeleugnet wird“. Auch in diesem Fall könnte ein Ableugnen gleichsam typisiert sein und die *poena dupli* für Nichtrückzahlung bedingen, vgl. dazu SCHEIBELREITER (2010).

<sup>110</sup> Zu weiteren möglichen Beispielen in den attischen Gerichtsreden oder dem Vertrag in der Inschrift Sardes 7.1.1 siehe genauer SCHEIBELREITER (2010).

Recht<sup>111</sup>. Erweitern lässt sich die Liste der Beispiele etwa um das bei Diodor<sup>112</sup> geschilderte Prinzip der poena dupli wegen Prozessverschleppung<sup>113</sup>.

Es liegt jedoch fern, Prozessrechtssysteme einzelner antiker Rechte unmittelbar in Bezug zueinander setzen zu wollen. Nicht nur, dass hier große chronologische Sprünge zu bewältigen wären, sind auch die jeweiligen politischen und sozialen Voraussetzungen dafür zu unterschiedlich. So lässt sich auch kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den Belegen älterer Rechte und der römischrechtlichen Litiskreszenz herstellen. Als Résumé könnte mit Kelly vielmehr allgemein festgehalten werden<sup>114</sup>: „Some of instances of *duplum* result, it is true, from the procedural penalty imposed on one who denied liability, an institution not peculiar to Roman law“.

Und diese „procedural penalty“ ist allen genannten Beispielen zu eigen - die Haftung auf das Doppelte wird aus der Nötigung zu einem Rechtsstreit begründet. Hierin jedoch liegt die Leistung der antiken Komparatistik: Wenn oben die theoretische Frage aufgeworfen wurde, ob es vielleicht eine dezemvirale Norm gegeben haben könnte, die im Prozess generell ein *duplum* für das Ableugnen von Verpflichtungen vorgesehen habe, so indizieren die ähnlich gelagerten Fälle anderer Rechtskreise dies zumindest ansatzweise als Möglichkeit.

Ad 2) Das wesentliche momentum, das die Haftung in *duplum* auslöst, ist das Ableugnen, eine Sache in Verwahrung genommen zu haben. Das wird in Gortyn 4.41 III 7-16 besonders deutlich, wo das ἐξαρνεῖσθαι mit der Nichterfüllung aus anderem Grund kontrastiert wird. Mit dem „weit verbreiteten Haftungsgedanken“<sup>115</sup> für das Ableugnen liegt also ein „normierter Grundsachverhalt“ für das Depositenrecht vor.

---

<sup>111</sup> R.DÜLL, *Zum vielfachen Wertersatz im antiken Recht*, Scritti in onore di Contardo Ferrini III, Mailand 1948, S.211-230, 224-225; Düll (1995) XII Tab.6.2 *ad locum*.

<sup>112</sup> DS 20.70.4: καὶ τὸ πάντων ιδιώτατον, ὁ θεὸς ὡσπερ ἀγαθὸς νομοθέτης διπλῆν ἔλαβε παρ' αὐτοῦ τὴν κόλασιν; vgl. dazu etwa auch DS 16.29.2.

<sup>113</sup> DÜLL (1944) S.221.

<sup>114</sup> KELLY (1966) S.154.

<sup>115</sup> L.WENGER, Rez. P.KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis, Königs von Babylon*, Wien 1917, in: KrVS 54 = 3. F. Bd. 18 (1919) S.1-29, 10. 16.

