

Die unverzichtbare Wissenschaft

The Indispensable Science

*Festschrift für Wolfgang Ernst
zum 70. Geburtstag*

*Essays in Honour of Wolfgang Ernst
on the Occasion of his 70th Birthday*

Herausgegeben von
BEATE GSELL,
THOMAS RÜFNER und
ULRIKE BABUSIAUX

Mohr Siebeck

Die unverzichtbare Wissenschaft

The Indispensable Science

*Festschrift für Wolfgang Ernst
zum 70. Geburtstag*

*Essays in Honour of Wolfgang Ernst
on the Occasion of his 70th Birthday*



Die unverzichtbare Wissenschaft

The Indispensable Science

*Festschrift für Wolfgang Ernst
zum 70. Geburtstag*

*Essays in Honour of Wolfgang Ernst
on the Occasion of his 70th Birthday*

Herausgegeben von

Beate Gsell, Thomas Rübner
und Ulrike Babusiaux

Mohr Siebeck

Beate Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Richterin am Oberlandesgericht München.

Thomas Rüfner ist Professor für Bürgerliches Recht, Römisches Recht, Neuere Privatrechtsgeschichte sowie Deutsches und Internationales Zivilverfahrensrecht an der Universität Trier und Richter am Oberlandesgericht Koblenz.

Ulrike Babusiaux ist Professorin für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich.

ISBN 978-3-16-200551-9 / eISBN 978-3-16-200552-6

DOI 10.1628/978-3-16-200552-6

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2026.

© Beate Gsell, Thomas Rüfner, Ulrike Babusiaux (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Reemers Publishing Services, Krefeld.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Über die Frage, ob die Jurisprudenz als eine eigentliche Wissenschaft anzusehen ist, wird seit Langem gestritten. Wenn man unter Rechtswissenschaft die Erkenntnis des geltenden Rechts „ohne Willkür und Absicht“ und die regelgeleitete Anwendung der gefundenen Regeln auf den konkreten Fall versteht, dann ist die Existenz einer Rechtswissenschaft notwendige Voraussetzung des Rechtsstaats. Ohne Rechtswissenschaft ersetzt politische Willkür das gerechte Urteil und „lawfare“ den Kampf ums Recht.

Wolfgang Ernsts wissenschaftliches Werk lässt sich als ein großangelegter Beweis dafür lesen, dass die wissenschaftliche Behandlung des Rechts nicht nur notwendig, sondern auch möglich ist. Die rechtshistorischen Arbeiten von Wolfgang Ernst zum römischen Recht und zur gemeinrechtlichen Tradition sind ebenso wie seine unmittelbar dogmatischen Arbeiten auf die richtige Erkenntnis und Anwendung des geltenden Rechts ausgerichtet. Alle seine Arbeiten sind Beiträge zum Projekt der geschichtlichen Rechtswissenschaft.

Die konsequente Ausrichtung auf die Erkenntnis des Rechts und das Bekenntnis zum „strictly legal point of view“ stehen nicht im Widerspruch zur großen Vielfalt der Methoden und der Themen, die Wolfgang Ernst bearbeitet, sondern sind Ausdruck der Unbedingtheit des Strebens nach rechtswissenschaftlicher Erkenntnis. Die Mannigfaltigkeit des schöpferischen Wirkens des Jubilars spiegelt sich in den Beiträgen dieses Bandes, der ihm zu seinem 70. Geburtstag gewidmet ist. Sie behandeln Themen aus allen Epochen der europäischen Rechtsgeschichte und aus verschiedensten Rechtsgebieten, wenn auch der Fokus – wie im Œuvre von Wolfgang Ernst – auf den Kernbereichen des Privatrechts liegt. Deutsches und Schweizer Recht werden ebenso behandelt wie das angelsächsische Common Law. Die Autorinnen und Autoren, die von Wolfgang Ernst gelernt oder mit ihm wissenschaftlich kooperiert haben und die sich zu seinem Freundeskreis rechnen dürfen, wollen damit einen Beitrag leisten zu der Wissenschaft, die dem Jubilar am Herzen liegt.

Der berühmte Oxford-Althistoriker Sir Ronald Syme hat das Wort von der „indispensable science and art“ geprägt (BHAC 1982/83, 345). Er meinte die Prosopographie als eine für sein Fach unentbehrlichen Hilfswissenschaft. Wer die Begeisterung des Jubilars für die Rechtsidee, seinen unstillbaren Forschungsdrang und seine unermüdliche Ausdauer in der Suche nach der gerechten und konsistenten Lösung kennt, wird das Wort zwanglos auch auf die Rechtswissenschaft beziehen können. Die Rechtswissenschaft, wie Wolfgang Ernst sie pflegt, ist nicht Hilfswissenschaft. Sie ist vielmehr Leitwissenschaft der freiheitlichen Gesellschaft und zentrales Anliegen der rechtsstaatlichen Demokratie.

Foreword

Whether law is a proper science has long been controversial. If legal science combines the process of establishing the applicable rules of law “without arbitrariness or intent” with the proper application of those rules to a particular case, then the rule of law presupposes the existence of legal science. Without legal science, arbitrary political choices replace the fair judgments of the courts, and “lawfare” takes the place of justice.

The scholarly work of Wolfgang Ernst can be regarded as a single large-scale enterprise with the sole aim of proving that scientific treatment of the law is not only necessary, but also possible. Both those of his works that directly address questions of modern law and also those on Roman law and the tradition of the *ius commune* have the ultimate purpose of correctly understanding and applying the law currently in force. All of Wolfgang Ernst’s scholarship contributes to the project of historical legal science.

Wolfgang Ernst’s focus on understanding the law and his insistence on the “strictly legal point of view” are not contradicted by the variety of methods he employs or the range of topics he discusses. Rather, it is Wolfgang Ernst’s unconditional quest for legal understanding that lies at the root of this diversity of approaches. The many facets of his creative work are reflected in the contributions to this volume, which is dedicated to Wolfgang Ernst on the occasion of his 70th birthday. The papers in this book engage with topics from all epochs of European legal history and from many different legal subdisciplines. The focus, as in Wolfgang Ernst’s own work, is on the core areas of private law. German and Swiss law and the common law are all represented. The authors who have learned from or collaborated with Wolfgang Ernst and who may count themselves among his friends strive to make a contribution to the science of law that is so dear to the recipient of this Festschrift.

The celebrated Oxford ancient historian Sir Ronald Syme describes prosopography as the “indispensable science and art” (BHAC 19082/83, 345) for the study of his own discipline. Anyone familiar with Wolfgang Ernst’s enthusiasm for the idea of law, his love of research and his tireless quest for the just and consistent solution to any given legal problem will find it just as natural to apply Syme’s phrase to the science of law. Legal science as pursued by Wolfgang Ernst is not an ancillary study. It is the chief science of a society based on liberty and the rule of law, and a central concern of every democratic state.

Inhaltsverzeichnis – Contents

Vorwort	V
Foreword	.VI
Danksagung	XV
Acknowledgements	.XVI
 <i>Lorena Atzeri</i>	
John Selden and the Theodosian Code	1
 <i>Marietta Auer</i>	
Kollektive Entscheidungsparadoxien Eine Handreichung für Juristen.	15
 <i>Ulrike Babusiaux</i>	
<i>Datio ob rem</i> und Fideikommiss – Überlegungen zu CIL XII 4393.	27
 <i>Christian Baldus</i>	
<i>Ex consuetudine eius regionis</i> : Zur Rechtsmängelhaftung in der Provinz . . .	39
 <i>Theodor Baums</i>	
Die Thüringische Gesellschaft des Pfefferhandels von 1579	49
 <i>Renato Beneduzi</i>	
Kollegialität und <i>intercessio</i> als Elemente des römischen Systems von <i>checks and balances</i> in der Republik	61
 <i>József Benke</i>	
<i>Vendere ius utendi fruendi</i>	69
 <i>Reinhard Bork</i>	
Die Genese der insolvenzrechtlichen Bestimmungen über die Vormerkung	81
 <i>John W. Cairns</i>	
Teaching English Law in the University of Edinburgh, 1912–1943	95

Riccardo Cardilli

Herrschaft des *pater* und Privateigentum

Die Geschichte einer Diskontinuität 107

Oliver Diggelmann

Der Genozidbegriff im rechtlichen und öffentlichen Diskurs 121

Tanja Domej

Rechtsprechung durch „Künstliche Intelligenz“ 127

Harry Dondorp

Transferring Subscriptions in the VOC

From Debts to Shares 141

Tim W. Dornis

Das patentdogmatische Labyrinth künstlich-intelligenter Erfindungen . . . 153

Wouter Druwé

Buildings on Fire! Liability of Tenants in Leuven Lecture Notes and

consilia (c. 1560–1600) 167

Stefan Enchelmaier

All’ die alten Tricks: Gläubigerbenachteiligung und *actio Pauliana*

in Deutschland und England 177

Iole Fagnoli

Die erste mehrsprachige Schweizer Kodifikation

Der Beitrag von Filippo Serafini zum Obligationenrecht von 1881 191

Florian Faust

Das Bewirken der Leistung im allgemeinen Schuldrecht 201

Thomas Finkenauer

Gesetzesredaktion auf der Griesalp: zum Grundlagenirrtum nach

Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR 213

Roberto Fiori

Il problema del fondamento normativo della buona fede integrativa nel

diritto civile italiano: un approccio storico. 227

Andreas Martin Fleckner

Die „Prinzipien des römischen Rechts“ im Spiegel ihrer Rezensionen . . . 239

Johannes W. Flume

Geld und Wertrisiko

Zur Entmaterialisierung und Komplexität in der Privatrechtsordnung
der technischen Moderne 255

David Fox

Homer, Paul, and the Evolution of Economic Exchange 269

Robert M. Frakes

Envisioning the Notes of Ulpian and Paulus on Papinian 281

Thomas Gächter und Robin Suter

Arbeiten nach 65

Die Perspektive des Schweizer Sozialversicherungs- und Arbeitsrechts. . . 293

Jean-François Gerkens

Aequè perituris... Necessaria reversione ad veterem quaestionem

Nochmals zur überholenden Kausalität im römischen Recht 307

Joshua Getzler

Abuse of Rights and Breach of Loyalty 323

Hans Christoph Grigoleit

Der Beschluss als Instrument kollektiver Willensbildung –

sachgesetzliche vs. positivrechtliche Formalisierung 337

Beate Gsell und Matthias Fervers

„Keep it simple!“ – (Fast) kein Bedarf für Regelungen zum

Schadensersatz in §§ 327 ff. BGB 355

Andreas Heinemann

Diskrepanzen beim Kartellschadensersatz – Auf der Suche nach einer

wettbewerbsrechtlichen *lex Aquilia* 369

Rainer Hüttemann

Geschäftsordnungen im Privatrecht – eine Skizze 383

Bruno Huwiler

Zur Antinomie zwischen Iul. 13 dig. D. 41, 1, 36

und Ulp. 7 disp. D. 12, 1, 18 pr. 397

Richard Hyland

How Ulpian Teaches. 411

David Ibbetson

‘Roman Law’ in England 423

Ido Israelowich

Naming Necessity and Ambiguity: the Formation of Roman Legal

Language 433

Éva Jakab

Ausnahmen?

Letztwillige Verfügungen römischer Bürger aus den Provinzen 445

Peter Jung

Die Wahlrechte des Käufers einer mangelhaften Ware im

schweizerischen Obligationenrecht. 457

Eva-Maria Kieninger

Albrecht Mendelssohn Bartholdy

und der „Renvoi in Modern English Law“ 471

Andreas Klein

Rechtsschutz gegen missbräuchliche Vorfändungen 485

Andreas Kley

Antinormatives Verfassungsdenken als Auslegungsmethode. 499

Frank Klinkhammer

Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 280 Abs. 1 BGB aufgrund

unberechtigter Kündigung eines Mietvertrags? 511

Wolfgang Krüger

Das angebliche Anhörungsrecht des potentiellen Störers. 519

Michael Lobban

The Early Eighteenth Century College Visitor 531

Thomas Lobinger

Die Herausgabe der Verzögerungsbereicherung. 545

Sebastian Lohsse

Ruhendes Eigentum?

Zusammengesetzte Sachen und das Erbe des römischen Rechts 561

Felix Maultzsch

Der zeitliche Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Mängelrechts 573

Franz-Stefan Meissel

The Restitution of Nazi Looted Art in Austria 585

Ernest Metzger

Abraham Lincoln Brings Roman Law to Illinois 603

Claus Mollenkopf

Vorstandshaftungsverjährung bei Gewährung überhöhter
Betriebsratsvergütungen. 615

Patrick Mossler

Gefahrübergang beim Unternehmenskauf 623

Christoph G. Paulus

Verbindungslinien zwischen der Reskriptenpraxis des antiken Roms
und dem Vorabentscheidungsverfahren des Art. 267 AEUV 637

Martin Pennitz

Suave rei emptio non valet, ... (Pomp. D. 18, 1, 16 pr.) – Überlegungen
zum Kauf eigener Sachen nach klassischem Juristenrecht. 651

Guido Pfeifer

Vom rechtshistorischen Erkenntniswert antiker Tragödiendichtung:
Überlegungen anhand Euripides' *Medeia* 663

Thomas Pfeiffer

Die Ermöglichungsfunktion des AGB-Rechts und ihre besondere
Bedeutung für Haftungsfreizeichnungsklauseln. 673

Johannes Platschek

Noxa, evictio, ἐπαφή
Romanisierung der Provinzen und Gräzisierung römischer
Kaufurkunden 681

Wolfgang Portmann und Christoph Reusser

Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz bei Krankheit in der Schweiz
Grundsätzliches und Aktuelles 693

Johannes Reich

Rechtserzeugung durch Rechtsvergleichung – die Erfindung
der Institutsgarantie des Eigentums als „Bricolage“. 707

Thomas Rüfner

Der Formularprozess in der Rechtswissenschaft der Vormoderne. 721

Joe Sampson

Wrongs to *Actiones Propriae* in the Civil Law Tradition 735

Alexander Schall

Ulp. ad ed. D. 12, 7, 2: Wegfall des Rechtsgrundes und Leistungszweck . . 745

Philipp Scheibelreiter

Eviktion der Bestandssache und Ersatzwohnung bei Ulpian und Kyrillos . . 757

Martin Schermaier und Sebastian Fuchs

Actus sine itinere?

D. 44, 2, 11, 6 und der Unterschied zwischen Recht und Rechtsausübung . . 771

Karsten Schmidt

„Beschlossen und verkündet“ – Reflexionen zu einem

Grundlagenbeitrag des Jubilars 785

Johanna Schmidt-Räntsch

Ethische Produktkennzeichnungen. 799

Wolfgang Schön

Der Westturm: Eine Reminiszenz 813

Jan Schröder

Heinrich Stoll (1891–1937) 825

Helen Scott

Masters, Slaves and Insults: Rereading D. 47, 10, 15, 45–48. 839

Boudewijn Sirks

Was Roman Law Invented? 851

Benjamin Spagnolo

Burning Questions. 863

Nicholas Stone

A Pseudo-Philological Coinage? Another Re-Assessment of Sponsianus . . 875

François R. Velde

The Context of Pillio's *Quidam creditor Lucenses* 885

Rastko Vrbaski

Differenzierende Umstellungssätze. 899

Gerhard Wagner und Jakob Feddersen

Vertragshaftung nach § 280 Abs. 1 BGB – ein gespaltener Tatbestand 913

Rolf H. Weber

Einräumung von Sicherheiten an kryptobasierten Vermögenswerten 931

Constantin Willems

Reciprocal Exchange of Agricultural Services in Rabbinic
and Roman Law 945

Corinne Zellweger-Gutknecht und Fabia Stöcklin

Gerichts-, Vollstreckungs- und Exekutiv-Immunität von Zentralbanken . . 957

Samuel Zogg

Anspruchsgegenstand und Surrogatshaftung im schweizerischen
Bereicherungsrecht. 971

Biographie – Curriculum Vitae 985

Schriftenverzeichnis – Publications. 987

Autorenverzeichnis – List of Authors 999

Danksagung

Die Herausgebenden danken ihren Lehrstuhlteams für die Unterstützung beim Zustandekommen der Festschrift. Besonderer Dank für vielfältige redaktionelle und organisatorische Mühen gebührt Anna Hauf, München, und Yvonne Kastner Zimmermann, Zürich. Herzlich danken wir außerdem Dr. Julia Caroline Scherpe-Blessing, LL.M. (Cantab) und dem Verlag Mohr Siebeck für die Aufnahme und Betreuung der Festschrift.

Acknowledgements

The editors would like to thank all team members of their chairs who were involved in publication of this volume. Special thanks are due to Anna Hauf (Munich) and Yvonne Kastner Zimmermann (Zurich) for their extensive editorial and organisational efforts. We also thank Dr Julia Caroline Scherpe-Blessing, LL.M. (Cantab) and our publisher, Mohr Siebeck, for accepting the Festschrift and seeing it through publication.

John Selden and the Theodosian Code

Lorena Atzeri

I. Introduction

The jurist; historian; legal historian; statesman; linguistic scholar; orientalist; antiquary; erudite; polymath; one of the most learned scholars England ever produced; a man ‘of so stupendous a learning in all kinds and in all languages’;¹ the ‘star of primary magnitude in the sky of science’;² the greatness of John Selden (1584–1654)³ has been acknowledged in many epithets. As regards Selden as a legal historian, a seminal contribution was made by Hazeltine in 1910.⁴ However, his attention was directed ‘more to his English than to his Latin, and more to his western than to his eastern writings’.⁵ More studies have followed.⁶ Wolfgang Ernst has now highlighted an aspect of Selden’s scholarship which has hitherto remained in the shade: Selden’s interest in Roman law. In the annual lecture given in 2021 to the Selden Society,⁷ Ernst was the first to ask: ‘What did Selden know about Roman law and to what use did he put his knowledge of Roman law?’. He subjected Selden’s vast literary production to a close scrutiny, focusing on two of his more significant publications: *Mare clausum* and *Dissertatio ad*

¹ So Lord Clarendon in his autobiography, reported by *Aikin*, *The lives of John Selden, Esq. and Archbishop Usher*; with notices of the principal English men of letters with whom they were connected, 1812, 191.

² *David Wilkins*, *Vita Ioannis Seldeni iurisconsulti*, in: *Id.* (ed.), *Joannis Seldeni iurisconsulti Opera omnia, tam edita quam inedita; in tribus voluminibus collegit ac recensuit, [...]*, vol. I, Londini, 1726, i: ‘cum magnus Seldenus in coelo scientiarum stella primae magnitudinis, oriretur’. Hereafter, the *Opera Omnia* will be cited as ‘OpOm’.

³ On Selden and his life: *Wilkins* (fn. 2); *Aikin* (fn. 1); *Fletcher*, *John Selden 1584–1654*, Selden Society Lecture delivered in the Old Hall of Lincoln’s Inn, July 9th 1969, 1969; *Berkowitz*, *John Selden’s formative years: politics and society in early seventeenth-century England*, 1988; *Rowse*, *Four Caroline Portraits: Thomas Hobbes, Henry Marten, Hugh Peters, John Selden*, 1993; *Christianson*, s.v. Selden, John (1584–1654), lawyer and historical and linguistic scholar, in: ODNB (<https://doi.org/10.1093/ref:odnb/25052> [12.11.2025]); *Toomer*, *John Selden: A Life in Scholarship*, vols. I–II, 2009.

⁴ *Hazeltine*, in: FS für Heinrich Brunner, 1910, 579 ff.; also in: HLR 24.2 (1910), 105 ff. (parts I–III); HLR 24.3 (1911), 205 ff. (parts IV–VIII), from which I quote.

⁵ *Hazeltine* (fn. 4), 109.

⁶ E.g. *Baker*, in *Id.*, *Collected Papers on English Legal History*, vol. II, 2013, 755 ff.; *Berman*, *Yale Law Journal* 103 (1994), 1651 ff.

⁷ *Ernst*, *John Selden and Roman Law*, Selden Society Lecture delivered in the Large Pension Room of Gray’s Inn, September 20th, 2021 (forthcoming). I am grateful to Prof. Ernst for putting the proofs of his text at my disposal.

Fletam. This investigation was long overdue, since Roman law and Roman legal sources play an important, if not a primary role in many of Selden's writings. Inspired by Ernst's study, I wish to investigate a more specific aspect: what use did Selden make of the Theodosian Code (hereafter: CTh) in particular, and to what extent was he interested in its content? What was, in his opinion, the place occupied by this Code in the West?

II. John Selden: a 'bookish man'

To his contemporaries, Selden appeared to spend his life in writing and reading books.⁸ Reading his works, punctuated by countless quotes, is simultaneously to visualise the libraries and books he had at his disposal. A place of primary importance was occupied by the wonderful private collection assembled by Sir Robert Cotton, which he made available to scholars.⁹ But Selden was an assiduous visitor of many other libraries and archives. He also acquired several books and manuscripts.¹⁰ In his will, he had originally planned to leave them to the Bodleian Library, but taking offence at the action of one librarian, he cancelled his original bequest, and in a codicil to his will¹¹ left his books – more than 8,000 volumes – to his executors. But they decided to follow Selden's original will and donated most of them to the Bodleian.¹² As for the printed books, one of the executors, Sir Matthew Hale, arranged for some 200 unwanted duplicates to be given to the Cathedral Library of Gloucester. Thus, of the three printed editions of the CTh once owned by Selden, only two are now in the Bodleian,¹³

⁸ Again Lord Clarendon, reported by *Aikin* (fn. 1), 191: 'a man would have thought he had been entirely conversant amongst books, and had never spent an hour but in reading and writing'.

⁹ An insight into Selden's use of this library in *Tite*, *The Bodleian Library Record* 13 (1991), 486 ff.

¹⁰ On Selden's library and on his manuscripts: *Barratt*, *The Bodleian Library Record* 3.31 (1951), 128 ff., 256 ff. (Appendix C: List of Selden's Miscellaneous Manuscripts). A study on the previous owners of the books in *Sparrow*, *The Bodleian Quarterly Record* 6.70–71 (1931), 263 ff.

¹¹ Both testament and codicil have been published by *Wilkins* (fn. 2), liii–lvi.

¹² A draft document on the disposal of Selden's books, written in 1664 by Sir Matthew Hale, is now preserved in the Beinecke Rare Book and Manuscript Library, Yale University, Osborn Manuscript Files, under 'Hale, Sir Matthew, 1609–1676', file 6452 (<https://collections.library.yale.edu/catalog/2033622> [12.11.2025]).

¹³ These are: (1) *Jacques Cujas*, *Codicis Theodosiani lib. XVI* [...], Lugduni, 1566 (shelf-mark: A 1.12 Jur. Selden); and (2) *Codicis Theodosiani libri XVI* [...], Genavae, 1593 (shelf-mark: 4° C 5 Jur. Seld.). This last book bears copious annotations by Selden in the margins, and it seems to have been his 'working copy' (I am very grateful to Dr. Alan Coates, Librarian for 'Bibliography and the History of the Book' at the Bodleian Library, for his kind help). On the printed editions of the CTh: *Mommsen*, *Theodosiani libri XVI* [...] Pars prior: Prolegomena, 1905, CVII–CXVIII (CVII–CXVI); more recently, *Coma Fort*, *Codex Theodosianus. Historia de un texto*, 2014, 363–467 (405–418; 432–436); on the Lugduni/Genavae 1593 edition, also *Atzeri*, *SCDR* 28 (2015), 109–127: although the place of printing on the title-page is 'Lugduni', it was effectively published in Geneva.

whereas the third is to be found in the Cathedral Library of Gloucester,¹⁴ although not strictly a duplicate.¹⁵

Most of the manuscripts also found a home in the Bodleian. One is of relevance for the present study: the MS Arch. Selden. B.16 (olim 32; Summary Cat. No. 3362).¹⁶ It was produced in the 12th cent. (ca. 1129/1130) by the famous medieval historian William of Malmesbury, and contains what might be described as a Romano-centric 'universal history'. Not only did William compose the text, assembling various works of a historical nature, but wrote the manuscript himself. This contains *inter alia* an 'enlarged' version of the Lex Romana Visigothorum (hereafter: LRV), i.e. augmented with later additions.¹⁷ In the architecture of William's work, the LRV figures (at ff. 140^v–222^v) rather as an appendix to better illustrate the later history of Rome, as William himself states (at f. 140^r). Its text, however, shows some peculiar features: the CTh is incomplete, lacking Book I; while it has been supplemented with elements which were not part of the LRV, i.e. some of the constitutions which were originally included in the CTh, but had been left out by the Visigothic compilers, and some Novels also absent from the LRV. Indeed, many of the Novels reported here have not been transmitted in any other extant source. Selden clearly attached particular value to this manuscript, such that in his codicil he singled it out from his other manuscripts.¹⁸ In his published works Selden always refers to this manuscript as 'my own manuscript'. It is now considered one of the most important witnesses for the reconstruction of both the CTh and the post-Theodosian Novels. Selden thus had exclusive access to some material which had hitherto been unknown. What use did he make of the CTh and of this new material?

¹⁴ *Jacques Cujas*, *Codicis Theodosiani libri XVI. [...] Omnia ex veteribus libris auctiora aut emendatiora*, Parisiis, 1586 (shelfmark: SEL 2.13). Apart from Selden's famous ex-libris 'περί παντός τὴν ἐλευθερίαν' handwritten on the title-page, this copy does not show any sign of use by him (for this information I would like to thank Rebecca Phillips, Archivist at Gloucester Cathedral Library and Archives). The Godefroy edition (see below, fn. 89) in the same Cathedral Library, despite its shelf-mark (SEL 2.6–9) did not, of course, belong to Selden.

¹⁵ This 1586 edition has never been among the holdings of the Bodleian Library.

¹⁶ On this manuscript, see *Mommsen*, *Prolegomena* (fn. 13), LXV–LXVII; *Meyer*, *Prolegomena* to *Mommsen/Meyer* (eds.), *Theodosiani libri XVI*, vol. II: *Leges Novellae* [...], 1905, XLVIII. More recently: *Thomson*, in: *De La Mare/Barker-Benfield* (eds.), *Manuscripts at Oxford: an exhibition in memory of Richard William Hunt (1908–1979)*, Keeper of Western Manuscripts at the Bodleian Library [...], 1980, 27 ff. (29); *Thomson*, *William of Malmesbury*, 1987, 67, 177; *Munk Olsen*, *L'étude des auteurs classiques latins aux XIe et XIIe siècles. Tome I. Catalogue des manuscrits classiques latins* [...], 1982, 374 (C.31); *Gameson*, *The Manuscripts of Early Norman England* (c. 1066–1130), 1999, 126; further, *Coma Fort* (fn. 13), 188–195; *Atzeri*, *Initium* 2008, 3 ff. (18–41).

¹⁷ A description of the content of this part of the manuscript in *Atzeri* (fn. 16), 31–36.

¹⁸ Reported in *Wilkins* (fn. 2), lv: 'I give and bequeath all and every my manuscripts [...]; as also with them a manuscript in Latin concerning Dares Phrygius, Paulus Orosius, Jordanes, and some others, together with Theodosius his Code, Pauli Sententiae, etc.'

III. The Theodosian Code in Selden's early works

The first trace of the use of the CTh by Selden can be detected in his *De diis Syris Syntagmata II* (1617).¹⁹ Here, Selden refers to the title of the CTh *De Iudaeis et Coelicolis* (Cod. Theod. 16, 8), and specifically to a constitution mentioning the *Coelicolae*.²⁰ Brief quotations appear in the *Historie of Tithes*,²¹ in which he refers to two constitutions on the duty of paying a tenth of earnings of mines and quarries.²² A few quotations can also be found in *Mare clausum*, which – although published in 1635²³ – had been written by 1618: here Selden refers to a constitution issued by Theodosius II at the request of the Bishop Asclepiades²⁴; moreover, on two different occasions, he quotes a constitution on the officers patrolling the borders of the Roman Empire.²⁵ A further reference to the CTh has been inserted in the second edition of *Mare clausum*,²⁶ where Book I.6 has been expanded with a disquisition on the Roman fleets. Here Selden recalls a title of the CTh on the *naves lusoriae*.²⁷ More quotations can also be found in his notes to the *History* composed by Eadmerus Cantuariensis.²⁸ Here he quotes²⁹ various constitutions both from the CTh³⁰ and the Code of Justinian (hereafter: CJ). Sporadic references are also found in his edition of the so-called *Marmora Arundelliana*.³¹ In commenting upon fragm. II and the right to asylum, Selden refers to the titles *De his qui ad ecclesias confugiunt* (Cod. Theod. 9, 45; C. 1, 12), and *De crimine sacrilegii* (C. 9, 29).³² As for fragm. IV, in order to explain the meaning of *Asiarcha*, Selden refers to various constitutions both from the CTh and the CJ.³³ Finally, in commenting on fragm. IX and the office of *alytarcha*,

¹⁹ John Selden, *De diis Syris syntagmata II* [...], Londini, 1617.

²⁰ Selden (fn. 19), 278 (OpOm II.1, 406): Hon./Theod. Cod. Theod. 16, 8, 19 (a. 409).

²¹ John Selden, *The Historie of Tithes*, [...], s.l. [but London], 1618. This book had sparked bitter accusations by the clergy and a long controversy.

²² Selden (fn. 21), 39 f. (OpOm III.2, 1098): Grat./Valent./Theod. Cod. Theod. 10, 19, 10 (a. 382); Grat./Valent./Theod. Cod. Theod. 10, 19, 11 (a. 384).

²³ John Selden, *Mare clausum, seu de dominio maris libri duo* [...], Londini, 1635.

²⁴ Selden (fn. 23), 83 fn. d (= OpOm 2, 2 col. 1251 fn. a): Hon./Theod. Cod. Theod. 9, 40, 24 (a. 419) = C. 9, 47, 25.

²⁵ Selden (fn. 23), 144 fn. f, 155 and fn. b (OpOm II.2, 1296 fn. g, 1306 and fn. l): Valent./Valens Cod. Theod. 7, 1, 9 (a. 367).

²⁶ John Selden, *Mare clausum, seu de dominio maris libri duo* [...], Londini, 1636.

²⁷ Selden (fn. 26), 120 fn. h (OpOm II.2, 1300 fn. l): Cod. Theod. 7, 17.

²⁸ John Selden, *Eadmeri monachi Cantuariensis historiae novorum sive sui saeculi libri VI, res gestas [...], in lucem ex bibliotheca Cottoniana emisit [...] et notas porro adiecit [...]*, Londini, 1623.

²⁹ John Selden, *Ad Eadmerum Notae*, in OpOm II.2, 1679.

³⁰ Under the titles *De spectaculis*, Cod. Theod. 15, 5; *De decurionibus*, Cod. Theod. 12, 1, and *De Iudaeis*, Cod. Theod. 16, 8.

³¹ John Selden, *Marmora Arundelliana, sive saxa Graece incisa* [...], Londini, 1628.

³² Selden (fn. 31), 126 (OpOm II.2, 1031).

³³ Selden (fn. 31), 163 (OpOm II.2, 1567): Hon./Theod. Cod. Theod. 15, 9, 2 (a. 409); 165 (OpOm II.2, 1570): Theod./Arcad./Hon. Cod. Theod. 6, 3, 1 (a. 393); Grat./Valent./Theod. Cod. Theod. 12, 1, 103 (a. 383); Constant. C. 5, 27, 1 (a. 336) and Leo C. 1, 36, 1 (a. 465).

Selden again finds testimonies in both Codes.³⁴ In all these early works, the CTh is clearly used by Selden as a source of historical, chronological and terminological information, while the legal content is little exploited.

IV. The first appearance of the manuscript of William of Malmesbury

In 1629, amidst a dispute between the House of Commons and the Crown, Selden, by now a Member of Parliament, was accused of 'sedition and contempt' and committed to the Tower.³⁵ He was later transferred to the infamous Marshalsea prison, from which he was only released in May 1630.³⁶ In the meantime, his library had been sealed, and he was even deprived of the use of pen, ink, paper and – above all – his books, being permitted only a few from his friends. Selden spent the months in prison reading the Bible, the Talmuds and Lucian. As noted by Aikin, 'Selden's literary studies at this period of his life were of a kind extremely alien from the stormy scenes in which he was politically engaged'.³⁷

The fruit of this reading was his *De successionibus in bona defuncti* (1631)³⁸ written during his 'abundant otium' in prison (so Selden).³⁹ Here Selden explores the regulations on succession in Jewish and Roman law. It is his first fully legal treatise on a private law subject, although examined from an historical perspective. In a veritable ocean of quotations of sources from every epoch, the only references to the CTh are Hon./Theod. Cod. Theod. 16, 8, 22 (a. 415) and Grat./Valent./Theod. Cod. Theod. 2, 1, 10 = C. 1, 9, 8 (a. 398),⁴⁰ which allowed the Jews to follow their own laws; and to Theod./Valent. Cod. Theod. 16, 8, 28 (a. 426),⁴¹ forbidding Jews and Samaritans to disinherit their children and grandchildren for converting to Christianity. As in his previous works, Selden quotes these sources in a somewhat uncritical way, without really examining their legal content.

However, a significant change can be detected in the second, revised edition, published in 1636.⁴² Here for the first time Selden explicitly mentions his manuscript of the LRV. It may therefore be inferred that Selden acquired it between 1631 and 1636. The most relevant additions are already in the first few pages, in which more references to other laws on the Jews have been added.⁴³ One of

³⁴ Selden (fn. 31), 172 (OpOm II.2, 1577): Grat./Valent./Theod. Cod. Theod. 10, 1, 12 (a. 379); Hon./Theod. Cod. Theod. 15, 9, 2 (409); Leo C. 1, 36, 1 (a. 465) and Theod./Valent. C. 11, 78, 2 (s.d.).

³⁵ Aikin (fn. 1), 70 f.

³⁶ Aikin (fn. 1), 78.

³⁷ Aikin (fn. 1), 72 f.

³⁸ John Selden, *De successionibus in bona defuncti, seu iure haereditario* [...], Londini, 1631.

³⁹ *Ibid.*, I. In the second edition, the reference to the prison is omitted.

⁴⁰ Selden (fn. 38), III f.

⁴¹ Selden (fn. 38), IV.

⁴² John Selden, *De successionibus in bona defuncti ad leges Ebraeorum liber singularis. Editio altera, correctior et multum auctior. Accedunt eiusdem de successione in pontificatum Ebraeorum libri duo* [...], Londini, 1636.

⁴³ Selden (fn. 42), IV f. (OpOm II.1, iii): Grat./Valent./Theod. C. 1, 9, 8; Arcad./Hon. Cod. Theod. 2, 1, 10 (a. 398); Cod. Theod. 16, 8.

them, namely Arcad./Hon. Cod. Theod. 2, 1, 10 (a. 398), imposing the application of Roman law in cases in which the Jewish religion was not at issue, is closely analysed. Selden – citing his manuscript – points out some philological aspects of the text of this imperial enactment:

‘Iudaeos quidem omnes *Romano communi more viventes* (sic lege ex Ms. meo codice; non *iure*, ut in editis) [...]; sic interim, ut *si qui* [...] *tanquam cognitoris arbitrio fuerint attributae*. Ita leguntur postrema rescripti verba in Codice meo Theodosiano Ms. sed acephalo, quem ante annos CCCC abbreviationi suae de gestis imperatorum, [...] subiunxit Guilielmus Malmesburiensis monachus. Editus Theodosianus habet *tanquam ex sententia cognitoris arbitri fuerint attributi*. [...]. Verum Codex meus ms. pro eo, quod est *apud Iudaeos vel patriarchas*, habet *apud iudices vel patriarchas*. Contra receptissimam utriusque codicis editi lectionem.’

In comparing the printed editions of the CTh with the version of this constitution in his manuscript, Selden simply reports its variant readings, without passing judgment on their value. But he also gives some details about the manuscript itself and its content.

The manuscript is also used in relation to the law of succession of the Jews and Samaritans. On this topic, in the 1631 edition Selden had not referred to any Roman legal source, but in the second edition he added the following lines:

‘Et observandum est illud D. Theodosii in Novellis tit. 3 ubi *Neminem Iudaeum, neminem Samaritam* (seu ut in Ms. meo *Samaritanum*) *neutra lege constantem*, etc.’⁴⁴

This refers to Nov. Theod. 3 (a. 438), which, among other disabilities, excluded both Jews and Samaritans from higher office. In the first edition of the *De successionibus*, Selden had passed this over, but now he notes some textual discrepancies between the manuscript and the printed versions. It cannot be said that the reading ‘Samaritanum’ instead of ‘Samaritam’ made a substantial difference, but it is a manifestation of Selden’s philological orientation.

V. The Theodosian Code in Selden’s ‘Oriental’ writings (1640–1649)

Selden’s further research on Oriental – mainly rabbinical – law led him to publish a significant number of renowned treatises. Here he made increasing use of the CTh and of his own manuscript. In 1640, Selden published his *De iure naturali et gentium*.⁴⁵ The panoply of Roman legal sources employed has inevitably increased, and Selden also makes use throughout this work of the CTh and the post-Theodosian Novels. His manuscript plays an important role. To give one example, in Book III.19, dedicated to questions of chronology, Selden recalls a constitution forbidding the conduct of business in court on a Sunday. Selden’s manuscript presented some readings which were different from those in the printed edition:

⁴⁴ Selden (fn. 42), 99 (OpOm II.1, 74).

⁴⁵ John Selden, *De iure naturali et gentium iuxta disciplinam Ebraeorum libri septem*, Londini, 1640.

‘Constantini Magni [...] rescriptum: *sicut indignissimum videbatur, diem Solis* (insertitur ibi, in Guilielmi Monachi Malmesburiensis, quae habeo MS. Excerptis e codice Theodosiano, *quem dominicum dicimus*) *venerationis suae* (ex MS. corrige *veneratione sui celebrem* etc.’⁴⁶

The variant reading ‘veneratione sui’ sounded more convincing to Selden, who did not hesitate to suggest emending the printed editions accordingly. The reading was in fact to be confirmed in due course by other manuscripts and adopted by subsequent editors of the CTh.

Various constitutions from the CTh are also quoted in the commentary to the *editio princeps* of Eutychius’s *History*, published by Selden in 1642.⁴⁷ References to the CTh – mostly to Book XVI – are also scattered throughout Selden’s *De anno civili* (1644).⁴⁸ Neither of these two works, however, shows any reference to Selden’s manuscript.

In 1646, there appeared Selden’s *Uxor ebraica*,⁴⁹ in which the complex regulation of women in ancient law is examined. Here numerous Roman legal sources have not only been quoted, but – unlike in most of the previous works – analysed in detail, and their content discussed, while their text is also subject to philological scrutiny. In Book III.12, on adultery, Selden deals with Nov. Maior. 9 (a. 459). This Novel had been recovered (along with others) and published in 1571 by the French humanist Pierre Pithou,⁵⁰ and since then was included in editions of the CTh. However, according to Selden, its printed text was still not free from errors, so that he considered it worth transcribing the whole text ‘e codice meo pervetusto qui Guilielmi erat monachi Malmesburiensis’,⁵¹ which exhibited some significant variant readings. In actual fact the quality of these readings is inferior, with the exception of the *subscriptio* of the constitution, i.e. its date of issue. In this latter regard Selden puts forward convincing arguments in favour of the reading of his manuscript,⁵² which was adopted in subsequent editions.

In Book III.28, on divorce, Selden reports the printed text of a constitution of Constantine on *repudium*,⁵³ writing in the notes the variant readings of his manuscript. One of them, namely *dissolutorem*, passed into future editions of the Code. Another application of the manuscript by Selden concerns a constitution issued in 333 by Constantine on the jurisdictional power of bishops. In the printed editions of the CTh, it was located, together with two more consti-

⁴⁶ Selden (fn. 45), 407 (OpOm I.1, 389): Const. Cod. Theod. 2, 8, 1 (a. 321).

⁴⁷ John Selden, Eutychii Aegyptii, patriarchae Orthodoxorum Alexandrini, [...] Ecclesiae suae origines, [...], Londini, 1642.

⁴⁸ John Selden, De anno civili et calendario veteris ecclesiae seu reipublicae Iudaicae dissertatio [...], Londini, 1644.

⁴⁹ John Selden, Uxor Ebraica, seu de nuptiis et divortiis, ex iure civili, id est divino et Talmudico, veterum Ebraeorum libri tres, [...]. Accedunt non pauca de contrahendis solvendisque matrimoniis paganorum, Mahumedanorum atque Christianorum, idque ex jure tum caesareo [...], Londini, 1646.

⁵⁰ Pierre Pithou, Imperatorum Theodosii Valentiniani Maioriani Anthemii novellae constitutiones XLII nunc primum in lucem editae, Lutetiae, 1571.

⁵¹ Selden (fn. 49), 388 (OpOm I.2, 739).

⁵² Selden (fn. 49), 390 (OpOm I.2, 739 f.).

⁵³ Const. Cod. Theod. 3, 16, 1 (a. 331).

tutions, at the end of Book XVI under the title *de episcopali iudicio*, with the caveat that such a title did not in fact belong to the Code itself. In 1631, the French Jesuit Jacques Sirmond published an independent collection of 16 constitutions of this kind,⁵⁴ which also included (as Sirm. 1) the constitution of Constantine mentioned above. Selden's manuscript presented those three constitutions as well, located in Book XVI of the CTh under the apparently new title 12 *de episcopis, ecclesiis et clericis*⁵⁵ (which may be due to the pen of William of Malmesbury). Finally, Nov. Theod. 12 (a. 439), on divorce, was also collated by Selden against his manuscript: here again, he retained the edited text, merely writing as marginal notes six variant readings found in his manuscript,⁵⁶ some of which were adopted in subsequent editions of the Novels.

VI. The Theodosian Code in Selden's 'European Legal History'

In 1647, another of Selden's masterpieces saw the light: the *editio princeps* of *Fleta*, an early treatise on the common law of England. This was accompanied by a short, but very valuable legal-historical treatise by Selden, the *Dissertatio ad Fletam*.⁵⁷ In the words of Ernst, Selden's *Dissertatio* is 'nothing less than a comprehensive history of European law, from late antiquity to the middle of the seventeenth century', and a 'pioneering work of advanced historical research'.⁵⁸ As stated by Ernst,

'For Selden, only one strand of Imperial law stood out that had continued to enjoy the status of living law, and that was the Theodosian Code, as it had been integrated into the Lex Romana Visigothorum. He stresses that Justinian's codification had not displaced the Theodosian Code.'⁵⁹

The CTh is first duly listed⁶⁰ among the sources of the *Jus Caesareum*. But it is in Ch. V that Selden dedicates two Sections (V.2 and 3) to the CTh, attributing to it an unprecedented importance. In V.2, he also deals with the question of the date of Nov. Theod. 1 (which will be discussed in § VIII, below). The whole Section V.5 is then dedicated to demonstrating Selden's contention, according to which Roman law in Western Europe was for centuries represented by the *Theodosiana iura*, as received in the LRV and in other barbarian codifications, rather than by the Justinianic compilation. His opinion was based on his unique knowledge of the medieval sources, often derived from manuscripts and archival doc-

⁵⁴ Jacques Sirmond, Appendix Codicis Theodosiani novis constitutionibus cumulator [...], Parisiis, 1631.

⁵⁵ Selden (fn. 49), 563 f. (OpOm I.2, 830).

⁵⁶ Selden (fn. 49), 566 (OpOm I.2, 831 f.).

⁵⁷ John Selden, *Fleta, seu commentarius juris Anglicani* [...] nunc primum typis editus. Accedit tractatus vetus [...] *Fet assavoir* dictus. Subjungitur [...] ad *Fletam* dissertatio historica, Londini, 1647.

⁵⁸ Ernst (fn. 7), 17 f.

⁵⁹ Ernst (fn. 7), 21. See also the analysis at 22–26.

⁶⁰ Selden (fn. 57), 455 (OpOm II.2, 1037).

uments. These revealed that Justinian law had not penetrated the West before the 12th cent. Among various pieces of evidence, Selden quotes the punishment of homosexual acts by ‘burning at the stake’, foreseen in a constitution included in the CTh⁶¹ but not in the CJ. It followed that any mention of this punishment in medieval sources could only derive from the former. Selden again reports⁶² the version of this constitution found in his manuscript, which had a number of better readings than those found in contemporary printed texts.

In Section V.6 Selden goes on to demonstrate how canon law legislators and writers made frequent use of the CTh. Here he again refers to those imperial constitutions collected under the title *De episcopali iudicio*, dealing once more with the question of the original structure of Book XVI of the CTh.⁶³ In the course of this discussion, he dates his manuscript to the year 1120,⁶⁴ a date which is not far from modern attributions. In discussing the crucial question of the jurisdictional power of bishops, more examples of the continuous use of the CTh rather than the CJ are given by Selden, and further references to the manuscript are made. Finally, Selden deals (in Ch. VII) with the reception of Roman law in Britain. For the 12th cent., what better example could be cited than the use of the CTh – or rather the LRV – by William of Malmesbury?⁶⁵ Even though William knew of the existence of the CJ, he had selected for his ‘universal history’ the CTh.⁶⁶ On this occasion, Selden also gives a very detailed description of his manuscript and of its particular features.⁶⁷

VII. The Theodosian Code in Selden’s last ‘Oriental’ study *De synedriis*

In his last years, Selden returned to his beloved ‘Oriental’ studies. In his treatise *De synedriis*, he reconstructs 4,000 years of the history of jurisdiction regarding the Jews. He lived to see only the first two volumes of his work published, in 1650⁶⁸ and 1653 respectively,⁶⁹ the third appearing a year after his death, in 1655.⁷⁰ In this work, Selden’s historical and comparative method is very much to the fore. Due to the numerous imperial statutes enacted by the Christian Emperors on religious matters in general, and on the legal position of the Jews in particular, references to the CTh are frequent. Here too, Selden often uses Wil-

⁶¹ Valent./Theod./Arcad. Cod. Theod. 9, 7, 6 (a. 390).

⁶² Selden (fn. 57), 490 (OpOm II.2, 1066).

⁶³ Selden (fn. 57), 491 (OpOm II.2, 1068).

⁶⁴ Selden (fn. 57), 493 (OpOm II.2, 1069).

⁶⁵ Selden (fn. 57), 506 f. (OpOm II.2, 1081).

⁶⁶ Selden (fn. 57), 507 f. (OpOm II.2, 1082).

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ John Selden, *De synedriis et praefecturis iuridicis Ebraeorum liber primus*, Londini, 1650. I will only cite it from the Opera Omnia.

⁶⁹ John Selden, *De synedriis et praefecturis iuridicis Ebraeorum liber secundus*, Londini, 1653.

⁷⁰ John Selden, *De synedriis et praefecturis iuridicis Ebraeorum liber tertius*, Londini, 1655.

liam's manuscript as a quarry for new readings, constantly collating its text with that of the printed editions.

A key-provision was found in a constitution issued in 398,⁷¹ which regulated the jurisdiction to which the Jews were subjected. Selden, who had already examined it in the second edition of his *De successionibus*, reconstructs its application and reception in later legal sources. He reports⁷² the text as given in the printed editions of the CTh, adding all the variant readings derived from his manuscript. Inevitably, Selden had also to deal with the jurisdiction of bishops. Numerous other constitutions from the CTh are quoted, including the three constitutions *de episcopali iudicio* appended to the Code. For Sirm. 1 (a. 333) he also refers to his manuscript.⁷³ Another occasion for providing some new variant readings is the analysis of Valens/Grat./Valent. Cod. Theod. 16, 2, 23 (a. 376) on jurisdiction in ecclesiastical matters:

*'Qui mos est, inquit, causarum civilium, idem in negotiis ecclesiasticis obtinendus est (sic Ms. meus codex uti et Baronius; ubi editi habent obtinendi) [...] aut inlustribus potestatibus audienda (sic Ms. ubi editi Audientia) constituit.'*⁷⁴

The readings derived from the manuscript were in fact of better quality, and have all been adopted in modern editions of the CTh. From his manuscript Selden also reports the whole text of Sirm. 3 (a. 384?), claiming that the version in his manuscript was superior to that published by Sirmond.⁷⁵

In volume II, Selden focuses on various aspects of civil, criminal and religious jurisdiction in Jewish as well as Roman law. The references to the CTh are again numerous. This applies especially to those constitutions concerning the recognition of the special jurisdiction of the Jews and their *patriarchae*, and to the introduction of analogous jurisdictional powers for the Christian bishops. The CTh, and particularly Book XVI, is considered by Selden essential for reconstructing the historical development of these regulations, and some citations of the manuscript can be found here as well. In Ch. XI.6, dedicated to oaths sworn by Christians, Selden notes that, on one occasion, the text of a constitution had been substituted in his manuscript by its *interpretatio*:⁷⁶ a phenomenon which was typical of the epitomes of the LRV. Moreover, in the *Addenda*,⁷⁷ Selden observes that the addressee of the constitution Valens/Grat./Valent. Cod. Theod. 2, 2, 1 (a. 376) was indicated in his manuscript as the praetorian prefect *Bassus*, instead of (the *praefectus Urbi*) *Graecum* or – as in the CJ⁷⁸ – *Gracchum*, both readings found in the printed editions. He then reports the final lines of the same constitution, which again differed in some points from the version in the printed editions.

⁷¹ Arcad./Hon. Cod. Theod. 2, 1, 10 (a. 398).

⁷² Selden (fn. 68), in OpOm I.2, 865.

⁷³ Selden (fn. 68), in OpOm I.2, 956.

⁷⁴ Selden (fn. 68), in OpOm I.2, 965 f.

⁷⁵ Selden (fn. 68), in OpOm I.2, 968.

⁷⁶ Selden (fn. 69), 489 (OpOm I.2, 1471).

⁷⁷ Selden (fn. 69), 740 (OpOm I.2, 1492).

⁷⁸ Valens/Grat./Valent. C. 3, 5, 1 (a. 376).

VIII. The date of Nov. Theod. 1 and the promulgation of the Theodosian Code

One of Selden's major contributions in this field was the revised dating of Nov. Theod. 1, the provision by which Theodosius II promulgated his Code. According to the manuscript tradition, this provision appeared to have been issued in the 15th ('XV') consulship of the Emperor Theodosius, i.e. 435 AD. In his *Dis-sertatio ad Fletam*, Selden was the first to cast doubt on this date, since his manuscript had the variant reading 'XVI' for the consulship. In Selden's opinion, 'XVI' indicated the correct date, whereas the printed editions were all in error. Accordingly, the year of this constitution – and of the promulgation of the CTh – had to be changed to 438 AD.⁷⁹ Selden also reconstructs the dual consulships between the years 435 and 438, making use of some constitutions found in the CTh; itself an indication that it could not have been promulgated before 438. Every other author who had dealt with the subject, including several eminent scholars, was therefore in error.⁸⁰

A look at the *subscriptio* of this Novel in the early printed editions will make the importance of Selden's contribution clear. In the 1528 edition produced by Sichardus⁸¹ the *subscriptio* of Nov. Theod. 1⁸² reads: 'Data XV. Cal. Martij, Constantinopoli, Theodosio Aug. XV. Cos.',⁸³ i.e. 15th February 435 AD.⁸⁴ The same consulship is also repeated by Cujas in both his first⁸⁵ and second, revised edition⁸⁶ (the only change being the addition of 'et qui fuerit nuntiat' in the *subscriptio*). The same pattern is followed by the editions Aurelianae Allobrogum 1586,⁸⁷ Lugduni/Genevae 1593⁸⁸ (in fact largely a re-issue of the former), and Parisiis 1607.⁸⁹ To sum up, none of the editors of the CTh had ever expressed any doubt about that reading, and hence that the CTh had been promulgated in 435 AD. As we now know, Selden and his manuscript were right, and the date 438 has been adopted in all subsequent printed editions.

⁷⁹ Selden (fn. 57), 482 (OpOm II.2, 1060).

⁸⁰ Selden (fn. 57), 483 (OpOm II.2, 1060).

⁸¹ Ioannes Sichardus, Codicis Theodosiani Libri XVI, quibus (!) sunt ipsorum principum auctoritate adiectae Novellae [...], Basileae, 1528.

⁸² Here transposed to the beginning of the text of the Code.

⁸³ Sichardus (fn. 81), 1v.

⁸⁴ It was the day, rather than the year, which seemed to present some variants in the manuscript tradition.

⁸⁵ Cujas (fn. 13), 527.

⁸⁶ Cujas (fn. 14), 531.

⁸⁷ Codicis Theodosiani libri XVI, [...] haec omnia curante Iac. Cuiacio, Aurelianae Allobrogum, 1586, 523. Although attributed to Cujas in the title, this edition was prepared by an anonymous editor in Geneva: see Atzeri (fn. 13), passim.

⁸⁸ See above, fn. 13, 523.

⁸⁹ Jacques Cujas, Codicis Theodosiani libri XVI, [...] Omnia ex veteribus libris auctiora aut emendatiora [...], Parisiis, 1607, 531.

The date of Nov. Theod. 1 has also been duly corrected in the edition of the CTh prepared by J. Godefroy⁹⁰ (Iacobus Gothofredus, 1587–1652), but only on the basis of his own reconstruction and conjecture.⁹¹ Some of Selden's published works are cited by Godefroy, and it even appears that a few readings of the manuscript had been communicated to him.⁹² In this case, however, he overlooked Selden's treatment citing the correct manuscript reading. This also escaped the attention of J.D. Ritter (1709–1775) when preparing a new, updated edition of Godefroy's work.⁹³

The re-dating of the promulgation of the CTh is doubtless the most spectacular example, but numerous other variant readings in Selden's manuscript, all diligently noted by him in his 'working copy' now in the Bodleian,⁹⁴ have in the meantime contributed to improving the text of this Novel.

IX. Selden's use of the Theodosian Code emerges from obscurity?

Both the singularity and the importance of Selden's manuscript of the LRV eventually ceased to go unnoticed by scholars. In 1831 the German jurist Witte⁹⁵ published a dissertation dedicated to Selden's manuscript.⁹⁶ Witte had been working on the subject for some time, but before publication generously put his notes at the disposal of Chr. G. Haubold, the famous Leipzig professor. After Haubold's death, the jurist Wenck in collaboration with Stieber edited the second volume of the *Opuscula Academica* of the deceased. This appeared in 1829,⁹⁷ two years before Witte's dissertation. In its extensive preface, written by Stieber, all the known manuscripts of the LRV were listed and described, including Selden's manuscript, for which the editors used the unpublished notes given by Witte to Haubold.⁹⁸

Even if Witte was thus anticipated in revealing the importance of Selden's manuscript, the originality of his dissertation remains. His work first goes into

⁹⁰ Jacques Godefroy, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis Iacobi Gothofredi [...] opus posthumum [...] opera et studio Antonii Marvillii [...]*, vols. I–VI, Lugduni, 1665.

⁹¹ Godefroy (fn. 90), vol. I, clxxviii, clxxxv.

⁹² Mainly referring to the constitutions in Cod. Theod. 1.2 and to the *extravagans constitutio* Sirm. 3.

⁹³ *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis Iacobi Gothofredi [...]*, recognitum et ordinatum [...] opera et studio Antonii Marvillii [...] editio nova [...], iterum recognita, emendata, variorumque observationibus aucta, quibus adiecit suas Ioan. Dan. Ritter, vols. I–VI, Lipsiae, 1736 etc. Ritter retained the prolegomena, text and notes of Godefroy, at the same time adding an extensive apparatus of notes of his own: the two sets of notes are clearly distinguished.

⁹⁴ See above, fn. 13.

⁹⁵ By that time, he was already Professor in Breslau.

⁹⁶ Witte, *De Guilelmi Malmesburiensis codice Legis Romanae Wisigothorum dissertatio [...]*, s.d. (but 1831).

⁹⁷ Haubold, *Opuscula Academica ad exempla a defuncto recognita partim emendavit partim auxit [...]* Car. Frid. Christian. Wenck [...] eoque defuncto absolvit Frid. Car. Gust. Stieber, vol. II, 1829, CXXXV–CXXXVII (No. 64) (CXXXVI and fn. *).

⁹⁸ Stieber, *Praefatio* to Haubold (fn. 97), CXXXVI fn. *.

the history of both the manuscript tradition and the printed editions of the LRV, describing the progressive recovery of the full version of the CTh, and of all the post-Theodosian Novels. Witte then focuses on Selden's manuscript, giving first a detailed description of William's 'History',⁹⁹ then moving on to its 'appendix', i.e. the LRV in its enlarged version. He also provides¹⁰⁰ a list of all the Novels transmitted by this manuscript, followed at the end by a list of the citations in Selden's works of the various sources of the LRV, above all those reporting new readings from his manuscript.¹⁰¹ In the end, Witte's list is far from complete; his interest, after all, was in the manuscript itself, not in Selden's use of it.

X. Conclusion

It is true that Selden was neither a supreme textual scholar, like Bentley, nor a great jurist like Coke. He was a *Universalgelehrter* at the conjunction of law and history. Confronted by the depth of learning displayed by Selden, we can sometimes sympathise with Hazeltine's comment on one of his early works: 'though marked by great learning', it presents 'the sources in a partly indigested form'.¹⁰² Yet, on closer examination, Selden's citation of the CTh goes far beyond mere erudition. The CTh provided abundant and very valuable material for Selden's 'Oriental' studies as well as in many other fields. Its text was subjected to careful scrutiny – and often improved – through the use of Selden's precious manuscript of William of Malmesbury. The CTh was one of the main fields in which Selden's philological competence and his scientific approach to the sources was developed. The patient eradication of errors and misreadings was inherent in his concept of history, directly derived from the sources. The CTh, in the form it assumed within the LRV, was considered by Selden to be the pillar on which, in the West, the law in the Middle Ages rested. In his analysis, from the 5th cent. and for many centuries thereafter, both on the continent of Europe and to some extent (through Canon law) on British soil as well, Roman law was synonymous with the Code of Theodosius II, rather than with the compilation of Justinian I. This was an original and challenging insight, for which Selden deserves wider acknowledgement.

If, as contended by Ernst, '[f]or the historical identity of the average civilian, the Theodosian Code was and has remained but a footnote in the evolution of law in Europe, at least outside France',¹⁰³ Selden provides a singular exception to this rule.

⁹⁹ Witte (fn. 96), 13–20.

¹⁰⁰ Witte (fn. 96), 30.

¹⁰¹ Witte (fn. 96), 33–36.

¹⁰² Hazeltine (fn. 4), 106.

¹⁰³ Ernst (fn. 7), 23.

Kollektive Entscheidungsparadoxien

Eine Handreichung für Juristen

Marietta Auer

I. Rationalität kollektiver Entscheidungen als Lebensthema

Es gibt kaum eine Materie des Privatrechts, in der Wolfgang Ernst nicht seine Spuren hinterlassen hat, und zwar immer so, dass er sich die anspruchsvollsten Aspekte des jeweiligen Themas herausucht und diese dann aus mindestens drei Dimensionen – der klassischen Zivilrechtsdogmatik, dem römischen Recht sowie der Zivilrechtsvergleichung – bearbeitet. Dies aus einer ebenso einzigartigen biographischen Perspektive heraus, die Spitzenpositionen in der Rechtswissenschaft in drei Rechtssystemen – Deutschland, Schweiz, Großbritannien – miteinander verbindet. Kaum der Erwähnung wert, dass all dies regelmäßig dreisprachig stattfindet. Wo gibt es so etwas noch einmal? Wie soll man dieser Ausnahmeposition in Werk und Biographie gerecht werden?

Wir versuchen es wie folgt: Wir nehmen uns eines der nach unserer Auffassung anspruchsvollsten Themen aus dem Werk des Jubilars heraus und versuchen nichts weiter, als zu zeigen, dass Wolfgang Ernst recht hat mit seiner Intuition, dass es sich dabei um eine der interessantesten Fragestellungen handelt, die man mit den Mitteln der Rechtswissenschaft adressieren kann. Die Frage, um die es hier gehen soll, ist weit über Deutschland hinaus als universelle Frage rationalen Rechts- und Gesellschaftsdenkens relevant. Sie stellt sich in den Rechtsordnungen des Common Law nicht anders als in historischen Rechtsschichten bis zurück zum römischen Recht. Sie begegnet auf Schritt und Tritt, wo immer Menschen gemeinsame Entscheidungen treffen. Nicht zuletzt kann es keine halbwegs anspruchsvolle Diskussion moderner Rechtsstaatlichkeit und demokratischer Entscheidungsverfahren geben, ohne sich mit dieser Frage zu befassen. Gemeint ist die Frage nach der Rationalität kollektiver Entscheidungsverfahren. Im Werk von Wolfgang Ernst kehrt sie im Zusammenhang von Abstimmungsentscheidungen in Gremienorganen mit beharrlicher Regelmäßigkeit wieder. Neben dem Jubilar gibt es kaum einen anderen Rechtswissenschaftler,

der sich mit dieser Frage ebenso systematisch befasst und dabei ihren universellen Charakter im Blick hat.¹

Der Beitrag der folgenden Zeilen wird sich vor diesem Hintergrund darauf beschränken, die universelle Bedeutung dieser Frage ein weiteres Mal zu unterstreichen und dabei eine unter Rechtswissenschaftlern seltsamerweise immer noch kaum bekannte Perspektive ins Spiel zu bringen: die der Sozialwahltheorie bzw. der Theorie kollektiver Entscheidungen (*social choice theory* bzw. *theory of collective choice*).² Begründet wurde diese „heimatlose“ Disziplin zwischen Mathematik, Logik, Wohlfahrtsökonomik und politischer Theorie maßgeblich von Kenneth Arrow, einem der profiliertesten Ökonomen des 20. Jahrhunderts. Dem Wirtschaftsnobelpreisträger des Jahres 1972 gelang in seiner bahnbrechenden Dissertation von 1951 der später als *Arrowsches Unmöglichkeitstheorem* bekannt gewordene Beweis, dass sich auf der Grundlage anscheinend moderater Rationalitätsbedingungen schon ab drei zur Auswahl stehenden Alternativen kein widerspruchsfreies kollektives Entscheidungsverfahren mehr konstruieren lässt.³ Für den Sonderfall einer Entscheidung zwischen genau zwei Alternativen konnte Arrow zwar beweisen, dass die Mehrheitsentscheidungsregel eine sogenannte *kollektive Wohlfahrtsfunktion* darstellt, die den sogleich noch näher zu erläuternden Rationalitätsbedingungen *positive Reaktion*, *Unabhängigkeit von irrelevanten Alternativen*, *Freiheit der Wahl* und *Ausschluss der Diktatur* genügt.⁴ Das Problem beginnt jedoch dort, wo zwei oder mehr Beteiligte über drei oder mehr Alternativen abstimmen. Ab dieser Größenordnung gilt das Arrowsche Unmöglichkeitstheorem, das besagt, dass es aus logischen Gründen kein kollektives Entscheidungsverfahren geben kann, das alle soeben genannten Rationalitätsbedingungen gleichzeitig widerspruchsfrei erfüllt.

Was das in der Praxis bedeutet, weiß jeder, der sich schon einmal mit Entscheidungsverläufen in Kollektivorganen befasst hat, seien es Parlamente, Ausschüsse, Richterbänke, Betriebsräte, Aufsichtsräte, Mitgliederversammlungen oder gleich der ganze aus den Mitgliedern des Wahlvolks zusammengesetzte Souverän. Wer kennt sie nicht, die Pattfälle, die sich nur durch Stichentscheid auflösen lassen, in dem plötzlich die unwahrscheinlichste Alternative zum Zuge kommt? Wer wüsste nicht zu berichten von der Pfadabhängigkeit konsekutiver

¹ Ernst, JZ 2012, 637 ff.; ders., Justiz – Justice – Giustizia 2012, 1 ff.; ders., in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1 ff.; ders., in: FS für Jan Schröder, 2013, 309 ff.; ders., in: FS für Boudewijn Sirks, 2014, 161 ff.; ders., Fundamina 2014, 240 ff.; ders., SZ RomAbt 132 (2015), 1 ff.; ders., Glossae 15 (2018), 81 ff.; ders., in: FS für Karsten Schmidt, 2019, 261 ff.; ders., in: FS für Wolfgang Portmann, 2020, 147 ff.; ders., ZIP 2020, 889 ff.; ders., in: Häcker/Ernst (Hrsg.), Collective Judging in Comparative Perspective (2020), 1 ff.; ders., AcP 223 (2023), 170 ff.; monographisch ders., Kleine Abstimmungsfiel. Leitfaden für die Versammlung, 2. Aufl. 2023; in französischer Sprache: ders., Le vote en assemblée. Exemples, conseils et bonnes pratiques, 2016.

² Dazu etwa Sen, Collective Choice and Social Welfare, 1970; Kern/Nida-Rümelin, Logik kollektiver Entscheidungen, 1994; aus rechtswissenschaftlicher Sicht Auer, ARSP 88 (2002), 1 ff.

³ General Possibility Theorem; grundlegend Arrow, Social Choice and Individual Values, 2. Aufl. 1963 [1. Aufl. 1951], 97 ff.; davor bereits ders., Journal of Political Economy 58 (1950), 328 ff.

⁴ Possibility Theorem for Two Alternatives; Arrow, Social Choice (Fn. 3), 48.

Abstimmungsvorgänge, einem klassischen Spielfeld taktischer Abstimmungsgestaltung? Wer hat sie nicht schon erlebt, die zyklischen Präferenzen, bei denen jeder einzelne Beteiligte genau weiß, was er will, man sich aber in der gemeinsamen Entscheidung irgendwie im Kreis dreht und nicht weiterkommt? Diese Fälle sind keineswegs selten. Zyklische Präferenzen, um die es gleich noch näher gehen soll, treten bereits bei drei Beteiligten und drei Alternativen in knapp 6 % aller Fälle auf. Mit steigender Zahl von Alternativen tendiert diese Wahrscheinlichkeit gegen den Wert Eins. Ebenso steigt sie mit der Zahl der an der Abstimmung Beteiligten: Bei fünf Beteiligten und acht Alternativen enden etwa ein Drittel aller Fälle in zyklischen Abstimmungsergebnissen, also einem unentscheidbaren Patt.⁵ Entscheidungen in Kollektivorganen sind also – das lehrt die Sozialwahltheorie – aus logischen Gründen unheilbar fragil, und zwar buchstäblich umso mehr, je mehr auf dem Spiel steht: je größer die Gruppe der Entscheidungsträger, je höher die Zahl der Optionen, je breiter die Spannweite der beteiligten Interessen. Das Recht muss darauf reagieren, wie es der Jubilar in vielen Schriften vorgemacht hat: durch die rechtliche Ausgestaltung möglichst willkürfreier kollektiver Entscheidungsverfahren.

Im Folgenden sollen im Wege einer Handreichung für Juristen drei klassische Probleme der Sozialwahltheorie vorgestellt werden: das seit Jahrhunderten bekannte *Condorcet-Paradoxon*, benannt nach dem französischen Aufklärer und Mathematiker Marie Jean Antoine Nicolas Caritat Marquis de Condorcet (1743–1794), sodann das bereits erwähnte *Arrow'sche Unmöglichkeitstheorem*, das die Erkenntnis des Condorcet-Paradoxons verallgemeinert, sowie schließlich das von Amartya Sen formulierte *Paradox des Liberalismus*, das die Bedeutung der Sozialwahltheorie auf die Ebene der politischen Theorie hebt.

II. Das Condorcet-Paradoxon

Zunächst also zur französischen Aufklärungsmathematik.⁶ Als Condorcet-Paradoxon wird die folgende Entscheidungssituation bezeichnet, in der es auf der Grundlage der Mehrheitsregel nicht gelingt, aus transitiven individuellen Präferenzen zwischen drei zur Auswahl stehenden Optionen eine transitive kollektive Entscheidung zu aggregieren. Transitiv ist eine Relation R zwischen drei Elementen x, y, z einer Menge dann, wenn aus xRy und yRz folgt, dass xRz ; es handelt sich also um eine fundamentale Bedingung logischer Widerspruchsfreiheit der entsprechenden Relation.⁷ Diese Bedingung verletzt das Mehrheitsverfahren in folgender Situation, in der drei Beteiligte A, B und C zwischen drei

⁵ Statistik nach *Gehrlein/Fishburn*, *Journal of Economic Theory* 13 (1976), 14 ff.; dazu auch *Kern/Nida-Rümelin* (Fn. 2), 31; *Auer*, ARSP 88 (2002), 1, 6 m.w.N.

⁶ Grundlegend für die Wiederentdeckung dieser historischen Diskussion waren die Arbeiten von Duncan Black, der damit neben Arrow als einer der Begründer der modernen Sozialwahltheorie gilt. Vgl. *Black*, *The Theory of Committees and Elections*, 1958.

⁷ *Encyclopedia of Mathematics*, Lemma „Transitive Relation“, https://encyclopediaofmath.org/wiki/Transitive_relation (17.11.2025).

Alternativen x , y und z zu entscheiden haben und sich dabei jeweils mit ihren individuell transitiven Präferenzen (gekennzeichnet durch das Symbol $>$) an dem Abstimmungsvorgang beteiligen:⁸

A: $x > y > z$

B: $z > x > y$

C: $y > z > x$

Bei dieser Abstimmung bevorzugt eine Mehrheit, nämlich A und B, x gegenüber y . Zugleich bevorzugt eine Mehrheit, nämlich A und C, auch y gegenüber z . Aus diesen aggregierten Präferenzen $x > y$ und $y > z$ folgt jedoch gerade nicht, dass die Mehrheit damit auch x gegenüber z bevorzugt. Vielmehr gilt das Gegenteil: Eine weitere Mehrheit, nämlich B und C, bevorzugt z gegenüber x . Aus den transitiven individuellen Präferenzen folgt also keine transitive kollektive Präferenzordnung, da gleichzeitig $x > y$, $y > z$ und $z > x$ gilt. Es entsteht damit eine endlos iterierbare zyklische Folge von kollektiven Präferenzen: $x > y > z > x$ usw. Die Abstimmung gelangt zu keinem Ergebnis, da sich gegen jede Alternative im paarweisen Vergleich mit einer der beiden anderen stets eine relative Mehrheit finden lässt. Mit anderen Worten und etwas technischer: Das hier zur Anwendung kommende Condorcet-Verfahren, bei dem alle Alternativen paarweise mit allen anderen verglichen und damit auch zweite und dritte Präferenzen gleichmäßig berücksichtigt werden, liefert nicht in allen Fällen einen sog. Condorcet-Sieger, der jeder anderen Alternative im paarweisen Vergleich überlegen ist. Diese Fälle enden mithin in einem Patt und werden in der Praxis etwa durch Stichentscheid zwischen den beiden relativ bestplatzierten Alternativen gelöst. Das Problem dieser Lösung ist jedoch, dass es – wie die Zyklicität der Präferenzen zeigt – keinen guten Grund gibt, den Stichentscheid gerade zwischen *diesen* beiden Alternativen stattfinden zu lassen.

Nun ist diese Schwäche des Condorcet-Verfahrens spätestens seit dem 18. Jahrhundert bekannt. Mindestens ebenso lange wird bereits über mögliche Abhilfemechanismen diskutiert. Zu diesen gehört das sog. *Borda-Verfahren*, benannt nach Condorcets Zeitgenossen und Kontrahenten Jean-Charles de Borda (1733–1799).⁹ Bei der vom *Eurovision Song Contest* bekannten Borda-Wahl werden die individuellen Präferenzen anders als beim Condorcet-Verfahren nicht nur in eine Reihung gebracht, sondern ordinal gewichtet, so dass die individuell bestplatzierte Alternative die höchste Punktzahl erhält, die zweitbeste einen Punkt weniger usw. Das kollektive Ergebnis wird ermittelt, indem alle Punkte addiert werden. Die offensichtlich bezweckte Verbesserung gegenüber dem Condorcet-Verfahren liegt darin, das Gewicht nachrangiger individueller

⁸ *Marie Jean Antoine Nicolas Caritat Marquis de Condorcet*, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Paris 1785, XLVI ff., abgedruckt bei Podlech (Hrsg.), *Rechnen und Entscheiden. Mathematische Modelle juristischen Argumentierens*, 1977, 267 ff. Dazu Arrow, *Social Choice* (Fn. 3), 3; Sen (Fn. 2), 38; Kern/Nida-Rümelin (Fn. 2), 29 ff.

⁹ Zu Borda grundlegend Black (Fn. 6), 156 ff.; vgl. auch Arrow, *Social Choice* (Fn. 3), 27; Sen (Fn. 2), 39, 89; Kern/Nida-Rümelin (Fn. 2), 34.

Präferenzen im Gesamtergebnis zu verringern. Doch diese Absicht lässt sich auch mit dem Borda-Verfahren nicht logisch widerspruchsfrei verwirklichen. Vielmehr verletzt dieses seinerseits eine von Arrows Rationalitätsbedingungen, nämlich die *Unabhängigkeit von irrelevanten Alternativen*: Welche Alternative nach dem Borda-Verfahren zum Zuge kommt, hängt in bestimmten Konstellationen davon ab, ob eine nicht zum Zuge kommende Alternative im Rennen vertreten ist oder nicht. Damit führt auch das Borda-Verfahren zu logischen Inkonsistenzen, die es anfällig für strategische Manipulation und damit in vielen Entscheidungssituationen unbrauchbar macht.

III. Das Arrowsche Unmöglichkeitstheorem

Man ahnt nun bereits, dass es sich bei dem Condorcet-Paradoxon und vergleichbaren Inkonsistenzen nicht nur um vereinzelte logische Schwächen kollektiver Entscheidungsverfahren handelt, die sich mit ein bisschen Denkaufwand leicht beheben lassen, sondern vielmehr um ein flächendeckendes Problem, das auch alle Abhilfemechanismen früher oder später einholt. Das Arrowsche Unmöglichkeitstheorem liefert nun den Beweis, dass das tatsächlich so ist: Es gibt bei Entscheidungen zwischen mehr als zwei Alternativen keine Entscheidungsregel, die eine *kollektive Wohlfahrtsfunktion* darstellt und zugleich den vier Bedingungen *Unabhängigkeit von irrelevanten Alternativen*, *unbeschränkter Definitionsbereich*, *Pareto-Prinzip* und *Ausschluss der Diktatur* genügt. Was bedeuten diese Bedingungen nun im Einzelnen?

Ein Entscheidungsverfahren stellt eine *kollektive Wohlfahrtsfunktion* dar,¹⁰ wenn seine Ergebnisse den mathematischen Kriterien *Reflexivität*, *Vollständigkeit* und *Transitivität* genügen. Wir beschränken uns hier auf das Erfordernis der *Transitivität*: Danach muss für die kollektive Präferenz zwischen x , y , z gelten, dass aus $x > y$ und $y > z$ zugleich folgt, dass $x > z$. Gilt das nicht, sondern besteht beispielsweise kollektive Indifferenz zwischen x und z oder gilt – wie beim Condorcet-Paradoxon – gar $z > x$, ist eine wesentliche Bedingung kollektiver Rationalität verletzt, was sich im praktischen Ergebnis in zyklischen Präferenzen oder unentscheidbaren Pattsituationen niederschlägt. Es sollte klar sein, dass ein kollektives Entscheidungsverfahren solche Fälle möglichst ausschließen sollte. Hinzu kommen nun aber noch vier weitere Bedingungen:

Erstens sollte ein kollektives Entscheidungsverfahren die bereits bei der Diskussion des Borda-Verfahrens begegnete *Unabhängigkeit von irrelevanten Alternativen* wahren.¹¹ Dass der Sieger nicht davon abhängen sollte, ob der Teilnehmer auf Platz 17 nachträglich seine Starterlaubnis verliert, leuchtet unmittelbar ein. Etwas technischer formuliert bedeutet diese Bedingung, dass die kollektive Präferenzordnung hinsichtlich eines Paares von Alternativen nur von

¹⁰ *Social welfare function*; Arrow, *Social Choice* (Fn. 3), 23 ff.; Sen (Fn. 2), 8, 35 f., 41.

¹¹ *Independence of irrelevant alternatives*; Arrow, *Social Choice* (Fn. 3), 27.

den individuellen Präferenzen hinsichtlich genau dieses Paares und nicht von Präferenzen bezüglich dritter, irrelevanter Alternativen abhängen sollte.

Zweitens gilt nach Arrow die Bedingung des *unbeschränkten Definitionsbereichs*.¹² Dabei handelt es sich um eine ähnliche Forderung wie die oben erwähnte *Freiheit der Wahl*. Gemeint ist, dass zwischen den gegebenen Alternativen alle beliebigen individuellen Kombinationen möglich sein sollten. Wenn x , y und z zur Auswahl stehen, sind das also sechs mögliche individuelle Präferenzkombinationen, nämlich $(x > y > z)$, $(x > z > y)$, $(y > x > z)$, $(y > z > x)$, $(z > x > y)$ und $(z > y > x)$. Ist das nun aber, könnte man fragen, eine realistische Bedingung? Ist es nicht vielmehr so, dass in der Realität gerade nicht alle beliebigen Präferenzkombinationen vorkommen? Darauf ist zweierlei zu entgegnen: Erstens handelt es sich hier um einen mathematischen Beweis, der möglichst allgemeinen Bedingungen genügen sollte. Zweitens ist es aber in einem nichttrivialen Sinne auch eine Existenzbedingung pluralistischer Gesellschaften, dass tatsächlich keine Vorauswahl möglicher Präferenzkombinationen getroffen wird. Warum sollte ich, wenn ich Bioeis mag, etwa zugleich auch Lastenfahrräder gegenüber SUVs bevorzugen müssen? Warum kann es nicht auch andersherum sein? Wiederum: Auf den ersten Blick handelt es sich um kaum mehr als eine bloße Selbstverständlichkeit, die die freie individuelle Willensbildung in liberalen Gesellschaften abbildet.

Selbiges gilt erst recht für das dritte Kriterium, das *Pareto-Prinzip*.¹³ Dieses ist verwandt mit der oben erwähnten Bedingung der *positiven Reaktion* und bedeutet, dass einstimmige Präferenzentscheidungen aller Individuen in jedem Fall im Gesamtergebnis abgebildet sein müssen. Wenn also alle Individuen x gegenüber y bevorzugen, dann ist es ein sinnvoller Anspruch an ein kollektives Entscheidungsverfahren, dass dieses auch im kollektiven Ergebnis x vor y reiht. Diese Lesart des Pareto-Kriteriums bildet einen Ausfluss seiner allgemeinen Verwendung in der Wohlfahrtsökonomik. Danach ist ein sozialer Zustand Pareto-superior gegenüber einem anderen, wenn er mindestens ein Individuum besser und keines schlechter stellt als letzterer; von einem Pareto-Optimum ist dann die Rede, wenn es nicht mehr möglich ist, die Wohlfahrt eines Individuums weiter zu steigern, ohne gleichzeitig die Wohlfahrt eines anderen zu verringern. Daraus folgt, dass eine kollektive Entscheidungsregel, die einstimmige individuelle Präferenzen nicht im kollektiven Entscheidungsergebnis abbildet, jedenfalls kein gesellschaftliches Optimum darstellen kann, denn es gibt immer einen Pareto-besseren Zustand: Jeder Einzelne wäre bessergestellt, wenn seine Entscheidung im Gesamtergebnis repräsentiert wäre.

Andererseits: Was wäre das für eine demokratische Gesellschaft, in der *jeder* meinte, beanspruchen zu können, dass sich seine Meinung auch im Gesamtergebnis durchsetzen muss? Man sieht sofort, wie schnell das Pareto-Prinzip bei

¹² *Unrestricted domain*; Arrow, Social Choice (Fn. 3), 96; Sen (Fn. 2), 37, 41.

¹³ *Pareto principle*; Arrow, Social Choice (Fn. 3), 96; Sen (Fn. 2), 21 ff., 28 ff., 196 ff. und passim. Zum Pareto-Kriterium in der Wohlfahrtsökonomik vgl. Gabler Wirtschaftslexikon, Lemma „Pareto-Optimum“, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/pareto-optimum-45936> (17.11.2025).

kollektivem Entscheiden an seine Grenzen gerät, und wohlweislich verlangt Arrows drittes Kriterium daher auch nur, dass sich *einstimmige*, nicht aber partikuläre individuelle Präferenzen im Gesamtergebnis durchsetzen müssen. Vielmehr gilt hinsichtlich der letzteren ausdrücklich das Gegenteil, und damit kommen wir zu Arrows vierter und vielleicht wichtigster Bedingung: dem *Ausschluss der Diktatur*.¹⁴ Danach darf die kollektive Entscheidung niemals *in allen Einzelheiten* mit einer beliebigen individuellen Präferenzordnung übereinstimmen. Es darf sich also kein Individuum mit *allen* Präferenzen im Gesamtergebnis durchsetzen. Mit anderen Worten ist ein bisschen Kompromiss schon aus logischen Gründen notwendig, wenn aus divergierenden individuellen Präferenzen eine *kollektive* Entscheidung gebildet werden soll, die diesen Namen verdient – sonst könnte man es ja gleich bei der kollektiven Entscheidung durch ein einzelnes Individuum belassen, das dann zu Recht als Diktator bezeichnet werden würde.

Was folgt nun aus alledem? Die niederschmetternde Erkenntnis des Arrowschen Unmöglichkeitstheorems lautet, dass es eine kollektive Wohlfahrtsfunktion, die allen vier Bedingungen genügt, aus logischen Gründen nicht geben kann. Dazu beweist Arrow zunächst unter Zugrundelegung der ersten drei Bedingungen, dass dann, wenn ein Individuum seine Präferenz hinsichtlich eines Paares von Alternativen aus dem Tripel (x, y, z) im Gesamtergebnis durchsetzen kann, es dies notwendigerweise auch für alle anderen Paare von Alternativen aus demselben Tripel kann, so dass es sich um einen Diktator im Sinne der vierten Bedingung handeln muss. Auf dieser Grundlage zeigt Arrow sodann im Wege eines klassischen Widerspruchsbeweises, dass das Auftreten eines solchen Diktators bei kollektiven Entscheidungen ab drei Alternativen nie ausgeschlossen werden kann. Eine kollektive Entscheidungsregel ab drei Alternativen, die in *jedem* Fall zu einer rationalen Lösung führt, ist unter Voraussetzung der genannten Bedingungen folglich nicht konstruierbar.¹⁵

Was das heißt, haben wir oben ausschnittsweise anhand des Condorcet- und Borda-Verfahrens gesehen: Jedes dieser Verfahren ist auf seine eigene, typische Art anfällig für logische Inkonsistenzen, unauflösbare Pattsituationen, zyklische und pfadabhängige Entscheidungsergebnisse sowie strategische Manipulation. Arrows Theorem zeigt, dass dieses Problem *unhintergebar* ist: Wie auch immer man Entscheidungsverfahren konstruiert, um logischen Inkonsistenzen und Strategieanfälligkeiten kollektiven Entscheidens auszuweichen – man wird unweigerlich auf neue Inkonsistenzen und Strategieanfälligkeiten stoßen. Noch schlimmer: Auch Modifikationen und Abschwächungen von Arrows ursprünglichem Beweis bieten keinen Ausweg, sondern haben bislang nur eine Vielzahl weiterer, verwandter Unmöglichkeitstheoreme zutage gefördert.¹⁶ Wie ein fraktales Muster erscheinen immer wieder neue Unmöglichkeitstheoreme auf der

¹⁴ *Non-dictatorship*; Arrow, Social Choice (Fn. 3), 30.

¹⁵ Arrow, Social Choice (Fn. 3), 97 ff. Weiterentwicklungen zu Arrows Beweis finden sich etwa bei Fishburn, Journal of Economic Theory 2 (1970), 103 ff.; Blau, Econometrica 40 (1972), 61 ff. Vgl. auch Kern/Nida-Rümelin (Fn. 2), 35 ff. m.w.N.

¹⁶ Näheres bei Kelly, Arrow Impossibility Theorems, 1978; MacKay, Arrow's Theorem: The Paradox of Social Choice, 1980; Auer, ARSP 88 (2002), 1, 15 ff.

Bildfläche der Sozialwahltheorie, wie auch immer man die Spielregeln rationalen kollektiven Entscheidens absteckt. Sicher sind noch viele Nobelpreise damit zu gewinnen.

IV. Das Paradox des Liberalismus

Genau einem solchen nobelgekrönten Folgeproblem wollen wir uns nunmehr zuwenden: dem von Amartya Sen, Wirtschaftsnobelpreisträger des Jahres 1998, formulierten Paradox des Liberalismus (*Impossibility of a Paretian Liberal*).¹⁷ Wieder handelt es sich um ein Paradoxon kollektiven Entscheidens, das veranschaulicht, dass auf der Grundlage scheinbar moderater Voraussetzungen bereits bei einer einfach gestellten Aufgabe keine rationale kollektive Entscheidung möglich ist. Der Unterschied zum Arrowschen Theorem ist grob gesagt der folgende: Arrow zeigt, dass sich ein Diktator, der allen anderen seinen Willen hinsichtlich aller zur Auswahl stehender Optionen aufzwingt, nicht vermeiden lässt, wenn beliebige individuelle Präferenzkombinationen zulässig und bei Einstimmigkeit zugleich ergebnisrelevant sein sollen. Sen zeigt dagegen, dass es auch dann kein widerspruchsfreies Entscheidungsverfahren geben kann, wenn man gerade umgekehrt einen liberalen Freiraum für die individuelle Letztentscheidung über bestimmte Präferenzen offenhalten, also gewissermaßen ein beschränktes Recht zur Diktatur in eigener Sache anerkennen will. Die strukturelle Gemeinsamkeit beider Erkenntnisse liegt in der fundamentalen Einsicht, dass es keine kollektive Entscheidung ohne unauflösbaren Widerspruch zwischen Einzelinteresse und Kollektivinteresse geben kann. Rousseaus Vorstellung, dass man die Einzelwillen aller Gesellschaftsmitglieder politisch bruchlos zu einer kollektiven *volonté générale* aufaddieren könnte,¹⁸ ist seit Arrow und Sen mathematisch widerlegt.

Nun zu Sens Entscheidungsproblem: Eine kleine Gesellschaft, bestehend aus zwei Individuen, einem Libertin (L) und einem Prüden (P), will eine Entscheidung darüber treffen, ob ein skandalträchtiges Buch – in Sens originaler Fassung ist es *Lady Chatterley's Lover* von D. H. Lawrence – frei zugänglich sein und von jedermann gelesen werden dürfen soll oder nicht. Die zur Auswahl stehenden Alternativen hinsichtlich möglicher Leser des Buchs sind also L, P oder niemand (N). L und P haben nun folgende Präferenzen hinsichtlich des Gemeinwohls ihrer kleinen Gesellschaft: L findet das Buch hervorragend und würde es auf jeden Fall gerne selbst lesen. Noch lieber wäre es ihm allerdings, wenn P auch auf den Geschmack käme und die Gesellschaft damit endlich insgesamt aufgeklärt würde. Auf keinen Fall würde L hingegen ein Verbot des Buchs

¹⁷ Grundlegend Sen, *Journal of Political Economy* 78 (1970), 152 ff.; vgl. auch *ders.*, *Economica* 43 (1976), 217 ff.; beide Texte wieder abgedruckt in: *ders.*, *Choice, Welfare and Measurement*, 1982, 285 ff., 291 ff. Zum Ganzen etwa *Kliemt*, *Analyse und Kritik* 18 (1996), 1 ff.

¹⁸ *Jean-Jaques Rousseau*, *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Amsterdam 1762, chap. VI.

befürworten. Anders dagegen P: Am besten wäre es aus dessen Sicht, das Buch zu verbieten. Zur Not würde er sich allerdings zur Verhütung weiteren sittlichen Verfalls dazu herablassen, es selbst zu lesen. Keinesfalls darf es nach seiner Meinung jedoch in die Hände von Personen wie L geraten. Können sich L und P rational einigen, wer das Buch lesen darf, und zwar so, dass ihre Entscheidung sowohl ihre gemeinsame Vorstellung von kollektiver Wohlfahrt als auch ihre jeweiligen privaten Vorlieben widerspruchsfrei abbildet?¹⁹

Bevor die Frage beantwortet werden kann, ist auch hier zunächst zu definieren, was unter einer rationalen kollektiven Entscheidung verstanden werden soll.²⁰ Dies fällt nunmehr leicht, denn zwei der drei von Sen gesetzten Bedingungen haben wir bereits bei Arrow kennengelernt: die *Bedingung des unbeschränkten Definitionsbereichs* sowie das *Pareto-Prinzip*. Es sollen also wieder beliebige individuelle Präferenzkombinationen möglich und bei Einstimmigkeit zugleich ergebnisrelevant sein. Nun kommt jedoch bei Sen noch eine dritte Bedingung hinzu, in der – wie wir gleich sehen werden – der Pferdefuß liberalen kollektiven Entscheidens steckt. Und zwar handelt es sich um die Bedingung des *minimalen Liberalismus*: Danach soll es mindestens zwei Individuen A und B geben, die lokal entscheidend für jeweils zwei zur Auswahl stehende Alternativen sind, wobei es sich für beide um dieselben oder jeweils andere Alternativen handeln kann. Dass A und B dabei jeweils „lokal entscheidend“ sind, bedeutet, dass sich ihre individuelle Präferenz hinsichtlich des von ihnen jeweils gewählten Alternativenpaars auch im Gesamtergebnis durchsetzen muss. Damit wird dem liberalen Grundgedanken Rechnung getragen, dass es bestimmte Bereiche des menschlichen Lebens gibt, die aus der kollektiven Entscheidung ausgeklammert und dem Individuum selbst überlassen bleiben sollen. Wenn meine Präferenz also etwa lautet „Erdbeereis vor Vanilleeis“, dann sollte eine liberale Gesellschaft einen Freiraum dafür schaffen, dass ich genau diese Präferenz ohne kollektives Mitspracherecht der Vanille-vor-Erdbeereis-Fraktion, der Schokoladen-vor-Erdbeereis-Koalition und erst recht der Pralinen-vor-Pistazieneis-Partei in meinem lokalen Handlungsbereich durchsetzen kann. Ist eine solche Entscheidungsaufgabe ohne logische Widersprüche lösbar?

Es wird nach allem Gesagten kaum verwundern, dass auch dies unmöglich ist. Sen führt die genannten, wiederum anscheinend moderaten Bedingungen in einen Widerspruch, wobei es bezeichnenderweise nicht darauf ankommt, welche lokal entscheidenden Individuen hinsichtlich welcher Präferenzen kollidieren. Vielmehr lässt sich für alle drei möglichen Fälle – es gibt neben mir ein weiteres Individuum, das genau für dieselben zwei Alternativen lokal entscheidend sein will; wir überschneiden uns in einer der beiden Alternativen oder schließlich in keiner – zeigen, dass die Liberalismusbedingung in Kombination mit den anderen zwei Bedingungen in ein zyklisches Entscheidungsergebnis mündet, also nicht logisch widerspruchsfrei konstruierbar ist. Sen dekliniert alle drei Fälle durch und beweist damit allgemein die logische Unvereinbarkeit der gestellten

¹⁹ Beispiel nach Sen, *Journal of Political Economy* 78 (1970), 152, 155.

²⁰ Sen, *Journal of Political Economy* 78 (1970), 152, 152 f.

Bedingungen.²¹ Hier möge es genügen, sich auf den zweiten Fall einer Teilüberschneidung der Wünsche der lokal entscheidenden Individuen zu beschränken, den Sen am Beispiel von *Lady Chatterley's Lover* modelliert. Zunächst erinnern wir uns noch einmal an die oben von L und P geäußerten gesamtgesellschaftlichen Präferenzen:

- L: $P > L > N$ („P soll sich aufklären, ich lese es sowieso, bloß kein Verbot“)
 P: $N > P > L$ („verbieten, zur Not muss ich es lesen, keinesfalls L“)

Nun gilt in dieser Gesellschaft aber zugleich die Bedingung des *moderaten Liberalismus*. Danach sollte es L und P jedenfalls selbst überlassen bleiben, ob sie das Buch jeweils selbst lesen wollen oder nicht. Wir müssen L und P also zugestehen, dass sie für die jeweilige Alternative „lesen oder nicht“ lokal entscheidend sein sollen. Damit gelangen wir zu folgenden, sich teilweise überschneidenden liberalen Präferenzen, die im kollektiven Ergebnis abgebildet werden müssen:

- L: $L > N$ („ich will es lesen“)
 P: $N > P$ („ich will es nicht lesen“)

Aggregiert:

$$L \wedge P: L > N > P$$

Damit entsteht aber ein Widerspruch zu den im ersten Schritt dargelegten gesamtgesellschaftlichen Präferenzen, in denen einstimmig $P > L$ gewollt war. Diese einstimmige Präferenz muss ebenfalls im kollektiven Entscheidungsergebnis abgebildet werden, da sonst das *Pareto-Prinzip* verletzt ist. Fügt man daher nun die aggregierten liberalen Präferenzen mit der einstimmigen kollektiven Entscheidung $P > L$ zusammen, entsteht eine zyklische Folge von kollektiven Präferenzen:

$$L \wedge P: P > (L > N > P) \text{ usw.}$$

Im Ergebnis gelangen L und P also zu keiner widerspruchsfreien kollektiven Entscheidung, ob das Buch gelesen werden darf und wenn ja, von wem. Der liberale Vorbehalt des freien Entscheidens in eigenen Angelegenheiten gerät in der von Sen konstruierten Entscheidungssituation in Widerspruch zum paretianischen Anspruch des kollektiven Entscheidungsverfahrens, wonach die Gesamtgesellschaft immer bessergestellt ist, wenn sie sich nach den aggregierten einstimmigen kollektiven Präferenzen richtet.

V. Folgerungen

Was können Juristen nun daraus lernen? Zunächst sind zwei Klarstellungen zu wiederholen: Zum einen besagt das Arrowsche Theorem wie gesagt nicht, dass

²¹ Sen, *Journal of Political Economy* 78 (1970), 152, 154.

rationales kollektives Entscheiden *nie* möglich ist. Es zeigt vielmehr nur, aber immerhin mit großer theoretischer Mächtigkeit, dass rationale kollektive Entscheidungen ab drei Alternativen *unabhängig* vom gewählten Entscheidungsverfahren *nicht in allen Fällen* möglich sind. Aus dem Arrowschen Unmöglichkeitstheorem folgt also für Juristen keine Unmöglichkeit ihres Tuns, sondern vielmehr eine Gestaltungsaufgabe: Wie lassen sich kollektive Entscheidungsverfahren so ausgestalten, dass logische Inkonsistenzen und strategische Manipulationen auf ein Minimum reduziert werden? Zum anderen sei noch einmal darauf hingewiesen, dass die zum Zweck mathematischer Modellierung formulierten Bedingungen rationalen kollektiven Entscheidens bei Theoretikern wie Arrow oder Sen keine realen politisch-rechtlichen Gegebenheiten abbilden sollen. So hat ein Diktator im Sinne Arrows nur sehr entfernte Ähnlichkeit mit einem realen Autokraten. Ebenso widerspiegelt sich in Sens liberalem Paradoxon nur in einem sehr stilisierten Sinne das tatsächliche Entscheidungsversagen liberaldemokratischer Gesellschaften, das im Zentrum ihrer gegenwärtigen Krise steht.²²

Und dennoch: Gerade die von Sen herausgearbeitete logische Nichtmodellierbarkeit eines liberalen Freiraums in einer Gesellschaft, die sich ihre Gesetze im Wege kollektiven paretianischen Entscheidens gibt, hat es in sich. Denn sie trifft ungeachtet ihrer hohen theoretischen Verdichtung den Nerv des Entscheidungsversagens moderner liberaldemokratischer Gesellschaften. Man vergegenwärtige sich noch einmal Sens Beispiel: Können L und P sich rational darauf einigen, wer in ihrer Gesellschaft *Lady Chatterley's Lover* lesen darf? Wie Sen zeigt, ist es nie ausgeschlossen, dass bei politischen Entscheidungen dieser Art („Cancel Culture“) etwas so gründlich schief geht, dass im Ergebnis der soziale Frieden insgesamt auf dem Spiel steht. Denn der Drall kollektiven Entscheidens geht in einer liberalen Gesellschaft, die neben liberalen auch illiberale Mitglieder integrieren muss, in die Richtung Illiberalität ($P > L$) und gerät damit in ein zwangsläufiges Spannungsverhältnis zum Grundgedanken des Liberalismus, dass jeder in seiner persönlichen Sphäre tun und lassen können soll, was er will. Entscheidungsprobleme der Art „Des einen private Freiheit ist des anderen öffentliches Ärgernis“ treten in liberalen Gesellschaften daher nicht nur vereinzelt, sondern vielmehr systematisch und strukturnotwendig auf. Diskussionen nach dem Muster „Wieviel Freiheit den Freiheitsfeinden?“ prägen nicht zufällig den liberalen öffentlichen Diskurs. Der Liberalismus ist als Gesellschaftstheorie aus sich selbst heraus strukturell nicht in der Lage, eine Definition des gebotenen

²² Dazu aus jüngerer Zeit etwa *Deneen*, *Why Liberalism Failed*, 2018; *ders.*, *Regime Change. Toward a Postliberal Future*, 2023; *Moyn*, *Liberalism against Itself. Cold War Intellectuals and the Making of Our Times*, 2023; *Amlinger/Nachtwey*, *Gekränkte Freiheit. Aspekte des libertären Autoritarismus*, 2023; *Manow*, *Unter Beobachtung. Die Bestimmung der liberalen Demokratie und ihrer Freunde*, 2024; *Lepeties*, *Souveräne Entscheidungen. Vom Werden und Vergehen der Demokratie*, 2025.

Mindestkonsenses für die Aufrechterhaltung seiner eigenen Existenzbedingungen zu formulieren.²³

Was kann man als Jurist dagegen tun? Zunächst einmal: verstehen, dass sich die aktuellen Anfechtungen des Liberalismus nicht einfach dadurch wegmoderieren lassen, dass man so tut, als gäbe es einen unbestrittenen Konsens über die geteilten Grundwerte der liberalen Gesellschaft, wo es diesen in Wirklichkeit nicht gibt. Die Entscheidungsparadoxien der Sozialwahltheorie zeigen: Das Problem hat einen logisch unhintergehbaren Hintergrund. Juristen tun gut darin, sich mit diesem vertraut zu machen. Erst dann lässt sich das Recht in den unendlichen Paradoxien kollektiven Entscheidens wirksam einsetzen, ohne seinerseits Teil des Problems zu werden.

²³ Zur Diskussion auch *Sen*, *Journal of Political Economy* 78 (1970), 152, 157: „What is the moral? It is that in a very basic sense liberal values conflict with the Pareto principle. If someone takes the Pareto principle seriously, as economists seem to do, then he has to face problems of consistency in cherishing liberal values, even very mild ones. Or, to look at it in another way, if someone does have certain liberal values, then he may have to eschew his adherence to Pareto optimality. While the Pareto criterion has been thought to be an expression of individual liberty, it appears that in choices involving more than two alternatives it can have consequences that are, in fact, deeply illiberal.“

Datio ob rem und Fideikommiss – Überlegungen zu CIL XII 4393

Ulrike Babusiaux

I. Die *datio ob rem* als Gestaltungsmittel im Rechtsverkehr

Wolfgang Ernst hat die *datio ob rem* als Mittel zur Gestaltung von Austauschverhältnissen beschrieben: Es gebe

„eine Reihe von Rechtsgeschäften, die nicht in einem simultanen Sich-wechselseitig-Verpflichten bestehen, gleichwohl aber zur einverständlichen Bewerkstelligung von Austauschvorgängen dienen. Entgegen der aus dem neunzehnten Jahrhundert stammenden Sichtweise hat sich der Verkehr von jeher [...] auch solcher Rechtsfiguren bedient, bei denen die rechtliche Regelung des – durchaus zweiseitigen – Geschäftsvorgangs einseitig von einer Partei getroffen wird. Die andere Partei kann den Geschäftsvorgang auf der Grundlage dieser Regelung durch Vollzug von ihrer Seite perfizieren, sie kann dies aber auch unterlassen, ohne sich Sanktionen auszusetzen“.¹

Hieraus folgt, dass eine rein vertragsrechtliche und damit anachronistische Betrachtung der römischen Geschäftswelt nicht geeignet ist, die Vielzahl der tatsächlich bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten zu erkennen.²

Allerdings ist zu beachten, dass der moderne ‚blinde Fleck‘ nicht nur das Vertragsrecht, sondern auch das römische Erbrecht betrifft, für das meist lediglich die Unzulässigkeit des Erbvertrages festgestellt wird.³ Welche Rolle aber spielen einseitige Zweckverfügungen in erbrechtlichen Kontexten?⁴ Dass diese Frage eine nähere Untersuchung wert ist, zeigt schon die kursorische Durchsicht der meist als „Stiftungen“⁵ beschriebenen inschriftlichen Abschriften von zweckgerichteten Zuwendungen an Städte, Vereine oder andere Personenmehrheiten, mit denen der Zuwendende nicht nur seine Wohltätigkeit bekannt machen,

¹ Ernst, in: ders./Jakab (Hrsg.), *Usus Antiquus Iuris Romani*. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung, 2005, 29, 29 f.

² Vgl. Ernst (Fn. 1), 29, 55–57 zu Cels. 3 dig. D. 12, 4, 16.

³ Zur vorweggenommenen Erbfolge, vgl. Grebieniow, Estate Planning by Agreement in the Sources of Roman Law, 2025, 218 ff.; zum (verbotenen) Erbvertrag, vgl. Merotto, I patti successori dispositivi nel diritto romano, 2020, 217 ff.; Grebieniow, TR 2022, 1, 1 ff.

⁴ Vgl. Zahn, *Quod universitati debetur*. Forderungen und Schulden privater Personenvereinigungen im römischen Recht, 2021, 173.

⁵ Es handelt sich um modale Verfügungen, für die untechnisch der Begriff „Stiftung“/„Stifter“ verwendet wird.

sondern auch seinen Nachruhm sichern wollte.⁶ Viele dieser steinernen Kopien erwähnen – auch wenn sie Auszüge aus letztwilligen Anordnungen enthalten – eine lebzeitige zweckgerichtete Zuwendung des „Stifters“, die durch die Verfügung von Todes wegen nur bestätigt oder ergänzt wird.

Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang Fideikommissen zu, da diese den vom „Stifter“ verfolgten Zweck, die Zuwendung dauerhaft bzw. „ewig“ an die Verwendungsvorgaben zu binden, am ehesten erfüllen konnten. Anders als Legate, deren Wirksamkeit von einem Testament abhing und die an einen Erbfall gebunden waren, konnten Fideikommisse auch über verschiedene Erbfälle hinaus und auch ohne Testament angeordnet werden: Diese ursprünglich rein sittlich verpflichtenden letzten Bitten des Erblassers waren erst seit Augustus im Rahmen der *cognitio extra ordinem* klagbar geworden; die Formlosigkeit dieser Verfügungsart eröffnete dabei Gestaltungsmöglichkeiten, die sie für modale Verfügungen, wie sie den sog. „Stiftungen“ zugrunde liegen, besonders attraktiv machten.⁷

II. Eine Inschrift aus Narbonne

Gegenstand der vorzunehmenden Probebohrung ist eine 1826 in Narbonne gefundene Inschrift, CIL XII 4393 (149 n. Chr.).⁸ Sie stammt von einer Statuenbasis, die das *collegium fabrum*⁹ zu Ehrung seines Wohltäters Sextus Fadius Secundus Musa errichten ließ. Während die Statue selbst verloren ist, blieb die inschriftliche Ehrung des Patrons auf der Frontseite der Basis ebenso erhalten wie das auf der linken Seite des Steins abgeschriebene Dossier, das die Einzelheiten einer Zuwendung an das *collegium* erkennen lässt. Die Besonderheit dieser untechnisch als „Stiftung“ zu bezeichnenden Gestaltung liegt dabei in der Kombination von lebzeitiger Schenkung und letztwilliger Verfügung. Diese lässt sich aus der auf Stein überlieferten Abschrift eines Briefes (Z. 1: *epistula*) des „Stifters“ an das *collegium* ableiten.

1. Die Ankündigung einer Zuwendung

Zu Beginn der *epistula* kündigt der „Stifter“ (Z. 16–21) eine Zuwendung an:

[et(?)] plurimis et adsiduis erga me meritis vestris referre gratiam / [quam]quam difficile est, quo tamen amoris vestro gratissimum sciam / [fore] modo largitionis inter liberos et clarissimum nepotem Iucundum / [seste]rtia sedecem mil[li]a nummum V K(alendas)

⁶ Übersicht bei Babusiaux, in: dies./Kolb (Hrsg.), Das römische Testament. Funktion, Archivierung und Tradition, 2025, 83–126.

⁷ Zum Fideikommissrecht vgl. Babusiaux, ZRG RA 136 (2019), 140 ff.; dies., RHDFE 12 (2024), 141 ff.; Rüfner, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (Hrsg.), Handbuch des römischen Privatrechts II, 2023, § 98 Rn. 1 ff.

⁸ Dellong, Narbonne et le Narbonnais, Carte Archéologique de la Gaule. Pré-inventaire archéologique, 2002, 429; weitere Editionen in EDCS-09301557.

⁹ Der Zusatz *subaediani* bezieht sich auf den Versammlungsort, vgl. Bouet, Rev. Arch. 2 (2001), 228, 234 ff.

Maias primas die natali meo ²⁰ [ar]cae vestrae inferam eaque die usuras totius anni computatas ¹⁰ [ass]e octono pernumerabo.¹⁰

Zur Begründung verweist er auf die Wohltaten, die ihm von Seiten des *collegium* zu Teil geworden seien und stellt seine als eine „Art Schenkung“ (*modus largitionis*) bezeichnete Zuwendung als Gegengabe dar. Auffällig ist die Formulierung *amori vestro gratissimum sciam*, mit der er seine Erwartung zum Ausdruck bringt, dass sich die Zuneigung der Mitglieder des *collegium* aufgrund dieser Zuwendung noch steigern werde. Wie Exzerpte aus Juristenschriften in den Digesten zeigen, kann die mit *scire* ausgedrückte Erwartung rechtlich erhebliche Folgen zeitigen. Namentlich kann die enttäuschte Erwartung eine Verpflichtung aus Fideikommiss begründen:

Scaev. 20 dig. D. 32, 39pr.

„Pamphilo liberto hoc amplius, quam codicillis reliqui, dari volo centum. Scio omnia, quae tibi, Pamphile, relinquo, ad filios meos perventura, cum affectionem tuam circa eos bene perspectam habeo“. Quaero, an verbis supra scriptis Pamphili fideicommisit, ut post mortem filii defuncti centum restituat. Respondit secundum ea quae proponerentur non videri quidem, quantum ad verba testatoris pertinet, fidei commissum Pamphili, ut centum restitueret: sed cum sententiam defuncti a liberto decipi satis inhumanum est, centum ei relictos filii testatoris debere restitui, quia in simili specie et imperator noster divus Marcus hoc constituit.¹¹

Scaevola untersucht, ob die auf die Zuneigung des Freigelassenen gestützte Annahme des Verstorbenen, er wisse, dass der Freigelassene alles, was er vom Erblasser erhalten habe, an dessen Söhne zurückgeben werde, als Fideikommiss angesehen werden könne.¹² Anlass für Zweifel an der Rechtserheblichkeit dieser Äußerung ist, dass die Feststellung weder Bitte noch Befehl enthält. Scaevola überwindet die fehlende Anordnung unter Hinweis auf das enttäuschte Vertrauen: Auch wenn *scio* nicht ausreiche, ein Fideikommiss zu begründen, widerspreche es der Menschlichkeit, wenn ein Freigelassener die Erwartung seines Patrons

¹⁰ „Obwohl es schwierig ist, für eure sehr zahlreichen und fortwährenden Wohltaten mir gegenüber Dank zu erweisen, werde ich dennoch wissen, dass es für eure Zuneigung äußerst zuträglich sein wird, nach der Art und Weise der Schenkung, [die ich] mithilfe meiner Kinder und meines höchst angesehenen Enkels Iucundus [machen werde]: Ich werde 16'000 Sesterze in Münzen am fünften Tag vor den Kalenden des Mai, am Tag meines Geburtstags, eurer Kasse bezahlen und ich werde an diesem Tag die Zinsen des gesamten Jahres, berechnet auf das achte As, auszahlen.“ (Alle Übersetzungen stammen von U. Babusiaux und Tamar Xandry).

¹¹ „Ich will, dass dem Freigelassenen Pamphilus über das hinaus, was ich durch Kodizill hinterlassen habe, hundert gegeben werden. Ich weiß, dass alles, was ich dir, Pamphilus, hinterlasse, an meine Kinder gelangen wird, weil deine Zuneigung ihnen gegenüber mir wohl bekannt ist.“ Ich frage, ob er [der Erblasser] mit den oben geschriebenen Worten des Pamphilus ein Fideikommiss in der Weise auferlegt hat, dass er nach seinem Tod den Kindern des Verstorbenen hundert herausgeben solle. Er [Scaevola] hat geantwortet, dass es gemäß dem, was vorgelegt wurde, gerade nicht erscheine, insofern es die Worte des Testators betreffe, dass der Gewissenhaftigkeit des Pamphilus anvertraut worden sei, dass er hundert herausgeben solle. Aber dadurch, dass es genügend unmenschlich wäre, dass die Erwartung des Verstorbenen durch den Freigelassenen enttäuscht würde, müssen die ihm hinterlassenen hundert den Kindern des Erblassers herausgegeben werden, da ja auch unser vergöttlichter Kaiser Marcus [Aurelius] dies in einem ähnlichen Fall entschieden habe.“

¹² Johnston, The Roman Law of Trusts, 1988, 159.

enttäusche. Das Fideikommiss wird also aus der Beziehung zwischen Erblasser und Beschweritem im Wege der Auslegung konstruiert,¹³ ein Vorgehen, das auch auf die inschriftlich überlieferte Erwartung passen könnte: Da Sextus Fadius Secundus Musa als Patron des *collegium* geehrt wird, kann auch die Enttäuschung seiner gegenüber den Mitgliedern geäußerten Erwartung ein Fideikommiss begründen.

Die mit der Erwartung verbundene Zuwendung findet allerdings unter Lebenden statt. Sie wird als *divisio inter liberos*,¹⁴ d.h. als Teilung des Vermögens unter den Nachkommen, beschrieben (Z. 18: *inter liberos*), wobei der Enkel oder Neffe des „Stifters“ namens Iucundus besonders erwähnt wird.¹⁵ Die „Schenkung“ an das *collegium* und die Zuwendung an die Nachkommen finden offenbar zeitgleich statt. Einen Ansatzpunkt dafür, wie beide Zuwendungen in einem Geschäft vonstatten gehen können, bietet die Ankündigung des Sextus Fadius Secundus Musa, er werde sowohl ein Kapital von 16.000 Sesterze als auch die abgezählte Summe von „Zinsen eines gesamten Jahres“ (Z. 9 bzw. 20: *usuras totius anni*) in die Kasse des *collegium* einzahlen. Da Zinsen für die Überlassung von Geld üblicherweise vom Empfänger des Geldes (und gerade nicht vom Geber) zu zahlen sind, bildet die Zinszahlung durch Sextus Fadius Secundus Musa ein Indiz dafür, dass das *collegium* das Kapital im Ergebnis nicht behalten, sondern direkt weiterleiten soll. Ist der Empfänger durch die *datio ob rem* zur Kreditvergabe gehalten, scheidet ein Darlehen an den Geber selbst aus,¹⁶ weil der Empfänger nicht zur Begründung eines Darlehens sondern aufgrund der Zweckbestimmung gezahlt hat.¹⁷ Einem Darlehensvertrag mit einem Dritten steht diese nicht entgegen, so dass Geld mit der Maßgabe gezahlt werden kann, das Kapital an einen Dritten weiterzuleiten.¹⁸ Man könnte den Einbezug der Nachkommen des Sextus Fadius Secundus Musa mithin dahingehend deuten, dass das von dem „Stifter“ in die Kasse des *collegium* eingezahlte Kapital an die Nachkommen oder Iucundus weitergeleitet werden soll, für die oder den der Wohltäter bereits Zinsen eines Jahres gezahlt hat.

Diese Rekonstruktion des Vorgangs muss weiter unterstellen, dass nicht ein (unentgeltliches) *mutuum*, sondern ein *depositum irregulare*¹⁹ vereinbart worden ist, da nur letzteres den Empfänger *ex fide bona* zur Zinszahlung verpflichtet. Eine derartige Gestaltung wäre sachangemessen, da öffentliche Kassen – wie

¹³ Vgl. *Desanti*, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, 2003, 41 ff.; *Babusiaux*, *Papinians Quaestiones. Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen*, 2011, 142 ff.

¹⁴ Grundlegend *Rabel*, in: FS zur 49. Versammlung deutscher Philologen und Schulmänner, 1908, 521 ff., 524–526; vgl. auch *Gaudemet*, in: *Mél. Philippe Meylan I*, 1963, 139, 147 ff.

¹⁵ Es gibt keinen Anlass, die Wortfolge *modo largitionis* als Hinweis auf eine *pollicitatio* anzusehen, vgl. *Lepore, Rei publicae polliceri*. Un'indagine giuridico-epigrafica, 2. Aufl. 2012, 363 ff.

¹⁶ Vgl. Iul. 18 dig. D. 12, 1, 20, dazu *Kleňová*, *Die Schenkung unter Auflage im römischen Recht*, 2023, 72 ff.

¹⁷ *Kleňová* (Fn. 16), 81.

¹⁸ Vgl. Ulp. 31 ad Sab. D. 23, 3, 5, 9, dazu *Kleňová* (Fn. 16), 95 ff.

¹⁹ Vgl. *Scaev. 1 resp. D. 16, 3, 28*, dazu *Walter*, in: *Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Plat-schek/Rüfner* (Hrsg.), *Handbuch des römischen Privatrechts I*, 2023, § 85 Rn. 61 ff.

schon Plinius betont²⁰ – oftmals nicht in der Lage sind, die in „Stiftungen“ vorgesehenen Erträge aus überlassenem Geld zu erwirtschaften oder auch nur das Kapital zu halten. Plinius empfiehlt daher, das z.B. einer Gemeinde zugewendete Geld als Kaufpreis für ein Grundstück zurückzunehmen, um sodann Pachtzinsen für die Nutzung des Grundstücks zu zahlen.²¹ Auf diese Weise kann der „Stifter“ die Höhe des Ertrages bestimmen und sicherstellen, dass die jährlich vorausgesetzte Summe auch tatsächlich zur Verfügung steht. Zu beachten ist, dass auch ein *depositum irregulare* diesen Zweck erfüllt, denn – wie Litewski gezeigt hat –, unterscheidet sich die Interessenlage zwischen *mutuum* und *depositum*: Ein *mutuum* erfolgt im Interesse des Empfängers, der liquide Mittel benötigt; ein *depositum irregulare* wird hingegen im Interesse des Gebers vereinbart, der sein Geld verwahren oder produktiv anlegen will.²² Dass das *collegium* statt des Eigentums am Geld nur eine schuldrechtliche Forderung gegen den Aufbewahrer erhält, steht dieser Gestaltung nicht entgegen, weil es ohnehin der Rückforderung durch den „Stifter“ untersteht, wie der folgende Abschnitt der *epistula* zeigt.

2. Die Vorgaben zur Verwendung des Ertrages und die Widerruflichkeit

Dieser Teil des Briefes expliziert die zuvor angedeutete Gebundenheit der Zuwendung (Z. 21–28):

[...] quo vel gratius sit munusculum meum / [porro] a pietate vestra peto, ut usuras eius summae ea die / [hones]tissimo habitu inter praesentes et epulantes in perpetuum / [divi] datis, neque ea summa in ullum alium usum convertatur, /²³ [cum et] ha[c] epistula caveam et de[i]nceps tabulis meis cauturus / [sim, ut] si condicio [supra scripta(?)] mutata vel omissa fuerit, / [ea pecunia ad --- per]tineat vel si in petenda pecunia / [ii diff]erant, ad fiscum maximi principis.²³

Mittels eines *verbum precativum*, das an ein Fideikommiss erinnert (Z. 22: *a pietate vestra peto*), bestimmt der „Stifter“ das von den Mitgliedern des *collegium* erwartete Verhalten. So verlangt er, dass die Kapitalerträge jedes Jahr an seinem Geburtstag unter den Mitgliedern des *collegium* aufgeteilt werden sollen, sofern

²⁰ Plin. epist. 7, 18, 1–5, dazu *Le Bras*, in: Studi in onore di Salvatore Riccobono III, 1936, 22–67, 38; *Bürge*, ZRG RA 99 (1982), 128, 139 ff.; *Magioncalda*, in: Il capitolo delle entrate nelle finanze municipali in Occidente ed in Oriente. Actes de la X^e rencontre franco-italienne sur l'épigraphie du monde romain, 1999, 175, 186; *Lepore* (Fn. 15), 374 ff.

²¹ Vgl. CIL XI 379 = ILS 6664 = EDCS-24600980 (Rimini; 3. Jh. n. Chr.), Z. 11–16; vgl. auch CIL X 5853 = ILS 6271 = EDCS-20500078 (Ferentino, Anfang 2. Jh. n. Chr.), Z. 8–10; zu vermuten auch für IGG XII-4,4, 3300 = EDCS-81300063 (Kos, 1. Jh. n. Chr.), dazu *Thür*, ZRG RA 136 (2019), 514, 514 f.

²² *Litewski*, RIDA XXI (1974), 215, 217 f. m.w.N.

²³ „Damit euch mein kleines Geschenk aber noch wohlthuender erscheine, erbitte ich [ferner?] von eurem Pflichtgefühl, dass ihr auf ewig die Zinsen dieser Summe an diesem Tag im Festgewand zwischen den Anwesenden und den Speisenden aufteilt, und dass diese Summe nicht zu irgendeinem anderen Zweck verwendet werde, [weil] ich sowohl in diesem Brief vorsorgen werde als auch demnächst in meinem Testament dafür sorgen werde, dass, wenn die oben beschriebene Bedingung verändert oder ausgelassen worden sein wird, dieses Geld dem [...] gehöre oder, wenn diese bei der Eintreibung des Geldes zögern, es dem Fiskus des höchsten *principes* gehöre.“

letztere im Festgewand an einem Erinnerungsmahl teilnehmen. Ausdrücklich verbietet er, das Geld für andere Zwecke zu verwenden. Die *divisio inter praesentes*, d.h. die Verteilung von Nahrungsmittel oder Geld (*sportulae*), ist eine in Inschriften häufig anzutreffende Verwendungsaufgabe;²⁴ sie dient als Anreiz, an der Veranstaltung zum Gedenken an den Verstorbenen teilzunehmen und garantiert damit die von diesem angestrebte *memoria*.²⁵ Da das in die *arca* des *collegium* geflossene Geld vom Vermögen der Mitglieder zu unterscheiden ist,²⁶ ist die angeordnete Verteilung als wirksame fremdnützige Zuwendung anzusehen.²⁷

Die Zuwendung des Kapitals bzw. der *actio depositi* gegen Iucundus steht unter dem Vorbehalt, dass die jeweiligen Mitglieder des *collegium* die Vorgaben des „Stifters“ beachten. Auch wenn hier von einer „Art Schenkung“ (*modus largitionis*) die Rede ist, ist die Überlassung des Kapitals als *datio ob rem* zu qualifizieren, was bedeutet, dass der Geber das Geld bei Verstoß gegen die Zweckbestimmung zurückfordern kann. Diese Widerruflichkeit des Erwerbs kommt auch darin zum Ausdruck, dass Sextus Fadius Secundus Musa ankündigt, „demnächst auch in seinem Testament“ vorzusehen (Z. 25 f.: *defi[n]ceps tabulis meis cauturus [sim]*), die Zuwendung bei Missachtung seiner Vorgaben einer anderen, auf dem Stein nicht mehr lesbaren Personenmehrheit (Z. 28: *[ii] differant*) zuzuwenden, und wenn diese es nicht einklage, dem kaiserlichen Fiskus. Der „Stifter“ geht dabei davon aus, diese Rechtsfolge bereits in seiner lebzeitigen *epistula* angeordnet zu haben (Z. 25: *epistula caveam*).

Auf diese Weise hat die lebzeitige Widerruflichkeit der *datio ob rem* bei Verstoß gegen die Zweckbestimmung ein letztwilliges Pendant in der *translatio fideicommissi*. Durch letztere wird der primäre Fideikommissar verpflichtet, den zugewandten Vorteil an einen sekundär Berechtigten weiterzuleiten.²⁸ Der sekundäre Fideikommissar erhält dadurch eine bedingte Zuwendung, die fällig wird, wenn der frühere Begünstigte die Verwendungsvorgaben missachtet; spiegelbildlich verliert das *collegium* das Fideikommiss, wenn seine Mitglieder gegen die negative Potestativbedingung des Erblassers verstoßen. Um die langfristige Kenntnis und damit die Durchsetzbarkeit dieser Anordnung zu sichern, hat der „Stifter“ im letzten Teil des Briefes die Publikation seines Briefes auf einer bronzenen Tafel und deren Aufstellung „am allerbelebtesten Platz“ in Narbonne verlangt;²⁹ das *collegium* hat dieser Publikation, wie der Stein eben-

²⁴ Vgl. Duncan-Jones, Latomus 67 (2008), 138, 142 ff.; Vössing, Latomus 69 (2010), 723, 726 ff.

²⁵ Alföldy, in: ders./Panciera (Hrsg.), Inschriftliche Denkmäler als Medien der Selbstdarstellung in der römischen Welt, 2001, 11 ff.

²⁶ Gai. 3 ad ed. prov. D. 3, 4, 1, 1, dazu Zahn (Fn. 4), 24 f., 54 f., 261 f.; ders., in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (Hrsg.), Handbuch des römischen Privatrechts I, 2023, § 32 Rn. 38, 46.

²⁷ Vgl. Ulp. 10 ad ed. D. 3, 4, 7, 1, dazu Zahn (Fn. 4), 17 ff., 267 f.

²⁸ Vgl. Scaev. 22 dig. D. 33, 1, 21, 3, dazu Babusiaux, in: Harter-Uibopuu/Wiedergut (Hrsg.), Grabschutz in der griechisch-römischen Antike im Spiegel der epigraphischen Quellen, 2025, im Druck.

²⁹ Zur Publikation auf Stein, vgl. Babusiaux (Fn. 6).

falls vermerkt, zugestimmt. Die bis heute überlieferte Inschrift ist also nur eine weitere Abschrift der offenbar vielfach kopierten Verwendungsbestimmungen.

III. Zur Verbindung von lebzeitiger und letztwilliger Verfügung

Die Rekonstruktion des hinter der Inschrift CIL XII 4393 stehenden Geschäftes erweist eine Kombination von lebzeitiger und letztwilliger Planung, wobei die durch die *datio ob rem* garantierte lebzeitige Widerruflichkeit der Zahlung letztwillig durch *translatio fideicommissi* erreicht wird. Zu klären bleibt, wie die Überführung des lebzeitigen Geschäfts in dasjenige von Todes wegen funktioniert.

1. Zur Abgrenzung von *datio ob rem* und *donatio mortis causa*

Die lebzeitige *datio ob rem*, d.h. die Einzahlung in die Kasse des *collegium* mit der Anordnung zur Verwendung der Erträge, ist als wirksam anzusehen; fraglich ist aber die Wirksamkeit der *translatio fideicommissi*, da sie voraussetzt, dass derjenige, dem das Fideikommiss entzogen werden soll (sekundäres Fideikommiss), selbst einen Vorteil aus dem Nachlass erhalten haben muss (primäres Fideikommiss). So kann jeder Erbe, Legatar und Fideikommissar, dem etwas zugewendet wurde, mit einem Fideikommiss beschwert werden;³⁰ ebenso kann dem Empfänger einer *donatio mortis causa* oder eines sonstigen *mortis causa capere*³¹ ein Fideikommiss hinsichtlich des Empfangenen auferlegt werden.

Zwar führt die *datio ob rem* genau wie die *donatio mortis causa* zur Rückforderung nach der *condictio ob rem*, wenn die Zweckbestimmung nicht erfüllt wird.³² Im Unterschied zur *donatio mortis causa* ist aber der Tod des Zuwendenden bei der *datio ob rem* nicht zwingend die Zäsur, mit der die Rückforderung ausgeschlossen wird und das Empfangene behalten werden darf. Vielmehr ist die Zweckbestimmung auszulegen und daraufhin zu untersuchen, welchen Stellenwert der Tod des Gebers für die Rückforderbarkeit hat. Hinsichtlich der *datio ob rem* des Sextus Fadius Secundus Musa lässt sich aus dem Hinweis auf die im Testament vorgesehene *translatio fideicommissi* schließen, dass die Rückforderung aus der *datio ob rem* mit dem Tod des „Stifters“ ausgeschlossen sein soll: Nicht der Geber selbst, sondern die Drittbegünstigten sollen das Kapital herausverlangen können. Somit zeigt die zu Lebzeiten angekündigte erbrechtliche Lösung, dass das *collegium* mit dem Tod des Gebers kondiktionsfest erhalten soll. Man kann hierin ein primäres Fideikommiss, d.h. die Zuwendung des Behaltendürfens, erblicken, das die Beschwer mit dem sekundären Fideikommiss

³⁰ Rüfner (Fn. 7), § 98 Rn. 11 f.

³¹ Rüfner (Fn. 7), § 98 Rn. 13 f.; Lemerrier, *Revue historique de droit français et étranger* 14 (1935), 433, 467.

³² Paul. 6 ad leg. Iul. et Pap. D. 39, 6, 35, 2–3, vgl. Rüger, *Die donatio mortis causa* im klassischen römischen Recht, 2011, 237 f.; Kleňová (Fn. 16), 192 ff.

ermöglicht. Diese Konstruktion wird in der Literatur als *fideicommissum a debitore relictum* bezeichnet.

2. Das *fideicommissum a debitore relictum*

Grundlage für diese Begriffsprägung ist ein Reskript des Antoninus Pius, das in den Digesten an verschiedenen Stellen zur Sprache kommt:

Ulp. 5 disp. D. 30, 77

Si pecunia fuit deposita apud aliquem eiusque fidei commissum, ut eam pecuniam praestet, fideicommissum ex rescripto divi Pii debetur, quasi videatur heres rogatus remittere id debitori: nam si conveniatur debitor ab herede, doli exceptione uti potest: quae res utile fideicommissum facit. Quod cum ita se habet, ab omni debitore fideicommissum relinqui potest.³³

In dem von Ulpian geschilderten Fall ist Geld hinterlegt worden und dem herausgabepflichtigen Verwahrer fideikommissarisch auferlegt worden, dieses Geld einem anderen zukommen zu lassen. Der severische Jurist hält fest, dass die Beschwer wirksam sei, weil gleichzeitig anzunehmen sei, dass dem durch das Fideikommiss Verpflichteten die gegenüber dem Erblasser zu Lebzeiten begründete Herausgabepflicht zugewendet werde.³⁴ Diese „Zuwendung“, d.h. die Aufhebung der Schuld gegenüber dem Erben, bildet somit die Grundlage für die Beschwer mit einem Fideikommiss.³⁵ Im Ergebnis erhält der Aufbewahrer somit Befreiung von der Herausgabepflicht an den Erben (primäres Fideikommiss); die dem Aufbewahrer auferlegte Leistungspflicht gegenüber einem Dritten ist entsprechend als sekundäres Fideikommiss zu konstruieren.³⁶ Damit steht das *fideicommissum a debitore relictum* nicht im Gegensatz zu der von der Kanzlei Gordians in Erinnerung gerufenen Regel:³⁷

C. 6, 42, 9 (Gordianus, a. 238)

Ab eo, qui neque legatum neque fideicommissum neque hereditatem vel mortis causa donationem accepit, nihil per fideicommissum relinqui potest.³⁸

³³ „Wenn Geld hinterlegt worden ist bei jemandem und ihm durch Fideikommiss auferlegt worden ist, dass er dieses Geld leistet, wird aus dem Reskript des vergöttlichten Kaisers [Antoninus] Pius das Fideikommiss geschuldet werden, gleichsam als sei der Erbe gebeten worden, dies dem Schuldner zu erlassen. Wenn nämlich der Schuldner vom Erben verklagt wird, kann er die *exceptio doli* benutzen. Diese Tatsache macht das Fideikommiss wirksam. Da sich dies so verhält, kann von jedem Schuldner ein Fideikommiss hinterlassen werden.“

³⁴ Wacke, TR 39 (1971), 257, 258 f.; Kleňová, ZRG RA 136 (2019), 350.

³⁵ Kaiser, ZRG RA 141 (2024), 134, 172 f.

³⁶ Wacke, TR 39 (1971), 257, 259.

³⁷ Vgl. Afr. 5 quaest. D. 30, 108, 13, dazu Wacke, TR 39 (1971), 257, 260.

³⁸ „Von demjenigen, der weder ein Legat noch ein Fideikommiss noch eine Erbschaft oder eine Schenkung von Todes wegen erhalten hat, kann nichts durch Fideikommiss hinterlassen werden.“

Die für das *fideicommissum a debitore relictum* typische Verknüpfung von lebzeitiger Zuwendung und letztwilliger Beschwer findet sich auch in der folgenden Digestenstelle:³⁹

Scaev. 18 dig. D. 32, 37, 3

(a) Pater emancipato filio bona sua universa exceptis duobus servis non mortis causa donavit et stipulatus est a filio in haec verba: „Quae tibi mancipia quaeque praedia donationis causa tradidi cessi, per te non fieri dolo malo neque per eum ad quem ea res pertinebit, quo minus ea mancipia quaeque ex his adgnata erunt eaque praedia cum instrumento, cum ego volam vel cum morieris, quaeque eorum exstabant neque dolo malo aut fraude factove tuo eiusque ad quem ea res pertinebit in rerum natura aut in potestate esse desissent, si vivam mihi aut cui ego volam reddantur restituantur, stipulatus est Lucius Titius pater, spopondit Lucius Titius filius“.⁴⁰

(b) Idem pater decedens epistulam fideicommissariam ad filium suum scripsit in haec verba: „Lucio Titio filio suo salutem. Certus de tua pietate fidei tuae committo, uti des praestes illi et illi certam pecuniam: et Lucrionem servum meum liberum esse volo“. Quaesitum est, cum filius patris nec bonorum possessionem acceperit nec ei heres extiterit, an ex epistula fideicommissa et libertatem praestare debeat. Respondit, etsi neque hereditatem adisset neque bonorum possessionem petisset et nihil ex hereditate possideret, tamen nihilo minus et ex stipulatu ab heredibus patris et fideicommisso ab his quorum interest quasi debitorem conveniri posse, maxime post constitutionem divi Pii, quae hoc induxit.⁴¹

In dem von Scaevola erörterten Fall hat ein *pater* seinem aus der Gewalt entlassenen Sohn sein gesamtes Vermögen außer zweier Sklaven geschenkt (*donavit*) und sich mit Blick auf diese Sklaven und das Vermögen durch Stipulation die jederzeitige Restitution an sich selbst oder einen Dritten nach seiner Wahl versprechen lassen. Derselbe Vater hat auf dem Sterbebett eine fideikommissarische *epistula* an seinen Sohn gerichtet, in der er ihn um die Ausrichtung von Geldzah-

³⁹ Vgl. Rüger (Fn. 32), *Die donatio mortis causa* im klassischen römischen Recht, 2011, 68 ff.; Knütel, Sem. Compl. Derecho Romano 20/21 (2007/2008), 257, 257 f.; Kleňová, ZRG RA 136 (2019), 345, 345 ff.

⁴⁰ „Ein Vater hat dem emanzipierten Sohn sein gesamtes Vermögen mit Ausnahme von zwei Sklaven zu Lebzeiten geschenkt und hat sich vom Sohn mit folgenden Worten versprechen lassen: ‚Diese Sklaven und diese Grundstücke betreffend, die ich dir zum Zwecke der Schenkung übergeben und übertragen habe: Dass nicht durch dich arglistig geschehe und nicht durch den, an den die Sache gelangen wird, dass diese Sklaven und das, was aus diesen hervorgegangen sein wird, und diese Grundstücke mit Zubehör, weil ich es wünsche oder weil du versterbest, – was auch immer von ihnen übrigbleiben werde und nicht durch Arglist oder Betrug oder durch deine Tat und diejenige dessen, an den die Sache gelangen wird, aufgehört hätte, in Natur vorhanden zu sein oder in der Gewalt zu stehen, – dass sie zu Lebzeiten mir oder wem ich will zurückgegeben und restituiert werden, hat sich der Vater Lucius Titius versprechen lassen und hat der Sohn Lucius Titius versprochen.“

⁴¹ „Derselbe Vater hat sterbend einen fideikommissarischen Brief an seinen Sohn mit folgenden Worten geschrieben: [Lucius Titius] grüßt seinen Sohn Lucius Titius. Deines Pflichtgefühls gewiss vertraue ich deiner Treue an, dass du diesem und jenem eine gewisse Summe Geld gibst und leistest: und ich will, dass mein Sklave Lucio frei ist“. Es wurde gefragt, ob der Sohn, weil er weder die *bonorum possessio* des Vaters angenommen hat noch ihm als Erbe eingetreten ist, aus dem Brief die Fideikommissa und Freiheit leisten müsse. Er [Scaevola] hat geantwortet, dass er [der Sohn] dennoch, auch wenn er weder die Erbschaft angetreten hatte noch die *bonorum possessio* eingeklagt hatte und nichts aus der Erbschaft besaß, nichtsdestotrotz sowohl aus der Stipulation von den Erben des Vaters als auch aus dem Fideikommiss von denen, deren Interesse es sei, gleichsam als Schuldner belangt werden könne, vor allem nach der Konstitution des vergöttlichten Pius, die dieses angeordnet habe.“

lungen an zwei verschiedene Personen bittet und die Freilassung eines Sklaven verlangt. Scaevola erreicht die Frage, ob der Sohn, der weder *bonorum possessor* (prätorischer Erbe) des Vaters geworden sei noch Erbe nach *ius civile*, die Fideikommiss über das Geld und die Freilassung erfüllen müsse. Seine Antwort betont, dass der Sohn sowohl von den Erben des Vaters als auch von den Fideikommissaren „gleichsam als Schuldner“ verklagt werden könne. Zur Erklärung verweist der Jurist einerseits auf die Konstitution des Antoninus Pius,⁴² andererseits leitet er die Verpflichtung aus der auf dem Sohn lastenden Stipulation ab, mit der er die Herausgabe versprochen hat.⁴³

Die Literatur zu D. 30, 37, 3 streitet seit der Pandektistik darüber, ob der Sohn „als Schuldner“ (*a debitore*) oder „als Beschenker“ (*a donatore*) beschwert worden sei.⁴⁴ So vertrat u.a. Savigny die Meinung, der Sohn sei in Erweiterung der *donatio mortis causa* mit dem Fideikommiss beschwert worden, während Erxleben den Sohn als Stipulationsschuldner für beschwert hielt.⁴⁵ Dieser Streit übersieht, dass die Beschwer mit einem Fideikommiss nicht von der Art der Verpflichtung bestimmt wird, sondern lediglich davon abhängt, dass die Verpflichtung mit dem Tod des Gläubigers aufgehoben oder ein entsprechender Verzicht erklärt worden ist. Entscheidend für die Zulässigkeit einer Beschwer ist somit allein, dass dem Schuldner einer Herausgabepflicht – sei diese aus *depositum*, *datio ob rem* oder Stipulation entstanden – der Erlass oder Verzicht auf die Schuld von Todes wegen zugewendet worden ist (primäres Fideikommiss). Der in dem letztwilligen Verzicht oder Erlass auf die Herausgabepflicht liegende Vorteil genügt, um ein sekundäres Fideikommiss aufzuerlegen.

Aufgrund dieser Prämisse ist nicht die vertragsrechtliche Qualifikation der primären Zuwendung entscheidend, sondern die Tatsache, dass der letztwillig Beschwerte durch den Tod eine dauerhafte Rechtsposition erhält, die lebzeitige Widerruflichkeit also mit dem Tod des Gläubigers endet. Dieses Wechselspiel zwischen Zuwendung und Beschwer zeigt, dass die Strukturelemente der *datio ob rem* auch für das Fideikommissrecht von Bedeutung sind. Schon aus diesem Grund verbietet es sich daher, das *fideicommissum a debitore relictum* als kaiserrechtlichen Sonderfall aufzufassen; vielmehr stellt es eine idealtypische Ausprägung des Fideikommisses dar.

IV. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Die in der Inschrift CIL XII 4393 überlieferte *epistula* des Sextus Fadius Secundus Musa belegt die Planung des „Stifters“, der das begünstigte *collegium*

⁴² Vgl. Baldus, in: Scritti per Gennaro Franciosi I, 2008, 167, 178, 185.

⁴³ Zu Scaev. 18 dig. D. 32, 37, 5, vgl. Jakab, ZRG RA 138 (2021), 338, 365; Kaiser, ZRG RA 141 (2024), 134, 172 ff.

⁴⁴ Kleňová, ZRG RA 136 (2019), 345, 346.

⁴⁵ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 4. Bd., 1841, 275, 286; Erxleben, Die conditiones sine causa, 2. Abt.: *Condictio causa data causa non secuta*, 1853, 304 f.; Nachweise bei Knütel, Sem. Compl. Derecho Romano 20/21 (2007/2008), 257, 274 f.

sowohl zu Lebzeiten als auch von Todes wegen an der Verwendungsaufgabe festhalten will. Zu Lebzeiten geschieht dies durch eine *datio ob rem*; von Todes wegen wählt der Testator die *translatio fideicommissi*, wobei dem *collegium* als primärem Fideikommissar die Unwiderruflichkeit der Zahlung zugewendet wird; die Beschwer zugunsten der sekundären Fideikommissare rechtfertigt sich aus diesem aus dem Todesfall resultierenden Vorteil.

Dass der „Stifter“ das Kapital gleichzeitig einem Enkel überlässt, der es im Wege des offenen *depositum* von dem *collegium* übernimmt und dafür Zinsen zahlt, stellt nur eine Modalität der Verwaltung des Geldes dar und tangiert weder die *datio ob rem* noch die fideikommissarische Konstruktion. Das *collegium* bleibt dem Zahlenden, d.h. dem späteren Erblasser, aus der *datio ob rem* verpflichtet, kann aber die Innehabung des Geldes nur mittels Klage aus der *actio depositi* gegen den Enkel realisieren; genau diese *actio depositi* kann es dem sekundären Fideikommissar abtreten, wenn dieser nach dem Tod des „Stifters“ auf Herausgabe des Kapitals klagt.

Die herausgearbeitete Gestaltung des „Stifters“ aus Narbonne hat in den Juristenschriften ein Pendant in dem sog. *fideicommissum a debitore relictum*. Diese Gestaltung lässt sich genau wie die *datio ob rem* als Zweckbestimmung (Verwendungsbedingung mit *translatio fideicommissi*) aufgrund einseitiger Vorleistung (*datio* bzw. Zuwendung im Testament) auffassen. Der einzige Unterschied liegt in der durch den Tod des Gebers notwendigen „Umleitung“ der Rückforderungszuständigkeit auf einen Dritten, den sekundären Fideikommissar.

Abschließend bleibt damit festzuhalten, dass die moderne Fixierung auf die Kategorien des Vertragsrechts, wie z.B. auf „Schenkung“ oder „Stipulation“, auch das Verständnis des *fideicommissum a debitore relictum* verdunkelt und zu einer exzeptionellen Figur erklärt hat. Die dargelegte Parallelität von Fideikommiss und *datio ob rem* spricht hingegen dafür, auch das Fideikommissrecht auf die Struktur der Verfügung mit Zweckbestimmung zurückzuführen. Da ein Fideikommiss aufgrund seiner Formlosigkeit sogar in lebzeitigen Geschäften angeordnet werden kann, ist die von Sextus Fadius Secundus Musa gewählte Kombination aus *datio ob rem* und Fideikommiss mithin kein Zufall, sondern die Folge der einheitlichen Strukturbildung. Genauso wie für das Verkehrsrecht ist damit auch für die letztwillige Verfügung das Prinzip der zweckbestimmten Zuwendung als prägend anzusehen.

*Ex consuetudine eius regionis: Zur Rechtsmängelhaftung in der Provinz*¹

Christian Baldus

I. Text

Gai. 10 ed. prov. D. 21, 2, 6

Si fundus venierit, ex consuetudine eius regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri oportet.

Der Text lässt sich in verschiedener Weise übersetzen. Einige Punkte machen für die privatrechtliche Einordnung keinen großen Unterschied; einer hingegen schon, und dieser zentralen Übersetzungsschwierigkeit kann man zwar sprachlich entgehen, hat damit aber das Problem nicht gelöst: Entscheidet das regional Übliche darüber, *ob* Sicherheit geleistet werden muss, oder nur darüber, *wie*, nämlich (wenn wir *cavere* auf eine Stipulation beziehen)² in welcher Höhe?

II. Fragen

Zunächst zu den hier weniger wichtigen Punkten. Wortlautnah: „Wenn ein Grundstück verkauft worden ist,³ dann ist nach der Gewohnheit der Region, in der das Geschäft geführt worden ist, für Eviktion Sicherheit zu leisten.“ *Consuetudo* mit „Gewohnheitsrecht“ zu übersetzen, führt in unnötige Festle-

¹ Für Wolfgang Ernst in angenehmer Erinnerung an das gemeinsame Projekt Handbuch des Römischen Privatrechts, Gesprächsweise entwickelt anlässlich eines nunmehr lange zurückliegenden Rechtshistorikertages. Der Beitrag knüpft an einen Vortrag bei den VIII Encontros Juris-romanísticos de Lisboa (7.4.2025) an: „O *mos regionis*. Uma visão do século XIX no ambiente intelectual de Thibaut“ (Publikation in Vorbereitung für *Interpretatio Prudentium* unter dem Titel „*Summum momentum* und *ultima perniciēs*: Eine Schrift zum *mos regionis* aus dem Jahre 1837“). Zu danken ist den Lissabonner Kollegen, namentlich Eduardo Vera-Cruz Pinto, für die ehrenvolle Einladung; Herrn Kollegen José Luis Alonso (Zürich) für Hinweise zur Rechtslage in Ägypten (u. Fn. 19); meinen Mitarbeitern Erik Frehse und Benedikt Heuser für kritische Lektüre.

² Was bekanntlich nur die hier nächstliegende der denkbaren Bedeutungen ist; andere, etwa Pfandgestaltung, können auch gemeint sein: *Heumann/Seckel*, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Aufl. 1971 = Ndr. der 9. Aufl. 1907, s.v. *cavere*, *cautio*. *Petit*, *Fiadores y fianzas en el derecho romanovisigodo*, 1983, 152, betont, es scheine „evident“, dass in Gai. 10 ed. prov. D. 21, 2, 6 nicht nur an „garantías tipo fianza“ gedacht sei, doch erlaubten die Quellen keine weitergehenden Aussagen.

³ Gegen die Variante Futur II spricht das folgende *gestum est*.

gungen zur Rechtsquellenlehre: Die wenigen römischen Quellen zu dem, was man „Gewohnheitsrecht“ nennen mag, sind immer wieder im Licht moderner Vorstellungen von Recht und Gesetz interpretiert und auch überinterpretiert worden.⁴ Das soll hier nicht geschehen. Ebenso ist „Geschäft geführt“ heute mit bestimmten Instituten des Besonderen Schuldrechts verknüpft, enger als das römische *gerere*,⁵ sodass die Wendung „Geschäft abgeschlossen“ besser das Gemeinte trifft. Das Perfekt (erst wurde verkauft, dann garantiert) ist richtig, weil nur aus einer Manzipation automatisch eine *actio auctoritatis* folgt,⁶ sodass jedenfalls dort, wo nicht manzipiert werden kann, etwa bei Provinzialgrundstücken, ein gesondertes Sicherungsgeschäft nachfolgen muss.⁷ „Region“ schließlich ist (jenseits der hier nicht gemeinten territorialen Organisation von *urbs* und *Italia* unter Augustus)⁸ kein technischer Begriff des römischen Rechts. Der *mos regionis* erscheint neben beispielsweise dem *mos provinciae* und kann sich auf unterschiedlich scharf abgegrenzte Gebiete beziehen.⁹ Die untechnische Übersetzung birgt mithin weniger Risiken. Also: „Wenn ein Grundstück verkauft worden ist, dann ist nach der Gewohnheit der Region, in der das Geschäft abgeschlossen worden ist, für Eviktion Sicherheit zu leisten.“

Aber: Was bedeutet „nach der Gewohnheit [...] Sicherheit leisten“? Geht es darum, ob Sicherheit geleistet werden muss, darum, wie das zu geschehen hat, namentlich um die Höhe einer Stipulationssumme, oder um beides?

⁴ Grundlegend dazu Flume, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht*, 1975. Angemessen skeptisch auch Babusiaux/Alonso, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), *Handbuch des römischen Privatrechts*, § 8 Rn. 73–76, 101 ff. (Entstehung einer Gewohnheitsrechtstheorie nicht vor dem 2. Jh. n. Chr.; Zuordnungs- und Einordnungsfragen zu zahlreichen Texten), auch zur Stelle. Weitere Nachweise zur Debatte demnächst bei Baldus, IP 2025.

⁵ Vgl. nur Heumann/Seckel (Fn. 2), s.v.

⁶ Ernst, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), *Handbuch des römischen Privatrechts*, § 79 Rn. 38–250 m.w.N. Monographisch Brägger, *Actio auctoritatis*, 2013.

⁷ Es handelt sich, wie HRP/Ernst (Fn. 6), § 79 Rn. 282 (auch zur Stelle) ausgeführt hat, um einen mit Augenmaß betriebenen Erweiterungsprozess. Dazu noch unten sub VI. S. bereits Ernst, *Rechtsmängelhaftung*, 1995, 71 m. Fn. 317. Dass Gaius sich auf Orte mit *ius Italicum* bezogen haben könnte, ist in der Stelle nicht angedeutet.

⁸ Dazu vgl. Sartori, in: Cancik/Schneider (Hrsg.), *Der Neue Pauly, Enzyklopädie der Antike*, Bd. 10, 2001, Sp. 831 f. (Regio, regiones). Die neuere biographische Literatur zu Augustus (auch rund um das Jubiläum 2014) legt ihren Schwerpunkt kaum auf Fragen territorialer Organisation; vgl. immerhin z.B. Hurlet, *Auguste*, 2015, 110.

⁹ Vgl. erneut Baldus (Fn. 1). Gaius spricht im Kommentar zum Provinzialedikt noch an einer anderen Stelle von der *regeo*, neben der *civitas*, Gai. 9 ed. prov. D. 13, 4, 3: *varia sint pretia rerum per singulas civitates regionisque*.

III. Antworten und Schweigen

Selten findet man in der Literatur (und zwar in der älteren) eine Festlegung darauf, dass beides gemeint sei, Ob und Wie.¹⁰ Noch seltener wird die Mehrdeutigkeit ausdrücklich angesprochen. Kurz und treffend¹¹ formuliert es Bechmann:¹²

„[...] im Wesentlichen scheint der Jurist die M o d a l i t ä t e n der Caution im Auge gehabt zu haben (ob Simpla oder Dupla u.s.w.); tritt hier in Ermangelung ausdrücklicher Verabredung der mos regionis ergänzend ein, so ist damit nicht ausgeschlossen, dass die Begründung der Cautionspflicht besondere Verabredung voraussetzt. Allein nothwendig ist diese Interpretation doch nicht; nach dem Wortlaut kann auch die Pflicht selbst vermöge der Gewohnheit des Orts (es handelt sich um Provincialgrundstücke) selbstverständlich sein.“

¹⁰ Das ist der Fall bei *Guyet*, De more regionis disputatio [...], 1837, 11 f.: „[...] quaestio, an in fundo vendito emptor cautionem de praestanda evictione petere possit, et quantam, quae ulterior dubitatio de cautionis summa crebrius controversiis judicialibus ansam praebet, ex more ejus regionis decernatur oportet, in qua venditio acta est [...]“. Ähnlich *Müller*, Die Lehre des Römischen Rechtes von der Eviction. Erster Theil, 1851, 55 f.: „Die Stelle ist aus des G a j u s Commentar zum Provinzialedict entlehnt und es ergibt sich aus derselben, daß je nach der Verschiedenheit der provinziellen Districte sich ein verschiedenes factisches Herkommen (*regionis mos*) theils über die Existenzfrage der Cautionspflicht, theils über die Höhe der zu leistenden Caution gebildet hatte“. Dazu noch Fn. 2 (a.a.O.): „Die obige Stelle ist wichtig zugleich für die Frage über die Anwendbarkeit des örtlichen Rechts auf Rechtsgeschäfte. S. S a v i g n y, Syst. Bd. 8, S. 252 folg.“ (Sperrung im Original). Die Spur zu Savigny kann hier nicht weiter verfolgt werden.

¹¹ Wenn man nicht ganz grundsätzliche Zweifel am Provinzialedikt hegen will, was heute jedoch als wenig plausibel gelten darf. Maßgeblich weiterhin *Martini*, Ricerche in tema di editto provinciale, 1969; zu verschiedenen Aspekten das Handbuch des Römischen Privatrechts (nach Register) m.w.N.; eine neue Studie ist in Arbeit.

¹² *Bechmann*, Der Kauf nach gemeinem Recht. Teil I: Geschichte des Kaufs im römischen Recht, 1876, Ndr. 1965, 674 (Sperrung im Original).

Viele halten einen Bezug nur oder auch auf das Wie offenbar für selbstverständlich,¹³ wenige betonen ihn ausdrücklich.¹⁴ Vorsichtige¹⁵ Autoren vermeiden eine ausdrückliche Festlegung in Übersetzung oder Sachdarstellung.¹⁶ Die große Mehrheit erwähnt die Quelle nur am Rande und ohne jedes Eingehen auf die Frage, was genau nach dem *mos regionis* zu bestimmen gewesen sei.

¹³ Etwa *Rabel*, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte. Erster Teil. Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg, 1902, Ndr. 1973, 145: „Welche Stipulation abzuschließen war und demnach unterlegt wurde, hing von den lokalen Gewohnheiten [...] ab [...]“. *Rabel* verweist auf *Voigt*, Römische Rechtsgeschichte. Zweiter Band, 1899, 923 Fn. 12, wo zwar nicht D. 21, 2, 6 erscheint, wohl aber weiterverwiesen wird nach *Voigt*, II, 141 Fn. 45 (*mores regionis* als dispositiv verbindliches Recht), dort wiederum nach *Voigt*, II, 152 f. mit Fn. 9. Auf 152 f. führt *Voigt* eine Vielzahl von Quellen an (u.a. D. 21, 2, 6 auf S. 152 Fn. 6), die zusammengefasst qualifiziert werden als „Rechtsgewohnheiten, wie aber auch Observanzen, welche die Stellung subsidiärer Rechtsnormen einnehmen“. Soweit *Voigt*, 153 Fn. 9 sodann auf *Voigt*, „Ius nat. III, 85 f. 95 f. Beil. VII § 8. XVI § 3“ weiterverweist, steht Näheres zu D. 21, 2, 6 in der Tat in der Beilage XVI. (Ueber die Collision der Rechte nach römischen Rechtsgrundsätzen, in: *Voigt*, Das *jus naturale, aequum* und *bonum* und *jus gentium* der Römer. Vierter Theil: Die gemeinsame Tendenz des *jus naturale, aequum* et *bonum* und *jus gentium* der Römer. Beilagen IX–XXI zu dem *jus naturale, aequum* et *bonum* und *jus gentium* der Römer, 1875, 285–332 [296 ff.]): Hier diskutiert *Voigt*, ausgehend von Savigny, System VIII (s. bereits Fn. 10), ob der Gaiustext einen Beleg für Gewohnheitsrecht (so wie *Voigt* es versteht) oder nur für die „einfache Lebenssitte“ (so Savigny) gebe. Was dogmatisch in D. 21, 2, 6 genau gesagt sein soll, erscheint erst an dieser Stelle (297) und nur als Vorfrage zu dem rechtsquellen-theoretischen Punkt, der *Voigt* mehr am Herzen liegt: Es gehe um die „Verbindlichkeit [...] eine Caution in einer durch *consuetudo* geregelten Beschaffenheit vertragsmäßig zu übernehmen“ – also zumindest auch um das Wie(-viel) der Garantie. *Voigt*, Das *jus naturale, aequum* und *bonum* und *jus gentium* der Römer. Dritter Theil: Das *strictum jus* und *aequum* et *bonum* der Römer, 1875, 95 Fn. 148 verweist auf die Beilagen VII § 8 und XVI § 3. Beilage VII (Ueber *bona fides* [...] und ähnlich, und deren Beziehung zur *aequitas*) steht bei *Voigt*, Das *jus naturale* [...], 1856, später gezählt als erster von vier Bänden, 583–617, und enthält im Wesentlichen Begriffs- und Quellenlisten. Im Ergebnis führt *Rabels* zumindest stark raffender Hinweis also zu *Voigts* Ansicht über den Inhalt der Gaiustelle, wenngleich diese nicht den für *Voigt* relevanten Punkt darstellt, und nicht über die direkte Fußnotenverweisung. Die aus *Voigts* Sicht vorrangigen theoretischen Fragen hingegen waren für *Rabel* nachrangig, und letzterer mag auch wenig Neigung verspürt haben, sich einen Weg durch *Voigts* durchaus unübersichtliche Publikationen zu bahnen.

Arangio-Ruiz, La compravendita in diritto romano, 2. Aufl. 1954 spricht vom „tipo di stipulazione più confacente agli usi regionali ed alla qualità della cosa“; ihm folgen *Bove*, La consuetudine in diritto romano. I. Dalla repubblica all’età dei Severi, 1971, 119 und nahezu wörtlich *Mohino Manrique*, Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor, 2006, 312.

Völkel, SZ 110 (1993), 427 (477) spricht von der „Haftungshöhe“.

¹⁴ So namentlich *Schmiedel*, Consuetudo im klassischen und nachklassischen Römischen Recht, 1966, 34 (vgl. auch 36) unter Berufung auf *Pernice*, SZ 22 (1901), 59 (79) und *Niedermeyer*, Byzantinisch-Neugriechische Jahrbücher 2 (1921), 87 (91, 94 f.). *Pernice* a.a.O. (79 Fn. 2) präzisiert (im Zusammenhang der Grundsatzfrage, wie man sich „Gewohnheitsrecht“ vorzustellen habe): „in der Art (Bürgen, Pfand, eidlich) und in dem Umfange (aufs doppelte oder das einfache), wie es da zu Lande üblich ist“. „D. 22.2“ beim folgenden Quellennachweis ist ersichtlich ein Druckfehler, gemeint sind vielmehr Ulp. 32 ed. D. 21, 2, 37, 1 und Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21, 2, 56, die freilich zu regionalen Aspekten nichts sagen.

¹⁵ Unnötig weit vom Text hingegen die Pennsylvania Translation („When land is sold, the transaction should be in accordance with the custom of the region, and the undertaking in respect of eviction should be adapted accordingly“) und die neue französische von Gaurier („Si un bien-fonds est vendu, à partir de la coutume de la région dans laquelle l’affaire a été faite, en faveur de l’éviction, il faut donner une garantie.“).

¹⁶ So beide deutsche Übersetzungen, D’Ors, Schipani, Scott und Spruit. Aus dem kaufrechtlichen Spezialschrifttum statt aller *Calonge*, Evicción, 1968, 60 f.; HRP/*Ernst* (wie Fn. 7).

IV. Argumente

Was kann sinnvollerweise gemeint sein? Provinzialgrundstücke sind, wenn man sie nach stadtrömischen Kriterien qualifizieren will, *res nec Mancipi*. Die schon in klassischer Zeit gerade in den Provinzen entstehenden hybriden Formen der Sachherrschaft zwischen dinglicher und persönlicher Konstruktion¹⁷ waren vermutlich quer durch das Imperium nicht einheitlich. Welche lokalen Vorstellungen über Grundstückskaufverträge herrschten, wird die stadtrömischen Juristen im Zweifel nicht interessiert haben: *Ius gentium* war kein IPR, sondern vereinfachtes und modernisiertes Sachrecht;¹⁸ konkrete Einbeziehung peregriner Rechtsvorstellungen ist kaum nachweisbar. Letzteres dürfte sich bereits daraus erklären, dass diese Vorstellungen für viele Provinzen schwierig zu ermitteln waren. Der Provinzgouverneur wird in Streitigkeiten unter Provinzialen ohne römisches Bürgerrecht allenfalls dort nähere dogmatische Erwägungen angestellt haben, wo entsprechende Institutionen und Kommunikationsformen bestanden; und nur insoweit, als nicht andere, namentlich munizipale Instanzen ihn des Problems enthoben. Hinweise auf Römern zugängliche Dogmatik und zugleich Zuständigkeit römischer Instanzen bietet Ägypten,¹⁹ das aber jedenfalls nach dem überlieferten Quellenbestand ein Sonderfall war. In anderen Provinzen dürfte die Interaktion deutlich geringer gewesen sein.

Die für Provinziale geltenden Rechte konnten weiterhin eine Rechtsmängelhaftung wie die des römischen Zivilrechts enthalten oder auch nicht. Unter Römern wäre es bei einem Geschäft über ein Provinzialgrundstück konsequent gewesen, eine *emptio venditio* und dann eine kausale Tradition anzunehmen, aus der jedenfalls keine *actio auctoritatis* folgte. Dokumente, die eine solche Praxis sicher belegten, haben wir jedoch nicht.

¹⁷ Einige Hinweise zur unübersichtlichen Rechtslage bei Battaglia, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des römischen Privatrechts, § 51. Zu absoluten Rechten in der Nachklassik demnächst Repnow, *Liberalitas legibus et aequitate subnixa*. Rechtserwerb durch kaiserliche Eigentumszuweisung in der Spätantike (im Druck vss. 2026).

¹⁸ Übersicht bei Baldus, Art. *ius gentium*, in: Akademie der Wissenschaften und der Literatur zu Mainz (Hrsg.), Handwörterbuch der antiken Sklaverei, 2013. Jetzt in: ders., *Espacios de particulares, espacios de juristas. Estudios dogmáticos de derecho privado romano 2006–2016*, 2017, 341 ff. Eine allseits konsentierende Gesamtdarstellung existiert nicht: G. Lombardi, *Ricerche in tema di „ius gentium“*, 1946, und ders., *Sul concetto di „ius gentium“*, 1947, spiegelt den interpolationistisch beeinflussten Forschungsstand aus der Schule Bonfantès; Kaser, *Ius gentium*, 1993, seine eigene textkonservative Wende und ein halbes Jahrhundert weiterer Forschung; ausführlich zuletzt Babusiaux, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des römischen Privatrechts, § 6 Rn. 177–273 m.w.N., und zusammenfassend für seinen Ansatz Fiori, in: Piro/Marra (Hrsg.), *Diritto romano e postmodernità*, 2024, 157 ff. Das Grundproblem, die Divergenz zwischen praktischem Auftreten später *ius gentium* genannter Phänomene und theoretischer Herleitung, ist jedenfalls an den Quellen, die den Begriff ausdrücklich verwenden, allein nicht auflösbar; es schlägt vielmehr nach wie vor auf die moderne Literatur durch, die primär entweder bei der Entstehung des republikanischen Verfahrens oder bei rechtsquellen-theoretischen Erwägungen ansetzt.

¹⁹ Was hier nicht vertieft werden kann. Vgl. aus der neueren Literatur zunächst m.w.N. HRP/Alonso/Babusiaux (Fn. 4), § 8 Rn. 35–108; zu den *nomikoi* (vgl. a.a.O. Rn. 54 Fn. 125) jetzt Urbanik, JJP 53 (2023), 125 ff. Zu einem Beispiel für den Versuch, lokales Recht römisch zu fassen, Alonso, Symposium 2022, 407 (438 f.).

Zwischen Geschäften unter Peregrinen (aus derselben Provinz, aus verschiedenen, von außerhalb des Reiches), Geschäften zwischen Peregrinen und Römern und solchen unter Römern zu unterscheiden, konnte nun keine praxistaugliche Lösung sein. Das gilt insbesondere dort, wo unterhalb bestimmter Wertgrenzen lokale Richter zumindest erstinstanzlich zuständig waren. Trotz der arg unvollständigen Quellenlage dürfen wir also annehmen: Es bedurfte einer für alle Transaktionen über in der Provinz belegene Grundstücke gleichen und einfach handhabbaren Lösung für denkbare Rechtsmängel. Gaius' unpersönliche Ausdrucksweise deutet in diese Richtung.

Die Abgabe einer Stipulation (ggf. *iuris gentium*)²⁰ bot sich dafür an. *Cavere* muss freilich nicht heißen „stipulieren“. Auch andere Formen der Sicherheitsstellung können unter das von Gaius verwendete Verb fallen.²¹

Wenn dies hinter dem Wort *cavere* steht, dann ist kaum anzunehmen, Gaius' Rede vom *mos regionis* beziehe sich bereits auf das Ob der Sicherheitsleistung. Sollte jeder Provinzgouverneur entscheiden, ob er Rechtsmängelhaftung als vorgegeben ansehen und gegebenenfalls durchsetzen wollte? Das kann man sich kaum vorstellen, gerade im Interesse von Römern nicht, die in einer Provinz Geschäften nachgingen, oder von Provinzialen, denen das römische Bürgerrecht verliehen worden war. Schutz gegen Unsicherheiten über die Eigentumslage, wie sie in vielen Provinzen noch häufiger sein musste, gerade für Provinzfremde, als in der *urbs*, gehört zum Kern wirtschaftlich nachvollziehbarer Käuferinteressen. Nicht zufällig betreffen einige der erhaltenen Stellen aus dem gaianischen Kommentar Kaufrecht.²² Und da jedenfalls der Kernbestand der *actio empti* als *ius gentium* angesehen werden darf,²³ spricht einiges dagegen, die Wendung *ex consuetudine eius regionis [...] caveri* als einen Vorbehalt des Inhalts zu lesen, dass Ortsrecht auch kein *cavere* hätte vorsehen können. Es ging also nur um Art und Maß der Stipulation.

V. Zum Provinzialedikt

Es bleibt die Frage nach Folgerungen für die Rekonstruktion des Provinzialedikts.²⁴ Hier öffnet sich ein weites Feld, denn zu diesem Edikt ist so gut wie

²⁰ Zutreffend weist Kaser (Fn. 18), 116, 146, darauf hin, dass die zivile *sponsio-stipulatio* sogar die Ausnahme darstellt – und dass Rom in diesem Felde als *ius gentium* praktiziert, was keineswegs Gemeingut aller Völker war. Die theoretische Begründung für die Qualifikation als *ius gentium* hat auch hier wenig mit dem rechtsvergleichenden Befund zu tun (vgl. nochmals o. Fn. 18). Hingegen hat die Eviktionshaftung in ihren verschiedenen Varianten durchaus universellen Charakter: Nörr, in: FS für Theo Mayer-Maly, 2002, 529 (542).

²¹ S.o. Fn. 2.

²² Eine weitere davon spricht ausdrücklich von Eviktion: Gai. 28 ed. prov. D. 21, 2, 54pr.

²³ Kaser (Fn. 18), 142.

²⁴ Martini (Fn. 11), 123 äußert sich weder zum genauen Verständnis der Stelle noch genauer dazu, ob sie Edikttext spiegelt: Sie gehöre zu denen, die „potrebbero considerarsi ispirati“ „ad una visione di un simile ambiente“ (scil. provinciale).

alles streitig;²⁵ und es ist bemerkenswert, dass die Literatur zu unserer Stelle nur zu einem ganz geringen Anteil Literatur zum Provinzialedikt ist. Im Folgenden sei (unter Anwendung maximaler Vorsicht) zugrunde gelegt, dass es bereits in republikanischer Zeit Edikte der einzelnen Provinzstatthalter gab, weiterhin jedenfalls im Prinzipat eine Tendenz zur Entstehung eines Mustertextes, den dann Gaius kommentierte.

Wenn wir Gai. 10. ed. D. 21, 2, 6 für echt halten wollen,²⁶ dann spricht die Stelle klar gegen die Existenz einer Regelung zur Art und Weise der Sicherheitsleistung: Es wird gerade nichts verbindlich für alle Provinzen gesagt. Wie eine wörtliche Ediktslaudation sieht der Text jedenfalls nicht aus. Der gaianische Text enthält Ediktszitate an anderer Stelle durchaus;²⁷ wie auch immer wir sie verstehen wollen,²⁸ ist doch im Zweifel davon auszugehen, dass Gaius eine etwa existierende ediktale Sonderregelung zur Eviktionshaftung (welchen Inhalts auch immer) ausdrücklich wiedergegeben hätte.

Wir wissen nicht, was das Provinzialedikt dort enthielt, wo im stadtrömischen Edikt die *actio auctoritatis* stand.²⁹ Möglicherweise enthielt es nichts Spezifisches. Wenn jedenfalls das Maß von Stipulationen, vermutlich auch die Art der Sicherheitsleistung regionalem Brauch folgte,³⁰ dann können diese Fragen nicht zentral geregelt gewesen sein. Für eine zentrale Verweisung im Edikt auf regionale Unterschiede gibt es keine Indizien oder Vorbilder; welchen Sinn hätte sie auch haben sollen? Dass der Provinzstatthalter sich an örtlichen Usancen orientieren konnte, wenn nichts Abweichendes vorgegeben war, ist trivial.

Für die Annahme einer Parallelkonstruktion zur *actio auctoritatis* im Provinzialedikt fehlt selbst dann jeder Anhaltspunkt, wenn man annimmt, dass zur Zeit der Entstehung des Provinzialedikts die Manzipation und damit die *actio auctoritatis* in Rom noch eine bedeutsame Rolle gespielt habe. Viel einfacher war es, für provinziale Sachverhalte auf die ediktal ohnehin angeordnete *actio empti* zurückzugreifen. Hier befand sich auch das stadtrömische Recht in einer Entwicklung;³¹ hin zu einem erweiterten Rechtsschutz durch einen Stipulationszwang *ex empto*. Wenn Gaius sich in 10 ed. prov., wo verschiedene Kaufrechtsfragen Erörterung finden, mit dem Rechtsschutz des Käufers befasst, dann liegt

²⁵ Für den Forschungsstand vgl. nochmals o. Fn. 11, weiterhin das HRP nach Register.

²⁶ Die Textkritik hat sich hier auch früher zurückgehalten. Zwar zweifelt *Lenel*, *Edictum Perpetuum*, 3. Aufl. 1927, 568 Fn. 1, an *pro evictione*, hat sich damit aber nicht durchgesetzt.

²⁷ S. Gai. 1 ed. prov. D. 2, 2, 4. Zu der Frage, ob in weiteren Passagen mehr oder minder textnahe Paraphrasen stehen, ist hier nicht Stellung zu nehmen.

²⁸ Namentlich unter dem Aspekt, was sie über das Verhältnis von Kommentar und Kommentiertem aussagen, vgl. nur *Babusiaux*, in: Kästle/Jansen (Hrsg.), *Kommentare in Recht und Religion*, 2014, 15 ff.; *Harke*, *Libri ad edictum – libri ad Sabinum*. Zu den sogenannten Kommentaren des Domitius Ulpianus, 2022.

²⁹ Zum ed. praet. urb. bestehen seit Langem Unsicherheiten; vgl. *Lenel* (Fn. 26), 542–549 und jetzt HRP/*Ernst* (Fn. 6), § 79 Rn. 243 ff. sowie *Brägger* (Fn. 6), 222–226.

³⁰ Die traditionell umstrittene Frage, ob man hier von Gewohnheitsrecht sprechen will oder ob man es, beispielsweise, vorzieht, das Ortsübliche in den Parteiwillen hineinzulesen, kann an dieser Stelle offen bleiben. Für den Bezug zum *quod actum* s. D. *Nörr*, SZ 121 (2004), 152 (156). Vgl. noch Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21, 1, 31, 20 (verweist nicht auf Edikttext).

³¹ Vgl. nochmals HRP/*Ernst* (Fn. 6), § 79 Rn. 282.

eine Zuordnung zur *actio empti* nahe,³² und es genügte, dass der Jurist die vorhandene ediktale Bestimmung interpretierte.

Möglicherweise ist die provinziale Situation sogar eine Treiberin der Entwicklung hin zur stipulationsweisen Rechtsmängelhaftung *ex empto*: Wenn diese Entwicklung gerade für *res pretiosiores* zu beobachten ist, dann ist das Grundstück ein zentrales Objekt und das Provinzgrundstück eines, bei dem eine Weiterentwicklung des rechtlichen Instrumentariums besonders dringlich war. Das wiederum würde mit einer zentralen Bedeutung des *ius gentium* korrespondieren: derjenigen, Modernisierung des römischen Rechts zu befördern,³³ was eben deswegen möglich war, weil *ius gentium* römisches Sachrecht darstellt. Dass in den Provinzen *ius gentium* praktiziert wurde, liegt auf der Hand, wenngleich wir entsprechende dogmatische Qualifikationen aus Gründen der Quellenlage kaum antreffen.³⁴ Und dann passt es gut, wenn gerade Gaius diesen Modernisierungsschritt aus der provinzialen Praxis in die stadtrömische Diskussion trug.

Welches Gewicht seine Stimme dort für die Zeitgenossen hatte, ist eine andere Frage. Diese Frage lässt sich nicht auf der Grundlage der beliebten Spekulationen über Person und Leben gerade dieses Autors beantworten, sondern nur auf derjenigen dogmengeschichtlicher Spuren. Genau so ist für D. 21, 2, 6 Wolfgang Ernst im HRP verfahren. Justinians Kompilatoren jedenfalls fanden den Text noch für ihre Zwecke verwertbar, obwohl oder gerade weil der denkbare (provinz-)ediktale Hintergrund für sie inhaltlich keine Rolle mehr spielte.³⁵

VI. Zu den Stimmen aus dem 19. Jahrhundert

Es gibt vor allem aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine ganze Literatur, die oft unter dem „Radar“ der heutigen Wissenschaft bleibt: weil sie von den Gründervätern der Historischen Rechtsschule überstrahlt wird, weil man annimmt, dass sie später in der Pandektenwissenschaft vollständig verarbeitet sei, oder auch deswegen, weil man sie auf Restbestände einer mit Hugo und Savigny überwundenen Romanistik des 18. Jahrhunderts reduziert. In der Tat ist das Bild der Zeit bunter, als eine auf die Kodifikationsfrage konzentrierte Erzählung der Wissenschaftsgeschichte³⁶ es gezeichnet hat. Bisweilen gehen einzelne Stimmen auch deswegen unter, weil man sich der Epoche überhaupt nicht

³² Auch palingenetisch; so in der Tat *Lenel*, Pal. I Sp. 216 (Gai. 242): am Ende von E. 111 *empti venditi*.

³³ Ob das notwendigerweise eine Rückführung auf die Tätigkeit des *praetor inter peregrinos* bedeutet (kritisch *Fiore*, wie Fn. 18), kann hier offenbleiben.

³⁴ Einige Hinweise in: Czajkowski/Eckhardt/Strohmman (Hrsg.), *Law in the Roman Provinces*, 2020.

³⁵ Über die damit angesprochenen Besonderheiten des gaianischen Kommentars zum Provinziedikt und seiner Überlieferung vgl. die noch unpublizierten Beiträge von *Alessandri*, *Nasti* und *Pontoriero* zum PRIN „Per una storia dell’editto. Profili palingenetici, commenti dei giuristi, costruzione del diritto privato romano“, vorgetragen in Pavia am 19.6.2025.

³⁶ Für eine zeitgemäße Einordnung dieser Erzählung *Haferkamp*, *Die Historische Rechtsschule*, 2018.

im dogmengeschichtlichen Detail nähert, sondern nur nach großen Linien, methodischen Umbrüchen oder philosophischen Zusammenhängen sucht. Anders ausgedrückt: Manche Autoren dieser Zeit stellen „dumme Fragen“, die sodann durch Traditionen der Forschungsdiskussion zugeschüttet wurden, möglicherweise aber nicht oder nicht mehr zeitgemäß beantwortet sind. Solche Fragen können uns wieder interessieren.

Nun ist es eine Kernaufgabe der Exegese, Pfadabhängigkeiten möglichst zu reduzieren, indem man so lange wie möglich vom selbst zu übersetzenden Text ausgeht, um nicht von vornherein unreflektiert Vorverständnisse aus der Sekundärliteratur zu übernehmen, und erst dann fremde Übersetzungen und Deutungen beizieht.³⁷ Wer solcherart an Gai. 10 ed. prov. D. 21, 2, 6 herangeht, der kann die sprachliche Mehrdeutigkeit des Textes nicht übersehen. Wer hingegen über die große Mehrzahl der meist beiläufigen³⁸ neueren Zitate zur Quelle kommt, der wird von vornherein zu der Annahme kommen, nur das Wie(-viel) der Sicherheitsleistung stehe in Rede. Das trifft im Ergebnis wohl zu, aber eine Daueraufgabe der Romanistik ist verfehlt, nämlich das immer neue Durchdenken der Quellen im Lichte des jeweiligen disziplinären und interdisziplinären Erkenntnisstandes – wie Wolfgang Ernst es für das Kaufrecht meisterlich geleistet hat, *nota bene* unter stetem Hinweis auf abweichende Positionen und weiter klärungsbedürftige Positionen.

Für den nun, der gut exegetisch erst einmal vom Text ausgeht, sind Aussagen wie die oben³⁹ zitierten Guyets und Bechmanns hilfreich. Guyet scheint gar keine Zweifel daran zu haben, dass die *quaestio an* ebenfalls erfasst sei. Er liegt vermutlich falsch, aber er formuliert etwas, das man auch bei genauem Lesen des Textes durchaus denken kann. Bechmann hält die Mehrdeutigkeit des Wortlautes ausdrücklich fest und lässt sie stehen. Das ist eine Fähigkeit, die wir weithin verloren haben, was bedauerlich ist: Die Dinge müssen sich für eine historisch-kritische Betrachtung nicht so fügen wie im geltenden Zivilrecht; wichtiger sind die Fragen als die Antworten, und wichtiger die Antworten zur historischen Entwicklung der römischen Juristendiskussion als die zu diachron unveränderten Lösungen. Vielleicht ist es die Breite und Vielgestaltigkeit der Debatte vor allem im früheren 19. Jahrhundert, die uns in manchen Fällen eher zum Verständnis der antiken Diskussion hilft als die (auf je eigene Weise) harmonisierenden Tendenzen, die später das Feld beherrschten, sei es nun die spätandektistische oder die interpolationistische Richtung.

Solche Harmonisierung ist nicht mehr Ziel der heutigen Romanistik. Diese sucht vielmehr historische Rechtsentwicklungen und Juristendiskussionen, vielleicht gar Juristenindividualitäten, namentlich aus dem Datum geschichteter und redigierter Texte herauszudestillieren.⁴⁰ Die Geschichtlichkeit der Sache er-

³⁷ Söllner/Baldus, Römisches Recht, 2022, 241 ff.; Baldus, in: FS für Johannes Strangas, 2017, 789 (789 ff., 794).

³⁸ Und daher oben mehrheitlich nicht nachgewiesenen.

³⁹ Fn. 10, 12.

⁴⁰ Für einen Versuch, dies systematisch zu betreiben, mit dem Effekt einer kommentierenden Neuübersetzung und Palingenesie größerer Juristenkorpora vgl. das Projekt *Scriptores Iu-*

schließt sich im Idealfall aus der Geschichtetheit des Quellentextes. Dieser Gedanke liegt bereits der in Deutschland üblichen exegetischen Romanistenmethode zugrunde. Geschichtlich und geschichtet ist aber auch der Blick der Späteren auf die Quellen, und eben deswegen lohnt es sich auch für den Antikrechtler, Wissenschaftsgeschichte zu betreiben.⁴¹ Es gibt keine lineare Entwicklung von geringerer zu größerer Erkenntnis und kein vorurteilsfreies Urteil über den größeren oder geringeren Erkenntniswert früherer oder heutiger Sichtweisen. Ältere Sekundärliteratur, sofern gründlich gearbeitet, behält ihren Wert, wenn man ihren Hintergrund kennt und sie entsprechend einordnen kann. In diesem Sinne will auch das Handbuch des Römischen Privatrechts Diskussionen erschließen, nicht beenden (wenngleich Letzteres ein typisches Risiko des Gebrauchs von Gesamtdarstellungen ist).⁴² Wer es so liest, wer den Nachweisen folgt, der wird Blicke auf die Antike finden, die trotz all ihrer Zeitbedingtheit immer wieder beigezogen werden sollten, schon damit die Zeitbedingtheit heutiger Sichtweisen bewusst bleibt.

ris Romani (Stand Mitte Juni 2025: www.lerma.it/catalogo/collana/166 [12.11.2025]); Grundlagen: *Schiavone*, Ius, 2. Aufl. 2017; Umsetzung des Individualisierungsgedankens auf der Lehrbuchebe: *Brutti*, Il diritto privato nell'antica Roma, 3. Aufl. 2015; vgl. *Baldus*, Jurisprudence 2019, 91 ff.; exemplifizierende Zwischenbilanz: Nasti/Santucci (Hrsg.), Discussioni sui giuristi romani, 2024.

⁴¹ Wie es auch Wolfgang Ernst getan hat, s. nur *Ernst*, in: Beatson/R. Zimmermann (Hrsg.), *Jurists Uprooted*, 2004, 105 ff.

⁴² Vgl. *Babusiaux/Meissel*, SZ 141 (2024), 516 ff.; *Baldus*, JELH 15 (2024), 231 ff.

Die Thüringische Gesellschaft des Pfefferhandels von 1579¹

Theodor Baums

I. Einführung

Im März 1579 wird in Leipzig ein Vertrag zur Gründung einer „Thüringischen Gesellschaft des Pfefferhandels“ geschlossen.² Gesellschafter sind drei kursächsische Beamte sowie der Augsburger Kaufmann Konrad Roth und dessen Söhne. Roth hatte sich durch Verträge mit dem portugiesischen König den Zugriff auf den gesamten Pfeffer gesichert, der sich aus dessen Kolonien in „Ostindien“ beziehen ließ.³ Jeweils im Frühjahr sollten mehrere Schiffe nach Indien auslaufen und im Folgejahr den geladenen Pfeffer nach Lissabon schaffen. Von dort aus sollte er verteilt werden. Roths Plan war, den Vertrieb in Europa auf mehrere unterbeteiligte Verleger aufzuteilen, da er allein die Vorschüsse für den Ankauf des Pfeffers nicht aufbringen konnte.⁴ Den für ihn selbst reservierten Anteil, mehr als 9000 Zentner pro Jahr, wollte er über die Thüringische Pfefferhandelsgesellschaft zu Leipzig vorfinanzieren und verkaufen lassen. Entscheidend dafür war die mit dem portugiesischen König getroffene Vereinbarung, dass dieser keinen Pfeffer zum gleichen Preis an andere Kaufleute abgeben würde, so dass Roth sich ein europäisches Vertriebsmonopol für Pfeffer ausrechnete.

Vorgeschichte, Tätigkeit und jähres Ende der Thüringischen Gesellschaft weisen durchaus Züge eines Wirtschaftskriminalromans auf: Roth lockt den Kurfürsten von Sachsen und die für ihn auftretenden Beamten in dieses Abenteuer, indem er ihnen großartige Gewinnchancen in Aussicht stellt und auf der Hand liegende Risiken verschweigt oder übersieht, insbesondere den drohenden Wettbewerb durch den Levantehandel, den Pfefferimport auf der traditionellen

¹ Für hilfreiche Hinweise und Unterstützung danke ich Anja Amend-Traut, Albrecht Cordes, José Engracia Antunes, Mark Häberlein, Karl Härter, Matthias Heinen, den Mitarbeitern des sächsischen Hauptstaatsarchivs Dresden und *last but not least* meiner Frau Brigitte Baums-Mammerger.

² „Handlung und Contract, welche die Thüringische Gesellschaft mit Hern Conradt Roth von Augsp: des Indianischen Pfeffers halben getroffen“, Sächs. Hauptstaatsarchiv (HStA) Dresden 10036, Finanzarchiv Loc. 32560 Rep. XII Nr. 89; nicht foliiert.

³ Zum kolonialen Stützpunktsystem der Portugiesen im 16. Jhd. *Wendt*, Vom Kolonialismus zur Globalisierung, Europa und die Welt seit 1500, 2007, 44–48.

⁴ Näher zur Finanzierung der von Roth 1575 und 1577 mit der portugiesischen Krone geschlossenen Gewürzverträge und den von ihm unterbeteiligten Firmen *Hildebrandt*, Scripta Mercaturae 1970, 33 ff., 37 ff.

Route von Indien nach Alexandria und von dort nach Venedig.⁵ Er entwickelt sofort weitere große Pläne, andere Gewürze, die Gründung einer Wechselbank, einer Schifffahrtslinie und eines Postdienstes neben der Reichspost betreffend.⁶ Nebenbei vertreibt Roth, um sich Geld zu verschaffen, Pfeffer auf eigene Rechnung, obwohl dies ihm vertraglich untersagt ist.⁷ Schließlich fällt sein Unternehmen in Augsburg, wo er auch Zuckersiederei betrieben hatte⁸, in Konkurs. Darauf verlässt er Augsburg und täuscht seinen Tod in der Schweiz vor.⁹ Von dort setzt er sich nach Spanien ab, wo er sich als Berater des Königs der Iberischen Union und Konsul der deutschen Nation nützlich zu machen sucht.¹⁰

Einer seiner Kompagnons, der kursächsische Kammermeister Harrer, ein Verwandter Roths, hatte sich mit der kurfürstlichen Kammer entnommenem Geld auch privat am Pfefferhandel beteiligt. Nachdem der in Leipzig angelangte Pfeffer nicht mehr zu den geplanten Preisen abgesetzt werden kann, weil diese inzwischen verfallen sind, und der Fehlschlag seines Investments und des von ihm beförderten Engagements seines Kurfürsten drohen, erdolcht sich Harrer in der Silberkammer zu Dresden.¹¹

Resigniert schreibt der Kurfürst im Oktober 1580:

„[...] ich sehe, dass ich zum Pfeffersack nicht geboren bin, [...]. Weil ich mich jetzt aber alt, verdrossen und faul fühle, und die Zeit, die mir Gott ferner zu leben vergönnt hat, gerne mit Ruhe zubringen möchte, habe ich mich ernstlich entschlossen, mich aller Händel zu entledigen.“¹²

und lässt im April 1581 den gesamten in Leipzig gespeicherten Pfeffer an die Insolvenzverwalter des Roth'schen Vermögens in Augsburg veräußern. Letzten Endes kann so der vom Kurstaat zu tragende Verlust doch noch auf ein erträgliches Maß beschränkt werden.¹³ Mit der Versilberung des gesamten Gesell-

⁵ Dazu *Braun*, in: Denzel (Hrsg.), *Gewürze: Produktion, Handel und Konsum in der Frühen Neuzeit*, 1999, 129 ff. Im Jahr nach der Gründung der Thüringischen Gesellschaft, 1580, wurden in Venedig nach vorausgegangenen Stockungen im Levantehandel wieder 20.000 Zentner Pfeffer aus Alexandria erwartet; *Haebler*, in: *Neues Archiv für Sächsische Geschichte und Altertumskunde* 16 (1895), 204. Hamilton hat außer dem Levantehandel auf verbreitete Korruption der portugiesischen Faktoren und Kapitäne hingewiesen, die das von der portugiesischen Krone angestrebte Monopol ebenfalls in Frage gestellt habe; *Hamilton*, in: *The American Economic Review* 38 (1948), 38.

⁶ *Haebler*, in: *Neues Archiv für Sächsische Geschichte* 16 (Fn. 5), 194 ff.

⁷ *Hildebrandt*, in: *Scripta Mercaturae* 1970, 41.

⁸ *Werner*, in: *Scripta Mercaturae* 1975, 75–90.

⁹ *Haebler*, in: *Neues Archiv für Sächsische Geschichte* 16 (Fn. 5), 209 ff.

¹⁰ *Häberlein*, *Brüder, Freunde und Betrüger, Soziale Beziehungen, Normen und Konflikte in der Augsburger Kaufmannschaft um die Mitte des 16. Jahrhunderts* 1998, 29; *Berger*, in: Denzel/Häberlein (Hrsg.), *Kolonialismus – Imperialismus – Dekolonisation, Mitteleuropa in globalen Kontexten* (16. bis 20. Jahrhundert), 2025, 55–57.

¹¹ Dazu: Albrecht Heinitz', *Hans Harrers Diener, Bericht, so er wegen seines Herrn Verhalten, nachdem er, Harrer, sich selbst im Schloss in der Silberkammer zu Dresden ermordet und erstochen, getan hat*, HStA Dresden 10024, Geheimer Rat (Geheimes Archiv), Loc. 9699/17.

¹² Schriften über die Meißener und Thüringer Gesellschaft wegen des Kupfer- und Pfefferhandels, HStA Dresden 10024, Geheimer Rat (Geheimes Archiv), Loc. 7410/17, fol. 15.

¹³ Berechnung bei *Schirmer*, *Kursächsische Staatsfinanzen (1456–1656), Strukturen – Verfassung – Funktionseliten*, 2006, 634.

schaftsvermögens findet auch die Thüringische Gesellschaft des Pfefferhandels ihr vorzeitiges Ende.

Die handelnden Akteure¹⁴ und das Schicksal der Thüringischen Gesellschaft¹⁵ sind wie die Beteiligung oberdeutscher Handelsgesellschaften am portugiesischen Ostindienhandel,¹⁶ insbesondere am Gewürzhandel,¹⁷ mehrfach in der Literatur vor- und dargestellt worden. Die Rechtsgeschichte hat die Thüringische Gesellschaft des Pfefferhandels dagegen bisher nicht für sich entdeckt. Hier können nur zwei Fragen aufgegriffen werden. Zunächst: Haben sich die Beteiligten für die Thüringische Gesellschaft einer gebräuchlichen Rechtsform bedient? Die Gründung einer Gesellschaft für den Handel mit einer Kolonialware wirft die Frage auf, ob die vom Kurfürsten von Sachsen maßgeblich finanzierte Handelsgesellschaft sich bereits als frühe von Staats wegen geförderte, mit staatlichen Mitteln und Befugnissen ausgestattete Compagnie für den überseeischen Kolonialhandel mit allseits beschränkter Haftung begreifen und einordnen lässt (dazu unten II.).

Sodann: Weshalb bestellte der Kurfürst Beamte zu Treuhändern, die statt seiner die Gesellschaftsanteile übernahmen, und weshalb wurde die Gesellschaft nicht als sächsische, sondern als thüringische Pfefferhandelsgesellschaft zu Leipzig bezeichnet? Auf den ersten Blick könnte man annehmen, dass insbesondere für einen Reichsfürsten aus Standesgründen ausschied, auf gleicher Ebene mit Kaufleuten in eine Handelsgesellschaft einzutreten. Es wird sich allerdings zeigen, dass hinter der gewählten Gestaltung weitere Erwägungen standen, die dem Kurfürsten als untunlich erscheinen ließen, sich offen an einer Gesellschaft zu beteiligen, die für sich ein Gebietsmonopol für den Pfefferhandel im Heiligen Römischen Reich deutscher Nation in Anspruch nahm (dazu unten III.).

¹⁴ Zu Kurfürst August: *Rößler*, „August“, in: Neue Deutsche Biographie (NDB) 1 (1953), 448–450; zu Konrad Roth *Jakob*, „Roth, Konrad“, in: NDB 22 (2005), 105 f.; *Reinhard* (Hrsg.), Augsburger Eliten des 16. Jahrhunderts: Prosopographie wirtschaftlicher und politischer Führungsgruppen 1500–1620, 1996, 713–716. Zum Kammermeister des Kurfürsten: *Müller*, in: Neues Archiv für Sächsische Geschichte und Altertumskunde 15 (1894), 63–118; *Helbig*, „Harrer, Hans“, in: NDB 7 (1966), 702. Zum Geheimen Kammerrat des Kurfürsten v. Bernstein, einem weiteren Mitglied der Thüringischen Gesellschaft, *Kaiser*, „Bernstein, Hans von“, in: NDB 2 (1955), 134–135.

¹⁵ Dazu *Falke*, in: Archiv für die Sächsische Geschichte 5 (1867), 390–410; *Haebler*, in: Neues Archiv für Sächsische Geschichte (Fn. 5); *Hildebrandt*, in: Scripta Mercaturae 1970; *Schirmer*, in: Schneider, (Hrsg.), Öffentliches und privates Wirtschaften in sich wandelnden Wirtschaftsordnungen (VSWG Beihefte Nr. 156), 2001, 121–157; ders., Kursächsische Staatsfinanzen (Fn. 13), insb. 622, 632 ff.; *Berger* (Fn. 10) m. w. Nachweisen.

¹⁶ Aus der Lit. *Häberlein*, in: Rivista dell'istituto di Storia dell'Europa Mediterranea 2021, n. s. 9/II (Sonderheft), 35–53 m. w. Nachweisen.

¹⁷ Zur Lit.: *Freire Costa/Lains/Münch*, An Economic History of Portugal 1143–2010, 2016, 81 ff.; *Teles e Cunha*, in: Rivista dell'istituto di Storia dell'Europa Mediterranea 2021, n. s. 9/II (Sonderheft), 77–103.

II. Die Rechtsform

1. Der Gesellschaftsvertrag

Der von den Parteien zunächst auf sieben Jahre geschlossene Vertrag¹⁸ beschränkt sich auf wenige wesentliche Punkte. Geplant ist die Gründung einer „Gemeinen Gesellschaft“. Zunächst werden die Gesellschafter aufgeführt und der Name der Gesellschaft festgelegt. Die Geschäftsführung sollen Nichtgesellschafter übernehmen. Beide Gesellschaftergruppen, Roth und Söhne sowie die kurfürstlichen Beamten, sollen Angestellte abstellen, denen die Führung der Geschäfte vor Ort obliegt. Diese haben hierüber Buch zu führen, Rechnung zu legen und Auskünfte zu erteilen.

Sodann wird verabredet, dass alle Beteiligten Sacheinlagen erbringen. Roth sagt zu, dass er den gesamten Pfeffer, der im Gebiet des portugiesischen Königs in Indien wächst und zu beschaffen ist, jährlich aufkauft und nach Lissabon verbringen lässt. Dort soll der Pfeffer verzollt und zwischen Roth und dessen am Pfefferhandel unterbeteiligten italienischen und portugiesischen Vertragspartnern entsprechend den mit diesen vereinbarten Quoten aufgeteilt werden. Diesen „Nebenkontraktoren“, so Roth, habe er festgelegte Vertriebsgebiete zugewiesen und ein Verbot auferlegt, Pfeffer außerhalb ihrer Gebiete zu verkaufen. Er selbst habe sich Mittel- und Osteuropa als Absatzgebiet vorbehalten. Bei Verstößen würden Vertragsstrafen pro verkauftem Sack Pfeffer fällig.¹⁹

Der danach dem Roth vorbehaltene Anteil soll jährlich mindestens 8000 Quintal (etwa 9400 Zentner) betragen. Diese Partie hat er auf seine Kosten und Gefahr von Lissabon über Hamburg ins Gewölbe der Gesellschaft in Leipzig zu schaffen. Die Gesellschaft wird auf ihre Kosten von der Stadt Leipzig ein Schreibkontor und geeignete Lagerräume anmieten. Der gesamte angelieferte Pfeffer soll in die „gemeine Gesellschaft eingelegt und zu einem Gesamtvermögen zusammengefasst“ werden. Der Verkaufserlös der Gesellschaft für die Hälfte des eingebrachten Pfeffers soll dem Konrad Roth und dessen Söhnen zustehen. Hierfür wird ein Mindestpreis festgesetzt. Dieser ihm zustehende Betrag soll dem Roth nach dem Verkauf auf den Leipziger Messen ausgezahlt werden.

Die andere Hälfte des Pfeffers sollen die Beamten des Kurfürsten dem Roth zum gleichen Preis nebst Zoll, Frachtgebühr, Versicherungsprämie und sonstigen Kosten abkaufen, der Gesellschaft diese Hälfte als ihre Einlage zur Verfügung stellen, und dem Roth den Kaufpreis hierfür zu den Messen auszahlen. Der verbleibende Mehrerlös aus dem Verkauf des Pfeffers auf den Messen namens der Gesellschaft wird je zur Hälfte zwischen den beiden Gesellschaftergruppen geteilt.

¹⁸ Nachweis der Vertragsurkunde in Fn. 2.

¹⁹ Zu den Nebenkontraktoren Roths sowie dazu, dass der Gebietsschutz von diesen und von Roth selbst nicht beachtet wurde, *Hildebrandt*, in: *Scripta Mercaturae* 1970, 38 ff.

2. Die Treuhandvereinbarung

Parallel zum Gesellschaftsvertrag schließen der Kurfürst und die für ihn als Gesellschaftler auftretenden Beamten eine Treuhandvereinbarung.

Hierin erklärt Herzog August: Seine Beamten hätten „aus verschiedenen Gründen statt unser und an unserer Stelle“ den Gesellschaftsvertrag verhandelt und im eigenen Namen abgeschlossen. Hierfür setzt er ihnen als Belohnung ein Viertel der Einkünfte aus, die er aus der Verwertung der ihm zuzurechnenden Hälfte des Pfeffers erzielen werde. Außerdem verpflichtet er sich, sie jederzeit schadlos zu halten und dafür einzutreten, falls sie aufgrund dieses Vertrags belangt und in Anspruch genommen werden sollten.²⁰

Ihrerseits verpflichten sich die Beamten, mit Ausnahme des ihnen bewilligten Gewinnanteils vom Kurfürsten keine weitere Vergütung fordern zu wollen, und bitten um einen Vorschuss zur Vorfinanzierung des Pfefferkaufs, der an Roth weitergeleitet wird.²¹

3. Gemeine Sozietät; anwendbares Recht

Die dargestellte Vereinbarung deutet auf die Gründung einer einfachen Gesellschaft oder „gemeinen Sozietät“ hin. Ein besonderes Privileg oder eine obrigkeitliche Genehmigung wurde der Gesellschaft nicht erteilt. Auch die Freistellung der Beamten von jeder Haftung durch den Kurfürsten stellte kein hoheitliches Privileg mit Wirkung auch gegen die Gläubiger der Gesellschaft dar, sondern war nur als vertragliches Versprechen des Kurfürsten gegenüber seinen als Treuhänder fungierenden Beamten aufzufassen. Diese Zusage deutet darauf hin, dass die Beteiligten von einer persönlichen Haftung der Gesellschaftler für die Gesellschaftsverbindlichkeiten ausgingen, sie jedenfalls nicht ausschlossen.

Der von den Parteien geschlossene Gesellschaftsvertrag beschränkte sich auf die erwähnten Punkte. Wegen ungeregelter Fragen konnte man auf das in Kursachsen geltende Gesellschaftsrecht zurückgreifen. Auf Sozietäten, die in Leipzig gegründet wurden und dort ihren Geschäftssitz hatten, war im 16. Jahrhundert zunächst das Landrecht Kursachsens in der Fassung anzuwenden, die es durch die Kommentierungen der gelehrten Juristen und die Spruchstätigkeit der Gerichte erhalten hatte.²² Die Glosse zum einschlägigen Artikel des Landrechts im verbreiteten Kommentar des Christoff Zobel verwies für die Gesellschaften ergänzend auf die Vorschriften des Gemeinen Rechts.²³

²⁰ Enthalten in: Handlung und Contract (Fn. 2), HStA Dresden 10036, Finanzarchiv Loc. 32560 Rep. XII Nr. 89; nicht foliiert.

²¹ Schriften über die Meißener und Thüringer Gesellschaft (Fn. 12), HStA 10024 Geheimer Rat (Geheimes Archiv), Loc. 7410/17, fol. 18–20.

²² Dazu *Kümper*, Sachsenrecht, Studien zur Geschichte des sächsischen Landrechts in Mittelalter und früher Neuzeit, 2009; *Pätzold*, Leipziger gelehrte Schöffenspruchsammlung. Ein Beitrag zur Rezeptionsgeschichte in Kursachsen im 16. Jhdt., 2009.

²³ *Zobel*, Sachsenspiegel, erneut überarbeitete (5.) Ausgabe 1595, 1. Buch, Art. 12 (S. XLV–XLVII); näher zum Älteren Gemeinen Recht der *societas particularis*: *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, § 90.

4. Vergleich mit den ostindischen Handelscompagnien

Aus dem Vorstehenden folgt, dass es sich bei der Thüringischen Pfefferhandelsgesellschaft weder um eine frühe Gesellschaft mit dem Privileg allseits beschränkter Haftung noch gar um eine mit Hoheitsrechten ausgestattete Kolonialhandelscompagnie handelte. Die Erteilung obrigkeitlicher Privilegien an Handelsgesellschaften war zwar lange vor der Gründung der Thüringischen Pfefferhandelsgesellschaft üblich. Insbesondere in England wurden schon vor 1600 einer Reihe von Außen- oder Seehandelsgesellschaften königliche Privilegien erteilt.²⁴ Nach den Erkundungsfahrten und erfolgreichen Unternehmungen Walter Raleighs, Francis Drakes und dem Untergang der Armada der Iberischen Union wurde 1600 die englische *East India Company* als Kolonialgesellschaft mit entsprechenden weitreichenden Handelsprivilegien und Befugnissen in der Rechtsform der *Joint Stock Company* mit allseits beschränkter Haftung und handelbaren Anteilen formiert.²⁵ Sie diente als Vorbild für zahlreiche ähnliche Gründungen anderer europäischer Nationen,²⁶ die als Vorformen der heutigen Aktiengesellschaft gelten.²⁷

Die Thüringische Gesellschaft von 1579 ist aber nicht in diese Reihe der privilegierten Gesellschaften mit allseits beschränkter Haftung, hoheitlichen Aufgaben und Kompetenzen einzuordnen. Von beschränkter Haftung aller Gesellschafter der Thüringischen Gesellschaft im Verhältnis zu deren Gläubigern ist im Schreiben des Kurfürsten, in dem er seinen Treuhändern Freistellung von Verbindlichkeiten verspricht,²⁸ nicht die Rede. Sowohl im Gesellschaftsvertrag als auch in den begleitenden Schriften fehlt auch jede für die ab 1600 mit staatlicher Förderung gegründeten europäischen Kolonialgesellschaften charakteristische Beauftragung und Ausstattung mit hoheitlichen Befugnissen in Bezug auf die Kolonien, deren Ausbau, Verwaltung und Verteidigung.

Vielmehr hatte der portugiesische König den Gewürzhandel auf verschiedene Verträge aufgeteilt: Die Ausrüstung der Schiffe, den Ankauf der Gewürze („Asienkontrakt“) und schließlich deren Vertrieb in Europa („Europakontrakt“). Roth war es zwar geglückt, den Zuschlag sowohl für den Asien- wie für den Euro-

²⁴ Überblick dazu bei *Wendt*, Kolonialismus (Fn. 3), 127 ff.

²⁵ Aus der Literatur dazu etwa *Farrington*, Trading Places: The East India Company and Asia 1600–1834, 2002; allgemein zu den Vorrechten der Kolonialgesellschaften: *Coing*, Europäisches Privatrecht (Fn. 23), § 107 IV.

²⁶ *Nagel*, Abenteuer Fernhandel, Die Ostindienkompanien, 2. Auflage, 2011; *Gepken-Jäger/Solinge/Timmerman* (Hrsg.), VOC 1602–2002. 400 Years of Company Law, 2005; *Hartung*, Geschichte und Rechtsstellung der Compagnie in Europa, Eine Untersuchung am Beispiel der englischen East-India Company, der niederländischen Vereinigten Ostindischen Compagnie und der preußischen Seehandlung, 2000; *Jahntz*, Privilegierte Handelscompagnien in Brandenburg und Preußen. Ein Beitrag zur Geschichte des Gesellschaftsrechts, 2006. Zu dem Versuch Kaiser Ferdinand II. ab 1625, eine Handelskompagnie zwischen den Hansestädten und Spanien zu begründen, *Amend-Traut*, in: *Amend-Traut/Cordes/Sellert* (Hrsg.), Geld, Handel, Wirtschaft. Höchste Gerichte im Alten Reich als Spruchkörper und Institution 2013, 61–89.

²⁷ S. nur *Cordes/Jahntz*, in: *Bayer, Habersack* (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. I, 2007, 14.

²⁸ Vgl. oben unter 2.

pakontrakt zu erhalten.²⁹ Die Thüringische Gesellschaft kam infolgedessen in den Genuss der Abrede, dass während der Laufzeit des Europakontrakts keine anderen europäischen Kaufleute billiger mit Pfeffer beliefert werden würden als Roth und dessen Nebenkontrahenten. Dabei handelte es sich aber nicht um ein der Thüringischen Gesellschaft erteiltes königliches Privileg.³⁰ Sie war nur am Vertrieb der nach dem Europakontrakt zwischen der portugiesischen Krone und Roth diesem zukommenden Kolonialware beteiligt. Eine Tätigkeit in Portugal selbst oder gar in den portugiesischen Kolonien und diesbezügliche Privilegien waren für die Thüringische Pfefferhandelsgesellschaft nicht vorgesehen.

III. Das Gebietsmonopol

1. Gebietsschutz mit Wirkung für die Thüringische Gesellschaft

Konrad Roth hatte angeblich mit seinen am Europakontrakt unterbeteiligten Geschäftspartnern aus Portugal und Italien einen Gebietsschutz vereinbart, der ihm und damit der Thüringischen Gesellschaft den alleinigen Vertrieb von Pfeffer insbesondere im Heiligen Römischen Reich deutscher Nation vorbehielt und sie zugleich hierauf beschränkte. Dies wird im Gesellschaftsvertrag der Thüringischen Gesellschaft ausdrücklich festgehalten. Die Thüringische Gesellschaft, die den Vertrieb des Anteils Roths am Europakontrakt übernahm, sollte infolgedessen Gebietsschutz auch für sich beanspruchen können. Von einem eigentlichen, wenn auch räumlich beschränkten „Monopol“ zugunsten der Thüringischen Gesellschaft kann insoweit freilich nicht gesprochen werden. Denn weder räumte ihr ein obrigkeitliches Privileg ein Alleinvertriebsrecht ein, noch konnte sie sich – trotz der Preisabsprache Roths mit der portugiesischen Krone – eines faktischen Monopols für den Vertrieb von Pfeffer in Mittel- und Osteuropa erfreuen. So wurde entgegen den allseits hochgespannten Erwartungen schon bald nach der Gesellschaftsgründung die Lieferung einer erheblichen Menge indischen Pfeffers auf dem traditionellen Handelsweg durch die Levante über Alexandria nach Venedig angekündigt, was den Verfall der Preise für Pfeffer auf dem europäischen Markt zur Folge hatte.³¹

Das Alleinvertriebsrecht für Pfeffer zumal auf dem Gebiet des Heiligen Römischen Reichs dürfte auch zu den vom Kurfürsten nur angedeuteten „verschiedenen Gründen“³² dafür gehört haben, weshalb er sich nicht persönlich an der maßgeblich von ihm aus Mitteln Kursachsens finanzierten Gesellschaft beteiligte, sie auch nicht in Dresden, sondern in Leipzig ansiedelte (was immerhin wegen des dortigen Messeplatzes nahegelegen haben mochte), und ihr auch

²⁹ Hildebrandt, in: *Scripta Mercaturae* 1970, 37 ff.

³⁰ Zu den königlichen Privilegien in Portugal tätiger deutscher Kaufleute *Denucé*, in: *Archi-vo Historico Portuguez* vol VII, 1909, 310–319; 377–392.

³¹ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 5.

³² Vgl. den Text oben sub II. 2.

keine auf Kursachsen bezogene Firma beilegte, sondern sie als „Thüringische“ Handelsgesellschaft bezeichnen ließ.³³ Das ergibt sich aus dem Folgenden.

2. Reichsrechtliche Maßnahmen gegen „Monopolen“

Schon vor der Wende zum 16. Jahrhundert hatte sich die öffentliche Stimmung im Reich zunehmend gegen die Fernhandelsgesellschaften, ihre Geschäftspraktiken und die ihnen zugeschriebene allgemeine Teuerung³⁴ gewandt. Man warf ihnen Bildung und Ausnutzen von „Monopolen“ vor, ein Begriff, der sowohl rechtlich begründete und faktische Einzelmonopole als auch Kartellabsprachen und Ausschließlichkeitsbindungen aller Art sowie bestimmte Termingeschäfte, nämlich den frühen flächendeckenden Aufkauf unfertiger bzw. unreifer Erzeugnisse einer Sorte mit Vorauszahlungen des Kaufpreises („Fürkäufe“³⁵) umfasste.³⁶ Die aus allen Ständen des Reichs vorgetragene und mit Hilfe des Buchdrucks rasch verbreitete Kritik³⁷ sah sich im Einklang mit der traditionellen, von Kirchenlehrern und der mittelalterlichen Scholastik geprägten zeitgenössischen Wirtschaftsethik.³⁸ Die zunehmend lauter vorgetragenen Angriffe veranlassten die Stände des Reichs dazu, sich eingehend mit einer Reichsgesetzgebung gegen Monopolbildungen zu befassen.

Bereits auf dem Reichstag zu Trier und Köln 1512 wurde mit Zustimmung Kaiser Maximilians I. ein Verbot monopolistischer Handlungen beschlossen. Hiermit war das missbräuchliche Ausnutzen einer Monopolstellung gemeint, das „in eine Hand Bringen“ von Waren und eine dadurch ermöglichte willkürliche, unangemessene Preisgestaltung.³⁹ Dieses Verbot umfasste auch ein Gebietsmonopol für den Vertrieb von Wirtschaftsgütern, sofern der Händler dieses zur einseitigen Festsetzung unangemessen hoher Preise einsetzte. Verstöße sollten die jeweils zuständigen Obrigkeiten verfolgen; nur bei deren Untätigkeit soll-

³³ Herzog August führte neben anderen auch jeweils den Titel eines Markgrafen in Thüringen.

³⁴ Zu den Preissteigerungen im 16. Jahrhundert und ihren Gründen m. w. Nachweisen *Haussherr*, Wirtschaftsgeschichte der Neuzeit vom Ende des 14. bis zur Höhe des 19. Jahrhunderts, 4. Auflage 1970, 83–92.

³⁵ Zum Begriff: *Cordes*, „Fürkauf“, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), Bd. I, 2. Auflage 2008, Sp. 1875–1878; zu frühen Fürkaufsverboten *Mertens*, Im Kampf gegen die Monopole, Reichstagsverhandlungen und Monopolprozesse im frühen 16. Jahrhundert, 1996, 12 f.

³⁶ *Linder*, „Monopol“, in: HRG (Fn. 35), Bd. III, 2016, Sp. 1599 f. Zu eigentlichen Monopolbildungen dürfte es kaum gekommen sein; vgl. *Schefold*, in: ders., Beiträge zur ökonomischen Dogmengeschichte, 2003, 104.

³⁷ Darstellung bei *Höffner*, Wirtschaftsethik und Monopole im Fünfzehnten und Sechzehnten Jahrhundert, Wiederabdruck in: *Höffner*, Ausgewählte Schriften, Bd. 3, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsethik, 2014, 80 ff.; *Mertens*, Monopole (Fn. 35), 9 ff.

³⁸ Dazu *Höffner*, Wirtschaftsordnung (Fn. 37), 93 ff.; *Haussherr*, Wirtschaftsgeschichte (Fn. 34), 77 ff.

³⁹ Zur Debatte über den „angemessenen“ oder „gerechten“ Preis einer Ware in der scholastischen Literatur des 15. und 16. Jhdts. *Höffner*, Wirtschaftsordnung (Fn. 37), 112 ff., 128 ff.; *Decock*, Theologians and Contract Law, The Moral Transformation of the *Ius Commune* (ca. 1500–1650), 2013, 507 ff.

te der Reichsfiskal einschreiten.⁴⁰ Da diese Vorkehrungen aber offenbar ohne Wirkung blieben, musste Karl V. 1519 in seiner Wahlkapitulation versprechen, er wolle

„die grossen gesellschaften der kaufgewerbsleut, so bisher mit irem gelt regirt, irs willens gehandelt und mit teurung vil ungeschicklichkeit dem reich, des inwonern und underthan merklich schaden, nachteil und beswerung zugefugt [...] gar abethun.“⁴¹

Auf dem Wormser Reichstag von 1521 wurde die Monopolienfrage dann in zwei Ausschüssen erörtert.⁴² Der Reichsabschied beschränkte sich aber darauf, die weitere Verhandlung hierüber dem Reichsregiment⁴³ und Erzherzog Ferdinand als Karls V. Statthalter im Reich zu übertragen.⁴⁴

Der zweite Nürnberger Reichstag 1522/23 nahm sich der Monopolienfrage eingehend an. Weitgehende Eingriffe in die Unternehmensstruktur der großen Fernhandelsgesellschaften wurden beschlossen. Die Schädlichkeit dieser Gesellschaften für den gemeinen Nutzen im Reich wurde namentlich mit ihren Praktiken im Gewürzhandel belegt, der Anstieg der Verkaufspreise für eine Vielzahl von Gewürzen minutiös nachgewiesen. Das „Hauptgut“ der großen Gesellschaften sollte deshalb auf ein Maximalkapital von 50.000 Gulden beschränkt, das Betreiben des Handelsgewerbes durch deutsche Kaufleute in Portugal selbst verboten werden. Für Gewürze sollte eine verbindliche Preisliste aufgestellt, und der flächendeckende Einkauf unreifer oder unfertiger landwirtschaftlicher Produkte („Fürkauf“), z. B. der Getreideernte auf dem Halm oder der Kauf von Schafwolle lange vor der Schur, untersagt werden. Überdies sollten die bereits im Trier/Kölner Reichsabschied formulierten Verbote wiederholt, und die Verbotverfahren und Sanktionen effizienter gestaltet bzw. verschärft werden.⁴⁵

Die Beschlüsse hierzu im Reichsabschied fanden aber nach Interventionen der Reichsstädte nicht die Zustimmung Karls V., der schon seine Wahl zum deutschen König der finanziellen Unterstützung seines „lieben und getreuen Rates Jakob Fugger“ verdankte.⁴⁶ Ein Mandat des dritten Nürnberger Reichs-

⁴⁰ Art. 31 der Reichsordnung vom 16. 8. 1512, in: Deutsche Reichstagsakten unter Maximilian I. Die Reichstage zu Augsburg 1510 und Trier/Köln 1512 (RTA, Mittlere Reihe, XI), Teil 2, bearb. von Seyboth, 2017, Nr. 1011, 1362 f.; aus der Lit. dazu *Mertens*, Monopole (Fn. 35), 15–23; zum Reichsfiskal *Cordes*, „Fiskal“, in: HRG (Fn. 35), Sp. 1584 f.

⁴¹ Art. 19 der Wahlverschreibung Karls V. vom 3. Juli 1519, in: Deutsche Reichstagsakten unter Kaiser Karl V. (RTA, Jüngere Reihe, I), Bd. 1, bearb. von Kluckhohn (ND Göttingen 1962), Nr. 387, 872.

⁴² Darstellung mit Nachweisen bei *Mertens*, Monopole (Fn. 35), 29–37.

⁴³ Zum Reichsregiment *Roll*, „Reichsregiment“, in: HRG (Fn. 35), Bd. IV, 2. Auflage 2024, Sp. 1665–1668.

⁴⁴ Abschied des Reichstags zu Worms vom 26.5.1521, in: Deutsche Reichstagsakten unter Kaiser Karl V. (RTA, Jüngere Reihe, II), bearb. von Wrede, 1896 (ND 1962), Nr. 101, 737 Zeilen 27–30.

⁴⁵ Abdruck des Ratschlags vom Dezember/Januar 1522/23 in: Deutsche Reichstagsakten unter Kaiser Karl V. (RTA, Jüngere Reihe, III), bearb. von Wrede, 1901 (ND 1963), Nr. 104, 571–599. Aus der Lit. dazu *Mertens*, Monopole (Fn. 35), 39–60.

⁴⁶ *Ehrenberg*, Das Zeitalter der Fugger, Geldkapital und Creditverkehr im 16. Jahrhundert, Bd. 1, 3. Auflage 1922, 100–114.

tags überließ die Regelung der Monopolienvfrage schließlich König Karl.⁴⁷ Dieser unterzeichnete daraufhin am 10. März 1525 in Madrid ein Antimonopoledikt für das Reich,⁴⁸ das inhaltlich im Wesentlichen auf dem Trier-Kölner Reichsabschied von 1512 beruhte und das Verbot des „in eine Hand Bringens“ u. a. von Gewürzen mit der Folge des Preisdiktats wiederholte. Das Reichsregiment weigerte sich aber, dieses Gesetz zu publizieren, da es „in etlichen Fellen nit zu volnziehen sein solt“,⁴⁹ so dass König Karl sich gezwungen sah, die Stände zur weiteren Beratung der Monopolienvfrage aufzufordern.⁵⁰

Die folgenden Reichstage schlossen zunächst mit der Aufforderung an den Reichsfiskal, unnachsichtig gegen das Monopolwesen und die großen Gesellschaften vorzugehen,⁵¹ und auch der weitgehende Monopolratschlag des Reichstags von Nürnberg 1522/23⁵² wurde wieder aufgegriffen. Durchsetzen konnten sich diese Positionen aber nicht. Der mit Zustimmung Karls V. verkündete Reichsabschied des Augsburger Reichstags 1530 beschränkte sich vielmehr darauf, die Regelung des Trier-Kölner Abschieds⁵³ zu wiederholen.⁵⁴ Im Abschied des Reichstags von Regensburg 1532 wurde dieses Verbot nochmals nachgeschärft. Den für die Verfolgung monopolistischer Handlungen zuständigen Obrigkeiten wurde eine Frist von 6 Monaten für ihr Einschreiten gesetzt; bei deren Untätigbleiben sollte der Reichsfiskal die Verfolgung übernehmen.⁵⁵

Die Monopolbestimmungen der Reichsabschiede von 1512 und 1530 wurden schließlich in die 1548 erlassene Reichspoliceyordnung integriert.⁵⁶ 1577, also 2 Jahre vor der Gründung der Thüringischen Gesellschaft, wurde die Reichspo-

⁴⁷ Zur reichsstädtischen Gesandtschaft nach Spanien, wo Karl V. sich aufhielt, und zur Behandlung der Monopolfrage auf dem dritten Nürnberger Reichstag *Mertens*, Monopole (Fn. 35), 63–73; zu den verschiedenen Gutachten und Stellungnahmen des Humanisten, Juristen und Stadtschreibers Conrad Peutinger zur Monopolfrage *Nehlsen-von Stryk*, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 10 (1988), 1–18 m. Nachweisen zur älteren Lit.; *Mertens*, Monopole (Fn. 35), 27–29, 60–63, 105 f., 158 ff.

⁴⁸ Abdruck bei *König*, *Peutingerstudien* (Studien und Darstellungen aus dem Gebiete der Geschichte) IX. Bd., 1. u. 2. Heft, 1914, 169–174; inhaltliche Wiedergabe und Würdigung bei *Mertens*, Monopole (Fn. 35), 73–81.

⁴⁹ Vgl. *Mertens*, Monopole (Fn. 35), 86.

⁵⁰ Proposition vom 25. 12. 1528, in: *Deutsche Reichstagsakten unter Kaiser Karl V.* (RTA, Jüngere Reihe, VII), Bd. 7, 2. Teilbd., bearb. von Kühn, 1935 (ND 1963), Nr. 72, 1083.

⁵¹ Abschied des (zweiten) Reichstags zu Speyer vom 22. 4. 1529, in: RTA, Jüngere Reihe, VII/2 (wie Fn. 50), Nr. 148, 1307; Darstellung bei *Mertens*, Monopole (Fn. 35), 91–94.

⁵² Vgl. oben Text zu Fn. 45.

⁵³ Dazu oben Text zu Fn. 40.

⁵⁴ Abschied des Reichstags zu Augsburg vom 19. 11. 1530, in: *Aller des Heiligen Römischen Reichs gehaltenen Reichs-Tage, Abschiede und Satzungen, Samt andern Kayserlichen und Königlichlichen Constitutionen [...]*, Wie die vom Jahre 1356 biß in das 1654. auffgerichtet, erneuert und publiciert worden; Frankfurt a. M. 1720, §§ 135, 136 (262 re. Sp.). Darstellung der Debatte auf dem Augsburger Reichstag bei *Mertens*, Monopole (Fn. 35), 95–109.

⁵⁵ Abschied des Reichstags zu Regensburg vom 27. 7. 1532, in: *Deutsche Reichstagsakten unter Kaiser Karl V.* (RTA, Jüngere Reihe, X), Bd. 10, 3. Teilbd., bearb. von Aulinger, 1992, Nr. 303, 1078.

⁵⁶ Reichspoliceyordnung vom 30. 6. 1548, Titel 18 („Die Monopolia und schedliche Fürkeuff belangendt“); Abdruck bei *Weber*, *Die Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577*, *Historische Einführung und Edition*, 2002, 191 ff.; aus der Lit. dazu *Mertens*, Monopole (Fn. 35), 114–116.

liceyordnung auf dem Reichstag von Frankfurt neu gefasst und verabschiedet; die Monopolbestimmungen blieben unverändert.⁵⁷

3. Geltung in Kursachsen

Die Reichspoliceyordnungen sollten primär als Rahmenordnungen für die Gesetzgebung in den reichsunmittelbaren Territorien dienen. Deren Obrigkeiten sollten entsprechende Normen erlassen und für deren Durchsetzung bei den Angehörigen und Untertanen ihrer Territorien sorgen.⁵⁸ Das nach Inkrafttreten der Reichspoliceyordnung von 1548 vom Kurfürsten Moritz von Sachsen und dessen Bruder und Nachfolger Herzog August erlassene „Ausschreiben“ für Kursachsen orientiert sich zwar inhaltlich weitgehend am Text der Reichspoliceyordnung. Ausdrückliche Vorschriften nach dem Vorbild des Titels 18 der Reichspoliceyordnung 1548 über „Monopolia und schedliche Fürkeuff“ fehlen allerdings, waren wegen der Regelung der Reichspoliceyordnung zu den Aufgaben des Reichsfiskals vielleicht in einer Landesordnung auch nicht zu erwarten.⁵⁹

Vielmehr heißt es in der Vorrede zu diesem Ausschreiben: Wir haben uns daran „erinnert, dass die Röm Kayserl. Maj., unser allergnedigster Herr, auf hiebevorg gehaltenem Reichstag zu Augspurg, mit Rath derer Churfürsten, Fürsten und Stende des H. Reichs, in etzlichen denenselben Artickeln, Ordnung gemacht, und in dem heiligen Reiche zu eröffnen, befohlen. Demnach thun wir hiermit euch solche Kayserliche Ordnung verkünden, und in denen andern Artickeln, nachfolgende Versehung.“⁶⁰

Hieraus wird man schließen dürfen, dass die Reichspoliceyordnung in den Artikeln, die nicht ausdrücklich durch das Ausschreiben ergänzt oder abgeändert worden waren, unmittelbar in Kursachsen gelten und beachtet werden sollte.

Nach dem Vorstehenden ist davon auszugehen, dass den Gesellschaftern der Thüringischen Gesellschaft, jedenfalls aber dem Kurfürsten selbst, die reichsrechtlichen Vorschriften gegen Vertriebsmonopole bekannt waren und vor Augen standen, nämlich das „in eine Hand Bringen“ von Waren, vornehmlich von Gewürzen, und das Ausnutzen dieser Marktposition durch Fordern unangemessener Preise. Vor allem wohl aus diesem Grund hat Kurfürst August Vorkehrungen dagegen getroffen, dass er ohne Weiteres persönlich im Reich mit

⁵⁷ Abdruck der Reichspoliceyordnung vom 9. 11. 1577 bei Weber, Reichspolizeiordnungen (Fn. 56), 215–271.

⁵⁸ Härter, „Reichspoliceyordnung“, in: HRG (Fn. 35), Bd. IV, 2. Auflage 2024, Sp. 1641. Datenbank für die Policeyordnungen des Reichs und der Einzelterritorien: <https://policey.lhlt.mpg.de/web/about> (17.10.2025).

⁵⁹ Abdruck des Ausschreibens vom 12. 11. 1550: Ausschreiben Churfürst Moritzens und Herrn Augusti, Gebrüderer, Hertzoge zu Sachsen, die Policey, Justitz und andere Articul belangend, in: Codex Augusteus, oder Neuvermehrtes Corpus juris Saxonici, worinnen die in dem Churfürstentum Sachsen und dazugehörigen Landen, auch denen Margrafthümern Ober- und Nieder-Lausitz publicirte und ergangene Constitutiones, Decisiones, Mandata und Verordnungen enthalten, [...] von Johann Christian Lünig, Bd. 1, Leipzig 1724, Sp. 27–38; vgl. auch das Ausschreiben des Kurfürsten August vom 01. 10. 1555 nach dessen Amtsübernahme im Jahr 1553, Policey und anderes betreffend, bei Lünig, a. a. O., Sp. 43–74.

⁶⁰ A. a. O. Sp. 27.

dem Handel in portugiesischem Pfeffer in Verbindung gebracht oder gar verklagt werden konnte. Gegen eine Klage des Reichsfiskals gegen die Gesellschafter der Thüringischen Gesellschaft wegen Monopolmissbrauchs hätten diese freilich einwenden können, dass ihr vertragliches Arrangement und die Marktentwicklung für Pfeffer ihnen niemals ein Vertriebsmonopol mit der Möglichkeit eines Preisdiktats verschafft hatten.

Kollegialität und *intercessio* als Elemente des römischen Systems von *checks and balances* in der Republik

Renato Beneduzi

I. Einleitung

Das römische Zivilprozessrecht des *ordo iudiciorum privatorum* war durch die Einzeltätigkeit des Prätors im ersten Verfahrensabschnitt (*in iure*) sowie diejenige des Einzelrichters im zweiten (*apud iudicem*) gekennzeichnet, auch wenn Mehrheitsentscheidungen – etwa durch die *decemviri litibus iudicandis*, *centumviri* oder *recuperatores* – keineswegs unbekannt waren.¹ Das römische Recht dieser Zeit war jedoch von einer anderen Form der Kollegialität geprägt, die einen wesentlichen Bestandteil der republikanischen Verfassung bildete: die Kollegialität der römischen Magistraturen, die einen grundlegenden Teil des römischen Systems von *checks and balances* ausmachte.

II. Kollegialität und *intercessio*

Theodor Mommsen betrachtete die römischen Magistraturen zwar aus einer Perspektive, die vielleicht zu preußisch war.² Die Definition des Kollegialitätsprinzips bei den römischen republikanischen Magistraturen, die er in seinem epochalen „Römischen Staatsrecht“ formuliert hat, bleibt jedoch im Wesentlichen zutreffend:

„Das Prinzip der Kollegialität, wie es in Rom zur Anwendung kam, steht dem der Majorität nicht minder scharf gegenüber wie dem der Monarchie. Die nach Majorität entscheidende Versammlung ist nach römischer Ordnung kein Collegium; für dieses wird bei jedem Mitglied die volle und selbständige Handlungsfähigkeit gefordert. Die zwei oder mehreren Beamten bilden eine Einheit³, weshalb sie auch in der älteren Sprache regel-

¹ Wolfgang Ernst, dem diese Festschrift gebührende Ehre erweist, hat diese Frage in seinem einflussreichen Werk „Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten“ eingehend behandelt (Ernst, Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten, 2016, 19).

² „Gerade Mommsen tendierte aber dazu, aus zutreffend dargestellten Einzelheiten ein Gesamtbild zu zeichnen, das an moderne (preußische) Staatsorganisation denken lässt. Bei ihm sind die römischen Magistrate ähnlich zentral wie in Preußen die Minister und hohen Beamten, hingegen werden informelle, traditionelle oder politische, Wege zur Entscheidungsfindung weniger stark herausgestellt“ (Söllner/Baldus, Römisches Recht, 2022, 51).

³ Mommsen, Römisches Staatsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1887, 30.

mäßig als komplementär gedacht ohne Copula auftreten. Aber keiner von ihnen ist, um einen Befehl zu erlassen, gehalten den oder die Kollegen vorher zu befragen; jedes magistratische Dekret hat volle Wirksamkeit, auch wenn nur ein einzelner Magistrat es erlässt“³.

Diese Definition wird in der neueren Literatur zu diesem Thema weitgehend übernommen, beispielsweise von italienischen Romanisten, die weiterhin ein großes Interesse am römischen Staatsrecht demonstrieren. So etwa Giuseppe Valditara in seinem „Diritto pubblico romano“, nach dem „la collegialità è dunque correttamente legata alla *par potestas*. Questo significa che ciascuno poteva esplicare pienamente le funzioni di governo connesse con quella carica, salva la facoltà di veto del collega che così la sua attività“⁴. Die Kollegialität, die „Gleichordnung nebeneinandergestellter Höchsbeamter“⁵, kennzeichnet die römischen Magistraturen zur Zeit der Republik.

Diese *facoltà di veto*, das *ius intercedendi* (Einspruchsrecht oder Interzession), das jedem Amtsträger gegenüber seinen gleichrangigen Kollegen (*par collega*) zustand⁶, war grundsätzlich keine zwingende Ableitung des Kollegialitätsprinzips. Theoretisch war es zwar möglich, dass jeder Magistrat völlig unabhängig von seinem Kollegen handelte. Diese Möglichkeit hätte jedoch dem in Rom herausgebildeten System von *checks and balances* widersprochen. Auch die Entstehung des Interzessionsrechts der *tribuni plebis*, „une magistrature révolutionnaire“⁷, lässt sich auf eine ähnliche Motivation zurückführen.⁸

III. Mischverfassung und *checks and balances* in der Römischen Republik

Nach dem einflussreichen Argument des Historikers Polybios, des Erben einer reichen Tradition griechischen Denkens, die sich mit dieser Frage bereits auseinandergesetzt hatte⁹, konnte Rom der ἀνακύκλωσις – dem zyklischen und (angeblich) unvermeidlichen Verfallsprozess jeder Staatsverfassung (Verfassungs-

⁴ Valditara, *Diritto pubblico romano*, 2013, 44.

⁵ Waldstein/Rainer, *Römische Rechtsgeschichte*, 12. Aufl. 2024, 90.

⁶ „Rechtlich fand die Kollegialität – als ungeteilte Innehabung des vollen Imperiums durch jeden den beiden Konsuln – ihren folgerichtigen Ausdruck im *ius intercedendi* auch gegenüber den *par collega*. Jede Interzession durch eine gleichstarke Gewalt musste und sollte auch die weitere Durchführung des noch nicht vollendeten Staatsakts verhindern“ (Waldstein/Rainer, *Römische Rechtsgeschichte*, 12. Aufl. 2024, 90). Dazu auch Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, 1966, 125.

⁷ „Il possèdent d'autre part le droit d'intercessio c'est-à-dire le droit de s'opposer à toute mesure qu'ils jugeraient dommageable aux intérêts de la plèbe“ (Rougé, *Les institutions romaines*, 2. Aufl. 1991, 35).

⁸ Dazu etwa Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, 2017, 53 und Lintott, *The Constitution of the Roman Republic*, 1999, 33.

⁹ So etwa Plato und Aristoteles. Dazu Demandt, *Der Idealstaat*, 4. Aufl. 2019, 138. Zum Ursprung der Theorie der gemischten Verfassung: Aalders, *Die Theorie der gemischten Verfassung im Altertum*, 1968, 7 ff.

kreislauf)¹⁰ – nur dank seiner Mischverfassung entgehen. Polybios äußert sich dazu folgendermaßen:

Τοιαύτης δ' ούσης τῆς ἐκάστου τῶν μερῶν δυνάμεως εἰς τὸ καὶ βλάπτειν καὶ συνεργεῖν ἀλλήλοις, πρὸς πάσας συμβαίνει τὰς περιστάσεις δεόντως ἔχειν τὴν ἀρμογὴν αὐτῶν, ὥστε μὴ οἷόν τ' εἶναι ταύτης εὐρεῖν ἀμείνω πολιτείας σύστασιν (Plb. 6.18.2).

Diese Mischung aus einem demokratischen, einem monarchischen und einem aristokratischen Element, die nicht mit Montesquieus *théorie de la séparation des pouvoirs* zu verwechseln ist¹¹, hat nach Polybios in Rom zum Aufblühen einer stabilen, flexiblen und schließlich erfolgreichen Verfassung – und darüber hinaus eines erfolgreichen Reiches¹² – beigetragen. In diesem System, wie Polybios weiter ausführt, konnte jedes dieser Verfassungselemente die beiden anderen kontrollieren und einschränken:

ἐπειδὴν γὰρ ἐξοιδῶν τι τῶν μερῶν φιλονεικῇ καὶ πλεόν τοῦ δέοντος ἐπικρατῇ, δῆλον ὡς οὐδενὸς αὐτοτελοῦς ὄντος κατὰ τὸν ἄρτι λόγον, ἀντισπᾶσθαι δὲ καὶ παραποδίζεσθαι δυναμένης τῆς ἐκάστου προθέσεως ὑπ' ἀλλήλων, οὐδὲν ἐξοιδεῖ τῶν μερῶν οὐδ' ὑπερφρονεῖ (Plb. 6.18.7).

Es lässt sich zwar nicht mit Gewissheit nachweisen, dass die römische republikanische Verfassung – in ihrer historisch konkret herausgebildeten Form – erfolgreicher oder weniger erfolgreich war als andere verfassungsrechtliche Entwicklungspfade, die Rom hätte einschlagen können¹³. Die Mischverfassungstheorie stellt jedoch eine plausible Erklärung für diese konkrete geschichtliche Entwicklung dar, die im historischen Diskurs fortwährend Resonanz gefunden hat.¹⁴ Die „Verbindung des Mischverfassungsgedankens mit einem Modell von checks-and-balances“ bildet folglich „eine grundlegende theoretische Weiterentwicklung des Mischverfassungskonzepts, die für die Rezeption dieses Theorems seit der Renaissance von entscheidender Bedeutung gewesen ist“.¹⁵

¹⁰ So definiert Polybios ἀνακύκλωσις: Αὕτη πολιτειῶν ἀνακύκλωσις, αὕτη φύσεως οἰκονομία, καθ' ἣν μεταβάλλει καὶ μεθίσταται καὶ πάλιν ἰλεῖς αὐτὰ καταντᾷ τὰ κατὰ τὰς πολιτείας (Plb. 6.9.10). Zum Begriff von ἀνακύκλωσις: Demandt, *Antike Staatsformen: Eine vergleichende Verfassungsgeschichte der Alten Welt*, 1995, 40.

¹¹ Näheres siehe unter V.

¹² „Polybios greift vielmehr als Historiker auf den Traditionsbestand der Verfassungstheorie zurück, um eine Erklärung für den außenpolitischen Erfolg Roms geben zu können: der Aufstieg zur Weltherrschaft binnen eines halben Jahrhunderts beruhe auf der Stabilität und Elastizität seiner Verfassung, die es ermöglicht habe, auch solche Rückschläge wie die Niederlage von Cannae zu überwinden“ (Nippel, *Mischverfassungstheorie und Verfassungsrealität in Antike und früher Neuzeit*, 1980, 142).

¹³ Zu dieser Frage beispielsweise Lintott (Fn. 8), 23.

¹⁴ So etwa bei Gibbon in seinem epochalen, 1776 erstmals erschienenen „The History of the Decline and Fall of the Roman Empire“, insbesondere in Kapitel 3 (Gibbon, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, Bd. 1, 1879, 73 ff.).

¹⁵ Nippel (Fn. 12), 142.

IV. Kollegialität und *intercessio* als Elemente des republikanischen Systems von *checks and balances*

Wie oben gesehen, befasst sich Polybios im sechsten Buch seiner Universalgeschichte mit dem Verhältnis zwischen den verschiedenen Magistraturen untereinander – sowie zwischen den Magistraten und den anderen Verfassungsorganen der Republik. Dort bemerkt er, dass die Kontrolle, die jeder Magistrat gegenüber seinen gleichrangigen Kollegen ausübt, dazu dient, zu verhindern, dass eines der Elemente der Verfassung „anschwilt“ oder „hochmütig ist“ (Plb. 6,18,8). Während aber das aus der republikanischen Mischverfassung hervorgegangene System von *checks and balances* die Aufmerksamkeit Polybios' und späterer Wissenschaftler zwar erweckt hat, wird die Rolle der Kollegialität der römischen Magistraturen und der *intercessio* für das Funktionieren dieses Systems – meiner Meinung nach zu Unrecht – weiterhin unterschätzt.

Die Kollegialität ist im Zusammenhang eines *pensiero costituzionale antimonarchico* entstanden¹⁶⁻¹⁷ und war deswegen – neben der *temporaneità*¹⁸ – eng mit der Entwicklung der republikanischen Verfassung verbunden.¹⁹ Die Kollegialität stand auch in engem Zusammenhang mit der *par potestas*, die bedeutete, dass jeder Magistrat „poteva esplicare pienamente le funzioni di governo connesse con quella carica, salva la facoltà di veto del collega che così la sua attività“²⁰. Die *intercessio* spielt in diesem Zusammenhang eine sehr wichtige Rolle: Wenn das Handeln eines gleichrangigen Magistrats von seinem Kollegen – aus politischen (aufgrund eines sogenannten „veto politico“²¹) und nicht nur aus rein juristischen Gründen – unterbunden werden kann, kann eine Machtkonzentration eines einzelnen Magistrats vermieden werden. So muss jeder Magistrat seine Initiativen politisch kalkulieren und Kompromissbereitschaft zeigen, um die potenzielle Ausübung der *intercessio* gegen ihn zu verhindern.

¹⁶ *Fascione*, Manuale di diritto pubblico romano, 2. Aufl. 2013, 70.

¹⁷ „To avoid collapsing back into this earlier model, the Republic was designed with a complex system of checks and balances supported by collegiality in office, the inherently conservative power of the veto, and the right of appeal shared by all citizens“ (Flower, in: Flower [Hrsg.], The Cambridge Companion to the Roman Republic, 2. Aufl. 2014, XXVIII).

¹⁸ „In primo luogo, a differenza del monarca che era vitalizio, mentre i sacerdoti conservavano durata vitalizia o quanto meno ultrannuale, i magistrati repubblicani sono tutti temporanei: per lo più annuali, salvo i censori, che vengono nominati ogni quinquennio e durano in carica non oltre 18 mesi, nonché il dittatore e il magister equitum, che sono nominati in presenza di circostanze eccezionali e restano in carica per un massimo di 6 mesi“ (Burdese, Diritto pubblico romano, 3. Aufl. 1987, 59).

¹⁹ „Die wichtigen Ämter waren – vielleicht nicht von vornherein, aber doch in der mittleren und späteren Republik – jeweils mit zwei (oder mehr, jedenfalls kollegial) Personen besetzt, von denen jede eine Maßnahme der anderen unterbinden konnte (sogenanntes Interzessionsrecht); die (einstellige) Prätur zwischen 367 und 242 v. Chr. stellt nur eine scheinbare Ausnahme hierzu dar, weil der Prätor minor collega der Konsuln war“ (Söllner/Baldus [Fn. 2], 50). Aber auch Petrucci: „Pertanto, allo stato attuale delle nostre conoscenze, risulta maggiormente attendibile l'opinione di chi preferisce ritenere che il rex fu sostituito da due magistrati annuali, la cui denominazione sarebbe stata quella di praetores e poi, definitivamente, di consules“ (Petrucci [Fn. 8], 24).

²⁰ Valditara, Diritto pubblico romano, 2013, 44.

²¹ Cerami/Purpura, Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano, 2007, 7.

Im Zweifel zieht die republikanische Verfassung das Nicht-Handeln vor: Ein Magistrat kann die Entscheidung des anderen durch die *intercessio* blockieren. Da Untätigkeit jedoch häufig fatale Folgen für die Führung der *res publica* hat, fördert das Risiko des Stillstands Mäßigung und Koordination unter den Magistraten, die daher gezwungen sind, strategisch und kompromissbereit zu handeln: „The simple principle that the empowered should observe a measure of self-restraint in the interest of political harmony (*concordia*) operated as a surprisingly efficacious force down to the end of the Republic“²².

Aus diesem Grund wurde das Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Magistraturen in der Römischen Republik weder durch eine Spezialisierung und Gewaltenteilung nach dem Modell Montesquieus erreicht, noch durch eine hierarchische Unterordnung eines Magistrats unter einen anderen, wie sie im Prinzipat allmählich eingeführt wurde. Vielmehr wurde dieses Gleichgewicht gerade durch die mit der Kollegialität verbundene *intercessio* gewährleistet, über die jeder Magistrat gegenüber seinen gleichrangigen Kollegen verfügte. Das römische System von *checks and balances* wirkte sich somit nicht nur im Verhältnis zwischen den Magistraten, dem Senat und den Komitien aus, wie es häufig stärker betont wird, sondern auch unter den Magistraten selbst. Kollegialität und Annuität waren, so zu Recht Waldstein und Rainer, „die beiden Schranken, die man der Gewalt der Imperiumsträger gesetzt hatte, um die Wiedererstehung einer Monarchie zu verhindern“²³.

V. Unterschied zum modernen Verständnis von *checks and balances*

Die römischen Staatsmänner der Republik wären mit Sätzen wie „pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir“ (Montesquieu, *De L'esprit des Lois*)²⁴, „ambition must be made to counteract ambition“ und „the constant aim is to divide and arrange the several offices in such a manner as that each may be a check on the other“ (Hamilton, *Federalist Papers*)²⁵ nicht unvertraut. Aber das moderne Konzept von Gewaltenteilung – als „Einteilung der Staatsgewalt in unterschiedliche Staatsfunktionen“, um „durch wechselseitige Kontrolle, Hemmung und Mäßigung der Teilgewalten („checks and balances“) eine Begrenzung staatlicher Machtausübung sowie ihre Berechenbarkeit und Kontrollierbarkeit zu erreichen“²⁶ – ist dem römischen Geist völlig fremd.

²² Brennan, in: Flower (Hrsg.), *The Cambridge Companion to the Roman Republic*, 2. Aufl. 2014, 22.

²³ Waldstein/Rainer (Fn. 6), 90.

²⁴ Montesquieu, *œuvres complètes*, Bd. 1, 1839, 188.

²⁵ Hamilton, *The Federalist: a commentary on the Constitution of the United States*, 1866, 398 f.

²⁶ Koriath/Müller, *Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht unter Berücksichtigung europäischer und internationaler Bezüge*, 7. Aufl. 2024, 163.

Funktionell streben die römische republikanische Verfassung und die moderne Verfassungslehre zwar dasselbe Ziel an: ein System von *checks and balances* zu errichten. Das Verfassungsdesign – also die Zuweisung von Zuständigkeiten durch die Verfassung an die verschiedenen Staatsorgane – ist jedoch in dem einen wie in dem anderen Fall wesentlich anders.

Die moderne Vorstellung von *checks and balances* beruht auf dem Prinzip der Gewaltenteilung. Die Staatsgewalt wird durch Spezialisierung in Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung aufgeteilt, die sich – zumindest ideell – gegenseitig ausbalancieren. Die römische republikanische Verfassung kannte eine solche Form der Gewaltenteilung nicht; der republikanische Senat entsprach beispielsweise keiner gesetzgebenden Gewalt im heutigen Sinne²⁷, während der *tribunus plebis* überhaupt kein Gegenstück im modernen Staatsrecht findet.²⁸ Das moderne Konzept der Gewaltenteilung vermag daher das System von *checks and balances* der römischen Republik nicht zu erklären. Dieses war vielmehr durch die Kollegialität geprägt, kraft derer jeder Magistrat das ungeteilte *imperium* in vollem Umfang innehatte (*par collega*) und mittels *intercessio* sämtliche Entscheidungen seiner Kollegen blockieren konnte.

VI. Der Abbau der republikanischen *checks and balances* (insbesondere im Hinblick auf die Kollegialität und die *intercessio*) und der Niedergang der Republik

Der Untergang der Römischen Republik war eng mit der allmählichen Zerstörung des republikanischen Systems der *checks and balances* verbunden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht war dieser Abbauprozess gekennzeichnet durch: a) die Konzentration der Macht in den Händen eines Einzelnen (wie in der Herrschafts-

²⁷ „The senate was not a legislative organ under the Republic, nor did it strictly have executive functions. Although it might lay down rules which were intended as general norms and not simply as advice to the current magistrates, any change in the law which might be proposed in a debate had to be referred to an assembly and voted through with correct formal procedure“ (Lintott [Fn. 8], 196).

²⁸ Auch wenn man gewisse Echos der Rolle des *tribunus plebis* in der *théorie des pouvoir neutre* wiedererkennen kann, die Benjamin Constant in seinen „Réflexions sur les constitutions“ von 1814 entwickelte und die in der Figur der *Poder Moderador*, wie sie in den Artikeln 98 ff. der brasilianischen Verfassung von 1824 vorgesehen ist, einen interessanten Ausdruck fand: „L’histoire romaine est, en général, un grand exemple de la nécessité d’un pouvoir neutre, intermédiaire entre les pouvoirs actifs. Nous voyons dans cette république, au milieu des froissements qui avaient lieu entre le peuple et le Sénat, chaque parti chercher des garanties; mais comme il les plaçait toujours en lui-même, chaque garantie devenait une arme contre le parti opposé. Les soulèvements du peuple menaçant l’état de sa destruction, on créa les dictateurs, magistrats dévoués à la classe patricienne. L’oppression exercée par cette classe réduisant les Plébéiens au désespoir, on ne détruisit point la dictature, mais on eut recours, simultanément, à l’institution Tribunicienne, autorité toute populaire“ (Constant, *Réflexions sur les constitutions*, la distribution des pouvoirs et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle, 1814, 5).

zeit des Marius²⁹ und Sulla³⁰) oder weniger Personen (etwa im ersten Triumvirat zwischen Caesar, Pompeius und Crassus³¹ sowie im zweiten zwischen Octavian, Antonius und Lepidus³²); und b) die Aussetzung – sei es durch Verlängerung (wie im Fall des zweiten Triumvirats) oder durch bloße Abschaffung (wie später unter Augustus) der strikten zeitlichen Begrenzung für die Ausübung der politischen Gewalt.³³

Dieser vergleichsweise langsame Prozess der Zerstörung des republikanischen Systems der *checks and balances* fand seinen Abschluss mit der Machtkonsolidierung Octavians, des späteren Augustus, als *princeps*.³⁴ Augustus, der die Restauration der Republik versprochen hatte (*res publica restituta*)³⁵, hat

²⁹ Zu „the Role of the Army in the Destruction of the Republic“: „It is something of a paradox that, while Marius made the Roman army a better fighting force, he also made it less loyal“ (Potter, in: Flower [Hrsg.], *The Cambridge Companion to the Roman Republic*, 2. Aufl. 2014, 71).

³⁰ „I argue that the sharpest break was the civil war of the 80s B.C. that culminated in the dictatorship of Sulla (whether or not one wants to include the Social War that came immediately before as part of the same civil conflict or as a war fought against an external enemy). In my opinion, the pivotal moment of political transformation was not the civil war between Caesar and Pompey in the 40s, but the earlier conflicts of the 80s B.C. This decade appears as the decisive moment when traditional Republican politics fell apart and was replaced, after years of distinctly un-Republican government and outbreaks of civil war, with Sulla's new constitution. Sulla's political settlement was not a restoration of what had come before but an unprecedented model of republicanism, albeit one that used the same names for political offices and institutions“ (Flower [Fn. 17], XXIV). Vgl. auch Telford, *Sulla: A dictator reconsidered*, 2014, passim.

³¹ „The results became clear in 60 B.C., when Caesar was elected consul for the next year and made a political alliance with Pompeius and Crassus (the so-called first triumvirate). Their friendship (*amicitia*) could have been a traditional alliance within the framework of what was usual in Roman political life. Yet their agreement that nothing should be done in Rome that was displeasing to any of the three (*ne quid ageretur in re publica quod displicisset ulli e tribus*. Suet. *Iul.* 19) changed the rules of the game. There had never been a time when three men had conceived of the notion that their private arrangements should regulate what would happen in Rome. For there had never before been three men with the necessary resources and power to impose their vision on the state“ (Ungern-Sternberg, in: Flower [Hrsg.], *The Cambridge Companion to the Roman Republic*, 2. Aufl. 2014, 90).

³² Das zweite Triumvirat wurde – im Gegensatz zum ersten – offiziell durch eine *Lex Titia* begründet: „Poco dopo, in quello stesso anno 43, gli accordi di Bologna tra Ottaviano e Marco Antonio (nel frattempo riavvicinatisi), cui si aggiunge anche Lepido, sono formalizzati in un plebiscito proposto dal tribuno P. Tizio e votato immediatamente senza l'osservanza dei termini legali (*trinundinum*), ossia tre giorni di mercato, fra la promulgazione e la votazione; con esso (*lex Titia*) si istituiva la magistratura straordinaria dei triumviri rei publicae constituendae (il „secondo triumvirato“), formata appunto dai tre citati personaggi, e ad essi si attribuiva un *imperium proconsolare* per la durata di cinque anni, esteso a più province, secondo una ripartizione fra loro concorda, pieni poteri nei rapporti internazionali e la facoltà anche di indicare i candidati alle magistrature“ (Petrucci [Fn. 8], 99).

³³ Im krassen Widerspruch zu dem republikanischen Grundsatz, dass „la *maiestas*, cioè la supremazia dell'essere, è infatti prerogativa del popolo romano, e la concezione politica classica concede, mediante la votazione comiziale, l'esercizio dell'*imperium* solo al magistrato preposto, per un tempo limitato, all'esercizio di una determinata funzione, e non ne tollera l'usurpazione né per derivazione né per durata“ (Fascione [Fn. 16], 120).

³⁴ „La struttura costituzionale elaborata da Augusto viene ad assumere un assetto stabile nel 23 a.C., per perfezionarsi e consolidarsi nei suoi successivi trentasette anni di vita e di potere, fino al 14 d.C., presentandosi quindi come il risultato di una evoluzione per tappe lucidamente ed attentamente pilotata dal protagonista durante molti anni“ (Petrucci [Fn. 8], 97).

³⁵ Zum Begriff von *res publica restituta*: Bringmann, in: FS für Jochen Bleicken, 2002, 113 ff.

zwar die äußere Form republikanischer Institutionen sorgfältig bewahrt. Die Konzentration der Macht auf unbestimmte Zeit in seiner Hand führte jedoch zur gleichzeitigen Aufhebung zweier tragender Säulen der republikanischen Verfassung – und damit der Republik selbst: der Kollegialität und der *temporaneità*, welche die Ausübung der politischen Gewalt durch Amtsträger in der Republik gekennzeichnet haben. Übrigens erhielt Augustus die *tribunicia potestas ad vitam*³⁶ und somit auch die Befugnis, die Handlungen aller Magistrate durch *intercessio* zu blockieren³⁷, ohne dass seine eigene Macht einer wirksamen Kontrolle durch eine andere Autorität unterlag.

Die republikanische Fassade konnte daher nicht lange weiterbestehen und überdauerte den Tod des Augustus kaum. Tatsächlich hat Tiberius das Prinzipat nicht erfunden; er legte lediglich eine verfassungsrechtliche Realität offen, die Augustus – aus Klugheit oder Skrupel – durch die republikanische Fassade zu bewahren versucht hatte, die er während der Konsolidierung seiner Macht aufrechterhielt. Mit dem Ende der Kollegialität und dem Abbau der *intercessio* existierte die Republik faktisch nicht mehr; Rom trat damit in eine neue Phase seiner politisch-verfassungsrechtlichen Geschichte ein: das Prinzipat.

VII. Schluss

Wenn man Rechtsvergleichung oder Rechtsgeschichte betreibt, läuft man stets Gefahr, die eigenen Vorstellungen auf den Gegenstand der Untersuchung zu projizieren. Das zeigt sich besonders bei der Betrachtung der Verfassung der römischen Republik und der Dynamik ihres Niedergangs. Denn auch wenn sich die römische Republik durchaus auf ein System von *checks and balances* stützte, handelte es sich doch um ein anderes als dasjenige, an das wir gewöhnt sind.

Das römische System von *checks and balances* in der Republik war somit durch für uns fremde Ideen wie Kollegialität und das *intercessio* charakterisiert, die so grundlegend für die republikanische Verfassung waren, dass ihre allmähliche Zerstörung im Verlauf des 1. Jahrhunderts v. Chr. wesentlich zum Niedergang der Republik und zur Entstehung des Prinzipats beitrug. Die Aushöhlung der Freiheit ist ein historischer Prozess, der sich häufig nur schrittweise vollzieht. Doch mit dem Vorteil des Rückblicks ist es uns möglich, entscheidende Momente dieses Prozesses zu identifizieren – und uns auf ähnliche Entwicklungen vorzubereiten. *Historia magistra vitae*.

³⁶ „Con la riforma del 23. a.C., si giunge ad un assetto definitivo con riguardo alla potestà tribunitia (tribunicia potestas), concessagli a vita indipendentemente dal dover rivestire la carica di tribuno [...]“ (Petrucchi [Fn. 8], 111).

³⁷ „Ad Augusto è conferita anzitutto con legge, probabilmente plebiscito, la tribunicia potestas a vita. Già nel 36 gli era stato attribuito, come abbiamo accennato, un ius tribunicium comprensivo della inviolabilità. Col 23 si aggiungono pertanto a queste prerogative tribunicie, già da lui godute, pure il ius intercessionis, il ius coercionis e il ius agendi cum plebe“ (Burdese [Fn. 18], 149).

*Vendere ius utendi fruendi*¹

József Benke

I. Themenpositionierung

Im klassischen römischen Recht wurde die juristische „Idee“ entwickelt, dass in einigen Geschäften nicht die zu erwerbende Sache selbst Gegenstand des Vertrags ist, sondern die bloße Hoffnung auf den Sacherwerb. Der Hauptfall dieser Verträge wurde dem Bereich der *emptio venditio* zugeordnet. Im Kauf dieser Art ist der Käufer ohne Rücksicht auf das Ergebnis der Verkäuferleistung bedingungslos zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, somit trägt er das gesamte Leistungsrisiko seines Vertragspartners. Viele Analogfälle können aus dem Kreis des Sachkaufs bzw. des Kaufs von Rechten, Forderungen und Vermögen identifiziert werden.² Aus der Kasuistik des Kaufs unkörperlicher Sachen ist der Fall bemerkenswert, wenn der Nießbraucher das *ius utendi fruendi* einem Dritten verkauft und nach dem Vertragsabschluss sofort verstirbt,³ oder ein anderer Beendigungsgrund des *usus fructus* (*u.f.*) plötzlich eintritt.

II. Geschäftstypen über Nießbrauch

Der *u.f.* diente persönlichen Versorgungszielen, woraus sich alle seine wesentlichen Merkmale ergaben, die in postklassischem und justinianischem Recht verstärkt wurden.⁴ Dieses Personalservitut ist durch die Sachzustandserhaltungspflicht⁵ bzw. die Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit begrenzt,⁶ in

¹ Ich möchte die Gelegenheit ergreifen, um dem geschätzten Jubilar, Herrn Regius Professor Wolfgang Ernst, meinen herzlichsten Glückwunsch anlässlich seines 70. Geburtstages auszusprechen. Seit einigen Jahren findet ein kontinuierlicher Austausch über unsere Forschungsergebnisse statt, was ich als eine große Ehre und persönliche Bereicherung empfinde.

² Siehe Benke, OIR 2006, 7.

³ Die *sedes materiae* befindet sich in Paul. 33 ed. D. 18, 6, 8, 2; detailliert im Unterkapitel IV.1.

⁴ Siehe Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1971, 448 Fn. 4; Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, 2. Aufl. 1958, 15 ff.; Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. II, 1975, 302 ff. Fn. 4 f., 16 f.

⁵ Vgl. Paul. 3 Vit. D. 7, 1, 1; Inst. 2, 4pr; Ulp. epit. 24, 26. Siehe Kaser, ZRG Rom. Abt. 1947, 363 (369 ff.); Grosso (Fn. 4), 33 ff.; Pugliese, NNDI XX, 316 (320).

⁶ Siehe Gai. 2, 30; Inst. 2, 4, 3. Die durch den Tod des Nießbrauchers eintretende Beendigung des *u.f.* stellte diese Regel sicher.

welchem Rahmen es jedoch die weitestgehende Ausnutzung des belasteten Vermögensgegenstandes dem Berechtigten bis zum Eintritt eines Beendigungsgrundes bietet. Die Rechtsausübungsmöglichkeit des Nießbrauchers erstreckt sich sowohl auf Selbstnutzung (*ipse frui* oder *principali re utitur fruitur*) als auch auf eine beschränkte Drittnutzung (*alii fruendam concedere* oder *pretio fruitur* oder *per te frui*).⁷ Nur in einem einzigen billigkeitsrechtlichen Ausnahmefall schließt das Letztere die Übertragung des Nießbrauchs selbst ein: Der *remedii loco* erlaubte Scheinverkauf (und Verpachtung),⁸ dient jedoch der Sicherstellung des Versorgungsziels. Infolgedessen sind die gültigen Geschäfte über den Nießbrauch m.E. dreierlei Art:⁹ Kausalverhältnisse liegen der Bestellung (*Verkauf*,¹⁰ Schenkung, Mitgiftbestellung, Vermächtnis¹¹ usw.),¹² der Übertragung (*Verkauf* und Verpachtung *remedii loco*) und der Ausnutzung¹³ des u.f. (*Verkauf*,¹⁴ Vermietung, Verpachtung,¹⁵ Verpfändung¹⁶) zugrunde. Der Verkauf kann somit eine *iusta causa*¹⁷ für Bestellung, Übertragung und Ausnutzung des Nießbrauchs bie-

⁷ Siehe Ulp. 17 Sab. D. 7, 1, 12, 2: [...] *qui locat utitur, et qui vendit utitur*. Dieser Fiktion nach wurden Verpachtung und Verkauf der Rechtsausübung als *usus* definiert. Dies verhinderte die Feststellung des *non usus* im Falle von „Drittgenuss“, wodurch der Nießbraucher die Zivilfrüchte der Sache ziehen durfte. Siehe auch Gai. 7 ed. prov. D. 7, 1, 39; vgl. Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 29, 2; Marcian. 3 inst. D. 7, 1, 38.

⁸ Pomp. 8. Quint. Muc. D. 23, 3, 66 analysiert die Verwirklichungsmöglichkeit der Rückgabepflicht des Ehemannes nach der Scheidung, wenn der Nießbrauch als Mitgift so bestellt wird, dass er ein solches Grundstück belastet, das nicht der Frau gehört. Der Jurist sieht das Problem darin, dass der Nießbrauch vom *usufructuarius* an niemanden außer den Eigentümer des Grundstücks übertragen werden kann. Pomponius nach kommt die Möglichkeit *remedii loco* als besonderes Billigkeitsinstrument in Betracht, dass es dem Ehemann gestattet werden sollte, den Nießbrauch an seine Frau zu verpachten oder ihn ihr gegen einen Scheinpreis zu verkaufen, sodass das Recht selbst beim Ehemann verbleibt, die Befugnis zur Ernte jedoch der Frau zufällt. Siehe Grosso (Fn. 4), 310 ff. Vgl. auch Tomulescu, TRG 1974, 307 f., Sánchez-Moreno Ellart, BIDR 2000–2001, 306 ff.; Harke, ZRG Rom. Abt. 2021, 274. Statt Scheinverkaufs schlug Marcellus im Rahmen der Zession den Abschluss einen echten Verkauf mit dem Eigentümer der belasteten Sache vor (Marcell. 7 dig. D. 24, 3, 57). Dazu Varvaro, Studi sulla restituzione della dote I. La formula dell'actio rei uxoriae, 2006, 170 ff.

⁹ Es gibt auch einen anderen Dreifachsplit bei Robert-Joseph Pothier, Traité du contrat de vente, Bd. II, Paris/Orléans, 1762, 70 ff.

¹⁰ Dazu gehört auch Paul. 50 ed. D. 40, 12, 23.

¹¹ Dazu Wimmer, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, 2023, 1647 ff.

¹² Siehe Grosso (Fn. 4), 341 ff.; Kaser RP I (Fn. 4), 451; RP II (Fn. 4), 304 f. und Cardilli, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, 2023, 1239 ff.

¹³ Vgl. Ulp. 17 Sab. D. 7, 1, 9, 7; Ulp. 17 Sab. D. 7, 1, 12, 2 und 13, 8; Ulp. 32 Sab. D. 19, 2, 9, 1; Scaev. 3 resp. D. 7, 1, 58pr.

¹⁴ Siehe Iul. 1 Min. D. 7, 1, 67; vgl. Bretone, La nozione romana di usufrutto, I, 1962, 99 ff.

¹⁵ Die Möglichkeiten des Nießbrauchers hängen meistens von der Art der belasteten Sache ab; dazu Grosso (Fn. 4), 173 ff., 299 ff. und Kaser, RP I (Fn. 4), 449 f. Vgl. Ulp. 18 Sab. D. 7, 1, 15, 3–5. Zur Nießbrauchspacht siehe Amirante, Labeo, 1962, 207 ff.; Thomas, The Irish Jurist 1971, 367 ff.; Sánchez-Moreno Ellart (Fn. 8), 293 ff.

¹⁶ Dazu Gai. form. hyp. sing. D. 20, 1, 15pr; Marcian. form. hyp. sing. D. 20, 1, 11, 2. Siehe Perozzi, BIDR 1893, 1 (15 f.), Haase, JherJB 1896, 249 (285 ff.); Pampaloni, Questioni di diritto Giustiniano, 1911, 87 Fn. 8; Grosso (Fn. 4), 40, 314 ff.

¹⁷ Grosso (Fn. 4), 318 behauptete, dass die Besitztradition im Falle des Nießbrauchs durch *quasi possessio rei utendi fruendi causa* ersetzt wurde. Ferner *ibid.*, 366 ff., besonders 373. Ähnlich Ernst, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, 2023, 2090, 2092.

ten. Aus diesen Fällen behandelt dieser Beitrag das Letztere. Um den Verkauf dieser Art vom rechtsbestellenden Verkauf, d.h. *vendere usum fructum in ipsum corpus* [*venditoris*], klar unterscheiden zu können, wurde er in einem brillanten, jedoch wahrscheinlich interpolierten Paulustext¹⁸ *vendere ius utendi fruendi* [*venditoris*] genannt. Von diesen Kaufarten ist die Erstere stärker, da ihre *causa* direkt vom Eigentümer stammt.¹⁹

III. Beendigungsgründe des Nießbrauchs

Eine *systematische* Darstellung von Beendigungsgründen wurde sowohl im nachklassischen (Paul. sent. 3, 6, 28–33) als auch im justinianischen Recht (Inst. 2, 4, 3) erarbeitet. Die PS scheinen eher didaktisch zu sein, da sie die aufgeführten *Typen* der Beendigungsgründe in den *Klassen* von *u.f. amissus* und *finitus* einteilen: Entweder verliert der Berechtigte sein Recht durch *eigenen oder fremden Akt* (*amissus*), oder das Recht erlischt durch *äußeren Fakt* (*finitus*). Während der Spätclassiker in der ersten Klasse *menschenabhängender* Tatsachen fünf Fälle aufzählt, d.h. Statusänderung (*capitis deminutio* [c.d.]), Sachveränderung bzw. -vernichtung (*rei [per]mutatio*),²⁰ Nichtausübung (*non usus*),²¹ gerichtliche Abtretung (*in iure cessio*) und der Eigentumserwerb durch den Nießbraucher (*comparatio domini*)²², listet er in der zweiten Klasse der *vom Menschen unabhängigen* Gründe zwei Fakten, den Tod des Nießbrauchers (*mors*) und den

¹⁸ Paul. 33 ed. D. 18, 6, 8, 2; siehe in IV.1. Zu der Interpolation, die mir hinsichtlich der untersuchten Rechtsfragen irrelevant zu sein scheint, siehe Beseler, TRG, 1928, 295. Ich bin dem Jubilar, der zufällig Vorsitzender meiner Sektion an der SIHDA (Budapest 2025) war, äußerst dankbar für seine Bemerkungen zu *emblemata Triboniani*.

¹⁹ Siehe Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 29, 1; ausführlich in IV.2.

²⁰ Die *dominii mutatio* (Gai. 7 ed. prov. D. 7, 4, 19) und die Grenzfälle von Sachverbesserungen, die zur Beendigung *nicht* führen können, sind auch erwähnenswert. Ein „causam proprietatis meliorem facere“ (Ulp. 18 Sab. D. 7, 1, 13, 4) als erlaubte Veränderung, die nicht zur Beendigung des *u.f.* führte, war im justinianischen Recht auch exceptionell (siehe *ibid.* §§ 5–7; vgl. Ulp. 51 ed. D. 7, 1, 64 i.f.).

²¹ Einer Paulusfiktion nach beendete ein bewusster *non fructus* den Nießbrauch nicht, weil „si quidem sciens se usum fructum habere tantum uti velit, nihilo minus et frui videtur“ (Paul. 15 Plaut. D. 7, 4, 20). Zudem kann ein *usus domus* des abwesenden Ehegatten durch die Rechtsausübung des anderen Ehegatten aufrechterhalten werden (Pomp. 6 Quint. Muc. D. 7, 4, 22), und ein Vermächtnis „alternis annis“ konnte den *non usus* und somit die Beendigung auch ausschließen (Paul. 13 Plaut. D. 7, 4, 28).

²² Inst. 2, 4, 3 nennt sie „consolidatio“. Siehe Cavin, L’extinction de l’usufruit rei mutatione, 1933, 57 ff.

Zeitablauf (*tempus*), auf.²³ Die Inst. 2, 4, 3²⁴ tragen dazu m.E. nichts bei. Die Kasuistik von D. 7, 4²⁵ sowie C. 3, 33²⁶ erörtern jedoch die Beendigungsgründe mit buntem Fallkatalog und Wortgebrauch (d.h. *perimere*,²⁷ *vacare*,²⁸ *perire*,²⁹ *interire*,³⁰ *extinguere*,³¹ *expirare*³² und *non remanere*³³ tauchen neben *amittere* und *finire* auch auf³⁴).

IV. Risikomanagement beim Nießbrauchsverkauf

Gebrauch und Nutzung können entweder selbst (Sachfruchtziehung) oder durch einen Dritten (Zivilfruchtziehung) ausgeübt werden. Im Falle von Dritt-ausübung zieht der Nießbraucher das Entgelt (Preis, Zins) von Gebrauch und Nutzung. Bei entgeltlichen Verträgen, die sowohl die Bestellung als auch die Ausnutzung des *u.f.* zum Gegenstand haben können, bringen die vielfältigen Beendigungsgründe des Nießbrauchs eine Reihe von schwer vorhersehbaren

²³ Die Idee von Cardilli, die Gründe der *finiri*-Klasse „physiologisch“ und der *amittere*-Gruppe „extern“ zu nennen, scheint wenig überzeugend zu sein. Einerseits ist das *tempus* kaum ein „physiologischer“ Fakt, und andererseits sind sowohl die *c.d.* und der *non usus* als auch die *in iure cessio* sowie die *adquisitio dominii* keine „externen“ Umstände, wohl aber der Zeitablauf. Siehe Cardilli (Fn. 12), 1241. Rn. 28–30. Eine bessere Klassifizierungsgrundlage scheint mir, ob der Beendigungsgrund ein *menschenabhängender Akt* oder ein *vom Menschen unabhängiger Fakt* ist. Es gibt jedoch auch Argumente gegen meine Position: a) als ein vom Menschen *nicht* unabhängigen Fakt muss der Selbstmord auch zur *mors* gehören; b) das *amittere* sowie *extinguere* wurden auch für den *mors*-Fall verwendet (siehe Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 3, 3); c) eine *rei mutatio* kann auch durch die vom Menschen unabhängige höhere Gewalt verursacht werden.

²⁴ Zu „*finiri*“ gehören *mors, c.d. (max./med.), non usus, in iure cessio* und *consolidatio*, zu „*extinguere*“ gehören u.a. die *incendio, terrae motu* und *vitio suo* Zerstörungen von Gebäuden.

²⁵ In der Verwendung der Wörter „*finiri*“ und „*amittere*“ scheinen die Digestentexte denen der *Paul. sent.* zu ähneln.

²⁶ Die Kaiserkonstitutionen verwendeten die Verben für Beendigung frei, und folgten nur die Tradition, „*finiri*“ für Todesfälle anzuwenden.

²⁷ Siehe Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 1, 3.

²⁸ Für einen temporären *non fructus* siehe Pap. 17 quaest. D. 7, 4, 2, 2.

²⁹ Siehe Marcian. 3 inst. D. 7, 4, 4; Iul. 35 dig. D. 7, 4, 7. Für *u.f. gregis* siehe Pomp. 4 Quint. Muc. D. 7, 4, 31.

³⁰ Siehe die *mutatio* von Immobilien (Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 5, 2) und die *specificatio* einer Metallmasse zu Gefäßen und umgekehrt (*ibid.* D. 7, 4, 10, 5). Zu „*non/nec interire*“ siehe die Teilreparatur eines Schiffes (Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 10, 7) und der Eigentumswechsel (Pomp. 3 Sab. D. 7, 4, 18).

³¹ „*Extinguo*“ wurde meistens für *rei mutationes* verwendet, d.h. Vernichtung, Untergang, Zerstörung, Überflutung, Verbrennen, Beschädigung, Umbau von Gebäuden und Geländen, sowie Sklavenfreilassung und *mors pecoris* (aus irgendeinem Grund, abgesehen von Tierzahlverringerung beim *u.f. gregis*, Fn. 29) oder Schiffszerlegung und -neubau bzw. Wiederaufbau eines Hauses (Ulp. 17–18 Sab. in D. 7, 4, 5, 2–3; 8; 10^{pr}–8; 15; Gai. 7 ed. prov. D. 7, 4, 30; Ulp. 17 Sab. D. 7, 1, 7, 1).

³² Siehe Iust. C. 3, 33, 14, 1 (a. 530).

³³ Siehe Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 10, 8; Iust. C. 3, 33, 15 (a. 530) und *ibid.* 17 (a. 531).

³⁴ Im 7. Buch der Digesten kommt „*amittere*“ etwa achtzig Mal, „*finire*“ aber rund ein Dutzend Mal vor.

trotz einpreisbaren Risiken mit sich.³⁵ Im Fall von Verkauf muss der Käufer, wurde ihm den Nießbrauch oder dessen Ausübung verkauft,³⁶ damit rechnen, dass der Eintritt eines Beendigungsumstandes sein entgeltlich erworbenes Recht, die belastete Sache zu genießen, unabhängig davon, ob der tatsächliche Wert der bisherigen Nutznießung in angemessenem Verhältnis zu der gezahlten oder zu zahlenden³⁷ Gegenleistung steht, sofort erlöschen kann. Der Unterschied besteht darin, ob der Beendigungsgrund als Gefahr (*periculum*) durch eigenen oder fremden Fakt (*mors*) bzw. Akt (u.a. *mutatio*, *c.d.*, *consolidatio*, *non usus*) entstehen würde, da die hier erörterten Umstände, wodurch der Nießbrauch erlischt, seitens des Nießbrauchers eintreten, der entweder selbst der gefahrtragende Käufer (d.h. Eigen[f]akt) oder der Verkäufer (d.h. Fremden[f]akt) ist. Mit Hinblick auf die höheren äußeren Risiken,³⁸ die in den Quellen über *periculum rei venditae* und *modus finis usus fructus* erscheinen, wird in diesem Beitrag der zweite Fall untersucht.

1. Tod des Verkäufers

In D. 18, 6, 8, 2 findet man einen vom 33. Buch des Ediktkommentars Paulus' stammenden Text über zwei mal zwei Sachverhalte über Gefahrtragung. Eine Trennlinie ist, ob der Verkäufer ein *ius utendi fruendi* übertragender Nießbraucher bzw. ein *usus fructus* bestellender verkaufender Eigentümer ist, eine andere besteht aber darin, ob der Tod,³⁹ der plötzlich nach der Perfektion des Verkaufs geschah, seitens des Käufers oder des Verkäufers einträte. Der Text wurde unter der Kasuistik von *periculum rei venditae* überliefert, und er liegt neben der „Kardinalstelle“⁴⁰ von Gefahrtragung beim Kauf.

Cum usum fructum mihi vendis, interest, utrum ius utendi fruendi, quod solum tuum sit, vendas, an vero in ipsum corpus, quod tuum sit, usum fructum mihi vendas: nam priore casu etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debebit, heredi autem meo debebitur, si tu vivis: posteriore casu heredi meo nihil debebitur, heres tuus debebit.

„Wenn du mir einen Nießbrauch verkaufst, kommt es darauf an, ob du mir nur das Recht zum Gebrauch und zur Nutzung verkaufst, das dir als Nießbraucher zusteht, oder ob du mir einen Nießbrauch an der Sache selbst verkaufst, die dir als Eigentümer gehört. Denn im ersten Fall wird mir dein Erbe nichts schulden, auch wenn du sofort [bevor du

³⁵ Siehe den von Marcellus aufgeworfenen Analogfall hinsichtlich der Verpachtung in Ulp. 32 ed. D. 19, 2, 9, 1.

³⁶ Siehe beides in unserer *sedes materiae* in Paul. 33 ed. D. 18, 6, 8, 2.

³⁷ Die unbedingte Zahlungspflicht erscheint nicht als eine „unbillige Vorleistungspflicht“; siehe *Ernst* (Fn. 17), 2072 f. Für die aleatorischen Gefahrtragungsmodelle ist der Toleranzgrad von *nachträglichem* Ungleichgewicht entscheidend (vgl. *Ernst, ibid.* 2082).

³⁸ Siehe *Haase* (Fn. 16), 273 f.

³⁹ Die meinungsreiche Kasuistik von Labeo, Julian, Pomponius, Paulus und Ulpian über das Recht der Erben des gestorbenen Nießbrauchers, die schon durch den Verstorbenen geernteten Früchte zu erben und über den Mangel dieses Rechts zu den bei der Todeszeit noch stehenden Früchten, gehört nicht zum Thema (Paul. 3 Sab. D. 7, 4, 13; Ulp. 17 ed. D. 7, 6, 5, 4).

⁴⁰ Der Jubilar nannte so das *pincipium* von D. 18, 6, 8 (Paul. 33 ed.). Siehe *Ernst*, ZRG Rom. Abt. 1982, 216 (225).

erfüllen konntest]⁴¹ stirbst, meinem Erben aber wird, wenn du mich überlebst, Erfüllung geschuldet; im zweiten Fall wird meinem Erben nichts geschuldet, dein Erbe aber schuldet Erfüllung.“

Kern des Textes ist m.E. das Wort „statim“, das als „sofort“ übersetzt und somit als „innerhalb eines kurzen Zeitraums, der den Beginn der Rechtsausübung aufgrund des perfekten Kaufvertrags verhindert“ interpretiert werden soll. Dies folgt sowohl aus der aktiven Präsensform von „vendis/vendas“,⁴² als auch aus der Natur der Sache: Hinsichtlich des Standpunktes von Paulus über „heres debet“ und „heredi debet“, würde ein Todesfall *vor* der Perfektion sinnlos. Die Zeitberechnung des „sofortigen Todeseintritts“ beginnt somit *nach* der Perfektion des Kaufs, und soll von so kurzer oder langer Dauer sein, was die Frage des schweren Ungleichgewichts der Leistungen aufwirft.⁴³ In dieser Hinsicht bildete der *plötzliche* Tod des Verkäufers einen *Extremfall*, dessen Regelung eine Lösung auch für weniger außergewöhnliche Tatsachen bot. Dies besteht darin, dass es zu einem Streit zwischen den Parteien führt, ob der Rechtsnachfolger entweder des Verkäufers (Nießbrauchers/Eigentümers) oder des Käufers (Dritten/Nießbrauchers) nach der Logik des Formularprozesses das Geldäquivalent des Wertes von Duldung oder Ausübung des Nießbrauchs hinsichtlich der Kaufpreiszahlungspflicht schulden würde:

Mors/Casus ⁴⁴	I. Casus prior	II. Casus posterior
A. Mors venditoris	heres usufructuarii extraneo nihil debet	heres proprietarii usufructuario debet
B. Mors emptoris	usufructuarius heredi extranei debet	proprietarius heredi usufructuarii nihil debet

Tabelle 1: Systematisierung der Sachverhalte in D. 18, 6, 8, 2 (vom Verf.)

⁴¹ Übersetzung und Anmerkung aus *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis*, 1999, 506.

⁴² Der Jubilar betonte die *Perfektform* der Verba (*vendidit/emit*) als Formelerfordernis, das sich auf die Vereinbarung über den Kaufpreis bezog. Siehe *Ernst* (Fn. 17), 2093. Obwohl „vendis“ in den *Digesten* m.W. ein *hapax legomenon* ist (und „vendas“ kommt auch sehr selten vor), schließt ihre *Präsensform* in zweiter Person Singular die Vereinbarung jedoch nicht aus, sondern hebt vielmehr den erläuternden Charakter des Pauluskommentars hervor, oder bestätigt die Richtigkeit der Interpolationsvermutung Beselers (Fn. 18), wonach der Originaltext sein könnte: „Si usum fructum mihi vendideris, heres meus de usu fructu in iure cedendo et re tradenda tecum agere non poterit. Si tuum ius utendi fruendi vendideris mihi, cum herede tuo de re tradenda agere non potero.“ Diese Textvariante hat jedoch keinen Einfluss auf das Ergebnis der Untersuchungen des Risikomanagements bei einem *vendere ius utendi fruendi*.

⁴³ „Statim“ sollte daher nicht so eng verstanden werden, dass es an den Zeitpunkt des Vertragsschlusses gebunden ist, wie in den vorhergehenden Fällen (*pr.* und § 1 desselben Fragments); vgl. *Pennitz*, *Das periculum rei venditae*, 2000, 195 f.

⁴⁴ Haunolds Begründung sagt zum Falle I.A: „nam ususfructus exspirat, et consolidatur cum proprietate“, siehe *Christopher Haunold*, *Controversia de Justitia et jure privatorum universo*, Bd. III, Ingolstadt, 1677, 31.

Fall I.A. wirft die Frage auf, wie der „sofortige“ Tod des Verkäufers ausgelegt werden soll. Ist er eine gesetzliche auflösende Befristung (*dies iuris resolutive*)? Oder soll er als stillschweigender Ausschluss der Rechtsmängelgewähr bzw. als taziter Verzicht aufs Anfechtungsrecht wegen *laesio enormis* verstanden werden? Oder handelt es sich hier um eine *tacita condicio iuris resolutive*?⁴⁵ M.E. keine von diesen. Der Tod des Vertragspartners als *dies resolutive* bezieht sich nämlich nicht auf das *ius utendi fruendi*, welches hier verkauft wurde, sondern auf den *usus fructus*, wessen Inhaber der Verkäufer blieb, und woraus die verkaufte „Ware“ rechtlich stammt: Das Erlöschen des Ersteren ist eine direkte Konsequenz des Verfalls vom Letzteren (*nemo plus iuris [...]*). Auch von einer stillschweigenden Willenserklärung über den Gewährleistungsausschluss oder Rechtsverzicht seitens des Käufers kann keine Rede sein, da der Verkäuferstod als Vertragsverletzungstatbestand keinesfalls verstanden werden kann. Darüber hinaus fällt die sich auf der Bedingungslehre stützende Erläuterungsart ebenso weg, weil der Tod des Vertragspartners als ein *dies certus an incertus quando* keine *Vertragsbedingung* bilden kann.⁴⁶ Im Gegensatz zum dogmatischen Denken scheint es daher richtiger zu sein, sich an die Quelle und ihren Kontext zu halten und den von Paulus glänzend⁴⁷ erläuterten Sachverhalt als einen Sonderfall des *periculum emptoris* zu betrachten, der mit D. 18, 6, 8pr nicht durch den Schwebezustand, sondern allein durch die Gefahr von *mors venditoris* verknüpft ist.

2. Konkurrenz zwischen Eigentümer und Nießbraucher

Der Erwerb des *usus fructus in ipsum corpus* ist stärker als der des *ius utendi fruendi*, da die *causa* des Ersteren unmittelbar vom Eigentümer ausgeht.⁴⁸ Daraus folgt, dass der Wille des *proprietaryus* vor dem Willen des *usufructuarius* eine Priorität bei Veräußerung vorhabt. Der Verkauf des Nießbrauchs durch den *proprietaryus* bildet somit einen weiteren Beendigungsgrund.⁴⁹ Ferner, wenn ein *fundi proprietaryus* das belastete Grundstück vom Nießbraucher rückpachtet und dasselbe ohne Nießbrauchsvorbehalt einem Dritten verkauft, kann der Nießbraucher den *u.f.* aufgrund der Handlung des Käufers nicht behalten, da der Nießbrauch ohne Rücksicht auf die Pachtzinszahlung erloschen ist, weil der

⁴⁵ Siehe Légier, RHDfE 1966, 5 (6).

⁴⁶ Pennitz war der Meinung, dass es sich hier „eher um eine zeitlich befristete Grenze [handelt], die diese spezielle *res vendita* setzt (im Sinn mancher Autoren könnte man hier möglicherweise von einem ‚resolutiven *dies iuris*‘, oder ähnlich sprechen)“, siehe Pennitz (Fn. 43), 210 Fn. 83.

⁴⁷ Der Text war seit der Zeit von Irnerius Teil der universitären Rechtslehre, und er ist „didactisch gezeien ijersterk“, siehe Jansen, GROM 2014, 31 (33, 35). Beselers vermuteter Originaltext ist nicht weniger subtil (vgl. Fn. 18 und 42).

⁴⁸ Es gibt auch einen Fall, worin der Vorrang zwischen den *per legatum* bestellten Nießbrauchen durch das Prinzip „qui prior tempore, potior iure“ gebildet wurde. Siehe Ulp. 5 disp. D. 7, 4, 16.

⁴⁹ Ulpian's Antwort auf die Frage von Pomponius lautet: Sed si emptum a me [d.h. usufructuario] usum fructum propriarius vendidisset, amitterem usum fructum, quaerendum est. Et puto amitti, quoniam et hic non ut a me empto fruiat fundi emptor (Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 29, 1; zur Priorität eines *fideicommissarius* siehe *ibid.* § 2).

Käufer ihn nicht im Namen des (ehemaligen) *usufructuarius*, sondern in seinem eigenen Namen genießt.⁵⁰ Daraus folgt, dass diese Veräußerungsakte (Bestellungsgeschäfte) des Eigentümers, wofür der Nießbraucher, der das *ius utendi fruendi* verkaufte, seinem Käufer natürlich nicht haftet, dem schwächeren *emptor iuris utendi fruendi* einen zusätzlichen Risikofaktor androhen.

3. Statusänderung des Verkäufers

Die Möglichkeit eines *usus fructus capite deminutione statim amissus* kann das Geschäftsrisiko ebenso erhöhen, wie der Todesfall. Im Fall von Statusänderung⁵¹ sollten, als risikoreduzierende Optionen,⁵² die Billigkeitskasuistik von D. 48, 20 und die Erneuerungsmöglichkeit des Nießbrauchs in Betracht gezogen werden. Dazu ist es auch zu bedenken, dass dem Käufer im vorjustinianischen Recht⁵³ bei der *c.d. minima* kein Recht auf Entschädigung zugestanden werden kann, da die Arrogation des Verkäufers ebenso wenig eine Vertragsverletzung darstellt, wie der Eintritt dessen Todes.

Anders verhält es sich jedoch, wenn der Verkäufer aufgrund einer Straftat der *c.d. maxima/media* unterliegt. Die Billigkeitskasuistik⁵⁴ in D. 48, 20 über Vermögensbeschlagnehmung durch Verurteilung ist also in Erinnerung zu rufen. Obwohl eine gewisse *benignitas*⁵⁵ in den Fällen der Nießbrauchbeendigung durch *c.d.* nicht fremd war, gibt es keinen quellenmäßigen Beleg dafür, dass diese Großzügigkeit des Staates, die in bestimmten Kasus von *publicatio bonorum* nachgewiesen werden kann, auch für die Kompensation des Verlustes, der ein *emptor iuris utendi fruendi* dadurch erlitt, dass er das gekaufte Recht durch die Beschlagnehmung gegen den Verkäufer als *capite deminutus* sofort verlor, eingetreten wäre: In Billigkeitsfällen der Konfiszierung begünstigte der Staat die unschuldigen und bedürftigen Familienmitglieder.⁵⁶ Die Abmilderung rein ge-

⁵⁰ Siehe Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 29pr (vom Anfang bis zum „fruitus est emptor“). Ähnliches gilt für die Verpachtung, siehe *ibid.* i.f. (von „quamquam“).

⁵¹ In der Kasuistik in D. 7, 4 wird „statim“ als zusätzliches Tatbestandsmerkmal nicht aufgeführt.

⁵² Die Kasuistik von Risikomanagement ist färbig. Julian z.B. beseitigt das Risiko der Statusänderung (Iul. 15 dig. D. 19, 1, 24pr), wenn ein Sklave ein Grundstück kauft, und sein Nießbraucher vor oder nach der Preiszahlung zum *capite deminutus* wird: Er bekommt gegen den Verkäufer die *actio indebiti* im ersteren, aber die *actio ex empto* im letzteren Fall.

⁵³ Vgl. Iust. C. 3, 33, 16, 2 (a. 530).

⁵⁴ Billigkeitslösungen, wie Kaser, RP II (Fn. 4), 303 Fn. 12 sie nannte, waren hinsichtlich der Beschränkung der Befugnisse des Nießbrauchers auch nicht fremd. Siehe Paul. 3 Sab. D. 7, 1, 30; Ulp. 18 Sab. D. 7, 6, 1, 4.

⁵⁵ Dem Wortlaut Ulpians nach: „quod benigne dici poterit“ (Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 1, 2).

⁵⁶ Siehe z.B., wenn die Mitgift einer wegen schwerer Straftat verurteilten Frau beschlaggenommen wird, wurde das Recht des Ehemanns anerkannt, die Mitgift aus dem Fiskus zurückzuerhalten (Pap. 2. adult. D. 48, 20, 4; zusammen mit *ibid.* § 3); die Erben der verurteilten Person erhalten einen angemessenen Anteil des eingezogenen Vermögens (Paul. sing. port. D. 48, 20, 7pr; siehe auch *ibid.* §§ 1–3).

schäftlicher Risiken und wirtschaftlicher Verluste gehört *ratione naturali*⁵⁷ nicht zu diesem Kreis.

Die Statusänderung des Verkäufers kann nur einen *u.f. constitutus* beenden, da eine *c.d.* den Nießbrauch *ante aditam hereditatem aut ante diem cedentem* nicht erlischt (Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 1, 1). Daraus folgt der von Ulpian⁵⁸ und Papinian⁵⁹ ebenso bestätigte Risikominderungsfaktor, dass nur derjenige Nießbrauch durch *c.d.* verloren gehen kann, der zum Zeitpunkt der *c.d.* bereits läuft, so dass der jährlich/monatlich/täglich vermachte *u.f.* nur für den Zeitraum erloschen ist, der mit dem Zeitpunkt der *c.d.* zusammenfiel. Diese Möglichkeit der Erneuerung (*repetitio/relegatum*) des *u.f.* durch die Vermächtnisklausel von *quotiens amissus erit*⁶⁰ soll nach dem 17. Buch Ulpians Sabinuskommentar (D. 7, 4, 3^{pr}–1 und 5^{pr}), wodurch ein schon beendeter Nießbrauch wieder *salvus erit*⁶¹ (d.h. der Nießbrauch *restitutus*⁶² wird), auch berücksichtigt werden.⁶³ Allerdings gewährleistet der Verkäufer weder für das *Nichteintreten* seiner eigenen *c.d.* noch für die *repetitio* oder das *relegatum*, wodurch der Erblasser die Wiederbegründung des Nießbrauchs als *u.f. salvus*⁶⁴ zu seinen Gunsten verwirklicht. Daher wird das Risiko der Statusänderung des Verkäufers in dieser Hinsicht vom Käufer getragen, aber die Bepreisung der Risiken und die Möglichkeit, den *u.f.* periodisch zu bestellen,⁶⁵ können die Gefahr des Käufers etwas verringern.

4. Veränderung der Sache

Zusätzliche Sachverhalte, die zur Beendigung des Nießbrauchs führen und gleichzeitig für die *venditio iuris utendi fruendi* relevant sind, gehören zu den Fällen der *mutatio rei*,⁶⁶ die durch das Verhalten des Verkäufers (*usufructuarius*)

⁵⁷ Paulus betrachtete die natürliche Vernunft als eine Art *tazites* Gesetz, das das billige Vorgehen gegenüber den Kindern der Verurteilten rechtfertigt (Paul. sing. port. D. 48, 20, 7^{pr}), aber sie könnte in Marktsituationen auch als Grund für den Ausschluss der Billigkeit angesehen werden.

⁵⁸ Siehe Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 1, 3.

⁵⁹ Siehe Pap. 17 quaest. D. 7, 4, 2, 1.

⁶⁰ Siehe Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 3^{pr}. Siehe die Klausel „quoad/quamdiu vivet“ bei *Knütel* (detailliert unten, Fn. 72).

⁶¹ Siehe Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 1, 2 und *ibid.* 3, 1.

⁶² Siehe Ulp. 18 Sab. D. 7, 1, 25, 2 *i.f.*, vgl. Ulp. 79 ed. D. 7, 9, 3, 2.

⁶³ Dazu detailliert *Knütel*, ZRG Rom. Abt. 2002, 352 (356 f.).

⁶⁴ Vgl. „usus fructus salvus“ und „ius adcrendi salvum“ in Ulp. 17 Sab. D. 7, 4: 1, 2 und 3, 1.

⁶⁵ Vgl. Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 1, 3.

⁶⁶ Siehe die Fälle in Fn. 23, 33, 34, 36. Dazu ferner: die Überflutung eines Ackerlandes, wodurch es zum Sumpf oder See wird (Ulp. 17 sab. D. 7, 4, 10, 2); die Trockenlegung eines Sees oder die Abholzung eines Waldes, wodurch sie in Ackerland umgewandelt werden (*ibid.* §§ 3–4); die industrielle Verarbeitung von beweglichen Gütern (*ibid.* §§ 5–6); der Umbau eines Kurortes in ein Hotel, Wohn- oder Geschäftshaus (Ulp. 17 sab. D. 7, 4, 12^{pr}); die Umschulung eines Schauspielers für andere Dienstarten (*ibid.* § 1); das Gebiet der Stadt, die den *u.f.* durch Vermächtnis erworben hatte, wurde nachträglich in ein Ackerfeld umgewandelt (Modest. 3 diff. D. 7, 4, 21).

verwirklicht wurden.⁶⁷ Unter Verkäuferverhalten sind hier nur diejenigen Fälle zu verstehen, die *unmittelbar* zur Beendigung des *u.f.* führen, und zudem als *Vertragsverletzung* angesehen werden könnten. Daraus folgt, dass weder Tod,⁶⁸ höhere Gewalt⁶⁹ und Zeitablauf, da sie kein Verhalten sind, noch die zur *c.d.* leitenden Verhalten, weil sie die Beendigung nur indirekt zur Folge haben, hierzu gehören. Abtretung und Eigentumserwerb durch den Nießbraucher fallen auch aus, weil sie als Vertragsverletzung ebenso wenig bezeichnet werden können, wie der Nichtnutzung der belasteten Sache im Falle von Verkauf deren Nutznießung.⁷⁰

Wenn der Nießbrauch durch das Verhalten des Nießbrauchers, der als Verkäufer aufgetreten ist, derart beendet wird, dass es als Vertragsverletzung angesehen werden kann, stellt sich die Frage, ob der Käufer eine *actio empti* oder einen anderen Rechtsbehelf gegen den Verkäufer erheben kann. In der Regel schweigen unsere Quellen darüber, welche Verfahrensart gefolgt werden soll, falls der Nießbrauch durch die Handlungen des zur Nutznießung vom Eigentümer berechtigten Verkäufers erloschen wird. Da die *vindicatio ususfructus* und die *actio confessoria*⁷¹ allein durch den Rechtsinhaber (Verkäufer) erhoben werden können, und die *actio de dolo* oder *ex testamento* und das *interdictum quod*

⁶⁷ Ein Hausabbruch oder -verbrennen (Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 5, 2 u.v.a.) bringt z.B. die Beendigung des Rechts mit sich ohne Hinsicht auf den Fakt, wer (*usufructuarius, proprietarius, alius*) das Gebäude vernichtete.

⁶⁸ Fraglich ist, ob ein Verkäufer, der seine fortgeschrittene tödliche *Krankheit* kennt, und sein *ius utendi fruendi* verschweigend verkauft (vgl. Ernst [Fn. 17], 2268 f.), als „*venditor sciens*“ (bösgläubig) qualifiziert werden kann. Die Antwort ist m.E. negativ, da der „überraschende“ Tod hier keinesfalls als Sachmangel ausgelegt werden kann, wie im Fall eines Sklaven (*ibid.*, 2226 ff.) oder *fundus pestilens* (*ibid.*, 2256 Fn. 1094). Zum *Selbstmord* siehe Fn. 23.

⁶⁹ Obwohl die Ergebnisse von höherer Gewalt und künstlicher Aktivität manchmal übereinstimmen, kann die Meinung von Pomponius, wonach der natürlicher Wasserrückgang nach einer Überschwemmung durch Fluss oder Meer, die nicht nur den *u.f.*, sondern auch die *proprietas* beendet, beide restituiert (Pomp. 26 Quint. Muc. D. 7, 4, 23), auf den Fall nicht ausgedehnt werden, wenn das Feld nach einer *künstlichen* Überschwemmung physisch wieder in seinen vorigen Stand eingesetzt wird, weil, wie Julian gegen Labeo argumentierte, der Boden des für die Überschwemmung veränderten ehemaligen Flussbettes (*locus alvei*) öffentliches Eigentum wird, somit es in seinen früheren Zustand nicht zurückgesetzt werden kann (Iav. 3 ex post. Lab. D. 7, 4, 24). Zur Möglichkeit einer Restitution *iure postliminii* bei einer *agri occupatio* oder eines *captus servorum ab hostibus* siehe jedoch Paul. 1. Nerat. D. 7, 4, 26.

⁷⁰ Die *noxae deditio* eines mit Nießbrauch belasteten Sklaven (Paul. 1 manual. D. 7, 4, 27), obwohl sie auch einen Beendigungsgrund bildet, ist auch uninteressant, weil der Nießbraucher diese Folgen des Sklavenverhaltens, das zum Interessenkreis dessen Eigentümer (*proprietarius*) gehört, zu tragen hat.

⁷¹ Obwohl sie schon bei Julian nicht nur gegen den Eigentümer, sondern gegen jeden Besitzer erhoben werden kann (Ulp. 17 ed. D. 7, 6, 5, 1), ist dieser Rechtsschutz weder für den Käufer (Rechtsausüßer) noch gegen den Verkäufer (Rechtsinhaber) sinnvoll, da ihr Besitzstand für diese Klage eindeutig nicht angemessen ist. Das Gleiche gilt auch für die Vindikation.

vi aut clam hier irrelevant sind,⁷² gibt es theoretisch kein anderes Rechtsmittel als ein spezielles *interdictum*⁷³ und die *actio empti*, die den Käufer als *quasi possessor rei utendi fruendi causa* schützen bzw. entschädigen können. Diese Ansicht wird jedoch durch die Quellen der Besitz- und Kaufklagen nicht gestützt.

Ohne weiteren Rechtsschutz verblieb dem für das *ius utendi fruendi* zu bezahlen verpflichteten Käufer einerseits die Möglichkeit einer *pro parte* Beendigung des *u.f.*,⁷⁴ andererseits die Freiheit der Bepreisung von Risiken, die das Rechtsgeschäft in bestimmten Fällen und gewissem Maß der *spei emptio* ähnlich machten. Zu diesem gewissen Maß gehört Ulpian's Meinung (Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 5pr), wonach ein durch Vermächtnis bestellter Nießbrauch unabhängig vom Grund seiner Beendigung (*amissus qualicumque ratione*) wiederbelebt werden kann (*repeti potest*), und die Wirkung des Todes auch vermieden werden kann, falls der *u.f.* im Voraus *heredibus legaverit*. Im Falle von *vendere ius utendi fruendi* gehört diese Möglichkeit jedoch nicht zu den Risikominderungsfaktoren, da sie außerhalb der Kontrolle des Vermächtnisnehmers (= Nießbrauchers, = Verkäufers) liegt, zudem das Vermächtnis nicht die einzige Form der Rechtsbestellung ist. Daher kann die Teilanalogie zum Hoffnungskauf nicht von der Hand gewiesen werden.

V. Schluss

In diesem Beitrag wurden Aspekte von Risiken und Gefahrtragung bei einem entgeltlichen Vertrag untersucht, wodurch eine Partei ihren eigenen Nießbrauch eine andere Partei gegen Geldzahlung ausüben lässt. Im römischen Rechtsdenken wurde dieser Vertrag entweder als Kauf oder als Miete oder Pacht eingestuft, je nachdem, ob die Geldleistung in einem einzigen Pauschalbetrag oder in regelmäßigen Teilbeträgen zu zahlen ist. Die Risiken seitens des Käufers lassen sich durch die vielfältigen Beendigungsgründe des Nießbrauchs gut charakterisieren, da sie das gekaufte „ius utendi fruendi“, die mit dem Nießbrauch des Verkäufers belastete Sache zu gebrauchen und nutzen, nach der Perfektion und vor der Erfüllung des Vertrags „statim“ erlöschen lassen können.

⁷² Dass der Eigentümer *ex testamento* oder *de dolo* verklagt oder gegen ihn ein *interdictum quod vi aut clam* eingeleitet werden kann, falls der durch Vermächtnis bestellte Nießbrauch durch den vom Eigentümer durchgeführten Abriss (Verbrennung) oder Aufbau eines Hauses erloschen ist, gehört nicht zu unserem Thema, weil der *propriarius* hinsichtlich des Vertrags des Nießbrauchers und seines Käufers ein Dritter ist. M.E. gelten die Meinungen in Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 5, 3 („ex testamento vel de dolo tenebitur“) und Pomp. 5 Sab. D. 7, 4, 6 („et interdictum quod vi aut clam usufructuario competit“) auch für den Fall von Hausabriss und -verbrennung in Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 5, 2 (dort ebenso Julian). Vgl. mit dem Fall einer „villa diruta“ in Ulp. 17 Sab. D. 7, 4, 8, sowie *ibid.* D. 7, 4, 10, 1 über den Wiederaufbau eines „aedis demolita“.

⁷³ Zum *unde vi* siehe Ulp. 69 ed. D. 43, 16, 3, 13, aber zum *uti possidetis* siehe Ulp. 70. ed. D. 43, 17, 4. Obwohl diese Rechtsschutzmittel auch den Käufer des *ius utendi fruendi*, der als *quasi possessor rei utendi fruendi causa* (vgl. Fn. 17) angesehen werden kann, in einigen der hier aufgeführten Situationen schützen könnten, gibt es m.W. keine Quelle, die diese Vermutung hinsichtlich eines „vendere ius utendi fruendi“ ausdrücklich bestätigt.

⁷⁴ Siehe Pomp. 5 Sab. D. 7, 4, 14.

Damit ist das *zweiseitige* Problem der Vertragsrisiken jedoch noch nicht erschöpft, weil der Käufer einige Nutzungsrisiken des Verkäufers (Nießbrauchers) *nicht* übernehmen kann. Zur Pflicht des Nießbrauchers gehören die Bewahrung der *salva rerum substantia* und die Rückgabe der Sache an den Eigentümer (d.h. einem Dritten hinsichtlich des Vertrags) beim Ende des Nießbrauchs, und die Haftpflicht des Nießbrauchers (Verkäufer) erstreckt sich nicht nur auf sein eigenes Verschulden, sondern auch auf die Handlungen eines Dritten (hier: des Käufers). Bemerkenswert ist es so auch, dass sich die Vertragspartner in den meisten Beendigungsfällen der *rei mutationes* in einer besonderen Risikogemeinschaft befinden. Ein breites Spektrum von Nutzungsrisiken wurde aber von dem geschätzten Jubilar, dem dieser Beitrag herzlichst gewidmet ist, in Bezug auf der Pacht, zudem mit Hinweis auf Einordnung der Pacht als aleatorischer Kauf von Nutzungsmöglichkeit oder Besitzüberlassung, schon eingehend untersucht.⁷⁵

⁷⁵ Siehe *Ernst*, ZRG Rom. Abt. 1988, 541 (587).

Die Genese der insolvenzrechtlichen Bestimmungen über die Vormerkung

Reinhard Bork

I. Einführung

Nach § 106 Abs. 1 S. 1 InsO kann ein vormerkungsgesicherter Gläubiger für seinen Anspruch Befriedigung aus der Insolvenzmasse verlangen. Auch an anderen Stellen knüpft das Gesetz an das Vorliegen einer Vormerkung an, namentlich in §§ 140 Abs. 2 S. 1, 254 Abs. 2 S. 1, 301 Abs. 2 S. 1, 349 Abs. 2 InsO. Bis zum 1. Januar 1999 fand sich eine § 106 InsO vergleichbare Vorschrift in § 24 S. 1 KO. Geht man allerdings in der Gesetzeshistorie weiter zurück, so stellt man fest, dass die Urfassung der Konkursordnung vom 10. Februar 1877¹ nichts Vergleichbares enthielt, was daran lag, dass das Recht der Vormerkung erst im Zuge der Arbeiten am Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896² entwickelt werden musste. Der folgende Beitrag wird deshalb zunächst (unter II.) die Herausbildung des sachenrechtlichen Instituts der Vormerkung nachzeichnen und sich dann anschließend (unter III.) mit den insolvenzrechtlichen Konsequenzen befassen.

II. Die Einführung der Vormerkung in das BGB

Nach § 883 Abs. 1 S. 1 BGB kann zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Einer solchen Eintragung nachfolgende Verfügungen, die den gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden, sind unwirksam (§ 883 Abs. 2 S. 1 BGB). Außerdem hat die Vormerkung für das vorgemerkte Recht rangwahrende Wirkung (§ 883 Abs. 3 BGB). Was uns heute als klare und in hohem Maße praxisrelevante Regelung vertraut ist, musste sich freilich im 18. und 19. Jahrhundert erst herausbilden.

¹ RGL. 1877, 351.

² RGL. 1896, 195.

1. Der Rechtszustand vor Beginn der Arbeiten am BGB

Wie so oft, ergibt ein Blick auf die Vorläufer des heutigen Rechts ein buntes Bild.

a) *Römisches und Gemeines Recht*

Die Vormerkung ist ein besonderes Institut des Immobiliarsachenrechts. Es soll den Erwerber von Immobiliarsachenrechten, die für ihre Entstehung der Eintragung ins Grundbuch bedürfen, während der Schwebezeit zwischen schuldrechtlich verbindlicher Vereinbarung und dinglichem Vollzug durch Eintragung vor vereitelnden Zwischenverfügungen schützen. Da weder das Römische noch das Gemeine Recht Grundbücher kannte, ist es nur folgerichtig, dass es dort auch keine Vormerkung gab.³ Vielmehr entwickelte sich dieses arteigene Sicherungsrecht erst als deutschrechtliches Institut⁴ in den Partikularrechten der später zum Deutschen Reich gehörenden Länder.

b) *Preußen*

Eine Vorreiterrolle hatte hierbei Preußen übernommen.⁵ In der preußischen Hypothekenordnung vom 4. August 1750 fand sich in § 32 erstmals eine Regelung, die demjenigen, der die Eintragung eines dinglichen Rechts beanspruchen konnte, die Möglichkeit eröffnete, durch das Gericht in das Grund- und Hypothekenbuch eine „Protestation“ eintragen zu lassen, „[w]enn es sich begiebet, dass eine Forderung noch nicht eingetragen werden kann, weil sie in quali und quanto nicht ausgemacht, oder deshalb in lite befangen ist“. Sowohl der Begriff der „Forderung“ als auch der der „Protestation“ erwies sich dabei indes als konkretisierungsbedürftig. Weder war klar, welcher Art die „Forderung“ sein musste, noch, wogegen genau sich die „Protestation“ richtete. Hinsichtlich der „Forderung“ war offen, ob hier Ansprüche aller Art oder nur auf dingliche Rechte bezogene gemeint waren. Bezüglich der „Protestation“ war nicht geklärt, ob die nur auf den Schutz schon bestehender Rechte bezogen war oder ob sie auch die Begründung künftiger Rechte betreffen konnte.

Mit dieser zuletzt gestellten Frage ist eine wichtige Unterscheidung eingeführt, die im preußischen Recht allenfalls bloss am Horizont aufschien, aber für das weitere Verständnis von erheblicher Bedeutung ist. Das geltende Recht unterscheidet heute sehr genau zwischen dem Schutz im Grundbuch nicht oder unrichtig ausgewiesener bestehender Rechte, der durch die Möglichkeit eines Widerspruchs (§ 894 BGB) gewährt wird, und dem Schutz künftiger Rechte, der auf der Grundlage eines entsprechenden schuldrechtlichen Anspruchs durch die

³ Assmann, Die Vormerkung (§ 883 BGB), 1998, 3; Weber, Die Anwendung der Vorschriften über Rechte an Grundstücken auf die Vormerkung, Diss. Tübingen, 1962, 1.

⁴ Günther, Die historische Entwicklung der Vormerkung, Diss. Bielefeld, 1997, 8 f.

⁵ Näher dazu Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht, 1901, 1 ff.; Günther (Fn. 4), 9 ff., 21 ff.; Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, 1904, 1 ff.; Weber (Fn. 3), 1 ff.; vgl. auch Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 3, 1888, 237 ff. = Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3, 1899, 131 ff.

Möglichkeit einer Vormerkung (§ 883 BGB) eröffnet ist. Diese Differenzierung ist Mitte des 18. Jahrhunderts im preußischen Recht noch nicht ausgebildet, wohl aber dem Kern nach angelegt.

Etwas mehr Licht in das Dunkel brachte zunächst § 289 Tit. II der preußischen Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783, der lautete: „Protestationen werden eingelegt, wenn jemand einen Realanspruch an einem Grundstück behauptet, den er sofort liquid zu machen, ohne seine Schuld verhindert ist.“ Ergänzend stellte § 290 Tit. II klar, dass „wegen bloß persönlicher Anforderung keine Protestation stattfindet“. Damit war geklärt, dass schuldrechtliche Ansprüche als solche nicht Grundlage einer Protestation sein können, solange sie nicht dingliche Rechte betreffen. Streitig war aber, ob es nur um den Schutz bereits bestehender dinglicher Rechte ging⁶ oder ob auch schuldrechtlich vorbereitete künftige Rechte geschützt werden konnten.⁷

Letzteres wurde jedenfalls ab 1794 anerkannt, als mit dem preußischen Allgemeinen Landrecht auch für die Protestation die Unterscheidung zwischen dem *ius in re* und dem *ius ad rem* eingeführt wurde.⁸ Der Sache nach wurde also der spätere Widerspruch von der späteren Vormerkung getrennt, wenn auch beides unter dem Begriff der „Protestation“ behandelt wurde.⁹

Letzte Klarheit – wenn auch weiterhin nicht terminologisch – brachten die Reformen vom 5. Mai 1872, namentlich die Einführung der Grundbuchordnung (GBO) und des Eigentumserwerbsgesetzes (EEG)¹⁰. *Sedes materiae* war – in der Folge erweitert durch §§ 16, 22, 60 EEG und §§ 64, 88, 102 GBO – die Regelung in § 8 EEG. Die Vorschrift lautete:

„Eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung oder auf Eintragung des Eigentumsüberganges kann nur unter Vermittlung des Prozeßrichters oder mit Bewilligung des eingetragenen Eigenthümers eingetragen und nur auf Ersuchen des Prozeßrichters oder auf Antrag Desjenigen, für welchen die Vormerkung erfolgte, gelöscht werden.“

Die Norm unterschied nun deutlich zwischen dem Schutz schuldrechtlich vereinbarter künftiger Rechte (§ 8, 1. Fall EEG: Erhaltung des Rechts auf Auflassung; die heutige Vormerkung) und dem Schutz bestehender Rechte (§ 8, 2. Fall EEG: auf Eintragung des [sc. bereits erfolgten] Eigentumsübergangs; der heutige Widerspruch), fasste aber terminologisch beides unter dem Begriff „Vormerkung“ zusammen. Bei allen Streitigkeiten über die Details¹¹ war damit jedenfalls ein Modell geschaffen, das dem BGB-Gesetzgeber als Vorbild dienen konnte.

⁶ So z.B. *Kindel*, Gruchot 24 (1890), 303 ff.; *Philipsen*, Die Vormerkung nach Bürgerlichem Gesetzbuche, 1903, 3 ff.

⁷ So insbesondere *Biermann* (Fn. 5), 2 f.; *Sekler* (Fn. 5), 4.

⁸ Vgl. ALR I 20, § 418: „Dergleichen Protestation aber soll nur von dem angenommen werden, welcher eine solche Forderung, wodurch ein rechtsgültiger Titel zur Erlangung eines Hypothekenrechts an sich begründet wird, durch unverdächtige Urkunden, oder sonst, einigermassen bescheinigt hat.“

⁹ *Günther* (Fn. 4), 21 ff.

¹⁰ Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbstständigen Gerechtigkeiten, die Grundbuchordnung und das Stempel-Abgaben-Gesetz v. 5. Mai 1872.

¹¹ Ausf. dazu *Günther* (Fn. 4), 25 ff.

c) Andere Partikularrechte

Vergleicht man das mit einigen ausgewählten anderen Partikularrechtsordnungen, so zeigt sich deutlich die Modernität des preußischen Rechts.¹² In vielen Ländern gab es zu diesem Zeitpunkt zunächst kein der heutigen Vormerkung vergleichbares Rechtsinstitut. Einige lehnten sich dann stark an das preußische Recht an und übernahmen – bei allen Unterschieden im Detail – in Abkehr von Grundsätzen des römischen Rechts dessen Regelungen, zunächst die der Hypothekenordnung von 1783.

Das galt etwa für Bayern, wo durch § 30 Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822, wenn auch nur für Hypotheken, nicht für das Eigentum, eine echte Vormerkung im heutigen Sinne eingeführt wurde, die – auch terminologisch und insoweit klarer als das preußische Recht – von der in §§ 27 ff. Hypothekengesetz geregelten Protestation im Sinne des heutigen Widerspruchs unterschieden wurde.¹³ Dasselbe galt mit der Einführung des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 in Württemberg, das sich das bayerische Recht zum Vorbild nahm, aber den Widerspruch nicht Protestation, sondern „Verwahrung“ nannte. Im Königreich Sachsen fand sich die (Hypotheken-)Vormerkung in §§ 404 ff. sächs. BGB vom 2. Januar 1863, der Widerspruch, wie in Württemberg „Verwahrung“ genannt, in §§ 139 ff. sächs. BGB. Andere Staaten arbeiteten mit sog. „Sperrvermerken“. Das galt etwa für Hamburg, Hessen, Lübeck und Mecklenburg. Diese wurden zwar, wie etwa in Hessen, als Vormerkung bezeichnet und betrafen mitunter nicht nur Hypotheken, sondern auch den Eigentumserwerb, hatten aber nicht die Rechtsfolgen, die der Vormerkung in anderen Ländern und später im BGB beigemessen wurde. „Vorgemerkt“ wurde nämlich nicht das künftige Recht, sondern der Sperrvermerk.¹⁴ Es handelte sich eher um eine Grundbuchsperrung („Temporalinhibition“¹⁵) mit verfügungsbeschränkender und rangwahrender Wirkung.

2. Die Vormerkung in den Arbeiten am BGB

Aus den bisherigen Überlegungen folgt, dass der BGB-Gesetzgeber auf verschiedene Modelle zurückgreifen konnte.¹⁶

a) 1. Entwurf

Reinhold Johow, Redaktor des Sachenrechts und seit 1888 Vorsitzender der 1. Kommission, war im preußischen Recht ausgebildet und bei seiner Berufung

¹² Im Folgenden werden die gründlichen und ausführlichen Darstellungen bei *Biermann* (Fn. 5), 30 ff., und bei *Günther* (Fn. 4), 40 ff., zusammengefasst. Vgl. ferner Mot. III (Fn. 5), 238 f. = *Mugdan* III (Fn. 5), 132.

¹³ Das bayer. HypG benutzte den Begriff „Vormerkung“ in einem engeren, dem heutigen vergleichbaren Sinne, und in einem weiteren, Protestationen und Vormerkungen i.e.S. umfassenden Sinne; vgl. *Biermann* (Fn. 5), 31.

¹⁴ *Biermann* (Fn. 5), 51.

¹⁵ Art. 18 des hess. Gesetzes die Erwerbung des Grundeigentums betreffend vom 21. Februar 1852 und Art. 43 des hess. Gesetzes das Pfandrecht betreffend vom 15. September 1858.

¹⁶ Näher zum Folgenden auch *Günther* (Fn. 4), 57 ff.

in die 1. Kommission preußischer Obertribunalsrat am Kammergericht. Es ist daher nur natürlich, dass er zunächst im 1. Abschnitt, 2. Titel, § 17 des Vorentwurfs für die Redaktorenkonferenz folgenden Text vorschlug:

„Zur Sicherung eines Anspruches auf Auflassung, auf Eintragung oder auf Löschung kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden.

Die Vormerkung hindert denjenigen, gegen dessen eingetragenes Recht sie gerichtet ist, über dasselbe zum Nachtheil des vorgemerkten Anspruches zu verfügen.“¹⁷

Die Begründung zu diesem Vorschlag war relativ knapp. Sie beschränkte sich auf folgenden Text:

„Die §§ 17–19 geben die allgemeinen Regeln über die Vormerkungen. Der öffentliche Glaube des Grundbuches setzt denjenigen, dem ein Anspruch auf Einschreibung zusteht, der Gefahr aus, diesen Anspruch zu verlieren, wenn dessen Einschreibung verzögert wird. Liegt die Schuld der Verzögerung an dem Berechtigten, so hat er sich selbst den Schaden zuzuschreiben, der ihm daraus entsteht. Die Schuld kann aber auch den Verpflichteten treffen. Für diesen Fall muß das Gesetz dem Berechtigten ein Mittel bieten, durch welches derselbe der Gefahr des Verlustes seines Rechtes vorbeugen kann. Dieses Mittel bietet der Entwurf in den Vormerkungen. Da die Vormerkung denjenigen, gegen dessen eingetragenes Recht sie gerichtet ist, in der Verfügung über dasselbe beschränkt, so kann sie, wenn nicht die Voraussetzungen des § 8 oder des § 12 gegeben sind, nur durch Vermittlung des Prozeßrichters eingetragen werden.“¹⁸

In § 37 des Teilentwurfs, der als Vorlage für die Beratung in der 1. Kommission diente,¹⁹ fand sich eine vergleichbare Formulierung, nur ergänzt um einen Satz zur Insolvenzfestigkeit der Vormerkung.²⁰ Konkretisiert wurde diese Regelung durch Vorschriften zur Auflassungsvormerkung (§ 121) und zur Hypothekenvormerkung (§ 372). Damit war, wie im preußischen Recht in § 8 EEG, eine Regelung unterbreitet, die unter dem Begriff der Vormerkung sowohl das gleichnamige Institut des heutigen Rechts als auch den Widerspruch heutiger Prägung erfassen sollte. Da das preußische als das damals modernste (Sachen-)Recht auch anderen Ländern als Vorbild gedient hatte,²¹ erschien es nur natürlich, diesem Leitbild auch in den Vorlagen zum BGB zu folgen.

In der 1. Kommission stieß dies freilich auf Widerspruch, der sich schließlich auch durchsetzte.²² Man bejahte ein Bedürfnis für den sachenrechtlichen

¹⁷ *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Sachenrecht I, 1985, 7.

¹⁸ *Jakobs/Schubert* (Fn. 17), 15.

¹⁹ Abgedruckt mit Begründung bei *Schubert*, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Sachenrecht Teil 1, 1982, 21.

²⁰ „Zur Erhaltung des Anspruchs auf Einschreibung oder auf Bewilligung einer solchen kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Derjenige, gegen dessen eingetragenes Recht die Vormerkung gerichtet ist, kann über dasselbe zum Nachteil des vorgemerkten Anspruches nicht verfügen. Wird über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet, so verliert dadurch die Vormerkung ihre Wirksamkeit nicht.“ Zur Beratung dieser Klausel s. *Jakobs/Schubert* (Fn. 17), 319 ff.; Protokolle der [ersten] Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1884, 3689 ff. und 4965 ff.

²¹ Vgl. oben 1.c.

²² Ausführlich Mot. III (Fn. 5), 239 ff. = *Mugdan* III (Fn. 5), 132 ff.; Prot. I (Fn. 20), 3692 ff.; *Günther* (Fn. 4), 71 ff.; *Jakobs/Schubert* (Fn. 17), 321 ff.

Schutz bereits bestehender, aber nicht oder nicht richtig eingetragener dinglicher Rechte, die der Rechtsinhaber infolge des öffentlichen Glaubens verlieren konnte, wenn dieser nicht durch die Eintragung einer „Vormerkung“ zerstört werde, verneinte das Schutzbedürfnis aber für nur schuldrechtlich verbindlich vereinbarte künftige Rechte.²³ Man meinte, es würde sonst mit dem Grundsatz gebrochen, dass die Kenntnis eines schuldrechtlichen Anspruchs keine Bösgläubigkeit erzeugen könne. Außerdem käme es zu einer Rückbeziehung der Eintragung des Rechts auf die Eintragung der Vormerkung und damit im Konkurs zu einem Verstoß gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz. Demgegenüber müssten praktische Erwägungen zurückstehen.

b) 2. Entwurf

In der 2. Kommission²⁴ wurde die Frage kontrovers diskutiert.²⁵ Es gab zahlreiche Anträge, von denen der Antrag 3 besondere Erwähnung verdient, der von *Gottlieb Planck* gestellt und mit dem die terminologische Unterscheidung von Widerspruch einerseits und Vormerkung andererseits eingeführt wurde, die dann später in §§ 883, 892 BGB auch im Gesetz ihren Niederschlag fand.²⁶ *Planck* hat die Bedeutung dieser Unterscheidung in den Beratungen deutlich hervorgehoben.²⁷

In der Diskussion legten die Gegner einer so definierten Vormerkung ihre Argumente, die im Wesentlichen denen der 1. Kommission entsprachen, noch einmal ausführlich dar;²⁸ konnten sich damit aber nicht durchsetzen. Die Mehrheit in der 2. Kommission²⁹ verwies in Übereinstimmung mit der großen Mehrheit der Stellungnahmen der Bundesregierungen zum 1. Entwurf³⁰ sowie in der

²³ Näher zum Folgenden Mot. III (Fn. 5), 240 ff. = *Mugdan* III (Fn. 5), 133 f.

²⁴ Dazu Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3, 1899, 107 ff. = *Mugdan* III (Fn. 5), 562 ff.; *Jakobs/Schubert* (Fn. 17), 343 ff.

²⁵ Prot. III (Fn. 24), 111 = *Mugdan* III (Fn. 5), 563.

²⁶ Der von *Planck* gestellte Antrag lautete:

„a) den Abs. 1 des § 844 zu fassen:

Zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung eines bestehenden Rechtes an dem Grundstück oder an einem eingetragenen Rechte oder auf Löschung eines aufgehobenen oder nicht entstandenen Rechtes kann ein Widerspruch in das Grundbuch eingetragen werden.

und im Abs. 2 statt ‚die Vormerkung‘ zu sagen ‚den Widerspruch‘.

b) nach § 844 als § 844 a einzuschalten:

Zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem eingetragenen Rechte kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Derjenige, gegen dessen eingetragenes Recht die Vormerkung gerichtet ist, kann über dasselbe zum Nachtheile des vorgemerkten Anspruchs nicht verfügen. Wird über sein Vermögen der Konkurs eröffnet, so verliert die Vormerkung ihre Wirksamkeit nicht. Der Rang eines durch Vormerkung geschützten Rechtes an einem Grundstücke bestimmt sich nach dem Datum, unter welchem die Vormerkung eingetragen ist.“ Vgl. *Jakobs/Schubert* (Fn. 17), 344.

²⁷ Prot. III (Fn. 24), 111 f. = *Mugdan* III (Fn. 5), 564.

²⁸ Zusammengefasst in Prot. III (Fn. 24), 113 = *Mugdan* III (Fn. 5), 565.

²⁹ Dazu Prot. III (Fn. 24), 114 f. = *Mugdan* III (Fn. 5), 565 f.

³⁰ Zusammenstellung der Äußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurfe eines BGB, gefertigt im Reichs-Justizamt, 1891 (Nachdruck 2016), Bd. 1, 114 ff.; Bd. 2, 26 f.

Literatur³¹ auf die weite Verbreitung in den Partikularrechten und die erhebliche praktische Bedeutung, dergegenüber die Gegenargumente lediglich theoretische Bedeutung hätten. Dass eine solche Vormerkung nur bei unbeweglichen, nicht bei beweglichen Sachen möglich sei, spreche nicht gegen sie und die Zulassung eines Widerspruchs (Schutz bestehender dinglicher Rechte), nicht aber der Vormerkung (Schutz obligatorisch verbindlich vereinbarter Rechte) führe nicht zu konsistenten Ergebnissen. Ein Missbrauch der Vormerkung sei in der Praxis nicht beobachtet worden, vielmehr hätten Vormerkungen nahezu ausnahmslos zur späteren Eintragung des vorgemerkten Rechts geführt.

c) Zusammenfassung

Im Ergebnis war damit für das spätere BGB die Vormerkung im heutigen Sinne akzeptiert und vom Widerspruch terminologisch und sachlich deutlich geschieden. Die Beratungen der 2. Kommission fanden in § 844a VorlZust.³², in § 834d ZustRedKomm.³³ und in § 803 des 2. Entwurfs³⁴ bzw. § 868 des revidierten 2. Entwurfs³⁵ ihren Niederschlag. Die Beratungen im Bundesrat brachten keine weiteren Neuerungen.³⁶ Auch in der Denkschrift wurden diese Errungenschaften nur noch referiert.³⁷ Das weitere Gesetzgebungsverfahren führte ohne besondere Vorkommnisse zur heutigen Gesetzesfassung.

III. Die Vormerkung im Konkurs- und Insolvenzrecht

Die Frage, ob die Vormerkung insolvenzfest sei, beschäftigte den Gesetzgeber von Anfang an. Mit der allmählichen Herausbildung dieses sachenrechtlichen Instituts ging auch die Behandlung seiner konkurs- bzw. insolvenzrechtlichen Wirkungen einher.

1. Partikularrechte

In denjenigen Partikularrechten, die der Sache nach eine Vormerkung im heutigen Sinne kannten, gab es keine insolvenzrechtlichen Spezialnormen, die sich –

³¹ Übersicht in: Zusammenstellung der gutachterlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs-Justizamt, Bd. 3, 1890, 111 f.; vgl. von den dort Genannten insbesondere *Fuchs*, Das Wesen der Dinglichkeit, 1889, 122 ff.; v. *Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, 320 ff.; *Kindel*, Das Recht an der Sache, 1889, 57, 264 ff.

³² Vorläufige Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs von *Planck* (1891–1895).

³³ Zusammenstellung der Beschlüsse der Redaktions-Kommission der 2. Kommission (1891–1895). Zu beiden Fassungen *Jakobs/Schubert* (Fn. 17), 349 f.

³⁴ *S. Jakobs/Schubert* (Fn. 17), 353.

³⁵ *Jakobs/Schubert* (Fn. 17), 354.

³⁶ *Jakobs/Schubert* (Fn. 17), 355 ff.

³⁷ Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Sachenrecht, zitiert nach *Mugdan* III (Fn. 5) 970.

wie später § 24 KO und dann § 106 InsO – explizit zur insolvenzrechtlichen Einordnung der Vormerkung geäußert hätten. Jedenfalls in Preußen war deren Insolvenzfestigkeit aber anerkannt.

In einer Entscheidung vom 5. Juli 1878 hatte das Preußische Obertribunal zu § 8 EEG³⁸ für Recht erkannt, dass eine zur Sicherung eines Auflassungsanspruchs eingetragene Vormerkung den Konkursverwalter³⁹ des verpflichteten Schuldners nicht an der Verwertung des betroffenen Grundstücks durch Veräußerung an einen Dritterwerber hindere, weil sie den Gläubiger (Käufer) auch nach der Veräußerung gegenüber diesem Erwerber schütze.⁴⁰ Das setzte, ohne dass das *expressis verbis* gesagt wurde, voraus, dass die in § 8 EEG geregelte Vormerkung insolvenzfest war. Eingeschränkt wurde das nur in der Weise, dass bei einem beidseitig nicht vollständig erfüllten Vertrag das Wahlrecht des Verwalters aus § 16 pr. KO (später § 17 KO, heute § 103 InsO) vorgehe, die Vormerkung also entfalle, wenn sich der Verwalter gegen die Erfüllung des Grundstückskaufvertrages entscheide.⁴¹

Die Literatur stand auf demselben Standpunkt. Exemplarisch hieß es im Kommentar zum EEG von *Achilles*:

„Fällt der eingetragene Grundeigentümer in Konkurs, so berechtigt die vorher eingetragene Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung, ebenso wie das Recht aus Eintragung des Eigentumsüberganges, den Berechtigten, ein Aussonderungsrecht geltend zu machen, wenn sein Recht liquide gestellt wird. Dies gilt auch dann, wenn das Recht auf Auflassung nur bedingt war und erst im Laufe des Konkurses zu einem unbedingten wird [...]. Beruht das Recht auf Auflassung auf einem zweiseitigen Verträge, welcher auch von dem Berechtigten zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt ist, so ist der Konkursverwalter nach §§ 15, 21 der KonkursO nur dann zur Auflassung verpflichtet, wenn er die Erfüllung des Vertrages von der Gegenseite verlangt [...]. Veräußert der Konkursverwalter das mit der Vormerkung belastete Grundstück aus freier Hand, so gilt nichts Abweichendes von dem Falle gewöhnlicher Veräußerung durch den Eigenthümer selbst: der Berechtigte kann sein vorgemerktetes Recht auch gegen den Erwerber geltend machen [...].“⁴²

³⁸ Dazu oben II.1.b.

³⁹ Die preußische Konkursordnung vom 6. Mai 1855 sprach insoweit nicht von dem Konkursverwalter, sondern von der „Gesamtheit der Gläubiger“. Dazu hieß es in § 4 Abs. 2 pr. KO: „Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch die Gesamtheit der Konkursgläubiger (Gläubigerschaft) an Stelle des Gemeinschuldners ausgeübt. Zu diesem Behuf erfolgt die Bestellung eines Verwalters der Konkursmasse.“

⁴⁰ Pr. Obertribunal, Gruchot 23 (1879), 449, 451 f.

⁴¹ Pr. Obertribunal, Gruchot 23 (1879), 449, 452 f.

⁴² *Achilles*, Die preußischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872, 4. Aufl. 1894, 64 m.w.N. Streitig war – auch unter der Herrschaft des späteren § 24 KO – allein, ob die Vormerkung selbst ein Aus- oder ein Absonderungsrecht gewähre oder ob sie nur absichere, dass der Gläubiger nach Erfüllung des durch die Vormerkung gesicherten Rechts ein Aus- oder Absonderungsrecht bekomme; vgl. etwa *Biermann* (Fn. 5), 164; *Reichel*, JherJb. 46 (1904), 59, 133; *Sekler* (Fn. 5), 235 ff.; *Weber* (Fn. 3), 50 f. Davon wird hier abgesehen. Zum heutigen Stand der Diskussion exemplarisch BGHZ 216, 136 = WM 2017, 2274 Rn. 25; *Assmann* (Fn. 3), 253 ff.; *Jaeger/Jacoby*, 2. Aufl. 2022, InsO § 106 Rn. 1 m.w.N.

2. Einordnung während der Arbeiten am BGB

Vor diesem Hintergrund wurde in den Beratungen des BGB von Anfang an der Standpunkt vertreten, die Regelung der Vormerkung erfordere eine begleitende konkursrechtliche Bestimmung, in der die Konkursfestigkeit der Vormerkung verankert werde.

a) 1. Kommission

Schon in dem für die Gesamtkommission bestimmten Entwurf des Redaktors *Johow* hieß es in § 37 Abs. 2 S. 2⁴³: „Wird über sein [sc. des Verpflichteten] Vermögen das Konkursverfahren eröffnet, so verliert dadurch die Vormerkung ihre Wirksamkeit nicht.“ Die Begründung dazu lautete lapidar: „Der Konkurs hat auf die vorläufige Einschreibung einen mehreren Einfluß nicht als auf die endgültige Einschreibung.“⁴⁴

In den Beratungen der 1. Kommission wurde dazu erwogen, eine Vormerkung (im heutigen Sinne) müsse, wenn man sie denn zulasse, „nicht bloß gegen Verfügungen des Verpflichteten, sondern hierüber hinaus, insbesondere auch für den Konkursfall, durch vorläufige d.h. unter der Bedingung der Liquidestellung wirksame Eintragung des Rechtes sichergestellt“⁴⁵ werden.

Mit der Absage an die Vormerkung als solche erledigte sich für die 1. Kommission auch die Frage der Insolvenzfestigkeit. Aber schon in der Kritik der Bundesregierungen⁴⁶ wurde eine dem *Johow*'schen Entwurf entsprechende Regelung gefordert. Ein Formulierungsvorschlag fand sich in der Stellungnahme Preußens.⁴⁷ Bayern⁴⁸ und Sachsen⁴⁹ vertraten in der Sache denselben Standpunkt.

b) 2. Kommission

In der 2. Kommission war man sich für den Fall, dass sich die Forderung nach Anerkennung der Vormerkung⁵⁰ durchsetzen sollte, darüber einig, „daß die Vormerkung [...] im Konkurse ihre Wirksamkeit behalten müsse.“⁵¹ Eingeführt worden war dieser Satz von *Planck*,⁵² der zur Begründung ausführte, „auch für den Konkurs bestehe eine Verschiedenheit, indem der Verwalter beim Widerspruche nur bestehendes Recht anzuerkennen habe, dagegen bei der Vormerkung durch seine Tätigkeit neues Recht begründen müsse.“⁵³ Die 2. Kommission erwog dazu:

⁴³ Vgl. oben bei Fn. 19.

⁴⁴ *Schubert* (Fn. 19), 429.

⁴⁵ Mot. III (Fn. 5), 240 = *Mugdan* III (Fn. 5), 133.

⁴⁶ Oben Fn. 30.

⁴⁷ Zusammenstellung, Bd. 1 (Fn. 30), 114.

⁴⁸ Zusammenstellung, Bd. 1 (Fn. 30), 115.

⁴⁹ Zusammenstellung, Bd. 1 (Fn. 30), 115.

⁵⁰ Dazu oben II.2.b.

⁵¹ *Jakobs/Schubert* (Fn. 17), 346; Prot. II (Fn. 24), 112 = *Mugdan* III (Fn. 5), 564 f.

⁵² S. oben Fn. 26.

⁵³ Prot. III (Fn. 24), 112 = *Mugdan* III (Fn. 5), 564.

„An sich sei es nicht unbedenklich dem durch die Vormerkung geschützten Rechte auch ein Vorrecht im Konkurse beizulegen, da solches zur Folge haben könne, daß der Schuldner durch Einwilligung in die Eintragung einer Vormerkung einzelne Gläubiger zum Nachtheile der Uebrigen bevorzuge. Nachdem aber einmal dem durch Arrest erworbenen Pfandrechte Wirkung im Konkurse beigelegt sei, werde man der Vormerkung ein Gleiches nicht versagen können.“⁵⁴

Eine im vorliegenden Zusammenhang wichtige Ergänzung erschien erst im revidierten 2. Entwurf⁵⁵, in dem in Absatz 2 auch die Verfügung durch den Konkursverwalter der Verfügung durch den Eigentümer gleichgestellt wurde. Damit regelte das BGB (heute in § 883 Abs 2 S. 2) die Unwirksamkeit der Verfügung, nicht aber die Insolvenzfestigkeit des vormerkungsgeschützten schuldrechtlichen Anspruchs.

c) Weiteres Verfahren

Dabei blieb es auch im weiteren Gesetzgebungsverfahren. Weder in § 844a VorlZust. noch in § 834d ZustRedKomm. wurde auf die Insolvenzfestigkeit eingegangen. Stattdessen wurde zu § 844a VorlZust. in einer Anmerkung festgehalten, dass durch Art. 13 des geplanten Einführungsgesetzes zum BGB die Konkursordnung um einen § 19a ergänzt werden sollte, der folgenden Wortlaut haben sollte:

„Ist zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem (zur Konkursmasse gehörigen) Grundstück oder eingetragenen Rechte eine Vormerkung eingetragen, so kann der Gläubiger, wenn der durch Vormerkung gesicherte Anspruch begründet ist, verlangen, daß der Konkursverwalter das Recht, auf dessen Einräumung oder Aufhebung der Anspruch gerichtet ist, einräumt oder aufhebt.“⁵⁶

Die vergleichbare Anmerkung zu § 834d ZustRedKomm. lautete:

„Ist zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke des Gemeinschuldners oder an einem für denselben eingetragenen Rechte eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen, so kann der Gläubiger von dem Konkursverwalter die Einräumung oder Aufhebung des Rechtes verlangen.“⁵⁷

Auch in der Denkschrift wurde auf den konkursrechtlichen Gesichtspunkt aufmerksam gemacht, die Durchführung aber einer Ergänzung der Konkursordnung überlassen:

„Der Zweck der Vormerkung bringt es weiter mit sich, daß sie auch im Konkurse über das Vermögen des Verpflichteten sich gegen dessen Gläubiger wirksam erweisen muß. Dem Berechtigten wird daher die Befugniß beizulegen sein, vom Konkursverwalter die Einräumung, Aufhebung oder Aenderung des Rechtes, welche Gegenstand des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches ist, zu verlangen. Eine solche Vorschrift ist für die KonkO. in Aussicht zu nehmen.“⁵⁸

⁵⁴ Prot. III (Fn. 24), 113 = *Mugdan* III (Fn. 5), 565.

⁵⁵ Oben Fn. 35.

⁵⁶ *Jakobs/Schubert* (Fn. 17), 349 f. Fn. 28.

⁵⁷ *Jakobs/Schubert* (Fn. 17), 349 f. Fn. 29.

⁵⁸ Denkschrift (Fn. 37), zitiert nach *Mugdan* III (Fn. 5), 970.

3. Ergänzung der Konkursordnung

Die Konkursordnung vom 10. Februar 1877⁵⁹ enthielt keine besondere Bestimmung zur Vormerkung. Das war nicht weiter verwunderlich, da es zu diesem Zeitpunkt kein entsprechendes reichseinheitliches Rechtsinstitut gab. Erst im Zuge der Arbeiten am BGB ergab sich ein entsprechender Regelungsbedarf. Die 2. Kommission beschloss die Überführung der zunächst geplanten Vorschrift aus dem EGBGB in die Konkursordnung.⁶⁰ Dort erhielt sie in der Bundesratsvorlage folgende Entwurfsfassung:

„§ 19 b. Ist zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstücke des Gemeinschuldners oder an einem für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechte oder zur Sicherung eines Anspruchs auf Aenderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen, so kann der Gläubiger von dem Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruchs verlangen. Das Gleiche gilt, wenn in Ansehung eines Schiffspfandrechts eine Vormerkung im Schiffsregister eingetragen ist.“⁶¹

In der Beratung gab es dazu keinen Dissens. Vielmehr heißt es in den Protokollen wörtlich: „Beide Vorschriften wurden ihrem sachlichen Inhalte nach ohne Erörterung gebilligt.“⁶² Auf dieser Grundlage wurde § 19b als § 24 in die am 20. Mai 1898⁶³ neu bekanntgemachte Konkursordnung in der vom 1. Januar 1900 an geltenden Fassung eingefügt.⁶⁴

4. Weitere Entwicklungen

Sieht man von der wechselvollen Geschichte des ursprünglichen, Schiffe und Schiffbauwerke betreffenden § 24 S. 2 KO ab,⁶⁵ so ist die Norm im 20. Jahrhundert zweimal grundlegend geändert worden.

a) Ergänzung 1977

Die erste Änderung erfolgte durch Art. 6 des Gesetzes zur Änderung sachenrechtlicher, grundbuchrechtlicher und anderer Vorschriften⁶⁶ mit Wirkung zum 1. Juli 1977 (Art. 8 § 4 Abs. 2).⁶⁷ Mit dieser Novelle wurde dem § 24 KO ein neuer Satz 2 hinzugefügt, der folgenden Wortlaut hatte: „Dies gilt auch, wenn

⁵⁹ RGBl. 1877, 351.

⁶⁰ *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Nebengesetze, 1. Teilbd., 1990, 1537.

⁶¹ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 6, 1899, 760 f.; *Jakobs/Schubert* (Fn. 60), 150.

⁶² Prot. VI (Fn. 61), 761.

⁶³ RGBl. 1898, 612.

⁶⁴ Gleichlautende Vorschriften fanden sich später in § 50 Abs. 4 VglO, § 9 Abs. 1 S. 3 GesO.

⁶⁵ Die für Schiffe und Schiffsbauwerke geltende Regelung wurde später in Satz 1 inkorporiert (Art. 7 Nr. 5 der 7. DVO zum SchiffsRG v. 21.12.1940, RGBl. 1609, 1616 f.). Für Luftfahrzeuge wurde in § 98 Abs. 3 LuftfzRG auf § 24 KO verwiesen. Mit Inkrafttreten der InsO wurde beides in § 106 Abs. 2 InsO zusammengefasst.

⁶⁶ BGBl. 1977 I, 998, 1000.

⁶⁷ Ausf. dazu u.a. *Assmann* (Fn. 3), 239 ff.; *Günther* (Fn. 4), 145 ff.

der Gemeinschuldner dem Gläubiger gegenüber weitere Verpflichtungen übernommen hat und diese nicht oder nicht vollständig erfüllt sind.“

Hintergrund dieser Ergänzung war eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29. Oktober 1976⁶⁸. Im zugrundeliegenden Sachverhalt hatte ein Bauträger an einen Bauherrn ein Grundstück veräußert und sich zugleich zur Errichtung eines Bauwerks verpflichtet. Als der Bauträger in Konkurs fiel, verlangte der Konkursverwalter Löschung der für den Bauherrn eingetragenen Auflassungsvormerkung. Damit bekam er beim BGH Recht. Zur Begründung führte der V. Senat aus, es handele sich um einen einheitlichen, aus kauf- und werkvertragsrechtlichen Elementen zusammengesetzten Vertrag, der beiderseits noch nicht vollständig erfüllt worden sei und dessen Erfüllung der Verwalter deshalb nach § 17 KO ablehnen könne. § 24 KO stehe dem nicht entgegen, da die Vormerkung die werkvertragsrechtlichen Ansprüche des Bauherrn nicht absichere. Der BGH hat sich also nicht, wie gelegentlich vertreten,⁶⁹ auf den Standpunkt gestellt, § 17 KO gehe dem § 24 KO bei einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Grundstückskaufvertrag vor, sondern er hat das Wahlrecht aus § 17 KO nur im Hinblick auf den gemischttypischen Charakter des Vertrages bejaht.

Diese Entscheidung hat in der Literatur, aber auch in der Öffentlichkeit, erhebliche Unruhe ausgelöst, weil man die Insolvenzfestigkeit der Vormerkung in Gefahr sah.⁷⁰ Das hat schließlich den Gesetzgeber auf den Plan gerufen, der mit der Ergänzung des § 24 KO klarstellen wollte, dass es auch bei gemischttypischen Verträgen bei der Insolvenzfestigkeit der (Auflassungs-)Vormerkung bleibe.⁷¹ Der BGH hat das in einer kurz darauf ergangenen Entscheidung akzeptiert,⁷² aber die Diskussion über die Bedeutung von Teilleistungen ist bis heute nicht vollständig verstummt.⁷³

b) Überführung in die InsO

Die zweite gesetzgeberische Maßnahme war die Überführung in die Insolvenzordnung. Allerdings gab es dabei keine Änderungen in der Sache. Vielmehr wollte es der Gesetzgeber ausdrücklich bei dem mit § 24 KO erreichten Rechts-

⁶⁸ BGH, Urt. v. 29.10.1976 – V ZR 4/75, NJW 1977, 146.

⁶⁹ Die Frage wurde schon bald nach Inkrafttreten des § 24 KO diskutiert, vgl. etwa *Biermann* (Fn. 5), 164; *Reichel*, JherJb. 46 (1904), 59, 134 f.; zuletzt *Jaeger/Henckel*, 9. Aufl. 1997, KO § 24 Rn. 2. Für § 106 InsO dürfte sie entschieden sein, s. nur BGHZ 138, 179, 186 f. (zu § 9 Abs. 1 S. 3 GesO); BGHZ 216, 136 = WM 2017, 2274 Rn. 17; *Assmann* (Fn. 3), 239; *Jaeger/Jacoby* (Fn. 42), InsO § 103 Rn. 149, § 106 Rn. 2.

⁷⁰ Nachweise bei *Günther* (Fn. 4), 151 ff.

⁷¹ Plenarprotokoll 8/15, 724(A) f. (Hinweis der Bundesregierung auf die Problematik); BT-Drs. 8/359, 9, 12 ff. (Bericht aus den Ausschüssen und Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses); BR-Drs. 226/77 (Beschluss des Bundestages).

⁷² BGH, NJW 1978, 1437, 1438.

⁷³ Vgl. zu § 106 InsO nur *Jaeger/Jacoby* (Fn. 42), InsO § 106 Rn. 62 ff.; *KPB/Tintelnot*, 102. EL Dez. 2024, InsO § 106 Rn. 68 ff.; *MüKoInsO/Vuia*, 4. Aufl. 2019, InsO § 106 Rn. 28 ff.; alle m.w.N.

zustand belassen.⁷⁴ Von weiteren Ausführungen kann daher im vorliegenden Zusammenhang abgesehen werden.

IV. Abschließende Bewertung

In der Gesamtschau wird man festhalten können, dass das Insolvenzrecht die bürgerlich-rechtlichen Vorgaben konsequent umsetzt. Nachdem die Vormerkung durch die 2. Kommission einmal anerkannt war, war es richtig, dieses Rechtsinstitut auch insolvenzrechtlich abzusichern. Das geschah zum einen durch § 883 Abs. 2 S. 2 BGB. Da der Insolvenzverwalter keine besseren Rechte bekommt, als der Schuldner sie vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hatte, musste der Vormerkungsberechtigte gegen Verfügungen des Insolvenzverwalters in gleichem Maße geschützt werden wie gegen solche des Eigentümers. Zum anderen stellte der Gesetzgeber mit § 24 KO – heute § 106 InsO – klar, dass die Vormerkung auch als solche insolvenzfest ist, durch die Insolvenzeröffnung also weder sie selbst noch der ihr zugrundeliegende schuldrechtliche Anspruch in Frage gestellt wird. Dass dies nur dann gilt, wenn die Vormerkungsbestellung nicht nach §§ 129 ff. InsO anfechtbar ist,⁷⁵ steht auf einem anderen Blatt.

⁷⁴ Begr. RegE § 120 InsO, BT-Drs. 12/2443, 146.

⁷⁵ Dazu nur Assmann (Fn. 3), 258 ff.; Jaeger/Jacoby (Fn. 42), InsO § 106 Rn. 35.

Teaching English Law in the University of Edinburgh, 1912–1943¹

John W. Cairns

I. Introduction

Wolfgang Ernst has devoted his life to teaching and scholarship of the highest order. It is therefore fitting to dedicate to him a study devoted to legal education, one which, focusing on the University of Edinburgh, of which he is a graduate, reflects his cosmopolitan career.

On 15 October 1912, at the opening of the Academic Year of the University of Edinburgh, Hector Burn Murdoch, advocate and barrister-at-law, gave an inaugural lecture for the newly established Lectureship in English Law to which he had been appointed. The University's Faculty of Law had sought the creation of such a Lectureship for more than twenty years. The topic of Burn Murdoch's lecture was 'The Growth of English Law in the British Empire'.² After discussing the origin of English law, he explained that 'throughout the British Empire there prevailed a wonderful variety of laws'. He stated that this was because of 'British administrative prudence', and in conquered colonies the existing law was allowed to remain in force. He was reported as stating:

'The various provinces of Canada were built on English law, and likewise Australia and New Zealand: but in South Africa the Roman-Dutch law prevailed. The laws of India were remarkable, the individual largely carrying his own legal system about with him. This peculiarity of personal law was also found in Ceylon, Aden, Straits Settlement, and Cyprus. Taking into account the strong English influence in the laws of the United States, as well as the direct operation of English law in all quarters of the Empire, it would be seen that, in spite of its own peculiar character, English Law had grown into an institution more world-wide than the old laws of Rome.'³

The journalist's précis of Burn Murdoch's lecture is plausible. The comparison of English law (the Common Law) with that of Rome (the Civil Law) was stan-

¹ The author would like to thank Mr James Hamilton, Dr RS Shiels, and Professors CA Jones and PJ du Plessis for suggestions and assistance, the Centre for Research Collections of Edinburgh University Library [hereafter EUL] for permission to examine, cite and quote from the University's Archives, and the National Library of Scotland [hereafter NLS], for a similar permission.

² 'Edinburgh University. Opening Lectures', *The Scotsman* (Edinburgh, 16 Oct. 1912) 14.

³ Ibid.

dard for the age, as was the account and praise of law and administration in the British Empire.⁴

The lecture was described as having ‘a small attendance’. The actual course was due to begin at 9 the following morning.⁵ The Lectureship was created during a period of significant expansion in the curriculum of the Faculty of Law, as the Principal of the University, in introducing Burn Murdoch, had noted. This expansion had been achieved through creating new lectureships, usually for a period of three or five years, but potentially renewable, in specific topics. They were all part-time. That in English law was the last founded in law in this period of growth, which had been stimulated by the Royal Commission of 1876, the Universities (Scotland) Act of 1889, and the work of the consequent Executive Commission under Lord Kinnear.⁶

That Burn Murdoch devoted his inaugural lecture to the growth of English law in the British Empire is no surprise. Imperial concerns were prominent in the Faculty of Law’s decision to press for establishment of the Lectureship. J. A. Lillie, advocate and future author and Lecturer on Mercantile Law, decided after the Great War to take Burn Murdoch’s course on English Law to qualify as a barrister in England to make himself attractive for Imperial and Commonwealth judicial office.⁷ The final holder of the Lectureship, Sir Charles Stewart Findlay, had just ended a distinguished career in India as Judicial Commissioner of the Central Provinces.⁸ Scots were enthusiastic imperialists, to be found throughout the Empire in significant numbers in all types of roles.⁹

English Law had been taught in Glasgow at the end of the eighteenth century.¹⁰ But the increasing integration of Great Britain in the nineteenth century led Scottish interest in English law to intensify, driven by commerce, banking, and trade. This led Norman Macpherson in 1865 to devote a substantial part of his inaugural lecture for the Chair of Scots Law to codification of English law.¹¹ A decade later he told the Royal Commission examining the Universities of Scot-

⁴ See e.g., JW Cairns, ‘Civil-Law Systems, Judges, and the British Empire’ (2022) 37 *Tul Eur & Civ LF* 81, 87–93.

⁵ ‘Edinburgh University. Opening Lectures’, *The Scotsman* (Edinburgh, 16 Oct. 1912) 14; ‘Classified Ad. University of Edinburgh. Lectureship in English Law’, *The Scotsman* (Edinburgh, 15 Oct. 1912) 1.

⁶ JW Cairns, ‘“Elasticity” in the Legal Curriculum: The Introduction of the Class of Mercantile Law in the University of Edinburgh’ in Jonathan Hardman, ADJ MacPherson and ALM Wilson (eds), *The Development of Commercial Law in Scotland* vol 1 (Edinburgh University Press 2026) 208, 254–75.

⁷ JA Lillie, *Tradition and Environment in a Time of Change* (Aberdeen University Press 1970) 107–8.

⁸ *Supplement to the London Gazette* (London, 3 June 1929) 3667; (1932) *Scots Law Times (News)* 5.

⁹ Michael Fry, *The Scottish Empire* (Tuckwell and Birlinn 2001) *passim*.

¹⁰ JW Cairns, ‘Eighteenth-Century Professorial Classification of English Common Law’ (1987) 33 *McGill LJ* 225, 229–30, 233–35.

¹¹ ‘The Scots Law Class. Professor Macpherson on the Codification of the English Law’, *The Scotsman* (Edinburgh, 16 Nov. 1865) 4.

land that he considered it would be ‘very advantageous for students here if they had more acquaintance with the law of England’.¹²

II. Reform of the Universities

The Executive Commission established under the Act of 1889 possessed wide powers over finance, management, degrees, curriculum, and the foundation of academic posts. It worked as follows. The Commissioners were to receive draft ordinances from the University Courts, which had to have submitted them to their respective Senates, and taken their opinions into account. Once the Commissioners had prepared a draft ordinance, it was to be communicated to the universities who had three months to make objections, before it was published in the Edinburgh Gazette, laid before Parliament, and then submitted for the approval of the Privy Council. In Edinburgh the Court referred matters to the *Senatus Academicus*, which was in charge of academic policy, which in turn remitted matters concerning the law curriculum to the Faculty of Law, which duly reported to the *Senatus*.¹³

On 29 November, on remit from the *Senatus*, the Faculty considered a draft report on the curriculum prepared by the Dean. A long discussion resulted in his being authorised to revise the draft. He reported back on 10 December, when it was approved in general.¹⁴ After ‘several informal meetings’, and circulation of the draft ‘among the whole members of the Faculty’, the printed report was ‘[c]arefully reconsidered’ on 23 May. The Dean was ‘instructed to make various alterations’, re-edit the text and circulate proofs. It was ‘finally adjusted’ on 29 May. *Senatus*’ approval came on 30 May.¹⁵

The Report was thorough and detailed. It discussed the degrees offered in law: the BL, taken as an undergraduate degree; the LLB, taken after award of an undergraduate degree in arts; and the degree of LLD, then only awarded *honoris causa*. This is not the place to discuss its proposals in detail.¹⁶ But it is important to note the following observation in the introduction:

‘On the analogy of the best traditions and actual practice of the foremost continental Schools of Law, it ought to provide academic training, not merely for (a) Scottish lawyers, as heretofore, but also for (b) Lawyers intending to practise in England, India, and the Colonies, and for (c) Statesmen, publicists, diplomatists, economists, county magistrates, and various public officials. That its sphere ought thus to be enlarged appears very desir-

¹² ‘Report of the Royal Commissioners Appointed to Inquire into the Universities of Scotland, with Evidence and Appendix’, vol 2 (HMSO 1878) 403.

¹³ Cairns (n 6).

¹⁴ EUA, IN1/ACA/LAW, Minutes of the Faculty of Law (29 Nov. & 10 Dec. 1889). The unpaginated minutes of the Faculty of Law will be cited by date alone.

¹⁵ University of Edinburgh, (printed) *Report of the Faculty of Law*, rev ed (1890), found pasted into EUA, IN1/ACA/LAW, Minutes of the Faculty of Law, with brief MS notes by John Kirkpatrick as Dean; EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the *Senatus*, vol 9, 393–94 (30 May 1890). See also EUA, IN1/ACA/LAW, Minutes of the Faculty of Law (23 May 1890).

¹⁶ Cairns (n 6), 263–68.

able, not from mere abstract or sentimental considerations, but from the facts that the University of Edinburgh already possesses a British and a cosmopolitan, as well as a Scottish status; and that it attracts a considerable number of students from other parts of the Empire; and that it trains (and would, if properly equipped, train far more) students for a variety of careers in every part of the world.¹⁷

The Report accordingly suggested that in the reformed LLB degree it should be possible to take 120 Lectures of English Law as an alternative to Scots Law; the same was proposed for the degree of BL.¹⁸ It also stated that it was necessary to appoint a Lecturer to deliver the 'full course' of 120 lectures on English Law at a salary of £300. After a probationary period, should it 'prove successful', it should be 'erected into a permanent Chair at a much higher salary'. Other proposed new lecturers were to be paid significantly less, as giving fewer lectures.¹⁹

The next year, the Faculty received another remit from the Senatus asking for an account of the finance required to broaden the curriculum as contemplated. A draft response was considered on 4 November, leading to a printed report approved by the Faculty on 12 November. The theme was much as in the lengthy Report of the year before, to which it referred. The Faculty repeated that 'the objects of their recommendation' had been '(1) to afford a more thorough training to Scottish students of law, and (2) to train English, colonial and other students for legal, diplomatic, political, and kindred careers'. The first, 'more specific', recommendation was that 'a Lecturer on the Law of England be appointed at an interim salary of £350'. The other lectureships, proposed or existing, were to attract a salary of £150 each.²⁰

The Executive Commission in 1892 issued an Ordinance that gave University Courts the powers to appoint lecturers in any subject not already taught in the University. They could be appointed for a period of up to five years, potentially renewable.²¹ By the autumn of 1893, the Ordinances for the two law degrees had been finalized.²² The Commissioners issued these in November 1893; they were approved by Order in Council on 28 May 1894. It was now possible to substitute the Law of England for the Law of Scotland in the degree of LLB, but not in that of BL.²³ The Faculty expressed satisfaction that 'the new Ordinances embody many of their former recommendations'.²⁴ It was now necessary to devise a scheme to put them into effect.

¹⁷ *Report of the Faculty* (n 15) 2.

¹⁸ *Report of the Faculty* (n 15) 4 & 8.

¹⁹ *Report of the Faculty* (n 15) 10–11.

²⁰ EUA, IN1/ACA/LAW, Minutes of the Faculty of Law (4 & 12 Nov. 1891). The report is pasted in.

²¹ Scottish Universities Commission, *General Report of the Commissioners under the Universities (Scotland) Act, 1889. With an Appendix Containing Ordinances, Minutes, Correspondence, Evidence, and Other Documents* (HMSO 1900) 35–36.

²² EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the Senatus, vol. 12, 93 (graduation in law) (30 Jan. 1892), 233 (30 June 1893), 245 (28 July 1893), 255 (21 Oct. 1893).

²³ Scottish Universities Commission, *General Report* (fn 21) 69–71.

²⁴ See University of Edinburgh, (printed) *Report of Faculty of Law on Institution of Law Lectureships* (18 May 1894) 1, found pasted into EUA, IN1/ACA/LAW, Minutes of the Faculty of Law (18 May 1894).

The Faculty first debated the issue on 13 March. To make the new Ordinance for the LLB operative for graduation, the Faculty decided it was necessary to appoint a Lecturer in Private International Law at a salary of £150 *per annum*. The question of a Lectureship in English Law was postponed.²⁵ It was resumed on 20 March, when it was '[r]esolved in accordance with several previous unanimous recommendations of the Faculty, to recommend the appointment of a Lecturer on English Law, qualifying for Graduation'. The salary was to be £250 *per annum* with appointment for five years.²⁶ The salary was less than that originally proposed, as the lecturer was only to teach the Winter Session of 80 lectures. The Minute emphasized past unanimity, as this time there was a dissent from John Philp Wood, newly appointed Professor of Conveyancing.²⁷ Wood's dissent suggested the proposed lectures would overlap with other classes and that some fields of English law, such as land law and conveyancing, could not be taught outside England, attacking the basis on which the new lectureship was desired. He wrote that he understood that there had 'been enquiries from students who wished to take a course of English Law preparatory to practice in England or in the Colonies'. He argued that no one who wished a career in English law 'in England should be encouraged to study his English Law here'. He thought the argument as regards the Colonies was 'not quite so strong', but 'each Colony has its own Land System. Most of these systems differ totally from the system of English Real Property Law & Practice'.²⁸

The Faculty next considered a draft report on lectureships on 16 May. This was 'in part carefully revised', before the meeting was adjourned to 18 May, when, after reading Wood's dissent, the proof of a printed Report was accepted with a minor amendment. The proof also included a brief version of Wood's dissent. It again referred back to the unanimous report of May 1890, which had been 'drawn up after careful and repeated consideration of the subject', noting that it had recommended 'as the most important addition to the Teaching Staff [...] a University Lecturer on the Law of England, whose course should qualify for graduation [...]'. Emphasizing the significance of this was the fact that the Faculty contemplated that the other desired lectureships could be held 'by existing members of the Professoriate'.²⁹

The Faculty thought the 'most urgent requirements' were a Lecturer on Private International Law and one on English Law, 'for the reasons already given'. The new Report explained how 'the teaching of English Law will contribute to the future prosperity of the Faculty', claiming that as long as the course on Scots Law was a necessary component, the degree would be taken only as a professional qualification. Whereas if English Law were to be offered 'as an alternative, the Degree will be rendered acceptable and attractive to two new classes of

²⁵ EUA, IN1/ACA/LAW, Minutes of the Faculty of Law (13 Mar. 1894).

²⁶ EUA, IN1/ACA/LAW, Minutes of the Faculty of Law (20 Mar. 1894).

²⁷ EUA, IN1/ACA/LAW, Minutes of the Faculty of Law (20 Mar. 1894).

²⁸ JP Wood to John Kirkpatrick, 22 Mar. 1894, transcribed in EUA, IN1/ACA/LAW, Minutes of the Faculty of Law (before 16 May 1894).

²⁹ *Report of Faculty* (n 24) [1]–2.

Candidates (as the Faculty has been assured by frequent enquirers)', that is, '(a) Scottish, and (b) English, Indian, and Colonial students, preparing for public or professional careers in England or abroad'. The Faculty noted that it 'has been attended by about 31 English, Indian, 'Colonial and Foreign students per annum', and in the past decade; 'one such student only has been a Candidate for graduation'. The Faculty of Arts has 'about 126 per annum' of such students 'of whom it is believed about one-half proceeded to graduation', while 'the Faculty of Medicine has had about 1,077 per annum, almost all of whom have been graduating students'. The Faculty claimed that 'the proposed expansion of its sphere of action would materially increase the number of students preparing for the degree of LL.B.', currently 'about 12 new Graduates per annum'.³⁰ Of course, one can sense a certain optimism: those studying medicine needed a degree as a proof of qualification, and also some in arts—it was not so in law.

The Report next addressed the question of what should be taught, dealing with Wood's criticism. The Faculty had examined what was taught at Oxford, Cambridge, and London:

'In the University of Oxford, e.g., apart from Constitutional Law, the branches taught are – "History of English Law," "Law of Succession to Real and Personal Property," and "English Law" (without definite limits), the courses in each of which appear to vary from fifteen to forty Lectures annually. At Cambridge the subjects are "English Legal History," "History of English Land Law," "Equity," "Criminal Law," "Criminal Evidence and Procedure," "Law of Contract," "Real Property," "Personal Property," and "Tort"—all very short courses. In none of these cases is the attendance compulsory in either University.'

The Report concluded that 'the proposed course of 80 lectures would suffice to embrace the more important of these subjects', while adding that 'it would obviously be unwise to hamper the Lecturer with rigid instructions'. The final recommendation was that the salary of the Lecturer in English Law should be fixed at no less than £300. Supposing that this encouraged more students to graduate, the Faculty concluded that, since each graduating student yielded the University about 12 guineas, an increase of 36 such students, that is twelve each year, would cover the salaries of this lecturer and that proposed to be appointed in Private International Law at a salary of £150.³¹

The Senatus' Committee on Lectureships in the Faculties of Science, Medicine and Law drew on this Report in its own of 11 July 1894, which classed lectureships into two groups: A, those 'urgently required, or of the highest importance'; B, those 'desirable but not so urgently required'. Law's requests for Lectureships in Private International Law and English Law were included in Group A, the first as needed for graduation, the second as 'highly desirable' as an additional option for graduation.³² This Report was accepted by the Senatus

³⁰ *Report of Faculty* (n 24) 3–4.

³¹ *Report of Faculty* (n 24) 4.

³² (Printed) *Report of the Committee of Senatus on Lectureships* (11 July 1894), pasted into EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the Senatus, vol. 10 (13 July 1894) 337.

on 13 July.³³ The Court received this Report with that of the Faculty of Law on 16 July, remitting both to the consideration of the Finance Committee.³⁴

III. The Lectureship in English Law

There the story of the Lectureship rests for over a decade; but English Law was a possible subject of examination for the degree. From time to time, the Senatus sought appointment of an Examiner in English Law. Thus in 1897, a candidate presented himself for examination in English Law, having ‘attended a qualifying Course of Lectures on English Law in a recognised School of Law’.³⁵ From the 1890s through to the foundation of the Lectureship, the University’s practice was to appoint J. W. Brodie-Innes, advocate (1888) and barrister-at-law (1876), as Examiner in English Law, at a fee of 3 guineas.³⁶ Brodie-Innes had privately delivered a series of lectures on ‘The Elementary Principles of English Law’ in 1889;³⁷ in 1903, he published a lengthy specialized comparative study of English and Scots law.³⁸

The eventual establishment of a Lectureship in English Law thus took place against the background of a growing demand for examination in the subject.³⁹ By October 1911, the Court had decided to institute a Lectureship in English Law.⁴⁰ It requested the Senatus to report on the duties ‘which [...] ought to be assigned’ to the Lecturer; the Senatus in turn remitted this to the Faculty of Law.⁴¹ The Faculty duly resolved:

‘(i)The Lectureship should, if possible, cover all the divisions of English Law required for the final Bar Examination, viz’. (1) Common Law, (2) Equity, (3) Law of Real Property

³³ *Report of [...] Senatus on Lectureships* (n 32).

³⁴ EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the University Court, vol. 5, 249–50 (16 July 1894).

³⁵ EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the Senatus, vol. 11, 167 (13 July 1897).

³⁶ See, e.g., ‘Edinburgh University Court’, *The Scotsman* (Edinburgh, 14 July 1897) 6; EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the University Court, vol. 10, 119 (21 Oct. 1907), 259 (19 Oct. 1908), 350 (14 June 1909); ‘Edinburgh University Court’, *The Scotsman* (Edinburgh, 16 June 1909) 11; ‘Edinburgh University Court’, *The Scotsman* (Edinburgh, 15 June 1910) 10. ‘Mr. J. W. Brodie Innes’, *The Times* (London, 10 Dec. 1923) 9; ‘The Late Mr Brodie-Innes of Milton-Brodie’, *The Scotsman* (Edinburgh, 11 Dec. 1923) 6; PS McAlduff and JE Browning, ‘Bram Stoker’s Oeuvre and “Other Knowledges”: The “Lost” Book Review of Norman Macrae’s Highland Second Sight’ (2016) 18(2) *Gothic Studies* 86, 89–90; RA Gilbert, ‘Introduction’, in RA Gilbert (ed), *The Wizard of Milton Brodie: The Esoteric Papers of J. W. Brodie Innes* (Thoth Publishing 2023) 1–18.

³⁷ *The Scotsman* (Edinburgh, 31 Jan. 1889) 4.

³⁸ JW Brodie-Innes, *Comparative Principles of the Laws of England and Scotland: Courts and Procedure* (William Green & Sons 1903).

³⁹ EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the Senatus, vol. 14, 430 (5 June 1908); EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the Senatus, vol. 15, 116 (6 June 1909); EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the University Court, vol. 10, 350 (14 June 1909); EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the University Court, vol. 10, 479 (13 June 1910); EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the University Court, vol. 12, 54 (15 Apr. 1912).

⁴⁰ EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the University Court, vol. 10, 667 (23 Oct. 1911).

⁴¹ EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the Senatus, vol. 15, 454 (2 Nov. 1911).

and Conveyancing [for which Hindu and Mahomedan law is an alternative], (4) Evidence, Procedure, and Criminal Law. (ii) For this purpose it would require to be a full course extending over a Winter and Summer Session (say 120 Lectures).

(iii) The Faculty recommend that a Salary of at least £300 per annum be offered.⁴²

The Faculty here drew on the Consolidated Regulations of the Inns of Court, including the possibility of substituting Hindu or Mohammedan Law for Real Property and Conveyancing.⁴³ This reflected the Faculty's aspiration to recruit Indian and colonial students as well as those aiming for an Imperial career. It was duly approved by the Senatus on 7 December.⁴⁴ It is notable that the University established Lectureships in Arabic and in Indian and Colonial History at the same time.⁴⁵

In January 1912, the Court approved the recommendation of its Finance Committee that the new Lecturer in English Law should have a salary fixed at £250, despite dissent that this was too low.⁴⁶ Organization of the appointment was delegated to a committee of the 'Law Members of the Court' to be convened by Professor Rankine, the Professor of Scots Law. These were, besides Rankine, Lord Dundas, Senator of the College of Justice, A. A. Murray, LLB, WS, and David D. Buchan, LLB, SSC.⁴⁷ On this committee's recommendation, the Court duly appointed Hector Burn Murdoch as Lecturer in English Law, for five years, with effect from 1 October next, on a salary of £250.⁴⁸ Burn Murdoch's recent three publications in the field no doubt facilitated the choice.⁴⁹ The Senatus received notice of the appointment on 28 March, resolving to recommend that the class fee be five guineas.⁵⁰

IV. Teaching English Law

Burn Murdoch set out the curriculum in the *University Calendar*:

'Criminal Law and outline of Criminal Procedure; Law of Evidence, Civil and Criminal; Law of Contract, Agency, Sale, Personalty, including Contracts with Carriers and other Bailments, Bills, Patents, Companies, etc.; Law of Torts; Outline of Civil Procedure in King's Bench Division; Real Property; Wills (including wills of personality); Conveyancing; Principles of Equity.'

⁴² EUA, IN1/ACA/LAW, Minutes of the Faculty of Law (29 Nov. 1911).

⁴³ CEA Bedwell, 'Conditions of Admission to the Legal Profession Throughout the British Empire' (1912) 12 J Soc Comp Legis ns 209, 210 note 8.

⁴⁴ EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the Senatus, vol. 10, 10–11 (7 Dec. 1911).

⁴⁵ EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the University Court, vol. 11, 2 (15 Jan. 1912).

⁴⁶ EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the University Court, vol. 11, 2 (15 Jan. 1912).

⁴⁷ *The Edinburgh University Calendar 1911–1912* (James Thin 1911), [1].

⁴⁸ EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the University Court, vol. 11, 39 (18 Mar. 1912).

⁴⁹ H Burn Murdoch, 'English Law in Scots Practice' (1908–9) 20 Jurid Rev 346; (1909–10) 21 Jurid Rev 59 & 148.

⁵⁰ EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the Senatus, vol. 15, 51 (28 Mar. 1912).

He further noted:

‘Winter Session. – It is intended to deal in the Winter Session with the portions of the Course applicable to the requirements of candidates for the Civil Service Examinations.’⁵¹

The following year he added ‘Trusts; Administration; Marshalling; Conversion; Satisfaction’ after ‘Principles of Equity’. This is simply an explanation of the material dealt with under ‘Principles of Equity’.⁵² He elaborated on the division of the course in the next year:

‘The subjects covered in the Winter Session extend down to the beginning of the Law of Real Property. Accordingly all the portions of the Course applicable to the requirements of candidates for the Civil Service Examinations are dealt with in the Winter Session.’⁵³

The coverage in the two sessions was important. The Winter Session ran from mid-October to late March with a break over Christmas and New Year. The Summer Session ran from mid-May to mid-July. Attendance at the Winter Session alone incurred a fee of four guineas; at the Summer Session alone, one of two guineas.⁵⁴

Burn Murdoch did not thereafter change the structure of his course. It was the same in his final advertised year, 1922–23;⁵⁵ the fee, however, had been raised the year before to seven guineas for both the Sessions, with 6 guineas for the first alone and 3 for the second.⁵⁶ His immediate successor, John Chisholm, KC, maintained the same curriculum for the same fees.⁵⁷ His successor, Andrew Dewar Gibb, in his second year, slightly changed the description of the course:

‘Law of contract, including Agency; Law of Torts; Criminal Law and Procedure; Law of Husband and Wife; Civil Procedure; Evidence; Real Property; Principles of Equity.

Note.—The subjects covered in the Winter Session extend down to the beginning of the Law of Property. Accordingly all the portions of the Course applicable to the requirements of the Civil Service Examinations are dealt with in the Winter Session.’⁵⁸

The of ‘Law of Husband and Wife’ was removed from the description the following year, as was evidence and the mention of agency. It now read: ‘Law of Contract; Law of Tort; Civil Procedure; Criminal Law and Procedure; Principles of Equity and the Law of Real Property’. The entries continued to stress that what was needed for the Civil Service Examinations would be covered in the Winter Sessions.⁵⁹ Sir Charles Findlay continued to list the topics as in Dewar Gibb’s final account, until the course ceased to be taught in 1943–44.⁶⁰ Other than Findlay, all these men made scholarly contributions. Though the course

⁵¹ *The Edinburgh University Calendar 1912–1913* (James Thin 1912) 486–87.

⁵² *Edinburgh University Calendar 1913–1914* (James Thin 1913) 480–81.

⁵³ *Edinburgh University Calendar 1914–1915* (James Thin 1914) 485.

⁵⁴ *Calendar, 1912–1913* (n 50) 477–78 note 5.

⁵⁵ *Edinburgh University Calendar 1922–1923* (James Thin 1922) 437.

⁵⁶ *Edinburgh University Calendar 1921–1922* (James Thin, 1921) 442–43.

⁵⁷ See, e.g., *Edinburgh University Calendar 1928–1929* (James Thin 1928) 432, 443.

⁵⁸ *Edinburgh University Calendar 1930–1931* (James Thin 1930) 443.

⁵⁹ *Edinburgh University Calendar 1931–1932* (James Thin 1931) 433.

⁶⁰ See, e.g., *Edinburgh University Calendar 1943–1944* (James Thin 1943) 254 & 267.

had continued to be divided in the same way between the Sessions, reference to the Civil Service Examinations disappeared after 1932–33. The basic continuity of the course through the life of the Lectureship is revealed by the lack of change in the nature of the ‘Books of Reference’ recommended.

The fortunes of the Lectureship cannot be explored in detail here. Burn Murdoch taught for two years, but then sought leave for military service from 24 November 1914. This was accepted by the Senatus, which also approved the arrangements by which John More, advocate, taught as substitute.⁶¹ In March 1916, the Court dealt with possible suspension of the Lectures. A specially appointed committee noted that suspension would be ‘a desirable economy’, but left the issue to the Senatus.⁶² In May, the Faculty of Law recommended suspending the Lectureship for 1916–17, the course to resume in 1917–18. It also noted that More would probably be absent on military service from the end of the Summer Session.⁶³ The lectures were only resumed, ‘in consequence of a demand for instruction in English Law’, in academic year 1918–19, on Burn Murdoch’s return from service.⁶⁴ His salary was raised to £300.⁶⁵

Burn Murdoch resigned with effect from the end of July 1923. Chisholm had already acted as Examiner;⁶⁶ he now agreed to take over the Lectureship for a year, recording in his diary that ‘the Law Faculty wish to give this Lectureship a further chance, although the attendance up till now has been disappointing’.⁶⁷ He duly taught for 1923–24; but the course was not taught the next year. The plan was for the course to be taught in 1925–26, but not in 1926–27 and so on.⁶⁸ In fact, apart from 1924–25, the course was taught every year until Chisholm’s death on 31 January 1929.⁶⁹ He records in his diary that in 1923–24 he had 6 students, in 1925–26, 9, and in 1926–27, 5.⁷⁰ Whether such attendance was typical is unknown. It is also uncertain what to make of the failure to carry through the decision to teach biennially because of the ‘disappointing’ enrolment. The course was consistently offered through Dewar Gibb’s short tenure, and also that of Findlay, until he ceased teaching in 1943. The course was thereafter described as ‘in abeyance’, finally vanishing from the *Calendar* in 1947.

⁶¹ EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the Senatus, vol. 15, 191 (3 Dec. 1914), 200 (14 Jan. 1915) 191.

⁶² EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the University Court, vol. 11, 693 (13 Mar. 1916), 702–03 (24 Apr. 1916).

⁶³ EUA, IN1/ACA/LAW, Minutes of the Faculty of Law (20 May 1916).

⁶⁴ EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the University Court, vol. 12, 436 (17 Feb. 1919).

⁶⁵ EUA, IN1/GOV/1, Minutes of the University Court, vol. 12, 447–48 (17 Mar. 1919), 702–3.

⁶⁶ Diaries of John Chisholm, KC, NLS, MSS 21072–21095, MS 21094, fo. 7r–v (19 & 24 Mar. 1923).

⁶⁷ Chisholm, Diaries (n 66), MS 21094, fo. 15r.

⁶⁸ *Edinburgh University Calendar 1925–1926* (James Thin 1925) 453.

⁶⁹ This is clear from both the *Calendar* and Chisholm’s diaries; ‘Death of Sheriff Chisholm’, *The Scotsman* (Edinburgh, 1 February 1929) 9.

⁷⁰ Chisholm, Diaries (n 66) NLS, MS 21094, fo. 34v (17 Oct.), MS21095, fos. 13r (14 Oct.), 48v (29 Oct.).

V. Conclusion

In 1889, echoing the comments of Professor Macpherson a decade earlier, Alexander Asher, QC, MP, introducing Brodie-Innes's lectures on English Law, commented that 'acquaintance with English law was daily becoming more and more important in the education of a Scottish lawyer'.⁷¹ But the Faculty's ambitions were greater, indeed Imperial and cosmopolitan. For decades, the *Calendar* entry for the class of Civil Law noted that the 'lectures will be equally adapted for students intending to enter the legal profession in Scotland or England, or qualifying for service in India or the Colonies'.⁷² It was this thinking that led the Faculty to hope to attract English, Colonial, and Indian students and encourage them to graduate. It is clear that there was some success. Indian students, who can be tentatively identified by name, give a rough measure of achievement. Only two graduated between 1894 and 1909, however, both in 1898.⁷³ But this changed in the period immediate to the establishment of the Lectureship, and, if reflecting a more general trend among the targeted groups, may explain the revival of the proposal in this period. Thus, in 1909, two Indian students graduated, one of whom sought a special examination in English Law outwith the normal exam period;⁷⁴ another Indian student sought a special examination in English Law in 1910.⁷⁵ But from 1910 through to 1916, with the exception of 1912, each year one or two Indians are found graduating with the degree of LLB. The numbers are small, but so were those of total graduates. This meant that in 1914–15, 25% of the graduates were Indian. In other years it could be fewer than 5%.⁷⁶ But the Indian presence was very obvious, and there were also rather more Indian students studying law or legal subjects than graduated, judging by the lists of winners of prizes, merits, and honours published in the *Calendar*.⁷⁷ More detailed research is needed, but it may be that fewer Indian students came to study law after 1916, but there still were some.⁷⁸ Chisholm, for example, mentions one.⁷⁹ Other students not of British descent can be found, including individuals from China and Burma.⁸⁰ Colonial students of European descent are not so readily recognized, but, for example, F. A. Kissik from South Africa gained

⁷¹ 'The Elementary Principles of English Law', *The Scotsman* (Edinburgh, 31 January 1889) 4.

⁷² *The Edinburgh University Calendar 1891–92* (James Thin 1891) 289. The wording was slightly varied from time to time.

⁷³ *The Edinburgh University Calendar 1911–1912* (James Thin 1911) 464.

⁷⁴ *Calendar 1911–12* (n 46) 466; EUA, IN1/ACA/LAW, Minutes of the Faculty of Law (27 March 1909).

⁷⁵ EUA, IN1/ACA/LAW, Minutes of the Faculty of Law (1 June 1910).

⁷⁶ None graduated BL.

⁷⁷ See, e.g., *Edinburgh University Calendar 1914–1915* (James Thin 1914) 711, 714–16.

⁷⁸ *Edinburgh University Calendar 1917–1918* (James Thin 1917) 695 (PN Goud).

⁷⁹ Chisholm, *Diary* (n 66) NLS, MS 21095, fos. 52v (7 Dec. 1926) & 55v (26 Dec. 1926).

⁸⁰ *Edinburgh University Calendar 1918–1919* (James Thin 1918) 380 (SR Chow); *Edinburgh University Calendar 1920–1921* (James Thin 1920) 777 BW Tun (Burma) (Medallist in English Law).

honours in Mercantile Law in 1913–14, as did John Roger Orr from India in 1918–19.⁸¹ Again, further research is needed.

In 1932, the Dean of the Faculty noted:

‘English law serves the purposes of those who intend to practise in England or abroad; of candidates offering it for Civil Service Examinations and appointments; and of Scottish pleaders and advisers who find that they cannot afford to be entirely ignorant of English Law and practice. It is sometimes taken as an extra or post-graduate subject by the best of our students who intend to practise in Scotland.’⁸²

The Lectureship was created in the buoyant period before the Great War, encouraged by an increase in law students from India and elsewhere in the Empire.⁸³ Classes were revived after the Great War, as student numbers again expanded, with the possibility of wider opportunities in India, the extended Colonies, and the Mandate Territories of Palestine and Mesopotamia, as well as Egypt.⁸⁴ It is telling that the University continued the appointment and the class; it need not have done so. The Second World War with the shrinkage of the student body brought the lectureship to an end. The years of major curriculum reform that followed in Scotland left no space for such a class;⁸⁵ at the same time, withdrawal from colonies and Indian independence inevitably affected potential recruitment.

⁸¹ *Edinburgh University Calendar 1914–1915* (James Thin 1914) 715; *Edinburgh University Calendar 1919–1920* (James Thin 1919) 745.

⁸² James Mackintosh, ‘The Faculty of Law: General Survey of the Last Fifty Years’ in A Logan Turner (ed), *History of the University of Edinburgh 1883–1933* (Oliver & Boyd 1933) 83, 88.

⁸³ Lectureships in Arabic and Indian and Colonial History were established at the same time.

⁸⁴ Lillie (n 7) 107.

⁸⁵ JF Wilson, ‘A Survey of Legal Education in the United Kingdom’ (1966–67) 9 *J Soc’y Pub Tchrs L* ns 93.

Herrschaft des *pater* und Privateigentum

Die Geschichte einer Diskontinuität

Riccardo Cardilli

I. Die Herrschaft des *pater familias* als historisches Problem

1. Das Problem: Gans und Jhering

Es ist kein Zufall, dass das Problem der Bedeutung der Triade *potestas manus Mancipium* ein neuralgischer Punkt für das Verständnis des römischen Herrschaftsbegriffs des *pater* ist. Dies ist auf zwei Gründe zurückzuführen: einerseits auf das Interesse an der Entstehung der Form des Privateigentums und andererseits auf die Entdeckung der *Institutiones* des Gaius im Jahr 1816.

In Anlehnung an die Debatte, die in den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts entstand, lässt man sich von der Faszination der Entdeckung mitreißen, die die deutsche historische Schule beim Verständnis des römischen Rechts durch die privilegierte Brille der *Institutiones* von Gaius erfasste.

Im Jahr 1821 veröffentlichte Eduard Gans eine Lesart des Trinoms *potestas manus Mancipium*.¹ Gans schloss daraus auf einen einheitlichen Begriff der verschiedenen Machtverhältnisse des *pater familias*.²

Dreißig Jahre später schlug Rudolph von Jhering hingegen eine archaische, einheitliche Auffassung der *manus* vor. Die *manus* drückt eine Macht des *pater* aus, die ihren Ursprung in der „persönlichen Tatkraft“ hat, ohne die Vermittlung der Anerkennung durch eine übergeordnete Rechtsordnung.³ Nach Jherings Auslegung sind *manus* und *potestas* zwei gegensätzliche Vorstellungen von Macht, die miteinander unvereinbar sind.

2. Bonfante, Mitteis, De Visscher, Grosso

Pietro Bonfante konzentriert sich im Jahr 1888⁴ auf die historische Identifizierung einer funktionalen Ableitung des Schemas des *dominium* aus der persönlichen Herrschaft des *pater familias*. In dieser Sicht scheint die Vorstellung

¹ Gans, Scholien zum Gajus, 1821, 138.

² Gans (Fn. 1), 138–140.

³ Von Jhering, Geist des römischen Rechts, Bd. I, 1852, 107–114.

⁴ Bonfante, „Res Mancipi“ und „nec Mancipi“, 1888, 100–103, 313 ff. Mit De Visscher, SDHI 2 (1936), 263; SDHI 22 (1956), 89, tritt das Bewusstsein für die deutsche Ideologie des 19. Jahrhunderts in Erscheinung.

vorzuherrschen, dass das archetypische Modell für die spätere republikanische Entwicklung des Eigentums im *mancipium* zu erkennen ist, d.h. in der Macht über die *res Mancipi*. Der Beitrag von Bonfante aus dem späten 19. Jahrhundert und die mehr als dreißig Jahre später von De Visscher erzielten Entwicklungen sind in dieser Hinsicht emblematisch. Beide konzentrieren sich nämlich darauf, welche Macht des *pater* den bevorzugten Nährboden für die Reifung der Idee des Privateigentums darstellte, wobei sie sich beide für die Rolle der Idee des *mancipium* entschieden.

Diese Idee findet eine sehr wirkungsvolle Darstellung in Grosso:

„In questo senso noi possiamo dire che anche il *mancipium* rientra nella storia della proprietà romana; e possiamo pure dire che anche il *mancipium* è un’antica forma di proprietà, dando a questo termine un significato ampio e generico di attribuzione dell’oggetto, e comprendendovi sia un’attribuzione nel senso potestativo di una sovranità, sia una piena attribuzione di contenuto economico.“⁵

Ludwig Mitteis verdanken wir die mögliche Überwindung des Gegensatzes (monistische Theorie oder pluralistische Theorie):

„Wenn wir Heutigen uns zunächst als gegeben denken die abstrakte Rechtsfähigkeit des ‚Rechtssubjekts‘ und dessen Rechtssphäre dann aus einer Anzahl einzelner Beziehungen zusammensetzen, denken die Römer sich die Rechtssphäre von vornherein als ein Ganzes, von dem die einzelnen subjektiven Rechte nur Funktionen sind.“⁶

Die ursprüngliche Monolithizität (*Hausherrschaft*) werde durch eine stärkere Funktionalisierung der einzigen „Macht“ des *pater* zu einer späteren historischen Entwicklung, in der das Trinom *potestas manus mancipium* Ausdruck finde.⁷

3. Die Beiträge von Max Kaser und Edoardo Volterra

Max Kaser und Edoardo Volterra verdanken wir eine erste Überprüfung der Rekonstruktionshypothese der einheitlichen Idee der Herrschaft des *pater* (vor allem in Bezug auf das *mancipium*).

Max Kaser teilt zwar die Perspektive einer einheitlichen Idee der archaischen „Hausgewalt“ des *pater familias*, hält jedoch die gaianische Beschreibung des *lege agere sacramento in rem* (Gai. 4, 16) für unvereinbar mit einer Charakterisierung dieser Macht im Sinne der Absolutheit. Die archaische *vindicatio* hebe nämlich eine „relative“ Struktur hervor, womit eine Bekräftigung der Vorrangstellung des Streitgewinners gegenüber dem Streitgegner gemeint sei. Dies steht für Kaser im Widerspruch zum modernen Konzept der Absolutheit des Eigentums. Diese Theorie des „relativen Eigentums“⁸ stößt auf Zustimmung, aber auch auf heftige Kritik, insbesondere im Zusammenhang mit der Vorstel-

⁵ Grosso, I problemi dei diritti reali, 1944, 9.

⁶ Mitteis, Römisches Privatrecht, Bd. I, 1908, 73–74.

⁷ Mitteis (Fn. 6), 75–76 (*potestas*).

⁸ Kaser, Eigentum und Besitz, 1942, zitiert aus der zweiten Auflage von 1956, die die erste mit Nachträgen neu auflegt, 1–3, 7–10, 16 ff., 83–86, 364–365; Kaser, ZRG RA 68 (1951), 131; ZRG RA 102 (1985), 1.

lung, dass im Rechtsstreit die Behauptung des Gewinners immer nur relativ zur Gegenpartei ist.

Kasers Kritik an der „Absolutheit“ bleibt historisch im archaischen Zeitalter verankert.⁹ Das Trinom *potestas manus Mancipium*, wenn auch nicht ursprünglich, habe in der Geschichte des römischen Rechts Gestalt angenommen und das liberale Paradigma des Eigentums endgültig erschüttert.

Die Kritik von Edoardo Volterra konzentriert sich hingegen auf die Konfliktprofile zwischen *manus* und *potestas*, die in den Quellen belegt sind.¹⁰

„Nel linguaggio giuridico romano antico e in quello classico troviamo due espressioni, nelle quali è usata la parola *manus*, e che designano due distinti istituti, *manus iniectio* e *conventio in manum*. [...] con le parole *manus iniectio* si esprime l'atto materiale di *iniecere manum* [...]. *Manus* qui è usata nel significato originario della parola, volta ad indicare la parte anatomica del corpo umano. Nella seconda, invece, la parola *manus* è usata in senso traslato nel significato di un potere di una persona libera di sesso maschile su altre persone libere di sesso femminile.“¹¹

Der Widerstand unterschiedlicher Rechtsordnungen zwischen *manus* und *potestas* bestätigt zumindest eine Funktionalisierung der Ausübung der Macht.