6. Das *infitiari* als Tatbestandsvoraussetzung bei der *actio ex causa depositi*

Pendant zum griechischen ἐξαρνεῖσθαι ist das lateinische *infitiari*<sup>116</sup>, alternativ<sup>117</sup> dazu sprechen die Quellen auch von *abnegare* (*depositum*)<sup>118</sup>. Der häufiger gebrauchte und wohl auch sprachlich ältere<sup>119</sup> Terminus ist jedoch *infitiari*. Schon die Wortbildung *infitiari* – etwa im Kontrast zum (*con*)*fiteri*<sup>120</sup> – suggeriert eine Technizität des Verbs, einen Eindruck, den davon abgeleitete, im Kontext der Herausgabeverweigerung von Verwahrtgut übliche Wendungen wie in *in infitias ire*<sup>121</sup> und das Substantiv *infitiatio*<sup>122</sup> noch verstärken; ebenso trifft dies auf die klassischen Quellen zum *depositum* zu<sup>123</sup>, dafür ist nur auf die beiden Rechtsregeln *infitiando depositum nemo facit furtum* und das *infitiando lis crescit in duplum* zu verweisen. Die Tatsache, dass das *infitiari* in den jüngeren *actiones depositi*, die auf ein doloses<sup>124</sup> bzw. nicht der *bona fides* konformes<sup>125</sup> Verhalten des Depositars abstellen, fehlt, kann dies nicht entkräften<sup>126</sup>, im Gegenteil: Gerade weil es die Kontraktsklagen sind, die keine Bußleistung vorsehen, ist das *infitiari* dort nicht notwendige Voraussetzung.

Der semantische Gehalt von *infitiari* wie *abnegare* kann mit „nicht zugeben, verneinen“ widergegeben werden. Eine – modern gesprochen – mögliche Legaldefinition des *infitiari* ist bei Pseudo-Quintilian zu lesen: *infitiari est depositum nolle solvere*<sup>127</sup>. Doch abgesehen davon, dass dies rhetorischer Übung entstammt, die nicht notwendiger Weise ihre volle Deckung in der rechtlichen Realität gefunden haben muss – so wird in Folge auch die wohl phantastische

<sup>116</sup> Vgl. A.WALDE-J.B.HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg<sup>3</sup>1938, s.v. *fateor*, die auf Philox. 230 und Paul. Fest. 112 verweisen; weiters A.VANICEK, *Griechisch - Lateinische etymologisches Wörterbuch*, Leipzig 1877, s.v. *fateri*.

<sup>117</sup> THOMAS (1971) S.767-768 versteht die beiden Begriff synonym.

<sup>118</sup> D.12.3.3; D.16.3.11; D.47.2.1.2.

<sup>119</sup> Vgl. dazu WALDE-HOFFMANN (1938) s. v. *fateor*.

<sup>120</sup> Vgl. dazu die Gegenüberstellung von *fateri* - *infitiari* in Bezugnahme auf die Litiskreszenz bei der *Lex Aquilia* in D.11.3.5.2 (Ulpianus *libro vicensimo tertio ad edictum*); weiters vgl. die Definition bei Paul. Fest.112 *infitiari non fateri*.

<sup>121</sup> D.10.2.44.4; Plaut. *Bacch.* 259.

<sup>122</sup> Vgl. etwa in D. 47.2.68(67)*pr.*

<sup>123</sup> D.9.2.23.10; D.9.3.1.4; D.11.3.5.2; D.12.2.30*pr.*; D.16.3.13*pr.*; D.46.3.7.

<sup>124</sup> Gai.Inst.4.47.

<sup>125</sup> Gai.Inst.4.46.

<sup>126</sup> So LITEWSKI (1977) S.200.

<sup>127</sup> Pseudo-Quintilian *decl.* 245.

poena quadrupli als Sanktion genannt<sup>128</sup> –, ist ein nolle solvere zu allgemein gefasst, um als Definition eines Tatbestandes Geltung zugesprochen bekommen zu können. Immerhin wird auch hier der unmittelbare Konnex zwischen *infitiari* und einem Prozess um ein *depositum* hergestellt. Für die genaue juristische Bedeutung gibt es zwei Möglichkeiten: Einmal das „Ableugnen der Verpflichtung an sich“ oder das „Ableugnen, die Sache noch nicht zurückgegeben zu haben“.

Rotondi<sup>129</sup> und Lanfranchi<sup>130</sup> schließen sich der ersten Variante an, wenn sie darin übereinstimmen, dass mit *infitiari* das Verneinen des Depositors, eine Sache bekommen zu haben, beschrieben ist – „il diniego di aver ricevuto (una cosa)“.

Bereits Albanese<sup>131</sup> und Wlassak<sup>132</sup> haben festgehalten, dass zu dem Konzept des *depositum* des älteren römischen Rechts auch noch ein *fraus*-Element kommen muss, das sich zumindest in nachweisbar wahrheitswidrigem Leugnen des Depositors manifestiert und ihn so zur Haftung *in duplum* verpflichtet. Es liegt nahe, dieses *fraus*-Element in der *infitiatio* des Depositors zu vermuten.

Eine Stütze dafür bietet die von Kaser entwickelte Theorie des typisierten *dolus*. So stellt ja auch die Nichtrückgabe einer deponierten Sache einen paradigmatischen Sachverhalt dar – eine jener „typischen, bestimmten Sachlagen“, für die „die praktische Erfahrung lehrt, dass in ihnen der Täter wissentlich zu handeln pflegt“<sup>133</sup>. Anhaltspunkte dafür geben analog andere Tatbestände der

<sup>128</sup> Vgl. dazu H.T.KLAMI, „*Mutua magis videtur quam deposita*“. *Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, Helsinki 1969, S.30 und die dort zitierte Literatur, insbesondere PAOLI (1933) S.113-115 und KELLY (1966) S.167; weiters dazu V.I.LANGER, *Declamatio Romanorum. Dokument juristischer Argumentationstechnik, Fenster in die Gesellschaft ihrer Zeit, Quelle des Rechts?*, Frankfurt am Main 2007, S.145-146.

<sup>129</sup> ROTONDI (1921) S.133.

<sup>130</sup> F.LANFRANCHI, *Il diritto nei retori Romani*, Mailand 1938, S.301.

<sup>131</sup> Vgl. dazu B.ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, *Annali Palermo* 25 (1956) S.85-302, 102: „Cioè – come a noi sembra piu verosimile – il semplice rifiuto fraudulento di restituire, a richiesta, la cosa depositata.“

<sup>132</sup> WLASSAK (1965) S.108-109.

<sup>133</sup> KASER (1962) S.81; vgl. auch R.WITTMANN, *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage*, *ZSS* 91 (1974) S.285-359, 287: „Der Lehre vom typisierten *dolus* geht es vielmehr darum zu zeigen, dass es in typischen Fällen zur Feststellung des *dolus* ein abgekürztes Verfahren gegeben hat.“ Weiters dazu vgl. A.WATSON, *Personal injuries in the XII tables*, *TR* 43 (1975) S.220-232; G.MACCORMACK, *Fault*

Zwölftafeln mit einer *poena dupli*: So könnte etwa auch in der *actio de tigno iuncto* dem Bauführer das Wissen um die Entziehung einer fremden Sache<sup>134</sup> unterstellt werden<sup>135</sup>: Allein deshalb, weil er einen fremden Balken eingebaut hat, wurde er ursprünglich als *fur* betrachtet und musste *in duplum* haften<sup>136</sup>. So versteht es auch Hinker: „Die *actio de tigno iuncto* ist eine Strafklage. Die Furtivität ist ein notwendiges Requisite der Klage“ und werde „durch den faktischen Vorgang des Einfügens eines fremden Balkens angenommen<sup>137</sup>“, ohne dass der innere Tatbestand des Inädifikanten überprüft werden müsse<sup>138</sup>.

Auch der Gedanke der Litiskreszenz, durch die – wie sich gezeigt hat – die *poena dupli* der *actio ex causa depositi* zwar nicht begründet, aber zumindest kontextualisiert werden kann, beruht darauf, dass jemand, der ein außer Streit stehendes Faktum dennoch bestreitet, „erfahrungsgemäß weiß, dass seine Bestreitung unberechtigt ist<sup>139</sup>“.

Dies lässt nun auch analog eine Schlussfolgerung für die *actio ex causa depositi* zu: Setzt man nämlich voraus, dass die *poena dupli* ihren Ursprung in dem Ableugnen der Verpflichtung, also dem *infitiari*, hat – und das wird durch den antiken Rechtsvergleich erhärtet –, so ließe sich umgekehrt aufgrund des *duplum* als Tatbestandsvoraussetzung vermuten, dass dem Verwahrer, der die Sache nicht herausgab oder herausgeben konnte, typischerweise das Ableugnen der Rückgabeverpflichtung unterstellt wurde.