Dies würde für eine Reifung des Trinoms (*potestas manus Mancipium*) sprechen. Diese war zwar nicht ursprünglich, erfolgte aber in einer frühen Phase, in der die Unterschiede zwischen den Systemen zu einer Spezialisierung der Terminologie führten.

4. Die Debatte zwischen Filippo Gallo und Luigi Capogrossi Colognesi

Es ist Filippo Gallo, Schüler von Giuseppe Grosso, und Luigi Capogrossi Colognesi, Schüler von Edoardo Volterra, zu verdanken, dass sie die wissenschaftliche Debatte über dieses Problem neu belebt haben. Gallo untersucht in einem wirkungsmächtigen Aufsatz von 1956 das Problem der Herrschaft des *pater familias*.¹² Er erklärt, dass er die Hypothese von Gans wieder aufgreifen und vertiefen möchte, da er der Ansicht ist, dass

„i vari poteri di natura patrimoniale e personale che vediamo accentrati nelle mani del *pater familias* in epoca classica (*manus*, *mancipium*, *potestas*, *dominium*), non costituissero alle origini che gli aspetti e le esplicazioni di un'unica e indistinta signoria.“¹³

Der Rekonstruktionsvorschlag stützt sich auf zwei Argumente: Das erste ist terminologischer Natur und besagt, dass „in epoca arcaica non si riscontrava alcuna differenza, nella denominazione, tra i vari poteri personali e patrimoniali

⁹ Kaser, (Fn. 8), V–VI. Für eine Kritik der Hypothese Kasers durch eine innovative Interpretation, s. Schermaier, ZRG RA 134 (2017), 49 (88 ff.).

¹⁰ Volterra, Memorie della Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche 1966, 251 (= Volterra, Scritti giuridici, Bd. 3, 1991, 3).

¹¹ Volterra (Fn. 10), 275 (= Volterra [Fn. 10], 27).

¹² Gallo, in: Studi in onore di Pietro de Francisci, Bd. 2, 1956, 193.

¹³ Gallo (Fn. 12), 199.

del *pater familias*¹⁴; das zweite bezieht sich auf das Rechtssystem, aus dem man schließen könne, dass „nel periodo arcaico l'ordinamento giuridico valutava le persone e le cose sotto un profilo rigidamente unitario“.¹⁵

Am Ende seiner Argumentation stellt Filippo Gallo fest:

„se l'ordinamento arcaico valutava sotto un unico profilo le varie esplicazioni potestative del *pater familias*, se sulla rilevanza giuridica di tali esplicazioni non esercitava alcuna influenza la diversa natura degli oggetti su quali esse cadevano, ciò implica necessariamente, a nostro avviso, che tale ordinamento in origine non configurasse le esplicazioni medesime quali figure autonome di diritto, bensì quali semplici atteggiamenti di uno stesso e indistinto potere“.¹⁶

Bei Filippo Gallo zielt die Kritik an der These von Bonfante und dem Vorschlag von De Visscher darauf ab, die Vorstellung zu widerlegen, dass eine Identifizierung oder Ableitung zwischen dem archaischen *mancipium* und dem Privateigentum möglich sei, und er plädiert dafür, dass es unmöglich sei, eine historisch nachweisbare Entwicklungslinie (die Gallo im Sinne einer Rückentwicklung versteht) zwischen der archaischen und der klassischen Zeit zu konstruieren. Diese ursprüngliche Herrschaft, die mit dem klassischen Eigentum unvereinbar ist, sei im Sinne einer „potere personale“ zu charakterisieren.¹⁷

Als Gegenpol zu Filippo Gallos Studie erschien 1969 der erste Band der umfangreichen Monografie von Luigi Capogrossi Colognesi über die Struktur des Eigentums und die Entstehung der *iura praediorum*.¹⁸ Ein großer Teil der Arbeit befasst sich mit dem Verhältnis zwischen den Machtstrukturen des *pater* in archaischer Zeit und der Entstehung des *dominium* in klassischer Zeit. Die Studie ist darauf ausgerichtet, die komplexe Darstellung der Macht des *pater* in den Quellen zu überprüfen. Capogrossi Colognesi gelangt zu einer Erklärung der Kontinuität zwischen der Macht des Vaters und der klassischen Kategorie des *dominium*, indem er eine wichtige und aufschlussreiche Dialektik zwischen dem einheitlichen Wert der *vindicatio* und der komplexen Konfigurierbarkeit der dadurch geschützten Macht herstellt:

„è nostra convinzione, infatti, che l'affermazione sostanziata nel *meum esse aio ex iure Quiritium* fosse sufficiente [...] a indicare la titolarità delle varie potestà attribuite al *pater familias*. Questo peraltro non significa che tali poteri fossero essi stessi configurati in modo unitario [...]“.¹⁹

„l'esistenza stessa di più vocaboli atti a designare le potestà del *pater* – [...] ci riferiamo a *manus*, *potestas* e *mancipium* – piuttosto che testimoniare l'unitarietà dei poteri, ne attesta una diversificazione risalente almeno all'epoca in cui essi entrarono in uso“.²⁰

¹⁴ Zunächst untersucht Gallo (Fn. 12), 200, einige Quellen zur persönlichen Herrschaft (200–206: Liv. 34, 2, 11; Liv. 3, 45, 2; Cic. *pro Mur.* 12, 27; Tac. *Ann.* 4, 16; Ulp. 1 ad Sab. D. 27, 10, 1 pr; Ulp. 29 ad ed. D. 14, 4, 1, 4) und dann diejenigen, die sich auf wirtschaftliche Güter beziehen (206–214).

¹⁵ Gallo (Fn. 12), 215–225.

¹⁶ Gallo (Fn. 12), 217.

¹⁷ Gallo (Fn. 12), 229.

¹⁸ Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà*, 1969.

¹⁹ Capogrossi Colognesi (Fn. 18), 262.

²⁰ Capogrossi Colognesi (Fn. 18), 263, 279–348.

Ein weiterer grundlegender Interpretationsvorschlag von Luigi Capogrossi Colognesi bezieht sich auf das Problem des „relativen Eigentums“ Kasers:

„Anche la *mancipatio* e la *in iure cessio* presentano infatti uno schema analogo a quello della *legis actio*: schema mediante il quale un dato ordine non viene già restaurato ma affermato. Anche qui noi quindi ci troviamo di fronte ad una linea di sviluppo simile (benché non identica) a quella della *legis actio*: esistenza di un dato ordine – crisi di questo e affermazione di un nuovo ordine – intervento di un meccanismo mediante il quale quest’ultimo si sostituisce pacificamente al precedente e, contemporaneamente, si identifica nell’ordine oggettivamente inteso.“²¹

Die Diskussion zwischen Filippo Gallo und Luigi Capogrossi Colognesi überwindet endgültig eine historisch orientierte Lesart im Sinne einer „Evolution“ und „Ableitung“ und eröffnet damit neue Perspektiven für die historische Forschung. Sie schafft einen Nährboden für die Dekonstruktion von Vorurteilen, die aufgrund ihrer tiefen Verankerung in unserem Rechtsverständnis die Wahrnehmung in diesem Bereich beeinflussen.

II. Mein Vorschlag

1. *Potestas manus Mancipium*

Grundlegend für unsere Rechtstradition in genealogischer Hinsicht sind die Kategorien des *dominium* und der *possessio*, die den terminologischen Bezugspunkt von der römischen Tradition bis hin zu den modernen Zivilgesetzbüchern für die Darstellung des Verhältnisses zwischen Person und Sache bilden.²² Diese innovativen Schlüsselbegriffe wurden in der römischen Rechtswissenschaft des 2. Jahrhunderts v. Chr. herausgearbeitet.

Dominium evoziert das Bild des *dominus*, d.h. des Herrn des *domus*.²³ *Possessio* evoziert das Bild der tatsächlichen physischen Präsenz der menschlichen Person auf der Sache (*sidere*) aus einer Position der Vorrangstellung (*potis*).²⁴

Im Gegensatz dazu interessiert sich die archaische Terminologie nicht für die Rolle oder Position des Menschen in Bezug auf die Sache, sondern für die Form und den Inhalt der ausgeübten Macht. Die archaischen Sprachformen scheinen

²¹ Capogrossi Colognesi (Fn. 18), 382–383.

²² Später, aber immer noch klassisch, ist die Verwendung von *proprietas* als Synonym für *dominium*. Dieser Begriff hat in den romanischen und germanischen Sprachen eine außerordentliche Beständigkeit, sowohl als terminologische (*proprietà, propriété, propiedad, propriedade, property*) als auch als semantische Entsprechung (*Eigentum, собственность*).

²³ Ulp. 46 ad ed D. 50, 16, 195, 2: [...] pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat. Die Verwendung von *dominium* sowie von *possessio* in der geschriebenen Form *dom(i)nium* und *pos(s)essio* findet sich in der *lex agraria epigraphica* von 133 v. Chr. *Erus* ist die archaisierende Terminologie, die noch in der *lex Aquilia* von 286 v. Chr. vertreten ist. (D. 9, 2, 11, 6 Ulp. 18 ad ed.: *Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino*).

²⁴ Paul. 54 ad ed D. 41, 2, 1 pr: *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt*. Siehe Falcone, in *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo (AUPA)* 44 (1996), 102.

aus der Perspektive der Gemeinschaft formuliert zu sein, die von außen auf die konkret ausgeübte Macht des *pater familias* innerhalb der Familiengemeinschaft blickt. Dies wird nicht nur durch die Terminologie bestätigt, sondern auch durch das grundlegende Bild des *pater familias* als *sui iuris* oder *suae potestatis*; ein Bild, das die gegensätzliche Natur der römischen Perspektive gegenüber dem individualistischen Paradigma der modernen Rechtssubjektivität hervorhebt.²⁵

Potestas erscheint in der Entscheidung bezüglich des *furiosus* (Tab.V, 7a). Der Vergleich zwischen *potestas in eo pecuniaque*, mit dem *familiam habere* der Agnaten oder der Gentilen des Verstorbenen, erfordert eine Erläuterung des terminologischen Unterschieds: Der Vergleich zwischen der *potestas* (*pater furiosus*) und dem *familiam habere* (*pater intestatus* ohne *suus heres*) spricht für unterschiedliche Problematiken. Der Unterschied ergibt sich aus der Frage, ob eine Person *sui iuris/suae potestatis* ist oder nicht. Im Fall (der Erbfolge) ist der *pater familias* gestorben und mit ihm seine *potestas*. In Ermangelung eines *suus heres* erweist sich das *familiam habere* als vollkommen geeignet, eine Idee der Zugehörigkeit der *familia* des *de cuius* zum nächsten Verwandten auszudrücken.²⁶ Im Falle des *pater familias furiosus* hingegen besteht kein Zweifel an der Existenz des *sui iuris*. Gerade die unabdingbare Existenz (und Beständigkeit) der *potestas* zu Lebzeiten ist die Voraussetzung für die archetypische Idee der „Pflegschaft“ des *furiosus*. So wie der *pater* seine *potestas* über sich selbst ausübt, so wird im Falle des *pater furiosus* dessen *potestas* von den Agnaten oder Gentiles wahrgenommen, die sie weder erwerben noch Inhaber werden, sondern sie „bewahren“ und „pflegen“, bis der *sui iuris* wieder zurechnungsfähig ist oder stirbt²⁷ – ein weiterer Beweis für die *potestas* als höchstpersönliche Herrschaft.

Manus kommt an mehreren Stellen vor, sowohl im Bereich des *agere lege* mit der *manus iniectio*²⁸ und dem *manum conserere*²⁹, als auch im Bereich der *in manum convenire*³⁰, sowie im Bereich der unbeabsichtigten Tötung und des *furtum*³¹. In diesem Zusammenhang bleibt die Idee gültig, dass im Laufe der Entwicklung aus dem naturalistischen Bild eines anatomischen Teils des menschlichen Körpers mit großem anthropozentrischem Bezug zur natürlichen Realität auch die Bedeutung von „Macht“, die ausgeübt wird, übernommen wurde.³²

Von *mancipium* ist in Tab. VI, 2 die Rede: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, obwohl das Wort in diesem Fall nicht die „Macht“, sondern das *gestum* der *mancipatio* bezeichnet.

²⁵ Grundlegend Gallo (Fn. 12), 230. Weitere wichtige Vertiefungen in Lobrano, *Pater et filius eadem persona*, Bd. I, 1984, 9 ff.

²⁶ Zur Bedeutung der Pluralform in Bezug auf Gentilen s. Serrao, *Diritto privato economia e società*, Bd. I, 2006, 411 ff.

²⁷ Andererseits belegen die Quellen ausdrücklich, dass der *pater furiosus* seine *potestas* über seine Kinder behält (Ulp. 26 ad Sab D. 1, 6, 8 pr.–1.).

²⁸ Tab. III, 2: *post deinde manus iniectio esto*.

²⁹ Tab. VI, 5a: *Si qui in iure manum conserunt [...]*.

³⁰ Gai. 1, 111: *Lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet usu in manum mariti convenire, [...]*.

³¹ Tab. VIII, 24a: *si telum manu fugit magis quam iecit*; Gai. 3, 184–185: *Manifestum furtum*.

³² Volterra, *Memorie della Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche* 1966, 251 (275) (= Volterra [Fn. 10], 27).

Das Trinom *potestas manus Mancipium* ist mit hoher Wahrscheinlichkeit bereits im 3. Jahrhundert v. Chr. belegt. Sein Vorkommen ist gesichert im Kommentar des Juristen Paulus zur *lex Cincia* von 204 v. Chr. (Wat. 300) und wahrscheinlich in den *verba legis*.³³

Die Terminologie *potestas manus Mancipium* drückt eine komplexe Konstruktion aus, die das Rechtssystem der *personae alieni iuris* in einer einzigen Behandlungsordnung zusammenfasst. Die Aneinanderreihung der Befugnisse des *pater familias* in einer Liste setzt die Reifung einer harmonisierenden, aber nicht vereinheitlichenden Lesart voraus. Der im Laufe der Zeit geleistete terminologische Widerstand gegen eine Differenzierung innerhalb der Gattung *alieni iuris* (*potestas manus Mancipium*) spricht eindeutig für sein ausgeprägtes Alter, aber auch für seine historische Priorität gegenüber der spätrepublikanischen Herausarbeitung der Kategorie des *dominium*, was durch das spätere Verschwinden von *manus* und *Mancipium* aus dem Rechtswortschatz bestätigt wird.³⁴

Dies lässt vermuten, dass es sich um eine künstlich erzielte Erkenntnis handelt, eine Errungenschaft der pontifikalischen *interpretatio*.³⁵

Die Quellen erinnern nämlich noch an Rechtssysteme, die miteinander kollidieren. Dies stellt ein bedeutendes historisches Problem bei der Schaffung eines gemeinsamen Rechts der *cives* dar und erfordert interpretative Anstrengungen, um dessen Inhalte zu harmonisieren.

Potestas, von *potis* und *posse*, steht für eine vertikale Sichtweise der Macht aus der Perspektive der Gemeinschaft.³⁶ Es handelt sich um eine Form der Macht, die einseitig von oben nach unten ausgerichtet ist, ohne dass das Objekt, auf das diese Macht gerichtet ist (sei es eine Sache oder eine Person), die Natur der Macht selbst beeinflusst. Die Grundidee ist die einer umfassenden Herrschaft über die *familia proprio iure*, ohne dass dabei Vermögenswerte eine Rolle spielen.

Manus drückt hingegen eine andere Vorstellung von Macht aus, nämlich als konkreter natürlicher Ausdruck einer Sphäre der Kontrolle über die Realität, die durch den symbolischen Wert der „Hand“ hervorgerufen wird.³⁷ Es handelt sich um eine metonymische Verwendung, die mit einer Vorstellung von der natürlichen Kraft des Menschen verbunden ist. Formen des Anhäufens von Dingen wären als solche keine Auferlegung oder Entziehung der Macht namens *manus*, wie bei Menschen (*manus iniectio* und *manumissio*), sondern Ausdruck einer dynamischen Vorstellung des Greifens mit der „Hand“ (*manu capere, Mancipium*).

³³ Wenck, in: Haubold, *Opuscula academica*, 1825, XXXVIII–XXXIX; Mommsen, in: Krueger/Mommsen/Studemund (Hrsg.), *Collectio librorum iuris anteianianorum*, Bd. 3, 1890, 96.

³⁴ Gaudemet, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 2 (1953), 323.

³⁵ Valerius Probus *Notae iuris* 31, 1: MMP manu Mancipio potestate.

³⁶ Walde/Hofmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 1954, 347 (s.v. *possum*), 350 (s.v. *potis*).

³⁷ Orestano, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, 1967, 77 ff., der von „uno dei più antichi termini del vocabolario giuridico romano“ spricht (79).

Eine solche Verwendung findet sich in der *manumissio*, die sofortige und unwiderrufliche Auswirkungen auf die Aufhebung der *manus* hat. Ein weiteres Beispiel ist die *manus iniectio*, die gegenüber einem *iudicatus* oder einem *damnatus* ausgeübt werden kann. Dieser weit verbreiteten Auffassung, die eine andere Vorstellung von Macht als die *potestas* ausdrückt, steht historisch eine engere Bedeutung gegenüber. Diese beschränkt sich auf die *manus* über Frauen, unter anderem aufgrund der Ehe.

Schließlich vermittelt *mancipium*, eine von *manus* und *capere* abgeleitete Form,³⁸ ein dynamisches Bild „rituellen Greifens“ und drückt eine Vorstellung von Macht aus, die durch den feierlichen Akt des Erwerbs der *mancipatio* gekennzeichnet ist.

Im Vergleich zu den archaischen Formen der Aufhebung der väterlichen Macht ist der Tod das einzige und unumstößliche natürliche Prinzip, durch das die *potestas sui filii/ae familias* erlischt. Man muss auf die Neuerung der *emancipatio* warten, einen Akt, der künstlich die *potestas inter vivos* aufhebt und erst gegen Ende des 4. Jahrhunderts v. Chr. aufkam. Die drei *mancipationes*, die sich auf die Entscheidung der Dezemvirn stützen, befreien den *filius* zwar von der *potestas* des *pater*, machen ihn jedoch zugleich zu einer Person *in causa Mancipii* des *mancipio accipiens*. Die *emancipatio* setzt daher nicht nur die Lösung des Problems voraus, den *filius* vom *pater* zu befreien, sondern auch, ihn *sui iuris* zu machen, da sein neuer Status als Person *in causa Mancipii* überwunden werden muss.³⁹ Im Wesentlichen zeigt der komplexe Ablauf der *emancipatio* nicht nur, dass die väterliche *potestas* über Söhne und Töchter nicht übertragbar ist, sondern auch, dass die befreiende Wirkung der *manumissio*, die auf *personae serviles* und *personae in causa Mancipii* beschränkt ist, nicht auf den Sohn ausgedehnt, sondern nur instrumentell genutzt werden kann, indem der Status des Betroffenen von einem Sohn zu einer *persona in causa Mancipii* geändert wird. Es ist offensichtlich, dass die *interpretatio pontificum postdecemvirale*, die darauf abzielte, das Regime des *ter venum dicit* auf männliche Söhne zu beschränken und für alle anderen *alieni iuris* unter der väterlichen *potestas* deren Erlöschen *inter vivos* mit einer einzigen *mancipatio* zu gewähren, die Täuschung einer Überschneidung des Regimes zwischen *mancipium* und *potestas* hervorrief.

Es ist schwer vorstellbar, dass es hierbei zu einer funktionalen Spezialisierung des Regimes zwischen der Person *in potestate* und der Person *in Mancipio* gekommen ist, im Vergleich zu einem ursprünglichen gemeinsamen Regime für alle Personen, die der Herrschaft des *pater* unterstanden. Angemessen für eine solche Darstellung der *emancipatio* ist hingegen ein unüberwindbarer Konflikt zwischen verschiedenen Rechtsordnungen, der nicht durch die einheitliche Schaffung gemeinsamer Regeln gelöst wurde, sondern durch die Annäherung

³⁸ Walde/Hofmann (Fn. 36) unter v. *manceps*, 23.

³⁹ Siehe hierzu die Präzisierung von Paul. 11 ad ed. D. 4, 5, 3, 1: *Emancipato filio et ceteris personis capitis minutio manifesto accidit, cum emancipari nemo possit nisi in imaginariam servilem causam deductus: aliter atque cum servus manumittitur, quia servile caput nullum ius habet ideoque nec minui potest.*

(und nicht durch die Gleichstellung) des Rechts der spezifischen Position der Person in der Familiengemeinschaft.

Der Konflikt zwischen der *potestas* und der *manus* zeigt sich deutlich in der Stellung, die der *uxor* eingeräumt wird, die sich entscheidet, mit ihrem Ehemann *in manum* zu treten. Die Entscheidung der pontificalen Auslegung besteht darin, das Rechtssystem des *status* der *filia* auf die Ehefrau auszuweiten, jedoch nicht in Bezug auf die Identität (*uxor = filia*), sondern durch die Hervorhebung der Unterscheidung⁴⁰ mittels der Idee, dass die Ehefrau in der Familie des Ehemanns die Position der Tochter einnimmt (*locum filiae obtinere*).⁴¹ Ist der Ehemann nicht *pater familias*, sondern noch *filius familias*, so ist die Ehefrau, wenn sie zustimmt, mit ihm *in manum* zu treten, unabdingbar an den Ehemann-*filius* gebunden; nimmt jedoch die Position der Enkelin (*loco neptis*) des *pater familias* des Ehemanns ein (Gai. 2, 159).⁴²

Im Vergleich zu den archaischen Formen des *in manum convenire* (*usus* und *farreus*) passt die *interpretatio pontificum* das *gestum* der *mancipatio* an die *causa matrimonii* an und erfindet die *coemptio*, eine Handlung, die *manus* über die Frau zu begründen. Die Folge ist auch in diesem Fall die Anerkennung der Stellung der Frau als Tochter in der Familie des Ehemanns-*coemptor*. Wenn hingegen die *coemptio* von der Frau *fiduciae causa* vorgenommen wird, um nicht unter die Vormundschaft der Brüder zu fallen, wird das *locum filiae obtinere* konsequent ausgeschlossen, außer in dem Fall – der sehr bedeutsam und bezeichnend für die absorbierende Kraft der Berücksichtigung des konkreten Grundes der Handlung ist –, dass die *coemptio fiduciae causa* nicht konkret mit dem Ehemann selbst abgeschlossen wurde (Gai. 1, 113–115b).

2. *Interpretatio pontificum*

Die einheitliche Formulierung in der *vindicatio* und in der *mancipatio* kann kaum als Voraussetzung für die funktionale Fragmentierung des differenzierten Wortschatzes der Macht des *pater familias* angesehen werden, sondern ist vielmehr eine rechtspolitische Entscheidung, die auf die komplexe Darstellung der Machtformen des *pater familias* folgt.⁴³ Es handelt sich um eine Dynamik, die höchstwahrscheinlich seit der Stadtgründung in den schwierigen Aufbau eines *ius civile* eingebunden war, der durch priesterliches Wissen verwirklicht wurde. Dadurch gelingt es, ein einheitliches und allgemeines *agere (lege)*⁴⁴ gegenüber den unterschiedlichen Gewohnheitsformen der Macht der *patres* aufzubauen.

Ein Beweis für diese raffinierte Lösung des priesterlichen Wissens, die auf der Ebene des *vindicatio* die Machtformen des *pater* vereinheitlicht, ohne sie aus-

⁴⁰ Piro, „Usu“ in manum convenire, 1994, 71: „il senso proprio di sottolineare una distinzione e non già un'identità“.

⁴¹ Coll. 16, 2, 3; Ulp. Ep. 22, 14.

⁴² Idem iuris est et in uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est, et in nuru, quae in manu filii est, quia neptis loco est.

⁴³ Capogrossi Colognesi (Fn. 18), 262.

⁴⁴ Gai. 4, 16.

zulöschen oder zu homologieren, ist das *secundum suam causam*.⁴⁵ Die Vorhersage einer „offenen“ Grundlage für die Bestätigung der Zugehörigkeit zeigt die bewusste Entscheidung, ein offenes Raster zu schaffen, das die verschiedenen Ursachen (*secundum suam causam*) des *meum esse aio ex iure Quiritium* (*potestas manus Mancipium*) erfasst, die alle zu einer Behauptung des *meum esse ex iure Quiritium* im gemeinsamen Kontext des *ius* von *Quirites* führen konnten.

Um es kurz zu sagen: In der neuen Realität der Stadt fand das übliche Geflecht der Machtformen der *patres* seinen nicht-homologierenden Schlüssel in der Errichtung einer einheitlichen *vindicatio* für die verschiedenen Machtregime.

Dies wirft auch ein weiteres Licht auf die Nicht-Existenz einer archaischen Vorstellung von „Absolutheit“, die Max Kaser mit dem treffenden Bild eines „relativen Eigentums“ erfasst hat. Nach dem ersten Verkauf des *filius* seien die widersprüchlichen Behauptungen der „Zugehörigkeit“ auf der Ebene der Klage aufeinandergetroffen, wobei der *pater* den *homo* als *filius in potestate* und der *accipiens* den *homo* als *persona in Mancipio* beansprucht habe. Sei die Rückforderung vor der *manumissio* des *filius in Mancipio* des *accipiens* erfolgt, hätte die Vorrangstellung des *meum esse ex iure Quiritium* des letzteren gegenüber dem Vater keine Ablehnung des *meum esse ex iure Quiritium* des zweiten zur Folge gehabt, sondern nur die konkrete Vorrangstellung der Position des *Mancipio accipiens* gegenüber der *potestas* des Vaters bis zur *manumissio* des *filius in Mancipio*. Ähnliche Situationen sind im Bereich der Kollision zwischen *manus* und *potestas* denkbar.

III. Die Kategorie des *dominium*

In Bezug auf dieses Bild lässt sich anhand der uns vorliegenden Quellen die Herausarbeitung der Kategorien *dominium* und *possessio* im 2. bis 1. Jahrhundert v. Chr. erkennen, wobei ich mich in diesem Beitrag auf das *dominium* beschränke. Aus den uns vorliegenden Quellen geht hervor, dass dieses eine wichtige Aufwertung erfahren hat, die durch eine der Logik des *agere* innewohnende Grundlage bedingt ist. Die Beibehaltung der archaischen Sprachformel *meum esse ex iure Quiritium* in der Anpassung der Formel der *rei vindicatio* an die dritte Person (*Si paret fundum quo de agitur ex iure Quiritium A. Agerii esse*) ist ein Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem formelhaften Schutz der *iura in re aliena*.⁴⁶ Dies liefert eine wesentliche Grundlage für die Identifizierung einer spezifischen Rechtsfigur, die die „Zugehörigkeit“ des Gegenstands der *vindicatio* mit einer petitorischen Formel geltend machen kann. Dieser Vorgang ist ein Beweis für eine kultivierte Vermittlung im Übergang von den *certa verba* zu den

⁴⁵ Corbino, Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù, 1981; Corbino, in: Cortese (Hrsg.), La proprietà e le proprietà. Atti Pontignano, 1988, 3 ff.

⁴⁶ Für die Syntagma *ius esse (uti frui/ire agere/aquam ducere) – ius non esse (aedes suas altius tollere invito)* entscheidend ist; siehe Mantovani, Le formule del processo privato romano, 1999, 40–44.

concepta verba der *vindicatio*; eine Vermittlung, die nur eine Folge der Tätigkeit der Juristen und nicht des Prätors sein kann, da erstere die einzigen sind, die die für den Wandel geeigneten terminologischen und konzeptuellen Kategorien in der Kontinuität der im Wesentlichen betroffenen Rechtsordnungen bewahren.

Die Rechtswissenschaft der späten Republik tendiert dazu, die Macht über *res* und *servi* (im Gegensatz zur Macht über freie Menschen) mit einem einzigen Begriff auszudrücken; eine sprachliche Entscheidung, die an die Position des Herrn im *domus*, den *dom(i)nus*, erinnert, der das *dom(i)nium* im *domus* ausübt⁴⁷. Die Herausarbeitung der Kategorie des *dominium* drückt die „Zugehörigkeit“ *ex iure Quiritium* der petitorischen Formel aus. Dies ist die Voraussetzung, um die Viskosität des archaischen Modells zu überwinden, indem man sich davon löst und eine wirksame Ausdrucksform findet, die neue und anpassungsfähige Fähigkeiten demonstriert. *Dominium* ermöglicht es Juristen, auch sehr unterschiedliche „formale“ Schemata miteinander zu verbinden, wie das ausschließlich vom Prätor geschützte *in bonis habere* oder das Eigentumsrecht des *populus Romanus* oder des Kaisers an den Provinzgebieten (Gai. 2, 40; 2, 7)⁴⁸.

Und nicht nur das: Aus rechtlicher Sicht wird (mit dem Potenzial, diese zu übertreffen) neben einer sehr persönlichen Charakterisierung der Herrschaft des *pater familias*, die ein Rechtssystem mit sich brachte, das sich am binären Modell von Konstituierung und Erlöschen, Nichtübertragbarkeit und Zirkularität orientierte, die Idee der Eigentümerschaft in vermögensrechtlicher Funktion mit einer Erweiterung der Möglichkeiten der Zirkulation und Übertragung gestellt. Es handelt sich um gegensätzliche Modelle, die in einem Verhältnis der Diskontinuität stehen und nicht als Ableitung voneinander interpretiert werden können. Es handelt sich um zwei Perspektiven, die Ausdruck zweier historisch weit voneinander entfernter Welten sind, nämlich der archaischen Familienrechtsordnung und des kosmopolitischen, und im Mittelmeerraum hegemonialen Roms.

Für Max Kaser, der sich auch auf den Eintrag im *Thesaurus linguae Latinae* stützte, ist die älteste Verwendung von *dominium* in einem juristischen Text bei Labeo (Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 18, 1, 80, 3) zu finden.⁴⁹

Capogrossi Colognesi schlug, unter Berücksichtigung der Verwendung des Wortes *dominium* in einem Text von Alfenus Varus (Paul. 4 *epit. Alf. dig.* D. 8, 3, 30)⁵⁰, eine etwas frühere Datierung vor.

Vielleicht ist ein weiterer kleiner Schritt zurück in die Vergangenheit möglich.

⁴⁷ Walde/Hofmann (Fn. 36), 367.

⁴⁸ Gai. 2, 40: [...] sed postea diuisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. Gai. 2, 7: Sed in prouinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est uel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere uidemur.

⁴⁹ Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 18, 1, 80, 3: Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.; Kaser (Fn. 8), 309 Fn. 17.

⁵⁰ Capogrossi Colognesi (Fn. 18), 493–494.

Paul. 50 *ad ed.* D. 40, 12, 23 pr.

Si usum fructum tibi vendidero liberi hominis et [in iure] cessero, servum effici eum dicebat Quintus Mucius, sed dominium ita demum fieri meum, si bona fide vendidissem, alioquin sine domino fore.⁵¹

Das *Responsum* von Quintus Mucius Scaevola bezieht sich auf den Verkauf des Nießbrauchs eines *homo liber* mit gleichzeitiger *in iure cessio*. Die Annahme einer Beteiligung des freien Mannes am festgelegten Preis erfordert die Streichung der in der Stellungnahme von Mucius grundlegenden Angabe der Gutgläubigkeit des Verkäufers. Der Kern des Problems liegt in einer Frage der Gerechtigkeit im Zusammenhang mit einem möglichen Betrug zum Nachteil des Käufers, verbunden mit einer eminent rechtlichen Frage, nämlich der, ob dadurch der Sklavenstatus über einen freien Menschen begründet wurde (*servum effici eum*).⁵²

Die von Quintus Mucius vorgeschlagene Lösung unterstreicht die Notwendigkeit, die „Macht“ des *dominus* gegenüber dem Inhaber des *ius in re aliena* deutlich zum Ausdruck zu bringen. Dabei spielt er wahrscheinlich auf die ursprünglichen Kontexte (*usus fructus-dominium*) an.

Aus dieser Sicht erhält die spätere Aussage des Juristen eine kohärente Bedeutung. Die Verwendung des Substantivs *dominium* ist in der Tat perfekt geeignet für einen Fall, in dem kein konkreter *dominus* existiert.

Um den Freien durch die Vollendung der *in iure cessio* seines *usufructus* zum *servus* zu machen, scheint sich die Suche nach einem *dominus* in einem Fall aufzudrängen, in dem es *in re ipsa* keinen *dominus* gibt. Daher ist eine Terminologie wichtig, die den autonomen Inhalt der Idee des Eigentums vom konkreten Eigentümer erfasst, um sich die Macht des Verkäufers-*non dominus* in gutem Glauben über den Menschen im Nießbrauch vorzustellen. Diese Tatsache wird durch den gegenteiligen Fall bestätigt. Wenn der Verkäufer nämlich nicht in gutem Glauben handelt, so schützt die vom Juristen vorgeschlagene Lösung ausschließlich das Interesse des Nießbraucherwerbers, indem sie das Oxymoron des *servus sine domino* vorsieht, eines Sklaven also, der zum *dominium* steht wie die ruhende Erbschaft zur Nachfolge.

Eine sehr bemerkenswerte Verwendung des Begriffs *dominium* findet sich in Bezug auf die *servitus aquae*.

Paul. 4 *epit. Alf. dig.* D. 8, 3, 30

Qui duo praedia habebat, in unius venditione aquam, quae in fundo nascebatur, et circa eam aquam late decem pedes exceperat: quaesitum est, utrum dominium loci ad eum pertineat an ut per eum locum accedere possit. respondit, si ita recepisset: „circa eam aquam late pedes decem“, iter dumtaxat videri venditoris esse.

⁵¹ Zu den Problemen der Textwiederherstellung und zur Diskussion der bisherigen Bibliografie siehe Stolfi, in: *Ferrary/Schiavone/Stolfi*, Quintus Mucius Scaevola. Opera, 2018, 150–151 (Text und Übersetzung), 315–317 (Kommentar).

⁵² S. Capogrossi Colognesi (Fn. 18), 71 ff. und Mannino, La tolleranza dell'usus iuris nell'esperienza giuridica romana, 2001, 102 ff.

In diesem Fall behielt sich der Verkäufer bei der Veräußerung eines seiner beiden Grundstücke eine Wasserquelle (*fons aquae*) vor. Für Alfenus (oder vielleicht Servius Sulpicius) scheint der klare Ausschluss einer *interpretatio* der Klausel im Sinne einer Vorbehaltung des *dominium loci* (des *fons aquae*) durch die Vorbehaltung von zehn Fuß um die Quelle bestätigt zu werden, wodurch dem Verkäufer nur das Recht eingeräumt wurde, zu Fuß Zugang zu erhalten (*iter*), um das notwendige Wasser zu entnehmen. Für Alfenus (oder Servius) muss die Klausel nicht im Sinne eines Vorbehalts des *dominium loci*, sondern im Sinne eines Vorbehalts von zehn Fuß um die Quelle bestätigen. Dadurch hat der Verkäufer nur das Recht zu Fuß Zugang zu erhalten (*iter*), um das notwendige Wasser zu entnehmen⁵³. *Dominium* und *iter* sind die beiden konzeptionellen Pole der Argumentation.

Das *dominium* ermöglicht es, andere Schemata in die neue Kategorie zu übernehmen. Der nachfolgenden Rechtstradition lieferte dies einen lexikalischen Bezugspunkt, der auf neue funktionale Aspekte angewendet werden konnte. Die neue Kategorie des *dominium* ermöglicht das, was die Viskosität des Schemas der *formula* verhinderte. Das *dominium* in seiner pluralistischen Form, das eine durch Relativität und Nicht-Absolutheit gekennzeichnete Zugehörigkeit suggeriert, gleicht gegensätzlichen Interessen aus, die zu nicht-exklusiven Wertentscheidungen führen können.⁵⁴ Es übergibt der nachfolgenden Rechtstradition einen Samen, der reich an Entwicklungsperspektiven ist, und schafft einen konzeptuellen Lebensraum, in dem die Komplexität des Mittelalters die Konstruktion weiter bereichern kann.

⁵³ Siehe *Capogrossi Colognesi* (Fn. 18), 71 ff.

⁵⁴ Basierend auf Alf. 6 dig. D. 6, 1, 57. *Schermaier* (Fn. 9), 91.

Der Genozidbegriff im rechtlichen und öffentlichen Diskurs¹

Oliver Diggelmann

I. Einleitung

Als das „Massaker von Butcha“ im Frühjahr 2022 bekannt wurde, sprach der damalige US-Präsident Joe Biden von Genozid.² Russische Streitkräfte hatten in der Stadt nahe Kyjiws rund 450 Personen gefoltert, vergewaltigt und teilweise willkürlich erschossen. Knochen waren gebrochen, Beine durchschossen und Zähne herausgebrochen worden. Bilder des Grauens gingen um die Welt. Der US-Präsident verwandte den Begriff „Genozid“ wie ein Synonym für Massenverbrechen von besonderer Brutalität. Kurz darauf – nachdem die Medien über die Aussage berichtet hatten – korrigierte Biden sich. Die internationalen Juristen sollten entscheiden, ob es sich um Genozid handle, für ihn sehe es danach aus.³ Bidens juristische Berater dürften ihn zum Rückzieher gedrängt haben. Die Kluft zwischen allgemeinem und juristischem Begriffsverständnis war ihnen wohl bekannt. Ebenso, dass die geweckten Erwartungen bei einer allfälligen gerichtlichen Beurteilung nahezu mit Gewissheit enttäuscht würden. Biden hatte die Differenz zwischen rechtlichem und landläufigem Verständnis des Genozidbegriffs ignoriert. Mit der Wortwahl wollte er den Umgang mit den Verbrechen beeinflussen. Das Auseinanderklaffen zwischen beiden Begriffsverständnissen steht im Mittelpunkt dieses essayistischen Texts, der meinem Zürcher Fakultätskollegen Wolfgang Ernst gewidmet ist; er hat in eindrucklicher Weise über das Zusammenspiel von rechtlichen Konzepten und Geschichte nachgedacht und die zuweilen entscheidende Rolle des Rechts herausgearbeitet.⁴

¹ Dieser Text ist gekürzt als Zeitungsartikel erschienen: *Diggelmann*, Die Psychologie des Genozidbegriffs, Tagesanzeiger 11.6.2025.

² Wörtlich sagte *Biden*: „Your family budget, your ability to fill up your tank – none of it should hinge on whether a dictator declares war and commits genocide a half a world away.“.

³ Zur Relativierung durch Biden: *Sands*, What the Inventor of the Word „Genocide“ Might Have Said about Putin’s War, New York Times 28.4.2022.

⁴ *Ernst*, Vom Recht in der Weltgeschichte, Jacob Burckhardt-Gespräche auf Castelen, Bd. 40, 2023.

II. Weichenstellungen bei der juristischen Engführung

Bei der Engführung des Genozidbegriffs *als Rechtsterminus* spielten bis zum heutigen Tag zwei Weichenstellungen zentrale Rollen. Die erste war der Entscheid 1948, den Schutz von Gruppen durch die Genozid-Konvention auf bestimmte als „stabil“ begriffene Gruppen zu beschränken.⁵ An vier Gruppen kann ein Genozid begangen werden: an rassischen, ethnischen, nationalen und religiösen Gruppen. Nicht erwähnt im Katalog der Konvention sind die politischen Gruppen. Die stalinistische Sowjetunion, die Dissidenten konsequent verfolgte, stellte sich in diesem Punkt quer. Man wollte zudem generell eine hohe Schwelle bei diesem Verbrechen. Genozid sollte für sehr spezifische Konstellationen vorbehalten sein, in denen ein auf die Gruppe gerichtetes Vernichtungsmotiv die zentrale Rolle spielt. Spezifikum des Verbrechens ist daher das „Warum?“ des Handelns. Man verlangte – als *Proprium* – eine „Absicht ganzer oder teilweiser Vernichtung“ der geschützten Gruppe.⁶ Gemeint war eine Absicht physischer Zerstörung oder der Verhinderung von Fortpflanzung, sogenannt biologischer Vernichtung. Eine Absicht „bloß“ kultureller Auslöschung sollte dagegen nicht genügen.⁷ Die USA, die ihre „*First Nations*“ teilweise zwangsassimiliert hatten, hätten bei einer weiten Begriffsfassung, die auch die kulturelle Vernichtungsabsicht eingeschlossen hätte, viel zu befürchten gehabt. Dasselbe gilt für die europäischen Kolonialmächte. Unterdrückung und Assimilierung waren kennzeichnend für das weiterhin existierende Kolonialsystem, dessen Niedergang sich allmählich abzuzeichnen begann. Ein weit gefasster Genozidtatbestand lag schlicht nicht im Interesse der mächtigen Staaten nach dem Zweiten Weltkrieg. Mit dem Absichtserfordernis übertrug man ein Element aus dem Individualstrafrecht in die Konvention. Diese formuliert Pflichten von Staaten, deren Verletzung eine Staatenverantwortlichkeit auslöst. Wie eine solche genozidäre Absicht *bei Staaten* aber zu verstehen und nachzuweisen sei, wurde nicht festgelegt. Die Konvention wurde in relativ kurzer Zeit entworfen und ratifiziert. Bereits 1951 trat sie in Kraft. Die Praxis musste die Frage entscheiden.

Der für die Auslegung der Konvention zuständige Internationale Gerichtshof (IGH) hielt am Entscheid für eine hohe Schwelle fest. Er entschied sich, bildlich gesprochen, die Schleusen bei Genozid als Rechtsbegriff nur wenig offen

⁵ Dem Katalog liegt die Idee der Unterscheidbarkeit stabiler Gruppen einerseits und fluktuierender bzw. mobiler Gruppen andererseits zugrunde. Einer der zentralen Kritikpunkte betrifft diese Beschränkung auf einen *numerus clausus* und insbesondere der Nichteinbezug politischer Gruppen, da sog. „*mass atrocities*“ oft an solchen begangen werden.

⁶ Für eine kurze Übersicht über die Problematik der Auslegung des *dolus specialis*: Diggelmann/Emery/Rüfli, *Swiss Review of International and European Law* 2025, Special Issue, 57–61.

⁷ Der Nichteinbezug der kulturellen Vernichtungsabsicht erfolgte gegen den Willen *Raphael Lemkins*, der den Tatbestand 1944 in seinem Buch „*Axis Rule in Occupied Europe*“ entwickelt hatte. Die wichtigste Folge des Nichteinbezugs besteht darin, dass bei einer „bloß“ kulturellen Vernichtungsabsicht eine ganze Gruppenkultur und die Identität der Gruppe verschwinden kann, ohne dass Genozid im rechtlichen Sinn vorliegt. Opfer von „kulturellem Genozid“ kritisieren diesen Widerspruch regelmäßig.

zu halten. Der IGH, der für Klagen von Staaten gegen Staaten zuständig ist, befasste sich allerdings erst nach Ende des Kalten Kriegs zum ersten Mal mit der Auslegung des Verbrechens. Jahrzehnte nach Annahme der Konvention hätte er durchaus auch eine andere Position einnehmen und die Schwelle etwas absenken können. Er wollte den früheren Entscheid der Vertragsstaaten aber nicht antasten und stellte in seiner Praxis sehr hohe Anforderungen an den Nachweis der genozidären Absicht.⁸ Zu hohe, wurde und wird teilweise kritisiert, denn bis heute hat der IGH noch nie einen Genozid durch einen Staat festgestellt. Die beiden einschlägigen Urteile betrafen die Jugoslawienkriege; in beiden verneinte der Gerichtshof die genozidäre Absicht. Bei der Klage Bosnien-Herzegowinas gegen Serbien und Montenegro konstatierte er zwar, Serbien habe seine Pflicht zur Verhinderung des Völkermords in Bosnien verletzt.⁹ Es habe nicht das ihm Mögliche getan, um den Völkermord von Srebrenica zu verhindern. Serbien als Staat aber beging gemäß IGH keinen Genozid. Die Klage Kroatiens gegen Serbien war gänzlich erfolglos. Sie war vor allem wegen der Verbrechen von Vukovar geführt worden.¹⁰ Serbische Einheiten hatten unter anderem mehr als 250 Patienten aus einem Spital entführt und auf einer Farm gefoltert und getötet. In Serbien wurde das Urteil teilweise wie ein Sieg gefeiert.

III. Aufgehobenheit leidvoller Gruppenschicksale

Opfer schwerster Verbrechen an Gruppen fordern heute regelmäßig Anerkennung als Genozidopfer. Anklagebehörden internationaler Strafgerichte, ebenso wie NGOs, machen diese Erfahrung insbesondere seit den 1990er-Jahren immer wieder.¹¹ Auch Unterstützer und Sympathisanten von Opfergruppen erheben diese Forderung, und oft scheint dabei keine Rolle zu spielen, dass rechtlich zwischen „Genozid“, „Kriegsverbrechen“ und „Verbrechen gegen die Mensch-

⁸ Der IGH-Richter *Georg Nolte* fasste diese Praxis 2024 in einer „Declaration“ im Rahmen vorsorglicher Maßnahmen zur Klage Südafrikas gegen Israel zusammen: Bei Fehlen eines „allgemeinen Planes“ könne nur dann aufgrund eines Verhaltensmusters auf die Vernichtungsabsicht im Sinne der Konvention geschlossen werden, wenn dies die „einzige vernünftige Folgerung“ („only reasonable inference“) darstelle: ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Provisional Measures, Order of 26 January 2024, Declaration of Judge Nolte, I.C.J. Reports 2024, 3, 57, § 8.

⁹ ICJ, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, 26 February 2007, I.C.J. Reports 2007, 43.

¹⁰ ICJ, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, 3 February 2015, I.C.J. Reports 2015, 3.

¹¹ Der Aufstieg des Genozidbegriffs zum „*crime of crimes*“ in der allgemeinen Wahrnehmung begann bereits kurz nach der Schaffung der Genozidkonvention. 1949 wurden in den USA „Jim-Crow“-Gesetze als Teil eines Genozids kritisiert, und in den postkolonialen Bürgerkriegen war der Begriff Teil des Standardvokabulars. Beispiele sind etwa der Biafra-Krieg ab 1967 und die Sezession Bangladeschs von Pakistan 1971. Nach Ende der Franco-Diktatur in Spanien sprachen zudem katalanische Separatisten von „kulturellem Genozid“.

lichkeit“ keine Hierarchie besteht. Keines der drei Verbrechen ist das schwerere aus Sicht des Rechts. Der Begriff „Genozid“ aber vermag etwas Zentrales einzufangen, was die anderen nicht können, nämlich den genuin politischen Charakter von Großverbrechen „von Gruppen an Gruppen“. Genozid ist ein wasserdichter Begriff gegen das Schönreden politischer Ziele durch die Tätergruppe. Er steht in der öffentlichen Wahrnehmung für das schlimmste Mittel im Ringen um Territorien und Ressourcen. Er verleiht der Opfergruppe einen geschichtlichen Status. Der Begriff soll die Gruppe weit sichtbar über die vielen anderen Opfergruppen herausheben. Alle kennen etwa die von den *ad-hoc*-Straftribunalen für das frühere Jugoslawien und Rwanda festgestellten Genozide von Srebrenica und Rwanda.¹² Viele kennen die Opferzahlen, die in den Medien regelmäßig wiederholt werden. Wer aber in Europa weiß etwas von den – gemäß Schätzungen – 5.4 Millionen Toten in den Bürgerkriegen in der Demokratischen Republik Kongo seit den 1990er-Jahren? Auch dies ist eine Zahl des Horrors. Für das Leid einer Mutter ist es einerlei, ob ihr Kind mit der Absicht der Gruppenvernichtung oder aus einer Laune eines Soldaten heraus getötet wurde. Anerkennung als Genozid erst macht ein Verbrechen in der allgemeinen Wahrnehmung aber zum schlimmsten aller Zivilisationsbrüche, der maximale Aufmerksamkeit generiert. Deswegen kämpfen Opfer – oft in verständlicher Blindwut oder Verzweiflung – für ihren Status als Genozidopfer.

Der Erfinder des Genozidbegriffs, Raphael Lemkin, dürfte die Kraft seiner Schöpfung erahnt haben. Er hatte neben Recht auch Philosophie und Linguistik studiert und besaß ein feines Gespür für die Macht der Sprache. „*Genos*“ – griechisch für „Volk“ – verweist auf die existentielle Angewiesenheit des Menschen auf seine Gruppe. Die Grade unserer Abhängigkeit mögen variieren, die Abhängigkeit an sich aber ist Teil der *conditio humana*. Die Gruppe ist Teil unserer Identität. Die Endung „*cide*“ – von lateinisch „*caedere*“: fällen, töten – macht sodann das religiöse und gesellschaftliche Tötungstabu zum Begriffsbestandteil. Der Neologismus, in dem Bilder von Auschwitz wie auch das sechste Gebot von Juden- und Christentum aufbewahrt sind, setzt eine religiöse Saite in Schwingung. Den Begriff des Genozids umweht etwas Mythisches.¹³ Unzulässig vereinfacht: Kriegsverbrechen kommen im Diesseits vor, Völkermord aber darf es auf dieser Welt einfach nicht geben.

IV. Vereindeutigung und Immunisierung

Die problematischsten Seiten des Genozidbegriffs dürften den meisten wenig bewusst sein. Philippe Sands hat sie in seinem großen Buch „*East West Street*“

¹² Erstmals anerkannt in den Urteilen: ICTY, Prosecutor v. Radislav Krstić, IT-98-33-T, Trial Chamber, Judgement, 2 August 2001 (weitergezogen an die Appeals Chamber: Prosecutor v. Radislav Krstić, IT-98-33-A, Appeals Chamber, Judgement, 19 April 2004); ICTR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, Trial Chamber, Judgement, 2 September 1998.

¹³ Der Begriff ist auch schon als Trauermetapher bezeichnet worden: *Payam*, McGill Law Journal 62 (2016), 243–270.

angesprochen,¹⁴ und an seine Überlegungen soll hier angeknüpft werden. Zu nennen ist insbesondere, dass der Begriff zwischen Täter- und Opfergruppe unterscheidet. So können die Rollen involvierter Gruppen auch in komplexen Konflikten rasch in Gut und Böse eingeteilt werden. Eine solche Unterscheidung, mag man einwenden, ist mit Blick auf den Völkermord an den europäischen Juden nicht zu beanstanden; auch für den Genozid an den Armeniern oder den Herero und Nama lässt sich dies wohl ohne Weiteres sagen. Bei komplexeren historischen Geschehen aber, in denen Ursachen und Wirkungen von Gewalt oft schwer auseinanderzuhalten sind und ineinander übergehen, wird die Vereindeutigung selbst zum Problem.

Kann man im Fall des Israel-Palästina- oder des Gaza-Konflikts von einer klaren Täter- und einer eindeutigen Opfergruppe sprechen? Es gehört zu den dunklen Seiten des Genozidbegriffs, dass er vereinfachende Lesarten leidvoller und hochkomplexer Gruppengeschichten alimentiert. Mit der Vereinfachung einher geht ein psychischer Gewinn in Form der Entlastung von bedrängenden Fragen, vor allem von jener nach der eigenen Verantwortung für schweres Leid auf der Gegenseite. Diese Entlastung kann blind machen. Manche Unterstützer der Palästinenser sehen nur die israelische Militäroperation und darin einen Genozid; die Angriffe vom 7. Oktober 2023 verkommen in dieser Sichtweise leicht zur Fußnote. Manche in Israel halten dagegen die Vorstellung, dieses könne selbst einen Genozid begehen, für schlicht abwegig. Sie sehen in der Idee eines genozidären Israel einen Widerspruch in sich. Als immunisiere der historische Opferstatus generell und über die Zeit hinweg gegen den Vorwurf der Täterrolle. Der Genozidbegriff arbeitet mit seinem Gruppendenken einer Minderung des Willens zur kritischen Selbstreflexion und indirekt wohl einer Dämonisierung der anderen Gruppe zu. Wir gegen sie – gegen sie alle und um jeden Preis.

V. Anzeichen einer Praxisänderung?

Der Internationale Gerichtshof ist zurzeit mit mehreren Staatenklagen betreffend Genozid befasst.¹⁵ Es ist die Klage der Stunde, obschon noch nie in einem Urteil ein Genozid durch einen Staat festgestellt wurde. Allein schon die Prozessführung – das Ringen um den Gral – scheint für klagende Staaten vorteilhaft mit Blick auf ihre Wahrnehmung in der internationalen Medienarena. Sollte der Gerichtshof an seiner restriktiven Lesart des Verbrechens festhalten, so erscheint das Erreichen der Schwelle allerdings außerordentlich schwer bis gar unmöglich. Die Absicht der Vernichtung der Gruppe muss – so der Kern der bis-

¹⁴ Sands, Rückkehr nach Lemberg, 2018, 491–505.

¹⁵ Besonders interessant im Licht konzeptioneller Fragen ist die Klage Gambias gegen Myanmar, hinter der die Organisation für Islamische Zusammenarbeit (OIC) steht und bei der es um Verbrechen an der islamischen Minderheit der Rohingya geht: ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures, 11 November 2019, I.C.J. General List No. 178.

herigen Rechtsprechung – als einzige vernünftige Schlussfolgerung erscheinen, keine andere darf sich aufdrängen. Das ist höchstens in einer absoluten Ausnahmekonstellation der Fall; in menschlichem Handeln, nicht zuletzt in Konflikten, überlagern sich Motive oft in diffuser Weise.

Der Druck in Richtung Ausweitung des rechtlichen Genozidbegriffs aber ist beträchtlich. Nicht nur wegen der Opfergruppen und ihrer Unterstützer sowie Teilen der Medienöffentlichkeit, die prinzipiell am Außergewöhnlichen interessiert ist. Auch etwa Staaten des globalen Südens¹⁶ – und keineswegs nur sie –¹⁷ machen aktiv Eingaben in laufenden Verfahren. Allenfalls könnte dies ein Indiz für einen Wandel in der Staatenpraxis zu dieser Frage sein, ein Anzeichen für den Wunsch nach einer Ausweitung des rechtlichen Genozidbegriffs. Zu fragen ist allerdings, ob eine solche Ausweitung ein Fortschritt wäre. Es wäre absehbar, dass der „Run“ auf den Status des Genozidopfers noch intensiver würde, und wer ihn nicht bekommt, würde sich noch mehr als Verlierer fühlen. Das Gruppendenken würde eine weitere Energiezufuhr erfahren. Für solches Denken gibt es gute Gründe, die Raphael Lemkin helllichtig herausgearbeitet hat; das ist sein unbestreitbares Verdienst. Aber es gibt auch starke dagegen. Der wichtigste ist vielleicht: Keine Gruppe ist homogen. In Tätergruppen gibt es viele, die die Verbrechen aus tiefem Herzen ablehnen, und in Opfergruppen sind oft viele selbst Täter. Gruppendenken hat einen hohen Preis. Am Ende werden Verbrechen doch immer von Menschen an Menschen begangen.

¹⁶ Beispiel: ICJ, Declaration of Intervention of the Democratic Republic of the Congo (The Gambia v. Myanmar), Intervention, 10 December 2024.

¹⁷ Im Fall „Gambia gegen Myanmar“ ist insbesondere eine Intervention nach Art. 63 Abs. 2 IGH-Statut von besonderem Interesse. Kanada, Dänemark, Frankreich, Deutschland, die Niederlande und das Vereinigte Königreich fordern namentlich, dass sexuelle und geschlechterspezifische Gewalt als mögliche genozidäre Handlung anerkannt und bei Prüfung der genozidären Absicht ein ausgewogener Maßstab gewählt werde: ICJ, Joint Declaration of Intervention of Canada, the Kingdom of Denmark, the French Republic, the Federal Republic of Germany, the Kingdom of the Netherlands, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (The Gambia v. Myanmar), Intervention, 15 November 2023, §§ 26–28 und §§ 51 f.

Rechtsprechung durch „Künstliche Intelligenz“¹

Tanja Domej

I. Problemstellung

In den 1830er Jahren entwickelte der englische Mathematiker, Philosoph und Erfinder Charles Babbage das Konzept der *Analytical Engine*, eines Computers für allgemeine Anwendungen, der grundsätzlich jeden beliebigen Algorithmus ausführen hätte können.² Wäre das Recht ein System, in dem individuell-konkrete Verfügungen durch generell-abstrakte Normen vollständig determiniert wären und es auf jede Rechtsfrage nur eine einzige vertretbare Antwort gäbe, so könnte man die *Analytical Engine* und ihre heute real existierenden Nachfolger theoretisch auch so programmieren, dass sie generell-abstrakte Normen auf individuell-konkrete Sachverhalte anwenden könnten.

Sollte die Vorstellung, der Richter als „bouche de la loi“³ solle bei der Rechtsanwendung wie ein „Subsumtionsautomat“ agieren, je mehr als ein Strohmann gewesen sein, so begannen sich jedenfalls schon Babbages juristische Zeitgenossen davon abzugrenzen.⁴ Spätestens im frühen 20. Jahrhundert hatte sich weit hin die Sichtweise durchgesetzt, dass die richterliche Tätigkeit auch ein rechtsschöpfendes Element umfasst.⁵ Diese grundsätzliche Einsicht verbindet ganz unterschiedliche rechtstheoretische Schulen.⁶ Sie ist nicht gleichzusetzen mit methodischem Nihilismus. Gewiss gibt es viele Fälle, in denen alle methodisch korrekt vorgehenden Rechtsanwender zum selben Ergebnis kommen. Zudem ist der Kreis vertretbarer Entscheidungen auch abseits dieser Fälle beschränkt.

¹ Der Beitrag beruht auf einem Vortrag im Rahmen der Ringvorlesung „Künstliche Jurisprudenz?!“ an der Universität Zürich im Herbstsemester 2025. Ich danke MLaw *Maxime Aloisius* für die Unterstützung bei der Materialbeschaffung.

² Detaillierte Beschreibung bei *Bromley*, *Annals of the History of Computing* 4/3 (1982), 196 ff., <https://doi.org/10.1109/MAHC.1982.10028> (8.1.2026).

³ *Charles Louis de Secondat de Montesquieu*, *De l'esprit des loix*, Genf 1748, XI.6 (332); Digitalisiert unter <https://www.digitale-sammlungen.de/view/bsb10771555?page=368> (8.1.2026).

⁴ Hierzu *Günzl*, *JZ* 2019, 180 ff.; eingehend zum Richterbild des 19. Jahrhunderts *Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, 1986.

⁵ Der Begriff der richterlichen Rechtsschöpfung umfasst in diesem Kontext auch die Entscheidung für eine von mehreren grundsätzlich denkbaren Auslegungen höherrangiger Normen, nicht bloß die Rechtsfortbildung.

⁶ Grundlegend *Bülow*, *Gesetz und Richteramt*, 1882, 2 ff.; aus der Lit. der ersten Hälfte des 20. Jh. exemplarisch *Heck*, *AcP* 112 (1914), 1, 21 ff.; *Merkel*, in: FS für Hans Kelsen, 1931, 252, 282 f.

Gleichwohl muss der Rechtsanwender häufig zwischen mehreren vertretbaren Entscheidungen eine Auswahl treffen.

Niklas Luhmann beschäftigt sich in seiner 1966 erstmals publizierten politikwissenschaftlichen Dissertation „Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung“ mit der Unterscheidung zwischen programmierbaren Entscheidungen und der dem Menschen vorbehaltenen eigenständigen juristischen Gedankenarbeit.⁷ Er geht davon aus, dass beim Einsatz automatisierter Entscheidungsverfahren zwangsläufig eine Funktions- und Arbeitsteilung zwischen Maschine und menschlichem Entscheider stattfindet.⁸ Bei generativen Sprachmodellen – sie sind heute meist gemeint, wenn im Kontext juristischer Arbeit von „Künstlicher Intelligenz“ bzw. „KI“ die Rede ist (ein problematischer Begriff, was hier jedoch nicht vertieft werden kann) – ist es aber nicht „nahezu ausgeschlossen, dass sie Entscheidungen treffen, die nicht auf menschliche Anweisung zurückgehen“⁹, wie es Luhmann noch annahm. Im Gegenteil zeichnen sich „KI-Systeme“ gerade dadurch aus, dass sie „nicht [...] auf ausschließlich von natürlichen Personen definierten Regeln für das automatische Ausführen von Operationen beruhen“ (so EwG 12 der KI-VO).

Während das primäre Einsatzgebiet für automatisierte Entscheidungsprozesse zunächst in der Verwaltung gesehen wurde, hat die breite Verfügbarkeit generativer Sprachmodelle in den letzten Jahren eine lebhafte Diskussion um den Einsatz von KI in der Justiz ausgelöst.¹⁰ Bereits 2018, vier Jahre vor dem 2022 durch die Freigabe von ChatGPT an die Öffentlichkeit ausgelösten Boom, ver-

⁷ Vor Luhmann hatte sich in den 1950er Jahren insbesondere Karl Zeidler, ein „Enkelschüler“ von Carl Schmitt, mit der Technisierung der Verwaltung und der rechtstheoretischen Erfassung automatisierter Verwaltungsakte befasst; vgl. dazu *Hüther/Lepej*, Journal der juristischen Zeitgeschichte 19 (2025), 47 ff.

⁸ *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 2. Aufl. 1997, 49 ff.

⁹ *Luhmann* (Fn. 8), 31.

¹⁰ Vgl. aus der reichhaltigen Lit. etwa *Enders*, JA 2018, 721 ff.; *Fries*, RW 2018, 414 ff.; *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758 ff.; *Gless/Wohlers*, in: FS für Urs Kindhäuser, 2019, 147 ff.; *Bobnet/Mariot*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 130 (2020) I, 199, 213 ff.; *Greco*, RW 2020, 29 ff.; *Huber/Giesecke*, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 19; *Reiling*, International Journal for Court Administration 11(2) (2020), Art. 8; *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020; *Rühl*, JZ 2020, 809, 815 ff.; *Eidenmüller/Wagner*, Law by Algorithm, 2021, 254 ff.; *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021; *Chatziathanassiou*, German Law Journal 23 (2022), 452 ff.; *G'sell*, in: DiMatteo/Poncibò/Cannarsa (Hrsg.), The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence, 2022, 347 ff.; *Althammer/Roth* (Hrsg.), Prozessuales Denken und Künstliche Intelligenz, 2023; *Guillaume* (Hrsg.), La technologie, l'humain et le droit, 2023; *Gless*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 142 (2023) I, 429 ff.; *Haberbeck*, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht 2023, 101 ff.; *Pfeil*, InTeR 2023, 129 ff.; *Vasel*, LTZ 2023, 179 ff.; *Kürsteiner*, Richterzeitung Justice – Justiz – Giustizia 2024/1; *Lötscher/Chevalley*, Aktuelle Juristische Praxis 2024, 1082, 1087 ff.; *Patrik Müller*, Richterzeitung Justice – Justiz – Giustizia 2024/4; *Paar*, Verfassungsrechtliche Grenzen des Einsatzes künstlicher Intelligenz in Gerichtsverfahren, 2024; *Gioia*, Rivista di diritto processuale 2025, 1338 ff.; *Gold/Reuß* et al., Abschlussbericht zum Forschungsprojekt Künstliche Intelligenz und richterliche Entscheidungsfindung, 2025, https://reus.eu/upload/maki_m1_abschlussbericht.pdf (8.1.2026); *Jabotinski/Lavi*, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal 35 (2025), 286 ff.; *M. Stürmer*, GPR 2025, 62 ff.; *P.F. Meier*, RW 2026 (im Erscheinen). Generell zur Digitalisierung des Zivilverfahrens etwa *Riehm/Dörr* (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, 2023.

abschiedete die Europäische Kommission für die Effizienz der Justiz (CEPEJ) die „Europäische Ethik-Charta über den Einsatz künstlicher Intelligenz in der Justiz und in ihrem Umfeld“.¹¹ Seither haben zahlreiche weitere Gremien Konzept- und Strategiepapiere sowie Leitfäden zu diesem Themenkreis vorgelegt.¹²

Bei KI-Anwendungen, die von Gerichten bereits eingesetzt werden, geht es bislang primär um die Automatisierung von administrativen Tätigkeiten, etwa mithilfe von Spracherkennungssoftware oder Anonymisierungstools; hinzu kommt teils die Extraktion von Daten oder Metadaten.¹³ Auch derartige Tools werfen rechtliche und ethische Herausforderungen auf; sie sind aber im Folgenden nicht gemeint, wenn von der Übertragung von Rechtsprechungsaufgaben auf Entscheidungsroboter die Rede ist. Ebenfalls außer Betracht bleibt eine KI-unterstützte außergerichtliche Streitbeilegung.

Berichte über eine vermeintlich weitgehende Automatisierung von Entscheidungsprozessen an ausländischen Gerichten sind mit einer gewissen Vorsicht zu genießen, wie die Geschichte von der angeblich geplanten Einführung von Entscheidungsrobotern in Estland lehrt,¹⁴ die sich als Zeitungsente erwiesen hat.¹⁵ Das mahnt auch zur Skepsis bei der ungeprüften Übernahme der medialen Darstellung des Einsatzes von KI an chinesischen „Smart Courts“,¹⁶ auch wenn China in diesem Bereich gewiss ein Vorreiter ist.¹⁷

¹¹ European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) (Hrsg.), European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c> (8.1.2026); nicht-amtliche deutsche Übersetzung: <https://rm.coe.int/charte-ethique-ia-en-allemand/16809fe3fe> (8.1.2026).

¹² Vgl. etwa für Deutschland das Grundlagenpapier „Einsatz von KI und algorithmischen Systemen in der Justiz“ zur 74. Jahrestagung der Präsidentinnen und Präsidenten der OLG, des KG, des BayObLG und des BGH 2022, https://justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/einsatz_von_ki_und_algorithmischen_systemen_in_der_justiz.pdf (8.1.2026) und die vom E-Justice-Rat vorgelegte „Strategie für den Einsatz von Künstlicher Intelligenz in der Justiz“ vom April 2025, https://hdr4.bmj.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Fachpublikationen/2025_KI_Strategie.pdf (8.1.2026). Aus US-Perspektive vgl. *Marchant*, Ohio Northern University Law Review 50 (2024), 473, 481 ff.

¹³ Zu den diversen (Pilot-)Projekten in diesem Bereich *Mielke/Wolff*, LTZ 2024, 144, 147 ff.; *Gold/Reuß* et al. (Fn. 10), 35 ff.

¹⁴ *Niiler*, Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks So, Wired 25.3.2019, <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/> (8.1.2026); die Behauptung floss unter anderem in einen 2021 erstellten Sachstandsbericht der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages zum Thema „Künstliche Intelligenz in der Justiz“ ein (WD 7 – 3000 – 017/21, 7).

¹⁵ Medienmitteilung des estnischen Ministeriums für Justiz und Digitale Angelegenheiten vom 16.2.2022, <https://www.justdigi.ee/en/news/estonia-does-not-develop-ai-judge> (8.1.2026).

¹⁶ Vgl. den mit „China uses AI to ‚improve‘ courts – with computers ‚correcting perceived human errors in a verdict‘ and JUDGES forced to submit a written explanation to the MACHINE if they disagree“ betitelten Beitrag von *Pleasance* in Daily Mail Online 13.7.2022, <https://www.dailymail.co.uk/news/article-11010077/Chinese-courts-allow-AI-make-rulings-charge-people-carry-punishments.html> (8.1.2026).

¹⁷ *Stern/Liebman/Roberts/A.Z. Wang*, Columbia Journal of Transnational Law 59 (2021), 515 ff.; *N. Wang/Tian*, in: Hanemaayer (Hrsg.), Artificial Intelligence and Its Discontents, 2022, 197, 211 f.; *Gioia*, Rivista di diritto processuale 2025, 1338, 1340; *Reiling/Papagianneas*, International Journal for Court Administration 16/1 (2025), Art. 2.

Immerhin wurden auch im deutschsprachigen Raum im Rahmen von Pilotprojekten schon Tools entwickelt, die Richter bei der Entscheidungsfindung oder zumindest bei der Strukturierung des Streitstoffs unterstützen sollen und als „Richterassistenz“ bezeichnet werden.¹⁸ Dass dafür gern an Frauennamen erinnernde Akronyme wie „FraUKe“, „OLGA“ oder „FRIDA“ gewählt werden, dürfte kein reiner Zufall sein.¹⁹ Ob und wann derartige Anwendungen flächendeckend ausgerollt werden, ist kaum prognostizierbar; die Mühen der Ebene sind nicht zu unterschätzen.²⁰ Immerhin ist nicht auszuschließen, dass künftig neue Strategien entwickelt werden, die den Ressourcenbedarf für die Entwicklung und Validierung von Entscheidungsrobotern deutlich reduzieren. In einem derart dynamischen Feld ist der heutige – bei allem Hype²¹ noch sehr unausgereifte – Stand der Technik kein Maßstab dafür, was künftig möglich werden könnte.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen

1. Zulässigkeit des KI-Einsatzes als Rechtsfrage

Die Diskussion über den Einsatz von KI in der Justiz wird häufig so geführt, als ginge es primär um eine Frage der Ethik. Verfassungsrechtliche Institutionengarantien und Justizgrundrechte sind aber zwingende und mit einer erhöhten Bestandsgarantie ausgestattete Grundpfeiler der Rechtsordnung. Ihre Bedeutung für den Einsatz von KI ergibt sich nicht erst daraus, dass Soft-law-Instrumente darauf Bezug nehmen und den „Respekt“ davor anmahnen. Die Zuweisung von Rechtsprechungsaufgaben an Richter ist verbindlich. Richtern steht es nicht frei, ob sie diese Aufgaben persönlich wahrnehmen oder delegieren wollen, sei es auch an eine Maschine.²²

Es ist begrüßenswert, dass in empirischen Studien versucht wird, zu erheben, wie sich die Nutzung von KI auf das richterliche Entscheidungsverhalten auswirkt und wie vor diesem Hintergrund die Rahmenbedingungen auszugestalten wären, um einen verfassungskonformen Einsatz zu ermöglichen.²³ Allerdings sollten aus Vignettenstudien, die unter Laborbedingungen stattfinden, keine allzu weitreichenden Schlüsse gezogen werden.²⁴ Entsprechendes gilt für – gleich-

¹⁸ Für eine Bestandsaufnahme *M. Stürner*, GPR 2025, 62, 65 f.; zu Projekten außerhalb des deutschsprachigen Raums *Gioia*, *Rivista di diritto processuale* 2025, 1338, 1340 ff.

¹⁹ Zur verbreiteten Praxis, Chatbots und „digitale Assistenten“ als weiblich darzustellen, vgl. *Arriagada-Bruneau/Larrondo*, in: *Harp/Bachmann/Loke* (Hrsg.), *Handbook on Gender and Digital Media*, 2025, 311, 316 ff.

²⁰ Vgl. *Dreyer/Schmees*, CR 2019, 758 ff.; *M. Stürner*, GPR 2025, 62, 66.

²¹ Exemplarisch *Susskind*, *Online Courts and the Future of Justice*, 2019.

²² Aus der Perspektive der richterlichen Unabhängigkeit *Rollberg* (Fn. 10), 98 f.

²³ Darauf zielt das von Nadja Braun-Binder und Tilmann Altwicker geleitete Basler Projekt „Künstliche Intelligenz in der Justiz“ ab; vgl. dazu <https://ius.unibas.ch/de/e-piaf/juki/> (8.1.2026).

²⁴ Im medizinischen Kontext *Yu et al.*, *Nature Medicine* 30 (2024), 837 ff.

falls verdienstvolle – Versuche, empirisch zu erheben, unter welchen Voraussetzungen KI-unterstützte Entscheidungen als fair empfunden werden.²⁵ Derartige Studien ersetzen zudem weder eine Analyse der existierenden rechtlichen Rahmenbedingungen noch einen politischen Entscheidungsprozess zu deren Änderung.

2. Gerichtsbegriff und Justizgewährungsanspruch

Gemäß Art. 92 GG ist „die rechtsprechende Gewalt [...] den Richtern anvertraut“; deren Rechtsstellung ist in Art. 97 und 98 GG in Grundzügen geregelt. Aus diesen Vorgaben folgt, dass nur Menschen „Richter“ im Sinn des Grundgesetzes sein können.²⁶ In der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) wird aus dem Wortlaut der Bestimmungen über das „Bundesgericht und andere richterliche Behörden“ weniger deutlich, dass die Wahrnehmung von Rechtsprechungsaufgaben Menschen vorbehalten ist – es sei denn, man sieht dies als der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 191c BV) inhärent. Immerhin geht aber aus Art. 168 Abs. 1 BV hervor, dass das Bundesgericht aus „Richterinnen und Richtern“ besteht, die von der Bundesversammlung zu wählen sind – und aus Art. 143 BV, dass die Wählbarkeit in das Bundesgericht das Stimmrecht voraussetzt. Zumindest für die oberste rechtsprechende Behörde des Bundes (Art. 188 Abs. 1 BV) scheint damit die Übertragung richterlicher Aufgaben an Maschinen ausgeschlossen. Zudem kann nicht ernstlich bezweifelt werden, dass dem historischen Bundesverfassungsgesetzgeber als Mitglieder richterlicher Behörden allein Menschen vor Augen standen. Auf völkerrechtlicher Ebene enthält Art. 6 Abs. 1 EMRK die Vorgabe, dass die Konventionsstaaten über „unabhängige[...] und unparteiische[...], auf Gesetz beruhende[...] Gericht[e]“ verfügen müssen. Hier mag man eher darüber streiten können, ob der konventionsrechtliche Gerichtsbegriff umfasst, dass das Gericht aus Menschen besteht, und inwieweit sich bereits aus dem Gerichtsbegriff – und nicht erst aus dem Recht auf ein faires Verfahren – Vorgaben für den Einsatz von KI ableiten lassen.²⁷

Der Anspruch der Rechtsunterworfenen darauf, dass ihre Rechtsstreitigkeiten von menschlichen Richtern beurteilt werden, ergibt sich noch nicht aus den genannten institutionellen Vorgaben, sondern aus den Justizgrundrechten. Im deutschen Recht wird der Justizgewährungsanspruch, der unter anderem den Anspruch auf effektiven Zugang zu einem Gericht umfasst, für zivilrechtliche Streitigkeiten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet;²⁸ Art. 19

²⁵ Vgl. etwa *Chen/Stremitzer/Tobia*, Harvard Journal of Law & Technology 36(1) (2022), 127 ff.; *Hermstrüwer/Langenbach*, Psychology, Public Policy, and Law 29(4) (2023), 525 ff., <https://dx.doi.org/10.1037/law0000381> (8.1.2026).

²⁶ Dazu etwa *Enders*, JA 2018, 721, 723; *Rollberg* (Fn. 10), 88 f.; *Nink* (Fn. 10), 261 ff.; *Bernzen*, RDt 2023, 132 ff.; *Francken*, NZA 2023, 536, 537; a.A. *Quarch/Hähnle*, NJOZ 2020, 1281, 1283.

²⁷ Dafür *Zou/Lefley*, in: *Zou/Poncibò/Ebers/Calo* (Hrsg.), The Cambridge Handbook of Generative AI and the Law, 2025, 451 ff.; dagegen *Paar* (Fn. 10), 109 ff. m.w.N. zum Meinungsstand.

²⁸ Dazu *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 3 Rn. 4.

Abs. 4 GG garantiert gerichtlichen Rechtsschutz in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten.²⁹ In der Schweiz gewährt Art. 29a BV jeder Person bei Rechtsstreitigkeiten den Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Völkerrechtlich ergibt sich das Recht auf Zugang zu den bereits angesprochenen „unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht[en]“ in Straf- und Zivilsachen wiederum aus Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Es wird vertreten, das Rechtsprechungsmonopol von Richtern schließe eine „Unterstützung“ durch automatisierte Systeme bei der Entscheidungsfindung nicht aus, solange der menschliche Richter bei der Letztentscheidung an einen maschinell generierten Entscheidungsvorschlag nicht gebunden sei und diesen auch faktisch überprüfe.³⁰ Will man das Recht auf Zugang zu einem menschlichen Richter, der das Vorbringen der Parteien tatsächlich hört und selbst darüber entscheidet, nicht bis zur Unkenntlichkeit aushöhlen, so darf allerdings dort, wo das richterliche Rechtsprechungsmonopol eingreift, die „Unterstützung“ nicht auf eine Delegation der Tatsachenfeststellung oder auf das Generieren von Entscheidungsentwürfen³¹ hinauslaufen. Die Hoffnung darauf, bei einem derartigen Einsatz von KI werde noch eine unabhängige „tatsächliche Letztentscheidung“ getroffen, wenn die Anwender nur reflektiert genug mit dem System umgehen³² sowie hinreichend geschult und bei der Benutzung sensibilisiert würden,³³ wäre wohl allzu häufig trügerisch.³⁴ In Zeiten von PEBB\$Y und ähnlichen Systemen würde eine effektive Überprüfung jedes einzelnen Vorschlags durch den Richter früher oder später illusorisch; damit würde aber das Individualrecht auf Zugang zu einem menschlichen Gericht Makulatur. Davon abgesehen ist fraglich, inwieweit eine unabhängige Entscheidung, nachdem schon einmal ein begründeter Entscheidungsentwurf eines justizweit eingesetzten, offiziellen, validierten KI-Systems vorläge, überhaupt noch möglich wäre.³⁵ Nicht umsonst sind Regelungen darüber, wer zuerst spricht oder abstimmt, für die Entscheidungsfindung in Richterkollegien zentral; *Wolfgang Ernst* gebührt das Verdienst, derartige Prozesse detailliert aufgearbeitet zu haben.³⁶

²⁹ Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Werkstand 108. EL 2025, GG Art. 19 Abs. 4 Rn. 16 f.

³⁰ Vgl. etwa *Bernzen*, RDi 2023, 132, 137 f.; *Francken*, NZA 2023, 536, 537.

³¹ Vgl. etwa *Gold/Reuß* et al. (Fn. 10), 41 ff., wo die KI-unterstützte Auswahl von Textbausteinen und selbst KI-generierte Entscheidungstexte als Fälle der bloßen Entscheidungsunterstützung qualifiziert werden.

³² Vgl. *Francken*, NZA 2023, 536, 537.

³³ Vgl. Abschlussbericht der Reformkommission „Zivilprozess der Zukunft“, 2025, https://www.enorm.bund.de/SharedDocs/Publicationen/DE/Fachpublikationen/2025_Abschlussbericht_Reformkommission_Zivilprozess.pdf (8.1.2026), 31 ff.

³⁴ Treffend daher die Problemanalyse des englischen Master of the Rolls *Geoffrey Vos* im Rahmen der *Blackstone Lecture* 2024 am Pembroke College (Oxford) unter dem Titel „Are rights sufficiently human in the age of the machine?“, https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2024/11/BlackstoneLecture.final_.pdf (8.1.2026) Rn. 18; vgl. etwa auch *Gless*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 142 (2023) I, 429, 452 f.

³⁵ Vgl. dazu etwa *Enders*, JA 2018, 721, 723; *Huber/Giesecke* (Fn. 10), § 19 Rn. 46 ff.

³⁶ *Ernst*, *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten*, 2016, zur Abfolge von Beratung und Abstimmung insb. 167 ff.

3. KI-Vorverfahren

Das Recht auf Zugang zu einem Gericht schließt nicht aus, dass der gerichtlichen Beurteilung die verpflichtende Anrufung einer nichtgerichtlichen Instanz vorgeschaltet wird.³⁷ Rein aus der Perspektive des Rechts auf Zugang zu einem Gericht wären ganz oder teilweise maschinell generierte Entscheidungen demnach zulässig, wenn danach (insgesamt innerhalb angemessener Frist) noch eine Entscheidung eines menschlichen Richters – mit umfassender Kognitionsbefugnis in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht – eingeholt werden könnte. Dabei müsste sichergestellt sein, dass das Recht auf Zugang zu einem menschlichen Gericht auch praktisch wirksam wäre.³⁸ Unter dieser Voraussetzung aber könnten KI-unterstützte Entscheidungsmechanismen als Filter dienen, um die Gerichte von Fällen zu entlasten, in denen keine der Parteien ein Bedürfnis nach Anrufung eines menschlichen Richters hätte. Auch dies bedürfte freilich einer gesetzlichen Grundlage, an der es heute in den deutschsprachigen Rechtsordnungen für Zivil- und Strafverfahren fehlt.³⁹

Erste Vorgaben für die Nutzung von KI im Rahmen gerichtlicher und behördlicher Verfahren finden sich auf EU-Ebene insb. in Art. 6 Abs. 2 und 3 sowie Anhang III Nr. 8 lit. a KI-VO und in Art. 22 DSGVO⁴⁰. Beide Rechtsakte enthalten aber nur Vorgaben für den Fall, dass KI bei der Wahrnehmung justizieller Aufgaben eingesetzt wird; sie schaffen hingegen keine positive Grundlage für einen solchen Einsatz. Diese Grundlage müsste sich vielmehr aus dem mitgliedstaatlichen Recht ergeben.

Aufgrund des Rechtsstaatsprinzips und der Verpflichtung aller staatlichen Organe zur Achtung der Menschenwürde⁴¹ wäre es ferner ausgeschlossen, den Zugang zu einem Gericht vom Durchlaufen eines Verfahrens abhängig zu machen, das rechtsstaatlichen Anforderungen nicht genügt. Auch ein Recht auf eine umfassende richterliche Neubeurteilung des Rechtsstreits wäre daher kein Freipass für die Vorschaltung eines nicht rechtsstaatlich agierenden Entscheidungsroboters. Das führt zur Frage nach den Mindestanforderungen an Maschinen, an die Rechtsprechungsaufgaben unter Vorbehalt einer späteren Devolution an einen menschlichen Richter übertragen würden. Erst recht stellt sich die Frage nach diesen Anforderungen, wenn darüber nachgedacht würde, eine verfassungsrechtliche Grundlage für die Übertragung genuin richterlicher Aufgaben an KI zu schaffen.

³⁷ Vgl. BVerfG 1 BvR 1351/01, NJW-RR 2007, 1973 (zum obligatorischen Schlichtungsverfahren gem. § 15a EGZPO).

³⁸ Bernzen, RD 2023, 132, 136.

³⁹ Vgl. hingegen für das (deutsche) Verwaltungsverfahren § 35a VwVfG und hierzu BeckOK VwVfG/Prell, 69. Ed. Stand 1.4.2024, VwVfG § 35a Rn. 5 ff.

⁴⁰ Dazu Bunes, DSRITB 2024, 523 ff.

⁴¹ Den Zusammenhang zwischen dem Recht auf ein faires Verfahren und der Achtung der Menschenwürde hervorhebend auch Zou/Lefley (Fn. 27), 453.

III. Kriterien für Entscheidungsroboter

1. Qualität des Ergebnisses

Die Qualität des Ergebnisses müsste gewiss ein zentrales Kriterium sein.⁴² Absolute Perfektion ist weder erreichbar noch ein hier sinnvolles Ziel; gerade in einer Zeit der Krise des Vertrauens in staatliche Institutionen wäre aber davor zu warnen, Rechtsunterworfenen in die Rolle von Betatestern eines unausgereiften Entscheidungsroboters zu zwingen. Dies gilt erst recht angesichts dessen, dass laut bisher vorliegenden Studien weite Teile der Bevölkerung gerade in Europa KI-Systemen misstrauen.⁴³ Allerdings scheint eine umfangreiche Testung unter realen Bedingungen erforderlich, um ein brauchbares System zu schaffen; Streitbeilegungs- und Entscheidungssoftware sollte daher zunächst auf freiwilliger Basis erprobt, evaluiert und perfektioniert werden, bevor auch nur daran zu denken wäre, Parteien in ein obligatorisches KI-Vorverfahren zu zwingen. Selbst dann, wenn ein hoher Standard und ein hohes Maß an Zufriedenheit freiwilliger Nutzer erreicht wären, sollten Pro und Contra der verbindlichen Vorschaltung eines solchen Verfahrens sorgfältig abgewogen werden.

2. Transparenz des Verfahrens

Genauso wichtig wie die Qualität der Ergebnisse, vielleicht sogar noch wichtiger, ist allerdings die Qualität des Verfahrens – und hier insbesondere dessen Transparenz, zum einen in Bezug darauf, welche Elemente der Entscheidung von einem Menschen stammen und welche KI-generiert sind, zum anderen in Bezug auf den Entscheidungsgenerierungsprozess der KI. Gerade in Situationen, in denen – wie bei vielen Rechtsstreitigkeiten – eine eindeutige Bewertung des Ergebnisses als „richtig“ oder „falsch“ häufig nicht möglich ist, sondern es darum geht, in einem geordneten, fairen Verfahren zu einer tragfähig begründeten Entscheidung zu gelangen, scheinen größtmögliche Transparenz und Erklärbarkeit entscheidend, da der Wert des Ergebnisses maßgeblich durch die Qualität des Verfahrens bestimmt wird. Transparenz ist hier daher trotz der damit verbundenen Herausforderungen⁴⁴ im Zweifel zu priorisieren.⁴⁵

⁴² Hier stellt sich auch, aber nicht nur die Frage nach dem Umgang mit – bis zu einem gewissen Grad wohl unvermeidlichen – „Halluzinationen“; zu diesen etwa *Gless*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 142 (2023) I, 429, 456 f. Zum Problem der Qualitätsbewertung etwa *Greco*, RW 2020, 29, 32 ff.

⁴³ Vgl. die von Wissenschaftlern der Universität Melbourne in Zusammenarbeit mit KPMG erstellte Studie *Gillespie et al.*, „Trust, attitudes and use of artificial intelligence. A global study, 2025, 27 ff., https://mbs.edu/-/media/PDF/Research/Trust_in_AI_Report.pdf (8.1.2026).

⁴⁴ Dazu etwa *Sarid/Ben-Zvi*, *Modern Law Review* 87 (2024), 371, 376 ff.; *Gioia*, *Rivista di diritto processuale* 2025, 1338, 1356 ff.

⁴⁵ Zur Bedeutung der Transparenz und den Schwierigkeiten ihrer Herstellung etwa auch *Gless*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 142 (2023) I, 429, 443 f.; aus verwaltungsverfahrensrechtlicher Perspektive *Braun Binder/Obrecht*, *Schweizerische Juristen-Zeitung* 2024, 707, 712 ff.; vgl. auch *Braun Binder/Obrecht*, *Aktuelle Juristische Praxis* 2024, 1069 ff.

3. Freiheit von sachfremden Einflüssen

Eine zentrale Anforderung an einen rechtsstaatlichen Entscheidungsprozess ist die Freiheit des Entscheiders von sachfremden Einflüssen. Auch dort, wo institutionelle Unabhängigkeit nicht zwingend erforderlich ist, weil das Recht auf Zugang zu einem Gericht im institutionellen Sinn (noch) nicht eingreift,⁴⁶ ist die persönliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit essenziell. Nicht umsonst enthalten (auch) Verwaltungsverfahrensgesetze Regelungen über Ausschluss und Befangenheit. Es dürfte weitgehend Einigkeit darüber herrschen, dass die Vermeidung von *bias* eine Kernanforderung an eine KI wäre, die in der Gerichtsbarkeit eingesetzt würde. Aus Platzgründen kann dieses Thema hier nicht vertieft werden; es handelt sich aber zweifelsohne um eine zentrale Herausforderung.

4. Genuin menschliche Fähigkeiten

a) *Empathie und Moral*

Leitlinien für KI in der Justiz heben typischerweise die Notwendigkeit eines „ethischen“ Einsatzes hervor. Es lässt sich darüber streiten, ob dieser Anspruch überhaupt erfüllbar wäre, wenn Rechtsprechungsaufgaben ganz oder teilweise an KI delegiert würden. Generative KI-Modelle können Output erzeugen, der beim Adressaten den Eindruck erweckt, die KI sei empathisch oder habe ein moralisches Bewusstsein. Das ändert aber nichts daran, dass KI nicht über die dafür nötigen Fähigkeiten verfügt und dass die Annahme, sie könnte sie künftig entwickeln, rein spekulativ ist.

Soweit man davon ausgeht, dass genuin menschliche Fähigkeiten und Eigenschaften für die Funktion als Richter nicht nur nicht schädlich, sondern sogar essenziell sind,⁴⁷ wäre eine „KI-Gerichtsbarkeit“ untragbar, und zwar nicht erst auf letzter Stufe. Es täuscht über das Wesen generativer KI-Modelle hinweg, von einem „KI-Richter“ oder einer „KI-Richterin“ zu sprechen und einer Roboterjustiz damit einen quasi-menschlichen Anstrich zu geben. Eine durch einen Algorithmus generierte Entscheidung ist ein Aliud, etwas ganz grundlegend anderes als das Urteil eines menschlichen Richters – auch wenn Erstere von außen von Letzterem nicht unterscheidbar sein sollte.

b) *Persönliche Verantwortung*

Das führt zu einem weiteren Einwand gegen die Übertragung richterlicher Funktionen auf Roboter, nämlich zur drohenden Erosion der persönlichen Verantwortung des Entscheidungsträgers.⁴⁸ Diese wird schon durch die Zuweisung

⁴⁶ Dazu schon oben II.2.

⁴⁷ Dazu Chatziathanasiou, German Law Journal 23 (2022), 452 ff.; Gless, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 142 (2023) I, 429, 448 f.; P.F. Meier, RW 2026 (im Erscheinen).

⁴⁸ Eingehend zur Problematik fehlender Verantwortung Greco, RW 2020, 29, 48 ff.

der Entscheidungszuständigkeit an ein Gremium verdünnt.⁴⁹ Das potenziert sich, wenn eine Entscheidung ganz oder teilweise durch KI generiert wird.

c) „Human in the loop“ als Lösung?

Fehlende Empathie und Verantwortlichkeit dürften zentrale Gründe für die tiefgreifende Skepsis gegenüber einer Übertragung richterlicher Aufgaben an KI sein. Studien weisen in die Richtung, dass ohne menschliches Zutun getroffene Entscheidungen als weniger fair empfunden werden.⁵⁰

Lässt sich dieses Problem dadurch lösen, dass ein Mensch im Zusammenwirken mit KI entscheidet, aber selbst das letzte Wort behält?⁵¹ Man sollte dem menschlichen Teil eines Mensch-Maschine-Gespanns nicht vorschnell die Rolle des „moralischen Gewissens“ aufbürden. Auch der menschliche Richter hat seine Entscheidung nicht primär an seinem subjektiven Empfinden auszurichten. Erklärt man den Ausgleich diesbezüglicher Defizite aufseiten der Maschine zu einem wesentlichen Grund seiner Einbindung, so könnte das zu einer Überbetonung der richterlichen Subjektivität führen.⁵²

Auch die Idee, das Verantwortungsdefizit dadurch zu beheben, dass der menschliche Richter für den von ihm abgesegneten Output der KI verantwortlich gemacht würde, wäre problematisch⁵³ – besonders, wenn der Einsatz der KI verpflichtend oder de facto unvermeidlich wäre und für eine effektive Kontrolle die Ressourcen fehlten. Es wäre aber auch keine ernstzunehmende Lösung, stattdessen eine „Roboterpersönlichkeit“ zu konstruieren, wie es in der Diskussion über die Haftung für Schäden durch den Einsatz autonomer Systeme zuweilen vorgeschlagen wird.⁵⁴ Von PR-Gimmicks nach Art der albanischen „KI-Ministerin“ „Diella“⁵⁵ sollte eine seriös agierende Justiz erst recht Abstand nehmen.

Neben dem Umstand, dass eine „Unterstützung“ in der Form von Entscheidungsentwürfen in der Realität oft auf einen Etikettenschwindel hinausliefe,⁵⁶ ist das ein weiteres Argument dafür, dass Mensch und Maschine bei der Wahrnehmung von Rechtsprechungsaufgaben nicht „zusammenwirken“ sollten, sondern zwischen maschinell generiertem Output und menschlicher Entscheidung im Gegenteil klar zu trennen wäre.

⁴⁹ Ernst (Fn. 36), 319.

⁵⁰ Vgl. Chen/Stremitzer/Tobia, Harvard Journal of Law & Technology 36(1) (2022), 127 ff.; Hermstrüwer/Langenbach (Fn. 25), 10 ff.

⁵¹ Aus der Perspektive der wahrgenommenen Fairness Chen/Hermstrüwer/Langenbach/Stremitzer/Tobia, Mitigating the Judicial Human-AI Fairness Gap, ETH Zürich Center for Law & Economics Working Paper Series 07/2025 = University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper 10/2025, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5244954> (8.1.2026), die allerdings auch darauf hinweisen, dass „nominal human oversight could be used to legitimize substantively unfair algorithmic procedures in the eyes of ordinary citizens“.

⁵² Generell – zu Recht – kritisch gegenüber einem unreflektierten Vorgehen nach dem Motto „slap a human in it“ Solove/Matsumi, Fordham Law Review 92 (2024), 1923, 1938 f.

⁵³ Im datenschutzrechtlichen Kontext Bunes, DSRITB 2024, 523, 524 ff.

⁵⁴ Zur Untauglichkeit dieses Ansatzes Greco, RW 2020, 29, 55 ff.

⁵⁵ <https://kryeministria.al/en/ministrat/diella/> (8.1.2026).

⁵⁶ Dazu oben II.2.

5. Institutionelle Aspekte

a) Gewaltenteilung und Bottom-up-Struktur der Justiz

Der Einsatz von KI in der Justiz kann nicht nur individuelle Grundrechte bedrohen; er birgt auch systemische Risiken für die Justiz als Staatsgewalt und damit für den demokratischen Rechtsstaat. In der einschlägigen Diskussion steht die Rolle der Justiz als Dienstleister für die Parteien und die Effizienz der Verfahrensabwicklung stark im Vordergrund – und selbstverständlich ist eine effiziente und rasche Erledigung von Rechtsstreitigkeiten eine Kernaufgabe der Justiz, mit der ihre Legitimität und Rolle als effektive Staatsgewalt steht und fällt.

Selbst wenn eine weitgehende Übertragung richterlicher Aufgaben an KI sämtliche seit Jahrhunderten beklagten Effizienzprobleme auf magische Weise lösen könnte, wäre jedoch Vorsicht geboten. Mit der Gewaltenteilung und der institutionellen Unabhängigkeit von vornherein unvereinbar wären justizextern erstellte algorithmische Tools zur Generierung von Rechtsprechungsakten.⁵⁷ Auch justizintern entwickelte Tools dieser Art wären aber keineswegs unproblematisch. Die Bottom-up-Struktur der Justiz ist heute ein Gegenpol zur stärker zentralisierten Legislative und Exekutive. Die Justiz ist durch ihre institutionellen Rahmenbedingungen auch weniger anfällig für Lobbyismus und politische Einflüsse als die anderen Staatsgewalten. Der Einsatz von Algorithmen führt zwangsläufig zu einer Zentralisierung von Macht.⁵⁸ Daran ändert die opake Natur der Prozesse, mit denen KI zu ihren Ergebnissen gelangt, nichts, denn sie verhindert nicht, dass der Output in eine bestimmte Richtung gelenkt wird.⁵⁹

Eine weitgehende Übertragung von Rechtsprechungsaufgaben an KI könnte zudem die Weiterentwicklung der Rechtsprechung und erst recht die Rechtsfortbildung hemmen.⁶⁰ Die Alternative – nämlich die Zulassung einer eigenständigen inhaltlichen Weiterentwicklung der Rechtsprechung durch ein KI-Modell – wäre aus rechtsstaatlicher Perspektive nicht akzeptabel.⁶¹

b) Abhängigkeit von externen Akteuren

Ein großes systemisches Risiko liegt sodann darin, dass die europäische Justiz heute nicht in der Lage ist, selbst wirklich transformative Technologien zu entwickeln. Will sie auf der Höhe der Zeit agieren, so muss sie sich von privaten Akteuren beliefern lassen, die womöglich politische Eigeninteressen verfolgen und/oder unter dem Einfluss ausländischer Regierungen stehen. Dieses Problem besteht nicht erst auf KI-Ebene, sondern auch schon bei ganz banalen Büroanwendungen.

⁵⁷ Vgl. auch Gioia, *Rivista di diritto processuale* 2025, 1338, 1355.

⁵⁸ Vgl. auch Dreyer/Schmees, CR 2019, 758, 763 f.

⁵⁹ Die inhaltliche Steuerung des Chatbots „Grok“ nach den Vorgaben von Elon Musk ist nur ein besonders plakatives Beispiel.

⁶⁰ Gless, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 142 (2023) I, 429, 459 f.

⁶¹ Erst recht problematisch wäre es, einen Entscheidungsroboter mit der Rechtsfortbildung zu betrauen; dazu auch Eidenmüller/Wagner (Fn. 10), 255 f.

Gegenüber derartigen systemischen Risiken kann sich die Justiz allerdings auch nicht dadurch abschirmen, dass sie sich der fortschreitenden Digitalisierung schlicht verweigert. Schon heute gibt es ja Datenbanken, mit denen auch Gerichte arbeiten, die ebenfalls proprietäre und undurchsichtige Algorithmen und KI einsetzen. Zudem kann man Algorithmen und KI schon deshalb nicht aus der Justiz heraushalten, weil Anwaltskanzleien zunehmend damit arbeiten. Um nicht marginalisiert zu werden, muss sich die Justiz insofern wohl oder übel den technologischen Herausforderungen stellen und danach streben, den Parteien technologisch auf Augenhöhe zu begegnen – unabhängig davon, ob die fraglichen Technologien dann bei der Entscheidungsfindung eingesetzt werden.

IV. Schlussfolgerungen

Im Hinblick auf die Qualität des Ergebnisses, die Transparenz des Verfahrens sowie die Freiheit von sachfremden Einflüssen hängt die Bewertung eines KI-gestützten oder KI-geführten Verfahrens entscheidend von der Qualität der eingesetzten KI ab. Das Fehlen von Empathie und moralischem Bewusstsein ist allerdings jeder KI inhärent. Zudem kann eine Maschine nicht in relevanter Weise für ihre Entscheidungen persönliche Verantwortung übernehmen. Wo es (auch) auf diese genuin menschlichen Fähigkeiten und Eigenschaften ankommt, damit ein Verfahren als fair gelten kann und die Menschenwürde der Parteien gewahrt wird, ist der Einsatz von KI bei der Wahrnehmung von Rechtsprechungsaufgaben *de lege lata* verfassungs- und konventionsrechtlich unzulässig und auch *de lege ferenda* abzulehnen – unabhängig davon, ob im Anschluss daran noch ein menschliches Gericht angerufen werden könnte. Ein *human in the loop* rechtfertigt keine Abstriche von diesen Anforderungen. Ohnehin sollte gerade bei der Entscheidungsfindung zwischen menschlichem und maschinelltem Output klar und transparent getrennt werden.

Eine schlechte KI ist nicht bloß nutzlos; sie kann sich schädlich auf Qualität und Effizienz auswirken.⁶² *Automation bias*, der zu Fehlentscheidungen führt, kann das Vertrauen in den Rechtsstaat erschüttern. Ein warnendes Beispiel, bei dem auch die Justiz eine unrühmliche Rolle spielte, ist der „British Post Office Scandal“, bei dem menschliches Vertrauen in fehlerhafte Buchhaltungssoftware zur fälschlichen Beschuldigung von tausenden Mitarbeitern der Post und mehreren hundert Fehlurteilen wegen angeblicher Unterschlagung von Geldern nach sich zog.⁶³ Würde die Justiz einem derart mangelhaften System nicht nur mehr oder weniger blind vertrauen, sondern es sogar selbst einsetzen, so wäre der Schaden für das Ansehen des Rechtsstaats noch viel größer.

⁶² Vgl. zur KI-unterstützten Interpretation von Röntgenbildern und CT-Scans Dratsch et al., *Radiology* 307(4):e222176 (2023), <https://doi.org/10.1148/radiol.222176> (8.1.2026); Prinster et al., *Radiology* 313(2):e23326 (2024), <https://doi.org/10.1148/radiol.233261> (8.1.2026); Yu et al., *Nature Medicine* 30 (2024), 837, 847.

⁶³ Dazu <https://www.postofficehorizoninquiry.org.uk/> (8.1.2026).

Trotzdem kann es Anwendungsfälle geben, für die sich der Einsatz von KI – unter Vorbehalt der Anrufung eines menschlichen Gerichts, das Tat- und Rechtsfragen umfassend neu prüft – mit dem Recht auf ein faires Verfahren vereinbaren ließe, wenn die Technologie hinreichend ausgereift wäre, um ein transparentes Verfahren und konsistente Ergebnisse zu gewährleisten. Nicht in allen Verfahren, die heute vor Gerichten geführt werden, ist eine exklusiv menschliche Entscheidung schon auf erster Stufe ein zwingendes Gebot der Menschenwürde. Dies hängt allerdings von der Art des Anspruchs ab – so scheint ein KI-gestütztes (Vor-)Verfahren bei den berühmten Fluggastentschädigungen eher vertretbar als etwa in Miet-, Arbeits- und Familiensachen oder gar in Strafsachen. Zudem könnten für Massenverfahren, in denen sich immer wieder ähnliche Fragen stellen, regelbasierte Systeme besser geeignet sein.⁶⁴

Jedenfalls wäre aber auch in derartigen Fällen eine gesetzliche Grundlage und damit eine demokratische Legitimation für einen KI-Einsatz im Rahmen der Entscheidungsfindung erforderlich; es handelt sich nicht um eine bloße Managemententscheidung. Zudem wäre zu fordern, dass die Entwicklung von und Kontrolle über KI-Tools, die für Rechtsprechungsaufgaben eingesetzt würden, bei der Justiz selbst läge. Das ist freilich eine immense Herausforderung, und das Nachdenken darüber, wie sie bewältigt werden könnte, hat gerade erst begonnen.

⁶⁴ Eingehend zu möglichen Einsatzfeldern derartiger Programme *Rollberg* (Fn. 10), 175 ff.

Transferring Subscriptions in the VOC

From Debts to Shares

Harry Dondorp

I. Introduction

In 1602, public advertisements in the Low Countries invited everyone to invest in the Dutch East India Company, that is in one of its six Chambers. The States-General had decreed in its charter that the public must be informed that, if someone wished to participate, he must make his intention and the sum he wished to contribute known within five months from April 1st.¹ As to how, the charter was silent; in practice, this was done by signing a written promise in the subscription book of a Chamber.

Subscribers promised to invest their money in the first ten year account, that is up to 1612, when the East India Company (VOC) had promised to draw up an intermediate general balance – which, in fact, it didn't. According to the terms stated at the first page of the subscription book, by signing it, one promises to raise the sum signed for in three terms.² In practice, the VOC demanded payment of a quarter by March 1603, then of a third in December 1604, another third in December 1605, and finally one twelfth as late as September 1606. Participants did not advance the money immediately in 1602, but promised to raise it in the coming years.

To protect the interests of the VOC the *Heeren XVII* stipulated that each subscriber guaranteed payment with his person and properties.³ The conditions at the first page of the subscription book state in so many words that subscribers remained liable despite any transfer⁴, unless this was done in writing in the

¹ See for an English translation of the 1602 VOC charter: Warwick Funnell and Jeffrey Robertson, *Accounting by the first public company: the pursuit of supremacy* (Routledge 2013) 87.

² Published in Johannes Gerard Van Dillen, *Het oudste aandeelhoudersregister van de Kamer van Amsterdam der Oost Indische Compagnie* (Martinus Nijhoff 1958) 105. It is based upon a resolution of the Heeren XVII, preserved in the VOC Archive (ARA VOC 1.04.02 file 99, 17) available at <www.nationaalarchief.nl/onderzoeken/archief/1.04.02/invnr/99> accessed 11 November 2025.

³ Van Dillen (fn 2) 105: 'verbinden yedereen van onsluyden sijn persoon ende goederen'.

⁴ Ibid 'nietjegensstaende eenighe transporten, cessien ofte overdrachten'. Literatim: notwithstanding any conveyance, cession or transfer.

presence of the bookkeeper and witnessed by two directors who countersigned the document.⁵

24 February 1603, shortly before the first instalment was due, the *Heeren XVII* issued a form for registration of transfers.⁶ The phrasing of the authorized certificate reads:

‘Appearing before us, the undersigned directors of the East India Company’s Amsterdam Chamber, X declares to have sold and transferred and, therefore, to transfer the sum of which he has signed (to invest for) ten years, to the honourable Y, which sum he has accepted and, therefore, accepts on the conditions and obligations signed by X.’⁷

II. Sale and transfer of the sum signed for

In Roman-Dutch law, the object of a contract of sale may be all that one can have, possess or sue for (Paul 33 ed. D. 18,1,34,1). The purchased thing may, therefore, be a moveable, land, or something incorporeal, for instance an outstanding debt⁸ (Ulp. 32 ed. D. 18,4,4), something which exists at the time the contract is concluded, or which comes into existence later.⁹

The seller’s main duty was to deliver the object and warrant against eviction. Delivery of movables was not subject to any general requirement of form. Constructive deliveries, for instance, of merchandise stored in a warehouse, were generally acknowledged; delivery of movables *per constitutum possessorium*, however, remained a contentious issue.¹⁰ The prescribed mode of delivery of im-

⁵ Ibid ‘anders als voor den boeckhouder van dese camere met kennisse van twee bewinthebberen’.

⁶ ‘Acte van Transport, omme in ’t register van de transporten geregistreert te werden’. Cf ARA VOC 1.04.02 file 99, 230. Also published in Egidius Johannes Josephus van der Heijden, *De ontwikkeling van de naamlooze vennootschap in Nederland voor de codificatie* (Van der Vecht 1908) 230.

⁷ Cf Van der Heijden (fn 6) 230: ‘Comparerende voor ons ondergeschreven bewinthebberen der Oost-Indische Compagnie van de Camere tot Amsterdamme N. N. ende verclaerde vercocht ende getransporteert te hebben en gelijck hy transporteert mits deesen aan de eersame N.N. al sulcke [...]. als hy in ’t boek van de voorgeschreven compagnie fo. [...] voor de thienjarige (rekening) hadde geteeckent. Welke voorschreven N.N. d’voorschreven guldens heeft aengenomen gelijck hy d’selve aenneemt mitsdeesen op alsulcken conditie ende verbintenis als d’delve by den voorschreven N.N. syn getekent’.

⁸ On the sale of debts, see Rick Verhagen, *Security and credit in Roman law* (OUP 2022) 247.

⁹ On the object of a sale in Roman-Dutch law, see George Thomas Morice, *Sale in Roman Dutch Law* (T. Maskew Miller 1919) 30; Reinhard Zimmermann, ‘Der Kaufvertrag’, in Robert Feenstra and Reinhard Zimmermann (eds), *Das römisch-holländische Recht, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert* (Duncker & Humblot 1992) 145 (155); Jan Lotz, ‘Purchase and Sale’, in Reinhard Zimmermann and Daniel Visser (eds), *Southern Cross, Civil Law and Common law in South Africa* (Clarendon Press 1996) 361 (363).

¹⁰ Cf David L. Carey Miller, ‘Transfer of ownership’, in Reinhard Zimmermann and Daniel Visser (eds), *Southern Cross, Civil Law and Common law in South Africa* (Clarendon Press 1996) 521 (530).

movables was a conveyance (*opdracht*) before the court of the district in which the land was situated. A 1580 statute required its registration.¹¹

In 1649 Simon Groenewegen said of the transfer of outstanding debts that Codex 8,41,3 no longer applied in Holland.¹² Under Roman law, one did not transfer the outstanding debt, but authorized the purchaser (donee, legatee etc.) to act as one's attorney and bring suit against the debtor for his own benefit. The sellers (donors, testators, etc.) did not lose their capacity to sue the debtor himself¹³ (Gord. C. 8,41,3 [a. 239]) until the purchaser informed the debtor of the sale.¹⁴ If a seller had not appointed him as his representative in court, Roman emperors had granted the purchaser an *actio utilis*, modelled after the seller's claim against his debtor (Valer./Gallien. C. 4,10,2 [a. 260]), for instance after the *condictio* for money lent. As a consequence, under Roman law, both the seller, who lent out money, and the purchaser, who bought his outstanding debt, could sue the debtor. This was no longer true in Holland, Groenewegen said in his treatise on abrogated Roman laws, because someone who cedes (an outstanding debt) transfers all his rights.¹⁵

As to how one cedes – that is transfers – his debt, Groenewegen is silent. Most likely because there were no form requirements. To prove a cession the purchaser could draw on a notarial instrument, his possession of the debtor's statement of debt, or a partial payment.¹⁶

According to the form for transfer certificates which the *Heeren XVII* issued, both seller and buyer appear before two directors of the Amsterdam Chamber. The seller transfers the sum he promised to invest to the buyer who accepts this sum under the conditions the seller has signed for. In other words, he promises the seller to pay the instalments which are due subsequent to the transfer. To protect its interest, the VOC had stipulated that subscribers guaranteed payment, notwithstanding any transfer unless made in the presence of two direc-

¹¹ Cf Hugo de Groot, *Inleidinge tot de hollandsche rechts-geleerdheid* (Folke Dovring, Herman F W D Fischer and Eduard Maurits Meijers eds, Universitaire Pers Leiden 1965) 64 (Inl. 2.5.13); Robert W Lee, *Introduction to Roman Dutch law* (Clarendon Press 1915) 128.

¹² Cf Simon Groenewegen, *Tractatus de legibus abrogatis* (Leiden 1649) 683.

¹³ Cf Jan Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam* (Tjeenk Willink 1937) 2 ff; Frans Heinrich Grosskopf, *Die geschiedenis van die sessie van vorderingsrechten* (PhD Universiteit Leiden 1960) 3 ff; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman foundations of the civilian tradition* (Juta 1990) 58 ff; Klaus Luig, *Zur Geschichte der Zessionslehre* (Böhlau 1966); Jan H A Lokin, Frits Brandsma and Corjo Jansen, *Roman-Frisian Law of the 17th and 18th century* (Duncker & Humblot 2003) 85 ff; Rick Verhagen and Ingeborg Haazen, 'De cessie naar Rooms-Gelders recht' (2002) 19 *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 97 (98 ff); Régine Feltkamp, *De overdracht van schuldvorderingen* (Intersentia 2005) 105 ff; Wouter Druwé, *Loans and Credit in Consilia and Decisiones in the Low Countries (c. 1500–1600)* (Brill Nijhoff 2020) 418 ff.

¹⁴ Or collected part of the debt, or commenced proceedings against the debtor and reached the joinder of issue.

¹⁵ Cf Groenewegen (fn 12) 683: 'moribus nostris facta semel cessione nullam penitus actionem retinet, sed quidquid iuris habuerit in cessionarium transfert cedens' citing Lambert Goris and Paul van Christijnen (Brabant custom), and the French jurists André Tiraqueau and Pierre Rebuffi.

¹⁶ Cf Druwé (fn 13) 406 and 416. The cessionary must also render proof of the cession's cause. Cessions were deemed to be simulated, if debts were sold for a very low price.

tors of a Chamber. The certificate, countersigned by them, could be used by a subscriber to prove that this had happened. Consequently, the VOC would no longer hold him liable. The clause at the first page of the subscription book, therefore, amounts to a promise not to sue the subscriber: a *pactum de non petendo*.¹⁷ The directors of the Amsterdam Chamber sign as witness of a transfer, not as party to a contract. In the certificate there is no mention of a promise by the buyer to the VOC.

III. The sum signed for is called *actie*

In his 1919 Rotterdam dissertation Smith argued that the participations in the VOC were termed *acties* after 1607 because by then the investors had raised in full the sum they had signed for in 1602.¹⁸ In other words, having advanced the capital for the first ten-year account of the VOC, the investors now had a claim (*actio*) for the return of their investment. As Funnell and Robertson pointed out, evidence from the Amsterdam capital ledger contradicts his reasoning. In evidence, they quote an earlier entry on the folio of Dirck van Os, one of the directors of the Amsterdam Chamber. It stated that he owes Lijntgen Willems 300 guilders for her *actie* transferred on 31 October 1603.¹⁹ His folio in the ledger states on the credit side that he is entitled to receive 75 guilders from her – that is the first instalment she had paid the same day.²⁰

Twenty transfers which the Amsterdam bookkeeper Barend Lampe registered in the capital journal²¹ show that also in transfers made prior to any payment, the bookkeeper wrote that the subscriber transferred his *actie* (*transporteert de actie*). Thus, for instance, with regard to the merchant Jan Abeels, living in London, for whom Jan Caerels, one of the directors of the Amsterdam Chamber, had subscribed for 9.000 guilders. On 3 May 1603, before the VOC had received

¹⁷ As the phrasing of the VOC account journal and ledger suggests, because they describe the buyer as a debtor of the subscriber, not of the VOC, after 1607 as a creditor of the subscriber, not as a creditor of the VOC. See fn 23 and 44 below. There is no indication of a novation.

¹⁸ Cf Marius Franciscus Johannes Smith, *Tijd-affaires in effecten aan de Amsterdamse beurs* (PhD Handelshoogeschool te Rotterdam, Martinus Nijhoff 1919) 34. He thus explained why Colenbrander had found no examples of 'actie' in the VOC records prior to 2 November 1607. See Herman Theodoor Colenbrander, 'Über das erste Auftreten des Wortes "Aktie" in den Niederlanden' (1901) 50 ZHR 383 (385); Van der Heijden (fn 6) 59.

¹⁹ Cf Funnell and Robertson (fn 1) 124 quoting (incorrectly) from ARA VOC 1.04.02 file 7067, 28. The entry reads (in translation) '31 Okt. [Dirck van Os owes] Lyntgen Willems for the action fo. 321 [Lyntgen Willems' ledger folio] 300 [guilders]'. It is the sum Dirck van Os signed the subscription book for at 31 August 1602 for Lyntgen. Cf ARA VOC 1.04.02 file 7067, 321.

²⁰ Cf ARA VOC 1.04.02 file 7067, 321. She transferred her 'share' to him on 31 October 1603. Their transaction is entered into her ledger as follows: (debit side): '31 Oktober [schuldig] aen Dirck van Os [...]. 75' (credit side) '[moet hebben van] Dirck van Os aen de welke volgens syne verklaring d'onderges(chreven) actie by ditto Lyntgen Willems is overgedaen: 300'.

²¹ See fn 27 below.

the first instalment, Abeels²² reduced his promise by passing on a third of the promised sum to a Mrs. Van Barssum in The Hague and to Lady Maria van Egmont – again with Jan Caerels acting on his behalf.²³ The same day the women paid a third of the first instalment then due on their respective parts (the other thirds in July and September).²⁴ Actually, on 3 May Jan Caerels paid the cashier on their account. Most likely, Mrs. Van Barssum and Lady Maria paid next to nothing to Abeels, who needed to reduce the sum he owed to the VOC.²⁵

Barend Lampe, the bookkeeper, noted in the capital journal that Lady Maria owed Jan Abeels 2400 guilders for the *actie* of 2400 guilders which Caerels had transferred to her in his name.²⁶ From 6 March 1603, the date of the first entry of such transfers, the bookkeeper noted that the subscriber transferred an *actie*, or that his agent did so for him, as in the case of Jan Abeels.²⁷ In the capital ledger the amount is debited to the account of the transferee as a debt to the transferor: Lady Maria, for instance, is said to ‘owe Jan Abeels as much as [the *actie*] said Lady accepted from him, 2400’.²⁸

Aandeel is the term nowadays used in Dutch to denote a share in a company, *actie* and *eis* to describe a legal claim. The Dutch *actie* in the sense of a legal claim stems from the Latin *actio*, defined in Justinian’s Institutes as *ius* to pursue in court what is owing (Inst. 4,6pr). In his Dutch translation of the Institutes, first published in 1534 in Antwerp,²⁹ Thomas Murner translated the Latin into *actie* or *aensprake*.³⁰

But about 1600 the word *actie* may have been used in quite another sense. The Antwerp notary Jacques Thuys in his 1585 *Ars Notariatus* explained that

²² Petram mistook him for Jan Allertsz. Lonsvaerder, born ca. 1500, the father of Allert Jansz Lons, another subscriber. Cf Lodewijk Otto Petram, *De Bakermat van de beurs* (Atlas Contact 2012), English translation *The world’s first stock exchange* (Lynne Richards tr, Columbia University Press 2014) 16 and 21.

²³ Cf ‘Journaal van de kapitaalrekening van de eerste tienjarige rekening van de kamer van Amsterdam 1602–1606’ (ARA VOC 1.04.02 file 7065 accessed 11 November 2025 at <www.nationaalarchief.nl/onderzoeken/archief/1.04.02/invnr/7065>) 122: ‘Juffrouw Maria van Egmont van der Nieuwenborgh [...] is schuldich aen Jan Abeels tot Londen 2400 gulden ende is voor so vele Jan Jans. Carel uyt de name van de voornoemde Abeels aen de voornoemde Juffrouw Maria heeft getransporteert d’actie van voorn. 2400 (Ms: 1200) gulden uyt de partije van 9.000 guldens by dito Carel wegens ditto Abeels in de Compagnie geteekent [...]’. See also ARA VOC 1.04.02 file 7067, fo. 399.

²⁴ Cf ARA VOC 1.04.02 file 7065, 122 and file 7067, fo. 398 and 399.

²⁵ In April 1603, when the first instalments had been paid, the value of the subscriptions in the VOC had risen 6.5%, but their rate in March is unknown. Cf Petram (fn 22) 17.

²⁶ See fn 23 above.

²⁷ The capital journal contains twenty entries of such transactions, dated between 6 March and 10 May 1603. Cf ARA VOC 1.04.02 file 7065, 116–125. In ten of them the transferred *actie* is a part of the subscribed sum. The word ‘actie’ fails in the entries for Bosschaert (118) and Mrs. Van Barssum (122).

²⁸ Cf ARA VOC 1.04.02 file 7067, fo. 399: ‘Juffrou Maria van Egmont [...] is schuldich aen Jan Abeels voor zo veele ditto Juffrou Maria van Abeels heeft aengenomen: 2400’.

²⁹ *Institutiones imperiales: Een gherechtich oorspronck der Keyserlijcke rechten* (Antwerp De Grave 1534, reprinted Antwerp De Cock 1544, 1547, Den Haag 1620, 1624, 1640, 1641, 1648, Amsterdam 1648).

³⁰ *Institutiones* (fn 29) 151v: Inst. 4,6 *De actionibus*: ‘Van den actien oft aenspraken met rechte’.

the legal term ‘actie’ meant ‘a right which one has to something’.³¹ In his 1648 dictionary Simon van Leeuwen – reprinted and copied many times in the 17th and 18th century –³² gave both senses: a legal claim and a right to something.³³

Actio in the sense of a right can already be found in the works of the medieval jurists. It is defined in Inst. 4,6pr and Cel. 3 dig. D. 44,7,51 as *ius* to pursue in court what is owing, but the word *ius* is equivocal. According to the Ordinary Gloss, here it is the *ius* by which we pursue, in contrast to the obligation which is the *ius* because of which we do so.³⁴ In Orleans, in the 1280’s, Pierre de Belleperche maintained that an action is an *ius residens in persona*, a subjective right.³⁵ Even before someone commences proceedings, a creditor has an action – meant as a right inherent in an obligation. This *ius* is called *obligatio* in the debtor’s perspective. Pierre argued that two terms are used to describe the same thing, one from the debtor’s perspective (*obligatio*), the other from the creditor’s (*actio*). Another example he gave thereof is the relation between master and slave, called ownership in the master’s perspective, servitude in the slave’s.³⁶ The Italian law professor Cino da Pistoia, who incorporated the teachings of the School of Orleans in his 1314 lectures on the Codex, adopted Pierre’s view, copying his argumentation in detail.³⁷ Baldus d’Ubaldis too reported Pierre’s argumentation. Though impressed by his reasoning, Baldus in the end rejected the idea that *actio* and *obligatio* denote the same thing.³⁸

³¹ Jacques Thuys, *Ars Notariatus oft conste ende stijl van notarischap* (Antwerp 1585) [vii]: ‘Actie: t’ recht d’welck men erghens toe heeft’.

³² Reprinted in his *Notarius Publicus* (Dordrecht 1665) and in his *Practyk ende oeffening der Notarissen* (Amsterdam 1666, 1670, 1680, 1706, Rotterdam 1742). Also printed in Gerard van Wassenauer, *Praktyk Judicieel* (Amsterdam 1708); Lodewijk Meijers, *Woordenschat* (Amsterdam 1777).

³³ Simon van Leeuwen, *Woorden boeck waarinne allerhand konst- ende bastaardwoorden* (Dordrecht 1658) 4: ‘actie: het recht, het welk men ergen toe heeft, op-spraak, aanspraak, aantal. Actien inschulden gerechtigheden’.

³⁴ Gloss *Ius* ad Inst. 4,6pr: ‘Nota quod actio est ius quo persequimur, sed obligatio est ius propter quod persequimur’. discussed in Helmut Coing, *Zur Geschichte des Begriffs subjektives Recht* (Metzner 1959) 39, reprinted in his *Zur Geschichte des Privatrechtsystems* (Klostermann 1962).

³⁵ Cf Kees Bezemer, ‘Jacques de Révigny’s contribution to the concept of subjective rights and the origins of the maxim “Ex facto ius oritur”’ (2013) 81 TRG 199 (211). Jacques de Révigny said of a *ius agendi* that it was a *ius residens in persona*. In contrast to his colleague Pierre de Belleperche, Jacques denied that an *actio* was a *ius*.

³⁶ Cf Petrus de Bella Pertica, *In libros Institutionum commentarii* (Lyon 1536) 338 (ad Inst. 4,6pr nr. 17) discussed in Maximiliane Kriechbaum, *Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts* (Aktiv Druck & Verlag 1996) 199. See also Petrus de Bella Pertica, *Repetitiones XLVII* (Paris 1515) 199r (ad D. 2,13,1pr).

³⁷ Cinus Pistoriensis, *In Codicem [...] commentaria* (Frankfurt 1578) 44ra (ad C. 2,1,3 nr 6).

³⁸ Baldus de Ubaldis, *Super I, I, III Codicis Commentaria* (Lyon 1539) 83vb–84ra (ad C. 2,1,3 nr 3) collated with Ms. Bibliotheca Apostolica Vaticana, Ross. 1087, 84va: ‘Quia reputo hanc opinionem Petri falsam, probo primo per legem expresse dicentem quod obligatio residet in persona creditoris.’ In support he cites Iul. 12 dig. D. 15,1,16 and Paul. 32 ed. D. 17,2,3pr., but neither of these Digest fragments states that an obligation resides in the creditor.

So did his brother, Angelo d'Ubaldis: *actio* and *obligatio* are defined differently and may come into existence at diverse moments.³⁹

In 1602 the subscribers promised to raise capital for the first ten year account of the VOC. Its obligation to return their investment was, therefore, subject to a time bound condition. The claim for the return of the capital a subscriber had raised, came only into existence in 1612.

In Roman-Dutch law, future claims could be sold (Ulp. 43 ed. D. 18,4,17) and transferred (Dec. C. 8,53,3 [a. 250]).⁴⁰ In his 1623 tract on the transfer of claims Johannes van den Sande, professor at the University of Franeker and Justice of the Court of Friesland, argued that a future claim arising from an obligation subject to a time bound condition may be transferred.⁴¹ Hubert van Giffen had taught the same in his lectures at Altdorf, published in 1605.⁴²

IV. Debtors have become creditors

In 1607, when the promised sums had been paid in full, the VOC used a new account book in which the subscribers were no longer described as debtors of the East India Company, but as creditors. It lists the subscribers in August 1602 as creditors of the VOC for the amount they have promised,⁴³ and those who subsequently bought shares from them as creditors of the subscribers, adding that they have paid the instalments.⁴⁴

That same year, the States General decided that henceforth no sale, transfer or pledge of VOC participations (*actien, paerten ofte gedeelten*) which one has or will have, is considered valid unless made by means of a notarial deed or before the aldermen of the city, and with notification of two directors and the book-

³⁹ Angelus de Ubaldis, *Lectura super Codice* (Lyon 1534) 2va (ad C. 2,1,3 nr 3): 'et hoc apparet ex diffinitione, quia aliter diffinitur obligatio et aliter diffinitur actio, alio tempore nascitur obligatio quandoque et alio actio, ut uidemus in actione de tutele et similibus'.

⁴⁰ Cf Bartolus, *In II et III Codicis partem commentaria* (Basle 1588) 333b (ad C. 8,53,3): 'Spes potest cedi. h.d.'; Charles Dumoulin, *Consilia et responsa* (Lyon 1561) 6 (cons. I nr 6).

⁴¹ Cf Johannes van den Sande, *Commentarius de cessione actionum* (Franeker 1623) 27 (V.1 nr. 4). English translation P C Anders, *Commentary on cession of actions by Johannes A Sande* (African Book Company Ltd. 1906) 59. Discussed in Johannes Christiaan de Wet and Andreas Hercules van Wijk, *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* (Butterworth 1978) 254; Susan Scott, *The law of cession* (Juta 1991) 175. Quoted in First National Bank of SA Ltd v. Lynn NO a.o. 1996 SA (2) 339 Joubert JA.

⁴² Cf Hubert van Giffen, *Lecturae Altorphinae* (Frankfurt 1605) 174 (ad C. 8,53,3): 'Futuræ actionis spes est in stipulatione aut contractu conditionali. Nam in his nondum res, sed spes tantum nostra est, eaque ipse spes donari [*] potest quemadmodum et spes siue res futura promitti, uendi, oppignari potest'. * Van den Sande copied this passage, but wrote 'cedi'.

⁴³ E.g. ARA VOC 1.04.02 file 7066, 47: '[De Camer tot Amsterdam rekeninge van capitael is schuldich] aen Jan Abeels tot London negen duisent guldens [...]'.
⁴⁴ E.g. ARA VOC 1.04.02 file 7066, 73: '[Jan Abeels tot London is schuldich] aen Juffrou Maria van Egmont [...] 2400 gulden voor soo ueel J.J. Carel wegens de voornoemde Abeels op 3 Mei 1603 heeft getransporteert, welcke (Juffrou) de somme op voorgaende conditien heeft gefurneerd blijckende grootboek fo. 399.'

keeper of a VOC chamber.⁴⁵ There is, however, no evidence of the promulgation of this decision.⁴⁶ This could explain why in 1624 the *Hoge Raad van Holland en Zeeland* decided that a commission agent may transfer an *actie* in the East India Company through constructive delivery in the following case.

In 1610 the Middelburg merchant Laurens Bacx purchased an *actie* (share) with a nominal value of 8730 guilders. He bought the share upon commission and with his principal's money, informed his principal, Van Beemden, of the purchase, but did not tell the seller, Willem Usselinx, that he, Bacx, bought the share upon mandate. In the transfer certificate, signed at the East India House, Bacx is filled in as the person to whom Usselinx transfers his share.⁴⁷ At Bacx's demise his estate turned out to be insolvent and the question arose if this 'share' was part of the bankrupt estate as the curators asserted. The Middelburg aldermen court decided in their favour.⁴⁸

Adriaen Thibaut, to whom the principal, Van Beemden, had transferred his *actie*,⁴⁹ appealed to the *Hoge Raad van Holland en Zeeland*. This court ruled in favour of Thibaut following the argumentation of the Justice who wrote the internal legal opinion which Jacob Coren reported in his collection of decisions of this court.

To strengthen his case, Thibaut initiated an inquiry in 1619 among the barristers and solicitors at the Amsterdam aldermen court. They answered in the affirmative to the following question: If a commission agent goes bankrupt after he received merchandise, goods or *acties* which he bought in his own name and with his principal's money, does the court observe that with regard to these assets present in the estate the principal has preference as owner above ordinary creditors?⁵⁰

The goods which the barristers at the aldermen court had in mind were the litigious goods present in a bankrupt estate of a commission agent. Primarily, these would have been movables, the wine, spices, timber etc. which had been delivered to him and stored in his house or warehouse. The *acties* among the litigious goods the barristers were thinking of, were probably negotiable instruments, order and bearer papers. They testified that the aldermen court considered these assets, which commission agents received and held, property of their principals and, therefore, not to be part of the bankrupt estate. Whether the

⁴⁵ Resolution 13 June 1607. See Colenbrander (fn 18), 385.

⁴⁶ Cf Lodewijk Otto Petram, *The world's first stock exchange, how the Amsterdam market for Dutch East India Company shares became a modern securities market, 1602–1700* (Dissertation Amsterdam 2011) 21.

⁴⁷ They will have used the form, which the *Heeren XVII* issued in 1603. See fn 7 above.

⁴⁸ See the description of the facts in Jacob Coren, *Observationes rerum in Supremo Senatu Hollandiae, Zeelandiae, Frisiae iudicatarum* (Den Haag 1633) 138.

⁴⁹ Cf Coren (fn 48) 138: 'actie ende transport hebbende'. Having an *actie* is ambiguous. Van Beemden either transferred his share in the VOC or his claim against Bacx. To transfer his share a notarial deed was needed or a transfer before the aldermen court. Willem Zwolve and Corjo Jansen, 'Publiciteit van Jurisprudentie' (2013) 29 Rechtskundig Weekblad 151 erroneously assume a transfer per constitutum possessionarium, viz. Van Beemden declaring as possessor to henceforth hold the share for Thibaut.

⁵⁰ See *Hand-vesten, privilegien [...] der stad Amsterdam* ([Amsterdam] 1624) 97.

barristers also had VOC *acties* in mind is uncertain. It is not known if the issue which prompted the Bacx case in Middelburg had already been decided by the Amsterdam aldermen court in a similar case.

At issue in the Bacx case, in appeal decided by the *Hoge Raad van Holland en Zeeland* in 1624, was the ownership of a share, bought upon commission but in one's own name.⁵¹

It was disputed whether an agent acquired ownership himself or for his principal, because the texts in Justinian's legislation contradict each other. Call. 2 quaest. D. 41,1,59 states: 'A thing bought upon my mandate does not become mine until delivered to me by the actual buyer'. Yet, it follows from Ner. 5 membr. D. 41,1,13pr. that I may acquire ownership of something delivered to my mandatary *meo nomine*.⁵² Medieval jurisprudence was divided on the issue. For ownership to pass to me, it sufficed according to the Ordinary Gloss, that the actual buyer, my agent, intended to hold the merchandise he received for me.⁵³ Therefore, even if my agent had not disclosed to buy for me, I acquire ownership. Bartolus de Saxoferrato had denied this, arguing that I acquire possession because my agent holds the delivered products for me, but not ownership, for it cannot have been the seller's wish to transfer ownership to me.⁵⁴ In mercantile matters, as 16th century authors pointed out, principals could acquire ownership of the goods delivered to their agents even if the agent had bought in his own name – as was common.⁵⁵ As the above 1619 Amsterdam inquiry evidences, the aldermen court acknowledged this custom.

In the Bacx case, the Justice who wrote the internal opinion – perhaps this was Coren himself – acknowledged that a principal may acquire ownership through a delivery to his agent who has bought in his own name – without informing the seller of the fact that he bought upon commission. He argued that an owner who

⁵¹ The case is discussed in Herman F W D Fischer, 'De geschiedenis van de eigendomsverrijking van door een middelijken vertegenwoordiger gekochte roerende zaken' (1939) 3 THRH 1 (6); Zwolve and Jansen (fn 49) 151; Wouter Druwé, 'Representation in Business: Grotius's Inleiding and the Ius Commune Tradition in the Low Countries' (2023) 44 Grotiana 293 (324); Harry Dondorp, 'Commission buyer, principal and seller. Exploring a legal triangle in Roman Dutch Law' in Marco in 't Veld and Maurits den Hollander (eds), *Commission Trade in Modern Early Europe* (forthcoming).

⁵² See also Inst. 2,9,5 and C. 7,32,1. On the acquisition through an extraneus in Roman law, see Alan Watson, 'Acquisition of ownership by traditio to an extraneus' (1967) 33 SDHI 189, reprinted in his *Studies on Roman Private Law* (Hambleton Press 1991).

⁵³ Cf Gloss *Altero* ad C. 4,50,9. See also Azo, *Summa Codicis* (Lyon 1557) 192ra (C. 7,32 nr 30). This was the common view among the glossators. Cf Herman F W D Fischer, 'Les doctrines des romanistes du moyen âge sur l'acquisition de la possession et de la propriété per l'intermédiaire d'un mandataire', in Martin David, Bernard van Groningen and Eduard Maurits Meijers (eds), *Symbolae ad jus et historiam antiquitatis pertinentes Julio Christiano van Oven dedicatae* (Brill 1946) 361 (368f); William M Gordon, *Studies in the transfer of property by traditio* (Aberdeen University Press 1970) 109.

⁵⁴ Cf Bartolus, *Commentaria in primam Digesti novi partem* (Basle 1588), 56b (ad D. 39,5,13 nr. 5) discussed in Fischer (fn 53) 374. Bartolus adopted the view of Jacques de Revigny. See his *Lectura super Codice* (Paris 1519) 338va (super C. 7,32,1).

⁵⁵ Cf Pietropaolo Parisio, *Prima pars consiliorum* (Venice 1570) 105vb (cons. 47 nr. 26); Nicholas Everardi Jr., *Consilia* (Augsburg 1603) 425 (cons. 30 nr. 30); Benvenuto Stracca, 'Tractatus de adjecto' in *De mercuria decisiones* (Lyon 1621) 467 (524).

sells and delivers cannot transfer possession without ownership, and applied this to the transfer of his share by Usselinx⁵⁶, the seller. As a result, either Bacx or his principal acquires both possession and ownership. It is inconceivable that Bacx would become owner and his principal possessor.⁵⁷ In the case at issue, it was certain that Bacx intended to acquire for his principal:⁵⁸ there was a prior mandate to buy, he informed the principal of the purchase, and paid with his principal's money.⁵⁹ Even if one would consider a second delivery necessary (as Call. 2 quaest. D. 41,1,59 requires) in cases where the agent bought upon commission but in his own name, as Bartolus maintained, Bacx has done so, as the entry in his account ledger evidences: he credited his principal with the *actie* which Usselinx had transferred to him and with the dividend received on it.⁶⁰ In other words: a transfer of possession and ownership *per constitutum possessorium* had taken place⁶¹ – before Bacx went bankrupt.

V. A new transfer certificate

In April 1610 the investors in the VOC could collect their first dividend, 75% of their share's value payable in mace. In November 1610, 50% thereof in pepper and 7,5% in cash, in March 1612 30% payable in nutmeg. Worth in total 162% of their share. Not all investors collected their dividend. Theirs' accrued to the holders' account. Therefore, in share transfers after April 1610 the uncollected dividend would benefit the transferee.⁶² In a new form, which the *Heeren XVII* issued in 1615, the accrued dividend is reckoned:⁶³

⁵⁶ Cf Coren (fn 48) 142

⁵⁷ Ibid 'Ende en kan oock niet geïmagineerd werden, hoe venditor transferende et possessionem et proprietatem simul, et eadem intentione proprietatis soude blijven by den mandataris, ende de possessio soude vorder gaen totten mandantem.'

⁵⁸ Ibid 'de wijle Bacx notoirlijck heeft gehadt intentie om de voorszijde actie te acquireren den voornoemden Van Beemden.'

⁵⁹ Ibid 145.

⁶⁰ Ibid 148: 'nae rechten moet werden (verstaen) dat in alle gevalle *ad transferendum dominium* genoeg hoven sijn, dat Bacx d'voorsz. actie soude in sijn registers gestelt hebbe op de name ende rekeninge vanden voornoemde (Van der) Beemden, ende de vruchten vandien aen Van der Beemden verantwoordt [...] (149) in dese genoeg ende abunde geïntervenieert is *quod pro traditione* kan gehouden werden'.

⁶¹ Ibid 149.

⁶² Apparently, in the purchase price it was common to include the declared dividend, and deduct at the moment of transfer any collected dividend. Cf Funnell and Robertson (fn 1) 131.

⁶³ See fn 64 below. Any reference to the accrued dividend fails in the earlier 1603 authorized form (fn 7 above) of the transfer deed. Funnell and Robertson (fn 1) 130 wrongly assert that it did.

'Today, appearing at the Chamber of the East India Company of this city, X declares to have ceded and transferred, and, therefore, to cede and transfer to Y an *actie* of (guilders), charged with the payment of ■,⁶⁴ and burdened with the original conditions and duties.'⁶⁵

'The transferor acknowledges that the purchase price has been paid to him and has as token thereof undersigned this receipt.'⁶⁶

The new certificate was promptly used in practice, as one present in the archive of Hans Thijs evidences. In this case, the reason for the transfer was not a sale but an apportionment by heirs in 1616.⁶⁷ Furthermore, 22 October 1622 the Utrecht antiquarian and humanist Arnout Buchel made a copy of the transfer certificate that he gave to his buyer, Johan Rijck van Leerdam, the secretary of the city.⁶⁸

The 1616 transfer certificate in the archive of Hans Thijs is not the oldest that is known. His archive also contains two certificates issued by the Enkhuizen Chamber of the VOC, dated August 1604.⁶⁹ They use the previous form which the *Heeren XVII* authorized in 1603. That one did not yet call the object that was transferred an *actie*, but perhaps in 1604 the bookkeeper of the Enkhuizen Chamber also termed it *actie* in his ledger as his Amsterdam colleague used to do from Mai 1603 onwards.

Acties in the VOC were intangibles, not bearer or order papers.⁷⁰ Until 1615 both seller and buyer were present at the East India House at the moment of transfer. A buyer could obtain a certificate of the transfer, perhaps a series of certificates to prove that the seller is entitled to transfer the *actie*. But a seller cannot have handed over a share certificate because the VOC did not issue them.

The seller did not possess a share certificate, but he is thought to possess the *actie* – an intangible. Though strictly speaking one cannot possess incorpo-

⁶⁴ 'Twee capitalen' is filled in in the deed of transfer of Buchel (fn 68). Meant seems twice the invested capital, the raised sum and the accrued dividend. See also Funnell and Robertson (fn 1) 129, where they print the text of a transfer certificate of 1677, in which '1283 1/3 per cent' is filled in. In the 1616 deed of the transfer to Thys (fn 67 below) the space is left blank.

⁶⁵ Resolutie 24 January 1615 (ARA VOC 1.04.02 file 100, 291): 'Op huijden dato onderschreven ter camer van de VOC binnen deser stede comparerende N.N. heeft of hebben verclaert gecedeert ende opgedragen te hebben, te cederen ende optedragen mits desen aen N.N. eene actie van ([...] gulden capital) belast met d'uytgifte van [...]; ende voorts met alzulcke condition verbintenissen alsdezelve originelicke ingheleydt zijn'. Published (partly) by Colenbrander (fn 18) 385.

⁶⁶ Ibid: 'De transportant bekent van de beloofde coopenningen der bovenstaende actie vol-daen te sijn, ende heeft, in den teycken vandien ooc dese quitancie onderteyckent'. This clause is, of course, not undersigned in the certificate in the Bibliotheca Thysiana (fn 67 below), because this is not a certificate of a transfer on title of sale.

⁶⁷ A scan is published in Arend Pietersma, 'De archieven van de Bibliotheca Thysiana. Over gezinsleven, handel en wetenschap' in Wim van Anrooij and Paul Hoftijzer (eds), *Vijftien strekkende meter, Nieuwe onderzoeksmogelijkheden in het archief van de Bibliotheca Thysiana* (Verloren 2017) 15 (19).

⁶⁸ A transcription is published in Bart Jaski and Kees Smit (eds), *Arnoldus Buchelius VOC dagboek 1619–1639*, 122 <<https://its.public.data.uu.nl/vault-special-collections/Buchelius%20VOC%20dagboek%5B1606401662%5D/original/>> accessed 11 November 2025.

⁶⁹ Arend Pietersma published a scan online at <www.leidenspecialcollectionsblog.nl/artic-les/the-worlds-oldest-share-certificates> accessed 11 November 2025.

⁷⁰ As Zwolve and Jansen (fn 49) 151, erroneously assert.

real things (Paul 54 ed. D. 41,2,3pr), the Justice who wrote the internal legal opinion in the Bacx case maintained that the agent (Bacx) acquired possession and ownership for his principal at the moment the seller (Usselinx) declared to transfer to Bacx that what could be called his share.⁷¹ Possession in the strict sense is not meant, for at Roman law one cannot possess intangibles (Paul 54 ed. D. 41,2,3pr.) nor deliver them by *traditio* (Gai. 7 ed. prov. D. 41,1,43,1). The medieval jurists had already acknowledged that claims were acquired through *cessio* just like tangibles through delivery.⁷² But in their view the *cessio* was primarily a permission to bring suit.

⁷¹ The 1603 certificate (fn 7) does not specify what is transferred.

⁷² Cf Teles de Menezes Leitão, *Cessão de créditos* (Almedina 2005) 58n; Julius Albert Gruchot, *Beiträge zur Erläuterung des preussischen Rechts*, vol 11 (Grote 1867) 505 (509).

Das patentdogmatische Labyrinth künstlich-intelligenter Erfindungen

Tim W. Dornis

I. Einleitung

Wolfgang Ernst ist auf vielen Rechtsgebieten bewandert, zahllose Themen haben bereits sein Interesse geweckt. Dennoch tut man ihm wohl kein Unrecht, wenn man vermutet, er sei noch kein Experte im Patentrecht. Daher könnte auch gefragt werden, ob ihn der Ausflug in einen patentdogmatischen Irrgarten erfreuen kann. Die Zweifel verflüchtigen sich allerdings, wenn man erkennt, dass die patentrechtliche Dogmatik mit dem Beginn der KI-Revolution erheblich unter Spannung geraten ist. Die Suche nach Lösungen für die Rätsel und Paradoxien dieser Entwicklung gestaltet sich schwierig. Spätestens hier muss das Interesse des Jubilars geweckt sein. Der Verfasser hat seine eigene Tätigkeit an Wolfgang Ernsts Tübinger Lehrstuhl noch in lebendiger Erinnerung, insbesondere, mit welcher Exzellenz und Akribie, vor allem aber Freude und Hingabe an dogmatischen Fragen gearbeitet werden kann (und muss) und welche Bedeutung dies für die Rechtsanwendung hat. Für diese „Tübinger Lehrjahre“ sei Wolfgang Ernst mit diesem Beitrag herzlich gedankt.

Zum Thema: Neue Entwicklungen, vor allem daraus erwachsende, dogmatische Herausforderungen, sind im Patentrecht nicht außergewöhnlich. Bereits 1878 beklagte der Doyen des deutschen Immaterialgüterrechts, Josef Kohler, dass „[d]as Patentrecht, obgleich eine Materie von höchstem civilistischem Interesse“ bis dato „in der deutschen Civilrechtswissenschaft nur eine sehr stiefmütterliche Beachtung gefunden“ habe.¹ Er führte dies zurück auf den „zerfahrenen Zustand der deutschen Patentrechte“ und die „Ungunst leitender Kreise“, vor allem aber auf die „Neuheit der wissenschaftlichen Probleme“.² Während sich viele dieser Kritikpunkte seither in Wohlgefallen aufgelöst haben, wir heute nicht nur auf ein einheitliches deutsches Patentrecht,³ sondern darüber hinaus seit kurzer Zeit sogar auf ein (nahezu) einheitliches europäisches Patentregime

¹ Kohler, Deutsches Patentrecht, 1878 (Neudruck Aalen 1984), V (Vorwort).

² A.a.O.

³ Vgl. das Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1980 (BGBl. 1981 I, 1), zuletzt geändert durch Artikel 26 des Gesetzes vom 23. Oktober 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 323).

blicken können,⁴ bleibt das Rechtsgebiet weiterhin von einer gewissen Zerfahrenheit geprägt: Es ist fortlaufend mit neuen Problemen befasst – und zwar nicht nur aufgrund *technischer Innovationen*, sondern vor allem auf der *dogmatischen* Ebene. Dieser Zustand hat mit dem Phänomen der „KI-Erfindungen“ einen neuen Höhepunkt erreicht. Dieser soll analysiert werden.

Für das Verständnis der KI-Sturmfront bedarf es zunächst eines kurzen Überblicks über die patentrechtliche Dogmatik. Drei Konflikte und Fronten des Umbruchs sollen im Anschluss unter die Lupe genommen werden: Neben der „Erfindung ohne Erfinder“ geht es um den Abschied vom „Paradigma der geistig-schöpferischen Leistung“ und um das „Patent ohne Erfindung“. Alle drei Phänomene sind Vorboten eines Wandels der Innovationslandschaft, der auch das Patentrecht mit Wucht treffen wird.⁵

II. Grundlagen des Patentrechts – *in a nutshell*

Als Einstieg soll das Terrain im deutschen Patentrecht kartografiert werden.⁶ Drei Axiome sind für unser Thema von Bedeutung: Herrschendes Paradigma ist das „Patent“ als amtlich erteiltes Recht, das dem Inhaber weitreichende Ausschließungsbefugnisse gewährt (unten 1.). Das Patent als formelles Recht, allerdings auch weitere materielle Rechtspositionen im Patentrecht, gründen auf der „Erfindung“ als zentralem Schutzgegenstand (unten 2.). Der Schutz hängt dabei entscheidend von einer geistig-schöpferischen Tätigkeit ab, was genuin menschlichen Input im Erfindungsprozess erfordert. Wird der Mensch durch KI-Systeme substituiert, wie es sich abzeichnet, drohen mit der „Erfindung“ sämtliche Rechte und Rechtspositionen wegzufallen, was das dogmatische Kartenhaus des Patentrechts zum Einsturz bringen könnte.

1. Das „Patent“ als formell-absolutes Schutzrecht

Patente werden nach § 1 Patentgesetz (PatG) für Erfindungen auf allen Gebieten der Technik erteilt, sofern diese neu sind, auf erfinderischer Tätigkeit beruhen

⁴ Vgl. insbesondere das Europäische Patentpaket unter Geltung des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht (ABl. C 175 vom 20.06.2013, 1), der Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 (des Rates vom 17. Dezember 2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, ABl. L 361 vom 31.12.2012, 1) und der Verordnung (EU) Nr. 1260/2012 (des Rates vom 17. Dezember 2012 über die Umsetzung der verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes im Hinblick auf die anzuwendenden Übersetzungsregeln, ABl. L 361 vom 31.12.2012, 89). Vgl. ausführlich zur Vereinheitlichung durch und Widersprüchen im sogenannten Europäischen Patentpaket bei *Dornis*, GRUR Int. 2025, 1009.

⁵ Vgl. zu weiteren Entwicklungen und Fragen ausführlich *Dornis*, Yale Journal of Law & Technology 23 (2020), 97 ff.

⁶ Dieser Beitrag fokussiert sich auf die Doktrin unter Geltung des deutschen Patentgesetzes. Diese unterscheidet sich nicht wesentlich vom europäischen Patentrecht nach dem Europäischen Patentübereinkommen (vom 5. Oktober 1973 in der Fassung der Revisionsakte vom 29. November 2000, BGBl. 2007 II, 1082, 1083, 1129).

und gewerblich anwendbar sind. Die Erteilung erfolgt auf Antrag durch das Deutsche Patent- und Markenamt (DPMA).⁷ Das Recht entsteht daher – anders als etwa das Urheberrecht – nicht bereits mit der Schöpfung, sondern erst durch amtlichen Erteilungsakt.⁸ Das formelle Patent ist ein absolutes Recht ohne Schuldner.⁹ Es gewährt seinem Inhaber nach § 9 PatG grundsätzlich umfassende Ausschließungsbefugnisse. Nur er ist zur Nutzung der zugrundeliegenden technischen Lehre berechtigt, kann diese grundsätzlich allen anderen untersagen.¹⁰

Die Zuweisung exklusiver Rechte hat den Zweck, die erfinderische Tätigkeit auf allen Gebieten der Technik anzuregen.¹¹ Dieser teleologische Aspekt steht bei praktisch jeder patentrechtlichen Diskussion im Zentrum und hat die Dogmatik seit jeher überlagert. Da allerdings jedes Übermaß einer „Monopolisierung“ den Wettbewerb und die Innovation zu behindern droht, sind Ausschließungsrechte nur im unbedingt erforderlichen Umfang einzuräumen.¹² Eingeschränkt ist der Patentschutz daher durch seine zeitliche Befristung auf 20 Jahre¹³ sowie eine Reihe sogenannter Schutzschranken, wie etwa die allgemeine Erlaubnis zur Nutzung patentierter Lehren im privaten Bereich zu nicht gewerblichen Zwecken.¹⁴ Zentral für eine ökonomisch sinnvolle Balance zwischen Exklusivität und Wettbewerb sind aber vor allem die Patentierungsvoraussetzungen der §§ 3 und 4 PatG, die im amtlichen Verfahren geprüft werden: Nur wenn eine technische Lehre „neu“ ist und auf „erfinderischer Tätigkeit“ beruht, darf ein Patent erteilt werden. Bereits Vorbekanntes und einfache Routineleistungen, die lediglich naheliegende Zusammenhänge offenlegen, sind nicht schutzfähig. Kurz: Nur bei tatsächlich innovativer Erkenntnis ist es wirtschaftlich gerechtfertigt, ein absolutes Schutzrecht einzuräumen.

2. Die „Erfindung“ als Dreh- und Angelpunkt des Systems

Der Gegenstand des Patents ist die in der Erfindung verkörperte technische Lehre. Der Begriff der „Erfindung“ ist nicht legaldefiniert, wurde vom Gesetzgeber bewusst den Gerichten und der Wissenschaft zur Ausdifferenzierung überlassen. Rechtsprechung, Amtspraxis und Literatur verstehen hierunter mittlerweile nahezu einheitlich eine „Lehre zum planmäßigen Handeln unter

⁷ Vgl. §§ 34 ff. sowie §§ 26 ff. PatG.

⁸ BGH, GRUR 1974, 146 (147) – Schraubennahtrohr; *Kraßer*, in: FS für Otto-Friedrich Frhr. von Gamm, 1990, 405 (405).

⁹ RGZ 127, 197 (205); BGH, GRUR 2021, 585 Rn. 131 – FRAND-Einwand II.

¹⁰ Allgemeine Ansicht, siehe nur *Ann*, Patentrecht, 8. Aufl. 2022, § 1 Rn. 3. Das Patent fällt in die Kategorie „sonstiger Rechte“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, wäre daher zwar auch deliktisch geschützt. Die patentrechtlichen Spezialregelungen verbieten allerdings den BGB-Rückgriff. Vgl. nur MüKoBGB/G. *Wagner*, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 361 und 363.

¹¹ *Landes/Posner*, The Economic Structure of Intellectual Property Law, 2003, 294 („The standard rationale of patent law is that it is an efficient method of enabling the benefits of research and development to be internalized, thus promoting innovation and technological progress.“).

¹² A.a.O., 302 ff.

¹³ Vgl. § 16 PatG.

¹⁴ Vgl. hierzu § 11 Nr. 1 PatG.

Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolges.“¹⁵ Umfasst sind neben technisch-mechanischen Innovationen (z.B. e-Motoren- oder Kommunikationstechnik) auch Erkenntnisse auf den Feldern der Chemie, Biologie, Medizin oder Pharmazie (z.B. Impfstoffe).

Zwar erlangt eine Erfindung absoluten Schutz erst mit der Patenterteilung als einem begünstigenden Verwaltungsakt. Der Erfinder erwirbt mit dem Entstehen der Erfindung *als solcher* allerdings bereits ein *originäres* materielles Schutzrecht, das sogenannte allgemeine Erfinderrecht, welches sowohl vermögens- als auch persönlichkeitsrechtliche Positionen umfasst.¹⁶ Nach überwiegender Ansicht sind dies das Recht auf das Patent im Sinne des § 6 Satz 1 PatG als Vermögensrecht sowie das Erfinderpersönlichkeitsrecht als höchstpersönliche Position.¹⁷ Damit ist die Liste aber nicht erschöpft. In der Entscheidung „Steuervorrichtung“ aus dem Jahr 2010 konzipierte der BGH nämlich ein weiteres Recht des erfinderisch Tätigen – das „Recht an der Erfindung“.¹⁸ Zum Teil wird dieses Recht als persönlichkeitsrechtliche Position beschrieben.¹⁹ Es dürfte sich nach der BGH-Konzeption allerdings eher um ein weiteres *Vermögensrecht* handeln.²⁰ Dieses unterscheidet sich grundsätzlich vom Recht auf das Patent in § 6 Satz 1 PatG: Letzteres materialisiert sich zwar ebenfalls bereits mit Schöpfung der Erfindung, allerdings nur dann, wenn die zugrunde liegende technische Lehre auch alle weiteren Patentierungsvoraussetzungen erfüllt.²¹ Im Unterschied dazu verlangt das Konstrukt des BGH lediglich eine Erfindung als solche, mehr nicht. Es entsteht und existiert daher unabhängig davon, ob die dieser Erfindung zugrunde liegende technische Lehre neu ist, auf erfinderischer Tätigkeit beruht und gewerblich anwendbar ist.²²

Unabhängig von der Frage, ob ein derartiges neues Recht (an der Erfindung) in einem geschlossenen Kosmos eng gefasster Rechte mit Anforderungen *unter-*

¹⁵ BGH, GRUR 1968, 672 – Rote Taube; zudem z.B. *Ann*, Patentrecht, 8. Aufl. 2022, § 1 Rn. 15 m.w.N.

¹⁶ Die Terminologie ist uneinheitlich. Zum Teil werden das „Recht an der Erfindung“ und das „allgemeine Erfinderrecht“ synonym verwandt, teils auch mit dem „Recht auf das Patent“ gleichgesetzt. Vgl. z.B. BVerfG, GRUR 1974, 142 (144) – Offenlegung von Patent-Altanmeldungen; BGH, MittPatA 1996, 16 (17) – Gummielastische Masse; öst. OGH, Entsch. v. 19.9.2011, 17 Ob 8/11t – Matratzen II (sub. 1 und 2); zudem Schulte/*Moufang*, PatG, 12. Aufl. 2025, § 6 Rn. 10.

¹⁷ BGH, GRUR 1978, 583 (585) – Motorkettensäge; BGH, GRUR 1979, 145 (148) – Aufwärmvorrichtung; BPatG, GRUR 1987, 234 (234) – Miterfinder.

¹⁸ BGH, GRUR 2010, 817 Rn. 28 ff. – Steuervorrichtung.

¹⁹ Vgl. bereits *Pinzger*, ZZZP 60 (1936/37), 415 (416) (auf *Pinzger* nahm der BGH in „Steuervorrichtung“ ausdrücklich Bezug); zudem neuerdings *Liebenau/Zech/Hofmann*, ZGE 4 (2012), 133 (136).

²⁰ Zwar erklärt der BGH die „schöpferische Tat des Erfinders“ (Rn. 30) zur Grundlage des Rechts. Konstruiert wird das Recht an der Erfindung allerdings ausdrücklich kondiktionsrechtlich, nämlich als „vermögensrechtlich nutzbare Position“, in welcher der Erfinder gegen bestimmte „die Erfindung ausnutzende Handlungen Dritter“ geschützt wird. Vgl. BGH, GRUR 2010, 817 Rn. 28 – Steuervorrichtung.

²¹ BGH, MittPatA 1996, 16 (17) – Gummielastische Masse; BGH, GRUR 2010, 817 Rn. 28 – Steuervorrichtung; Schulte/*Moufang*, PatG, 12. Aufl. 2025, § 6 Rn. 10.

²² BGH, GRUR 2010, 817 Rn. 30 – Steuervorrichtung; im Anschluss z.B. auch *Busse/Keu-kenschrijver*, PatG, 9. Aufl. 2020, § 6 Rn. 6; Schulte/*Moufang*, PatG, 12. Aufl. 2025, § 6 Rn. 10 f.

halb der sondergesetzlichen Schutzvoraussetzungen der §§ 3, 4 und 6 Satz 1 PatG geschaffen werden kann und sollte,²³ verdeutlicht der Überblick über die Schutzpositionen auf den verschiedenen Ebenen: Das besondere Immaterialgut der *Erfindung* ist Grundlage aller im Patentrecht anerkannten Rechtspositionen. Ohne Erfindung können keine originären Rechte auf das Patent oder an der Erfindung entstehen, auch dürfte eigentlich kein wirksames Patent erworben werden. Auf beide Axiome wird zurückzukommen sein.²⁴

3. Die „geistig-schöpferische Leistung“ als anthropozentrisches Minimum

Zum Abschluss des Überblicks muss noch die geistig-schöpferische Leistung als Basis der Erfindung betrachtet werden. Erfindungen müssen im tatsächlichen Sinne „gemacht“ werden, d.h. jemand muss „sich die Erkenntnis erschließ[en], wie mit bestimmten technischen Mitteln ein konkretes technisches Problem gelöst werden kann“ und „diese Erkenntnis [...] so verlautbar[en], dass sie als Anweisung zum technischen Handeln genutzt werden kann.“²⁵ Die Konzeption der technischen Lehre der Erfindung und ihre Verlautbarung sind möglicherweise *objektiv* nichts, was allein der Mensch zu leisten im Stande ist.²⁶ Das der Konzeption zugrunde liegende schöpferische Denken ist hingegen genuin menschliche Fähigkeit. Bereits Josef Kohler definierte die Erfindung daher 1878 als „eigenartige Schöpfung des Menschengeistes“.²⁷ Seither wurde und wird eine „geistige Leistung des Menschen“²⁸, eine „gestaltende Tätigkeit des menschlichen Geistes“²⁹ oder schlicht ein „geistige[r] Schöpfungsakt“³⁰ gefordert. Diese Verwurzelung im Handeln natürlicher Personen bedingt auch, dass nur der

²³ Das Reichsgericht sprach sich gegen ein derartiges Recht aus. Vgl. die Zusammenfassung der RG-Entscheidung vom 2. Mai 1917 (I.27.1917), in: Zeitschrift für Industrierecht 12 (1917), 136 f. Eine Ausweitung des Patentschutzes durch Absenken der Schutzwellen ist schwer mit der Anreiz- und Offenbarungsfunktion des Patentsystems vereinbar: Der Schutz engt Handlungsspielräume konkurrierender Marktakteure ein; dies birgt Gefahren für den Wettbewerb. Daher besteht Einigkeit, dass gerade die strenge Einhaltung der *sondergesetzlichen* Voraussetzungen für den Patentschutz, insbesondere der Anforderungen an Neuheit und erfinderische Tätigkeit, die im Interesse funktionierenden Wettbewerbs und technischen Fortschritts erforderlichen Grenzen sichert. Technische Lehren *dürfen* daher nicht geschützt werden, wenn sie nicht neu oder nicht erfinderisch sind. Vgl. nur *Dam*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, 1994, 283 (311 ff.).

²⁴ Siehe unten III.2. und III.4.

²⁵ BGH, GRUR 2010, 817 Rn. 27 – Steuervorrichtung; vgl. zudem BGH, GRUR 1971, 210 (213) – Wildbissverhinderung; Busse/*Keukenschrijver*, PatG, 9. Aufl. 2020, § 6 Rn. 12 m.w.N.

²⁶ Dies ist nicht unumstritten, allerdings wohl überwiegende Ansicht, vgl. z.B. nur *Volmer*, MitttdtPatA 1971, 256 (258); neuerdings wieder *Stierle*, GRUR Int. 2021, 115 (118).

²⁷ *Kohler*, Deutsches Patentrecht, 1878 (Neudruck Aalen 1984), 32.

²⁸ *Volmer*, MitttdtPatA 1971, 256 (259 sowie 257).

²⁹ *Pren*, in: FS für Heinrich Hubmann, 1985, 349 (355).

³⁰ *Schulte/Moufang*, PatG, 12. Aufl. 2025, § 6 Rn. 18; *Melullis*, in: Benkard, PatG, 12. Aufl. 2023, § 6 Rn. 30; im Anschluss *Heinze/Engel* in: Ebers u.a. (Hrsg.), Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 10 Rn. 85.

Mensch „Erfinder“ im Sinne des Gesetzes sein kann. Man spricht vom anthropozentrischen Erfinderprinzip.³¹

4. Zwischenfazit

Halten wir fest: Ein materielles Recht kann nicht entstehen, wenn es an der geistig-schöpferischen Leistung eines Menschen fehlt. Auch die behördliche Erteilung eines Patents muss dann grundsätzlich ausscheiden. Mit der zunehmenden Substitution des Menschen durch teilweise oder vollständig autonom agierende KI-Systeme gerät dieses anthropozentrische Fundament des Patentrechts allerdings ins Wanken. Jedenfalls bei *vollständiger* Verdrängung des Menschen aus dem Erfindungsprozess droht das „menschliche Element“ abhanden zu kommen und damit auch die Grundlage für alle materiellen und formellen Rechtspositionen. Die Konsequenzen sollen nun an drei Beispielen aufgezeigt werden.

III. KI-Disruption im Patentuniversum

Der Einsatz eines KI-Systems als Instrument oder Werkzeug, mit einem Taschenrechner oder gängigen Computer vergleichbar, ändert nichts an der unmittelbaren Steuerung des Erfindungsprozesses durch den Menschen und damit am Vorliegen eines geistig-schöpferischen Beitrags. Man spricht bei diesen Fällen von „KI-assistierten“ Erfindungsprozessen. KI-Systeme mit hinreichender Autonomie können aber auch ohne menschliche Steuerung auf die Suche nach technischen Lösungen angesetzt werden. Der Output derart autonomer Prozesse wird als „KI-generiert“ bezeichnet.³² Ein Beispiel hierfür liefern jüngst vor zahlreichen Patentämtern und Gerichten verhandelte Erfindungen, die nach Angaben des Anmelders autonom von einem KI-System geschaffen wurden (unten 1.). Diese künstlich-intelligenten Erfindungen illustrieren die dogmatischen Herausforderungen: Zunächst kann es Fälle geben, in denen zwar objektiv eine patentierbare Lehre vorzuliegen scheint, es aber an unmittelbarem menschlichem Input und deshalb auch an einer Erfindung fehlt (unten 2.). Auch der BGH hat vor kurzem über derartige „Erfindungen ohne Erfinder“ entschieden und dabei einen Abschied vom Paradigma einer geistig-schöpferischen Leistung als Grundlage der Erfindung angedeutet (unten 3.). Schließlich wird das Patentsystem auch auf der formellen Ebene unter Spannung geraten: So ist vor allem zu erwarten, dass zunehmend Patente für KI-generierte Erfindungen erteilt werden, obwohl es am menschlichen Beitrag zum Erfindungsprozess und damit an

³¹ BGH, GRUR 2024, 1315 Rn. 26 ff. – DABUS; vgl. zudem z.B. LG Nürnberg-Fürth, GRUR 1968, 252 (254 f.) – Soft-Eis; *Volmer*, MittPatA 1971, 256 (261); *Blok*, E.I.P.R. 39 (2017), 69 (71 f.); *Konertz/Schönbof*, ZGE 10 (2018), 379 (402); *Dornis*, GRUR Patent 2023, 14 Rn. 15; Benkard/*Melullis*, PatG, 12. Aufl. 2023, § 6 Rn. 31; zu Gegenpositionen vgl. *Schrön*, Künstliche Intelligenz im Patentrecht, 2023, 132 ff.; zum Rechtsvergleich zudem *Dornis*, MittPatA 2020, 436 (439) m.w.N.

³² Vgl. zu einer sinnvollen Differenzierung zwischen „KI-assistiert“ und „KI-generiert“ *Heinze/Engel* in: Ebers u.a. (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 10 Rn. 86.

einer Erfindung fehlt. Dieses Phänomen eines „Patents ohne Erfindung“ könnte die *lex lata* vor unlösbare Probleme stellen (unten 4.).

1. Der Stein des Anstoßes: Die „DABUS-Erfindungen“

Bei den „DABUS-Erfindungen“ ging es um zwei technische Lehren – einen Getränkebehälter und eine Signallampe – die der US-amerikanische KI-Pionier Stephen L. Thaler seit 2018 bei Patentämtern weltweit angemeldet hatte.³³ Thaler gab an, dass die von ihm entwickelte KI-Anwendung „DABUS“³⁴ die angemeldeten Lehren eigenständig „erfunden“, d.h. vollständig autonom entwickelt habe, ohne dass er oder ein anderer Mensch Einfluss auf den Prozess der Lösungssuche genommen hätte. Das KI-System wurde demnach lediglich mit Informationen über die jeweiligen technischen Gebiete „gefüttert“. Im Anschluss warf es die Erfindungen aus.³⁵ Die meisten dieser Anmeldungen waren erfolglos, auch in Deutschland. Überwiegend scheiterten sie am Erfordernis der Angabe einer menschlichen Erfinderpersion im Antrag, also an einer formellen Voraussetzung für die Patenterteilung.³⁶ Lediglich in Jurisdiktionen, deren Patentsystem sich bei Anmeldung auf eine Formalprüfung beschränkt und deshalb auch keine Angaben zur Person des Erfinders verlangt, etwa in Südafrika, gelang die Eintragung ins Patentregister.³⁷ Dieser letztgenannte Fall hat eine bislang übersehene Parallele im deutschen Recht: Auch im DPMA-Register findet sich eine „DABUS-Erfindung“, allerdings nicht als Patent, sondern als Gebrauchsmuster. Hierauf wird (wie angekündigt) noch zurückzukommen sein.

Da es um formelle Anforderungen an die Erfinderangabe ging, ergaben sich aus den DABUS-Verfahren wenig Erkenntnisse zu materiellrechtlichen Fragen, insbesondere zum Vorliegen einer Erfindung als Grundlage des originären Rechteerwerbs. Dennoch wirft der Fall ein Schlaglicht auf eben jenen neuralgischen Punkt des materiellen Rechts – das Konzept der Erfindung als geistig-schöpferischer Leistung eines Menschen. Bei KI-generierten Erfindungen mag es sich um technische Lehren handeln, die objektiv betrachtet den Anforderungen an eine Erfindung entsprechen, zudem neu und erfinderisch sind. Da das System bei der Lösungssuche aber autonom agiert, fehlt es am alles entscheidenden „menschlichen Element“.

2. Unlösbarer Widerspruch: Die „Erfindung ohne Erfinder“

Auch der BGH hatte im DABUS-Fall lediglich über die Frage der Erfinderangabe im patentamtlichen Antrag zu entscheiden. Dennoch lassen sich aus den Be-

³³ Zum Artificial Inventor Project vgl. <https://artificialinventor.com/patent/> (11.11.2025).

³⁴ Akronym für „Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience“.

³⁵ Vgl. etwa *Ward*, *Maine Law Review* 75 (2023), 71 (81) („DABUS was not developed or trained to solve a specific problem; rather, it was fed information about beverage containers and flashing lights and came up with the inventions on its own.“).

³⁶ Vgl. insbesondere § 37 Abs. 1 PatG sowie BGH, GRUR 2024, 1315 Rn. 20 ff. – DABUS. Zum deutschen Verfahren sowie den Verfahren im Ausland siehe m.w.N. *Dornis*, GRUR Patent 2025, 462.

³⁷ Vgl. *South African Patent Journal*, July 2021, 255.

schlussgründen Erkenntnisse zur Konstruktion des materiellen Erfindungskonzepts ziehen. Das Gericht schloss sich ausdrücklich dem anthropozentrischen Dogma an: Erfinder ist „diejenige (natürliche) Person, deren schöpferischer Tätigkeit die Erfindung entspringt“.³⁸ Ohne menschlichen Erfinderbeitrag wäre der Rechteerwerb an KI-generierten Erfindungen entsprechend ausgeschlossen. Die Karlsruher Richter wollten bei DABUS allerdings nicht nur keine ausreichende Eigenständigkeit erkennen, sie verneinten die Möglichkeit derartiger KI-Autonomie überdies ganz allgemein: Nach „derzeitigem wissenschaftlichem Erkenntnisstand“, so das Gericht, gebe es keine KI, die „ohne jede menschliche Vorbereitung oder Einflussnahme nach technischen Lehren sucht.“³⁹ Letztlich sei daher auch für die angemeldeten Erfindungen immer noch ein menschlicher Mindestbeitrag zu erkennen, fehle es nicht an einer Erfindung im Sinne des Gesetzes und damit auch nicht an einem Menschen als Rechteinhaber. Mit dieser Position mag sich der BGH den weit verbreiteten Ansichten im Schrifttum anschließen, die vollständig KI-autonome Erfindungsprozesse unter Verweis auf den noch nicht erreichten Zustand „starker KI“ bereits seit einiger Zeit für ausgeschlossen erklären.⁴⁰ Die Diskussion ist damit aber keinesfalls erschöpft.

Zunächst ist zu beachten, dass KI-Systeme die eigentliche „Erfindertätigkeit“ auf einigen Feldern der Technik, etwa bei der Suche nach pharmazeutischen Wirkstoffen mit bestimmten vorgegebenen Eigenschaften, bereits so umfassend übernommen haben, dass die Ergebnisse nach dem Inangasetzen des Systems tatsächlich ohne eine weitere menschliche Einwirkung oder Steuerung vom System gefunden werden.⁴¹ Auch im DABUS-Verfahren wurde derartige Autonomie vorgetragen und interessanterweise nahm der US Court of Appeals for the Federal Circuit in dieser Frage eine andere Position ein als der BGH. Circuit Judge Stark erklärte für seine Kollegen auf der Richterbank nämlich unisono: „[W]e are not confronted today with the question of whether inventions made by human beings with the assistance of AI are eligible for patent protection.“⁴² Das mag als *obiter dictum* einzuordnen sein, belegt aber, dass der Federal Circuit, hätte er die Analyse nicht ebenfalls auf die formelle Erfindernennung beschränkt, dem Vortrag eines *vollständig* autonomen Erfindungsprozesses durchaus zu folgen bereit gewesen wäre.

Auf die tatsächliche Leistungsfähigkeit der eingesetzten KI-Systeme, insbesondere die Existenz einer „starken KI“, also vollständige Autonomie,⁴³ kommt es aber auch nicht an. Je nach Gestaltung können die menschlichen Beiträge nämlich auch bei nur teilautonomen Anwendungen so weit von der eigentlichen

³⁸ BGH, GRUR 2024, 1315 Rn. 24 – DABUS.

³⁹ BGH, GRUR 2024, 1315 Rn. 40 – DABUS.

⁴⁰ Vgl. z.B. *Shemtov*, A study on inventorship in inventions involving AI activity, 2019, 20; *Schrön*, Künstliche Intelligenz im Patentrecht, 2023, 177; wohl auch *Köhl*, GRUR 2025, 629 (631).

⁴¹ Vgl. zu Beispielen bereits *Plotkin*, The Genie in the Machine, 2009, passim; *Nägerl/Neuburger/Steinbach*, GRUR 2019, 336 (340); *Dornis*, MittPatA 2020, 436 (442 ff.) m.w.N.

⁴² *Thaler v. Vidal*, 43 F.4th 1207, 1213 (Fed. Cir. 2022) (Hervorhebung im Original).

⁴³ Zur Abgrenzung verschiedener Autonomiestufen und den juristischen Implikationen vgl. *Dornis*, GRUR 2021, 784 (788); zudem ausführlich *Dornis*, AcP 223 (2023), 717 (725 ff.).

Lösungssuche des KI-Systems entfernt sein, dass es an einem geistig-schöpferischen Beitrag zur Erfindung fehlt. Die Leitlinien des US-amerikanischen Patent and Trademark Office (USPTO) zu KI-assistierten Erfindungen enthalten ein illustratives Fallbeispiel, in dem der Einsatz eines KI-Systems eine objektiv grundsätzlich patentierbare technische Lehre hervorbringt, die beteiligten Menschen aber so weit vom Erfindungsprozess entfernt sind, dass die Zuordnung scheitern muss.

Der Beispielsfall umfasst die Konzeption und das Training eines generativen KI-Systems durch einen KI-Ingenieur, der keine Vorstellung vom nachfolgenden KI-Einsatz durch die Nutzer des Systems hat.⁴⁴ Die Nutzer suchen im Anschluss schlicht nach Lösungen, indem sie das System mit technischen Aufgaben konfrontieren. Sie haben weder bei der Konzeption und dem Training der KI mitgewirkt, noch verstehen sie die Hintergründe der dem System gestellten technischen Aufgaben oder Abläufe im Systeminnern. Sie melden den objektiv neuen und erfinderischen KI-Output lediglich ohne weiteren eigenen Beitrag zur Patentierung an.

Je nach Interpretation des Sachverhalts ist erkennbar: Das KI-System ist der einzige Akteur mit technischem „Verständnis“ von der konkreten Lösungssuche. Allerdings kann es nicht im eigentlichen Sinne „verstehen“ oder seinen objektiv erfinderischen Output als Erfindungen „erkennen“. Die beteiligten Menschen wären hierzu möglicherweise in der Lage, sind von der konkreten Lösungssuche allerdings so weit entfernt, dass ihre Beiträge allenfalls als kausal anzusehen sind, aber nicht mehr als geistig-schöpferisch. Am Prozess der Lösungssuche sind sie nicht mehr beteiligt. Jedenfalls nach klassischer Doktrin fehlt es daher an einer menschlichen Konzeption der Erfindung. Dies verdeutlicht, dass wir – entgegen der in Karlsruhe gehegten Hoffnungen – bereits im Zeitalter der „Erfindung ohne Erfinder“ angelangt sein dürften. Die dogmatische Konsequenz ist gravierend: Kann keine natürliche Person als Erfinder und damit als Rechteinhaber bestimmt werden, kommt kein Recht an der Erfindung zur Entstehung. Dann fehlt das personale Substrat zur Verwurzelung des Rechts. Die „Erfindung“ verbleibt deshalb auch – selbst wenn alle übrigen Voraussetzungen für eine Patenterteilung vorliegen sollten – in der *public domain*: Sie ist nach wie vor gemeinfrei und kann grundsätzlich von jedermann ohne Einschränkungen genutzt werden.⁴⁵

⁴⁴ Vgl. USPTO, *Inventorship Guidance for AI-Assisted Inventions*, sub. IV.B. (<https://www.federalregister.gov/documents/2024/02/13/2024-02623/inventorship-guidance-for-ai-assisted-inventions> [11.11.2025]) sowie USPTO Guidelines: example 1: „Transaxle remote control“ (<https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/ai-inventorship-guidance-mechanical.pdf> [11.11.2025]).

⁴⁵ Es verbleibt allerdings die Möglichkeit der Geheimhaltung (etwa durch den Betreiber des KI-Systems), was die technische Lehre dem Regime des Geschäftsgeheimnisschutzes unterstellt. Nicht ausgeschlossen wären außerdem die unabhängige Konzeption einer identischen Erfindung und der Rechteerwerb durch andere.

3. BGH-Doktrin in DABUS: Stillschweigender Abschied vom Paradigma der geistig-schöpferischen Leistung?

Der BGH hat dieses Ergebnis – wie gesehen – unter Verweis auf den (scheinbaren) technologischen Status quo vermieden. Zugleich hat das Gericht das anthropozentrische Erfinderprinzip, dessen Geltung es an anderer Stelle noch ausdrücklich bestätigt hatte,⁴⁶ allerdings stillschweigend so erheblich verwässert, dass man von einem Paradigmenwechsel sprechen kann. Die Richter des Patentsenats vermieden Aussagen zum genauen menschlichen Mindestbeitrag bei KI-Einsatz zwar ausdrücklich,⁴⁷ gaben mit dem Verweis auf den „derzeitige[n] wissenschaftliche[n] Erkenntnisstand“ allerdings einen Hinweis auf die absolute Untergrenze der erforderlichen menschlichen Mitwirkung. Wörtlich heißt es im Beschluss:

„Unabhängig davon [...] bleibt es auch beim Einsatz von Systemen mit künstlicher Intelligenz möglich, solche menschlichen Beiträge zu identifizieren und hieraus durch rechtliche Bewertung die Stellung als Erfinder abzuleiten. Ein System, das ohne jede menschliche Vorbereitung oder Einflussnahme nach technischen Lehren sucht, gibt es nach derzeitigem wissenschaftlichem Erkenntnisstand nicht [...]“⁴⁸

Der letzte Satz ist entscheidend, lässt tief blicken, wenn man ihn weiterdenkt: Erst wenn ein KI-System vollständig autonom sowohl die technischen Aufgaben formuliert (z.B. Welche Krankheit gilt es zu heilen?) und im Anschluss nach Lösungen sucht und diese findet (entsprechend: das passende Medikament), lässt sich nach Auffassung des BGH kein ausreichender menschlicher Beitrag mehr feststellen. *E contrario* gilt deshalb aber: Solange wir noch keine vollständig autonomen KI-Systeme haben, ist jeder KI-Erfindungsprozess – unabhängig von Umfang und Qualität der menschlichen Mitwirkung, sogar ganz ohne menschlichen Beitrag zur Konzeption der Erfindung – auf einen der beteiligten Menschen zurückzuführen. Irgendwer wird sich immer finden lassen. Auf jeden Fall scheint keine geistig-schöpferische Mitwirkung am Erfindungsprozess selbst mehr verlangt. Dieser Ansatz unterscheidet sich im Ergebnis kaum von Meinungen im Schrifttum, die bereits die reine Verursachung des Erfindungsvorgangs ausreichen lassen wollen.⁴⁹

Damit wäre in der Tat ein Richtungswechsel eingeleitet: Josef Kohler ging 1878 noch vom Erfordernis der „Originalität“ der Erfindung im Sinne einer „Eigenconception des Schöpfers“ aus und forderte entsprechend, dass die Erfindung vom Erfinder selbst erschaffen und nicht von einem anderen „entlehnt“ wurde.⁵⁰ In der Sache geht es um die Eigenhändigkeit der Erfindung und die unmittelbare Mitwirkung an der erfinderischen Konzeption.⁵¹ Andere Rechts-

⁴⁶ Vgl. nochmals BGH, GRUR 2024, 1315 Rn. 26 – DABUS.

⁴⁷ BGH, GRUR 2024, 1315 Rn. 39 – DABUS.

⁴⁸ BGH, GRUR 2024, 1315 Rn. 40 – DABUS.

⁴⁹ Vgl. z.B. *Lauber-Rönsberg/Hetmank*, GRUR Int. 2019, 641 (642); wohl auch *Zech*, in: FS für Haimo Schack, 2022, 377 (382).

⁵⁰ *Kohler*, Deutsches Patentrecht, 1878 (Neudruck Aalen 1984), 33 f.

⁵¹ Vgl. zur aktuellen Doktrin ausführlich und m.w.N. *Dornis*, GRUR Patent 2025, 462.

ordnungen sehen dies ähnlich, etwa das US-amerikanische Patentrecht.⁵² Wie bei Kohler steht auch hier die unmittelbare Beteiligung am Erfindungsprozess im Fokus.⁵³ Derartige „Originalität“ sucht man in DABUS aber vergebens. Der menschliche Beitrag und der Erfindungsprozess sind entkoppelt. Entsprechend kann die reine Verursachung des KI-Erfindungsprozesses genügen – im Extremfall: das Betätigen des Startknopfs am KI-System. Möglicherweise reicht es auch aus, dass ein menschlicher Beteiligter den bereits fertig KI-generierten Output im Anschluss an die maschinelle Konzeption der technischen Lehre als Erfindung mit Potential zur Patentierung „erkennt“. Dies wird allerdings schwierig zu begründen sein, wenn sich das „Erkennen“ auf das reine Nachvollziehen einer vom KI-System ausgeworfenen technischen Lehre beschränkt.⁵⁴ So oder so: Bei jedem dieser Ansätze erodiert das Erfordernis einer geistig-schöpferischen Mitwirkung am Erfindungsprozess.

4. *Hic sunt leones*: Das „Patent ohne Erfindung“

Jenseits der materiellrechtlichen Ebene bleibt schließlich noch der Blick auf das formelle Patent. Aufgrund der im deutschen Patentrecht angelegten grundsätzlichen Unterscheidung von originär-materieller und formeller Berechtigung findet das Phänomen der „Erfindung ohne Erfinder“ geradezu unvermeidlich eine Fortsetzung im „Patent ohne Erfindung“.

Die Prüfung einer Anmeldung durch das DPMA bezieht sich zwar auch auf das Vorliegen einer „Erfindung“. Geprüft wird allerdings nur, ob der Gegenstand der Anmeldung „seinem Wesen nach“ eine Erfindung ist.⁵⁵ Wer oder was die Erfindung geschaffen hat, ist nicht Prüfungsinhalt – kann es auch nicht, sieht man einer technischen Lehre doch typischerweise nicht an, ob sie menschengemacht oder KI-generiert ist. Für Fälle der „Erfindung ohne Erfinder“ ist die DPMA-Prüfung deshalb keine Hürde. Auch ist das DPMA ausdrücklich nicht dazu berufen, die tatsächliche Erfinderschaft des Anmelders zu prüfen.⁵⁶ Diese Vorgabe dient der Vereinfachung des amtlichen Verfahrens, welches von aufwendigen Auseinandersetzungen über die Rechteinhaberschaft befreit sein soll.⁵⁷ Entsprechend wird das DPMA die Erfinderangabe (sofern eine natürliche Person benannt ist) gerade nicht in Zweifel ziehen, es bei der Anmeldung einer

⁵² Vgl. etwa *Madstad Eng'g, Inc. v. United States PTO*, 756 F.3d 1366, 1368 (Fed. Cir. 2014) („The named inventor must have invented the invention independently and not derived the idea from another.“); zudem *Baldoni/Guledjian/Müller*, GRUR Patent 2024, 27 (32).

⁵³ Wenig überraschend wird im US-Schrifttum deshalb diskutiert, ob die Erfinderstellung des menschlichen Akteurs bei Übernahme KI-generierter Ergebnisse ohne eigenen Input an fehlender „originality“ scheitern sollte. Vgl. *Baldoni/Guledjian/Müller*, GRUR Patent 2024, 27 (32).

⁵⁴ Vgl. zur Kritik bereits *Zipse*, MitttdtPatA 1972, 41 (43); zudem *Meitinger*, MitttdtPatA 2020, 49 (50) („Diese Argumentation wirkt schon etwas verzweifelt.“); ausführlich auch *Dornis*, GRUR 2021, 784 (791); *Dornis*, GRUR Patent 2025, 462.

⁵⁵ Vgl. § 42 Abs. 1 Nr. 1 PatG bei der Offensichtlichkeitsprüfung und § 44 Abs. 1 PatG beim Prüfungsantrag, wo hinsichtlich der Erfindungsqualität kein anderer Maßstab angelegt wird.

⁵⁶ Vgl. § 7 Abs. 1 PatG.

⁵⁷ Allgemeine Ansicht, vgl. nur *Schulte/Moufang*, PatG, 12. Aufl. 2025, § 7 Rn. 6 m.w.N.

„Erfindung ohne Erfinder“ in der Regel zur Rechteerteilung kommen – auch wenn die als Erfinder benannte Person mit der Erfindung nichts zu tun hatte. Lediglich klarstellend sei betont: Anders als in den DABUS-Verfahren, wo es dem Antragsteller um Aufmerksamkeit für Fragen der „KI-Erfinderschaft“ ging, dürften die meisten Anmelder typischerweise daran interessiert sein, ein Patent zu erwerben. Entsprechend wird der KI-Einsatz künftig in den meisten Fällen geheim gehalten werden.

Auch die „Patentvindikation“ nach § 8 PatG kann hier nichts retten. Der Gesetzgeber hat mit diesem Instrument Vorkehrungen für Fälle getroffen, in denen der originär berechnigte Erfinder und der Anmelder oder Patentinhaber auseinanderfallen. Meldet ein Nicht-Erfinder die geistig-schöpferische Leistung eines anderen zur Patentierung an, kann er bei Erteilung (sofern er im Antrag als Erfinder genannt ist) zwar zum Patentinhaber werden (und damit durchaus *berechtigt* sein). Er wird diese Stellung aber im Zuge der Patentvindikation des wahren Erfinders wieder einbüßen, wenn dieser rechtzeitig die Abtretung des Anspruchs auf Erteilung des Patents verlangt oder aber, nach der Erteilung durch das DPMA, die Übertragung des Patents begehrt. Bei „Erfindungen ohne Erfinder“ – der Name sagt es – fehlt es aber gerade an einem originär berechtigten Erfinder, der „patentvindizieren“ könnte. Aus diesem Grund ist auch kaum auf eine Korrektur im Rahmen eines Einspruchsverfahrens oder einer Nichtigkeitsklage zu hoffen.⁵⁸ Natürlich können und müssen „Patente ohne Erfindung“ widerrufen oder für nichtig erklärt werden, wenn das Fehlen der Patentierungsvoraussetzungen, wozu eben auch die Existenz einer „Erfindung“ gehört, vorgetragen wird.⁵⁹ Dies ändert aber nichts daran, dass ohne Antrag oder Klage nichts widerrufen oder für nichtig erklärt werden kann. Die KI-Systeme als solche werden sich nicht zu Wort melden und auf ihre Mitwirkung pochen. Die Konkurrenz dürfte selten ausreichende Informationen über KI-Erfindungsprozesse der Gegenseite haben.

Im Ergebnis ist also damit zu rechnen, dass die Patentrolle zunehmend „Patente ohne Erfindung“ enthalten wird. Die Existenz derartiger leerer Hülzen ist nicht nur systematisch verfehlt, sondern auch und vor allem rechtspolitisch bedenklich. Sinn und Zweck des Patentschutzes ist es, wie gesehen, die geistig-schöpferische Erfindertätigkeit anzuregen. Ohne diesen Aspekt hier zu vertiefen, ist erkennbar, dass eine Rechteerteilung für künstlich generierten Output diesen Zweck verfehlt, weil sie die Anreize eben nicht mehr für die *menschliche* Erfindertätigkeit setzt, sondern ganz allgemein für Investitionen in KI-Entwicklungen.⁶⁰

⁵⁸ Vgl. §§ 59 ff. und §§ 81 ff., insbesondere §§ 21, 22 PatG.

⁵⁹ Vgl. § 21 Abs. 1 Nr. 1 PatG.

⁶⁰ Vgl. hierzu ausführlich Dornis, Yale Journal of Law & Technology 23 (2020), 97 ff.

IV. Résumé

Kehren wir zurück zu Josef Kohler und zur Zerfahrenheit des Patentrechts, die mit der KI-Revolution zurückgekehrt sein könnte. In der Zusammenschau zeigt sich disruptives Potential: Die „Erfindung ohne Erfinder“ trifft auf ein Vakuum im existierenden System, läuft patentdogmatisch geradezu ins Leere. Nimmt man den BGH beim Wort, wird das Problem umschifft – wohl allerdings unter Aufgabe des Paradigmas eines geistig-schöpferischen Beitrags zum Erfindungsprozess. Nicht durch pragmatischen Richtungswechsel der richterlichen Doktrin zu lösen ist hingegen das Problem der „Patente ohne Erfindung“. Den Weg aus dem Irrgarten kann an dieser Stelle nur der Gesetzgeber weisen.

Buildings on Fire! Liability of Tenants in Leuven Lecture Notes and *consilia* (c. 1560–1600)¹

Wouter Druwé

I. Introduction

Legal *consilia* from the Low Countries are fascinating sources of learned legal practice. These sources teach us how Roman law was invoked in cases of everyday life. It was in the context of my Ph.D. research on *consilia* that I had the pleasure to meet Wolfgang Ernst, an erudite and very kind scholar to whom I am very grateful. In this brief contribution to the *Festschrift* for his 70th anniversary, I have chosen to focus on three *consilia* by the most famous *consiliator* of the Low Countries, Joannes Wamesius (1524–1590), of whom nearly 1200 *consilia* have been printed posthumously. At the same time, this contribution also makes the bridge to a second type of sources that I have had the privilege of studying over the last couple of years: lecture notes by professors from the Low Countries.² From a substantive point of view, this contribution deals with the liability of tenants (*conductores*) in case a building is destroyed by fire. Through some of its references to the *lex Aquilia*, a theme on which the honoree has worked a lot, I hope this modest contribution will also be of interest to him.

¹ This contribution has been made possible by the Research Foundation – Flanders (FWO), nr. G0C4421N, and by KU Leuven – Internal Funds, nr. C14/19/012.

² The research on lecture notes took place in the framework of the @aulam project, at the occasion of the 600th anniversary of the university of Leuven: ‘Innovation through Education: Pioneering Change in Law and Theology in Leuven’s Golden Age’. Dr. Shiri Roelofs and Dr. Ana Luiza Ferreira Gomes Silva have both defended legal historical dissertations on early modern course notes from the Leuven university. On the role of lecture notes, see especially: Violet Soen, Wouter Druwé, Wim François and Ralph Dekoninck (eds), *Innovationes Lovanienses: Arts, Law, and Theology at the University of Louvain (1425–1797)* (Brepols 2025); Violet Soen, Wouter Druwé, Wim François and Ralph Dekoninck (eds), *Students, Scholars and their Books at the University of Louvain (1425–1797)* (Brepols 2025); Violet Soen and Wouter Druwé, ‘Stichtingsdocumenten en studentennotities: Een nieuwe blik op studenten en docenten aan de “oude” universiteit Leuven (1425–1797)’, in Bart Pattyn and Pieter d’Hoine (eds), *XXI. Zes eeuwen kennis in Leuven* (Universitaire Pers Leuven 2025) 141–161; Wouter Druwé and Geert Sluijs, ‘Reforming Legal Education in Leuven. The Humanist Ideas of Diodorus Tuldeus (1594–1645)’ (2021) 20 *Historia et ius* paper 18.

II. Gerardus Corselius' *Auctarium*

Gerardus Corselius (1568–1638) was royal professor of the Institutes of Justinian at the university of Leuven.³ The royal professorship of the Institutes had been created under the impulse of the legal humanist scholar Viglius of Aytta, from Zwichem, in 1557.⁴ Rather than immediately having to go into a detailed study, including the glosses and commentaries, as was the custom before, the new royal professor was now deemed to use the Institutes as his handbook, i.e. without necessity to add much more than some very brief explanations or clarifications. These clarifications were usually dictated and noted down carefully by the students. When Gerardus Corselius became royal professor in 1596, he dictated his explanations for some years too. However, in the year 1600, he chose to alter his way of teaching. He advised his students to copy the introductory notes of previous years in order to win time in class. During the first half of the lecture, Corselius would explain the core notions of the Institutes *viva voce*, i.e. in a somewhat swifter pace, without expecting the students to note down his words literally. This *viva voce* method allowed students to immediately grasp the content of what they were studying, which was not always the case when writing down literally a dictated text. Nonetheless, Corselius also understood that the absence of notes taken by the students themselves might cause some suspicion with the parents of his students. Having handwritten student notes taken in class indeed also functioned as a proof of attendance. That is why he decided to use the second part of his lecture to go into more specific *quaestiones* related to the text of the Institutes.⁵ One of those questions sounded as follows: ‘is a tenant or an inhabitant liable for the fact that the house has been lost in or damaged by fire, even if it is not proven that the fire was caused through his fault?’⁶

According to Corselius, it was the common opinion of all jurists that if a *casus fortuitus* had been proven, the tenant was not liable. Instead, if *dolus* or at least *culpa levis* on the part of the tenant had been proven, there was no doubt either that the tenant was liable. The controversy, however, concerned the situation in which neither *casus fortuitus*, nor *dolus* or *culpa levis* had been proven. Thus, essentially, since the concept of strict liability did not exist in the sixth-century *ius commune*, the question was whether *culpa* of a tenant could be presumed,

³ Robert Feenstra, ‘Jacobus Maestertius 1610–1658. Zijn juridisch onderwijs in Leiden en het Leuvense disputatiesysteem van Gerardus Corselius’ (1982) 50 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 297–335.

⁴ René Dekkers, *Het humanisme en de rechtswetenschap in de Nederlanden* (De Sikkel 1938) 93–96; Victor Brants, *La faculté de droit de l’université de Louvain à travers cinq siècles: étude historique* (Larcier 1917) 27–30.

⁵ Gerardus Corselius, *Ad Institutiones Iustiniani auctarium*, Royal Library of Belgium (KBR) ms. 4086, f. 1. These notes have been taken by student Joannes van ’t Sestich in 1600. Here, it concerns a copy made after 1621, the year when Joannes van ’t Sestich was appointed *regius professor* of canon law at the Leuven university himself.

⁶ KBR ms. 4086, *ad Inst.* 4,3,13, *quaestio* 2, f. 345/355v.–348/358v. Cf. Wouter Druwé, ‘Qualitative Liability in the Early Modern Low Countries (ca. 1425–1650)’ (2021) 42 *Grotiana* 37–39, where I had summarized this *quaestio* already. The present contribution expands this analysis and includes a reflection on the *consilia* by Wamesius.

or – formulated otherwise – who had to bear the burden of proof. Corselius' answer was heavily inspired by three contemporary authors: Andreas Gaill (1526–1587), Giacomo Menochio (1532–1607), and Andreas Fachinaeus († 1607).⁷ In his *Auctarium*, Corselius himself did not refer to medieval authors, although Gaill, Menochio and Fachinaeus did so themselves. Indirectly, it was therefore the medieval Roman law doctrine that was received by Corselius.

A minority of authors had argued that, if fire broke out in a building, *culpa* by tenants could be presumed. These authors referred to a passage from the Digest, where the third-century Roman jurist Paul had held that fires were often caused by the fault of the building's inhabitants (Paul sing. off. praef. vig. D. 1, 15, 3, 1: *quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium*). A second argument was taken from the *lex Si vendita* (Alf. 2 dig. D. 18, 6, 12) by Alfenus, who argued that a fire could not exist without fault (*cum incendium sine culpa fieri non possit*). Since a fire did not erupt without fault and since fires in a building were usually caused by the fault of its inhabitants, inhabitants (and this includes tenants) should be held liable until proof to the contrary. Fachinaeus was one of the authors in favour of this minority opinion; he was also aware that his opinion was minoritarian. He used Bartolus' commentary to Ulp. 4 ed. D. 2, 13, 4, 2 as a foundational text.

Its opponents, i.e. the majority of the authors, argued that on the basis of D. 1, 15, 3, 1 at most a *culpa levissima* could be presumed. Since a tenant was only liable once a *culpa levis* had been proven, a presumption of *culpa levissima* did not lead to a presumed liability of the tenant. Fachinaeus explains that this argument of the majority went back to the *glossa ordinaria* to Inst. 3, 14, 3. The gloss stated that a fire could not arise without a *culpa levissima*, with reference to the aforementioned D. 1, 15, 3, 1 and D. 18, 6, 12. However, Fachinaeus himself was convinced that D. 1, 15, 3, 1 did not refer to *culpa levissima*, but simply to *culpa*. The same was – according to Fachinaeus – true for D. 18, 6, 12 on the liability of a seller in case of fire prior to the *traditio* of a good that has been sold. Moreover, Fachinaeus argued that the latter fragment provided for a presumption of fault by the seller-*paterfamilias*, which could be overturned if he could prove that he had been diligent.

Secondly, the majority argued that, even if one would accept a presumption that fire was caused by at least a *culpa levis* of an inhabitant (which they did not), it still needed to be proven which specific inhabitant had caused the fire. Therefore, a presumption against one specific inhabitant or tenant remained un-

⁷ Andreas Gaill, *Practicarum observationum tam ad processum iudicium praesertim imperialis camerae, quam causarum decisiones pertinentium, libri duo* (Cologne: Widow of Arnoldus Hieratus 1645) lib. 2, cap. 21, f. 315–317: 'Conductor domus an de incendio teneatur'; Jacobus Menochius, *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis centuriae sex* (Cologne: Philippus Albertus 1630) lib. 2, cent. 4, casus 390, f. 709–712: 'Incendium cuius culpa, et facto commissum credatur, qua poena iure Caesareo ferendus sit incendiarius ob levem, et latam culpam, et qua cum dolo incendium immisit, quid iure Canonico et poenitentiali, plene et luculenter explanatum.'; Andreas Fachinaeus, *Controversiarum iuris libri decem* (Cologne: Joannes Gymnicus and Antonius Hieratus 1604) lib. 1, cap. 87, f. 96–97: 'An si domus conducta comburatur, locatoris damnum sit, vel conductoris.'

likely, even if such general presumption of *culpa* of inhabitants was accepted. As Andreas Gaill added, D. 18, 6, 12 was a perfect case – although it concerned the law of sale⁸ – to show that it was not always the *paterfamilias*' fault that a house hit fire. Even if there was only one inhabitant, still – with a reference to a *consilium* by Baldus de Ubaldis – Gaill argued that if that inhabitant was known as a vigilant person (*inhabitans erat consuetus esse vigilans*), no presumption against him could be accepted. Fachinaeus did not agree with Gaill's reasoning; if there was not a presumption against the inhabitant, there would not be any need for him to prove his diligence (*si non praesumeretur, non esset ei necesse probare diligentiam*).

Menochio, in the passage to which Corselius referred, did not focus so much on the first argument regarding the distinction between a *culpa levissima* and a *culpa levis*, but went more in detail into the second argument, namely that a fault of a specific inhabitant needed to be proven. This argument was based on Paul 22 ed. D. 4, 9, 6, 4. Menochio especially argued that the presumption of fault by the inhabitants was only a workable solution if the tenant was the sole inhabitant, or if he was at least the only custodian (*custos*) of the building. Only in that case would the outbreak of a fire lead to a *praesumptio iuris*, a refutable presumption, of fault by that inhabitant or custodian, which – in the absence of contradictory proof – would be sufficient to ground an *actio ex conducto*. Also on this point, Fachinaeus was of another opinion. He stated that there was not always need to prove the fault of a *certa et determinata persona*. He corroborated his argument with a reference to Iul. 86 dig. D. 9, 2, 51, 1, where it is said that 'where a slave was badly wounded by several persons and it was not ascertained by whose blow he died; it has been decided that all of them are liable under the Lex Aquilia'.⁹ D. 4, 9, 6, 4 only concerned innkeepers who accommodated many guests and travellers; in that specific situation – but only there – did it need to be shown whether either a member of the innkeeper's family and servants or one of the guests or travellers had caused the fire.

Not in Corselius's *Auctarium*, but in the longer discussion by Gaill, the additional question was raised whether a tenant should also be held liable if a fault by one of his family members had given rise to the fire. According to Gaill, the rule was that the tenant was only liable for actions by his family members if he had given them a specific office. Thus, he would be liable for defective oversight of a candle in a stable by a stable boy, but not if that stable boy would have committed a fault somewhere else in the building. Special reference is here made to Ulp. 55 ed. D. 39, 4, 1, 5 for the definition of who belongs to the *familia* and to Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 27, 9. That latter passage by Ulpian is a crucial one, as it concerns a

⁸ Wolfgang Ernst, 'Klagen aus Kauf (actio empti, actio venditi)' in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rüfner (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, vol 2 (Mohr Siebeck 2023) § 79 n. 143, 2125–2126.

⁹ Iul. 86 dig. D. 9, 2, 51, 1: Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt. The translation is by Scott (Cincinnati 1932), as available via <<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>> accessed 11 November 2025.

slave of a tenant with the charge of a furnace who fell asleep, and the house burnt down. Ulpian quotes Neratius, who was of the opinion that the tenant was liable under the *actio ex conducto* if he had been negligent in the selection of persons in his service. This argumentation was also consistent with the argumentation developed in the framework of the *actio institoria*.

In the latter part of his response to this *quaestio*, Corselius also focused on a debate between the French humanist scholars François Hotman (1524–1590) and Jacques Cujas (1522–1590).¹⁰ Hotman, on the one hand, had argued that D. 18, 6, 12 had not been transmitted correctly, as the statement that a fire could not erupt without fault was not consistent with other fragments from the *Corpus iuris civilis* where fires were said to have arisen from a *casus fortuitus* (Ulp. 32 ed. D. 19, 2, 9, 3; Ulp. 32 ed. D. 19, 2, 11, 1; Alf. 3 a Paulo epit. D. 19, 2, 30, 1–3). Cujas, on the other hand, agreed with Hotman that exceptions were possible, but stated that – as a rule – fires did not arise without a fault, and that therefore there was no need to presume any mistakes in the transmission of this passage from the Digest. Thus, Cujas seemed at first sight to agree with Fachinaeus's minority opinion. Nonetheless, once there was more than one tenant in the building, a presumption of fault against any one of them would not be admissible, since in such cases no personal fault of an individual tenant could be presumed.

After having listed the different arguments, Corselius himself joined the majority opinion and was thus apparently not convinced by the arguments of Fachinaeus. According to our Leuven law professor, no presumption of fault against the tenant could be accepted. At most, in certain cases, a *culpa levissima* could be presumed, but that did not bring about the liability of a tenant. Only in case of a loan for use (*commodatum*), such a presumption of a *culpa levissima* might have been a helpful procedural tool as a *commodatarius* was liable for *culpa levissima*. Even then, the presumption would only apply if the *commodatarius* was the only one using the building. In the case of a lease agreement, the burden of proof of *culpa levis* lay – according to Corselius – with the landlord (*locator*) who wished to file an *actio ex conducto*.

At the end of his *disputatio*, Corselius added that the *lex Aquilia* could not be invoked either. Although under the *actio ex lege Aquilia*, one could be held liable even for a *culpa levissima*, that *culpa levissima* must have consisted in an action. A *culpa levissima* which consisted in an omission, did not lead to liability under the *lex Aquilia*. Since most fires arose due to a minor lack of oversight, which was a *culpa levissima* consisting in an omission, a tenant could not be presumed liable until proof to the contrary.

¹⁰ Franciscus Hottomannus, *Observationum et emendationum in ius civile libri XIII* (Geneva: Eustathius Vignon and Jacobus Stoer, 1599) lib. 5, cap. 10, f. 143: *Particula non duobus locis sublata*; Jacobus Cujacius, *Observationum libri XXVIII* (Paris: Societas typographica librorum officii ecclesiastici, 1657) lib. 17, cap. 29, col. 543: *Ad l. 6 § si tibi mandavero, D. Mand. et l. Si vendita D. de per. et com. rei vend.*

III. *Consilia* by Joannes Wamesius (1524–1590)

Corselius dictated this *quaestio* in 1600. In his lecture, he did not refer to any *consilia* from the Low Countries, since the *consilia* by Nicolaas Everaerts (1554), Angelus a Sancto Ioanne (1563), and Elbertus Leoninus (1584) – by 1600 the only three existing printed collections of *consilia* from the Low Countries – seem not to have contained specific consultations on this theme. A Leuven professor who certainly dealt with this liability of tenants in case of fire, is Joannes Wamesius (1524–1590). His *consilia* on this theme significantly predate Corselius' lecture, but were only printed in 1631, i.e. more than forty years after Wamesius' death.¹¹ In the remainder of this contribution, three of those *consilia* will be studied. These *consilia* were not available to Corselius when he dictated his *Auctarium*. Would Corselius's reading of them have made any difference?

The *consilia* by Wamesius have been put into a logical order by Etienne Weyms (1553–1633), his nephew, also a professor at the Leuven university. It seems that also Corselius, Weyms's brother-in-law himself would have played a role in the editing process, but after 1600.¹² The third volume of civil law *consilia* dealt, *inter alia*, with *locatio-conductio*. *Consilia* 68 till 70 of that volume all deal with the liability of tenants in case of the eruption of fire that destroyed a building.¹³ In two of them, which both concerned a rented building that was used as a brewery, Wamesius argued in favour of the tenant. In the remaining one, he argued that the tenant was liable.

1. *Consilia* III/68 and III/69: no presumption of liability of the tenant

Consilium III/68 concerned a case that was entrusted to Robert van Glymes van Bergen (ca. 1520–1565), prince-bishop of Liège, as arbiter. Wamesius wrote this *consilium* after the death of bishop van Bergen, shortly after Gerard van Groesbeek (1517–1580) had been installed as prince-bishop. In the case at hand, Wamesius' expert opinion was already the third one in the case, since Balduinus Wolfart and Petrus Corselius, both *iuris utriusque licentiati*, had also written *consilia*, to which Wamesius subscribes.

Petrus Beckers had rented a building from the magistrate of the town of Sint-Truiden, in order to use it as a brewery. Henricus Mettecoven, the defendant in this case, had acted as a personal surety (*fideiussor*) of Beckers' obligations under the *locatio-conductio*. Beckers had appointed Wilhelmus Messen as the brewer. In the case at hand, it was not clear what had happened. The magistrate argued

¹¹ Wouter Druwé, *Loans and Credit in Consilia and Decisiones in the Low Countries (c. 1500–1680)* (Brill 2020) 76–92; Alain Wijffels, 'Wamèse, la pratique du droit commercial dans l'oeuvre d'un professeur louvaniste' in *Liber Amicorum Guy Horsmans* (Brussels 2004), 1151–1175.

¹² Gilbert Tournoy, 'Lipsiana novissima III: Another Overlooked Letter Written by Lipsius in 1604' [2009] *Humanistica Lovaniensia* 409–414.

¹³ Joannes Wamesius, *Responsorum sive consiliorum ad ius forumque civile pertinentium, centuria tertia, ordine titulorum Pandectarum et Codicis digesta* (Leuven: widow of Henricus Hastenius 1631) 221–226.

that Beckers – and therefore also his personal surety Mettecoven – is presumed to have committed a fault, with a reference to Bartolus' commentary to Ulp. 4 ed. D. 2, 13, 4, 2. Wamesius, however, here sided with the majority opinion (*communior opinio*), namely that the burden of proof of this fault lies with the landlord (*locator*), with references to Alexander de Imola, Jason del Maino, Salycetus and Paulus Parisius.

In the lease agreement, some specific stipulations with respect to the liability of the tenant had been included. One concerned the exoneration of the *locatores* themselves in case of any fortuitous case which would render it more difficult for the tenant to work as a brewer. Thus, in such a case, the *locatores* would not have to agree to a *remissio mercedis*, which – under normal circumstances – would have been the case. The second passage implied that Beckers had taken upon himself the risk of loss of the instruments used in the brewery, but only in case of a fault, and anyway not the risk of the loss of the building itself. *Accessorium ad se non trahit principale*.

Wamesius pointed out that the landlord knew in advance that the building would be used as a brewery and agreed to it. Clearly, he had not prohibited the use of fire. Fire is necessary in the process of beer production. In the course of that production, the tenant is bound to common diligence (*communis diligentia*) but does not have an obligation to guarantee complete safety, since that would render the beer business impossible.

Finally, Wamesius also emphasized that even if Messen had committed a fault, this would not yet have implied any liability for the tenant and the *fideiussor*. The fault of the tenant's servants did not render the tenant himself liable, if no personal fault of the tenant could be proven, e.g. that he would have selected bad servants. Messen was a mature man, a father of a family, and an experienced brewer with a fine reputation. Prior, he had even been the responsible brewer of the chapter of the church of Saint-Trudo. Mettecoven had therefore made a good choice and could not be held responsible, even if a *culpa levis* by Messen was proven. Rumours that Messen had been negligent in his earlier capacity as brewer of the chapter of Saint-Trudo were not proven and certainly not known to Beckers and Mettecoven when they appointed Messen.

Consilium III/69 also concerned a brewery. Here, the case was pending with the judicial vicar (*officialis*) of the archdiocese of Mechelen between plaintiff Joannes Reers and defendant Marcellus Loon. Reers had filed a claim on the basis of the *lex Aquilia* against Loon. Loon was one of the employees in the brewery. He worked near the oven; his job was to keep the fire in the oven by regularly adding bundles of wood. Reers accused him of having put two of those bundles in the wrong direction, which – still according to Reers – would have led to an outbreak of fire outside the oven. Witnesses had indeed found two bundles in the wrong direction, but no one had seen Loon putting them in, and he was not the only working in the brewery at that time. Moreover, a fire expert, appointed by the *officialis*, had studied the situation, and had come to the conclusion that the flames that put the house on fire, had not come from the

oven itself, but rather from the chimney. Also in this case, Wamesius dismissed arguments as if there would be a general presumption of fault against the ‘inhabitants’ and the tenant. The fault needed to be proven.

2. *Consilium* III/70: presumption of liability if *factum* proven

A third and final *consilium* by Wamesius with respect to the liability of a tenant in case a building burnt down, was written for a case that was pending with the magistrate of Antwerp. This is an interesting *consilium* to contrast to the previous ones, since here Wamesius will conclude against the tenant Joannes Ghys, and in favour of the *locatrix*, the widow of Joannes Dekens. He did so by distinguishing between two situations. The first situation was one where it was not known how or by whom a building got burnt down. In that case, the burden of proof rested with the landlord. However, when it was clear that the fire erupted through an action or inaction of one of the inhabitants (*certi hominis factum*), their fault (*culpa*) could be presumed.

Wamesius supported this argument with a reference to D. 18, 6, 12, the same passage others had used to corroborate a general presumption of liability which Wamesius had denied in *consilia* III/68 and III/69. Thus, when Alfenus stated in D. 18, 6, 12 that a fire could not erupt without fault, this meant according to Wamesius that, if a *factum* was proven, the culpable intention was presumed. It is noteworthy that Wamesius did not distinguish here between a presumption of a *culpa levissima* and a *culpa levis*. In the case at hand, it was not disputed that the fire had been caused through the inaction of Paulus Ghys, the son of the tenant Joannes. This inaction was interpreted by Wamesius as a *factum*. The question was merely whether he had done so in a culpable way (*culpa*). *Culpa (levis)* was presumed. Under the *actio ex conducto*, Joannes was liable for his son’s fault (Ulp. 32 ed. D. 19, 2, 11, *pr.*; D. 19, 2, 30).

In case this argumentation would not yet have convinced the Antwerp magistrate, Wamesius also argued that Joannes Ghys himself had committed a fault himself, by lack of oversight. Joannes Ghys, a widower, had recently been remarried; his new wife, a widow too, still lived at her own previous house. Joannes had spent the night at his wife’s house, leaving at his home his children, some of whom were very young, others young adults at most. By leaving the home to his young children, Joannes had committed a *culpa gravis*. The fact that he had been as negligent with respect to his own goods, did not count as an excuse. *Culpa gravis* by a tenant always led to liability.

IV. Conclusion

This brief contribution in honour of Wolfgang Ernst dealt with two specific types of sources from law professors of the old university of Leuven in the second half of the sixteenth century: handwritten lecture notes from a course by Gerardus Corselius on the Institutes of Justinian, and printed consultations by

Joannes Wamesius. In the absence of learned commentaries or treatises in print on this topic, these sources offer useful information to sketch the status of Roman law scholarship on different legal questions in the Low Countries. Both Wamesius and Corselius were well imbued in the European *ius commune* scholarship, though they put different emphases. In his *consilia*, Wamesius primarily referred to late medieval Italian scholars like Bartolus de Saxoferrato (1313–1357), Baldus de Ubaldis (1327–1400), Bartholomaeus Salicetus (c. 1330–1412) and Alexander de Imola (1424–1477), to name just a few. Corselius, however, referred to legal humanist authors like Hotman and Cujas, as well as to three major works of *controversiae* or *quaestiones* by Gaill, Menochio and Fachinaeus, and, thus, only indirectly took into account the late medieval commentaries.

Despite their different *corpora* of sources, Wamesius and Corselius largely agreed that if fire had erupted and severely damaged a rented building, it was for the landlord (*locator*) to prove that the tenant had committed a fault (*culpa*). Wamesius and Corselius did not accept the minority opinion, *inter alia* promoted by Fachinaeus, which was in favour of a presumption of liability of the tenant. Wamesius clarified (more than Corselius) that D. 18, 6, 12 had to be interpreted in such a sense that only once a *factum* by the tenant was proven, the culpable intention was presumed, although he did not distinguish between *culpa levis* and *culpa levissima*. Thus, in this case, if in 1600 Corselius had had access to the *consilia* by Wamesius, this would not have dramatically changed his *Auctarium* on this point, although it might have allowed him to illustrate his arguments by referring to cases from the Netherlandish legal practice.

All' die alten Tricks: Gläubigerbenachteiligung und *actio Pauliana* in Deutschland und England

Stefan Enchelmaier

I. Einführung

Das Verschenken, Verschernbeln oder Verdingen wertvoller Gegenstände sind nur einige der Winkelzüge, mit den zahlungsunfähige Schuldner einige oder alle ihrer Gläubiger gegenüber anderen benachteiligen. Sie sind in vielfachen Abwandlungen in den Digesten beschrieben, und auch im Recht Deutschlands und Englands finden sich Regeln, die die Gleichbehandlung der Gläubiger sicherstellen sollen. Die drei Rechtsordnungen haben darin einen gemeinsamen tatsächlichen Ausgangspunkt. Sie teilen auch die Grundlinien einer gerechten Lösung der Interessenkonflikte unter den Beteiligten. Die äußere Gestalt dieser Lösungen unterscheidet sich jedoch erheblich.

Deutschland und England haben zivilrechtliche Sondergesetze, die Insolvenzordnung und den Insolvency Act 1986. Iustinians *Codex* 7.75 ist dagegen weit entfernt von einer systematischen Regelung. D. 42, 8 lässt es zwar an Anschauungsmaterial nicht fehlen, enthält sogar Regeln, die nahezu identisch in den modernen Rechtsordnungen wiederkehren. Ein Überblick lässt sich aber nur mühsam gewinnen. Deshalb bietet sich der Vergleich des deutschen mit dem englischen Recht als Bezugspunkt für den weiteren Vergleich mit dem römischen an.

II. Gestalt und System der Regelungen

1. Die anfechtbaren Handlungen

Das englische Recht besticht auf den ersten Blick durch sein klares Gefüge: fünf Tatbestände anfechtbarer Handlungen (sections 238, 239, 244, 245, 423 IA 1986), je eigene Bestimmungen zu den relevanten Zeiten (s240), zu den Rechtsfolgen (ss241, 425) und zu nahestehenden Personen (ss249, 435), freilich nicht in demselben Gesetzesabschnitt, sondern über den Insolvency Act 1986 verstreut. Der englische Ausdruck für „Anfechtung“ lautet *adjustment* (amtliche Überschrift vor s238), was sich auch als „Anpassung“ oder „Berichtigung“ übersetzen lässt. Beim *adjustment* geht es nämlich nicht zwangsläufig um alles oder nichts. Dies

zeigt sich etwa bei s244. Wucherzinsen lassen sich danach auf angemessene Größen zurückführen.

Dabei zeigt sich ein weiterer Unterschied zum deutschen Recht der Insolvenzanfechtung: Das *adjustment* liegt in der Hand des Gerichts, es verfügt auf Antrag des *insolvency practitioners* (der unter verschiedenen Amtsbezeichnungen meist dem deutschen Insolvenzverwalter entspricht). *Adjustment* ist kein *self-help remedy* wie etwa die *rescission*. Durch letztere kann eine Vertragspartei ein Rechtsgeschäft ungeschehen machen, ohne das Gericht anrufen zu müssen. Wieder eine andere Regelungstechnik findet sich in s245: Die Anpassung (Rückführung) der Übersicherung geschieht hier von Rechts wegen. Freilich wird es über die Anwendung der Formel in Abs. 6 („the amount in money which at the time they were supplied could reasonably have been expected to be obtained for supplying the goods or services in the ordinary course of business and on the same terms“) regelmäßig zum Streit vor Gericht kommen. Trotz der Unschärfe im Ausdruck soll weiterhin auch im Hinblick auf das englische Recht von „anfechtbaren Handlungen“ die Rede sein.

Die Arten der anfechtbaren Handlungen nach englischem Recht sind *transactions at an undervalue* (s238), d.h. Verschenken und Verscherbeln; *preferences* (s239), die Vorzugsbehandlung einzelner Gläubiger, die sie im Insolvenzfall besser dastehen lässt als andere; *extortionate credit transactions* (s244), Kreditwucher gegen den Insolvenzschuldner; *avoidance of certain floating charges* (s245), die Beseitigung der Übersicherung durch Beschränkung der Sicherheit auf den Wert der Leistungen, die der Gläubiger dem Schuldner erbracht hat, berechnet wie oben, infolge eines Sicherungsrechts, der *floating charge*, das sich auf das gesamte gegenwärtige und zukünftige Vermögen einer Gesellschaft bezieht; *transactions defrauding creditors* (s423), eine Abwandlung der *transaction at an undervalue*, jedoch mit Abweichungen von s238 in Inhalt und Folgen.

Das deutsche Recht ist nicht nur viel weniger wortreich. Gleich zu Anfang spricht es in § 129 InsO den „Grundsatz“ aus, dass gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens anfechtbar sind. Dieser Grundsatz stellt den inneren Zusammenhang der folgenden „besonderen“ Anfechtungstatbestände (§§ 130–137) her und ist zugleich ihr überwölbendes Tatbestandsmerkmal. Das Verhältnis ließe sich auch so beschreiben, dass das deutsche Recht nur einen einzigen Tatbestand kennt, die Gläubigerbenachteiligung, allerdings mit unterschiedlichen Weisen der Verwirklichung. Das englische Recht lässt sich nicht in diesem Sinne auf einen gemeinsamen Nenner bringen. Die übrigen Tatbestände sind nicht bloße Varianten der *preference*. Geschenke an Nicht-Gläubiger etwa benachteiligen alle Gläubiger, ohne einzelne besserzustellen, wie es s239(4)(b) verlangt.

Inhaltlich decken sich die Anfechtungstatbestände in Deutschland und England weitgehend. § 134 Abs. 1 InsO und s238(4)(a) Insolvency Act 1986 erfassen gleichermaßen den Fall des Geschenks. Der Fall des Verscherbelns wie nach s238(4)(b) wäre nach Maßgabe des § 131 zu behandeln. Die Deckung ist inkongruent, weil die Gesellschaft das Geschäft erst eingeht („enters“). Ver-

schenken wie Verscherbeln bewirken ohne weiteres eine Benachteiligung der (übrigen) Gläubiger. Sie fallen deswegen auch in den Anwendungsbereich des § 132 Abs. 1. Je nach Beweggründen und Kenntnissen der Beteiligten kommt außerdem eine vorsätzliche Benachteiligung gemäß § 133 in Betracht. In s244(5) weist das Gesetz den Wucherkredit als Sonderfall der s238 aus: der Schuldner erhält zu wenig Kredit für die überhöhten Zinsen.

Ähnliches lässt sich von der Rückführung der Übersicherung nach s245 sagen. Hier bleibt der Kredit hinter dem Wert des Sicherungsguts im Einzugsbereich der *floating charge* zurück, die der Schuldner im Gegenzug einräumt. Andere Kreditsicherheiten fallen unter s239, erfordern dort allerdings gemäß Abs. 5 eine Besserstellungsabsicht. Daran fehlt es, wenn der Schuldner lediglich dem Drängen des Gläubigers nachgibt. Es hat historische Gründe, dass der Insolvency Act die *floating charge* durch eine eigene Vorschrift hervorhebt. Dieses Sicherungsrecht hat die englischen Gerichte und bald auch den Gesetzgeber vom letzten Drittel des 19. bis Anfang des 21. Jahrhunderts wiederholt beschäftigt und der Entwicklung des englischen Gesellschaftsrechts wichtige Anstöße gegeben.¹

Im deutschen Recht handeln § 135 Abs. 1 und 2 eigens von Sicherheiten, ansonsten steht die Besicherung von Gläubigern durchweg der Befriedigung gleich. Nicht erfasst ist die Besicherung lediglich bei § 132, weil vor der Verwertung der Sicherheit noch nichts „aus“ dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden ist, wie es ausweislich § 143 Abs. 1 erforderlich ist; bei § 134 nicht, weil die Sicherheit das Gewähren eines Kredits durch den Gläubiger voraussetzt, also nicht unentgeltlich ist.

Auch die Vorschrift des s423 gehört nach ihrem ersten Absatz in den Zusammenhang der Unterwertgeschäfte. Das Erfordernis der Absicht, Vermögensgegenstände dem Zugriff gegenwärtiger oder künftiger Gläubiger zu entziehen, rückt s423 zugleich in die Nähe des § 133. Anders als nach s238(5) kann der Schuldner bei s423 deshalb nicht geltend machen, er habe in gutem Glauben und im gewöhnlichen Geschäftsgang („in good faith or for the purpose of carrying on its business“) oder in der vernünftigen Überzeugung („reasonable grounds for believing“) gehandelt, die *transaction* würde der Gesellschaft nützen.

Bemerkenswert ist außerdem, dass s423 zwischen Verschenken (Abs. 1 Buchst. a) und Verschleudern (Buchst. c), beide definiert wie in s238(4), Geschäfte im Hinblick auf Heirat oder Eingehen einer Lebenspartnerschaft einschließt, s423(1)(b). Gleichwohl gilt s423 gem. s424(1)(a) auch für juristische Personen. Die Vorschrift ist ein kurioses Echo der Anfechtbarkeit einer Mitgift *in fraudem creditorum*.²

Der Tatbestand der *preference* nach s239 beschreibt lediglich ein Ergebnis, die Bevorzugung eines Gläubigers, und schweigt zur Art und Weise, wie der Schuldner dieses Ergebnis herbeiführt. S239 entspricht deshalb ohne weiteres

¹ Kurze Übersicht bei *Enchelmaier*, ZVglRWiss 112 (2013), 403–437; ausf. *ders.*, Übertragung und Belastung unkörperlicher Gegenstände im deutschen und englischen Privatrecht, 2014, 575–670.

² D. 42, 8, 10, 14 (Ulpian) – Digestenstellen ohne Autorenangabe in den folgenden Fußnoten stammen von Ulpian.

denjenigen besonderen Tatbeständen des deutschen Rechts, die als andere Partei einer anfechtbaren Handlung einen Insolvenzgläubiger verlangen, nämlich §§ 130 und 131. Ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien besteht auch bei § 133 Abs. 1 Nr. 2 und 3. Die Sicherung oder Befriedigung entspricht deshalb ebenfalls einer *preference*.

§ 239 nennt als mögliche Gegenpartei außerdem einen Bürgen oder Sicherheitsgeber („surety or guarantor“). Darin berührt sich die Vorschrift mit § 135, wenn die Gegenpartei zugleich Gesellschafter der gemeinschuldnerischen Gesellschaft ist. Eine Verwandtschaft besteht zudem mit § 132. Diese Vorschrift verlangt mit dem Erfordernis der Unmittelbarkeit lediglich eine ursächliche Verbindung ohne Zwischenschritte, nicht dagegen eine bestimmte Handlungsweise. Zuletzt kann sich auch das Versprechen einer unentgeltlichen Leistung entsprechend § 134 als *preference* darstellen. Wegen der leichteren Beweislast wird sich der Insolvenzverwalter bei unentgeltlichen Leistungen allerdings auf § 238 stützen.

Auch die Römer verlangen ein subjektives Element jedenfalls auf der Seite des Schuldners. Er muss *in fraudem creditorum*³ oder *fraudationis causa*⁴ handeln, d.h. den Nachteil für die Gläubigergesamtheit absichtlich herbeiführen, und dieser Nachteil muss auch tatsächlich eintreten.⁵ Der anderen Seite darf diese Absicht nicht unbekannt sein.⁶ Die Kenntnis der Mitglieder ihres Haushalts reicht nicht aus,⁷ und umgekehrt haftet der Gewaltunterworfenen bei Kenntnis seines *tutors* oder *curators* nur mit dem, was er erlangt hat.⁸ Der Vater haftet nur dann für *fraus creditorum* seines Sohns, dem er die freie Verwaltung seines *peculium* gestattet hat, wenn er dem Sohn auch den betrügerischen Gebrauch erlaubt hat. Denn die Gläubiger des Sohns sind auch Gläubiger des Vaters,⁹ weil die haftende Masse, das *peculium*, aus dem Vermögen des Vaters stammt. Ähnliche Zurechnungsfragen können sich in den modernen Rechtsordnungen bei verbundenen Gesellschaften ergeben.

Ist der anderen Seite die Absicht des Schuldners dagegen unbekannt, so ist ihr Erwerb nach römischem Recht unanfechtbar.¹⁰ Unkenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners schützt allerdings den Empfänger eines Geschenks nicht. Denn der Beschenkte erleidet keinen Verlust, wenn ihm der unentgeltliche Gewinn wieder entzogen wird.¹¹ Der Erwerb ist jedoch dann beständig,

³ CJ. 7, 75, 2.

⁴ D. 42, 8, 1 pr.

⁵ D. 42, 8, 15 (Iulian).

⁶ D. 42, 8, 1. pr.: *fraudem non ignoraverit*; 42, 8, 10, 2: *consocio et fraudem participante*.

⁷ D. 42, 8, 6, 12: Sklave und *filius familias*.

⁸ D. 42, 8, 10, 5: *hactenus istis nocere conscientiam tutorum sive curatorum, quatenus quid ad eos pervenit*.

⁹ D. 42, 8, 12 (Marcellus).

¹⁰ D. 42, 8, 6, 8: *si quid in fraudem creditorum factum sit, si tamen is qui cepit ignoravit, cessare videntur verba edicti*.

¹¹ D. 42, 8, 6, 11: *nec videtur iniuria adfieri is qui ignoravit, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur*. Zur Haftung des Beschenkten bloß auf die verbliebene Bereicherung s.u. zu den Rechtsfolgen der Anfechtung.

wenn die Gläubiger zustimmen.¹² Die modernen Rechtsordnungen behandeln die andere Seite strenger, stimmen mit der römischen aber wieder bei der noch strengeren Behandlung des Beschenkten überein.

Aus diesen Grundsätzen ergibt sich für die Römer auch die Behandlung des Falls, dass der Schuldner einem seiner Gläubiger eine Schuld vergibt, damit auch dessen Bürge freiwerde: Wenn beide diese Absicht kennen, ist beiden gegenüber die Befreiung anfechtbar; ist der Bürge insolvent, so ist der gutgläubige Hauptschuldner durch die Anfechtung nicht unbillig belastet, denn für ihn kam der Erlass einem Geschenk gleich; im umgekehrten Fall – Hauptschuldner bösgläubig, Bürge gutgläubig – geschieht auch dem Bürgen durch die Anfechtung kein Unrecht, denn er hätte ohnehin gehaftet.¹³ Ähnliche Winkelzüge zugunsten eines Sicherheitenbestellers bekämpfen die modernen Rechtsordnungen, wenn sich die Regeln auch deutlich unterscheiden.

Die *fraus creditorum* lässt sich auf vielfältige Weise verwirklichen: das Eingehen von Verbindlichkeiten gehört ebenso hierher wie ihre Befriedigung (oder eine sonstige Zahlung), das Verjährenlassen eines Anspruchs und allgemein das Entstehenlassen eines Ausübungshindernisses (*exceptio*), das Absehen von einer Klage oder das Nichterscheinen vor Gericht, das Freigeben eines Pfands¹⁴ oder schließlich das Nichtausüben eines beschränkten dinglichen Rechts, so dass es verloren geht.¹⁵ Die Benachteiligung eines einzigen aus der Gesamtheit der Gläubiger reicht aus.¹⁶ Umgekehrt genügt auch das Wissen der Gegenseite, dass jedenfalls einer der Gläubiger Nachteil leidet.¹⁷ In der Weite der Tatbestände stimmen alle drei Rechtsordnungen überein.

Anders als das deutsche und das englische erfasst das römische Recht die kongruente Deckung vor Verfahrensbeginn nicht,¹⁸ d.h. eine Leistung, die der Gläubiger zu der Zeit und in dem Umfang verlangen konnte. Labeo erläutert, es wäre ungerecht, dem Schuldner die Nichtleistung entgegen der Anordnung des Provinzstatthalters durchgehen zu lassen. Hier gehe es gerade um Verträge, bei denen der *praetor* nicht eingeschaltet wird,¹⁹ d.h. wäre er damit befasst worden, so hätte der Schuldner leisten müssen.

Dies gilt jedoch nur vor der *bonorum possessio*, weil hinterher das Vermögen des Schuldners der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger dient (*par condicio omnium creditorum*). Das deutsche und das englische Recht verlegen die Anfechtbarkeit gerade vor diesen Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung. Vor

¹² D. 42, 8, 6, 9: nemo enim videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt.

¹³ D. 42, 8, 25 pr. (Venuleus Saturninus).

¹⁴ D. 42, 8, 18 (Papinian).

¹⁵ D. 42, 8, 3 pr., D. 42, 8, 3, 1.

¹⁶ D. 42, 8, 10, 6: sive solus tunc fuit sive, cum ceteris satisfactum est, hic solus remansit, probandum esse adhuc actioni fore locum.

¹⁷ D. 42, 8, 10, 7: si unum scit creditorem fraudari, ceteros ignoravit, fore locum actioni.

¹⁸ D. 42, 8, 25, 1 (Venuleus Saturninus): non dandam actionem, non magis quam in creditorem, qui a fraudatore quod ei deberetur acceperit.

¹⁹ D. 42, 8, 6, 6: eum enim, quem praeses invitum solvere cogat, impune non solvere iniquum esse: totum enim hoc edictum ad contractus pertinere, in quibus se praetor non interponit, ut puta pignora venditionesque.

Eröffnung schadet dem Gläubiger nach römischem Recht auch die Kenntnis nicht, dass sein Schuldner zahlungsunfähig ist. Der Gläubiger kümmert sich in dieser Lage nur um seine berechtigten Belange.²⁰ Deshalb gilt das gleiche, wenn der Gläubiger den flüchtigen Schuldner ergreift und ihm die geschuldete Geldsumme abnimmt.²¹ Das englische und deutsche Recht haben diese Lücke geschlossen.

Nach Eröffnung ist allerdings diese kongruente Deckung ebenso wie eine inkongruente (z.B. die vorzeitige Erfüllung) mit einer *actio in factum* anfechtbar.²² Eine Sicherheitsleistung nach Verfahrenseröffnung auf eine bestehende Schuld kann ebenfalls keinen Bestand haben.²³ War die Sicherheit jedoch schon vorher bestellt worden, so ist hinterher die Befriedigung daraus unanfechtbar,²⁴ es sei denn, sie wäre von vorneherein in der Absicht der Benachteiligung ungesicherter Gläubiger bestellt worden.²⁵ Die Regeln in beiden modernen Rechtsordnungen stimmen mit ihren römischen Vorläufern in den Grundzügen überein. Das englische Recht steht dem römischen wegen der meist notwendigen Befassung des Gerichts sogar noch näher als das deutsche.

2. Tun, Unterlassen und Zwangsvollstreckung

Bei der Frage des verbotenen Verhaltens zeigt sich weitgehende Übereinstimmung zwischen deutschem und englischem Recht, mit charakteristischen Unterschieden. Technische Ausdrücke finden sich im deutschen Recht allenthalben: meistens „Rechtshandlung“, gelegentlich auch „Rechtsgeschäft“ (§ 132 Abs. 1; jedoch „Rechtshandlung“ in der Überschrift und wieder in Abs. 2), „entgeltlicher Vertrag“ (§ 133 Abs. 4), „Leistung“ (§ 142 Abs. 1) sowie „unentgeltliche Leistung“ (§§ 134 Abs. 1, 143 Abs. 2).

Folgen hat der Unterschied zwischen „Rechtshandlung“ und „Rechtsgeschäft“ im Hinblick auf den Zeitpunkt nach § 140. Das Herbeiführen der Wirkungen eines Rechtsgeschäfts liegt nicht in jedem Fall in den Händen der unmittelbar Beteiligten. Deshalb erklärt Abs. 2 das Rechtsgeschäft als vorgenommen, sobald die Parteien alles getan haben, was in ihrer Macht steht, sie insbesondere die erforderlichen Anträge auf Eintragung gestellt haben. Auf einem ähnlichen Gedanken beruht es, dass nach Abs. 3 von außen hinzutretende Umstände wie das Eintreten einer Bedingung oder der bloße Zeitablauf den Zeitpunkt nicht hinausschieben, zu dem die Rechtshandlung „vorgenommen“ ist.

Das englische Recht treibt weniger begrifflichen Aufwand: neben „does anything“ (s239) muss „transaction“ (ss238, 423) reichen, untechnisch definiert in s436 als „includes a gift, agreement or arrangement“ – liest man allerdings „gift“ in s238(4)(a) hinein, so wird die erste Alternative überflüssig; bei (b) ergibt

²⁰ D. 42, 8, 6, 7.

²¹ D. 42, 8, 10, 16.

²² D. 42, 8, 10, 12.

²³ D. 42, 8, 10, 13: Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur.

²⁴ D. 42, 8, 13 (Paulus).

²⁵ D. 42, 8, 22 (Scaevola).

sich ein unsinniges „gift for consideration“, ein Geschenk mit Gegenleistung. Ob „includes“ erschöpfend ist, bleibt offen, ist angesichts der Weite der Beispiele aber wohl gleichgültig.

Das deutsche und das englische Recht stimmen grundsätzlich darin überein, dass Unterlassen dem Tun gleichsteht, § 129 Abs. 2, s239(4)(b). „Does anything or suffers anything to be done“ lässt allerdings reine Untätigkeit nicht ausreichen; es muss ein Tun der anderen Seite hinzutreten, das der Schuldner hin- nimmt. Ein ähnlicher Gedanke findet sich in den letzten beiden Alternativen des § 132 Abs. 2. Danach steht eine Rechtshandlung einem unmittelbar nachteiligen Rechtsgeschäft gleich, wenn durch die Rechtshandlung ein vermögensrechtlicher Anspruch erhalten bleibt oder durchsetzbar wird. Auch hier ist noch ein Tätigwerden der anderen Seite erforderlich.

Übereinstimmung zwischen dem deutschen und englischen Recht zeigt sich auch hinsichtlich der Zwangsvollstreckung. Eine Handlung ist nicht der Anfechtung entzogen, weil sie oder ihre Duldung mit Hilfe gerichtlicher Gewalt durchgesetzt wurde, § 141, s239(7). Die englische Vorschrift spricht dies nur für die *preference* aus. Das Versprechen eines Geschenks (s238 Abs. 4 Buchst. a) ist mangels Gegenleistung grundsätzlich nicht bindend. Ist immerhin eine symbolische *consideration* vorgesehen (Buchst. b), etwa das in der Vertragspraxis verbreitete *peppercorn*, dann ist ein solches Versprechen gleichwohl nicht erzwingbar, jedenfalls grundsätzlich nicht *in specie* (*specific performance/enforcement*). Einklagen lässt sich lediglich Schadenersatz (*damages*) wegen Nichterfüllung.

Auch im römischen Recht herrscht ein weites Verständnis dessen, was *fraudationis causa* getan ist, sei es Vertrag, Veräußerung, Erlass, Rückgabe eines Pfands oder Bezahlung: *late ista verba patent*.²⁶ Unter dieses weite Verständnis fällt auch das Unterlassen, etwa Entstehenlassen einer *exceptio*, Nichterscheinen vor Gericht, „Verendenlassen“ eines Rechtsstreits (*litem mori patiat*) oder Verlust einer Servitut durch Nichtausüben.²⁷ Gleichwohl muss der Schuldner dabei etwas aufgeben, das schon zu seinem (eigenen)²⁸ Vermögen gehörte.²⁹ Es reicht nicht aus, dass der Schuldner lediglich eine Gelegenheit ungenutzt lässt, sein Vermögen zu vergrößern.³⁰ Wieder folgen die modernen Rechtsordnungen der römischen, vor allem das deutsche Recht mit dem Erfordernis in § 143 Abs. 1, dass etwas „aus“ dem Vermögen des Schuldners veräußert usw. worden sei: der bloße Verzicht auf Mehrung reicht auch hier nicht.

3. Die zeitliche Reichweite der Anfechtung

Die Übersichtlichkeit der besonderen Tatbestände des deutschen Rechts leidet darunter, dass sie jeweils die Beschreibung der anfechtbaren Handlung mit einer

²⁶ D. 42, 8, 1, 2; 42, 8, 2; 42, 8, 3 pr.

²⁷ D. 42, 8, 3 pr.; 42, 8, 3, 1 (Ulpian); D. 42, 8, 4 (Paul).

²⁸ D. 42, 8, 10, 9: Veräußerung (an Dritte) von Vermögen des Erben des Schuldners ist nicht gegenüber dem Schuldner anfechtbar.

²⁹ D. 42, 8, 3, 2; 42, 8, 6, 2 (Ulpian): non suum proprium patrimonium deminuit; 42, 8, 5 (Gaius): Dereliktion einer Sache.

³⁰ D. 42, 8, 6 pr. mit Beispielen in 42, 8, 6, 1–5.

vielfach unterteilten Zeitreihe verbinden. Grob lässt sich sagen: Je näher der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung rückt, desto weniger anspruchsvoll werden die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit, vor allem was Absichten und Kenntnisse der Beteiligten betrifft.

Die Anfechtbarkeit reicht von zehn Jahren gem. § 133 Abs. 1, wenn der Schuldner seine Gläubiger vorsätzlich benachteiligt und die andere Seite von der drohenden Zahlungsunfähigkeit und von der Benachteiligung der Gläubiger weiß. Dieses Wissen begründet die Vermutung, dass die andere Partei den Benachteiligungsvorsatz des Gläubigers kannte. Kann der Insolvenzverwalter diese Kenntnis unmittelbar beweisen, so lässt sich die Anfechtung auch darauf stützen.

Die andere Seite hatte zu diesem Zeitpunkt überhaupt keinen Anspruch auf die Rechtshandlung des Schuldners. Das ergibt sich aus der Ermäßigung des Zeitraums der Anfechtbarkeit auf vier Jahre gem. § 133 Abs. 2 bei einer Sicherung oder Befriedigung, die die andere Seite *in dieser Art und zu diesem Zeitpunkt* nicht beanspruchen konnte (inkongruente Deckung i.S.v. § 131): ein Anspruch besteht also immerhin. Bei kongruenter Deckung muss der Schuldner schon zahlungsunfähig sein und die andere Seite dies wissen, § 133 Abs. 3.

Die Anfechtungsfrist von zehn Jahren gilt gem. § 135 Abs. 1 Nr. 1 auch für die Sicherung von Gesellschafterdarlehen; der Vierjahreszeitraum für die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen, § 134. Daneben finden sich Fristen von zwei Jahren (§ 133 Abs. 4) und von einem Jahr (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2, § 136 Abs. 1). Die Frist beträgt drei Monate in den Fällen des § 130 Abs. 1 Nr. 1, § 132 Abs. 1 Nr. 1. Sie umfasst den zweiten und dritten Monat vor Eröffnungsantrag bei § 131 Abs. 1 Nr. 2 (bei Zahlungsunfähigkeit) und Nr. 3 (bei Kenntnis des Gläubigers von der Benachteiligung der anderen Gläubiger). Die kürzeste Frist, einen Monat vor Eröffnungsantrag, bestimmt § 131 Abs. 1 Nr. 1 bei inkongruenter Deckung. An weitere Voraussetzungen ist die Anfechtung in diesem Fall nicht geknüpft.

Alle Vorschriften mit Ausnahme des § 134 erlauben eine Anfechtung auch noch nach Eröffnungsantrag; unentgeltliche Leistungen wird freilich § 132 Abs. 1 Nr. 2 erfassen. Die Anfechtungstatbestände sind wieder reichlich verästelt. Von keinen weiteren Voraussetzungen hängt die Anfechtbarkeit bei inkongruenter Deckung ab (§ 131 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt.) sowie in den Fällen der Sicherung eines Gesellschafterdarlehens (§ 135 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt.) und der Rückgewähr der Einlage an einen stillen Gesellschafter (§ 136 Abs. 1 S. 1, 2. Alt., außer wenn der Eröffnungsgrund erst nach der Vereinbarung über die Rückgewähr entstanden ist). Die anderen Vorschriften (§ 133 Abs. 1 S. 1, 2. Alt., § 130 Abs. 1 Nr. 2, § 132 Abs. 1 Nr. 2) verlangen von der anderen Seite dagegen verschiedene Kenntnisse von Umständen und Absichten des Schuldners.

Für alle diese Unterscheidungen im deutschen Recht lassen sich gute Gründe finden. Je weniger der anderen Partei gebührt, was der Schuldner ihr zuwendet, je klarer die Benachteiligung der (übrigen) Gläubiger zutage liegt und je mehr es dem Schuldner gerade darauf ankommt, desto weniger Schutz verdienen die

Parteien und desto weiter darf die Anfechtung zurückreichen. Insgesamt entsteht aber ein wenig übersichtliches Regelungsgeflecht.

Das englische Insolvenzrecht zeigt sich nicht viel aufgeräumter. S240 enthält eine gemeinsame Fristenbestimmung für ss238, 239; ss244, 245 und 423 enthalten aber jeweils eigene Regeln. Alle Vorschriften über die zeitliche Reichweite der Anfechtung unterscheiden außerdem den Endpunkt des Zeitraums, das Einsetzen der Insolvenz (*onset of insolvency*), je nach Verfahrensart: *liquidation*, die in der Auflösung der Gesellschaft zu münden bestimmt ist, und drei Varianten der Eröffnung eines Sanierungsverfahrens, *administration*, das in einer *liquidation* enden kann, aber nicht soll. Die Bestimmungen folgen immer demselben Muster, der ganze Satz ist aber im Gesetz mehrfach wiederholt und bläht den Text auf diese Weise unnötig auf. Der Zeitraum zwischen dem Eröffnungsantrag und der Eröffnung des Verfahrens ist jeweils erfasst, wenn die andere Seite Kenntnis von Antrag oder Eröffnung hatte.

Die Anfechtungszeiträume betragen drei Jahre für (jeden) Wucherkredit, s244(2); zwei Jahre für Unterwertgeschäfte mit nahestehenden Personen und für deren Vorzugsbehandlung, s240(1)(a), sechs Monate bei anderen Personen, Buchst. b, wenn die Gesellschaft schon zahlungsunfähig ist oder es infolge der Sicherheitenbestellung wird, Abs. 2; im Fall einer Rechtshandlung in Bezug auf nahestehende Personen wird dies widerleglich vermutet.

Ebenfalls zwei Jahre zurück reicht die automatische Anpassung von *floating charges* zugunsten nahestehender Personen, s245(2)(a). Zwölf Monate beträgt der Zeitraum bei anderen Personen, Buchst. b. Im Anwendungsbereich s423 („[t]ransactions defrauding creditors“) unterliegt die Anfechtung keiner zeitlichen Begrenzung. Das wird für die benachteiligten Gläubiger allerdings ein schwacher Trost sein: sie müssen das Gericht davon überzeugen, dass der Schuldner mit der Absicht handelte, sie zu benachteiligen.

Das römische Recht ist von diesen Feinheiten unbelastet. Die Anfechtung reicht unbegrenzt in die Vergangenheit. Die Beweisprobleme für den anfechtenden *curator bonorum* (oder wem auch immer sonst die Anfechtung erlaubt sein sollte)³¹ und die Rechtsunsicherheit für die Beteiligten an der angefochtenen Handlung nimmt es in Kauf. Die einzige Grenze, die es der Anfechtbarkeit zieht, ergibt sich aus der Klagefrist von einem Jahr ab Verwertung des Vermögens des Schuldners durch die (oder im Namen der) Gläubiger.³²

4. Die Verjährung des Anfechtungsrechts

§ 146 InsO ordnet für den Anfechtungsanspruch die regelmäßige Verjährung von drei Jahren ab Entstehen des Anspruchs und Kenntnis (oder grob fahrlässiger Unkenntnis) des Insolvenzverwalters von allen anspruchsbegründenden Umständen an, §§ 195, 199 Abs. 1 BGB. Unabhängig von dieser (Un-)Kenntnis verjährt der Anspruch jedoch in zehn Jahren ab seinem Entstehen, § 199 Abs. 4 BGB.

³¹ D. 42, 8, 1 pr.: *curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit.*

³² D. 42, 8, 10 pr.; 42, 8, 6, 14: *ex die factae venditionis.*

Der Insolvency Act 1986 enthält keine vergleichbaren Vorschriften. Zur Anwendung kommt vielmehr s8(1) des Limitation Act 1980, soweit der Insolvenzverwalter Grundstücke oder Rechte daran zur Insolvenzmasse zurückziehen will. Die Frist dafür beträgt zwölf Jahre. *Specialty* in s8 bedeutet die besondere Regelung des Anfechtungsrechts im Insolvency Act 1986, im Unterschied etwa zum Recht des Besitzschutzes, für das s3 Limitation Act 1980 gilt (die englische Entsprechung zur *usucapio* beweglicher Sachen) oder zum allgemeinen Vertragsrecht, s5. Eine Verjährungsfrist von sechs Jahren für die (Rück-)Forderung von Geldbeträgen bestimmt die Sonderregel in s9 („sum recoverable by virtue of any enactment“).

Die Jahresfrist des römischen Rechts gilt grundsätzlich auch für die *actio in factum*,³³ die bei Fehlen einzelner der oben erörterten Voraussetzungen einschlägig sein kann, sogar gegen den Schuldner selbst, wenn sich betrügerisch veräußerte Gegenstände seines Vermögens nicht anders zurückerlangen lassen.³⁴ Mit dieser Klage können die Gläubiger auch die Abtretung von Herausgabeansprüchen von solchen Beteiligten an einer anfechtbaren Handlung verlangen, die selbst keinen Besitz an veräußerten Gegenständen des Schuldners erlangt, sondern sie etwa auftragsgemäß weitergegeben haben.³⁵

Nach Jahresfrist kommt die Anfechtung auch als *actio in factum* nur in Ausnahmefällen in Betracht,³⁶ etwa wenn das Veräußerte nach der Jahresfrist wieder in die Hände des Schuldners gelangt ist, oder wenn der Schuldner den Rückwerb missbräuchlich ausschlägt.³⁷ Eine *actio in factum* ist jedoch nicht gegen einen gutgläubigen Empfänger schuldnerischen Vermögens zulässig, der lediglich vom Vorhandensein von (anderen) Gläubigern wusste,³⁸ wohl aber gegen einen Minderjährigen, der Veräußertes wegen seines Alters zurückerhalten hat.³⁹ Die kürzere Frist des römischen Rechts ist damit in Maßen dehnbar. Vor allem ist aber zu bedenken, dass die Anfechtung zeitlich unbegrenzt zurückreicht, und dass die Vorbereitung des Verfahrens einige Zeit in Anspruch nehmen wird. Insgesamt ist die römische Regelung damit nicht viel einschränkender als ihre neuzeitlichen Gegenüber.

5. Die Rechtsfolgen der Anfechtung

Der Insolvency Act 1986 spricht in ss238(3) und 239(3) den Grundsatz aus, der auch für die Insolvenzordnung zutrifft: Es gilt, die Lage wiederherzustellen (*restore*), wie sie sich ohne die anfechtbare Handlung darstellen würde. Die Anfechtung stellt aber nicht lediglich die Uhr zurück, sondern kann auch zwischenzeitlichen, tatsächlichen oder hypothetischen Entwicklungen Rechnung

³³ D. 42, 8, 10, 18.

³⁴ D. 42, 8, 25, 7 (Venuleus Saturninus).

³⁵ D. 42, 8, 14.

³⁶ CJ. 7, 75, 5; 6 (Kaiser Diocletian, Maximian).

³⁷ D. 42, 8, 10, 24.

³⁸ D. 42, 8, 10 pr.; 42, 8, 10, 2; 4; 42, 8, 10, 3: „[...] und den auch die anderen Gläubiger nicht vor dem Kauf gewarnt hatten.“

³⁹ D. 42, 8, 10, 10.

tragen. So bestimmt s241(1)(a), dass anfechtbar übertragenes Eigentum an die Gesellschaft zurückzuübertragen ist. Buchst. b erstreckt dies auf den eingekommenen Preis aus dem Verkauf eines übertragenen Gegenstands und auf Gegenstände, die mit übertragenem Geld erworben wurden.

Keiner Rückübertragungspflicht unterliegt gem. s241(2)(a) jedoch, wer im guten Glauben und entgeltlich von einem Dritten Rechte an Gegenständen der Gesellschaft erworben hat. Dabei gilt eine widerlegliche Vermutung, dass der Erwerber nicht in gutem Glauben war: vorausgesetzt, er kannte den Unterwert oder seine Besserstellung und ihm war auch der Eröffnungsantrag bekannt, Abs. 2A(a), 3–3C. Gegenüber nahestehenden Personen steht gem. Abs. 2A(b) die Vermutung nicht unter diesen Voraussetzungen, d.h., sie müssen ihre Unkenntnis in beiderlei Hinsicht nachweisen und außerdem ihren guten Glauben. Diese umständliche Konstruktion erschwert den Gegenbeweis, errichtet aber auch für den Insolvenzverwalter reichlich Hürden.

Das deutsche Recht weicht von diesen Regeln in Einzelheiten ab. Gem. § 143 Abs. 1 S. 1 ist auch hier der Ausgangspunkt die Rückgewähr des anfechtbar Veräußerten, Weggegebenen oder Aufgegebenen. Der Verweis in S. 2 auf §§ 819 Abs. 1, 292, 987ff. BGB gibt der Insolvenzmasse einen Rechtsanspruch auf Herausgabe der Nutzungen, während dies nach ss238(3), 239(3) im Ermessen des Gerichts steht. Zu Geldsummen kommen nach § 143 Abs. 1 S. 3 nur Verzugs- oder Rechtshängigkeitszinsen, während das Ermessen des Gerichts nach s241(1)(d) nicht dieser Einschränkung unterliegt. Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung muss gem. § 143 Abs. 2 nur seine verbliebene Bereicherung zurück gewähren. Gemäß dem Grundsatz *equity does not help a volunteer* unterliegt auch nach englischem Recht der unentgeltlich Erwerbende der Rückgabepflicht. Ist er nicht in gutem Glauben, so wird das Gericht ihm außerdem den Entreichungseinwand (*change of position*) verwehren.

§ 147 erstreckt die Anfechtbarkeit sogar jenseits der Verfahrenseröffnung. Auf diese Weise lässt sich ein gutgläubiger Erwerb nach diesem Zeitpunkt überwinden. Mangels abweichender Bestimmung in § 147 besteht die Wahl zwischen denjenigen Vorschriften, die für den Zeitraum vor dem Eröffnungsantrag gelten und denjenigen für die Zeit zwischen Antrag und Verfahrenseröffnung. Das englische Recht braucht eine solche Regel nicht, denn nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind gem. s127(1) alle Übertragungen von Gesellschaftsvermögen ohne weiteres nichtig. Die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs müsste eigens angeordnet sein (wie z.B. in s241), was jedoch in s127 nicht geschehen ist.

Ein Unterschied zeigt sich zwischen den Rechtsordnungen bei den Rechtsfolgen der Anfechtung von Sicherheiten oder Bürgschaften, die die Gesellschafter Dritten für Schulden der Gesellschaft bestellt haben. § 143 Abs. 3 behandelt den Gesellschafter-Bürgen oder -Sicherheitenbesteller so, als wäre der Sicherungsfall eingetreten: bis zur Höhe seiner Bürgschaft oder bis zum Wert seiner Realsicherheiten muss er an die Insolvenzmasse zahlen, was der gesicherte Gläubiger von der Gesellschaft erhalten hat (den Überschuss schuldet der Gläubiger nach

§ 130 oder § 131); wahlweise darf der Gesellschafter befreiend die sichernden Gegenstände zur Masse beibringen.

S241(1)(e) erlaubt es dagegen nur, befreite Bürgen oder Sicherheitsleister (die nicht auch Gesellschafter sein müssen) erneut in die Pflicht zu nehmen. Ansonsten gestattet s241 es dem Gericht anzuordnen, dass Sicherheiten ganz oder teilweise aufzuheben oder zurückzugeben (Abs. 1 Buchst. c) und Geldbeträge für erlangte Vorteile zu zahlen sind (Buchst. d, was auch eine Verzinsung ermöglicht).

Der Anfechtungsgegner mag im Zusammenhang mit der anfechtbaren Handlung etwas eingebüßt, in der Regel eine Forderung, oder im Gegenzug für sie etwas hingegeben, etwa einen Kaufpreis gezahlt oder eine Sache gegen einen überhöhten Preis übereignet, haben. In dieser Lage ist es nur billig, dass die Forderung wieder auflebt, wie es § 144 Abs. 1 bestimmt. Die Erstattung der Gegenleistung beschränkt Abs. 2 jedoch auf den Wert der Bereicherung der Masse, falls die Gegenleistung darin nicht mehr unterscheidbar vorhanden ist; falls doch, ist sie *in natura* zu erstatten.

Im Unterschied dazu lässt S241(1)(g) Forderungen der Gegenseite nicht wieder aufleben und gibt auch keinen Anspruch auf Erstattung der Gegenleistung. Vielmehr kann das Gericht festlegen, mit welchem Forderungsbetrag der frühere Gläubiger an der Verteilung teilnehmen darf („the extent to which any person [...] is to be able to prove in the winding up“). Das kann auch der volle Umfang der ursprünglichen Forderung sein. Außerdem kann das Gericht in Anwendung der s238(3) oder s239(3) anordnen, dass die Gegenleistung zu erstatten ist. Diese Möglichkeit hat es ohne eine Einschränkung wie in der deutschen Regelung.

Auch dem römischen Recht geht es darum, gläubigerbenachteiligende Handlungen zu widerrufen (*revocare*)⁴⁰ und auf diese Weise den Ausgangszustand (*pristinum statum*) wiederherzustellen, zuzüglich der Gewinne, die der Schuldner bis zur Anfechtung erzielt hätte, insbesondere in Form von Zinsen.⁴¹ Empfangene Sachen sind zurückzugeben, gegebenenfalls mit zwischenzeitlich auferlegten Belastungen,⁴² zusammen mit den Früchten, die der Empfänger der Sache nach Verfahrenseröffnung⁴³ tatsächlich gezogen oder bösgläubig nicht gezogen hat, und gegen Erstattung notwendiger Verwendungen.⁴⁴

Der gutgläubig Beschenkte schuldet dem *curator bonorum* allerdings nur, worum er (noch) bereichert ist.⁴⁵ Wer bösgläubig vom Schuldner gekauft hat, kann umgekehrt nach Rückgabe des Gekauften nur so viel vom Preis aus der Masse zurückverlangen, wie in Form der gezahlten Münzen darin noch vorhanden ist (*si nummi soluti in bonis exstent*).⁴⁶ Eine betrügerisch vergebene Schuld lebt wie-

⁴⁰ D. 42, 8, 1, 1.

⁴¹ D. 42, 8, 10, 22.

⁴² D. 42, 8, 10, 19.

⁴³ D. 42, 8, 25, 4 (Venuleus Saturninus).

⁴⁴ D. 42, 8, 10, 20.

⁴⁵ D. 42, 8, 6, 1.

⁴⁶ D. 42, 8, 7 (Paul); 42, 8, 8 (Venuleus Saturninus).

der auf,⁴⁷ einschließlich ihrer Bedingung oder Befristung; Befriedigung kann der *curator* nach Ablauf der restlichen Frist verlangen.⁴⁸ Der Einfluss der römischen Regeln ist insbesondere im deutschen Recht sichtbar. In der Sache finden sie sich aber auch in England wieder.

6. Nahestehende Personen und Rechtsnachfolger

Für das Nahestehen kommt es im deutschen wie im englischen Recht auf familien-, arbeits- oder gesellschaftsrechtliche Verbindungen an, § 138, ss249, 435. Bei Gesellschaften ist entweder die Mitgliedschaft in einem Leitungsorgan oder eine Kapitalbeteiligung von mindestens einem Viertel (Deutschland) bzw. einem Drittel (England) entscheidend. Nahestehende Personen behandeln beide Rechtsordnungen durchwegs strenger als andere Personen, die an einem anfechtbaren Vorgang beteiligt sind, s. § 133 Abs. 4 im Unterschied zu § 132 Abs. 1 und die strengere Beweislast bei § 145 Abs. 2 Nr. 2. Ähnliche Verschärfungen finden sich in s239(6), s240(1)(b), s241(2A)(b), s245(3)(b). Schließlich enthält s423(1)(b) in Form einer „transaction with the other in consideration of marriage“ sogar einen Tatbestand, der sich nur unter nahestehenden Personen verwirklichen lässt, jedenfalls sobald sie verheiratet sind.

Erben oder andere Gesamtrechtsnachfolger können der Anfechtbarkeit nichts entgegenhalten, § 145 Abs. 1, wenn deren Voraussetzungen in der Person ihres Rechtsvorgängers erfüllt waren. Bei Einzelrechtsnachfolgern gilt das nur bei Bösgläubigkeit hinsichtlich der Anfechtbarkeit des Vorerwerbs (Abs. 2 Nr. 1, 2) und bei unentgeltlichem Erwerb (Nr. 3).

Auch das englische Recht nimmt grundsätzlich kein Vermögen von den Rechtsfolgen der Anfechtung aus, gleich ob es vom Schuldner selbst oder von Dritten erworben ist, erlaubt aber den gutgläubigen Erwerb von Dritten, s241(2)–(3C), solange er entgeltlich ist. Damit sind Erben ungeschützt. Sonstige Gesamtrechtsnachfolger sind geschützt, außer sie hätten bei der Prüfung der Unterlagen der anderen Seite vor dem Erwerb nachweislich Kenntnis von anfechtungsbegründenden Umständen erlangt. Bei der Gesamtrechtsnachfolge in Ansprüche, die durch eine *floating charge* gesichert sind, schließt die Publizitätswirkung (*constructive notice*) des Registers gem. 859A ff. Companies Act 2006 den guten Glauben hinsichtlich Bestehens, Umfangs und Entstehenszeitpunkts des Sicherungsrechts aus. Im Übrigen treten die Rechtsfolgen der s245 von Gesetzes wegen ein, ohne einen Gutglaubensschutz vorzusehen. Die Regeln des englischen und deutschen Rechts entsprechen damit einander weitgehend.

Nach römischem Recht können Erben und andere (Gesamtrechts-)Nachfolger wegen *fraus creditorum* des Erblassers klagen und verklagt werden.⁴⁹ Der Erbe ist den Gläubigern auch dann verpflichtet, wenn er seinerseits Geerbtetes veräußert hat, um den Gläubigern zu schaden,⁵⁰ wie auch die gutgläubigen Emp-

⁴⁷ D. 42, 8, 10, 14 (Ulpian); 42, 8, 17 pr. (Iulian).

⁴⁸ D. 42, 8, 10, 23.

⁴⁹ D. 42, 8, 10, 25 (Ulpian); 42, 8, 11 (Venuleus Saturninus).

⁵⁰ C.J. 7, 75, 1 (Kaiser Antoninus).

fänger des gesamten Vermögens eines (lebenden) Schuldners, dem bei einer solchen Übertragung die Benachteiligungsabsicht zu unterstellen ist.⁵¹

Wer jedoch das Erbe ausgeschlagen hat, haftet den Gläubigern des Erblassers nicht.⁵² Auch wer das Vermögen eines Verstorbenen durch Richterspruch erworben hat, ist vor dessen Gläubigern sicher.⁵³ Ebenso haftet den Gläubigern nicht auf Rückgabe, wer gutgläubig eine Sache von jemandem gekauft hat, der diese in anfechtbarer Weise vom Schuldner erworben hatte. Der bösgläubige Zwischen-erwerber haftet den Gläubigern dagegen auf den ganzen Kaufpreis.⁵⁴ Außerdem darf anfechten, wer im Zuge der Verwertung des schuldnerischen Vermögens etwas erwirbt, dem aufgrund einer anfechtbaren Handlung des Schuldners ein Mangel anhaftet (etwa die Mindergröße eines Grundstücks).⁵⁵ Die Regeln in den drei Rechtsordnungen sind einander damit wieder sehr ähnlich.

III. Ergebnis

Die wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen haben sich seit römischen Zeiten grundlegend gewandelt. Gleichwohl sind die Machenschaften weitgehend dieselben geblieben, mit denen zahlungsunfähige Schuldner einige oder alle Gläubiger entgegen den Einschränkungen durch das Insolvenzverfahren zu benachteiligen suchen. Auch im deutschen und englischen Recht der Insolvenzanfechtung lassen sich bei allen Unterschieden in den Einzelheiten die Lösungen der römischen Juristen noch wiedererkennen. Die modernen Rechtsordnungen kommen äußerlich aufgeräumter daher als die eher rhapsodischen Digesten. Ihre Übersichtlichkeit leidet aber an zahlreichen Differenzierungen innerhalb der Tatbestände, ohne dass deren Notwendigkeit stets unmittelbar einleuchtet.

⁵¹ D. 42, 8, 17, 1 (Iulian).

⁵² CJ. 7, 75, 3; 4 (Kaiser Diocletian und Maximian).

⁵³ D. 42, 8, 10, 17.

⁵⁴ D. 42, 8, 9 (Paul).

⁵⁵ D. 42, 8, 21 (Scaevola).

Die erste mehrsprachige Schweizer Kodifikation

Der Beitrag von Filippo Serafini zum Obligationenrecht von 1881

Iole Fargnoli

I. Vorwort

Mehrsprachigkeit kennzeichnet die Schweiz und die schweizerische Rechtsetzung.¹ Aufgrund der Gleichwertigkeit der Amtssprachen wurde in den drei Sprachen bereits 1881 die erste Kodifikation der gesamten Schweiz redigiert.

Die Entstehung des alten schweizerischen Obligationenrechts von 1881 (altOR) ist seit der 1926 erschienenen Dissertation von Richard Eugster für die deutsche und französische Fassung dokumentiert.² Viel weniger wurde an der italienischen Fassung geforscht.³ Diese Erwägungen zur Entstehung der italienischen Fassung und hier bezüglich der Rolle des Römischrechtlers Filippo

¹ Gemäß Art. 2 Abs. 2 der Bundesverfassung fördert die Eidgenossenschaft „den inneren Zusammenhalt und die kulturelle Vielfalt des Landes“; in Art. 4 wird die Grundlage für die Mehrsprachigkeit des Landes benannt und Art. 70 bildet die Amtssprachenregelung, s. zuletzt Schweizer/Borghi (Hrsg.), *Mehrsprachige Gesetzgebung in der Schweiz*, 2011, 389 ff. Zu den Sprachgrenzen in der schweizerischen Geschichte vgl. *Gutzwiller*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 1961, 245 (301 ff.); *Furrer*, *Die viersprachige Schweiz, Sprachkontakte und Mehrsprachigkeit in der vorindustriellen Gesellschaft (15.–19. Jahrhundert)*, 2002 und neulich *Caroni*, in: *Birocchi/Caroni (Hrsg.), Storici del diritto allo specchio, Sei racconti contemporanei*, 2022, 93 (94 f.); zu den Amtssprachen (Deutsch, Französisch, Italienisch), die sich von den Nationalsprachen (Deutsch, Französisch, Italienisch und Rätoromanisch) unterscheiden, s. vor allem *Hegnauer*, *Das Sprachenrecht der Schweiz*, 1947, 114 ff.

² *Eugster*, *Die Entstehung des schweizerischen Obligationenrechts vom Jahre 1883, 1926*. Zu den einzelnen Entwürfen auf Deutsch grundlegend ist *Fasel*, *Handels- und obligationenrechtliche Materialien*, 2000.

³ Zur Bedeutung der italienischen Fassung des Gesetzes, vgl. *Brocher*, *Des transformations qui s'opèrent dans le droit civil et commercial de la Suisse*, 1876, 14 f.; vgl. auch *Thilo*, *Note sur l'égalité et sur l'usage des langues nationales en Suisse*, *Journal des Tribunaux* 1941, 258; *Pedrazzini*, *La lingua italiana nel diritto federale svizzero*, 1952, 86 ff.; *Bolla*, in: *Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht: Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein*, 1955, 56 ff. Zur Verwertung der italienischen Fassung und allgemein der italienischen Rechtssprache, s. die Neugründung eines „Istituto di italiano giuridico“ an der Universität Bern, das am 4. Juni 2025 eingeweiht wurde (*L'italiano giuridico trova casa a Berna*, RSI vom 09.06.2025, <https://www.rsi.ch/info/svizzera/L%E2%80%99italiano-giuridico-trova-casa-a-Berna--2892629.html> [19.11.2025]); È stato inaugurato a Berna l'Istituto di italiano giuridico, *Corriere del Ticino* vom 10.06.2025; A Berna è nato l'Istituto di italiano giuridico, *tvsvizzera.it* vom 22.06.2025, <https://www.tvsvizzera.it/tvs/svizzera-istruzioni-per-luso/a-berna-%C3%A8-nato-listituto-di-italiano-giuridico/89539425> [19.11.2025]).

Serafini ist Wolfgang Ernst gewidmet, der nicht nur unter den Römischrechtlern, sondern auch unter den Geltendrechtlern in der Schweiz als ausgewiesener Experte des Obligationenrechts gilt.

II. Die Harmonisierung durch die obligationenrechtliche Kodifikation

„In unserer volkstümlichen Republik muss auch das Beste mit Mühe von unten herauf erarbeitet werden“;⁴ mit diesen Worten definierte Walther Munzinger 1871 den einzigen Weg, der in der Schweiz möglich war, um das Recht zu harmonisieren: der Blick auf die lokalen Rechte.⁵ Vor dieser Gesetzgebung gab es im Wesentlichen drei lokale Kodifizierungen:⁶ eine dem französischen Gesetzbuch nahestehende, die in den Kantonen Genf, Wallis, Tessin, Waadt und Freiburg angenommen wurde, eine dem ABGB nahestehende, die in den deutschsprachigen Kantonen galt, wobei der Kanton Bern eine Vorreiterrolle spielte, und schließlich das Zürcher Zivilgesetzbuch, das die am stärksten von der historischen Schule und dem Pandektismus beeinflusste kantonale Kodifikation war. Im Jahr 1874 wurde dem Bundesgesetzgeber im Rahmen einer Verfassungsrevision die Gesetzgebungskompetenz für bestimmte Bereiche des Privatrechts übertragen, insbesondere für das Schuldrecht, das Handelsrecht und das Wechselrecht. Die Kodifikation des altOR schaffte den ersten Schritt der Rechtsharmonisierung in der Schweiz: Es vereinheitlichte das Schuldrecht auf nationaler Ebene und ist noch heute – als 5. Teil mit separater Artikelzählung – Teil des aktuellen Schweizerischen Zivilgesetzbuches, das 1911 als einheitliche Kodifikation verkündet wurde.⁷

In welchem Ausmaß der italienische Rechtsgelehrte Filippo Serafini an dieser Arbeit beteiligt war, ist kontrovers. 1881 wurde Serafini offiziell Mitglied der Kommission, die vom Justizdepartement ernannt wurde und sich aus den Präsidenten der beiden Parlamentskammern und dem Lausanner Professor Ernest Lehr zusammensetzte.⁸ Dass Serafini die Aufgabe hatte, sich mit der italienischen Fassung zu beschäftigen, steht jedenfalls fest,⁹ aber über den Umfang und die Wirkung von Serafinis Beitrag zur Kodifizierung herrscht keine Einigkeit.

⁴ *Munzinger*, Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit. Beitrag zu der schweizerischen Verfassungsrevisionsfrage, 1871, 9. Dazu s. *Fasel*, Bahnbrecher Munzinger. Gesetzgeber und Führer der katholischen Reformbewegung (1830–1873), 2003.

⁵ Dazu s. *Caroni*, Quaderni fiorentini 52 (2023), 583 (592 ff.).

⁶ Zum Gesamtbild der kantonalen Gesetzbücher, s. *Liver*, in: Gmür/Beck/Corrodi/Friedrich/Becker (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitungsband, 1962, Allgemeine Einleitung Rn. 20 ff. und jüngst *Pahud de Mortanges*, Schweizerische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 2024, 244 ff.

⁷ Zur Rechtsgeschichte der Schweiz im 19. Jh. s. das ausschlaggebende Gesamtbild von *Caroni*, Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche, Bd. 1, 2015.

⁸ *Eugster* (Fn. 2), 92, 111. Zu den einzelnen Kommissionen vgl. *Schneider/Fick*, Das Schweizerische Obligationenrecht sammt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen, 1882, 4 und 16.

⁹ Diesbezüglich ist der von ihm publizierte Entwurf von Beweis: *Serafini*, Legge Svizzera sulle obbligazioni e sul diritto commerciale, Progetto compilato sulla base delle deliberazioni di una commissione consultiva. Testo italiano, 1880.

III. Der Römischrechtler Filippo Serafini

Um diese Frage zu behandeln, sind zuerst einige biografische Angaben zu Filippo Serafini relevant.¹⁰ Serafini wurde am 10. April 1831 als letztes von sieben Geschwistern in Preore, in der Nähe von Trient, im italienischen Gebiet der österreichisch-ungarischen Monarchie, geboren. Als Grundschule absolvierte er eine Militärschule in Hall in Tirol; das Gymnasium besuchte er in Innsbruck, Brixen und Brescia sowie in Rovereto.¹¹ Es wird klar, dass Serafini bereits als Kind die deutsche Sprache und die germanische Kultur beherrschte. Diese Ausbildung wurde später im Laufe seines Jurastudiums verfeinert. Serafini begann sein Jurastudium 1850 in Wien, studierte dann 1853–54 in Innsbruck, in Berlin bei Friedrich Carl von Savigny und in Heidelberg bei Karl Joseph Mittermaier; abschließend war er in Siena und wieder in Heidelberg und Wien. Um seine Familie finanziell zu entlasten, arbeitete er während seiner Studienzeit am Gericht in Tione.¹² Diese Erfahrung vermittelte ihm schon von Anfang an die Bedeutung der Praxis, deren Perspektive er in seinen wissenschaftlichen Studien nie verlor. Er wurde 1857 in Innsbruck promoviert.

Bald wurde er zum Professor berufen. Im selben Jahr 1857 erhielt der damals 26-Jährige die Professur für römisches Recht und Rechtsgeschichte an der Universität Pavia. Damals gehörte Pavia zum Kaiserreich Österreich-Ungarn und die Mitglieder der entsprechenden Kommission waren ausschließlich deutschsprachige Professoren. Es handelte sich hierbei um berühmte Persönlichkeiten wie Karl Adolf Vangerow, Friedrich Ludwig Keller, Adolf Friedrich Rudorff, Karl Ludwig Arndt und Karl Joseph Mittermaier.¹³ Zwei Jahre später sollte die Lombardei an das italienische Piemont übergehen.

Im Jahr 1868 erhielt Serafini eine Professur an der Universität von Bologna und wechselte kurz darauf erneut seine Stelle, als er als Nachfolger von Ilario Alibrandi an die Königliche Universität von Rom berufen wurde. Von Alibran-

¹⁰ Zu der Person und ihrer wissenschaftlichen Leistung vgl. die Würdigung: Nella morte di Filippo Serafini, Commemorazione fatta al Senato del Regno nella tornata del 25 maggio 1897. Onorificenze e titoli accademici, Archivio Giuridico „Filippo Serafini“ 1897, 511 ff. und für ein Gesamtbild *Stolff*, in: Biocchi/Cortese/Mattone/Miletti (Hrsg.), Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII–XX secolo), 2013, 1850 f. Zu Serafini und seinen Kenntnissen im schweizerischen Recht s. bereits *Fagnoli*, in: Sinisi (Hrsg.), Dall'unità alla codificazione. Diritto ed economia in Italia dal 1861 al 1871, 2023, 9 ff. = *Tesserae iuris*, III, 2022, 45 ff. Zu Serafinis wichtiger Rolle in der Rechtswissenschaft seiner Zeit s. *Furfaro*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2012, 263 ff.; *dies.*, Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Ottocento e Novecento, Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid, 2016, 81 ff.

¹¹ Informationsreich diesbezüglich ist *De Gubernatis*, in: Dizionario biografico degli scrittori contemporanei ornato da oltre 300 ritratti, 1879, 941 f.

¹² *Scalfi Baito*, Judicaria 1987, 21; *Landucci*, Archivio Giuridico „Filippo Serafini“ 1921, 9 (11): es geht um die Würdigung seines Schülers und Schwagers, Lando Landucci, in Moment der Anbringung einer Gedenktafel vor seinem Geburtshaus, die während des ersten Weltkriegs von den Österreichern abgehängt wurde: s. auch die Erinnerung von demselben Landucci beim Jubiläum 100 Jahre nach seiner Geburt: *Landucci*, Archivio Giuridico „Filippo Serafini“ 1931, 121 ff.

¹³ *Landucci* 1921 (Fn. 12), 11.

di, der unter dem Druck der katholischen Partei aus Loyalität zum Pontifex nach der Annexion Roms durch das Königreich Italien seine Stellung an der Sapienza verlassen hatte, übernahm Serafini nicht nur die Stelle als Professor,¹⁴ sondern wurde sein Nachfolger als Rektor für das Jahr 1872–73. Im neu entstandenen Königreich Italien war Serafini der erste Romanist und gleichzeitig der erste Rektor dieser Universität. Serafini blieb trotzdem nicht lange in Rom. Zwei Jahre später entschied er sich für den Lehrstuhl in Pisa (1873–1897), den er nie wieder verließ, und gründete zusammen mit Saverio Scolari und Francesco Buonamici das *Seminario storico-giuridico*. In Pisa war er in den Jahren 1894–1895 Rektor. Im Jahr 1892 wurde Serafini für das fünfunddreißigste Jahr seiner Lehrtätigkeit mit dem ihm zu Ehren gewidmeten Band der juristischen Studien ausgezeichnet. Bei dieser Gelegenheit wurde er nach siebenjähriger Amtszeit als ordentliches Mitglied des Obersten Rates für das öffentliche Bildungswesen zum Senator des Königreichs Italien ernannt. Er war also vom 21. November 1892 bis zu seinem Tod Senator.

Seit 1880 wurde er nationales Mitglied der *Regia Accademia dei Lincei* und besaß eine Reihe von weiteren Titeln und Ehrungen.¹⁵ Er starb am 15. Mai 1897 im Alter von 66 Jahren in Pisa.

Aus dem Lebenslauf wird klar, dass Serafini Italienisch und Deutsch auf einem hohen Niveau beherrschte. Er war aber nicht nur ein zweisprachiger Jurist, sondern auch ein ausgewiesener und erfolgreicher Gelehrter des römischen Rechts mit einer Vermittlungsfähigkeit zwischen der Lehre der Pandektistik und der italienischen Rechtswissenschaft. Sein Schaffen wird als Renaissance des römischen Rechts¹⁶ und gleichzeitig als *Risorgimento* der italienischen Rechtswissenschaft beschrieben. Letztere hatte sich bis dahin, also bis in die ersten Jahrzehnte des Jahrhunderts, stark vom französischen Modell angezogen gefühlt und sich – so Landucci – auf „Paraphrasen von Kommentaren zu französischen Gesetzbüchern“¹⁷ reduziert. Das wirksamste Instrument für die von Serafini gewünschte Erneuerung im Sinne des Studiums des römischen Rechts nach dogmatischen Kriterien¹⁸ wurde gerade die Zeitschrift *Archivio giuridico*, die er von 1869 bis zu seinem Tod jahrzehntelang leitete und die heute immer noch eine wichtige juristische Zeitschrift darstellt.¹⁹ Zu betonen ist auch, dass sich Serafini mit den kantonalen Privatrechten der Schweiz in einer vergleichenden Perspektive beschäftigt hatte, als er 1874 den Beitrag „Studio comparativo delle Legislazioni civili della Svizzera“ publizierte.²⁰ Der Aufsatz gibt einen schlagenden Überblick über die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der wichtigsten Profile der kanto-

¹⁴ *Serafini*, Del metodo degli studi giuridici in generale e del Diritto romano in particolare, Prolosure letta il 25 novembre 1871, 1872.

¹⁵ Zu den zahlreichen Titeln und Ehrungen, vgl. Nella morte (Fn. 10).

¹⁶ *Landucci* 1931 (Fn. 12), 121.

¹⁷ *Landucci* 1921 (Fn. 12), 16.

¹⁸ *Talamanca*, BIDR 1988, X (LXXXVI f.).

¹⁹ Die heutige Benennung ist: *Archivio Giuridico „Filippo Serafini“*, dessen letzter Band ist CLVII, 2025.

²⁰ *Serafini*, *Archivio giuridico* 1874, 418 ff.

nenalen Privatrechte und zeigt, wie Serafini seine am römischen Recht geschulten Kräfte dem ersten Versuch zur Schweizer Rechtseinheit widmet.

IV. „Werk eines hervorragenden Juristen“ oder „mässige Übersetzungsleistung“?

Die unterschiedlichen Stimmen zum Werk Serafinis am altOR

Aus diesen biografischen Angaben ergibt sich, dass die Auswahl von Serafini für die Arbeit an der Schweizer Kodifizierung gut begründet war. Trotzdem wurde seine Mitwirkung nicht nur bewundert, sondern auch scharf kritisiert.

Fangen wir mit der Bewunderung an. Die Arbeit von Filippo Serafini an der schweizerischen Kodifikation des Zivilrechtes wurde als „mustergültig“ bezeichnet. Und das geschieht bereits unter den Zeitgenossen. Am 11. Juni 1880 berichtet die Neue Zürcher Zeitung mit begeisterten Worten Folgendes: „Erfreulich sei es, daß die von dem italienischen Rechtsgelehrten Serafini in Pisa ausgeführte Uebersetzung in das Italienische als eine durchaus mustergültige, auf der Höhe der Wissenschaft stehende betrachtet werden könne“.²¹ Solches Echo findet man auch in der juristischen Literatur, in der behauptet wird, die italienische Fassung der schweizerischen Kodifikation sei weitgehend das Werk eines hervorragenden Juristen.²² Das kommt auch im Nekrolog von Serafini vor. Nach seinem Tod 1901 wird die Wichtigkeit des Beitrags an der italienischen Fassung des altOR betont: „Wie schade, dass der treffliche Jurist Serafini, der uns zu früh entrissen wurde, bei der schweizerischen Kodifikation nicht mehr mithelfen kann!“.²³ Dieses Lob findet man auch woanders wieder: „Ricordiamo che il grande giurista italiano era noto in Svizzera. Egli partecipò alla codificazione del diritto svizzero, così da fare scrivere al Meili [...]“.²⁴

²¹ So referiert NZZ (11. Juni 1880, Erstes Blatt, 1 [2]) von der Ständeratssitzung vom 9. Juni 1880 unter dem Titel „Schweizerische Bundesversammlung. Ständerath. Sitzung“. Gleich danach lobt das Protokoll der Sitzung das ganze Kodifikationswerk sowie verweist auf die epochale Herausforderung der Mehrsprachigkeit: „Es werde eine schöne Errungenschaft sein, wenn wir unser ganzes Verkehrsrecht in drei Sprachen kodifiziert der gelehrten, gesetzgebenden und handeltreibenden Welt überreichen und damit unseren Platz im Weltverkehr ehrenvoll einnehmen können“.

²² *Cosentini*, La riforma della legislazione civile, 1911, 392.

²³ *Meili*, Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts, 1901, 10 Fn. 3, der sich auch zum Wert der Mitarbeit Serafinis in der Redaktion des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, das 1892 in Kraft getreten ist, äußert.

²⁴ *Patocchi*, Gli influssi delle legislazioni straniere e degli statuti locali sul Codice Civile Ticinese del 1837, 1961, 144 Fn. 96.

Es wird aber nicht nur das Loblied auf das Werk Serafinis gesungen. Auf einer Seite wird bezweifelt, dass Serafini die ganze Arbeit alleine erledigt hat.²⁵ Auf der anderen wird diese als „mässige Übersetzungsleistung“ qualifiziert.²⁶

Es war sicher nicht selbstverständlich, dass ein Nichtschweizer an einer nationalen Kodifikation mitwirkte. Wer seine Leistung als „mässige Übersetzungsleistung“ bezeichnet, begründet dies mit der Überzeugung, dass die Kodifikation des altOR dank der gesamten deutschen Wissenschaft und nicht der Arbeit einer einzelnen Person wie Serafini entstanden sei.²⁷ Es wird auch hinzugefügt, dass Serafinis Beitrag von 1874 nichts Innovatives enthalte, da er im Inhalt einem französischsprachigen Artikel folge, der die zivilrechtlichen kantonalen Gesetzgebungen vergleiche.²⁸

Die Kritik an Serafini wird auch in eine ethische Richtung geübt. Ein spöttisch-polemische Pamphlet des Schweizer Juristen Friedrich Locher²⁹ (1820–1911) beschäftigt sich mit prominenten Persönlichkeiten der Justiz und Verwaltung des Kantons Zürich und greift auch Serafini an. Vor allem wird eine gewisse Korruption in der Tatsache gesehen, dass Serafini die Aufgabe der Kodifizierung des altOR aufgrund seiner Nähe zum Ratsherrn Emil Welti erhalten habe. Welti war in der Tat Direktor des Justiz- und Polizeidepartements und leitete das Verfahren, wie unter anderem die Adressierung des Briefes von Battaglini vom 17. Januar 1881 bestätigt.³⁰ Welti und Serafini hatten sich tatsächlich an der Universität Innsbruck im gemeinsamen Studium kennengelernt, aber gerade deswegen schätzen sie sich gegenseitig. In diesem merkwürdigen Büchlein wird Serafini als „Professor, Doktor, Ritter, erlauchter Commendatore Serafini“ verspottet. Das Büchlein liefert aber auch einige wichtige Informationen über seine körperlichen Aspekte und seine Gewohnheiten als Gelehrter, wie beispielsweise die Tatsache, dass er klein war und kubanische Zigarren von der Marke Demi-Havanna rauchte. Der Beitrag deutet zudem darauf hin, dass die Beteiligung eines Ausländers an der Arbeit der Kommission zumindest aus der Sicht dieses Verleumders Häme erregte und als Möglichkeit für Serafini gesehen wurde, sich finanziell zu bereichern. Schließlich galt Serafini in der Schweiz als „der Italiener“, während er – so berichtet sein Verleumder, nachdem er sich persönlich

²⁵ So *Gabuzzi*, Repertorio di giurisprudenza patria cantonale e federale, forense ed amministrativa 1882, 127 und 144, der den größten Teil der Arbeit einem Dr. Luigi Colombi zuschreibt; s. auch *Brocher* (Fn. 3), 14 f.

²⁶ *Kaufmann*, in: Caroni (Hrsg.), Das Obligationenrecht 1883–1983, Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts, 1984, 80.

²⁷ *Kaufmann* (Fn. 26), 80.

²⁸ *Carrard*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1873, 133 ff. In der Tat behandelt der Beitrag Serafinis teilweise dieselben Themen, die Carrard analysierte, aber in einigen Bereichen wie bei der Gefahrtragung beim Kauf hatte Serafini jedoch innovative Gedanken.

²⁹ *Locher*, Geld und Recht, oder wie man eine Million stiehlt, 1892, 36. Zu Locher, Einer aus der demokratischen Bewegung in Zürich, 1899 für Verleumdung verurteilt in Zürich, nach Paris geflohen, wo er bis zum Tode blieb, vgl. *Schaffner*, Die demokratische Bewegung der 1860er Jahre, Beschreibung und Erklärung der Zürcher Volksbewegung von 1867, 1982, 166 ff. und Fn. 71.

³⁰ Vgl. Schweizerisches Bundesarchiv, Dossier des Bundesarchivs, Sign. E22#1000/134#2099* Umschlag „OR VI. Die Behandlung in den eid. Räten“.

in Pisa informiert hatte – an der Universität als „der Österreicher“ bezeichnet wurde.

V. Die Einsicht in die bundesarchivalischen Quellen

Um die Rolle Serafinis an der Kodifikationsarbeit zu eruieren, ist die Recherche in den jeweiligen Materialien sinnvoll, die sich als Dossier im Schweizerischen Bundesarchiv befinden.³¹ So wird es möglich, die unterschiedlichen Phasen der Entstehung der italienischen Fassung chronologisch zu rekonstruieren.³²

Am 23. August 1879 schrieb Serafini förmlich aus Pisa, dass er die Aufgabe übernimmt: „Sehr gerne werde ich die Revision der ital. Übersetzung des Entwurfes des Schweizerischen Obl. u. Handelsrechts übernehmen“.³³

Kurz danach, als die Übersetzungsarbeit beendet wurde, wurde Serafini in der Redaktionskommission als Mitglied eingesetzt. So steht im Brief vom 7. März 1881 an Serafini:³⁴

„In Ihrem verehrten Schreiben vom 21. Juni [...] haben Sie uns Ihre Bereitwilligkeit zugesichert, an dem definitiven Abschlusse der Redaktion des schweizer. Obligat. u. Handelsrechts auch fernerhin mitzuwirken. [...] Zu diesem Ende haben wir eine Kommission von Experten bestellt u. auch zum Mitgliede derselben ernannt“.

In diesem Brief wird dargelegt, dass in der Junisession das dreisprachige Gesetz proklamiert werden sollte. Am 16. März 1881 begann also die erste Revisionsarbeit der Redaktionskommission,³⁵ woraufhin am 16. April 1881 der Text entstand. Im Bundesarchiv sind die Korrekturen von Serafini bezüglich der 2. Revision erhalten, die sich im Subdossier mit dem Deckel „zweite Revision“ und der darunter stehenden Unterschrift Serafinis befinden.³⁶ Die Korrekturen Serafinis sind klar lesbar für alle revidierten 900 Artikel des ganzen alten Obligationenrechts.³⁷

Danach begann die 3. Textrevision. Die im Bundesarchiv enthaltenen Seiten beweisen noch die Korrekturen von Serafini bis Art. 904 des Obligationenrechts.³⁸ Dazu kommt, dass der fertige Text „Codice federale delle obbligazioni.

³¹ Schweizerisches Obligationenrecht, Dossier des Bundesarchivs, Sign. E22#1000/134#2099*.

³² Zu einiger dieser Eckdaten vgl. bereits *Fagnoli* (Fn. 10).

³³ Schweizerisches Bundesarchiv, Dossier des Bundesarchivs, Sign. J1.2#1000/1310#177*: Es geht um ein weiteres Dossier, in dem nur drei Briefe enthalten sind und das mit „Serafini Filippo. Leiter des archivio giuridico in Pisa. 1879–1881 (3 Briefe)“ beschriftet ist.

³⁴ Schweizerisches Bundesarchiv, Dossier des Bundesarchivs, Sign. E22#1000/134#2099*, Subdossier 2, Dokument 1.

³⁵ Serafinis Arbeit an der 1. Revision ist im Schweizer Bundesarchiv, Dossier des Bundesarchivs, Sign. E22#1000/134#2099*, Subdossier 3, enthalten.

³⁶ Schweizerisches Bundesarchiv, Dossier des Bundesarchivs, Sign. E22#1000/134#2099*, Subdossier 1.

³⁷ Schweizerisches Bundesarchiv, Dossier des Bundesarchivs, Sign. E22#1000/134#2099*, Subdossier 1, Dokumente 4–5. Der ergebene Text aus der 2. Revision ist im Schweizerischen Bundesarchiv, Dossier des Bundesarchivs, Sign. E22#1000/134#2099*, Subdossier 4, enthalten.

³⁸ Schweizerisches Bundesarchiv, Dossier des Bundesarchivs, Sign. E22#1000/134#2099*, Subdossier 1, Dokument 6.

Progetto del Consiglio federale compilato sulla base delle deliberazioni dell'assemblea federale del 18 giugno 1880 e 18 dicembre e 17 febbraio 1881“ mit dem Datum vom 10. Mai 1881 versehen ist. Der Text ist gedruckt im Bundesarchiv und enthält auf der ersten Seite die Unterschrift Serafinis mit dem handschriftlichen Vermerk „druckfertig“. ³⁹ Diese 3. Textrevision diente schlussendlich als endgültiger Text, der am 14. Juni 1881 Gesetz wurde. ⁴⁰

Bislang wurde noch nicht die Frage behandelt, ob Serafini am italienischen Text allein gearbeitet hat. Aufgrund der Materialien wird jedoch sofort klar, dass nebst Serafini noch andere Dozenten und Anwälte bei der Textrevision involviert waren. Aus einem Brief auf Französisch vom 25. Mai 1881 geht hervor, dass sich das Departement bei Biagio Brugi, dem Römischrechtler aus Urbino, David Supino, dem Handelsrechtler aus Pisa sowie dem Anwalt Pietro Frugoni ⁴¹ als Adressaten des Briefes bedankt, da diese an der Redaktion mitgearbeitet haben:

„La Commission chargée de la rédaction du Code suisse des obligations a reçu par l'entremise de l'un de ses membres, Mr. le professeur Serafini, les précieuses observations que l'étude de ce projet de loi nous a suggérées. Permettez-moi, Monsieur, de vous exprimer, au nom du département toute notre reconnaissance pour l'intérêt que vous avez pris à notre œuvre et pour les services que vous lui avez rendus“.

Die Briefsprache beweist, dass die drei Adressaten nicht unbedingt Deutsch beherrschten. Auch deswegen sollte ihre Rolle auf die Revisionsphase der italienischen Fassung begrenzt gewesen sein.

Etwas prägender scheint die Rolle von Carlo Battaglini gewesen zu sein. ⁴² Im Subdossier sind auch zwei Briefe von ihm enthalten. ⁴³ Der 1. Brief ist auf den 8. April 1881 datiert und an das „Dipartimento federale di Giustizia e Polizia“ adressiert. Im Brief wird für die französische Fassung eine Kopie der Art. 130 bis 181 des altOR beantragt, die ihm noch nicht zur Verfügung standen. Im 2. Brief vom 17. April 1881, der wenige Tage später entstand, wird klar, welchen Zweck die Revision von Battaglini hat: die Anpassung der italienischen Sprache an das Tessiner Italienisch, das erheblich vom Standarditalienisch abweicht. Battaglini schreibt bei der Anpassung von „qualche dispositivo al linguaggio del foro e del popolo ticinese“. Battaglini entschuldigt sich ferner, dass er die Anpassung aufgrund zeitlicher Gründe nicht besser erledigen konnte: „nella scarsa misura del mio sapere e del brevissimo tempo concesso“. Hier taucht explizit auf, dass die

³⁹ Schweizerisches Bundesarchiv, Dossier des Bundesarchivs, Sign. E22#1000/134#2099*, Subdossier 5.

⁴⁰ Der definitive Text ist im Dossier des Bundesarchivs unter Sign. E22#1000/134#2099*, Subdossier 1, Dokument 7 im Schweizerischen Bundesarchiv enthalten.

⁴¹ S. seinen Bericht zu der Arbeit *Frugoni*, Archivio giuridico 1881, 441 ff., in dem er auch die Klarheit, die Präzision und Reinheit des Textes lobt (449).

⁴² Schweizerisches Bundesarchiv, Dossier des Bundesarchivs, Sign. E22#1000/134#2099*, Subdossier 2, wo Folgendes steht: „Verschiedene Korr. mit folgenden Experten betr. die Redaktion des italienischen Textes: Dr. B. Brugi, Av. P. Frugoni, Brescia, Prof. Dr. D. Supino, Pisa, avv. C. Battaglini, Lugano. Prof. Dr. F. Serafini, Pisa“.

⁴³ Schweizerisches Bundesarchiv, Dossier des Bundesarchivs, Sign. E22#1000/134#2099*, Subdossier 2, Dokument 2.

zur Verfügung gestandene Zeit sehr knapp war, um die Arbeit zu beenden, und die Aufgabe ihm erst im letzten Moment erteilt wurde.

Der Brief ist auch aus einem anderen Grund bedeutsam. Battaglini drückt in diesem Brief aus, dass die deutsche Fassung die Hauptfassung war: „tedesco, il quale è destinato a rappresentare [...] la mente della legge“. Klar wird auch, dass die französische Fassung aufgrund der Affinität der zwei romanischen Sprachen eine große Hilfe war, vor allem, weil Battaglini betont, dass er manchmal der deutschen Fassung treuer gewesen sei: „presumendo e lusingandomi che il traduttore italiano possa essere stato più fedele e più fortunato interprete del progetto“. Das kommt in Serafinis Brief ebenfalls vor: „Ich habe alle Mühe aufgegeben, damit der italienische Text den deutschen ziemlich genau wiedergeben sollte“.

VI. Schlussfolgerungen

Die Wichtigkeit des Beitrags Serafinis zur Entstehung des altOR ist in der zeitgenössischen und späteren Literatur umstritten. Um die Mitwirkung an der für die Schweiz epochalen Kodifikationsarbeit zu verstehen, sind die Materialien des schweizerischen Bundesarchivs aufschlussreich.

Daraus ergibt sich, dass Filippo Serafini formell die Aufgabe erhielt, die italienische Fassung der Gesetzgebung zu redigieren und daran fast zwei Jahre ab August 1879 arbeitete.

Aus den Materialien ergibt sich ferner, dass wenigstens vier weitere Personen, unter ihnen der Tessiner Anwalt Carlo Battaglini, an der italienischen Fassung beteiligt waren. Erst in den letzten Monaten vor dem endgültigen Text, der am 14. Juni 1881 Gesetz wurde, wurden diese jedoch involviert, während Serafini als vollkommen zweisprachiger Gelehrter von Anfang an die gesamte Aufgabe zu erfüllen hatte. Hinzukommt, dass Serafini anscheinend der einzige Italienischsprechende war, der tatsächlich Mitglied der Kommission war. Nur seine Korrekturen an der ersten, zweiten und dritten Revision des Gesetzestextes sind dokumentiert.

Die bundesarchivalischen Dokumente erlauben aber auch, einen Blick in die gesamte Entstehung des altOR und vor allem in die Herausforderung der Mehrsprachigkeit als typische Polarität des schweizerischen Rechtssystems zu werfen, die damals wie heute eine ständige Herausforderung des Gesetzgebers der Eidgenossenschaft bildet.⁴⁴ Die italienische Fassung stammt in der ersten Phase aus einer Übersetzungsarbeit von Serafini. Erst nach der Fertigstellung dieser Übersetzung wurde Serafini zum Mitglied der Kommission ernannt, um die Revision in Hinblick auf alle drei Fassungen zu besprechen.

⁴⁴ Über die heutige Entstehung der italienischen Fassung der Gesetze siehe z.B. Egger, *A norma di (chi) legge, Peculiarità dell'italiano federale*, 2019 und *ders.*, in: Egger/Ferrari (Hrsg.), *I profili dell'italiano istituzionale tra Svizzera e Italia*, 2025, 81 ff.

Interessant ist auch, dass die italienische Fassung auf Grundlage des deutschen Entwurfes übersetzt wurde, dass aber zugleich auch die französische Fassung maßgebend war, wie die Anfrage von Battaglini nach dem fehlenden Teil auf Französisch beweist. Übrigens ist jede Übersetzungsarbeit auf juristischem Gebiet eine wirkungsreiche Leistung, und keine Entscheidung ist selbstverständlich, sondern bedarf einer gewissen linguistischen sowie juristischen Kompetenz, so dass die Qualifikation des Beitrags von Serafinis als „mässige Übersetzungsleistung“ in jedem Fall ungehörig ist. Ob sein Werk hingegen tatsächlich als „mustergültig“ zu qualifizieren ist, bleibt noch aufgrund der drei Revisionen und im Vergleich zu der deutschen und französischen Fassung Norm für Norm eingehender zu erforschen. Auf jeden Fall ist Serafinis Leistung nachhaltig gewesen, wenn sie bis zum heutigen Tag in ihren Grundzügen die geltende Fassung ist.

Das Bewirken der Leistung im allgemeinen Schuldrecht

Florian Faust

I. Einführung

Die Frage, ob und wann der Schuldner geleistet hat, stellt sich im allgemeinen Schuldrecht an verschiedenen Stellen: Nach § 286 Abs. 1 BGB kommt der Schuldner in Verzug, wenn er nicht rechtzeitig leistet, nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB und § 323 Abs. 1 BGB kommt es darauf an, ob er die Leistung innerhalb der gesetzten Frist erbracht hat, und nach § 273 Abs. 1 BGB und § 320 Abs. 1 S. 1 BGB kann er die Leistung verweigern, bis der Gläubiger die ihm obliegende Leistung an den Schuldner bewirkt hat. In den letzten Jahren ist zunehmend umstritten, was jeweils mit „leisten“ oder „die Leistung bewirken“ gemeint ist. Dieser Beitrag soll dem nachgehen. Er sei *Wolfgang Ernst*, der durch seine Schuldrechtskommentierung im Münchener Kommentar Maßstäbe gesetzt hat, in herzlicher Verbundenheit gewidmet.

II. Leistungshandlung und Leistungserfolg

Herkömmlich wird zwischen Leistungshandlung und Leistungserfolg unterschieden. Der Leistungserfolg ist eingetreten, wenn der Gläubiger dasjenige erhalten hat, was er nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses erhalten soll. Soll beispielsweise eine Sache übergeben werden (§ 433 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB), ist der Leistungserfolg erst eingetreten, wenn der Gläubiger unmittelbarer Besitzer der (mangelfreien) Sache geworden ist. Die Leistungshandlung ist dagegen dasjenige, was der Schuldner tun muss, damit der Leistungserfolg eintritt.

In vielen Fällen fallen die Vornahme der Leistungshandlung und der Eintritt des Leistungserfolgs zusammen. Eine Hol- oder Bringschuld wird hinsichtlich der Übergabepflicht erfüllt, indem der Schuldner dem Gläubiger die geschuldete Sache übergibt (Leistungshandlung), wodurch der Gläubiger den unmittelbaren Besitz an der Sache erlangt (Leistungserfolg). Der Unterschied zwischen Leistungshandlung und Leistungserfolg ist in erster Linie bei Schickschulden relevant: Hier muss der Schuldner die Sache nur ordnungsgemäß an den Gläubiger abschieken, d.h. die Sache richtig verpacken und adressieren und an eine zuverlässige Transportperson ausliefern, die den Transport binnen angemessener Zeit durchführen wird (Leistungshandlung); der Gläubiger erwirbt aber Besitz

an der Sache erst, wenn sie von der Transportperson an ihn ausgeliefert wird (Leistungserfolg).

Eine Verspätung hindert die Vornahme der Leistungshandlung nicht, denn auch wenn der Schuldner die Leistungshandlung zu spät vornimmt, tut er dadurch alles seinerseits zur Leistung Erforderliche. Wenn der Schuldner die Leistungshandlung nur bezüglich einer Teilleistung vornimmt, bleibt er zur Leistung des Rests verpflichtet und hat daher die Leistungshandlung noch nicht vorgenommen. Nicht näher eingegangen werden kann auf den Sonderfall der mangelhaften Leistung. Wie ich an anderer Stelle ausgeführt habe, kommt es dabei darauf an, ob der Schuldner noch zu weiterer Tätigkeit verpflichtet ist. Ist er das nicht, weil nach §§ 275, 439 Abs. 4, 635 Abs. 3 BGB kein Anspruch auf Nacherfüllung besteht oder weil der Gläubiger die mangelhafte Sache angenommen, aber den Nacherfüllungsanspruch noch nicht geltend gemacht hat, dann hat der Schuldner die Leistungshandlung (zunächst) vorgenommen.¹

III. Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrags

Bei dem Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 1 BGB und der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach § 320 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Schuldner die Leistung bis zur Bewirkung der konnexen Leistung bzw. der Gegenleistung verweigern. Was genau unter dem Bewirken der Leistung zu verstehen ist, wird bei § 273 BGB kaum diskutiert.² Bei § 320 BGB ist es umstritten: Teils wird auf die Leistungshandlung³, teils auf den Leistungserfolg⁴ und teils auf den Leistungserfolg oder das Eintreten von Annahmeverzug⁵ abgestellt. Es muss einheitlich für beide Einreden entschieden werden.

Der Wortlaut von § 274 Abs. 1 BGB spricht dafür, dass es auf den Leistungserfolg ankommt, denn das Zurückbehaltungsrecht hat die Wirkung, dass der Schuldner zur Leistung gegen *Empfang* der ihm gebührenden Leistung zu verurteilen ist. Doch sollte man die Bedeutung des Wortlauts nicht überschätzen. Nichts in den Materialien deutet darauf hin, dass sich die Gesetzesverfasser über die Frage, ob die Leistungshandlung oder der Leistungserfolg maßgebend sein soll, Gedanken gemacht hatten. Wenn deshalb gewichtige Gründe dafür sprechen sollten, dass die Leistung nur bis zu einem anderen Zeitpunkt zurückbehalten werden kann, dann hat das Wortlautargument zurückzustehen.

¹ BeckOK BGB/Faust, 75. Ed. 1.8.2025, § 437 Rn. 26 ff., 109, 153.

² Wohl für Leistungserfolg: BeckOGK/Krafka, 1.7.2025, BGB, § 273 Rn. 102.

³ MüKoBGB/Emmerich, 10. Aufl. 2025, § 320 Rn. 52 f.; Staudinger/Schwarze, BGB, 2020, § 320 Rn. 33.

⁴ BGH, NJW 2006, 2773 Rn. 21; BeckOGK/Rüfner, 1.4.2024, BGB, § 320 Rn. 62; Erman/Ulber, BGB, 17. Aufl. 2023, § 320 Rn. 37; NK-BGB/Tettinger, 4. Aufl. 2021, § 320 Rn. 15.

⁵ BeckOK BGB/H. Schmidt, 75. Ed. 1.8.2025, § 320 Rn. 15; Soergel/Gsell, BGB, 13. Aufl. 2005, § 320 Rn. 53.

Der Eintritt von Annahmeverzug kann nicht genügen.⁶ Denn der Gläubiger hat dadurch, dass er den Schuldner in Annahmeverzug bezüglich der diesem gebührenden Leistung versetzt, noch nicht alles seinerseits zur Leistung Erforderliche getan. Eine Bring- oder Schickschuld wird durch den Annahmeverzug des Schuldners nicht zur Holschuld; der Gläubiger muss vielmehr noch einmal bringen oder schicken und kann nur Ersatz seiner Aufwendungen nach § 304 BGB verlangen.⁷ Ist die dem Schuldner gebührende Leistung eine Holschuld, muss der Gläubiger die Sache bis zur Abholung aufbewahren und dann dem Schuldner übergeben. Von ihrer Funktion her, Druck auf den Gläubiger auszuüben, müssen die Zurückbehaltungsrechte daher auch dann eingreifen, wenn der Schuldner in Annahmeverzug ist. Zum Schutz des Gläubigers ist es ausreichend, dass er während des Annahmeverzugs des Schuldners nicht seinerseits in Schuldnerverzug kommen kann und dass er trotz einer Verurteilung zur Leistung Zug um Zug die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil betreiben kann (§§ 274 Abs. 2, 322 Abs. 3 BGB).

Dafür, dass die Leistungshandlung maßgeblich sein soll, wird angeführt, dass der Gläubiger sonst faktisch zur Vorleistung gezwungen würde.⁸ Hiergegen wird zu Recht eingewandt, dass sich die Blockade des § 320 BGB ohne die Bereitschaft einer Seite, kurzfristig in Vorleistung zu gehen, nur im Rahmen der Zwangsvollstreckung oder durch Einschaltung eines Treuhänders überwinden lässt.⁹ Das gilt gerade bei Distanzgeschäften. „Zug um Zug“ bedeutet nicht „gleichzeitig“, da das praktisch gar nicht durchführbar wäre, sondern eine Seite muss zwangsläufig den ersten Zug machen. Dieser kann ebenso gut im Herbeiführen des Leistungserfolgs wie in der Vornahme der Leistungshandlung bestehen. Wenn man auf die Leistungshandlung abstellt, wird allerdings der Zeitraum zwischen dem Zug der einen Seite und dem Zug der anderen Seite so weit wie möglich beschränkt. Das sei im Folgenden am Beispiel eines Versendungskaufs illustriert:

Wenn beim Versendungskauf der Käufer Zug um Zug gegen Lieferung zahlen muss, so kann bei Maßgeblichkeit der Leistungshandlung der Verkäufer Zahlung verlangen, sobald er die Ware abgesandt hat. Dies entspricht der Ratio des § 320 BGB: Der Verkäufer muss nicht mehr durch Verweigerung der Zahlung dazu angehalten werden, seiner Verpflichtung nachzukommen, denn er hat schon alles getan, was er tun muss, um diese Verpflichtung zu erfüllen. Könnte der Käufer die Zahlung bis zur Ankunft der Ware verweigern, trüge der Verkäufer das Risiko von Transportverzögerungen, das er bei der Schickschuld gerade nicht tragen soll.

Mit dem Abschieken hat der Verkäufer allerdings auch bei der Schickschuld nicht in jedem Fall das seinerseits zur Leistung Erforderliche getan. Das hat er erst dann, wenn die Leistungsgefahr übergegangen ist und er daher auf keinen

⁶ MüKoBGB/Emmerich (Fn. 3), § 320 Rn. 53. A.A. NK-BGB/Schmidt-Kessel, 4. Aufl. 2021, § 273 Rn. 35.

⁷ Grüneberg/Grüneberg, BGB, 84. Aufl. 2025, § 304 Rn. 1.

⁸ Staudinger/Schwarze (Fn. 3), § 320 Rn. 33.

⁹ BeckOGK/Rüfner (Fn. 4), BGB, § 320 Rn. 62.

Fall mehr zu weiteren Leistungsanstrengungen verpflichtet ist. Eine generelle Regelung zum Übergang der Leistungsgefahr fehlt im BGB. §§ 243 Abs. 2, 300 Abs. 2 BGB regeln den Übergang der Leistungsgefahr nur bei Gattungsschulden, wobei § 243 Abs. 2 BGB nur einen Teilbereich der Leistungsgefahr betrifft, nämlich die Gefahr, eine andere als die ursprünglich geplante Sache aus der betreffenden Gattung zur Erfüllung einsetzen zu müssen. Die Leistungsgefahr ist aber auch bei Stückschulden relevant, wenn nämlich das betreffende Stück abhanden kommt oder verschlechtert wird. In diesem Fall entscheiden §§ 275 Abs. 2, 439 Abs. 4 BGB, ob der Verkäufer weitere Leistungsanstrengungen unternehmen muss. Hierzu ist er erst dann unter keinen Umständen mehr verpflichtet, wenn der Käufer die Preisgefahr trägt, denn dann sind eintretende Verschlechterungen keine Sachmängel mehr (§ 434 Abs. 1 BGB) und dann muss der Verkäufer keinesfalls mehr Anstrengungen unternehmen, die abhanden gekommene Sache wiederzubeschaffen¹⁰. Das Problem stellt sich insbesondere beim Verbraucher-Versendungskauf, weil dort § 447 BGB nach § 475 Abs. 2 BGB prinzipiell nicht anwendbar ist und deshalb die Konkretisierung (§ 243 Abs. 2 BGB) stattfindet, bevor die Preisgefahr auf den Käufer übergeht (§ 446 S. 1 BGB).¹¹

Es ist also zu klären, ob die Einreden der §§ 273 Abs. 1, 320 Abs. 1 S. 1 BGB schon dann wegfallen, wenn der Verkäufer die Sache ordnungsgemäß an die Transportperson ausliefert und damit *zunächst* alles seinerseits Erforderliche tut, oder ob feststehen muss, dass er *endgültig* alles seinerseits Erforderliche getan hat, so dass er auch bei nach dem Abschieken eintretenden Störungen nicht zu weiteren Leistungshandlungen verpflichtet ist. Würde die Leistung des Verkäufers schon mit dem Absenden als „bewirkt“ angesehen, hätte er einen einredefreien Anspruch auf die Kaufpreiszahlung. Der Käufer müsste also leisten, obwohl durch Störungen auf dem Transport weitere Leistungshandlungen des Verkäufers erforderlich werden können. In Bezug auf diese weiteren Leistungshandlungen würde dem Käufer folglich der Schutz, den ihm §§ 273, 320 BGB einräumen, versagt. Man darf daher erst dann annehmen, dass die Leistungshandlung vorgenommen und damit die Leistung i.S.v. §§ 273, 320 BGB bewirkt wurde, wenn feststeht, dass keine weiteren Leistungshandlungen erforderlich werden. Das setzt bei Sachschulden voraus, dass der Käufer die Preisgefahr trägt.

Die Einreden aus §§ 273 Abs. 1, 320 Abs. 1 S. 1 BGB fallen somit erst dann weg, wenn der Schuldner in Bezug auf die dem Gläubiger obliegende Leistung die Preisgefahr trägt.

¹⁰ *Canaris*, JuS 2007, 793 (797).

¹¹ Das Problem sieht auch BeckOGK/Rüfner (Fn. 4), BGB, § 320 Rn. 62, der die Folgerung zieht, es sei der Eintritt des Leistungserfolgs maßgeblich.

IV. Verzugsbeginn

1. Verzugsseintritt durch Mahnung

Nach h.M., die auch *Wolfgang Ernst* teilt, kommt der Schuldner in Verzug, wenn er auf die Mahnung hin (§ 286 Abs. 1 S. 1 BGB) die Leistungshandlung nicht vornimmt.¹² Dem ist zuzustimmen. Der Schuldner hat mit der Vornahme der Leistungshandlung alles getan, was er tun muss, um die Leistung zu bewirken; nachfolgende Verzögerungen gehen zu Lasten des Gläubigers. Paradigmatisch ist wiederum der Fall der Schickschuld: Deren Sinn liegt darin, dass der Gläubiger die Transportrisiken tragen soll. Verzögerungen auf dem Transport müssen also zu seinen Lasten gehen. Der Schuldner darf darum bei Transportverzögerungen nicht in Verzug kommen. Das ist gewährleistet, wenn der Verzugsseintritt an die Nicht-Vornahme der Leistungshandlung anknüpft. Der Schuldner käme zwar auch dann nicht in Verzug, wenn man auf den Leistungserfolg abstellt und lediglich das Vertretenmüssen (§ 286 Abs. 4 BGB) verneint. Dieser Weg steht aber bei § 323 BGB, der kein Vertretenmüssen voraussetzt, nicht offen und würde deshalb bei § 286 BGB einen anderen Leistungsbegriff erfordern als bei § 323 BGB¹³, obwohl die Sachfrage – ob nämlich der Schuldner rechtzeitig geleistet hat – die gleiche ist.¹⁴

Der Gläubiger kann nicht eine Mahnung in Bezug auf den Eintritt des Leistungserfolgs aussprechen, denn sonst könnte er einseitig die Verzögerungsgefahr auf den Schuldner übertragen.

Bei „gestreckten“ Leistungshandlungen kann es zur Abwendung des Verzugs nicht genügen, dass der Schuldner auf die Mahnung hin mit der Leistungshandlung beginnt.¹⁵ Denn sonst könnte der Schuldner lediglich den ersten Schritt der Leistungshandlung vornehmen und dann pausieren. Der Gläubiger müsste erneut mahnen, um den Schuldner in Verzug zu setzen. Zwar könnte diese erneute Mahnung nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB entbehrlich sein, aber Verzug träte jedenfalls nicht mit Zugang der ersten Mahnung ein, sondern erst mit Zugang der zweiten Mahnung oder zu dem Zeitpunkt, zu dem sie entbehrlich wird. Der Schuldner würde dadurch zur Verzögerung der einmal begonnenen Leistungshandlung ermutigt. Das lässt sich nur verhindern, wenn zur Abwendung des Verzugs nicht der Beginn der Leistungshandlung genügt, sondern die alsbaldige Vornahme der vollständigen Leistungshandlung erforderlich ist. Maßgeblich ist

¹² BeckOGK/*Dornis*, 1.6.2024, BGB, § 286 Rn. 229; *Canaris*, in: FS für Klaus J. Hopt, Bd. I, 2010, 47 (48); *Erman/Hager*, BGB, 17. Aufl. 2023, § 286 Rn. 71; *U. Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, 143; *MüKoBGB/Ernst*, 10. Aufl. 2025, § 286 Rn. 117; *Soergel/Benicke/Nalbantis*, BGB, 13. Aufl. 2014, § 286 Rn. 181, 188, 196; *Staudinger/Feldmann*, BGB, 2025, § 286 Rn. 64. A.A. *Felsch*, Der Zeitraum der Nichtleistung, 2024, 45 ff. (Leistungserfolg); *Grüneberg/Grüneberg* (Fn. 7), § 286 Rn. 15 (Inhalt der Pflicht maßgeblich); *Mayrhofer*, AcP 223 (2023), 933 (955 ff.) (Leistungsangebot entscheidend, außer bei Anwendbarkeit von § 447 BGB).

¹³ Vgl. unten VI.

¹⁴ Siehe auch *Felsch* (Fn. 12), 43, 45; *Mayrhofer*, AcP 223 (2023), 933 (937).

¹⁵ A.A. BeckOGK/*Dornis* (Fn. 12), BGB, § 286 Rn. 229; *MüKoBGB/Ernst* (Fn. 12), § 286 Rn. 117.

insofern, in welcher Zeit ein ordnungsgemäß handelnder Schuldner die vollständige Leistungshandlung vornehmen kann.¹⁶

Der Schuldner vermeidet den Verzugsseintritt auch dadurch, dass er den Gläubiger in Annahmeverzug versetzt. Denn es geht hier – anders als bei §§ 273, 320 BGB – nicht darum, Druck zu erzeugen, um die andere Seite zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen anzuhalten, sondern darum, ob die für den Schuldner nachteiligen Verzugsfolgen gerechtfertigt sind. Das sind sie aber offensichtlich nicht, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug geraten ist und es deshalb allein an ihm liegt, dass er die Leistung des Schuldners nicht erhalten hat.¹⁷

Wiederum im Gegensatz zu §§ 273, 320 BGB ist nicht erforderlich, dass die Preisgefahr auf den Gläubiger übergeht. Denn anders als durch Zurückbehaltungsrechte soll der Gläubiger durch die Verzugsregeln nicht dagegen abgesichert werden, seine Leistung zu erbringen, ohne die Leistung des Schuldners zu erhalten. Es ist daher nicht erforderlich, dass der Schuldner *endgültig* alles seinerseits zur Leistung Erforderliche getan hat, um den Verzug zu vermeiden, sondern es genügt, wenn er *vorläufig* das Erforderliche getan hat. Wenn dann Störungen eintreten und daher neuerliches Tätigwerden des Schuldners nötig wird, kann er in Verzug kommen, wenn er nicht das *nun* Erforderliche tut.

2. Verzugseintritt nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 oder Abs. 3 BGB

Wenn der Verzug nicht infolge einer Mahnung eintritt, sondern durch das Verstreichen eines Termins (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder einer Frist (§ 286 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 BGB), sollte ebenfalls die Leistungshandlung maßgebend sein.¹⁸ Es wäre nicht überzeugend, bei § 286 Abs. 1 BGB auf die Leistungshandlung, bei §§ 286 Abs. 2 Nr. 1 und 2, Abs. 3 BGB dagegen auf den Leistungserfolg abzustellen. Der Vornahme der Leistungshandlung steht wiederum das Eintreten von Annahmeverzug gleich.

Vereinzelt wird allerdings nicht für ausreichend gehalten, dass der Schuldner die Leistungshandlung termingemäß vornimmt. Es wird zwar nicht auf den Leistungserfolg abgestellt, aber dem Schuldner auferlegt, die Leistungshandlung so rechtzeitig vorzunehmen, dass bei normalem Verlauf der Leistungserfolg termingemäß eintritt.¹⁹

Diese Sichtweise wird gestärkt durch eine Entscheidung des EuGH zur (alten) Zahlungsverzugs-RL²⁰. Nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Zahlungsverzugs-RL musste der Gläubiger Anspruch auf Verzugszinsen haben, wenn er den fälligen Betrag nicht rechtzeitig erhielt, es sei denn, dass der Schuldner für die Verzögerung nicht verantwortlich war. Für die Rechtzeitigkeit war dabei nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. a und b Zahlungsverzugs-RL abzustellen auf den vertraglich festgelegten Zahlungstermin, die vertraglich festgesetzte Zahlungsfrist oder – in Er-

¹⁶ Soergel/Benicke/Nalbantis (Fn. 12), § 286 Rn. 190 ff.; Staudinger/Feldmann (Fn. 12), § 286 Rn. 61.

¹⁷ U. Huber (Fn. 12), 143, 172 ff.

¹⁸ Soergel/Benicke/Nalbantis (Fn. 12), § 286 Rn. 194.

¹⁹ Canaris (Fn. 12), 47 (48 f., 56 f.).

²⁰ Richtlinie 2000/35/EG, ABl. 2000 L 200, 35 ff.

mangelung einer vertraglichen Vereinbarung – eine Frist von 30 Tagen, nachdem der Schuldner eine Rechnung oder gleichwertige Zahlungsaufstellung sowie die Waren oder Dienstleistungen erhalten hatte. Die neue Fassung der Zahlungsverzugs-RL²¹ enthält in Art. 3 Abs. 1 und 3 entsprechende Regelungen. Der EuGH entschied nun, dass die Erteilung des Überweisungsauftrags bei ausreichender Kontodeckung für die rechtzeitige Zahlung nicht genügt, sondern dass das Geld dem Empfänger rechtzeitig gutgeschrieben sein muss. Der Schuldner werde dadurch hinreichend geschützt, dass er nicht für Verzögerungen haftbar gemacht werden könne, die ihm nicht zugerechnet werden könnten, also nicht die Folge des Verhaltens eines Schuldners seien, der den üblicherweise für die Durchführung einer Banküberweisung erforderlichen Fristen Rechnung getragen habe.²²

Dieses EuGH-Urteil zwingt zwar nicht dazu, auf den termingemäßen Eintritt des Leistungserfolgs abzustellen, denn dann käme es nicht darauf an, ob der Schuldner den üblichen Fristen für eine Banküberweisung Rechnung getragen hat. Es besagt aber, dass die termingemäße Vornahme der Leistungshandlung nicht genügt, sondern dass der Schuldner die Leistungshandlung so rechtzeitig *vor* dem Termin vornehmen muss, dass der Betrag bei Beachtung der üblicherweise für die Durchführung einer Banküberweisung erforderlichen Fristen termingemäß gutgeschrieben wird.²³ Das gilt unabhängig davon, ob man Geldschulden als qualifizierte Schickschulden²⁴ oder als modifizierte Bringschulden²⁵ versteht, denn auch im letzteren Falle könnte die Leistungshandlung nicht in der Durchführung der Gutschrift auf dem Empfängerkonto bestehen, sondern nur im Transport des Geldes bis zur Empfängerbank²⁶.

Im Anwendungsbereich der Zahlungsverzugs-RL – also für Zahlungen, die als Entgelt im Geschäftsverkehr zu leisten sind (Art. 1 Abs. 2 Zahlungsverzugs-RL) – ist dies zwingend. Es sollte dabei nicht nur für die Rechtsfolgen gelten, die die Richtlinie vorsieht (nämlich Verzugszinsen und die Beitreibungspauschale), sondern für alle Rechtsfolgen, die das nationale Recht bei Verzug anordnet, insbesondere auch für Schadensersatzansprüche und die Haftungserweiterung nach § 287 S. 2 BGB. Denn das BGB knüpft insofern jeweils an den Verzug an. Eine Regelung, nach der der Schuldner bezüglich *einer* Rechtsfolge in Verzug

²¹ Richtlinie 2011/7/EU, ABl. 2011 L 48, 1 ff.

²² EuGH, C-306/06 (0151 Telecom), Slg. 2008, I-1939 Rn. 23 ff., 30.

²³ BeckOGK/*Beurskens*, 1.8.2025, BGB, § 270 Rn. 57; BeckOK BGB/*Lorenz*, 75. Ed. 1.8.2025, § 270 Rn. 17 f. (aber bei Überweisung Eingang bei Empfängerbank maßgeblich); Erman/*Artz*, BGB, 17. Aufl. 2023, § 270 Rn. 9; Grüneberg/*Grüneberg* (Fn. 7), § 270 Rn. 5; MüKoBGB/*Krüger*, 10. Aufl. 2025, § 270 Rn. 18 ff. (anders aber beim Scheck); NK-BGB/*Schwab*, 4. Aufl. 2021, § 270 Rn. 13.

²⁴ BGH, NJW 2017, 1596 Rn. 23 ff.; BSG, NJW 1988, 2501; BeckOGK/*Beurskens* (Fn. 23), BGB, § 270 Rn. 40 ff., 57; BeckOK BGB/*Lorenz* (Fn. 23), § 270 Rn. 1, 16; MüKoBGB/*Krüger* (Fn. 23), § 270 Rn. 1 f., 16 f.; NK-BGB/*Schwab* (Fn. 23), § 270 Rn. 1, 17.

²⁵ Grüneberg/*Grüneberg* (Fn. 7), § 270 Rn. 1; *Gsell*, GPR 2008, 165 (169 ff.); *Herresthal*, ZGS 2007, 48 (49 f.) und ZGS 2008, 259 (260); *Köndgen*, in: FS für Karsten Schmidt, 2009, 909 (911 ff.); *Soergel/Forster*, BGB, 13. Aufl. 2014, § 270 Rn. 1; *Staudinger/Kolbe*, BGB, 2025, § 270 Rn. 2 ff., 31.

²⁶ *Canaris* (Fn. 12), 47 (54); *Gsell*, GPR 2008, 165 (171); *Herresthal*, ZGS 2007, 48 (50); *Köndgen* (Fn. 25), 909 (926); im Ergebnis auch *Herresthal*, ZGS 2008, 259 (264 f.).

ist, bezüglich einer anderen dagegen nicht, wäre hiermit nicht vereinbar. Deshalb ist auch dem Vorschlag von *Canaris* nicht zu folgen, der nur bezüglich der *allgemeinen* Verzugsfolgen der §§ 280 ff. BGB darauf abstellt, ob der Schuldner die Leistungshandlung so rechtzeitig vorgenommen hat, dass mit dem termingemäßen Eintritt des Leistungserfolgs zu rechnen ist, die *besonderen* Verzugsfolgen des § 339 BGB, des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB und des § 38 Abs. 2 und 3 VVG aber schon dann ausschließt, wenn der Schuldner die Leistungshandlung termingemäß vorgenommen hat.²⁷ Er begründet dies damit, dass diese besonderen Verzugsfolgen eine Sanktion für den Schuldner darstellten und dass die Abschätzung der Zeit, die bis zum Eintritt des Leistungserfolgs vergehe, mit Unsicherheitsfaktoren belastet sei, denen man den Schuldner angesichts der Dramatik der besonderen Verzugsfolgen nicht aussetzen sollte. Eine Sanktion für den Schuldner stellen aber nicht nur die besonderen, sondern auch die allgemeinen Verzugsfolgen dar, und vor den Unsicherheiten bei der Kalkulation der Leistungsdauer wird der Schuldner hinreichend durch das Erfordernis des Vertretenmüssens (§ 286 Abs. 4 BGB) geschützt.

Meiner Ansicht nach sollte man die Auswirkungen des EuGH-Urteils auf den Anwendungsbereich der Zahlungsverzugs-RL beschränken. Außerhalb von deren Anwendungsbereich sollte es dagegen dabei bleiben, dass es ausreicht, wenn der Schuldner die Leistungshandlung termingemäß vornimmt. Die Position des EuGH führt nämlich zu erheblicher Rechtsunsicherheit: Ob der Schuldner in Verzug kommt, hängt ihr zufolge davon ab, was die normale Übermittlungszeit ist. Mag diese bei Geldschulden noch einigermaßen sicher zu kalkulieren sein, wird dies bei Sachschulden vielfach nicht der Fall sein. Der Schuldner würde zwar durch § 286 Abs. 4 BGB vor den Folgen von unverschuldeten Fehl kalkulationen geschützt. Weil aber nach § 269 BGB Schulden in der Regel keine Bringschulden sind, soll der Schuldner von solchen Kalkulationen gerade entlastet werden. Wenn der Gläubiger Wert darauf legt, die Leistung zu einem bestimmten Termin zu erhalten, muss er eben eine Bringschuld vereinbaren. Gegebenenfalls kann man die Vereinbarung eines Termins auch in diesem Sinne auslegen. Dies ohne besondere Anhaltspunkte anzunehmen, würde allerdings die gesetzliche Regelung des § 269 BGB in ihr Gegenteil verkehren.

Auch eine Ausweitung auf Geldschulden außerhalb des Geschäftsverkehrs ist nicht angebracht. Wie der BGH hervorgehoben hat²⁸, wollte der Gesetzgeber nämlich die Rechtsstellung von Verbrauchern als Schuldner von Entgeltforderungen nicht beschränken²⁹. Zu „untragbaren Wertungswidersprüchen“, wie *Canaris* meint³⁰, führt das nicht. Denn die Erfordernisse der Richtlinie, die eine Beschleunigung fälliger Zahlungen *im Geschäftsverkehr* erstrebt, sind ein zusätzlicher Wertungsgesichtspunkt, der eine abweichende Bewertung im Anwendungsbereich der Richtlinie rechtfertigt.³¹

²⁷ *Canaris* (Fn. 12), 47 (52).

²⁸ BGH, NJW 2017, 1596 Rn. 31 ff.

²⁹ BT-Drucks. 18/1309, 13.

³⁰ *Canaris* (Fn. 12), 47 (51, 56).

³¹ Ebenso *Felsch* (Fn. 12), 44 f.

V. Verzugsende

In Bezug auf das Ende des Verzugs knüpft die h.M. ebenfalls an die Vornahme der Leistungshandlung an³², dem der Eintritt von Annahmeverzug gleichsteht³³. Dem ist zuzustimmen: Der Inhalt der Leistungspflicht kann sich infolge des Verzugs nicht ändern. Es muss deshalb auf die vollständige Erbringung der Leistungshandlung ankommen.

Löwisch differenziert danach, auf welche Weise der Verzug eingetreten ist: Sei der Verzug durch eine Mahnung ausgelöst worden, sei die Vornahme der Leistungshandlung ausreichend. Sei der Verzug dagegen ohne Mahnung eingetreten, sei der Eintritt des Leistungserfolgs maßgeblich; denn es sei unbillig, den Schuldner für den Zeitraum zwischen Leistungshandlung und Leistungserfolg aus den Verzugsfolgen zu entlassen, obwohl er wusste, dass er diese nur vermeiden konnte, wenn er rechtzeitig leistete.³⁴ Diese Differenzierung ist abzulehnen. Sie beruht auf der unausgesprochenen Prämisse, dass der Schuldner bei Festlegung eines Termins den Leistungserfolg termingemäß herbeizuführen hat. Doch ändert der Termin nichts daran, dass für die Rechtzeitigkeit der Leistung die Leistungshandlung maßgeblich ist und deshalb auch für das Verzugsende die Leistungshandlung maßgeblich sein muss.

Wolfgang Ernst stellt nur dann auf die Leistungshandlung ab, wenn diese zum Eintritt des Leistungserfolgs führt, und begründet dies mit § 287 S. 2 BGB.³⁵ § 287 S. 2 BGB kann jedoch in Bezug auf den Zeitpunkt, zu dem der Verzug endet, nichts entnommen werden. Er besagt nur, dass der Schuldner *während* des Verzugs das Zufallsrisiko zu tragen hat. Nach dem Ende des Verzugs kommt er nicht mehr zur Anwendung. Es gelten die allgemeinen Regeln: Der Schuldner haftet nur dann für eine nun eintretende Leistungsstörung, wenn er sie zu vertreten hat. Das hat er dann, wenn sie *adäquate* Folge der von ihm zu vertretenden Leistungsverzögerung ist. Liefert er etwa die im Rahmen einer Schickschuld geschuldete Sache statt im Juli erst im Januar und geht die Sache auf dem Transport unter, so ändert dies nichts daran, dass der Verzug mit der Vornahme der Leistungshandlung, also dem Abschieken, beendet wurde und deshalb während des Transports § 287 S. 2 BGB nicht gilt. Wird die Sache also unterwegs gestohlen, hat der Schuldner das nicht zu vertreten, ebenso wenig, wie er einen Diebstahl zu vertreten gehabt hätte, wenn er die Sache schon im Juli abgesandt hätte. Hat der Transporteur allerdings infolge Glatteises einen Verkehrsunfall,

³² BGH, NJW 1969, 875 f.; BeckOGK/*Dornis* (Fn. 12), BGB, § 286 Rn. 243; Erman/*Hager* (Fn. 12), § 286 Rn. 73; *U. Huber* (Fn. 12), 477 f.; Soergel/*Benicke/Nalbantis* (Fn. 12), § 286 Rn. 198. A.A. (Leistungserfolg) *Canaris* (Fn. 12), 47 (57 ff.) (außer für „besondere“ Verzugsfolgen, vgl. Fn. 27); *Felsch* (Fn. 12), 45 ff.; *Grüneberg/Grüneberg* (Fn. 7), § 286 Rn. 36 (außer bei Schickschulden).

³³ BeckOGK/*Dornis* (Fn. 12), BGB, § 286 Rn. 234; *Felsch* (Fn. 12), 63 ff.; *Grüneberg/Grüneberg* (Fn. 7), § 286 Rn. 37; *U. Huber* (Fn. 12), 478; MüKoBGB/*Ernst* (Fn. 12), § 286 Rn. 120.

³⁴ *Staudinger/Löwisch*, BGB, 2004, § 286 Rn. 112 ff. Ebenso *Staudinger/Feldmann*, BGB, 2019, § 286 Rn. 117 ff., während *Staudinger/Feldmann* (Fn. 12), § 286 Rn. 119 f. ausschließlich auf das Angebot der Leistung abstellt.

³⁵ MüKoBGB/*Ernst* (Fn. 12), § 286 Rn. 121.

bei dem die Sache zerstört wird, beruht dies adäquat auf der vom Schuldner zu vertretenden (§ 286 Abs. 4 BGB) Leistungsverzögerung und ist daher nach § 276 BGB vom Schuldner zu vertreten. Das ist auch vom Ergebnis her angemessen. Es besteht deshalb kein Anlass, die Leistungshandlung nur dann für maßgeblich zu erklären, wenn sie zum Erfolg führt.

Die Zahlungsverzugs-RL enthält keine Bestimmungen darüber, wann der Verzug endet. Es kann jedoch nicht angenommen werden, dass die Richtlinie die Bestimmung des Verzugsendes gänzlich dem Recht der Mitgliedstaaten überlässt, da dadurch der Anspruch auf Verzugszinsen ausgehöhlt würde. Auch der EuGH spricht ganz allgemein von der „Auslegung, wonach die Gutschrift des geschuldeten Betrags auf dem Konto des Gläubigers das für die Zahlung entscheidende Kriterium ist“.³⁶ Es ist darum anzunehmen, dass die Regelungen darüber, ob und wann der Schuldner in Verzug kommt, auch für das Ende des Verzugs gelten. Der Verzug endet damit (nur) im Anwendungsbereich der Zahlungsverzugs-RL nicht schon mit der Vornahme der Leistungshandlung, sondern erst zu dem Zeitpunkt, zu dem unter normalen Umständen der Leistungserfolg eintritt oder – wenn das früher ist – zu dem er tatsächlich eintritt. Unvorhersehbare Verzögerungen nach der Vornahme der Leistungshandlung fallen also – wie beim Verzugsbeginn – in den Risikobereich des Gläubigers.

VI. Wahrung einer Frist nach §§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 BGB

Um zu vermeiden, dass eine Frist nach §§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 BGB erfolglos abläuft, muss der Schuldner nach früher herrschender Meinung gleichfalls lediglich die Leistungshandlung vornehmen.³⁷ Dem ist aus den oben bezüglich des Verzugsbeginns genannten Gründen zuzustimmen. Wiederum genügt es, dass der Gläubiger in Annahmeverzug gerät.³⁸

Die Gegenansicht, die verlangt, dass der Schuldner innerhalb der Frist den Leistungserfolg herbeiführt³⁹, hat durch ein BGH-Urteil aus dem Jahr 2020 neuen Schwung gewonnen. Der erste Leitsatz lautet: „Die vom Käufer gesetzte angemessene Frist zur Nacherfüllung ist nicht bereits dann gewahrt, wenn

³⁶ EuGH, C-306/06 (0151 Telecom), Slg. 2008, I-1939 Rn. 26.

³⁷ BGHZ 12, 267 (268 f.); *U. Huber*, Leistungsstörungen, Bd. II, 1999, 375 f.; *MüKoBGB/Ernst* (Fn. 12), § 281 Rn. 57, § 323 Rn. 92; *NK-BGB/Dauner-Lieb*, 4. Aufl. 2021, § 281 Rn. 25; *NK-BGB/Dauner-Lieb/Dubovitskaya*, 4. Aufl. 2021, § 323 Rn. 20; *Soergel/Gsell* (Fn. 5), § 323 Rn. 88. *A.A. Erman/Ulber* (Fn. 4), § 281 Rn. 53 (bei leistungsbezogenen Leistungspflichten Leistungshandlung ausschlaggebend, bei erfolgsbezogenen Leistungspflichten Leistungserfolg); *Mayrhofer*, AcP 223 (2023), 933 (946 f.) (bei relativen Fixgeschäften Leistungserfolg).

³⁸ *BeckOGK/Looschelders*, 1.8.2025, BGB, § 323 Rn. 171; *Felsch* (Fn. 12), 63 ff.; *U. Huber* (Fn. 37), 375; *MüKoBGB/Ernst* (Fn. 12), § 281 Rn. 56, § 323 Rn. 91; *Soergel/Benicke/Hellwig*, BGB, 13. Aufl. 2014, § 281 Rn. 139.

³⁹ *BeckOGK/Looschelders* (Fn. 38), BGB, § 323 Rn. 171; *BeckOK BGB/H. Schmidt* (Fn. 5), § 323 Rn. 20c; *Felsch* (Fn. 12), 45 ff.; *Paulus*, ZfPW 2025, 1 (18 ff.); *Staudinger/Schwarze*, BGB, 2025, § 281 Rn. B 57 und *Staudinger/Schwarze* (Fn. 3), § 323 Rn. B 74 (außer wenn Leistungserfolg nur wegen ausbleibender Mitwirkung des Gläubigers oder infolge eines zum Risiko des Gläubigers gehörenden Umstands nicht eintritt).

der Verkäufer innerhalb der Frist die Leistungshandlung erbracht hat; vielmehr muss auch der Leistungserfolg eingetreten sein.“ Denn im Rahmen der Nacherfüllung schulde der Verkäufer „nicht nur die Vornahme einer Leistungshandlung, sondern de[n] Leistungserfolg“. ⁴⁰ Das weicht jedoch nur terminologisch, nicht dagegen der Sache nach von der Meinung ab, die die Leistungshandlung für maßgeblich hält. Denn bei der Nacherfüllung besteht – wie der BGH selbst feststellt – „die zu bewirkende Leistungshandlung gerade darin [...], dem Käufer [...] eine mangelfreie Kaufsache zu verschaffen“ ⁴¹. Die Leistungshandlung ist also in der Regel erst dann vollständig vorgenommen, wenn der Leistungserfolg eingetreten ist. Man kann trefflich darüber streiten, was genau bei der Nacherfüllung die Leistungshandlung ist, insbesondere, wo der Erfüllungsort für die Nacherfüllung liegt. Wenn aber die Leistungshandlung bestimmt ist, besteht keinerlei Anlass, über sie hinaus den Eintritt des Leistungserfolgs zu verlangen. Im Urteil ging es denn auch – trotz der anderweitigen Ausführungen des BGH – gar nicht um die Frage „Leistungshandlung oder Leistungserfolg“, sondern darum, ob die Frist schon dadurch gewahrt ist, dass der Verkäufer mit der Leistungshandlung *beginnt*; das hatte nämlich das OLG Frankfurt als Berufungsgericht angenommen ⁴². Dies wies der BGH im Einklang mit der hier vertretenen Auffassung zurück, indem er – terminologisch unglücklich – den Leistungserfolg und damit die Vornahme der *vollständigen* Leistungshandlung für maßgeblich erklärte. ⁴³

Vereinzelte wird dem Gläubiger ermöglicht, zu wählen, ob er eine Frist für die Vornahme der Leistungshandlung oder den Eintritt des Leistungserfolgs setzt. ⁴⁴ *Wolfgang Ernst* stimmt dem zumindest für Fristen zur Nacherfüllung nach § 323 Abs. 1 BGB zu. ⁴⁵ Ich vermag dieser Auffassung nicht zu folgen. ⁴⁶ Sie führt dazu, dass sich der Inhalt der Schuld verändert, nur weil eine Frist gesetzt wird: Ist die Schuld ursprünglich eine Schickschuld und trägt somit der Gläubiger das Risiko von Transportverzögerungen, so könnte er dieses Risiko durch eine Fristsetzung einseitig auf den Schuldner verlagern. Das ist nicht gerechtfertigt, zumal eine Fristsetzung – auch nach § 281 BGB – nicht voraussetzt, dass der Schuldner es zu vertreten hat, bis dahin nicht geleistet zu haben ⁴⁷. Wenn der Gläubiger daher eine Frist für den Eintritt des Leistungserfolgs setzt, kommt es darauf an, ob diese Erklärung so ausgelegt werden kann, dass die Frist sich auf die Leistungshandlung bezieht und gewahrt wird, wenn diese so rechtzeitig vorgenommen wird, dass mit dem Eintritt des Leistungserfolgs bis zum genannten Zeitpunkt zu rechnen ist. Ist dies nicht möglich, dann ist die Fristsetzung unwirksam.

⁴⁰ BGHZ 227, 15 Rn. 27. Dem BGH folgend BeckOK BGB/Lorenz (Fn. 23), § 281 Rn. 21; Grüneberg/Grüneberg (Fn. 7), § 281 Rn. 12.

⁴¹ BGHZ 227, 15 Rn. 25.

⁴² OLG Frankfurt, Urteil vom 14.11.2019 – 16 U 42/19, juris Rn. 20.

⁴³ BGHZ 227, 15 Rn. 23, 30, 32.

⁴⁴ Soergel/Benicke/Hellwig (Fn. 38), § 281 Rn. 136 ff.

⁴⁵ MüKoBGB/Ernst (Fn. 12), § 323 Rn. 270 ff.

⁴⁶ Ebenso U. Huber (Fn. 37), 366 f.

⁴⁷ MüKoBGB/Ernst (Fn. 12), § 281 Rn. 27, § 323 Rn. 50.

Auch europarechtlich ist eine Einschränkung des Grundsatzes, dass es für die Fristwahrung auf die Leistungshandlung ankommt, nicht geboten. Die Zahlungsverzugs-RL beschäftigt sich nicht mit der Fristwahrung. Die Warenkauf-RL⁴⁸ regelt nach ihren Erwägungsgründen 38 und 56 nicht, was der Verkäufer tun muss, um seine Pflicht zur Lieferung zu erfüllen und wo die Pflicht zur Lieferung oder zur Nacherfüllung zu erfüllen ist. Die Verbraucherrechte-RL⁴⁹ enthält zwar in Art. 18 Regelungen darüber, wann der Verkäufer die Waren liefern muss und unter welchen Voraussetzungen der Käufer ein Rücktrittsrecht hat. Nach dem Erwägungsgrund 51 S. 3 unterliegen jedoch der Ort und die Modalitäten der Lieferung dem einzelstaatlichen Recht. Es kann deshalb nicht angenommen werden, dass die Richtlinie vorschreibt, dass für die Wahrung der Frist der Eintritt des Leistungserfolgs maßgeblich ist.

VII. Zusammenfassung

Dafür, was das Gesetz mit „Erbringung“ oder „Bewirken“ der Leistung meint, gibt es keine allgemeine Regel.⁵⁰ Es muss jeweils nach Sinn und Zweck der konkreten Norm bestimmt werden.

Soweit es um die Rechtzeitigkeit der Leistung geht (Verzugsbeginn und -ende, Wahrung einer Frist nach §§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 BGB) ist die Vornahme der Leistungshandlung maßgeblich; alternativ genügt auch, dass der Gläubiger in Annahmeverzug kommt. Bei Zahlungen, die als Entgelt im Geschäftsverkehr zu leisten sind, gilt aufgrund der Überformung des deutschen Rechts durch das Europarecht die Besonderheit, dass es nicht genügt, wenn der Schuldner die Leistungshandlung termingemäß (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 und 2, Abs. 3 BGB) vornimmt. Der Schuldner vermeidet den Verzug vielmehr nur, wenn er die Leistungshandlung so frühzeitig vornimmt, dass unter normalen Umständen der Leistungserfolg termingemäß eintritt, und der Verzug endet nicht schon mit der Vornahme der Leistungshandlung, sondern erst, wenn im Anschluss daran unter normalen Umständen der Leistungserfolg eingetreten wäre. Hinsichtlich der Wahrung einer Frist nach §§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 BGB bleibt es dagegen dabei, dass es genügt, wenn der Schuldner die Leistungshandlung innerhalb der Frist vornimmt.

Die Leistung des Gläubigers ist i.S.v. §§ 273 Abs. 1, 320 Abs. 1 S. 1 BGB bewirkt, sobald die Preisgefahr auf den Schuldner übergegangen ist und deshalb feststeht, dass der Gläubiger keinesfalls zu weiteren Handlungen verpflichtet ist. Die Herbeiführung von Annahmeverzug genügt nicht.

⁴⁸ Richtlinie (EU) 2019/771, ABl. 2019 L 136, 28 ff.

⁴⁹ Richtlinie 2011/83/EU, ABl. 2011 L 304, 64 ff.

⁵⁰ Siehe schon BGHZ 12, 267 (268 f.).

Gesetzesredaktion auf der Griesalp: zum Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR

Thomas Finkenauer

I. Einführung

Die Regelung des Grundlagenirrtums in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR trat zum 1.1.1912 in Kraft, während die deutsche Geschäftsgrundlage erst 90 Jahre später im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung in § 313 BGB kodifiziert werden sollte. Beide Institute sind inspiriert von Windscheids Voraussetzungslehre. Das leuchtet im Falle der Geschäftsgrundlage bereits personell unmittelbar ein, war doch der Siegeszug von Windscheids Lehre dessen Schwiegersohn Paul Oertmann zu verdanken, der sie, nach einer wichtigen Modifikation, mit seinem gleichnamigen Buch von 1921 rezeptionsfähig gemacht hatte.¹ Durchgesetzt wurde sie alsbald in dem berühmten Vigogne-Urteil des 2. Reichsgerichtssenats durch Oertmanns langjährigen Freund Richard Mansfeld,² in welchem dieser als Berichterstatter fungierte und das am Beginn der richterrechtlichen Anerkennung des Instituts steht.³ Das Zusammenwirken von Oertmann und Mansfeld führte letztlich zu einer Kodifikation der Lehre, die Windscheid selbst, obschon Mitglied der 1. BGB-Kommission, versagt geblieben war.

Im Falle des Schweizer Grundlagenirrtums⁴ liegen die Dinge nicht so offenkundig. Bisweilen wird ein Einfluss Windscheids verneint,⁵ bisweilen, aufgrund sachlicher Nähe, vorausgesetzt⁶ oder einfach offengelassen.⁷ Und doch ist dieses Institut als Kodifikation der Voraussetzungslehre zu betrachten und, wie hier darzulegen ist, in dieser Weise auch von seinem Urheber verstanden worden. Und auch dieses Institut verdankt seine Durchsetzung dem Zusammenwirken

¹ Oertmann, Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff, 1921.

² RGZ 103, 328, 332 vom 3.2.1922.

³ Zu dem Vorgang Finkenauer, AcP 223 (2023), 350, 357 f., 376.

⁴ So schon die Bezeichnung bei Fick, in: FS für Georg Cohn, 1915, 660.

⁵ Jaton, L'article 24, chiffre 4, CO. Contribution à l'étude de l'erreur dans le droit positif suisse, 1939, 22, 30, 34: Die Zuordnung des Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR zu einer bestimmten zeitgenössischen Lehre sei unmöglich.

⁶ Fick (Fn. 4), 661; Bachmann, Der Irrtum nach Artikel 23 ff. des schweizerischen Obligationenrechts, 1928, 45 ff., 49; Reichel, Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände, 1933, 13; Fargnoli, in: Fargnoli/Fasel (Hrsg.), Anschauungen römischer Juristen und deren Fortwirken bis in das geltende schweizerische Recht, 2018, 19, 32.

⁷ Schmidlin, in: Figures juridiques/Rechtsfiguren. Mélanges dissociés pour Pierre Tercier/K(1)eine Festschrift für Pierre Tercier, 2003, 69, 80.

zweier Freunde: des Tübinger Romanisten und langjährigen Universitätskanzlers Max Rümelin sowie des Germanisten und Schweizer Gesetzgebers Eugen Huber. Dabei fiel Huber die Aufgabe zu, den Rümelinschen Gesetzesvorschlag im National- und Ständerat durchzusetzen; ihn selbst als Urheber des Grundlagenirrtums zu betrachten⁸ verbietet sich.⁹

Der Grundlagenirrtum öffnete den alten, auf Savigny zurückgehenden Eigenschaftsirrtum des Art. 19 Ziff. 3 OR 1881 hin zum wesentlichen Motivirrtum und wurde so zum „Drehpunkt der ganzen Irrtumsregelung“.¹⁰ Wenn auch anfangs durchaus nicht unkritisch betrachtet,¹¹ wird die Vorschrift heute weitgehend gelobt, so etwa als Ausdruck „wissenschaftlicher Originalität“ und „einer ungemein überzeugenden, einfachen und transparenten Lehre“.¹² Tatsächlich ist sie (jenseits des Eigenschaftsirrtums) international die erste Kodifikation des beachtlichen Motivirrtums, in welcher Gestalt dieser auch immer – als *clausula rebus sic stantibus*, *condicio tacita*, Baustein einer Irrtumslehre,¹³ als Voraussetzung oder Geschäftsgrundlage – in der Privatrechtsgeschichte formuliert wurde.

II. „Äußere“ Kodifikationsgeschichte des Grundlagenirrtums

Art. 19 OR 1881 hatte in Ziff. 3 nur den Eigenschaftsirrtum als qualifizierten wesentlichen Motivirrtum anerkannt; andere Motivirrtümer waren unbeachtlich.¹⁴ Daran sollte zunächst auch festgehalten werden: Die Spezialkommission zur Prüfung der Frage der Anpassung und Revision des OR¹⁵ hatte entsprechend den Entwürfen ihres Berichterstatters Huber im Gesetzesentwurf von 1905 keinerlei inhaltliche Änderungen an der Konzeption des Irrtumsrechts vorgese-

⁸ So Schmidlin (Fn. 7), 80.

⁹ S. immerhin Gmür, Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1965, 155, dessen (später) Hinweis auf Rümelin zwar von Goltz, Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, 1973, 62 und Weber, Die Revision des schweizerischen Obligationenrechts von 1911/1912, 2023, 143–145 aufgegriffen wurde, sonst aber in den Darstellungen zum Irrtumsrecht keinen Niederschlag gefunden hat. Auch im Schrifttum über Rümelin findet sich im Hinblick auf seinen Beitrag zum Schweizer Irrtumsrecht nichts, auch nicht in der neueren Arbeit von Haßlinger, Max von Rümelin (1861–1931) und die juristische Methode, 2014.

¹⁰ Schmidlin (Fn. 7), 80; ähnlich Fagnoli (Fn. 6), 35: „Kernstück des Schweizer Irrtumsrechts“.

¹¹ Vgl. Simonius, in: Aus der Praxis schweizerischer Gerichte und Verwaltungsbehörden. Festgabe zum 70. Geburtstag von Fritz Göttinger, 1935, 240, 255 f.; Reichel (Fn. 6), 17; anders aber schon Fick (Fn. 4), 671.

¹² Kramer, Schweizerische Juristen-Zeitung 66 (1970), 177, 180; ähnlich positiv Gubl/Koller, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. 2000, § 16 N. 9; Weber (Fn. 9), 145.

¹³ Zu Grotius' Irrtumslehre eingehender Ernst, in: Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsabschluss. Hein Kötz zum 14. November 2005, 2007, 1, 26 f.

¹⁴ Schmidlin (Fn. 7), 80.

¹⁵ Zur Langenthal-Kommission etwa Fasel (Hrsg.), Handels- und obligationenrechtliche Materialien, 2000, 1433.

hen.¹⁶ Und auch der Entwurf der großen Expertenkommission vom 1.6.1909, in der erneut Huber Referent war,¹⁷ enthielt noch keine sachlichen Änderungen,¹⁸ obwohl es einige Diskussion gegeben hatte: So wollte man z.B. den Irrtum über die Person für wesentlich erklären (Isler) und den Irrtum über die Zahlungsfähigkeit zum beachtlichen Motivirrtum machen (Scherrer-Füllemann) oder gleich § 119 BGB übernehmen (Honegger). Huber lehnte Letzteres ab, weil sich das alte OR in dieser Hinsicht sogar gegenüber dem BGB bewährt habe. Lediglich die Beispiele für einen unwesentlichen Irrtum wurden aus Art. 21 OR 1881 gestrichen (Art. 1041 Abs. 1).¹⁹ Im Übrigen blieb alles beim Alten.

Am 7.9.1909 berichtete Huber indes der Kommission des Nationalrates und schlug inhaltlich als Art. 1040bis den Grundlagenirrtum des späteren Art. 24 OR in der folgenden Formulierung vor:

„Der Irrtum ist namentlich in folgenden Fällen ein wesentlicher: [...] 4. wenn der Irrtum eine bestimmte Lage der Dinge betraf, die vom Irrenden nach Verkehrsanschauung oder nach Treu und Glauben als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet werden durfte.“

Eine Begründung Hubers für die neue Bestimmung wurde vermisst.²⁰ Sie fiel ihm wohl auch gar nicht so leicht, stammte sie doch gar nicht von ihm selbst, sondern, wie wir noch sehen werden, von seinem Freund Rümelin. Brüstlein beantragte in der nationalrätlichen Kommission erfolgreich, statt auf nur den „Irrenden“ auf beide „Parteien“ abzustellen, die eine bestimmte Lage als Grundlage des Vertrages angesehen haben mussten. Die Redaktionskommission der nationalrätlichen Kommission, der auch Huber angehörte, machte daraus jedoch wieder die ursprüngliche von Huber beantragte Formulierung – eine durchaus nicht geringfügige Eigenmächtigkeit.²¹ Zudem wurde aus „nach Verkehrsanschauung oder nach Treu und Glauben“ „nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr“, und statt der Wendung am Ende: „betrachtet werden durfte“, setzte man: „betrachtet wurde“. Mit diesen Änderungen wurde die Vorschrift vom Nationalrat am 19.10.1909 angenommen.²² In der Kommission des Ständerats machte man am 28.2.1910 noch auf Antrag von Bundesrat

¹⁶ S. Art. 1039 (19) des Entwurfs von 1905, in: Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfs eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen vom 3.3.1905 (BBl 1905 II, 1, 77 ff.).

¹⁷ *Fasel* (Fn. 15), 1434.

¹⁸ Art. 1039 des Entwurfs blieb unverändert. Vgl. den Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision des Obligationenrechtes (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905) vom 1. Juni 1909 (BBl 1909 III 757 ff.).

¹⁹ Vgl. *Fick* (Fn. 4), 645 f.

²⁰ S. etwa *Jaton* (Fn. 5), 30.

²¹ *Jaton* (Fn. 5), 32; *Terribilini*, *Dall'error in substantia alla cifra 4 dell'articolo 24 del Codice svizzero delle obbligazioni*, 1950, 127 f. Solche Eigenmächtigkeiten sind auch im Hinblick auf die Formulierungen des BGB zu beobachten; auch dort setzte sich die Redaktionskommission der 2. BGB-Kommission ein manches Mal über deren Beschlüsse hinweg – wer schreibt, der bleibt! Vgl. dazu *Finkenauer*, in: FS für Jan Schröder, 2013, 21, 36–43.

²² Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung 19 (1909) Nr. 22, Sitzung Nationalrat vom 19.10.1909, 467, 487.

Brenner aus „eine bestimmte Lage der Dinge“ „einen bestimmten Sachverhalt“. In dieser Fassung wurde der heutige Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR am 13.6.1910 vom Ständerat verabschiedet.²³

Die in National- und Ständerat vorgetragene Motivation für die neue Vorschrift betrifft den von ihr zugleich umfassend geregelten Eigenschaftsirrtum, nicht den wesentlichen Motivirrtum: Huber führte zunächst die Schwierigkeiten einer Abgrenzung der alten Vorschrift über den Eigenschaftsirrtum in Art. 19 Ziff. 3 OR 1881 zum Gewährleistungsrecht an und begründete so dessen Streichung; die neue Ziff. 4 fülle die entstandene Lücke und mache auch einen eigenen Tatbestand über den Irrtum über Eigenschaften einer Person entbehrlich. Die neue Bestimmung erfasse den Irrtum über die Echtheit einer Antiquität ebenso wie denjenigen über die Unbescholtenheit einer Person.²⁴ Rossel erklärte zunächst sogar, die Norm sei „de nature essentiellement technique“, die Ergänzung um den neuen wesentlichen Irrtum beruhe aber auf „de louables considérations d’équité et de bonne foi“. ²⁵ Der Berichterstatter der ständerätlichen Kommission Hoffmann stellte heraus, dass die neue Ziff. 4 dem Richter weiten Spielraum gewähre und sowohl den Eigenschaftsirrtum über eine Sache (die Echtheit von Schmuck) als auch über eine Person (ihre Zahlungsfähigkeit) erfasse. Die Abgrenzung zum unbeachtlichen Motivirrtum bleibe aber „stetsfort eine heikle Frage“. ²⁶ Der Erweiterung und Öffnung der Irrtumsregelung hin zur weitherzigen Anerkennung des beachtlichen Motivirrtums wurde nach allem im Gesetzgebungsverfahren wenig Beachtung zuteil. ²⁷

III. Die Griesalper Beschlüsse und die Korrespondenz von Rümelin und Huber

Wie kam Huber zu seiner überraschenden Kehrtwende im Irrtumsrecht? Er hatte seinen Freund Rümelin bereits vielfach bei der Formulierung der Normen des ZGB hinzugezogen – offiziell als Experte und auch inoffiziell, wovon ihr ausgedehnter Briefwechsel Zeugnis gibt.²⁸ Schon auf die Fassung des ZGB hatte die Kritik des Tübingers an der einen oder anderen Stelle Einfluss.²⁹ Rümelin hatte auch mehrfach publizistisch Stellung zum neuen ZGB genommen und dieses, mit dem BGB vergleichend, wegen seiner größeren Lebensnähe und

²³ Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung 20 (1910) Nr. 12, Sitzung Ständerat vom 13.6.1910, 161; s. auch *Jaton* (Fn. 5), 33 f.

²⁴ Bulletin (Fn. 22), 475.

²⁵ Bulletin (Fn. 22), 477.

²⁶ Bulletin (Fn. 23), 163.

²⁷ Kritisch dazu *Terribilini* (Fn. 21), 131.

²⁸ Die Korrespondenz wird im Schweizerischen Bundesarchiv verwahrt und ist, da ungeordnet, kaum zugänglich (ebenso unter <https://iurisprudentia.online/de/huber> [12.11.2025]); s. aber nunmehr *Fargnoli/Finkenauer/Gebauer* (Hrsg.), Eugen Huber und Max Rümelin. Briefwechsel 1890–1923, 2026. Als Beispiele für die Mitarbeit Rümelins sind etwa die Briefe Nr. 30, 127–129 anzuführen.

²⁹ So Huber an Rümelin vom 23.3.1909, Brief Nr. 277 (Fn. 28) hinsichtlich Art. 714 f. ZGB.

geringeren Abstraktionshöhe gepriesen.³⁰ Und auch für die Revision des OR bat Huber im März 1909 den Freund um die Durchsicht der von ihm redigierten etwa 950 Artikel des Entwurfs der großen Expertenkommission: 37 Experten hätten in 27 Sitzungen getagt und am geltenden OR „ziemlich viel“ geändert. Es „wäre ihm eine große Beruhigung“, könnte er mit Rümelin im Laufe des Sommers 1909, vor der Beratung der nationalrätlichen Kommission, über den Entwurf „etwa eine Woche“ beraten. Mit ihm, dem „wohlwollenden Romanisten u. Kenner des BGB.“, wolle er die wesentlichen Neuerungen nochmals einer näheren Prüfung unterziehen.³¹ Nach der Zusage³² fasste Huber den Auftrag an Rümelin genauer: Es solle der Entwurf darauf geprüft werden, „was entweder nach dem Stande der Materie, wie er namentlich durch das B.G.B. und seine Wissenschaft geschaffen worden ist, nicht mehr als haltbar erscheint,³³ oder etwa in unannehmbare Weise am bisherigen O.R. geändert worden ist [...]“. Nichts dürfe stehen bleiben, „was uns zum wirklichen Vorwurf gemacht werden könnte“. Die Grundlage, „wie sie im geltenden Gesetz geschaffen ist“, wolle die Kommission aber „weiter als in der Vorlage nicht ändern“. Zugleich versprach Huber seinem Freund, dasjenige „durchzusetzen“, worauf sich die beiden (und womöglich ein Dritter – der aber nicht hinzugezogen wurde) bei ihrem Treffen verständigten; allerdings: „Je weniger es ist, um so erfreulicher und aussichtsreicher“.³⁴

Rümelin seinerseits betonte bereits vor der Beratung auf der Griesalp, dass ihm bei der Durchsicht des OR-Entwurfs zunächst die Behandlung des Eigenschaftsirrturns und „die vollständige Ausschaltung des sonstigen Irrturns im Beweggrund“ aufgefallen seien. Vorzuziehen sei dagegen die „moderne Voraussetzungslehre“, wie sie bei Kohler³⁵ und in seiner eigenen Rezension der von

³⁰ *Rümelin*, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich N.F. 25,2 (1901), 37, 333; *ders.*, Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns, 1908, 26: Das ZGB zeichne „Plastik und Volkstümlichkeit seiner Sprache“ aus, weil es sich „von der Überschätzung der technischen Begriffe und von dem Bestreben, durch zu weit getriebene Abstraktion möglichste Vollständigkeit zu erreichen, freigehalten“ habe. Zu Huber selbst meinte Rümelin ebd.: „Das entscheidende Gewicht wird [...] immer auf die natürliche sprachliche Begabung fallen, die bei Huber in ganz anderem Maße vorhanden war als bei den Redaktoren des BGB.“ S. auch *Rümelin*, Eugen Huber, 1923, 49 Fn. 1.

³¹ So Huber an Rümelin vom 23.3.1909, Brief Nr. 277 (Fn. 28).

³² Rümelin an Huber vom 31.5.1909, Brief Nr. 278 (Fn. 28): „Wenn Du glaubst, daß Dir mein Urteil von Nutzen sein könnte, so ist mir das wichtiger als alles andere.“

³³ Später sagte Huber, es dürfe im neuen Text nichts stehen bleiben, „was nach dem BGB. von 1900 anständigerweise nicht mehr gebracht werden kann“; vgl. Huber an Rümelin vom 8.7.1909, Brief Nr. 281 (Fn. 28). In seinem Schreiben an Bundesrat Brenner vom 25.8.1909 machte Huber den Anschluss an das BGB noch deutlicher: Er, Huber, habe Rümelin gebeten, „sich darüber zu äussern, ob der Anschluss an das B.G.B., wo und wie er bereits in dem Entwurf erfolgt sei, sich rechtfertige nach allgemein theoretischen Gesichtspunkten oder den bereits in Deutschland gemachten Erfahrungen, und ferner die Punkte hervorzuheben, in denen ein Anschluss an das B.G.B. zwar im Entwurfe nicht vorgesehen, wohl aber aus eben solchen theoretischen oder praktischen Erwägungen sehr wünschenswert wäre“ (Schweizerisches Bundesarchiv, Sign. E22#1000/134#2111*).

³⁴ Huber an Rümelin vom 12.6.1909, Nr. 279 (Fn. 28).

³⁵ *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 1906, §§ 251, 252 (570 ff.). S. dazu sogleich IV.

Oertmann herausgegebenen Abhandlungen Windscheids³⁶ Ausdruck gefunden habe. Diese Rezension hatte er bereits 1907 dem Freund mit der Bemerkung geschickt, „wichtig“ seien ihm „namentlich die Ausführungen über die ‚Voraussetzung‘, die hier allerdings etwas versteckt stehen“.³⁷ Indes müsse man sich vor einer Neufassung der Vorschriften vergewissern, „ob hier überhaupt Aussicht auf eine Änderung“ bestehe.³⁸ Huber reagierte prompt:

„Und dass wir das bisherige Recht so viel als tunlich beibehalten wollen, habe ich Dir schon gesagt. Gerade die Irrtumsordnung ist so eine Materie. Es wurde auch in der Expertenkommission darüber gehandelt. Schliesslich liessen wir die Regelung mit einigen nicht grundsätzlichen Änderungen beim alten.“³⁹

Jetzt gehe es vor allem darum, „arg rasch“ bis zur Sitzung der nationalrätlichen Kommission am 6.9.1909 fertig zu werden.⁴⁰ Unbeirrt hielt Rümelin freilich an seinem Plan einer Reform des Schweizer Irrtumsrechts fest:

„In der Irrtumslehre habe ich nun doch bestimmt formulierte Vorschläge ausgearbeitet, von denen ich bis jetzt glaube daß sie einen erheblichen Fortschritt bringen würden. Die Formulierung des *error in substantia* u. die völlige Ablehnung des Irrtums im Motiv erscheint mir nicht haltbar.“⁴¹

Das Treffen auf der Griesalp vom 16. bis 19.8.1909⁴² war außerordentlich ertragreich. Rümelin machte zu 63 Artikeln des OR-Entwurfs Änderungsvorschläge, die von Huber in einem gesonderten Bericht an Brenner vorgelegt⁴³ und weitgehend angenommen wurden. In das OR von 1911/12 gingen insgesamt 54 von Rümelins Änderungswünschen entweder wörtlich oder doch dem Sinne nach ein. Rümelin hatte die Vorschrift des neuen Art. 1040bis wie folgt formuliert:

„Ein wesentlicher Irrtum liegt ferner vor, wenn der Irrtum eine bestimmte Lage der Dinge betraf, die vom Irrenden nach Verkehrsanschauung oder nach Treu und Glauben als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet werden durfte.“

Das entsprach ganz weitgehend der Definition, die Kohler 1904 in seinem Lehrbuch gewählt hatte:

„Sie [die Voraussetzung] ist gegeben, wenn verkehrsmäßig nicht nur auf der einen Seite, sondern auf beiden Seiten eine gewisse Lage der Dinge als die notwendige Grundlage für die Entwicklung des Geschäfts oder Verhältnisses betrachtet wird“.⁴⁴

³⁶ Rümelin, *Rez.* zu Bernhard Windscheid, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig 1904, in: *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich* 31 (1907), 449, 456–460.

³⁷ Rümelin an Huber vom 22.4.1907, Brief Nr. 246 (Fn. 28).

³⁸ Rümelin an Huber vom 15.6.1909, Brief Nr. 280 (Fn. 28).

³⁹ Huber an Rümelin vom 8.7.1909, Brief Nr. 281 (Fn. 28).

⁴⁰ Ebd.

⁴¹ Rümelin an Huber vom 20.7.1909, Brief Nr. 282 (Fn. 28).

⁴² Die Daten finden sich im Bericht Hubers an Brenner vom 25.8.1909 über seine Konferenz mit Rümelin, vgl. Schweizerisches Bundesarchiv, Sign. E22#1000/134#2111*.

⁴³ Bemerkungen zum Obligationenrechtsentwurf vom 1. Juni 1909, Beilage zum Bericht von Huber an Brenner, vgl. Schweizerisches Bundesarchiv, Sign. E22#1000/134#2111*.

⁴⁴ Kohler (Fn. 35), § 252 (575).

Die zweite Irrtumsbestimmung, die Rümelin vorschlug, ist übrigens Art. 1041bis zur rechtsmissbräuchlichen Geltendmachung eines Irrtums (heute Art. 25 OR).

Nach ihrem Treffen diskutierten die Freunde noch brieflich über die gewählte Formulierung des Grundlagenirrtums. Rümelin fragte besorgt den Freund, ob diese auch den Fall erfasse, dass der Irrtumsgegner den Irrtum erkannt habe und nach Treu und Glauben zur Aufklärung des Irrenden verpflichtet gewesen wäre. Auf diesen Fall sei Ernst Zitelmann in seiner Kritik des ersten BGB-Entwurfs besonders eingegangen,⁴⁵ was er, Rümelin, in der Vorbereitung seiner Vorschläge übersehen habe. Huber beruhigte den Freund, der Fall werde zwar nicht von der Bestimmung über den Grundlagenirrtum erfasst, wohl aber von dem heutigen Art. 28 Abs. 1 OR; die Rechtsprechung habe des Öfteren angenommen, wer gegen Treu und Glauben den Irrtum seines Gegners nicht aufkläre, müsse dessen Berufung selbst auf einen unwesentlichen Irrtum hinnehmen.⁴⁶ Rümelin gab sich indes mit dem Hinweis auf Art. 28 OR nicht zufrieden; denn es gebe gewiss auch Fälle, in denen nicht von absichtlicher Täuschung die Rede sein könne oder sich der Gegner mit einem nicht stichhaltigen Grund über seine Aufklärungspflicht hinwegsetze. Aber in einem solchen Fall helfe dann doch der Grundlagenirrtum:

„Wenn das Zulassen einer Vorstellung von motivierender Bedeutung ist u. der Gegner hätte aufklären sollen, wird man auch noch sagen können, daß die betreffende Lage der Dinge als Grundlage des Vertrags betrachtet werden dürfe.“⁴⁷

Huber vermeldete schließlich seinem Freund, dem durch Brenner Dank und Remuneration zuteil wurden,⁴⁸ sodann raschen Vollzug: „Bei der Verhandlung über Deine Anregungen, bei deren Begründung ich oft auf Deine hilfreiche Hand gebührend hingewiesen, gieng alles glatt“ – nur Virgile Rossel habe über die Schwierigkeit geklagt, „solche Subtilitäten“ ins Französische übersetzen zu müssen.⁴⁹ Rümelin zeigte sich hoch erfreut darüber, dass „meine Anregungen so überwiegend aufgenommen worden sind“. Es sei „ja weitaus das Meiste was wir beraten haben angenommen worden.“ Nicht verstehen könne er allerdings, warum etwa das Irrtumsrecht größere Subtilitäten enthalte als andere bereits geregelte Materien.⁵⁰ Rossel konnte sich später, wie Huber über die Nationalrats-

⁴⁵ *Zitelmann*, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, 1890, 155. § 104a: „Eine Willenserklärung ist in einer nicht zutreffenden Voraussetzung abgegeben, wenn der Erklärende sie in Irrthum oder Unkenntniß über einen vergangenen oder gegenwärtigen oder zukünftigen, thatsächlichen oder rechtlichen Umstand abgegeben hat und anzunehmen ist, daß er sie ohne den Irrthum oder die Unkenntniß nicht abgegeben haben würde.[...]“; § 104b: „Wer eine Willenserklärung in einer dem Empfänger kenntlichen Voraussetzung abgibt, kann wegen Nichtzutreffens der Voraussetzung dem Empfänger gegenüber von der Erklärung zurücktreten: 1. wenn der Empfänger die Wahrheit kannte und dem Erklärenden nicht unter Einräumung eines sofort auszuübenden Rücktrittsrechts mittheilte, obwohl der Erklärende eine solche Mittheilung hätte erwarten dürfen [...]“.

⁴⁶ Huber an Rümelin vom 25.8.1909, Brief Nr. 287 (Fn. 28).

⁴⁷ Rümelin an Huber vom 28.8.1909, Brief Nr. 288 (Fn. 28).

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ Huber an Rümelin vom 19.9.1909, Brief Nr. 289 (Fn. 28).

⁵⁰ Rümelin an Huber vom 21.9.1909, Brief Nr. 290 (Fn. 28).

sitzungen berichtete, „drein finden“ und „ganz loyal“ referieren; die Irrtumsregelung habe im Übrigen „steigenden Beifall gefunden“.⁵¹

Wie man sieht: Huber wollte an dem Entwurf der Expertenkommission ursprünglich nicht viel ändern, sondern die Endredaktion rasch beenden, befürchtete aber, wissenschaftlich hinter die Errungenschaften des BGB zurückzufallen, und versicherte sich deshalb der Sachkunde seines Freundes. Der Rümelin erteilte Auftrag war konservativ: Neuerungen sollten entweder vor dem Hintergrund des BGB oder der mit diesem gemachten Erfahrungen begründet werden. Von allen Materien war es allerdings ausgerechnet der (beachtliche) Motivirrtum bzw. die Lehre von der Voraussetzung, deren Kodifikation Rümelin unverzichtbar erschien. Mit der Aufnahme von dessen Vorschlägen zum Irrtumsrecht überschritt Huber den von ihm selbst erteilten Auftrag, hatte das BGB doch ausdrücklich der Windscheidschen Voraussetzung eine Absage erteilt⁵² und auch die Wissenschaft nach Inkrafttreten des BGB sich nicht von ihrer Notwendigkeit überzeugen können. Im Gegenteil, Oertmann stellt in seinem Kommentar im Jahr 1908 sogar fest, dass die Lehre Windscheids fast nur noch von Kohler vertreten werde;⁵³ die Rümelinsche Rezension von 1907 hatte er dabei, wie von diesem befürchtet, übersehen. Auch insofern Rümelin eine Vorschrift über Treu und Glauben im Irrtumsrecht formuliert hatte (Art. 25 OR), konnte schwerlich mit dem BGB oder der deutschen Rechtsprechung argumentiert werden. Wenigstens lassen sich entsprechende Urteile, die eine solche Norm rechtfertigen, in dem entscheidenden Zeitraum nicht nachweisen. Rümelin hatte mit Hilfe seines Freundes Huber eines seiner dogmatischen Steckenpferde in der Schweiz Gesetz werden lassen.⁵⁴

IV. Rümelin und die Windscheidsche Voraussetzung

Rümelin hatte sich in der bereits erwähnten ausführlichen Rezension der von Oertmann besorgten Ausgabe von Windscheids Abhandlungen aus dem Jahr 1907 als Anhänger der Voraussetzungslehre präsentiert.⁵⁵ Diese könne allerdings in der Form, die ihr Windscheid gegeben habe, gewiss nicht aufrechterhalten, sondern müsse wenigstens insofern modifiziert werden, als die Voraussetzung von beiden Parteien konsentiert sein müsse. Aber mit dieser Korrektur sei sie

⁵¹ Huber an Rümelin vom 31.10.1909, Brief Nr. 291 (Fn. 28).

⁵² Motive der 1. BGB-Kommission bei Mugdan (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I: Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, 1899, 490: Motive II, 199, 315.

⁵³ Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Bd. I: Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1908, Vorbemerkung zu §§ 158–163, Anm. 1d, 480; verwiesen wird auf die Ausführungen in Kohlers Werk (Fn. 35).

⁵⁴ Unzutreffend die Einschätzung Webers (Fn. 9), 144, Huber habe sich seines Freundes Rümelin bedient, um dem Eigenschaftsirrtum die „wünschenswerte gesetzliche Ausformung zu verleihen“.

⁵⁵ Oben Fn. 36.

unentbehrlich, wie auch Kohler,⁵⁶ Bekker⁵⁷ und Oertmann⁵⁸ festgestellt hätten. Ausdrückliche Voraussetzungen seien auslegungsbedürftige Vertragsklauseln, die entweder ein Rücktrittsrecht oder, bei einem dinglichen Rechtsgeschäft, ein Rückforderungsrecht gewährten. Als solche seien sie im Vergleich zu stillschweigenden Voraussetzungen relativ unproblematisch; denn diese führten dazu, dass die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts wieder aufgelöst oder zumindest geändert würden, wenn – nach Kohler – „auf beiden Seiten eine gewisse Lage der Dinge als die notwendige Grundlage für die Entwicklung des Geschäfts oder Verhältnisses betrachtet wurde“. ⁵⁹ In diesem Zusammenhang verweist Rümelin auf das bekannte Beispiel der Balkon- oder Fenstermiete zur Betrachtung eines sodann abgesagten Fest- oder Krönungszugs. Die Formulierung des Gedankens, dass in einem solchen Fall eine bestimmte Interessenabwägung allgemeiner Art vorzunehmen sei, bereite zwar nicht wenige Schwierigkeiten, die Formel Kohlers sei aber besser als diejenige Windscheids. Die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen bloß motivierenden, für die Gegenpartei erkennbaren Vorstellungen und beiderseits akzeptierten „Voraussetzungen“ blieben bestehen; entscheidend könnten, anders als Windscheid gemeint habe, aber nicht Unterschiede im psychologischen Tatbestand sein, sondern mit Kohler ausschließlich „gewisse Verkehrsgesichtspunkte“, z. B. welches Risiko der Gegner der enttäuschten Partei zu übernehmen in der Lage sei.⁶⁰ Dieses Risiko trage etwa der Vermieter im Umzugs-Fall. Gesetzliche Grundlage für die Beurteilung sei § 157 BGB mit der Überlegung, ob die Parteien, hätten sie das Nichtzutreffen ihrer gemeinsamen Fehlvorstellung erkannt, eine kassatorische oder modifizierende Vertragsklausel verabredet hätten, „wobei allerdings an die Parteien ein aus den Verkehrsanschauungen der Zeit entnommener Normalmaßstab anzulegen bleibt“. ⁶¹ Letztlich bedürfe es also, wie Rümelin einräumt, eines Werturteils des Rechtsanwenders.⁶² Mit diesen Maßstäben behalte die Windscheidsche Lehre „für unser gegenwärtiges und zukünftiges Recht“ die größte Bedeutung.

Die Zutat, die Rümelin der Kohlerschen Voraussetzungslehre beigab, war deren Verankerung im Irrtumsrecht. Dafür nennt er weder in seinem Aufsatz noch in seiner Korrespondenz mit Huber einen Gewährsmann. Wahrscheinlich ist, dass diese Einordnung von ihm selbst entwickelt wurde. Zwar wird auch Zitelmann bisweilen als geistiger Vater der Schweizer Regelung genannt.⁶³ Diese Lehre hatte Rümelin bei seinen Vorbereitungen auf das Griesalper Treffen

⁵⁶ Kohler (Fn. 35), §§ 251 f.

⁵⁷ Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. II, 1889, § 119 (374 f.).

⁵⁸ Oertmann (Hrsg.), Bernhard Windscheid, Gesammelte Reden und Abhandlungen, 1904, XXIII f. Schon dort erfolgte die Ankündigung, die (modifizierte) Voraussetzungslehre werde „auch unter Herrschaft des neuen Rechtes eine fröhliche Wiederauferstehung [...] feiern“. S. auch *dens.* (Fn. 53), 480.

⁵⁹ Rümelin (Fn. 36), 458; s. soeben S. 218.

⁶⁰ Rümelin (Fn. 36), 459 f.

⁶¹ Bis zu seiner Erfindung einer mittels des § 242 BGB zu behebenden Grundlagenstörung rekurrierte auch Oertmann auf die ergänzende Auslegung gemäß § 157 BGB; dazu *Finkenauer*, AcP 223 (2023), 350, 373 f.

⁶² Rümelin (Fn. 36), 460.

⁶³ Fick (Fn. 4), 629 ff., 631.

aber eingestandenermaßen übersehen.⁶⁴ Allenfalls unbewusst mögen Zitelmann und seine Voraussetzungslehre von 1890 und auch deren Verortung im Irrtumsrecht⁶⁵ auf Rümelin gewirkt haben, räumte dieser doch später den großen Einfluss ein, den der väterliche Mentor⁶⁶ auf ihn in juristischen Fragen zumindest in seiner Bonner Anfangszeit zwischen 1886 und 1889 gehabt habe.⁶⁷

Dass auch Rudolf Leonhards Irrtumslehre Rümelin beeinflusst hätte,⁶⁸ ist eher unwahrscheinlich. Zwar betonte auch Leonhard die Wichtigkeit einer beiderseitigen Voraussetzung und verwarf die Lehre von der Unbeachtlichkeit des Motivirrtums,⁶⁹ aber Rümelin führte ihn nicht als seinen Gewährsmann an; und in seiner ausführlichen, auch Neuerscheinungen kommentierenden Korrespondenz mit Huber taucht Leonhards Lehre nicht auf. Dass schließlich der Schweizer Grundlagenirrtum durch ein Urteil des Bundesgerichts von 1903⁷⁰ veranlasst worden sein könnte,⁷¹ gehört in jedem Fall ins Reich der Phantasie, wie Rümelins Rezension und dessen Korrespondenz mit Huber beweisen.

V. Zur Interpretation des Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR

Mit der Identifikation von Rümelin als Urheber der Schweizer Vorschrift erscheint auch die mit ihr verfolgte Konzeption in klarerem Licht.⁷² Bis heute ist umstritten, ob ein Grundlagenirrtum sich nur auf Vergangenheit und Gegenwart betreffende oder auch auf zukünftige Umstände beziehen kann. Zwar

⁶⁴ Oben bei Fn. 45.

⁶⁵ Vgl. Fn. 45.

⁶⁶ *Rümelin*, in: Planitz (Hrsg.), *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Bd. II, 1925, 171–203, 182 f. S. auch die Briefe (Fn. 28) Nr. 2, 25, 133, 213, 323, 378.

⁶⁷ Rümelin an Huber vom 26.10.1913, Brief Nr. 378 (Fn. 28) („mit dem ich damals alle jur. Fragen, die dem einen oder andern aufstießen besprach“).

⁶⁸ Einen Einfluss Leonhards auf die Schweizer Irrtumsregelung überhaupt vermutet *Fick* (Fn. 4), 663.

⁶⁹ Nach *Leonhard*, *Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge I: Vertragsbestandteile und Irrtum*, 2. Aufl. 1907, 280 bestimmt sich die Rechtswirkung nach „dem verabredeten Zweck und Grund des Vertrages“, und dieser „sich aus den Voraussetzungen vergangener oder gegenwärtiger und den Erwartungen zukünftiger Umstände [...], sofern [diese] nach dem richtig gedeuteten Sinne der Abrede beiderseits als unerlässliche Vorbedingungen des Geschäfts gelten [...]“. Auf welche Umstände sich ein Irrtum beziehe, sei gleichgültig, entscheidend sei nur, welchen Sinn die Parteien dem Umstand eingeräumt hätten (ebd., 281): „Die Unerheblichkeit des Irrtums in den Beweggründen kann allgemein weder bejaht noch verneint werden.“ (ebd., 277).

⁷⁰ BGE 29 II 45 (*Mertz c. Gerber*): Der mit einer Dampfmaschine für seine Maschinenfabrik belieferte Unternehmer war irrig von einem bestimmten Wasserverbrauch ausgegangen. Während das Berufungsgericht noch eine „ganz andere als die vorausgesetzte wirtschaftliche Bedeutung“ und damit einen Eigenschaftsirrtum nach Art. 19 Ziff. 3 OR 1881 angenommen hatte, hielt das BG dies für unvereinbar mit dem geltenden Recht.

⁷¹ So die Spekulation von *Fick* (Fn. 4), 636: Das „besonders schiefe Urteil“ habe dem Gesetzgeber die „Augen geöffnet“ für die Notwendigkeit einer Änderung.

⁷² Anders zu Unrecht *Goltz* (Fn. 9), 62.

nimmt die Rechtsprechung seit längerem Letzteres an,⁷³ Teile der Lehre halten das jedoch für unzutreffend.⁷⁴ Entscheidend wird dafür ein Wortlautargument vorgetragen: Man könne nur über Bestehendes irren, weil man nur darüber etwas wissen könne; über Künftiges könne man nur mutmaßen.⁷⁵ Ein Irrtum sei eine falsche Vorstellung, nicht etwa eine fehlende Vorstellung; eine Fehlprognose sei gerade keine Fehldiagnose.⁷⁶ Für den „Irrtum“ über künftige Umstände sei daher nicht der Grundlagenirrtum einschlägig, sondern – gestützt auf das Verbot des Rechtsmissbrauchs in Art. 2 Abs. 2 ZGB, Treu und Glauben in Art. 2 Abs. 1 ZGB oder richterliche Lückenfüllung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB –⁷⁷ die Lehre von der *clausula rebus sic stantibus*.⁷⁸ Diese feinsinnige psychologische Unterscheidung – die sich übrigens auch in der deutschen Lehre findet –⁷⁹ ist indes wenig leistungsfähig und daher kaum überzeugend. Denn wer *keine* Vorstellung von einer künftigen Entwicklung hat, hat offenbar die positive und sich nachher als *falsch* erweisende Vorstellung, alles bleibe beim Alten.⁸⁰ Wer gemäß einer Ankündigung davon ausgeht, es werde ein Krönungszug stattfinden, und deshalb einen Balkon für diese Zeit mietet, hat die falsche Vorstellung, es ändere sich an der Terminierung nichts. Die Rede von einem Irrtum spricht also keineswegs dagegen, auch künftige Umstände als von ihm erfasst anzusehen. Es handelt sich bei der Balkonmiete um einen beachtlichen Grundlagenirrtum. Rümelin, der „Erfinder“ des Schweizer Grundlagenirrtums, hatte jedenfalls keinerlei Bedenken, gerade diesen Fall seinem Gesetzesvorschlag zugrunde zu legen.⁸¹ Und auch für dessen Kronzeugen Kohler konnte sich eine Voraussetzung auf die Vergangenheit, Gegenwart und auch Zukunft beziehen.⁸² Jedenfalls die Ur-

⁷³ BGE 109 II 105, 110 f.; 117 II 218, 224; 118 II 297, 300; zustimmend *Guhl/Koller* (Fn. 12), § 16 Rn. 16; *Schmidlin*, in: Berner Kommentar. Obligationenrecht, 1995, Art. 24 Rn. 196; *Schwenzer/Fountoulakis*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, Rn. 37.33.

⁷⁴ Vgl. z. B. *Reichel* (Fn. 6), 17 f.; *Guhl/Merz/Kummer*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl. 1980, § 16 III 3; *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil I, 3. Aufl. 1983, N. 604.

⁷⁵ So ausdrücklich noch BGE 59 II 372 (in der Publikation in der amtlichen Sammlung fortgelassen, vgl. Pra 22 Nr. 176 E. 1); BGE 47 II 314, 315 f.; 53 II 127, 139, 140; 66 I 299, 312 f.

⁷⁶ *Reichel* (Fn. 6), 18.

⁷⁷ *Sulzer*, Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, 2002, 205, 213, 225.