Die *actio ex causa depositi* ist nur einmal belegt, weswegen auch Kaser davor zurückgeschreckt, das Modell des typisierten *dolus* auf die *actio ex causa depositi* umzulegen<sup>140</sup>. Im Spannungsfeld zwischen

*and causation in Early Roman Law: An Anthropological Perspective*, RIDA 28 (1981) S.97-126; G.MACCORMACK, *Dolus in Early Roman Republic*, BIDR 88 (1985) S.1-38; I.MOLNAR, *Erfolgshaftung oder typisierter „dolus malus“ im archaischen römischen Recht*, BIDR 89 (1986) S.465-490 und KASER-KNÜTEL (2008) S.141.

<sup>134</sup> KASER (1971) S.160.

<sup>135</sup> KASER (1962) S.90 unterlegt dieses Konzept sogar der *actio auctoritatis*, indem er von der Annahme des Kaufpreises im Wissen des Verkäufers, dazu nicht berechtigt zu sein, ausgeht.

<sup>136</sup> So KASER (1962) S.92; ebenso H.HINKER, *Tignum iunctum*, ZSS 108 (1991) S.94-122, 105.

<sup>137</sup> HINKER (1991) S.105.

<sup>138</sup> HINKER (1991) S.106.

<sup>139</sup> KASER-HACKL (1996) S.140.

<sup>140</sup> KASER (1962) S.91; ebenso schwierig scheint dies – beim Stand der Überlieferung – auch für die *actio de rationibus distrahendis* nachzuweisen.

furtum und Litiskreszenz stehend, die beide, wie sich gezeigt hat, nur unzureichend dafür geeignet sind, den Ursprung der *poena dupli* zu erklären, wird jedoch immerhin deutlich, dass das haftungsauslösende momentum für die Klage auf das *duplum*, der Anlassfall für den Rechtsstreit also, die Weigerung des Verwahrers sein muss, eine *res deposita* herauszugeben. Die *infitiatio depositi* wiederum stellt einen Grundsachverhalt des antiken Depositenrechts dar, in dem „die alten Gesetzgeber um ihres häufigen Vorkommens willen etwas sehr Beachtenswertes und eigener Regelung Bedürftiges erblickt haben“<sup>141</sup>. Gerade vor dem Hintergrund der antiken Rechtsvergleichung könnte das *infitari* das gesuchte Tatbestandselement sein, das die Haftung der *actio ex causa depositi in duplum* bedingt, ohne dabei explizit genannt werden zu müssen<sup>142</sup>.

Soweit eine Hypothese, die im Bewusstsein notwendiger Spekulation dennoch bestrebt ist, sich im Rahmen des von Moriz Wlassak formulierten Gebotes zur *actio ex causa depositi* zu bewegen, das da lautet<sup>143</sup>: „Mit welchen Worten aber das Gesetz Tatbestand und Strafe ausdrückte, darüber wird heute niemand auch nur eine Konjektur wagen“.

Nun, mehr als 70 Jahre später, ist es nicht leichter geworden, in dieser Frage neue Ergebnisse zu erzielen. Dennoch wurde hier, in Fortführung eines bei Wlassak und Wenger vorgezeichneten, komparatistischen Ansatzes, der Versuch unternommen, für die *poena dupli* der *actio ex causa depositi* wesentliche Komponenten herauszuarbeiten, die wiederum eine Stütze in der Lehre vom typisierten *dolus* finden können.

---

<sup>141</sup> Vgl. dazu WLASSAK (1965) S.110.

<sup>142</sup> Einen vergleichbaren Gedanken äußert NÖRR (1987) S.111-114, der bezüglich der analog zur Lex Aquilia gebildeten *actio in factum* für mittelbare Schädigung annimmt, dass diese niemals *in duplum* lauten konnte, da sie eine *confessio* des Beklagten bereits intendiert habe, was wiederum die Litiskreszenz ausschloss.

<sup>143</sup> WLASSAK (1965) S.100.