⁷⁸ Je weiter man die Grenzen des Grundlagenirrtums zieht, desto weniger verbleibt für die *clausula* ein Anwendungsgebiet, vgl. *Schwenzer/Fountoulakis* (Fn. 73), Rn. 37.40.

⁷⁹ *Oertmann* (Fn. 1), 134 f.; *Larenz*, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl. 1963, 10 f.

⁸⁰ *Finkenauer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 313 Rn. 15; *ders.*, AcP 223 (2023), 350, 377 f.

⁸¹ *Oben* S. 221.

⁸² *Kohler* (Fn. 35), 570.

heber der Regelung verfolgten ein umfassendes Irrtumskonzept. Die historische Auslegung⁸³ stützt damit die Auffassung des Schweizer Bundesgerichts.⁸⁴

VI. Der Grundlagenirrtum als Inspiration für die deutsche Geschäftsgrundlage?

Wie bekannt, beschreibt Oertmann die Geschäftsgrundlage erst im Jahr 1921. War diese Entwicklung ihrerseits vom Schweizer Grundlagenirrtum beeinflusst, gab es also einen Rechtstransfer zurück nach Deutschland? Nach Meyer-Pritzl ist ein solcher Transfer von Andreas von Tuhr ausgegangen, der Einfluss dieses „Mittlers von hohem Rang zwischen der deutschen und der schweizerischen Zivilrechtswissenschaft“ sei bislang unterschätzt worden. Tuhr habe mit seinem Aufsatz über den „Irrtum über die Grundlage des Vertrages“ von 1921⁸⁵ entscheidenden Einfluss auf Oertmann genommen.⁸⁶ In diesem Aufsatz bezieht sich Tuhr auf zwei Entscheidungen des RG,⁸⁷ in denen ein von einer Bank erfragter und falsch genannter Börsenkurs Vertragsgrundlage war. Er verweist seinerseits auf Oertmann und findet in einem solchen Fall die Irrtumsanfechtung weniger passend als die *clausula*-Lehre.⁸⁸ Den Grundlagenirrtum erwähnt er freilich nicht. In seinem Buch von 1921 zitiert Oertmann wiederum den Schweizer Juristen zwar mehrfach,⁸⁹ indes nirgends in Bezug auf den Grundlagenirrtum. Ein solcher Bezug findet sich aber auch nicht in den Werken Oertmanns, die das Grundlagen-Buch vorbereiteten.⁹⁰

Aber auch die Rede von der „Vertragsgrundlage“ bzw. „Geschäftsgrundlage“ darf nicht als vom Schweizer Recht inspiriert missverstanden werden.⁹¹ Schon lange vor der Reform des Schweizer Obligationenrechts spricht von Tuhr 1898

⁸³ Ausführlich dazu *Finkenauer* (Fn. 21), 43 ff.

⁸⁴ Die gescheiterte Reform des OR 2020 sollte mit einer neuen Formulierung das genannte Wortlautargument abschneiden („Umstand“ statt „Sachverhalt“); vgl. dazu *Ernst*, in: Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, 2013, Art. 18 Rn. 7. Zudem enthielt sie in Art. 19 OR 2020 aber auch eine Bestimmung zur *clausula* und damit zu Anpassung und Aufhebung.

⁸⁵ v. Tuhr, LZ 1921, Sp. 153.

⁸⁶ Meyer-Pritzl, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2007, §§ 313–314 Rn. 15.

⁸⁷ RGZ 94, 54; 97, 138.

⁸⁸ v. Tuhr, LZ 1921, Sp. 153, 158. Zitiert wird dort Oertmanns Allgemeiner Teil (Fn. 53), 480 sowie zuvor dessen Aufsatz über den doppelseitigen Irrtum in AcP 117 (1919), 275.

⁸⁹ Oertmann (Fn. 1), 25, 50, 132. Dass Oertmann, ebd., 25 Fn. 1 den Gebrauch der „Grundlage eines Vertrages“ in Tuhrs Aufsatz von 1921 als „unbefangen“ im Gegensatz zu seinem eigenen „technischen“ bezeichnet, zeigt die allenfalls terminologische Übereinstimmung.

⁹⁰ Zu denken ist an Oertmann, Kommentar (Fn. 53); *dens.*, Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach Bürgerlichem Recht, 1914; *dens.*, AcP 117 (1919) 275; *dens.*, Das Recht 24 (1920), Sp. 10. Nach seinem Buch von 1921 publiziert Oertmann den Aufsatz in: JW 1921, 1512 (welches er ebd. zitiert); irrig daher Emmert, Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflichten, 2001, 346, Oertmann habe die „Geschäftsgrundlage“ erstmals in eben diesem Aufsatz (JW 1921, 1512, 1515) empfohlen.

⁹¹ Anders Meyer-Pritzl (Fn. 86).

von der Vertragsgrundlage,⁹² und auch Kohler benutzt den Begriff in seiner genannten Definition von 1904 unbefangen.⁹³ Oertmann selbst wählt ihn bereits 1914,⁹⁴ und 1919 meint er, er wolle beim beidseitigen Motivirrtum lieber von der „Grundlage des Geschäfts (Vertragsgrundlage)“ sprechen.⁹⁵ Aus Windscheids Voraussetzung wird so die (gemeinsame) Vertrags- oder Geschäftsgrundlage.⁹⁶ In der Bedeutung als beidseitige Voraussetzung ist die „Geschäftsgrundlage“ genuine Erfindung Oertmanns,⁹⁷ wenngleich der Sprachgebrauch in der Schweizer wie deutschen Rechtswissenschaft schon längst auf die bewährte Metapher⁹⁸ zurückgegriffen hatte. Der Grundlagenirrtum des Schweizer Rechts war und ist inspirierend, die Entwicklung der deutschen Geschäftsgrundlage verlief aber von ihm unabhängig. Beide Institute müssen freilich als Ausprägungen der Windscheidschen Voraussetzung angesprochen werden.

*

Knapp 100 Jahre nach dem durch den Tübinger Romanisten Rümelin bewirkten Rechtstransfer auf der Schweizer Griesalp sollte ein ebenfalls langjährig in Tübingen wirkender Romanist seine neue akademische Heimat in der Schweiz finden und seinerseits das dortige Rechtsdenken bereichern. Ihm sind die vorstehenden Zeilen zugeeignet.

⁹² v. Tuhr, ZSR N.F. 17 (1898) 1, 67.

⁹³ Oben S. 218.

⁹⁴ Oertmann (Fn. 90), 101, 203, 206, 213, wo von der „unveränderlich erachteten Grundlage“ die Rede ist und ein Hinweis auf den Vergleich gemäß § 779 BGB erfolgt.

⁹⁵ Oertmann, AcP 117 (1919), 275, 279 (Sperrung im Original). Auch auf S. 284, 295, 305 f. ist von der Vertragsgrundlage die Rede und auf S. 307 vom „Wegfall der Vertragsgrundlage“.

⁹⁶ So bereits Oertmann, Das Recht 24 (1920), Sp. 10, 11.

⁹⁷ So auch Oertmann (Fn. 1), 51 selbst.

⁹⁸ So richtig Locher, AcP 121 (1923), 1, 2.

Il problema del fondamento normativo della buona fede integrativa nel diritto civile italiano: un approccio storico

Roberto Fiori

I. Gli articoli sulla buona fede nel Codice civile italiano del 1942

Il Codice civile italiano del 1942 dedica alla buona fede contrattuale vari articoli, che mirano a riferire il principio a ogni fase del contratto: formazione, interpretazione ed esecuzione:

art. 1337 (*Trattative e responsabilità precontrattuale*): 'Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.'

art. 1366 (*Interpretazione di buona fede*): 'Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede.'

art. 1375 (*Esecuzione di buona fede*): 'Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.'

All'esecuzione del contratto si riferiscono anche altre disposizioni. La prima e più importante riguarda più in generale le obbligazioni, e non si parla di buona fede ma di 'correttezza':

art. 1175 (*Comportamento secondo correttezza*): 'Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.'

Altri riferimenti alla buona fede nei contratti sono contenuti nell'art. 1358, che impone un comportamento 'secondo buona fede' durante la pendenza della condizione; negli artt. 1746 e 1749 c.c., che nei contratti di agenzia prescrivono ad agente e preponente di 'agire con lealtà e buona fede' nei reciproci rapporti; nell'art. 1460 co. 2, relativo all'eccezione di inadempimento, che nei contratti a prestazioni corrispettive consente ai contraenti di rifiutare l'adempimento della propria prestazione in assenza di un contemporaneo adempimento (od offerta di adempimento) della controparte, salvo che dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto risultino termini diversi per l'adempimento e tranne che il rifiuto, 'avuto riguardo alle circostanze', appaia 'contrario alla buona fede'.

II. I tentativi di giustificazione teorica del valore integrativo della buona fede nel diritto italiano

Benché presente in vari articoli, per i primi vent'anni di vigenza del Codice civile del 1942 la buona fede non era stata granché valorizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Si era ritenuto, infatti, che essa non potesse creare doveri di comportamento ma solo enfatizzare i profili di lealtà, correttezza e solidarietà sociale di doveri previsti da altre norme.¹ È solo dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso che la dottrina italiana ha iniziato ad ammettere un ruolo non semplicemente retorico del principio, e ad attribuirgli – recependo l'elaborazione di dottrina e giurisprudenza tedesche, modellata sullo schema elaborato nel 1956 da Franz Wieacker² – un ruolo integrativo, limitativo e correttivo.³

La giustificazione della prima di queste funzioni ha tuttavia incontrato un ostacolo nella presenza, nel codice italiano, di un articolo espressamente dedicato all'integrazione del contratto, che non menziona la buona fede:

art. 1374 (*Integrazione del contratto*): 'Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità.'

Basandosi su questa disposizione, una parte minoritaria della dottrina ha tentato di negare valore integrativo al principio di buona fede, ritenendo che essa operi piuttosto *a posteriori*, come criterio di giudizio sostanzialmente equitativo.⁴ Altri hanno sostenuto che, poiché la buona fede è prevista in articoli del Codice civile, essa potrebbe rientrare tra le fonti di integrazione del contratto in quanto 'legge',⁵ oppure potrebbe essere ricondotta a una integrazione sulla base dell'equità.⁶ Nessuna di queste proposte è a mio avviso persuasiva. La prima non convince, perché una verifica *a posteriori* non può che riguardare doveri già esistenti, dei quali bisognerebbe trovare il fondamento normativo. Non è però

¹ Emblematico Cass. 16 febbraio 1963 n. 357, in 1963 I Foro it., 1768 ss.; 1964 I Foro pad., 1283 ss., con nota di S. Rodotà, 'Appunti sul principio di buona fede', *ibid.*

² Wieacker, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB* (Mohr 1956).

³ Per un esame più accurato di questo sviluppo mi sia permesso di rinviare a Fiori, 'Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte prima)', in AA.VV. *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 2* (Jovene 2006) 172 ss.

⁴ È un'impostazione che risale almeno a Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio* (Giuffrè 1968) 131; nella dottrina successiva, cfr. almeno Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, vol. 1 (Giuffrè 1974) 1 ss. e Bigliazzi Geri, 'Buona fede nel diritto civile', in *Digesto 4 (disc. priv., sez. civ.)* vol. 2 (UTET 1988) 154 ss.

⁵ La proposta è di Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto* (Giuffrè 1969) 118, 165, seguito da molti studiosi.

⁶ Cfr. per tutti Roppo, 'Il contratto', in Iudica e Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato* (Giuffrè 2001) 493 s.; A questa proposta deve essere avvicinata quella di di Majo, *Delle obbligazioni in generale (art. 1173–1176)* (Zanichelli 1988) 298 ss., il quale, contestando la distinzione tra contenuto ed effetti del contratto, ritiene preferibile ancorare i doveri fondati sulla buona fede, invece che al momento dell'integrazione, a quello dell'esecuzione (per l'accostamento di questa teoria a quella che fonda il ruolo integrativo della buona fede sul principio di equità, cfr. Rodotà, 'Conclusione: il tempo delle clausole generali', in AA.VV., *Il principio di buona fede* [Giuffrè 1987] 269).

neanche possibile giustificare *ex art. 1374* il valore integrativo della buona fede rilevando che essa è contenuta in una norma di legge: un conto è che la buona fede sia prevista da una norma, un altro è che sia essa stessa un principio normativo che consente di integrare il contratto con doveri non fissati da norme.⁷ Né può richiamarsi l'equità, perché bisognerebbe preventivamente dimostrare la sostanziale identificazione tra i due principi.

Il problema del fondamento normativo della buona fede integrativa è dunque tuttora aperto, benché sia stato sostanzialmente messo da parte dalla dottrina più recente, la quale si limita a riconoscere il ruolo integrativo alla buona fede senza indagarne il fondamento normativo. A me sembra che per superare queste incertezze dogmatiche possano essere di aiuto la storia dei concetti e l'analisi della formazione delle norme codicistiche. Dato il limitato spazio di questo contributo, toccherò solo i punti salienti del percorso, rinviando a lavori precedenti per un maggior approfondimento circa le discussioni della dottrina sulle norme del codice italiano.⁸

III. Il modello romano: la buona fede come principio di integrazione del contratto

Il punto da cui partire è un frammento tratto dai *libri ad edictum* di Ulpiano, nel quale si parla dell'*actio empti*:

Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 11, 1

Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.

Nel passo si afferma che nel *iudicium empti*, nel quale si chiede al giudice di condannare il convenuto a tutto ciò che è dovuto *ex fide bona*, la *bona fides* richiede che si adempiano sia le prestazioni espressamente convenute tra le parti, sia quei doveri che, pur se non espressi, sono 'naturalmente' insiti nelle potenzialità del *iudicium bonae fidei*: il giudice, infatti, potrà tener conto nel giudizio di una serie di impegni contrattuali, senza che debbano essere esplicitati nel contratto o nella formula processuale, perché automaticamente ricondotti al rapporto dalla giurisprudenza.⁹ Come si vede, il passo attesta un valore della *bona fides* romana

⁷ Mi pare che questo argomento critico sia proposto anche in Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti* (Cedam 1992) 374.

⁸ Cfr. Fiori (nt. 3) 127 ss.; cfr. anche Id., 'Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva', in Garofalo (a cura di), *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo (Atti Padova 2005)* (Jovene 2007) 31 ss.

⁹ Per un elenco di situazioni giuridiche che possono essere considerate implicitamente nel processo mi limito a rinviare a Schermaier, 'Bona fides in Roman Contract Law', in Zimmermann e Whittaker (a cura di), *Good Faith in European Contract Law* (CUP 2000) 84 ss.

non limitabile al ‘rispetto della parola data’:¹⁰ la *bona fides* è piuttosto il criterio che impone al *bonus vir* di adempiere tutti i doveri riconducibili al tipo contrattuale ‘naturalmente’, ossia sulla base di quella che i *prudentes* ritengono essere la logica del rapporto.¹¹

IV. Il modello medievale: la ‘natura del contratto’

In età medievale, una nozione ‘sensibile’ come quella di *fides* non poteva non essere riletta secondo i valori del cristianesimo,¹² e la *bona fides* tende a legarsi molto più che in età romana al dovere del cristiano di rispettare l’accordo, al punto che appare ormai ingiustificabile la distinzione tra *iudicia stricti iuris* e *iudicia bonae fidei* (trasportata, nell’assenza del processo formulare, direttamente sui contratti): già Azzone afferma che la *bona fides* deve essere osservata anche nei *contractus stricti iuris*, benché in questi le parti siano obbligate solo a ciò che è stato tra loro espressamente convenuto, mentre nei *contractus bonae fidei* devono adempiere anche ciò che non è stato *nec dictum et nec cogitatum*.¹³ Con questo avvicinamento tra buona fede e consenso, la regola romana per cui i doveri impliciti ineriscono *naturaliter* al contratto nei *iudicia bonae fidei* viene riletta nel senso che questi doveri appartengono alla *natura contractus*, ossia alla struttura tipica del rapporto ‘oggettivamente’ espressa dalla legge e dalla tradizione scientifica che le parti, per così dire, recepiscono automaticamente con il loro accordo.¹⁴

Un esempio particolarmente significativo dell’importanza di questo schema si trova in Baldo degli Ubaldi, il quale scrive che per il giudice la *bona fides in adimplendo* consiste nella ricostruzione di ciò che le parti hanno realizzato tra loro secondo la *iuris ordinatio*, ossia secondo le regole che sono espresse *in iure*, e la *naturalis aequitas*, che va utilizzata quando sorga un dubbio sulle regole che non sono espresse *in iure*:

in secundo autem actu (sc. in adimplendo) intelligitur bona fides et observatio eius, quod actum inter contrahentes secundum naturalem aequitatem, et iuris ordinationem. naturalis enim aequitas est attendenda, cum dubitatio oritur circa ea quae non sunt in iure

¹⁰ Il miglior tentativo di dimostrazione del valore della buona fede come rispetto della parola data è in Talamanca, ‘La *bona fides* nei giuristi romani: “Leerformeln” e valori dell’ordinamento’, in Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di Alberto Burdese*, vol. 4 (Cedam 2003) 1 ss.

¹¹ Per la dimostrazione di questo assunto cfr. Fiori, ‘*Bona fides*. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)’, in Fiori (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 2* (Jovene 2011) 97 ss., spec. 239 ss.

¹² Cfr. Behrends, ‘Treu und Glauben: Zu den christlichen Grundlagen der Willenstheorie im heutigen Vertragsrecht’, in Lombardi Vallauri e Dilcher (a cura di), *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, vol. 2 (Giuffrè 1981) 957 ss.

¹³ Azo, *Lectura codicis*, ad C. 2, 3, 13, n. 61.

¹⁴ Cfr. Gordley, ‘Good faith in contract law in the medieval *ius commune*’, in Zimmermann e Whittaker (a cura di), *Good Faith in European Contract Law* (CUP 2000) 93 ss., spec. 103 ss.; Fiori (nt. 8) 25 ss.

expressa, et per hoc intelligitur iudici committi [...]. aut ordinatio attenditur in his quae in iure sunt expressa.¹⁵

La *iuris ordinatio*, coincidente essenzialmente con *lex e consuetudo*, dà vita alla *natura contractus*, ossia alla struttura ordinamentale tipica:

natura tanquam quoddam intrinsecum omnibus contractibus inest, quae natura nihil aliud est, nisi quaedam dispositio, quam lex, vel consuetudo disposuit super contractum.¹⁶

Al contrario la *natura actus*, ossia la *ratio* intrinseca al singolo concreto contratto, è data dal concorso tra le fonti positive e l'*aequitas* del giudice:

est autem natura quaedam ratio, quae inhaeret ipsi actui per dispositionem legis, vel consuetudinis, vel aequitate iusdicentis, sive principali, sive accessoria.¹⁷

V. Gli sviluppi del modello medievale in Jean Domat e nel *Code civil*

Lo schema medievale – che appare particolarmente ricco, e che sembra anticipare la distinzione del diritto civile italiano tra ‘causa del contratto’ astratta e concreta¹⁸ – viene trasmesso alla tradizione successiva e si ritrova in Jean Domat, il quale, richiamando espressamente il passo di Ulpiano, enuncia il seguente principio:

‘les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toute ce que demande la nature de la convention; et à toutes les suites que l’équité, les loix et l’usage donnent à l’obligation où l’on est entré.’¹⁹

È facile ravvisare nel testo l’eco della *natura actus* di Baldo degli Ubaldi, ma si percepiscono anche delle differenze. Per Baldo, la *natura actus*, ossia la logica strutturale (*ratio*) del singolo contratto, è il risultato del negozio realizzato dalle parti secondo le regole di diritto e dalla consuetudine, cui si aggiunge ciò che il giudice, tenendo conto del tipo ordinamentale e delle circostanze concrete, ritiene implicitamente presente nel rapporto quando il *ius* non è esplicito. Per Domat, invece, le ‘leggi’ (non a caso al plurale) sono le leggi del sovrano, l’‘uso’

¹⁵ Baldus de Ubaldis, *In quartum et quintum Cod. lib. Commentaria*, ad C. 4, 10, 4 n. 2.

¹⁶ Baldus de Ubaldis, *In quartum et quintum Cod. lib. Commentaria*, ad C. 4, 37, 1, nn. 17–18; cfr. anche Id., *In vii, viii, ix, x et xi Codicis libros commentaria*, ad C. 7, 51, 1, n. 13: ‘in contractibus quatuor considerantur. Natura attributa ex simplicis legis providentia. Consuetudo quae est similis naturae [...]. Duo [...] prima vocantur natura’; Id., *In primam Digesti veteris partem commentaria*, ad D. 2, 14, 27, 2, pr.: ‘legis [...] artificio contractibus propriae naturae assignantur ut hic patet’.

¹⁷ Baldus de Ubaldis, *Consilia sive responsa*, vol. 1 (Venetiis 1575) 114v (cons. I, 352 pr.).

¹⁸ Com’è noto, l’individuazione del valore della nozione di ‘causa’ come funzione economico-individuale è dovuta a Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico* (Giuffrè 1966).

¹⁹ Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, vol. 1 (N. Gosselin 1723) 24 ntt. a–b (part. 1, livr. 1, tit. 1, sez. 3 n. 1), che richiama anche Gai. 3 inst. D. 44, 7, 2 e Ulp. 1 ad ed. aed. cur. D. 21, 1, 31, 20.

coincide con le *coutumes* nazionali,²⁰ mentre le regole del diritto romano vengono identificate con un diritto naturale che confluisce nella *équité naturelle*.²¹ D'altronde il contratto, in coerenza con le idee del Giusnaturalismo, tende sempre più a identificarsi con la volontà dei contraenti, ed è a questa che si collega la *nature de la convention*, coincidendo con ciò che è stato detto e ciò che è rimasto inespresso nell'accordo: l'integrazione realizzata da equità, leggi e uso non è più 'interna' alla natura del contratto, ma le si aggiunge *ab externo*. Si noti peraltro che nell'opera di Domat – per quanto, in accordo con la visione medievale, questi tenda a considerare la buona fede come modalità di esecuzione del contratto piuttosto che come principio di integrazione – riaffiora talora la valenza integrativa della nozione, assumendo la 'natura' e le fonti normative un ruolo minore. Ad esempio, dopo aver affermato la rilevanza della buona fede in tutti i contratti, anche quelli tradizionalmente *stricti iuris*, e facendo nuovamente riferimento a Ulpiano, Domat sostiene che le parti contrattuali sono obbligate 'à tout ce qu'elle demande, selon la nature de la convention et les suites qu'elle peut avoir'.²²

Le affermazioni di Domat vengono recepite quasi letteralmente nel *Code civil* francese del 1804. Innanzi tutto, rispetto all'integrazione del contratto:

art. 1135: 'Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.'²³

In secondo luogo, rispetto alla sua esecuzione:

art. 1134 co. 3: 'Elles (sc. les conventions) doivent être exécutées de bonne foi.'²⁴

Ancora una volta, non bisogna pensare che alla recezione del testo di Domat corrisponda una perfetta identità di idee: tra gli anni in cui scriveva il giurista francese e la redazione del codice si inserisce una profonda modificazione nel modo di concepire il diritto. La graduale emersione di una visione positivistica ha come esito l'allontanamento del diritto naturale dalla dimensione giuridi-

²⁰ Cfr. gli esempi forniti da Domat (nt. 19) 24 (part. 1, livr. 1, tit. 1, sez. 3 n. 1): 'ainsi c'est par une loi que celui qui achete un héritage au-dessous de la moitié de son juste prix, doit, ou le rendre, ou parfaire le prix. Ainsi dans le louage d'une maison, quelques coutumes continuent le bail au-delà du terme pendant un certain tems, si les contractans n'y ont derogé'.

²¹ Cfr. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto* (Il Mulino 1976) 168 s.

²² Domat (nt. 19) 25 s. (part. 1, livr. 1, tit. 1, sez. 3 n. 12).

²³ Il testo modificato dall'*Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016* è il seguente: 'Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi' (art. 1194).

²⁴ La redazione dell'art. 31 del progetto era ancora più vicina al testo di Domat, perché faceva riferimento anche a un dovere di buona fede nelle trattative: 'Elles doivent être contractées et exécutées de bonne foi'. Tuttavia Portalis chiede e ottiene che si elimini la parola *contractées*, 'que les dispositions antérieures rendent inutile': cfr. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, vol. 13 (De Marchand du Breuil 1827) 54. Il dato doveva comunque essere considerato talmente pacifico, che nella *Présentation au Corps Législatif* del 28 gennaio 1804, Bigot-Préameneu fa nuovamente riferimento alla contrattazione (*ibid.*, 229). Il riferimento alla fase formativa del contratto è stato reinserito nel testo modificato dall'*Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016*: 'Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi' (art. 1104).

ca e la sua riconduzione alla sfera della morale, l'idea di una assenza di lacune del sistema di diritto positivo, nonché la compressione del ruolo dei tribunali che – dismessa ogni velleità di *interpretatio* costruttiva – dovranno limitarsi a interpretare e applicare il diritto positivo. È in questo contesto che deve essere letta la formulazione dell'art. 1135: nell'ordine politico unitario della Francia del periodo, il plurale 'leggi' può nuovamente essere sostituito dal singolare 'legge', trasformando il riferimento a singole disposizioni in un più ampio rinvio all'ordinamento, che tende ad assorbire anche la consuetudine; e l'equità, che in Baldo e in Domat era una nozione strettamente e fortemente 'giuridica', perso il suo ruolo originario tende a presentarsi al massimo come 'giustizia del caso concreto',²⁵ in una posizione del tutto marginale rispetto alle altre fonti. Anche nel *Code civil*, come in Domat, il contratto viene identificato con ciò che le parti hanno voluto, 'corretto' da equità, usi e legge; ma adesso, in un sistema in cui la razionalità del diritto perde terreno rispetto all'autorità della legge, la nozione di *natura contractus* si riduce a mero criterio di indirizzo per le tre 'vere' fonti di integrazione del contratto.

VI. La formazione dei paragrafi sulla buona fede e il recupero del modello romano di integrazione del contratto nel BGB

Nel giudizio degli stessi contemporanei, il *Code civil* è stato in materia di buona fede 'das unmittelbare Vorbild des BGB'.²⁶ Questa dipendenza appare chiaramente da un'analisi dei lavori preparatori.²⁷

Dopo una serie di proposte nelle quali si sceglie di esplicitare il riferimento alla buona fede contenuto nel BGB sassone (1865),²⁸ si decide di inserire nell'*Erster Entwurf* (1887) un articolo sul contenuto dei contratti chiaramente ispirato all'art. 1135 del *Code civil*.²⁹ È anzi una versione assai vicina alla stesura di Do-

²⁵ Cfr. per tutti, tra gli interpreti, Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, vol. 1 (Durand et Pedone-Lauriel 1857) 367.

²⁶ Dernburg, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, vol. 2.1, *Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preußens* (4 ed., Buchhandlung des Waisenhauses 1909) 28.

²⁷ Cfr. per quanto segue, e con maggiori particolari, Schmidt, '§ 242', in *J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (12 ed., J. Schweitzer Verlag KG Walter de Gruyter & Co. 1983) 26 ss. (n. 15 ss.).

²⁸ *BGB für das Königreich Sachsen*, § 858: 'Die Erfüllung eines Vertrages hat Dasjenige zu umfassen, was nach der besonderen Verabredung der Beteiligten, nach den gesetzlichen Vorschriften über den in Frage stehenden Vertrag und überhaupt nach Treu und Glauben und nach der Handlungsweise eines redlichen Mannes zu leisten ist'.

²⁹ Cfr. già l'art. 83 dell'*Entwurf eines BGB für das Königreich Bayern* (1861): 'Der Schuldner hat nicht nur dasjenige zu leisten, wozu er ausdrücklich verpflichtet ist, sondern auch alles, worauf sich das Schuldverhältnis nach seiner Natur oder nach Gesetz oder Herkommen von selbst erstreckt'; e l'art. 150 del *Dresdner Entwurf* (1865): 'Ein Vertrag verpflichtet den Vertragsschließenden nicht nur zu Dem, was er versprochen hat, sondern auch zu Dem, was sich nach Gesetz oder Herkommen aus der Natur des Vertrages ergibt, sofern nicht eine Ausnahme hiervon vereinbart worden ist'.

mat (nel senso che viene dato rilievo alla natura del contratto come ‘fonte’), che tuttavia sostituisce l’uso con le ‘regole del traffico’³⁰ e l’equità con la buona fede:

§ 359 E I: ‘Der Vertrag verpflichtet den Vertragschließenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte sowie mit Rücksicht auf Treue und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergibt.’

A questa norma si affianca – nella parte dedicata al contenuto delle obbligazioni – un paragrafo, ispirato invece all’art. 1134 co. 3, secondo il quale il debitore è obbligato ad eseguire in modo pieno la prestazione derivante dal rapporto obbligatorio:

§ 224 E I Abs. 1 S. 1: ‘Der Schuldner ist verpflichtet, die nach dem Schuldverhältnisse ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken.’

Nei progetti successivi si mantiene la norma sulle modalità di esecuzione delle obbligazioni, ma si sceglie di trasformare il paragrafo sull’integrazione del contratto in una disposizione sull’interpretazione secondo buona fede che avrebbe avuto la funzione di determinare l’esistenza e il contenuto del contratto.³¹ Ne derivano due disposizioni chiaramente speculari, che disciplinano l’esecuzione dell’obbligazione e l’interpretazione del contratto secondo buona fede:

§ 242 (*Leistung nach Treu und Glauben*): ‘Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.’

§ 157 (*Auslegung von Verträgen*): ‘Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.’

Il § 157 ha dunque assunto le funzioni dell’art. 1135 del *Code civil* sull’integrazione del contratto, e non a caso la dottrina gli ha riconosciuto valore a un tempo di interpretazione e di integrazione (*ergänzende Vertragsauslegung*);³² il suo silenzio sulla ‘natura del contratto’ e il riferimento alla buona fede dipendono probabilmente dalla minore dipendenza del diritto tedesco dai modelli medievali e da una maggiore vicinanza alle fonti romane, protrattasi per tutto l’Ottocento. Ben presto però, sul presupposto che comunque il momento finale dell’esecuzione (secondo buona fede) riassume tanto le fasi dell’interpretazione quanto quelle dell’integrazione, il § 157 ha in larga parte lasciato spazio alla crescita del § 242, che è divenuta, dopo la seconda guerra mondiale, enorme.

³⁰ Sulla sostituzione di ‘Herkommen’, ancora presente nei progetti di Baviera e di Dresda (nt. 29), con ‘Verkehrssitte’, cfr. Schmidt (nt. 27) 27 (n. 22).

³¹ Cfr. *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, vol. 1 (J Guttentag 1897) 302 s. e 623 ss., con le diverse proposte e le decisioni finali. Ne deriveranno il § 206 E II e il § 236 E III; su tutto ciò basti il rinvio a Jakobs e Schubert (a cura di), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Recht der Schuldverhältnisse I* (§§ 241 bis 432) (De Gruyter 1978) 48 s.; Schmidt (nt. 27) 28 s. (n. 26 s.). La norma sull’interpretazione è contenuta nei §§ 127 E II e 153 E III; una sintesi anche in S Vogenhauer, ‘Auslegung (§§ 133, 157)’, in Schmoeckel, Rückert e Zimmermann (a cura di), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, vol. 1, *Allgemeiner Teil* (§§ 1–240) (Mohr Siebeck 2003) 575 ss. (n. 24 ss.).

³² Mi limito a rinviare a Vogenhauer (nt. 31) 625 ss. (n. 89 ss.).

VII. La formazione degli articoli sulla buona fede nel Codice civile italiano del 1942

Com'è noto, il Codice civile italiano del 1865 è una rielaborazione del *Code civil*. Tuttavia, rispetto al modello francese, il legislatore italiano compie un ulteriore e più deciso passo verso il formalismo, probabilmente da collegare a quella generale sfiducia verso le clausole generali che ha caratterizzato la cultura giuridica italiana degli ultimi due secoli, dovuta anche alla stretta connessione determinatasi tra l'affermazione dello Stato di diritto e il positivismo legislativo.³³ Le regole del codice francese sull'integrazione del contratto e sulla buona fede vengono unificate all'interno dello stesso articolo,³⁴ che tuttavia presenta – come significativa, ma non rilevata novità – l'eliminazione di ogni riferimento alla 'natura del contratto':

art. 1124: 'I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano.'

Le ragioni di una simile soppressione non risultano chiaramente dalla lettura dei lavori preparatori: essa si verifica nel terzo progetto preliminare (1862) e sembra non aver suscitato discussioni.³⁵ Probabilmente, la causa è l'ossequio verso la volontà delle parti e del legislatore, da cui deriva una certa freddezza rispetto alle fonti 'oggettive' del regolamento contrattuale.

Nei primi decenni del Novecento si inizia a lavorare a una nuova codificazione, e in una prima fase il legislatore italiano continua a essere fortemente influenzato dal modello francese. Nel primo progetto del 1936³⁶ si distingue tra esecuzione ed integrazione in due diversi articoli, reinserendo nel secondo il riferimento alla 'natura dell'obbligazione':

art. 39: 'I contratti devono essere eseguiti di buona fede.'

art. 40: 'I contratti obbligano non solo a ciò che nei medesimi è espresso, ma anche a tutte le conseguenze che l'equità, l'uso o la legge attribuiscono all'obbligazione secondo la sua natura.'

³³ Cfr. Mengoni, 'Spunti per una teoria delle clausole generali', in AA.VV., *Il principio di buona fede* (Atti Pisa 1985) (Giuffrè 1987) 7.

³⁴ L'unificazione costituisce una novità rispetto a tutti i codici preunitari, che riproducono letteralmente il codice francese: cfr. il Codice per Regno delle due Sicilie. I. Leggi civili (1819), artt. 1088–1089; il Codice Parmense (1820), artt. 1107–1108; il Codice per gli Stati sardi (1837), artt. 1225–1226; il Codice della Repubblica e Cantone del Ticino (1837), artt. 545–546. Fa eccezione il Codice Estense (1851), nel quale è menzionata l'integrazione (art. 1185) ma non l'esecuzione secondo buona fede.

³⁵ Cfr. *Progetto di Codice civile del Regno d'Italia* (1862) 222 (art. 1165) del ministro V. Miglietti. Il riferimento era ancora presente nel *Progetto di revisione del Codice civile Albertino. Libro quarto* (1860) 5 (art. 1287) e nel successivo *Progetto di Codice civile del Regno d'Italia* (Stamperia Reale 1861) 246 (art. 1263) del ministro G. B. Cassinis.

³⁶ Cfr. *Codice civile. Quarto libro (Obbligazioni e contratti). Progetto e relazione* (Istituto Poligrafico dello Stato 1936) 10.

Il secondo progetto del 1939–1941 mostra una maggiore dipendenza dal codice tedesco. All'art. 238, che riproduce l'art. 1124 del codice del 1865, viene infatti affiancato l'art. 73 co. 2 sull'esecuzione delle obbligazioni secondo buona fede, che richiama fortemente il § 242 BGB sia nel riferirsi al solo debitore, sia nella volontà di estendere la regola al di là della materia contrattuale:³⁷

art. 238: 'I contratti debbono essere eseguiti di buona fede e obbligano le parti non solo a ciò che nei medesimi è espresso ma anche a tutte le conseguenze che secondo la legge, l'uso o l'equità ne derivano.'

art. 73 co. 2: 'Il debitore, nell'eseguire la prestazione, deve comportarsi secondo le regole della buona fede.'

Nella griglia 'francese' degli articoli sull'interpretazione dei contratti si inserisce poi, all'interno dell'art. 230 (corrispondente all'attuale art. 1362), un riferimento all'interpretazione di buona fede che echeggia il § 157 BGB nel valore 'oggettivo' attribuito alla buona fede – una caratteristica che non si coglie se ci si ferma alla lettera dell'articolo, ma che è espressamente dichiarata nella relazione al progetto – dal quale sarà tratto l'art. 1366:³⁸

art. 230 co. 2: 'Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il complessivo comportamento dei contraenti e dare alle dichiarazioni di ciascuno di essi il significato che l'altro poteva in buona fede attribuirvi.'

Infine viene aggiunto un articolo – senza paralleli nei codici francese e tedesco – che rende esplicita³⁹ la valenza della buona fede nelle trattative, sempre riconosciuta dalla dottrina francese e italiana, ed in precedenza tratta dall'interpretazione dell'art. 1124 del codice del 1865:⁴⁰

art. 189 co. 1: 'Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo le regole della buona fede.'

Nella redazione finale del codice si confermano le novità del secondo progetto rispetto alla buona fede (correttezza) nelle obbligazioni, adesso estesa ad entrambe le parti⁴¹ (art. 1175), nelle trattative (art. 1337) e nell'interpretazione del contratto

³⁷ *Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro*, vol. 1 (Istituto Poligrafico dello Stato 1942) 37.

³⁸ Cfr. la *Relazione* in *Progetti preliminari* (nt. 37) 106: 'la portata di buona fede che il destinatario delle parole o degli atti deve ad essi attribuire' è quella 'fatta palese dal significato che socialmente le parole e gli atti acquistano'. Cfr. anche la *Relazione* al testo definitivo in *Codice civile. Testo e relazione ministeriale* (Istituto Poligrafico dello Stato 1942) 137, che non dedica spazio agli artt. 1374 e 1375 ma tratta ampiamente del dovere di buona fede a commento dell'art. 1366 (*ibid.*, 135).

³⁹ Cfr. la *Relazione* in *Progetti preliminari* (nt. 37) 83.

⁴⁰ Cfr. Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato dal codice Napoleonico al codice civile italiano del 1942* (Giuffrè 1970) 568 ss., spec. 571 ss.

⁴¹ Il riferimento al creditore (assente, come si è detto, nell'art. 73 del secondo progetto) è verisimilmente da attribuire ai rilievi della Commissione delle Assemblee legislative: cfr. *Atti della Commissione delle Assemblee legislative. Libro delle obbligazioni e alcune parti del libro V: 'Della tutela dei diritti'* (Tipografia del Senato 1940) 78 e 487. Cfr. però anche *Progetti preliminari* (nt. 37) 108, dove si afferma che l'art. 238 non è una ripetizione dell'art. 73, ma richiama il principio di buona fede 'per affermare che di buona fede deve anche essere esercitato il diritto'.

(art. 1366); e viene ripristinata la distinzione del primo progetto tra esecuzione e integrazione, invertendo l'ordine delle disposizioni (artt. 1374 e 1375).

VIII. La giustapposizione dei due modelli nel Codice civile italiano. Una proposta di soluzione

Il 'sistema' della buona fede nel Codice civile del 1942 è dunque il risultato della commistione del modello francese e di quello tedesco, ma la *contaminatio* ha avuto come esito una duplicazione di norme.

L'art. 1374 deriva dall'art. 1135 del *Code civil*, ma è assai probabile che dalla stessa norma discenda – attraverso la mediazione del § 157 BGB – anche l'art. 1366. Si noti peraltro che della sostanziale duplicazione era consapevole anche il legislatore, perché nella *Relazione* del Guardasigilli Dino Grandi si afferma che il principio dell'interpretazione dei contratti secondo buona fede 'poteva già desumersi dall'art. 1374, ma la sua precisa enunciazione è sembrata indispensabile' in quanto complemento delle previsioni contenute negli artt. 1337 co. 1 e 1375.⁴² L'art. 1375 deriva invece dall'art. 1134 co. 3 del *Code civil*, ma dallo stesso articolo discende – attraverso la mediazione del § 242 BGB – anche l'art. 1175. Abbiamo dunque due 'serie' di norme che disciplinano entrambe l'integrazione e l'esecuzione del contratto.⁴³

Per quanto riguarda l'integrazione, si confrontano due modelli. L'art. 1366 costituisce l'ultima espressione del principio di integrazione del contratto secondo buona fede, affermato da Ulpiano e fatto proprio dal legislatore tedesco, cui l'italiano si ispira: il suo valore per l'integrazione del contenuto contrattuale – ancora conservato nel § 157 BGB – non è stato riconosciuto dalla dottrina italiana sia a causa della cultura positivista imperante, sia per la presenza dell'art. 1374.⁴⁴ L'art. 1374 è invece l'erede di una tradizione di origine medievale che sostituisce la 'natura del contratto' alla buona fede; tuttavia, a causa di un'incomprensione dell'importanza della nozione – incomprendimento da valutare nuovamente nel contesto positivista in cui operava il legislatore⁴⁵ – anche questo riferimento è

⁴² *Relazione al Codice civile* (nt. 38) 135 (n. 622).

⁴³ Di 'due vie', francese e tedesca, parla anche Cannata, 'Le obbligazioni in generale', in Rescigno (a cura di), *Trattato di diritto privato*, vol. 1 (2 ed. UTET 1999) 49 nt. 36, riferendo però la loro coincidenza sostanziale agli artt. 1175 e 1374, quando invece il primo corrisponde all'art. 1375 e il secondo all'art. 1366.

⁴⁴ Per un'analisi della letteratura cfr. Fiori (nt. 3) 221 ss.

⁴⁵ Per quanto la nozione, pur senza che ne sia approfondito il valore dogmatico, compaia tralattivamente (a volte come 'natura dell'affare' o 'del rapporto') in una serie di disposizioni del Codice civile italiano: cfr. artt. 1326 co. 2; 1327 co. 1; 1329 co. 2; 1330; 1333 co. 2; 1360; 1411 co. 4; 1454 co. 2; 1460 co. 1; 1469; 1712 co. 2; 1746 co. 2; 1753. Cfr. anche la 'natura della prestazione' negli artt. 1182 co. 1; 1183 co. 1; e la 'natura dell'incarico' nell'art. 1717 co. 1.

stato eliminato, essendo completamente sostituito dalla legge, cui si affiancano, in posizione residuale ('in mancanza'), gli usi e l'equità.⁴⁶

A me pare che, data una simile vicenda storica, qui sommariamente ricostruita, non sia possibile fondare il valore integrativo della buona fede sugli artt. 1375 e 1175, e neanche sulla legge e sull'equità cui rinvia l'art. 1374 (cfr. § I). L'interprete si trova di fronte a due strade alternative. La prima passa per l'art. 1374 e per un recupero del modello medievale di integrazione del contratto: se non si è eccessivamente condizionati dalla lettera dell'articolo e se ne valorizza la *ratio*, chiarita dalla formazione storica, potrebbe riconoscersi che l'integrazione si fonda sulla logica strutturale ('natura') del contratto, e in tal modo dovrebbero ammettersi tutti i doveri che implicitamente ne derivano, siano essi riconducibili o meno alle tre fonti di legge, usi ed equità. La seconda strada – che consente un maggior rispetto della lettera del codice – passa invece per l'art. 1366 e per un recupero del modello romano di integrazione: riconoscendo il rapporto di complementarietà (se non di sostanziale tautologia) tra l'art. 1374 e l'art. 1366, potrebbe rilevarsi che l'interpretazione del contratto implica non solo la comprensione di ciò che le parti hanno detto, ma anche la ricostruzione di ciò che esse non hanno detto e che è implicito nella logica strutturale del contratto, ricostruibile attraverso il principio di buona fede: che l'interpretazione può, cioè, essere 'integrativa'.

⁴⁶ Come abbiamo visto, si parlava ancora di 'Natur des Vertrages' nel primo progetto del BGB (§ 359) e di 'natura dell'obbligazione' nel primo progetto italiano del 1936 (art. 40). Nel Codice svizzero delle obbligazioni (1912), la 'natura del negozio' è unico parametro dell'integrazione del contratto: art. 2: '1. Se i contraenti si accordarono su tutti i punti essenziali, il contratto si presume obbligatorio nonostante le riserve circa alcuni punti secondari. 2. Non intervenendo alcun accordo sui punti secondari riservati, il giudice decide sui medesimi secondo la natura del negozio'. La buona fede è stata invece proiettata dal legislatore elvetico nell'intera sfera dei rapporti giuridici: cfr. art. 2 cod. civ. (1907): 'Ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi. Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge'.

Die „Prinzipien des römischen Rechts“ im Spiegel ihrer Rezensionen

Andreas Martin Fleckner

I. Einführung

Fritz Schulz (1879–1957) bedarf in der Festschrift zu Ehren eines großen Romanisten keiner Vorstellung. Erst recht nicht in der Festschrift für denjenigen Gelehrten, dem wir die ausführlichste Schulz-Biographie verdanken.¹

Ebenso wenig bedürfen die „Prinzipien des römischen Rechts“ (1934)² einer Vorstellung. Es handelt sich um eines der drei Hauptwerke von Fritz Schulz – neben „History of Roman Legal Science“ (1946/1953; deutsch 1961)³ und „Classical Roman Law“ (1951)⁴.

Ohne weitere Hinführung sollen vielmehr die zahlreichen Anzeigen und Besprechungen der „Prinzipien“ in den Blick genommen werden. Diese „Rezensionen“, wie die Anzeigen und Besprechungen zusammenfassend bezeichnet seien, haben bislang wenig Aufmerksamkeit erfahren, obwohl sie viele interessante Fragen zur Wirkung der „Prinzipien“ aufwerfen: Welche Ausgaben wurden rezensiert? Von wem, wann und wo? Was wird in den Rezensionen thematisiert? Was wird gelobt, was kritisiert? Was „fehlt“? Dies sind die Fragen der nächsten fünf Abschnitte. Ihnen folgt ein Fazit, das die Rezensionen abschließend hinterfragt und kontextualisiert. Insgesamt entsteht so in gewisser Weise eine Rezension der Rezensionen – oder eine Kritik der Kritik.⁵

¹ Ernst, in: Beatson/Zimmermann (Hrsg.), *Jurists Uprooted*, 2004, 105–203 (darin 123–126 und 130–132 zu den „Prinzipien“).

² Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, München/Leipzig: Duncker & Humblot, 1934; zu den weiteren Ausgaben sogleich unter II. (dort ebenfalls jeweils mit Erscheinungsort und Verlag).

³ Schulz, *History of Roman Legal Science*, 1946 und – mit kleineren Korrekturen und Ergänzungen – 1953 sowie posthum Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, 1961.

⁴ Schulz, *Classical Roman Law*, 1951.

⁵ Vorab ein Wort des Dankes: In den Sommersemestern 2020, 2021 und 2022 sowie in den Wintersemestern 2023/2024, 2024/2025 und 2025/2026 hat der Verfasser an der Humboldt-Universität zu Berlin unter dem allgemeinen Titel „Römisches Recht“ eine Vorlesung angeboten, in deren Zentrum die „Prinzipien“ stehen. Einige der Quellen, die in diesem Beitrag behandelt werden, gehen auf Hinweise von Teilnehmern der Vorlesung oder von Kollegen an der Professur zurück. Ihnen allen, insbesondere Antonius Albert Achtnr, sei daher auch an dieser Stelle herzlich gedankt.

II. Welche Ausgaben wurden rezensiert?

Von den „Prinzipien“ hat es bislang mindestens 14 verschiedene Ausgaben gegeben.⁶ Ordnet man die 14 Ausgaben anhand ihrer Sprache, lassen sich sechs Gruppen bilden:

Ausgangspunkt und Grundlage des Welterfolges der „Prinzipien“ ist die deutschsprachige Originalausgabe von 1934.⁷ Von dieser Ausgabe erschienen 1954 und 2003 zwei unveränderte Nachdrucke – beide wie die Originalausgabe bei Duncker & Humblot.⁸

Die zweite und letzte Ausgabe, an der Fritz Schulz selbst mitgewirkt hat, sind die „Principles of Roman Law“ von 1936.⁹ Wie genau diese Ausgabe entstanden ist und wie groß die Abweichungen gegenüber der deutschen Fassung sind, steht zu erforschen noch immer aus.¹⁰ Sicher ist, dass Fritz Schulz den Ausgangstext überarbeitet, aber nicht selbst vom Deutschen ins Englische übersetzt hat. Die Übersetzung lag vielmehr in den Händen von Marguerite Wolff,¹¹ der – dazu später mehr – Schwester von Herbert Felix Jolowicz.¹² Ihr Nachname resultiert aus der Ehe mit Martin Wolff, weiland Fakultätskollege von Fritz Schulz in Berlin.¹³ Von der englischen Erstausgabe hat es 1956 und 1967 zwei unveränderte Nachdrucke gegeben.¹⁴ Alle drei Ausgaben wurden in Oxford bei der Clarendon Press verlegt.

Die italienische Übersetzung, „I principii del diritto romano“, stammt von niemand Geringerem als Vincenzo Arangio-Ruiz.¹⁵ Nach der Erstausgabe 1946¹⁶ bei Sansoni erschien bereits 1949¹⁷ in demselben Verlag ein unveränderter Nach-

⁶ Davon sind zwölf fast durchgehend korrekt verzeichnet in der vorzüglichen Dissertation von Rohdenburg, Die Entwicklung der romanistischen Methode bei Fritz Schulz, 2023, 217 (mit Fn. 4); Rezension vom Jubilar: Ernst, ZRG RA 141 (2024), 613–617 (darin 615 zu den „Prinzipien“). Da sich die Frage einer systematischen Suche entzieht, ist nicht auszuschließen, dass es weitere Ausgaben der „Prinzipien“ gibt, die dem Verfasser bislang entgangen sind. Entsprechende Hinweise wären sehr willkommen (allgemein: Fn. 5).

⁷ Schulz, Prinzipien (Fn. 2).

⁸ Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, Berlin: Duncker & Humblot, 1954/2003.

⁹ Schulz, Principles of Roman Law, Oxford: Clarendon Press, 1936.

¹⁰ Als Ausgabe „letzter Hand“ sollte die englische Fassung immer neben der deutschen Ausgabe konsultiert werden. Dass dies im deutschsprachigen Schrifttum bislang zu wenig beachtet wurde, muss sich auch der Verfasser als Kritik gefallen lassen.

¹¹ Zu Marg. Wolff (1883–1964) z.B. Dannemann, Marguerite Wolff at the Kaiser Wilhelm Institute for Comparative Public Law and International Law (Stand: 15.12.2023; dauerhaft abrufbar unter DOI: 10.17176/20240403-102936-0; darin 7 zu den „Prinzipien“).

¹² Zu Jolowicz (1890–1954) z.B. Lawson/Nicholas, in: ODNB = Oxford Dictionary of National Biography, Band XXX, 2004, 426–427.

¹³ Zu Mart. Wolff (1872–1953) z.B. Dannemann, ZEuP 30 (2022), 635–647.

¹⁴ Schulz, Principles of Roman Law, Oxford: Clarendon Press, 1956/1967.

¹⁵ Zu Arangio-Ruiz (1884–1964) z.B. Broggin, ZRG RA 81 (1964), 503–508 (darin 506 zu den „Prinzipien“).

¹⁶ Schulz, I principii del diritto romano, Firenze: Sansoni, 1946; zuvor bereits als kleiner Ausschnitt, aber übersetzt von Gaetano Sciascia, der Artikel „Libertas“ in: Nuovo Digesto Italiano, Band VII, 1938, 885, 886–892.

¹⁷ Schulz, I principii del diritto romano, Firenze: Sansoni, 1949.

druck. Le Lettere brachte 1995 und 2005 zwei weitere unveränderte Nachdrucke auf den Markt.¹⁸

Für lange Zeit blieb es bei drei Sprachfassungen. Erst 44 Jahre später folgte 1990 in erster Auflage und 2000 in zweiter, überarbeiteter Auflage bei Civitas die nächste Übersetzung, jetzt ins Spanische: „Principios del Derecho Romano“. ¹⁹ Übersetzer ist Manuel Abellán Velasco, Professor für Römisches Recht an der Universidad Carlos III de Madrid.

Von Yoshiaki Sanada und Hikaru Mori, beide Chūō-Universität, Tokyo, stammt die 2003 unter dem Titel „ローマ法の原理“ (Rōma-hō no genri) im Verlag der Chūō-Universität veröffentlichte japanische Übersetzung.²⁰

Den vorläufigen Abschluss bildet die von Josué Modesto Passos, Richter in São Paulo, besorgte Übersetzung ins Portugiesische. Sie ist 2020 unter dem Titel „Princípios do Direito Romano“ bei Editora Filomática Sorocabana erschienen.²¹

Von den 14 Ausgaben sind sieben, also genau die Hälfte, mindestens einmal rezensiert worden (Nachweise im nächsten Abschnitt). Nicht rezensiert wurden – soweit ersichtlich – die japanische und die portugiesische Ausgabe, außerdem die zweite Auflage der spanischen Ausgabe sowie die jeweils unveränderten Nachdrucke von 1949, 1956, 1967 und 2005.

III. Wer hat wann und wo rezensiert?

Die „Prinzipien“ sind bislang Gegenstand von mindestens 35 Rezensionen gewesen.²² Anknüpfend an die Ausgabe, die rezensiert wurde, lassen sich sieben Gruppen bilden:

Am häufigsten, nämlich 16-mal, ist die deutschsprachige Originalausgabe (1934) rezensiert worden.²³ Neun der 16 Rezensionen sind auf Deutsch erschienen: von drei noch nicht identifizierten Autoren in den Basler Nachrichten

¹⁸ Schulz, I principii del diritto romano, Firenze: Le Lettere, 1995/2005.

¹⁹ Schulz, Principios del Derecho Romano, Madrid: Civitas, 1990; 2. Aufl., Madrid: Civitas, 2000.

²⁰ フリッツ・シュルツ著 (Furitsu Shurutsu), ローマ法の原理 (Rōma-hō no genri), 八王子 (Hachioji/Tokyo): 中央大学出版部 (Chūō Daigaku Shuppanbu), 2003; Übersetzungen der ersten vier Kapitel der „Prinzipien“ hat Yoshiaki Sanada bereits mehr als zwei Jahrzehnte zuvor in der Zeitschrift seiner Fakultät (法学新報/Hōgaku-Shimpō/The Chuo Law Review) veröffentlicht: 85/4–6 (1978), 109–130 (Übersetzungen von „Aufgabe“ sowie „Gesetz und Recht“) und 85/10–12 (1979), 265–317 (Übersetzungen von „Isolierung“ sowie „Abstraktion“).

²¹ Schulz, Princípios do Direito Romano, São João da Boa Vista: Editora Filomática Sorocabana, 2020.

²² Bei Rohdenburg (Fn. 6), 121–140 (mit Fn. 644–753) sind beachtliche 23 Rezensionen zitiert. Wie viele es bislang wirklich waren, ist noch unsicherer als für die verschiedenen Ausgaben der „Prinzipien“ (allgemein: Fn. 5/6).

²³ Nicht als Rezension verstanden wird hier Kunkel, Neue Jahrbücher für Wissenschaft und Jugendbildung 12 (1936), 193–205 (ebenso die Selbsteinschätzung 194).

(1934),²⁴ in der Deutschen Allgemeinen Zeitung (1934)²⁵ und in der Frankfurter Zeitung (1934);²⁶ von Matthias Gelzer im *Gnomon* (1935);²⁷ von Heinrich Lange in der Deutschen Juristen-Zeitung (1934);²⁸ von Julius Georg Lautner in der Neuen Zürcher Zeitung (1934);²⁹ nochmals von Lautner in der *Revue Internationale de la Théorie du Droit* (1935);³⁰ von Julius Christiaan van Oven in der *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (1934);³¹ und von Artur Steinwenter in der *Historischen Zeitschrift* (1935).³² Auf Englisch verfasst sind die Rezensionen von William Warwick Buckland in der *English Historical Review* (1935)³³ und von Herbert Felix Jolowicz im *Journal of Roman Studies* (1936)³⁴, auf Italienisch die Rezensionen von Mario Lauria in den *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (1935)³⁵ und von Arnaldo Momigliano in *Leonardo* (1935)³⁶. Hinzu kommen die Rezensionen von Lambertus Johannes van Apeldoorn auf Niederländisch in der *Tijdschrift voor Geschiedenis* (1935);³⁷ von Raymond Monier auf Französisch in der *Revue historique de droit français et étranger* (1935)³⁸ und von Georgios A. Petropoulos auf Griechisch im *Archeion Idiotiku Dikaiu* (1935)³⁹.

Die englische Erstausgabe der „*Principles*“ (1936) ist zehnmal und damit am zweithäufigsten rezensiert worden. Eine Rezension ist auf Deutsch erschienen,

²⁴ *I. H.* [?], BN v. 11.11.1934, Literaturblatt (ohne Paginierung).

²⁵ [?], DAZ v. 17.07.1934, Wirtschaft/Steuer/Recht (ohne Paginierung).

²⁶ *s. f.* [?], FZ v. 30.09.1934, 19.

²⁷ Gelzer, *Gnomon* 11 (1935), 1–6; zu Gelzer (1886–1974) z.B. Kunkel, in: Bayerische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), *Jahrbuch* 1975, 1975, 212–216.

²⁸ Lange, DJZ 39 (1934), Sp. 1493–1500; zu Lange sogleich im Haupttext (bei Fn. 60–67).

²⁹ Lautner, NZZ v. 22.08.1934, 1, 2 (Teil I) und v. 23.08.1934, 1–2 (Teil II); zu Lautner (1896–1972) z.B. Kaser, ZRG RA 89 (1972), 518–520.

³⁰ Lautner, *Rev. Int.* 9 (1935), 164–165; zu Lautner soeben in Fn. 29.

³¹ van Oven, TR 13 (1934), 461–462; zu van Oven (1881–1963) z.B. Wubbe, ZRG RA 80 (1963), 524–529.

³² Steinwenter, HZ 152 (1935), 115–116; zu Steinwenter (1888–1959) z.B. Kaser, ZRG RA 76 (1959), 670–677.

³³ Buckland, EHR 50 (1935), 502–503; zu Buckland (1859–1946) z.B. Duff/Rumble, in: ODNB, Band VIII, 2004, 522–523.

³⁴ Jolowicz, JRS 26 (1936), 280–282; im Kopf der Rezension sind die deutsche Ausgabe von 1934 und die englische Ausgabe von 1936 gleichberechtigt nacheinander aufgeführt, aber vor allem der letzte Absatz der Rezension suggeriert, dass primär die deutsche Ausgabe rezensiert wurde; zu Jolowicz bereits in Fn. 12.

³⁵ Lauria, SDHI 1 (1935), 219–226; zu Lauria (1903–1991) z.B. Wolf, ZRG RA 110 (1993), 845–849.

³⁶ Momigliano, *Leonardo* 6 (1935), 362–363; zu Momigliano (1908–1987) z.B. Christ, *Gnomon* 60 (1988), 571–575.

³⁷ van Apeldoorn, TvG 50 (1935), 71–75; zu van Apeldoorn (1886–1979) z.B. Knechtmans, in: *Biografisch Woordenboek van Nederland*, Band VI, 2008, 3–6. Wie zu Lange (im Haupttext bei Fn. 60–67), so gäbe es auch zu van Apeldoorn einiges zu sagen; Apeldoorns Rezension ist aber durchweg sachlich und überaus wohlwollend.

³⁸ Monier, RHDfE IV/14 (1935), 748–750; zu Monier (1900–1956) z.B. Lepointe, RHDfE IV/34 (1957), 160–166.

³⁹ Πετρόπουλος (*Petropoulos*), *Αρχ.* = *Αρχαίον Ιδιωτικού Δικαίου* (*Archeion Idiotiku Dikaiu*) 2 (1935), 147–151; zu Πετρόπουλος (*Petropoulos*) (1897–1964) z.B. Rammos, ZRG RA 85 (1968), 612–615; für die Lebensdaten und weitere Informationen: Μνήμη Γεωργίου Α. Πετροπούλου, zwei Bände, 1984.

von Bernhard Kübler in der Deutschen Literaturzeitung (1937),⁴⁰ die übrigen neun Rezensionen auf Englisch: von einem noch nicht identifizierten Autor in der Times (1937);⁴¹ nochmals von Buckland, und das sogar zweimal, zunächst im Journal of Comparative Legislation and International Law (1937),⁴² dann im University of Toronto Law Journal (1938);⁴³ von Patrick William Duff in der Classical Review (1937);⁴⁴ von Douglas William Logan in der Modern Law Review (1937);⁴⁵ von Walter L. Moll in der Virginia Law Review (1937);⁴⁶ von A. Arthur Schiller im American Bar Association Journal (1938);⁴⁷ von Rudolf B. Sobernheim in der Columbia Law Review (1937);⁴⁸ und von Francis de Zulueta im Journal of the Society of Public Teachers of Law (1937).⁴⁹

Die italienische Erstausgabe der „Principii“ (1946) wurde zweimal auf Italienisch rezensiert: von Plinio Fraccaro im Athenaeum (1947)⁵⁰ und von Giuseppe Grosso in der Rivista del Diritto Commerciale (1947).⁵¹

Für den ersten deutschen Wiederabdruck der „Prinzipien“ (1954) gab es offenbar nur eine einzige Rezension: eine sehr knappe Anzeige auf Deutsch von Joseph Wenner in Theologie und Glaube (1955).⁵²

⁴⁰ Kübler, DLZ 58 (1937), Sp. 1627–1629; die Rezension bezieht sich primär auf die englische Ausgabe von 1936 (so im Kopf der Rezension und explizit in Sp. 1629), verweist aber durchgehend auch auf die deutsche Ausgabe von 1934; zu Kübler (1859–1940) z.B. Wenger, ZRG RA 61 (1941), IX–XLIV.

⁴¹ [?], TLS = The Times Literary Supplement v. 06.02.1937, 81, 93.

⁴² Buckland, J.Comp.Leg. 19 (1937), 157; zu Buckland bereits in Fn. 33.

⁴³ Buckland, U. Toronto L.J. 2 (1938), 392–393; im Kopf der Rezension sind die deutsche Ausgabe von 1934 und die englische Ausgabe von 1936 gleichberechtigt nacheinander aufgeführt, aber alle Verweise beziehen sich ersichtlich auf die englische Ausgabe; zu Buckland bereits in Fn. 33.

⁴⁴ Duff, CR 51 (1937), 238–239; zu Duff (1901–1991) z.B. Who Was Who, Band IX, 1996, 154.

⁴⁵ Logan, Mod. L.R. 1 (1937), 84 (hier sind die Vornamen des Rezensenten mit „I. W.“ abgekürzt, dagegen korrekt im Inhaltsverzeichnis); zu Logan (1910–1987) z.B. Oxbury, in: ODNB, Band XXXIV, 2004, 311–312.

⁴⁶ Moll, Va. L.R. 23 (1937), 858–860; zu Moll konnten bislang keine biographischen Informationen in Erfahrung gebracht werden.

⁴⁷ Schiller, ABA J. 24 (1938), 1015, 1016; zu Schiller (1902–1977) z.B. Seidl, ZRG RA 95 (1978), 565–568.

⁴⁸ Sobernheim, Colum. L.R. 37 (1937), 1446–1447; zum Ausbildungsweg von Sobernheim die Angaben in Sobernheim/Rothschild, Mich. L.R. 37 (1939), 1025, 1025 Fn. †; es handelt sich vermutlich um dieselbe Person, die am Rande erwähnt ist bei Stange, Familie Sobernheim, 2015, 64.

⁴⁹ de Zulueta, JSPTL 1937, 68–70; zu de Zulueta (1878–1958) z.B. Lawson, in: ODNB, Band LX, 2004, 1021–1022.

⁵⁰ Fraccaro, Athenaeum 25 (1947), 115–116; zu Fraccaro (1883–1959) z.B. Gabba, in: DBI = Dizionario Biografico degli Italiani, Band XLIX, 1997, 552–556.

⁵¹ Grosso, Riv. Dir. Com. 45 (1947), 272–273; zu Grosso (1906–1973) z.B. Gorla, in: DBI, Band LX, 2003, 3–6.

⁵² Wenner, ThGl 45 (1955), 70; zu Wenner (1890–1966) z.B. Wacker, ThGl 57 (1967), 151–153.

Dasselbe gilt für die spanische Erstausgabe, die „Principios“ (1990), die in der *Revista Chilena de Historia del Derecho* von Ximena Pulgar Núñez auf Spanisch angezeigt wurden (1994).⁵³

Etwas mehr Aufmerksamkeit hat der zweite Wiederabdruck der italienischen Fassung (1995) erfahren, nämlich drei Rezensionen: auf Italienisch von Lucia Fanizza in den *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (1996)⁵⁴ und von Antonio Guarino in *Labeo* (1996)⁵⁵ sowie auf Deutsch von Rolf Knütel in der *Savigny-Zeitschrift* (1997).⁵⁶

Der zweite Wiederabdruck der deutschen Fassung (2003) wurde zweimal auf Deutsch rezensiert – und in beiden Fällen vom Jubilar: als kurze Anzeige in der *Savigny-Zeitschrift* (2004),⁵⁷ mit vielen weiteren Informationen im *Forum Historiae Iuris* (2004).⁵⁸

Es wäre sehr verlockend, zu den einzelnen Rezensenten und dem Kontext ihrer Rezensionen mehr zu sagen.⁵⁹ Dann verbliebe allerdings nicht genug Raum für den Inhalt der Rezensionen, um den es in den nächsten Abschnitten gehen soll. Auf einen Rezensenten muss aber doch kurz eingegangen werden: Heinrich Lange.⁶⁰ Langes Rezension der „Prinzipien“ ist von allen Rezensionen die kritischste (1934)⁶¹ – und ihre Umstände legen nahe, dass es hierfür nicht nur sachliche Gründe gibt: zunächst eine „Vorgeschichte“,⁶² nämlich dass Fritz Schulz die Habilitationsschrift von Lange (1930)⁶³ recht kritisch, aber keineswegs polemisch, rezensiert hatte (1932);⁶⁴ und dann Langes nationalsozialistische Agenda, die aus

⁵³ *Pulgar Núñez*, *Rev. Chil.* 16 (1990/1991, tatsächlich 1994), 619; die Autorin ist Rechtsanwältin und Dozentin für Römisches Recht in Chile.

⁵⁴ *Fanizza*, *SDHI* 62 (1996), 543–549; die Autorin lehrte Römisches Recht an der Università di Bari.

⁵⁵ *Guarino*, *Labeo* 42 (1996), 302; zu Guarino (1914–2014) z.B. *Masi Doria*, *ZRG RA* 132 (2015), 760–765.

⁵⁶ *Knütel*, *ZRG RA* 114 (1997), 627–628; zu Knütel (1939–2019) z.B. *Altmeppen/Lohsse/Reichard*, *ZRG RA* 138 (2021), 893–912.

⁵⁷ *Ernst*, *ZRG RA* 121 (2004), 714.

⁵⁸ *Ernst*, *forum historiae iuris* v. 19.05.2004 (derzeit abrufbar unter <https://forhistiur.net/legacy/rezensionen/0405ernst.htm> [24.11.2025]).

⁵⁹ Auch einige „Lücken“ wären zu diskutieren, insbesondere in der *Savigny-Zeitschrift*, wo die deutsche (1934) und die englische Erstausgabe (1936) jeweils nur in der Rubrik „Weitere Büchereingänge“ verzeichnet wurden, ohne dass später eine Anzeige oder Besprechung erfolgte: *ZRG RA* 55 (1935), 479, 483 bzw. *ZRG RA* 57 (1937), 530, 533. Sehr pietätvoll dann aber die Anzeigen zweier Wiederabdrucke bei *Knütel*, *ZRG RA* 114 (1997), 627–628 und *Ernst*, *ZRG RA* 121 (2004), 714. Allgemein zur Rolle der Romanistischen Abteilung der *Savigny-Zeitschrift* im Nationalsozialismus *Finkenauer/Herrmann*, *ZRG RA* 134 (2017), 1–48; speziell zum Umgang mit Fritz Schulz ebda., 22 f. sowie zuvor bereits *Ernst*, in: *Jurists Uprooted* (Fn. 1), 133.

⁶⁰ Zu Lange (1900–1977) monographisch *Wolf*, *Vom alten zum neuen Privatrecht*, 1998 (darin 59 zu den „Prinzipien“).

⁶¹ *Lange*, *DJZ* 39 (1934), Sp. 1493–1500 (Kontext: Haupttext zu Fn. 28).

⁶² Hierzu nunmehr auch *Rohdenburg* (Fn. 6), 122 Fn. 646.

⁶³ *Lange*, *Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition*, 1930.

⁶⁴ *Schulz*, *ZRG RA* 52 (1932), 535, 536–539.

der Rezension der „Prinzipien“ immer wieder hervortritt.⁶⁵ Ebenso verstörend wie Langes Rolle im Nationalsozialismus ist, dass Lange nach dem Krieg in der Bundesrepublik eine zweite Karriere ermöglicht wurde, während Millionen seiner Mitmenschen ermordet oder wie Fritz Schulz dauerhaft vertrieben waren. Als beschämende Beispiele dieser Perpetuierung des Unrechts über das Ende des Unrechtsstaates hinaus mögen die Festschrift für Lange (1970)⁶⁶ und der Nachruf auf Lange in der Neuen Juristischen Wochenschrift (1978)⁶⁷ dienen.

IV. Was wird in den Rezensionen thematisiert?

Die „Prinzipien“ sind in 13 Kapitel untergliedert. Den äußeren Rahmen bilden eine Einleitung, die in der deutschen Fassung sehr treffend mit „Aufgabe“ überschrieben ist, und ein „Schlußwort“. Dazwischen präsentiert Fritz Schulz in elf Kapiteln elf Prinzipien.⁶⁸

Was Fritz Schulz unter „Aufgabe“ anspricht, findet sich ausschnittsweise und stark verkürzt in fast allen Rezensionen. Dagegen beschäftigen sich nur sehr wenige Rezensenten ausführlicher mit der Idee oder dem Konzept der „Prinzipien“. Hierauf ist in den nächsten Abschnitten zurückzukommen.

Sechs Rezensenten stellen alle elf von Fritz Schulz präsentierten Prinzipien vor.⁶⁹ Acht weitere Rezensenten nennen immerhin alle elf Prinzipien.⁷⁰ Sehr typisch und für eine Rezension naheliegend ist, dass Rezensenten einzelne Prinzi-

⁶⁵ Zwei „Kostproben“: *Lange*, DJZ 39 (1934), Sp. 1493, 1494 („Die Schrift von *Schulz* ist Ausfluß jener internationalen Romanistik; sie könnte in jedem Lande erscheinen, bringt diese Internationale bis in den reichen Schmuck der Zitate hinein zum Ausdruck und erscheint uns damit fremd und kalt, spiegelt die Unverbundenheit des Verf. mit dem neuen Staate wider und läßt von der Widmung bis zum Schlußwort unter dem Samte neutraler wissenschaftl. Objektivität die Krallen der Gegnerschaft leise fühlen.“) und 1500 („Das Buch von *Schulz* liefert uns vielen Stoff, verarbeitet ihn in seinem Sinne, der nicht der unsere ist, weist der deutschen Romanistik aber nicht den Weg zu ihren großen Aufgaben im neuen Staate. Es zeigt uns mit voller Klarheit die unüberbrückbare[] Kluft zwischen Vergangenheit und Zukunft.“).

⁶⁶ FS für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag, 1970; dass Langes Rezension der „Prinzipien“ im Schriftenverzeichnis (449–457) weder unter den Buchbesprechungen noch irgendwo sonst aufgeführt ist, steht *pars pro toto* für den manipulativen Charakter der Festschrift; ungeschöntes Schriftenverzeichnis bei *Wolf* (Fn. 60), 371–379.

⁶⁷ *Kuchinke*, NJW 1978, 309 (ein „Musterbeispiel“ für τὸν τεθνηκότα ...); zu *Kuchinke* (1926–2016), der auch als alleiniger Herausgeber der Festschrift (Fn. 66) fungierte, z.B. *Müller-Lauke*, JZ 2007, 36–37 (darin kein Wort der Kritik an *Kuchinke* oder *Lange*).

⁶⁸ All dies gilt entsprechend für die „Principles“ (Fn. 9), die aus den genannten Gründen (Fn. 10) immer mit zu konsultieren sind; anders als in den „Prinzipien“ gibt es in den „Principles“ außerdem ein mit „Preface“ überschriebenes Vorwort.

⁶⁹ *Lautner*, NZZ v. 23.08.1934, 1, 1 f.; *van Apeldoorn*, TvG 50 (1935), 71, 72–75; *Gelzer*, Gnomon 11 (1935), 1, 1–6; *Monier*, RHDfE IV/14 (1935), 748, 749 f.; Πετρόπουλος (*Petro-pulos*), Αρχ. (Archeion Idiotiku Dikaiu) 2 (1935), 147, 148–151; *Moll*, Va. L.R. 23 (1937), 858, 858–860.

⁷⁰ BN v. 11.11.1934, Literaturblatt (ohne Paginierung); *Buckland*, EHR 50 (1935), 502, 502; *Lauria*, SDHI 1 (1935), 219, 220; *de Zulueta*, JSPTL 1937, 68, 69; *Buckland*, U. Toronto L.J. 2 (1938), 392, 392; *Grosso*, Riv. Dir. Com. 45 (1947), 272, 272; *Wenner*, ThGl 45 (1955), 70; *Pulgar Núñez*, Rev. Chil. 16 (1990/1991 [1994]), 619.

prien herausgreifen und *pars pro toto* diskutieren oder zumindest kurz erklären. In der Gesamtschau der Rezensionen werden so alle elf Prinzipien etwas ausführlicher behandelt:⁷¹ „Gesetz und Recht“,⁷² „Isolierung“,⁷³ „Abstraktion“,⁷⁴ „Einfachheit“,⁷⁵ „Tradition“,⁷⁶ „Nation“,⁷⁷ „Freiheit“,⁷⁸ „Autorität“,⁷⁹ „Humanität“,⁸⁰ „Treue“,⁸¹ „Sicherheit“.⁸²

Fritz Schulz beendet sein „Schlußwort“ und damit die „Prinzipien“ insgesamt mit einem Goethe-Zitat: „Das Beste was wir von der Geschichte haben ist der Enthusiasmus den sie erregt.“⁸³ Hierauf weisen drei Rezensenten hin.⁸⁴ Ansonsten geht fast keine der Rezensionen auf das knappe, dafür aber anspielungsreiche und feierlich-bedeutungsschwere „Schlußwort“ ein.⁸⁵

Viele Rezensenten, vor allem der späteren Ausgaben, sprechen auch Themen an, die über den Inhalt des rezensierten Werkes hinausgehen. Diese Passagen lassen sich als Hintergrundinformationen zu den „Prinzipien“ verstehen oder als Versuche, das Werk von verschiedenen Blickwinkeln aus zu kontextualisieren. Häufiger thematisiert werden: die Person des Autors und sein Schicksal nach

⁷¹ In den nachstehenden Fußnoten nicht verzeichnet, aber in die Gesamtschau mit einzubeziehen sind für alle elf Prinzipien die Überblicke von *Lautner*, *van Apeldoorn*, *Gelzer*, *Monier*, *Πετρόπουλος* (*Petropoulos*) und *Moll* (konkrete Fundstellen in Fn. 69).

⁷² *Buckland*, EHR 50 (1935), 502, 502; *Duff*, CR 51 (1937), 238, 238; *Sobernheim*, Colum. L.R. 37 (1937), 1446, 1446; *de Zulueta*, JSPTL 1937, 68, 69; *Schiller*, ABA J. 24 (1938), 1015, 1016.

⁷³ *Buckland*, EHR 50 (1935), 502, 502; *Steinwenter*, HZ 152 (1935), 115, 116; *Jolowicz*, JRS 26 (1936), 280, 280 f.; *Duff*, CR 51 (1937), 238, 238; *Sobernheim*, Colum. L.R. 37 (1937), 1446, 1446; *de Zulueta*, JSPTL 1937, 68, 69; *Schiller*, ABA J. 24 (1938), 1015, 1016.

⁷⁴ *Buckland*, EHR 50 (1935), 502, 502; *Jolowicz*, JRS 26 (1936), 280, 280; *Duff*, CR 51 (1937), 238, 238; *Sobernheim*, Colum. L.R. 37 (1937), 1446, 1446; *de Zulueta*, JSPTL 1937, 68, 69; *Schiller*, ABA J. 24 (1938), 1015, 1016; *Grosso*, Riv. Dir. Com. 45 (1947), 272, 273.

⁷⁵ *Sobernheim*, Colum. L.R. 37 (1937), 1446, 1446; *Grosso*, Riv. Dir. Com. 45 (1947), 272, 273; *Pulgar Núñez*, Rev. Chil. 16 (1990/1991 [1994]), 619.

⁷⁶ *Momigliano*, Leonardo 6 (1935), 362, 362; *Sobernheim*, Colum. L.R. 37 (1937), 1446, 1446; *Grosso*, Riv. Dir. Com. 45 (1947), 272, 272 f.

⁷⁷ *Momigliano*, Leonardo 6 (1935), 362, 362; *Sobernheim*, Colum. L.R. 37 (1937), 1446, 1446; *de Zulueta*, JSPTL 1937, 68, 69; *Fanizza*, SDHI 62 (1996), 543, 547.

⁷⁸ *Sobernheim*, Colum. L.R. 37 (1937), 1446, 1446.

⁷⁹ *Jolowicz*, JRS 26 (1936), 280, 280, 281; *Logan*, Mod. L.R. 1 (1937), 84; *Sobernheim*, Colum. L.R. 37 (1937), 1446, 1446; *de Zulueta*, JSPTL 1937, 68, 69.

⁸⁰ *Momigliano*, Leonardo 6 (1935), 362, 362; *Steinwenter*, HZ 152 (1935), 115, 116; *Fanizza*, SDHI 62 (1996), 543, 546.

⁸¹ *Lauria*, SDHI 1 (1935), 219, 222; *Momigliano*, Leonardo 6 (1935), 362, 362; *Steinwenter*, HZ 152 (1935), 115, 116; TLS v. 06.02.1937, 81, 93; *de Zulueta*, JSPTL 1937, 68, 69; *Schiller*, ABA J. 24 (1938), 1015, 1016.

⁸² *de Zulueta*, JSPTL 1937, 68, 69.

⁸³ *Goethe*, Einzelheiten, Maximen und Reflexionen, in: *Goethe's Werke – Vollständige Ausgabe letzter Hand*, Band XLIX: *Goethe's nachgelassene Werke*, Band IX, 1833, 31; bei *Schulz*, *Prinzipien* (Fn. 2), 172 mit abweichender Interpunktion; ebda. und bei *Schulz*, *Principles* (Fn. 9), 253 ohne konkrete Fundstelle.

⁸⁴ *Grosso*, Riv. Dir. Com. 45 (1947), 272, 272; *Fanizza*, SDHI 62 (1996), 543, 545 f. mit Fn. 24; *Knütel*, ZRG RA 114 (1997), 627, 627.

⁸⁵ Punktuell immerhin *Gelzer*, *Gnomon* 11 (1935), 1, 1.

der „Machtergreifung“;⁸⁶ die Stellung der „Prinzipien“ im Gefüge der seinerzeitigen Romanistik;⁸⁷ und die Frage, ob die „Prinzipien“ eine zeitgeschichtlich-politische Motivation oder gar Stoßrichtung haben.⁸⁸

V. Was wird gelobt, was kritisiert?

In fast allen Rezensionen findet sich pauschales, nicht selten überschwängliches Lob für die „Prinzipien“ und ihren Autor. Als pauschales Lob lassen sich auch die zahlreichen Leseempfehlungen an ebenso breite wie heterogene Adressatenkreise verstehen.

Viele Rezensenten bemühen sich darum, ihr pauschales Lob ein wenig zu konkretisieren. Häufiger explizit gelobt wird vor allem der Stil des Werkes, also dass die „Prinzipien“ gut lesbar, spannend geschrieben etc. seien.⁸⁹ Ebenfalls häufiger hervorgehoben wird, wie fundiert und kundig die Nachweise seien.⁹⁰ Die „Prinzipien“ sind damit ein eindruckliches Beispiel dafür, dass gute Lesbarkeit und reicher Fußnotenapparat – entgegen einer verbreiteten Ausrede – kein Widerspruch sind.

⁸⁶ *Lautner*, NZZ v. 23.08.1934, 1, 2; *Fraccaro*, Athenaeum 25 (1947), 115, 115; *Fanizza*, SDHI 62 (1996), 543, 547–549; *Knütel*, ZRG RA 114 (1997), 627, 627; *Ernst*, ZRG RA 121 (2004), 714; *Ernst*, forum (Fn. 58), Rn. 7 a.E., 8.

⁸⁷ *Lautner*, NZZ v. 22.08.1934, 1, 2; *Lange*, DJZ 39 (1934), Sp. 1493, 1493 f., 1500; *Duff*, CR 51 (1937), 238, 238; *Fanizza*, SDHI 62 (1996), 543, 545–547; *Ernst*, forum (Fn. 58), Rn. 3 f.

⁸⁸ Sehr weitgehend *Lauria*, SDHI 1 (1935), 219, 219 („anzitutto un fine politico“); *Grosso*, Riv. Dir. Com. 45 (1947), 272, 272 („una sfida che il Maestro dalla cattedra di Berlino lanciava al furore antiromanistico“); *Knütel*, ZRG RA 114 (1997), 627, 627 („eine leidenschaftliche und mutige Kampfschrift gegen die soeben errichtete Terrorherrschaft“); *Ernst*, ZRG RA 121 (2004), 714 („Kampfansage an die soeben errichtete nationalsozialistische Terrorherrschaft“), ausführlich *Ernst*, forum (Fn. 58), Rn. 5–7. Zurückhaltender *Lautner*, NZZ v. 22.08.1934, 1, 2 und v. 23.08.1934, 1, 2; BN v. 11.11.1934, Literaturblatt (ohne Paginierung); *Steinwenter*, HZ 152 (1935), 115, 115; *Jolowicz*, JRS 26 (1936), 280, 281 f.; *Fanizza*, SDHI 62 (1996), 543, 549; *Guarino*, Labeo 42 (1996), 302.

⁸⁹ Stellvertretend *van Oven*, TR 13 (1934), 461, 461 („Ein äusserst bedeutsames, fesselnd geschriebenes Buch, das den Leser von der ersten bis zur letzten Seite in gespannter Aufmerksamkeit hält.“). Ähnlich *DAZ* v. 17.07.1934, Wirtschaft/Steuer/Recht (ohne Paginierung); *Lautner*, NZZ v. 22.08.1934, 1, 2; BN v. 11.11.1934, Literaturblatt (ohne Paginierung); *Gelzer*, Gnomon 11 (1935), 1, 2; *Lauria*, SDHI 1 (1935), 219, 220; *Lautner*, Rev. Int. 9 (1935), 164, 165; Πετρόπουλος (*Petropoulos*), Αρχ. (Archeion Idiotiku Dikaiu) 2 (1935), 147, 147 f. Differenzierend *Buckland*, EHR 50 (1935), 502, 502 und *Fanizza*, SDHI 62 (1996), 543, 547. Kritischer *Duff*, CR 51 (1937), 238, 239 („Refractory Law-German“).

⁹⁰ Selbst *Lange*, DJZ 39 (1934), Sp. 1493, 1494 („reiche[r] Schmuck der Zitate [...] trotz aller wissenschaftl. Sorgfalt, trotz aller Feinheit der Einzelbeobachtung und Einzelbeurteilung“). Außerdem *Lautner*, NZZ v. 22.08.1934, 1, 2; BN v. 11.11.1934, Literaturblatt (ohne Paginierung); *van Oven*, TR 13 (1934), 461, 461; *Buckland*, EHR 50 (1935), 502, 502; *Gelzer*, Gnomon 11 (1935), 1, 2; *Momigliano*, Leonardo 6 (1935), 362, 362; *Monier*, RHDfE IV/14 (1935), 748, 748; *Steinwenter*, HZ 152 (1935), 115, 115; *Jolowicz*, JRS 26 (1936), 280, 280; TLS v. 06.02.1937, 81, 93; *Duff*, CR 51 (1937), 238, 238; *Sobernheim*, Colum. L.R. 37 (1937), 1446, 1446; *de Zuluetta*, JSPTL 1937, 68, 69; *Buckland*, U. Toronto L.J. 2 (1938), 392, 392; *Schiller*, ABA J. 24 (1938), 1015, 1016; *Knütel*, ZRG RA 114 (1997), 627, 627. Allgemein ebenfalls positiv, aber mit punktueller Kritik: Πετρόπουλος (*Petropoulos*), Αρχ. (Archeion Idiotiku Dikaiu) 2 (1935), 147, 147.

Lob und Dank gibt es außerdem für die englische⁹¹ sowie für die italienische⁹² Übersetzung. Kurios ist in diesem Kontext, wie Herbert Felix Jolowicz seine Rezension schließt: „Mrs. Wolff, the translator, has done her work admirably.“⁹³ Damals mögen es viele Leser von Jolowicz gewusst haben, aber heute bedarf es der Klarstellung: „Mrs. Wolff, the translator“ ist seine Schwester.⁹⁴

Dem vielen Lob steht insgesamt wenig Kritik gegenüber. Zwar werden in der Gesamtschau der 35 Rezensionen alle Prinzipien-Kapitel außer „Abstraktion“ mit Blick auf ihren Inhalt kritisiert, also „Gesetz und Recht“,⁹⁵ „Isolierung“,⁹⁶ „Einfachheit“,⁹⁷ „Tradition“,⁹⁸ „Nation“,⁹⁹ „Freiheit“,¹⁰⁰ „Autorität“,¹⁰¹ „Humanität“,¹⁰² „Treue“¹⁰³ und „Sicherheit“.¹⁰⁴ Aber den Nachweisen in der jeweiligen Fußnote ist zu entnehmen, dass es nie eine größere Zahl von Rezensenten gibt, die Kritik äußern. Überdies ist die Kritik fast durchweg knapp und punktuell.

Mit Blick auf ihre Titel kritisiert werden allein die Kapitel „Gesetz und Recht“¹⁰⁵ sowie „Abstraktion“¹⁰⁶. „Rechtsetzungskepsis“ und „Nicht-Abstraktion“ o.ä. wären in der Tat weniger missverständlich. In ähnlicher Weise ließe sich „Sicherheit“ präzisieren bzw. relativieren oder sogar in das Gegenteil verkehren. Irreführend ist auch „Humanität“. Treffender wäre „Humanisierung“, um den langwierigen Prozess zu reflektieren – falls man es nicht generell ablehnt, im Zusammenhang mit dem Römischen Recht von „human“ zu spre-

⁹¹ Jolowicz, JRS 26 (1936), 280, 282 (wiedergegeben im Haupttext zu Fn. 93); TLS v. 06.02.1937, 81, 93; Logan, Mod. L.R. 1 (1937), 84; Buckland, U. Toronto L.J. 2 (1938), 392, 392. Allgemeines Lob mit konstruktiver Kritik: Buckland, J.Comp.Leg. 19 (1937), 157; Duff, CR 51 (1937), 238, 238 f.; de Zulueta, JSPTL 1937, 68, 69, 70.

⁹² Fraccaro, Athenaeum 25 (1947), 115, 115 f., 116; Grosso, Riv. Dir. Com. 45 (1947), 272, 272; Guarino, Labeo 42 (1996), 302.

⁹³ Jolowicz, JRS 26 (1936), 280, 282.

⁹⁴ Nachweise in Fn. 11 und Fn. 12.

⁹⁵ de Zulueta, JSPTL 1937, 68, 69.

⁹⁶ Jolowicz, JRS 26 (1936), 280, 280 f.

⁹⁷ Lauria, SDHI 1 (1935), 219, 224 f.; Monier, RHDfE IV/14 (1935), 748, 750 Fn. 1.

⁹⁸ van Apeldoorn, TvG 50 (1935), 71, 73; Lauria, SDHI 1 (1935), 219, 222 f.; Momigliano, Leonardo 6 (1935), 362, 362.

⁹⁹ Gelzer, Gnomon 11 (1935), 1, 2–5; Lauria, SDHI 1 (1935), 219, 225; Πετρόπουλος (Petropoulos), Αρχ. (Archeion Idiotiku Dikaiu) 2 (1935), 147, 147.

¹⁰⁰ Πετρόπουλος (Petropoulos), Αρχ. (Archeion Idiotiku Dikaiu) 2 (1935), 147, 147.

¹⁰¹ Lauria, SDHI 1 (1935), 219, 223.

¹⁰² Lange, DJZ 39 (1934), Sp. 1493, 1497 f.; Lauria, SDHI 1 (1935), 219, 223 f.; Monier, RHDfE IV/14 (1935), 748, 750 Fn. 1.

¹⁰³ Lange, DJZ 39 (1934), Sp. 1493, 1497 f.; Lauria, SDHI 1 (1935), 219, 224; de Zulueta, JSPTL 1937, 68, 69; Schiller, ABA J. 24 (1938), 1015, 1016.

¹⁰⁴ Lauria, SDHI 1 (1935), 219, 221; Monier, RHDfE IV/14 (1935), 748, 750; de Zulueta, JSPTL 1937, 68, 69.

¹⁰⁵ BN v. 11.11.1934, Literaturblatt (ohne Paginierung).

¹⁰⁶ BN v. 11.11.1934, Literaturblatt (ohne Paginierung); Momigliano, Leonardo 6 (1935), 362, 362.

chen.¹⁰⁷ Noch fundamentaler ist die Frage, ob moderne Ausdrücke überhaupt zur Bezeichnung antiker Phänomene geeignet sind.¹⁰⁸

Als potenziell folgenreichste Kritik lassen sich die gelegentlichen Bemerkungen zur Methode verstehen, vor allem zur sehr häufigen Annahme von Interpolationen.¹⁰⁹ Aus heutiger Sicht fällt diese Kritik aber sehr milde aus. Man täte den „Prinzipien“ und ihrem Autor kein Unrecht, wenn man schriebe: Was in den Quellen nicht passt, wird passend gemacht.

Nur in wenigen Rezensionen werden auch Details wie die fehlerhafte Wiedergabe oder die fragliche Interpretation konkreter Quellenstellen aufgegriffen.¹¹⁰

All dies sind vergleichsweise kleine Punkte, die das viele Lob nicht relativieren, sondern im Umkehrschluss eher verstärken. Längere kritische Passagen finden sich allein bei zwei Rezensenten: bei Lange (1934) und bei Lauria (1935).

Bei Heinrich Lange mischen sich persönlich-ideologische Angriffe und sachliche Kritik. Man wird Lange aber zugestehen dürfen, dass das, was er als „das schwerste Bedenken gegen dieses Buch“ bezeichnet, im Kern wirklich eine erwägenswerte Kritik darstellt:

„Schulz ist ‚reiner Dogmatiker‘, seine Prinzipien erhalten dadurch etwas Unhistorisches, der Positivismus der Prinzipien tritt in den Vordergrund, sie werden mehr oder weniger in einem luftleeren Raume entwickelt. Der geschichtliche Hintergrund einer tausendjährigen Entwicklung tritt zurück.“¹¹¹

Ähnliche Bedenken finden sich in drei weiteren, persönlich wie ideologisch völlig unverdächtigen Rezensionen.¹¹²

Die Rezension von Mario Lauria halten zwei spätere Rezensenten für so kritisch, dass sie sich zu einer Stellungnahme aufgefordert fühlen.¹¹³ Wer deshalb bei Lauria eine detaillierte Hinterfragung der „Prinzipien“ erwartet, wird enttäuscht. Die Rezension ist zwar eine der längsten, aber auch eine der langweiligsten: in Gestalt pauschaler Kritik und pauschalen Lobes wird viel geredet, in Ermangelung tiefergehender konkreter Bezüge zum rezensierten Werk aber letztlich kaum mehr gesagt als in den kritischeren Nebenbemerkungen anderer Rezensionen.

¹⁰⁷ Zur Skepsis unter heutigen Vorlesungsteilnehmern (Fn. 5) die Mitteilungen bei *Fleckner*, AcP 222 (2022), 635, 642 f. Fn. 24.

¹⁰⁸ Nicht explizit kritisiert, aber hervorgehoben bei *Monier*, RHDFE IV/14 (1935), 748, 749.

¹⁰⁹ *Buckland*, EHR 50 (1935), 502, 502 f.; *Duff*, CR 51 (1937), 238, 238; *Kübler*, DLZ 58 (1937), Sp. 1627, 1629; *de Zulueta*, JSPTL 1937, 68, 69; *Buckland*, U. Toronto L.J. 2 (1938), 392, 393.

¹¹⁰ *Buckland*, EHR 50 (1935), 502, 503; *Buckland*, J.Comp.Leg. 19 (1937), 157; *Kübler*, DLZ 58 (1937), Sp. 1627, 1628 f.; *Buckland*, U. Toronto L.J. 2 (1938), 392, 393.

¹¹¹ *Lange*, DJZ 39 (1934), Sp. 1493, 1494 (ähnlich 1498: „raum- und zeitlose[] Dogmatik“).

¹¹² *Momigliano*, Leonardo 6 (1935), 362, 362; *Monier*, RHDFE IV/14 (1935), 748, 748 f.; *Schiller*, ABA J. 24 (1938), 1015, 1016.

¹¹³ *Guarino*, Labeo 42 (1996), 302 und *Knütel*, ZRG RA 114 (1997), 627, 627 Fn. 2.

VI. Was „fehlt“ in den Rezensionen?

Eine Rezension kann niemals alle Themen ansprechen oder gar vertiefen, die das rezensierte Werk berührt. Deshalb ist die Frage, was in den 35 Rezensionen „fehlt“, hier in Anführungszeichen gesetzt. Kritisieren lässt sich aber die Schwerpunktsetzung, also was in einer Rezension thematisiert wird und was nicht. Wenn viele Rezensenten dieselben Themen erörtern, während andere Themen unerwähnt bleiben, lässt sich außerdem Kritik an der „Fungibilität“ der Rezensionen und ihrer Autoren äußern.

Mit diesen Maßstäben vor Augen, dürfte am meisten überraschen, dass in keiner einzigen der 35 Rezensionen die grundsätzliche Idee des Werkes, also sein Konzept, hinterfragt wird. Um mit dem Titel zu beginnen: Was meint Fritz Schulz mit „Prinzipien“? Der Ausdruck ist mindestens doppeldeutig, wenn nicht missverständlich, weshalb Fritz Schulz gleich zu Beginn des Werkes klarstellt, was er *nicht* meint:

„Wir beabsichtigen *nicht*, die elementaren, leitenden Normen des positiven römischen Rechts zur Darstellung zu bringen (was man heute ‚Grundzüge des römischen Rechts‘ nennt, aber auch ‚Prinzipien des römischen Rechts‘ nennen könnte).“¹¹⁴

Sondern:

„Wir bemühen uns vielmehr, die Grundanschauungen der an der Rechtsbildung beteiligten Römer von Recht und Gerechtigkeit zu erkennen; aus ihnen sind die Sätze des positiven römischen Rechts geflossen, sie sind die wahren principia, die wahren ‚Anfänge‘ des römischen Rechts.“¹¹⁵

Einige Rezensenten bemühen sich um ähnliche Klarstellungen.¹¹⁶ Zwei Rezensenten üben sogar vorsichtige Kritik an der Verwendung des Ausdruckes „Prinzipien“ bzw. „Principles“.¹¹⁷ Aber niemand diskutiert, ob es das überhaupt gegeben hat: „Grundanschauungen der an der Rechtsbildung beteiligten Römer von Recht und Gerechtigkeit“ bzw. „basic views of law and justice animating the Romans responsible for the law“. Sind das nicht Konstruktionen eines außenstehenden Beobachters – hier sogar mit einem Abstand von teils mehr als zweitausend Jahren?¹¹⁸ Wer waren die „an der Rechtsbildung beteiligten Römer“? Hatten sie *gemeinsame* „Grundanschauungen“? Oder sind das bloß vereinfachende, vielleicht auch idealisierende und romantisierende Zuspitzungen

¹¹⁴ Schulz, *Prinzipien* (Fn. 2), 1 (Hervorhebung im Original); ähnlich Schulz, *Principles* (Fn. 9), 1.

¹¹⁵ Schulz, *Prinzipien* (Fn. 2), 1; weniger prägnant Schulz, *Principles* (Fn. 9), 1 (ausschnittsweise sogleich im Haupttext).

¹¹⁶ Buckland, EHR 50 (1935), 502, 502; Jolowicz, JRS 26 (1936), 280, 280; TLS v. 06.02.1937, 81, 93; Duff, CR 51 (1937), 238, 238; Moll, Va. L.R. 23 (1937), 858, 858; de Zulueta, JSPTL 1937, 68, 68; Buckland, U. Toronto L.J. 2 (1938), 392, 392; Grosso, Riv. Dir. Com. 45 (1947), 272, 272.

¹¹⁷ van Apeldoorn, TvG 50 (1935), 71, 71; Schiller, ABA J. 24 (1938), 1015, 1016.

¹¹⁸ Möglicherweise in diesem Sinne zu verstehen die ebenso beiläufige wie bissige Bemerkung von Duff, CR 51 (1937), 238, 238 („eleven generalizations, truly Oxonian in their breadth“).

der Gegenwart? Gar, was Fritz Schulz explizit verneint,¹¹⁹ „Phantasien“ bzw. „mere fantasy“?

Glaubt man an die Existenz solcher „Prinzipien“ oder lässt man sich zumindest auf das sehr anregende Gedankenexperiment ein, stellt sich die Folgefrage, wie Prinzipien dieser Art identifiziert werden können. Auch auf diese Frage geht Fritz Schulz gleich zu Beginn des Werkes ein – sehr deutlich in der englischen Ausgabe: „It is not possible to arrive at these principles by the simple process of extracting them from available texts.“¹²⁰ Begründung: „Die Römer sprechen sie nicht aus, weil ihnen die Selbstanalyse und die Aufstellung von Prinzipien überhaupt nicht liegt; vielfach sind sie ihnen gewiß nicht einmal zum Bewußtsein gekommen.“¹²¹ Stattdessen: „Die Gestaltungsprinzipien der römischen Juristen müssen notwendigerweise im Ergebnis ihrer Arbeit erkennbar sein; sie sind aus den rechtsgeschichtlichen Einzeltatsachen zu erschließen.“¹²² Mit anderen Worten: Bei den „Prinzipien“ handelt es sich nicht um Charakteristika des Römischen Rechts, die aus den Quellen empirisch, und damit intersubjektiv nachvollziehbar, ermittelt werden können. Vielmehr sind es Charakteristika, die den überlieferten Quellen in gewisser Weise vorgelagert und aus ihnen daher nur „zu erschließen“ sind. Wie die Schönheit im bekannten Sprichwort, so liegen auch die Prinzipien im Auge des Betrachters. Obwohl all dies viele Fragen aufwirft, geht überraschenderweise nur ein einziger Rezensent auf die unsichere Quellengrundlage ein.¹²³

Wenn es sich bei den Prinzipien um Charakteristika handelt, die im Auge des jeweiligen Betrachters liegen, dann ist es sehr wahrscheinlich, dass unterschiedliche Betrachter zu unterschiedlichen Prinzipien kommen werden. Umso mehr muss daher überraschen, dass kein einziger Rezensent irgendein Wort der Kritik an der von Fritz Schulz präsentierten Auswahl von Prinzipien äußert. Warum gerade elf Prinzipien? Warum gerade diese elf Prinzipien? Warum nicht weniger? Warum nicht mehr? Warum nicht andere? Wer sich auf die Grundidee des Werkes einlässt, der müsste doch rasch an weitere Prinzipien denken, die man hätte aufnehmen können. In den 35 Rezensionen findet sich aber nur ein einziger Vorschlag: die Trennung zwischen wissenschaftlicher Erklärung und juristischer Auslegung.¹²⁴ Wer das Kapitel „Einfachheit“ gelesen hat, wird mit dem dort diskutierten und mit vergleichbarem Material vielleicht auch ein Kapitel „Heterogenität“, „Komplexität“, „Pluralität“ oder „Verwickeltheit“ begründen können. Wer „Sicherheit“ gelesen hat, könnte an ein Kapitel „Unsicherheit“ oder „Un-

¹¹⁹ Schulz, Prinzipien (Fn. 2), 1 bzw. Schulz, Principles (Fn. 9), 1.

¹²⁰ Schulz, Principles (Fn. 9), 1; etwas blasser („abzulesen“ statt „extracting“) Schulz, Prinzipien (Fn. 2), 1.

¹²¹ Schulz, Prinzipien (Fn. 2), 1; ähnlich Schulz, Principles (Fn. 9), 1.

¹²² Schulz, Prinzipien (Fn. 2), 1; ähnlich Schulz, Principles (Fn. 9), 1 f. („may be disclosed by means of research into individual facts of Roman legal history“). In beiden Fassungen folgen weitere Erläuterungen.

¹²³ Andeutungen von Kritik bei Logan, Mod. L.R. 1 (1937), 84.

¹²⁴ van Apeldoorn, TvG 50 (1935), 71, 73 („dat de Romeinse juristen [...] doordrongen waren van het principiele verschil tussen wetenschappelijke verklaring en juridische interpretatie“).

gewissheit“ denken, wer „Humanität“ gelesen hat, auch an „Inhumanität“. Etwas weiter weg von den Fragen und Quellen, die Fritz Schulz selbst behandelt, wären „Bodenständigkeit“ oder „Schlichtheit“, „Eleganz“ oder „Eloquenz“, „Härte“ oder „Starrheit“, „Nüchternheit“ oder „Sachlichkeit“, „Pedanterie“ oder „Präzision“, ebenso vielleicht „Gemeinwohlbindung“ oder „Kollektivität“, aber auch der berühmt-berüchtigte „Individualismus“. Wem diese Liste beliebig und unvollständig, gar willkürlich, erscheint, der befindet sich inmitten der konzeptionellen und methodischen Fragen, die das Werk aufwirft.

Aus Platzgründen ist es nicht möglich, mit demselben Detaillierungsgrad weitere Themen zu präsentieren, die in den Rezensionen „fehlen“. Angedeutet sei aber immerhin, dass sich zu dem, was hier skizziert wurde, viele Folgefragen stellen, die in den Rezensionen nicht oder nur cursorisch behandelt werden, insbesondere: In welchem Hierarchie- oder – allgemeiner – Konkurrenzverhältnis stehen die Prinzipien? Als Beispiel unter vielen: Ist „Tradition“ nur ein Unterfall von „Autorität“, also „Tradition“ als „Autorität des Alten“? Hinzu kommen einige weitere Fragen, die mehr das Werk als solches betreffen, namentlich seine Entstehungsgeschichte, seine Originalität und seine Zielrichtung. Auch insoweit „fehlen“ in den 35 Rezensionen tiefergehende Ausführungen und Überlegungen.

VII. Fazit

Für fast alle Bereiche der deutschen Rechtswissenschaft ist das Rezensionswesen heute in einer existenziellen Krise. Dies ist allgemein bekannt und wird regelmäßig beklagt. Weniger bekannt ist, dass auch die Kritik am Rezensionswesen, also die Kritik der Kritik, in einer schweren Krise ist.¹²⁵ In beiderlei Beziehung – Kritik und Kritik der Kritik – ist die Romanistik eine der löblichen Ausnahmen: Rezensionen werden nicht nur in Sonntagsreden von Dritten gefordert, sondern mit beeindruckendem Einsatz und Ethos selbst geschrieben.

Die Rezensionen der „Prinzipien“ stammen überwiegend aus einer Zeit, als das Rezensionswesen insgesamt noch besser funktionierte. Außerdem handelt es sich bei den „Prinzipien“ um das Werk eines Autors, der bei Erscheinen der deutschsprachigen Originalausgabe bereits berühmt war und in vielerlei Hinsicht am typischen Zenit einer damaligen Karriere stand. All dies weckt hohe Erwartungen an die Rezensionen. Auf den ersten Blick werden diese Erwartungen erfüllt und vielleicht sogar übertroffen: 16 Rezensionen für die deutsche Erstausgabe, zehn für die englische, weitere neun für spätere Ausgaben. Es dürfte im 20. Jahrhundert nur wenige Werke zum Römischen Recht gegeben haben, die über die ganze Welt verteilt ähnlich häufig aufgelegt, übersetzt und rezensiert wurden – ein Leuchtturm der „internationalen Romanistik“, an der sich der

¹²⁵ Sehr feinsinnig beobachtet und treffend auf den Punkt gebracht in der Kritik der Kritik der Kritik von *Rudloff*, JZ 2023, 723–725.

Nationalsozialist Heinrich Lange so stört.¹²⁶ Auf den zweiten Blick enttäuschen aber viele der 35 Rezensionen, weil sie wesentliche Fragen, vielleicht sogar die wichtigsten Fragen, nicht oder nicht hinreichend substantiiert ansprechen. Dies gilt vor allem für das Konzept und für die Methodik des Werkes sowie für seine Entstehungsgeschichte, seine Originalität und seine Zielrichtung. Mit den politischen Umständen sind diese „Lücken“ allenfalls teilweise zu erklären. Auch dass es am hohen Anteil der Anzeigen unter den Rezensionen liegt, ist wenig plausibel: Qualität und Quantität korrelieren unter den 35 Rezensionen kaum. Deshalb wurde auch darauf verzichtet, zwischen Anzeigen und Besprechungen zu differenzieren.

Manche der Fragen, die in den Rezensionen offen bleiben, sind mittlerweile in der sonstigen Literatur zu Fritz Schulz und seinen „Prinzipien“ angesprochen worden. Viele Fragen sind allerdings weiterhin ungeklärt. Daran hat auch dieser Beitrag nichts geändert. Aber wenn hier bewusst mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet wurden, dann in der Hoffnung, dass es den Jubilar selbst sowie die eine oder den anderen aus seiner Festgemeinde vielleicht reizen wird, einigen der Fragen nachzugehen. In diesem Sinne: *ad multos annos et multa opera!*

¹²⁶ Lange, DJZ 39 (1934), Sp. 1493, 1494 (wiedergegeben in Fn. 65).

Geld und Wertrisiko

Zur Entmaterialisierung und Komplexität in der Privatrechtsordnung der technischen Moderne¹

Johannes W. Flume

I. *What is money?*

Die Münze und später das Papiergeld haben die Menschen seit jeher fasziniert und auf drei ganz unterschiedliche Weisen herausgefordert: Bis in das 20. Jahrhundert waren Münzen aus wertvollen Edelmetallen gefertigt – gegossen oder später mechanisch geprägt. Dagegen besteht das Papiergeld, Kreditgeld oder *fiat money* bekanntlich aus Materialien ohne besonderen Eigenwert – im China des Marco Polo aus dem Holz des Maulbeerbaums, später aus Baumwolle oder Plastik. Als die Münzen noch über einen intrinsischen Wert verfügten, war man über die Jahrhunderte von der Frage geplagt, ob der Wert des Geldes nach dem Stoffwert oder aber dem Nennwert (*face value*) zu bestimmen sei. Beim Papiergeld bleibt dann aber nur der Nennwert oder Nominalwert bestehen. Aber nicht zuletzt die Hyperinflation nach dem Ersten Weltkrieg hat dunkle Schatten im kollektiven Gedächtnis hinterlassen. Diese werden augenblicklich aus der Vergessenheit gerissen, wenn man sich die Zeilen Stefan Zweigs in seinem umwerfenden Porträt „Die Welt von gestern“ wieder vergegenwärtigt: „Nichts hat das deutsche Volk [...] so erbittert, so haßwütig, so hitlerreif gemacht wie die Inflation.“ In der Gegenwart angekommen scheint es angesichts der Dominanz bargeldloser Zahlungsmittel und der Stigmatisierung des Bargelds fast schon so, als hätten wir gar kein Geld mehr, da alles, oder zumindest vieles, in den digitalen Raum abgewandert ist. Zudem wird die staatliche Souveränität in Geld- und Währungsfragen grundsätzlich angezweifelt, indem es *en vogue* ist, eine dezentrale Zukunft ohne Staat, Zentralbank und Intermediäre herbeizuwünschen. Eine Zukunft, in der über kryptographische Verfahren ein staatenloses und globales Zahlungsmittel etabliert werden soll.

Damit stellt sich auch heute wieder ganz aktuell und in gewandelter Form die herausfordernde klassische Frage: Was ist Geld? *What is Money?* Wie bestimmen wir, was Geld ist, wenn die uns bekannten physischen Formen des Bargelds im

¹ Dieser Beitrag beruht auf der Antrittsvorlesung, die der Verfasser am 24. Mai 2024 an der Paris Lodron Universität Salzburg gehalten hat. Die Nachweise sind aus Platzgründen auf ein Minimum reduziert.

täglichen Leben zwar noch überaus präsent sind, sie aber im eigentlichen Wirtschaftsleben eine Randerscheinung darstellen, zumal ein digitaler Euro noch ein Desiderat darstellt. Und auch in der Privatrechtsordnung der technischen Moderne muss man sich wieder über das Grundsatzproblem vergewissern aus welcher Perspektive wir die Frage nach der Natur des Geldes bestimmen wollen: Handelt es sich um ein rein wirtschaftliches Phänomen, zu dessen Beantwortung die Ökonomen, insbesondere aufgrund ihrer analytischen, quantitativen Methoden, berufen sind, oder sollte nicht vielmehr der *Legal Aspect of Money* im Vordergrund stehen? Das ist keine neue Frage. Vielmehr geht es hierbei um die alles entscheidende Grundsatzfrage, in der sich zwei Lager antagonistisch gegenüberstehen. Die Antithese wurde insbesondere vom Gründungsvater der österreichischen Schule der Nationalökonomie, Carl Menger formuliert:

„Das Geld ist keine staatliche Erfindung, nicht das Product eines legislativen Actes und die Sanction desselben Seitens der staatlichen Autorität ist demnach dem Begriffe des Geldes überhaupt fremd.“²

Aber auch Juristen haben sich davor und danach zum Standpunkt bekannt, dass das Geld eine Kreation des Verkehrs sei und einzig und allein auf dem Vertrauen in den Wert des Geldes beruhe. Kein Geringerer als Friedrich Carl von Savigny hat im ersten Band seines Obligationenrechts auf hundert Seiten die sog. Kurswerttheorie vertreten.³ Danach könne, sehr kurz gefasst, der Wert des Geldes im Privatrecht nur aufgrund des Kurswertes der Währung berechnet werden und nicht nach dem Nennwert. Man wundert sich und fragt sich, ob Savigny in der heutigen Diktion ein Krypto-Anarchist war?

Die Gegenposition hat der Ökonom Friedrich Georg Knapp 1905 in seiner *Staatlichen Theorie des Geldes* vertreten. Der berühmte erste Satz seines Buches lautet: „Das Geld ist ein Geschöpf der Rechtsordnung“.⁴ Seine Lehre hat weltweite Verbreitung gefunden, da eine englische Übersetzung durch John Maynard Keynes veranlasst wurde und dieser den Ansatz Knapps als Startpunkt für sein *A Treatise on Money* gewählt hat.⁵ Aber bereits im 19. Jahrhundert erarbeiteten

² Menger, Grundsätze der Volkswirtschaftslehre, 1871, 259 f.; s. auch *ders.*, The Economic Journal 2 (1892), 239 (255).

³ v. Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts I, 1851, 403 ff.; vgl. dagegen aus der zeitgenössischen Lit. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I/1, 1868, 1071 Fn. 46, 1121 Fn. 14; Hartmann, Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes und Inhalt von Geldschulden, 1868, passim; Mommsen, Gesammelte Schriften III, Juristische Schriften, 1907, 570 f. = Literarisches Centralblatt (1851), 592 f. (dazu auch Ernst., B.F.L.R. 38 [2022], 307 [325 f.]).

⁴ Knapp, Staatliche Theorie des Geldes, 1905, 1 (2. Aufl. 1918, 3. Aufl. 1921, 4. Aufl. 1923; english edition 1924); s. auch *ders.*, „Geldtheorie, staatliche“, in: HDStW IV³, 1909, 610 ff.; dazu auch Greitens, Wirtschaftsdienst 2022, 193 ff.

⁵ Keynes, A Treatise on Money, Volume I, 1930, 3 ff. („Money and Money-of-Account“).

Levin Goldschmidt⁶, Theodor Mommsen⁷ und Gustav Hartmann⁸ die theoretischen Grundlagen dafür, warum der Nominalismus als Teil der souveränen Regelungshoheiten des Staates in Geld- und Währungsfragen zu verstehen sei. Der eigentliche Wegbereiter der *Staatlichen Theorie des Geldes* im 20. Jahrhundert war Fredrick Alexander Mann in seinem *Legal Aspect of Money*. „Only those chattels are money to which such character has been attributed by law, i.e. by or with the authority of the state.“⁹ Nach Mann ist Geld also nur das, was *legal tender*, was gesetzliches Zahlungsmittel ist, also Euro, Pfund, Franken usw. Der Wind hat sich heute jedoch teilweise gegen Mann und die *state theory of money* gedreht. Und es ist wohl als eine Ironie der Geschichte zu bezeichnen, dass in einem Buch über Manns Leben ein amerikanischer Praktiker dessen Konzeption recht hemdsärmelig als „conservative revolution“ und überholt abkanzelt.¹⁰ Aber auch Charles Proctor hat sich in der Fortführung Manns – das Werk ist nun vielsagend auch nicht mehr mit „Legal Aspect of Money“, sondern mit „Mann and Proctor on the Law of Money“ betitelt – von der Grundthese des Werks abgewendet, indem nun auch Buchgeld als Geld im Rechtssinn anerkannt werden soll.¹¹ Kann dies befriedigen? Passt dies zu den Regelungswerken, so wie wir sie in der europäischen und den nationalen Währungsordnungen vorfinden? Passt dies zudem zu den uns bekannten Vertragsordnungen?

II. Von der Tausch- zur Geldwirtschaft

Es entspricht einer langen Tradition, die Funktion des Geldes – früher hätte man gesagt: das Wesen oder die Natur des Geldes – aus einer entwicklungsgehistorischen Perspektive zu erklären, indem der Übergang von der Tausch- zur Geldwirtschaft beschrieben wird. Gerade in der volkswirtschaftlichen Literatur wie auch im juristischen Schrifttum des 19. Jahrhunderts werden die praktischen Probleme der imaginären Realität einer Tauschwirtschaft beschrieben und den praktischen Vorzügen einer Geldwirtschaft gegenübergestellt.¹² So muss das wirtschaftliche Denken in Tauschrelationen insgesamt als hinderlich angesehen werden. Es besteht das bekannte und viel zitierte Problem der *double coincidence of wants*, und wertvolle Waren können nur schwer als Zahlungsmittel ver-

⁶ Goldschmidt, Hdb HR I/1 (Fn. 3), 1070, 1073, 1117 ff., 1136.

⁷ Mommsen, Abhandlungen der philologisch-historischen Klasse der königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften 1, 1850, 221 f. = Über das römische Münzwesen, Separatdruck 1850, 251 f.; ders., Geschichte des römischen Münzwesens, 1860, VII; ders., Das Geld, in: Mommsen, Reden und Aufsätze, 1905, 245 (246) = Grenzboten XXII. (1863) 381 (387); dazu auch Ernst, B.F.L.R. 38 (2022), 307.

⁸ Hartmann, Geldschulden (Fn. 3), passim; dazu sehr aufschlussreich Goldschmidt, ZHR 13 (1869), 367 ff.

⁹ Mann, Legal Aspect of Money, 5. Aufl. 1992, 14.

¹⁰ Sommer, in: Allen/Dannemann (Hrsg.), F. A. Mann: The Lawyer and His Legacy, 2024, 256 ff.

¹¹ Proctor, Mann and Proctor on the Law of Money, 8. Aufl. 2022, 1.71 ff., 1.74.

¹² S. Flume, Marktaustausch, 2019, 88 ff. m.w.N.

wendet werden, da sie nicht geteilt werden können. All diese Probleme lösen sich schlagartig mit der Erfindung des Geldes. Nach der gängigen Funktionsbeschreibung wird durch Geld ein allgemeiner Wertmaßstab (*common denominator*) zur Abschätzung wirtschaftlichen Handelns, ein allgemeines Tauschgut (*medium of exchange*), ein allgemeines gesetzliches Zahlungsmittel (*standard of deferred payments*) und ein allgemeiner Wertträger (*store of value*) etabliert.¹³ Die Bedeutung dieses „Fortschritts“ wird auch hervorgehoben, wenn Jhering die Erleichterung von Austauschvorgängen durch die Nutzung von Geld als einen „der genialsten praktischen Gedanken des Menschen“ ansieht und Mommsen oder aber auch der Ökonom Wilhelm Roscher die Erfindung des Geldes mit der Erfindung der Schrift auf eine Ebene stellen.¹⁴ Kompletieren lässt sich dieser kurze ideengeschichtliche Abriss, wenn man einen Blick auf das Werk Max Webers zu Beginn des 20. Jahrhunderts wirft, der die „Geldrechnung“ als den markanten Kipppunkt zwischen „Naturalwirtschaft“ und „Geldrechnungswirtschaft“ bezeichnet, indem die Geldrechnung als Ankerpunkt einer „rechnen-rischen Rationalität“ wirtschaftlichen Handelns beschrieben wird.¹⁵

Die Schwierigkeit bei der Sichtung und Bewertung der aus ganz verschiedenen Perspektiven und Disziplinen vorgebrachten Betrachtungen zum Geld liegt in den ihnen innewohnenden, bedeutungsvollen (teilweise auch nicht besonders artikulierten) Prämissen. Ist das Geld ein außerrechtliches Phänomen, kann Geld, wie oft angenommen wurde, „spontan entstehen“, indem etwa eine private Münze in den Verkehr gebracht wird („money without law“)? Dann kann die Zuschreibung, was Geld ist, aber geradezu inflationär erscheinen. Oder ist die „Rechenhaftigkeit“ der Geldwirtschaft erst in einer rechtlich strukturierten Rechts- und Wirtschaftsordnung als Institut des Staats denkbar geworden („no money without law“)? Zudem wird gerade in der jüngeren ethnologischen Literatur der skizzierte entwicklungsgeschichtliche Erklärungsansatz abgelehnt.¹⁶ Was wäre aber, wenn sich historische Evidenz für die Einführung des Geldes als Rechtsinstitution finden ließe und sich der „Kipppunkt“ von der Tauschwirtschaft zur Geldrechnungswirtschaft für einen exemplarischen Punkt in der Geschichte verifizieren ließe?

¹³ Vgl. dazu nur die anschauliche Zusammenführung bei *Laughlin*, *The Principles of Money*, 1919, 1 ff.

¹⁴ *Jhering*, *Der Zweck im Recht* I, 1877, 135; *Mommsen*, *Das Geld* (Fn. 7), 246 = *Grenzboten* XXII. (1863), 381 (382); *Roscher*, *System der Volkswirtschaft* I, 5. Aufl. 1864, § 117, 222 (unter Verweis auf *Mirabeau*).

¹⁵ *Weber*, *Wirtschaftsgeschichte*. Abriss der universalen Sozial- und Wirtschafts-Geschichte, 1923, 5 = *MWG* III/6, 2011, 85; s. dazu auch *Flume*, *JZ* 2020, 594 (598).

¹⁶ Vgl. dazu etwa das vielfach rezipierte und teils polemisch gefasste Buch von *Graeber*, *Debt. The First 5,000 Years*, 2011.

III. „MommSEN on Money“¹⁷

Eine solche „logische Genesis“, um der „Natur des Geldes“ näherzukommen, findet sich in der eindrucksvollen brieflichen Replik Theodor Mommsens aus dem Jahr 1851 auf einen Brief Savignys aus dem Jahr davor, in dem dieser Mommsens Beitrag *Über das römische Münzwesen* (1850) kommentiert hatte.¹⁸ In dieser überaus eindrucksvollen Miniatur der Geschichte des Geldes geht es um nichts weniger als die Urfrage des Geldes schlechthin, wann bei den Römern das Geld entstanden ist. Mommsen¹⁹ unterscheidet fünf relevante Perioden:

1. Erste Periode („reine[s] Tauschsystem“)

In der ersten Periode soll ein „pure barter system“²⁰ existieren. Den einzelnen Tauschobjekten mag wohl ein Wert beigemessen worden sein, es fehlt aber an einem „Wertmeßer“, sodass ein „Werth“ oder eine zusammenfassende „Bilanz“ aller Werte in einem Vermögen nicht möglich ist.

2. Zweite Periode („System der Wertmessung“)

Der erste entscheidende Wandel vollzieht sich sodann, als der Verkehr beginnt, als ungeheuren Fortschritt in einem „System der Wertmessung“ zu denken, in dem der Wert von Gütern durch eine „dritte Normalwaare“ geschätzt wird. Dies waren insbesondere Rinder und Schafe, aber auch Sklaven, Felle, Perlen usw. Man sagt nun: bewertet, dass ein Rind drei Schafe wert ist. Und nicht zufällig leitet sich *pecunia* von *pecus* ab. Es bleibt aber das Problem der Teilbarkeit der Tauschobjekte bestehen.

3. Dritte Periode („System des theilbaren Werthmeßers“)

Der Verkehr benötigt eine „Normalwaare“, die auch geteilt und in einer Quote dargestellt werden kann und deren Wert sich durch Teilung nicht vermindert. Zur Normalware wird daher aus Gründen, die uns hier nicht weiter interessieren müssen, in Italien das Erz gewählt.²¹ Es werden als Zahlungsmittel formlose Kupferstücke, *aes rude*, nach ihrem Gewicht verwendet. Es sind Kupferstücke, die für das altzivilisierte Geschäft, für den Manzipationsakt, für das Zuwiegen mit Erz und Waage (*per aes et libram*), erforderlich sind.²² In diesem Kontext tritt

¹⁷ Überschrift in Anlehnung an Ernst, B.F.L.R. 38 (2022), 307.

¹⁸ Wiedergegeben in Stahl, in: FS für Karl Christ, 1988, 465 (488 ff.) (das im Haupttext angegebene Zitat findet sich bei 493).

¹⁹ Die nachfolgend aufgeführten Überschriften und Textzitate sind der schriftlichen Beilage Mommsens zu seinem Brief an Savigny vom 17. April 1851 entnommen und wie im Original hervorgehoben (Stahl, in: FS für Karl Christ, 1988, 465 [493 f.]); s. auch Leist, Mancipation und Eigentumstradition, 1865, 54 ff.; Marquardt, Römische Staatsverwaltung II., 1876, 3 ff.

²⁰ So die Charakterisierung bei Ernst, B.F.L.R. 38 (2022), 307 (319); vgl. auch grundlegend zur Entgeltlichkeit in Austauschvorgängen ders., in: FS für Eduard Picker, 2010, 139 ff.

²¹ Dazu auch Mommsen, Das Geld (Fn. 7), 251 = Grenzboden XXII. (1863), 381 (385 f.).

²² Vgl. Mommsen, Über das römische Münzwesen (Fn. 7), 252.

nun nach Mommsen der Staat erstmals auf die Bühne, indem das Maß und Gewichtseinheiten festgelegt werden.

4. Vierte Periode („System des gemarkten Barren“)

Mit dem *aes signatum* beginnt das System der gemarkten Barren. Es werden standardisierte *aera signata* von jedermann hergestellt und man kann, wenn man vertraut, auf das Abwiegen verzichten, da man das Gewicht der Markierung ablesen kann.

5. Fünfte Periode („Geld“)

Für Mommsen ist die Münze Symbol des Gemeinwesens, der Staatlichkeit.²³ Den entscheidenden Schlusspunkt in der „Genesis“ der Entstehung des Geldes stellt es für ihn demnach dar, wenn durch das Wappen des Staates das Gewicht und die Quantität für die Staatsbürger bindend vorgegeben werden. „Hiermit trat die Veränderung ein von unermesslicher Folge: das Geld war erfunden.“²⁴ Das Geld in Form der *aes grave* war entstanden. Zeitlich fixiert Mommsen die Entstehung des Geldes auf die zwölf Tafeln – was bekanntlich einer Zeit um ca. 451/450 v. Chr. entspricht. Was die rechtliche Bedeutung dieses Entwicklungsschrittes anbelangt, hatte Mommsen im *Münzwesen* 1850 bereits festgehalten, dass „[n]ach römischem Rechte [...] als gemünztes Geld nur dasjenige [gilt], welches römisches Gepräge hat; jede andere Geldsorte [hingegen] Waare“²⁵ sei. Und nur solche Forderungen, die auf „*pecunia forma publica populi Romani*“ (lex Rubria c. 21,22) gerichtet sind, oder wie es bei Maecianus heißt: „*nummi argentei – forma publica dumtaxat nomen accipiunt*“ können mit der strengen Geldschuldklage auch durchgesetzt werden.²⁶ Wird hingegen eine Klage auf „andere Geldsorten“ angestellt, so wird nicht nach dem nominalen Wert, sondern auf deren Wert „in römischen Denaren“ (*quanti ea res est*) verurteilt.²⁷ Zur Etablierung der Asse und danach der Denare als gesetzliches Zahlungsmittel passt es schließlich, wenn unter den Cornelischen Strafgesetzen zu den Testaments- und Münzdelikten die wissentliche Zurückweisung echter Reichsmünzen unter Strafe gestellt wird.²⁸

Savigny hatte in seinem Brief gefragt, warum man von einer „neuen Erfindung“ sprechen könne, wenn das Gewicht (zumindest zu Beginn) in Form eines

²³ Sehr aufschlussreich auch zum folgenden Mommsen, Das Geld (Fn. 7), 253 = Grenzboten XXII. (1863), 381 (387) und danach ders., Geschichte des römischen Münzwesens (Fn. 7), VII, IX.

²⁴ Es ist bemerkenswert, dass Knapp (Staatliche Theorie [Fn.4], 31) von seinem theoretisch-ahistorischen Ansatz ausgehend zu einem ganz ähnlichen Standpunkt gelangt: „Für den genaueren Beobachter ist Geld erst dann vorhanden, wenn die morphischen Zahlungsmittel proklamatorisch gelten. Dann aber haben die Zahlungsmittel chartale Verfassung.“ Dies verdient eine genauere Untersuchung, die hier nicht geleistet werden kann.

²⁵ Mommsen, Über das römische Münzwesen (Fn. 7), 223.

²⁶ Mommsen, Über das römische Münzwesen (Fn. 7), 223 f.

²⁷ Mommsen, Über das römische Münzwesen (Fn. 7), 224.

²⁸ Paul sent. 5, 25, 1; dazu Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899, 673 f.

As identisch mit einem römischen Pfund Kupfer war. Dem entgegen Mommsen, dass durch die Einführung des Geldes „der ernsthafte Gebrauch der Waage nicht bloß beschränkt wurde, sondern gesetzlich verboten wird und aufhören muss.“²⁹ „Barren oder formale Münzen [konnten hingegen] nur nach den Grundsätzen der *datio in solutum* gegeben werden [...]“. An Mommsens *Münzwesen* (1850) anschließend formuliert der Pandektist Burkard Leist 1865 bündig: „Von jetzt an beginnt das Zeitalter der nicht mehr zugewogenen, sondern der numerata pecunia.“³⁰ Die Münzen des As mit ihren Teilstücken, die auf dem Duodezimalsystem basieren und in der *Distributio*³¹ des Lucius Volusius Maecianus beschrieben sind, werden zum gesetzlichen Zahlungsmittel.³² Mommsen bezeichnet diese als „Werthgeld“ – das Geldstück ist in einem Edelmetall gefertigt und verfügt damit auch über einen Materialwert – und stellt dem das „Creditgeld“ gegenüber, das, wie etwa beim Papiergeld, über keinen gesonderten Stoffwert verfügt. Zusammenfassend lässt sich festhalten: Es gab das As, so wie es bei uns im Dezimalsystem den Euro gibt.

Bild	Name	Wertzeichen	Wert in As	Wert in Unzen
Janus	As	I	1	12
Jupiter	Semis	S	6/12	6
Minerva	Triens	::	4/12	4
Herakles	Quadrans	::	3/12	3
Merkur	Sextans	..	2/12	2
Minerva oder Roma	Uncia	.	1/12	1

Abbildung 1: Nominale des römischen Kupfergelds der *aes grave* (eigene Darstellung)

Die Bedeutung des Übergangs vom Wiegen zum Zählen darf nicht vorschnell als irrelevante Technikalität abgetan werden. Denn hier vollzieht sich eine enorme Abstraktionsleistung. Indem auf die Rechnungseinheit der Asse abgestellt wird, wird in Assen gedacht und vom Wert des Metalls abstrahiert. Dieser Gedankenschritt bildet die Grundlage für das nominalistische Fundament von Preisen und ermöglicht erst, den Kauf als Aktstypus zu konstruieren.³³

²⁹ S. auch Mommsen, Geschichte des römischen Münzwesens (Fn. 7), IX: „rechtlich ausgeschlossen“.

³⁰ Leist, Mancipation (Fn. 19), 56.

³¹ Vgl. Mommsen, Abhandlungen der philologisch-historischen Klasse der königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften 3, 1857, 279, 288 ff.

³² Weiterführend Hasler, Studien zu Wesen und Wert des Geldes in der römischen Kaiserzeit von Augustus bis Severus Alexander, 1980.

³³ Ausführlich Flume, Marktaustausch (Fn. 12), 93 ff.

IV. Vom Tausch zum Kauf

Die Entwicklung vom pensatorischen Zahlungsmittel *aes rude* hin zum nominalistischen Geld der *aes grave* gibt uns auch einen maßgeblichen Hinweis zur Trennung zwischen Tausch und Kauf. Rein äußerlich betrachtet, müssen beide Grundformen des Austauschverkehrs als fast identisch erscheinen, indem beim Tausch Ware gegen Ware und beim Kauf Ware gegen (physisches) Geld ausgetauscht, beziehungsweise genauer übereignet werden. Beim Konsensualvertrag der *emptio venditio* einigen sich die Parteien aber nicht auf ein quantitatives Tauschverhältnis in Form der austauschenden Waren (*merx*), sondern auf einen bestimmten Kaufpreis (*certum pretium*), der in Einheiten von *nummi signati* bestimmt sein muss.³⁴ Wie unterscheiden sich aber *merx* und *pretium*, wenn doch das „Werthgeld“ der Römer aus Bronze und später aus anderen Edelmetallen geformt wurde und wieder in einem körperlichen Gegenstand mit eigenem Stoffwert existierte? Dies ist auch der Ausgangspunkt des berühmten Schulstreits zwischen Sabinianern und Prokulianern über das Verhältnis von Tausch und Kauf.³⁵ Nach Inst. 3,141 ist die von Gaius aufgeworfene Grundsatzfrage, ob der Preis in *numerata pecunia* bestehen muss, wie es dem Standpunkt der Prokulianer entspricht, oder aber – folgt man den Sabinianern – der Preis auch in einer anderen Sache, wie einem Sklaven, einer Toga, einem Stück Land, bestehen kann. Nach den Sabinianern sollen allgemein Kauf und Verkauf durch den Austausch von Sachen zustande kommen, was auch die älteste Form des Kaufs darstelle (*eamque speciem emptionis venditionisque ventustissimam esse*). Die Prokulianer verwerfen die Ansicht, da nach ihrer Vorstellung der Tausch von Sachen (*permutatio*) und der Kauf und Verkauf (*emptio venditio*) verschiedene Dinge darstellen. Andernfalls könne man auch nicht identifizieren, wer Käufer und wer Verkäufer sei, wie auch sich die Pflichten ganz wesentlich unterscheiden (D. 19,4,1 pr.) und die Rechte des Käufers mit der *actio empti* und die des Verkäufers mit der *actio venditi* verfolgbar sind. Zudem sei es unsinnig, bei einem Tausch beide Waren als Ware und Preis zugleich zu bezeichnen (*sed rursus utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri*).

Die Auffassung der Sabinianer ist durch eine naturalistische Betrachtungsweise von Tausch und Kauf geprägt. Für sie muss alles als Tausch erscheinen, da der physische Austausch körperlicher Sachen im Vordergrund steht, gleichgültig, ob eine *res*, Warengeld (*commodity money*; also all jene Stoffe, wie Ochsen, Weizen und dergleichen, von denen man in der Geldgeschichte annimmt, dass sie einmal eine Zahlungsmittelfunktion übernommen haben) oder schließlich *numerata pecunia* „ausgetauscht“ werden. Und in der Tat, in einer Zeit, in der das Geld als „Werthgeld“ immer durch einen körperlichen Gegenstand repräsentiert war, muss die Begründung des Unterschieds zwischen *nummus* und *merx* besondere Schwierigkeiten bereiten, zumal sachenrechtlich körperliche Gegen-

³⁴ Ernst, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, 2023, § 79 Rn. 86.

³⁵ Zuletzt ausführlich Haklai, Money in Imperial Rome, 2025, 90 ff.

stände ausgetauscht und übereignet werden. Und dennoch finden wir bei Paulus D. 18,1,1 pr. die überaus beeindruckende Beschreibung, dass ein mit staatlicher Prägung versehener Stoff (*materia forma publica percussa*) Gebrauchswert und Eigentum nicht so sehr durch seinen Stoff (*ex substantia*) als durch seine jeweilige Menge (*ex quantitate*) gewährt, und nicht länger beides als Ware (*merx*), sondern das eine als Preis (*pretium*) bezeichnet wird.³⁶

Paulus lässt in seiner Beschreibung unseren Blick von der Münze als Wertgegenstand hin zur Münze als *materia forma publica percussa*, als nominalen Werträger wandern. Hierdurch beschreibt Paulus die Funktion des staatlichen Geldes damit, dass es seinem nominellen Wert nach als Zahlungsmittel und Erfüllungsgegenstand dient. Es muss nicht, sondern es darf vielmehr nicht mehr abgewogen werden, sondern es werden für den Zahlakt die Münzen als *pecunia numerata* abgezählt – die Münzen zirkulieren nach ihrem Nennwert.³⁷ Damit ist aber noch nicht gesagt, wie der Preis vertraglich fixiert wird. Aus den Ausführungen von Paulus in D. 18,1,1pr. ist klar, dass aufgrund der Einführung des Geldes *merx* und *pretium* unterschieden werden können. Wenn wir nun seit mehr als zweitausend Jahren an den Satz gewöhnt sind „The Price must invariably be money.“³⁸, kann man schnell übergehen oder es als banal ansehen zu fragen, was dies eigentlich bedeutet: Ein Preis ist eine (numerische) Zahl und keine Relation. In einer Geldwirtschaft wird eine solche Zahl = Preis in den Einheiten der jeweiligen Währung ausgedrückt. Auch wenn wir mit dem „Geld“ gedanklich regelmäßig die physischen Münzen identifizieren, wird durch das Geld eine zweite, konzeptionell vorrangige und grundlegendere abstrakte Funktion symbolisiert, als *numéraire* zu dienen.³⁹ Genau dies wird in Fokus gesetzt, wenn Aristoteles⁴⁰ in seiner Ethik das Geld als „Mittelinstanz“ und als allgemein verbindliches Maß beschreibt, oder wiederum fast schon in unserer Zeit Max Weber die Funktion des Geldes, als „Generalnenner“⁴¹ zu dienen, hervorhebt, oder aber Keynes⁴² im *Treatise* die Bedeutung des „Money-of-Account“ ganz an den Anfang seiner Darstellung stellt. In dieselbe Gedankenlinie ist es schließlich auch einzuordnen, wenn Leist im Anschluss an die Nennung des letzten Satzes von D. 18,1,1 pr. ausführt: „Das as der aes grave wird jetzt die Rechnungsmünze für die Römischen Schuldverhältnisse.“⁴³ Durch den von einer Währungsordnung vergebenen Wertmaßstab (*yardstick of value; unit of account, unité monétaire*) werden Preise ausdrückbar – dies stellt das nominalistische, geldrechtliche Fun-

³⁶ Zur Rezeptionsgeschichte von D. 18,1,1 pr. bei den Glossatoren, s. Ernst, in: Fox/Ernst (Hrsg.), *Money in the Western Legal Traditions*, 2016, 114 f.

³⁷ S. dazu in diesem Kontext nochmals Mommsens briefliche Einlassung, Stahl, in: FS für Karl Christ, 1988, 465 (495).

³⁸ Schulz, *Roman Classical Law*, 1951, Rn. 913.

³⁹ Dazu auch Haklai, *Money in Imperial Rome* (Fn. 35), 102 f. Streng genommen ergibt sich die Funktion als *numéraire* zu dienen nicht aus „dem“ Geld, sondern aus dem Währungssystem.

⁴⁰ Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, 2003, V. 8., IX. 1.

⁴¹ Weber, *Wirtschaftsgeschichte* (Fn. 15), 5 = MWG III/6, 85.

⁴² Keynes, *A Treatise on Money* (Fn. 5), 3–5.

⁴³ Leist, *Mancipation* (Fn. 19), 57.

dament von Preisen dar, das auch konstitutiv für den Aktstyp des Kaufs ist. All die beschriebenen Gedankenstränge treffen zusammen, wenn der Jubilar für das römische Recht knapp ausführt: „Die *emptio venditio* war als Rechtsgeschäft nur auf dem Boden der römischen Währungsordnung möglich.“⁴⁴

V. Zur „rechnerischen Rationalität“ des Kaufs

Aus einer entwicklungsgeschichtlichen Perspektive markiert der Standpunkt der Prokulianer, die Tausch und Kauf klar voneinander trennen (D. 19,4,1 pr.), den konzeptionellen Übergang von einer intransparenten Tauschwirtschaft zu einer rationalen Geldwirtschaft. Die „rechnerische Rationalität des Handelns“⁴⁵ besteht dabei zunächst augenmerklich darin, dass der Preis in den Nominalen der jeweiligen Währung festgelegt und ganz grundsätzlich das wirtschaftliche Handeln an Marktpreisen ausgerichtet werden kann. Demgegenüber ist der Tausch umständlich und wertmäßig intransparent, da die wirtschaftliche Güte eines Tauschs mit „Entgeltfunktion“ erst durch die gesondert durchzuführende Wertbestimmung der einzelnen Tauschgüter ermittelt werden kann und es so dann ggf. einer quantitativen Anpassung des Tauschverhältnisses bedarf.⁴⁶

Durch die Festlegung des Kaufpreises ist jedoch keineswegs gesagt, zu welchem wirtschaftlichen Ergebnis der Austauschvorgang im Erfüllungszeitpunkt final führt. Denn durch den Kaufpreis wird nur ein *intersubjektiver Austauschwert* zum direkten Gegenstand der vertraglichen Einigung gemacht, das finale wertmäßige Ergebnis ist hingegen abhängig vom beweglichen Marktumfeld im Erfüllungszeitpunkt.⁴⁷ Indem der Kaufpreis vertraglich festgelegt wird, wird aber zugleich implizit das Risiko von Marktpreisschwankungen symmetrisch zwischen den Parteien aufgeteilt: Der Verkäufer trägt das Risiko eines Marktpreisanstiegs über den Kaufpreis und der Käufer das Risiko eines Preisverfalls unterhalb des Kaufpreises. Eine solche ökonomisch bedeutsame Wirkung ist aber durch den Tausch gerade nicht zu erzielen.

Wie grundlegend sich Tausch und Kauf unterscheiden, zeigt eine kurze exemplarische Gegenüberstellung: Wie der Kauf regelmäßig zum Marktpreis erfolgt, wird ein „fairer“ Tausch modellartig meist als Äquivalententausch durchgeführt; es werden also mit anderen Worten wertgleiche Güter ausgetauscht. So wird z.B. 1 Rind für 3 Schafe gegeben, da wohl nach der Bewertung einer Zeit dies als ausgeglichen, angemessen und fair angesehen wird. Dieses Austauschverhältnis zu fixieren ist allerdings schwierig, da die Werte *beider* Tauschgegenstände über die Zeit variabel sind oder von vornherein ihre Werte nur schwer zu bestimmen sind. Dafür muss man sich nur in der Jetztzeit vorstellen, dass nicht lehrbuch-

⁴⁴ HRP/Ernst (Fn. 34), § 79 Rn. 86.

⁴⁵ Weber, Wirtschaftsgeschichte (Fn. 15), 5 = MWG III/6, 85; zu Inhalt und Bedeutung der Weber'schen Rationalität Flume, JZ 2020, 594 (596, 598 f.).

⁴⁶ Dazu Ernst, in: FS für Eduard Picker, 2010, 139 (142 ff.).

⁴⁷ Dazu bereits Flume, Marktaustausch (Fn. 12), 83 ff., 104 f., 257.

artig Rinder und Schafe, sondern Unternehmensanteile oder Kryptoassets ausgetauscht werden. Auch wenn die Parteien ein Austauschverhältnis ausgehandelt haben, kann im Erfüllungszeitpunkt alles anders sein. Das Unternehmen oder das Kryptoasset kann viel mehr oder viel weniger wert sein. Dies ist auch logisch, da die Parteien nur ein quantitatives Austauschverhältnis festlegen und keine Vereinbarung über den Wert treffen – also keinen Preis bestimmen. Beim Kauf ist das anders. Beim Kauf wird ein Preis festgelegt und damit ein Preisrisiko linear um den Wert des Kaufpreises herum zwischen den Parteien aufgeteilt.⁴⁸ Der Verkäufer trägt das Risiko eines Preisanstiegs über den Kaufpreis und der Käufer wiederum das Risiko eines Preisverfalls unterhalb des Kaufpreises. Wenn eine Ware z.B. für 100 veräußert wird und im Erfüllungszeitpunkt der Marktpreis der Ware bei 120 liegt, so erhält er die Ware gleichwohl für 100. Der Käufer ist *gehedged*.⁴⁹

Beim Tausch ist ein solcher Effekt hingegen nicht zu erzielen. Der Tauschvertrag ist ein Augenblicksgeschäft. Er vollzieht sich wertmäßig immer nach den Werten im Zeitpunkt des Austauschs. Dem entspricht es, wenn man einen Tauschvorgang „synthetisch“ durch zwei gegensätzliche Kaufgeschäfte „nachbaut“ und beide Parteien in dem jeweils entgegengesetzten Kaufvertrag eine *long* bzw. *short position* übernehmen und damit insgesamt die durch ein isoliertes Kaufgeschäft bewirkte Risikoverteilung „neutralisiert“ wird. Der Tauschvertrag bleibt für den Verkehr kompliziert, intransparent und wertmäßig nur beim Sofortaustausch, beim *spot contract*, fixierbar.

Vor dem Hintergrund des nominalistischen Fundaments der Preise und der beschriebenen „rechnerischen Rationalität“ der auf dem Kaufvertrag aufbauenden Geldwirtschaft muss nicht aus der Sicht des betrachtenden Rechtshistorikers⁵⁰, aber aus der des wirtschaftlich-funktional analysierenden Juristen die naturalistische Betrachtungsweise der Sabinianer, nach der auch der Tausch Kaufnatur habe, da die Zahlung neben einer Geldzahlung auch in anderen Dingen bestehen kann, im Vergleich zum Standpunkt der Prokulianer als geradezu wirtschaftlich naiv gelten. Denn die Idee des Geldes lässt sich nicht durch die sachenrechtliche Betrachtung der Münze, sondern durch die Ermöglichung nomineller Geldpreise erfassen.

VI. Zum Rückfall in die Tauschwirtschaft im digitalen Zeitalter

Kann eine Sache X für einen Bitcoin „verkauft“ werden? Die Sabinianer würden dies wohl bejahen, während die Prokulianer dem widersprechen würden,

⁴⁸ Ausführlich *Flume*, Marktaustausch (Fn. 12), 114 ff.

⁴⁹ Auf diesem Wirkungsmuster aufbauend wird in der frühen Neuzeit der Terminhandel an der Börse konstruiert; ausführlich zur Amsterdamer Börse des 17. Jahrhunderts *Flume*, in: De Ruyscher/Nijman (Hrsg.), Amsterdam: Sovereignty and Legal Agency of a Commercial City (17th Century), (erscheint 2026); und breiter *ders.*, Marktaustausch (Fn. 12), 199 ff.

⁵⁰ Vgl. zu „Teilnehmenden Juristen und beobachtenden Rechtshistorikern“ *Ernst*, Vom Recht in der Weltgeschichte, 2023, 27 ff.

da *pretium* und *merx* nicht unterschieden werden können. Denn ein Kaufpreis i.S.d. § 433 Abs. 2 BGB kann – wie es auch der h.L.⁵¹ zum geltenden BGB entspricht – nur in den nominalen Währungseinheiten des Euro oder einer ausländischen Währung bestimmt werden. Dies entspricht auch der wirtschaftlichen Einordnung des Bitcoins als (vermeintlichem) „digitalem Gold“: Es handelt sich um einen äußerst volatilen Vermögenswert, der weniger als Zahlungsmittel, sondern vielmehr als Spekulationsobjekt gehandelt wird. Als Gegeneinwand könnte man jedoch vorbringen, dass es den Parteien frei stehen muss zu wählen, welches *numéraire* für die Kauftransaktion zur Bestimmung des Kaufs gewählt wird: Die Sache X soll 1 oder 2 BTC kosten. Wäre das nicht der Ausdruck der Vereinbarung eines Preises? In diesem Sinne könnte man aber auch in jedem Fall der Verwendung von Warengeld (*commodity money*) argumentieren: Die Sache X wird für 1 oder 2 Goldmünzen, 10 Rinder etc. „verkauft“. Sind wir damit wieder am Anfang der Geschichte angelangt? Die sog. „Kryptowährungen“ stellen unser Verständnis des Geldes in zweierlei Hinsicht auf die Probe: Es wird *erstens* die politische Idee des Geldes als ausschließliche Regelungsbefugnis des souveränen Staates in Frage gestellt und wir müssen uns *zweitens* über den Inhalt und die Arten der Erfüllbarkeit einer Geldschuld vergewissern.

VII. Staatliche Währungssouveränität

In der Zeit der technischen Moderne wird das Grundverständnis des Geldes als Kernaufgabe des Staates herausgefordert, wenn politisch nicht rechenschaftspflichtige Tech-Giganten – wie im Fall von Facebook (aka Meta) und der Idee einer „Kryptowährung“ Libra (aka Diem) – das staatliche Währungsmonopol übernehmen wollen. Aus der Perspektive der staatlichen Rechtsordnung unter Geltung der *Staatlichen Theorie des Geldes* sind die Dinge im Ausgangspunkt formal recht klar: Preise können nur in dem *numéraire* einer staatlichen Währung ausgedrückt werden. Die vermeintlichen sog. „Kryptowährungen“ sind ihrer wirtschaftlichen Beschreibung nach nichts weiter als wirtschaftlich volatile und auf kryptographischen Verfahren aufbauende Vermögenswerte und stellen sicherlich keine Währung dar. Der Bitcoin kann als solcher zwar in Euro oder Dollar gekauft werden, wird hingegen der Bitcoin als Zahlungsmittel für einen anderen Gegenstand gewählt, so sind wir bei der anders gelagerten wirtschaftlichen Rationalität des Tausches. Würde ein Staat nun theoretisch eine private sog. „Kryptowährung“ zum staatlichen Geld erklären, so könnten in diesem Staat Preise in dem jeweiligen *numéraire* – was bei den acht möglichen Dezimalstellen des Bitcoins als praktisch kaum implementierbar erscheint⁵² – ausgedrückt werden. Wirtschaftlich wäre dies aber ein Rückschritt in das Mittelalter, da man wieder das Geld auf einem rivalen und volatilen Vermögensgut aufbauen würde. Auch würde sich ein solcher Staat der Möglichkeit berauben, Geldpolitik zu be-

⁵¹ S. nur *Langenbucher*, AcP 218 (2018), 385 (413 ff.); *Omlor*, ZHR 183 (2019), 294 (329 f.).

⁵² Dazu *Flume*, in: FS für Constanze Fischer-Czermak, 2024, 169 (170).

treiben.⁵³ Wem wollen wir also die Aufgabe übertragen, über die *unit of account* als zentralen Ankerpunkt für einen Wirtschaftsraum zu bestimmen, dem Staat oder den privaten Akteuren? Für Mommsen war die Antwort klar: Nur der Staat sollte aus den „Erwägungen des Gemeinwohls“⁵⁴ heraus diese politische wichtige Aufgabe wahrnehmen.

VIII. Geld, Geldschuld und Zahlungsmittelhierarchie

Ein anderer Weg, die sog. Kryptowährungen dem Geld zu unterstellen, könnte darin bestehen, diese zum Zahlungsmittel und tauglichen Erfüllungsgegenstand einer Geldschuld zu erklären, da durch sie eine entsprechende „Vermögensmacht“ übertragen wird. Argumentativ würde dies kein Novum darstellen, da seit der Ausbreitung des Giroverkehrs darum gestritten wird, ob nicht Buchgeld dem Bargeld gleichzustellen sei, da es ein weithin akzeptiertes Zahlungsmittel darstelle.⁵⁵ Unabhängig davon, welches Zahlungsmittel – Buchgeld oder Bitcoin – dem Bargeld gleichgestellt werden soll, ist der strukturelle Aufbau des Arguments jedoch geradezu verwunderlich nicht-juristisch, da aus einer empirischen Anschauung eine rechtlich relevante Aussage für die Ausgestaltung des Erfüllungsrechts getroffen wird. Eine rechtlich belastbare Aussage lässt sich nur gewinnen, wenn man einer der freilich vielfach angefeindeten Kernaussagen Manns in *The Legal Aspect of Money* folgt, nach der Geld nur die gesetzlich definierten Zahlungsmittel (*legal tender*) sind. Was als gesetzliches Zahlungsmittel gilt, wird durch die Ausgestaltung des Rechtsinstituts des Zwangskurses, des Annahmewangs, des *cours forcé*, *corso legale* oder des gesetzlichen Kurses bestimmt.⁵⁶ In Europa sind dabei vorwiegend zwei legislative Regelungskonzepte anzutreffen: Entweder können die Regelungen zum Annahmeverzug den das Privatrecht flankierenden währungsrechtlichen (nationalen bzw. unionalen) Normen entnommen werden (Art. 128 AEUV, siehe aber auch historisch Absatz 9 der Promulgationsklausel zum ABGB 1811), oder die nationalen Privatrechtskodifikationen sehen spezielle Regelungen vor (vgl. § 907a ABGB, § 6a KSchG, Art. 1277 Codice civile, Art. 84 OR). Das staatliche Bargeld ist danach, sollten die Zahlungsmodalitäten als Teil der *naturalia negotii* nicht privatautonom abweichend geregelt sein, das *primäre* Erfüllungsmittel der Geldschuld. Anders aber noch als im 19. Jahrhundert wird heute das Bargeld als Erfüllungs-

⁵³ Dazu Rogoff, *The curse of cash*, 2016, 209 f.

⁵⁴ Mommsen, *Das Geld* (Fn. 7), 250 = Grenzboden XXII. (1863), 381 (385). S. auch dazu thematisch Mann, *Legal Aspect of Money* (Fn. 9), 14 f.; Hermann, *Währungshoheit, Währungsverfassung und subjektive Rechte*, 2010.

⁵⁵ Vgl. als einer der Ersten Isele, *AcP* 129 (1928), 129 ff.; dazu Mann, *Legal Aspect of Money* (Fn. 9), 79 f.; Omlor, in: Staudinger (2024), Vorbem zu §§ 244–248 Rn. B84 („antiquierte[r] Geldbegriff“); Proctor, *Mann and Proctor on the Law of Money* (Fn. 11), Rn. 1.74.

⁵⁶ Dazu Nußbaum, *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*, 1925, 22 ff.; Mann, *Legal Aspect of Money* (Fn. 9), 43; Beck, *Gesetzliche Zahlungsmittel und Annahmewang*, 2022; ferner davor insb. Goldschmidt, *Hdb HR I/1* (Fn. 3), § 99, 1, 1119, 1136, 1141 ff.

mittel teilweise als taugliches Zahlungsmittel sektoriell ausgeschlossen (wie z.B. § 16a Geldwäschegesetzes [GwG]), oder aber beispielsweise in Österreich die Zahlung mit Buchgeld im Verbrauchergeschäft nach § 6a KSchG als weiteres Zahlungsmittel zwingend vorgesehen. Mit solchen Regelungen wird eine besondere Zahlungsmittelhierarchie etabliert. Es wird (dispositiv oder zwingend) die Hierarchie und Bandbreite sämtlicher Zahlungsmittel definiert, mit denen eine Geldschuld erfüllt werden kann. Durch solche Regelungen werden aber die jeweiligen Zahlungsmittel selbst nicht zu Geld erkoren. Vielmehr enthalten sie Verweisungsnormen auf das spezifische Recht des jeweiligen, vom Geld zu unterscheidenden, Erfüllungsmittels.

IX. Schluss

Das Geld ist für mich wie ein Bild von Giacometti.⁵⁷ Mich fasziniert weniger die Münze, das Objekt, sondern vielmehr die Abstraktion von der Münze, wie sich aus der Münze die Geldordnung entwickelt hat. Die Erfindung des Geldes bedeutet, die Münze gedanklich auszublenden. In einer staatlichen Währungsordnung können wir *merx* und *precium* unterscheiden. Der Kaufpreis ist unverrückbar fixiert und nur der Warenpreis kann fluktuieren. Wenn demgegenüber heute von sog. Kryptowährungen die Rede ist, wird damit eine seit Jahrtausenden gewachsene Ordnung des staatlichen Geldes in Frage gestellt, die Geldpolitik in die falschen Hände gelegt und meist nicht erkannt, dass wir in eine intransparente Tauschwirtschaft zurückfallen würden.

⁵⁷ Alberto Giacomettis Verständnis davon, wie die technische Moderne die Gesellschaft im 20. Jahrhundert verändert hat, lässt sich in den Dialogen mit dem japanischen Übersetzer und Philosophen *Isaku Yanaihara*, Mit Alberto Giacometti, 2018, nachlesen.

Homer, Paul, and the Evolution of Economic Exchange¹

David Fox

I. Introduction

The opening text of Book XVIII of the *Digest*, on the contract of purchase, quotes an excerpt from Paul's *Commentary on the Edict*.² In this text, Paul develops a legal test for distinguishing two kinds of contractual exchange: sale and purchase (*emptio et venditio*) on the one hand and barter (*permutatio*) on the other. As Paul defines it, sale and purchase consists in one party paying a money price in exchange for the thing that is promised and delivered by the other party. By contrast, a barter is a transaction where the parties exchange two non-monetary things.

Paul goes on to develop a sharp definition of money for the purposes of his rule. The monetary price should consist in coins (*nummi*) struck in authorised form by the public mint.³ For Paul, the delivery of coined money on one side of the exchange marks the identifying characteristic of a contract of sale and purchase.⁴

Justinian authoritatively accepted Paul's view.⁵ His ruling put beyond dispute that barter and sale and purchase were distinct contracts in the revived Roman law of the sixth century AD, and that each had to be enforced by its own distinct actions.⁶ In so ruling, he settled an old disagreement between the Sabinian and Proculian schools of juristic thought.⁷

All this is familiar in studies of Roman contract law. However, one curious feature of the text is that Paul cites three passages from Homer's epics *The Iliad* and *The Odyssey* to support his argument. He says they are all instances of *permutatio* rather than *emptio et venditio*, presumably since neither party to the exchange handed over any coined money. He disagrees with Sabinus who had

¹ The author is grateful to Tim Draband LL.M. for research assistance and to Professor Alexandra Braun for her comments on an earlier version of this chapter.

² Paul. 33 ed. D. 18, 1, 1.

³ Paul. 33 ed. D. 18, 1, 1, pr.

⁴ For the text in the context of Roman monetary law, see Thomas Rüfner, 'Money in the Roman Law Texts' ch 6 in David Fox and Wolfgang Ernst (eds), *Money in the Western Legal Tradition* (OUP 2016).

⁵ Inst. 3, 23, 2, noting that Paul's view had been accepted by earlier, unnamed emperors.

⁶ Paul. 32 ed. D. 19, 4, 1, pr.; Paul. 5 quaest. D. 19, 5, 5, pr.–1 (enforcement by *actio praescriptis verbis* or *actio in factum*).

⁷ Inst. 3, 23, 2–3; see also Gai. 3, 141.

referred to one of these texts to illustrate his own view that purchase and barter were the same kind of transaction. According to Paul, whatever might have been the looser ordinary usage in the past, the categories of exchange transactions in his own time had evolved into distinct contracts. Justinian's ruling put this beyond argument.

Paul's use of those Homeric texts is the subject of this chapter.⁸ At one level, the texts are problematic as sources to support his argument about legal categorisation in the Roman law of contract. Coined money had not been invented when Homer composed *The Iliad* and *The Odyssey* in the early decades of the eighth century BC. Still less could it have existed at the time of the Trojan war and the journey of Odysseus that Homer projected into an imagined era many generations earlier. The texts present a curious anachronism. Paul could not make a like-for-like comparison between forms of exchange happening at such markedly different stages of economic development. They could not prove a legal distinction between sale and purchase on the one hand and barter on the other.

At another level, once the Homeric texts are read in their full context they become strongly suggestive of other monetary functions. The texts show how people in Homer's own time might have acquired the things they needed by making transactional exchanges without offering coined money. The parties found ways of reducing their exchanges to a balanced equivalence even if neither of them was tendering coin to the other. That is the subject of Part III of this chapter.

At another level still, the three texts illustrate the markedly different motivations for exchanging valuable things in the Homeric era. One consequence of the invention of coined money and of obligations denominated in monetary units was the gradual emergence of a distinctively commercial domain of social activity. The motive of monetary gain allowed specialised ideas of commercial exchange to be separated from more general ideas of social reciprocity. Parts IV–V of the chapter thus explain the three texts as instances of a pre-coinage 'embedded' economy, of the kind described by the economic historian Karl Polanyi, and then theorised into a typology of reciprocities by the anthropologist Marshall Sahlins. Transactions that Paul grouped together as *permutatio* might have been treated as distinct by the social and economic lights of Homer's own time.

⁸ For previous studies, see David Daube, 'The Three Quotations from Homer in Digest 18. 1, 1, 1' (1949) 10 CLJ 213 (considering the ambiguity in the Latin translations as meaning either uncoined or coined bronze); and Peter Blaho, 'Abgrenzung zwischen Kauf und Tausch in der Dichtung des Homer' in Eva Jakab and Wolfgang Ernst (eds), *Kaufen nach Römischen Recht* (Springer 2008) 53–60 (considering the indeterminacy of the Greek words used as support for the school dispute).

II. The three Homeric texts⁹

Paul's first Homeric text was also the one cited by Sabinus to support his view that a contract of purchase might include the exchange of one non-monetary thing for another. Drawn from Book VII of *The Iliad*, it describes a transaction by the Achaean armies to acquire quantities of wine sent to them from the isle of Lemnos.¹⁰ The wine was to be drunk at a funeral feast to commemorate the slain Achaeans whose bodies had been gathered from the battle plain before Troy.

enthen oinizonto karê komoôntes Achaioi,	The long-haired Achaeans came there to the harbour to trade for wine,
alloi men chalkôi, alloi d'aithôni sidêrôi,	some trading with bronze, some gleaming iron,
alloi de rinois, alloi d'autêisi boessin,	some with cattle hides, and some living cattle,
alloi d'andrapodessi: [...]	and others with human captives [...]

Table 1: Il.7.472–475.

The text describes an exchange of metals, hides, cattle and human captives in return for great quantities of wine. The lexicographical form of the key verb in the passage is *oinizomai*. Although some English translations render it as 'bought' wine¹¹ (which has confusing connotations of acquisition in a monetary transaction), it has a more neutral meaning, referring to any transaction where one person procures wine from another. The Latin translation of the Greek *chalkeiôn* as *aes* further confuses the meaning of the text by implying to a Roman reader that, among the various things provided, the Achaeans might have given coined bronze money for the wine.¹² That would involve a double-misreading. Not only were coins invented after Homer's time but bronze coinage was a feature of the early Roman monetary system (whereas the earliest Hellenic coinages were struck from electrum, gold or silver).¹³

The second Homeric text was one sourced by Paul himself as an example of *permutatio*. It is taken from Book VI of *The Iliad*, and describes an exchange of armour between combatants on the battle plain before Troy.¹⁴ The hero Diomedes, fighting for the Achaeans, pauses in the slaughter to challenge Glaucus, a Lycian noble fighting as an ally to the Trojans. They exchange long speeches, which explain their genealogy and their status as guest-friends (*xeinos patrôios*)

⁹ Quotations are taken from David Binning Monro and Thomas William Allen (eds), *Homeri Opera*, vols 1, 3 (3rd edn, Clarendon Press 1920).

¹⁰ Il.7.472–475.

¹¹ See *Homer: The Iliad*, vol 1 (B Knox ed, Loeb 1978) Book VII at p 337; and Richmond Lattimore (tr), *The Iliad of Homer* (1951, Harper 1961) Book VII at p 180.

¹² See the Theodor Mommsen and Paul Krüger edition, *Paul.* 33 ed. D. 18, 1, 1, 1 (fn 2); and Daube (fn 9).

¹³ Andrew Burnett, *Coinage in the Roman World* (Seaby 1987) ch 1; Colin Kraay, *Archaic and Classical Greek Coins* (University of California Press 1976) ch 2.

¹⁴ Il.6.232–236.

established through the hospitality shown by Diomedes' forebear, Oeneus, to Glaucus' grandfather, Bellerophon. Diomedes and Glaucus swear a personal truce and exchange gifts of their armour.

Hôs ara phônêsante, kath' hippôn aixante,	When they had so spoken, they both leapt from their chariots,
cheiras t'allêlôn labetên kai pistôsanto:	took each other by the hand and swore oaths:
enth' aute Glaukôi Kronidês phrenas exe- leto Zeus,	but then Zeus son of Cronus took away Glaucus' wits
hos pros Tudeïdên Diomêdea teuche' ameïbe	and he exchanged his armour for the arm- our of Diomedes, son of Tydeus,
chrusea chalkeiôn, hekatombôi' enneaboi- ôn.	gold for bronze, a hundred cattle-worth for nine.

Table 2: Il.6.232–236.

The lexicographical form of the verb describing the transfer made by Glaucus is *ameibô*, which in its core meaning is translated as 'exchange (with another)'.¹⁵ Glaucus' act of panicked folly was to give away his golden armour worth a 100 head of cattle in exchange for Diomedes' bronze armour worth just nine.

Paul's citation of the text draws on a well-known literary trope. The seeming inequality of Diomedes' and Glaucus' exchange has been a subject of debate since antiquity.¹⁶ To Aristotle, for instance, it raised the question whether an objectively disadvantageous act could ever be unjust if the person performing it acted voluntarily.¹⁷ The text also appears at the opening of Justinian's *Corpus Juris*. It is quoted in the *Constitutio Omnem* addressed by Justinian to his professors of the law who would then use the compilation to provide a structured education for their students. Bronze for gold becomes a metaphor for Justinian's replacing the confusion of the old law books with the ordered clarity of the new *Corpus Juris*. This is for him a kind of *permutatio* yielding a gain.¹⁸

Paul's third, very brief, reference to Homer is taken from the end of Book I of *The Odyssey*. The three words quoted (*priato kteastessin heoisi*) are extracted from a longer passage telling how Odysseus' father, Laertes, had obtained a captive woman, Eurycleia, for his household many years earlier.¹⁹ Eurycleia was an enslaved daughter of a nobleman. Laertes acquired her in exchange for

¹⁵ Richard John Cunliffe, *A Lexicon of the Homeric Dialect* (first published 1924, University of Oklahoma Press 1963) 25. In other contexts, the meaning extends to making a spoken reply in a verbal exchange of words.

¹⁶ The exchange of armour between Diomedes and Glaucus was widely known in the Greek and Roman literature of classical antiquity. For a summary of the classical sources, see William Musgrave Calder III, 'Gold for Bronze: *Iliad* 6.232–36' in Alan Lindley Boegehold et al. (eds), *Studies Presented to Sterling Dow on His Eightieth Birthday* (Duke University Press 1984) 31–35.

¹⁷ Ar. Nic. Eth. V.9, 1136b.

¹⁸ Const. *Omnem*, 11.

¹⁹ Od.1.428–431.

a quantity of his own possessions and made her nurse to the young Odysseus. Eurycleia's unflinching devotion carried over to the next generation. She became the nurse to Odysseus' own son, Telemachus, and was still doting on him as a young man at the start of the epic. Eurycleia later played an important part in the narrative. She was one of the first members of the household to whom Odysseus disclosed his identity when he returned home to Ithaca.²⁰

Tôi d'ar' ham aithomenas daïdas phere kedna iduia	A loyal slave, Eurycleia, the daughter of Ops son of Peisenor,
Euruklei', Ōpos thugatêr Peisênoridao,	carried the flaming torches before him.
tên pote Laertês priato kteatessin heoisi,	Laertes acquired her with his own goods
prôthêbên et' eousan, eeikosaboia d'edô- ken	when she was still in the prime of her youth, giving twenty cattle-worth for her.

Table 3: Od.1.428–431

The transaction where Laertes acquired Eurycleia is carefully explained. The verb *priamai* and its related noun form *ônos* refer to acts of acquisition in a reciprocal transaction. As a noun it can sometimes indicate the thing given in return by the person who acquires the main object of a transaction, such as the ransom given for releasing a captive.²¹ Some translations render the key words in this passage as 'bought with his own possessions'.²² While this captures the meaning of an acquisition by exchange, the reference to buying again raises confusing connotations of acquisition with coined money. The possessions (*kteatessin*) which Laertes gave in exchange would have been any objects of patrimonial wealth. They would have derived their value from the possibility of being given in commercial exchange. The possessions he parted with were not necessarily a herd of twenty cattle. *Eeikosaboia* is a compound adjective, indicating a generic unit of multiple value. The possessions, whatever they were, might be understood more accurately as 'twenty cattle-worth', just as Glaucus' golden armour was '100 cattle-worth' and Diomedes' bronze armour just 'nine cattle-worth'.

III. Valuation by head of cattle

All three texts illustrate aspects of exchange transactions before the invention of coined money in the eastern Mediterranean. The first electrum coins were struck in the cities of Asia Minor about 600 BC.²³ Harder to pinpoint is the dating of Homer's composition of *The Iliad* and *The Odyssey*, although modern interpretations set that in the range c 750–740 BC.²⁴ While the stories told in the epics are

²⁰ Od.19.467–475.

²¹ See Cunliffe (fn 15) 426.

²² See Richmond Lattimore (tr), *The Odyssey of Homer* (1965, Harper 1975) Book I at p 430.

²³ Kraay (fn 13) ch 2.

²⁴ For a survey of the competing evidence and its interpretation, see Robert Lane Fox, *Homer and His Iliad* (Penguin 2023) ch 15.

works of mythical invention, the mainstream view has settled that they at least present a tenable view of the social and economic practices of Homer's own day, which was some 150 years before coins appeared.²⁵

Even if they had no coins to spend, the people of Homer's time did not wholly lack in monetary concepts. It was common in ancient economies for the distinct monetary functions of denominator of value and medium of exchange to be performed by different kinds of thing.²⁶ An exchange might look outwardly like a simple barter – with goods given in return for other goods – but the valuation which fixed the equivalence of the exchange was set in customary units. Head of cattle served as a denominator of value, at least for goods of high worth. The advance made by coinage, as Paul recognised, was that the thing offered by the 'buyer' was at once the medium for performing one side of the exchange and a representation of the abstract value exchanged in the transaction. It necessarily ensured the direct equivalence of the exchange.²⁷

The works of Homer are replete with examples of cattle valuation, alongside those quoted by Paul.²⁸ At the funeral games of Patroclus in Book XXIII of *The Iliad*, the prizes include a huge tripod valued at twelve head of cattle and a skilled serving woman valued at four.²⁹ (The high price of twenty cattle-worth offered by Laertes for Eurycleia doubtless reflected her elevated social status in her former life and the strength of his attraction to her.) As elsewhere, the valuation is expressed as a compound adjective: *duōdekaboion* and *tessaraboion*, respectively.

We need not suppose that there had been earlier transactions where herds of cattle were delivered in return for the forging of the tripod or for the ownership of the serving woman. (She at least would have been one of the sad spoils of sacking another city.) A counter-performance denominated in cattle need not imply that live cattle were the actual subject of the counter-performance. As seen in the wine transaction, many kinds of possession, aside from live cattle, might have been offered. The same must be true for the respective valuations of Glaucus' and Diomedes' armour. However, the economist Adam Smith might later have understood their exchange,³⁰ the text surely refers to the value of the armour not the form of any earlier transaction by which Glaucus and Diomedes procured the armour from its maker. In other contexts, a ritual sacrifice of enormous value was known as a *hekatombê* (literally a '100 cattle-worth'), whatever animals might have gone to the slaughter.³¹ Even things belonging to the gods

²⁵ Moses Israel Finley, *The World of Odysseus* (1954, Bernard Knox ed, New York Review of Books 2002) esp xix–xxi and Appendix I.

²⁶ David Schaps, *The Invention of Coinage and the Monetization of Ancient Greece* (University of Michigan Press 2002) ch 2.

²⁷ [P]ublica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret: Paul. 33 ed. D. 18, 1, pr.

²⁸ Schaps (fn 26) ch 5.

²⁹ Il.23.702–705.

³⁰ Adam Smith, *The Wealth of Nations*, Book I (first published 1776, Edwin Robert Anderson Seligman ed, Everyman 1910) ch 4, 20.

³¹ Il.1.309, 315.

might be open to valuation by head of cattle. Each of the hundred golden tassels on the *aegis* cloak worn by Zeus and Athene was valued at 100 cattle-worth.³² It would be unreal to suppose that these leading figures in the Olympian family had made a cattle trade with the divine goldsmith who forged the tassels.

IV. A scheme of reciprocity in exchange

Paul explains all three of the exchanges in the Homeric texts as instances of *permutatio*. That characterisation seems accurate enough if we focus only on the material things passing each way between the parties. But that view would overlook the non-material differences among them, which in Homeric times would have separated the transactions into distinct kinds of exchange. The transactions had different motivations which would have placed them in distinct domains of social activity. The distinctions among them become still more blurred if we translate *permutatio* simply as ‘barter’, which has connotations of a commercially-motivated exchange, one that differs from purchase only in the absence of money.

In *Stone Age Economics* (1972), the anthropologist Marshall Sahlins proposed a scheme to characterise the reciprocal exchanges of material resources in primitive societies. Resources were generally distributed through socially embedded networks of gift.³³ The cohesion of the network depended on expectations of reciprocity among the participants. The beneficiary of the gift was always bound to reciprocate in some way, although the content, value and immediacy of the return might differ from one type of transaction to another. Material transactions could rarely be treated in isolation: every one of them was, as Sahlins explained, ‘a momentary episode in a continuous social relation’.³⁴

Sahlins developed a line of thought traceable from Marcel Mauss’ classic work *The Gift* (1925).³⁵ Mauss emphasised that all gifts are made in the context of shared expectations of reciprocity. The transfer of wealth or property in the object of the gift was only one element of a ‘total’ social phenomenon.³⁶ This social view of primitive economies found its clearest expression in Karl Polanyi’s *The Great Transformation* (1944).³⁷ Polanyi argued that Adam Smith’s explanation of market economies based on man’s natural propensity for ‘barter, truck and exchange’ – all motivated by economic self-interest – was a misreading of the past, whatever influence Smith’s theory might then have exerted on the eco-

³² Il.2.449.

³³ Marshall Sahlins, *Stone Age Economics* (first published 1972, Routledge 2004) ch 5.

³⁴ *ibid* 185–186.

³⁵ Marcel Mauss, *The Gift: Forms and Functions of Exchange in Archaic Societies* (first published 1925, Mary Douglas ed, Taylor and Francis 2002).

³⁶ *ibid* ch 1.

³⁷ Karl Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Times* (first published 1944, Fred Block ed, Penguin 2024).

conomic thinking of the 19th and 20th centuries.³⁸ The ‘functions of a [pre-modern] economic system proper were completely absorbed by the intensively vivid experiences which offer superabundant noneconomic motivation for every act performed in the frame of the social system as a whole.’³⁹ Like Mauss, Polanyi’s understanding of the pre-modern, pre-market world was one where the economy was embedded in social relations. This contrasted with the understanding that took hold during the nineteenth century that ‘social relations [were] embedded in the economic system’,⁴⁰ which left them subsidiary to impersonal market forces as the means of distributing resources.

Sahlins’ advance was to explain all instances of material exchange as degrees on a continuous spectrum of reciprocity. The spectrum began with what he called ‘generalised reciprocity’ at one end, which gradually blended into ‘balanced reciprocity’ near the centre, and then ended with ‘negative reciprocity’ at the opposite extreme. The following summary can provide only the barest outline of the many dimensions to Sahlins’ scheme.

Generalised reciprocity referred to the kind of transaction closest to pure gift. The voluntary sharing of food among kinsmen or the nurturing of children in a household were the clearest examples. Here the compelling social motives for the transaction subsumed any material reasons for making it. The expectation that the beneficiary of the gift would reciprocate was real but wholly indefinite in content – it was ‘not stipulated by time, quantity or quality’.⁴¹ Children would grow up, and one day they would provide work and care in support of their parents but neither side kept any careful reckoning of the benefits due from the other.

Balanced reciprocity indicated a direct exchange. Here the return for the gift was made without delay and in the customary equivalent of the thing first given. Balanced transactions would generally occur among participants who were at some distance from each other, such as where they belonged to different households or kinship groups. Distinctively commercial reasons might sometimes impinge upon balanced transactions but the reinforcement of social bonds was no less important in motivating them. Instances of balanced reciprocity included the range of transactions where useful goods were traded by people unrelated through kinship or tribal ties. It might also include ritualised gift exchanges between friends or allies.

Negative reciprocity tended to be found among people who were socially distant from each other and who held opposing interests. Transactions at this end of the spectrum were conducted with a view to ‘net utilitarian advantage’.⁴² At the more sociable end of the negative range, negative reciprocity might show some features of a balanced exchange, as where parties made an arms-length barter of goods to maximise their personal gain. At the more extreme end, it would extend

³⁸ *ibid* 50.

³⁹ *ibid* 56.

⁴⁰ *ibid* 66.

⁴¹ Sahlins (fn 33) 194.

⁴² *ibid* 195.

to raiding a stranger's livestock or sacking a city for plunder. The reciprocity here involved an expectation of a counter-raid or retribution.

V. Reciprocity in Paul's Homeric texts

Polanyi's 'embedded' economy and Sahlins' scheme of reciprocities have been influential in shaping understandings of the ancient economies of the Mediterranean and Near East. They have served as models for framing the allocation of material resources in the pre-coinage economy of the Homeric era.⁴³ For present purposes, they bring to light the non-material context to the three Homeric texts cited by Paul. They show the subtle differences among the transactions in their personal motivation and social context which are obscured by the simple characterisation of them all as *permutatio*.

The first transaction where the Achaeans procured wine and the third where Laertes obtained Eurycleia are the most alike of the three. Each falls in the range of balanced reciprocity, though they also have elements of utilitarian self-interest that bring them nearer the negative end of the spectrum. They may fairly be described as barter in the modern sense. Each shows an obvious commercial motive.

Both transactions are immediate exchanges, or at least ones where the counter-performance by the beneficiary was expected very soon afterwards. This is consistent with the more distant familiarity between the parties and, consequently, the lower levels of trust between them. Homer describes the trade for wine happening at the harbour, with the Achaeans producing their useful metals, hides, cattle and human captives at the same time as the wine is being unloaded from the ships. When Laertes acquired Eurycleia, he might have needed a little time to assemble the 20-cattle worth of belongings from his storeroom, and presumably the traders he dealt with had to be satisfied that they were a proper equivalent to the agreed cattle 'price'. Nonetheless, the deal was promptly closed, and once it was done neither side owed any continuing duties to the other. These were one-off transactions that might never need to be repeated.

Both transactions are entered into at arms length between people who were relative strangers. If Laertes acquired Eurycleia from traders who dealt in en-

⁴³ Karl Polanyi, 'Aristotle Discovers The Economy' ch 5 in Karl Polanyi, Conrad M Arensberg and Harry W Pearson (eds), *Trade and Market in the Early Empires* (Free Press 1957); Karl Polanyi, 'The Economy As Instituted Process' ch 13 in Karl Polanyi, Conrad M Arensberg and Harry W Pearson (eds), *Trade and Market in the Early Empires* (Free Press 1957); Moses Israel Finley, *The World of Odysseus* (first published 1954, New York Review of Books 1982) chs 3–4; Moses Israel Finley, *The Ancient Economy* (Ian Morris ed, Penguin 1985) ch 1; Sitta von Reden, *Exchange in Ancient Greece* (Duckworth 1995) Introduction, chs 1–3; Richard Seaford, *Money and the Early Greek Mind: Homer, Philosophy, Tragedy* (Cambridge University Press 2004) ch 2; Sitta von Reden, *Money in Classical Antiquity* (Cambridge University Press 2010) Introduction; Walter Donlan, 'Reciprocities in Homer' (1982) 75 *Classical World* 137; Walter Donlan, 'The Homeric Economy', ch 28 in Ian Morris and Barry Powell (eds), *A New Companion to Homer* (Brill 2011).

slaved captives (which seems likely), then they would have been fully outside the range of Laertes' household or kinship alliances. Commercial trade, as we might now understand it, was reserved in Homeric society for deals with foreigners. Traders were generally held in contempt by the elites, who would never stoop to trade for a living.⁴⁴ The elites preferred to get the resources they needed by production in their own households, receiving tribute gifts from their subordinates, making gift-exchanges with their social equals, and by plunder in war.

There are nonetheless shades of difference between the transaction for Eurycleia and the one for the wine. The presence of professional traders in the Eurycleia transaction brings it closer to the negative end of the spectrum while the transaction where the Achaeans acquired wine is less clearly so. The wine was not provided by traders but by a certain nobleman, Euneus of Lemnos. He seems to have been an ally of Agamemnon and Menelaus, the leaders of the Achaean armies. A political friendship motivated the transaction. Homer mentions as an aside that Euneus sent a separate consignment especially for Agamemnon and Menelaus to drink and distribute.⁴⁵ There is no mention of the leaders themselves making a direct return of goods in exchange for it. Their consignment seems to have come on more open terms than the one intended for the Achaean allies and subordinates for whom Euneus might have felt less allegiance.

The exchange of armour between Diomedes and Glaucus falls in an entirely different range of Sahlins' spectrum. True, it would be characterised as a balanced exchange but the motivation and the subject matter take it closer to the generalized end of a balanced exchange. The transaction is a double-layered exchange of gifts to reaffirm a long-standing social bond between two men of high social status.⁴⁶ Narrow economic motives do not figure in it. The transaction is outside the domain of utilitarian trade.

Although Diomedes and Glaucus had not met before, they were linked by an inherited relationship of guest-friendship (*xeinos patrôios*) between Glaucus' grandfather Bellerophon and Diomedes' forefather Oeneus.⁴⁷ This is the first layer in explaining the exchange. Oeneus had once offered hospitality to Bellerophon in his house. In a world where foreign communities treated one another as strangers (and presumptively as enemies), guest-friendship was a valued exception to the ordinary norm. Hospitality to visiting strangers was a divine duty overseen by Zeus. Any failure of hospitality breached one of the few expectations of civilised humanity that were shared across all peoples. The breach justified retribution, if not by Zeus himself then possibly by the guest who had

⁴⁴ Donlan, 'Homeric Economy' (fn 43) 651–659.

⁴⁵ Il.7.470–471.

⁴⁶ See especially Finley, *World of Odysseus* (fn 43) 99–104; Donlan, 'Reciprocities in Homer' (fn 43) 148–151; Walter Donlan, 'The Unequal Gift Exchange between Glaucus and Diomedes in the Light of the Homeric Gift Economy' (1989) 43 *Phoenix* 1.

⁴⁷ Il.6.215–217.

put himself at the mercy of his host, only to find himself spurned.⁴⁸ At a personal level, guest-friendship brought the visitor within the temporary protection of the host's household. It had a larger political significance too. The Homeric world was one of fragmented communities where a king's power and external influence depended on his personal prestige. Guest-friendship among people of high social standing established alliances among communities.

The host and guest would symbolise their relationship by exchanging precious gifts. Thus Oeneus gave Bellerophon 'a shining belt adorned with purple' and Bellerophon gave a double-handled golden cup in return.⁴⁹ Seen in purely material terms, these exchanges circulated valuable treasure among social elites, something like the movement of sovereign capital among modern states. In that sense, it served an economic function. But the gift objects enjoyed a status that lifted them above regular trade or ordinary estimations of value. The stories surrounding the acquisition of the gifts gave them their own identity. Diomedes tells Glaucus that he had left Bellerophon's cup at home when he left for the war – he clearly knew it by sight. The cup had a lineage that marked it out from ordinary goods, just as Diomedes' and Glaucus' respective lineages excepted them from the enmity due between Achaeans and Trojan allies.⁵⁰

The second layer to the transaction between Diomedes and Glaucus is the actual exchange of their own armour. It reaffirms their forebears' guest friendship and marks a new personal peace between them. Diomedes proposes that they will not fight each other (though he adds the grim heroic boast that each would find plenty of other opponents to kill).⁵¹ The exchange of armour concludes the peace pact between them.

VI. Conclusion and implications

We return to the opening text of Book XVIII of the *Digest*. Paul's use of the Homeric texts is an anachronism that cannot prove the legal point at issue in the text. If the payment of coined money was the distinguishing characteristic of a sale and purchase, the texts from Homer could not prove it. Coins did not exist in the mythic society described in the epics nor in the society of Homer's own time. The words describing the transactions in the texts show how the parties might have acquired things by making exchanges but these transactions could only have been barter by Paul's test. As Daube has noted, Homer was not a legal source in the Roman law of contract.⁵² Even if he had been, these texts

⁴⁸ Donlan 'Reciprocities in Homer' (fn 43) 148–151; Od.9.259–271. Odysseus' slaughter of the marriage suitors was partly provoked by the insults done to him as a supplicant beggar seeking shelter in a foreign household. The first suitor he killed was Antinous who had most egregiously spurned his request for hospitality: Od.17.396–491, 22.8–21.

⁴⁹ Il.6.219–220.

⁵⁰ See generally von Reden (fn 43) ch 1.

⁵¹ Il.6.227–229.

⁵² Daube (fn 8) 215.

would have been weak authorities. Their only purpose can be to illustrate Paul's theory that sale and purchase – and money – evolved from earlier forms of non-monetary exchange.

There is, however, a value in reading the Homeric texts alongside Paul's legal analysis of categories of contract. For Paul, the presence of money on one side of an exchange transaction marked the division between different categories of contract. A thing given in return for money was the object of an *emptio et venditio*, and any other exchange of things was generalised as a *permutatio*. But a closer study of the Homeric texts shows how that generalisation obscures the full detail of the transactional types where one thing was exchanged for another. The characters in the epics made them for different motives and expected different kinds of counter-performance in return. Not all of the transactions could accurately be typed as instances of barter, as that term has come to be understood. Conversely, transactions having some commercial characteristics of a sale and purchase could still occur even when there was no coined money to identify them.

The invention of coined money did more than just mark out different categories of legal contract. In ways that were impossible before its invention, money has divided the commercial domain of human activity from the social or domestic domain outside it. The invention of coined money was an event that inserted a wedge between the older notions of an economy embedded in social reciprocity and one characterised by market transactions motivated by economic gain. The law has played its own part in driving the wedge still deeper. The rich spectrum of social reciprocity found in the works of Homer has now become subsidiary to positivist legal categories of transaction embedded in a market economy.

Envisioning the Notes of Ulpian and Paulus on Papinian¹

Robert M. Frakes

I. Introduction

In 1880, Paul Krüger announced that parchment shreds of classical jurisprudence containing parts of Papinian's *Responses* (including some notes of Ulpian and Paulus) were found under a heap of pages and page fragments recently acquired from Egypt by the Royal Museum in Berlin.² When additional new fragments soon emerged in Paris, a scholarly crisis started over how the notes of Ulpian and Paulus on Papinian related to the thought of all three of those famous jurists (and whether the notes were apocryphal).³ The appearance of these notes in the parchment fragments also led to scholarly debate on how the notes fit with laws of the 4th, 5th, and 6th centuries and how they might connect to the notes of Ulpian and Paulus on Papinian quoted in the *Digest*. Revisiting the evidence can clarify the evolution of these notes and how they were received at various points in the later Roman Empire.

II. The Jurists and the Notes

One of the great classical jurists, Aemilius Papinianus was a lawyer, law teacher, and administrator, ultimately serving as praetorian prefect (c. 205–211).⁴ Papinian wrote several important legal treatises, seemingly influenced by his ethical

¹ I thank H.A. Drake, Hannah Frakes, Dario Mantovani, and Johannes Platschek for their responses to technical questions. I am, of course, solely responsible for the conclusions of this article and any errors within it.

² P Krüger, 'Die Berliner Fragmente vorjustinianischer Rechtsquellen' (1880) 1 ZRG RA 93, 93.

³ S Solazzi, 'Un response di Papiniano e una nota di Paolo in D. 27. 9. 13. 1?' (1948) 135 AG 130, 130 and 130 fn. 1, echoed by B Santalucia, 'Le Note Pauline ed Ulpianee: Alle "quaestiones" ed ai "responsa" di Papiniano' (1965) 68 BIDR 49, 49.

⁴ P Jörs, 'Aemilius Papinianus' (1893) 1,1 RE col 572–575; E Costa, *Papiniano. Studi di Storia interna del diritto romano*, IV (Bologna 1899); W Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (Graz, Vienna and Cologne 1967) 224–226; V Giuffrè, 'Papiniano: fra tradizione ed innovazione' in H Temporini (ed), *ANRW* 2.15 (Berlin 1976) 632–666; H Ankum, 'Papinian, ein dunkler Jurist?' (1996) 1 Orbis Iuris Romani 5–32.

beliefs.⁵ He was eventually put to death by the emperor Caracalla in 212.⁶ His works started to be copied and at some point in late antiquity before 533, third-year law students were known as ‘Papinianists’.⁷ Domitius Ulpianus (or Ulpian) was a younger contemporary of Papinian who also had an impressive career. Trained as a lawyer, he served in important administrative posts, including as praetorian prefect under Severus Alexander in 222 but was killed by the praetorian guard.⁸ Ulpian also wrote many works that would be used as the largest single source for the *Digest*.⁹ Iulius Paulus was another younger contemporary of Papinian and worked under him when that jurist served as praetorian prefect. Paulus may have served as *magister memoriae* and was banished by Elagabalus but recalled by Severus Alexander (r. 222–235). Paulus also worked as a teacher of law and wrote several law books.¹⁰

Papinian is credited with writing many works including: *Astunomikos Monobiblos*, *De Adulteriis Libri II* and *De Adulteriis Liber Singularis* (the relationship between these two works is disputed by scholars),¹¹ *Definitionum Libri II* (or *Definitions*), *Quaestionum libri XXXVII* (or *Questions*), and *Responsorum Libri XIX* (or *Responses*). None of these works have survived extant, but there are many quotations in the *Digest* and several in the *Fragmenta Vaticana* and the *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum*. Enough survives to give a sense of his style and to indicate that the *Questions* and *Responses* were originally quite long.¹² While it is difficult to reconstruct juristic works from much later quotations which may reflect intermediary editions,¹³ the amount of text is cumulatively large and has allowed some plausible scholarly arguments about the transmission of the text of a corpus from the early third century to the compilation of the *Digest*. Because of changes of voice and style in some of the later quotations, it appears that several editions of Papinian’s corpus were made in the third and perhaps even fourth century that may have affected his text.¹⁴

It is unlikely that all three jurists originally produced a Papinian corpus with the notes or even that Ulpian and Paulus jointly created a 2nd edition after Papin-

⁵ U Manthe, ‘Ethische Argumente im Werk Papinians’ (2005) 10 *Orbis Iuris Romani* 143–166.

⁶ See *HA, Vita Caracallae* 3–4, 8 and *Vita Getae* 6.2–3; Aurelius Victor 20.33–34; Dio Cassius 78.4; and Zosimus 1.8.

⁷ *Const. Omnem*. 4.

⁸ See P Jörs, ‘Domitius Ulpianus’ (1905) 5,1 RE col 1435–1509; G Crifò, ‘Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista’ in H Temporini (ed), *ANRW* 2.15 (Berlin 1976) 708–789; T Honoré, *Ulpian* (Oxford 1982). For death, see Dio, 80,2,2.

⁹ For 1/3, see Jörs (fn 8) for 2/5, see Honoré (fn 8) vii.

¹⁰ See A Berger, ‘Iulius Paulus’ (1917) 10,1 RE col 690–752; D Liebs, ‘423 Iulius Paulus’ in 8.4 HLLA 150–175; T Honoré, *Emperors and Lawyers* (2nd edn, Oxford 1994) 21–24; C Maschi, ‘La conclusione della giurisprudenza classica all’età dei Severi. Iulius Paulus’ in H Temporini (ed), *ANRW* 2.15 (Berlin 1976) 667–707.

¹¹ F Wieacker, *Textstufen Klassischer Juristen* (Göttingen 1960) 419–422; Giuffrè (fn 4) 656–658; Ankum (fn 4) 8.

¹² O Lenel (ed), *Palingenesia Iuris Civilis* (Leipzig 1889) col 803–946.

¹³ F Schulz, *History of Roman Legal Science* (Oxford 1946) 141–145.

¹⁴ Schulz (fn 13) 234–238, on impact of editions on the *Questions* and *Responses*.

ian wrote his works.¹⁵ It is possible that Ulpian and Paulus both independently created their own editions of Papinian's works with notes, but if so these were probably blended together by a later editor (or editors) combining their notes in the late third century.¹⁶ However, given their busy administrative careers as well as their own writing projects, and also the late antique habit of attributing works to famous jurists,¹⁷ the 'notes' of Ulpian and Paulus in the Papinian corpus may have been insertions made by later editors based upon some of their works.¹⁸ So, over the years since Papinian's death several stages of editions of Papinian's corpus were made and notes of what Ulpian and Papinian had written on the same issues could have been added by derivative jurists (who might have also made other alterations and abbreviations to Papinian's works).¹⁹ This edition (or these editions) of Papinian's corpus was probably used in law schools by the end of the 3rd century, if not before.

III. The Notes in the Early 4th Century

1. Constantine and the Notes (*CTh* 1. 4. 1 and 9. 43. 1)

In 321, Constantine issued a constitution (part of which survives as *CTh* 1. 4. 1) to the Urban Prefect Maximus stating:

'Since We desire to eradicate the interminable controversies of the jurisconsults, We order the destruction of the notes of Ulpian and Paulus upon Papinian, for, while they were eagerly pursuing praise for their genius, they preferred not so much to correct him as to distort him.'²⁰

At first glance, this might appear to be a blanket ban on the use of the notes of Ulpian and Paulus on the works of Papinian and was taken that way by modern scholars for quite some time (although some questioned how widespread the

¹⁵ Schulz (fn 13) 219–221; Solazzi (fn 3) 130 fn.1; Wieacker (fn 11) 341.

¹⁶ See Schulz (fn 13) 219–220; Wieacker (fn 11) 333, 356–362.

¹⁷ For example, on the *Sententiae* attributed to Paulus, see D Liebs, *Römische Jurisprudenz in Africa mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen* (2nd edn, Berlin 2005).

¹⁸ Santalucia (fn 3) 111.

¹⁹ Schulz (fn 13) 234–238, on alterations to Papinian's work during this period.

²⁰ English translation from C Pharr (tr), *The Theodosian Code and Novels, and the Sirmondian Constitutions* (Princeton 1952). For Latin text: T Mommsen (ed), *Theodosiani libri XVI cum Constitutionibus Sirmondianis* (Berlin 1905). *CTh* 1.4.1: IMP CONSTANTINUS A AD MAXIMUM P(RAE)FECTUM U(RBI). Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas, qui, dum ingenii laudem sectantur, non tam corrigere eum, quam depravare maluerunt, aboleri praecipimus. DAT. IIII K. OCT. CRISPO ET CONSTANTINO CONSS. Most scholars follow a dating of September 14, 321 for this constitution. See O Seeck, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.* (Stuttgart 1919) 171; T D Barnes, *The New Empire of Diocletian and Constantine* (Cambridge, MA 1982) 75; R S Bagnall, A Cameron, S R Schwartz and K A Worp (eds), *Consuls of the Later Roman Empire* (Atlanta 1987) 176–183. The addressee Valerius Maximus held the position of urban prefect from 319–323, see further Seeck (fn 20) 171 and Barnes (fn 20) 117–118.

prohibition may have been).²¹ However, many constitutions later included in the *Theodosian Code* were responses to individual problems raised by officials, while others were meant to be universal laws.²² Another piece of the original constitution of 321 which appears as *CTh* 9. 43. 1 indicates that the constitution dealt with a specific legal question raised by the Urban Prefect Maximus regarding the status of the testament of a son of a deported person should the deported person return where Constantine clarified that ‘the opinion of Papinian shall prevail, and that the notes thereon of Ulpian and Paulus, shall be removed.’²³ So, it appears that Constantine’s 321 law might not have been a complete ban on the use of the notes of Ulpian and Paul, but rather focused on this one issue.²⁴ It would seem that by this point the corpus of Papinian had the notes explicitly attributed to Ulpian and Paulus embedded in it, and some of Constantine’s legal advisors were well aware of them (but perhaps not impressed by them on this point of law).²⁵

2. The Notes and the *Fragmenta Vaticana*

While the notes of Ulpian and Paulus were known to the imperial chancellery by 321, there may be at least one note of Ulpian preserved in the roughly contemporary legal compendium known as the *Fragmenta Vaticanai* (*FV*). This work, discovered by Angelo Mai in the Vatican Library (Number 5766) in 1821 as a 5th century palimpsest under an 8th century copy of John Cassian’s *Collationes*, contains excerpts from the Roman jurists Papinian, Ulpian, and Paulus as well as an array of imperial constitutions from the 3rd and early 4th century. The work seems to have originally been composed c. 320 (although a later editor added material in the 370s).²⁶ The work was originally quite long. Only 28 manuscript

²¹ See Schulz (fn 13) 220–221; L Wenger, *Die Quellen des Römischen Rechts* (Vienna 1935) 531–532; Wieacker (fn 11) 333 and 341; A H M Jones, *The Later Roman Empire 284–602: A Social, Economic, and Administrative Survey* (London 1964) 471.

²² See C Humfress, ‘Cracking the Codex: Late Roman Legal Practice in Context’ (2006) 49 *BICS* 251–264.

²³ English translation from Pharr (fn 20) *CTh* 9.43.1 (Mommsen): ‘Imp. Constantinus a. ad Maximum pf. U. In quaestione testamenti, quod deportati filius remeante patre fecisset, remotis Ulpiani atque pauli notis, Papiniani placet valere sententiam, ut in patris sit filius potestate, cui dignitas ac bona restituta sunt.’ See Humfress (fn 22) 245–247.

²⁴ See F Raber, ‘Fragmenta iuris Vaticana’ (1965) *Suppl.* 10 *RE* col 231–241, 237; Giuffrè (fn 4) 660; Humfress (fn 22) 245–247.

²⁵ On the Papinian corpus with notes in this time, see Wieacker (fn 11) 341. On view of the notes by the legal staff, see Schulz (fn 13) 221; Santalucia (fn 3) 50, 122.

²⁶ See S Brassloff, ‘Fragmenta Iuris Vaticana’ (1910) VII, 1 *RE* col 76–80; W Felgenträger, *Zur Entstehungsgeschichte der Fragmenta Vaticana* (Freiburg 1935) 27–42; Schulz (fn 13) 310–311; Raber (fn 24) col 235–236; D Liebs, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien (260–640 n. Chr.)* (Berlin 1987) 150–162; S Corcoran, ‘Fragmenta Vaticana’ in R Bagnall, K Brodersen, C B Champion, A Erskine and S R Huebner (eds), *The Encyclopedia of Ancient History* (Oxford 2013) 2757–2758; and M U Sperandio, ‘Il “Digesto Antegustiniano”. Osservazioni sui Fragmenta iuris del Codex Vaticanus Latinus n. 5766’ (2019) 15 *Historia et ius* 1–25 (esp 11–17 for the dating).

leaves survive out of what originally must have been at least 228,²⁷ but the surviving portion still yields 117 Teubner pages (granted with an extensive *apparatus criticus* on most pages).²⁸ That which survives is damaged, much is missing, and in many places the readings are uncertain, though modern editors have attempted to reconstruct some of the problematic readings.²⁹ At *FV* 66, in the title *De Usu Fructu* after two probable quotations from Papinian's *Responses* at *FV* 64a and 65,³⁰ the anonymous compiler of the *FV* seems to quote again from the same work of Papinian, but then after what must have been at least one sentence ending in 'usu fructu legato' the compiler writes the name 'Ulpianus' with some missing text following and then *usum fructum posse lega(ri)*. Friedrich Bluhme suggested that *FV* 66 originally contained a quotation from a note of Ulpian on Papinian's *Responses* due to the context of the earlier citation of Papinian and then the name Ulpian appearing in the middle of this section and so, suggested inserting 'notat' after Ulpianus.³¹ Though the subject of debate among scholars,³² Theodor Mommsen included Bluhme's emendation in his *apparatus*.³³ Due to several missing words, it is unclear which author is being quoted at *FV* 67 (though some have suggested it is also from Papinian's *Responses*).³⁴ *FV* 68 appears to come from a work of Paulus.³⁵ In several other places in the *FV*, the anonymous 4th century compiler quoted from Papinian's *Responses*, so that work was certainly available to him as part of the Papinian corpus.³⁶ Although the text in *FV* 66 is fragmentary, it does seem that it might have quoted from Papinian's *Responses* and then part way through the text cited Ulpian's note on

²⁷ See Brassloff (fn 26) col 76–77, where he extrapolates from the surviving pages and a surviving quaternion number.

²⁸ E Seckel and B Kübler (eds), *Fragmenta Iuris Vaticana in Iurisprudentia Anteiusustiniana II* (Leipzig: Teubner 1927) 207–324.

²⁹ On the problems of the manuscript tradition, see Liebs (fn 26) 150–151.

³⁰ See T Mommsen (ed), 'Fragmenta Vaticana' in P Krüger, T Mommsen and W Studemond (eds), *Collectio Librorum Iuris Anteiusustiniana 3* (Berlin 1890) 36; and Seckel and Kübler (fn 28) 226. *FV* 65 is clearly from Papinian, *Responses* Book 7, as the same passage appears in fuller form at D. 22. 1. 8. *FV* 64a is very fragmentary, but the surviving portion of a word does seem to reflect a passage from Papinian, *Responses* Book 7 quoted by Ulpian in his *ad Sabinum* (preserved at D. 7.8.10.1).

³¹ Bluhme's suggestion first appears in the apparatus of A. Bethmann-Hollweg's revision of Mai's edition, *Locorum ex iure Romano anteiusustiniano ab incerto scriptore collectorum Fragmenta quae dicuntur Vaticana* (Bonn 1841). Ph E Huschke (ed), *Fragmenta iuris Romani Vaticana*, in *Iurisprudentiae anteiusustinianae quae supersunt* (Leipzig 1879) 736 fn 6 and Lenel (fn 12) 912 fn 2 doubted Bluhme and Mommsen because they were convinced that Constantine's law (*CTh* 1.4.1) weakened the legal strength of the notes and so they would not have been cited in the *Fragmenta Vaticana* (*FV*).

³² See Seckel and Kübler (fn 28) 226–227 for the extensive *apparatus criticus* citing Bluhme, Huschke, Lenel and Mommsen. See also the overview by Sperandio (fn 26) 14–15.

³³ See Mommsen (fn 30) 36 fn. 6. Contra *FV* 66 being evidence for a note of Ulpian on Papinian, see Santalucia (fn 3) 54.

³⁴ See Seckel and Kübler (fn 28) 227, for Huschke's reconstruction of text from Papinian. Mommsen (fn 30) 36 fn 7, feels that the style of the surviving text is similar to that of Papinian's *Responses*, and so implies that *FV* 67 might have been a quotation from Papinian's *Responses*.

³⁵ See Seckel and Kübler (fn 28) 227; Mommsen (fn 30) 37.

³⁶ For instance, *FV* 2–17, 121–122, 250–265, 294, 296, and 327–333. See also Wieacker (fn 11) 340–366.

the passage. While the amount of text of *FV* 66 is limited, the context and circumstance does make it possible that there was a note of Ulpian here and that the anonymous compiler of the *FV* worked from a manuscript of the Papinian corpus that contained the notes of at least Ulpian, and possibly also Paulus.³⁷

IV. Banning the Notes (*CTh* 1. 4. 3 and the *Theodosian Code*)

Caution against the use of the *notae* of Paulus and Ulpian on Papinian's works mentioned by Constantine was, however, stressed in the famous 'Law of Citations' addressed to the Senate of Rome (preserved as *CTh* 1. 4. 3) by Theodosius II and Valentinian in 426. This constitution confirmed the works of Papinian, Paulus, Gaius, Ulpian, and Modestinus and decreed that if there is a tie in the opinions of these 5 jurists in a legal argument, then the opinion of Papinian should be the tiebreaker.³⁸ In addition to also re-stating that the *Sententiae* of Paulus were valid once again, the emperors stressed 'As was formerly decreed, We also order to be invalidated the notes which Paulus and Ulpian made upon the collected writings of Papinian.'³⁹ The wording suggests a ban against using the *Notae* of Paulus and Ulpian on the corpus of Papinian's writings in legal arguments was now universal in the Empire. Such a rule was reinforced by both *CTh* 1. 4. 1 and *CTh* 1. 4. 3 being included in the *Theodosian Code* itself in 438, which made them universal after the fact.⁴⁰ The explicit allusion to the *Notas Pauli atque Ulpiani* in the *Papiniani corpus* at *CTh* 1. 4. 3. 3 confirms that those notes were still standard in the manuscripts of Papinian's corpus in circulation in 426 (as they had been in 321).⁴¹

V. The Notes and the Fragments

1. The Berlin Fragments (P 6762 +6763)

The Berlin and Paris parchment fragments give insight into what the Papinian corpus may have looked like in the 4th and 5th centuries. The new discoveries started when the German diplomat Gustav Travers acquired some parchment fragments with Latin text (now labeled P 6762 +6763), probably deriving from

³⁷ See also Wieacker (fn 11) 340–366 (esp. 341 where he felt there must have been an intermediary edition used by the *FV* compiler). Schulz (fn 13) 221 fn. 3 allows that no conclusion can be drawn as to the date of the *FV vis a vis CTh* 1.4.1 due to the tight dating.

³⁸ Most recently, see W J Zwalve, 'Scriptura recepta et usitata: The Impact of the *Lex Citandi* on Justinian's Digest' (2024) 92 TR 37–70.

³⁹ English translation: Pharr, *CTh* 1.4.3.3 (Mommsen): *Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari.*

⁴⁰ *Gesta Senatus Urbis Roma*, 2. See also Schulz (fn 13) 288; Jones (fn 21) 473–476; T Honoré, 'The Making of the Theodosian Code' (1986) 103 ZRG RA 133–222; Humfress (fn 22) 251–264.

⁴¹ Wieacker (fn 11) 341.

the Krokodopolis excavation in the Fayum, for the Royal Museum in Berlin over the course of 1877–1879.⁴² Publication of these fragments started quickly. Scholars rushed to make various clarifications regarding revising and reconstructing the readings as the fragments are in bad shape and have several abbreviations, but it became clear early on that they derived from Book V of Papinian's *Responses*, with several notes explicitly attributed to Ulpian and Paulus.⁴³ At the beginning of each note, the names of Ulpian and Papinian were written in red ink to differentiate their note text from Papinian and there are also comments in Greek written in the margins.⁴⁴ Some of the text from Papinian's *Responses* in the Berlin fragment also survives in the *Digest* at 37. 5. 22 and 28. 3. 17.

2. The Paris Fragments (P. Louvre inv. E 7153)

Shortly after this, excitement grew when other damaged fragments with Latin text containing allusions to Roman law were acquired by the Louvre Museum from Egypt in 1881 or 1882 (now labeled P. Louvre inv. E 7153). These pertained to manumission and included the names of Ulpian and Paulus in red ink, as well as some notes in Greek in the margin, but at first it was felt to be part of a 4th or 5th century juristic compendium of some kind.⁴⁵ Then Ilario Alibrandi argued it was from Book IX of Papinian's *Responses* since parts overlap with passages from that work quoted in the *Digest* (40. 7. 35; 40. 4. 50), but he felt it was not from the same codex as the Berlin fragment but rather from a different copy of the same work (which he felt was obvious from looking at the handwriting of both).⁴⁶ However, with the help of a collocation of the Paris fragment, Krüger proved conclusively that the Berlin and Paris fragments came from the same codex of Papinian's work and thought that the misidentification might have arisen from the Berlin fragment originally being published together with a fragment from another anonymous juristic work (*de iudiciis*), and that Dareste (and apparently Alibrandi and Buonamici) compared the Paris fragment with

⁴² See Krüger (fn 2) 93 and 93 fn 1.

⁴³ See P. Krüger, 'Nachtrag II' [1879] Monatsberichte der königlich preussischen Akademie der Wissenschaft Zu Berlin 509–518; Krüger (fn 2) 93–116; P. Krüger, 'Neue Bruchstücke aus Papiniani liber V responsorum' [1880] Monatsberichte der königlich preussischen Akademie der Wissenschaft Zu Berlin 363–393; I. Alibrandi, 'Frammenti del libro V dei Responsi di Papiniano' (1880) 1 Studi e documenta di storia e diritto 39–61, 169–190; and (1881) 2 Studi e documenta di storia e diritto 61–70; Ph. E. Huschke, *Die jüngste aufgefundenen Bruchstücke aus Schriften römischer Juristen: Zugleich ein Supplement zu der Iurisprudentia Anteustiniana* (Leipzig 1880) 5–55 (esp. 26–55); P. Krüger, 'Die Berliner Fragmente von Papinians responsa' (1881) 2 ZRG RA 83–90.

⁴⁴ See Krüger (fn 2) 106 for red ink and 113–115 for Greek in the margin; see also Krüger, 'Neue Bruchstücke' (fn 43) Tafeln 1 and 2 for clear facsimile of the script.

⁴⁵ R. Dareste, 'Textes Inédits de droit romain' (1883) 7 NRHE 361, 363.

⁴⁶ I. Alibrandi, 'Sopra alcuni frammenti del libro IX di responsi di Papiniano con note di Ulpiano e Paolo recentemente scoperti' (1883) 4 Studi e Documenti 125–142, a view echoed by F. Buonamici, 'Sopra alcuni frammenti di diritto romano trovati di recent in Egitto' (1883) 31 AG 333–338.

the wrong Berlin fragment.⁴⁷ Not all were immediately convinced,⁴⁸ but by the mid-20th century, the argument that both the Berlin and Paris fragments stem from the same codex prevailed.⁴⁹

3. Dating the Fragments

Due to the overlaps with quotations from Papinian's work in the *Digest*, it is clear that the Berlin fragments derive from the 5th book of Papinian's *Responses* and the Paris fragments from the 9th book of the *Responses*.⁵⁰ Although both sets of fragments preserve some text not preserved in the *Digest*, unfortunately much of the text in the fragments is damaged and fragmentary. So, the codex from which they derive was either a codex of Papinian's *Responses* or, more likely given the description in *CTh* 1. 4. 3 of 426, of Papinian's corpus as a whole. There has been debate over the dating of the Berlin and Paris fragments. Since the notes of Ulpian and Paulus in the fragments do stand together with Papinian's *Responses*, some might argue that fragments must come from a manuscript of Papinian's *Responses* that dates to before Constantine's law of 321 (if one believes *CTh* 1. 4. 1 and 9. 43. 1 universally banned the use of the notes).⁵¹ However, the fragments are written in a Byzantine uncial hand and so they derive from a Papinian manuscript that dates later (and it is clear from the *Digest* that the notes must have survived in the Papinian corpus into the early 6th century). Some have hazarded that the fragments derive from a 4th or 5th century manuscript.⁵² Others have suggested 5th or 6th century, with more recently leaning toward the 6th century as the hand seems similar to the style used in legal works then and

⁴⁷ P Krüger, 'Die Parisier Fragmente aus Papinians responsa' (1884) 5 ZRG RA 166–180. In the same volume, Ph E Huschke, 'Die Parisier Papiniansfragmente' (1884) 5 ZRG RA 181–191, also sees the Paris fragment as coming from a Papinian codex with the notes of Ulpian and Paulus and recounts, 183–184, the scholarly dispute.

⁴⁸ A Esmein, 'Fragments du livre IX des *Responsa Papiniani* avec les notes de Paul et d'Ulpian' in A Esmein (ed), *Melanges d'histoire du droit et de critique* (Paris 1886) 339–358, 341–343 believes the Paris fragments stem from Papinian and felt they came from a codex containing the notes of Ulpian and Paulus but could not conclude if they were from the same original codex as the Berlin fragments. He feels, 344, the Paris fragment might date before 426 because of *CTh* 1.4.3 banning the use of notes of Ulpian and Paulus. See also his 'Un des fragments de Papinien du Musée du Louvre' (1886) 10 NRHD 219–223.

⁴⁹ For instance, see P Collart, 'Les Papyrus Litteraires Latins' (1941) 15 *Revue de philologie, de littérature et d'histoire anciennes* 112–128, 119; Wieacker (fn 11) 342.

⁵⁰ D. 37.5.22; 28.3.17 (Berlin fragment); D.40.7.35; 40.4.50 (Paris fragment).

⁵¹ Krüger 'Nachtrag II' (fn 43) 510 fn. 3, and Krüger, 'Berliner Fragmente' (fn 2) 106 (where he allows resolution of the dating is difficult).

⁵² Dareste (fn 45) 363; Collart (fn 49) 119; Schulz (fn 13) 184–185; Santalucia (fn 3) 53; E G Turner, *The Typology of the Early Codex* (Philadelphia 1977) 127.

may derive from Constantinople, but it is hard to be exact.⁵³ The existence of the manuscript in Egypt (with Greek notes in the margins by a reader) suggests that the Papinian corpus with the notes of Ulpian and Paulus was standard reading in legal education, probably from the late 3rd century up to the age of Justinian.

VI. The Notes in the Age of Justinian

1. Repealing the Ban (*Const. Deo Auctore* 6)

On December 15 of 530, as part of his great legal project, Justinian ordered his Quaestor Tribonian to gather experts and for them to collect important passages from the great jurists of the Roman past into 50 books (which will become the *Digest* 3 years later).⁵⁴ As part of these instructions, Justinian clarified:

‘You ought not to reject out of hand, therefore, opinions recorded in the notes to Aemilius Papinian taken from Ulpian, Paul, and Marcian, which once had no weight on account of the honor given to the most renowned Papinian; but if you perceive that anything taken from them is necessary to supplement or interpret the works of Papinian, that man of supreme ability, you must not hesitate to set this down too as having the force of law.’⁵⁵

This is a dramatic shift from the seemingly universal law of Theodosius II and Valentinian in 426 surviving in *CTh* 1. 4. 3 that banned the use of the notes of Ulpian and Paulus (and its reinforcement by being included along with Constantine’s law of 321 surviving as *CTh* 1. 4. 1 in the *Theodosian Code* in 438). As an aside, it is interesting the notes of the early 3rd century jurist Marcian on Papinian were also allowed together with those of Ulpian and Paulus in 530, but they had not been mentioned either in *CTh* 1. 4. 1 or *CTh* 1. 4. 3, leading some scholars to believe that there might have been a lost constitution sometime after

⁵³ R Cavenaile, *Corpus Papyrorum Latinorum* (Wiesbaden 1958) 180, suggested V–VI for the Berlin fragment and 184, IV–V for the Paris fragment; Krüger, ‘Berliner Fragmente’ (fn 2) 93 pointed out that Theodor Mommsen thought it was not created after Justinian’s compilation; for 6th century, see E A Lowe, *Codices Latini Antiquiores* VIII (Oxford 1959) 25 (listed as 1037); G N Macedo, ‘Juvenal in Antinoe. Paleographic and Contextual Observations on P. Ant. S.N.’ in T Derda, A Łajtar and J Urbanik (eds), *Proceedings of the 27th International Congress of Papyrology, Warsaw, 29 July–3 August 2013* (Warsaw 2016) 167–183, 168–171; and F Magistrale and G Cavallo, ‘Liber e scritture del diritto nell’eta di Gustiniano’ in G G Archi (ed), *Il mondo del diritto nell’epoca giustiniana: Caratteri e problematiche* (Ravenna 1985) 48–49. On the Byzantine uncial hand in Latin judicial works, see S Ammirati, ‘Per una Storia del libro latino antico: Osservazioni paleografiche, bibliologiche, e codicologiche sui manoscritti latini di argomento legale dalle origini alla tarda antichità’ (2010) 40 JJP 55–110, 90–94, including 93 on the Berlin and Paris fragments as ‘frammenti pergamenei fortemente danneggiati dal fuoco.’

⁵⁴ See T Honoré, ‘How Tribonian organized the compilation of Justinian’s *Digest*’ (2004) 121 ZRG RA 1–43.

⁵⁵ *Const. Deo Auctore* 6. T Mommsen and P Krüger (eds), *Digesta Iustiniani Augusti* (Berlin 1870): et ideo ea, quae antea in notis Aemilii Papiniani ex Ulpiano et Paulo nec non Marciano adscripta sunt, quae antea nullam vim optinebant propter honorem splendidissimi Papiniani, non statim respuere, sed, si quid ex his ad repletionem summi ingenii Papiniani laborum uel interpretationem necessarium esse perspexeritis, et hoc ponere legis uicem optinens non morimini. English translation from A Watson (tr), *The Digest of Justinian* (Philadelphia 1985).

426 (and *CTh* 1. 4. 3) and before 530 (and *Const. Deo Auctore*) that added his notes on Papinian to the banned notes of Ulpian and Paulus.⁵⁶ Whether Marcian's notes (the two that survive are to Papinian's *libri ad adulteriis*) were also in the Papinian corpus is unclear, but possible.⁵⁷

But what is more important is that Justinian (and clearly Tribonian and his commission) still knew about the notes to Papinian in 530 when they were either banned in 426 (*CTh* 1. 4. 3) or in 438 at the latest and had been banned until this point at the end of 530 (and *Const. Deo Auctore*). It is revealing that the parts of Constantine's law of 321 (preserved in *CTh* 1. 4. 1 and *CTh* 9. 43. 1) which discounted the notes of Ulpian and Paulus in a specific case were included in the *Code of Justinian* at *CJ* 1. 17 and *CJ* 9. 51. 13, which could be seen as confirming that Constantine did not really ban the notes in 321 and that the *Digest* commissioners understood that.

2. The Notes in the *Digest*

Tribonian and his commissioners followed their instructions and included several explicit quotations from the notes of Ulpian and Paulus following passages from Papinian in the *Digest* (and even from the notes of Marcian). Of these appearances of the notes of Ulpian and Paulus, two are from Ulpian's notes to Papinian's *Responses*, three are from Paulus' notes to Papinian's *Responses*, and eight are from Paulus' notes to Papinian's *Questions*.

The typical appearance of these notes in the *Digest* (as indicated in the 6th century *Littera Florentina*) was to have the quotation from Papinian and then follow with the name of Ulpian or Paulus, the verb *notat*, and a quotation allegedly from the notes. Usually, the appearance of *Ulpianus* or *Paulus notat* is blended into the Papinian quotation block, with no special emphasis of lettering or spacing. The verb *notat* to cite from the notes was sometimes used by the *Digest* compilers for the *Responses* (3. 5. 30 [Ulpian]; 28. 4. 4 [Paulus]; 33. 1. 9 [Paulus]), but sometimes not (50. 8. 4 [Ulpian]; 42. 8. 16 [Paulus]).⁵⁸ For the notes to Papinian's *Questions*, all are from Paulus and all appear with the verb *notat* (1. 21. 1; 22.1.1.2; 45. 1. 116; 18. 1. 72; 6. 2. 16; 38. 2. 42 pr.; 46. 5. 8; 8. 1. 18). It appears that forms of *notare* were not used for the quotations from the notes of Ulpian and Paulus in Papinian's *Responses* in the Berlin and Paris parchment fragments, but sometimes an abbreviation that Krüger rendered *egt* and *cgt*, and sometimes there was no verb at all.⁵⁹ Santalucia points out how different that was from the usage in the *Digest* where *notat* frequently appears (but not always, as

⁵⁶ See Schulz (fn 13) 219–221; Wenger (fn 21) 521, 532.

⁵⁷ The Marcian notes appear at D. 23.2.57a and 48.5.8 (both to Book II of Papinian's *Libri De Adulteriis*); Schulz (fn 13) 220, refrains from concluding if they were authentic, although it is hard to imagine that Tribonian and his commission would invent them and they might have been added to the Papinian corpus over the course of the 3rd century by editors familiar with Marcian's works.

⁵⁸ On uses of forms of *notare* in Roman jurisprudence, see A Berger, 'Notae', *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia 1953) 599.

⁵⁹ Krüger (fn 43) 517; Krüger (fn 2) 106 fn 18 and 113 fn 46.

he suggested).⁶⁰ So, it could be that sometimes Ulpian and Paulus' notes started with *notat* in the Papinian corpus, and sometimes they did not. It is also possible that the *Digest* commissioners tried to regularize the practice and edited it to be more consistent (although not always).

3. Envisioning the Notes

But the fascinating question here is if the notes of Ulpian and Paulus had really been banned from use in court from 426 or 438 onward, but probably not from 321, how were they still available to the *Digest* compilers in 530? Were there devoted fans of the jurists' notes who recopied them for generations? That seems fanciful and there is no evidence to confirm that. Or were they deemed as having an educational purpose and so were used in law schools, but were not allowed to be used in court? That seems more plausible, but still a little strange in that lawyers would be trained with texts they were not allowed to use in court. The only way out of this conundrum is to see that there was a tension between the respect given to Papinian's reputation and the names of Ulpian and Paulus on the one hand, and the many editorial changes that entered into the Papinian corpus over the course of the 3rd century and perhaps even the 4th century, on the other.⁶¹ Tribonian and the *Digest* compilers might have only included the notes that were useful and ignored (or corrected) those that were problematic.⁶²

Shifting legislation, part of the problematic *Fragmenta Vaticana*, and Krüger's heap of damaged page fragments and their counterparts in Paris give us glimpses of the notes of Ulpian and Paulus over the course of more than three centuries from Papinian's death to Tribonian's work with the *Digest* commissioners. Of course, this situation makes definitive judgments difficult. It does seem likely that over the decades after Papinian, Ulpian, and Paulus wrote their works that later editors edited the works of Papinian and added statements they knew from the works of Ulpian and Paulus to a Papinian corpus.⁶³ It is possible that such a Papinian corpus might have been copied again under Diocletian as there was a large amount of interest in classical Roman law at that point. The legislation by Constantine shows that legal experts were aware of the notes, but his law of 321 did not ban their use. The similarity of the placement of the name of the author of the note directly in the text of quotations of Papinian we see in the *Digest* seems to jibe with the appearance of Ulpian in *FV* 66 and suggests that is how they also appeared in the early 4th century corpus. The *Digest* compilers' han-

⁶⁰ Santalucia (fn 3) 52, on all appearances using *notat* in the *Digest* and again 108 on how this was done with all appearances of the notes in the *Digest*, but not in the Berlin and Paris fragments.

⁶¹ See, for example, Schulz (fn 13) 220–221 and Wieacker (fn 11) 333–334, 341–342, 351. Wieacker's suggestion that a Papinian corpus had the notes taken out after Constantine's law of 321 and then filled back in from an earlier edition seems too complex (although his linking the work on the corpus, 361–362, to the shift from the scroll to the codex form is intriguing).

⁶² Santalucia (fn 3) 131–132, sensed that the notes preserved in the *Digest* seemed more reliable than those in the parchment fragments from Berlin and Paris.

⁶³ See Schulz (fn 13) 184–185.

dling of the notes suggests they accepted those which fit with their understanding of Roman law, but they may have been selective in which notes they chose to include. Continuously improving digital technologies may reveal improved readings of passages in the *FV* and the parchment fragments which could give us further insight into this difficult though fascinating topic.

Arbeiten nach 65

Die Perspektive des Schweizer Sozialversicherungs- und Arbeitsrechts

Thomas Gächter und Robin Suter

I. Einleitung

Als der mit dieser Schrift Geehrte per Herbst 2015, also fast schon in Sichtweite des ordentlichen Zürcher Emeritierungsalters von 65, den Ruf nach Oxford annahm, liess er durchblicken, dass die in Oxford übliche Beschäftigungsdauer von Professoren bis zum 68. oder gar 70. Altersjahr wesentlich dazu beigetragen habe, den Schwerpunkt des wissenschaftlichen Wirkens nochmals zu verlegen. Unterdessen ist die Weiterarbeit von Professorinnen und Professoren an der Universität Zürich zwar auch vorteilhafter geregelt,¹ doch verdeutlicht der damalige Entscheid, dass das Emeritiertendasein nicht etwa das Ziel eines erfolgreichen akademischen Lebens darstellt, sondern eher ein (irgendwann eintretendes) notwendiges Übel.

Im vorliegenden Beitrag beschäftigen wir uns aus der Sicht des Schweizer Arbeits- und Sozialversicherungsrechts damit, wie der Gesetzgeber zur Idee der Weiterarbeit nach 65 steht und welche Möglichkeiten und Herausforderungen eine solche fortgesetzte Tätigkeit in rechtlicher Hinsicht bietet. Der Schwerpunkt der Ausführungen liegt dabei auf der unselbständigen Beschäftigung. Trotz des hohen Freiheitsgrades in der Gestaltung der eigenen Tätigkeit zählen auch Professorinnen und Professoren an Schweizer Hochschulen zu diesen; auch wenn sie, im Gegensatz zur hier behandelten Gruppe der privatrechtlich Angestellten, öffentlich-rechtlich beschäftigt sind.

II. Sozialversicherungsrechtliche Sicht

1. Das „Rentenalter“ – ein Kind des Sozialversicherungsrechts

Dass Menschen aufgrund ihrer altersbedingten Entkräftung nicht mehr selbst für ihren eigenen Lebensunterhalt sorgen können, ist kein neues Phänomen. Dass der Zeitpunkt, ab dem man einen wirtschaftlichen Ersatz für die schwindende Erwerbsfähigkeit erhält, mit einer gewissen Einheitlichkeit bestimmt

¹ Vgl. § 51a der Personalverordnung der Universität Zürich, LS 415.21.

wird, ist dagegen eine Frucht der Sozialversicherungen, die seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert ihren Siegeszug über Europa und die Welt angetreten haben.

Altersleistungen, d.h. in der Regel Altersrenten, werden ab einem bestimmten Zeitpunkt geschuldet, nämlich dem Rentenalter.² Dieses lag in vielen Rechtsordnungen lange Zeit und liegt ab 2028 in der Schweiz (wieder) einheitlich für beide Geschlechter bei 65 und heißt nun nicht mehr Renten- sondern Referenzalter, ab dem die volle Altersrente bezogen werden kann.³

2. Warum Weiterarbeiten?

Selbstverständlich können es, bei einer niedrigen Altersrente, auch wirtschaftliche Gründe sein, die Menschen zu einer vollen oder teilweisen Weiterarbeit zwingen. Viel häufiger sehen die Einzelnen aber einen hohen Sinn in ihrer Erwerbstätigkeit und üben diese einfach gerne weiter aus, zumal sie auf diese Weise sozial in ein Arbeitsumfeld eingebunden bleiben. Gerade auch bei kreativen Berufen und solchen mit hoher Selbständigkeit – wie etwa in der Wissenschaft – liegt viel Erfüllung in der Arbeit selbst, sodass der Erwerbszweck in den Hintergrund rückt. Auch der sanftere, schrittweise Ausstieg aus dem Erwerbsleben ist ein oft anzutreffendes Motiv für eine reduzierte Weiterarbeit nach 65.

Gesamtgesellschaftlich betrachtet ist in der gegenwärtigen wirtschaftlichen und demographischen Situation eine Weiterarbeit auch höchst erwünscht, namentlich aufgrund des Fachkräftemangels in Pflege, Schulen, Gastronomie und anderen Berufen. Auch die Kassen der Sozialversicherung selbst sowie der Fiskus profitieren davon, wenn über 65 hinaus höhere Erwerbseinkommen erwirtschaftet und verabgabt werden. Schließlich ist bekannt, dass sich eine verlängerte Aktivitätsdauer positiv auf die Gesundheit auswirkt, sofern diese den Umständen des Alters angepasst ist.

Allerdings hat die Schweizer Bevölkerung den Plänen, das Alter für den Rentenbeginn insgesamt anzuheben, nämlich zunächst auf 67 Jahre, eine deutliche Absage erteilt.⁴ Die gegenwärtigen Pläne des Bundesrats in der Altersvorsorge belassen das ordentliche Alter für den Rentenbeginn denn auch weiterhin bei 65, selbst wenn oft als sozialpolitische Vorbilder herangezogene Staaten wie Dänemark das Rentenalter in absehbarer Zeit auf 70 anheben werden. Diskutiert werden allerdings die Aufhebung der Altersobergrenze von 70 Jahren in der AHV, die Erhöhung des Freibetrages sowie Maßnahmen, die eine Frühpensionierung weniger attraktiv machen sollen.⁵

² *Gächter*, Schweizerische Juristen-Zeitung 110 (2014), 421 ff.

³ Dazu Ziff. II.4.

⁴ Am 3. März 2024 wurde die Volksinitiative zur Erhöhung des Rentenalters mit fast 75 % Nein-Stimmen deutlich abgelehnt. Gleichzeitig wurde die 13. AHV-Rente mit über 58 % Ja-Stimmen angenommen.

⁵ Medienmitteilung des Bundesrates vom 15. Mai 2025, <https://www.edi.admin.ch/de/newsb/e9sAWzx9mBYXfd76gv3a-> (12.11.2025).

3. Vom „Rentenalter“ zum „Referenzalter“

In der so genannten Revision „AHV 21“ bestand ein erstes Ziel darin, das Alter für den Renteneintritt für beide Geschlechter bei 65 zu belassen (für Männer) bzw. von 64 auf 65 anzuheben (für Frauen). Das Leistungsniveau sollte dabei gesichert und die Flexibilität des Altersrücktritts zwischen 63 und 70 mit entsprechenden Maßnahmen unterstützt werden. Schließlich war es ein erklärtes Ziel der Revision, die Weiterarbeit nach 65 attraktiver zu gestalten.⁶

Insgesamt soll das bisherige „Rentenalter 65“ künftig nur noch das „Referenzalter“ sein, an dem sich das Erreichen der Berechtigung für eine volle Altersrente der AHV bemisst.⁷ Das effektive Rücktrittsalter sollte damit weniger auf ein bestimmtes Alter festgelegt sein, sondern mithilfe der verschiedenen gesetzgeberischen Maßnahmen und (finanziellen) Anreize faktisch ansteigen. Nach Ansicht des Bundesrates sorgt die Begriffsänderung zudem für eine bessere Unterscheidung des Rentenbezugs und des Erwerbsverhaltens, denn das Referenzalter bestimmt zwar den Zeitpunkt für den Bezug der Altersleistungen ohne Kürzung, deckt sich aber nicht immer mit dem Rückzug aus dem Erwerbsleben.⁸

4. Behandlung des Weiterarbeitens in den drei Säulen der Altersvorsorge

a) Erste Säule: Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV)

Mit Anreizmaßnahmen auf Beitrags- wie auch auf Leistungsseite soll die Weiterarbeit nach 65 attraktiver gestaltet und sollen Versicherte dazu veranlasst werden, bis zum Referenzalter und möglichst auch darüber hinaus erwerbstätig zu bleiben.⁹

Beitragsseitig werden neu AHV-Beiträge, die nach dem Erreichen des Referenzalters bis zum 70. Altersjahr geleistet werden, für die Berechnung der Altersrente berücksichtigt.¹⁰ Zur Schließung von Beitragslücken muss im Zeitraum zwischen Referenzalter und dem Antrag auf Neuberechnung der Rente ein jährliches Erwerbseinkommen von mindestens 40 % des durchschnittlichen eigenen Erwerbseinkommens erwirtschaftet werden und müssen die einbezahlten Beiträge mindestens den jährlichen AHV-Mindestbetrag erreichen (Art. 29^{bis} Abs. 4 AHVG). Zudem können bis zum 70. Altersjahr Einkommen, die den Freibetrag übersteigen, auch ohne Beitragslücken zur Aufbesserung der Altersrente berücksichtigt werden.

Die Altersrente kann allerdings, trotz der genannten zusätzlichen Optionen, nie höher sein als die Maximalrente gemäß Art. 34 Abs. 3 AHVG, weshalb für Personen, die bereits den Anspruch auf die Maximalrente erworben haben, aus

⁶ Botschaft zur Stabilisierung der AHV (AHV 21) vom 28. August 2019, BBl 2019 6306 f.

⁷ Botschaft AHV 21 (Fn. 6), 6354.

⁸ Botschaft AHV 21 (Fn. 6), 6354.

⁹ Botschaft AHV 21 (Fn. 6), 6368 f.

¹⁰ Bis zur Revision AHV 21 blieb die (um einen Freibetrag reduzierte) Beitragspflicht bei einer Fortsetzung der Erwerbstätigkeit nach 65 bestehen, ohne dass die Möglichkeit bestand, die Rentenleistungen aufzubessern.

einer Weiterarbeit über 65 trotz Beitragspflicht keine Verbesserung der Altersrente mehr resultiert.¹¹

Leistungsseitig soll mit der Einführung des flexiblen Rentenbezugs und der Teilpensionierung ein individueller, schrittweiser Übergang in den Ruhestand ermöglicht werden.¹² Der Zeitpunkt, ab dem eine AHV-Teilrente oder die ganze AHV-Altersrente bezogen wird, kann im Alter zwischen 63 und 70 monatsweise frei gewählt werden. Im Sinne der gewünschten Flexibilisierung kann ein frei wählbarer Anteil zwischen 20 und 80 % der Altersrente vorbezogen und/oder aufgeschoben werden (Art. 39 Abs. 1 und Art. 40 Abs. 1 AHVG). So besteht auch bei einer Weiterarbeit über das Referenzalter hinaus die Möglichkeit, die AHV-Rente ganz oder zu einem Teil (vor-)zu beziehen. Wird die Rente oder ein Teil davon aufgeschoben, profitiert die versicherte Person von einem versicherungstechnischen Aufschubzuschlag auf den aufgeschobenen Teil. Bei einem maximalen Aufschub von fünf Jahren beträgt dieser Zuschlag 31,5 % (Art. 55^{ter} Abs. 1 AHVV). Demgegenüber wird die Rente bei einem Vorbezug entsprechend gekürzt. Bei einem frühestmöglichen Vorbezug mit 63 beträgt die Kürzung des vorbezogenen Rentenanteils 13,6 % (Art. 56^{bis} Abs. 1 AHVV).

b) Zweite Säule: Berufliche Vorsorge (BVG)

Die Flexibilisierung des Rentenbezugs und die Einführung des einheitlichen Referenzalters wurden im Interesse einer koordinierten Altersvorsorge auch in der zweiten Säule verankert.

Beitragsseitig ist zu bemerken, dass die obligatorische Versicherung in der beruflichen Vorsorge mit dem Erreichen des Referenzalters (Art. 10 Abs. 2 lit. a BVG) endet, weshalb bei einem Aufschub¹³ des Bezugs der Altersleistungen grundsätzlich keine Beitragspflicht mehr besteht. Reglementarisch gibt es aber die Möglichkeit, eine Beitragszahlung vorzusehen und somit das Altersguthaben weiter zu äufnen, was zu einer Erhöhung der Altersleistungen führt. Wie auch der Aufschub selbst, kann dies bis zur Vollendung des 70. Altersjahres angeboten werden, sofern die Erwerbstätigkeit fortgesetzt wird (Art. 33b BVG). Hat die versicherte Person noch nicht die vollen reglementarischen Leistungen im Referenzalter erworben, können weiter auch freiwillige – steuerlich abzugsfähige – Einkäufe reglementarisch zugelassen werden.¹⁴

Leistungsseitig kann der Bezug der Altersleistung entsprechend der Regelung in der AHV (mit der Möglichkeit zum Vorbezug und zum Aufschub eines Teils der Altersleistung) zwischen dem 63. und dem 70. Altersjahr erfolgen (Art. 13 Abs. 2 BVG), wobei die Vorsorgeeinrichtungen einen früheren Vorbezug – frühestens ab dem vollendeten 58. Altersjahr (Art. 1i Abs. 1 BVV 2) – anbieten können. Ein Aufschub ist solange möglich, als eine Erwerbstätigkeit weiterge-

¹¹ Botschaft AHV 21 (Fn. 6), 6370 f.

¹² Botschaft AHV 21 (Fn. 6), 6364.

¹³ Während einem Aufschub ist das Altersguthaben weiterhin zu verzinsen (Botschaft AHV 21 [Fn. 6], 6400 f.).

¹⁴ Botschaft AHV 21 (Fn. 6), 6377.

führt wird, höchstens jedoch bis zur Vollendung des 70. Altersjahres (Art. 13b Abs. 2 BVG). Mit dem Aufschub erhöht sich der Umwandlungssatz und damit die Rentenleistung.

c) Dritte Säule

Grundsätzlich werden die Altersleistungen der Säule 3a bei Erreichen des Referenzalters fällig. Der Leistungsbezug kann aber auch hier maximal fünf Jahre über das Erreichen des Referenzalters aufgeschoben werden, sofern weiterhin einer Erwerbstätigkeit nachgegangen wird (Art. 3 Abs. 1 Satz 2 und 3 BVV 3). Bis zu diesem Zeitpunkt können gemäß Art. 7 Abs. 3 BVV 3 auch steuerlich abzugsfähige Beiträge geleistet werden. Vorgesehen ist weiter, dass im Jahr, in dem die Erwerbstätigkeit beendet wird, der volle Beitrag geleistet und damit auch von den Steuern abgezogen werden kann (Art. 7 Abs. 4 BVV 3).

Solange noch kein Bezug der Altersleistungen erfolgt ist, besteht ab dem 1. Januar 2025 neu zusätzlich die Möglichkeit von abzugsfähigen Einkäufen in die Säule 3a, mit denen „Lücken“ in der Einzahlung aus den letzten zehn Jahren gefüllt werden können (Art. 7a Abs. 1 BVV 3).

5. Weitere Sozialversicherungen

a) Unfallversicherung

Arbeitnehmende sind unabhängig von ihrem Alter obligatorisch nach dem UVG zu versichern (Art. 1a Abs. 1 lit. a UVG) und für die Versicherten besteht grundsätzlich ein Anspruch auf die Leistungen. Allerdings finden sich gewisse Einschränkungen für Arbeitnehmende, die das Referenzalter bereits erreicht haben. So setzt der Anspruch auf eine Invalidenrente der Unfallversicherung gemäß Art. 18 Abs. 1 UVG ausdrücklich voraus, dass sich der Unfall vor Erreichen des Referenzalters ereignet hat. Diese einschränkende Regelung wurde im Rahmen der 1. UVG-Revision geschaffen, die per 1. Januar 2017 in Kraft trat.¹⁵ Seither ist zusätzlich in Art. 20 Abs. 2^{ter} UVG eine Kürzung gewisser Invalidenrenten ab Erreichen des Referenzalters vorgesehen, wenn sich der invalidisierende Unfall des Versicherten erst ereignet hat, nachdem dieser älter als 45 war. Diese Maßnahmen wurden ergriffen, um allfällige Überentschädigungen zu verhindern.¹⁶ Für die übrigen Geldleistungen (Art. 15 ff. UVG) sowie für die Sachleistungen (Art. 10 ff. UVG) findet sich dagegen keine solche Ausnahme im Gesetz.

b) Arbeitslosenversicherung und Überbrückungsleistungen

Arbeitnehmende, die das Referenzalter erreicht haben, haben keinen Anspruch auf eine Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 Abs. 1 lit. d AVIG). Sie sind denn

¹⁵ AS 2016 4375.

¹⁶ Vgl. hierzu Zusatzbotschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung vom 19. September 2014, BBl 2014 7923 ff.

auch, wie auch ihre Arbeitgebenden, von der Beitragspflicht befreit (Art. 2 Abs. 2 lit. c und d AVIG).

Der Vollständigkeit halber sei hier angemerkt, dass Überbrückungsleistungen nach dem ÜLG bereits aufgrund ihrer systematischen Konzeption so ausgestaltet sind, dass sie höchstens bis zum Erreichen des Referenzalters ausgerichtet werden (Art. 3 Abs. 1 lit. a ÜLG).

c) *Erwerbsersatz*

Solange eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, bleibt die Beitragspflicht auch in der Erwerbsersatzordnung bestehen (Art. 27 Abs. 1 EOG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 AHVG).

Während der Entschädigungsanspruch für Dienstleistende mit dem Erreichen des Referenzalters erlischt (Art. 1a Abs. 4^{bis} EOG), findet sich bei den weiteren Entschädigungen des EOG (Mutterschaftsentschädigung, Entschädigung des anderen Elternteils, Ansprüche aus Betreuung des gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindes etc.) keine solche Altersobergrenze.

d) *Familienzulagen*

Die Beitragspflicht für Familienzulagen ist an jene der AHV gekoppelt und wird auf dem für die AHV-Beiträge ermittelten Einkommen erhoben. Das Alter der Versicherten hat hierauf keinen Einfluss.

Insoweit die übrigen Voraussetzungen für Kinder- oder Ausbildungszulagen nach Art. 3 Abs. 1 FamZG gegeben sind, haben Personen, die auf einem jährlichen Erwerbseinkommen, das mindestens dem halben jährlichen Betrag der minimalen vollen Altersrente der AHV entspricht (aktuell CHF 7'560), AHV-Beiträge entrichten, Anspruch auf Familienzulagen für Erwerbstätige (Art. 13 Abs. 3 FamZG).¹⁷ Subsidiär ist bei über 65-jährigen der Zulagenanspruch für Nichterwerbstätige zu prüfen (Art. 19 FamZG).

6. Zwischenfazit

Der Wille des Gesetzgebers ist deutlich spürbar, die Weiterarbeit über die Altersgrenze von 65 hinaus attraktiver zu gestalten und die Menschen möglichst lange im Arbeitsmarkt zu halten.

Arbeiten Arbeitnehmende über das Referenzalter hinaus und überschreitet ihr Erwerbseinkommen den Freibetrag, schulden sie weiterhin AHV-, IV- und EO-Beiträge. Solange die AHV-Maximalrente noch nicht erreicht wurde, können die AHV-Beiträge bis zum 70. Altersjahr neu zur Aufbesserung von späteren Renten und zur Schließung allfälliger Beitragslücken angerechnet werden. In ähnlicher Weise können weitere Beiträge in der zweiten und dritten Säule das Altersguthaben weiter aufbessern und somit die Vorsorgeanwartschaft verbessern.

¹⁷ Dieselbe Regelung findet sich mit identischem Wortlaut auch in Art. 4 FLG.

Auf der Leistungsseite sind individuelle Kombinationen von Vorbezug und Aufschub bis zu dieser Altersobergrenze von 70 Jahren möglich. Eine abweichende Staffelung des Bezuges der Altersleistungen aus der ersten Säule von jenen aus der zweiten Säule ermöglicht sehr verschiedene, individuelle Gestaltungen des Übertritts in die Pensionierung.

Einzig in Unfall- und Arbeitslosenversicherung ergeben sich nach 65 spürbare Leistungseinbußen, weil keine Unfallinvalidenrenten mehr erworben werden können und auch keine Absicherung mehr in der Arbeitslosenversicherung besteht. Angesichts der nach 65 bereits bestehenden Möglichkeiten des Rentenbezugs fallen diese Einschränkungen allerdings nicht stark ins Gewicht.

III. Arbeitsrechtsrechtliche Sicht

1. Ausgangslage

Erreichen Arbeitnehmende das Referenzalter, zeitigt dies aus arbeitsrechtlicher Sicht an sich keine Rechtsfolgen. Sofern keine diesbezügliche Regelung im Arbeitsvertrag¹⁸ oder einem einschlägigen GAV vorgesehen ist, bleibt ein unbefristeter Arbeitsvertrag vom Alter der Arbeitnehmenden unberührt. Allein durch das Erreichen des Referenzalters erfolgt also keine „automatische“ Kündigung oder Pensionierung.

Grundsätzlich ist auch keine Vereinbarung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Referenzalters zu vermuten. Möglich ist nach Ansicht beispielsweise der Zürcher Gerichte indessen eine betriebliche Übung, welche das Erreichen des ordentlichen Rentenalters als Befristung der Anstellung festlegt.¹⁹

2. Alterskündigung und Kündigungsschutz

a) Alter als persönliche Eigenschaft

Im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit.²⁰ Dieser findet seine Grenzen in der Missbräuchlichkeit. Als missbräuchlich gemäß Art. 336 Abs. 1 lit. a OR gilt eine Kündigung seitens der

¹⁸ Findet sich eine solche Regelung im Pensionskassenreglement, reicht es, wenn diese im Arbeitsvertrag ausdrücklich als Gegenstand des Vertrages bezeichnet wird; BGE 114 II 349 E. 2.

¹⁹ AGer ZH AN080171 vom 2. Juni 2008, in: Entscheide des AGer ZH 2008 Nr. 21; *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 335 Rn. 4 m.H.

²⁰ Anders im öffentlichen Personalrecht, wo beispielsweise für eine Kündigung durch Arbeitgebende auf Bundesebene „sachlich hinreichende Gründe“ verlangt werden (Art. 10 Abs. 3 BPG). Vorbehaltlich abweichender Ausführungsbestimmungen (vgl. Art. 35 Abs. 3 BPV) enden unbefristete Arbeitsverhältnisse nach BPG allerdings von Gesetzes wegen ohne Kündigung bei Erreichen des Referenzalters (Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b BPG i.V.m. Art. 21 Abs. 1 AHVG).

Arbeitgebenden, wenn sie wegen einer persönlichen Eigenschaft der Arbeitnehmenden ausgesprochen wird und keiner der im Gesetz genannten Rechtfertigungsgründe vorliegt. Das Alter der Arbeitnehmenden gilt als persönliche Eigenschaft.²¹

Sobald Arbeitnehmende jedoch das ordentliche Rentenalter (heute „Referenzalter“) erreicht haben, handelt es sich – vorbehaltlich besonderer Umstände – bei einer ordentlichen Kündigung gemäß der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch dann nicht um eine missbräuchliche Kündigung, wenn diese mit dem Alter der Arbeitnehmenden begründet wird.²² In der Lehre wird betont, dass eine Kündigung wegen Erreichens des ordentlichen Rentenalters sicherlich kein missbräuchlicher Kündigungsgrund sei.²³

Gekündigt wurde dem Arbeitnehmer im entsprechenden Fall allerdings gerade nicht auf den Zeitpunkt des ordentlichen Pensionsalters hin, wie dies Formulierungen im Urteil und die Lehre nahelegen. So erscheint es falsch oder zumindest unpräzise, dass jeweils von einer Kündigung *bei*²⁴ oder *wegen*²⁵ Erreichen des ordentlichen Pensionsalters gesprochen wird. Vielmehr wurde die Kündigung im vorliegenden Fall gegenüber einem Arbeitnehmer ausgesprochen, der im Zeitpunkt der Kündigung 70-jährig war und damit das ordentliche Pensionsalter bereits mehrere Jahre überschritten hatte.²⁶

Daraus könnte man schließen, dass für Arbeitnehmende nach Erreichen des Referenzalters 65 faktisch kein Kündigungsschutz mehr besteht, kann doch jede Kündigung mit der Begründung der persönlichen Eigenschaft des Alters – als ansonsten verpöntem Kündigungsmotiv – ausgesprochen werden.

Das Bundesgericht verweist in diesem Zusammenhang auf den Europäischen Gerichtshof, der sich

„schon öfters mit der Frage beschäftigen musste, ob Altersgrenzen eine Diskriminierung wegen des Alters beinhalten, [und] wiederholt festgehalten hat, solche Regelungen würden dem ‚legitimen sozialpolitischen Ziel‘ entsprechen, eine ausgewogene Altersstruktur zu schaffen und im Interesse einer Verteilung der Beschäftigung zwischen den Generationen die berufliche Eingliederung jüngerer Arbeitnehmender zu fördern. Entsprechend verneinte er eine Diskriminierung“.²⁷

Diese Begründung erscheint im Lichte der heutigen demographischen Gegebenheiten kaum noch überzeugend.

²¹ *Humbert/Lerch*, in: von Kaenel/Rudolph (Hrsg.), *Fachhandbuch Arbeitsrecht*, 2. Aufl. 2024, Rn. 11.86 m.H.

²² BGer 4A_399/2013 vom 17. Februar 2014 E. 3.4.

²³ *Wylter/Heinzer/Witzig*, *Droit du travail*, 5. Aufl. 2024, 862.

²⁴ BGer 4A_399/2013 vom 17. Februar 2014 E. 3.4; *Humbert/Lerch* (Fn. 21), Rn. 11.88; *Schwestermann*, *Bekämpfung von Altersdiskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, 2024, 162.

²⁵ So z.B. *Geiser/Müller/Pärli*, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 5. Aufl. 2024, Rn. 551a; *Humbert*, *Aktuelle Juristische Praxis* 6/2015, 868, 876.

²⁶ BGer 4A_399/2013 vom 17. Februar 2014 Sachverhaltsabschnitt A. a.E.

²⁷ BGer 4A_399/2013 vom 17. Februar 2014 E. 3.4.

b) Erhöhte Fürsorgepflicht

Im Zusammenhang mit sogenannten „Alterskündigungen“ stellt das Bundesgericht jedoch in den meisten Fällen auf die Generalklausel von Art. 336 OR und nicht auf die persönliche Eigenschaft des Alters ab.²⁸ Demnach gilt gegenüber „älteren Arbeitnehmenden mit vielen Dienstjahren“ – als besonderer Arbeitnehmendenkategorie – eine erhöhte Fürsorgepflicht.²⁹ Auf dieser Grundlage wurden wiederholt Kündigungen als missbräuchlich qualifiziert, die kurz vor dem ordentlichen Pensionsalter der Arbeitnehmenden ausgesprochen wurden.³⁰

Neben dem Gebot der schonenden Rechtsausübung³¹ sei in solchen Fällen vor allem zu beachten, dass ein krasses Missverhältnis der Interessen bestehe. Konkret führt das Bundesgericht aus, dass ein (in diesem Fall 64-jähriger) Arbeitnehmer ein eminentes Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages habe, da er angesichts seines Alters kaum mehr eine andere Anstellung finden dürfte und mit Einbußen bei den Einkommensersatzleistungen – seiner Altersvorsorge – zu rechnen haben werde.³² Mit Bezugnahme auf das Rechtsmissbrauchsverbot in Art. 2 Abs. 2 ZGB weist das Bundesgericht auf eine Einschränkung der Vertragsfreiheit, vorliegend im Besonderen der Kündigungsfreiheit, hin, wenn diese zu einem „sozial stossenden Missverhältnis der Interessen führen würde“. ³³ Diese Abwägung der Interessen kann als Pflicht der Arbeitgebenden zu einer Verhältnismässigkeitsprüfung bei Kündigungen verstanden werden.³⁴

Arbeitgebende sind aufgrund ihrer erhöhten Fürsorgepflicht demnach gehalten, bei der Prüfung der Kündigung von älteren Arbeitnehmenden diese rechtzeitig über die entsprechende Absicht zu informieren, sie anzuhören und nach Lösungen zu suchen, die den Erhalt des Arbeitsverhältnisses ermöglichen könnten.³⁵ Die Ableitung von solch weitreichenden Pflichten aus der Fürsorgepflicht stößt in Teilen der Lehre indessen auf Kritik,³⁶ zumal die Fürsorgepflicht in erster Linie eine Unterlassungspflicht darstelle, weshalb nicht ausdrücklich vorgesehene Handlungspflichten nicht leichthin aus dieser Fürsorgepflicht abgeleitet werden dürften.³⁷ Das Bundesgericht hat denn auch versucht, diese Rechtsprechung zu relativieren, indem es darauf verwies, dass der Umfang der erhöhten

²⁸ So z.B. in BGE 132 III 115 E. 5.6; vgl. zum Begriff der Alterskündigung *Schwestermann* (Fn. 24), 158 ff. m.H.

²⁹ BGE 4A_384/2014 vom 12. November 2014 E. 4.2.2.

³⁰ Eine Übersicht der einschlägigen Rechtsprechung findet sich bei *Humbert/Lerch* (Fn. 21), Rn. 11.89 ff.

³¹ Kritisch hierzu *Portmann/Rudolph*, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, Art. 336 Rn. 25 m.w.H.

³² BGE 132 III 115 E. 5.5.

³³ BGE 132 III 115 E. 2.4.

³⁴ So *Rudolph*, in: FS für Wolfgang Portmann, 2020, 637, 641.

³⁵ BGE 4A_384/2014 vom 12. November 2014 E. 4.2.2.

³⁶ Z.B. *Portmann*, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung 3/2021, 248, 250; *Rudolph* (Fn. 34), 646.

³⁷ *Portmann/Wildhaber/Rudolph*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2024, Rn. 409.

Fürsorgepflicht im Einzelfall aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände zu bestimmen sei.³⁸

c) AHV 21 und das Referenzalter

Das Bundesgericht nennt das „eminente[n] Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages des Klägers [Arbeitnehmer], dem es angesichts seines Alters kaum gelingen dürfte, eine andere Anstellung zu finden“ und dass dieser „mit Einbussen bei den Einkommensersatzleistungen zu rechnen haben“ werde.³⁹ Die zeitliche Nähe zum Pensionsalter sei als Grund für die Annahme einer Missbräuchlichkeit zu berücksichtigen.⁴⁰

Die für eine erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber älteren Arbeitnehmenden angeführten Gründe – insbesondere auch die Sicherung der Altersvorsorge – gelten nun aber weiterhin und gleichermaßen für Arbeitnehmende über 65, denn zumindest bis 70 bestehen seit der Reform AHV 21 deutlich verbesserte Möglichkeiten, die Altersvorsorge weiter aufzubessern.⁴¹ Da die fixe Altersgrenze 65 mit der Reform AHV 21 und mit Blick auf die geänderte Rechtslage aufgeweicht wird, erscheint es künftig schwer begründbar, den Kündigungsschutz, der bis zum Referenzalter laufend wächst, mit dem Erreichen dieser Schwelle entfallen zu lassen.

3. Lohnfortzahlungspflicht und Kündigungsschutz bei Krankheit

a) Lohnfortzahlungspflicht

Hat ein Anstellungsverhältnis länger als drei Monate gedauert oder ist es für mehr als drei Monate eingegangen worden, haben Arbeitnehmende, die aufgrund einer Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert sind, gegenüber dem Arbeitgebenden Anspruch auf Lohnfortzahlung (Art. 324a Abs. 1 OR). Für wie lange diese Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgebenden besteht, ist im Einzelfall zu bestimmen. Das Gesetz gibt lediglich vor, dass im ersten Dienstjahr mindestens für drei Wochen eine Lohnfortzahlung zu leisten und der zeitliche Umfang je nach Dauer des Arbeitsverhältnisses angemessen zu erhöhen ist (Art. 324a Abs. 2 OR).

Um festzulegen, für welche Dauer der Lohn weiter zu entrichten ist, wurden in der Praxis Skalen entwickelt. Alle diese Skalen (Basler, Berner und Zürcher Skala) haben gemeinsam, dass die Dauer der geschuldeten Lohnfortzahlung ausschließlich anhand der Anzahl der Dienstjahre berechnet wird. Neben der Dauer des Arbeitsverhältnisses sind nach dem Wortlaut der Bestimmung weiter auch „besondere Umstände“ in der Bemessung der Lohnfortzahlungspflicht zu berücksichtigen (Art. 324a Abs. 2 OR). Allerdings sind diese in der Praxis nicht

³⁸ BGer 4A_117/2023 vom 15. Mai 2023 E. 3.4.2; 4A_44/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.3.2; 4A_419/2007 vom 29. Januar 2008 E. 2.5.

³⁹ BGE 132 III 115 E. 5.5.

⁴⁰ Vgl. hierzu *Humbert* (Fn. 25), 873 f.

⁴¹ Vorne Ziff. II.4.

(mehr) relevant.⁴² Nach Ansicht des Bundesgerichts ist von den Skalen dennoch abzuweichen und auf die konkreten Umstände Rücksicht zu nehmen, wenn die strikte Anwendung der Skalen zu stoßenden Ergebnissen führt.⁴³

Das Alter stellt soweit ersichtlich in der Praxis keinen solchen besonderen Umstand dar, dessen Nichtbeachtung zu einem stoßenden Ergebnis führen könnte, weshalb das Alter von Arbeitnehmenden an sich keinen Einfluss auf die Dauer der Lohnfortzahlung bei Krankheit haben kann. Die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgebenden und der damit einhergehende Schutz der Arbeitnehmenden bleibt demnach bei Weiterarbeit über das Referenzalter hinaus unberührt.

b) Krankentaggeldversicherung

Die freiwillige Krankentaggeldversicherung nach KVG kennt einen Kontrahierungszwang der Versicherer. Dieser gilt jedoch lediglich gegenüber Personen zwischen dem 15. und dem 65. Altersjahr (Art. 67 Abs. 1 KVG).⁴⁴ Krankentaggeldversicherungen nach KVG dürfen Personen, welche diese Altersgrenze überschritten haben, nicht in die Versicherung aufnehmen.⁴⁵ Dies bedeutet indes nicht, dass eine bestehende Versicherung von Gesetzes wegen dahinfallen würde, sobald die versicherte Person die Altersgrenze erreicht.⁴⁶ Sofern eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit zu einem Erwerbsausfall geführt hat, sich also mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nachweisen lässt, dass die versicherte Person ohne Krankheit – trotz Bezug einer Altersrente – weitergearbeitet hätte, sind Taggeldleistungen auch neben einer Altersrente zu bezahlen.⁴⁷

Hingegen ist es nach der – in der Lehre kritisierten⁴⁸ – Rechtsprechung des Bundesgerichts aus dem Jahre 1998 zulässig, die Taggeldversicherung für Personen, die das 65. Altersjahr vollendet haben, jederzeit statutarisch einzuschränken oder gar aufzuheben.⁴⁹ Das Bundesgericht erwog, dass die „Versicherten-gemeinschaft nicht mit der Finanzierung des schlechten Risikos belastet werden solle, welches die Versicherung einer Kategorie von Personen darstelle, die der

⁴² Vgl. mit Hinweisen auf die in der älteren Rechtsprechung genannten Umstände *Egli*, Aktuelle Juristische Praxis 9/2000, 1064, 1073.

⁴³ BGer Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts 1999, 167 ff. E. 1.

⁴⁴ Bemerkenswert: Die explizite Altersgrenze des 65. Altersjahres galt bereits vor der Vereinheitlichung des Referenzalters – auch für Frauen mit ordentlichem Rentenalter 64; vgl. BBl 1992 I 199 f.

⁴⁵ Die Obergrenze des Eintrittsalters ist zwingender Natur; vgl. BBl 1992 I 199 f.; *Husmann/Jenny*, in: Blechta et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Krankenversicherungsgesetz Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, 2020, Art. 67 Rn. 17.

⁴⁶ BGE 124 V 201 E. 3b und 3c.

⁴⁷ BGer 4A_348/2007 vom 19. Dezember 2007 E. 3.3.1; vgl. *Caderas*, Koordination von Krankentaggeldleistungen, 2016, 121 ff. mit weiteren Ausführungen zur Unterscheidung zwischen der Beendigung des Versicherungsverhältnisses und (bereits entstandenen) Leistungsansprüchen.

⁴⁸ *Eugster*, in: Meyer (Hrsg.), SBVR Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, Rn. 1431; BSK KVG-*Husmann/Jenny* (Fn. 45), Art. 67 Rn. 26; *Kieser*, Aktuelle Juristische Praxis 12/1998, 1508 ff.

⁴⁹ BGE 124 V 201 E. 4 f.

Gesetzgeber als im Durchschnitt ‚wenig arbeitstauglich‘ ansehe“.⁵⁰ Das Bundesgericht gesteht zwar ein, dass diese Begründung „nicht in allen Teilen zu befriedigen“ vermöge, bestätigte diese Rechtsprechung aber trotzdem.⁵¹

In der Praxis deutlich weiter verbreitet als Krankentaggeldversicherungen nach KVG sind jedoch solche nach dem VVG. Diese genießen einen weiteren Gestaltungsspielraum und kennen auch keinen Kontrahierungszwang. Von besonderer Relevanz sind deshalb die jeweiligen Versicherungsbedingungen. Sehen diese mindestens gleichwertige Leistungen im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR vor, können sie die Arbeitgebenden gleichermaßen von deren Lohnfortzahlungspflicht entbinden.

Die grundsätzliche Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgebenden bleibt hiervon allerdings unberührt. Bei Gleichwertigkeit der Versicherungsleistung im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR sind Arbeitgebende zwar von der Lohnfortzahlungspflicht befreit, doch kann diese wieder aufleben, wenn keine Versicherungsleistungen erbracht werden oder diese nicht als gleichwertig einzustufen sind. Da die Versicherer (für Arbeitnehmende über 65) vielfach keine oder nur reduzierte Leistungen vorsehen, sind deren (allfällige) Leistungen regelmäßig nicht als gleichwertig zu betrachten. In der Folge bleibt in diesen Fällen – trotz Krankentaggeldversicherung – die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgebenden subsidiär bestehen.⁵²

c) Zeitlicher Kündigungsschutz

Der zeitliche Kündigungsschutz gemäß Art. 336c Abs. 1 lit. b OR verbietet es den Arbeitgebenden, Arbeitnehmenden zu kündigen, während diese aufgrund einer Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert sind. Für wie lange dieser zeitliche Kündigungsschutz gilt, ergibt sich direkt aus dieser Gesetzesnorm und ist ausschließlich abhängig von der Anzahl der Dienstjahre. Folglich bleibt dieser Schutz unverändert bestehen – unabhängig vom Alter der Arbeitnehmenden.

4. Denkanstöße

Eine einseitige Kündigung (allein) aufgrund des verpönten Merkmals des Alters ist missbräuchlich. Dies muss auch gegenüber Arbeitnehmenden über 65 gelten. Andernfalls bestünde für Arbeitnehmende über 65 faktisch kein Kündigungsschutz mehr. Wollen Arbeitgebende eine fixe Altersgrenze vorsehen, kann eine solche ohne Weiteres vereinbart werden.

Eine Kündigung kann sodann auch bei Arbeitnehmenden über 65, wie bei allen Arbeitnehmenden, etwa aufgrund der mangelhaften Leistung erfolgen. Der Leistungsabfall steht allenfalls im Zusammenhang mit dem Alter, doch wäre es verfehlt, bei Arbeitnehmenden ab 65 einen Leistungsabfall zu vermuten, der

⁵⁰ BGE 124 V 201 E. 4b mit Verweis auf BGE 97 V 130 E. 1.

⁵¹ BGE 124 V 201 E. 4d.

⁵² Vgl. BSK OR I-Portmann/Rudolph (Fn. 31), Art. 324b Rn. 58 m.H.

eine Kündigung mit dem alleinigen Argument des Alters als nicht-missbräuchlich erscheinen ließe.

Ganz grundsätzlich stellt sich die Frage, wie der Kündigungsschutz gegenüber Arbeitnehmenden über 65 auszugestalten ist. Während diese (in der Lehre) bisher wenig Beachtung fand, wird sie sich in Zukunft vermehrt stellen und damit auch breiter diskutiert werden müssen.

IV. Zusammenfassende Thesen

1. Weiterarbeiten nach 65 wird aufgrund verschiedener Faktoren, namentlich aufgrund des Fachkräftemangels, zu einem verbreiteten Phänomen werden.

2. Der Gesetzgeber hat im Sozialversicherungsrecht die Weichen gestellt, um eine Weiterarbeit (zumindest bis 70) attraktiver zu gestalten.

3. Die erhoffte (faktische) Erhöhung des Rückzugsalters aus dem Erwerbsleben ist mit positiven Erwartungen für die Gesellschaft verbunden (Produktivität, Steuern, Sozialversicherungen, Gesundheitskosten).

4. Das Arbeitsrecht ist im Grundsatz indifferent gegenüber dem Alter.

5. Die in der Praxis etablierte Fürsorgepflicht für ältere Arbeitnehmende kurz vor dem „Rentenalter“ zielt auf die (wenig flexiblen) sozialversicherungsrechtlichen Regelungen vor der Reform AHV 21.

6. Das „Referenzalter“, welches das „Rentenalter“ ablöst, lässt erkennen, dass die Altersgrenze weniger starr zu denken ist.

7. Für das Arbeitsrecht stellt sich die Frage, wie diese Entwicklung zu integrieren ist: Fällt die gesteigerte Fürsorgepflicht dahin oder ist sie über das Referenzalter hinaus auszudehnen?

8. Sicher ist auf jeden Fall, dass auch bei der Weiterarbeit über das Referenzalter hinaus die Rechte der Arbeitnehmenden gegenüber den Arbeitgebenden, insbesondere im Bereich des wirtschaftlichen Schutzes bei Krankheit (Lohnfortzahlungspflicht), erhalten bleiben.

9. Für den mit dieser Schrift Geehrten hat sich, unabhängig von der beschriebenen Rechtslage in der Schweiz, die Weiterarbeit in Oxford (und in Zürich) zweifellos gelohnt. Wir wünschen ihm weiterhin nur das Beste und noch viele produktive, gesunde und zufriedene Jahre.

Aeque perituris... Necessaria reversione ad veterem quaestionem

Nochmals zur überholenden Kausalität im römischen Recht

Jean-François Gerkens

I. Einleitung

Es war Wolfgang Ernst selbst, der mich ermutigte, zu meinem Dissertationsthema über die überholende Kausalität zurückzukehren. Unsere erste Diskussion dazu fand während unserer Teilnahme¹ am *International Roman Law Moot Court* statt, als er gerade sein hervorragendes Buch² über ein Fragment des Julian fertigstellte – ein Fragment, das ich in meiner Dissertation³ auch ausführlich behandelt hatte. Ich gestand ihm, mit Teilen meiner eigenen Arbeit nicht einverstanden zu sein, woraufhin er mich zur erneuten Beschäftigung mit dem Thema ermutigte. Die Herausforderung reizte mich, doch wusste ich zunächst nicht, wie ich sie angehen sollte. Ein vollständiges Neuschreiben hätte viele Gedanken und Exegesen wiederholt, an denen ich weiterhin festhielt. Daher entschied ich mich, das Argument in Form eines Aufsatzes neu zu formulieren – und welcher Ort wäre geeigneter als dieses Werk zu Ehren von Wolfgang Ernst! Ihm sei herzlich für seine Ermutigung gedankt!

II. Entstehung der Dissertation

Nach meinem Jurastudium in Lüttich wurde ich von Roger Vigneron († 2002) als Assistent eingestellt. Er schlug mir eine Dissertation im römischen Recht unter Betreuung von Fritz Sturm († 2015) vor, der damals in Lausanne lehrte. Sturm unterbreitete mehrere Themen, darunter auch jenes der „überholenden Kausalität“, für welches ich mich entschied. Ich begann mit Exegesen von Digestenfragmenten, die mir als Beispiele geeignet erschienen. Die Forschung dauerte etwa drei Jahre, vom Winter 1993/94 bis 1996/97. Die Verteidigung fand

¹ XIth International Roman Law Moot Court, Eupen-Liège, 11–14 April 2018.

² *Ernst*, Justinian's Digest 9.2.51 in the Western Legal Canon. Roman Legal Thought and Modern Causality. Concepts, 2019, 177.

³ *Gerkens*, *Aeque perituris... Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*, 1997, 159–206.

am 25. April 1997 in Lüttich statt. Die Monographie wurde kurz darauf ohne wesentliche Änderungen veröffentlicht.

1. Die Wahl der Definition der überholenden Kausalität

Um geeignete Digestenfragmente zu analysieren, war zunächst eine Definition der „überholenden Kausalität“ erforderlich. Da das Konzept jedoch fast ausschließlich von deutschsprachigen Juristen verwendet wird, musste ich deren Schriften – auch aus dem modernen Recht – heranziehen. Die romanistische Literatur bietet zwei Definitionen: eine von Hausmaninger und eine restriktive von Ankum.

Hausmaninger⁴ definiert:

„Von überholender Kausalität spricht man, wenn ein Ereignis einen Schaden real herbeigeführt und ein anderes Ereignis denselben Schaden bewirkt hätte, wenn ihm das erstgenannte Ereignis nicht zuvorgekommen wäre“.

Ein Beispiel: Primus zerstört das Haus des Secundus; zwei Monate später verwüstet ein Brand das Viertel, sodass das Haus ohnehin zerstört worden wäre.

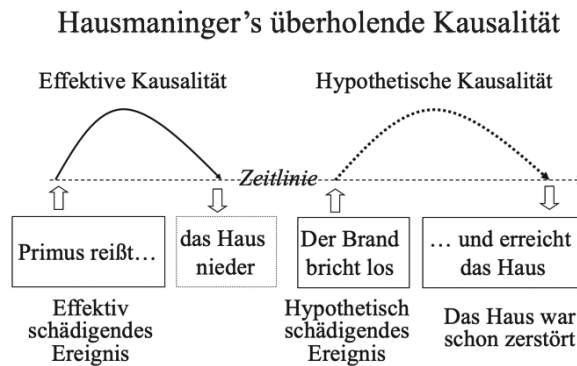


Abbildung 1: Hausmaningers überholende Kausalität

Demgegenüber steht Ankums⁵ Definition:

„Nach modernen Einsichten spricht man von überholender Kausalität, wenn ein bestimmtes Ereignis stattgefunden hat, wodurch später eine bestimmte Folge eingetreten wäre, und, bevor es so weit kommt, ein zweites Ereignis geschieht, das unmittelbar zu dieser Folge führt.“

Nach dieser zweiten Definition genügt es nicht, dass der Schaden auch ohne das tatsächlich schädigende Ereignis eingetreten wäre, vielmehr muss das hypothetisch schädigende Ereignis zeitlich vor dem tatsächlich schädigenden liegen.

⁴ Hausmaninger, Schadenersatzrecht der Lex Aquilia, 5. Aufl. 1996, 19.

⁵ Ankum, in: FG für Ulrich von Lübtow, 1980, 326.

Ankum's überholende Kausalität

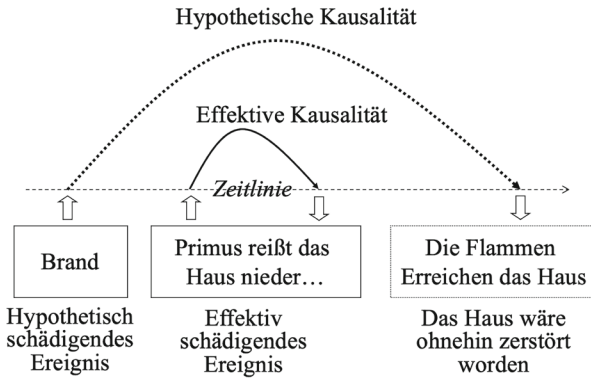


Abbildung 2: Ankums überholende Kausalität

Diese zweite Definition verdient den Vorzug, da sie den Gedanken des „Überholens“ klarer ausdrückt. Nur hier überholt ein Ereignis ein anderes bei der Schadensverursachung.

Im Beispiel müsste der Brand also bereits wüten, als Primus das Haus zerstört. Primus käme so dem Brand zuvor – seine Handlung überholt die Schadensverursachung durch das Feuer.

Wie die Diskussion zeigt, handelt es sich um ein modernes, dogmatisches Problem. Die römischen Juristen haben sich nie ausdrücklich mit überholender Kausalität befasst und keine spezifische Terminologie zur Kausalität entwickelt.⁶ Diese Untersuchung musste daher ihre eigene Legitimität hinterfragen, um sicherzustellen, dass sie sich tatsächlich mit römischem Recht befasste. Dies erforderte methodische Flexibilität und sorgfältige Analyse der Quellen. Ausgangspunkt war: Welche Texte enthalten Fallkonstellationen, die der Definition von Hans Ankum entsprechen?

2. Die Auswahl der Fälle und der jeweiligen Digestenfragmente

Die Fälle, die der gewählten Definition der überholenden Kausalität entsprechen, sind m.E. die folgenden:

- Der Fall des *damnum incendi arcendii causa datum* (Schaden, der zur Abwehr eines Brandes verursacht wurde): Ulp. 9 disp. D. 9, 2, 49, 1; Ulp. 56 ed. D. 47, 9, 3, 7; Ulp. 71 ed. D. 43, 24, 7, 4; = III.1.a)
- Der „Eber-in-der-Schlinge“-Fall: Proc. 2 epist. D. 41, 1, 55; = III.1.b)

⁶ Gerken (Fn. 3), 325; Ernst (Fn. 2), 105–107.

- Der Fall der verderblichen Waren, die bei einem Schiffbruch von jemandem mitgenommen wurden: Paul. 54 ed. D. 47, 9, 4 pr.–1; = III.1.c)
- Der Fall des tödlich verletzten Sklaven, der später aus einem anderen Grund stirbt: Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 11, 3 und Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 15, 1; Iul. 86 dig. D. 9, 2, 51; = III.1.e) und III.1.d)
- Der Fall des durch Stipulation versprochenen Sklaven, der vom Versprechenden freigelassen wird und dann unerwartet stirbt: Paul. 5 Plaut. D. 44, 7, 45; = III.2.a)
- Der Fall des Sklaven, der an zwei Käufer verkauft wurde und vor der *traditio* an einen von ihnen eines natürlichen Todes stirbt: Paul. 16 quaest. D. 18, 4, 21; = III.2.b)
- Der Fall der zwei Schiffe, die während derselben Überfahrt untergehen: Lab./ Paul. 1 pith. D. 14, 2, 10, 1; = III.2.c)
- Der Fall des Käufers, der von einem mangelhaften Sklaven evinziert wird: Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21, 1, 44, 2; Pomp. 9 Sab. D. 21, 2, 16, 2; ulp. 32 ed. D. 19, 1, 11, 14; = III.2.d)
- Der Fall des Mitgiftguts, das vom Ehemann vernachlässigt wird und durch Zufall zugrunde geht: Paul. 36 ed. D. 25, 1, 4; Paul. 6 Plaut. D. 23, 3, 56 pr.;
- Der Fall der gemeinsamen Mauer, die zerstört wird mit der Begründung, sie wäre ohnehin eingestürzt, wenn einer der Miteigentümer ein neues Gebäude daran angebracht hätte: Ulp. 42 Sab. D. 39, 2, 35–37.

3. Methodologische Präzisierungen

Obwohl die Ausgangshypothese dogmatisch war, verlangte die – zu Recht – von Fritz Sturm vorgegebene Methode eine besonders sorgfältige Analyse der römischrechtlichen Texte. Es galt alle verfügbaren Handschriften der Vulgata und den palingenetischen Kontext der Fragmente zu berücksichtigen. Diese strenge Quellenkritik sollte verhindern, dass die Untersuchung zu dogmatisch wurde, und vielmehr klären, ob römische Juristen für die modernen Fragestellungen empfänglich gewesen wären. Bei den zuvor genannten Fällen stellte sich daher die Frage: Hätten auch römische Juristen Gemeinsamkeiten erkannt, die ähnliche Lösungen nahelegten? Diese Überlegung führte dazu, den Titel meiner Dissertation aus dem ersten Fragment der Liste zu wählen – *Aeque perituris* – und damit die juristische Reflexion auszudrücken: Wenn die Sache ohnehin zugrunde gegangen wäre, ist dann derjenige zu verurteilen, der sie zerstört hat? Diese Frage entsprach der eingangs formulierten dogmatischen Fragestellung, war aber näher an der Denkweise der römischen Juristen.

4. Konfrontation mit Fritz Sturm

Als die Arbeit sich dem Ende zuneigte (Ende 1996) und ich Fritz Sturm das vollständige Manuskript übermittelte – das er zuvor Kapitel für Kapitel gebilligt hatte – bat er mich, ein Hotelzimmer in Bonn zu reservieren, wo er an einem Kolloquium teilnahm. Zu meiner Überraschung forderte er bei seiner Ankunft, dass ich meine gesamte dogmatische Analyse umkehren sollte: Was ich als überholende Kausalität analysiert hatte, sollte nun als überholte Kausalität dargestellt werden – und umgekehrt. Das widersprach allem, was ich bisher geschrieben hatte, und stellte mich vor eine große Herausforderung. Ich musste Fritz Sturm überzeugen, dass seine Forderung nicht umsetzbar war. Das Gespräch verlief jedoch ergebnislos, und mir wurde klar, dass ich in einem Punkt nachgeben musste, um mein Manuskript einreichen zu können. Konkret konnte ich das Kapitel zur deliktischen Haftung retten, musste aber das zur vertraglichen Haftung opfern. Durch eine Änderung der Terminologie kehrte ich die dogmatische Analyse um – ein Kompromiss, den Sturm akzeptierte, obwohl er nicht logisch war.

Die Dissertation wurde unter diesen Bedingungen eingereicht und verteidigt. Die Kommission und Sturm waren zufrieden, die Arbeit wurde veröffentlicht. Nur Bill Gordon⁷ erkannte in seiner Rezension das logische Problem.

Diese Schwäche meines Buches war vor allem mir selbst bewusst, blieb aber weitgehend unbemerkt. Meine akademische Laufbahn litt nicht darunter und ich betrachtete diese Episode als eine der Anekdoten, die zum Leben gehören.

5. Neue aufmerksame Leser

Das Problem holte mich 2001 beim Privatissimum von Pascal Pichonnaz in Fribourg ein: Die dortigen Studenten hatten meine Dissertation gründlich gelesen und das logische Problem im 2. Kapitel erkannt. Sie fragten mich sofort nach dem Grund für diese Analyse – und ich erklärte offen, dass sie recht hatten und ich es nie so hatte schreiben wollen! Ihre Überraschung war verständlich, aber sie waren auch stolz, das Problem entdeckt zu haben. Obwohl mir diese Erklärung leichtfiel, wurde mir klar, dass auch andere Leser das Problem bemerken könnten. Ich musste also eine Korrektur in Erwägung ziehen, schob sie aber zunächst auf.

Die Herausforderung bestand darin, einen Selbstplagiatsvorwurf zu vermeiden, der bei einer bloßen Umschreibung eines Kapitels entstehen könnte. Außerdem musste ich berücksichtigen, dass ich 28 Jahre nach der Veröffentlichung nicht mehr derselbe Forscher bin. Letztlich erschien mir eine zweigeteilte Antwort sinnvoll: Erstens sollte ich klarstellen, wie meine dogmatische Analyse zur Vertraglichen Haftung tatsächlich aussah. Zweitens wollte ich zeigen, wie sich meine Analyse der Fragmente seit 1997 weiterentwickelt hat.

⁷ Gordon, TR 67 (1999/3–4), 366–368.

III. Meine dogmatische Analyse der überholenden Kausalität – wie ich sie in meiner Monographie hätte darstellen wollen

Nach der von mir gewählten Definition setzt überholende Kausalität zwei schädigende Ereignisse voraus: ein hypothetisches und ein tatsächlich eingetretenes, wobei Letzteres das erste in der Schadensverursachung überholt. Diese Definition eignet sich für alle Haftungsarten – deliktisch, vertraglich und für die von Gaius⁸ als „*ex variis causarum figuris*“ bezeichneten Fälle. Daraus ergibt sich, dass unterschiedliche dogmatische Analysen je nach Haftungsart wenig sinnvoll sind, auch wenn die rechtlichen Lösungen je nach Kontext variieren können. Diese werde ich im Folgenden getrennt behandeln. Aus Platzgründen verzichte ich auf den dritten Teil (Haftung *ex variis causarum figuris*) sowie auf vollständige Exegesen, wie sie in meiner Dissertation zu finden sind. Ich verweise daher auf die dortigen Ausführungen, da sich meine Auffassung zur Interpretation der Fragmente kaum geändert hat. Im Folgenden fasse ich ihre wesentlichen Beiträge zusammen.

1. Deliktische Haftung

Im Bereich der deliktischen Haftung hat sich meine Analyse nicht grundsätzlich verändert, sodass ich mich weitgehend darauf beschränken werde, die in meiner Dissertation vertretene Position zusammenzufassen. Die Fragmente, die unter meine Definition der überholenden Kausalität fallen, sind die folgenden:

- D. 43, 24, 7, 4; D. 9, 2, 49, 1; D. 47, 9, 3, 7; = a)
- D. 41, 1, 55; = b)
- D. 47, 9, 4 pr.-1; = c)
- D. 9, 2, 15, 1; = d)
- D. 9, 2, 11, 3; D. 9, 2, 51. = e)

a) *Damnum incendii arcendi causa datum*

Der Schaden, der durch das Niederreißen eines Nachbarhauses zur Eindämmung eines Brandes entsteht, bildet die Grundlage für den modernen Notstandsbegriff. Im römischen Recht existiert jedoch kein allgemeiner Rechtfertigungs-

⁸ Gai. 2 aur. D. 44, 7, 1, pr.: *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*

tigungsgrund:⁹ die prozessualen Mittel des Prätors verlangen eine differenzierte Analyse. Drei Fragmente illustrieren diesen Fall mit Bezug auf drei verschiedene prozessuale Mittel: die *actio legis Aquiliae*, das *interdictum quod vi aut clam* sowie die *actio de incendio ruina naufragio rate nave expugnata*.

Bei der *actio legis Aquiliae* verweist Ulpian (D. 9, 2, 49, 1) auf Celsus: Der Prätor verweigert die Verurteilung mangels *iniuria*, da der Täter aus berechtigter Furcht (*iusto metu ductus*) handelte. Die Absicht, ein Feuer einzudämmen, rechtfertigt die Handlung und verhindert eine Verurteilung.

Beim *interdictum quod vi aut clam* war die Lösung vorerst umstritten, da dieses nicht das Vorliegen einer *iniuria* voraussetzt. Eine Einrede *quod incendii defendendi causa factum non sit* hätte auch hier eine Verurteilung verhindern können. Diese wurde jedoch nur dem Magistrat gewährt, nicht Privatpersonen. Servius unterscheidet: Wenn das Feuer die Trümmer erreicht, liegt kein Schaden vor (*aeque perituris aedibus*); erlischt es vorher, wird der Täter verurteilt.¹⁰

Das Argument des fehlenden Schadens ergibt sich aus Servius' Vergleich mit der *actio legis Aquiliae*: Wenn das Feuer das niedergerissene Haus erreicht, liegt weder *iniuria* noch *damnum* vor. Entscheidend ist hier nicht die Furcht, sondern ob der Schaden ohnehin eingetreten wäre.

Bei der *actio de incendio* [...] sieht das Edikt¹¹ eine vierfache Schadensersatzpflicht vor, unabhängig von einer *iniuria*. Die Position von Labeo – der eine Verurteilung des Täters, der ein Haus niederreißt, um ein Feuer einzudämmen, vertritt – erklärt sich meiner Ansicht nach dadurch, dass erst nach Labeos Zeit *dolus* als Voraussetzung für die *actio de incendio* verallgemeinert wurde.¹² Ursprünglich war *dolus* nur für den Fall der Hehlerei¹³ nötig. Ulpian kritisiert je-

⁹ Vgl. meine Dissertation (Fn. 3), 114–120, wo ich die erforderlichen Differenzierungen zwischen den Formeln der verschiedenen prozessualen Mittel ausführlich dargestellt habe. Die einzig mögliche Schlussfolgerung lautete: Man kann im römischen Recht nicht – wie heute – die Existenz eines allgemeinen Rechtfertigungsgrundes namens „Notstand“ postulieren, da im Rahmen des *interdictum quod vi aut clam* ein solcher Rechtfertigungsgrund von den römischen Juristen ausdrücklich abgelehnt wird. Dies war jedenfalls die Position von Servius, Ulpian und auch dem Verfasser der *Basiliken*. Dennoch hat mir Fritz Sturm damals nicht erlaubt, in meiner Dissertation zu schreiben, dass das römische Recht keinen dem modernen Notstandsbegriff entsprechenden Rechtfertigungsgrund kannte. Was ich in der Dissertation nicht schreiben durfte, habe ich jedoch später in anderen Veröffentlichungen nachgeholt (z.B. *Gerkens*, in: FS für Guido Tsuno, 2013, 103–124).

¹⁰ Ähnlich auch noch in den Bas. 58, 23, 7.

¹¹ Tatsächlich sieht das Edikt des Prätors an dieser Stelle vor, dass eine Verurteilung zum Vierfachen ausgesprochen wird, wenn eine *rapina*, eine *receptio dolo malo* oder ein Schaden bei einem Brand, einem Einsturz oder einem Schiffsbruch verursacht wurde (Ulp. 56 ed. D. 47, 9, 1 pr.).

¹² Ulp. 56 ed. D. 47, 9, 3, 7: Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit: nam si dolus malus absit, cessat edictum. [...].

¹³ Ulp. 56 ed. D. 47, 9, 3, 3: Non tantum autem qui rapuit, verum is quoque, qui recepit ex causis supra scriptis, tenetur, quia receptores non minus delinquant quam adgressores. *sed enim additum est „dolo malo“, quia non omnis qui recipit statim etiam delinquit, sed qui dolo malo recipit. quid enim, si ignarus recipit? aut quid, si ad hoc recepit, ut custodiret salvaque faceret ei qui amiserat? utique non debet teneri.*

doch Labeo spöttisch und verweist wiederum auf Celsus' Lösung im Rahmen der *lex Aquilia*.¹⁴

Was die überholende Kausalität betrifft, so ist zweifellos der Text zum Interdikt *quod vi aut clam* der ergiebigste. In der Tat ersticken die beiden anderen Fragmente die Fragestellung gewissermaßen im Keim, indem sie prinzipiell jede Möglichkeit ausschließen, Ersatz für das *damnum incendii arcendi causa datum* zu erlangen – und zwar wegen des Fehlens einer *iniuria*, bzw. eines *dolus*. Die Konstellation des Interdikts *quod vi aut clam* hingegen eröffnet die Diskussion und kontrastiert den durch das Niederreißen mit dem durch das Feuer verursachten Schaden. Der Schaden wird dem Brand zugerechnet, wenn er die Trümmer erreicht; andernfalls dem Täter.

Dadurch liefert der Text ein äußerst interessantes Argument, um sich der römischen Auffassung dessen anzunähern, was die Pandektisten später als „überholende Kausalität“ bezeichnet haben. Das Argument, wonach der Schaden ohnehin eingetreten wäre (*aeque perituris*), bringt eine Vorstellung zum Ausdruck, die der überholenden Kausalität sehr nahekommt. Es stellt zugleich die Frage nach der Zurechnung des Schadens entweder zu dem tatsächlich schädigenden Ereignis oder zu dem hypothetisch schädigenden Ereignis.

Drittens setzt der Text eine sehr klare Grenze für die Anwendung des Arguments *aeque perituris* und damit auch für die Analyse der Relevanz der überholenden Kausalität im römischen Recht. Im letzten Teil des Textes zitiert Ulpian Labeo:

D. 43, 24, 7, 4 (*in fine*):

[...] quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit nec ne, aestimari oportere Labeo ait.

Wenn das Haus also bereits vor dem Ausbruch des Feuers eingerissen wurde, wird der Schaden niemals dem Brand zugerechnet, sondern stets demjenigen, der das Haus eingerissen hat. Mit anderen Worten: das Argument *aeque perituris* greift nicht mehr, wenn das hypothetisch schädigende Ereignis (das Feuer) erst nach Eintritt des Schadens eintritt. Gleichzeitig markieren Labeo und Ulpian damit eine gewisse intellektuelle Präferenz für eine restriktive Definition der überholenden Kausalität: Wenn das hypothetisch schädigende Ereignis erst nach der Schadensverwirklichung eintritt, ist es nicht mehr zu berücksichtigen.

b) Der „Eber-in-der-Schlinge“-Fall

Der Text von Proculus (D. 41, 1, 55) wirft zentrale Fragen zum Besitz- und Eigentumserwerb an einer *res nullius* auf. Ein Aspekt dieses Fragments wurde oft als Fall überholender Kausalität interpretiert – worauf ich mich hier konzentriere.

Ein Jäger stellt eine Falle, in der sich ein Wildschwein verfängt. Während es sich zu befreien versucht, kommt ein Passant vorbei und befreit das Wild-

¹⁴ Vgl. D. 9, 2, 49, 1.

schwein. Wenn der Jäger bereits Eigentümer war und sich beklagt, das Tier verloren zu haben, könnte der Passant einwenden, das Wildschwein hätte sich auch ohne seine Hilfe befreit.

Was den Text von Proculus betrifft, so bin ich heute weniger kategorisch in meiner Einschätzung als zur Zeit der Abfassung meiner Dissertation. Ich vertrete zwar weiterhin die Auffassung, dass der Jäger nach Proculus allein durch das Verfangen des Wildschweins in der Falle Eigentümer werden konnte, würde jedoch nicht mehr behaupten, dass die Möglichkeit der Selbstbefreiung des Tieres unbedingt einen Fall überholender Kausalität darstellt.

Zwei Interpretationen sind möglich: Entweder, wie in meiner Dissertation, gilt der Befreiungsversuch als hypothetisch schädigendes Ereignis, das durch das Eingreifen des Passanten überholt wurde; oder der Befreiungsversuch war so intensiv, dass der Jäger noch keine ausreichende *potestas* über das Tier hatte, um als Eigentümer zu gelten. Im zweiten Fall war der Jäger also noch nicht Eigentümer und verfügte auch über keine Klagemöglichkeit gegenüber dem Passanten.

c) *Die vom sinkenden Schiff geraubten verderblichen Waren*

Paulus (D. 47, 9, 4 pr.–1) zitiert ein kaiserliches Reskript, das bestimmt, was bei einem Schiffsuntergang mitgenommen werden darf: *peritura* dürfen gerettet werden, *quae servari possint*, nicht – Letzteres ist strafbar.

Aus Sicht der überholenden Kausalität sind die *peritura* interessant: Ihr Untergang war sicher, sie waren virtuell bereits zerstört. Der Schiffbruch ist das hypothetisch schädigende Ereignis, das Wegnehmen der Sachen das tatsächliche, das den Schiffbruch in der Schadensverwirklichung überholt.

Die Analyse ist daher derjenigen des *damnum incendii arcendi causa datum* in kausaler Hinsicht sehr ähnlich.

d) *Der Fall des tödlich verletzten Sklaven, der beim Einsturz eines Hauses oder bei einem Schiffbruch ums Leben kommt*

Ulpian (D. 9, 2, 15, 1) beschreibt einen tödlich verletzten Sklaven, der später durch einen Hauseinsturz oder Schiffbruch stirbt. Der Angreifer kann nur nach Kapitel 3 (*de vulnerato*) der *lex Aquilia* verklagt werden, nicht nach Kapitel 1 (*de occiso*).

Ulpian beruft sich auf Julian: Der Tod ist erst im Moment seines Eintritts feststellbar – der Einsturz verhindert diese Feststellung.

Obwohl dieser Text den römischrechtlichen Forschern große Schwierigkeiten bereitet hat – sie hielten Julian für widersprüchlich im Vergleich zum folgenden Text (D. 9, 2, 51) – konnte ich in meiner Dissertation zeigen, dass dieser Eindruck auf einer modernen Analyse beruht, die von der pandektistischen Erfindung der überholenden Kausalität geprägt ist. Meines Erachtens steht der vorliegende Text vielmehr in Übereinstimmung mit den vorhergehenden Texten in Bezug auf die Kausalitätsanalyse.

Konzentriert man sich auf die Haftung *de occiso*, ist die Verletzung das hypothetisch schädigende Ereignis, der Hauseinsturz das tatsächliche, das den Tod verursacht und die Verletzung überholt.

Diese Analyse scheint den vorherigen Fällen zu widersprechen, da dort der Schaden dem hypothetisch schädigenden Ereignis zugerechnet wurde, hier dem tatsächlichen. Doch das Gemeinsame springt ins Auge: Die Zurechnung erfolgt stets zu einem natürlichen oder zufälligen Ursprung – ob hypothetisch oder tatsächlich.

Dies stärkt die Relevanz des Arguments *aeque perituris*, das stets von der beklagten Partei vorgebracht wird – sei es als Täter des tatsächlich- oder des hypothetisch-schädigenden Ereignisses.

e) *Der tödlich verletzte Sklave, der von einem zweiten Täter getötet wird*

Beide Texte behandeln den Fall eines Sklaven, der tödlich verletzt wird, bevor ein zweiter Täter ihn endgültig tötet. Etwas überraschend vertreten Julian (D. 9, 2, 51) und Ulpian (D. 9, 2, 11, 3) unterschiedliche Auffassungen: Julian hält beide Täter für *de occiso* haftbar, Ulpian – gestützt auf Celsus und Marcellus – nur den zweiten, während der erste *de vulnerato* haftet.

Wolfgang Ernst¹⁵ analysiert diese *quaestio* ausführlich und schlägt vor, dass die Juristen unterschiedliche Fälle behandeln: Bei Ulpian folgen die Taten rasch aufeinander, bei Julian liegt mehr Zeit dazwischen. Daraus folgert er: Wenn die Angriffe zeitlich nah beieinander liegen, hat der erste Täter den Sklaven nicht getötet, sondern nur verletzt (daher nur Haftung *de vulnerato*); wenn hingegen ein längerer Zeitraum zwischen den Angriffen liegt, vollendet der zweite Täter gewissermaßen das *occidere* des ersten (daher haften beide *de occiso*).

Wie ich bereits in meiner Rezension¹⁶ dargelegt habe, überzeugt mich diese Interpretation nicht. Ich sehe in den Fragmenten von Ulpian und Julian keinen Hinweis darauf, dass sie unterschiedliche Fälle behandeln. Vielmehr sprechen zahlreiche Argumente dafür, dass sie denselben Fall behandeln und sich in der Lösung nicht einig sind. Beide Juristen behandeln den Fall der aufeinanderfolgenden Täter unmittelbar nach dem Fall, in dem mehrere Täter gleichzeitig einen Sklaven schlagen, ohne dass feststeht, wer den tödlichen Schlag gegeben hat (D. 9, 2, 11, 2–D. 9, 2, 51, 1). Diese Abfolge legt nahe, dass sie identische Fallkonstellationen in derselben Reihenfolge behandeln.

Der Meinungsunterschied zwischen Julian und den anderen römischen Juristen zeigt sich in beiden Texten. Ulpian schließt die Lex 11, 3 mit den Worten [...] *et est probabilius*, was darauf hindeutet, dass die von Marcellus und Celsus vertretene Lösung als die wahrscheinlichere, aber nicht als die einzig mögliche angesehen wird – ein Hinweis auf eine abweichende Meinung. Julian wiederum verteidigt seine Lösung in einer ausführlichen Argumentation gegen den Vorwurf der Absurdität:

¹⁵ Ernst (Fn. 2).

¹⁶ Gerkens, ZRG RA 138 (2021), 691, 698.

[...] quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat [...].

Beide Fragmente machen deutlich, dass es nicht hinnehmbar ist, niemanden zu bestrafen – obwohl dies die logische Konsequenz des Arguments *aequae perituri* wäre. Dieses Argument muss also verworfen werden, wenn es zur Strafflosigkeit führt, insbesondere bei konkurrierenden menschlichen Handlungen ohne zufälliges Ereignis.

Der Unterschied zwischen Ulpian und Julian liegt in der Ersatzlösung, nachdem das Argument *aequae perituri* ausgeschlossen wurde. Ulpian und seine Mitstreiter ignorieren die hypothetische Kausalität und berücksichtigen nur die tatsächlich schädigenden Handlungen: Der erste Täter haftet für die Verletzung, der zweite für den Tod. Diese Lösung ist auch juristisch logisch, wenn man sich auf die Ablehnung des Arguments *aequae perituri* geeinigt hat. Julian hingegen argumentiert aus einer gesetzgeberischen Perspektive und lehnt eine rein juristisch-logische Lösung ab. Er beruft sich auf das Gemeinwohl, das verlangt, dass beide Täter nach demselben ersten Kapitel der *lex Aquilia* bestraft werden.

Aus Sicht der überholenden Kausalität ist der erste Schlag hypothetisch für den Tod des Sklaven, aber zugleich ein tatsächlich schädigendes Ereignis für die Verletzung. Der zweite Schlag ist das tatsächlich schädigende Ereignis für den Tod, aber ohne Einfluss auf die bereits tödliche Verletzung.

Für Ulpian und seine Mitstreiter haftet der erste Täter also *de vulnerato* und der zweite *de occiso*. Für Julian hingegen verdienen sowohl die tödliche Verletzung des ersten Täters als auch der tödliche Schlag des zweiten eine Verurteilung *de occiso*, also aus dem ersten Kapitel der *lex Aquilia*.

Damit sind die Fälle der deliktischen Haftung im römischen Recht abgeschlossen. Wenden wir uns nun den Fällen der vertraglichen Haftung zu.

2. Vertragliche Haftung

Dieser Teil bedurfte einer Überarbeitung, insbesondere hinsichtlich der Analyse der überholenden Kausalität. Die betroffenen Fragmente sind:

- D. 44, 7, 45; = a)
- D. 18, 4, 21; = b)
- D. 14, 2, 10, 1; = c)
- D. 21, 1, 44, 2; D. 21, 2, 16, 2; D. 19, 1, 11, 14. = d)

a) *Der durch Stipulation versprochene, aber vom Versprechenden freigelassene Sklave*

Paul (D. 44, 7, 45) behandelt den Fall einer *stipulatio*, in der ein Sklave versprochen wird. Noch vor der Übergabe wird der Sklave freigelassen und stirbt eines natürlichen Todes – bevor der Versprechende in *mora debitoris* gerät.

Dies ist ein klarer Fall überholender Kausalität: Der Schaden (die Nichterfüllung der Verpflichtung) hätte aus der Freilassung entstehen können (hypothetisch schädigendes Ereignis), tritt aber tatsächlich durch den Tod ein (tatsächlich schädigendes Ereignis, das die Freilassung überholt).

In meiner Dissertation musste ich die Ereignisse umkehren – die Freilassung als tatsächlich schädigend, den Tod als hypothetisch –, was nicht mit meiner Definition vereinbar war, nach der das tatsächlich schädigende Ereignis das hypothetische in der Schadensrealisierung überholt.

Auch das Argument *aeque perituris* ist hier relevant: Der Versprechende kann geltend machen, dass der Sklave ohnehin gestorben wäre und der Stipulant ihn nicht erhalten hätte.

Ein wesentlicher Unterschied zur deliktischen Haftung betrifft den Zeitpunkt der Schadenszurechnung. Ulpian (zum interdict *quod vi aut clam*: III.1.a) am Ende) verweist auf Labeo: der Brand kann nur *ex praesenti statu* berücksichtigt werden und nicht *ex post*. Wenn das Feuer also erst nach Zerstörung des Hauses ausbricht, kann es folglich nicht mehr berücksichtigt werden.

Im vorliegenden Text von Paul ist der maßgebliche Zeitpunkt der Beginn der *mora debitoris*. Stirbt der Sklave vorher, wird der Schaden dem Zufall zugerechnet. Ist der Schuldner bereits im Verzug, kann er sich nicht mehr auf Zufall berufen.

b) *Der Fall des doppelten Verkaufs eines Sklaven, der vor der Übergabe an einen der Käufer stirbt*

Paul (D. 18, 4, 21) schildert den Fall eines Verkäufers, der einen Sklaven zunächst an Käufer A verkauft, ihn aber nicht liefert. Käufer A zahlt nicht. Der Verkäufer verkauft denselben Sklaven an Käufer B – möglicherweise, weil Käufer A nicht zahlte –, der zahlt. Doch der Sklave stirbt beim Verkäufer, bevor dieser in Verzug gerät.

Der Schaden wird dem natürlichen Tod zugerechnet, nicht dem doppelten Verkauf. Paul stellt klar: Käufer A kann den von B gezahlten Preis nicht beanspruchen. Nach der Regel *periculum est emptoris* trägt der Käufer das Risiko – hier beide Käufer, da der Tod vor Eintritt der *mora debitoris* eintrat.

Die einzig logische Lösung: Käufer B kann den Preis nicht zurückfordern, Käufer A bleibt zur Zahlung verpflichtet. Auch wenn der Verkäufer so zweimal bezahlt wird, ist dies rechtlich konsequent. Ein doppelter Verkauf ist nicht automatisch vorteilhaft – im Gegenteil: Wäre der Sklave nicht gestorben, hätte der Verkäufer dem verdrängten Käufer den doppelten Preis als Eviktionsentschädigung zahlen müssen.

Aus Sicht der überholenden Kausalität: Der Schaden scheint aus dem doppelten Verkauf zu resultieren, wird aber tatsächlich durch den Tod des Sklaven verursacht – ein Ereignis, das die Vertragsverletzung überholt.

Auch hier kann sich der Verkäufer mit dem Argument *aeque perituris* wehridigen: Der Sklave wäre ohnehin gestorben, unabhängig von der Vertragslage.

c) Der Fall der zwei Schiffe, die während derselben Überfahrt untergehen

Paul (Lab./Paul. 1 pith. D. 14, 2, 10, 1) kommentiert einen Fall von Labeo: Ein Händler verlangt, dass seine Waren mit einem bestimmten Schiff transportiert werden. Der Kapitän verlädt sie jedoch ohne Notwendigkeit auf ein minderwertiges Schiff, das während der Fahrt untergeht. Der Händler erhält Schadenersatz aus der *locatio conductio*.

Paul prüft anschließend mehrere Varianten, darunter jene, in der auch das ursprünglich vorgesehene Schiff bei derselben Fahrt untergeht. In diesem Fall hatte das vertragswidrige Verhalten keinen Einfluss auf den Schaden – den Verlust der Ware.

Die Analyse der überholenden Kausalität ist hier weniger eindeutig. Die zwei konkurrierenden Ereignisse sind nicht die beiden Schiffsuntergänge, sondern: einerseits das vertragswidrige Umladen (tatsächlich schädigendes Ereignis), andererseits der Untergang des besseren Schiffes (hypothetisch schädigendes Ereignis).

Betrachtet man die Situation retrospektiv, so steht fest, dass die Ware ohnehin verloren gegangen wäre. Die vertragswidrige Umladung und der anschließende Untergang des minderwertigen Schiffes stellen das tatsächlich schädigende Ereignis dar, das den Untergang des besseren Schiffes in der Realisierung des Schadens überholt hat.

Unter dem Gesichtspunkt des Arguments *aeque perituris* kann der Kapitän geltend machen, dass die Ware auch ohne sein vertragswidriges Verhalten untergegangen wäre.

d) Der Verkauf eines mangelhaften Sklaven, der später evinziert wird

Pomponius (D. 21, 2, 16, 2), Paul (D. 21, 1, 44, 2) und Ulpian (D. 19, 1, 11, 14) behandeln denselben Fall: Ein Käufer erwirbt einen mangelhaften Sklaven, der später evinziert wird. Die Frage ist, ob der Käufer noch ein Interesse hat, sich über die Mängel zu beklagen. Die Antwort lautet: Ja – er kann Ersatz für die Dienste verlangen, die ihm wegen des Mangels entgangen sind.

Cassius und Proculus stritten über die Existenz eines Höchstbetrags, den der Käufer gerichtlich als Entschädigung geltend machen konnte. Während Cassius offenbar der Auffassung war, dass der Käufer nicht mehr als das Doppelte des gezahlten Kaufpreises erhalten könne, vertrat Proculus die Ansicht, dass die Nachteile, die sich aus den Sachmängeln des gekauften Sklaven ergeben, unabhängig von den Folgen der Gewährleistung wegen Eviktion zu entschädigen seien.

Meine Analyse dieses Falles unter dem Gesichtspunkt der überholenden Kausalität hat sich seit der Abfassung meines Buches nicht geändert. Entscheidend ist, ob der Käufer *possessor ad usucapionem* war. Nur ein *possessor ad usucapionem* konnte die pauschale Entschädigung für die Sachmängel entsprechend des tatsächlich erlittenen Schadens verlangen – etwa für die Dienste, die der Sklave dem Käufer aufgrund des Mangels nicht leisten kann. Ist der Käufer hingegen nicht *possessor ad usucapionem*, so ist die Entschädigung nicht pauschal, sondern ergibt sich aus der konkreten Schadensbewertung. In dieser letzten Konstellation könnte es sein, dass der Käufer noch keinen Schaden erlitten hat, weil der gekaufte Sklave – dessen Mangel beispielsweise darin besteht, dass er zur Flucht neigt – zum Zeitpunkt der Eviktion noch keinen Fluchtversuch unternommen hatte. In einem solchen Fall könnte man sagen, dass die Eviktion das tatsächlich schädigende Ereignis darstellt, welches das hypothetisch schädigende Ereignis – den noch nicht realisierten Mangel – überholt hat.

Auch das Argument *aeque perituris* ist hier anwendbar: Der Verkäufer könnte sich damit verteidigen, dass der Käufer sich über den Mangel des Sklaven nicht beklagen könne, da er ohnehin evinziert wurde und diese Eviktion jede Möglichkeit eines aus dem Mangel resultierenden Schadens beendet hat.

Dieser letzte Fall stellt sich in wesentlichen Punkten anders dar als die drei zuvor behandelten. Es geht hier nämlich nicht mehr um höhere Gewalt, sondern um zwei konkurrierende *culpae in contrahendo*. In diesem Sinne kann sich der Schuldner – der Verkäufer – nicht der gesamten vertraglichen Haftung entziehen, sondern nur hinsichtlich des zusätzlichen Schadens, der durch die Sachmängel der Kaufsache entstanden ist, da er ohnehin bereits für die Eviktion haftet.

Die Konstellation erinnert an den Fall des tödlich verletzten Sklaven, der später getötet wird: Auch in jenem Fall besteht die von der Mehrheit der römischen Juristen vertretene Lösung darin, dass der erste Angreifer nicht vollständig von der Haftung befreit wird, da er den Sklaven tatsächlich verletzt hat. Diese Juristen gestatten ihm lediglich, einer schwereren Verurteilung – nämlich einer Verurteilung *de occiso* – zu entgehen.

6. Durch die Rechtsdogmatik, aber über dieselbe hinaus!

Der augenzwinkernde Verweis auf das berühmte Zitat von Rudolf von Jhering dient lediglich dazu, meinen methodischen Werdegang zu bekräftigen. Das Thema, das mir von Fritz Sturm vorgeschlagen wurde, bewegte sich eindeutig im dogmatischen Rahmen. Im Laufe meiner Recherchen habe ich jedoch meine methodische Herangehensweise verfeinert. Beim Lesen der Texte der römischen Juristen wurde mir klar, dass es unerlässlich ist, diesen rein modernen Rahmen zu überschreiten und – soweit möglich – die Perspektive der großen Juristen einzunehmen, die in der justinianischen Kompilation zitiert werden.

Mit anderen Worten: Anstatt mich darauf zu beschränken, die römische Kasuistik zu untersuchen, um einen theoretischen Rahmen (neu) zu entwerfen, wollte ich auch prüfen, inwieweit die römischen Juristen selbst eine gemeinsame Deutungsperspektive für diese Fälle entwickelt hatten oder nicht. Aus diesem

Grund habe ich in den vorangegangenen Seiten eine doppelte Deutungsperspektive gewählt und jeden dieser Fälle sowohl unter dem Gesichtspunkt der überholenden Kausalität als auch des von mir eingeführten Kriteriums des *aeque perituris* analysiert, das meines Erachtens geeignet ist, die von den römischen Juristen gewählten Lösungen zu verstehen.

Meiner Ansicht nach haben die römischen Juristen das Argument berücksichtigt, wonach jemand sich damit verteidigte, keinen Schaden verursacht zu haben, weil dieser ohnehin eingetreten wäre. Die Wirksamkeit dieses Arguments ist jedoch nicht absolut. Es funktioniert nur dann, wenn einer der schädigenden Umstände ein natürliches, nicht einem Menschen zurechenbares Ereignis ist. Wenn jedoch beide konkurrierenden schädigenden Umstände menschlichen Ursprungs sind, greift dieses Argument nicht mehr, da dies zu einer Strafflosigkeit beider Schädiger führen könnte – ein Ergebnis, das als unerträglich¹⁷ galt. Die Ablehnung dieses Arguments scheint allgemein anerkannt zu sein, doch die Alternativlösung kann variieren. So verzichteten die meisten Juristen im Bereich der aquilischen Haftung auf die Berücksichtigung der hypothetischen Ursache (Ulpian, Celsus, Marcellus in D. 9, 2, 11, 3), während Julian eine strenge Haltung gegenüber beiden Angreifern beibehält, ohne zwischen tatsächlicher und hypothetischer Ursache zu unterscheiden (Julian in D. 9, 2, 51).

Ferner: In den Fällen, in denen die römischen Juristen die hypothetische Kausalität berücksichtigten, hing der letztmögliche Zeitpunkt, zu dem das hypothetisch schädigende Ereignis hätte eintreten müssen, von der jeweiligen Art der Haftung ab. Im Deliktsrecht musste es dem tatsächlichen Schadenseintritt vorausgehen (Labeo in D. 43, 24, 7, 4 *in fine*), im Vertragsrecht musste es der *mora debitoris* vorausgehen, und bei der Haftung des Ehemannes für die Verwaltung der Mitgift seiner Frau musste es dem Ende der Ehe vorausgehen.¹⁸

Das ist meines Erachtens das Maß, in dem die römischen Juristen die hypothetische Kausalität und zudem das *aeque-perituris*-Argument berücksichtigt haben. In diesem Punkt ist meine Analyse unverändert geblieben und entspricht weiterhin meiner Schlussfolgerung aus dem Jahr 1997.¹⁹

7. Fritz Sturm

Der vorliegende Beitrag – und insbesondere der Zeitpunkt seines Erscheinens – könnte den Eindruck erwecken, dass ich meinem Doktorvater gegenüber einen gewissen Groll hege. Diesen Eindruck möchte ich keinesfalls entstehen lassen. Es handelt sich wirklich nicht um Groll. Ich habe stets gesagt – und werde es weiterhin sagen – dass ich an der Seite von Fritz Sturm sehr viel gelernt habe. Ich werde mich immer mit großer Freude an meine Aufenthalte in Echandens

¹⁷ So ausdrücklich Julian (D. 9. 2. 51: [...] quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat [...]).

¹⁸ Wie oben schon geschrieben, habe ich hier aus Platzgründen auf die Fälle der Haftung *ex variis causarum figuris* verzichten müssen. Unter Punkt II.2. sind das die Fälle 9 und 10. Dazu *Gerkens* (Fn. 3), 287–315.

¹⁹ *Gerkens* (Fn. 3), 325–328.

erinnern, wo er mich empfing und beherbergte, um uns die Zeit für ausführliche Gespräche über meine Dissertation zu geben. Seine Großzügigkeit mir gegenüber, ebenso wie die seiner Ehefrau Gudrun Sturm (geb. Hoffmann), schien keine Grenzen zu kennen.

Natürlich waren diese Gespräche nicht immer einfach, aber es war richtig, dass sie es nicht waren. Diejenigen, die Fritz Sturm gut kannten, werden sich vermutlich an seinen kompromisslosen und mitunter wenig diplomatischen Charakter erinnern. Es ist verständlich, dass er die Zeit der Arbeit an meiner Dissertation anders erlebt hat als ich. Ich glaube ihm, wenn er in meinem Vorwort schreibt:²⁰ „[...] wobei dem Kandidaten die absolute Freiheit der gewählten Lösungen gelassen wurde, die übrigens nicht immer mit den meinen übereinstimmen. [...]“. Es stimmt sicherlich, dass er nicht all meine Schlussfolgerungen teilte, aber ebenso wahr ist, dass diese das Ergebnis eines Kompromisses waren, der auch mich nicht vollständig zufriedenstellte.

Erst heute genieße ich jene absolute Freiheit, von der er sprach, und deshalb erschien es mir wichtig, mein Werk zu überarbeiten, um ihm – dem Werk – so hoffe ich – jene Kohärenz zurückzugeben, die durch den Kompromiss mit Fritz Sturm beeinträchtigt worden war.

²⁰ *Gerkens* (Fn. 3), 10: „[...] tout en laissant au candidat la liberté absolue des solutions choisies qui ne correspondent d'ailleurs pas toujours aux miennes. [...]“.

Abuse of Rights and Breach of Loyalty

Joshua Getzler

I. *The lex Aquilia forwards and backwards*

Wolfgang Ernst is a scholar of marvellous range, in laws modern and ancient. His latter work on the *lex Aquilia* has been particularly bracing and original. In his masterly book on Digest 9, 2, 15, he investigated liability under the *lex* where a slave was killed by a delictor after another had already inflicted a wound that would have caused death in any case.¹ Wolfgang offered ‘diachronic microhistory’ of jurists’ debates from the first to the twenty-first centuries, showing how the Roman texts are still a reference point as liabilities are distributed between multiple actors contributing entangled causes of harm.

In an adjunct study Wolfgang explored the historical origins of the *lex Aquilia*, before the jurists began their expansive interpretations.² He began with the position that this was a legislative measure aiming to restore calm to Rome after the ruptures of the final plebeian secession of c 287 BCE, itself a protest against immiseration caused by war and destruction of property.³ His account of the political and procedural context of Chapter 2 of the *lex* is particularly striking, making explicable what generations of earlier scholars found obscure. The key insight is that simple farmers seeking rapid redress for destruction of their farm inventory would have shared their causes with advocates who could then represent them effectively in court. A joint claim would be established by stipulation, but this would put the prime claimant at risk that the advocate might sell the cause short behind the claimant’s back, perhaps receiving a secret commission to reward the landing of a cheap settlement involving release of the right. Hence the need for a potent remedial deterrent of multiple damages to hold the advocate in check.

Wolfgang here identified a strong example of disloyal exercise of rights and powers, to the detriment of a person reposing trust in another, remedied by a prophylactic remedy setting a strong open-ended norm to guide conduct where monitoring that conduct is difficult. Other institutions of Roman law can also

¹ Wolfgang Ernst, *Justinian’s Digest 9.2.51 in the Western Legal Canon. Roman Legal Thought and Modern Causality Concepts* (Intersentia 2019).

² Wolfgang Ernst, ‘The politics of the *lex Aquilia*. Reparation disputes in the battle of the orders: the quest for fair trials’ (2022) 90 Leg Hist Rev 315.

³ Following Ben Beinart, ‘*De lege Aquilia*’ (1946) 10 THRRH 192.

be identified with a fiduciary tenor.⁴ The resonances for modern laws enforcing fiduciary loyalty, professional duties of care, and anti-bribery prohibitions are plain to see. The operation of Chapter 2 can also be seen to adumbrate modern doctrine of abuse of rights. This essay makes a start in teasing out the connections between these doctrines, and shows that Wolfgang's work on delict has implications reaching far into other parts of the law.

II. *Abuse of rights, disloyal exercise of powers*

It is difficult to correlate a right to receive loyalty from a trusted person with a substantive duty binding the counterparty to offer loyalty; for one, the duties are very often cross cutting and mutual. It may be better to view the fiduciary duty as imposing an adjectival duty to perform certain positive functions in a loyal manner, in particular eschewing engagement in distractive or destructive conduct such as conflicts of interest and self-seekingness that undermine a relationship, and perhaps with a conscious effort to put in the requisite work to make the relationship prosper.⁵ The law acts to nullify disloyal actions and concomitantly to seek orders for restitution and compensation if such disloyalty causes a disturbance to the correct distributions of benefit and burden.

Disloyalty will often appear as an abuse of position as involving a departure from the purpose or policy for which the rights and powers were granted originally, shading into the pursuit of activities inimical to a due performance of the dedicated activity. But there can also be abuse of rights in the absence of a guiding purpose, where rights are exercised in such a negative, harmful, or excessive way that the law feels impelled to put a choke on the abusive party's behaviour. To merge the categories of abusive exercise and fiduciary breach of purpose might risk allowing these doctrines to swallow up the entire law. For example, driving badly could be said to be an abuse of the privilege of driving; product liability an abuse of the power to sell manufactured goods for safe use or consumption; breach of contract an abuse of the power to make deals and promote cooperation, and so on. We may try to confine our concepts by stipulative definition:

- (i) The law may curb the exercise of a right (and concomitant powers) as an abuse where the right is being asserted for a dominantly negative, anti-social purpose or motive.
- (ii) Abuse is especially salient where the excessive conduct is not merely harmful, but diametrically opposed to the intrinsic moral or social functions of the right.

⁴ David Johnston, *The Roman Law of Trusts* (Clarendon 1988).

⁵ Peter Birks, 'The Content of the Fiduciary Obligation' (2000) 34 *Isr LR* 3; Joshua Getzler, 'Duty of Care' in Peter Birks and Arianna Pretto (eds), *Breach of Trust* (Hart 2002) 41–74; Matthew Conaglen, *Fiduciary Loyalty: Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties* (Hart 2010); Lionel Smith, *The Law of Loyalty* (OUP 2023).

We must next explore how far a right needs imply any particular purpose, and how powers might be added to the rights-complex to allow parties to effect their purposes. Some simple observations can help us define a simple right. Rights may be isolated as Hohfeldian claim-rights with correlative (or sometimes undirected duties) attached to specific (or sometimes general) counter-parties. This rather bare definition explains what a right does rather than what it is. A richer theory was offered by HLA Hart with the notion of a willed choice to assert or release a set of claims against others. This may be contrasted with J Raz's idea of a right as the legal articulation of a recognized interest, whether the beneficiary wills or controls the right or not.⁶ An abuse of rights could be articulated within either the Hartian or the Razian model – the untrammelled will of the right holder is diverted into willing some result unconnected to the domain of the right; the claim is used to pursue an interest alien to the nature of the right as a particular benefit to the right holder.

The most common instance of abusive rights exercise, involving privation or negation of the domain or point of the right, is a dominant motive of malice or spite, the desire to hurt another simply due to enmity or hostility, without any concomitant or even proportionate advantage to the right holder. The difficulty for adjudicators then lies in partitioning malice from unbridled self-interest. Some jurists have spoken of 'disinterested' spite, conduct driven predominantly by the pleasure one has in the suffering of another, bordering on cruelty. The law cannot countenance being hijacked by *Schadenfreude*.

We have the colourful Queen's Bench case of *Keeble v Hickeringill* from 1707 as an original case study of the problem of discerning malicious conduct.⁷ Plaintiff kept a duck decoy on his land to attract and trap wild ducks in large numbers. On three occasions the defendant neighbour let off guns on his property near the decoy, presumably to scare away the ducks and thereby ruin the business. It was admitted that owners have a right to fire guns on their property at will, but it was alleged that defendant had done this purely from spite to cause economic harm to his neighbour and do him down, not to profit himself. Holt CJ awarded damages for an indirect trespass on the case. He explained:

'[W]here a violent or malicious act is done to a man's occupation, profession, or way of getting a livelihood; there an action lies in all cases. But if a man doth him damage by using the same employment; as if Mr. Hickeringill had set up another decoy on his own ground near the plaintiff's, and that had spoiled the custom of the plaintiff, no action would lie because he had as much liberty to make and use a decoy as the plaintiff.'

Holt CJ thus neatly distinguished valid competitive injury from invalid spiteful injury. He did not investigate the case where a rival business is set up mainly to spite a rival, with successful competition for profit being the means to the end of causing harm.⁸

⁶ Herbert Lionel Adolphus Hart, *Essays on Bentham* (Clarendon 1982) 184ff; Joseph Raz, 'Legal Rights' (1984) 4 OJLS 1.

⁷ 11 East 574, 576; 103 ER 1127, 1128.

⁸ See further Alfred William Brian Simpson, 'The Timeless Principles of Common Law: *Keeble v. Hickeringill* (1707)' in *Leading Cases in the Common Law* (OUP 1995) 45–75.

We can possibly enlarge the definition of abuse of rights beyond the stark idea of disinterested malice. The improper motive may extend to callousness rather than spite, that is, acting (or failing to act) because of a marked indifference to the interests of another. Here we see an absence of any active motive to cause harm. But it can still register as impermissible cruelty. The right holder R is content to let the harm to P happen as a likely consequence of the chosen exercise of right, though the harm might easily have been prevented. For example, I can choose to perform my contract in such a way as to minimize or maximize your losses; for a small or maybe no reason, I may choose the contractual path likely to maximize your losses.⁹ The other person's fate simply doesn't count. Is this imbalanced approach to profit an abuse of contractual right? The same form of problem arises in the initial formation of a contract where one party pushes its advantages too hard; and then again in the wake of a breached contract where the court may intervene to supervise a selfish failure to mitigate, or to constrain a wronged party's resort to swingeing forfeiture or excessive pre-estimated damages. Then there is the problem of the reluctant or incompetent salvor, where the law may be called upon to control the liberty or privilege of inaction, in cases where 'necessitous' action could grant large benefit to a person within the purview of the potential salvor. For example, it can be an abuse of the privilege of inaction to fail to put out a fire destroying a neighbour's property, or to try to do so badly and fail.

Distinguishing spiteful, callous, and indifferent mind states bearing on the validity of rights-conduct is hard enough. We then have to distinguish invalidating mind states from common garden forms of *culpa* or fault, such as deceit, recklessness, negligence, and ultra vires or improper exercise of powers. We cannot allow every type of sharp dealing, of egocentric or selfish or anti-social behaviour, to be controlled at discretion by the courts and swept into the definition of 'abuse'. Something more is required than misconduct.

III. *Contempt and inimical purpose*

There are two possible ways to redescribe the abuse doctrine without resorting to plain moral condemnation of conduct:

Solution 1: The law is predominantly concerned with preventing bad conduct in the exercise of rights connoting contempt for another person. There is an element of dignitarian protection of the victim from the perpetrator's malice, which one may see as rooted in the old Roman action of *iniuria*.¹⁰ The conduct would not be delictual but for the presence of spite or extreme callousness, which communicates contempt for the person of the victim. We can adapt Oliver Wendell

⁹ Cf *Yam Seng v ITC* [2013] EWHC 111.

¹⁰ Inst. 4, 4.

Holmes Jr's quip, 'Even a dog distinguishes between being stumbled over and being kicked'.¹¹ Mind states matter in measuring the seriousness of harm.

Solution 2: The law dislikes being used opportunistically as an instrument of and oppression; vicious use of legal institutions is a fraud on law's purposes.¹² In particular, it is only because the law affords a person R rights against another P that R is in a position to use those rights in order to coerce, exploit, or otherwise maltreat P in a cruel or callous fashion. The law is being subverted, turned inside out to wreak injustice.

Both doctrinal solutions may be run concurrently, but have some independence in operation. The dualist doctrine may fly under a number of names and will operate variously in different legal contexts and jurisdictions. Abuse doctrine may be concealed within the language of upholding good faith, or enforcing fiduciary duty, or maintaining *Treu und Glauben*, or good conscience, or fair dealing; or respecting fealty, or loyalty, as opposed to tolerating bad faith, dishonesty, disloyalty, treason, unconscionability, malice, chicanery. The twinned definition of contemptuous exercise plus inimical operation of right helps us see when wrongful conduct tips into abuse of rights.

IV. Jewish law

It was not only Roman and common lawyers who struggled with the relation of law and ethics in allowing parties to pursue self-interest. The subtleties of faith and the pursuit of grace and salvation in the sisterly Jewish, Christian and Islamic traditions set a fresh set of legal-theological puzzles concerning abuse of rights, bringing a quite different perspective than secular laws. I will confine myself here to Jewish law as a proving ground.

The *Grundnorm* of biblical belief was that performing God's myriad commandments or *mitzvot*, that is, the path of *halakha*, was to train the heart and educate the soul and bring one close to God. The foundational daily *Shema* prayer drawn from Deuteronomy affirms that one should love God with all one's heart and might, with the logical corollary that a heartless praxis of the legal commandments is nugatory. Indeed, Isaiah thunders that God finds a heartless or cruel or even disengaged or insincere performance of the laws nauseating.¹³ All conduct must uphold a subjective element of godliness: God wants the heart involved in acquitting external duties.

Post-biblical interpreters used a hermeneutical principle known as *yishar v'tov* – literally, to make the performance of legal duty 'straight and good'.¹⁴ This was in part a re-affirmation of the basic requirement of correct subjectivity or emotion in the performance of *mitzvot*. For example, one had a duty to res-

¹¹ Oliver Wendell Holmes Jr., *The Common Law* (Little, Brown 1881) 3.

¹² Cf David Daube, 'Fraud on Law for Fraud on Law' (1981) 1 OJLS 51.

¹³ Deut. 6: 4–6; Isaiah 29:13.

¹⁴ Deut. 6:18.

cue the lost animals of an enemy, or to make a rival a necessary loan, or to make restitution of property to an adversary, always without resentment or rancour. You could not even point out that you were striving to act well where the adversary would probably have refused to cooperate – for to score points in such a manner and put oneself at a higher plane than one's counter-party would negate the spiritual core of the duty, which called on one to do the right thing cheerfully for its own sake, without inflicting humiliation. *Yishar v'tov* also connoted equity, in the sense that the judgment of conduct had to be sensitive to context and that the law should not render an injustice through a literal application of rules to conduct.

Perhaps the really interesting part of the Jewish tradition on abuse of rights concerns not rancour or contempt, but indifference or callousness born of individualism. The proof text comes from the 2nd century Mishna tractate *Pirke Avot* (Sayings of the Fathers), containing the essence of rabbinic ethical teaching:

"There are four types of character in human beings: One that says: "mine is mine, and yours is yours": this is a commonplace type; and some say this is to act in the manner of Sodom. [One that says:] "mine is yours and yours is mine": is an unlearned person; [One that says:] "mine is yours and yours is yours" is a pious person. [One that says:] "mine is mine, and yours is mine" is a wicked person."¹⁵

The first category is remarkable. Respect for each other's holdings is said (in the later *Gemara* commentaries) to yield an individualism that partakes of the ways of Sodom, the wicked City of the Plain. Now the Sodomites, who ultimately are destroyed by a firestorm despite Abraham's intercessions on their behalf, are portrayed in an extensive account in Genesis as thoroughly cruel and depraved, willing to victimize and humiliate the innocent just for fun.¹⁶ But the legal maxim *kofin al midat Sodom*, do not act in the manner of the men of Sodom, means something beyond simply avoiding cruelty. Why is an insistence on *meum et tuum*, on discrete individual rights, on an atomization of interests, seen as a quality of Sodom? Because when parties interact, their selfish pursuits can impact very adversely on their fellow, and the *kofin* maxim, based on the *Avot* text, is telling us that good people should care about negative effects on others through one's own conduct, even if that conduct is not intrinsically wrongful. Some examples of *kofin* from *halakha* are these (without giving chapter and verse):¹⁷

- I wish to clear my land of trees, and also need the timber. Yet I cannot cut down my own fruit trees, as the product is a resource of the community.
- A husband who genuinely does not wish to convert a marital separation into a divorce takes marginal benefit for himself, but the impact on his 'chained'

¹⁵ Pirkei Avot 5:10 (Kulp tr, Sefaria 1997–2013).

¹⁶ Gen. 18:16–19:29.

¹⁷ HaRav Aharon Lichtenstein, *Kofin Al Middat Sedom: Compulsory Altruism?* (AleI Etzion 2016); Shmuel Shilo, 'Kofin Al Midat S'dom: Jewish Law's Concept of Abuse of Rights' (1980) 15 Isr LRev 49.

wife is devastating. The court might even threaten excommunication to force release of the wife and overcome the husband's bad faith.

- One who takes a lot of water wastefully from his well whilst others have no water is abusing his rights, even if he is not pouring out the water before the thirsty out of spite.
- If brothers are dividing inherited land, the one who asks for a portion adjoining his existing plot should not be denied; and unless that piece of land is superior, the conventional rightful method of random division by lot becomes inappropriate and cannot be deployed.
- A new window may not be placed so as to overlook my neighbour's courtyard and trench on his privacy – even if I can show that I would never in practice look down on his courtyard. The potential to be overlooked may unsettle the neighbour and his family on a constant daily basis, whilst it is truly indifferent to me where I put the window.
- If one can choose between serving local customers with a grain mill and using milling capacity for one's own market production, then an insistence on cash-seeking usage at the expense of one's neighbour's is to be repressed. The miller may not have been aware of the harm caused, but once informed, persistence becomes *kofin*, bloody-mindedness bordering on malice.

Rambam (Rabbi Moses ben Maimon) in the 12th century authoritatively restated the principle of *kofin* thus:

'The general rule is that where something is beneficial for one and causes no loss at all to another, he is coerced to so act.'¹⁸

This, if you like, is a legal enforcement of the welfare principle of Pareto optimization, where some can benefit while no-one loses. Some halakhic authorities went still further and stated that *kofin* applied where there was only small harm to the one but great benefit to the other – an application of the broader Kaldor-Hicks measure of welfare optimality.

Let us offer one final illustration from Jewish law. A man in biblical law had to marry the widow of his brother unless she released him through the delivery of a shoe, a ceremony known as *haliza*, a custom reflected in the closing verses of the book of Ruth as Boaz accepts union with the refugee Ruth as a distant kinswoman. But what if there were *two* wives of the same deceased man, and so two widows who could potentially remarry, but one of these faced some bar to remarriage involving family, status or property? The surviving brother must offer marriage to the one able to remarry, who can then free herself by *haliza* to pursue other opportunities if so minded. It would be bloody-minded not to give the freer woman the fullest options.

¹⁸ Rambam, *Hilkhot Shekhenim* 7:8, from Bava Batra 7a, Bava Kama 20b.

To put the nature of this *kofin* rule in the context of a modern case, let us recall the equitable doctrine of marshalling of assets in insolvency – as Justice Stone of the US Supreme Court defined it, ‘a creditor having two funds to satisfy his debt may not, by his application of them to his demand, defeat another creditor, who may resort to only one of the funds’.¹⁹ If it’s all the same to you, produce the maximum benefit for others.

V. Roman law again

Roman civil law, unlike Jewish and later Christian and Muslim law, was generally secular, in that the civil law did not exist to engineer good people, but rather to help good, bad and indifferent people cooperate fruitfully through the practice of justice. The Stoic creed announced by Ulpian at the head of the Digest is *honeste vivere*, live honourably: police your own conduct as a reasoning and self-reflective creature so that the law does not have to intervene between citizens all the time applying hard-edged rights and remedies.²⁰ The Stoic stance may be traced into doctrines of *iniuria* or protection of dignity, *aequum et bonum*, *boni mores* and *infamia*, the rights, duties, and powers of the *bonus paterfamilias*, the *operae* or deferences due from inferiors, and more widely, *ius naturale* and *ius gentium* as generators of universal rights. F Pringsheim in a survey article made the point that these categories of normativity based on qualities of intention guided the law in specific departments, with a narrow abuse of rights doctrine taking its place as a junior partner regulating the whole.²¹ It was conventional to divide up *animus*, or legally operative intentionality, between the three pillars of (i) fraud, (ii) fault or neglect (as the converse of diligence), and (iii) various active types of subversion or vitiation of the will of others, including *metus*, *simulatio*, *vis*, and perhaps error. Abuse of rights hovers on the margins of these main categories of *animus* or legally operative intentionality, and only attracts scant attention in the texts.

Perhaps the best example of abuse of rights in the classical sources comes from the Attic Nights, where Aulus Gellius in the reign of Marcus Aurelius narrates a telling earlier incident reported by the jurist Labeo:

‘One Lucius Veratius was an exceedingly wicked man and of cruel brutality. He used to amuse himself by striking free men in the face with his open hand. A slave followed him with a purse full of *asses*; as often as he had buffeted anyone, he ordered twenty-five *asses* to be counted out at once, according to the provision of the *Twelve Tables*.’²²

The point of the story is that the outrageous Veratius is abusing the fixing of a low sum for plebeian honour to show his contempt for the lower orders. His

¹⁹ *Sowell v Federal Reserve Bank*, 268 US 449 (1925) 457.

²⁰ Tony Honoré, ‘Ulpian, Natural law and Stoic influence’ (2010) 78 Leg Hist Rev 199.

²¹ Fritz Pringsheim, ‘Animus in Roman Law’ (1933) 49 LQR 43, 49–53.

²² Gell. 20, 1, 12–13 (Rolfe tr, Loeb 1927) Vol III, 410–11.

behaviour led Labeo to bring in unliquidated damages for *iniuria* or attacks on personality interests. Here the abuse lies in the vicinity of *contumelia*.

An alternative Roman generator of ideas about abuse comes from the intricate laws of water control, where the law is concerned to regulate give and take between rivalrous users so that all may benefit from a share of a common good. Abuse pertains to subverting the intrinsic purposes of the law to guarantee sufficient resources for all, and a curator for water supply exercised executive discretion to ensure fair play with water takings. The jurists further developed intricate laws governing all manner of competition to collect, extract or expel river, rain, surface and aquifer waters, and this remained a huge and contested topic in both civilian and common law until the later 19th century.²³

Ulpian sets out some basic ideas:²⁴

‘The same authorities say that everyone has the right to retain rainwater on his own property and to channel surface rainwater from his neighbour’s property onto his own, provided that no work is done on someone else’s property, and that no-one can be held liable on this account, since no person is forbidden to profit himself as long as he harms nobody else in so doing.’

This is a basic nuisance rule of give and take or balancing of competitive land usages, later condensed into the motto *sic utere tuo ut alienum non laedas*, so use your own property that you do not harm other people’s. But that vague golden rule does not always apply where one has a right to be selfish. Ulpian continues:

‘Next Marcellus writes that no action, not even the action of fraud, can be brought against a person who, while digging on his own land, diverts his neighbour’s water supply. And of course the latter ought not to have even the action for fraud, assuming that the other person acted not with the intention of harming his neighbour, but with that of improving his own field.’

So the strong right of an owner to dig his own land for profit at the expense of others cannot be constrained – even if harm to others ensues as a byproduct. However, if he digs not to pursue profits, but purely to harm another – that is, disinterested malice – the law will intervene. The problem is distinguishing different layers of primary and secondary intention. What if I can profitably take water from my land by two routes, but choose to take the route causing maximal harm to my neighbour, who I dislike? Does the vituperative manner of my exercise invalidate my profit motive? An echo of the malice idea is repeated by Paul citing Labeo,²⁵ allowing an owner to ward rainwater off his own land even to the damage of his neighbour, ‘provided that his actions were performed not with the intention of harming you, but of avoiding damage himself’. Also relevant were the very early rules against waste and destruction; purposive destruction of crops, trees and buildings could result in scourging and death.²⁶ Finally, we

²³ Joshua Getzler, ‘Ownership and Control of Fresh Water in Common Law Cultures’ (2023) 33 *Western Leg Hist* 49; Cynthia Bannon, ‘A Short Introduction to Roman Water Law’ (2021) 66 *MAAR* 1.

²⁴ Ulp. 53 ed. D. 39, 3, 1, 11–12 (Alan Watson tr, U Penn P 2011) Vol III, 396.

²⁵ Paul. 49 ed. D. 39, 3, 2, 9, Watson (fn 24), Vol III, 397–8.

²⁶ XII Tables, 8.9–11.

find an interesting text of Celsus dealing with the problem of who can keep the value of improvements to land.²⁷ Celsus suggests that a poor man can remove building materials he inadvertently added to someone else's land if he causes no harm thereby; but the owner also has a counter-right to buy those materials and keep them in the building, using the basic rule of *accessio*. But the provider of the materials cannot pretend to value the materials as a subterfuge:

'There must be no indulgence to malice. If, say, you want to scrape off plaster which you have put on walls, and deface pictures, that will serve no purpose but to annoy.'

VI. *Mixed motives*

On these slender texts early 20th-century civilians built the edifice of modern abuse of rights doctrine. The story was laid out elegantly by the pioneering English comparativist H Gutteridge in a classic article in 1933.²⁸ He begins with M Planiol's theory that *abus de droits* is a misnomer since the act complained of is a tortious harm, and one cannot use a right to make wrong.²⁹ L Josserand tried to rescue the concept by noting that a *droit subjectif*, a relative right chosen or created by a person using the machinery of the law, could in its exercise offend against general law or *droit objectif* that defines our basic rights and holdings. Josserand preferred to describe the wrongful exercise of subjective rights as a 'distortion' of rights (*détournement des droits*), where the relative claims binding discrete persons must be instituted and executed for some social purposes; and hence the law can logically and justifiably intervene to prevent subversion of those purposes.³⁰ Other languages are possible: German lawyers speak of a standalone type of wrongdoing through legal institutions they call chicanery, *Schikane*. The distinct legal-ethical concept of *Treu und Glauben* seems to be confined to contract law, suggesting that one should not seek small advantages at great expense to the other side.

Today legal theorists have grouped these ideas under fresh conceptual headings, namely 'opportunism' and 'cynicism' – acquiring rights of high trust and confidence in relation to others in order to use those rights to seek unfair advantages.³¹ Thus, trusting behaviour is followed by its shadow of betrayal, and the law must perforce deploy equitable discretion to police such inversions of trust.

Abuse of rights theory today is left with some obvious practical problems. How can we judge the timing of a juridical act to test if it was opportunistic in inception? What if a malicious purpose is mixed with other more valid pur-

²⁷ Cel. 3 dig. D. 6, 1, 38; Watson (fn 24), Vol I, 207.

²⁸ Harold Cooke Gutteridge, 'Abuse of Rights' (1933) 5 CLJ 22.

²⁹ Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* (Cotillon 1901).

³⁰ Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité* (Dalloz 1927).

³¹ Peter Birks, 'Restitutionary Damages for Breach of Contract: *Snepp* and the Fusion of Law and Equity' [1987] LMCLQ 42; Henry E Smith, 'Equity as Meta-Law' (2021) 130 Yale LJ 1050.

poses? One could use a quasi-criminal standard and look for subjective *mens rea* in the creation or execution of legal rights and powers, typically requiring a jury; and such inquiries still pertain in defamation and malicious prosecution cases, where a valid motive can be spoiled by an overwhelming bad one. Or there can be an objective test, where very unreasonable use of rights is held by a court to connote bad faith. For long the case of *Bradford Corporation v Pickles*³² held the field here. Pickles dug to divert underground water flowing through his land, not to take the water for his own use nor for beneficial drainage, but simply to deny the water supply to the town of Bradford. This he did not because he disliked the town or its residents, but because he wanted them to pay him to stop the diversion. It was a case of asserting a monopoly property right over subterranean waters to extract a profit from a common downstream user. Pickles got away with it, as the court found that there was no prior right to the flow of subterranean waters; and even a very selfish use of extractive rights attached to land to grab profits could not be enjoined by law. Unhappily for Pickles, he could not profit from his victory as the town refused to deal with him and bought their water elsewhere; and saddled with the heavy costs of the water diversion Pickles was bankrupted and decamped to Canada.³³ No-one came ahead in this destructive case, but still the court seemed to put remedy for abuse of rights beyond reach for modern litigants.

Perhaps influenced by *Pickles*, Oliver Wendell Holmes Jr. in 1894 argued in his important article 'Privilege, Malice and Intent'³⁴ that modern torts could best be organised around three headings – intentional harms, negligent harm, and strict liabilities independent of mind-state. He argued that an intention to harm should be a *prima facie* tort, unless mitigated by a recognized defence or exclusion based on social policy, such as the licensing of competition in free markets, or industrial conflict between labour and capital. Conservative courts in America and Great Britain decided to use the new theory to attack trade union strikes as tortious as intended to harm, with Holmes protesting ineffectually that he never meant such policy conclusions to be derived from his theorizing. The House of Lords soon showed a way out from the trap identified by Holmes, adapting *Pickles* to prevent abuse of rights being used to repress trade competition. *Allen v Flood* was an 1898 case brought by employers to apply liability for losses caused by any person (or union) organizing workers to resist hire on daily contracts of employment at will.³⁵ Lord Herschell led a majority of judges in the Lords establishing two important conclusions of law: (i) a decision to withdraw oneself from the labour market, not involving breach of a precedent contractual relation, is an exercise of a liberty, and cannot be conceived as an abusive infliction of injury even if the refusal is aimed at forcing a better wage on employers denied access to a workforce; and (ii) a worker breaches no contract

³² [1895] AC 587.

³³ Michael Taggart, *Private Property and Abuse of Rights in Victorian England: The Story of Edward Pickles and the Bradford Water Supply* (OUP 2002).

³⁴ Oliver Wendell Holmes Jr., 'Privilege, Malice and Intent' (1894) 8 Harv LR 1.

³⁵ [1898] AC 1.

by refusing to start one up with an oppressive employer, and a union does not procure a breach of contract, nor unduly curb the freedom of the parties, by picketing to restrain workers from taking up fresh contracts. Lord Herschell added a mordant political comment about abuse of the legal process itself – that the law should want to avoid having bourgeois juries assess the motives and mores of working-class strikers. This influential decision stopped the courts using abuse of rights doctrine to tilt the balance in the struggles between capital and labour of the time.

Today abuse of rights as a control device over economic freedoms is back on the stage, but wearing different ideological colours. In *Tesco Stores Ltd v Union of Shop, Distributive and Allied Workers* a corporation was sued for summarily firing its workforce so it could hire them back unencumbered by a prior promise to pay efficiency wages – in a sense, an inversion of the facts of *Allen*. Was it an abuse of rights to cancel an extant employment contract where the terms seemingly gave the employer power to do so? Lord Leggatt in the UK Supreme Court held:³⁶

‘For my part, I find it difficult to see why the expectation that the employer will not abuse its contractual powers should be supposed to evaporate when the decision in contemplation is whether to terminate an individual’s employment. Such a decision is made at a time when the employment relationship is still subsisting and subject to a mutual duty of trust and confidence. The fact that in deciding whether to end the relationship the employer must be expected to have regard solely to its own business interests does not mean that the employer must be free to exercise a contractual power of termination on the basis of its “uninhibited whim” (to adopt the phrase used by Leggatt LJ in *Abu Dhabi National Tanker Co v Product Star Shipping Ltd (The Product Star)* (No 2) [1993] 1 Lloyd’s Rep 397, 404).’

The fact that Lord Leggatt has to quote his own prior judgment for supporting authority suggests that application of good faith duties as a vehicle to repress abuse of rights is not securely established. The majority preferred to use implied terms rooted in the expectations of the parties to reverse the sackings. Agreeing with the result, Lord Reed, President of the Court, expressly disagreed with Leggatt’s approach, drawing from a long English tradition that is suspicious of wider theories of abuse of rights and prescriptive good faith, both out of a desire for certainty and predictability in the law, and a fear that expanded curial discretion under these doctrines would tempt courts to take moral sides in the commercial and public realms.³⁷

VII. *Loyalty and purpose*

We began with Wolfgang’s virtuosic investigation of how a delictual cause of action was invented in early Rome to prevent advocates abusing the powers of their office when entrusted with a litigation cause to recover the value of a cli-

³⁶ [2024] UKSC 28, [127], and [114]–[120].

³⁷ [2024] UKSC 28, [149]; also *Shogun Finance v Hudson* [2003] UKHL 62.

ent's movable property. One might characterize such abuse of vested powers as akin to *culpa lata* or *laesio enormis* in contract – departures from a due standard of performance or exchange conduct that is so gross as to call the honesty of the actor into doubt. But the better interpretation, certainly more appealing to the common law mind, is to see a gross abuse of legal position as evidence of a deeper flaw, being a departure from the purposes for which the legal rights and powers were conferred in the first place. To take on a position of trust only to use that position *against* the entrustor is the ultimate subversion of legal purpose. Wolfgang's historical work on the Roman property delicts provides perhaps unexpected support for the modern principle that fiduciary purposes can and should be guarded jealously by the law, not so as to impose an external morality on the subjects, but to make their own moral functioning possible, to help them stay the course.

Der Beschluss als Instrument kollektiver Willensbildung – sachgesetzliche vs. positivrechtliche Formalisierung

Hans Christoph Grigoleit

I. Einleitung

Im Verbandsrecht spielen Beschlüsse eine herausragende Rolle. Sie konkretisieren die Willensbildung der Mitglieder des Verbands sowie diejenige von Leitungs- und Aufsichtsgremien. Im Rahmen der Kompetenzen des jeweiligen Gremiums und nach Maßgabe der jeweiligen Mehrheitsanforderungen schaffen Beschlüsse gesellschaftsintern verbindliche Rechtsquellen. Das Kriterium Beschluss wird in einer ganzen Reihe von Vorschriften in Bezug genommen, die dogmatische Struktur von Beschlüssen ist aber positivrechtlich nicht näher geregelt. Naheliegend – und auch der herrschenden Meinung entsprechend – ist ein grundsätzlicher Rekurs auf allgemeine rechtsgeschäftliche Kategorien und Kriterien.

Dieser Ansatz ist nur auf den ersten Blick simpel. Vielmehr ergeben sich bei näherer Betrachtung eine ganze Reihe von Problemen, die erstaunlicherweise von der Gesellschaftsrechtswissenschaft lange Zeit etwas stiefmütterlich behandelt worden sind, indem die von *Andreas von Tuhr*¹ entwickelte Parallelisierung von Beschluss und Rechtsgeschäft im Wesentlichen fortgeschrieben wurde. Es ist das Verdienst von *Wolfgang Ernst*, dass er in einem Beitrag für die Festschrift für *Detlef Leenen*² die Überschneidungen und Kontraste zwischen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre und der gesellschaftsrechtlichen Beschlusslehre neu beleuchtet und damit eine Diskussion angestoßen hat, die den Problemkomplex Beschluss vertieft. Seine vielbeachteten Thesen³ werden mittlerweile als „*Ernst'sches Beschlussmodell*“ bezeichnet.⁴ Freilich sind damit auch einige Unsicherheiten aufgetreten – die Anlass dazu geben sollen, sich der elementaren rechtlicher Rahmenbedingungen von Beschlüssen zu vergewissern.

¹ Vgl. *von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I, 1910, 514; *dens.*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/1, 1914, 232 ff.

² *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1 ff.

³ Vgl. etwa die Monographien von *Holle*, Der privatrechtliche Beschluss, 2024; *Skauradzun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020.

⁴ *Holle*, Der privatrechtliche Beschluss, 2024, 56.

II. Charakteristika von Beschlüssen

In der Regel spricht man von einem „Beschluss“, wenn eine Personenmehrheit eine ihr als solche zugewiesene rechtliche Dispositionsbefugnis ausübt.⁵ Paradigmatisch sind im Gesellschafts- bzw. Verbandsrecht die bereits eingangs erwähnten Entscheidungen von Mitgliedern (Gesellschaftern, Mitgliedern etc.), Leitungsorganen (Geschäftsführung, Vorstand etc.) und Aufsichtsgremien (Aufsichtsrat etc.). Gleichartig ist der rechtliche Kontext im Recht der Wohnungseigentümergeinschaft (§§ 9a ff. WEG), namentlich im Hinblick auf Beschlüsse der Wohnungseigentümerversammlung. Das Recht der verselbständigten Organisationen erschöpft indessen das Realphänomen Beschluss und die mit diesem verbundenen Rechtsfragen nicht. Vielmehr kommen Beschlüsse auch in anderen Konstellationen vor, in denen Personenmehrheiten rechtliche Dispositionsbefugnisse zugewiesen sind – wie etwa bei der Bruchteils- (§ 745 BGB), Miteigentümer- (§ 745 BGB) oder Erbengemeinschaft (§ 2038 Abs. 2 S. 1 BGB), beim Betriebsrat (§ 33 BetrVG) oder beim Gläubigerausschuss (§ 72 InsO) bzw. der Gläubigerversammlung (§ 76 InsO).

Die relevanten Mehrheitsverhältnisse ergeben sich aus dem jeweiligen rechtlichen Kontext. Dieser kann ein Erfordernis einfacher Mehrheit, eine qualifizierte Mehrheit oder auch Einstimmigkeit anordnen. Das Beschlusskriterium ist nicht mit einer bestimmten Mehrheitsform verbunden. Von einem Beschluss spricht man im Verbandsrecht ferner auch, wenn eine Organfunktion nur mit einer Person besetzt ist – wie dies etwa bei Einpersonengesellschaften hinsichtlich der Gesellschafterversammlung (vgl. etwa § 48 Abs. 3 GmbHG), aber auch bei Leitungs- oder Aufsichtsgremien der Fall sein kann. Jedoch ist der Einpersonenbeschluss ohne jede Relevanz für die Qualifizierung des Kriteriums Beschluss als dogmatische Kategorie. Es handelt sich vielmehr um eine reguläre Willenserklärung, deren verbandsrechtliche Besonderheit sich auf das Zurechnungs- und Kompetenzproblem beschränkt.⁶ Die Bezeichnung als Beschluss ist lediglich dem Umstand geschuldet, dass die in Frage stehende Organfunktion typischerweise von einem Personengremium ausgeübt wird. Eine kategoriale Sonderung des Einpersonenbeschlusses ist gesetzlich nicht vorgesehen; im Einzelfall gelten für ihn jedoch besondere rechtliche Rahmenbedingungen, die insbesondere dem Umstand Rechnung tragen, dass die typische Konfliktlage zwischen Mehrheit

⁵ Definitionsversuche des „Beschlusses“ finden sich mit unterschiedlicher Nuancierung etwa bei *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, 1965, 42; Entscheidung eines Kollektivorgans über einen Antrag; *Holle*, Der privatrechtliche Beschluss, 2024, 1; Verfahren zur Bildung eines einheitlichen Willens aus den Einzelwillen mehrerer, die mit der Willensbildung betraut sind; *Billerbeck*, Anfechtbare Beschlüsse, 2022, 27; Rechtsakt, mit dem die Verbandsmitglieder den Eintritt rechtlicher Wirkungen beabsichtigen; *Grüneberg/Retzlaff*, 85. Aufl. 2026, BGB § 714 Rn. 5: dogmatisch mehraktiges Rechtsgeschäft, funktional interne Willensbildung.

⁶ *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, 1965, 35 f.; für die Ausgrenzung der durch eine Person herbeigeführten Entschließung aus dem Beschlussbegriff *Zöllner*, in: FS für Marcus Lutter, 2000, 821, 822; *Holle*, Der privatrechtliche Beschluss, 2024, 4 f.

und Minderheit nicht präsent ist.⁷ Die Maßgaben der Mehrheitsentscheidung finden keine Anwendung und im Übrigen können für den Einpersonenbeschluss diejenigen Regelungen zur Anwendung gebracht werden, die im jeweiligen Verbandskontext für einen Mehrpersonenbeschluss vorgesehen sind.

Das spezifische Problem, auf dessen Lösung das Beschlusskriterium allein ausgerichtet werden sollte, ist mithin die Bewältigung des Phänomens der kollektiven Willensbildung und namentlich der Mehrheitsentscheidung.

III. Einheitlichkeit der zu treffenden Feststellungen

Wolfgang Ernst hat herausgearbeitet, dass die Anforderungen an Beschlüsse im Verbandsrecht *im Grundsatz* einheitlich für alle Organisationsformen gelten.⁸ Dies ist deswegen überzeugend, weil die tatsächliche Problematik, der die Aussagen über das Beschlusskriterium Rechnung tragen müssen, nämlich diejenige der kollektiven Willensbildung, im Ausgangspunkt bei allen Verbandsformen gleichermaßen präsent ist. Es ist kein Grund ersichtlich, im Hinblick auf die dogmatische Grundstruktur Unterschiede zu postulieren. Es gibt danach auch keinen plausiblen Grund dafür, dass ein Beschluss, der von den Gesellschaftern oder Organmitgliedern einer Personengesellschaft gefasst wird, nach anderen Regeln behandelt werden sollte als derjenige eines Verbands mit voller juristischer Personalität.⁹

Besonderer Betonung bedarf, dass der Einheitlichkeitsgrundsatz positivrechtlichen Modifizierungen zugänglich ist, die abgesehen von den Mehrheitsanforderungen namentlich auch die Formanforderungen betreffen können, die für Beschlüsse gelten sollen. Der Einheitlichkeitsansatz betrifft allein die rechtsgeschäftliche Basalstruktur des in Rede stehenden Rechtsakts.

Indessen hat Wolfgang Ernst die These aufgestellt, dass ein wesentlicher Unterschied zwischen der Beschlussfassung im Verbandsrecht und derjenigen für die Regelung der Angelegenheiten anderer Personenmehrheiten (also wohl: solcher ohne rechtlich verselbständigte Organisation) bestehe – etwa für die Mehrheitsentscheidung unter Bruchteilseigentümern (§ 745 BGB). Für diese solle der verbandsrechtliche Beschlussbegriff nicht gelten, die dissidentierenden Minderheitsgesellschafter seien „nicht kraft der Mehrheitsentscheidung notwendig selbst an der Durchführung der Verwaltungsmaßnahme beteiligt“, „nicht ihrerseits Mit-Urheber der Mehrheitsentscheidung“ und „bei der Ausführung des Beschlusses“ unterscheide sich die „Rechtsstellung derjenigen, die die Mehrheit ausmachen, von der Rechtsstellung derjenigen, die sich als Minderheit nicht haben durchsetzen können“.¹⁰

⁷ So ist etwa nach BGHZ 12, 337, 339 bei einer Einpersonen-GmbH keine Einberufung erforderlich; nach BayObLGZ 2000, 325, 327 f. schlägt die Unwirksamkeit einer Stimmabgabe (§ 181 BGB) unmittelbar auf die Beschlusswirksamkeit durch.

⁸ Vgl. Ernst, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 5. Für die Entwicklung einer allgemeinen Beschlusslehre Skauradszun, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, insb. 45 f.

⁹ Offenlassend Ernst, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 5.

¹⁰ Ernst, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 4 f.

Zutreffend ist, dass ein Beschluss einer Personenmehrheit, die nicht für einen verselbständigten Rechtsträger handelt, keinen solchen, sondern nur die betreffende Personenmehrheit im Hinblick auf das in Rede stehende kollektive Rechtsverhältnis binden kann. Jedoch betrifft diese Feststellung lediglich die Wirkung von Beschlüssen, nicht aber die dogmatisch-strukturellen Anforderungen an die kollektive Willensbildung. In dieser Hinsicht ist kein Unterschied zwischen einer kollektiven Entscheidung der Verbandsmitglieder und derjenigen eines nicht auf einen eigenständigen Rechtsträger bezogenen Gremiums ersichtlich.¹¹ Ob letztendlich lediglich die Rechtsverhältnisse der Beteiligten oder die eines gesonderten Rechtsträgers geregelt werden, spielt im Grundsatz für das Zusammenwirken der Beteiligten und dessen rechtsgeschäftliches Ergebnis keine Rolle.

IV. Die Frage der „Urheberschaft“

Wolfgang Ernst hat dargelegt, dass Urheber (*auctor*) eines Beschlusses nicht die für diesen stimmenden Organmitglieder, sondern die Versammlung sei.¹² An diesem Befund trifft zu, dass der Beschluss rechtlich dem Organ zugerechnet wird, zu dessen Meinungsbildung die in Frage stehende Versammlung abgehalten wird. Im gesellschaftsrechtsfunktionalen Sinne ist der Beschluss ein solcher der Gesellschafterversammlung, des Vorstands, des Aufsichtsrats etc. Im Hinblick auf die mangelnde Rechtsfähigkeit der Organgremien ist der Beschluss stets auch dem Verband selbst als eigenständigem Rechtsträger zuzurechnen.

Die an der Abstimmung beteiligten Organmitglieder handeln aufgrund der Wahrnehmung ihrer jeweiligen Organfunktion und damit nicht in der Wahrnehmung eigener Rechte. Daher ist es eine blanke Selbstverständlichkeit, dass ein Aufhebungsbeschluss insbesondere in anderer Zusammensetzung der zuständigen Versammlung unabhängig vom Stimmverhalten derjenigen Organmitglieder getroffen werden kann, deren Stimmverhalten den Ausgangsbeschluss konstituierte.¹³

Freilich dürften diese Befunde weitgehend unstreitig sein. Auch eine Unvereinbarkeit der Beschlusszurechnung mit der von *Tuhr*'schen Beschlusslehre ist nicht notwendig gegeben. Denn die Zurechnung des Beschlusses gegenüber dem Organ kann – und sollte – von der Frage getrennt werden, wie das rechtsgeschäftliche Substrat des Beschlusses dogmatisch zu fassen ist. Insoweit ist nichts gegen die Aussage einzuwenden, dass die zustimmenden Organmitglieder die „Urheber“ des maßgeblichen Erklärungssubstrats sind.

¹¹ Vgl. auch *Holle*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 20. Für die Einordnung der Entscheidung nach § 745 BGB als Beschluss *MüKoBGB/Karsten Schmidt*, 9. Aufl. 2024, BGB §§ 744, 745 Rn. 15; ebenso bereits von *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/1, 1914, 233.

¹² *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 7 f.

¹³ *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 8.

Diese Aussage steht nicht im Widerspruch dazu, dass das Erklärungssubstrat dem Organ und letztlich dem betreffenden Rechtsträger zuzurechnen ist. Die im Sinne der Beschlussmehrheit abstimmenden Organmitglieder konstituieren durch ihre Stimmen den Beschluss des Organs. Der Bezug zur Organfunktion der Organmitglieder löst deren Stimmabgaben aus dem individualrechtlichen Kontext und die Zurechnung zum Verband aus. Aufgrund der Zurechnung besteht keine Dispositionsbefugnis der in der konkreten Abstimmungssituation mehrheitsbildenden Organmitglieder, weil jeder neue Beschluss unter dem Vorbehalt der zeitgebunden zu aktualisierenden Voraussetzungen des Beschlussverfahrens steht.

V. Die Parallele zur Rechtsgeschäftslehre: Beschluss als Rechtsgeschäft – Stimmabgabe als Willenserklärung

In Ermangelung einer positivrechtlichen Definition der Kriterien von Beschlüssen sind diese nach Maßgabe allgemeiner privatrechtlicher Dogmatik zu bestimmen. Maßgeblich sind insbesondere die Vorgaben der Rechtsgeschäftslehre.¹⁴ Diese sind ihrerseits nur partiell positivrechtlich niedergelegt (§§ 104 ff. BGB), im Übrigen aber wiederum nach den Geboten der allgemeinen Dogmatik und insbesondere nach den Anforderungen methodischer Rationalität zu konkretisieren. In diesem Sinne argumentiert auch *Wolfgang Ernst* konsequenterweise und zu Recht weitgehend „außerpositiv“.

Überzeugend hat *Wolfgang Ernst* herausgearbeitet, dass ein Beschluss keine Willenserklärung ist, weil ein echter (d.h. psychologischer) Wille allein bei den Gremienmitgliedern, nicht aber kollektiv auf der Ebene des Gremiums konstatiert werden kann.¹⁵ Demgegenüber bietet aber die Kategorie des Rechtsgeschäfts eine taugliche Orientierung für die dogmatische Qualifikation von Beschlüssen. Denn für diese ist – wenn ein Beschlussantrag angenommen wird (Positivbeschluss – zum Negativbeschluss siehe unten VI.) – kennzeichnend, dass eine rechtlich verbindliche Regelung durch die Stimmabgaben und damit durch die Willensäußerungen der Beteiligten in Kraft gesetzt wird.

Die getroffene Regelung besteht bei verbandsrechtlichen Beschlüssen darin, dass im Rahmen der Kompetenzen des jeweiligen Gremiums die verbandsinterne Rechtslage verbindlich festgelegt wird (z.B. Höhe der Gewinnausschüttung, Personalauswahl, Durchführung einer Transaktion etc.).¹⁶ Die verbandsinter-

¹⁴ *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 6: „Im Bereich des Privatrechts hat man die Lehre vom Beschluss in die Lehre vom Rechtsgeschäft einzuordnen, unabhängig davon, ob man im Beschluss ein Rechtsgeschäft *stricto sensu* sehen mag“.

¹⁵ *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 41.

¹⁶ Im Vereinskontext von *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I, 1910, 515 f.: durch einen Verwaltungsbeschluss wird „ein Imperativ ausgestellt, welcher als Wille des Vereins gilt“; vgl. auch BeckOGK/Notz, 15.9.2018, BGB § 32 Rn. 154: der Beschluss „formt einen einheitlichen Willen für den Verein aus den Einzelwillen der abstimmenden Mitglieder“. Zu möglichen Beschlussgegenständen vgl. etwa auch beispielhaft die Aufzählungen in § 46 GmbHG, § 119 AktG.

ne Rechtsgestaltung durch den Beschluss ist auch dann Mindest-Regelungsgehalt eines jeden Beschlusses, wenn dieser – wie die meisten Beschlüsse – eines gesonderten (nicht notwendig, aber häufig: rechtsgeschäftlichen) Ausführungsakts bedarf (etwa Ausführung der Gewinnausschüttung, Einstellung einer Person, Abschluss einer Transaktion).¹⁷ Zu Recht ist deswegen im Grundsatz weitgehend anerkannt, dass der Beschluss ein Rechtsgeschäft ist.¹⁸

Gleichermaßen anerkannt ist, dass der Beschluss kein Vertrag ist, weil er nicht (notwendig) durch die übereinstimmenden Willenserklärungen der Beteiligten in Kraft gesetzt wird.¹⁹ Um diesem Charakteristikum Rechnung zu tragen, wird der Beschluss häufig als Rechtsgeschäft *sui generis* qualifiziert.²⁰ Diese Bezeichnung ist terminologisch nicht falsch, zugleich aber dogmatisch weitgehend irrelevant, weil neben Beschluss und Vertrag verschiedene weitere Rechtsakte die Kriterien eines Rechtsgeschäfts (*sui generis*?) erfüllen und zugleich eigenständige Charakteristika aufweisen.

Der „reguläre“ Vertrag bildet jedenfalls eine belastbare Parallele für Beschlüsse mit Einstimmigkeitserfordernis (etwa § 33 Abs. 1 S. 2 BGB, Gesamtgeschäftsführungsbefugnis etc.). Denn in dieser Konstellation ist die Wirksamkeit des Beschlusses wie beim Vertrag vom Konsens aller Beteiligten abhängig. Zu berücksichtigen ist insoweit auch, dass ein „regulärer“ Vertrag von einer Personenmehrheit aus mehr als zwei Personen geschlossen werden kann. Die Parallele zwischen Einstimmigkeitserfordernis und regulären, mehrseitigen Verträgen wird noch deutlicher, wenn ein Zusammenwirken der Parteien eines Vertrags unverzichtbar ist, um einen bestimmten Zweck rechtlich zu verwirklichen (z.B. Vertrag über eine ARGE, Joint-Venture-Vertrag, Konsortialvertrag²¹).

Zu Recht wird schließlich überwiegend angenommen, dass jede im Rahmen einer Beschlussfassung abgegebene Stimme eine Willenserklärung ist.²² Denn jede Stimme ist auf die Herbeiführung einer Regelung gerichtet. Dies gilt nicht nur für zustimmende Voten, sondern auch für Stimmen, die auf die Neutralisierung der „Ja-Stimmen“ und auf die Vermeidung der rechtsgeschäftlichen Wirkung des Beschlusses gerichtet sind (zum Negativbeschluss siehe unten VI.).

¹⁷ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2002, 439f.; Skauradszun, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 51.

¹⁸ So Holle, Der privatrechtliche Beschluss, 2024, 50 m.w.N.; Skauradszun, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 50 m.w.N. Offenlassend Ernst, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 41 f.

¹⁹ So bereits von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I, 1910, 514f. und ders., Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/1, 1914, 232. Vgl. auch BeckOGK/Notz, 15.9.2018, BGB § 32 Rn. 154 m.w.N. Ausdrücklich im WEG-Kontext auch BGHZ 139, 288, 297 (Wohnungseigentümerbeschluss als Gesamttakt im Kontrast zum Vertrag).

²⁰ Holle, Der privatrechtliche Beschluss, 2024, 50; Skauradszun, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 50 m.w.N.

²¹ Allgemein als „relationale Verträge“ bezeichnete Verträge, die auf Dauer angelegt und naturgemäß unvollständig sind und deshalb ständiger Anpassung bedürfen, vgl. Holle, Der privatrechtliche Beschluss, 2024, 21 m.w.N.

²² Von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/1, 1914, 233; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/2, 1983, 249; Skauradszun, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 51 ff. Holle, Der privatrechtliche Beschluss, 2024, ordnet hingegen die Stimmabgabe als geschäftsähnliche (Erwirkungs-)Handlung ein, 91.

Dass die Regelungswirkung der Stimmabgabe die verbandsrechtliche Rechtssphäre und nicht die Abstimmenden in ihren individuellen Rechten betrifft, berührt die Qualifikation als Willenserklärung nicht.²³ Dass die durch die Erklärung anvisierte Regelung in der individuellen Rechtssphäre des Erklärenden eintreten muss, ist kein Kriterium einer Willenserklärung, wie etwa auch die vom Stellvertreter abgegebene Willenserklärung zeigt. Auch ist eine Parallele zur Prozesshandlung²⁴ nicht plausibel, weil die Autonomie des Stimmberechtigten nicht in vergleichbarem Maße durch die Bedürfnisse des Verfahrensrechts eingeschränkt wird wie diejenige einer Prozesspartei.

VI. Der Negativbeschluss und die Frage nach dessen Regelungswirkung

Der Negativbeschluss, d.h. ein Beschluss, der keine hinreichende Stimmenmehrheit findet, wird von der Rechtsprechung als Beschluss behandelt.²⁵ *Wolfgang Ernst* teilt diese Einordnung und sieht die Regelungswirkung des Negativbeschlusses darin, dass „für den Verband die Festlegung getroffen wird, dass der Beschluss nicht gewollt ist“. ²⁶ Zugleich sieht er in der Anerkennung des Negativbeschlusses einen Hinweis auf die Unschlüssigkeit der Lehre vom mehrseitigen Rechtsgeschäft vor allem deswegen, weil sich der Negativbeschluss nicht nur durch eine Mehrheit der ablehnenden Stimmen, sondern auch durch die Nichterreichung eines verbindlichen Quorums bzw. durch die Abwesenheit von Stimmberechtigten ergeben könne.²⁷

Indessen ist es nicht plausibel, dass ein Ablehnungsbeschluss eine Regelungswirkung haben solle und sich dadurch insbesondere von einem abgelehnten Vertragsangebot unterscheide.²⁸ Wenn ein Regelungsgehalt durch einen Beschlussantrag hergestellt werden soll und der Antrag abgelehnt wird, dann tritt der beantragte Regelungsgehalt nicht in Geltung – aber auch keine andere Regelung. Dass „der Beschluss nicht gewollt ist“, stellt nur sicher, dass die ohne den Beschluss geltende, regelungslose Rechtslage fortbesteht. Ob der Beschlussantrag zurückgezogen wird oder nicht das nötige Quorum erreicht, beeinflusst die Rechtslage des Verbands nicht.

Wenn gleichwohl die Beschlussablehnung verbreitet als Beschluss behandelt wird, so dürfte dies allein prozessuale Gründe haben. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Regeln der Bestandskraft, da die Anfechtungsfristen an einen „Beschluss“ anknüpfen (vgl. §§ 243 Abs. 1, 246 Abs. 1 AktG;

²³ Von einer analogen Anwendung der Regeln der Willenserklärung ausgehend *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 18, 19 ff.

²⁴ Hierfür *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 25.

²⁵ BGH, NJW 1984, 489, 492.

²⁶ *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 6 und 11. In diesem Sinne auch *Holle*, Der privatrechtliche Beschluss, 2024, 70 ff.; *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, S. 53 ff.

²⁷ Näher *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 6 f.

²⁸ *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 6.

§§ 44 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 45 S. 1 WEG). Im Sinne der Rechtssicherheit ist es sachgerecht, dass auch die Ablehnung eines Beschlusses prozessual bestandskräftig werden kann. Dem entspricht die anerkannte Konstruktion der positiven Beschlussfeststellungsklage, durch die einerseits die Anfechtung der Beschlussablehnung und andererseits die positive Feststellung des begehrten Beschlusses geltend gemacht wird.²⁹ Indessen wird die Beschlussablehnung nicht deswegen prozessual angegriffen, weil eine (wie auch immer geartete) Ablehnungswirkung beseitigt werden soll, sondern – von einem formalen bzw. ergebnisunabhängigen Klarstellungsinteresse hinsichtlich einer Rechtsverletzung abgesehen – allein deswegen, weil die mit dem abgelehnten Antrag erstrebte Regelung (doch noch) verwirklicht werden soll.

Dass die Beschlussablehnung prozessual als Beschluss behandelt wird, um sie in ein reguliertes Anfechtungsverfahren einzubeziehen und die Bestandskraftregeln zu aktivieren, zwingt nicht dazu, ihr einen rechtsgeschäftlichen (Regelungs-)Gehalt beizumessen. Etwas anderes folgt insbesondere nicht daraus, dass im Einzelfall ein Rechtsschutzinteresse an der *bloßen* Anfechtung einer Ablehnung bestehen kann, weil diese mit einer Rechtsverletzung verbunden ist.³⁰ Ein solches prozessuales Vorgehen zielt in der Sache auf die (isolierte) Sanktionierung von Rechtsverstößen ab, dient aber nicht der Beseitigung einer Regelungswirkung. Anders ausgedrückt: Dass der Negativbeschluss kein Rechtsgeschäft im materiellrechtlichen Sinne ist, hindert nicht daran, ihn im verfahrensrechtlichen Sinne den Positivbeschlüssen gleichzustellen.

VII. Die Frage der sachgesetzlichen Notwendigkeit des Feststellungsvorbehalts

Eine besonders relevante These von *Wolfgang Ernst* betrifft die Frage, ob Beschlüsse allein durch die maßgeblichen Stimmabgaben konstituiert werden, oder ob deren Wirksamkeit zusätzlich von einem besonderen Feststellungsakt abhängt. Aus der Zurechnung des Beschlusses zu der Versammlung leitet *Wolfgang Ernst* ab, dass ein im Verbandskontext gefasster Beschluss – im Gegensatz zu anderen Rechtsgeschäften – nicht bereits durch die notwendigen Stimmabgaben zustande kommt, sondern dass das Zustandekommen eines Beschlusses stets auch einer Beschlussfeststellung bedürfe.³¹ Der gesonderte Feststellungsakt soll konstitutives Tatbestandsmerkmal eines wirksamen Beschlusses sein, er

²⁹ Vgl. etwa BGH, NJW 1984, 489, 491 f.; NJW 1986, 2051, 2052.

³⁰ Vgl. zu einem solchen Fall BGH, NZM 2010, 205, 206.

³¹ *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 9: „Das Erfordernis der Beschlussfeststellung ergibt sich schon daraus, dass der Beschluss ein Rechtsakt der Versammlung als ganzer ist, während die Stimmabgaben ein Rechtshandeln der einzelnen Mitglieder darstellen.“ Gleichsinnig *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 90, 102, der die Beschlussverkündung als konstitutiven „Endakt der Beschlussprozedur“ bzw. als Tatbestandsmerkmal begreift.

„perfiziere“ den Beschluss.³² Er entscheide nicht nur über das Zustandekommen („Ob“) des Beschlusses, sondern auch über dessen konkreten Inhalt („Wie“).³³

1. Positivrechtlicher vs. außerpositiver Feststellungsvorbehalt

Es steht außer Zweifel, dass ein solcher Vorbehalt *positivrechtlich* (d.h. ggf. auch: durch wirksame Vereinbarung) als eine konstitutive Formvorschrift verankert werden kann – wie dies etwa im Aktienrecht für Hauptversammlungsbeschlüsse in §§ 130 Abs. 2 S. 1 aE, 241 Nr. 2 AktG (implizit) niedergelegt ist.³⁴ Indessen argumentiert *Wolfgang Ernst* – wiederum – nicht positivrechtlich. Er behandelt den Feststellungsvorbehalt vielmehr wie eine *verbandsrechtliche Sachgesetzlichkeit*.³⁵

Bei näherer Betrachtung zwingt jedoch eine Qualifizierung des Beschlusses als Rechtsakt der Versammlung (bzw. des Verbands), d.h. die Zurechnung gegenüber dieser (bzw. diesem), nicht dazu, einen zwingenden Beschlussvorbehalt anzunehmen. Die Gegenprobe lautet: Warum sollte eine Zurechnung des Beschlusses gegenüber dem Organgremium und dem Rechtsträger nicht möglich sein, wenn der Beschluss allein durch die Stimmabgaben im verbandsrechtlichen Kontext (einschließlich der durch diesen spezifizierten Mehrheitsanforderungen) konstituiert würde?

2. Der Aspekt des besonderen Rechtssicherheitsbedürfnisses

Zwar wäre eine förmliche Beschlussfeststellung der Rechtssicherheit förderlich. Dies allein kann aber eine außerpositive Anerkennung der Beschlussfeststellung als zwingendes Formerfordernis nicht begründen. In der Rechtsgeschäftslehre sind autonome Dispositionen grundsätzlich formfrei – Formerfordernisse bedürfen der positivrechtlichen Anerkennung. Wenn bei mehrseitigen Verträgen die Erklärungen als solche den Tatbestand des Rechtsgeschäfts erschöpfen können, so bedarf es zwingender Gründe, warum dies bei Beschlüssen im verbandsrechtlichen Kontext anders sein soll. Dies gilt umso mehr, als Beschlüsse – wie bereits angesprochen – einem Einstimmigkeitserfordernis unterliegen können und sich dann im Hinblick auf das Verhaltenssubstrat der notwendigen Erklärungen nicht von mehrseitigen Verträgen unterscheiden. In diesem Sinne lässt *Wolfgang Ernst* es auch nicht beim Aspekt der Zurechnung gegenüber der Versammlung bewenden; vielmehr führt er weitere Argumente an, welche die verbandsrechtliche Notwendigkeit des Feststellungsvorbehalts nachweisen sollen.

³² *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 11.

³³ *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 11.

³⁴ I.d.S. auch BeckOGK/*Drescher*, 1.10.2025, AktG § 241 Rn. 199 („gar kein Hauptversammlungsbeschluss zustande gekommen“). Der BGH leitet den konstitutiven Charakter des aktienrechtlichen Feststellungsvorbehalts aus § 246 AktG her; vgl. BGH, NJW 2001, 3339, 3342 (vgl. dazu noch die folgende Fn.).

³⁵ Differenzierend BGH, NJW 2001, 3339, 3341 f.: einen außerpositiv-konstitutiven Feststellungsvorbehalt hinsichtlich der Wohnungseigentümersammlung befürwortend, unter Bezugnahme auf § 24 Abs. 6 WEG sowie in Parallele zum Aktien-, Genossenschafts- und VVaG-Recht, freilich unter Abgrenzung zur Rechtslage bei der GmbH und beim eingetragenen Verein.

Zunächst weist *Wolfgang Ernst* auf die Steuerungswirkung von Beschlüssen innerhalb von Verbänden hin, mit der es unvereinbar sei, wenn Unsicherheit über das Vorhandensein eines Beschlusses nicht durch den Feststellungsakt ausgeräumt werde.³⁶ Zutreffend ist, dass ein wirksamer Beschluss bestimmend für die verbandsrechtliche Rechtslage ist, was mit dem Begriff Steuerungswirkung durchaus plausibel gekennzeichnet wird. Indessen ist der Begriff auch brauchbar für eine Regelung, die durch jedes andere Rechtsgeschäft getroffen wird. Der Beschluss steuert die verbandsrechtliche Rechtslage, der Vertrag diejenige, die zwischen den Parteien besteht. Man mag – mit *Wolfgang Ernst* – dafürhalten, dass das Problem der Unsicherheit über die Wirksamkeit von Beschlüssen durch besondere, beschlusspezifische Störungsgründe verschärft wird (Stimmrechtsausschluss, Auszahlungsvorgang, u.ä.).³⁷ Indessen sind nach allgemeiner Rechtsgelehrtslehre auch bei Verträgen eine Vielzahl von Wirksamkeitshindernissen zu berücksichtigen. Die verbandsrechtlichen Wirksamkeitshindernisse sind weder quantitativ noch qualitativ in derart kategorialer Weise gravierender bzw. andersartig, dass ein zwingender, außerpositiver Beschlussvorbehalt die Folge sein müsste.

Ähnliches gilt für die These, es bedürfe bei Beschlüssen einer besonderen „juristischen Leistung“, um aus dem tatsächlichen Abstimmungsverhalten ein Ergebnis zu kondensieren.³⁸ Sie fällt im Grundsatz mit der Erwägung zusammen, dass die Beschlussfeststellung mit besonderen Unsicherheiten verbunden sei. Dieser Befund als solcher mag zutreffen, er ist aber nicht genügend, um die Dispositionsfreiheit der Organmitglieder gegenüber derjenigen von Parteien, die einen Vertrag schließen, durch das Formerfordernis der Beschlussfeststellung einzuschränken.³⁹

Die gedankliche Notwendigkeit einer wertungsmäßigen Differenzierung gegenüber einem Vertrag ist *Wolfgang Ernst* (natürlich) nicht entgangen. Ausdrücklich adressiert er das Differenzierungserfordernis, indem er auf die Drittwirkung des Beschlusses innerhalb des Verbands (z.B. abwesende Gremienmitglieder, andere Organe, Rechtsnachfolger, Gläubiger) abstellt.⁴⁰ Auch dieser Befund einer Drittwirkung von Beschlüssen trifft zu. Tatsächlich akzentuiert die Drittwirkung auch die praktische Relevanz eines Rechtssicherheitsbedürfnisses nach klarer Feststellung. Eine normative Begründung für einen zwingenden Feststellungsvorbehalt trägt indessen auch die Drittwirkung nicht. Zu berücksichtigen ist zunächst, dass die Drittwirkung von Beschlüssen lediglich ein Potenzial und keine notwendige Folge ist. Dieses Potenzial ist im Grundsatz auch allen Verträgen eigen, wenn man die Möglichkeit einer Abtretung, der In-

³⁶ *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 9 f.; in diese Richtung auch *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 103, der allerdings im Kontext der konkludenten Beschlussfassung die gegenteilige Stoßrichtung einschlägt; erkenne man diese nicht an, erweitere man „die Beschlussprozedur ohne Not um das Merkmal der Nachweisbarkeit“, 194.

³⁷ *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 9 f.

³⁸ I.d.S. *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 10.

³⁹ In BGH, NJW 2001, 3339, 3342 fordert der BGH vielmehr noch, dass die Rechtsschutzmöglichkeit aufgrund Präklusion gefährdet ist.

⁴⁰ *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 11.

solvenz oder des Erbfalls berücksichtigt. Gemildert wird die Problematik der Drittwirkung im Übrigen – wie generell die mit der Formfreiheit verbundene Rechtsunsicherheit – durch die Regeln der Beweislast: Wer sich einem Dritten gegenüber auf den Inhalt eines Beschlusses beruft, muss dessen Wirksamkeit und Inhalt im Grundsatz nachweisen.⁴¹

3. Verbandstypenbezogene Differenzierungen – Vielfalt der real- und normtypischen Beschlussformen

Dass im Aktienrecht nur der festgestellte Beschluss der Hauptversammlung Gegenstand der Anfechtungsklage sein kann, liegt in der Konsequenz der positivrechtlichen Verankerung der Beschlussfeststellung als Formerfordernis (§§ 130 Abs. 2 S. 1, 241 Nr. 2 AktG). Dies unterscheidet den Hauptversammlungsbeschluss markant von den Dispositionen des Aufsichtsrats und des Vorstands sowie auch von denjenigen der Mitgliederversammlung des Vereins.⁴² Anders ausgedrückt: *Wolfgang Ernst* hat recht damit, dass sich das „Erklärungssubstrat Beschluss“ und dessen außerpositiver Wertungskontext im Recht der aktien- und vereinsrechtlichen Mitgliederdispositionen nicht kategorial unterscheiden. Wohl aber unterscheidet sich die positivrechtliche Einkleidung, indem der Gesetzgeber (nur) im Aktienrecht ein Formerfordernis niedergelegt hat, für welches der sachgesetzliche Kontext des Beschlussakts keine hinreichenden Anhaltspunkte bietet.

Methodologisch stellt sich somit allenfalls die Frage einer analogen Anwendung des aktienrechtlichen Formvorbehalts im Vereinsrecht.⁴³ Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der aktienrechtliche Feststellungsvorbehalt dem Realtypus der Publikumsgesellschaft und des Großunternehmens sowie dessen besonderem Rechtssicherheitsbedürfnis Rechnung trägt. Hinzu kommt, dass hinsichtlich des Transfers von positivrechtlichen Formvorschriften Zurückhaltung geboten ist. Eine analoge Anwendung des aktienrechtlichen Feststellungsvorbehalts auf das Vereinsrecht – und auf dessen nicht selten private und unbürokratische Strukturen – ist daher nicht angezeigt.⁴⁴ Für eine Begründung der analogen Anwendung des aktienrechtlichen Feststellungsvorbehalts auf die Wohnungseigentümerversammlung spricht das positivrechtliche Erfordernis der Nieder-

⁴¹ Es gilt das allgemeine Günstigkeitsprinzip; vgl. auch BGH, NJW 1968, 543, 544; grundsätzlich trägt der Verein die Beweis- und Darlegungslast für die Satzungsmaßigkeit eines Beschlusses, aus dem er Rechte herleitet.

⁴² Anders *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 11 f.

⁴³ Offengelassen bei *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 13 hinsichtlich des Anfechtungsverfahrens.

⁴⁴ So auch BGH, NJW 1975, 2101, mit dem Argument, es fehle an einer fristgebundenen Anfechtbarkeit (Dichotomie zwischen gültigen und ungültigen Beschlüssen). Kritische Auseinandersetzung mit dieser BGH-Rechtsprechung MüKoBGB/*Leuschner*, 10. Aufl. 2025, BGB § 32 Rn. 49 f. und BeckOGK/*Notz*, 15.9.2018, BGB § 32 Rn. 189. Vgl. näher zum Meinungsstand *Fluck*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, 2017, 55 ff. Die Möglichkeit der Erhebung der Ergebnisfeststellung zur Wirksamkeitsvoraussetzung durch Satzungsregelung betonend BeckOK BGB/*Schöpflin*, 77. Ed. 1.2.2026, BGB § 32 Rn. 29; ebenso OLG München, NZG 2008, 351, 353.

schrift (§ 24 Abs. 6 WEG)⁴⁵ – sowie die potenziell hohe wirtschaftliche Relevanz der in Rede stehenden Beschlüsse.

Dass die verallgemeinernd-zwingende Vorgabe eines außerpositiven Feststellungsvorbehalts und deren Bürokratisierungseffekt mit der real- und normtypischen Vielfalt von verbandsrechtlichen Beschlüssen kaum vereinbar ist,⁴⁶ zeigt sich etwa besonders deutlich, wenn man ein zwei- oder dreigliedriges Geschäftsleitungsgremium eines kleineren Unternehmens in den Blick nimmt, in dem sich die Geschäftsleiter laufend informell abstimmen (müssen). Im Rahmen einer solchen Abstimmung, die sich nicht selten in Beschlüssen niederschlägt, wäre ein Feststellungsvorbehalt kontraproduktiv bzw. nur unter Zuhilfenahme von Fiktionen (Konkludenz) praktikabel, was wiederum eine verallgemeinernd-zwingende Formalisierung in Frage stellen würde.

VIII. Folgerungen für die dogmatische Struktur von Beschlüssen

Es ergibt sich, dass die dogmatische Struktur von Beschlüssen davon abhängt, ob ein Feststellungsvorbehalt positivrechtlich bzw. kraft Satzung oder Geschäftsordnung wirksam niedergelegt ist: Ist dies nicht der Fall kommt der Beschluss durch Mehrheit der wirksam abgegebenen Stimmen nach Maßgabe der einschlägigen Mehrheitsanforderungen zustande. Der Beschluss wird dann dem in Frage stehenden Organ und dem Verband zugerechnet. In diesem Sinne konstituieren die Stimmen den Beschluss.⁴⁷ Es ist daher terminologisch nicht zu beanstanden, wenn festgestellt wird, der Beschluss sei aus den Stimmabgaben zusammengesetzt oder er werde durch die Stimmabgaben bewirkt.⁴⁸

Sofern ein Feststellungsvorbehalt positivrechtlich bzw. (wirksam) kraft Gesellschaftsvertrags, Satzung oder Geschäftsordnung niedergelegt ist, wird dadurch der Feststellungsakt – in dem von *Wolfgang Ernst* generalisierend vorgeschlagenen Sinne – zum Tatbestandsmerkmal des Beschlusses. Der Feststellungsakt bestimmt dann über das Zustandekommen und den konkreten Inhalt des Beschlusses (siehe oben VII.). Die Stimmabgaben, ihre Wirksamkeit und die Feststellung des Beschlussergebnisses sind Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Beschlusses mit dem durch den Feststellungsakt konkretisierten Inhalt. Mängel der Rechtmäßigkeit lösen die Nichtigkeit des Beschlusses aus (§ 134 BGB), es sei denn, besondere Verfahrensvorschriften verankern eine Bestandskraft (vgl. §§ 241 ff. AktG – näher unten).

⁴⁵ I.d.S. auch BGH, NJW 2001, 3339, 3342.

⁴⁶ I.d.S. etwa auch *Bachmann*, AcP 222 (2022), 651, 653 f.

⁴⁷ Die Regierungsbegründung zum MoPeG, Begr. RegE BT-Drs. 19/27635, 111, 226, schreibt der Beschlussfeststellung – in Anlehnung an die BGH-Rechtsprechung – (nur) insofern konstitutive Wirkung zu, als sie die Rechtsschutzmöglichkeiten (Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage oder Feststellungsklage) determiniert (dazu noch unten X.).

⁴⁸ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 436; a.A. *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 15 f., 17.

Die Zuständigkeit für die Feststellung richtet sich nach der jeweiligen Rechtsgrundlage. Sofern diese vom betreffenden Gremium abgeleitet und nicht zwingend ausgestaltet ist (so etwa durch §§ 130 Abs. 2 S. 1, 23 Abs. 5 AktG), kann das Gremium mit grundsätzlich einfacher Mehrheit die Feststellungskompetenz an sich ziehen.⁴⁹

IX. Anforderungen an die Stimmabgabe

Da die Stimmabgabe als Willenserklärung anzusehen ist, kommen die für Rechtsgeschäfte geltenden Regeln (§§ 104 ff. BGB) im Grundsatz zur Anwendung. Es entspricht den Gepflogenheiten teleologischer Rechtsfindung, dass bei der Anwendung rechtsgeschäftlicher Regeln den kontextuellen Besonderheiten des Bezugs der Erklärung auf einen Beschluss Rechnung zu tragen ist. *Wolfgang Ernst* hat diese Besonderheiten in grundlegender Weise analysiert.⁵⁰

Die Stimmabgabe ist nach den allgemeinen Regeln grundsätzlich formfrei.⁵¹ Sofern ein besonderer Formzwang angeordnet ist, ist zu bestimmen, ob dieser auch die Stimmabgabe betrifft; namentlich die Regelung des § 130 AktG bezieht sich nach der unzweideutigen Anordnung des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG nur auf den festgestellten Beschluss und nicht die Stimmabgaben. Sofern ein Beschluss auf die Durchführung eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts gerichtet ist, berührt dies die Formfreiheit des Beschlusses nicht, weil er lediglich die verbandsinterne Grundlage für den nachfolgenden Geschäftsabschluss schafft.

Das Zugangserfordernis nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB ist grundsätzlich aus der Perspektive des Versammlungsleiters und nach Maßgabe des technischen Kontexts der Abstimmung auszufüllen.⁵² In Ermangelung eines Versammlungsleiters (oder einer anderen wirksam geregelten Empfangsfunktion) ist die Wahrnehmungsmöglichkeit eines vernünftigen Gremiumsmitglieds maßgeblich.⁵³ Sofern die Wahrnehmungsmöglichkeiten unauflöslich divergieren, kann ein Zugang nicht bewirkt werden. Die Stimmabgabe ist ferner auf den zeitlichen Kontext des Abstimmungsverfahrens begrenzt.⁵⁴

⁴⁹ Vgl. auch *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 13–15. Vgl. zur Zuständigkeit für die Beschlussfeststellung auch *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 119 ff.; jüngst OLG Köln, NZG 2022, 1446.

⁵⁰ *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 19–25.

⁵¹ I.E. ähnlich, aber mit anderen Erwägungen *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 19 f. Für grundsätzliche Formfreiheit auch *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 193.

⁵² I.d.S. wohl auch *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 20.

⁵³ Vgl. in Auseinandersetzung mit dem Ansatz von *Ernst* auch *Holle*, Der privatrechtliche Beschluss, 2024, 94. Mit ähnlicher Tendenz *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 76 ff., der grundsätzlich die Abgabe gegenüber einem „einheitlichen Empfänger“ bevorzugt, im Einzelfall aber auch die Abgabe gegenüber den anderen Organwaltern für möglich hält.

⁵⁴ Zutreffend *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 20. Aus diesem Grund kann für den Feststellungsvorbehalts auch nicht angeführt werden, dass andernfalls nachträgliche Stimmabgaben den Beschluss konstituieren könnten (vgl. zu diesem Argument *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 103).

Ob und mit welchem Inhalt eine Stimme abgegeben worden ist, ergibt sich aus den allgemeinen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB). Diesen Regeln gemäß kann die Stimmabgabe konkludent bzw. auch stillschweigend erfolgen – ein Erfordernis der Ausdrücklichkeit ist nicht anzuerkennen.⁵⁵ Ein solches Erfordernis sollte im Übrigen auch in anderem Kontext vermieden werden, weil es einerseits kaum überwindliche Abgrenzungsschwierigkeit bei der Bestimmung der Frage aufwirft, wann ein Erklärungsverhalten ausdrücklich ist (z.B. Handheben?), und andererseits kein Grund dafür ersichtlich ist, warum eindeutige, aber nicht ausdrückliche Erklärungen unberücksichtigt bleiben sollten.

Die Bewertung des Stimmverhaltens ist von den Rahmenbedingungen der Abstimmung abhängig. Der objektive Empfängerhorizont ist aus der Sicht eines vernünftigen Gremiumsmitglieds zu bestimmen, die wiederum von den Erklärungen des Versammlungsleiters – zum Abstimmungsantrag und zum Verfahren – beeinflusst wird, sofern diese nicht sachwidrig sind.

Die Funktion der Stimmabgabe konzentriert sich auf den Abstimmungsvorgang. Sobald die Stimme zugegangen ist, ist ein Widerruf ausgeschlossen.⁵⁶ Dies ergibt sich aus § 130 Abs. 1 S. 2 BGB sowie daraus, dass ein schutzwürdiges Interesse des Gremiumsmitglieds an einer weitergehenden Widerruflichkeit nicht erkennbar ist.

Hinsichtlich eines Stimmrechtsausschlusses gelten die für den jeweiligen Verband verbindlichen Regelungen (etwa § 34 BGB, § 47 Abs. 4 GmbHG, § 136 Abs. 1 AktG). In Ermangelung von Sonderregelungen greift jedenfalls § 181 BGB, dessen Grundgedanke von dem dogmatischen Kontext von Beschlüssen nicht berührt wird.⁵⁷

Grundsätzlich anwendbar sind auch die allgemeinen Kriterien der Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB). Hinsichtlich beschränkt Geschäftsfähiger gilt, dass die Stimmabgabe grundsätzlich nicht rechtlich lediglich vorteilhaft für das Gremiumsmitglied ist.⁵⁸ Dies gilt schon deswegen, weil durch den Beschluss die verbandsinterne Rechtslage gestaltet wird und der beschränkt Geschäftsfähige in seiner verbandsrechtlichen Funktion an die so gestaltete Rechtslage gebunden ist. Es ist kaum ein verbandsrechtlicher Beschluss denkbar, der nicht das Potenzial rechtlicher Nachteile für ein Gremiumsmitglied aufweist.

Eine Stimmrechtsvollmacht kann – vorbehaltlich verbandsrechtlicher Sonder Vorschriften – als Innen- oder Außenvollmacht erteilt werden. In jedem Fall

⁵⁵ Ebenso *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, S. 192 ff.; a.A. *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 20.

⁵⁶ Zutreffend *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 20 f.; *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 81; *Holle*, Der privatrechtliche Beschluss, 2024, 146 ff.; vgl. Noack/Servatius/Haas/Noack, 24. Aufl. 2025, GmbHG § 47 Rn. 8 m.w.N.; jüngst auch BGH, NZG 2025, 69.

⁵⁷ Vgl. MüKoBGB/Schubert, 10. Aufl. 2025, BGB § 181 Rn. 38; a.A. *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 21.

⁵⁸ I.E. ebenso *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 21 f.; *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 226 hält es zumindest für „[v]ertretbar“, den Verbrauch des Stimmrechts generell als Rechtsnachteil anzusehen. Ausführlich zur Stimmfähigkeit und Minderjährigkeit *Holle*, Der privatrechtliche Beschluss, 2024, 111 ff.

muss die Vollmacht aber in hinreichender Weise dem Versammlungsleiter oder dem Gremium gegenüber nachgewiesen werden (§ 174 BGB analog).⁵⁹ Eine vollmachtlose Stimmrechtsvertretung kann gleichwohl zugelassen werden – mit der Folge, dass die Stimmabgabe nachträglich genehmigt werden kann.⁶⁰ Die Mitwirkung des vollmachtlosen Vertreters an der Meinungsbildung kann als Verfahrensfehler gewürdigt werden, ohne dass die Möglichkeit nachträglicher Genehmigung der Stimmabgabe versagt werden müsste.⁶¹

Schließlich finden auch die allgemeinen Regeln der Willensmängel Anwendung auf die Stimmabgabe. Anfechtungsgegner ist während der noch laufenden Gremiumssitzung der Versammlungsleiter bzw. – sofern kein Versammlungsleiter eingesetzt ist – das Gremium als Personengruppe. Außerhalb der Gremiensitzung ist die Anfechtungserklärung gegenüber dem geschäftsführenden Verbandsorgan abzugeben.⁶²

X. Bestandskraft versus Geltung von § 134 BGB

Sofern ein Beschluss gefasst ist, hat dieser zunächst eine *De-facto*-Bindungswirkung für sich. Die betroffenen Akteure werden grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Beschluss die mit diesem bezweckte Modifikation der verbandsrechtlichen Rechtslage auch tatsächlich herbeigeführt hat – wie auch Vertragsparteien grundsätzlich von der Vertragswirksamkeit ausgehen werden. Aus rechtlicher Sicht gilt, dass denjenigen, der die rechtliche Gültigkeit eines verfahrensmäßig korrekt gefassten Beschlusses angreift, die Darlegungs- und Beweislast für seine Behauptung trifft,⁶³ wiederum in Entsprechung zur vertragsrechtlichen Rechtslage.⁶⁴

Über diese praktische und beweisrechtliche Bindungswirkung hinaus gilt § 134 BGB, d.h. steht die rechtliche Wirksamkeit von Beschlüssen unter dem Vorbehalt, dass diese rechtswirksam zustande gekommen sind und nicht gegen gesetzliche Verbote verstoßen.⁶⁵

Dass unter Umständen ein System der Bindung den im Kontext von Beschlüssen obwaltenden Rechtssicherheitsbedürfnissen gerecht werden könn-

⁵⁹ Anders in der Begründung, aber i.E. ähnlich *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 22. Vgl. auch *Holle*, Der privatrechtliche Beschluss, 2024, 120 ff.; *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 240; ausführlich BeckNotar-HdB/*Reetz*, 8. Aufl. 2024, § 27 Rn. 194 ff.

⁶⁰ A.A. *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 22; *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 241 ff. Die Genehmigungsmöglichkeit bejahend OLG München, RNotZ 2011, 53, 54 (bezogen auf die Einmann-GmbH).

⁶¹ Anders *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 22; *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 241 ff.

⁶² Zutreffend und näher *Ernst*, FS Leenen, 2012, 1, 23 f. Vgl. auch *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 217 f.: Abgabe der Anfechtungserklärung nach Schluss der Versammlung gegenüber dem allgemein Empfangsvertretungsberechtigten.

⁶³ Vgl. BGH, NJW 1995, 1353, 1356.

⁶⁴ Vgl. *Gsell*, AcP 203 (2003), 119.

⁶⁵ *Ernst*, AcP 223 (2023), 170, 183 f.

te, trifft (wiederum) zu. Indessen kann Gleiches auch für Verträge gelten. Ein System der Bestandskraft von rechtswidrigen Beschlüssen muss komplexen Einzelfragen genügen und eine Verfahrensstruktur etablieren, die nicht aus der Rechtsfigur des Beschlusses abgeleitet werden kann (vgl. etwa §§ 241 ff. AktG). Demgegenüber gibt es einen erheblichen Bestand an außerpositiven Regeln, die (feingesteuert) dem Umgang mit nichtigen Rechtsakten und dem dabei u.U. zu Tage tretenden Bedürfnis nach Vertrauensschutz Rechnung tragen.

Geht man davon aus, dass Beschlüssen keine gleichsam sachgesetzliche Bestandskraft eigen ist, bedürfen sie im Falle ihrer Rechtswidrigkeit – sei es, dass der Rechtsmangel dem Beschlussverfahren innewohnt, sei es, dass der Beschluss seinem Inhalt nach gegen ein rechtliches Verbot verstößt – keiner Aufhebung vermittels eines Gestaltungsurteils.⁶⁶ Ihre Unwirksamkeit kann Gegenstand eines Feststellungsantrags sein oder Vorfrage in einem auf ein über diese hinausgehendes Rechtsschutzziel gerichtetem Streitverfahren.

Sofern kein Feststellungsvorbehalt kraft besonderer Regulierung eingreift, kann die Gültigkeit bzw. der Inhalt eines Beschlusses nach Maßgabe der wirksam abgegebenen Stimmen vermittels eines Feststellungsantrags (positiv) festgestellt werden (§ 256 ZPO).⁶⁷ Wenn und weil der Beschluss als solcher allein durch die abgegebenen Stimmen konstituiert wird, wird dessen Gültigkeit und Inhalt allein durch den Abstimmungssachverhalt und dessen rechtlichen Kontext determiniert. Die daraus resultierende Rechtslage ist einem Feststellungsausspruch zugänglich.

Technisch anders liegt es, wenn positivrechtlich ein Feststellungsvorbehalt verankert ist (vgl. etwa §§ 130 Abs. 2 S. 1, 241 Nr. 2 AktG). In diesem Fall ist eine (positive) Feststellung der durch die Stimmabgaben konstituierten Rechtslage nicht hinreichend. Vielmehr bedarf es zusätzlich jedenfalls der zivilprozessualen Erzwingung des Feststellungsakts. Indessen hat *Wolfgang Ernst* zutreffend herausgearbeitet, dass der Verband auf den Feststellungsakt verklagt und die Vollstreckungswirkung analog § 894 ZPO in Anspruch genommen werden kann.⁶⁸ Dies gilt freilich nur insoweit, als der Beschluss aufgrund des Abstimmungssachverhalts vollständig rekonstruiert werden kann. Fehlen unverzichtbare Beschlüsselemente, bleibt nur, den Verband auf Beschlussfeststellung unter Vornahme der fehlenden Akte (z.B. Neuauszählung) zu verpflichten.⁶⁹

Wenn kein Feststellungsvorbehalt positivrechtlich verankert ist, führt auch eine rechtliche Fehlbeurteilung einzelner Stimmabgaben zur Rechtswidrigkeit und Unwirksamkeit des Beschlusses, sofern der Fehler für das Abstimmungsergebnis kausal war. Prozessual ist insoweit ein Feststellungsantrag hinreichend,

⁶⁶ Anders *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 32–34. Vgl. erneut zum Verein BGH, NJW 2008, 69, 72. Vgl. etwa MüKoBGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, BGB § 714 Rn. 80.

⁶⁷ BGH, NZG 2016, 552 Rn. 32. Vgl. etwa auch für die Abgrenzung zur positiven Beschlussfeststellungsklage BeckOK GmbHG/Leinekugel, Anhang Beschlussanfechtung Rn. 170 ff.

⁶⁸ *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 35 f. Im Hinblick auf die fehlende Beschlussfeststellung dagegen für eine Gestaltungsklage *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, 116 ff.

⁶⁹ *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 36.

einer Aufhebung bedarf es nur, wenn ein Feststellungsvorbehalt eingreift⁷⁰ und nach herrschender Auffassung im GmbH-Recht auch dann, wenn tatsächlich eine Feststellung erfolgt ist.⁷¹ Gleiches gilt, wenn eine Stimmabgabe nachträglich angefochten wird (§§ 142 f. BGB).⁷²

XI. Wesentliche Ergebnisse

1. (*Phänomen des Beschlusses*) In der Regel spricht man von einem „Beschluss“, wenn eine Personenmehrheit eine ihr als solche zugewiesene rechtliche Dispositionsbefugnis ausübt. Das spezifische Problem, auf dessen Lösung das Beschlusskriterium ausgerichtet werden sollte, ist mithin die Bewältigung des Phänomens der kollektiven Willensbildung bzw. der Mehrheitsentscheidung.

2. (*Grundsätzliche Einheitlichkeit der dogmatischen Ausgangslage*) Im Hinblick auf die Einheitlichkeit des Realphänomens der kollektiven Willensbildung sollten auch die rechtlichen Rahmenbedingungen von Beschlüssen im Grundsatz einheitlich gefasst werden. Dies gilt für verschiedene verbandsrechtliche Gremien (Mitgliederversammlung, Leitungsorgan, Aufsichtsorgan), für rechtlich verselbständigte und nicht-verselbständigte Organisationen sowie für andere Strukturen, im Rahmen derer kollektive Willensbildung relevant wird. Der Einheitlichkeitsgrundsatz ist positivrechtlichen Modifizierungen zugänglich.

3. (*Beschlusszurechnung*) Beschlüsse werden funktional dem jeweiligen Gremium zugerechnet. Im Fall der rechtlichen Verselbständigung der betreffenden Organisation werden sie im rechtlichen Sinne auch dem Rechtsträger zugerechnet. Eine weitergehende Bestimmung der „Urheberschaft“ von Beschlüssen ist rechtlich irrelevant.

4. (*Parallele zur Rechtsgeschäftslehre*) In Ermangelung einer positivrechtlichen Definition der Kriterien von Beschlüssen sind diese nach den Leitlinien allgemeiner privatrechtlicher Dogmatik zu bestimmen. Maßgeblich sind insbesondere die Vorgaben der Rechtsgeschäftslehre. Diese sind ihrerseits nur partiell positivrechtlich niedergelegt, so dass im Wesentlichen der Rekurs auf die Grundsätze allgemeiner Dogmatik und methodischer Rationalität maßgebend ist.

5. (*Beschluss als Rechtsgeschäft*) Wenn ein Beschlussantrag angenommen wird, ist der Beschluss Rechtsgeschäft, weil eine rechtlich verbindliche Regelung durch die Stimmabgaben und damit durch die Willensäußerungen der Beteiligten in Kraft gesetzt wird. Die getroffene Regelung besteht bei verbandsrechtlichen Beschlüssen darin, dass im Rahmen der Kompetenzen des jeweiligen Gremiums die verbandsinterne Rechtslage verbindlich festgelegt wird.

⁷⁰ Anders wohl *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 36 f.

⁷¹ So etwa BGH, NZG 2003, 284, 284 f. Insoweit kritisch, da in der GmbH das Abstimmungsergebnis nicht typischerweise unübersichtlich sei, MüKoBGB/*Leuschner*, 10. Aufl. 2025, BGB § 32 Rn. 49.

⁷² Konsequenterweise anders und näher *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1, 37–39. Beispiele bei *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, 437 f.

6. (*Negativbeschluss als Nicht-Rechtsgeschäft*) Ein Ablehnungsbeschluss hat keine Regelungswirkung und ist daher – wie ein nicht-geschlossener Vertrag – kein Rechtsgeschäft. Dass der Negativbeschluss kein Rechtsgeschäft im materiellrechtlichen Sinne ist, hindert nicht daran, ihn im verfahrensrechtlichen Sinne den Positivbeschlüssen gleichzustellen. Er kann also in ein reguliertes Anfechtungsverfahren einbezogen und Bestandskraftregeln unterworfen werden.

7. (*Feststellungsvorbehalt*) Die Wirksamkeit von Beschlüssen kann *positiv-rechtlich* (d.h. gesetzlich und ggf. auch durch wirksame Vereinbarung) von einem Feststellungsakt abhängig gemacht werden. Als (allgemeine oder verbandsrechtliche) Sachgesetzlichkeit (d.h. in Ermangelung einer positivrechtlichen Verankerung) kann ein solcher Feststellungsvorbehalt nicht anerkannt werden. Insbesondere folgt ein Feststellungsvorbehalt nicht aus einem beschlusspezifischen (und damit im Kontrast zum Vertragsrecht stehenden) Rechtssicherheitsbedürfnis. Die verallgemeinernd-zwingende Vorgabe eines außerpositiven Feststellungsvorbehalts und deren Bürokratisierungseffekt sind mit der real- und normtypischen Vielfalt von verbandsrechtlichen Beschlüssen unvereinbar.

8. (*Dogmatische Struktur von Beschlüssen*) Die dogmatische Struktur von Beschlüssen ist davon abhängig, ob ein Feststellungsvorbehalt positivrechtlich bzw. kraft Satzung oder Geschäftsordnung wirksam niedergelegt ist: Ist dies nicht der Fall, kommt der Beschluss durch Mehrheit der wirksam abgegebenen Stimmen nach Maßgabe der einschlägigen Mehrheitsanforderungen zustande. Sofern ein Feststellungsvorbehalt positivrechtlich bzw. (wirksam) kraft Gesellschaftsvertrags, Satzung oder Geschäftsordnung niedergelegt ist, wird dadurch der Feststellungsakt zum Tatbestandsmerkmal des Beschlusses.

9. (*Stimmabgabe als Willenserklärung*) Die anlässlich einer Beschlussfassung abgegebenen Stimmen sind Willenserklärungen. Das Recht der Willenserklärungen bedarf einer am Kontext des Beschlussakts ausgerichteten Feinjustierung, die freilich keine Probleme aufwirft, die das methodische Instrumentarium außergewöhnlich beanspruchen würden.

10. (*Bestandskraft versus Geltung von § 134 BGB*) Sofern ein Beschluss gefasst ist, hat dieser zunächst eine *De-facto*-Bindungswirkung für sich. Aus rechtlicher Sicht gilt, dass denjenigen, der die rechtliche Gültigkeit eines verfahrensmäßig korrekt gefassten Beschlusses angreift, die Darlegungs- und Beweislast für seine Behauptung trifft. Über diese praktische und beweisrechtliche Bindungswirkung hinaus gilt § 134 BGB, d.h. steht die rechtliche Wirksamkeit von Beschlüssen unter dem Vorbehalt, dass diese rechtswirksam zustande gekommen sind und nicht gegen gesetzliche Verbote verstoßen.

„Keep it simple!“ – (Fast) kein Bedarf für Regelungen zum Schadensersatz in §§ 327 ff. BGB

Beate Gsell und Matthias Fervers

I. Einführung

Der *Jubilar* hat (nicht nur) die Schuldrechtsdogmatik über Jahrzehnte hinweg mit analytischer Tiefe und Scharfsinn geprägt. Er hat früh¹ den Abschlussbericht der Schuldrechtskommission aus dem Jahre 1991 kritisch gewürdigt und erst recht die Schuldrechtsmodernisierung 2002 umfassend wissenschaftlich begleitet, wobei seine Kommentierung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts im Münchener Kommentar mit Fug und Recht als „Goldstandard“ bezeichnet werden darf.

Wir möchten dem *Jubilar* deshalb einen Beitrag widmen, der sich mit dem Verhältnis der noch recht neuen §§ 327 ff. BGB zu den allgemeinen §§ 280 ff. BGB befasst. Methodischer Kontext ist einmal mehr die Gemengelage im europäischen Mehrebenensystem aus autonomem nationalen Recht und neuen Vorschriften, die aus Anlass der Umsetzung europäischer Vorgaben geschaffen wurden.² Konkret wird zu zeigen sein, dass mit den §§ 280 ff. BGB auch bei Verbraucherverträgen über digitale Produkte weitestgehend auszukommen gewesen wäre, stattdessen aber ohne Not im Rahmen der §§ 327 ff. BGB unübersichtliche und Auslegungszweifel bergende Sonderregelungen zum Schadensersatz geschaffen wurden, die sich nur mühsam so anwenden lassen, dass Verwerfungen zu den allgemeinen Regelungen vermieden werden.

II. Die Regelung des Schadensersatzes in den §§ 327 ff. BGB

Die Umsetzung der Warenkauf-RL³ und erst recht der Digitale-Inhalte-RL⁴ waren für den Gesetzgeber ohne Zweifel eine äußerst anspruchsvolle Aufgabe und

¹ *Ernst*, NJW 1994, 2177; *ders.*, JZ 1994, 801.

² Dazu allgemein *Gsell*, AcP 214 (2014), 99, *passim*.

³ Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG.

⁴ Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.

insgesamt – das sei betont – sind die §§ 327 ff. BGB mit beeindruckender Präzision verfasst. Angesichts der Komplexität der Richtlinienregelungen und der notwendigen Harmonisierung mit dem nationalen Schuldrecht war es für den Gesetzgeber schlechterdings unmöglich, eine gänzlich „einwandfreie“ und jedermann zufriedenstellende Lösung vorzulegen und die §§ 327 ff. BGB genügen insgesamt gewiss auch sehr hohen Ansprüchen. Gerade wegen der ohnehin gegebenen Komplexität wäre es allerdings wichtig gewesen, dass sich der Gesetzgeber die Umsetzung nicht unnötig selbst verkompliziert und bedauerlicherweise ist genau das durch die Regelungen zum Schadensersatz in den §§ 327 ff. BGB geschehen.⁵

Die folgenden Ausführungen werden zeigen, dass für den Schadensersatz in den §§ 327 ff. BGB einzelne punktuelle Regelungen zur Vermeidung von Widersprüchen ausgereicht hätten (III.). Dass der Gesetzgeber sich dennoch für eine weitergehende Regelung entschieden hat, ist schon deshalb zu kritisieren, weil die §§ 327 ff. BGB eine klare Grundprämisse im Hinblick auf die Anwendbarkeit der §§ 280 ff. BGB vermissen lassen und deshalb schon grundsätzlich „auf tönernen Füßen“ stehen (IV.). Dies hat zur Folge, dass die Schadensersatzregelungen der §§ 327 ff. BGB vielfach Unklarheiten und – wohl unvermeidbar – auch Unstimmigkeiten enthalten (V.). Die Schadensersatzregelungen zu den §§ 327 ff. BGB sollten deshalb weitestgehend abgeschafft werden (VI.).

III. Einzelne punktuelle Regelungen zum Schadensersatz wären ausreichend gewesen

1. Harmonisierung von Vertragsbeendigung und Schadensersatz statt der Leistung erforderlich

Zunächst sei daran erinnert, dass der Gesetzgeber europarechtlich überhaupt nicht zu einer Anpassung des Schadensersatzrechts verpflichtet ist, da die Digitale-Inhalte-RL keine Vorgaben zum Schadensersatz enthält.⁶ Allerdings ist vereinzelt Regelungsbedarf anzuerkennen, nämlich dahin, Vertragsbeendigung und Schadensersatz statt der Leistung zu koordinieren:⁷ Während für den Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB grundsätzlich eine Nachfristsetzung erforderlich ist, die (nur) in den Fällen des § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich ist, weichen die Regelungen der Digitale-Inhalte-RL und damit konsequenterweise auch §§ 327c, 327m BGB hiervon teilweise ab: Gemäß Art. 13 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL und § 327c Abs. 1 BGB ist für eine

⁵ Auch *Martens*, Schuldrechtsdigitalisierung, 2022, Rn. 353 hält die Schadensersatzregelungen in den §§ 327 ff. BGB für „recht unübersichtlich“.

⁶ S. Art. 3 Abs. 10 und Erwägungsgrund 73 S. 4 der Digitale-Inhalte-RL; ebenso *Blanke-Roeser*, ZfPW 2023, 363 (369) Fn. 48; *Fervers*, NJW 2021, 3681 Rn. 30; *Spindler*, MMR 2021, 451 (453).

⁷ Den vorgenommenen Gleichlauf begrüßen auch *Staudinger/Steinrötter*, 2023, § 327c Rn. 47; ebenso für den Gesetzesentwurf *Rosenkranz*, ZUM 2021, 195 (205).

Vertragsbeendigung bei Nichtleistung nur erforderlich, dass der Unternehmer die Leistungen nach Aufforderung des Verbrauchers nicht unverzüglich⁸ bereitstellt⁹ und die Gründe für eine Entbehrlichkeit der Aufforderung in Art. 13 Abs. 2 Digitale-Inhalte-RL und § 327c Abs. 2 BGB sind mit denen in § 281 Abs. 2 BGB nicht völlig deckungsgleich. Ähnlich ist im Falle einer mangelhaften Leistung nach Art. 14 Abs. 4 lit. b), Abs. 3 Digitale-Inhalte-RL und §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327l Abs. 1 BGB nur der Ablauf einer angemessenen Frist nach der Information über den Mangel erforderlich und auch Art. 14 Abs. 4 lit. a) und c) bis e) Digitale-Inhalte-RL und § 327m Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 bis 6 sind mit § 281 Abs. 2 BGB nicht vollständig identisch. Es war deshalb aus Sicht des Gesetzgebers durchaus zweckmäßig, mit einer überschießenden Umsetzung der Richtlinienbestimmungen¹⁰ die Voraussetzungen von Vertragsbeendigung und Schadensersatz zu koordinieren und sicherzustellen, dass ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung nicht an der fehlenden Fristsetzung scheitert, sofern die Voraussetzungen der Vertragsbeendigung vorliegen: Wenn ein nach § 323 BGB zum Rücktritt berechtigter Gläubiger bei Hinzutreten von Vertretenmüssen Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB verlangen kann, dann sollte auch ein Verbraucher im Rahmen der §§ 327 ff. BGB zum Schadensersatz berechtigt sein, wenn die Voraussetzungen der Vertragsbeendigung vorliegen und der Unternehmer die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Eine einzige, etwa parallel zu § 475d Abs. 2 BGB knapp formulierte Norm hätte dafür genügt.

Zudem mag man es für richtig halten, klarzustellen, dass sich die Rechtsfolgen bei „Vertragsstornierung“ im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung, nicht aus den §§ 346 ff. BGB (s. § 281 Abs. 5 BGB), sondern aus §§ 327o, 327p ergeben.¹¹ Auch dies hätte sich mit einer einzigen knapp formulierten Norm bewerkstelligen lassen.

2. Kein Bedarf für weitergehende Regelungen

Nicht einleuchtend ist dagegen schon im Ausgangspunkt, warum darüberhinausgehende Regelungen zum Schadensersatz erforderlich sein sollten. Es sind keine Konstellationen ersichtlich, in denen sich die Schaffung von Sonderregeln zum Schadensersatz innerhalb der §§ 327 ff. BGB gegenüber einer Anwendung der allgemeinen Regeln als erforderlich oder gar vorteilhaft erweisen könnte. Auch die Gesetzesmaterialien lassen nicht erkennen, inwieweit von den §§ 280 ff. BGB abweichende Lösungen beabsichtigt wären und welcher Mehrwert in welchen Konstellationen durch die Regelungen zum Schadensersatz

⁸ Näher und kritisch zur subjektiven Aufladung durch das Unverzüglichkeitserfordernis *Ferovers*, NJW 2021, 3681 Rn. 12 ff.

⁹ Kritisch zur unterschiedlichen Behandlung von Nicht- und Schlechtleistung *Ferovers*, NJW 2021, 3681 Rn. 4 ff.

¹⁰ Eine überschießende Umsetzung einer Richtlinie außerhalb ihres Anwendungsbereichs ist bekanntlich zulässig, s. EuGH, Urt. v. 14.03.1991 – Rs. C-361/89 (Di Pinto) – Rn. 22; *Gsell/Schellbase*, JZ 2009, 20 (22); *Kuhn*, EuR 2015, 216 (219 f.).

¹¹ Schadensrechtlich können die Rücktrittsfolgen gleichwohl „überspielt“ werden, s. ausführlich *Gsell*, JZ 2004, 643 ff., 645 ff. und noch unten V.2.

erreicht werden soll. Vielmehr sind die §§ 327 ff. BGB im Hinblick auf den Schadensersatz anscheinend gezielt so gefasst, dass sich (jenseits der vorstehend erläuterten Koordination mit der Vertragsbeendigung) gerade keine Abweichungen gegenüber der Geltung der §§ 280 ff. BGB ergeben: Teilweise kommen die §§ 280 ff. BGB direkt zur Anwendung (etwa § 283 BGB und § 311a BGB über § 327c Abs. 2 S. 3 BGB), teilweise über Verweise (etwa § 281 Abs. 1 S. 1 BGB über § 327c Abs. 2 S. 1 BGB oder § 280 BGB über § 327i Nr. 3 BGB) und teilweise wird mit abweichender Konstruktion das Gleiche erreicht: So macht es im Ergebnis keinen Unterschied, ob man – wie in § 281 Abs. 1 S. 1 BGB – anordnet, dass der Schadenersatzanspruch grundsätzlich den erfolglosen Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung voraussetzt und dann im Anschluss in § 281 Abs. 2 BGB die Gründe für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung normiert oder man – wie in §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3, 327l Abs. 1 S. 2 BGB – den erfolglosen Ablauf der Nachfrist nur als einen von mehreren zum Schadensersatz berechtigenden Gründen festlegt.

IV. Keine klare Grundprämisse: Gelten die §§ 280 ff. BGB ohnehin oder sind sie verdrängt?

1. Aussage über die Geltung der §§ 280 ff. BGB zwingend erforderlich

Der an sich schon wenig befriedigende Befund, dass der Gesetzgeber zwar durchaus umfangreiche Regelungen zum Schadensersatz in die §§ 327 ff. BGB eingefügt, aber leider nicht hat erkennen lassen, inwieweit er überhaupt Regelungsbedarf sieht und abweichende Ergebnisse erreichen will, wird durch ein grundlegendes gesetzestechnisches Problem der §§ 327 ff. BGB verschärft: Wenn man – wie der Gesetzgeber – Regelungen zum Schadensersatz in die §§ 327 ff. BGB aufnimmt, so gebietet dies eine Klärung der Frage, wie sie sich zur allgemeinen Geltung der §§ 280 ff. BGB verhalten: Sollen die §§ 280 ff. BGB nach wie vor – gleichsam als Grundordnung – allgemein gelten und nur punktuell durch einzelne Regelungen in den §§ 327 ff. BGB begrenzt und/oder modifiziert werden? Oder soll die allgemeine Geltung der §§ 280 ff. BGB durch einen grundsätzlich verdrängenden Vorrang der §§ 327 ff. BGB ausgeschlossen sein, so dass nur insoweit darauf zurückgegriffen werden darf, als in den §§ 327 ff. BGB konkret angeordnet? Wenn die §§ 280 ff. BGB ohnehin als allgemeine Regeln gelten, so können sie auch dann angewendet werden, wenn ein ausdrücklicher Anwendungsbefehl in den §§ 327 ff. BGB fehlt (oder vergessen wurde). Sollten die §§ 327 ff. BGB allerdings als verdrängende Spezialregelungen konzipiert sein, wäre eine ergänzende Anwendung der §§ 280 ff. BGB nicht ohne Weiteres möglich.

2. §§ 327 ff. BGB enthalten keine eindeutige Aussage

Tatsächlich ist den §§ 327 ff. BGB allerdings eine Aussage zur Konkurrenz mit den §§ 280 ff. BGB jedenfalls nicht zuverlässig und grundsätzlich zu entnehmen. Vielmehr bleibt unklar, inwieweit die §§ 280 ff. BGB gelten, soweit die §§ 327 ff. BGB zu einer Schadensersatzrechtlichen Frage schweigen.

a) Überwiegend wohl verdrängende Spezialregelung beabsichtigt

Überwiegend erweckt die Formulierung der §§ 327 ff. BGB den Eindruck, dass die Vorschriften als prinzipiell verdrängende Spezialregelungen konzipiert sind und deshalb die §§ 280 ff. BGB nicht ohnehin, sondern nur bei gesondertem, in den §§ 327 ff. BGB enthaltenem Anwendungsbefehl gelten sollen.¹² Anders wäre beispielsweise schwer zu erklären, warum § 327c Abs. 2 S. 1 BGB ausdrücklich auf § 280 BGB und § 281 Abs. 1 S. 1 BGB verweist – würden diese Vorschriften schon allgemein gelten, müssten sie nicht gesondert zur Anwendung berufen werden. Und in Bezug auf § 327m Abs. 3 S. 1 BGB offenbaren die Gesetzgebungsmaterialien sogar explizit, dass es sich um eine Spezialregelung für den Schadensersatz handeln soll.¹³

b) Spezieller Charakter der §§ 327 ff. BGB gleichwohl nicht eindeutig

In die gegenteilige Richtung deutet dagegen etwa § 327c Abs. 3 S. 2 BGB. Wenn dort angeordnet wird, dass in den Fällen des § 327c Abs. 3 S. 1 „die Mahnung gemäß § 286 stets entbehrlich“ sein soll, dann impliziert dies, dass § 286 BGB anwendbar sein muss. Und die Geltung des § 286 BGB ist in § 327c Abs. 2 S. 1 BGB selbst gerade nicht angeordnet (dort wird nur auf § 280 BGB und § 281 Abs. 1 S. 1 BGB und eben nicht auf § 286 BGB verwiesen), sodass sich die Anwendbarkeit des § 286 BGB an sich nur aus der allgemeinen Anwendbarkeit der §§ 280 ff. BGB ergeben kann.¹⁴ Zwar lässt sich den Gesetzesmaterialien entnehmen, dass der Gesetzgeber mit der Nennung des § 280 BGB auch § 286 BGB

¹² Für eine Verdrängung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts durch § 327c BGB *Riehm/Abold*, CR 2021, 530 Rn. 9.

¹³ BT-Drucks. 19/31116, 11: „Ein Rückgriff auf die §§ 281, 283 und 311a BGB als Anspruchsgrundlage ist [...] wegen der Spezialität des § 327m Absatz 3 Satz 1 BGB [...] ausgeschlossen.“

¹⁴ In diese Richtung möglicherweise auch *Rieländer*, GPR 2021, 257 (264), der §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB isoliert nennt; tendenziell auch für eine Anwendung der §§ 280 ff. BGB als allgemeine Regelungen *Martens*, Schuldrechtsdigitalisierung, 2022, Rn. 352 („Anders als im Hinblick auf die Gestaltungsrechte zur Vertragsbeendigung und zur Minderung enthalten die §§ 327 ff. BGB keine eigenständigen Regelungen zum Schadensersatz. Vielmehr greift der Gesetzgeber hier grundsätzlich auf die allgemeinen Bestimmungen der §§ 280 ff. BGB zurück und nimmt nur einige Modifikationen vor, um Wertungswidersprüche zu vermeiden“); ähnlich *Staudinger/Steinrötter*, 2023, § 327c Rn. 48; *Jung/Rolsing*, ZfDR 2024, 27 (56); *Artz*, in: *Staudinger/Artz* (Hrsg.), Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, 2022, Rn. 467.

angewendet wissen wollte, weil § 280 Abs. 2 BGB auch auf § 286 verweist.¹⁵ Diese Regelungstechnik wird jedoch nicht durchgehalten, was das Verständnis der neuen Normen erschwert: In § 280 Abs. 3 BGB wird nämlich auch auf § 281 BGB verwiesen, gleichwohl wird aber § 281 Abs. 1 S. 1 BGB in § 327c Abs. 2 S. 1 BGB – im Gegensatz zu § 286 BGB – explizit genannt. Zumindest die Gesetzesfassung erweckt deshalb durchaus den Eindruck, dass von der allgemeinen Geltung des § 286 BGB ausgegangen wird.

Dass der Gesetzgeber sich über die allgemeine Konkurrenz zu den §§ 280 ff. BGB nicht vollständig im Klaren war, zeigt sich zudem und erst recht daran, dass die §§ 327 ff. BGB immer nur punktuelle Verweise enthalten, aber keine Aussage zu den übrigen Vorschriften der §§ 280 ff. BGB treffen. So ist kaum denkbar, dass der Gesetzgeber Vorschriften wie § 287 BGB, § 288 BGB und § 285 BGB im Geltungsbereich der §§ 327 ff. BGB als verdrängt ansehen wollte. Auch sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Anspruch auf das positive Interesse in den (gewiss seltenen) Fällen des nirgendwo in den §§ 327 ff. BGB erwähnten § 282 BGB versagt werden sollte. Wenn aber die §§ 327 ff. BGB keine diesbezüglichen Geltungsbefehle enthalten, so lässt sich deren Anwendung nur mit der allgemeinen Geltung der §§ 280 ff. BGB begründen.

c) Fehlende Klarstellung in den Gesetzesmaterialien

Auch die Gesetzesmaterialien bleiben hinsichtlich der Grundprämisse letztlich unklar. So heißt es etwa bei der Begründung zu § 327c Abs. 2 BGB: „Die Regelung verweist im Wesentlichen auf die allgemeinen Regelungen in den §§ 280 ff. BGB und modifiziert diese, wo nötig.“¹⁶ Zwar werden die §§ 280 ff. BGB hier als „allgemeine Regeln“ bezeichnet, die nur bei Notwendigkeit modifiziert werden müssen; andererseits scheint man doch davon auszugehen, dass erst der Verweis den §§ 280 ff. BGB überhaupt Geltung verschafft. Auch die vom Gesetzgeber verwendete Bezeichnung von § 327c Abs. 2 BGB als „Rechtsgrundverweisung“¹⁷ lässt grundsätzlich beide Deutungen zu. Es ist deshalb auch nicht

¹⁵ BT-Drucks. 19/27653, 51 („Neben dem Verweis auf § 280 BGB – einschließlich § 280 Absatz 2 BGB mit Blick auf den Verzögerungsschaden – wird auch auf § 281 Absatz 1 Satz 1 BGB verwiesen [...]“); für die Anwendbarkeit des § 286 BGB deshalb auch *Faust*, in: FS für Barbara Dauner-Lieb, 2025, 531 (536); *Heiderhoff/Rüsing*, JURA 2022, 1243 (1252); *Riehm/Abold*, CR 2021, 530 Rn. 16.

¹⁶ BT-Drucks. 19/27653, 50.

¹⁷ BT-Drucks. 19/27653, 51; im Anschluss BeckOGK/*Fries*, 1.2.2025, BGB § 327c Rn. 22; *Fervers*, NJW 2021, 3681 Rn. 31; *Heiderhoff/Rüsing*, JURA 2022, 1243 (1253); *Kramme*, RDJ 2021, 20 Rn. 18; *Lorenz*, JuS 2025, 396 (399); *MüKoBGB/Metzger*, 9. Aufl. 2022, BGB § 327c Rn. 18; *Spindler*, MMR 2021, 451 (454).

verwunderlich, dass man sich in der Literatur selten klar auf eine Marschroute festlegt.¹⁸

V. Unklarheiten und Unstimmigkeiten

Trifft man keine klare Grundaussage über die Geltung der §§ 280 ff. BGB, sondern erweckt man sogar überwiegend den Eindruck, dass die §§ 280 ff. BGB gerade nicht allgemein gelten sollen, so entstehen naturgemäß Unklarheiten und Unstimmigkeiten. Dabei sei nochmals betont, dass hier kein Generalvorwurf „unsorgfältiger Arbeit“ erhoben werden soll; im Gegenteil kann die Präzision des Gesetzgebers auch bei den Regelungen zum Schadensersatz unterm Strich nur beeindrucken. Die folgenden – exemplarischen – Konstellationen sollen gleichwohl zeigen, dass es kaum möglich ist, alle Konstellationen und Konkurrenzfragen zuverlässig zu bedenken und zu antizipieren, und dass dies erst recht nicht vollständig gelingen kann, wenn es an einer Vergewisserung über die prinzipielle Anwendbarkeit von §§ 280 ff. BGB fehlt.

1. Der fehlende Verweis auf § 284 BGB und § 285 BGB

Kritikwürdig ist zunächst die Regelung in § 327c Abs. 2 S. 3 BGB, wonach Ansprüche des Verbrauchers nach § 283 BGB und § 311a BGB unberührt bleiben sollen. Geht man davon aus, dass die §§ 280 ff. BGB als allgemeine Regeln ohnehin gelten, so wäre dieser Verweis überflüssig. Nimmt man dagegen (wohl mit dem Gesetzgeber) an, dass die § 283 BGB und § 311a BGB nur aufgrund der Anordnung in § 327c Abs. 2 S. 3 BGB gelten, so bleibt die Frage, warum nur auf §§ 283, 311a BGB, nicht aber auf § 284 BGB und § 285 BGB verwiesen wird. Zwar mag man prima facie geneigt sein, § 284 BGB noch als von der Verweisung in § 327c Abs. 2 S. 3 BGB umfasst anzusehen, weil § 284 BGB nach seinem Wortlaut „anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung“ anwendbar sein soll. Zweifelsfrei ist das aber schon deshalb nicht, weil der Gesetzgeber in § 327c Abs. 2 S. 1 BGB explizit nicht nur auf § 281 Abs. 1 S. 1 BGB, sondern gerade auch gesondert auf § 284 BGB verwiesen hat, sodass die fehlende Verweisung in § 327c Abs. 2 S. 3 BGB systematisch eher dafür spricht, dass § 284 BGB im

¹⁸ Keine eindeutige Stellungnahme bspw. bei Artz, ZJS 2022, 278 (282) („nach Maßgabe von § 327c Abs. 2 BGB und wenn die Voraussetzungen der allgemeinen Vorschriften der §§ 280 ff. BGB vorliegen“); BeckOGK/Fries, 1.2.2025, BGB § 327c Rn. 22 und BeckOGK/Fries, 1.2.2025, BGB § 327m Rn. 15; Bittner, VuR 2022, 9 (13); Ehrlicher, JuS 2022, 482 (486); Heydn, CR 2021, 709 Rn. 22 f.; Jaensch, jM 2022, 96 (101); Kramme, RDt 2021, 20 Rn. 18; Kurth, JA 2022, 265 (269); Lorenz, JuS 2025, 396 (399); MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB § 327c Rn. 18 und MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB § 327i Rn. 6 ff. (s. zudem Fn. 31); Paal/Wais, DStR 2022, 1164 (1167); Pech, GRUR-Prax 2021, 509 (510 f.); ders. GRUR-Prax 2021, 547 (548); Spindler, MMR 2021, 451 (453 f.); Wendehorst, NJW 2021, 2913 Rn. 36; keine klare Festlegung auch bei Gansmeier/Kochendörfer, ZfPW 2022, 1 (23), die einerseits äußern, die §§ 280 ff. BGB fänden „durch – teilweise minimal modifizierende – Verweisung Anwendung“, die aber zugleich betonen, die §§ 276–278 BGB blieben „mangels eigenständiger Vorgaben in §§ 327 ff. BGB uneingeschränkt anwendbar“.

Fall der Unmöglichkeit keine Anwendung finden soll. Ein Verweis auf § 285 BGB lässt sich – geht man vom grundsätzlichen Vorrang der §§ 327 ff. BGB aus – auch bei großzügigem Verständnis von § 327c Abs. 2 S. 3 BGB wohl kaum begründen. In der Sache bliebe freilich in beiden Fällen unerfindlich, warum die Anwendung von § 284 BGB und § 285 BGB im Allgemeinen Schuldrecht und bei mangelhafter Leistung (s. §§ 327i Nr. 3, 284 BGB) sachgerecht sein soll und bei Nichtleistung nicht.

2. Unklarheit durch fehlenden Verweis auf § 281 Abs. 1 S. 2 BGB

Zu Unklarheiten führt auch der fehlende Verweis auf § 281 Abs. 1 S. 2 BGB in § 327c BGB. Verdeutlichen mag dies das folgende

Beispiel: Verbraucher K erwirbt bei Unternehmerin V ein digitales Paket zur Ernährungsoptimierung, das aus monatlich von V bereitzustellenden Rezepten, Übungen und Tipps besteht. Nachdem V die Leistungen vier Monate ordnungsgemäß bereitgestellt hat, reagiert sie plötzlich nicht mehr. Als auch eine nachdrückliche Leistungsaufforderung des K erfolglos bleibt, will K „großen“ Schadensersatz geltend machen und verlangt Ersatz für seine gesamten Zahlungen.

Zwar ist nach herrschender und auch zutreffender Auffassung eine unvollständige Leistung als Produktmangel einzuordnen.¹⁹ Dies kann allerdings nur Konstellationen betreffen, in denen der Unternehmer von vornherein nicht die abgesprochene Menge leistet; ist dagegen wie im Beispiel eine fortlaufende Bereitstellung vereinbart und stellt der Unternehmer zu einem späteren Zeitpunkt die Leistung ein, so liegt – was auch § 327b Abs. 5 BGB erkennen lässt – eine Nichtleistung vor, sodass sich das Beendigungsrecht nach § 327c BGB richtet.²⁰ Fraglich ist nun allerdings, ob für K hinsichtlich des Schadensersatzes die Einschränkung aus § 281 Abs. 1 S. 2 BGB gilt oder ob K selbst dann Schadensersatz statt der gesamten Leistung verlangen kann, wenn er an den bislang erbrachten Teilleistungen durchaus ein Interesse hat. Aus der Formulierung der §§ 327 ff. BGB ergibt sich die Geltung von § 281 Abs. 1 S. 2 BGB nicht: In § 327c Abs. 2 S. 1 BGB wird nur auf § 281 Abs. 1 S. 1 BGB, nicht aber auf § 281 Abs. 1 S. 2 BGB verwiesen und auch § 327o BGB lässt sich keine entsprechende Einschränkung entnehmen. § 281 Abs. 1 S. 2 BGB könnte deshalb an sich nur Anwendung finden, wenn man davon ausgeht, dass die §§ 280 ff. BGB auch ohne speziellen Anwendungsbefehl gelten.²¹

Dass die Nichtanwendung von § 281 Abs. 1 S. 2 BGB sachwidrig wäre, ergibt sich schon daraus, dass die Vorschrift Anwendung fände, wenn die weitere

¹⁹ MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, § 327c Rn. 3; Staudinger/Steinrötter, 2023, § 327c Rn. 15; zu Art. 13 Digitale Inhalte-RL bereits Schulze/Staudenmayer/Fervers, 2. Aufl. 2025, Digital Content Directive Art. 13 Rn. 15.

²⁰ Ebenfalls für eine Nichtleistung bei zeitlich nicht ausreichender Bereitstellung Staudinger/Steinrötter, 2023, § 327c Rn. 15; anders dagegen wiederum bei Bereitstellungsunterbrechungen, s. BT-Drucks. 19/31116, 9; Kesisoglul/Lang, NJW 2023, 1009 Rn. 10 f.

²¹ Vgl. aber BT-Drucks. 19/27653, 51: „Die Möglichkeit des Verbrauchers, in den von § 327c Absatz 2 BGB-E erfassten Fällen Schadensersatz statt der ganzen Leistung zu verlangen, wird an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft.“

Bereitstellung für die Unternehmerin unmöglich ist (etwa weil sie die erforderliche Lizenz für die Verbreitung des Pakets verloren hat). Dann fände aufgrund der in § 327c Abs. 2 S. 3 BGB enthaltenen Verweisung § 283 BGB Anwendung und § 283 S. 2 BGB verweist wiederum ausdrücklich auf § 281 Abs. 1 S. 2 BGB. Ein Sachgrund, warum der Verbraucher im Fall der Unmöglichkeit schlechter stehen sollte, ist nicht ersichtlich.

Das Problem lässt sich auch nicht über § 327o BGB „glattziehen“: Zwar mag man aus dem Verweis in § 327c Abs. 4 BGB auf § 327o BGB folgern wollen, dass K nach § 327o Abs. 3 BGB selbst bei einer Beendigung des gesamten Vertrages keine Erstattung für bereits einwandfrei erbrachte Teilleistungen verlangen kann und dies auch auf den Schadensersatz „durchschlagen“ müsse.²² Zum einen setzt § 327o Abs. 3 BGB aber eine dauerhafte Bereitstellung voraus, versagt also bei einer Reihe von Leistungen, wenn man § 327c Abs. 4 BGB als Rechtsgrundverweisung versteht. Zum anderen ist diese Lösung dann zu streng, wenn K tatsächlich kein Interesse an den erbrachten Teilleistungen hat, und sie ist europarechtlich eben für den Schadensersatz gerade nicht gefordert.²³

3. Die unergiebigste Verweisungstechnik in § 327c Abs. 2 S. 1 BGB

Bereits zuvor wurde dargelegt, dass die Verweisungstechnik in § 327c Abs. 2 S. 1 BGB schwerlich überzeugen kann.²⁴ Wenn § 286 BGB zur Anwendung kommen soll, ist es nicht sinnvoll, lediglich auf „§§ 280 und 281 Abs. 1 S. 1“ zu verweisen.²⁵ Noch weitergehend stellt sich allerdings die Frage, welchen Anwendungsbereich der Verweis auf § 280 Abs. 1 BGB überhaupt haben soll.²⁶ Wenn eine Nichtleistung vorliegt und die Leistung noch möglich ist, handelt es sich doch immer um eine Leistungsverzögerung, sodass der Schaden stets nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen von § 286 BGB (Mahnung bzw. deren Entbehrlichkeit) ersatzfähig sein kann. Es ist deshalb nicht richtig, wenn durch das Gesetz suggeriert wird, es könne auch über §§ 327c Abs. 2 S. 1, 280 Abs. 1 BGB einfacher Schadensersatz (ohne Mahnung) verlangt werden. In der Literatur werden für §§ 327c Abs. 2 S. 1, 280 Abs. 1 BGB ebenfalls keine überzeugenden Anwendungsfälle genannt.²⁷

²² Dazu, dass die Rücktrittsfolgen richtigerweise grundsätzlich durch das Schadensersatzrecht insoweit „überspielt“ werden dürfen, als es um Kompensation in Geld geht, *Gsell*, JZ 2004, 643 ff.

²³ Für die Vertragsbeendigung allerdings sehr wohl, s. Art. 16 Abs. 1 Unterabs. 2 Digitale-Inhalte-RL.

²⁴ Insgesamt andere Bewertung bei *Rieländer*, GPR 2021, 257 (265) („Beispiel für eine regelungstechnisch gelungene Verzahnung des europäisch determinierten Digitalvertragsrechts mit dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht des BGB“).

²⁵ S. o. unter IV. 2. b).

²⁶ Im Ausgangspunkt zutreffend *MüKoBGB/Metzger*, 9. Aufl. 2022, BGB § 327c Rn. 30 („kaum Fallgestaltungen denkbar“) und im Anschluss auch *Staudinger/Steinrötter*, 2023, § 327c Rn. 63 („dies dürften seltene Fälle sein“), wobei das von *Metzger* für §§ 327c Abs. 2 S. 1, 280 Abs. 1 BGB entwickelte Beispiel (der Verbraucher wird wegen der Nichtbereitstellung der Sicherheitssoftware Opfer eines Computerbetrugs) tatsächlich auch unter § 286 BGB fällt.

²⁷ S. die Nachw. in der vorigen Fn.

4. Anwendbarkeit des § 311a BGB im Rahmen von §§ 327m Abs. 3, 280 Abs. 1 BGB

Ebenfalls nicht zweifelsfrei geregelt ist der Fall der anfänglichen qualitativen Unmöglichkeit. Hat der Unternehmer ein digitales Produkt bereitgestellt, das schon bei Vertragsschluss an einem anfänglichen unbehebbarsten Mangel litt, so kommt als Anspruchsgrundlage nur §§ 327m Abs. 3, Abs. 1 Nr. 1, 327l Abs. 2 S. 1 Alt. 1, 280 Abs. 1 BGB in Frage. Denn § 327m Abs. 1 Nr. 1, 327l Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB differenzieren nicht zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit²⁸ und nach dem Willen des Gesetzgebers soll der Schadensersatz statt der Leistung abschließend in § 327m BGB geregelt sein.²⁹ Dass die Anwendung von § 311a Abs. 2 BGB somit ausgeschlossen ist, wirft aber die Frage nach dem Umgang mit der anfänglichen Unmöglichkeit auf.³⁰ Im allgemeinen Schuldrecht hat der Gesetzgeber nämlich mit § 311a Abs. 2 BGB eine Sondervorschrift geschaffen, weil er meinte, ein auf das positive Interesse gerichteter Schadensersatzanspruch sei nur auf diese Weise und nicht über §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB konstruierbar und weil er eine besondere Ausgestaltung des Vertretenmüssens als Kenntnisverschulden für erforderlich hielt.³¹

Zwar beruht die vom Gesetzgeber hierfür vorgetragene Begründung, aufgrund des Ausschlusses der Leistungspflicht nach § 275 BGB fehle es bei anfänglicher Unmöglichkeit an einer Pflichtverletzung, unseres Erachtens auf einer grundlegenden Fehlvorstellung: Bestimmt man die Pflichtverletzung richtigerweise aus Gläubigersicht, so bleibt der Schuldner im Falle der Nichtleistung hinter dem geschuldeten Pflichtenprogramm zurück und verletzt schon deshalb seine Leistungspflicht; die Frage, ob die Leistung möglich, oder anfänglich oder nachträglich unmöglich ist, ist für die Frage der Pflichtverletzung ohne Belang.³² Und auch die Anknüpfung des Vertretenmüssens an ein Kenntnisverschulden ist richtigerweise nicht nur bei anfänglicher Unmöglichkeit geboten, sondern auch bei nachträglichen Hindernissen, die der Schuldner bei Vertragsschluss aber bereits als Risiko erkennen musste.³³ Die Sondervorschrift des § 311a Abs. 2 BGB wäre deshalb aus unserer Sicht überhaupt nicht erforderlich gewesen³⁴ und es wäre nach unserem Dafürhalten auch im Rahmen von §§ 327m Abs. 3, 280 Abs. 1 BGB ohne weiteres möglich, das Vertretenmüssen bei anfänglicher qualitativer Unmöglichkeit – schlicht im Rahmen des § 276 BGB ohne die Anwen-

²⁸ MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB § 327l Rn. 10; zu Art. 14 Abs. 4 lit. a) Digitale-Inhalte-RL bereits Schulze/Staudenmayer/Gsell, 2. Aufl. 2025, Digital Content Directive Art. 14 Rn. 32.

²⁹ BT-Drucks. 19/31116, 11 („Ein Rückgriff auf die §§ 281, 283 und 311a BGB als Anspruchsgrundlage ist diesbezüglich somit wegen der Spezialität des § 327m Absatz 3 Satz 1 BGB in der Fassung dieses Änderungsvorschlags ausgeschlossen“).

³⁰ Zutreffend Faust, in: FS für Barbara Dauner-Lieb, 2025, 531 (542 f.); die fehlende Erwähnung von § 311a Abs. 2 BGB kritisiert auch bereits Rieländer, GPR 2022, 28 (36 ff.).

³¹ BT-Drucks. 14/6040, 165 f.

³² Ausführlich Soergel/Gsell, 13. Aufl. 2014, § 311a Rn. 6.

³³ Ausführlich Soergel/Gsell, 13. Aufl. 2014, § 311a Rn. 11 f.

³⁴ Ausführlich Soergel/Gsell, 13. Aufl. 2014, § 311a Rn. 6 ff.

dung einer Sondervorschrift – dergestalt zu bestimmen, dass der Unternehmer die Unmöglichkeit mindestens fahrlässig verkannt hat.

Wenn der Gesetzgeber aber grundsätzlich auf dem Standpunkt steht, dass bei anfänglicher Unmöglichkeit ohne § 311a Abs. 2 BGB kein Anspruch auf das positive Interesse entstehen kann und das Leistungsdefizit nicht nach § 276 BGB zu vertreten ist, dann bleibt unklar, warum § 327m Abs. 3 S. 1 BGB nicht auf § 311a Abs. 2 BGB verweist. Will der Gesetzgeber damit zum Ausdruck bringen, dass im Rahmen der §§ 327 ff. BGB im Falle eines anfänglich unbeheblichen Mangels ein auf das positive Interesse gerichteter Anspruch ausgeschlossen sein soll? Eine solche Anordnung wäre schon deshalb schwer verständlich, da im Falle der Nichtleistung in § 327c Abs. 2 S. 3 BGB ausdrücklich auf § 311a Abs. 2 BGB verwiesen wird und kein Sachgrund ersichtlich ist, warum der Verbraucher in einen Fall das positive Interesse verlangen können soll und im anderen Fall nicht.³⁵ Übrig bleibt deshalb wohl nur die Erklärung, dass der Gesetzgeber übersehen hat, dass nach seiner eigenen Auffassung im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung eine Sondervorschrift (§ 311a Abs. 2 BGB) erforderlich ist, um einen Anspruch auf das positive Interesse zu begründen.³⁶

Hätte der Gesetzgeber davon abgesehen, mit § 327m Abs. 3, 280 Abs. 1 BGB ein eigenes Anspruchssystem im Anspruchssystem zu schaffen, hätte man sich diese Unklarheiten ersparen können. Es hat keinerlei Vorteile, eine der wesentlichen Errungenschaften des neuen Schuldrechts – die Verzahnung mit dem allgemeinen Schuldrecht in Vorschriften wie § 437 Nr. 3 BGB – aufzugeben und ein separates Regelungsregime zu schaffen. Es wäre vollkommen ausreichend und erheblich weniger fehleranfällig gewesen, über einen schlichten Verweis in § 327i Nr. 3 BGB die Anwendbarkeit des § 311a Abs. 2 BGB auch für die mangelhafte Leistung klarzustellen und sich in der Folge – ebenso wie im Kaufrecht – auf die Anwendbarkeit des allgemeinen Schuldrechts zu verlassen.

5. Unklarer Verweis in §§ 327i Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB

Ebenfalls nicht eindeutig ist der Verweis auf § 280 Abs. 1 BGB und den Schadensersatz neben der Leistung in § 327i Nr. 3 BGB. Aus diesem Verweis ergibt sich nämlich nicht mit letzter Deutlichkeit, was gelten soll, wenn dem Verbraucher ein Schaden aus der Verzögerung der Nacherfüllung entsteht. Leidet beispielsweise die gelieferte Software an einem vom Unternehmer nicht zu vertretenden Mangel und muss der Verbraucher nach Ablauf von drei Tagen eine Ersatzsoftware mieten, weil der Unternehmer die Nacherfüllung schuldhaft verzögert, so kommt als Anspruchsgrundlage für den Ersatz der Mietkosten sowohl §§ 327i Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB als auch §§ 327i Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB in Betracht. Im allgemeinen Kaufrecht entspricht es der wohl h.M., dass Schäden we-

³⁵ S. Rieländer, GPR 2022, 28 (37).

³⁶ Ebenso Faust, in: FS für Barbara Dauner-Lieb, 2025, 531 (543), der deshalb – weil er anders als nach hier vertretener Auffassung mit dem Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Sondervorschrift des § 311a Abs. 2 BGB grundsätzlich erforderlich ist – § 311a Abs. 2 BGB trotz der entgegenstehenden Aussage im Ausschuss anwenden will.

gen Verzögerung der Nacherfüllung nur unter den Voraussetzungen von §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB ersatzfähig sind.³⁷ Im Rahmen von §§ 327i Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB scheint man (zumeist ohne Berücksichtigung eines möglichen abweichenden Ansatzes) durchweg davon auszugehen, dass § 286 BGB hier ebenfalls Anwendung finden muss;³⁸ es wird deshalb einhellig geäußert, die fehlende Erwähnung von § 286 BGB in § 327i Nr. 3 BGB sei nicht sachgerecht und § 286 BGB müsse dennoch angewendet werden.³⁹

Unseres Erachtens ist zwar der schlichte Verweis auf § 280 Abs. 1 BGB in § 327i Nr. 3 BGB vollkommen korrekt. Es kann schon im allgemeinen Kaufrecht nicht überzeugen, Schäden wegen Verzögerung der Nacherfüllung von einer nach § 286 BGB erforderlichen Mahnung abhängig zu machen.⁴⁰ Denn zum einen verweist § 437 Nr. 3 BGB nicht auf § 286 BGB und zum anderen passt das Mahnungserfordernis nur bei der Nicht-, nicht aber bei der Schlechtleistung, weil der Gläubiger eine Schlechtleistung nicht gleichermaßen zuverlässig erkennen kann;⁴¹ nicht erklärlich ist insbesondere, wieso die h.M. den mangelbedingten Nutzungsausfallschaden mit genau dieser Begründung für nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig hält,⁴² bei der Verzögerung der Nacherfüllung dagegen abweichend davon §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB und das Mahnungserfordernis anwenden will. Es ist deshalb an sich durchaus erfreulich, dass der Gesetzgeber in § 327i Nr. 3 BGB tatsächlich explizit nur auf § 280 Abs. 1 BGB und damit nicht nur nicht auf § 286 BGB, sondern auch nicht auf § 280 BGB insgesamt (also mit Abs. 2) verwiesen hat.

Es bestehen allerdings in der Tat keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber § 286 BGB bewusst ausklammern wollte und es bliebe auch unerfindlich, warum diese Frage im Rahmen der §§ 327 ff. BGB anders geregelt werden sollte als im allgemeinen Kaufrecht. Der Verweis auf § 327i Nr. 3 BGB zeigt vielmehr einmal mehr die Problematik der fehlenden Grundprämisse: Es bleibt unklar, welcher Charakter dem Verweis in § 327i Nr. 3 BGB eigentlich zukommen soll.⁴³ Beruft § 327i Nr. 3 BGB den § 280 Abs. 1 BGB konstitutiv zur

³⁷ BT-Drucks. 14/6040, 225; BeckOGK/Höpfner, 1.2.2025, BGB § 437 Rn. 98 ff.; BeckOK BGB/Faust, 1.2.2025, BGB § 437 Rn. 153 ff.

³⁸ Besonders deutlich Hubert/Kurth/Meyer, CR 2023, 428 Rn. 18 („Man könnte gar denken, dass es sich bei § 327i Nr. 3 BGB um eine abschließende Regelung handelt, was zur Folge hätte, dass im Rahmen von Verträgen über digitale Produkte der Ersatz von Verzögerungsschäden ausgeschlossen sein könnte“).

³⁹ BeckOK BGB/Wendland, 1.5.2025, § 327i Rn. 12; Hubert/Kurth/Meyer, CR 2023, 428 Rn. 17 ff.; MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB § 327i Rn. 11 ff.; ähnlich BeckOGK/Fries, 1.2.2025, § 327i Rn. 3 („Redaktionsversehen, das der Gesetzgeber zügig beheben sollte“).

⁴⁰ Ausführlich bereits Gsell, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris, 2007, 337 (354 ff.).

⁴¹ Gsell, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris, 2007, 337 (355 f.).

⁴² BT-Drucks. 14/6040, 225; BGHZ 181, 317 = NJW 2009, 2674 Rn. 12 ff.; BeckOGK/Höpfner, 1.2.2025, BGB § 437 Rn. 98 m.umfangr.Nachw.; Canaris, ZIP 2003, 321 (323 ff.); Gsell, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris, 2007, 337 (341); Staudinger/Bach, 2023, § 437 Rn. 209 ff.

⁴³ S. bspw. MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB § 327i Rn. 11, der zwar § 327i nicht als abschließende Regelung verstehen will (was prima facie für eine allgemeine Anwendbarkeit der §§ 280 ff. BGB zu sprechen scheint), der dies aber mit der fehlenden Erwähnung des § 286 BGB begründet (und deshalb wohl eher die Annahme zugrunde legt, dass die §§ 280 ff. BGB nicht einfach ohne Weiteres angewendet werden können).

Anwendung, weil die §§ 280 ff. BGB eigentlich nicht anwendbar sind, so dass § 286 BGB (versehentlich) ausgeschlossen bleibt? Oder sind die §§ 280 ff. BGB eigentlich anwendbar und stellt dies § 327i Nr. 3 BGB nur für § 280 Abs. 1 BGB klar, so dass auch der nicht erwähnte § 286 BGB anwendbar ist?

VI. Konsequenzen *de lege ferenda* und *de lege lata*

1. Rechtspolitische Empfehlung

Die rechtspolitische Empfehlung ergibt sich nach den vorstehenden Erörterungen praktisch von selbst. Die Regelungen in den §§ 327 ff. BGB zum Schadensersatz sollten auf den sachlichen Regelungsbedarf beschränkt werden und deshalb weitgehend gestrichen werden: Neben einem klarstellenden Verweis auf §§ 327o, p BGB bedürfte es nur einer Regelung: Wenn der Verbraucher zur Beendigung des Vertrags berechtigt ist, sollte der Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB nicht am Fehlen einer Fristsetzung scheitern. Alle darüberhinausgehenden Regelungen und Verweise in den §§ 327 ff. BGB bringen keinerlei Gewinn, sondern haben lediglich eine erhebliche (und überflüssige) Verkomplizierung eines ohnehin schon komplizierten Regelungsgefüges zur Folge und führen überdies zu Unklarheiten und Sachwidrigkeiten. Ihre Abschaffung wäre deshalb rechtspolitisch ein großer Gewinn.

2. Konsequenzen *de lege lata*

De lege lata sollte man anerkennen, dass die §§ 280 ff. BGB als allgemeine Regeln grundsätzlich Geltung beanspruchen, die §§ 327 ff. BGB also keine generell verdrängende, sondern darin enthaltene Verweisungen auf das Schadensrecht nur klarstellende Wirkung haben. Nur auf diese Weise lassen sich Unklarheiten und sachliche Unstimmigkeiten – wie etwa fehlende Verweise auf § 281 Abs. 1 S. 2 BGB oder §§ 284, 285 BGB – korrigieren.

VII. Zusammenfassende Thesen

1. Zur Vermeidung von Inkonsistenzen wäre es ausreichend gewesen, wenn der Gesetzgeber in den §§ 327 ff. BGB angeordnet hätte, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Schadensersatz statt der Leistung nicht an der fehlenden Fristsetzung scheitern darf, sofern die Voraussetzungen der Vertragsbeendigung vorliegen und dass bei schadensersatzrechtlicher Vertragsstornierung §§ 327o, 327p BGB Anwendung finden. Jenseits davon beabsichtigen die neuen schadensrechtlichen Regelungen offenbar keine sachlichen Abweichungen von den §§ 280 ff. BGB, haben deshalb keinen selbständigen Nutzen, sondern bringen lediglich eine unnötige Verkomplizierung mit sich.

2. Auch stiften die Regelungen zum Schadensersatz dadurch Verwirrung, dass ihnen keine klare Grundprämisse über das Verhältnis zu den §§ 280 ff. BGB zugrunde liegt. Es bleibt letztlich unklar, ob die §§ 280 ff. nur kraft ausdrücklicher Verweisung in den §§ 327 ff. BGB angewendet werden oder ob sie schon als allgemeine Regelungen Anwendung finden können.

3. Mangels einer solchen klaren Grundprämisse kann es nicht überraschen, dass die §§ 327 ff. BGB – trotz im Grundsatz beeindruckender Präzision des Gesetzgebers – Unklarheiten und Ungereimtheiten aufweisen: So enthält beispielsweise § 327c Abs. 2 S. 3 BGB keinen Verweis auf § 284 BGB und § 285 BGB, in § 327c Abs. 2 S. 1 BGB wird nicht auf § 281 Abs. 1 S. 2 BGB verwiesen und in § 327m Abs. 3 S. 1 BGB fehlt ein Verweis auf § 311a Abs. 2 BGB, obwohl in keiner dieser Konstellationen Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Gesetzgeber die genannten Normen nicht angewendet wissen wollte. Unklar ist auch die Verweisung in § 327c Abs. 2 S. 1 BGB auf § 280 Abs. 1 BGB und der genaue Inhalt des Verweises in § 327i Nr. 3 BGB.

4. De lege lata erscheint es vorzugswürdig, im Grundsatz von der allgemeinen Geltung der §§ 280 ff. BGB ohne gesonderten Anwendungsbefehl auszugehen. De lege ferenda sollten die Schadensersatzregelungen der §§ 327 ff. BGB an den geringen Regelungsbedarf angepasst, mithin auf die Koordination des Schadensersatzes statt der Leistung mit der Vertragsbeendigung reduziert werden.

Diskrepanzen beim Kartellschadensersatz – Auf der Suche nach einer wettbewerbsrechtlichen *lex Aquilia*

Andreas Heinemann

I. Die *lex Aquilia* als deliktsrechtlicher Prototyp für das materielle Recht und das Verfahren

Der Jubilar hat sich intensiv mit der römischen *lex Aquilia* auseinandergesetzt, also dem Plebiszit aus dem 3. Jahrhundert vor unserer Zeitrechnung (häufig wird das Jahr 287 v.u.Z. genannt), das den Tatbestand, die Rechtsfolgen und das Verfahren im Fall einer Eigentumsverletzung regelt.¹ Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass in der Sondermaterie des Kartelldeliktsrechts erstaunliche Parallelen zu Problemen von damals bestehen, und bringt die hohe Wertschätzung für den vielseitigen Gelehrten zum Ausdruck, der auch nach dem Wechsel nach Oxford der Züricher Fakultät eng verbunden geblieben ist.

Die *lex Aquilia* gilt als Meilenstein des Deliktsrechts und des Privatrechts allgemein („the most important *lex* on the private law ever“²). Sie markiert die Wende vom Talionsprinzip, das den Schaden durch Rache am Schädiger verdoppelt, zum Kompensationsprinzip, das den Schaden des Opfers ausgleichen möchte.³ Auch wenn die *lex Aquilia* kein systematisches Gesetzeswerk ist, lassen sich ihr, zumindest in ihrer Interpretation durch zahlreiche Generationen römischer Juristen, die folgenden Regelungsgrundsätze entnehmen: Wer einen Schaden dadurch erleidet, dass ihm eine Sache verbrannt, zerbrochen oder auf andere Weise widerrechtlich beschädigt wird,⁴ kann vom Schädiger Ersatz des höchsten Wertes verlangen, den die Sache in den letzten 30 Tagen gehabt hat.⁵ Ein Verschuldenserfordernis wurde erst später hinzugefügt.⁶ Die Schädigung

¹ Ernst, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 90 (2022), 315 ff.; Ernst, in: de Jong (Hrsg.), *Secundum doctores: Essays in Medieval Learned Law in Honour of Harry Dondorp*, 2023, 1 ff.

² So Richard Buxbaum, zitiert nach Ernst, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 90 (2022), 315, 316; s. auch Kaser/Knütel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 21. Aufl. 2017, § 51 Rn. 18: Die aquilische Klage als „Nukleus des modernen Deliktsrechts“; Wesel, *Geschichte des Rechts*, 1997, Rn. 136: „unmittelbar die Vorstufe unseres § 823 BGB“.

³ So die Interpretation von Winiger, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (Hrsg.), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, 2023, § 92 Rn. 5, 58.

⁴ Zu den Tatmodalitäten und ihrer Weiterentwicklung s. Winiger (Fn. 3), § 92 Rn. 18 ff.

⁵ Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 2), § 51 Rn. 10.

⁶ Winiger (Fn. 3), § 92 Rn. 52; anders Cursi, *Roman Legal Tradition* 7 (2011), 16 ff., welche unterstreicht, dass von Anfang an eine subjektive Grundlage der Haftung bestand.

muss unmittelbar erfolgen; in Fällen bloß mittelbarer Kausalität ist auf andere Klagen auszuweichen, wenn sie denn existieren.⁷ Bestreitet der mutmaßliche Täter die Tat, kann er nach Nachweis der Tat wegen Litiskreszenz auf den doppelten Betrag verurteilt werden.⁸ Schließlich brachte die *lex Aquilia* neue Verfahrensregeln. Das mit bedeutenden finanziellen Risiken befrachtete Verfahren *per sacramentum* („a hardship for the poor man“⁹) wurde durch neue Regeln ersetzt, die es auch finanzschwachen Plebejern ermöglichen sollten, ihre Ansprüche wegen Eigentumsverletzung geltend zu machen oder sich gegen solche Ansprüche zu verteidigen.¹⁰

Auch 2.300 Jahre später stellen sich ganz ähnliche Fragen für einen lange jedenfalls in Europa vernachlässigten Ausschnitt des Haftungsrechts, nämlich das Kartelldeliktsrecht. Auch hier ist zu klären, wer unter welchen Voraussetzungen Ersatz für den Schaden verlangen kann, der durch einen Kartellrechtsverstoß verursacht wurde. Ist unmittelbare Kausalität zu verlangen, d.h. können nur die direkten Kunden von Kartellunternehmen Schadensersatz verlangen, oder steht dieses Recht auch entfernteren Akteuren der Wertschöpfungskette zu? Soll der Anspruch *in simplum*, *duplum*, *tripulum* oder *quadruplum* gehen?¹¹ Wie ist das Verfahren auszugestalten, insbesondere in Bezug auf die Beweisführung und für den Fall, dass es für Kartellopfer ökonomisch nicht sinnvoll ist, Ansprüche individuell geltend zu machen?

Im Folgenden soll diesen Fragen am Beispiel von drei Rechtsordnungen nachgegangen werden. Das US-amerikanische Recht drängt sich auf, weil ihm auf dem Gebiet des Kartellrechts eine Pionierrolle zukommt und es insbesondere im Kartellzivilrecht originelle Lösungen hervorgebracht hat. Zweitens ist das EU-Kartellrecht zu berücksichtigen, da es sich international als zweite Modellordnung etabliert hat und das Kunststück geschafft hat, das Kartellzivilrecht in einem relativ kurzen Zeitraum von völliger Bedeutungslosigkeit zu großer praktischer Relevanz zu führen. Und schließlich sei das schweizerische Recht ausgewählt, nicht nur aufgrund eines *home bias*, sondern weil es die kartelldeliktsrechtlichen Weichen so gestellt hat, dass es zwangsläufig zu einer Kollision mit dem Ziel des angemessenen Schadensausgleichs kommen muss.

II. Grundlagen und Rahmenbedingungen des Kartellschadensersatzrechts

Kartellrecht kann im Zivilrecht an verschiedenen Stellen Bedeutung erlangen. Einerseits kann sich der Beklagte gegen vertragliche Ansprüche mit dem Argument wehren, dass der Vertrag oder jedenfalls Teile des Vertrags aufgrund

⁷ Eingehend *Winiger* (Fn. 3), § 92 Rn. 32 ff.

⁸ *Kaser/Knütel/Lobse* (Fn. 2), § 51 Rn. 13.

⁹ *Ernst* (Fn. 2), 320.

¹⁰ *Ernst* (Fn. 2), 318 ff.

¹¹ Zur Möglichkeit vierfachen Schadensersatzes im römischen Recht s. z.B. *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, 12. Aufl. 2024, § 12 Rn. 22.

eines Kartellrechtsverstoßes nichtig und die Ansprüche deshalb unbegründet seien. In der EU ist die Nichtigkeitsfolge in Art. 101 Abs. 2 AEUV ausdrücklich angeordnet. Auf der Seite des Klägers kommt das Kartellrecht dann zum Einsatz, wenn Unterlassung, Kontrahierungszwang oder Schadensersatz verlangt wird. Für letzteren kommen vertragliche oder deliktsrechtliche Ansprüche in Betracht. Vorliegend sollen die deliktsrechtlichen Ansprüche im Vordergrund stehen.¹²

1. Deliktsrechtlicher Kartellschadensersatz

In rechtsvergleichender Hinsicht¹³ werden für einen deliktsrechtlichen Anspruch auf Schadensersatz üblicherweise die folgenden Voraussetzungen verlangt, nämlich erstens eine Kartellrechtsverletzung, zweitens ein Schaden, drittens Kausalität zwischen Kartellrechtsverletzung und Schaden und viertens Verschulden (wenn nicht eine Rechtsordnung eine verschuldensunabhängige Haftung vorsieht). Was die erste Voraussetzung betrifft, so unterscheidet man üblicherweise zwischen *follow-on actions*, die im Anschluss an die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes in einem kartellbehördlichen Verfahren erhoben werden, und *stand-alone actions*, die unabhängig von öffentlich-rechtlichen Verfahren angestrengt werden. Im Fall des *stand-alone* bestehen hohe Beweisschwierigkeiten: Da Kartelle in aller Regel insgeheim praktiziert werden, fällt es den Kartellopfen schwer, das Vorliegen eines Kartellrechtsverstoßes zu beweisen. Gesteigerte Schwierigkeiten bestehen auch bei der Bestimmung des Schadens und beim Nachweis des kausalen Bands zwischen Kartellrechtsverstoß und Schaden: Zu vergleichen ist der aktuelle, durch das Kartell manipulierte Preis mit dem Preis, der sich unter Wettbewerb ergeben hätte. Angesichts der komplexen ökonomischen Zusammenhänge ist die Bestimmung des hypothetischen Wettbewerbspreises häufig nicht zweifelsfrei möglich, sondern erfordert die Schätzung durch ökonomische Gutachten, die dann häufig mit Gegengutachten konfrontiert werden.

2. Zivilprozessrecht

Die Realität der Kartellschadensersatzklagen hängt nicht nur vom materiellen Recht, sondern auch vom allgemeinen zivilprozessualen Rahmen ab. So gilt auf dem europäischen Kontinent in aller Regel, dass es dem Kläger obliegt, die Tatsachen zu beweisen, aus denen er Rechte ableitet (s. z.B. Art. 8 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs), während in den Ländern des *Common Law* der Kläger unter bestimmten Voraussetzungen Zugriff auf Beweismittel in den Händen des Beklagten hat. Auch die Vermutungen des materiellen Rechts haben einen Einfluss auf das Verfahren, indem sie die Beweisführung erleichtern. Weiter ist die Verfügbarkeit kollektiven Rechtsschutzes für die vorliegende Thematik von

¹² Zu den vertraglichen Ansprüchen s. *Picht*, in: GS für Claire Huguenin, 2020, 347 ff.

¹³ S. z.B. Möllers/*Heinemann* (Hrsg.), *The Enforcement of Competition Law in Europe*, 2007, 387 ff.

großer Bedeutung: Auf der Ebene der Verbraucher sind Kartellschäden häufig fein fragmentierte Streuschäden, deren individuelle Geltendmachung nicht lohnt. Zu einem Ausgleich des Schadens kommt es nur dann, wenn keine Hindernisse bestehen, diese Schäden gemeinsam geltend zu machen, z.B. in einer Sammel- oder Verbandsklage. Schließlich sind die Regeln über die Prozessfinanzierung einschlägig. Lassen sich die für eine Klage erforderlichen Mittel leicht beschaffen, wird es häufiger zur Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Schadensersatzansprüche kommen. Auf weitere wichtige prozessuale Faktoren wird im Rahmen der Länderberichte zurückzukommen sein. Nicht zu vernachlässigen ist schließlich die allgemeine Prozess- und Rechtskultur: Besteht allgemein eher Zurückhaltung in Bezug auf die Einleitung gerichtlicher Verfahren, tangiert dies auch die Zahl kartellzivilrechtlicher Prozesse.

3. Allgemeiner Rahmen der Kartellrechtsdurchsetzung

Eine Besonderheit des Kartellzivilrechts besteht darin, dass es Teil eines mehrgleisigen Durchsetzungssystems ist, dessen Komponenten sich gegenseitig beeinflussen.¹⁴ Die drei Mechanismen werden üblicherweise mit den Stichworten *public enforcement*, *criminal enforcement* und *private enforcement* bezeichnet. Das Gewicht dieser drei Pfeiler lässt sich in den ausgewählten drei Rechtsordnungen wie folgt beschreiben: In den USA sind alle drei Pfeiler robust ausgestaltet. Gut ausgestattete Kartellbehörden führen zahlreiche Verfahren. Überführten Kartelltätern drohen mehrjährige Freiheitsstrafen, die in der Regel auch vollstreckt werden. Und die kartellzivilrechtliche Durchsetzung erfreut sich großer Beliebtheit. In der EU ist die Lage anders: Zwar ist auch hier die behördliche Durchsetzung des Kartellrechts von großer praktischer Bedeutung. Freiheitsstrafen sind aber nur in einzelnen EU-Mitgliedstaaten vorgesehen und hier nur von eingeschränkter praktischer Bedeutung. Und die kartellzivilrechtliche Durchsetzung ist eher jüngeren Datums. Was schließlich die Schweiz betrifft, so ist das *public enforcement* mit der Einführung direkter Sanktionen durch eine Gesetzesrevision im Jahr 2003 auf den internationalen Stand gehoben worden. Freiheitsstrafen für Kartelltaten sind nicht vorgesehen. Und die kartellzivilrechtliche Durchsetzung fristet ein Schattendasein. Die folgenden Ausführungen sollen einen Eindruck davon vermitteln, warum gerade die zivilrechtliche Durchsetzung in den drei Jurisdiktionen von so unterschiedlicher praktischer Bedeutung ist.

¹⁴ Hierzu Heinemann, in: FS für Roland Bieber, 2007, 681 ff.

III. USA

1. Gründe für den Erfolg der privatrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts

Die überragende Bedeutung des *private enforcement* in den USA hat materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Gründe. Materiellrechtlich steht der Anspruch auf dreifachen Schadensersatz (*treble damages*) im Vordergrund, der Opfern von Verstößen gegen die Antitrust-Regeln zusteht. Die Aussicht darauf, dass man nicht nur für den erlittenen Schaden kompensiert wird, sondern sogar einen Vorteil erhält, soll Anreize setzen, unabhängig von staatlichen Verfahren sein Recht auf dem Zivilrechtsweg selbst durchzusetzen. Der Anteil der *stand-alone actions* ist deshalb auch beträchtlich. Hinzu treten verfahrensmäßige Erleichterungen: Die Opfer von Kartellrechtsverstößen können ihre Ansprüche in *class actions* gemeinsam geltend machen. Hierfür gilt das *opt-out*-Prinzip: Alle gleichermaßen Betroffenen sind also Teil der Sammelklage, außer sie hätten der Einbeziehung widersprochen. Eine kritische Masse an Ansprüchen – gerade auch im Fall fein fragmentierter Streuschäden – wird auf diesem Weg leicht erreicht. Die Anwaltschaft hat starke Anreize zur Konstituierung von Sammelklagen, da *contingency fees* vereinbart werden können, die vom Erfolg des Verfahrens abhängen. Das Kostenrisiko der Kläger für den Fall der Niederlage wird hierdurch beseitigt oder jedenfalls minimiert. Schließlich besteht über das allgemeine Institut der *pre-trial discovery* erleichterter Zugang zu den Beweismitteln in Händen mutmaßlicher Kartelltäter, und das verfassungsmäßig garantierte Recht auf einen *jury trial* begünstigt erfahrungsgemäß die Opfer von Rechtsverstößen.

2. *Passing on* und die Frage der Anspruchsberechtigung

Das Problem der *passing on defence* betrifft die Frage, ob sich Kartellteilnehmer gegen Ansprüche ihrer Kunden mit dem Argument verteidigen können, dass diese in Folge der erhöhten Einkaufspreise ihre eigenen Verkaufspreise angehoben und auf diesem Weg den Kartellschaden auf die nächste Handelsstufe oder die Verbraucher abgewälzt haben. Der *US Supreme Court* hat schon vor langer Zeit in *Hanover Shoe* für das Bundesrecht dieses Verteidigungsmittel ausgeschlossen: Kartellrechtliche Schadensersatzprozesse würden überfrachtet, wenn abgeklärt werden müsste, welche Folgen eine kartellbedingte Preismanipulation auf allen betroffenen Märkten hatte.¹⁵ Die direkten Abnehmer können im Prinzip also auch dann Schadensersatz von den Kartellbeteiligten verlangen, wenn sie die kartellbedingten Preiserhöhungen an die nächste Stufe des Vertriebs durchgereicht haben.

Zur Vermeidung einer Mehrfachhaftung hat der *Supreme Court* dann in *Illinois Brick* die *indirect purchaser rule* entwickelt: Nur die direkten Abnehmer, nicht aber deren Kunden können Kartellschadensersatz geltend machen.¹⁶ Die

¹⁵ 392 U.S. 481 (1968) – *Hanover Shoe*.

¹⁶ 431 U.S. 720 (1977) – *Illinois Brick*.

Konzentration der Ansprüche auf der Ebene der direkten Abnehmer soll das *private enforcement* stärken und versagt zu diesem Zweck den weiter entfernten Stufen eigene Ansprüche, und zwar ganz bewusst auch für den Fall, dass der eigentliche Schaden dorthin verlagert wurde. Sehr häufig haben Konsumenten also keine eigenen Schadensersatzansprüche aus einer Verletzung der *Antitrust-Gesetze*.¹⁷

Die *indirect purchaser rule* ist umstritten, aber Vorschläge zu ihrer Änderung auf dem Weg der Gesetzgebung waren bisher erfolglos. Allerdings bleiben die US-Bundesstaaten frei, den indirekten Käufern eigene Ansprüche einzuräumen. Zwei Drittel von ihnen (darunter beispielsweise auch Kalifornien und New York) haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und sogenannte *Illinois Brick repealer statutes* verabschiedet. Der Gefahr der doppelten Inanspruchnahme, nämlich einerseits durch Ansprüche der direkten Käufer, denen die *passing on defence* nicht entgegengehalten werden kann, und durch indirekte Käufer, auf welche die Kartellschäden abgewälzt wurden, wird durch Repartierung und besondere gerichtliche Überwachung begegnet.

3. Fazit

In den USA wird die starke Stellung des *private enforcement* überwiegend positiv bewertet. Es wird darauf verwiesen, dass erfolgreiche Schadensersatzklagen nicht nur im konkreten Fall zu einer angemessenen Lösung führen, sondern dass die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit auf wettbewerbliches Fehlverhalten gerichtet und hierdurch sozialer Nutzen gestiftet werde. Auch könne die private Rechtsdurchsetzung die Schwankungen ausgleichen, die in den USA beim *public enforcement* aus dem Machtwechsel zwischen den beiden großen Parteien resultieren. Allgemein stehen eher die Schwierigkeiten der privaten Prozessführung im Fokus, wobei auf die Gefahr eines *under-enforcement* hingewiesen wird.¹⁸

IV. Europäische Union

1. Entwicklung der Kartellschadensersatzklagen

In der Europäischen Union war der Ausgangspunkt ein anderer. Noch 2004 kam eine von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene Studie zu dem Ergebnis, dass auf dem Gebiet der kartellrechtlichen Schadensersatzklagen „total

¹⁷ Etwas anderes gilt dann, wenn die Konsumenten direkte Kunden der Kartellteilnehmer sind. Zu einer solchen Konstellation s. 587 U.S. ____ (2019) – *Apple Inc. v. Pepper*: Der US Supreme Court entschied mit der knappen Mehrheit von fünf zu vier, dass Nutzer des Apple App Store direkte Käufer und damit anspruchsberechtigt sind, da die von den App-Entwicklern an Apple gezahlten Kommissionen die Preise der Apps beeinflussten.

¹⁸ S. z.B. *American Antitrust Institute*, *The State of Antitrust Enforcement and Competition Policy in the U.S.*, 2020, 26 ff.

underdevelopment“ in Europa herrsche.¹⁹ Dies lag nicht an der Rechtslage: Der Europäische Gerichtshof hatte schon früh darauf hingewiesen, dass (auch) aus den Wettbewerbsregeln der europäischen Verträge individuelle Rechte fließen. 2001 im grundlegenden *Courage*-Urteil stellte er dann fest, dass aus dem Interesse an der vollen Wirksamkeit des europäischen Kartellrechts folge, dass „jeder Mann Ersatz des Schadens verlangen“ kann, der ihm durch eine verbotene Wettbewerbsbeschränkung entstanden ist.²⁰ Dabei dürfe der Anspruch wegen Verletzung europäischen Kartellrechts nicht weniger günstig sein als ein Anspruch wegen Verletzung nationalen Kartellrechts („Äquivalenzgrundsatz“). Außerdem dürfe die Geltendmachung einschlägiger Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden („Effektivitätsgrundsatz“).²¹ Restriktive Regelungen in einzelnen Mitgliedstaaten wurden hierdurch überwunden. In der Folge kam es zu einer Zunahme der kartellrechtlichen Schadensersatzklagen. Auch die Verordnung 1/2003, die das Gefüge der verwaltungsrechtlichen Anwendung des europäischen Kartellrechts grundlegend umgestaltete, hielt in Erwägungsgrund 7 die Bedeutung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen für die Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln fest.

2. Die EU-Kartellschadensersatz-Richtlinie

Ein Meilenstein war sodann die Verabschiedung der EU-Kartellschadensersatz-Richtlinie (im Folgenden: „KartSchE-RiLi“) im Jahr 2014, die bis Ende 2016 umzusetzen war.²² Zentral ist nach Art. 3 Abs. 1 KartSchE-RiLi, „dass jede natürliche oder juristische Person, die einen durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat, den vollständigen Ersatz dieses Schadens verlangen und erwirken kann“. Einschränkungen des Kreises der Anspruchsberechtigten sind nicht erlaubt. Die *indirect purchaser rule* des US-amerikanischen Rechts ist also im EU-Recht nicht statthaft. Auch besondere Anforderungen an Verbraucherklagen, wie sie teilweise im Recht der Mitgliedstaaten entwickelt worden waren, mussten fallengelassen werden.

Der Schadensersatzanspruch geht auf „vollständigen Ersatz“ des Schadens, der durch die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursacht wird, und umfasst *damnum emergens* und *lucrum cessans*.²³ Art. 3 Abs. 3 KartSchE-RiLi hält fest, dass es nicht zur Überkompensation kommen darf, auch nicht

¹⁹ Ashurst (*Waelbroeck/Slater/Even-Shoshan*), Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules – Comparative Report, 2004, 1.

²⁰ EuGH, Urt. v. 20.9.2001 – Rs. C-453/99 (*Courage/Crehan*), Rn. 26; so dann auch EuGH, Urt. v. 13.7.2006 – verb. Rs. C-295/04 und C-298/04 (*Manfredi*), Rn. 60.

²¹ EuGH, Urt. v. 20.9.2001 – Rs. C-453/99 (*Courage/Crehan*), Rn. 29; so dann auch EuGH, Urt. v. 13.7.2006 – verb. Rs. C-295/04 und C-298/04 (*Manfredi*), Rn. 62.

²² Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. EU vom 5.12.2014, L 349/1.

²³ So die ausdrückliche Reverenz an das römische Recht in Erwägungsgrund 12 KartSchE-RiLi.

unter dem Gesichtspunkt des Strafschadensersatzes, auf dem Weg der Mehrfachentschädigung oder über andere Arten des Schadensersatzes. Die EU-Mitgliedstaaten können also nicht *treble damages* nach US-amerikanischem Vorbild einführen. Auch der Kompromissvorschlag zweifachen Schadensersatzes hat sich im Gesetzgebungsprozess nicht durchgesetzt. Der Vermeidung einer Überkompensation dient auch die Anerkennung der *passing on defence* in Art. 13 KartSchE-RiLi. Dies steht in direktem Gegensatz zur *Hanover-Shoe*-Doktrin der USA.

Die Richtlinie hat auch weitere wichtige Leitplanken gesetzt: So wurden die richterrechtlich entwickelten Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität in Art. 4 KartSchE-RiLi positiviert, die Bindungswirkung bestandskräftiger Behördenentscheide ausgesprochen, die Verjährungsfrist für kartellrechtliche Schadensersatzansprüche auf mindestens fünf Jahre festgesetzt, die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung für die Dauer des kartellbehördlichen Verfahrens und ein Jahr danach angeordnet sowie die gesamtschuldnerische Haftung für Kartelltäter (mit Ausnahmen u.a. zugunsten von Kronzeugen) vorgesehen (Art. 9–11 KartSchE-RiLi). Schließlich wurde der Zugang zu Beweismitteln in den Händen des Beklagten erleichtert, wobei die spezifischen Anforderungen an Begründungstiefe, Plausibilität und Bezeichnung der betreffenden Tatsachen und Beweismittel *fishing expeditions* verhindern sollen (zu den Einzelheiten und Ausnahmen, z.B. für Kronzeugenerklärungen, s. Art. 5 f. KartSchE-RiLi). Allgemein ordnet Art. 17 KartSchE-RiLi an, dass die Ermittlung des Schadensumfangs nicht durch die Anforderungen an Beweislast und Beweismaß übermäßig erschwert werden darf. Hierzu stellt die Richtlinie sogar die (widerlegliche) Vermutung auf, dass Kartelle einen Schaden verursachen (Art. 17 KartSchE-RiLi).

Über Regeln zur kollektiven Geltendmachung hat man sich im Kartellrecht nicht einigen können. Die EU-Verbandsklagen-Richtlinie ist auf kartellzivilrechtliche Ansprüche nicht anwendbar. Es existiert lediglich eine Empfehlung der Europäischen Kommission, die den EU-Mitgliedstaaten die Einführung kartellzivilrechtlicher Kollektivklagen nach dem *opt-in*-Prinzip beliebt macht.²⁴

3. Fazit

Das *private enforcement* des Kartellrechts hat in den letzten zehn Jahren in der EU eine spektakuläre Entwicklung durchlaufen und ist – zumindest in einigen Mitgliedstaaten, wie z.B. in Deutschland, Italien, den Niederlanden und in Spanien – ein wichtiger Pfeiler der Kartellrechtsdurchsetzung geworden. Es hat ausgereicht, dass die EU-Kartellschadensersatz-Richtlinie einige Stellschrauben, z.B. bei der Aktivlegitimation und beim Zugang zu Beweismitteln, geändert hat. Auch wenn – im Gegensatz zum US-amerikanischen Recht – weiterhin nur einfacher Schadensersatz vorgesehen ist, die *passing on defence* gilt, die EU-Regeln zu den Verbandsklagen nicht auf das Kartellrecht anwendbar sind und prozes-

²⁴ Europäische Kommission, Empfehlung v. 11.6.2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. 2013, L 201/60.

suale Regeln wie z.B. zu den anwaltlichen Erfolgshonoraren in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, haben die Änderungen ausgereicht, um eine Kultur privater Schadensersatzklagen entstehen zu lassen. Eine große Rolle spielt hierbei auch der Europäische Gerichtshof, der immer wieder Hindernisse aus dem Weg räumt. So hat er in seinem Urteil zum deutschen Rundholzkartell entschieden, dass Abtretungslösungen, z.B. in Form eines Sammelklage-Inkassos, durch nationales Recht nicht für unzulässig erklärt werden dürfen, wenn keine anderen kollektiven Rechtsbehelfe zur Bündelung individueller Forderungen zur Verfügung stehen und die individuelle Rechtsverfolgung unmöglich oder übermäßig schwierig ist.²⁵

V. Schweiz

1. Ausgangspunkt

Die Schweiz verfügt seit dem Kartellgesetz von 1995²⁶ über eine moderne Wettbewerbsgesetzgebung und seit der Einführung direkter Sanktionen durch die Revision von 2003²⁷ auch über einen wirksamen verwaltungsrechtlichen Durchsetzungsmechanismus. Bei der zivilrechtlichen Durchsetzung sieht es anders aus. Zwar enthält das Gesetz mit den Art. 12 ff. KG ein eigenes Kapitel zum zivilrechtlichen Verfahren, das auch die materiell-rechtlichen Regeln enthält. In der Praxis wird hiervon aber kaum Gebrauch gemacht. So liegt nur ein einziges Urteil vor, in dem jemals kartellrechtlich begründeter Schadensersatz zugesprochen wurde.²⁸

2. Defizite

Die Gründe hierfür sind vielfältig und beginnen im materiellen Recht: So stehen nach Art. 12 Abs. 1 KG Ansprüche nur denjenigen zu, die „durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert“ werden. Diese Formulierung schließt nach herrschender Auslegung nur Unternehmen, nicht aber Konsumenten ein. Gleichzeitig wird die *passing on defence* von der herrschenden Meinung anerkannt, was zu einer „stossenden Haftungslücke“²⁹ führt: Werden die kartellbedingten Aufschläge vollständig zu den Konsumenten durchgereicht, scheitern Ansprüche der

²⁵ EuGH, Urt. v. 28.1.2025 – Rs. C-253/23 (ASG 2), Rn. 84.

²⁶ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) v. 6.10.1995, SR 251, zit. „KG“.

²⁷ Bundesgesetz vom 20.6.2003, AS 2004, 1385.

²⁸ Handelsgericht des Kantons Aargau, Urt. v. 13.2.2003, RPW 2003/2, 451 – Allgemeines Bestattungsinstitut/Kanton Aargau.

²⁹ So die treffende Bezeichnung in Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes v. 22.2.2012, BBl 2012, 3905, 3948.

Händler am Einwand der Schadensabwälzung und Ansprüche der Verbraucher an der Aktivlegitimation.³⁰

Die derzeit im Parlament diskutierte Teilrevision des Kartellgesetzes möchte diesen Missstand beheben und Ansprüche jedem einräumen, der „durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird“.³¹ Dies ist positiv zu bewerten, genauso wie die Einführung einer Verjährungshemmung für die Dauer des kartellbehördlichen Verfahrens bis Eintritt der Rechtskraft. Schwerer wiegen aber die Auslassungen, wie z.B. der Verzicht auf Verbesserungen bei der Beweisführung, beim Prozesskostenrisiko und bei der Bindungswirkung kartellverwaltungsrechtlicher Entscheide. Auch die Einführung von Kollektivklagen hat einen schweren Stand im Parlament.³² Schließlich besteht die Gefahr, dass lobbygesteuerte Verschärfungen beim Nachweis einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung private Schadensersatzklagen, jedenfalls in der *stand-alone*-Variante, gänzlich illusorisch machen. So hat der Nationalrat für eine Formulierung gestimmt, nach der die Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden „einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung anhand qualitativer Elemente in Form von Erfahrungswerten und quantitativer Elemente in Form von den konkreten Umständen auf dem relevanten Markt geprüft“ werden soll.³³ Diese rechtsvergleichend nicht abgesicherte Formulierung schafft neue Unsicherheiten. Es würde hiernach offenbar nicht mehr ausreichen, dass Kartellopfer die Existenz des Kartells, den Schaden, die Kausalität und das Verschulden nachweisen. Würde die genannte Formulierung Gesetz, müssten sie auch die konkreten Umstände auf dem relevanten Markt recherchieren und sich außerdem um „Erfahrungswerte“ mühen. Es ist zu hoffen, dass der Ständerat sich nicht an der Errichtung neuer Barrieren für die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts beteiligt. Es ist nichts damit gewonnen, einzelne Verbesserungen, z.B. bei der Aktivlegitimation, vorzunehmen, wenn anschließend die Aktivlegitimierten aufgrund der im internationalen Vergleich völlig überzogenen Beweisanforderungen nicht dazu in der Lage sind, ihre Ansprüche ausreichend zu belegen.

3. Fazit

Die Hürden für eine erfolgreiche Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche sind in der Schweiz hoch.³⁴ In der Realität kommt es deshalb nur selten zur Kompensation. In jüngster Zeit war zu beobachten, dass Gebietskörperschaften, die Opfer von Submissionsabsprachen wurden, Schadens-

³⁰ Selbst wenn über den schwierig nachzuweisenden Volumeneffekt ein Schaden bei den Händlern entsteht, geht der Schadensersatz nicht auf die Kartellrente, sondern lediglich auf die Gewinneinbuße aufgrund der niedrigeren Verkaufsmenge.

³¹ S. hierzu und zum folgenden die Botschaft zur Teilrevision des Kartellgesetzes v. 24.5.2023, BBl 2023, 1463 ff.

³² S. z.B. *Atamer/Domej/Heinemann*, NZZ v. 5.6.2024, 19.

³³ Nationalrat, Geschäft 23.047, Beschluss v. 4.6.2025.

³⁴ *Picht/Freund*, Jusletter 18. Juni 2018, Rn. 40.

ersatz geltend gemacht haben.³⁵ Dies sind aber lediglich erste Ansätze. Einerseits könnte das *private enforcement* deutlich an Bedeutung gewinnen, wenn wichtige Stellschrauben justiert werden. Andererseits bestehen starke antagonistische Kräfte, die übersteigerte Anforderungen an den Nachweis von Kartelltaten stellen möchten und sich einer Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes in den Weg stellen. Die in diesem Zusammenhang gelegentlich vorgebrachte Warnung vor Exzessen nach Art des US-amerikanischen Durchsetzungsinstrumentariums erscheint angesichts der weiterhin restriktiven Regeln und des diskutierten *opt-in*-Prinzips bei den Kollektivklagen verfehlt.³⁶

VI. Rechtsvergleichender Befund und Schlussfolgerungen

1. Krasse Unterschiede beim Kartellschadensersatz

Selten kommen Rechtsordnungen auf einem Gebiet, das von starker internationaler Konvergenz geprägt ist, zu solch unterschiedlichen Lösungen, wie es beim Kartellzivilrecht der Fall ist. Dies sei an der Lösung eines Standardfalls veranschaulicht. Angenommen sei, dass Produzenten aufgrund einer Kartellabsprache ihren Verkaufspreis von 100 auf 120 Geldeinheiten pro Produkt erhöhen. Den Händlern (die nicht am Kartell beteiligt sind) gelingt es, die kartellbedingte Erhöhung ihrer Einkaufspreise in vollem Umfang auf die Verbraucher abzuwälzen, indem sie statt 150 Geldeinheiten (vor der Bildung des Kartells) nun 170 Geldeinheiten pro Produkt verlangen. Die folgende Analyse beschränkt sich auf die kartellbefangenen Produkte; die (schwer nachweisbaren) Mengeneffekte (bei einer Preiselastizität der Nachfrage > 0) werden hier nicht berücksichtigt.³⁷

- *USA*: Die Händler können als direkte Käufer dreifachen Schadensersatz, also 60 Geldeinheiten pro Produkt verlangen, und die Kartellteilnehmer können sich hiergegen nicht mit dem Einwand der Schadensabwälzung verteidigen. Den Verbrauchern stehen – jedenfalls nach Bundesrecht (anders nach *state law* in den Bundesstaaten mit *Illinois Brick repealer statutes*) – keine Ansprüche zu, weil sie als indirekte Käufer nicht aktivlegitimiert sind.
- *EU*: Die Kartellteilnehmer können sich gegen Ansprüche der Händler mit der *passing on defence* verteidigen. Im Gegensatz zum US-amerikanischen Recht sind aber auch indirekte Käufer, in diesem Fall die Verbraucher, aktivlegitimiert und können den durchgereichten Kartellaufschlag in Höhe von 20 Geldeinheiten pro Produkt von den Kartellteilnehmern als Schadensersatz verlangen.
- *Schweiz*: Auch nach schweizerischem Recht können sich die Kartellteilnehmer gegen die Händler mit dem Einwand der Schadensabwälzung verteidigen.

³⁵ Man kann dies „public private enforcement“ nennen, so Heinemann, in: Fuchs/Weitbrecht (Hrsg.), Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, 2019, § 23 Rn. 52.

³⁶ Pauer/Heinemann, WuW 2023, 399, 404 f.

³⁷ S. hierzu bereits die Bemerkung oben in Fn. 30.

Die Verbraucher, die den Kartellaufschlag letztlich zu tragen haben, sind aber nicht aktivlegitimiert. Eine Kompensation findet also nicht statt, das Ergebnis beträgt somit 0 *Geldeinheiten*.

2. Diskussion

Der Unterschied zwischen dreifachem Schadensersatz in den USA und einfachem Schadensersatz in der EU beruht auf ausdrücklicher gesetzgeberischer Anordnung. Für mehrfachen Schadensersatz spricht die Erhöhung der Anreize zur Geltendmachung von Schadensersatzforderungen. Die europäische Lösung kann sich demgegenüber auf den Kompensationsgedanken berufen, nach dem die rechtswidrig und schuldhaft zugefügten Schäden zu ersetzen sind, der Geschädigte nach dem Ausgleich aber nicht besser als ohne das schädigende Ereignis dastehen soll. Zuweilen wird das Verbot der Überkompensation bzw. die Ablehnung einer Mehrfachhaftung in Europa als in Stein gemeißelt angesehen. Das Eingangskapitel hat demgegenüber aufgezeigt, dass sogar dem deliktsrechtlichen Urgestein, nämlich der *lex Aquilia*, die den Übergang vom Talions- zum Kompensationsprinzip markiert, eine Mehrfachhaftung aus besonderen Gründen nicht fremd war. Eine größere Offenheit in Europa gegenüber Anreizwirkungen überkompensatorischer Schadensersatzzahlungen wäre wünschenswert.

Allerdings führt das Streben nach Effektivität des Kartellschadensersatzes in den USA auch zu Friktionen: Die Konzentration der Schadensersatzansprüche auf der Ebene der direkten Abnehmer mag zwar die Durchsetzungswahrscheinlichkeit erhöhen, versagt den indirekten Abnehmern aber sachwidrig eigene Ansprüche. Die Tatsache, dass zahlreiche US-Bundesstaaten diese Konsequenz durch *Illinois Brick repealer statutes* korrigiert haben, zeigt auf, dass Spezialkonstruktionen bei der Aktivlegitimation möglicherweise nicht der beste Weg sind, um zu einem überzeugenden Gesamtkonzept der kartellrechtlichen Schadensersatzhaftung zu kommen.

Entscheidend ist letztlich die richtige Mischung materiellrechtlicher und prozessualer Elemente. So bestand in der EU der wichtigste Schritt zur Überwindung des kartellschadensersatzrechtlichen Defizits darin, jedem, der aufgrund eines Kartellrechtsverstoßes einen Schaden erlitten hat, einen Schadensersatzanspruch einzuräumen. Dieses vom Europäischen Gerichtshof im *Courage*-Urteil aus EU-Primärrecht abgeleitete Prinzip hat der EU-Gesetzgeber in der Kartellschadensersatz-Richtlinie legifertiert. Diese und wichtige andere Änderungen haben dazu geführt, dass das Kartellschadensersatzrecht in der EU den Zustand der Bedeutungslosigkeit längst verlassen und zumindest in einigen Mitgliedstaaten erhebliche praktische Bedeutung erlangt hat.

3. Eine kartellrechtliche *lex Aquilia* für die Schweiz

Im schweizerischen Recht steht der Durchbruch der zivilrechtlichen Geltendmachung von Kartellschäden noch aus. Unsachgemäße Engführungen bei der

Aktivlegitimation gehen Hand in Hand mit anderen Defiziten der gesetzlichen Ausgestaltung. Überfällig ist eine umfassende Überarbeitung des gesetzlichen Rahmens, wobei, wie Wolfgang Ernst am Beispiel der *lex Aquilia* so überzeugend herausgearbeitet hat, materielles Recht und Prozessrecht Hand in Hand gehen. Ein „level procedural playing field“³⁸ sollte dafür sorgen, dass einerseits die Opfer von Kartellrechtsverstößen nicht von der Geltendmachung ihrer Ansprüche abgehalten werden, und andererseits den Beklagten eine angemessene Verteidigung möglich ist. Die aktuelle Rechtslage ist nicht nur denkbar weit von diesem Ideal entfernt; das Parlament diskutiert sogar Vorschläge, welche die Geltendmachung von Kartellschadensersatz weiter erschweren würden. Im Gegensatz hierzu sollte der Effektivitätsgrundsatz anerkannt werden, nach dem die Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Ansprüche nicht übermäßig erschwert werden darf. Hierzu bedarf es einer neuen Kartellrechtsoptik: Dem in den Debatten vorherrschenden Blick auf die Kartell Täter sollte die Perspektive der Deliktsoffer gleichwertig an die Seite gesetzt werden.

³⁸ So Ernst (Fn. 2), 318, in Bezug auf die *lex Aquilia*.

Geschäftsordnungen im Privatrecht – eine Skizze

Rainer Hüttemann

I. Einleitung

Wolfgang Ernst hat vor einigen Jahren eine „Kleine Abstimmungsfiabel“ vorgelegt, die es Versammlungsteilnehmern erleichtern soll, „am Abstimmungsgeschehen verständig mitzuwirken“.¹ Das Werk schließt eine echte Lücke in der rechtswissenschaftlichen Literatur, denn es erläutert verständlich und verlässlich alle rechtlich relevanten Gesichtspunkte von Abstimmungen. Seinen Wert wird jeder bestätigen, der im beruflichen oder privaten Umfeld wiederholt an Sitzungen und Abstimmungen mitgewirkt und erlebt hat, wie selbst Juristinnen und Juristen zuweilen mit scheinbar einfachen Fragen – Wie geht man mit Enthaltungen um? Wirkt der Vorstand an der Abstimmung über seine Entlastung mit?² – überfordert sind.

Abstimmungsverfahren werden nicht nur durch Gesetz und Satzung bestimmt, sondern in der Praxis vielfach in Geschäftsordnungen festgelegt. In der „Kleinen Abstimmungsfiabel“ heißt es dazu:

„Im Rahmen ihrer Verfahrenshoheit kann sich die Versammlung, um sich nicht immer erneut mit denselben Verfahrensfragen zu befassen, eine Geschäftsordnung geben (Verfahrensreglement). Soweit hierfür in den Rechtsgrundlagen nichts Besonderes vorgesehen ist, geschieht dies durch Mehrheitsbeschluss. Die Geschäftsordnung bleibt dann durch Mehrheitsbeschluss änderbar, aber nicht ad hoc, sondern nur aufgrund entsprechender vorgängiger Traktandierung.“³

Der nachfolgende Beitrag unternimmt es, einige Rechtsprobleme von Geschäftsordnungen im Privatrecht rechtsformübergreifend zu skizzieren. Dies erscheint deshalb reizvoll, weil die Literatur zu diesem Thema⁴ wesentlich durch das Aktienrecht (§§ 77 Abs. 2, 82 Abs. 2, 129 Abs. 1 Satz 1 AktG) geprägt ist, Geschäftsordnungen aber auch bei anderen Rechtsformen (GmbH, Verein und Stiftung) verbreitet sind.

¹ Ernst, Kleine Abstimmungsfiabel – Leitfaden für die Abstimmung, 2011.

² Zu Enthaltungen vgl. § 32 Abs. S. 3 BGB und Ernst (Fn. 1), 58 ff.; zum Ausschluss vom Stimmrecht siehe § 34 BGB und Ernst (Fn. 1), 34 f.

³ Ernst (Fn. 1), 21.

⁴ Aus der Literatur vgl. Voigt, Die Geschäftsordnungen der Kollegialorgane im Privatrecht, 1982; Schädel, Organisationsautonomie und Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 2005; Isenberg, Die Geschäftsordnung für die Organe der Aktiengesellschaft, 2005; Kober, Geltungsgrund und Geltungsgrenzen gesellschaftsrechtlicher Geschäftsordnungen, 2018.

II. Begriff und Funktion von Geschäftsordnungen

Der Begriff „Geschäftsordnung“ findet sich zwar in einzelnen Vorschriften (§§ 77 Abs. 2, 82 Abs. 2, 129 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 36 BetrVG). Er wird aber nirgends legal definiert. Das gilt auch für Art. 40 Abs. 1 Satz 2 GG, der den Deutschen Bundestag verpflichtet, sich eine „Geschäftsordnung“ zu geben. Das Grundgesetz verzichtet ebenfalls auf eine Begriffsbestimmung,⁵ obschon es kein irgendwie „überkommenes“ Verständnis von einem einheitlichen Begriff der Geschäftsordnung gibt.⁶ In den Worten des BVerfG⁷ regelt die Geschäftsordnung des Bundestags „das Verfahren für die Abwicklung der Parlamentsgeschäfte“. Allgemeiner kann man – mit *Hoffmann-Becking*⁸ – von „Spielregeln für das Zusammenwirken der Organwalter bei der Erledigung der dem Organ gesetzten Aufgabe“ sprechen. Geschäftsordnungen sind ein Mittel, um die Legitimation, Rechtssicherheit und Effizienz des Handelns eines Kollegialorgans durch ein schriftliches „Regelwerk“ zu verbessern.⁹ Im Unterschied zu einfachen Ordnungsbeschlüssen für einen konkreten Einzelfall oder einer Einzelweisung eines übergeordneten Organs gelten die Bestimmungen einer Geschäftsordnung als verbindliche Verfahrensregelungen für alle künftigen Handlungen eines Organs und haben mithin „generell-abstrakten“ Charakter. Sie werden – wie der Jubilar treffend feststellt – erlassen, „um sich nicht immer erneut mit denselben Verfahrensfragen zu befassen“.¹⁰ Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass sich auch durch ständige Übung („Observanz“) in einem Organ allgemein akzeptierte Regeln herausbilden.¹¹ Indes vermitteln erst ein formeller Beschluss und eine schriftliche Fixierung die gewünschte Verlässlichkeit und Rechtssicherheit des Verfahrens.

Während das öffentliche Organisationsrecht für bestimmte Einrichtungen – vergleichbar Art. 40 Abs. 1 Satz 2 GG – den Erlass einer Geschäftsordnung verpflichtend anordnet,¹² stellt das Privatrecht die Entscheidung über eine Geschäftsordnung regelmäßig in das Ermessen der zuständigen Organe. Beispielfhaft heißt es in § 77 Abs. 2 Satz 1 AktG, dass sich der Vorstand einer AG eine Geschäftsordnung geben „kann“.¹³ Lediglich der Betriebsrat „soll“ sich nach § 36 BetrVG eine Geschäftsordnung geben. Ob eine Geschäftsordnung im Einzelfall sinnvoll ist oder sogar geboten erscheint, hängt vor allem von der Zusammen-

⁵ Zur parlamentarischen Geschäftsordnung vgl. näher *Meinel*, Selbstorganisation des parlamentarischen Regierungssystems, 2019; *Schwengel*, Besondere Eigenschaften legislativer Geschäftsordnungen, 2024.

⁶ So *Osnabrügge*, in: Schimke/Dauernheim/Schiffbauer (Hrsg.), Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 15. Aufl. 2023, Kap. 2 D Rn. 146.

⁷ BVerfG v. 6.3.1952 – 2 BvE 1/51, BVerfGE 1, 144 (148).

⁸ *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497 (499).

⁹ Zu den verschiedenen Zielen von Geschäftsordnungen siehe *Isenberg* (Fn. 4), 26 ff.

¹⁰ *Ernst* (Fn. 1), 21.

¹¹ Vgl. nur MüKoBGB/*Leuschner*, 10. Aufl. 2025, BGB § 25 Rn. 73.

¹² Vgl. etwa § 1 Abs. 3 BVerfGG.

¹³ Die frühere Erlassempfehlung in Ziff. 4.2.1 Satz 2 DCGK a.F. (2020) ist inzwischen aufgehoben worden.

setzung, der Funktion und den Aufgaben eines Organs ab. Während es wohl kaum einen Vorstand einer AG ohne Geschäftsordnung geben dürfte,¹⁴ haben sich – trotz ausdrücklicher Ermächtigung in § 129 Abs. 1 Satz 1 AktG – bisher offenbar nur wenige Hauptversammlungen eine solche gegeben.¹⁵ Diese Unterschiede erklären sich zum einen damit, dass Hauptversammlungen lediglich einmal im Jahr zusammentreten, während die Vorstandsmitglieder permanent eng in der Geschäftsleitung zusammenarbeiten und schon deshalb auf verbindliche Regelungen zur Willensbildung und zum Informationsaustausch angewiesen sind. Zum anderen bildet die Geschäftsordnung eines Geschäftsleitungsorgans regelmäßig auch die Grundlage für eine – auch haftungsrelevante¹⁶ – Geschäftsverteilung und Ressortbildung.¹⁷ Das Beispiel der Vorstandsgeschäftsordnung macht zugleich deutlich, dass Geschäftsordnungen auf verschiedene Weise zustande kommen können. So kann der Vorstand einer AG sich selbst eine „organinterne“¹⁸ Geschäftsordnung geben (§ 77 Abs. 2 AktG). Ferner kann sie dem Vorstand nach § 82 Abs. 2 AktG durch den Aufsichtsrat „organextern“ vorgegeben werden. Und schließlich kann die Hauptversammlung nach § 77 Abs. 2 Satz 2 AktG zumindest „Einzelfragen der Geschäftsordnung“ in der Satzung festlegen.¹⁹ Im Weiteren werden zunächst organinterne Geschäftsordnungen behandelt, bevor auf Regelungsalternativen eingegangen wird.

III. Organinterne Geschäftsordnungen

1. Erlasszuständigkeit

a) Ermächtigung durch Gesetz oder Satzung

Die Befugnis eines Organs, sich selbst eine Geschäftsordnung zu geben, kann sich aus Gesetz oder Satzung ergeben. Das Aktienrecht enthält – was vor dem Hintergrund seiner Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) und der weitgehend zwingenden Organstruktur einleuchtet – zumindest für die Geschäftsordnung von Vorstand und Hauptversammlung explizite Regelungen (vgl. §§ 77 Abs. 2, 129 Abs. 1 Satz 1 AktG). Allerdings schweigt es zur Organisationskompetenz des Aufsichtsrats. Im GmbH-, Vereins- und Stiftungsrecht fehlen entsprechende Vorschriften ganz. Allerdings können Organe im Rahmen der Satzungsautonomie durch Satzungsregelung zum Erlass einer internen Geschäftsordnung er-

¹⁴ Dazu nur *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497 (497).

¹⁵ Vgl. etwa *Koch*, 19. Aufl. 2025, AktG § 129 Rn. 2: „kaum praktische Bedeutung“; *Isenberg* (Fn. 4), 48.

¹⁶ Siehe dazu nur BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162.

¹⁷ Vgl. nur *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497 (499).

¹⁸ Zur Terminologie siehe nur *Osnabrügge* (Fn. 6), Kap. 2 D Rn. 149 f.; *Schneider/Schneider*, in: *Scholz, GmbHG*, 13. Aufl. 2024, GmbHG § 37 Rn. 109; anders *Voigt* (Fn. 4), 33 f. („autonome“ vs. „oktroierte“ Ordnungen).

¹⁹ Vgl. auch *Koch* (Fn. 15), AktG § 77 Rn. 19 ff.; *KöKoAktG/Cahn*, 4. Aufl. 2023, AktG § 77 Rn. 58 ff.

mächtigt werden.²⁰ Eine solche Ermächtigung eröffnet zugleich die Möglichkeit, Inhalt, Zweck und Ausmaß der Geschäftsordnungskompetenz eines Organs näher auszugestalten.

b) *Recht zur Selbstorganisation*

Nach zutreffender allgemeiner Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum ist jedes Organ auch ohne ausdrückliche gesetzliche oder satzungsmäßige Ermächtigung befugt, sich selbst eine Geschäftsordnung zu geben.²¹ Dieses ungeschriebene Recht zur organinternen Selbstorganisation wird bereits in den Materialien zum AktG 1965 vorausgesetzt²² und kann erklären, weshalb der Gesetzgeber die Geschäftsordnungskompetenz des Aufsichtsrats bis heute nicht geregelt hat.²³ Was den Geltungsgrund der Geschäftsordnungsautonomie angeht, können sich Organwalter zwar nicht unmittelbar auf die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) bzw. die Stifterfreiheit (Art. 14 und Art. 2 Abs. 1 GG) berufen, weil allein die Mitglieder bzw. Stifter selbst Adressaten dieser Grundrechte sind.²⁴ Einer solchen Berufung bedarf es allerdings nicht, denn die interne Geschäftsordnungskompetenz der Mitglieder eines Kollegialorgans lässt sich – worauf schon früh hingewiesen worden ist²⁵ – bereits aus ihrem Organauftrag ableiten. Wenn einem Kollegialorgan eine bestimmte Aufgabe zugewiesen wird, dann sind seine Mitglieder – wenn Gesetz und Satzung schweigen – zugleich berufen, ihr internes Zusammenwirken so auszugestalten, dass sie den Auftrag pflichtgemäß erfüllen können. Die Organautonomie ist mithin „derivativer Natur“,²⁶ weil sie sich aus dem Organauftrag ergibt, so dass man von einer „Annexkompetenz“ sprechen kann.²⁷ Diese Grundsätze gelten nach heute ganz herrschender Ansicht auch für das Vereinsrecht.²⁸ Die früher in der Literatur vereinzelt vertretene These, ohne ausdrückliche satzungsmäßige Ermächtigung sei allein die Mitgliederversammlung befugt, Vereinsorganen eine Geschäftsordnung zu geben,²⁹ hat sich zu Recht nicht durchsetzen können. Sie lässt sich insbesondere nicht auf den Satzungsvorbehalt (vgl. §§ 25, 40 BGB) stützen, denn die gesetzliche oder

²⁰ Siehe für die GmbH nur *Schneider*, in: FS für Otto Mühl, 1981, 633 (644).

²¹ Vgl. zum Verein BGH v. 6.3.1967 – II ZR 231/64, BGHZ 47, 172 (177 f.); Staudinger/*Schwennicke* (2019) BGB § 25 Rn. 71; MüKoBGB/*Leuschner* (Fn. 11), BGB § 25 Rn. 68; *Osnabrügge* (Fn. 6), Kap. 2 D Rn. 149; zur GmbH *Schneider* (Fn. 20), 633 (635 f.); rechtsformübergreifend *Beuthien*, in: FS für Wernhard Möschel, 2011, 1135 (1143).

²² Vgl. *Kropff*, Aktiengesetz v. 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs, 1965, 99.

²³ Dazu näher *Schädel* (Fn. 4), 77.

²⁴ Nicht überzeugend *Voigt* (Fn. 4), 33: „Privatautonomie“ der Organmitglieder.

²⁵ Siehe bereits *Schneider* (Fn. 20), 633 (635 f.); *Reuter*, ZHR 148 (1984), 521 (531); MüKoBGB/*Reuter*, 3. Aufl. 1993, BGB § 25 Rn. 7; *Beuthien* (Fn. 21), 1135 (1136).

²⁶ *Beuthien* (Fn. 21), 1135 (1136 ff.).

²⁷ So *Schädel* (Fn. 4), 42 f.

²⁸ Siehe Staudinger/*Schwennicke* (Fn. 21), BGB § 25 Rn. 71; MüKoBGB/*Leuschner* (Fn. 11), BGB § 25 Rn. 68; *Osnabrügge* (Fn. 6), Kap. 2 D Rn. 149; *Wagner*, in: *Beuthien/Gummert/Schöpfli* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 19 Rn. 9; unklar *Stöber/Otto*, Handbuch des Vereinsrechts, 12. Aufl. 2021, Rn. 1147: Kompetenzzuweisung sei „nicht in jedem Fall“ erforderlich.

²⁹ So noch *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 10. Aufl. 2005, Rn. 434.

satzungsmäßige Einrichtung eines Organs mit bestimmten Aufgaben enthält – wie gezeigt – zugleich die inzidente Zuweisung einer Geschäftsordnungskompetenz. Auch berechnete Schutzinteressen der Mitglieder rechtfertigen keine Einschränkung des Selbstorganisationsrechts. Die Mitgliederversammlung hat nämlich ohnehin jederzeit die Möglichkeit, die Organautonomie eines Vereinsorgans durch Satzungsregelung oder den Erlass einer organexternen Geschäftsordnung einzuschränken, wenn dies gewünscht wird.³⁰

2. Rechtsnatur und Geltung

Organinterne Geschäftsordnungen sind Rechtsakte der Selbstorganisation eines Organs. Sie beruhen auf einem Beschluss³¹ der Organmitglieder und binden als abstrakt-generelle Verfahrensregelungen mit Dauerwirkung alle Organmitglieder, und zwar unabhängig davon, ob sie der Geschäftsordnung zugestimmt haben oder nicht.³² Selbst einstimmig beschlossenen Geschäftsordnungen (vgl. § 77 Abs. 2 Satz 1 AktG) liegt keine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen den aktuellen Organpersonen zugrunde, deren Fortbestand von der Zugehörigkeit dieser Personen zum Organ abhängen würde.³³ Vielmehr bindet der Geschäftsordnungsbeschluss nicht nur die gegenwärtigen, sondern auch die künftigen Organmitglieder, sofern seine Geltung nicht ausnahmsweise zeitlich befristet ist.³⁴

Die Fortgeltung einer Geschäftsordnung über die Amtszeit der sie beschließenden Organmitglieder hinaus ist keine Besonderheit des Privatrechts. Sie findet sich bereits im öffentlichen Recht, wie etwa die Geschäftsordnungen des Bundesrates, der Bundesregierung oder des Bundesverfassungsgerichts bestätigen. Soweit sich im deutschen Parlamentsrecht unter dem Schlagwort „Diskontinuität“ die Überzeugung durchgesetzt hat, die Geschäftsordnung des Bundestags oder der Landesparlamente gelte immer nur für die jeweilige Wahlperiode, handelt es sich jedenfalls – worauf insbesondere *Meinel* hingewiesen hat³⁵ – nicht um eine Eigenart des Geschäftsordnungsrechts. Tatsächlich liegt ihm die verbreitete Sicht zugrunde, eine Geschäftsordnung sei Ausdruck der Selbstbestimmung der konkreten „parlamentarischen Gemeinschaft“. ³⁶ Unabhängig davon, ob dieser Gedanke einer Fortgeltung von Verfahrensregelungen wirklich zwingend entgegensteht, passt er von vornherein nur für solche Orga-

³⁰ So auch *Osnabrügge* (Fn. 6), Kap. 2 D Rn. 149.

³¹ Zur Rechtsnatur von Beschlüssen grundlegend *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1; diesen Überlegungen folgend *Holle*, Der privatrechtliche Beschluss, 2024.

³² Heute wohl allgemeine Ansicht, vgl. nur *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497 (500); *Beuthien* (Fn. 21), 1135 (1143 f.); *Kober* (Fn. 4), 163 f.

³³ Differenzierend *Voigt* (Fn. 4), 91; für Diskontinuität – ohne Begründung – *Stöber/Otto* (Fn. 28), Rn. 623.

³⁴ Siehe nur *Koch* (Fn. 15), AktG § 77 Rn. 22; *KöKoAktG/Cahn* (Fn. 19), AktG § 77 Rn. 65.

³⁵ Eingehend *Meinel* (Fn. 5), 137 ff.

³⁶ Dazu näher *Meinel* (Fn. 5), 137.

ne, deren Mitglieder – wie im Fall des Betriebsrats³⁷ – für eine feste Wahlperiode gewählt oder bestimmt werden. Häufig laufen die Amtszeiten der Mitglieder von privatrechtlichen Organen aber zeitlich nicht parallel, denn bereits beim Ausscheiden eines Mitglieds beginnt für dessen Nachfolger eine neue Amtszeit zu laufen. „Diskontinuität“ hätte hier zur Folge, dass beim Eintritt jedes neuen Organmitglieds auch eine erneute Beschlussfassung über die Geschäftsordnung erforderlich wäre, was dem Ziel einer solchen Ordnung – „sich nicht immer erneut mit denselben Verfahrensfragen zu befassen“³⁸ – erkennbar zuwiderlaufen würde. Eine erneute Beschlussfassung ist aber auch bei festen Wahlperioden nicht geboten. Zum einen können fortgeltende Geschäftsordnungen von einem neu gewählten Organ jederzeit geändert werden. Zum anderen ist niemand verpflichtet, Organmitglied zu werden und sich der geltenden Geschäftsordnung zu unterwerfen. Soweit eine Geschäftsordnung aus Anlass des Eintritts eines neuen Organmitglieds – wie z.B. bei der Anpassung der Ressortverteilung in einem Vorstand – angepasst werden muss, bedarf eine solche Änderung ohnehin der Zustimmung des neuen Mitglieds.³⁹

3. Schranken der Selbstorganisation

a) *Organauftrag*

Der zulässige Inhalt interner Geschäftsordnungen als „Spielregeln“ für das interne Zusammenwirken der Organmitglieder bestimmt sich nach dem konkreten Auftrag des Organs.⁴⁰ Geht es – wie in der Gesellschafterversammlung einer GmbH, der Mitgliederversammlung eines Vereins oder dem Aufsichtsrat einer AG – vor allem um die interne Willensbildung durch Beschlüsse, können die Organmitglieder durch Geschäftsordnung das für die Beschlussvorbereitung und Beschlussfassung geltende Verfahren regeln.⁴¹ Dazu zählen insbesondere der Sitzungsrhythmus, Sitzungsort, Sitzungsleitung, Frist und Form der Einberufung, Art und Weise der Beschlussfassung (offene oder geheime Abstimmung), Feststellung und Bekanntmachung von Beschlüssen sowie das Sitzungsprotokoll. Um nicht für jede Sitzung eine Leitung zu wählen, kann durch Geschäftsordnung ein ständiger Organvorsitz (samt Stellvertretung) eingerichtet werden, dem die Vorbereitung und Leitung der Sitzungen sowie die Feststellung und Ausführung der Beschlüsse obliegt. Hat ein Organ unterschiedliche Aufgabenbereiche, können durch die Geschäftsordnung auch Ausschüsse eingerichtet werden, die die Willensbildung des Plenums vorbereiten. Bei Geschäftsführungsorganen – wie dem Vorstand einer AG, der Geschäftsführung einer GmbH

³⁷ Hier nimmt die h.M. „Diskontinuität“ an, vgl. *Reichold*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 11. Aufl. 2024, BetrVG § 36 Rn. 7 m.w.N.; mit Recht kritisch *Richardi/Thüsing*, 16. Aufl. 2018, BetrVG § 36 Rn. 15.

³⁸ So *Ernst* (Fn. 1), 21.

³⁹ Siehe nur *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497 (500 f.).

⁴⁰ Ebenso *Beuthien* (Fn. 21), 1135 (1143).

⁴¹ Für einen Überblick über den Inhalt aktienrechtlicher Geschäftsordnungen *Isenberg* (Fn. 4), 109 ff.

sowie bei Vereins- und Stiftungsvorständen – kann in der Geschäftsordnung auch die Organisation der Geschäftsleitung geregelt werden (Gesamt- oder Einzelgeschäftsführung, Widerspruchs- und Informationsrechte, Geschäftsverteilung und Ressortzuweisung). Weist die Satzung einem anderen Organ als der Mitgliederversammlung die Kompetenz zur Bestellung des Vorstands zu, kann dieses Organ auch das Bestellungsverfahren regeln.⁴² Soll ein Organ selbst über die Nachfolge ausscheidender Mitglieder entscheiden (z.B. Kooptation), darf es in einer Geschäftsordnung das Auswahlverfahren und die Kriterien für eine Kooptation (z.B. Altersgrenzen) festlegen.⁴³

Organinterne Geschäftsordnungen sind ein Instrument der Binnenorganisation. Sie binden – nicht anders als einfache Ordnungsbeschlüsse eines Organs – nur die Organmitglieder selbst. Vor allem können sie den Organauftrag und die Befugnisse des Organs im Außenverhältnis nicht verändern. Regelungen über die Vertretungsbefugnis eines Organs sind daher niemals von der internen Kompetenz zum Erlass einer Geschäftsordnung gedeckt,⁴⁴ auch wenn in der Praxis mitunter eine durch Gesetz und Satzung bestimmte Vertretungsordnung rein deklaratorisch in einer Geschäftsordnung wiedergegeben wird. Durch eine Geschäftsordnung können auch keine Eingriffe in Mitgliederrechte erfolgen⁴⁵ oder Ansprüche der Organwalter gegen den Verein begründet werden. Zu Recht hat der BGH daher eine Geschäftsordnungsregelung für unwirksam gehalten, durch die den Mitgliedern eines Vereinsorgans ohne satzungsmäßige Grundlage eine Entschädigung für die aufgewandte Arbeitszeit eingeräumt wurde.⁴⁶ Diese Entscheidung gilt – erst recht – nach Einfügung der §§ 27 Abs. 3 Satz 2, 84a Abs. 1 Satz 2 BGB für Vereine und Stiftungen fort. Unbedenklich wäre hingegen eine Regelung, die – im Sinne einer bloßen Vereinfachung – den gesetzlichen Aufwandsersatzanspruch der Organmitglieder nach § 670 BGB lediglich realitätsgerecht pauschaliert.⁴⁷

Besondere Fragen stellen sich in Hinsicht auf Regelungen zu Beschlussquoten und die Binnenorganisation der Geschäftsführung. Nach § 77 Abs. 1 Satz 2 AktG darf der Vorstand einer AG durch eine – einstimmig zu beschließende (§ 77 Abs. 2 Satz 3 AktG) – Geschäftsordnung nicht nur vom Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung zugunsten einer Einzelgeschäftsführung abweichen, sondern auch für die Willensbildung eine flexiblere Regelung treffen und vom Einstimmigkeitsprinzip zur mehrheitlichen Beschlussfassung übergehen.⁴⁸ Diese Vorgaben gelten – jedenfalls im Grundsatz – nach allgemeiner Ansicht für die Geschäftsführung in der GmbH entsprechend.⁴⁹ Hingegen steht der in § 108

⁴² Vgl. OLG Brandenburg v. 20.4.2022 – 7 W 44/22, NJW-RR 2022, 974.

⁴³ Vgl. auch OLG Hamm v. 6.9.2007 – 15 W 129/07, NJW-RR 2008, 350.

⁴⁴ Allgemeine Ansicht, vgl. nur *Beuthien* (Fn. 21), 1135 (1151); *Kober* (Fn. 4), 344.

⁴⁵ Zu Eingriffen in Mitgliederrechte BGH v. 6.3.1967 – II ZR 231/64, BGHZ 47, 172 (178).

⁴⁶ BGH v. 14.12.1987 – II ZR 53/87, NJW-RR 1988, 745; dazu etwa *Hüttemann*, DB 2009, 1205.

⁴⁷ Zur Abgrenzung BGH v. 14.12.1987 – II ZR 53/87, NJW-RR 1988, 745.

⁴⁸ Siehe nur *Koch* (Fn. 15), AktG § 77 Rn. 11.

⁴⁹ *Schneider* (Fn. 20), 633 (648); Noack/Servatius/Haas/*Beurskens*, 24. Aufl. 2025, GmbHG § 37 Rn. 14 ff.

Abs. 1 AktG vorausgesetzte Mehrheitsgrundsatz nach h.M. nicht zur Disposition des Aufsichtsrats, so dass nur durch Satzung ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis festgelegt werden kann.⁵⁰

Fraglich ist, welche Grundsätze bei Vereins- und Stiftungsorganen gelten, deren Beschlussfassung bereits kraft Gesetzes dem Mehrheitsprinzip unterliegt (§ 32 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. §§ 28, 84b Satz 1 BGB). Auch diese Organe sind grundsätzlich befugt, die Art und Weise ihres Zusammenwirkens in einer Geschäftsordnung näher auszugestalten, soweit dies die Erfüllung des Organauftrags erleichtert. Folglich kann z.B. die Mitgliederversammlung eines Vereins oder ein vom Stifter eingesetzter Stiftungsrat sämtliche mit ihren Aufgaben zusammenhängenden Verfahrensfragen in einer Geschäftsordnung regeln. Abweichungen vom gesetzlichen Mehrheitsprinzip – z.B. ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis oder Einstimmigkeit für bestimmte Beschlüsse – müssen jedoch der Satzung vorbehalten bleiben (§§ 40, 84b Satz 1 BGB). Dies folgt bereits aus der Überlegung, dass sich regelmäßig nicht sagen lässt, ob eine solche Abweichung zu inhaltlich „besseren“ Entscheidungen führt, zumal höhere Mehrheitserfordernisse die Willensbildung regelmäßig erschweren. Solche Festlegungen muss daher die Mitgliederversammlung mit satzungsändernder Mehrheit oder der Stifter treffen. Gleiches gilt für Regelungen, die – wie z.B. ein Stichentscheid des Organvorsitzes bei Stimmengleichheit – die Willensbildung zwar erleichtern können, aber zugleich das Stimmgewicht der Organmitglieder verändern.⁵¹

Im Bereich der Geschäftsführung können Vereins- und Stiftungsorgane durch Geschäftsordnung von der gesetzlichen Vorgabe – Gesamtgeschäftsführung aller Vorstandsmitglieder mit Mehrheitsprinzip – abweichen, um gerade bei größeren Organisationen eine effektivere Aufgabenerledigung zu ermöglichen. Zwar steht auch hier das Mehrheitsprinzip als solches richtigerweise nicht zur Disposition. Durch Geschäftsordnung kann aber eine Ressortverteilung vorgesehen und Vorstandsmitgliedern für bestimmte Bereiche Einzelgeschäftsbefugnis eingeräumt werden, zumal den Gesamtvorstand weiterhin gewisse wechselseitige Informations- und Kontrollpflichten treffen.⁵² Soweit dies für Stiftungen vereinzelt unter Hinweis auf § 84a Abs. 1 Satz 3 BGB in Frage gestellt wird, weil eine Ressortaufteilung eine „Haftungsbeschränkung“ darstelle,⁵³ ist dem nicht zu folgen, da die Geschäftsverteilung nur die Zuständigkeiten verändert.

b) Äußere Grenzen

Interne Geschäftsführungskompetenzen finden ihre äußeren Grenzen in zwingenden gesetzlichen Vorschriften, vorrangigen Satzungsregelungen und exter-

⁵⁰ Siehe Koch (Fn. 15), AktG § 108 Rn. 8; Schädel (Fn. 4), 144.

⁵¹ Zum Stichentscheid siehe Ernst, in: FS für Karsten Schmidt, Bd. 1, 2019, 261 (283 ff.).

⁵² Vgl. dazu Markworth, in: Schimke/Dauernheim/Schiffbauer (Hrsg.), Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 15. Aufl. 2024, Kap. 4 B Rn. 1226 ff.; Stöber/Otto (Fn. 28), Rn. 557; Staudinger/Schwennicke (Fn. 21), BGB § 27 Rn. 68 ff.; a.A. – ohne Begründung – Waldner, in: Beuthien/Gummert/Schöpfli (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 28 Rn. 9.

⁵³ So BoKoStiftR/Uffmann, 2023, BGB § 84a Rn. 144.

nen Geschäftsordnungskompetenzen eines anderen Organs. Was gesetzliche Schranken anbetrifft, so ist – neben den allgemeinen Grenzen privatautonomer Regelungsmacht (vgl. §§ 134, 138 BGB)⁵⁴ – vor allem an zwingende Vorgaben des Aktien- und Mitbestimmungsrechts zu denken. So darf z.B. die Geheimhaltungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder (vgl. § 116 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG) nicht durch eine Geschäftsordnung verschärft werden, weil es sich um eine abschließende gesetzliche Vorgabe handelt.⁵⁵ Ferner steht die Pflicht zur Gleichbehandlung aller Aufsichtsratsmitglieder etwa einer Geschäftsordnungsregelung entgegen, nach der lediglich Vertreter der Arbeitgeberseite in einen bestimmten Ausschuss gewählt werden können.⁵⁶ Überdies leitet die h.M. aus § 84 Abs. 2 AktG ab, dass nur der Aufsichtsrat selbst einen Vorstandsvorsitzenden einsetzen darf, während der Vorstand in seiner Geschäftsordnung nur einen Vorstandssprecher vorsehen kann.⁵⁷

Beim Erlass einer internen Geschäftsordnung hat das betreffende Organ zudem übergeordnete satzungsmäßige Vorgaben zu beachten. In diesem Sinne hat der BGH zutreffend entschieden, dass ein Vereinsvorstand die Ausübung einer durch Satzung verbindlich angeordneten Einzelvertretungs- und Einzelgeschäftsführungsbefugnis jedes Vorstandsmitglieds nicht durch Beschluss von der internen Zustimmung aller anderen Vorstandsmitglieder abhängig machen darf.⁵⁸ Gleiches gilt, wenn die Satzung bestimmte Verfahrensfragen (z.B. die Beschlussfähigkeit oder die Möglichkeit einer Stimmrechtsvertretung) für alle Organe verbindlich vorgibt.

Eine letzte Schranke organinterner Geschäftsordnungskompetenzen stellen gesetzliche oder satzungsmäßige Befugnisse anderer Organe zum Erlass einer organexternen Geschäftsordnung dar. So kann der Vorstand einer Aktiengesellschaft nach § 77 Abs. 2 AktG sich nur dann eine Geschäftsordnung geben, „wenn nicht [...] der Aufsichtsrat eine Geschäftsordnung für den Vorstand erlässt.“ Nichts anderes gilt, wenn die Satzung einem Organ eine externe Geschäftsordnungskompetenz ausdrücklich zuweist oder sich eine solche aus der Organstruktur – z.B. aus der Weisungsgebundenheit der GmbH-Geschäftsführer (§ 37 Abs. 1 GmbHG) oder der Weisungsgebundenheit des Vereinsvorstands (§ 27 Abs. 3 i.V.m. 665 BGB) – ableiten lässt.⁵⁹ Erlässt also z.B. die Generalversammlung einer GmbH – wie dies verbreiteter Praxis entspricht – eine explizit oder implizit abschließende Geschäftsordnung für die Geschäftsführung, ist für eine organinterne Regelung durch die Geschäftsführer kein Raum mehr. Natürlich können Gesetz oder Satzung einem Organ auch einen „herrschafts-

⁵⁴ Dazu etwa *Kober* (Fn. 4), 252 ff.

⁵⁵ BGH v. 5.6.1975 – II ZR 156/73, BGHZ 64, 325.

⁵⁶ OLG Hamburg v. 17.12.1980 – 11 U 21/82, WM 1982, 1090.

⁵⁷ Siehe dazu *Koch* (Fn. 15), AktG § 84 Rn. 28 f.

⁵⁸ BGH v. 12.10.1992 – II ZR 208/91, BGHZ 119, 379; ebenso *Staudinger/Schwennicke* (Fn. 21), BGB § 27 Rn. 68.

⁵⁹ Näher zur Organisationskompetenz der Gesellschafter *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar, 21. Aufl. 2023, GmbHG § 37 Rn. 36; zum Verein vgl. nur *Wagner* (Fn. 28), § 19 Rn. 9.

freien“ Kernbereich für organinterne Geschäftsordnungsregelungen zuweisen. Dies dürfte aber die Ausnahme sein.⁶⁰

4. Beschlussmehrheiten

a) *Gesetz oder Satzung*

Gesetzliche Regelungen über die für eine interne Geschäftsordnung erforderliche Beschlussmehrheit sind selten. Nach § 77 Abs. 2 Satz 3 AktG müssen Beschlüsse des Vorstands einer Aktiengesellschaft über die Geschäftsordnung „einstimmig“ gefasst werden. Einstimmigkeit meint hier „Allstimmigkeit“, so dass Enthaltungen – abweichend von § 32 Abs. 1 Satz 3 BGB – als Neinstimmen zu werten sind.⁶¹ In der Begründung des AktG 1965 heißt es dazu:

„Die Einstimmigkeit ist deshalb erforderlich, weil der Vorstand in der Geschäftsordnung die für seine Zusammenarbeit wichtigen Fragen eine längere Zeit festlegt und es nicht angeht, hierbei das Überstimmen eines Vorstandsmitglieds zuzulassen. Genügte für die Geschäftsordnung ein Mehrheitsbeschluß, so könnte einem Vorstandsmitglied gegen seinen Willen sein bisheriger Tätigkeitsbereich von den anderen Vorstandsmitgliedern genommen oder beschnitten werden.“⁶²

Über diese Erwägung hinaus lässt sich das Einstimmigkeitserfordernis auch mit der gesetzlichen Gesamtgeschäftsführung des Vorstands nach § 77 Abs. 1 Satz 1 AktG rechtfertigen. Wenn der Vorstand über „normale“ Maßnahmen der Geschäftsführung nur einstimmig beschließen kann, bedarf der Beschluss über eine Geschäftsordnung als abstrakt-generelle Regelung erst recht der allseitigen Zustimmung. Das Einstimmigkeitserfordernis gilt überdies – wie die Gesetzesbegründung klarstellt⁶³ – nicht nur für den erstmaligen Erlass einer Geschäftsordnung, sondern auch für jede nachfolgende Änderung. Weitere Vorschriften zu Beschlussmehrheiten finden sich in § 129 Abs. 1 Satz 1 AktG für die Hauptversammlung (Drei-Viertel-Mehrheit) und § 36 BetrVG für den Betriebsrat (einfache Mehrheit).

Wird eine Geschäftsordnung kraft Satzungsermächtigung erlassen, gilt das in der Satzung bestimmte Quorum. Hat der Stifter z.B. in der Satzung bestimmt, dass sich das Kuratorium mit Zwei-Drittel-Mehrheit eine Geschäftsordnung geben soll, dann gilt dies, auch wenn das Kuratorium ansonsten – analog § 84b Satz 1 i.V.m. § 32 BGB – mit einfacher Mehrheit entscheidet.

b) *Selbstorganisation*

Fraglich ist, welche Mehrheit erforderlich ist, wenn ein Organ ohne gesetzliche oder satzungsmäßige Ermächtigung im Rahmen der Selbstorganisation eine Geschäftsordnung beschließt. Die Frage wird im gesellschaftsrechtlichen Schrift-

⁶⁰ Zu § 77 Abs. 2 Satz 2 AktG siehe *Koch* (Fn. 15), AktG § 77 Rn. 20.

⁶¹ Zur Zustimmungspflicht aller Vorstandsmitglieder vgl. nur *KöKoAktG/Cahn* (Fn. 19), AktG § 77 Rn. 62.

⁶² BT-Drucks. IV/171, 122.

⁶³ BT-Drucks. IV/171, 122.

tum vor allem für den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft diskutiert, weil hier eine gesetzliche Regelung fehlt.⁶⁴ Nach ganz h.M. soll das Ein- bzw. Allstimmigkeitsgebot des § 77 Abs. 2 Satz 3 AktG insoweit nicht entsprechend gelten, so dass der Aufsichtsrat mit einfacher Mehrheit eine Geschäftsordnung beschließen kann.⁶⁵ Für diese Ansicht spricht vor allem, dass sich die besondere Wertung des § 77 Abs. 2 Satz 3 AktG – Erforderlichkeit eines einstimmigen Beschlusses – erkennen auf ein Geschäftsleitungsorgan bezieht, für das kraft Gesetzes das Einstimmigkeitsprinzip gilt und bei dem die Geschäftsordnung zugleich über die Ressortverteilung entscheidet. Beides lässt sich auf ein Beschlussorgan wie den Aufsichtsrat nicht übertragen, denn er entscheidet grundsätzlich mit einfacher Mehrheit und die Regelungen seiner Geschäftsordnung betreffen alle Aufsichtsratsmitglieder gleichermaßen, so dass das Mehrheitsprinzip sachrichtig ist.⁶⁶

Auch wenn sich die Rechtslage im Aktienrecht nicht einfach auf andere Rechtsformen übertragen lässt, können aus den vorstehenden Überlegungen zwei allgemeine Schlussfolgerungen gezogen werden. Da sich die Kompetenz eines Organs zur Selbstorganisation aus seinem Organauftrag ableitet, gelten für den Beschluss über eine Geschäftsordnung im Grundsatz die gleichen Mehrheitserfordernisse wie für sonstige Ordnungsbeschlüsse des Organs. Die Gesellschafterversammlung einer GmbH und die Mitgliederversammlung eines Vereins beschließen folglich mit einfacher Mehrheit über ihre Geschäftsordnung (§ 47 Abs. 1 GmbHG, § 32 BGB). Hingegen gilt für mehrere Geschäftsführer einer GmbH nach allgemeiner Ansicht § 77 Abs. 1 AktG analog, so dass sie sich – wenn die Gesellschafterversammlung ausnahmsweise keine organexterne Geschäftsordnung mit einfacher Mehrheit vorgegeben hat – entsprechend § 77 Abs. 2 Satz 3 AktG nur durch einstimmigen Beschluss eine interne Geschäftsordnung geben können.⁶⁷

Weniger eindeutig ist die Rechtslage bei Vereins- und Stiftungsorganen, die grundsätzlich mit einfacher Mehrheit entscheiden (vgl. § 32 i.V.m. §§ 28, 84b Satz 1 BGB). Hier ist ebenfalls nach dem Organauftrag zu unterscheiden. Handelt es sich – wie bei der Mitgliederversammlung eines Vereins, einer Delegiertenversammlung oder einem vom Stifter in der Satzung verankerten „Stiftungsbeirat“ – um Beschluss- oder Beratungsorgane, die funktional mit einer Gesellschafterversammlung oder einem Aufsichtsrat vergleichbar sind, bedarf auch der Geschäftsordnungsbeschluss nur der einfachen Mehrheit der Organmitglieder. Handelt es sich aber – wie beim Vereins- und Stiftungsvorstand – in erster Linie um Geschäftsleitungsorgane, so dass die Geschäftsordnung vor allem die interne Geschäftsführung regelt, ist im Zweifel Einstimmigkeit erforderlich. Dies ist jedenfalls zwingend, wenn die Geschäftsordnung einzelnen Vorstandsmitgliedern individuelle Zuständigkeiten oder Ressorts zuweist. Eine solche Geschäftsordnungsregelung setzt entsprechend § 77 Abs. 2 Satz 3 AktG die Zustimmung aller Vorstandsmitglieder voraus, weil niemandem gegen seinen

⁶⁴ Dazu näher *Schädel* (Fn. 4), 107 ff.

⁶⁵ Vgl. nur *Koch* (Fn. 15), AktG § 107 Rn. 65 m.w.N.

⁶⁶ So auch *Schädel* (Fn. 4), 115.

⁶⁷ Dazu nur *Schneider* (Fn. 20), 633 (648).

Willen eine besondere Zuständigkeit zugewiesen bzw. die allgemeine Zuständigkeit entzogen werden kann.⁶⁸ Schriftform ist nach der neueren Rechtsprechung des BGH zwar für die Wirksamkeit einer derartigen – auch haftungsrelevanten – Ressortbildung nicht zwingend erforderlich.⁶⁹ Sie sollte aber schon wegen der abweichenden Ansicht des BFH⁷⁰ zur steuerlichen Organhaftung (§§ 34, 69 AO) weiterhin eingehalten werden.

c) *Abweichung im Einzelfall*

Während eine organextern vorgegebene Geschäftsordnung für das Organ stets bindend ist, stellt sich bei organinternen Geschäftsordnungen die Frage, ob und mit welcher Mehrheit sich ein Organ im Einzelfall über seine eigene Geschäftsordnung hinwegsetzen kann. Rechtlicher Ausgangspunkt ist dabei die allgemeine Auffassung, dass eine organinterne Geschäftsordnung jederzeit mit der gleichen Mehrheit geändert oder aufgehoben werden kann, mit der sie beschlossen wurde.⁷¹ Anders als eine Satzung stellt eine Geschäftsordnung also kein „höheres Recht“, sondern lediglich eine abstrakt-generelle Regelung durch Beschluss mit Dauerwirkung dar. Wenn ein Organ aber eine eigene Geschäftsordnung jederzeit durch einen Beschluss „aussetzen“ und anschließend durch Beschluss wieder „in Kraft setzen“ kann, dann bestehen auch keine Einwände gegen einen „geschäftsordnungsdurchbrechenden“ Beschluss.⁷² Entscheidend ist nur, dass ein solcher Beschluss mit der für eine Änderung der Geschäftsordnung erforderlichen Mehrheit gefasst wird und erkennen lässt, dass das Organ lediglich für einen bestimmten Einzelfall von der Geschäftsordnung abweichen will.⁷³

IV. Externe Geschäftsordnung

1. Erlass einer Geschäftsordnung durch Organbeschluss

Die Befugnis, einem anderen Organ eine Geschäftsordnung verbindlich vorzugeben, kann sich aus Gesetz, Satzung oder dem Organauftrag ergeben. Während das Aktienrecht die Geschäftsordnungsbefugnisse von Aufsichtsrat und Hauptversammlung im Verhältnis zum Vorstand in § 77 Abs. 2 AktG ausdrücklich regelt, fehlen im GmbH-, Vereins- und Stiftungsrecht entsprechende Vorschriften. Allerdings folgt im GmbH-Recht bereits aus der übergeordneten Stellung der Gesellschafterversammlung (§ 46 GmbHG) und der Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer (§ 37 Abs. 1 GmbHG) die Befugnis der Gesellschafter, den

⁶⁸ So auch *Osnabrügge* (Fn. 6), Kap. 2 D Rn. 150; *Markworth* (Fn. 52), Kap. 4 B Rn. 1229.

⁶⁹ BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162.

⁷⁰ Siehe BFH v. 23.6.1998 – VII R 4/98, NJW 1998, 3374.

⁷¹ Vgl. nur *Isenberg* (Fn. 4), 193 ff.; zur Aufhebung der Geschäftsordnung der Hauptversammlung soll hingegen einfache Mehrheit ausreichen, vgl. *Koch* (Fn. 15), AktG § 129 Rn. 6.

⁷² *Osnabrügge* (Fn. 6), Kap. 2 D Rn. 152; *Isenberg* (Fn. 4), 165.

⁷³ So bereits *Voigt* (Fn. 4), 152; eingehend zur Satzungs- und Geschäftsführungsdurchbrechung *Pöschke*, Satzungs- und Geschäftsführungsdurchbrechende Beschlüsse in AG und GmbH, 2020.

Geschäftsführern eine Geschäftsordnung zu geben, die – anders als bei der Aktiengesellschaft (vgl. § 77 Abs. 2 Satz 2 AktG) – nicht auf „Einzelfragen“ beschränkt sein muss.⁷⁴ Im Vereinsrecht ist ebenfalls allgemein anerkannt, dass die Mitgliederversammlung als oberstes Organ dem Vorstand und jedem anderen Vereinsorgan – gleichsam als bindende „abstrakt-generelle Weisung“ im Sinne von § 27 Abs. 3 i.V.m. § 665 BGB – eine Geschäftsordnung geben kann, soweit die Satzung nicht ausnahmsweise eine abweichende Regelung trifft und z.B. dem Vorstand eine satzungsfeste eigene Geschäftsordnungskompetenz zuweist.⁷⁵

Bei der Stiftung stellt sich die Frage einer externen Geschäftsordnungskompetenz nur, wenn die Satzung neben dem Stiftungsvorstand noch ein weiteres Organ vorsieht und die Satzung keine ausdrückliche Regelung trifft. In diesem Fall ist dann unter Berücksichtigung der konkreten Organstruktur und des mutmaßlichen Stifterwillens (vgl. § 83 Abs. 2 BGB)⁷⁶ zu überlegen, ob das eine Organ dem anderen Organ eine Geschäftsordnung geben kann. So wird man z.B. einem zur Bestellung und Überwachung des Stiftungsvorstands berufenen Beirat als dem Vorstand „übergeordnetem“ Organ im Zweifel auch eine ungeschriebene externe Geschäftsordnungskompetenz gegenüber dem Vorstand zubilligen dürfen.

Hinsichtlich der erforderlichen Stimmenmehrheit gelten für Beschlüsse über organexterne Geschäftsordnungen die allgemeinen Regeln. Geschäftsordnungsbeschlüsse des Aufsichtsrats einer AG, der Gesellschafterversammlung einer GmbH oder der Mitgliederversammlung eines Vereins bedürfen mithin der einfachen Mehrheit der Stimmen.⁷⁷ In der GmbH und im Verein kann die Satzung auch höhere Mehrheitsquoten vorsehen.

2. Geschäftsordnung als Satzungsregelung

Eine Alternative zum Erlass einer organexternen Geschäftsordnung durch einfachen Beschluss des zuständigen übergeordneten Organs ist schließlich eine satzungsmäßige Verankerung von Verfahrensregelungen für bestimmte Organe. Der Weg über die Satzung hat allerdings zur Folge, dass nachträgliche Änderungen solcher Vorgaben – anders als bei einer mit einfacher Mehrheit beschlossenen externen Geschäftsordnung – erschwert werden, was im Einzelfall – z.B. zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern oder bestimmten Mitgliedergruppen – sogar gewollt sein kann.⁷⁸ Werden Geschäftsordnungsregelungen ausnahmsweise auf Satzungsebene getroffen, bedarf ein solcher Änderungsbeschluss der für Satzungsänderungen erforderlichen – regelmäßig qualifizierten – Mehrheit der Stimmen. Bei Stiftungen ist überdies zu bedenken, dass jede Satzungsänderung

⁷⁴ Zur Geschäftsordnungskompetenz der Gesellschafter *Kleindiek* (Fn. 59), GmbHG § 37 Rn. 35 f.

⁷⁵ Zu Weisungen durch Geschäftsordnung *Staudinger/Schwennicke* (Fn. 21), BGB § 27 Rn. 73.

⁷⁶ Zum Stifterwillen näher *Hüttemann/Rawert*, AcP 222 (2022), 301.

⁷⁷ Vgl. für die h.M. bei der GmbH OLG Hamm v. 28.7.2010 – 8 U 112/09, GmbHR 2010, 1033; *Kleindiek* (Fn. 59), GmbHG § 37 Rn. 36 m.w.N.; a.A. aber *Schneider* (Fn. 20), 633 (647).

⁷⁸ Dazu etwa das Beispiel bei *Schneider* (Fn. 20), 633 (642).

nach § 85 BGB an enge Voraussetzungen geknüpft ist und überdies der Genehmigung durch die Stiftungsaufsicht bedarf (§ 85a BGB).

VI. Schluss

Am Ende des Beitrags steht ein Wunsch: Möge der „Kleinen Abstimmungsfi-bel“ eine „Kleine Geschäftsordnungsfi-bel“ folgen.

Zur Antinomie zwischen Iul. 13 dig. D. 41, 1, 36 und Ulp. 7 disp. D. 12, 1, 18 pr.

Bruno Huwiler

I. Der Ausgangspunkt

Die ganz herrschende Lehre nimmt eine Antinomie zwischen Julian und Ulpian hinsichtlich deren Lehrmeinungen die *traditio ex iusta causa* betreffend an. Während Julian diese als einen abstrakten Rechtsakt verstanden habe, in seiner Wirkung unabhängig von einem zugrundeliegenden schuldrechtlichen Rechtsgeschäft, hätte Ulpian für die Eigentumsübertragung ein solches gefordert.¹

II. Die These

In der vorliegenden Studie soll nachgewiesen werden, dass eine solche Antinomie zwischen Julian und Ulpian nicht besteht. Beide vertraten die Auffassung, dass die *traditio* stets Eigentum verschaffte, wenn sie die Einigung der Parteien, dieses zu übertragen, beziehungsweise erwerben zu wollen, vollzog. Dieser *animus dominii transferendi et acquirendi* bildet die dazu erforderliche *iusta causa*. Einer zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vereinbarung (*causa*) bedarf es nicht; Julian und Ulpian vertreten die Abstraktheit der Eigentumsübertragung mittels *traditio*.

¹ Statt aller Kaser, Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vor-klassische und klassische Recht, 2. Aufl., 1971, 417 – Die Literatur zu diesem Thema ist unübersehbar. Die älteren Nachweise bei Kaser, a.a.O., 416 f.; neue Literatur bei Meissel, in: Falk/Luminati/Schmoeckel (Hrsg.), Fälle aus der Rechtsgeschichte, 2008, 76, sowie Laborenz, Solutio als causa, 2014, 35; Seither eingehend zum Thema: Empell, In causis vero dissentiamus. Exegese eines folgenreichen Julian-Fragmentes D. 41, 1, 36, 2020.

III. Zur Dogmatik der Eigentumsübertragung im klassischen römischen Recht

1. Die Denkform der Rechtsübertragung als *successio*

Die Vorstellung der *successio* als Übergang des mit sich selbst identisch bleibenden Rechts ist der klassischen Jurisprudenz noch nicht zugänglich.² Die Rechtsübertragung vollzog sich, indem der Veräußerer sein Recht aufgab und der Erwerber dieses mit dessen Billigung neu begründete.³ Termini wie *transfere*, *translatio* oder *transire* sind in den Quellen metaphorisch verwendet⁴ und meinen den *bewirkten Erfolg* und nicht den *Rechtsvorgang*.⁵ Die *successio* ist noch im klassischen Recht mit der herrschenden Vorstellung der Sachherrschaft unvereinbar. Denn diese ist in ihrer Wirkungsweise eine ausschließlich konkrete, im Wortsinn zusammengewachsene, mit einer Person unlösbar verflochtene Art der Güterzuordnung. Sie vermittelt die freie und ungestörte Verfügbarkeit (*uti, frui, habere*) über Gegenstände und ist insoweit inhaltlos, als sie sich unbesenen ihres Objektes auf die nach außen (*erga omnes*) vindikatorisch und negatorisch geschützte Rechtsstellung beschränkt.⁶ Außerhalb dieser Symbiose verliert die Herrschaft ihre Identität, denn sie ist als ablösbare Beziehungsform nicht vorstellbar und daher bleibt eine Sukzession in die mit sich selbst identisch bleibende Herrschaftsbeziehung nicht denkbar. Diese seit der spätrepublikanischen Jurisprudenz als *dominium* und *proprietas* verstandene Sachbeziehung⁷ entsteht und wirkt ohne Berücksichtigung der ihr zugrundeliegenden wirtschaftlichen

² Ehrhardt, *Iusta causa traditionis*, 1930, 18; gl.M. Kaser (Fn. 1), 413, der mit der Entwicklung dieser dogmatischen Figur erst in der Nachklassik rechnet (Kaser, a.a.O., 223); Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 1975, 36 f. sogar erst im justinianischen Recht.

³ Lenz, *Recht des Besitzes*, 1860, 56 f.; Jhering, *Geist des römischen Rechts*, 1883, 436; Stammler, *Schuldrecht*, 1887, 203; von Lübtow, in: FS für Paul Koschaker, 1939, 128 f.; sowie die bei Stagl, in: FS für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag, 2009, 1193, Genannten (u.a. Arangio-Ruiz, Betti, Siber, alle mit der Fundstelle). – Die Gegenmeinung, für *successio* treten ein u.a. Mayer-Maly, Lenel, Biondi (alle zit. bei Stagl a.a.O., 1194) und Stagl selbst (a.a.O., 1197 ff.). Seine Gedankenführung vermag freilich nicht zu überzeugen, da er *transfere* und *translatio* wörtlich, im Sinne der unmittelbaren Rechtsübertragung, als Ausdruck der *successio* versteht, was in Folge der metaphorischen Verwendung dieser Termini (siehe sogl. in Fn. 4) nicht angeht.

⁴ Schulz, *Classical Roman Law*, 1951, 343 f.: „a metaphorical expression“; Kaser (Fn. 1), 223; Kaser SZ 74 (1957), 434 spricht von einer „terminologischen Kurzform“; gl.M. auch Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 1987, 4 f.: „Bilder“ für Verlust und Erwerb des Eigentums.

⁵ Pernice, SZ 9 (1888), 200 ff. – Dieser auf die Rechtswirkung abgestellte Gebrauch dieser Terminologie findet sich beispielsweise bei Julian, wenn er den Übergang der wegen der *in diem addictio* aufgelösten *venditio* an den höher bietenden mit *transfertur* umschreibt (Iul./Ulp. D. 18, 2, 4, 4; 28 Sab.). Ebenso wird in den Quellen die Neubegründung einer *obligatio* als Folge der *novatio* mit *transfere* bzw. *translatio* dieser Schuldverbindlichkeit beschrieben (Ulp. D. 4, 3, 7, 8; 11 ed.; Idem D. 46, 2, 1pr.; 46 Sab.; Gai. 3, 176).

⁶ Dies meint Pernice, Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, 1873, 316, wenn er von der „Farblosigkeit der absoluten Herrschaft“ spricht.

⁷ Dazu Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 1956, 308 ff., 312; ders. (Fn. 1), 120 und 400 f.; Klinck, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, 2023, § 39, Rn. 5.

Vorbedingungen, einzig gestützt auf ihre anerkannt formrichtige Herstellung.⁸ Deren ökonomische Berechtigung und somit deren Rechtfertigung wird außerhalb dieses hermetisch geschlossenen Bereiches überprüft und führt, sollte sie fehlen, nicht zur Aufhebung der konkreten Sachherrschaft, sondern nur zur wertmäßigen Berichtigung in der Form von Geld. In dieser Trennung zweier, eigentlich aufeinander bezogener Handlungsebenen liegt das Wesen der Abstraktheit der Eigentumsübertragung, und zwar nicht allein bei der *mancipatio*,⁹ sondern auch bei der *traditio ex iusta causa*. Denn *causa* bedeutet in diesem Zusammenhang nicht die wirtschaftlich motivierte, schuldrechtliche Begründung der Übereignung, sondern ausschließlich den diese bewirkenden *animus domini transferendi et acquirendi*.

Mangels der Denkform eines Rechtsüberganges (*successio*) vollzieht sich die Verschaffung des Eigentums nicht als vertraglich vereinbarte Bewegung, welche die Vorstellung einer bereits als subjektives Recht vergegenständlichten Herrschaftsbeziehung vorausgesetzt hätte,¹⁰ sondern aufgrund zweier *nebeneinander stehender Erklärungen*, wobei freilich jede nur für sich wirkt und sich einzig auf das Objekt der Übertragung bezieht.¹¹ Diese Konstruktion liegt sowohl der *mancipatio* als auch der *traditio ex iusta causa* zugrunde.

2. Die *mancipatio*

Die in die Frühzeit der römischen Rechtsentwicklung zurückreichende *mancipatio* war als Akt der Rechtsübertragung kein Austausch- sondern ein Abstandsgeschäft.¹² Denn die Neubegründung der Eigentümerstellung geschieht durch die vor Zeugen und damit öffentlich erklärte Eigentumsbehauptung des Erwerbers: *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*, welche seitens des Veräußerers nicht bestritten wird.¹³ Folglich ist der Übertragungsvorgang der *mancipatio* einerseits Aufgabe-, andererseits Aneignungsakt mittels der Okkupationsformel *hanc rem meam esse aio*, so dass es sich nicht um ein translatives, sondern um ein okkupatives Geschäft handelt.¹⁴ Daher ist der Veräußerer nicht Vertragspartner, sondern *auctor*, welcher durch sein billigendes Verhalten

⁸ Kaser (Fn. 1), 401; Pernice (Fn. 5), 200, erkennt in dieser Herrschaft ein „Rechtsverhältnis [...] das um seiner selbst willen besteht“.

⁹ Die *in iure cessio* bleibt in vorliegendem Zusammenhang als nicht rechtsgeschäftlicher Übereignungsakt außer Betracht.

¹⁰ Die Denkform des subjektiven Rechts ist dem klassischen Recht noch nicht zugänglich (Kaser [Fn. 4], 435; ders. [Fn. 1], 225). – Das Recht zur Klage leitet sich nicht aus einem zugrunde liegenden subjektiven Recht ab, sondern ist der Reflex der durch das *ius civile* oder *praetorium* gewährten *actio* (Kaser [Fn. 1], 224). – Ausführlich zur Frage nach dem subjektiven Recht in der Antike Coing, Gesammelte Aufsätze zur Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht, 1982, 244 ff., bes. 246 f.

¹¹ Rabel, SZ 27 (1906), 316.

¹² Wieacker, Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung, 1940, 35 Anm. 140 (Sonderausgabe aus der FS für H. Siber); Kaser (Fn. 1), 132.

¹³ Statt aller Kunkel/Honsell, Römisches Recht, 1987, 101.

¹⁴ So Wieacker (Fn. 12), a.a.O.; und bereits auch Bonfante, Corso di diritto romano II: La proprietà, Parte II, 1968, 58 f.

den Herrschaftsbereich des Erwerbers vermehrt.¹⁵ Trotz des Formelbestandteils *isque (sc.homo) mihi emptus esto* stellt die Manzipation keinen Kauf dar, denn *emere* bedeutet in altrömischer Zeit nicht *kaufen*, sondern *ergreifen, nehmen*.¹⁶ Folglich ist der symbolische Zahlungsvorgang (*nummo uno*) nicht Leistung eines Kaufpreises, sondern ein Abstandsgeld, womit die Rechtsstellung des Erwerbers gesichert wird.¹⁷ Die wirtschaftliche Begründung der Eigentumsverschaffung liegt außerhalb dieses formalen Libralaktes und wäre aufgrund des dort behaupteten *mihi emptus esto* auch schwerlich in die Formel einzubringen gewesen.¹⁸ Er nimmt daher keinen Einfluss auf die Rechtswirkung der *mancipatio*, sie kommt abstrakt zustande.¹⁹

Diese Abstraktheit zeitigt Folgen. Zunächst ist sie seit der Vorklassik ursächlich für die wegen ihrer hermetisch sachenrechtlichen Wirkung unumgänglich gewordenen Entwicklung einer schuldrechtlichen Korrekturmöglichkeit mittels der *condictio*.²⁰ Gleichzeitig führte der zunehmend abstrakte Charakter der römischen Rechtsbegriffe dazu,²¹ dass auch die letztlich aus dem *ius gentium* übernommene *traditio ex iusta causa* ihre rechtsgeschäftliche Gestaltung nach dem Muster der *mancipatio* erfuhr.²²

¹⁵ Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 2021, § 7 Rn. 4.

¹⁶ Pernice (Fn. 5), 203; Partsch, Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften, 1931, 291; Koschaker, in: Symbolae ad studia orientis pertinentes Frederico Hrozný dedicatae, Pars IV, 1950, 213.

¹⁷ Wieacker (Fn. 12), 35; Kaser (Fn. 1), 45; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 15), § 7 Rn. 4.

¹⁸ Kaser (Fn. 1), 47.

¹⁹ Dazu Mitteis, in: Sohm/Mitteis/Wenger, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 1923, 61: „ein abstraktes, farbloses, den Zweck nicht ausdrückendes Eigentumsübertragungsgeschäft“; ferner Kunkel, in: Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Recht, 1949, 126 und bestätigend Kunkel/Mayer-Maly, Römisches Recht, 1987, 156 und 102.

²⁰ Behrends, Institut und Prinzip. Ausgewählte Aufsätze, 2004, 898. – Diese Entwicklung nahm ihren Anfang höchstwahrscheinlich durch die Auslegung der *leges Silia* (3. Jh.) und *Calpurnia* (2. Jh.), welche die *actio certae pecuniae* bzw. *certae rei* zwecks Rückerstattung von Geld- und Saatgutdarlehen einführten (zu den beiden *leges* Kaser [Fn. 1], 170 f.; Kaser/Hackel, römisches Zivilprozessrecht, 1996, 111 f.; Platschek, in: Babusiaux et al. [Hrsg.], Handbuch des Römischen Privatrechts, 2023, § 69 Rn. 1 und 4 m.Hw.; Hähnchen, Die causa condictiois, 2003, 38 ff.). Diese auf dem Wege der Auslegung entwickelte *condictio*, welche nicht von jeher zur Verfügung stand (Kupisch [Fn. 4], 26), ist wohl die von Papinian angesprochene, wenn er erinnert: „Haec condictio ex aequo et bono introducta richte sich auf quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur“ (Pap. D. 12, 6, 66; 8 quaest.; dazu Hähnchen a.a.O., 61 ff.). Diese von der *aequitas* geforderte Korrekturmöglichkeit angesichts nicht gerechtfertigt erworbenen Eigentums verfestigte sich zu einem Grundsatz des *ius civile* (constat: Ulp. D. 12, 7, 1, 3; 43 Sab.) und wird von Marcianus auf das *ius gentium* (Marci. D. 25, 2, 25; 3 reg.), von Pomponius auf das *ius naturale* zurückgeführt (Pomp. D. 50, 17, 206; 9 ex var lect), was als Umsetzung der stoischen Ethik vermutet wird. Dazu Fagnoli, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, 2023, § 77 Rn. 2, und grundlegend Wollschläger, in: Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker, 1985, 41 ff.

²¹ Weber, in: Winckelmann (Hrsg.), Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 466.

²² Gai. D. 41, 1, 9, 3; 2 rer. cott.

3. Die *traditio ex iusta causa*

Der dem Vorgang bei der *derelictio* und der *occupatio* nicht unähnliche Ablauf einer Rechtsübertragung ist bei der *mancipatio* gewiss und erscheint für die *traditio* nicht wesentlich anders.²³ Denn auch im Vollzug der *traditio ex iusta causa* geht das Eigentum des Veräußerers unter und wird beim Erwerber neu begründet²⁴ und wie bei der *mancipatio* ist das Ergreifen der Sache das rechtserwerbende Moment.²⁵ *Tradere* wie auch *dare* stehen für die *Gewährung fremden Zugriffs* auf eine Sache, als eigentlicher juristischer Tatbestand.²⁶ Weil das Aufgeben des Rechtes und dessen Neubegründung beim Erwerber aufeinander bezogen sind, kann darin ein *rudimentärer Vertrag* gefunden werden,²⁷ ein Tatbestand, für welchen die Klassiker keinen Terminus kannten, welcher jedoch als *causa dandi* dogmatisch fassbar ist. Denn ohne eine auf die Eigentumsübertragung abzielende Willenseinigung der Parteien ist diese gar nicht möglich.²⁸

Diesen unstreitigen Grundsatz stellt Javolenus Priscus für die klassische Jurisprudenz sehr klar heraus, wenn er für die rechtswirksame *traditio* den *affectus ex utraque parte contrahentium* fordert, weil ohne diesen die angestrebte sachenrechtliche Rechtsfolge, die im schuldrechtlichen Grundgeschäft erst vorbereitete (*inchoatur*) Eigentumsübertragung nicht stattfinden kann („nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum in quod inchoatur non potest“).²⁹ Diese Willenseinigung ist in der klassischen Jurisprudenz noch keine dingliche Einigung im Sinne der modernen Zivilrechtslehre, sondern sie setzt sich – wie erwähnt – aus *zwei lose nebeneinander stehenden Erklärungen* zusammen. Dabei steht nicht die Erklärung zu übertragen, sondern diejenige, ein Recht aufzugeben, dem Willen zu erwerben, gegenüber.³⁰ In diesen regelmäßig stillschweigenden gegenseitigen Willensäußerungen findet Rabel den „Keim“ eines Vertrages³¹ und Kaser nimmt im Verhalten des Veräußerers zunehmend nicht mehr ein nur schweigendes Dulden wahr, sondern bereits die einer Verfügung ähnliche Willenserklärung.³²

²³ Lenel, in: Behrends/D'Ippolito (Hrsg.), *Gesammelte Schriften*, 1990, 173.

²⁴ Kaser, SZ 67 (1950), 342.

²⁵ Kaser (Fn. 1), 413.

²⁶ Kaser, in: Wissowa et al. (Hrsg.), *Paulys Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, 1937, 2158.

²⁷ Kaser (Fn. 24), 436.

²⁸ Dulckeit, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, Recht und Staat 158/159, 1951, 31.

²⁹ Iav. D. 44, 7, 55; 12 ep.

³⁰ Rabel (Fn. 11), 320; *Mitteis*, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, 1908, 146; *Lange*, *Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition*, 1930, 24.

³¹ Rabel, a.a.O.

³² Kaser (Fn. 24), 336. – Weil die Vorstellung der Verfügung als eine unmittelbar auf den Bestand eines subjektiven Rechts einwirkende Willenserklärung der römischen Jurisprudenz noch fremd ist (vgl. *von Tuhr*, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* II/1, 1914, 238 ff.), wäre es angemessener, an eine *alienatio* zu denken (so *Mitteis* [Fn. 30], 145), insbesondere unter Berücksichtigung der Meinung des Paulus, dass die Duldung einer Ersitzung unter den Begriff der *alienatio* falle: *Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi* (Paul. D. 50, 16, 28pr.; 21 ed.).

Die juristische Denkform der *successio* bleibt nach wie vor unbekannt, die Vorstellung einer Rechtsverschaffung als Nachfolge (*successio*) ist mit der zeitgenössischen juristischen Logik nicht erklärbar. Der im Abstandsgeschäft konkret erfahrbare Untergang und die Neubegründung der Sachherrschaft³³ bleiben als unmittelbar mit der Sache verbundene Vorgänge für die Erklärung der Rechtsverschaffung maßgebend.³⁴ Die Manzipation zählt zu den *urwüchsigen* Rechtsgeschäftsformen der *negotia per aes et libram* des alten *ius civile*. Sie übernimmt aus den genannten Gründen weiterhin eine geradezu „universelle Funktion“ für die meisten Arten privater Rechtsgeschäfte und so auch für die *traditio ex iusta causa*.³⁵ Daher wirkt diese im klassischen Recht in Weiterführung des überkommenen Abstandsgedankens abstrakt.³⁶

4. Die *iusta causa*

a) Der Terminus *causa* ist in der römischen Rechtssprache vieldeutig.³⁷ Im vorliegenden Zusammenhang meint *causa* den *Grund* oder den *Zweck* eines Rechtsgeschäftes, als *iusta causa* bringt der Topos zum Ausdruck, dass es sich um eine Begründung oder Zwecksetzung handelt, welche von der Rechtsordnung (*ius*) gebilligt und mit prozessuaalem Schutz ausgestattet wird.³⁸

Die *traditio* als Realakt³⁹ vermag niemals per se (*nuda traditio*) Eigentum zu übertragen,⁴⁰ sondern bedarf als materiell inhaltloser, faktischer Vorgang stets einer vereinbarten, rechtlich anerkannten Zwecksetzung, einer *iusta causa*. Dies gilt als unbestritten herrschende Lehre in der Klassik:

Paul. D. 41, 1, 31pr. 31 ed.

Numquam nuda traditio transfert dominium sed ita, si venditio aut alia iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.⁴¹

³³ Die *mancipatio* ist ursprünglich nicht Form, sondern die *wahrgenommene Ausprägung ihres Inhaltes* (Mitteis [Fn. 30], 258).

³⁴ Jhering (Fn. 3), 439.

³⁵ Weber (Fn. 21), 403.

³⁶ Dazu einstweilen Mitteis (Fn. 19), 288; sehr klar auch Endemann, Römisches Privatrecht, 1925, 116; CROME, Grundzüge des Römischen Privatrechts (2.A., 1922) 67 f.; WEISS, Institutionen des römischen Privatrechts (2.A., 1949) 176; GIRARD/von MAYR, Geschichte und System des römischen Rechtes, I. Teil (1908) 321 f., bes. A. 3; vgl. auch TALAMANCA, Istituzioni di diritto romano (1990) 436 – Mitteis sieht noch im zweiten Jahrhundert der Kaiserzeit Spuren dieser Auffassung (Mitteis [Fn. 30], 146).

³⁷ Mögliche Bedeutung bei Laborenz (Fn. 1), 56 ff.; und bereits Lotmar, Über *causa* im römischen Recht, 1875, 32 ff.

³⁸ Zu dieser Funktion von *ius* s. Kaser, in: Essays in honour of Ben Beinart II, 1979, 67 f. – Dabei handelt es sich um eine Erlaubtheit gestützt auf überlieferte Rituale, welche Rechtsmacht über Personen und Sachen zulassen. Einseitige Zugriffe ohne die von der Rechtsgemeinschaft anerkannte Überlieferung wären *vis* und damit rechtslose Gewalt. Denn es geht um eine Machtordnung im Sinne legitimer Verhältnisse zwischen Bürgern (Wieacker, Römische Rechtsgeschichte, 1988, 270 f.).

³⁹ Kaser, BIDR 64, 1961, 62 und bes. ders., Ius gentium, 1993, 97 f.; Honsell, Römisches Recht, 2015, 58 f.; vgl. auch Lotmar (Fn. 37), 50 und 165.

⁴⁰ Honsell, a.a.O.

⁴¹ Zum rechtsgeschäftlichen Inhalt sowie zum Zustandekommen der *iusta causa* s.u. unter III.4.b.

Die erforderliche *iusta causa* nimmt zwei Funktionen wahr. Zunächst erzeugt sie als die Vereinbarung des wirtschaftlich motivierten Rechtsgeschäftstypus, des sog. Grundgeschäftes, die schuldrechtliche Begründung der intendierten Eigentumsübertragung. Im Zuge deren Verwirklichung fungiert sie als Einigung der Parteien, Eigentum zu verschaffen und ist als solche konstitutives Tatbestandselement der Übertragung. Letizia Vacca hat die beiden Funktionen treffend als *causa dell'attribuzione* – sachenrechtliche Einigung – und als *causa di giustificazione* – schuldrechtliche Begründung und Rechtfertigung der Eigentumsübertragung – kategorisiert.⁴² Dasselbe meinen die beiden Topoi der *causa dandi* und der *causa retinendi*, nämlich die dingliche Einigung und deren schuldrechtliche Rechtfertigung.⁴³

b) Die *causa dandi*: Ludwig Mitteis definierte bündig: „Die Tradition als Eigentumserwerbsgrund ist Besitzübertragung und Willenseinigung“.⁴⁴ Konstitutiv für die Übertragungswirkung der *traditio* ist die *causa dandi*, der gegenseitige *animus dominii transferendi et acquirendi*. Diese Einigung, inhaltlich die dem Erwerberwillen gegenüber geübte Duldung des Zugriffs auf die zu übertragende Sache, kommt in aller Regel stillschweigend zustande. Sie ist der implizite Inhalt jedes auf die Eigentumsverschaffung angelegten obligatorischen Grundgeschäftes.⁴⁵ Diese Konkludenz zeigt sich besonders deutlich bei der *venditio*, des in den Quellen am häufigsten genannten, die Eigentumsübertragung vorbereitenden obligatorischen Geschäftes.⁴⁶ Denn obgleich dieser *contractus* den Verkäufer lediglich zur Verschaffung ungestörten Besitzes, nicht aber des Eigentums verpflichtet,⁴⁷ unterstellen die Juristen den beteiligten Parteien die dingliche Einigung als impliziten Inhalt der *emptio venditio*, denn wer verkauft und kauft,

⁴² Vacca, in: Sodalita. Scritti in onore di Antonio Guarino, 1984, 1993 ff.; dies. in: Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica (a cura di Vacca; 1997) 134; dies., Appartenenza e circolazione dei beni, 2006, 173 sowie 175 ff. – In Anlehnung an die scholastische Lehre von der *causa* unterscheiden Zwölve/Sirkes die *causa efficiens* als schuldrechtliche Verpflichtung von der *causa finalis*, der Einigung der Parteien, Eigentum übertragen bzw. erwerben zu wollen (Zwölve/Sirkes, Grundzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte. Einführung und Sachenrecht, 2012, 273 f.).

⁴³ Schwarz, Die Grundlagen der *Condictio* im klassischen römischen Recht, 1952, 229 f.; Häbnchen (Fn. 20), 35 m.Hw.

⁴⁴ Mitteis (Fn. 19), 285.

⁴⁵ Dass der *consensus de dominio transferendo et acquirendo* Inhalt des obligatorischen Grundgeschäftes ist, nimmt auch Ehrhardt, *Iusta causa traditionis*, 1930, 18, an.

⁴⁶ *Venditio* als *iusta causa* etwa bei Iav. D. 44, 7, 55; 12 ep.; Paul. D. 41, 1, 31 pr.; 31 ed.; Gai. 2, 20 u. a. m.

⁴⁷ Ernst, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, 2023, § 77 Rn. 121 m.Hw.

will das Eigentum am Kaufgegenstand verschaffen, beziehungsweise erwerben.⁴⁸ Dieser Konsens ist zu vermuten.⁴⁹

Daraus folgt, dass die *causa dandi* auch dann zustande gekommen sein kann, wenn die Parteien von verschiedenen schuldrechtlichen Geschäftstypen ausgegangen waren, falls beide auf die Übertragung von Eigentum ausgerichtet sind, so wie etwa in dem in Rede stehenden Ausgangsfall (Iul. D. 41, 1, 36; 13 ed.). Denn sowohl der Schenker wie der Darlehensnehmer sind sich einig, dass Eigentum verschafft werden soll und dasselbe gilt, wenn *Ego* in der Meinung, eine Legatsschuld zu erfüllen leistet, *Tu* jedoch glaubt, eine Stipulationsschuld entgegenzunehmen. Der Ausfall des Grundgeschäftes infolge eines Dissenses hindert somit die Rechtswirkung der *traditio* nicht, konstitutiv für diese ist ausschließlich die sachenrechtliche Einigung.⁵⁰

c) Die *causa retinendi*: Die Verwirklichung der wirtschaftlichen Interessen der Akteure geschah seit jeher mittels der verschiedenen Typen rechtlich anerkannter schuldrechtlicher Geschäfte. Deren Abschluss ermöglichte die juristisch geschützte und damit gesicherte Planung und Umsetzung der ökonomischen Bedarfsdeckung. Sie liefern daher den Grund (*causa*) für den letztlich angestrebten Eigentumserwerb und nehmen für diesen eine Hilfsfunktion wahr.⁵¹

Aus diesem Verhältnis der beiden Kategorien der *causae* zueinander erklärt sich der Vorrang der dinglichen Einigung vor der wirtschaftlich motivierten schuldrechtlichen Vereinbarung. Daher bleibt, falls der Erwerb des Eigentums sich nicht auf eine obligatorische Begründung zu stützen vermag, die Eigentümerstellung des Erwerbers zwar unangetastet, wird aber als nicht gerechtfertigte wertmäßig ausgeglichen. Diese Korrektur geschieht mittels einer *ex bono et aequo* entwickelten *condictio*,⁵² welche seit den *veteres* auf die Erstattung dessen *quod ex iniusta causa apud aliquem sit* verpflichtet.⁵³ Der Fortbestand der formalen Eigentümerstellung trotz deren wirtschaftlicher Grundlosigkeit ist einerseits dem erwähnten, in sich geschlossenen System der sachenrechtlichen Güterzuordnung geschuldet und soll andererseits die Rechtssicherheit in einer Rechtsordnung sichern, welche gutgläubigen Eigentumserwerb nicht kennt. Die Funktion der obligatorischen *causa* liegt demgegenüber in der Rechtfertigung des erworbenen Eigentums als *causa di iustificazione*. Sie ist für dessen Erwerb

⁴⁸ Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht, 1902, 90; Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, 1990, 57 f. – Diesen impliziten Konsens setzt auch Afr. D. 19, 1, 30, 1; 8 quaest. voraus. Denn die dort referierte Meinung Julians, dass gegen den *venditor sciens* die *actio empti* bereits vor der Eviktion, auf das Interesse des Käufers, Eigentum erworben zu haben, eingebracht werden konnte, wäre ohne die Annahme einer impliziten dinglichen Einigung nur schwer verständlich. Entsprechendes gilt auch für Gai. D. 18, 1, 53; 28 ed. prov.; sowie für Ulp. D. 19, 1, 11, 2; 32 ed.

⁴⁹ Oftringer, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, 1933, 60.

⁵⁰ So auch Endemann (Fn. 36), 116; Zwalve/Sirks (Fn. 42), 276, nehmen demgegenüber zu Unrecht an, aus dem *Corpus iuris* lasse sich nicht klar erschließen, ob mit der *iusta causa* das obligatorische Grundgeschäft oder die dingliche Einigung gemeint sei.

⁵¹ Laborenz (Fn. 1), 293.

⁵² Pap. D. 12, 6, 66; 8 quaest. u. o. Fn. 20.

⁵³ Ulp. D. 12, 5, 6; 18 Sab.

nicht konstitutiv, sondern verhindert als *causa retinendi* die Entstehung von Rückerstattungsansprüchen.⁵⁴

d) Zwischenergebnis: Die bisherigen Feststellungen legen nahe, dass im klassischen Recht, im Gegensatz zu der in der Wissenschaft herrschenden Lehre,⁵⁵ die *traditio* nicht kausal, sondern abstrakt ausgestaltet war, in ihrer Wirkung einzig abhängig von der implizit im obligatorischen Grundgeschäft vereinbarten dinglichen Einigung. In dieser Übereinkunft, Eigentum aufzugeben und neu zu begründen, liegt der *Keim* des dinglichen Vertrages.⁵⁶

IV. Die Antinomie zwischen Julian und Ulpian

1. Julians Auffassung von der Eigentumsübertragung mittels *traditio ex iusta causa*

Julian entscheidet in D. 41, 1, 36 (13 dig.) in Übereinstimmung mit der vorstehend ermittelten Konstruktion der Eigentumsübertragung, welche im hochklassischen Recht insbesondere von Julians Lehrer Javolenus Priscus (D. 44, 7, 55; 12 ep.) dezidiert vertreten worden war. Demzufolge wird die *traditio ex iusta causa* durch Rechtsgeschäfte wie die *venditio*, *donatio*, *conductio* oder andere auf die Übertragung von Eigentum angelegten *causae* vorbereitet (*inchoatur*).⁵⁷ Zu deren sachenrechtlicher Verwirklichung bedarf es notwendigerweise der gegenseitigen darauf gerichteten Absicht (*affectus*), welche als *iusta causa* für die Übertragung konstitutiv ist. Julian folgt hierin seinem Lehrer und wertet die *traditio* stets als wirksam (*efficax*), wenn sie als Vollzug des sachenrechtlichen Konsenses (*iusta causa*) erfolgt war. Diese von dem obligatorischen Grundgeschäft unabhängige, abstrakte Wirkung der *traditio* scheint die zeitgenössische herrschende Lehre gewesen zu sein (*constat*),⁵⁸ sodass Julian keinen Grund zu erkennen vermag (*non animadverto*), weshalb die *traditio* unwirksam (*inefficax*) sein soll, wenn zwar hinsichtlich des obligatorischen Grundgeschäftes Dissens besteht, jedoch die von den Parteien je verschieden gemeinten *causae* – Damiationslegat und Stipulationsschuld bzw. Schenkung und Darlehen – beide zur Verschaffung von Eigentum verpflichten. Daher bildet ein Dissens in der obligatorischen Vereinbarung, solange die implizite dingliche Einigung trotzdem

⁵⁴ Zu alldem Behrends (Fn. 20), 887 f.; gl.M. Cannata, in: Vacca (Hrsg.), Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito, 2005, 21 f.; Klenova, Die Schenkung unter einer Auflage im römischen Recht, 2023, 68 f. sowie 79 ff.; und bereits auch Bonfante, Scritti giuridici varii II: Proprietà e servitù, 1926, 556 f.

⁵⁵ Statt vieler Kaser (Fn. 1), 416; Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 15), § 24 Rn. 11.

⁵⁶ Rabel (Fn. 11), 320. Zu der auf diesen Spuren entwickelten modernrechtlichen Dogmatik der Eigentumsübertragung an Fahrnis statt aller: Wieling, Sachenrecht I, 2. Aufl. 2006, § 9.

⁵⁷ Die Erwähnung der *conductio* geht nicht, wie Kaser, Römisches Privatrecht II, 1975, 283, annimmt, auf einen nachklassischen Zusatz zurück, sondern Javolen denkt hier an den Frucht-erwerb des Pächters.

⁵⁸ Empell (Fn. 1), 250.

zustande kommen ist, kein Hindernis (*nec impedimento esse*) für die Übertragungswirkung der *traditio*.

2. Ulpians Auffassung der Eigentumsübertragung mittels *traditio ex iusta causa*

a) Nach der weit überwiegenden wissenschaftlichen Meinung verwirft Ulpian (D. 12, 1, 18pr.; 7 disp.) Julians Konstruktion einer abstrakten *traditio*, ein Urteil, das freilich fehlgeht. Denn Ulpian ist mit Julian nicht allein darin einig, dass eine Schenkung an den von einer Darlehensgewährung ausgehenden Empfänger des Geldes nicht zustande kommt, sondern lehnt nach der Überprüfung des Sachverhaltes (*videndum est*) auch das Zustandekommen eines Darlehens ab, worin er wohl mit Julian, dessen Meinung nicht überliefert ist, übereinstimmen dürfte. Die daran anschließende Folgerung „magisque nummos accipientis non fieri“ versteht die herrschende Lehre dahingehend, dass Ulpian wegen des Dissenses im obligatorischen Grundgeschäft („cum [Tu] alia opinione acceperit“) den (derivativen) Erwerb des Eigentums an den Geldstücken verneinte. Träfe diese Lesart zu, hätte Ulpian in der Tat gegen Julian die Kausalität der *traditio* vertreten und damit eine Antinomie begründet. Diese nahezu einhellig vorgeschlagene Übersetzung des *genetivus possessivus* („accipientis non fieri“) als gescheiterten Eigentumserwerb ist allerdings, wie bereits Jhering zu bedenken gab,⁵⁹ keineswegs zwingend. Denn die Juristen, und insbesondere auch Ulpian, verwenden diesen Genetiv sowohl für die Beschreibung einer Eigentümerstellung wie auch für die Zuordnung eines Wertes⁶⁰ in ein Vermögen (*bona*).⁶¹ Die mit einem *genetivus possessivus* gemeinte Bedeutung ist stets unter Einbezug des Kontextes festzustellen. In D. 12, 1, 18pr. sprechen, wie zu zeigen sein wird, gute Gründe dafür, dass „accipientis non fieri“ nicht den ausgebliebenen Eigentumserwerb meint, sondern dass Ulpian mit dieser Ausdrucksweise klarstellen wollte, dass der Empfänger das Geld, obschon er daran Eigentum erwarb, als *aes*

⁵⁹ Jhering, Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 1882, 420 ff. (ex 1873).

⁶⁰ Die doppelte Bedeutung des *genetivus possessivus* findet sich eindrucksvoll in Ulp. D. 24, 1, 3, 1; 32 Sab. In diesem Fragment erläutert Ulpian die Rechtsfolgen des Schenkungsverbots zwischen Ehegatten. Dieses erklärt gestützt auf die Sitte (*moribus receptum*, Ulp. D. 24, 1, 1; 32 Sab.), gleich einer *lex perfecta*, sowohl den Schenkungskonsens wie auch die *traditio causa donationis* für nichtig (Ulp. D. 24, 1, 3, 10 i.f.; 32 Sab.: ipse enim quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt; dazu Schlei, Schenkungen unter Ehegatten, 1993, 56 ff.). Folgerichtig ist der Eigentumserwerb der beschenkten Ehefrau unmöglich: nihil corporis eius fieri palam est, ebenso die Zuordnung des Geldwerts in ihr Vermögen: non fieri eius apparet. Ulpian verwendet mithin den *genetivus possessivus* sowohl für die gescheiterte Übertragung des Eigentums als auch für den unterbliebenen Erwerb des Geldwerts (lucrari non potest). – Weitere Beispiele für diese Doppeldeutigkeit des *genetivus possessivus* als Ausdruck des Gehörens bei Jhering (Fn. 59), 423 ff.

⁶¹ Das Vermögen beschreiben die Quellen mit *bona* und definieren: Bona intelleguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt (Paul. D. 50, 16, 39, 1; 53 ed. und in der Sache identisch Iav. D. 49, 14, 11 i.f.; 9 ep.). – Zur Entstehung des Begriffs *bona*: Mitteis (Fn. 30), 84 f.

alienum und nicht als *aes suum* eingenommen hatte⁶² und somit rückerstattungs-pflichtig wurde.⁶³

b) Hätte Ulpian die Kausalität der *traditio* vertreten und folglich den Eigentumserwerb an den Münzen verneint, wäre eine Klarstellung unumgänglich gewesen, dass diese Rechtsfolge eine Geldübergabe ohne anschließende Vermengung der Münzen im Geldvorrat des Empfängers zur Voraussetzung hätte.⁶⁴ Denn die eine Individualisierung der Geldstücke verunmöglichende Vermischung hätte zur (originären) Eigentumsbegründung des Empfängers geführt.⁶⁵ Diese Klarstellung wäre unverzichtbar gewesen, weil Geldzahlungen im antiken Rom entweder durch Zuzählung (*pecunia numerata*) oder aber mittels versiegelter Beutel (*in sacculo*) erfolgten.⁶⁶ Regelmäßige Zahlungsform war wohl die offene Zuzählung,⁶⁷ die Übergabe *in sacculo* dürfte bei hohen Summen überwogen haben. Entscheidend aber war, ob die eingehändigten Münzen in der Kasse des Empfängers mit dem vorhandenen Geldvorrat ununterscheidbar vermengt wurden und somit in dessen Eigentum übergegangen waren. Selbst wenn man der These, dass die Geldvermengung in einem Maße üblich gewesen sei, dass sie vermutet werden könne,⁶⁸ nicht folgt,⁶⁹ wird man ihr doch eine beträchtliche praktische Bedeutung zuzumessen haben, wenn man bedenkt, dass die Sabinianer es für notwendig befanden, sie einer Rechtsregel zu unterwerfen, welche im Grunde mit den Prinzipien des klassischen Sachenrechtes nur schwer vereinbar war.⁷⁰

Ulpian unterscheidet in D. 12, 1, 18pr. nicht ob die vereinnahmten Geldstücke individualisierbar geblieben oder vermengt worden waren, weil dies für seine Fallentscheidung belanglos bleibt. Denn Ulpian stimmt in der Konstruktion der *traditio ex iusta causa* Julian zu und wie dieser lässt er Eigentum am Geld übergehen, wenn die Parteien, trotz *dissensus causarum*, eine dingliche Einigung erzielt hatten. Aufgrund dieser Einschätzung der *traditio* als abstrakten Rechtsakt

⁶² Zu diesen Begriffen Ulp. D. 50, 16, 231, 1; 1 reg.

⁶³ Diese Lesart der Entscheidung Ulpians in D. 12, 1, 18 pr., wonach das Geld *accipientis non fieri*, findet sich bereits in den Basiliken (Schol. 3 ad Bas. 23, 11, 18 [Nikaïos]; Heimbach II, 618 f.). – Dazu Hupka, SZ 52 (1932), 25. – Und schließlich war auch Jhering der Meinung, dass Ulpian in diesem Fragment nicht den Erwerb des Eigentums am Geld, sondern dessen Zuordnung in das Vermögen des Empfängers, „den ökonomischen Erfolg des ‚lucrari‘ hat negieren wollen“, Jhering (Fn. 59), 426.

⁶⁴ Unrömisch: *commixtio*, so Kaser (Fn. 1), 430.

⁶⁵ Offenbar sabinianische Lehre (Iav. D. 46, 3, 78; 11 ex Cass.), welche zur Regel wurde.

⁶⁶ Dazu eingehend Kaser, TR 29 (1961), 177 ff.; Wacke, BIDR 79 (1976), 94 ff.

⁶⁷ Wacke, a.a.O., 95 ff., welcher dies daraus ableitet, dass die weit überwiegende Anzahl der Quellen von *pecuniam numerare* o.ä. sprechen.

⁶⁸ So Fuchs, Die iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft, 1952, 209 ff.

⁶⁹ So zurecht Kaser (Fn. 66), 181; gegen eine solche Dominanz der *commixtio nummorum* sprechen die nicht wenigen Stellen, welche von der *vindicatio nummorum* handeln (Kaser, a.a.O., 174 m.d. Quellen). – Zur Geldvindikation zuletzt Gamauf, Die vindicatio nummorum, 2011, pass.

⁷⁰ Zu der auf Cassius Longinus zurückgehenden und von Javolen überlieferten Doktrin des Eigentumserwerbs an Geld durch Vermengung (Iav. D. 46, 3, 78; 11 ex Cass.): Kaser (Fn. 66), 190 f.; Plisecka, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, 2023, § 42 Rn. 28; Baldus, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, 2023, § 59 Rn. 95.

ist die Frage nach einer allfälligen Vermengung der Münzen obsolet. *Accipientis non fieri* besagt demnach, dass das Geld, obschon Eigentum des Empfängers, keinesfalls *aes suum* geworden war, sondern als *aes alienum* nach wie vor dem Vermögen des *dans* zugehört und somit rückerstattet werden muss. Mit dieser abstrakten Konzeption der *traditio ex iusta causa* geht Ulpian mit Julian konform. Diese Dogmatik war höchstwahrscheinlich seit der Hochklassik herrschende Lehre und wurde auch von dem anderen Schüler Papinians, Julius Paulus vertreten. Dieser geht in D. 44, 3, 3, 1; 2 inst. von demselben Sachverhalt aus, indem *Quis* den *Ego* beschenken will, und dieser das Geld als Darlehen annimmt. Paulus entscheidet, dass dieser Eigentum erworben habe („pecunia [...] mea [sc. Ego] fiat“).⁷¹ Und siebzig Jahre später entscheiden die Juristen der diokletianischen Kanzlei, diese Praxis fortsetzend, ebenfalls, dass wenn eine *emptio-venditio* trotz gegenseitiger Kaufabsicht nicht zustande gekommen war, das Eigentum durch die *traditio* trotzdem übertragen werde.⁷²

c) Schließlich wäre auch kaum zu verstehen, dass Ulpian, wenn er sich in einem Fragment, welches auf Julian basiert,⁷³ gegen dessen Abstraktionslehre gestellt hätte, diese abweichende Meinung nicht begründet oder doch zumindest auf die Antinomie hingewiesen hätte. Dies wäre umso befremdlicher, weil er sich in seinen dogmatischen Erörterungen oft eingehend, zustimmend oder kritisch mit Julian auseinandersetzte.⁷⁴ Eine Auseinandersetzung unterblieb, weil Ulpian in D. 12, 1, 18pr. einerseits mit Julians Konstruktion der Eigentumsübertragung übereinstimmte und andererseits sachenrechtliche Themata gar nicht ansprechen wollte, sondern eine ausschließlich schuldrechtliche Rechtsfrage erörterte. Es galt zu klären, ob die *condictio sine causa* noch immer durchsetzbar sein soll, wenn der Empfänger die zugewendete Summe entsprechend der Absicht des Schenkenden für sich verwendet hatte.⁷⁵ Er machte dafür von Geldstücken Gebrauch, die zwar in seinem Eigentum gestanden hatten, jedoch ohne Rechtfertigung. Ihm fehlte folglich die *causa retinendi*, die Münzen waren zur Rückgabe bestimmtes Geld,⁷⁶ mithin kein *aes suum*, sondern nach wie vor dem Vermögen des Schenkers zuzuordnendes *aes alienum*.⁷⁷ Daher tritt an die Stelle des verlorenen Eigentums des Schenkers die Aktivlegitimation zur *condictio*

⁷¹ So auch *Raber*, TR 33 (1965), 60; gl.M. wohl auch *Mayer-Maly*, *Mélanges Philippe Meylan* I, 1963, 250, der den Schenker als aktivlegitimiert zur *actio certae creditae pecuniae*, will sagen: zur *condictio*, erachtet.

⁷² Diocl. et Maxim. A.A. Aurelio Dionysio C. 4, 50, 6, 3 ; a. 293.

⁷³ *Flume* (Fn. 48), 54.

⁷⁴ Beispiele *e grege* etwa Ulp. 18 Sab. D. 7, 1, 25, 1; Idem 30 ed. D. 16, 3, 1, 35, loc. cit. §§ 37, 42; Idem 32 Sab. D. 24, 1, 3, 13; Idem 32 Sab. D. 24, 1, 9, 1; Idem 32 Sab. D. 24, 1, 11, 1, loc. cit. §§ 3, 10 f.; Idem 12 ed. D. 42, 4, 3 pr.; Idem 71 ed. D. 43, 24, 11, 4, loc. cit. § 10; Idem 71 ed. D. 43, 26, 6, 3; Idem 49 Sab. D. 45, 1, 38, 6; Idem 46 Sab. D. 46, 1, 5pr. u.a.m.

⁷⁵ Das Fragment findet sich denn auch im 7. Buch der *Disputationes* unter dem Titel *de doli mali exceptione* (*Lenel*, *Palinogenesie* II, Ulp. 126) und wurde von den Kompilatoren als Erörterung der Zuständigkeit der *exceptio doli* gegenüber der *condictio* in den liber 12, 1 der *Digesten De rebus creditis si certum petetur et de conditione* eingestellt.

⁷⁶ *Schwarz* (Fn. 43), 283; zustimmend *Klenova* (Fn. 54), 71.

⁷⁷ Ulp. D. 50, 16, 213, 1; 1 reg.

sine causa. Wenngleich mit der Gefahr der Insolvenz des Schuldners behaftet,⁷⁸ setzt die *condictio* die nicht mehr zuständige *rei vindicatio* fort.⁷⁹ Wenn nun der *accipiens nummorum* das vermeintlich dargeliehene Geld gutgläubig für seine Interessen verwendet (*consumere*),⁸⁰ nutzt er dem Schenker geschuldetes *aes alienum* und bleibt nach wie vor zur *condictio sine causa* passivlegitimiert. Weil er aber mit dieser *consumptio* die Absicht des *dans*, welcher das Geld ohne Erstattungspflicht und zur freien Verfügung zugewendet hatte, verwirklicht („quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti“), gewährt ihm Ulpian ein honorarrechtliches Rechtsmittel, die *exceptio doli generalis*, welches den zivilrechtlichen Anspruch peremptorisch in seiner Durchsetzbarkeit hemmt und ihn dadurch von seiner Schuld befreit.⁸¹ Die *ratio decidendi* liegt für Ulpian offenbar darin, dass der schenkungswillige *dans* nach der *consumptio* die *condictio selbstwidersprüchlich* anstrengen würde.⁸² Seine Handlungsweise entspräche einem *venire contra factum proprium*, einem Sachverhalt, der den Tatbestand der *exceptio doli praesentis generalis* erfüllt.⁸³

d) All dies erwogen, gelangt man zum Schluss, dass Ulpian, was die Konstruktion der *traditio ex iusta causa* betrifft, keine von Julians Auffassung abweichende Meinung vertrat; eine Antinomie war niemals entstanden.⁸⁴ Auch die Kompilatoren wurden einer solchen nicht gewahr, andernfalls hätten sie die Texte in der vorliegenden Fassung nicht in die Digesten eingestellt. Denn Antinomien waren mit der Zielsetzung einer widerspruchsfreien Herstellung dieses als Gesetzbuch gedachten Werkes nicht vereinbar. Justinian versicherte in seinen

⁷⁸ Pomp. D. 50, 17, 204; 28 Quint Muc.

⁷⁹ Ulp. D. 12, 7, 1, 3; 43 Sab.; dazu *Hähnchen* (Fn. 20), 127 ff.; zu dieser Fortwirkung allgemein: *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1934, 27 ff.; *von Caemmerer*, in: FS für Ernst Rabel, Bd. I (1954), 353.

⁸⁰ Dieser Terminus deckt einen weiten Bedeutungshof ab, so unter anderem auch die (gutgläubige) Verwendung von Geld zwecks einer Zahlung; dazu *Gamauf* (Fn. 69), 201 und 230.

⁸¹ Gemäß Paul. D. 50, 17, 112; 8 ed. besteht für den Schuldner kein Unterschied, ob eine *actio* nicht entstanden ist oder aber in ihrer Durchsetzbarkeit peremptorisch gehemmt wird.

⁸² *Klenova* (Fn. 54), 69 f.

⁸³ *Kaser* (Fn. 1), 488; vgl. auch Ulp. D. 1, 7, 25 pr.; 5 op.; und dazu *Wieacker*, Zur rechts-historischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956, 26 ff. – Die Rechtsfolge ist derjenigen ähnlich, welche bei der *datio ob rem* eintritt, falls die seitens des *dans* vorgegebenen Umstände sich verwirklicht haben. Dazu *Ernst*, in: Ernst/Jakab (Hrsg.), *Usus Antiquus juris Romani*, 2005, 42. – Zur Entwicklung des heutigen Rechtsmissbrauchsverbots aus der *exceptio doli generalis*: *Hwiler*, in: Schmidlin (Hrsg.), *Vers un droit privé européen commun? Skizzen zu einem gemeineuropäischen Privatrecht*, Beiheft 16 zur ZSR, 1994, 58 ff.; *Honsell*, Basler Kommentar ZGB I, 2018, Art. 2 ZGB Rn. 8.

⁸⁴ A.A. *Saccoccio*, Si certum petetur, 2002, 333 ff., der eine *evidente antinomia* feststellt. Für deren *superamento* schlägt er massive Eingriffe in die beiden Texte vor, wofür überhaupt kein Anlass besteht (gl.M. *Empell* [Fn. 1], 21; kritisch zu Saccoccio auch *Sturm*, SZ 124 [2007], 522 ff.). – Denn Eingriffe in die überlieferten Quellen setzen „handfeste Gründe“ voraus (*Kaser*, Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung, 1972, 108); spekulative Textkritik hat zu unterbleiben (*ders.*, Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen, 1968, pass., bes. 32 ff. und 72 ff.).

Konstitutionen mehrmals, dass solche keinen Eingang in die Digesten fanden.⁸⁵ Die justinianische Jurisprudenz hielt die Abstraktheit der *traditio* für die überkommene und unstreitig zutreffende Rechtsnatur der Eigentumsübertragung. Sie ging auch in die Institutionen ein, wo (Inst. 2, 1, 40) für die rechtsübertragende Wirkung der *traditio* einzig der darauf gerichtete gegenseitige Willen der Parteien vorausgesetzt wird, ein gültiges obligatorisches Grundgeschäft ist nicht erforderlich. Theophilus, ein Mitverfasser der Institutionen,⁸⁶ lässt in seiner Paraphrase daran keinen Zweifel:

Ut autem traditione dominium transferatur, haec necesse est ut concurrant. Neque enim aliud tam naturae convenit, quam dominii voluntatem in alterum rem suam transferentis, ratam haberi.

V. Schlussbemerkungen

Entgegen der h.L. war die *traditio ex iusta causa* im klassischen römischen Recht ein abstraktes Übereignungsgeschäft, in seiner Wirkung ausschließlich vom gegenseitigen *animus dominii transferendi et acquirendi* abhängig.⁸⁷ Diese Dogmatik wurde von der klassischen Jurisprudenz wohl einhellig vertreten, eine Antinomie zwischen Julian und Ulpian konnte aus diesem Grunde niemals entstehen.

⁸⁵ Deo auctore 8: nulla [...] antinomia [...] aliquem sibi vindicat locum; Const. Tanta 15: contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit. Dazu Kübler, Geschichte des Römischen Rechts, 1925, 401; Kaser, Römische Rechtsgeschichte, 1967, 244; Söllner/Baldus, Römisches Recht, 2022, 201 f.

⁸⁶ Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961, 386 ff.; Wieacker, in: Wolf (Hrsg.), Römische Rechtsgeschichte, 2006, 315.

⁸⁷ So bereits Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, 1867, 321; und wohl auch Lotmar (Fn. 37), 179; ferner Jhering (Fn. 3), 213, der die abstrakte Wirkung der *traditio* für einen der „glücklichsten Gedanken des römischen Rechts“ hielt. Später für Abstraktion auch Endemann (Fn. 36), 116; Mitteis (Fn. 19), 288; CROME (Fn. 36) 67 f.; WEISS (Fn. 36) 176; GIRARD/von MAYR (Fn. 36) 321 bes. A. 3; wohl gl.M. Jahr, SZ 80 (1963), 172 TALAMANCA (Fn. 36) 436 und Schulz, SZ 52 (1932), 548, der eine Divergenz zwischen *mancipatio* und *traditio* für „schwer verständlich“ hält. Bemerkenswert ist die Meinung Mayer-Malys (Kunkel/Mayer-Maly [Fn. 19]), der, ausgehend von einer Überarbeitung der beiden Stellen, einräumt, dass im Falle deren Echtheit – die entgegen seiner Ansicht nicht bezweifelt werden kann –, seit der Hochklassik die Abstraktheit der *traditio* vertreten worden wäre. Und neuerdings bricht sich allmählich die Meinung Bahn, dass der Wille zur Übertragung für die Rechtswirkung der *traditio* maßgebend sei und nicht die obligatorische *causa* (Pfeifer, in: Babusiaux et al. [Hrsg.], Handbuch des Römischen Privatrechts, 2023, § 45 Rn. 2). – Demgegenüber glauben Zwölve/Sirks (Fn. 42), 276, zu Unrecht dass den antiken Quellen eine klare Entscheidung für oder gegen eine abstrakte Konstruktion der *traditio ex iusta causa* nicht zu entnehmen sei.

How Ulpian Teaches

Richard Hyland

I. The Digest as Casebook

For a thousand years, scholars have debated how best to interpret the intriguing passages in Justinian's Digest about *the double murder*. These are the paragraphs in which the classical Roman jurists attempted to sort out liability under the *lex Aquilia* when a first assailant strikes a slave with a mortal blow and a second later provides the *coup de grâce*.¹ That long discussion reached the conclusion that two of the classical participants – the Roman jurists Celsus and Julian – disagreed about whether an action may be brought against the first of the assailants under Chapter One of the *lex*. The divergence was also thought to suggest that the two classical jurists fundamentally disagreed about the role of law in human society. In a fascinating book, our honoree masterfully chronicled that long discussion and then, with his calm and focused approach, reconciled the positions of the two great jurists and demonstrated that they were not at odds after all.²

And yet there remains something strange about that millennial discussion. It seems that none of the participants ever mentioned what I take to be the central feature of the extracts they analyzed: Apart from one passage by Julian, we do not actually have the texts that have been the subject of this long debate. Our principal evidence for the views of Celsus and Julian (except for that longish statement of Julian's) comes from what Ulpian included in his commentary to the Edict. As far as I can tell, no one has asked whether Ulpian had a particular reason for choosing these specific passages and presenting them in the order that he did. Ulpian's text has instead been understood as a transparent vessel, one whose sole purpose, it has seemed, was to report the positions taken by his distinguished predecessors. He is the Harrison Ford character in the movie – we are to believe whatever he tells us.

I think that we would do well to ask whether Ulpian might have sifted through his predecessors' comments with a particular goal in mind. Once we ask that question, a suggestion from our honoree may help us discover something of Ulpian's project. After examining the one passage in the debate that comes directly

¹ The passages involved are principally Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 11, 1 to 9, 2, 11, 4; Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 15, 1; Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 21, 1; Jul. 86 dig. D. 9, 2, 51.

² See Ernst, *Justinian's Digest 9.2.51 in the Western Legal Canon: Roman Legal Thought and Modern Causality Concepts* (Intersentia 2019).

from Julian, our honoree concluded that it ‘smacks of a hypothetical and [...] points to a teaching environment.’³ How would it alter our reading of the passage if we were to conclude that in this extract Ulpian’s integrated passages from his predecessors were part of a textbook designed for classroom use?

In this short essay, I would like to imagine Ulpian’s commentary to Chapter One of the *lex* as the casebook that he used in one of his courses. Though Ulpian came to lead the Roman bureaucracy, he was also a teacher. His students were not those who were just starting out in the law or even advanced graduate students. They were instead, at least as I imagine it, the most distinguished members of the Roman bar. Let us take a seat in Ulpian’s classroom and, for a few happy moments, apprentice ourselves to one of the greatest jurists who ever lived.

I think we will ultimately conclude that, when Ulpian cites a predecessor’s solution to one of the school hypotheticals they discussed for centuries, it was to illustrate a problem and not to settle the matter. Most of those references call attention to a difficulty – either one that the earlier jurist was trying to resolve or one that he did not see. Ulpian suggests that we take the time to reconstruct the difficulties and decide for ourselves the merits of the proposed solutions.

II. *Occidere*

The word for homicide used in the *lex Aquilia*, *occidere*, is one of the many words the Romans had for killing. By one count, Latin has thirty-three words for which *to kill* is either its primary or a secondary meaning.⁴ *Occidere* is an ancient word – and it was ancient already in Ulpian’s day. An action was available under Chapter One of the *lex* only if the death of a slave or farm animal resulted from a killing that could be characterized as *occidere*. In the segment of the Digest that we are about to explore together, the Roman jurists were therefore asking which killings fit its definition. An action was available under Chapter One of the *lex* only if the death of a slave or farm animal resulted from a killing that fit that definition. For the classical jurists, it seems to have been something of a parlor game to argue about which of their numerous imagined hypotheticals might satisfy the requirements. We will examine only a few of the hypotheticals that Ulpian presents.

For fact situations that did not quite meet the rigorous definition, the praetor had the option of creating *ad hoc* causes of action – including the *actio in factum* and the *actio utilis*. It seems that these subsidiary actions fulfilled for the Romans something of the role that equity performs in the common law. Ulpian is generally asking whether an action on a killing can be brought under the *lex* or is

³ Ernst (fn 2) 126.

⁴ <<https://foundinantiquity.com/2013/07/20/far-too-many-latin-words-for-kill/#~:text=If%20you%27ve%20ever%20studied,when%20it%20talks%20about%20killing>> accessed 12 December 2025.

instead more appropriate as an alternate cause of action. We do not understand much about the ultimate consequences of the distinction, but for our purposes that is without importance. All that matters is that the classical jurists found the line worth drawing. Our job here is to watch them draw it.

While some of the cases that we are about to consider may have arisen in real life, there is no question that the most interesting of the hypotheticals were invented precisely to allow us to wrestle with how to resolve them. A curious feature of these hypotheticals is that they seem to be set down in random order. Since the rediscovery of the Digest, scholars have often concluded that the brief statements we have from the classical jurists are best understood as rules. Modern scholars have therefore rearranged those norms into a systematic structure for the law of delict. And yet it does not seem that it ever occurred either to the classical Roman jurists or to the Byzantine compilers that their arrangement was defective. Since we admire the Roman jurists, perhaps instead of moving their sentences around we might first begin by asking why they presented them in the order they did. Our goal here will be to figure out why each case follows the preceding one. I will argue that Ulpian's message to his students – and to us – is encrypted in the reasons for the ordering.

1. Preliminary Definition

D. 9, 2, 7, 1

We must however characterize as 'occidere' killings done with a sword or even with a club or other weapon or with hands (if perhaps by strangulation) or by striking with a foot or with the head or in any similar manner.⁵

This is how Ulpian begins his discussion of *occidere*. Each time he explores one of the *lex*'s central concepts, he starts with a clear definition, one that he believes his readers will immediately accept. *Occidere* denotes killings done directly, either by use of the assailant's hand – whether by striking or strangulation – or by kicking, head butting, or by means of some other direct contact between the bodies of the assailant and the victim – *corpore corpori*. By a well-established extension, *occidere* also included killings done by means of weapons held in the assailant's hand – like a sword or a club.

The elegant definition communicates a feeling of order and repose, but unfortunately our sense of security will last only until we take up the following paragraph. For Ulpian's goal is to suggest the difficulties that beset every legal generalization. To help us along the path, he presents a series of brief fact situations and asks his students – and that now includes us – to decide which of those killings should be held to fulfill the definition of *occidere*. Though some of the hypotheticals Ulpian presents seem at first to lie outside the scope of the definition, by the time we finish, Ulpian will have convinced us to include most of them. There is magic here, and I have not yet been able to spot the misdirection or sleight of hand.

⁵ All translations from the Digest are my own.

2. The Case of the Hurled Dagger

D. 9, 2, 7, 2 (1st sent.)

But if one who is unreasonably overloaded were to throw down his load and kill a slave, the *lex Aquilia* would apply, for it was in his own power not to load himself in that way.

My students and I have concluded that this hypothetical is too complex to approach directly. To assist our discussion, they have suggested an intermediate hypothetical that we can use to get our bearings. We will examine their suggestion before we turn to the case that Ulpian has just put to us. And we will consider only the question of whether it is proper to fit a particular killing into our evolving definition of *occidere*.

If an assailant were to stab a victim with a dagger, we would easily include that killing within the scope of the *lex*. Ulpian expressly includes swords in his initial definition, and a dagger is the same as a sword for these purposes – it permits direct contact between the assailant's hand, the weapon, and the victim's body. What would we think, however, if the assailant were to kill the victim by hurling the dagger across a room? Let us assume that the dagger strikes the victim in the heart and causes immediate death. Does such a killing fit the definition of *occidere*?

The difficulty is obvious. *Occidere* requires a direct striking, and yet in this hypothetical the dagger was never simultaneously in contact with both the assailant's hand and the victim's body. Does the killing still qualify as *occidere*? How are we to know?

Before we proceed, let us pause briefly to note the several steps that Ulpian implicitly asks us to follow as we attempt to resolve his hypotheticals. Our initial task is to understand the further legal difficulty that each hypothetical adds to the previous one – in other words, why this paragraph has been chosen to follow the one that precedes it. Once we understand how the two cases are related, we will then want to explore the challenge the new case presents. The next step – this is the one that matters – is to watch ourselves carefully as we try to resolve it. We will want to note which factors emerge in the mind, which strike us as relevant, which as irrelevant, which seem more convincing than others, and why. The final aspect of our job is to integrate our solution to the current case with our results from the previous decision and to formulate their common theme as a general rule.

There is of course no answer key at the back of the book – and there never was. Ulpian is not here setting down the rules the Romans lived by. In this part of his commentary, he is not much interested in rules, except to the extent that they prove, as they usually do, more complicated than they appear. As our instructor, he wants us instead to grasp how challenging it is to formulate the norms that govern our lives. He has confidence in our ability to resolve the cases, though he knows that we will at first become disoriented as we try to do so without a solid foundation. His goal is to show us how to do law in a world without pre-existing rules.

If my own experience is any guide, we will feel insanely proud of ourselves as soon as we have understood the connection between the current hypothetical and the previous one and have formulated a rule to accommodate them both. But Ulpian is always ahead of us. He has anticipated our answer and will take advantage of the next hypothetical to demonstrate the difficulty with the solution that we find so gratifying. He will then require of us a more nuanced and comprehensive solution. He repeats this process over and over without ceremony or transition, frustrating and embarrassing us with each new case. And yet, he provides no answers, or when he does, it is simply a stipulation we need to move forward. What I take from my years of trying to make sense of these hypotheticals is that Ulpian has tremendous confidence in us – sometimes, I fear, more than we deserve.

It may at first seem strange that Ulpian spends such effort asking for the right answer when he knows that there is no right answer. He does so to demonstrate the validity of his jurisprudential vision. He wants us to see that the factors that determine the outcomes are often not mentioned in the legal sources. Since these considerations, as they arise in the legal mind, contribute to the decisions, we might legitimately call them *law*, or at least a part of the law. And since they are law, we should familiarize ourselves with the process by which they do their work.

In the common law, we have methods for resolving difficulties like those Ulpian presents to us. Since the *lex* is a statute (actually, a plebiscite), a common lawyer would likely begin by attempting to identify the norm's purpose and would then interpret the rule to further that goal. But an intriguing aspect of the *lex* is that we do not know its purpose. It was likely intended to protect major factors of agricultural production – like slaves and farm animals. And yet the classical jurists, as they discuss the *lex*, never identify the norm's purpose or attempt to draw conclusions from it. Perhaps by their day that original purpose had been forgotten.

Which brings us back to the Case of the Hurled Dagger. Does *occidere* include the situation in which the victim is killed by a weapon that is no longer being held by the assailant? Since we cannot refer to the purpose of the norm, what do we do?

I have now discussed this case with law students for a couple of decades. They are usually 3Ls and surprisingly savvy in the ways of the law. Their intuitions often resemble those of practicing lawyers and judges in our common law system. And they always agree that a killing by means of a hurled dagger should satisfy the definition of *occidere*.

They offer several reasons. One is that it would be crazy talk to include stabbing with a dagger while excluding throwing the weapon from a short distance. Another is that in both situations it is not the dagger that does the work but rather the thrust of the assailant's arm. In other words, there is little real difference between the cases. A third reason emerges from a clever *reductio ad absurdum*. Imagine that the dagger that strikes and kills the victim remains attached to

the assailant's hand by means of a cord.⁶ Would we include in *occidere* a killing by corded dagger but exclude liability when the dagger flies free? None of my students has ever suggested that we make that distinction. Since we all agree on the result, however we get to it, I then ask the students to formulate a definition of *occidere* that would reconcile Ulpian's original definition with their preferred solution to the Case of the Hurling Dagger. They have no trouble. *Occidere*, they tell me, is a killing that is perpetrated either by direct bodily contact or by means of a weapon that transfers the physical force generated by the assailant's body. This definition would include killings done both by hurled daggers as well as by other objects that become missiles, like kicked soccer balls.

3. The Case of the Sack of Cement

Let us now return to Ulpian's hypothetical. Ulpian did not mention the difficulty of distance that we have just been working on. We are aware of it only because we have been paying close attention. The hypothetical also raises other issues, but we will focus here solely on the problems related to *occidere*.

As I imagine it, the slave is killed when struck by a burden that is thrown to the ground – let us think of a heavy sack of cement. Is Aquilian liability excluded if the instrument of the killing was no longer in contact with the assailant's hand at the moment it struck the victim? This is the question that we answered as we decided the Case of the Hurling Dagger. We decided that *occidere* is best understood to include both the situation in which the instrument of death is in contact with the assailant as well as when the instrument has been hurled across the room or thrown to the ground.

But there is yet another issue concealed in Ulpian's hypothetical. As Ulpian defines *occidere*, he includes swords, clubs, and other weapons. But a sack of cement is not a weapon. Such sacks are not sharp, an individual cannot easily manipulate them, and they are not carried in battle. I think that Ulpian would like us to ask whether the *lex* continues to apply when the instrument of killing is an everyday object. I feel that we would include it. How would I justify my decision? I can think of no good reason why *occidere* should include killings by means of weapons and exclude killings by means of other objects. If the assailant had killed by swinging a sack of cement at a slave's head, we would surely agree to characterize that killing as *occidere*. Ulpian did not discuss the issue, but he approved the application of the *lex* to the case, and so we can be confident that we are moving in the right direction.

It seems that we have discovered something of why the Case of the Sack of Cement immediately follows the definition of *occidere*. Ulpian wants his students to understand rules as preliminary approximations, markers for problem areas. Every time we are asked to apply a rule to a case, our job is to locate the problems.

⁶ Thanks to Arden Walker for the hypothetical.

4. The Case of Pusher and Pushee

D. 9, 2, 7, 3

Accordingly, if one person causes harm after being pushed by another, Proculus writes that the one who pushed is not liable, since he did not kill, nor is the one who was pushed, since he did not cause harm wrongfully. In this view, an *actio in factum* must be given against the one who pushed.

This paragraph offers a master class in how to analyze the elements of *occidere*, while it also points to other issues that we must for the moment leave unexamined. Proculus puts the question in an intriguing way, and Ulpian includes the case here because it represents the next step in our exploration of the scope of *occidere*.

Let us imagine a real-world example: Thief has just picked a pocket and is racing from the scene. Officer is in pursuit and about to catch up. As Thief rounds a corner, he sees Worker standing near a deep channel that has recently been opened in the middle of the street. Thief steps into a shadow, and as Officer appears, Thief pushes Worker so that he strikes Officer. Officer bounces off Worker, plunges into the pit, and is killed as his head hits the iron pipe newly laid below. Well, OK, maybe my case has little to do with the real world, but I think it might help us think through Proculus's hypothetical.

Proculus decides that neither Thief nor Worker would be liable under the *lex* for Officer's death. Let us focus on Thief. Why does Proculus suggest that he would not be liable? Our holding in the Case of the Sack of Cement clearly suggests that the *lex* should apply. The requirement of immediate contact can be satisfied when an object kills the victim at a distance, as long as the assailant is the one who set the object in motion. Here, Thief pushed Worker into Officer. Worker fulfills the same function as the sack of cement – they were both immediate instruments of the homicide. For Proculus to distinguish between an inanimate load and a human being, there must be a relevant difference. And we can immediately intuit the distinction – human beings possess agency. Maybe Officer had recently impounded Worker's truck and Worker therefore had independent reasons for wanting harm to come to Officer. Since we can never be sure about human motivation, a human being cannot count as a simple instrument of killing under the *lex*.

We get this far in class when some student suggests that this distinction makes no sense. We had earlier concluded that the *lex* does not require direct contact as long as the killing results from the thrust of the assailant's hand. Such a thrust is exactly what propelled Worker into Officer. Whether Worker had it in for Officer makes no difference in this case. Footballs too bounce in strange ways, and yet we would not allow someone who took a life by means of a football to escape Aquilian liability.

Nonetheless, at least for the moment, let us adopt this distinction between human beings and material objects. We can then easily reconcile our solution to this hypothetical with both the original definition and the result in The Case of the Sack of Cement. We need only hold that the chain of causation is broken when a human being comes between the assailant and the victim. In other words,

a killing will not fall under the *lex* if another human being intervenes in the result. In such a case, the action will be *in factum*. But I have the sinking feeling that Ulpian is not going to let us rest on our laurels. Our tentative generalization may seem useful, but we can be pretty sure that Ulpian will eventually ask us to rethink it.

5. The Case of the Victim Pushed from a Bridge

D. 9, 2, 7, 7

But if someone threw another off of a bridge, Celsus says that there is liability under the *lex Aquilia*, whether the victim may have perished from the impact itself, or immediately drowned or was to be conquered by the force of the current and died from exhaustion, just as there is *Aquilian* liability if someone were to dash a child against a rock.

Let us skip ahead a couple of cases and work our way through Ulpian's report of the bridge hypothetical, which he borrows from Celsus. The paragraph has two parts, and we will begin with the *comparatum*, which is assumed to be more familiar – here the Case of the Dashed Child. We may be willing to excuse the gruesome hypothetical when we realize that Ulpian needs it to present the next in our series of difficulties. This is the reverse of our original case. Instead of hitting the child with a rock, the assailant hits a rock with the child. Is it still *occidere* if the assailant holds the victim and not the weapon? Celsus assumes that it is, and we are likely to agree. Why? Well, it fits our expanded general rule – the killing is accomplished by the thrust of the assailant's body. Moreover, at the moment of impact, the assailant's hand, the child, and the rock are all in contact, which even fits the narrower paradigm of stabbing with a sword.

Once we have understood the challenge of the case, the paragraph's other hypotheticals reveal their complexity. The assailant throws a slave from a bridge. This involves the same reversal that we noticed in the Case of the Dashed Child – the assailant's hand impels the victim to crash into the instrument of death (here the surface of the river below). Does it matter that the river is not a weapon? We resolved that difficulty as we discussed The Case of the Sack of Cement. The new element is that the victim must travel some distance before impact. We are used to this. Since we are willing to characterize the dashing of a child against a rock as *occidere*, we will not hesitate just because all three elements are never in simultaneous contact. That is the lesson of the Case of the Hurled Dagger.

But Celsus adds a twist. Is it still *occidere* if death does not result immediately when the victim's body strikes the surface of the river? Does it matter if the victim dies from exhaustion by trying to swim to shore – or, to use an example my students dreamed up, what if the victim is swept out to sea and dies from a shark bite? Those of us trained in the common law would naturally ask questions about causation, since we would not want to extend liability unreasonably. What if the victim floats downriver to the sea and is caught in an abandoned fishing net, survives by eating the fish caught in the net, and then, days later, is deposited on a deserted shore where death results from sunstroke? For Celsus, the question of causation does not seem to arise. Once the victim is pushed off

the bridge and hits the water, the elements of *occidere* are met, however indirect the subsequent causation, provided that the victim dies in the end.

6. The Case of the Starved Slave

D. 9, 2, 9, 2

If someone caused another to die of hunger, Neratius says that liability is in factum.

Ulpian is always hoping that we will elaborate on the laconic facts of the hypotheticals and imagine the scenes in detail. Let us then approach this hypothetical in stages. What if the assailant holds the victim continuously in a headlock and in that way prevents the intake of food? Because it takes time to starve someone to death, collaborators may be needed – and let us assume for the moment that the *lex* accepts team liability (Ulpian will soon take up the question). If several strong individuals take turns holding the victim until the victim dies of starvation, would the *lex* apply?

One problem is that this killing involves a holding rather than a striking or strangulation. Does the killing have to result from a blow or is any physical contact enough? Ulpian's original definition includes killings done 'with hands' (*manibus*), and we have already decided that the way death ensues is unimportant. Contrary to Neratius's suggestion, in other words, the *lex* may sometimes be applicable to a case of starvation.

Would we come to the same result if the victim dies of starvation sometime after the initial restraint? Imagine that the assailant has locked the victim in a cell and refuses to provide nourishment. I think we are now back to the Case of the Victim Pushed from a Bridge. Once the requirement of hands-on activity has been satisfied, we probably will not much care how death takes place.

And there are other variations that Ulpian surely wants us to note. What if the assailant never touched the victim? The assailant sees the victim inspecting bottles in a wine cellar, quietly locks the door and then, as in Poe's 'Cask of Amontillado,' bricks it up? I think we can already intuit that this action will be *in factum*.

A final question about the case. What if the victim is driven to despair by the inevitability of death and manages to defeat starvation by knotting a rope and hanging by the neck from the bars of the cell window? Does the victim's intervention prevent liability under the *lex*? Or, for an analogous case, what if the victim who was thrown off the bridge in our earlier hypothetical becomes intolerably cold while being swept out to sea and uses a knife to commit suicide? The difficulty is clear, but the answer is not. Does the intervention of the victim (as a human being) preclude the assailant's liability under the *lex*, or will we instead hold that liability does not depend on how the victim ultimately dies?

7. The Barber's Case

D. 9, 2, 11 pr.

Likewise, Mela writes that if, while some were playing with a ball, someone threw it hard enough to hit the hands of a barber, with the result that the barber's razor slit the throat of the slave whom the barber was shaving, the one who is at fault will be liable under the *lex Aquilia*. For Proculus, the blame is with the barber, and that makes sense, for if he was shaving where people customarily played games or where there were frequent throngs, the blame will be attributed to him. And yet it is not wrong to reply that if someone has entrusted himself to a barber who has his chair in a dangerous place, he has only himself to blame.

This is the last and most delicious of the hypotheticals that Ulpian presents to us concerning a single assailant, and Ulpian means for us to have fun with it. It offers a host of intriguing questions, but we will here ask only whether the killing fulfills the definition of *occidere*.

We are in effect asking whether to extend the Case of the Hurling Dagger. Here the ball is flung out of the playing field and strikes the hand of a barber who was at that moment holding a blade to a slave's throat. The blade jerked, and we are to assume that the slave died as a result.

As we begin to think our way through the hypothetical, we might wonder what kind of game they were playing. The Romans played games with different types of balls, and we are not well-informed about the exact rules. I am guessing that the *pila*, the ball used here, was the *harpastum*, a ball about the size of a softball that, because it was often filled with hair, would have been quite hard. As with rugby, there may have been some tackling, and the game would also have involved throwing the ball.⁷ The Romans enjoyed playing ball as a form of exercise before bathing, and the public baths often included ball fields.⁸ It is easy to imagine a barber setting up shop beside a ball field and soliciting customers among the spectators.

Two teams plow into each other, and Ballplayer tries to advance the ball by throwing it to a teammate who is standing near the goal line. The ball overshoots the mark and strikes the hand of Barber, who at that moment is shaving Slave's neck. Barber's hand jerks, Slave's jugular is severed, and Slave is soon deceased. Among many other issues, this case presents the problem of action over distance, but in this case, strangely, what was thrown was not the blade but a ball – an object that transfers the force that moves the blade. Does this additional link in the chain cause us to rethink the principle that we have developed, namely that action over distance does not prevent application of the *lex*? I think the principle continues to apply. Whether it is the knife that is thrown or simply the force that moves it, the killing still results from Ballplayer's act.

⁷ "The main object must have been to throw the ball so that it should drop finally beyond the enemy's base line, thereby scoring a point." Marindin, "The Game of 'Harpastum' or 'Pheninda'" (1890) 4 *Classical Review* 145, 147.

⁸ The two ballcourts in the Baths of Caracalla, one on either side of the bathhouse, seem to be about the right size.

If we were to consider Ballplayer's liability, we might next want to ask whether the involvement of Barber's hand should provide Ballplayer with a defense. Barber was not acting intentionally, so we might want to cut corners and simply ignore the presence of the hand – for all practical purposes, the ball hit the blade. If we choose this solution, I imagine that Ballplayer's liability would be under the *lex*. If, however, we decide to take account of Barber's hand, then it would be the same type of involuntary human intervention we know from the Case of Pusher and Pushee – and liability may be *in factum*.

What I find most interesting about this intriguing case is that it also intrigued the ancients. Mela, who seems to have lived during the Augustan era, may have been the first to put the case. We know Proculus's solution to it as well as Ulpian's response – two centuries later. Somewhat like *Palsgraf* in American law, the Barber's Case may have been a familiar set of facts that the jurists could use to test their theories.

As we finish our work on the Barber's Case, we find ourselves at the threshold of the paragraphs that begin Ulpian's discussion of the double murder and that suggest the much-vexed questions about the views of Celsus and Julian. If we had the time, we could use the method that we have just developed to explore that discussion, but alas the word limit is nigh. But please feel free to give it a try.

III. Working Hypothesis

In his discussion of Chapter One of the *lex Aquilia*, Ulpian was not simply reporting the long discussion about the meaning of the term *occidere*. He had his own agenda. He doubtless revised the excerpts from his predecessors' works to suit his purposes and also sharpened the hypotheticals to make them more challenging. In the end, Ulpian wants to convince us to watch ourselves closely as we attempt to resolve the difficulties the hypotheticals present. When we follow his advice, we are likely to notice that we find our solutions not in the law but rather in the way we reconcile the different thoughts that emerge in our minds as we think about the cases. This is what I believe we would have learned if we had been lucky enough to attend Ulpian's classes – and also what it means to follow his approach today.

‘Roman Law’ in England

David Ibbetson

I. Introduction

If you are a serious Romanist – and Wolfgang Ernst is certainly that – it is not easy to teach Roman law in an English university. Put on one side all your knowledge of the complexities of Roman law unless you are lucky enough to be teaching an advanced class; don’t expect your students to be willing to read Latin, even if they are able to do so; be careful about departing from what is in the standard textbook or what is found in a standard translation of the Institutes of Gaius and Justinian; and expect to be met by blank stares if you venture into the Greek of the Paraphrase of Theophilus. It can be a soul-destroying experience for a scholar but is none the less of enormous value to the student of English law to see how the Romans did things, to see where English law got some of its fundamental ideas from, to understand the map of the law which England and Rome have largely in common.

As a tribute to Wolfgang, as he steps down from the Regius Chair in Oxford, in the short paper I trace the trajectory of development of the way in which Roman law has been taught since the early eighteenth century, and where some of what we teach our students today came from. And why the Professor of Roman law has a problem.

In a paper published in the Cambridge Law Journal in 1939 to mark William Buckland’s 80th birthday, David Daube treated Buckland’s works, beginning with the *Roman Law of Slavery* in 1908, as a watershed in Roman law studies in England. Before that, there was nothing of any note. It was Buckland, he said paraphrasing Pomponius, who truly *fundavit ius civile*, who founded the civil law.¹

No one would doubt that Buckland’s major works did mark a watershed in the study of Roman Law in England, and no doubt everyone who teaches the subject has a copy of his *Textbook of Roman Law*² on their shelves if it is not on their desk, next to their favourite armchair, or on their laptop. All teachers, I would guess, go to it all the time to find the definitive answer to any question of Roman law, if we are too busy to spend a few weeks working it out for ourselves

¹ David Daube, ‘Nocere and Noxa’ (1939) 7 CLJ 23.

² William Buckland, *Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian* (1st edn, Cambridge University Press 1921, 2nd edn, 1932, 3rd edn, 1963).

by going to the primary texts and the literature. Anyone who uses the other 'advanced' English textbook of the twentieth century, that by Tony Thomas,³ can hardly fail to observe that he follows Buckland on most, if not all, topics, and the same is true of the textbooks aimed at a first-year audience, though very occasionally variants from the Buckland norm do creep in. We should not expect otherwise: no lawyer of the twentieth or twenty-first century could contemplate mastering the whole of Roman law, or even Roman private law, afresh, and it would be odd, and perhaps more than mildly eccentric, to write a new textbook from scratch if it disagreed with Buckland's orthodoxy. Worse still, any new book which departed substantially from orthodoxy would soon find itself mouldering ignored.

Buckland was well aware that the law was perpetually in a state of flux, but he deliberately chose to keep the analytical structure in the foreground, suppressing some of the small-scale chronological variation. He equally downplayed subtle differences between near-contemporary jurists, sometimes choosing to follow the orthodoxy of the Institutes where the Digest pointed to a far greater uncertainty on the part of the classical jurists. None of us would criticise him for this choice, for without it the book would have been completely unwieldy and a great deal bigger; but it did contribute to a sense that there was a unity in the law between, say, Labeo and Ulpian, perhaps even between Labeo and Justinian, so that we can almost unthinkingly say today, and probably regularly do say to our students, that classical law was such and such where in truth there might have been a good deal of fuzziness. And the title of his book, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian*, gets very close to assuming that Roman law was substantially the same over a five-hundred-year period. We might just as well have a textbook of English law from Fitzherbert to the present day.

Buckland himself, for all his originality, was heir to a tradition too. He was quite up-front about this. 'The purpose of the writer has been to set out the established or accepted doctrines.'⁴ All well and good, but the authority which has come to be attached to Buckland's textbook has meant that doctrines which were accepted a century ago, and may have been established well before that, have come to be treated as having a near-canonical status.

II. Natural Modes of Acquisition

We can see the way in which tradition has operated by looking at the way in which the natural modes of acquisition of property are dealt with. The Institutes are rather a mess, as is their source in D. 41, 1. For Thomas Wood at the start of the eighteenth century there was a basic tripartite division: *occupatio*, *accessio* and *traditio*, picking up the terminology of Vinnius's Commentary on

³ Tony Thomas, *Textbook of Roman Law* (North Holland 1976).

⁴ Buckland (1st edn) (fn 2) Preface, v.

the Institutes.⁵ This was noted as being for memory's sake but not exact.⁶ It is imposing a structure on Roman law which was not actually there in the Roman texts themselves. Nearly all the work was being done by *accessio*, subdivided into natural, artificial and mixed modes. Natural was made up of procreation, alluvion, islands being created in the middle of rivers, and rivers shifting their courses. Artificial modes were made up of *specificatio*, *adiunctio*, *confusio*, *com-mixtio*, building planting and sowing on land, and writing and painting. Finally, the mixed category was constituted by the acquisition of fruits. This had the advantage of fidelity to Justinian's Institutes at the level of detail if not at the structural level, and to the standard commentary of Vinnius which formed Wood's base, but it had the disadvantage that it was little more than a list which did not bring out any underlying principle in itself.

Moreover, a sign of the way things would develop in the future, embedded in Wood's text are fragmentary notes on modern law; his title page promises to show how the laws of England and the laws and customs of other nations differ from the Roman law. But these notes really are fragmentary: the Roman rules relating to animals with *animus revertendi* do not apply in England, France or Holland; English law has statutes regulating the hunting of game animals; English law has its own rules of treasure trove, wreck and stray (the right to take straying animals); English law allows no claim for the innocent builder on another's land; English law requires consideration in order to pass a right in land.⁷

None of these notes gets remotely to grip with the conceptual parallels, or differences, between Roman law and modern English law; they are asides, with no real function in the work. Any gentleman wanting to use Wood as his guide to English law would have been well advised to go instead to his – very different – *Institute of the Laws of England*;⁸ though it contains nothing at all on original modes of acquisition of moveable property.

A shift away from this structure is visible in Cambridge later in the eighteenth century. Samuel Hallifax, Regius Professor in Cambridge from 1772, was quite explicit that part of his purpose was to educate future common lawyers 'to the study of which it is the best preparation'.⁹ Hallifax followed Wood's division of natural modes of acquisition into 'occupancy, accession and tradition'.¹⁰ Under occupancy he slips into his text a reference to waif, stray and wreck in English law, as Wood had done. Accession contains all the same elements as Wood, but there has been a shift of terminology into natural, industrial and mixed, thereby strengthening the focus of the middle group onto those accessions brought about by an individual's labour. In this he was most likely following the German Heineccius, which he explicitly cites in his second edition, published only a year

⁵ Thomas Wood, *New Institute of the Imperial or Civil Law* (1704), 82–103.

⁶ Wood (fn 5) 82.

⁷ Wood (fn 5) 85, 89, 96, 103.

⁸ Thomas Wood, *An Institute of the Laws of England* (1720).

⁹ Samuel Hallifax, *An Analysis of the Roman Civil Law Compared with the Laws of England* (1774) x.

¹⁰ Hallifax (fn 9) 22–25.

after the first,¹¹ and which we know to have been used in the universities. At the same time, though, John Locke's analysis of the acquisition of property rights by labour had been adopted into English law as a source of literary copyright, described by Blackstone as a type of accession.¹²

Hallifax's Analysis continued to be used as a teaching tool well into the nineteenth century – J. W. Geldart produced an edition of it in 1836 – but its taxonomic influence lasted longer. If we shift forward another century, to Hunter's textbook, and we find the same division, but *specificatio* is drifting away from *accessio* at the same time as remaining within it, treated as the accession of labour to things,¹³ perhaps reflecting the way in which manufacturing processes changed raw materials into new products. In the English literature it was probably Buckland who took this one step further, with a fivefold division of natural modes: *occupatio*, *accessio*, *specificatio*, treasure trove (which had formerly been dealt with as a form of *occupatio*) and the acquisition of fruits.¹⁴ Clearly there was still a problem with *accessio* as a heading under which a number of dissimilar features were joined together, and in the second edition of the textbook there is a note that *accessio* was not a technical term, and 'it was not clear that all the cases commonly treated under this head could be reduced to one principle'.¹⁵ Note the 'commonly' here: the Romans did not treat all these disparate things together, it is only the commentators of the seventeenth century onwards who have done so. Thomas follows the same divisions as Buckland, but for him any doubts as to whether *accessio* was a single principle are no longer visible, his note just pointing out that it was not a Roman term of art leaving the impression that it was a single Roman category.¹⁶ By now we have got quite some way from the Institutes, and from the equivalent passage in the Digest. The principles are clear and comprehensible, but they give a misleading impression of the structural coherence of the Roman law on the topic.

What we see here is the use of the Institutes as a starting point, with a gradual shift of analysis breaking down the mess of the Institutes into a clear conceptual framework.

III. Roman Law and English Law

Another feature of the early analyses was a tendency to homogenise Roman and English law. This is very clearly visible in the eighteenth century works.

¹¹ Samuel Hallifax, *An Analysis of the Roman Civil Law Compared with the Laws of England* (2nd edn, 1775) 23, 24; Johann Gottlieb Heineccius, *Elementa Iuris Civilis* 2.1.354, 361; *Elementa Iuris Naturae et Gentium* 1.9.256.

¹² William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* vol 2 (Clarendon Press 1765–1769) 406.

¹³ William Hunter, *Introduction to Roman Law* (Maxwell 1880) 53, 56–57.

¹⁴ Buckland (1st edn) (fn 2) 207–228.

¹⁵ Buckland (2nd edn) (fn 2) 208 fn 8.

¹⁶ Thomas (fn 3) 169 fn 59.

Thomas Wood had included some slight references to English Law in his *New Institute of the Imperial Law*, and in mid-century Oxford Robert Eden treated English law in passing alongside Roman law,¹⁷ but English law might have had a far greater part to play than simply being juxtaposed alongside Roman law. Hallifax's treatment of the delict *iniuria*, which can be generalised as the contumelious disregard of another's personality, is very clear.¹⁸ He divides it into two parts, causing physical injury to the person and defamation, thereby giving a wholly English spin to the wholly un-English delict. Hunter is more faithful to Roman law, but there is still more than a tinge on Englishness in his discussion, especially in the way he extends it to negligent injuries as well as intentional ones.¹⁹ It is only with Buckland that we finally escape from Hallifax's anglicised treatment of the Roman law. But by this time, indeed by the early nineteenth century, English law was coming to reflect the Roman *iniuria*, not as a tort in itself, but as a justification for the imposition of exemplary damages when a defendant had been guilty of egregious conduct or contumelious disregard of another's interests.²⁰

Not every topic was able to escape the Englishness imposed on it in the eighteenth century. For Hallifax, *rapina* in Roman law was robbery, defined as the violent taking from the person of another of money or goods for the sake of gain; in England, it was the felonious and violent taking from the person of another of any chattel, money or valuable security.²¹ We should not see this as a borrowing from English law pure and simply, for almost the same definitions is found in Justinian's Institutes, and it undoubtedly represented post-classical law. Hunter in the nineteenth century is pretty well the same, as is Buckland, as is Thomas in his wake.²² We cannot fault Buckland for reproducing the accepted orthodoxy, but generations of law students have been puzzled about the need to have an action for violent theft once the *actio furti* was in place, all the more so when the remedy might often have been less beneficial than the simple action for theft. A rather less doctrinal approach, a more historical one, would have shown that it was originally an action against a gang leader and not against the actual perpetrator of the theft, and that it included cases where gang members violently damaged property as well as where they stole it.²³ But the historical understanding has disappeared in the adoption of the aspect of Roman law which most clearly approximated to English law.

¹⁷ Robert Eden, *Jurisprudentia Philologica* (1744).

¹⁸ Hallifax (fn 9) 74–75.

¹⁹ Hunter (fn 13) 136–137.

²⁰ David Ibbetson, 'Iniuria, Roman and English' in Eric Descheemaeker and Helen Scott (eds), *Iniuria and the Common Law* (Hart 2013) 33, 43–46.

²¹ Hallifax (fn 9) 71.

²² Hunter (fn 13) 142; Buckland (1st edn) (fn 2) 579; Thomas (fn 3) 360–361.

²³ Cicero, *Pro Tullio*.

IV. 'Bonitary Ownership'

Rather the reverse of what happened with *iniuria* seems to have happened with bonitary ownership. Nowhere do we find a *dominium bonitarium* in the Roman texts, but the Greek paraphrase of the Institutes by Theophilus does give us a Greek version, *despotikos bonitarios*, and in time this became *dominium bonitarium*. It is in this Latin form that it appeared in eighteenth-century texts in England.²⁴ When an English translation of this began to be used in the first half of the nineteenth century it was as bonitary dominion, found in a non-legal context, referring to situations where there was enjoyment of property without full legal title, to all intents and purposes the same as possession.²⁵ Dominion, of course, is not the same as ownership; it includes the factual relationship between person and thing as well as the legal. I have not been able to trace the phrase 'bonitary ownership' before the late nineteenth century, when it is found in Poste's edition of Gaius' Institutes²⁶ and after which it becomes common. It was easy to see it as a sort of equitable ownership; it is explained as a sort of beneficial ownership without legal title, which has all the same overtones as the English division between law and equity. And just as the equitable owner is the true owner in all but name, so the bonitary owner could come to be treated as the owner in all but name, ignoring all the powers that the quiritary owner had which the so-called bonitary owner did not have. Maybe Buckland should not be faulted for following the then-orthodox line, though a couple of sentences showing the limits of the bonitary owner's powers would have been useful. But when Thomas then talks of 'Dominium and inferior modes of ownership'²⁷ one can only despair at the way in which the English conception of ownership has come to dominate, masking the fact that for the Romans there was a firm division between *dominium ex iure quiritorium* and other relationships between persons and things which had strong legal protection which fell within the compendious verbal phrase *habere in bonis*. It may be that it was this concentration on ownership less than ownership that led to the focus of the treatment of the *actio publiciana* on the fictitious formula made available to those who were usucapting. Nowhere do we find a reference to the protection of the *bona fide* purchaser (who was not usucapting), nor of the protection of the holder of an informally created servitude, both of whom were clearly covered by the *publiciana*.²⁸ But perhaps this is a justifiable simplification to avoid what Bonfante called *un imbrazzo*, an embarrassment.

²⁴ E.g. John Taylor, *Elements of the Civil Law* (1755) 478.

²⁵ *Oxford English Dictionary* (2nd edn, Oxford 1996), sub verb bonitary.

²⁶ Edward Poste, *Gaii Institutiones Iuris Civilis* (3rd edn, 1890) 178 (seemingly as a simple variant of bonitary dominion used in the translation of G.2.40). 'Bonitarian ownership' is found in Hunter (fn 13) 46.

²⁷ Thomas (fn 3) 133.

²⁸ Ulp. D. 6, 2, 7, 11, 11, 2.

V. The *Lex Aquilia*

What of the *lex Aquilia*? Here again we find a baseline of the Institutes, coupled I suspect with an English spin. We all know from the Institutes that the killing of chapter one and the causation of damage in chapter three had to be direct, by the body to the body.²⁹ The eighteenth-century authors seem not to have been concerned about this limitation, but by the nineteenth century it was being put forward as a statement of the Roman law. It is in this form that we find it in Buckland and Thomas, with no expression of doubt.³⁰ But look at the Digest without the preconception put in place by the Institutes. Unlike the treatment in the Institutes, we need to keep apart the first and third chapters of the *lex*, which may have been interpreted differently from each other. So far as the first chapter is concerned, it may be that Julian did think of it in the same way as the Institutes, for he speaks of the legal interpretation of the operative word of the *lex*, *occidere*, as requiring that the wrongdoer's act be done *quasi manu*, and elsewhere we read that, to my mind slightly improbably, a person who incited a dog to bite a slave would only be liable under chapter one of the *lex* if he was holding the dog at the time.³¹ For the rest of the texts in the Digest what we have is statutory interpretation.³² Is this or is it not a case of *occidere*? I think it probably does come down to asking whether the causation was direct, at least for Ulpian, but the result is reached not through the application of an abstract test but through an elucidation of the legal meaning of the word. When we turn to chapter three, without the Institutes' preconception, any supposed test of directness or indirectness largely disappears. It is very clearly not there when the damage is caused by fire, for when a fire brought about by a person's wrongful act spreads to another person's building, the owner of that building can recover as can his tenants whose goods have been burned.³³ We are not told how *frangere* was interpreted, but there is an extended treatment of *rumpere*. This, we learn was understood by the Republican jurists as *corrumpere*, which we generally and probably accurately translate as spoil. Ulpian spends a good deal of time teasing out the meaning of *corruptio*, never once hinting that the directness of the causation might have been relevant.³⁴ Indeed, one text seems fairly clearly to point to there being, at least for him, no such test. A person who holes a merchant ship is liable on chapter three.³⁵ Perhaps this is almost embarrassingly obvious, so obvious that we might reasonably wonder why Ulpian was bothering to tell us; a person who makes a hole in the side of any ship – or indeed a chariot – has undoubtedly damaged it, and the fact that it was a merchant ship seems redundant extra information. But it makes more sense if we ask whether

²⁹ G. 3, 219; Inst. 4, 3, 16.

³⁰ Buckland (1st edn) (fn 2) 583; Thomas (fn 3) 368.

³¹ Jul. D. 9, 2, 51, pr; Ulp. D. 9, 2, 11, 5.

³² Ulp. D. 9, 2, 7, 1–11, 5.

³³ Ulp. D. 9, 2, 27, 8.

³⁴ Ulp. D. 9, 2, 27, 13–27, 35.

³⁵ Ulp. D. 9, 2, 27, 24.

the owners of the cargo can sue on the *lex*, for they have lost their property by its sinking. Here there would be a legitimate question, for Ulpian is almost fixated on the question of liability when property sinks, be it into a drain, the Tiber or the sea. Is this or is it not *corruptio*? Outside this main focus of statutory interpretation on the meaning of *corrumpere*, I think there is only one text which is pointing to a praetorian extension of chapter three which might be interpreted in terms of indirectness, where a ship's cables are cut and the ship disappears.³⁶ But the problem here is that the ship has suffered no damage, no spoiling; it has simply drifted away. Moreover, if there were a directness test for chapter three, we might at least expect Ulpian to have used it to cut through these questions. He does not. Where is English law in all of this? Well, from the early eighteenth century the division between the action of trespass and the action on the case was expressed in terms of direct and indirect causation, almost certainly derived from the Institutes. As early as 1607, John Cowell had treated the action on the case as the English equivalent of the Roman action on the *lex Aquilia* for negligent injury,³⁷ so it would have been all too easy to adopt the Institutes' classification which was thoroughly familiar to English lawyers and to apply this test.

VI. *Causa Traditionis*

I shall spend a little longer on my final example, since I think this brings out better than anything the themes I have been trying to develop. This is the question of *causa traditionis*, whether *traditio* as a means of passing property needs a genuine *iusta causa* to be valid or whether a putative *causa* suffices. Let us look first at the almost agonised way in which the issue is dealt with by Buckland:

'There must be a *iusta causa*. This however is not a requirement independent of intent; it is the motive or evidence which accounts for the intent. It is the external fact showing the existence of the intent. To describe *iusta causa* as the primary notion, and as covering the conception of intent is to reverse the order of significance. What was material was intent: the *causa* was the only evidence of it which was wanted or indeed could ordinarily be had. Hence a putative or imaginary *iusta causa* was enough. [...] The belief accounted for, and indicated, intent to transfer ownership. So too if one handed over the thing as a gift, the other taking it under the impression that he was to give something in return, the *traditio* was valid though there was no real transaction at all. Ulpian indeed expresses a different view when the parties had different *causae* in view. He regards it as material that the *iusta causa* considered as the basis should really exist, whereas on the view which prevailed it was just as good evidence of intent whether it really existed or not.'

Buckland's second edition introduces a footnote referring to the view of what he calls 'recent writers' that *traditio* was indeed genuinely causal, putative *causa* not sufficing,³⁸ but there is no attempt to alter his text which takes the opposite view. Let us see how his analysis fits with the texts. Justinian's Inst. 2,1,40

³⁶ Ulp. D. 9, 2, 29, 3.

³⁷ John Cowell, *Institutiones Iuris Anglicani* (1607) 4.3.1.

³⁸ Buckland (2nd edn) (fn 2) 228 fn 7.

does not really help us either way, but perhaps it is more consistent with the acceptability of a putative *causa* than its rejection, and Buckland may have the Institutes in mind when he says that this view prevailed. Gaius does not help us much. Ulpian's *Regulae* do seem to point to a need for a genuine *causa*, as does a text of Paul.³⁹ We are left with the two major texts in the Digest which Buckland refers to, Julian in D. 41, 1, 36 and Ulpian in D. 12, 1, 18 pr. Clearly Ulpian seems to be referring to the same situation as Julian and may even be reacting against Julian's text. Which is to be preferred? I don't think it takes too much linguistic sensitivity to suggest that Julian is putting forward a personal view, *non animadverto, cur inefficax sit traditio*, itself probably reacting against an opposite view held by others. Ulpian perhaps seems more straightforwardly putting forward a received opinion. We don't need to decide between these views; there might not have been such a thing as a right answer. The oddness is that Buckland, and after him Thomas, do state a clear view following Julian, tending rather to dismiss Ulpian's view as a departure from the orthodoxy, which is said, without any evidence cited, to have prevailed.

This is not just Buckland. We read exactly the same in Hunter's book a generation or more earlier, put rather curiously for a textbook of Roman law. The Romans said there had to be a *iusta causa*, but more accurately this was only evidence of intent.⁴⁰ Unpick this and we seem to be getting at some sort of natural law assumption that there were 'true' rules which were not always reflected in what the Roman jurists said. We can go back to the start of the eighteenth century to find something very similar in Thomas Wood's Institute: quoting the Institutes, he says that nothing is more consonant with reason than to give effect to the will of the *transferor*, continuing to say that the *causa* was evidence of this intent. This was in accord with what Julian had said in D. 41, 1, 36, though Ulpian was said to disagree. And, like Buckland two centuries later, there is no attempt to deal with the other texts that look to be taking the opposing view to that of Julian, nor to say why Ulpian is being sidelined. Maybe we can put weight on the reference to reason in the context of the early eighteenth century, when natural law and the law of reason were coming to play an important part in English and more generally European legal thought. There is also a strong element of English law here if we think of real property. A conveyance of land was in principle effective as a matter of classical common law provided any relevant formalities were satisfied. Any claim that the underlying basis of the transaction was flawed might be grounds for a suit in equity, paradoxically serving to underline the fact that the transfer was valid as a matter of law.

³⁹ Ulp. Reg. 19, 7; Paul D. 41, 1, 31, pr.

⁴⁰ Hunter (fn 13) 48.

VII. Conclusion

Let me try to summarise. Buckland's textbook is, of course, an enormous achievement, but a textbook of Roman Law from Augustus to Justinian, a period of half a millennium, must necessarily involve an assumption that there was such a thing as 'Roman law' over this period, and not just a shifting body of thought replete with doubts and inconsistencies. And Buckland was surely well aware of this, but at the same time he was trying to reproduce the accepted view of 'the law' which meant that he was almost inevitably committed to reproducing certain assumptions as to what 'the law' was which were rooted in the past. I think those assumptions can in fact be traced back to the beginning of the eighteenth century, when Thomas Wood based his *Institutes of the Imperial Law* on the *Institutes of Justinian*; his eighteenth-century successors, in thrall to natural law ideas, tended to straitjacket Roman and English law into the same mould. But such natural law thinking fell out of favour in the legal world carved out by Bentham and Austin, leaving those following in the wake of Wood and Hallifax having to teach a strange version of Roman law rooted in the ideas and practices of the eighteenth century.

Naming Necessity and Ambiguity: the Formation of Roman Legal Language

Ido Israelowich

I. Introduction

Roman legal language was a structured system in which precision was paramount, yet ambiguity (*ambiguitas*) persisted as an inherent feature of legal texts. Jurists confronted ambiguities not as matters of factual uncertainty but as challenges of interpretation, namely problems of reference, designation, and necessity in doctrinal resolution. This article examines how Salvius Julianus (c. 100–170 CE), theorised legal ambiguity in his treatise *De Ambiguitatibus*. Julian's work, as preserved in the *Digest*, reveals a distinct approach to *ambiguitas*, one that framed it as a linguistic and jurisprudential issue rather than an evidentiary or forensic problem. His analysis reflects a broader Roman attempt to regulate meaning within a legal framework, a process that shaped the formation of Roman legal language.

Salvius Julianus was a prominent Roman jurist from North Africa and the last head of the Sabinian school.¹ A student of Iavolenus Priscus, he held key offices, including praetor (138 CE) and consul (148 CE), and served on the Imperial councils of Hadrian, Antoninus Pius, and the *divi fratres*.² Hadrian entrusted him with the final redaction of the *Edictum Perpetuum* (131 CE), introducing the *nova clausula Iuliani*.³ His *Digesta*, published under Pius, systematised legal cases emphasising *aequitas* and *utilitas*, thus mitigating the Sabinian-Proculian divide. His influence shaped later jurisprudence, with Justinian's compilers placing his work at the forefront of the *Digesta*. He explored legal ambiguity, demonstrating expertise in formal logic (D. 34, 5, 13) but later cautioning against its rigid application (D. 50, 17, 65).⁴ His decisions, recorded in the *Quaestiones* of

¹ Plin. Ep. 6, 15, with E Bund, 'Salvius Iulianus, Leben und Werk' in H Temporini and W Haase, *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* II.15 (1976) 408, 414.

² For Julian being the student of Priscus: D. 40, 2, 5. For biographic details: CIL VIII 24094.

³ D. 37, 8, 3. Two sources directly based on the *Historia Augusta*, Eutropius (brev. 8.17) and Aurelius Victor (19.1–2) report that Hadrian ordered the revision of the praetorian edict, which was executed by Julian. Hieronymus, relying on Eutropius in his *World History*, states that Salvius Julianus *perpetuum composuit edictum* (Ad a. Abr. 2147, J P Migne, *Patrologia Latina* XXVII (Paris 1849) 617–618); cf E Bund (fn 1), 421.

⁴ H Buhl, *Salvius Iulianus* (Heidelberg, Koester 1886) 66–67 interpreted the title *De Ambiguitatibus* as Stoic in tone, citing Gell. XI, 12.

Sextus Caecilius Africanus, and citations by later jurists secured his enduring impact on Roman law.⁵

A striking feature of Julian's extant fragments of the treatise on ambiguities is their exclusive focus on testamentary ambiguity. Wills, by their nature, posed a particular interpretative challenge: the *testator* was no longer present to clarify intent. This absence made precision in legal language essential while also necessitating structured methods of resolving uncertainty. An analysis of Julian's fragments shows that he contended that the will/intention of the *testator* is determined not by a single description but by a cluster. Julian sought to establish when testamentary terms had stable, legally fixed meanings and when they required contextual interpretation. His method, however, must be understood within the *field* of Roman jurisprudence, which means a structured space of professionalized legal practice governed by its own rules, hierarchies, and internal struggles. Within this *field*, jurists developed an interpretative authority that was essential for constructing their more general *habitus*.⁶

By situating Julian's work within the broader Roman legal tradition, this study explores how *ambiguitas* functioned as a *locus* of legal reasoning and linguistic refinement. It further examines how later jurists and emperors, from Severus to Justinian, sought to eliminate or regulate ambiguities through authoritative interpretation. In doing so, this article contributes to understanding how Roman legal language was formed, stabilised, and adapted within the evolving field of jurisprudence, a process in which naming, necessity, and ambiguity played defining roles. The first section (II) discusses the existing excerpts of Julian's *De Ambiguitatibus*, before exemplifying (III) how they set the paradigm for later uses of the term *ambiguitas* by legal authors.

II. Julian's *De Ambiguitatibus*

The *Digest* holds three excerpts of Julian's treatise *De Ambiguitatibus*. It is the only such title included in the *Digest* and the only known treatise explicitly dedicated to ambiguity in Roman law.⁷ It appears to have been a short treatise, containing a single book, focusing on ambiguities in wills.⁸ The first excerpt was collated in the *Digest* under the title *De vulgari et pupillari substitutione*, which discusses *substitutio vulgaris* (a standard or ordinary substitution of heirs) and *substitutio pupillaris* (a special form of substitution for minor heirs who might

⁵ BNP s.v. Salvius Iulianus.

⁶ I understand *habitus* (following Bourdieu's work) as a system of durable, internalised dispositions that individuals acquire through socialisation, shaping how they perceive and act in the world.

⁷ But see Cic. inv. 2.116–121; Quint. Inst. 7.9; E Bund (fn 1), 438 must be right locating this work in a rhetorical context.

⁸ However, Julian's concern was lexical and syntactical ambiguities. It is not a work on inheritance law.

die before reaching legal adulthood).⁹ These were mechanisms in Roman testamentary law to ensure the orderly transfer of inheritance in case the primary heir could not fulfill their role.¹⁰ The *Digest*'s collators included Julian's excerpt from his treatise on ambiguities to underline that:

'in a substitution made for a son in the following manner: "Whoever shall be my heir from among those listed above, let him also be the heir of my son," the question arises whether this refers to whoever was at any time my heir or only to whoever is my heir at the time of my son's death. The jurists decided that it refers to whoever was my heir at any time: for even if the person ceased to be heir while the ward [*pupillus*] was still alive, perhaps due to a partial claim of an inauthentic will [*de inofficioso* action], he was still considered to be the heir under the substitution. However, the same reasoning does not apply in the following case: suppose a man had two sons, Gaius, who was of age, and Lucius, who was a minor, and made the following substitution for his minor son: "If my son Lucius dies before reaching puberty and my son Gaius is not my heir, then let Seius be the heir". In this case, the jurists interpreted the provision differently, ruling that the condition for substitution is tied to the time of the minor's death'.¹¹

The ambiguity here is twofold: the first pertains to the identity of the heir upon the (*impubes*) son's death.¹² The second pertains to the validity of the substitution in an event where the son is no longer an *impubes* when he dies. Julian resolves both ambiguities with the same legal principle, which is the right of the *pater patriae* to produce a will for his *impubes* child. In the first instance (i.e., whether this refers to whoever was at any time the heir or only to whoever was heir at the time of the son's death), Julian affirms that the substitution is valid at any time, presumably because the father could have changed his will later. As for the *pubes* son, the answer is that the will of the deceased father is no longer valid, as the son is now *suus heres*, and could make his own will.¹³ Ultimately,

⁹ Cf Gai. 2.179. On the conditions of wills and substitutions of heirs see G MacCormack, 'Impossible Conditions in Wills' [1974] RIDA 263; G Finazzi, 'Heredem esse ed in tutelam suam venire. Riflessioni sulla struttura della sostituzione pupillare' [1991/1992] BIDR 105.

¹⁰ Cf Gai. 2, 174; U Babusiaux, *Roman Law of Inheritance: The Evolution of the Roman Law of Inheritance during the Principate* (Edinburgh, Edinburgh University Press 2024) 121–125.

¹¹ In substitutione filio ita facta: 'Quisquis mihi ex supra scriptis heres erit, idem filio heres esto', quaeritur, quisquis heres quandoque fuerit intellegatur an quisquis heres tum erit, cum filius moriatur. Placuit prudentibus, si quandoque heres fuisset: quamvis enim vivo pupillo heres esse desisset, forte ex causa de inofficioso, quae pro parte mota est, futurum tamen eum heredem ex substitutione creditum est. Non simili modo in hac specie dicendum est, si quis, cum filios duos haberet, gaium puberem, lucium impuberem, ita filio substituisset: 'Si Lucius filius meus impubes decesserit neque mihi Gaius filius heres erit, tunc Seius heres esto': nam ita prudentes hoc interpretati sunt, ut ad impuberis mortem condicio substitutionis esset referenda; D. 28, 6, 31.

¹² For the broader context of the *voluntatis quaestio* principle and the precedent of the *causa Curiana*, see F Wieacker, 'The Causa Curiana and Contemporary Roman Jurisprudence' [1967] IJ 151; G L Falchi, 'Interpretazione "tipica" nella "causa Curiana"' [1980] SDHI 388; J W Tellegen, 'Oratores, Iurisprudentes and the "Causa Curiana"' [1983] RIDA 293; B Cortese, 'Tra "aequitas" e "ius" nella causa Curiana' [2019] Iura 49; J W Tellegen, 'The Reliability of Quintilian for Roman Law: The causa Curiana', in O Tellegen-Couperus (ed), *Quintilian and the Law* (Leuven University Press 2003) 191; U Babusiaux (fn 10), 250–255.

¹³ Cf Gai. 2, 180; Ulp. D. 28, 6, 2, 1 requiring that a *pater familiae* who makes a will for an *impubes* child must also have a will for himself; U Babusiaux (fn 10), 123.

Julian's resolution of testamentary ambiguities emphasised stable reference and meaning. Julian's legal reasoning anchors unclear will provisions to specific, intended referents, preserving their meaning across diverse interpretive contexts and over time. Julian's approach ensures continuity and stability in inheritance law by locking in the testator's intent and preserving linguistic meaning against interpretive shifts. Furthermore, a distinction between *ambiguitas* as a legal issue rather than an epistemological one is clear in this excerpt.

A second excerpt is included in the *Digest* under the title *On legacies and fideicommissa* and concerns

'a person who owned two mules bequeathed in his will: "The two mules that will be mine when I die, let my heir give them". However, at the time of his death, he left no mules but two female mules [*mulas*]. Servius responded that the legacy was still valid because the term "mules" [*muli*] also includes female mules [*mulae*], just as the term "slaves" [*servi*] often includes female slaves [*servae*]. This principle follows from the general rule that the masculine gender also encompasses the feminine'.¹⁴

The legal dispute hinges on whether the term *muli* (mules) in the will includes *mulae* (female mules). Servius resolves this by appealing to linguistic convention. In Latin, the masculine plural often encompasses the feminine, as seen with *servi* (slaves) including *servae* (female slaves). This ruling reflects a flexible approach to meaning, where words are interpreted in context rather than strictly tied to a fixed reference. Instead of assuming that *muli* refers only to male mules, the decision acknowledges how language functions in practice, allowing for an interpretation shaped by common usage and legal reasoning rather than rigid definition. This excerpt displays a meaning of *ambiguitas*, which is not legal but linguistic and/or epistemological. The question is how the testator's will be inferred from the wording of his last will of testament. Julian offered an open model, which accommodates occasional inconsistencies of syntax that as inseparable from natural language.

The third and most detailed excerpt is included under the title *De rebus dubiis*. It reads:

'If someone who deposited 200 (sesterces) bequeaths as follows: "To Seius, along with the 200 which I deposited with him, I bequeath 300", each sum separately has a clear reference, but their combination creates ambiguity. However, it should be understood that the bequest is not of 300 but of 500, because the two sums are added together. If someone writes in their will: "Let my heir give Attius the Seian estate along with Dione, Maevianus' slave", a doubt arises whether the estate is also bequeathed to Dione or whether Dione is merely being given together with the estate. But it is better to say that both the estate and the slave Dione have been bequeathed, especially if the testator had no particular reason to make a legacy to Dione alone. When we phrase a stipulation as follows: "If you do not

¹⁴ Qui duos mulos habebat ita legavit: 'Mulos duos, qui mei erunt cum moriar, heres dato': idem nullos mulos, sed duas mulas reliquerat. Respondit Servius debere legatum, quia mulorum appellatione etiam mulae continentur, quemadmodum appellatione servorum etiam servae plerumque continentur. Id autem eo venit, quod semper sexus masculinus etiam femininum sexum continet; D. 32, 62. Rechnitz, *Studien zu Salvius Julianus* (Weimar, H Böhlaus 1925) 51 dismissed the last sentence ['id – fin'] as superfluous. On gender see also the comments of M J Perry, *Gender, Manumission, and the Roman Freedwoman* (CUP 2014) 18.

give the man or the estate, do you promise to pay 100?" both must be fulfilled to avoid the penalty, meaning that the stipulation holds if neither is performed. The same applies when multiple obligations are stated specifically, as in: "Do you promise to present Stichus, Dama, and Erotas? If any one of them is not presented, will you pay 10?" In this case, all must be presented to satisfy the stipulation. To make this clearer, suppose the stipulation is phrased: "If you do not present Stichus, Dama, and Erotas, will you pay 10?" There is no doubt that all must be presented. Whether one phrases a stipulation as "if this or that is not done" or in this way: "if any of the things included in the agreement is not done", the difference lies in the following: even if one of the two things is done, it is still true that "this or that has truly been done". However, this does not mean that it is also true that "this or that has not been done". For two contradictory statements can both be true at the same time, because meaning is derived not from the entire set but from a part; thus, if something is true within it, the whole statement becomes true. Conversely, two statements containing contradictory claims can both be false at the same time. For example, if some children have died as adults and others as minors, it would be false to say, "all died as minors" and "all died as adults". This happens because, in this case, meaning is derived from the entire group, so if any part is false, the entire statement becomes false. It is therefore necessary to pay attention to the subject of inquiry. For when I phrase a stipulation as "if this or that is not done", the question is whether something has not been done: the effect of the first phrasing is that neither of the two is done, while the effect of the second is that both must be done. In the first case, it is not enough to have failed to do one thing if the other has been done; in the second case, it is not enough to have done one thing if something has still not been done. Similarly, if someone asks, "Did you do any of the things you are accused of?" and the person denies it, they would express it as "I did none of the things I am accused of", that is, "I did nothing of these things." If someone wishes to include multiple obligations in a stipulation, intending that at least one be fulfilled, they must phrase it as follows: "Do you promise that this or that will be done? If none of these things is done, will you pay a certain amount?" Likewise, if a paterfamilias writes in his will: "If a son or daughter is born to me, they shall be my heir; if no son or daughter is my heir, then Seius shall be my heir", he has not sufficiently clarified his intention if he does not mean that an outsider should only be the heir if neither a son nor a daughter becomes the heir. The correct formulation should be: "If neither a son nor a daughter is my heir". However, in some cases, the first wording may be necessary. For instance, if someone has both a son and a daughter and wants to name them both as heirs, but also wants an outsider to share in the inheritance if only one of them is heir, or to be the substitute heir if neither becomes heir. Nonetheless, the most natural interpretation of the testator's intention is that if either a son or a daughter is born, the outsider should not be included, unless the testator explicitly states otherwise.¹⁵

¹⁵ Si is qui ducenta deposuit ita leget: 'Seio cum ducentis quae apud eum deposui trecenta lego', singulae summae separate quidem certam habent demonstrationem, coniunctione vero tali incidunt in ambiguitatem. Sed dicendum est non trecenta, sed quingenta deberi, quia duae summae iunguntur. Si quis leget: 'fundum Seianum heres meus Attio cum dione Maevii servo dato', dubitatur quidem, Dioni quoque fundus legatus sit an Dio cum fundo legatus sit. Sed magis dicendum est non solum fundum, sed etiam servum dionem esse legatum, maxime si nullas iustas causas habuit dioni legandi. Cum ita stipulationem concipimus: 'Si hominem aut fundum non dederis, centum dari spondes?' Utrumque est faciendum, ne stipulatio committatur, id est sive alterum sive neutrum factum sit, tenebit stipulatio. Idemque est evidenter, cum propositis specialiter pluribus rebus, quas fieri volumus, ita stipulamur: 'si quid eorum factum non erit': veluti 'Stichum et Damam et Erotem sisti? si quis eorum non steterit, decem dari?' Necessesse est enim omnes esse sistendos, ut stipulationi satisfiat. Vel ut propius accedamus, fingamus ita stipulationem factam: 'Si Stichum et Damam et Erotem non sisteris, decem dari?' Neque enim dubitabimus, quin aequae omnes sisti oporteat. Utrum ita concipias stipulationem 'si illud aut illud factum non erit' an hoc modo 'si quid eorum factum non erit, quae ut fierent, comprehensa sunt', hoc interest, quod, quamvis altero facto verum sit hoc aut illud vere factum esse, non ideo

Julian explains that legal ambiguity arises when reference and meaning are not fixed but shift depending on grammatical structure and intent. Kripke's distinction between *rigid designators* and *descriptive reference* helps illuminate this issue. While proper names and certain terms may have a stable reference across all contexts, legal terms, such as 'heir' or 'bequest' often function descriptively, requiring interpretation. The ambiguity in testamentary and contractual language stems from whether meaning derives from individual terms or the entire phrase. This parallels Kripke's critique of descriptivism: words do not simply pick out objects by fixed definitions but gain meaning through a causal-historical and contextual framework in legal texts. However, unlike Kripkean reference, legal language must accommodate pragmatic concerns, ensuring that interpretation aligns with intent. Thus, resolving legal ambiguity requires not just a theory of reference but a nuanced approach that balances linguistic precision, logical form, and inferred intention.

III. The meaning and use of *ambiguitas* in Roman legal texts

Ambiguity and its resolution habitually concerned Roman jurists. Thus, a rescript of Septimius Severus instructs that in cases of ambiguity arising from the laws, custom, or the authority of decisions that have been consistently rendered in similar cases, ought to have the force of law.¹⁶ The ambiguity Severus referred to pertains to matters of law, not matters of fact or perception. While the focus on legal ambiguities is common to nearly all appearances of the term *ambiguitas* in Roman legal texts, most of its occurrences appear in the context of inheritance law, the execution of wills, and the scope in which wills should be executed. Ju-

tamen verum erit hoc aut illud factum non esse. Nam simul ea possunt esse vera, quamvis inter se contraria sunt, quia cum significatio non ex universo, sed ex aliquo sumitur, si veri aliquid inde sit, veram efficit totam orationem: sicut e contrario duae orationes pugnantia continentes simul falsae sunt, veluti si qui liberorum partim puberes, partim impuberes decesserint, nam et hoc falsum erit omnes impuberes decessisse et illud omnes puberes decessisse. Id accidit, quia significatio sumitur ex universo, in quo si aliquid falsum est, totam orationem falsam efficit. Animadvertendum igitur est, quid sit, de quo quaeritur. Nam cum ita concipio 'si illud aut illud non fuerit', quaeri debet, an aliquid factum non sit: illius effectus hic est, ut neutrum fiat, huius autem, ut utrumque fiat: nec in illo prodest aliquid non fecisse, si aliquid factum sit, neque in hoc aliquid fecisse, si aliquid factum non sit. Proinde si quis ita interroget: 'Eorum quid, quae obiciuntur tibi, fecisti?' Ille neget, hoc exprimat: 'Eorum quid, quae obiciuntur, non feci', id est 'nihil horum feci'. Si quis autem plura in stipulatum deducat, quorum unum fieri velit, ita comprehendere debet: 'Illud aut illud fieri spondes? si nihil eorum factum erit, tantum dabis?' Item si pater familias in testamento ita scripserit: 'Si quis mihi filius aut filia genitur, heres mihi esto; si mihi filius aut filia heres non erit, Seius heres esto', non satis voluntatem suam declaravit, si non aliter extraneum heredem esse volet, quam si neque filius neque filia heres sit: hoc enim modo concipi oportet: 'si mihi neque filius neque filia heres erit'. Potest autem interdum superior scriptura esse necessaria, si quis, cum filium et filiam habeat, utrumque heredem instituere velit, sed sive alter heres futurus sit, extraneum miscere, sive neuter, extraneum substituere. Sed proclivior est sententia testatoris sic esse interpretanda, ut, sive filius sive filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur, nisi specialiter hoc testator expresserit; D. 34, 5, 13.

¹⁶ Cal. D. 1, 3, 38.

lian explained that ‘if someone in his will orders that ten be given to Titius and Seius, these words admit no ambiguity [*ambiguitas*] so that the one who said “ten” is understood to have meant ten, not ten each’.¹⁷ Such a clarification bore utmost importance because priority was to be given to the content of the will, and ‘when there is no ambiguity in the words, the question of intent should not be admitted’.¹⁸

A problem might arise if the wording of a will is unclear. Paul explained that ‘where there is ambiguity in the words, what was intended prevails; for example, if I stipulate for Stichus and there are several individuals named Stichus, or if I stipulate for “a man”, or for “Carthage”, when there are two cities named Carthage’.¹⁹

Paul (using Kripke’s heuristic model) proposed that within the context of wills, and for the resolution of possible ambiguities, names are linked to their referents through an initial ‘baptism’ and sustained via a causal-historical chain of communication.²⁰ Roman jurists often denoted the intention of the person performing an act as instrumental in determining its legal implications and used the expression ‘what was intended’ (*quod acti est*).²¹ Ulpian argued that in stipulations when the question arises as to what was agreed upon (*quid actum sit*), the words should be interpreted against the stipulator unless no intent can be inferred from the ambiguity of the words; in that case, we follow what was transacted (*quod acti est*).²² Similarly, Paul emphasised that ‘[...] if it has been written: “I bequeath to that Titius the estate which I shall have purchased from Maecius or shall have inherited from my grandmother”, the matter is ambiguous, and what was transacted [*quod acti est*] will prevail, whether the first or the second was intended’.²³ Furthermore, Ulpian admonished jurists to shun uncertainties, and ‘in cases of obscurity, we follow the least burdensome interpretation. But if it is not clear what was transacted [*quid actum sit*], it follows that we should adopt what is commonly practiced in similar transactions’.²⁴ Furthermore, as the resolution of intentions was prone to be prodded, Celsus assigned the risk caused by ambiguity to the stipulator.²⁵

For Justinian, ambiguities pertained to matters of law – presumably caused by conflicting opinions of past jurists – were now removed from the newly created *Digest*: ‘From all that was most useful, everything was gathered and compiled into fifty books, all ambiguities [*ambiguitas*] were resolved, and nothing was left

¹⁷ Iul. D. 30, 79.

¹⁸ Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio; Paul. D. 32, 25.

¹⁹ Ubi est verborum ambiguitas, valet quod acti est, veluti cum Stichum stipuler et sint plures Stichi, vel hominem, vel Carthagini, cum sint duae Carthagines; Paul. D. 34, 5, 21.

²⁰ S Kripke, *Naming and Necessity*, lecture 1.

²¹ Cf Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio; Paul. D. 32, 1, 25, 1.

²² Ulp. D. 45, 1, 80.

²³ Paul. D. 33, 10, 7, 2; cf Paul. D. 32, 25 (fn 18).

²⁴ ‘In obscuris quod minimum est sequimur. Quod si non appareat quid actum sit, erit consequens ut id sequamur quod in transactionibus frequentatur; Ulp. D. 50, 17, 95.

²⁵ Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est; Cels. D. 34, 5, 26.

in a state of discord'.²⁶ If an ambiguity arises due to a lacuna in the law, it would have been the emperor's duty to remove it. Thus, a constitution of Julian on the matter of the extent of an usufruct bequeathed to a wife until the coming of age of the deceased's *impubes* son explicitly removes such ambiguity:

'Resolving ambiguity in the ancient law [*Ambiguitatem antiqui iuris decedentes sancimus*], we decree that whether someone has left the usufruct to his wife or anyone else for a fixed period (until his son or someone else reaches a certain age) the usufruct shall remain in effect for the number of years specified by the testator, regardless of whether the person whose age was the determining factor reaches it or not. For the testator did not refer to the lifespan of a person, but to fixed periods. However, if the beneficiary of the usufruct passes away, the usufruct cannot be transmitted to future heirs, since it is a matter of undisputed law that usufruct extinguishes entirely upon death'.²⁷

A similar use of the term *ambiguitas*, which denoted ambiguity of the ancient authorities, is given in a constitution of Justinian, in the context of the *senatus consultum Macedonianum*.²⁸ Justinian stated that: 'if a son under paternal authority receives money on credit without his father's order, mandate, or consent, but the father later ratifies the contract, we decree, resolving the ambiguity of the ancients, that [...] [*veterum ambiguitatem decedentes sancimus*]'.²⁹ Similarly, in the context of a discussion of ownership of an object created of someone else's materials, Justinian recorded much debate (*ambiguitas*) between the Sabinians and the Proculians.³⁰ *Ambiguitas*, it appears, alludes to matters of law, doctrine, and interpretation, not to matters of fact. This principle is manifested in a constitution of Justinian on the matter of illegitimate children, their mothers, and in what way they are rendered illegitimate (C 5.27). Justinian stated that 'rightly considering that the utility of common matters should prevail, and with judicial uncertainties and all ambiguities removed, we have come to the present sanction, through which, eliminating all doubt that has persisted until now, we establish with absolute certainty [...]'.³¹ The dichotomy between matters of law and matters of fact is made by Ulpian, in the fifth book of his treatise on the duty of the

²⁶ Et in quinquaginta libros omne quod utilissimum erat collectum est et omnes ambiguitates decisae nullo seditioso relicto; Constitutio Tanta 1; cf CJ 1, 17, 2, 1.

²⁷ CJ 3, 12, 2; cf CJ 3, 33, 14, 2.

²⁸ Cf D. 14, 6. The SC Macenonianum provided protections for a paterfamilias against liability for debts contracted by his *in potestate* son. The term *ambiguitas* appears similarly in discussions resolving interpretive uncertainties, such as with the SC Velleianum (46 CE), which restricted women's capacity to incur obligations for others. Justinian employed *ambiguitas* to clarify ambivalence in earlier sources: e.g., in CJ 5, 3, 20, 7 (on gifts from husband to wife), CJ 5, 4, 25, 3 (on legal capacity of the insane), and CJ 5, 4, 26, 1 (raising a slave as *alumna*). Additional instances include CJ 5, 37, 28, 5 (duties of guardians), CJ 6, 2, 22, 1d (theft of borrowed goods), CJ 6, 23, 30 (damaged will), CJ 6, 27, 5, 1d (slave-heir and manumission), CJ 6, 40, 2–3 (execution of wills), CJ 6, 50, 19 (Lex Falcidia), CJ 6, 60, 4 (usufruct of maternal property), CJ 7, 7, 1 (manumission by co-owners), CJ 7, 31, 1, 5 (*res mancipi*), CJ 7, 33, 12 (long-term possession), CJ 8, 10, 14, 2 (building complaints), CJ 8, 41, 8, pr (debt delegation), and in the *Codex Theodosianus* on property, military obligations, appeals, civic duties, and *superstitiones* (e.g., CTh 4, 1, 1; 7, 22, 1, pr; 11, 30, 31, pr; 12, 1, 96, 1; 16, 8, 24, pr).

²⁹ CJ 4, 28, 7, pr.

³⁰ Just. 2, 1, 25; *similis* Gai. D. 41, 1, 7, 7.

³¹ CJ 5, 27, 9, pr.

proconsul: 'Provincial governors should respond to queries of judges concerning matters of law, however, provincial governors should not bestow *consilium* to lawyers pertaining to matters of fact'.³² Roman jurists did not conceptualise law and fact as abstract categories but rather as contrasting elements in specific contexts. The distinction appeared in four particular areas of Roman law: ignorance (*ignorantia iuris/facti*), conditions (*condiciones iuris/facti*), actions (*actiones in ius/in factum*), and questions (*quaestiones facti/iuris*).

The term *ambiguitas* could have denoted uncertainty revolving around facts, but in such a case, its resolution appears to have lain outside the jurisdiction of jurists and within that of those whose authority originates from another source. A constitution of Emperor Leo offers such an example. It concerned a testator of a barbarian nation, who has left a legacy or *fideicommissum* without designating a specific beneficiary. If any uncertainty (*ambiguitas*) arises concerning his homeland, the most reverend bishop of the city in which the testator passed away shall have the right to claim the legacy or *fideicommissum*, ensuring in every way that the intention of the deceased is fulfilled.³³ As the ambiguity revolves around a factual matter (the deceased's place of origin), the constitution recalls the moral authority (*religiosissimus*) of a clergyman, not the skills of a jurist, or the jurisdiction of a court.

The need for legal clarity (i.e., exclusion of all ambiguities) encouraged Justinian to recall that if the emperor has examined a case through a judicial inquiry (*causam cognitionaliter examinaverit*) and, with both parties directly present, has pronounced a ruling, judges must know that this is not merely a law for the particular case in which it was issued, but for all similar cases as well.³⁴ Justinian concluded that it is an imperial duty to resolve any legal ambiguity (*ad nos decurritur et quare ambiguitates iudicum*) that judges encounter and that it is his responsibility to articulate the law in a fashion free of ambiguities.³⁵

The term *ambiguitas* is similarly used in a constitution of Valentinianus and Marcianus, dated to April 22, 455 CE, on the matter of a widow, a deaconess, a woman consecrated to God, a nun, or any other woman called by any title of religious honour or dignity, intends or has intended to leave something (either in whole or in part, in any form or kind) by her will (*testamentum*) or codicil (*codicillus*), provided that the document is otherwise legally valid, to a church, a martyr's shrine, a cleric, a monk, or the poor, such a disposition shall in all respects remain valid and firm. The widow can make a bequest by institution, substitution, legacy, or trust (*fideicommissum*), either in its entirety or in a specific manner, whether by universal or particular disposition, and whether expressed in writing or by unwritten intent. More explicitly, this constitution

³² Iudicibus de iure dubitantibus praesides respondere solent: de facto consulentibus non debent praesides consilium impertire, verum iubere eos prout religio suggerit sententiam proferre; D. 5, 1, 79.

³³ CJ 1, 3, 28, 3.

³⁴ CJ 1, 14, 12, pr.

³⁵ CJ 1, 14, 12, 4–5.

affirmed that ‘all future doubts [*ambiguitas*] regarding such matters shall be entirely removed’.³⁶ Its reference here clearly is the legal uncertainty.

Ambiguitas could also denote uncertainty of reference, as a constitution of Justin illustrates. It orders that those who lack sight, either due to illness or because they were born in such a condition, may validly establish the directions of their will through oral declaration, in the presence of seven witnesses who are also legally permitted to be present at other wills, as well as a notary. Once all have gathered, the testator shall first inform those summoned that they are to bear witness to an unwritten testament. Then, he shall clearly express the names of the heirs, their individual ranks, and distinguishing marks, so that merely naming them does not create any ambiguity (*ambiguitas*). He shall also specify what portion of the inheritance, expressed in fractions of an *uncia*, each heir is to receive, and what each legatee or fideicommissary is to obtain. Finally, he shall openly declare all matters which the sequence of final dispositions, as permitted by law, ought to include.³⁷ However, this use of the term *ambiguitas* is rare in a legal context, and legal authors habitually use it to denote only legal qualms. Thus, a constitution of Justinian uses the term *ambiguitas* to allude to ambiguities that arise in wills either from the inexperience or the negligence of those who draft them (*Ambiguitates, quae vel imperitia vel desidia testamenta conscribentium oriuntur*).³⁸

IV. Conclusion

This exploration of naming, necessity, and ambiguity reveals how Roman jurisprudence approached linguistic indeterminacy not merely as an evidentiary challenge but as a fundamental interpretative problem requiring sophisticated analysis. Salvius Julianus’ *De Ambiguitatibus*, with its focused attention on testamentary language, stands as a pivotal text demonstrating how Roman jurists navigated meaning without authorial intent. By applying a framework of reference and necessity, we can better appreciate the philosophical sophistication underlying Julian’s approach to ambiguity.

The Roman legal tradition distinguished clearly between the ambiguity of law and the ambiguity of fact. While the latter might be resolved through external evidence and a growing reliance on experts, legal ambiguity requires interpretative expertise within a structured juristic field. This study demonstrates how Roman legal professionals developed distinctive interpretative guidelines, enabling them to stabilise meanings through contextual analysis rather than arbitrary decisions. Julian’s surviving fragments on testamentary substitution, lexical distinction, and grammatical interpretation reveal a systematic approach to controlling meaning that transcends mere pragmatism.

³⁶ CJ 1, 2, 13.

³⁷ CJ 6, 22, 8.

³⁸ CJ 6, 23, 24.

The historical arc from Julian to Justinian reveals a continued engagement with ambiguity in legal language. While earlier jurists treated ambiguity as an inherent aspect of language that demanded skilled interpretation, later imperial jurisprudence, shaped by an increasingly centralised legal authority, sought to minimise uncertainty through authoritative pronouncements. Throughout, however, jurists remained clear that ambiguity pertained strictly to matters of law, doctrine, and legal language, not to questions of fact, thereby drawing a sharper distinction between legislation and adjudication. This development reflects broader shifts in the structure and function of Roman law.

Ausnahmen?

Letztwillige Verfügungen römischer Bürger aus den Provinzen

Éva Jakab

I. Einleitung

Mit Begriff und Wesen der Ausnahme – mit der Ethik des Anderen – haben sich Philosophen seit langem auseinandergesetzt; die Debatte erreichte bald auch die Rechtswissenschaft.¹ Versteht man das Rechtssystem als Kommunikationssystem, betrachtet man das Recht in seinen „Operationen“, welche die „Grenze zu seinem Anderen laufend ziehen“.² Sowohl als System als auch eine topologische Struktur, das Recht bildet dauernd die Grenzen zwischen Recht und Unrecht, System und Umwelt, ...

Im Folgenden sollen zwei Rechtsfälle angeführt werden, die darauf hinweisen, wie sich die Juristen Roms mit der Problematik der Ausnahme und deren Verhältnis zur Hauptregel herumgeschlagen haben. Wie ist aus der Vielfalt der Rechtssprachen und Rechtsvorstellungen des *Imperium Romanum* durch die sorgfältig erwogenen Entscheidungen der Juristen die Einheit eines bis heute wirkenden Rechtssystems entstanden? Unser Interesse gilt einer ungewöhnlichen juristischen Konstruktion von Verfügungen *mortis causa*.

Es gilt immer noch als unbestrittene Hauptregel, dass die „Rechtswahl“ der Akteure in ihren Rechtsgeschäften nach ihrem Status determiniert war.³ Die Vielfalt der Völker und der von ihnen verwendeten Geschäftsmodelle haben jedoch dazu geführt, dass die handelnden Personen – ob Römer oder Peregrine – in ihrem alltäglichen Geschäftsverkehr sowohl von römischem als auch von „lokalem“ Recht Gebrauch machten.⁴ Die Grenzen zwischen „Recht und Unrecht“ – zwischen den sogenannten „Rechtsmassen“ – begannen bereits in der ausgehenden Republik zu verschmelzen.

Im Schrifttum gilt, dass die testamentarische Erbfolge (Berufung *ex testamento*), die uns hier beschäftigen wird, im klassischen römischen Recht unter zwin-

¹ Opitz, KJ 43 (2010), 436 ff.; Finke, AöR 140 (2015), 514 ff.

² Luhmann/Fuchs, Reden und Schweigen, 1989, 7.

³ Wolff, Das Problem der Konkurrenz von Rechtsordnungen in der Antike, 1979, 47 f. hat dafür die These der „getrennten Rechtsmassen“ entwickelt, die voneinander unbeeinflusst nebeneinander existierten und sich entwickelten.

⁴ Bei handelsbezogenen Rechtsgeschäften ist diese Attitude anhand von Rechtsurkunden gut nachvollziehbar, s. dazu Jakab, ZRG RA 135 (2018), 474 (493 f.).

gender Regelung gestanden sei: Form und Inhalt letztwilliger Verfügungen seien von strikten Regeln, vom *ius cogens*, beherrscht worden.⁵

Vergleicht man jedoch manche Entscheidungen der klassischen Juristen mit dokumentarischen Texten aus den Provinzen, gewinnt man den Eindruck, dass in manchen Fällen die Römer sogar ihre erbrechtlichen Verfügungen nach lokalem Brauch artikuliert haben. Die aus verschiedenen Regionen des Reiches überlieferten Rechtsurkunden und die den Juristen Roms zur Entscheidung vorgelegten Rechtsfälle ergeben einen Schnittpunkt, wonach fremdartige Usancen auch unter römischen Bürgern nachgewiesen werden können.⁶

Kam es zu einem Rechtsstreit vor einem römischen Gericht, entstand die Notwendigkeit, diese Rechtsverhältnisse nach den Kategorien des römischen Rechts auszulegen. Es stellte sich die spannende Frage, ob die Ausnahmen als unwirksam abgetan oder als Regel anerkannt werden sollen.⁷

Zwischen Vielfalt und Ausnahme kann eine bemerkenswerte Dynamik beobachtet werden, die sich durch das Werk der Juristen Roms nicht selten zu einer Regel gefestigt hat. Die Auseinandersetzung des römischen Rechts mit fremdartigen Rechtsvorstellungen, die laufend gezogenen Grenzen zwischen „Recht und Unrecht“ – zwischen Ausnahme und Regel – fordern einen neuen Zugang zum Verständnis der Rechtsfindung in der Kaiserzeit.

II. Das griechische Konzept der Hinterlegung und die Juristen Roms

In der griechischen Welt wurde die Konstruktion des Hinterlegens oder Anvertrauens (die *parakatatheke*) in verschiedenen Lebensverhältnissen eingesetzt; die Erfassung der Rechtsfigur ist mit unserer modernen Terminologie problematisch.⁸ Das Überreichen einer Sache zur Obhut mit der Vereinbarung, diese nach Aufforderung an den Hinterleger oder einen Dritten herauszugeben, konnte vielerlei Zwecke erfüllen. Die Konstruktion wurde am häufigsten im antiken Bankwesen verwendet: Die nach griechischem Recht unproblematische Drittwirkung war für Geldtransaktionen unter Mitwirkung einer Bank bestens geeignet.⁹ Dieses Geschäftsmodell konnte auch in letztwilligen Verfügungen eingesetzt werden, wenn der Erblasser einen bestimmten Betrag noch zu Lebzeiten aus seinem Vermögen aussondern wollte, um das Geld nach seinem Tode jemandem zukommen zu lassen. Diese auch in den römischen Quellen gelegentlich

⁵ Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, 451–454; Kreller, Erbrechtliche Untersuchungen aufgrund der Graeco-ägyptischen Papyrusurkunden, 1918, 328–336.

⁶ Die Autoren beschränken sich traditionell auf die Frage, wie sich das römische Recht gegen die lokalen Rechte durchgesetzt habe. Hier soll jedoch untersucht werden, wie die lokalen Rechte die Gestaltung der Geschäftspraxis und der juristischen Auslegung der Römer beeinflusst haben könnten.

⁷ S. auch Mauer, Application, Adaption and Rejection, The strategies of Roman jurists in responsa concerning Greek documents, 2022.

⁸ Simon, ZRG RA 82 (1965), 39 (66) betont, dass man höchstens „Annäherungsversuche“ unternehmen könne, um die Bedeutung der *parakatatheke* zu erfassen.

⁹ Anders und widersprüchlich Kaiser, ZRG RA 140 (2023), 193 ff.

belegte Praxis führt zu reizvollen Problemen, weil sie den Regeln des römischen *depositum* in vieler Hinsicht widerspricht.

Etwa Scaev. 18 dig. D. 32, 37, 5 überliefert einen Fall, worin der Erblasser seine letztwillige Verfügung in Form einer *paratheke* formuliert hat.¹⁰ Der Römer Julius Maximus hat einem Vertrauensmann 15.000 Denare in Obhut gegeben mit der Abrede, das Geld nach seinem Tod an seinen Neffen, Maximus, herauszugeben, wenn der das Alter der Mündigkeit erreicht. Das drittwirkende *pactum* wurde mit einer Zinsabrede verbunden: Der Verwahrer war gehalten, dem jungen Maximus den doppelten Betrag, also 30.000 Denare, zu zahlen. Das Rechtsgeschäft beruhte vollkommen auf Vertrauensbasis; Julius Maximus hat vom Verwahrer keine Urkunde, bloß einen Treueid verlangt. Gewiss wäre alles gut gelaufen, wäre nicht der frühzeitige Tod des Verwahrers dazwischengekommen. Seine Erben fühlten sich offenbar an das Vertrauensgeschäft nicht gebunden und wollten dem inzwischen mündig gewordenen Maximus die beträchtliche Summe nicht ausbezahlen. Scaevola dürften die zugrunde liegenden griechischen Rechtsvorstellungen nicht unbekannt gewesen sein. Er sieht aber Probleme, den berechtigten Anspruch nach römischem Recht vor einem römischen Gericht durchsetzbar zu machen. Schließlich bezieht er sich auf den Eid des Verwahrers, wodurch der hinterlassenen *scriptura* Wirksamkeit verliehen wird.¹¹ Der Sachverhalt ist vielschichtig; für das vorliegende Thema ist davon nur die erste Ebene von Interesse: Die *Mortis-causa*-Zuwendung geschah nicht durch Testament oder Kodizill, sondern durch eine Hinterlegung zu Lebzeiten. Der Erblasser konnte durch die *parakatheke* erreichen, dass gewisse Vermögensteile aus dem Nachlass ausgesondert wurden. Das Hinterlegte gelangte nicht in die Hände der Erben oder Vormünder. Die Rechtswirkung solcher Geschäfte stand nach griechischem Recht außer Zweifel; sie waren – wie Scaevolus Entscheidung bestätigt – auch nach römischem Recht, wenn auch auf Umwegen, doch klagbar.

Die Problematik der Hinterlegung von Geld mit einer drittwirkenden Abrede soll hier nicht weiterverfolgt werden. Unser Interesse gilt jetzt den letztwilligen Verwendungen der *parakatheke*, wenn Personen (Schutzwürdige) anvertraut werden. Es soll erwogen werden, warum sich die Erblasser für den Gebrauch der vertraglichen Terminologie entschieden haben.

¹⁰ Vgl. ausführlicher Jakab, ZRG RA 138 (2021), 338 (364–369). Zum römischen Recht Walter, Die Funktionen der *actio depositi*, 2012, 25–32.

¹¹ In P. Euphr. 12, Z. 20–24 wird die Herausgabepflicht der Verwahrerin ebenfalls mit einem Eid verstärkt; s. dazu Feissel/Gascou, Journal de savants 2 (2000), 157 (163–174); Johanssen, Das Privatrecht der griechischen Urkunden vom Mittleren Euphrat, P.Euphr. 6–P.Euphr. 15, 2017, 198 ff.

III. Ein Fall aus der Praxis des Cervidius Scaevola

Aus dem vierten Buch der *Responsa* des Cervidius Scaevola sind insgesamt zwölf Textabschnitte erhalten, die sich mit erbrechtlichen Problemen befassen.¹² Der vorliegende Fall ist Teil eines längeren zusammenhängenden Textes (D. 40, 5, 41pr.–17).¹³ In den *Responsa* sind vier Fragmente überliefert, die wörtliche Zitate aus Rechtsurkunden mit griechischem Text aufweisen;¹⁴ unser ist einer davon (Scaev. 4 resp. D. 40, 5, 41, 4):¹⁵

Sorore sua herede instituta de servis ita cavit: „βούλομαι καὶ παρακαλῶ, γλυκυτάτῃ μου ἀδελφῇ, ἐν παρακαταθήκῃ σε ἔχειν Στίχον καὶ Δάμιαν τοὺς πραγματευτάς μου, οὓς ἐγὼ οὐκ ἡλευτέρωσα, ἄχρις ἂν τὰς ψήφους ἀποκαταστήσωσιν· ἐὰν δὲ καὶ σοὶ ἀρέσωσιν, ἐμήνυσσα σοὶ τὴν γνώμην μου.“¹⁶ Quaero, si paratis actoribus rationes reddere heres libertatem non praestet, dicendo eos non placere sibi, an audienda esset. Respondit non spectandum, quod heredibus displiceret, sed id quod viro bono posset placere, ut libertatem consequantur.

Scaevola war als führender Jurist in die Staatsverwaltung und in die Arbeit der kaiserlichen Kanzlei eingebunden.¹⁷ Seine Reflexionen auf Erscheinungen der Alltagspraxis, die in den östlichen Provinzen durch gängige (griechische) Urkundenformulare und notarielle Gewohnheiten geprägt war, dürfte die allgemeine Haltung der kaiserlichen Rechtsprechung gegenüber fremdartigen Rechtsvorstellungen widerspiegeln. Es wird allgemein angenommen, dass die *Responsa* „wirklich praktische Fälle“ betrafen.¹⁸ Auch in D. 40, 5, 41, 4 kann ein „wirklicher“, aus der Praxis herausgegriffener Rechtsstreit gesehen werden.

Sorore sua herede instituta – die im ersten Satz erwähnte *heredis institutio* lässt vermuten, dass der Erblasser das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tod grundsätzlich in einem formellen Testament (und nicht durch Fideikommiss) geregelt hat. Nach Gaius ist die Erbeinsetzung das *caput* und *fundamentum* jedes Testaments, wodurch seine rechtliche Wirkung begründet wird.¹⁹ Aus dem Text geht nicht hervor, in welcher Sprache das vollständige Testament beurkundet wurde. Die zur Begutachtung vorgelegte Klausel war jedenfalls in griechischer Sprache formuliert. Daraus folgt nicht zwingend, dass das ganze Testament auf

¹² Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* I–II, 1889, 306–313; Spina, *Ricerche sulla successione testamentaria nei Responsa di Cervidio Scevola*, 2012, 26–34.

¹³ Finkenauer, in: FS für Hans Josef Wieling, 2006, 19 ff.; zu den fideikommissarischen Freilassungen s. Knütel, in: FS für Hans Josef Wieling, 2006, 131 ff.

¹⁴ Außer unserer noch D. 17, 1, 60, 4; D. 26, 7, 47pr. und D. 31, 88, 15.

¹⁵ Zu den Rechtsproblemen aus einem provinziellen Milieu s. Jakab (Fn. 10), 351–353; Jakab, in: Isola (Hrsg.), *Klauselgestaltungen in Römischen Testamenten, Akten einer internationalen Tagung zum Römischen Testamentsrecht* (6.–7. November 2020, Wien/online), 2022, 120–123.

¹⁶ Mommsen/Krüger, *Corpus Iuris Civilis*, Volumen Primum, 1893 übersetzen: „volo et rogo, soror dulcissima, ut commendatos habeas Stichum et Damam actores meos, quos equidem non manumisi, donec rationes reddidissent: quod si tu quoque eos probaveris, voluntatem meam tibi significavi.“

¹⁷ Spina (Fn. 12), 13–22; Scaevola diente im Jahre 175 als *praefectus vigilum*, er war jahrelang Mitglied des *consilium* des Mark Aurel. Vgl. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, 1975, 126; Liebs, ZRG RA 93 (1976), 291 (294–296).

¹⁸ Schulz (Fn. 17), 294.

¹⁹ Gai. 2, 229; vgl. Kaser/Knütel/Lohse (Fn. 5), 453.

Griechisch beurkundet worden wäre. Dagegen spricht vor allem der Status der Protagonisten: Erblasser und Erbin waren gewiss römische Bürger. Es ist nämlich kaum denkbar, dass die Stellungnahme eines angesehenen Juristen aus Rom (dazu im hohen kaiserlichen Dienst) in einem Erbstreit unter Peregrinen eingeholt worden wäre.

Römischen Bürgern war es jedoch streng verboten, Testamente auf Griechisch – vom römisch-lateinischen Formular abweichend – abzufassen. Im 2. Jh. n. Chr. galt noch die strikte Trennung zwischen den Bevölkerungsgruppen, die sich nach ihrem Status richtete. Diesbezügliche Vorschriften sind am besten aus Ägypten belegt: Die Nichtbeachtung der zwingenden Vorschriften führte (nach dem *Gnomon* des *Idios Logos*) zur Unwirksamkeit der Verfügung und Konfiskation des Nachlasses.²⁰

An der Wirksamkeit des zu Grunde liegenden Testaments wurde aber allem Anschein nach nicht gezweifelt.²¹ Hätte der Erblasser ein „römisches“ Testament hinterlassen – etwa dem Schema von FIRA III 47 folgend – könnte die auf Griechisch abgefasste „Bitte“ an seine Schwester eine Ergänzung in Form von *codicilli* gewesen sein. Es ist aber auch denkbar, dass das Testament sogleich in zwei Sprachen (auf Lateinisch und Griechisch) abgefasst wurde. In der dokumentarischen Überlieferung finden sich ausreichend Belege dafür, dass die in den östlichen Provinzen lebenden „Neubürger“ (Veteranen usw.) des Lateinischen kaum oder gar nicht mächtig waren – und sich trotzdem um ein formgerechtes „römisches“ Testament bemühten.²² Die Notare waren für solche Ansprüche meistens auch in den Provinzen gut ausgerüstet:²³ Sie konnten die Urkunde in lateinischer Sprache ausstellen, und sogleich eine Kopie (ein Zweitexemplar) mit griechischer Übersetzung hinzufügen.²⁴ In diesem Fall könnte die auf Griechisch abgefasste, an die Erbin gerichtete Bitte aus der Kopie des Testaments stammen.

Es steht jedenfalls fest, dass eine der Streitparteien bei dem angesehenen Juristen um Rat angesucht hatte. Es deutet darauf hin, dass der Rechtsstreit vor einem römischen Gericht ausgetragen wurde. Scaevola hatte die ihm zur Stellungnah-

²⁰ BGU V 1210 § 8; vgl. *Jakab* (Fn. 10), 340–344; *Babusiaux*, ZRG RA 135 (2018), 108 (139–143); *Colella*, I testamenti dei cittadini romani d’Egitto tra storia sociale e prassi giuridica, 2024, 142–143.

²¹ Vgl. Gai. 2, 119; zum Formalismus s. *Avenarius*, in: Isola (Hrsg.), Klauselgestaltungen in Römischen Testamenten, Akten einer internationalen Tagung zum Römischen Testamentsrecht (6.–7. November 2020, Wien/online), 2022, 15–19; *Rüfner*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, Testamentary Formalities, 2011, 1–26; *Jakab*, in: Du Plessis/Ando/Tuori (Hrsg.), The Oxford Handbook of Roman Law and Society, 2016, 498 ff.

²² Zur Rechtsstellung der Veteranen s. *Mitthof*, in: Alföldy/Dobson/Eck (Hrsg.), Kaiser, Herr und Gesellschaft in der Römischen Kaiserzeit, 2002, 377 ff.; *Sänger*, Veteranen unter den Severern und frühen Soldatenkaisern, 2011, 82–91.

²³ *Czajkowski*, Localized Law, The Babatha and Salome Komaise Archives, 2017, 60–61 und 66–67. Die Rolle der Rechtsexperten im forensischen Kontext untersucht *Dolganov*, in: Czajkowski/Eckhardt/Strothmann (Hrsg.), Law in the Roman Provinces, 2020, 358 ff.

²⁴ Zur Zweisprachigkeit s. BGU I 326 (194 n. Chr.); P.Oxy. XXII 2348 (224 n. Chr.); *Strobel*, Römische Testamentsurkunden aus Ägypten vor und nach der *Constitutio Antoniniana*, 2014, 110–111 und 151–152.

me vorgelegte, an die Erbin gerichtete und auf Griechisch formulierte Bitte des Erblassers nach den Normen des römischen Rechts auszulegen. Mit der Notwendigkeit konfrontiert, die Tragweite von „unrömischen Testamentsklauseln“ abzustecken,²⁵ hat er sich mit der Annahme eines Fideikommisses geholfen.²⁶ Die Zulässigkeit der Fideikomnisse galt jahrzehntelang als Ausnahme, aber seit Augustus wurden sie allgemein klagbar gemacht, also als „Regel“ in das System absorbiert.²⁷

IV. Zum Sachverhalt

Scaevola begutachtet einen Rechtsstreit, der um die Interpretation einer Freilassungsklausel entbrannt ist. Es steht außer Zweifel, dass der Testator seine Schwester als Universalerbin eingesetzt hat. Außerdem hat er ihr das Schicksal zweier seiner Sklaven in einer auf Griechisch formulierten Empfehlung besonders ans Herz gelegt. Stichus und Damas waren seine *pragmateutai*,²⁸ seine Geschäftsführer (*actores*), die in seiner *familia* offenbar eine privilegierte Stellung genossen.²⁹ Sie dürften erhebliche Teile seines Vermögens verwaltet haben; darauf lässt die ihnen auferlegte Abrechnungspflicht schließen. Freilassungen mit der strikten Bedingung von *rationes reddere* waren sowohl zu Lebzeiten des *dominus* als auch von Todes wegen dem römischen Recht bekannt.³⁰ Der vertrauliche Ton, die griechische Sprache und die Verwendung der *parakatatheke* verleihen der Verfügung einen fremdartigen Charakter, der die Auslegung nach den systematisierten Kategorien des römischen Rechts schwer macht. Der Erblasser bittet seine Schwester darum, diese zwei Sklaven „in Obhut zu nehmen“ (ἐν παρακαταθήκη ἔχειν).³¹ Er verweist auch auf die jenen auferlegte *conditio* der Rechnungslegung – und fügt hinzu, dass dabei eventuell auch auf die Schwester Aufgaben zukommen werden. Die hier verwendete Wendung – „wenn sie deine Billigung finden sollten, so habe ich dir meine Meinung angezeigt“ – ist etwas vage formuliert. Kein Wunder, dass die Betroffenen diese so unterschiedlich verstanden haben.

²⁵ Wolff, ZRG RA 88 (1971), 329 (337).

²⁶ Das Schrifttum erledigt den Fall trotzdem mit dieser Definition, s. etwa Frezza, in: *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae I* (EOS Vol. XLVIII, 1), 1956, 146: „il testo, che non offre difficoltà di interpretazioni dal punto di vista della dottrina romana della libertà fedecommissaria“.

²⁷ Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 5), 489–492. Die strikten Regeln der Testamente wurden unter Vespasian und Hadrian auf die Fideikomnisse erweitert, s. Johnston, *The Roman Law of Trusts*, 1988, 115.

²⁸ In den Papyri wird das Wort im Sinne von „Handelsmann, Geschäftsmann“ gebraucht, Preisigke, *Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden*, 1925, 350.

²⁹ Zu den Motiven testamentarischer Freilassungen s. Champlin, *Final Judgements, Duty and Emotion in Roman Wills*, 200 BC–AD 250, 1991, 136–138.

³⁰ Scaev. 4 resp. D. 40, 5, 41, 7; Scaev. 4 resp. D. 40, 5, 41, 10–13; Scaev. 4 resp. D. 40, 5, 41, 16–17 in der unmittelbaren Textumgebung.

³¹ Nach Kübler, ZRG RA 28 (1907), 174 (192) soll das Verbum *parakatatithestai* hier nicht „hinterlegen“, sondern nur „anvertrauen“ bedeuten.

Die Erbin hat darin offensichtlich einen Spielraum für eine subjektive Bewertung gesehen. Deshalb erklärte sie ihre „Nichtbilligung“ bzw. ihr „Nichtgefallen“ (*displicere*) und verweigerte den Sklaven die Freiheit (*heres libertatem non praestet*). Dagegen wehrten sich Stichus und Damas wiederum heftig. Aus dem Text geht hervor, dass sie ihre *rationes* korrekt vorbereitet und der Erbin vorgelegt hatten. Sie pochten darauf, dass der Erblasser ihnen die Freiheit – unter dieser Bedingung – jedenfalls zugestanden habe.

Scaevola reduziert das juristische Problem auf einen Punkt: Ob die etwas vage formulierte letztwillige Verfügung einen subjektiven oder einen objektiven Maßstab gesetzt habe. Sein *responsum* ist lakonisch: *non spectandum, quod heredibus displiceret, sed id quod viro bono posset placere* [...]. Das subjektive *displicere* der Erbin wird als rechtlich belanglos zurückgewiesen.³² Die vom Erblasser bestimmte Bedingung soll nach dem objektiven Maßstab eines *vir bonus* beurteilt werden;³³ es geht bloß darum, ob die Abrechnungen korrekt vorgelegt wurden. Damit beschränkt Scaevola die Entscheidung auf den Ausgang des konkreten Rechtsstreits.

Der Jurist legt eine knappe, auf die für das römische Recht relevanten Kriterien beschränkte Auslegung vor – und lässt die provinzialen Besonderheiten des Falles außer Acht. Er kümmert sich nicht um die Entschlüsselung und Integration hellenischer Denkmodelle in das römische Recht. Er geht auf die Frage nicht ein, was der Erblasser mit der *parakatatheke* in diesem Kontext gemeint haben dürfte. Er scheint auch das Problem ausgeklammert zu haben, von wem eigentlich die beiden Sklaven freigelassen wurden – obwohl es für das weitere Schicksal der Beiden von gravierender Bedeutung war. Hätte die Erbin sie freizulassen, hätten Stichus und Damas als ihre Freigelassenen gezählt – und sie hätte einen Anspruch auf Patronatsrechte und – nach griechischem Recht – auf die *paramone*.³⁴ Die Freigelassenen hätten eine weit günstigere Stellung genossen, wenn sie die Freiheit vom Erblasser (noch zu Lebzeiten oder *mortis causa*) erlangt hätten. In diesem Fall wären zwischen ihnen und der Erbin keine auf dem Rechtsweg durchsetzbaren Rechtsverhältnisse entstanden, ihre Freiheit wäre uneingeschränkt geblieben.

Anhaltspunkte zu einer denkbaren Lösung sind in der bei Scaevola wortgetreu zitierten Verfügung zu suchen, insbesondere in den denkbaren Motiven für die Verwendung der *parakatatheke*. Was hatte er mit der Wendung „wenn sie deine Billigung finden sollten“ gemeint?

Der Testator hat seine Erbin darum gebeten, Stichus und Damas in Obhut zu nehmen: Die Beiden sollen nach seinem Tod in ihre Verwahrung, unter ihren

³² Kübler (Fn. 31), 192–193 meint jedoch, dass die Stelle „eine Illustration zu der Lehre über die Bedingungen“ gewesen sei, die „auf das bloße Wollen des Beteiligten abgestellt ist“. In einem subjektiven Sinne versteht die Klausel auch Frezza (Fn. 26), 146 und 164–165; ihm folgt Häusler, ZRG RA 133 (2016), 420 (438).

³³ Fiori, Bonus vir, Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone, 2011, 108–117.

³⁴ Waldstein, Operae libertorum, Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven, 1986, 106–109.

Schutz gelangen. Anschließend formuliert er seine Absicht (und nicht seinen Wunsch), die Genannten bedingt freizulassen: οὐς ἐγὼ οὐκ ἤλευτέρωσα, ἄχρις ἂν τὰς ψήφους ἀποκαταστήσωσιν. Der griechische Text enthält keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Rechtsakt der Freilassung von der Schwester ausgeführt werden sollte.³⁵ Es scheint eher, dass der Erblasser selbst Stichus und Damas freilassen wollte – jedoch nicht bedingungslos. Es liegt nahe, dass zur Zeit der Abfassung des Testaments noch offenstand, ob die Verwalter die geforderte Rechnungslegung dem Testator gegenüber erfüllen werden können. Eine solche Situation ist denkbar, wenn der Testator im Sterben liegt oder seinen baldigen Tod fürchtet. Für den Fall, dass die *rationes* erst nach seinem Tod vorgelegt werden können, hat er die Befugnis deren Überprüfung und Abnahme an seine Erbin übertragen.

Scaevolas Fall handelt um eine unmittelbare Erlangung der Freiheit: Der Erblasser hat nicht einen anderen (nicht die Erbin) gebeten, die Sklaven freizulassen, sondern er hat seinen Willen erklärt, dass den Sklaven die Freiheit quasi aus dem eigenen Testament (*ex suo testamento*) zustehe.³⁶ In der an Scaevola herangetragenen Anfrage wird die Beschwerde der Betroffenen mit der Wendung auf den Punkt gebracht: *si [...] heres libertatem non praestet*. Wäre die Erbin mit der Freilassung beauftragt, würde man eher *libertatem dare* oder *manumittere* erwarten. *Praestare* heißt zwar allgemein „gewähren, leisten, geben, erteilen“,³⁷ aber mit der Wendung *libertatem praestare* wird eher das *confirmare* von fideikommissarischen Freilassungen bezeichnet.³⁸ Das Gutachten lässt darauf schließen, dass die Freilassung selbst tatsächlich noch durch den Erblasser erfolgte, aber die Erfüllung der Bedingung vor seinem Tod nicht mehr durchführbar war.

Unbeantwortet blieb noch die Frage, warum der Erblasser neben seiner ausdrücklichen Bitte (βούλομαι καὶ παρακαλῶ) auch die Rechtsfigur der *parakatatheke* herbeigerufen hat. Der erste Eindruck ist, dass die vom Erblasser an die Erbin herangetragene *parakatatheke* die Haftung der Erbin verschärft haben dürfte: Sie soll den Freigelassenen gegenüber redlich umgehen, ihren höher gestellten freien Status keineswegs anfechten, schmälern. Die rechtliche Bindung des letztwilligen „Anvertrauens“ scheint durch die *parakatatheke* verstärkt zu sein.³⁹

V. Parakatatheke von Freigelassenen – die Praxis

Einen vergleichbaren Sachverhalt überliefert eine Inschrift aus der Hafenstadt Gytheion (IG V.1, 1208, 42 n. Chr.). Es geht um die Stiftung einer reichen Rö-

³⁵ Im Schrifttum wird zwar diese Lösung vertreten, s. etwa Kübler (Fn. 31), 192: „[...] die Erbin muss Eigentümerin der Sklaven sein, um sie freizulassen“; auch Häusler (Fn. 32), 438.

³⁶ Inst. 2, 24, 2; s. Knütel (Fn. 13), 132–135.

³⁷ Heumann/Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 1958, 452–453.

³⁸ Scaev. 24. dig. D. 40, 5, 19pr.; Ulp. 5 fideicomm. D. 40, 5, 24, 7–8.

³⁹ Zur Haftung des Verwahrers s. Scheibelreiter, Der „ungetreue“ Verwahrer, Eine Studie zur Haftungsbegründung im griechischen und frühen römischen Depositenrecht, 2020, 100–102.

merin, Phainia Aromation.⁴⁰ Die Inschrift nennt einen gewissen P. Ophellius Crispus, vermutlich ihren Sohn, als ihren *phrontistes* und *kyrios*.⁴¹ Der letzte Wille eines Bürgers wurde meistens dann in Stein gemeißelt, wenn der oder die Verfügende auch eine so genannte „Stiftung“ errichtete.⁴² Bei den sog. „öffentlichen Stiftungen“ wurden als Empfänger eine Stadt, städtische Organe oder eine Gottheit bestimmt, bei den „privaten Stiftungen“ ein gewisser Personenkreis.⁴³ Die Adressaten waren gehalten, mit der Zuwendung zu wirtschaften (das Kapital anzulegen, die Grundstücke zu bebauen usw.), um aus dem Gewinn den vom „Stifter“ festgelegten Zweck gewissenhaft durchzuführen.⁴⁴ Es handelte sich meistens um eine vom Erblasser bestimmte Art des Totenkultes bzw. der Grabpflege. Bei den öffentlichen Stiftungen kann beobachtet werden, dass die Polis bzw. die Polis-Verwaltung beim Einrichten der Stiftung mit einbezogen wurde.⁴⁵

Phainia Aromation schenkte ihrer Stadt achttausend Denare und verfügte, dass die beträchtliche Summe angelegt werden soll, um aus dem Ertrag den jährlichen Ölbedarf des örtlichen *Gymnasion* zu finanzieren.⁴⁶ Um die Beschaffung des Öls sollen sich die *archontes* im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung kümmern. Die Stiftungsurkunde betont, dass die angeschaffte Körperpflege sowohl den Bürgern der Stadt als auch Fremden – und jährlich für sechs Tage sogar Sklaven⁴⁷ – zur Verfügung gestellt werden soll. Die Inschrift enthält eine detaillierte Regelung der Stiftungsverwaltung.⁴⁸ Für das vorliegende Thema ist die Verfügung in den Zeilen 48–56 von Interesse:

παρακατατίθεμαι δὲ τῇ [πό]λει καὶ τοῖς συνέδροις καὶ τοὺς θρεπτοὺς μου καὶ ἀπ[ε]λευθέρους] πάντας τε καὶ πάσας. ἐνεύχομαι τε ὑμῖν θε[οὺς | πάντας] καὶ τὴν τῶν Σεβαστῶν Τύχην, καὶ ζώσης ἐμοῦ [καὶ ἐάν | ἀνθρώπιν]όν τι πάθω, καὶ κατὰ ἄνδρα καὶ κοινῇ τὴν ἀρίστην [τῆς | βουλή]σῃς μου καὶ ὧν ἐγὼ τιμῶ καὶ τετίμηκα θρε[πτῶν | καὶ ἀπελε]υθέρων διὰ παντὸς ὑμᾶς ποιῆσθαι πρόνο[ιαν | ὅπως αἰεὶ ἀν]επιλή<π>τοι διὰ τὴν ἀπάντων ὑμῶν εἰς ἐμὲ ε[ὔ]νοϊαν καὶ ἀνεόχλη[η]τοι φυλαχθῶσιν.

⁴⁰ Harter-Uibopuu, *Studia Humaniora Tartuensia* 5 (2004), A.4., 1f.

⁴¹ Harter-Uibopuu (Fn. 40), 3.

⁴² Zur Terminologie s. Walser, in: Harter-Uibopuu/Riess (Hrsg.), *Symposion 2019, Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte* (Hamburg, 26.–28. August 2019), 2021, 403, mit Verweis auf die Gefahren der anakronistischen Betrachtung.

⁴³ Walser (Fn. 42), 403–404; ob die von Aneziri, in: Dimipoulou/Helmis/Karambelias (Hrsg.), *Studies in Ancient Greek and Roman Law*, 2020, 15–33 eingeführte und von Harter-Uibopuu, in: Harter-Uibopuu/Riess (Hrsg.), *Symposion 2019, Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte* (Hamburg, 26.–28. August 2019), 2021, 369 ff. angenommene Definition *donatio sub modo* die trefflichste sei, soll hier dahingestellt bleiben.

⁴⁴ Aneziri (Fn. 43), 15–33.

⁴⁵ Wörle, *Stadt und Fest im kaiserzeitlichen Kleinasien, Studien zu einer agonistischen Inschrift aus Oinoanda*, 1988, 22–31; Harter-Uibopuu (Fn. 43), 370.

⁴⁶ Johnston, *Journal of Roman Studies* 75 (1985), 105 ff.

⁴⁷ Die Begünstigung von Sklaven kann ein Indiz für den freigelassenen Status der Stifterin sein.

⁴⁸ Herrmann, in: FS für Friedrich Vittinghof, 1980, 147. Dass die Umwidmungsverbote von den Stiftungsempfängern und nicht von den Stiftern angeregt worden wären, wie von Hors-ter, in: Harter-Uibopuu (Hrsg.), *Epigraphische Notizen, Zur Erinnerung an Peter Herrmann*, 2019, 221 unterstellt, lässt sich aus den Digesten nicht nachweisen.

Phainia Aromation hat ihre *threptoi* und *apeleutheroi* der Polis und den *synedroi* anvertraut (*parakatatithemai*). Das Verbum bestätigt, dass die Stifterin das breite Bedeutungsfeld der griechischen *parakatatheke* im Sinne hatte. Unter *apeleutheroi* sind diejenigen Personen zu verstehen, denen die Stifterin „Ehrungen erweist oder bereits erwiesen hat“.⁴⁹ Es liegt nahe, dass sie damit die ihr besonders Nahestehenden auszeichnen wollte – die von ihr bereits freigelassen wurden oder künftig freizulassen waren. Das Bedeutungsfeld des Wortes *threptoi* ist vielschichtiger; es werden damit hausgeborene Sklaven, aber auch in dem Haushalt aufgezogene (eventuell auch adoptierte) Findelkinder bezeichnet.⁵⁰ Die technischen Worte dürften also das Gesinde, die Mitglieder des Haushalts der Stifterin bezeichnet haben, die mit ihrem Tod ihren persönlichen Schutz und Fürsorge verlieren werden.⁵¹ Es scheint, dass die Zugehörigkeit zu der privilegierten Personengruppe für die Mitbürger von Gytheion und für die Stadtverwaltung eindeutig war – eine Namensliste wurde jedenfalls nicht beigelegt.

Die Polis und die *synedroi* sollen die Anvertrauten beschützen, für die Unversehrtheit ihres Rechtsstatus eintreten. Da die Errichtung der Stiftung mit dem Beschluss der Boule in Kraft getreten ist, ist anzunehmen, dass damit auch die Verfügung über die *parakatatheke* noch zu Lebzeiten der Phainia in Kraft getreten ist. In der *parakatatheke* ist also ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, zwischen der Stifterin und der Polis, zu sehen.

Es ist im Schrifttum umstritten, ob die *parakatatheke* hier eine rechtliche Wirkung erzeugte bzw. ob sie ein Mittel der Freilassung gewesen sei. Der Editor stellte darauf ab, dass hier die Kombination von Freilassung und Anvertrauen an die Stadt festgehalten wurde; ihm folgte auch Laum.⁵² Wilhelm war hingegen der Ansicht, dass die Inschrift von keiner Freilassung spräche: Die Stifterin habe die genannte Personengruppe ihrer Polis in Obhut gegeben. Vor kurzem hat Harter-Uibopuu den Text so verstanden, dass die Stifterin hier ihre Absicht verkündet habe, die Genannten freizulassen, aber weder ihre inschriftlich festgehaltenen Wünsche noch die *parakatatheke* hätten eine rechtliche Bindung erzeugt.⁵³

Ein erneuter Blick in den Text bestätigt, dass die *parakatatheke* hier nicht ein Mittel der Freilassung sein kann. Die Betroffenen scheinen zum Teil bereits früher ihre Freiheit erlangt zu haben, zum Teil sollten (irgendwann später) im Testament der Stifterin freigelassen werden. Die *parakatatheke* dürfte dazu gedient haben, dass die Betroffenen aus dem Vermögen der Stifterin bereits zu Lebzeiten ausgeschieden wurden; sie wurden nicht vererbt. Bei Freigelassenen könnte dadurch verhindert werden, dass die Erben von ihnen Dienste im Sinne der Patronatsrechte verlangen oder ihren freien Status anfechten.⁵⁴ Weiterhin dürfte die

⁴⁹ Laum, *Stiftungen in der griechischen und römischen Antike*, Ein Beitrag zur antiken Kulturgeschichte II, 1915; Wilhelm, *Akademische Inschriftenkunde III*: 1939–1951, 1974.

⁵⁰ S. Harter-Uibopuu (Fn. 40), 14 mit weiteren Quellen.

⁵¹ Anders Harter-Uibopuu (Fn. 40), 14.

⁵² Laum (Fn. 49), 14.

⁵³ Harter-Uibopuu (Fn. 40), 14.

⁵⁴ Anders Harter-Uibopuu (Fn. 40), 14. Sie stellt darauf ab, dass die *parakatatheke* hier keine rechtlichen Konsequenzen gehabt habe.

Stifterin mit dem Anvertrauen in Obhut der Polis einen höheren sozialen Status der Betroffenen untermauern.⁵⁵ Auch Scaevola dürfte die hellenische Auffassung der Verwahrung, die sich nach dem Grundsatz des griechischen Vertrags richtete, vertraut gewesen sein.

VI. Fazit

Die testamentarische Verwendung der rechtlichen Struktur der *parakatatheke* wurde in den Provinzen mit griechischer Kultur auch bei Anempfehlen von Personen an eine Vertrauensperson zur Obhut, zum besonderen Schutz eingesetzt. Die angeführten Quellen bestätigen, dass die *parakatatheke* auch in diesem Kontext rechtlich durchsetzbare Verpflichtungen zur Fürsorge für die Anvertrauten erzeugt hat, die über einen „moralischen Druck“ hinaus reichten.⁵⁶ In Scaevolass Fall (D. 40, 5, 41, 4) konnten die in *parakatatheke* gegebenen Freigelassenen offenbar ihren Anspruch auf Freiheit gegen die Erbin auf dem Rechtswege durchsetzen – Scaevola stellte jedenfalls darauf ab. Man kann vermuten, dass auch die *threptoi* und *apeleutheroi* der Phainia Aromation ihre uneingeschränkte (von Patronatsrechten und *paramone* befreite) Freiheit auf dem Rechtsweg hätten verteidigen können, wenn die Erben der Herrin es ihnen abstreiten wollten. Vor einem römischen Gericht wären diese auf Vertrauen basierenden Bitten als Fideikommiss anerkannt und durchsetzbar gemacht worden.⁵⁷

Die Inschrift der Phainia Aromation bezeugt, dass die Römerin wichtige Rechtsgeschäfte ihres Lebens nach der notariellen Praxis ihrer griechischen Umgebung richtete. Das Wohl ihrer Freigelassenen, der Schutz ihres höher gestellten Status lag ihr am Herzen, deshalb setzte sie die Rechtsfigur der *parakatatheke* ein. Der Erblasser in Scaevolass Fall hatte ebenfalls den verstärkten Schutz gegen eventuelle Angriffe an die Freiheit seiner Freigelassenen im Sinne, als er Stichus und Damas gerade der Erbin anvertraute.

Die auf Griechisch überlieferten letztwilligen Verfügungen mit *parakatatheke* wurden von Römern formuliert. Das griechische Verwahrungsgeschäft wurde für das Anvertrauen von Personen angewendet. Was ist das gemeinsame Element in den zwei Fällen?

Als eines der Grundelemente der *parakatatheke* hebt Scheibelreiter die Treupflicht hervor. Der Vertragsbruch löste nach griechischem Recht eine deliktische Klage aus (*dike blabes*): Sie „eignet sich in besonderem Maße dazu, die Grenzen zwischen deliktischer und vertraglicher Verantwortlichkeit auszuloten“.⁵⁸ Die Nichterfüllung des Hinterlegers (etwa die Unterschlagung des Verwahrungsguts oder sonstige Vereitelung der Verfügung) galt als besonders schwere Scham und Schande. Die *parakatatheke* beruhte auf Freundschaft und Vertrauen, *philia*

⁵⁵ IG IX 1,34; Wilhelm (Fn. 49), 391; Harter-Uibopuu (Fn. 40), 13.

⁵⁶ Zu der starken *Pistis*-Bindung s. Ehrhardt, ZRG RA 75 (1958), 32 (38–44).

⁵⁷ Anders Harter-Uibopuu (Fn. 43), 392.

⁵⁸ Scheibelreiter (Fn. 39), 45.

und *pistis*.⁵⁹ Das letztwillige Anvertrauen bestimmter Begünstigten an die Erben (oder an die Polis) dürfte die Wirkung erzeugt haben, dass gerade jene zum Schutz und zur Bewachung nach der strengen Verantwortung des Verwahrers verpflichtet sein sollen, deren Erbteil durch die erlangten Rechte der Anvertrauten geschmälert wurde.

Die *parakatatheke* bedeutet einen Fremdkörper im klassischen römischen Recht. Scaevola geht in seiner Entscheidung auf die eventuelle Haftung der Erben aus der (griechischen) Verwahrung nicht ein – es tritt hier ein Ausschließungseffekt des Systems ein.⁶⁰ Andererseits arbeiten die Juristen an der „Einschließung“ der fremdartigen Rechtsvorstellungen in das römische Recht, indem sie die griechischen Verfügungen nach römischem Recht auslegen – und irgendwie doch zur Geltung verhelfen.⁶¹

⁵⁹ Nörr, in: Nörr/Nishimura (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes*, 1993, 26 ff.

⁶⁰ Opitz (Fn. 1), 438.

⁶¹ Luhmann, *Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie*, 2. Aufl. 2001, 35 ff. Vgl. dazu Opitz (Fn. 1), 440–441.

Die Wahlrechte des Käufers einer mangelhaften Ware im schweizerischen Obligationenrecht¹

Peter Jung

I. Einführung

Das schweizerische Obligationenrecht stellt dem Käufer einer mangelhaften Ware zahlreiche Rechtsbehelfe zur Wahl. So besteht nach ständiger Rechtsprechung und Teilen der Literatur zunächst eine elektive Konkurrenz zwischen den verschiedenen Rechten aus der Sachmängelgewährleistung (Art. 205 ff., Art. 97 Abs. 1 OR) und der Anfechtung wegen Grundlagenirrtums oder arglistiger Täuschung (Art. 23 ff. OR). Entscheidet sich der Käufer dabei für die Geltendmachung seiner Sachmängelgewährleistungsrechte und damit für eine das Anfechtungsrecht ausschließende Genehmigung des Kaufvertrags nach Art. 31 Abs. 1 OR, hat er nach Art. 205 Abs. 1 OR insbesondere die Wahl zwischen der Minderung und der auch mit einem verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch aus Art. 208 Abs. 2 OR kombinierbaren Wandelung. Daneben kann er nach ständiger Rechtsprechung Schadensersatz wegen Schlechterfüllung verlangen, sofern sich der Verkäufer nicht zu exkulpieren vermag (Art. 97 Abs. 1 OR). Bei Gattungskäufen besteht zudem die Möglichkeit der Nachlieferung (Art. 206 Abs. 1 OR). Der Käufer hat daher nicht allein das Recht, sondern angesichts der vielfachen Unvereinbarkeiten² zwischen den Rechtsbehelfen auch die Obliegenheit, sich für einen dieser möglichen Wege zu entscheiden. Die im Gesetz nur rudimentär geregelten Wahlrechte des Käufers werfen Fragen nach ihrer Einschränkung, Ausübung und Korrektur auf, die im Folgenden näher betrachtet sowie möglichst einfach und kohärent beantwortet werden sollen.³

¹ Der Verfasser dankt Herrn *David Ballmer* für Recherchearbeiten und die kritische Durchsicht dieses Beitrags.

² Lediglich der Anspruch auf Schadensersatz nach Art. 97 Abs. 1 OR steht – unter angeglichenen Voraussetzungen – neben der Sachmängelgewährleistung zur Verfügung (BGE 114 II 131, 134); die Schadensersatzansprüche nach Art. 208 Abs. 2 und Abs. 3 OR können (nur) neben der Wandelung geltend gemacht werden.

³ Zur Notwendigkeit einfacher und kohärenter Lösungen im dt. Recht bereits von *Caemmerer*, in: FS für Karl Larenz 1973, 621, 625.

II. Die Wahl zwischen Anfechtung und Sachmängelgewährleistung

1. Ausgangslage

Entgegen dem deutschen⁴ und französischen⁵ Recht sowie Art. 3.2.4 UPICC 2016 lässt das Bundesgericht im autonomen Schweizer Kaufrecht⁶ in ständiger Rechtsprechung neben der Sachmängelhaftung grundsätzlich⁷ die Berufung auf einen Grundlagenirrtum über die Eigenschaften der Kaufsache nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR zu.⁸ Entsprechendes gilt nach Art. 28 Abs. 1 OR, wenn der Verkäufer einen Mangel arglistig verschweigt oder das Vorhandensein einer Eigenschaft arglistig vorspiegelt,⁹ wobei die Anerkennung dieses Konkurrenzverhältnisses geringere Probleme bereitet, weil bei ihr durch die Anfechtung keine Umgehung der gewährleistungsrechtlichen Einschränkungen von Art. 200 Abs. 2 OR (Haftungsausschluss bei Kennenmüssen des Mangels), Art. 201 OR (Rügeobliegenheit) und Art. 210 OR (verkürzte Verjährung) droht, da diese Regelungen bei einer Arglist des Verkäufers nicht anwendbar sind (Art. 203, 210 Abs. 6 S. 1 OR).¹⁰ Da der Käufer nach ständiger Rechtsprechung jedoch den Vertrag einerseits stillschweigend i.S.v. Art. 31 Abs. 1 OR genehmigt, wenn er sich auf seine Sachmängelgewährleistungsrechte beruft, und andererseits der Berufung auf die vertraglichen Gewährleistungsrechte die Grundlage entzieht, wenn er den Vertrag wegen Grundlagenirrtums oder arglistiger Täuschung innerhalb eines Jahres nach Aufdeckung des Willensmangels anfechtet, besteht elektive Konkurrenz.¹¹ Die beiden Prämissen der ständigen Rechtsprechung betreffend die Konkurrenz und Alternativität von Sachmängelgewährleistung und Anfechtung sollen an dieser Stelle hingenommen werden, obwohl sie im Schrifttum vielfach kritisiert wurden.¹² Es soll stattdessen allein um die Ausübung und Korrektur des hierdurch geschaffenen Wahlrechts gehen.

⁴ BGH NJW-RR 2008, 222, Rn. 9; anders jedoch bei Arglist des Verkäufers BGH NJW 2009, 1266, Rn. 34 ff. (obiter, [Rn. 39] für das Kaufrecht).

⁵ Cass. civ. 1^{re} vom 14.5.1996, n° 94-13.921; Cass. civ. 3^e vom 7.6.2010, n° 98-18.966; anders bei Arglist des Verkäufers Cass. civ. 3^e vom 29.11.2000, n° 98-21.224, Bull. civ. III, n° 182.

⁶ Anders bei Anwendbarkeit des CISG nach BGE 145 III 383, 388 ff.

⁷ Aufgrund einer fragwürdigen Differenzierung allerdings nicht beim Kauf von Vieh (BGE 70 II 48, 50 ff.; 111 II 67, 70 f.).

⁸ S. für die st. Rspr. nur BGE 114 II 131, 134; zust. *Giger*, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 1977, Vor Art. 197–210 OR Rn. 61 ff.; krit. *Honsell*, Schweizerische Juristen-Zeitung 2007, 137, 138 ff.

⁹ BGE 127 III 83, 85 f.; *Gauch*, recht (Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis) 2001, 184, 185.

¹⁰ Zur Unanwendbarkeit von Art. 200 Abs. 2 OR bei Arglist des Verkäufers s. *Schmidlin*, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – OR AT – Mängel des Vertragsschlusses, 2. Aufl. 2013, Art. 28 OR Rn. 133.

¹¹ BGE 127 III 83, 85 f.; BGE 108 II 102, 104 f.; krit. *Gauch*, recht (Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis) 2001, 184, 186 ff.; differenzierend im Anschluss an BGE 88 II 410, 412 und BGE 108 II 102, 104 *Kramer*, Aktuelle Juristische Praxis 2001, 1454, 1456.

¹² S. vorstehende Nachweise.

2. Rechtsnatur der Wahl

Wählt der Käufer die Anfechtung, handelt es sich nach allgemeiner Meinung um die Ausübung eines Gestaltungsrechts. Mit der Anfechtung wird nämlich der Zustand einer schwebenden Wirksamkeit (Anfechtungstheorie)¹³ bzw. Unwirksamkeit (Ungültigkeitstheorie)¹⁴ des Vertrages durch den Eintritt der *ex-tunc*-Unwirksamkeit bzw. den Ausfall einer aufschiebenden Bedingung beseitigt und damit das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien umgestaltet. Auch die prinzipielle Entscheidung für die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten stellt nach zutreffender Ansicht die Ausübung eines Gestaltungsrechts dar. Dies liegt schon allein daran, dass mit ihr nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Genehmigung des Vertrages und damit dessen (endgültiges) Wirksamwerden verbunden ist. Auch die Geltendmachung einzelner Gewährleistungsrechte stellt sich nach zutreffender Ansicht als Ausübung eines Gestaltungsrechts dar.¹⁵

3. Ausübung der Wahl

Die Wahl erfolgt durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, wobei auch jedes eindeutige vorprozessuale Verhalten und nicht erst die gerichtliche Geltendmachung von Gewährleistungsrechten bzw. von Ungültigkeitsfolgen die Genehmigung des Vertrages bzw. dessen Anfechtung bewirkt.¹⁶ Von einer konkludenten Genehmigung ist etwa dann auszugehen, wenn der Käufer die empfangene Sache in Kenntnis des Mangels und damit der Anfechtungsmöglichkeit verbraucht, verarbeitet oder weiterveräußert, die gegnerische Leistung fordert bzw. vorbehaltlos annimmt oder wenn er die eigene Leistung vorbehaltlos und freiwillig erbringt.¹⁷ Im begründeten vertragsmäßigen Gebrauch der Kaufsache in Kenntnis des Mangels ist hingegen noch keine Genehmigung des Vertrages zu sehen.¹⁸ Besonders bei einem arglistigen Verhalten des Verkäufers sind strenge Anforderungen an die stillschweigende Genehmigung des Vertrages zu stellen.¹⁹ Die Beweislast für die behauptete Genehmigung des Vertrages durch den Käufer trägt der Verkäufer, wozu auch der Umstand gehört, dass der Käufer den Willensmangel bereits vor seiner als Genehmigung betrachteten Handlung entdeckt hat.²⁰ Die Anfechtung ist ihrerseits innerhalb der erst ab Kenntniserlangung laufenden Jahresfrist von Art. 31 Abs. 1, 2 OR zu erklären,

¹³ Danach ist der geschlossene Vertrag zunächst gültig, wird durch die Anfechtung aber rückwirkend unwirksam (etwa *Schmidlin* [Fn. 10], Art. 23/24 OR Rn. 379 ff.).

¹⁴ Danach ist der geschlossene Vertrag zunächst (zumindest für die dem Willensmangel unterliegende Partei) unwirksam und wird erst mit der Genehmigung durch die betroffene Partei gültig (etwa BGE 114 II 131, 143).

¹⁵ S. im Text bei Fn. 57 ff.

¹⁶ *Wiegand*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2003, 802, 819.

¹⁷ BGER 4C.25/2000 E. 3b; *Schmidlin* (Fn. 10), Art. 31 OR Rn. 120 f.

¹⁸ BGE 109 II 319, 327.

¹⁹ BGE 108 II 102, 105; BGER 4C.25/2000 E. 3b.

²⁰ BGER 4C.25/2000 E. 3b; nach KGER GR ZK2 10 69 E. 4c hat der Käufer jedoch das Angewiesensein auf die Benutzung zu beweisen.

wobei eine treuwidrige Verzögerung auch zum Verlust des Anfechtungsrechts nach Art. 25 Abs. 1 OR führen kann.²¹ Sie ist vom Käufer zu beweisen.

4. Korrektur der Wahl

Ansichts der Rechtsnatur der Wahl als Gestaltungsrecht und des Vertrauens des Verkäufers auf die Folgen der einmal getroffenen Entscheidung, ist fraglich, ob der Käufer diese korrigieren kann, wenn sich der eingeschlagene Weg als unpraktisch, unvorteilhaft oder undurchführbar erweist.²² Vor dem Hintergrund der zumeist postulierten Unabänderbarkeit einer Gestaltungsrechtsausübung ist zur Beantwortung dieser Frage zwischen unechten (auch uneigentliches *ius variandi*)²³ und echten (auch echtes *ius variandi*) Korrekturen zu unterscheiden.

a) Unechte Korrekturen

Die unechten Korrekturen lassen den Grundsatz der Unabänderbarkeit der Ausübung eines Gestaltungsrechts wie der Wahl zwischen Anfechtung und Sachmängelgewährleistung unberührt, indem sie, obgleich nachträglich geltend gemacht oder festgestellt, zur anfänglichen Unwirksamkeit der Gestaltungsrechtsausübung führen. Zu diesen Korrekturinstrumenten zählt zunächst der Widerruf der bereits abgegebenen Gestaltungsrechtserklärung durch den Käufer nach Art. 9 OR analog,²⁴ der den Verkäufer als Erklärungsgegner vor oder mit dem Zugang bzw. nach dem Zugang, aber vor oder mit der Kenntnisaufnahme der hierdurch unbeachtlich werdenden bzw. aufgehobenen Gestaltungsrechtserklärung erreicht. Die Regelung von Art. 9 OR bezieht sich zwar nach Wortlaut und Systematik nur auf den Antrag und die Annahme im Zusammenhang mit einem Vertragsschluss, findet jedoch analoge Anwendung auf alle anderen empfangsbedürftigen Willenserklärungen, wie die Ausübung von Gestaltungsrechten.²⁵ Auch wenn die bedingungsfeindliche Gestaltungserklärung mit einer Bedingung versehen wurde, ist sie unwirksam.²⁶ Verstieß die vom Käufer erklärte Anfechtung des Kaufvertrages gegen Treu und Glauben, ist sie unstatthaft und damit unwirksam (Art. 25 Abs. 1 OR).²⁷ Beruhte die Wahl auf einem Irrtum (insbesondere einem Grundlagenirrtum),²⁸ auf einer arglistigen Täuschung oder auf einer Drohung,²⁹ kann der Käufer die Wahl als einseitige rechtsgeschäftsähnliche Handlung nach Art. 23 ff. OR analog anfechten. Die gesetzliche Regelung der Anfechtung bezieht sich zwar wiederum nur auf den Vertragsab-

²¹ BGE 108 II 102, 105.

²² *Jermann*, Die Ausübung der Gläubigerrechte im Falle eines gültigen Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR – Zeitpunkt und Widerrufbarkeit, 2003, Rn. 251 (zu Art. 107 Abs. 2 OR).

²³ So etwa BGer 4A_306/2018 E. 5.3.1.

²⁴ BGE 128 III 70, 75.

²⁵ Siehe nur BGE 128 III 70, 75; *Vionnet*, L'exercice des droits formateurs, 2008, 355.

²⁶ *Jermann* (Fn. 22), Rn. 156.

²⁷ BGE 128 III 70, 75.

²⁸ BGE 128 III 70, 75; *Wiegand* (Fn. 16), 823.

²⁹ Siehe dazu BGE 84 II 621, 625 ff.

schluss, doch ist auch die Ausübung von Gestaltungsrechten als einer einseitigen rechtsgeschäftsähnlichen Handlung der Anfechtung zugänglich.³⁰ In all diesen Fällen wird entweder das Wirksamwerden der Gestaltungserklärung verhindert (Widerruf vor oder mit Zugang, Bedingung, treuwidrige Anfechtung des Kaufvertrags, Anfechtung der Gestaltungserklärung nach der Ungültigkeitstheorie) oder deren kurzzeitige Wirksamkeit wieder *ex tunc* aufgehoben (Widerruf nach Zugang, aber vor oder mit Kenntnisnahme, Anfechtung der Gestaltungserklärung nach der Anfechtungstheorie). Die Wahl gilt damit als nicht ausgeübt und kann nunmehr vom Käufer in einem anderen Sinne vorgenommen werden, ohne dass der Grundsatz der Unabänderbarkeit von Gestaltungserklärungen angetastet würde. Anerkannt ist schließlich, dass der Käufer, dessen gewählter Rechtsbehelf aus irgendeinem Grund gerichtlich abgelehnt wird, den Vertrag noch unter den Voraussetzungen der Art. 23 ff. OR anfechten kann.³¹ Der Käufer kann die Rechtsbehelfe in einem Prozess auch von Anfang an eventualiter verbinden.³² Da der gewählte Rechtsbehelf von Anfang an tatsächlich gar nicht zur Verfügung stand, hatte der Käufer in diesen Fällen gar keine entsprechende Gestaltungsmacht, auf deren Ausübung der Verkäufer hätte vertrauen dürfen.³³ Es wäre auch unbillig, dem Käufer einer mangelhaften Sache dann jeden anderen durchgreifenden Rechtsbehelf zu verweigern. Die grundlose und ins Leere gegangene Gestaltungserklärung ist per se unbeachtlich und bedarf daher auch keiner Anfechtung wegen eines Grundlagenirrtums.³⁴

Ist der zunächst geltend gemachte Anspruch des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises jedoch am Ausschluss der Wandelung nach Art. 207 Abs. 3 OR gescheitert,³⁵ sollte der Käufer diesen Ausschluss und die damit verbundenen Wertungen nicht dadurch umgehen können, dass er auf die Anfechtung des Vertrages umschwenkt. Beim Verbrauch, der Weiterverarbeitung und der Weiterveräußerung der Kaufsache in Kenntnis des Mangels ergibt sich dies bereits aus der damit nach ständiger Rechtsprechung verbundenen Genehmigung des Kaufvertrags.³⁶ Aber auch in den anderen Fällen ist ihm die Anfechtung nach Art. 25 Abs. 1 OR zu verwehren, weil die Kondiktion des Kaufpreises im Synallagma der Rückabwicklung nach Treu und Glauben von der Möglichkeit der Vindikation des Kaufgegenstandes durch den Verkäufer abhängen sollte.³⁷ Angesichts des gesetzlichen Vorbehalts von Art. 25 Abs. 1 OR bedarf es hierfür keines Rückgriffs auf die Saldotheorie,³⁸ die im deutschen Recht zwecks

³⁰ Zur sinngemäßen Anwendung nur BGE 128 III 70, 75.

³¹ *Gauch*, recht (Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis) 2001, 184, 188; vgl. zu Art. 366 OR BGE 4A_306/2018 E. 5.3.2 (e contrario in Abgrenzung zu BGE 126 III 230, 233).

³² BGE 108 II 102, 104.

³³ Vgl. zu Art. 107 Abs. 2 OR etwa *Jermann* (Fn. 22), Rn. 157.

³⁴ Überlegungen dazu hingegen bei *Mohasseb/von der Crone*, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2019, 428, 434.

³⁵ S. im Text bei Fn. 65 ff.

³⁶ S. im Text bei Fn. 17 ff.

³⁷ Der Herausgabeanspruch könnte bei Gutgläubigkeit des Käufers auch nicht durch einen nach Art. 938 Abs. 2 ZGB ausgeschlossenen Wertersatzanspruch ersetzt werden.

³⁸ So aber *Giger* (Fn. 8), Art. 207 OR Rn. 48 i.V.m. Rn. 47.

Saldierung der Forderungen auf Kaufpreisrückzahlung und auf Wertersatz für den untergegangenen, weiterveräußerten oder weiterverarbeiteten Kaufgegenstand entwickelt wurde³⁹ und auch im schweizerischen Recht Befürworter gefunden hat.⁴⁰ Die Saldotheorie wäre auch nur entsprechend anwendbar, da sich im schweizerischen Recht im Fall der Anfechtung regelmäßig nicht zwei Bereicherungsansprüche, sondern die *condictio indebiti* hinsichtlich des Kaufpreises und die *rei vindicatio* hinsichtlich des Kaufgegenstandes gegenüberstehen,⁴¹ was zudem bei Gutgläubigkeit des Käufers die Frage der Vereinbarkeit der Saldotheorie mit Art. 938 ZGB aufwirft.⁴² Nach Art. 25 Abs. 1 OR sind die an Treu und Glauben gebundene Anfechtung und damit die Kondiktion des Käufers grundsätzlich von der Vindikationsmöglichkeit des Verkäufers abhängig, sofern nicht besondere Umstände wie die in Art. 207 Abs. 1 OR getroffene Regelung, die Schutzwürdigkeit des Käufers aufgrund von Minderjährigkeit (vgl. Art. 19b Abs. 1 S. 2 ZGB)⁴³ oder die fehlende Schutzwürdigkeit des arglistig handelnden Verkäufers⁴⁴ etwas anderes gebieten. Aufgrund des gänzlichen Ausschlusses der Anfechtung durch Art. 25 Abs. 1 OR käme Art. 938 ZGB erst gar nicht zur Anwendung. Bei einem Rückgriff auf Art. 25 Abs. 1 OR müsste dem Verkäufer auch kein im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehenes obligatorisches Retentionsrecht gewährt werden.⁴⁵

b) Echte Korrekturen

Außerhalb der Fälle des unechten *ius variandi* ist die Wahl zwischen Anfechtung und Sachmängelgewährleistung grundsätzlich unabänderlich. Dies wird zumeist mit der Natur des Wahlrechts als Gestaltungsrecht und mit dem Umstand begründet, dass der Verkäufer als Erklärungsgegner ein besonderes Interesse daran habe, sich auf die Folgen der vom Käufer getroffenen Wahl einstellen und verlassen zu können.⁴⁶ Der Käufer solle die Entscheidung überlegt und ernsthaft treffen, und der Verkäufer solle nicht zum Spielball eines seine Wahl allenfalls mehrfach ändernden Käufers werden.⁴⁷ Es ist auch von einem Gegengewicht zur

³⁹ Siehe nur BGHZ 1, 75, 81; BGH NJW 2001, 1863.

⁴⁰ S. nur *Schwenzer/Fountoulakis*, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, Rn. 58.20.

⁴¹ Insoweit die Saldotheorie ablehnend BGE 110 II 244, 247; krit. *Schwenzer/Fountoulakis* (Fn. 40), Rn. 58.21.

⁴² Daher für eine Verdrängung der bei Gutgläubigkeit des Käufers zur Anwendung von Art. 938 Abs. 2 ZGB führenden Vindikation durch die Besitzkondiktion KUKO OR/*Oberhammer/Fraefel*, 3. Aufl. 2021, Art. 64/65 Rn. 15.

⁴³ Zu dieser Ausnahme von der Saldotheorie im dt. Recht BGH NJW 1994, 2021, 2022.

⁴⁴ Zu dieser Ausnahme von der Saldotheorie im dt. Recht etwa BGH NJW 1990, 2880, 2882; krit. *von Caemmerer* (Fn. 3), 636 f.

⁴⁵ Hierfür jedoch *Booker*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 102 II (1983), 251, 289 f.

⁴⁶ BGE 98 II 96, 98; BGE 108 II 102, 104; BGE 109 II 319, 326; zu Art. 107 Abs. 2 OR auch BGE 123 III 16, 22; für Art. 366 OR BGE 126 III 230, 233; krit. *Kissling*, Aktuelle Juristische Praxis 1997, 1287, 1294 ff.

⁴⁷ *Steiner*, Das Gestaltungsrecht, 1984, 66; auch Befürworter eines echten *ius variandi* sprechen sich daher für maximal eine Korrektur aus (s. etwa *Buz*, recht [Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis] 1997, 197, 202).

Machtstellung des Gestaltungsberechtigten die Rede.⁴⁸ In Rechtsprechung und Lehre werden jedoch insbesondere im Zusammenhang mit Art. 107 Abs. 2 OR zunehmend echte Korrekturen der Gestaltungsrechtsausübung zugelassen, deren tragende Gedanken auch für ein *ius variandi* des Käufers einer mangelhaften Sache fruchtbar gemacht werden können. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass es sich beim *ius variandi* unabhängig von der Rechtsnatur des Wahlrechts um eine im Einzelfall und unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen der Parteien zu beantwortende Abwägungsfrage handelt.⁴⁹ Auf der anderen Seite trägt der Ausnahmecharakter von Korrekturen dem Umstand Rechnung, dass der Käufer die Wahl einseitig treffen kann und daher von ihm bei der Ausübung eine besondere Sorgfalt erwartet werden darf.⁵⁰

Nach allgemeiner Meinung ist es dem Verkäufer zunächst unbenommen, dem Käufer eine Korrektur seiner Wahl zu ermöglichen, indem er sich mit dieser einverstanden erklärt.⁵¹ In Fällen, in denen der Käufer den Kaufvertrag zunächst angefochten hat, sollte das Einverständnis des Verkäufers mit den später geltend gemachten Gewährleistungsrechten nach dem Willen der Parteien das *ius variandi* bzw. die Aufhebung der Anfechtungswirkung betreffen und damit nur den alten Kaufvertrag durch eine Rückgängigmachung des Rückgewährschuldverhältnisses wieder *ex tunc* aufleben lassen und keinen neuen Vertragsabschluss bewirken.⁵² Das entspricht dem Parteiwillen und bietet den Vorteil eines eindeutigen und unveränderten Vertragsinhalts sowie des Fortbestands von akzessorischen Sicherungsrechten.

Das Vertrauen des Verkäufers in die Gestaltungswirkungen verdient nach verbreiteter Ansicht auch dann keinen Schutz, wenn er die Wirksamkeit der ersten Gestaltungserklärung bestritten hat.⁵³ Das Bundesgericht hat dies mit einer teleologischen Interpretation und einem gegen Treu und Glauben verstößenden widersprüchlichen Verhalten des Erklärungsgegners begründet.⁵⁴ Bringe der Verkäufer durch das Bestreiten des Anfechtungsrechts deutlich zum Ausdruck, dass er am Vertrag festhalten wolle, dürfe er sich nach dem Grundsatz von Art. 2 Abs. 1 ZGB nicht gleichzeitig darauf berufen, durch die Anfechtungserklärung seiner Erfüllungspflicht enthoben worden zu sein. Teilweise wird auch darauf

⁴⁸ Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, 229.

⁴⁹ Mohasseb/von der Crone (Fn. 34), 433; Buz, recht (Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis) 1997, 197, 200.

⁵⁰ Vgl. dazu generell für die Ausübung und den Widerruf von Gestaltungsrechten Mohasseb/von der Crone (Fn. 34), 433; Koller, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 1998, Art. 366 OR Rn. 428, wonach das *ius variandi* bei finanziellen Ansprüchen den Regelfall bilden sollte.

⁵¹ BGE 108 II 102, 105; Jermann (Fn. 22), Rn. 180.

⁵² Wie hier zu Art. 368 Abs. 1 OR Gauch, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, Rn. 1582 f. („wiederhergestellte[r] Vertrag“); a.A. BGE 98 II 96, 98.

⁵³ BGE 128 III 70, 75 f.; BGE 4A_306/2018 E. 5.3.2; Wiegand (Fn. 16), 823; Gauch/Schluép/Schmid, OR AT I, 11. Aufl. 2020, Rn. 157; vgl. zu Art. 107 Abs. 2 OR Kissling (Fn. 46), 1294; vgl. zur Maßgeblichkeit von Vertrauensschutzaspekten Glasl, Die Rückabwicklung im Obligationenrecht, 1992, 174 ff.; Buz, recht (Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis) 1997, 197, 200; im dt. Recht Leser (Fn. 48), 229 f.

⁵⁴ BGE 128 III 70, 75 f.; teils krit. Wiegand (Fn. 16), 823.

verwiesen, dass sich die Parteien letztlich über die Nichtausübung des zunächst geltend gemachten Rechts einig seien, wenn der Inhaber des Gestaltungsrechts mit der Korrektur auf die Verweigerungshaltung des Erklärungsgegners einschwenke.⁵⁵ Diese Ausnahme lässt sich auch mit der vom Bundesgericht zugrunde gelegten Ungültigkeitstheorie zumindest dann vereinbaren, wenn man davon ausgeht, dass der Vertrag lediglich für den irrenden Käufer (einseitig) von Anfang an unwirksam ist und der Verkäufer daher bis zur Anfechtung zur Lieferung einer mangelfreien Kaufsache verpflichtet gewesen ist.⁵⁶

III. Die Wahl zwischen Wandelung, Minderung und Nachlieferung

1. Rechtsnatur der Wahl

Mit der Wahl der Wandelung, Minderung oder Nachlieferung ist die Umgestaltung des bis zur Geltendmachung zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses verbunden. Die Wandelung führt entweder zur Aufhebung des Kaufvertrages *ex tunc*⁵⁷ oder zur Umwandlung des Kaufvertrages in ein Rückgewährschuldverhältnis.⁵⁸ Die Wahl der Minderung bewirkt die Herabsetzung des ursprünglich vereinbarten Kaufpreises nach der relativen Berechnungsmethode, sodass auch mit ihr das kaufrechtliche Verhältnis umgestaltet wird. Die Wahl der Nachlieferung begründet eine Pflicht des Käufers zur Rückgewähr der mangelhaften Sache. Die Wahl zwischen den genannten Rechten bildet damit ein einseitig und außerprozessual ausübbares Gestaltungsrecht des Käufers, auch wenn der Nachlieferungsanspruch ein Anspruch ist (vgl. Art. 206 Abs. 1 OR) und der Gesetzgeber von einer Forderung auf Ersatz des Minderwertes (vgl. Art. 205 Abs. 1 OR a.E.) und der Verjährung der Sachmängelgewährleistungsrechte (vgl. Art. 210 OR) spricht.⁵⁹ Mit seiner Qualifikation als Gestaltungsrecht wird das Wahlrecht zudem denselben Regeln unterstellt wie die Entscheidung zwischen Anfechtung und Sachmängelgewährleistung,⁶⁰ was angesichts der Konkurrenz der Rechtsbehelfe im Interesse einer einheitlichen Lösung ist. In jedem Fall kann der Käufer auch im schweizerischen Recht direkt auf die Rückzahlung des (zu viel) gezahlten Kaufpreises oder auf Nachlieferung klagen.⁶¹ Er muss auch bei Ablehnung der Qualifikation als Gestaltungsrecht nicht zunächst nach der strengen Vertragstheorie auf die Zustimmung des Verkäufers zum gewählten Rechtsbehelf klagen, auch wenn das Gesetz historisch bedingt von der

⁵⁵ *Mohasseb/von der Crone* (Fn. 34), 433.

⁵⁶ So auch *Kramer* (Fn. 11), 1456; krit. hingegen *Wiegand* (Fn. 16), 818.

⁵⁷ So noch BGE 109 II 26, 30.

⁵⁸ So *Glasl* (Fn. 53), 209 f.; vgl. zu Art. 109 OR BGE 114 II 152, 156 ff.; obiter BGE 137 III 243, 251 f.

⁵⁹ So auch für die Werkmängelgewährleistungsrechte BGE 109 II 40, 41 f. und BGER 4C.126/2002 E. 1.1; a.A. *Giger* (Fn. 8), Art. 205 OR Rn. 12.

⁶⁰ S. im Text bei Fn. 13 ff.

⁶¹ Zu der von den Kritikern der Gestaltungsrechtslehre befürworteten sog. modifizierten Vertrags- bzw. Herstellungstheorie s. nur *Giger* (Fn. 8), Art. 205 OR Rn. 12 f.

Wandelungs- und Minderungsklage spricht (vgl. Art. 205 Abs. 1, 2, Art. 206 Abs. 1 OR).⁶²

2. Einschränkungen der Wahl

Grundsätzlich hat der zur Sachmängelgewährleistung berechnigte Käufer die freie Wahl zwischen der Wandelung, der Minderung und (beim Gattungskauf) der Nachlieferung. Vorbehalten sind jedoch zunächst beschränkende Vereinbarungen der Parteien. Außerdem kommt es zu einem stillschweigenden Verzicht auf das Wandelungsrecht, wenn der Käufer die Kaufsache in Kenntnis des Mangels und ohne triftigen Grund benutzt,⁶³ sofern man hierin nicht sogar eine konkludente Genehmigung der mangelhaften Lieferung und damit einen Ausschluss sämtlicher Gewährleistungsrechte erblickt.⁶⁴

Die Rechtsbehelfe haben zudem noch jeweils eigene Voraussetzungen, die ihre Wählbarkeit einschränken. So ist die Wandelung nach Art. 207 Abs. 3 OR ausgeschlossen, wenn „die Sache durch Verschulden des Käufers untergegangen oder von diesem weiter veräußert oder umgestaltet worden ist“. Der diesbezügliche Ausschluss der Wandelung gilt nach allgemeiner Ansicht auch für den erheblichen teilweisen Untergang und die wesentliche Verschlechterung der Kaufsache.⁶⁵ Was in diesem Zusammenhang unter einem Verschulden des Käufers zu verstehen ist, ist unklar. Vor Erlangung der Kenntnis von dem Mangel und einer etwaigen Rückgabeverpflichtung kann es sich jedenfalls nur untechnisch um ein Verschulden gegen sich selbst handeln, das etwa in der Verletzung der eigenüblichen Sorgfalt bestehen könnte. Angesichts der Tatsache, dass neben dem verschuldeten Untergang auch unabhängig von einer Mangelkenntnis des Käufers die Weiterveräußerung und die Umgestaltung einen Ausschlussgrund bilden, wird zudem vertreten, dass jedes für den Untergang oder die wesentliche Verschlechterung adäquat kausale Verhalten des Käufers oder seiner Hilfspersonen die Wandelung ausschließen soll.⁶⁶ Der nach Art. 207 Abs. 1 OR die Wandelung ausdrücklich nicht ausschließende zufällige Untergang wird dann spiegelbildlich auf die Fälle höherer Gewalt und des Verhaltens unabhängiger Dritter beschränkt. Die Minderung kommt ihrerseits nicht in Betracht, wenn der geforderte Minderwert den Betrag des Kaufpreises erreicht (Art. 205 Abs. 3

⁶² *Giger* (Fn. 8), Art. 205 OR Rn. 7.

⁶³ BezGer ZH ZR 98/1999, 139, 141; OGer TG RBOG 2005, 119, 121; *Giger* (Fn. 8), Art. 207 OR Rn. 41 f.; für einen Verlust nach Art. 207 Abs. 3 OR (analog) BGE 105 II 90, 91 f.; KGer GR ZK2 10 69 E. 4c.

⁶⁴ Zu dieser (an strenge Voraussetzungen zu knüpfenden) Möglichkeit *Furrer*, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, 1973, 65 f.; zur Unterscheidung zwischen Genehmigung und bloßem Wandelungsverzicht BezGer ZH ZR 98/1999, 139, 141; *Giger* (Fn. 8), Art. 207 OR Rn. 40.

⁶⁵ *Vionnet*, La vente (Traité des contrats, Bd. III), 2024, Rn. 398; *Giger* (Fn. 8), Art. 207 OR Rn. 24.

⁶⁶ So etwa *Giger* (Fn. 8), Art. 207 OR Rn. 18; *Koller*, OR BT – Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bd. I, Art. 184–318, 2012, § 4 Rn. 180; nach OGer ZH ZR 98/1999, 139, 143 stellt die bloße Benutzung der Kaufsache auch in Kenntnis des Mangels jedoch keinen Ausschlussgrund dar.

OR). Das Recht auf Nachlieferung besteht nur beim Gattungskauf und allenfalls analog beim Speziaukauf einer serienmässig hergestellten und einfach nachzuliefernden vertretbaren Sache.⁶⁷ Es setzt zudem wie die Wandelung voraus, dass die Sache nicht durch Verschulden des Käufers untergegangen oder von diesem weiterveräußert oder umgestaltet worden ist (Art. 207 Abs. 3 analog).⁶⁸

3. Ausübung der Wahl

Die Wahl des Käufers zwischen Wandelung und Minderung muss nicht im Zusammenhang mit der im schweizerischen Kaufrecht grundsätzlich generell erforderlichen Mängelrüge (Art. 201, 203 OR) ausgeübt werden. Anders als nach Art. 46 Abs. 2, 3 und Art. 49 Abs. 2 CISG ist die Wahl nach h.M. im autonomen schweizerischen Recht auch an keine angemessene Frist gebunden.⁶⁹ Der Verkäufer kann lediglich eine Frist zur Ausübung setzen.⁷⁰ Außerdem kann dem Käufer das Recht auf Wandelung wegen zu langen Zuwartens aus Gründen der Billigkeit gerichtlich verweigert werden (Art. 205 Abs. 2 OR).⁷¹ Insbesondere darf der Käufer bei Marktwertschwankungen der Kaufsache nicht auf Kosten des Verkäufers spekulieren.⁷²

Der Käufer übt die Wahl durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung aus. Die Entscheidung zugunsten der Wandelung kann auch stillschweigend in der vollständigen Verweigerung der Kaufpreiszahlung bzw. der Rückforderung des bereits gezahlten Kaufpreises erfolgen. Ebenso kann die konkludente Minderung in der teilweisen Verweigerung der Kaufpreiszahlung bzw. in der teilweisen Rückforderung des Kaufpreises erblickt werden. Die bloße Bereitstellung der Kaufsache zur Abholung des benachrichtigten Verkäufers schließt zwar die Minderung aus, lässt beim Gattungskauf aber offen, ob der Käufer Wandelung oder Nachlieferung begehrt. Behält sich der Käufer insbesondere im Zusammenhang mit der Mängelrüge ein bestimmtes Gewährleistungsrecht lediglich vor, sollte darin noch keine endgültige Wahl zugunsten des vorbehaltenen Rechts erblickt werden.⁷³

4. Korrektur der Wahl

a) *Korrektur der Wahl durch das Gericht*

Hat der Käufer Wandelung gewählt, steht es dem Gericht gleichwohl frei, „bloss Ersatz des Minderwertes zuzusprechen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen“.

⁶⁷ Dazu etwa *Bauer/Rusch*, recht (Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis) 2013, 209, 214; a.A. *Koller* (Fn. 66), § 4 Rn. 126.

⁶⁸ S. nur *Giger* (Fn. 8), Art. 207 OR Rn. 4.

⁶⁹ A.A. *Furrer* (Fn. 64), 64 („ohne schuldhafte Verzögerung“).

⁷⁰ *Bucher*, Schweizerische Juristen-Zeitung 67 (1971), 1, 4 f.

⁷¹ AppGer BS Basler Juristische Mitteilungen 1973, 294 f. (ungerechtfertigtes fünfmonatiges Zuwarten mit Möglichkeit der Schadensvergrößerung).

⁷² *Furrer* (Fn. 64), 64; vgl. auch zu Art. 107 Abs. 2 OR *Buz*, recht (Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis) 1997, 197, 202.

⁷³ So jedoch zu Art. 107 Abs. 2 OR BGE 123 III 16, 23; krit. *Buz*, recht (Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis) 1997, 197, 199.

tigen, den Kauf rückgängig zu machen“ (Art. 205 Abs. 2 OR). Hierdurch wird die bereits zuvor durch den Zugang der Wandelungserklärung beim Verkäufer wirksam gewordene Ausübung des Gestaltungsrechts gerichtlich korrigiert.⁷⁴ Die Regelung ist Ausdruck der Tatsache, dass die Wandelung die einschneidendere Rechtsfolge darstellt und etwa im Werkvertragsrecht an einen erheblichen Werkmangel geknüpft ist (Art. 368 Abs. 1 OR).⁷⁵ Sie sollte vom Gericht auch dazu genutzt werden können, bei einem Ausschluss der Wandelung nach Art. 207 Abs. 3 OR oder bei einer Verwirkung des Wandelungsrechts durch grundlose Benutzung der Kaufsache noch Minderung zuzusprechen.⁷⁶ Zu berücksichtigen sind bei dieser Billigkeitsentscheidung (Art. 4 ZGB) alle Umstände des Einzelfalls. Dies gilt namentlich für die Erheblichkeit der ggf. kumuliert zu berücksichtigenden Mängel und ihre Auswirkungen auf den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Kaufsache,⁷⁷ die Interessen und das Verhalten der Parteien,⁷⁸ die Praktikabilität der Rückabwicklung⁷⁹ sowie die Kosten und Möglichkeiten der Reparatur.⁸⁰ Da es auf eine objektive Beurteilung im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ankommt, kann die Wandelung auch ausgeschlossen sein, wenn der Käufer in Kenntnis des Mangels den Kauf nicht abgeschlossen hätte.⁸¹ Obwohl die Wandelung der einschneidendere Rechtsbehelf ist und der im Zuge der Wandelung auf Kaufpreistrückzahlung klagende Käufer mit dem zugesprochenen Minderungsbetrag vom Gericht weniger als beantragt erhält, sollte dies nicht als teilweises Unterliegen mit entsprechender Verfahrenskostenbeteiligung gewertet werden. Anderenfalls würden das prinzipiell freie Wahlrecht des Käufers zwischen gleichwertigen Rechtsbehelfen und der Umstand verkannt, dass der Käufer bei der Minderung zwar einen geringeren Geldbetrag erhält, aber dafür den Kaufgegenstand behalten darf.⁸²

b) Korrektur der Wahl durch den Käufer

Wie bereits bei der prinzipiellen Wahl zwischen Anfechtung und Sachmängelgewährleistung⁸³ stellt sich auch im Rahmen der Art. 205 f. OR die Frage einer

⁷⁴ A.A. Keller/Siehr, Kaufrecht, 3. Aufl. 1995, 88.

⁷⁵ Zu historischen Vorläufern dieser den umliegenden Rechtsordnungen unbekannten Regelung Bucher (Fn. 70), 22; zur Ratio nur Furrer (Fn. 64), 66.

⁷⁶ Einschränkung auf den Verzicht durch grundlose Benutzung OGer TG RBOG 2005, 119, 124 f.

⁷⁷ BGE 124 III 456, 461 f.; BGer 4A_252/2013 E. 4.

⁷⁸ BGer 4A_252/2013 E. 4 (Verschleierung des Mangels durch den Verkäufer); AppGer BS Basler Juristische Mitteilungen 1973, 294 ff. (zu langes Zuwarten des Käufers mit der Wandelung); Koller (Fn. 66), § 4 Rn. 179.

⁷⁹ BGer 4A_252/2013 E. 4 (schwieriger Abtransport); Schenker, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VI, 2004, 109, 150 (Unternehmenskauf).

⁸⁰ BGE 124 III 456, 461; BGer 4C.311/2003 E. 4.4.

⁸¹ Ähnlich bereits Koller (Fn. 66), § 4 Rn. 178.

⁸² So auch schon Bucher (Fn. 70), 22 ff.; a.A. Honsell, in: Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, Art. 205 Rn. 7.

⁸³ S. im Text bei Fn. 22 ff.

möglichen Korrektur der Gestaltungsrechtsausübung durch den Käufer.⁸⁴ Wie dort hat der Käufer zunächst unter den jeweiligen Voraussetzungen die unechten Korrekturmöglichkeiten des Widerrufs (Art. 9 OR analog) und der Anfechtung aufgrund eines Willensmangels (Art. 23 ff. OR analog). Außerdem kann die Wahl wiederum im Einverständnis mit dem Verkäufer⁸⁵ oder dann geändert werden, wenn es an einem schutzwürdigen Interesse des Verkäufers an der Aufrechterhaltung der Wahl und der durch sie geschaffenen Rechtslage fehlt, weil er insbesondere das geltend gemachte Gewährleistungsrecht bestritten hat.⁸⁶ Haben die Parteien zudem ein Nachbesserungsrecht des Käufers vereinbart, lebt das Wahlrecht des Käufers wieder auf, wenn die zunächst gewählte Nachbesserung fehlschlägt.⁸⁷ Tritt ein bislang versteckter weiterer Mangel auf, kann dies schließlich anstatt der vom Käufer geltend gemachten oder vom Gericht nach Art. 205 Abs. 2 OR zugesprochenen Minderung die Wandelung oder Nachlieferung ermöglichen.⁸⁸

Auf dieser Grundlage sollte etwa der Käufer, der in Unkenntnis eines von seinen Gehilfen verschuldeten Untergangs oder einer von ihnen veranlassten Weiterveräußerung die tatsächlich nicht gegebene Wandelung erklärt hat, noch aufgrund eines unechten *ius variandi* die Minderung verlangen können. Geht die Ware hingegen erst nach der Wandelungserklärung durch ein Verschulden des Käufers unter, kann dieser von der im Zeitpunkt der Wahl noch möglichen Wandelung aber nur dann auf die Minderung umschwenken, wenn er zunächst die nicht durch Art. 25 OR ausgeschlossene⁸⁹ Anfechtung der Wandelungserklärung wegen Grundlagenirrtums⁹⁰ erklärt oder die Voraussetzungen eines echten *ius variandi* (Einverständnis oder mangelnde Schutzbedürftigkeit des Verkäufers) vorliegen.

Auf der anderen Seite stellt sich auch etwa die Frage, ob der Käufer noch auf die Wandelung umschwenken kann, wenn er in Unkenntnis eines mangelbedingten oder zufälligen Untergangs der Kaufsache zunächst die Minderung verlangt hat oder sich ein solcher Untergang nach der Minderungserklärung ereignet. Da die Wandelung in diesem Fall nach Art. 207 Abs. 1 OR nicht ausgeschlossen ist

⁸⁴ Gegen eine Korrektur im Werkmängelgewährleistungsrecht BGE 116 II 305, 314; vor dem Hintergrund der modifizierten Vertragstheorie hingegen für ein *ius variandi* Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 10. Aufl. 2017, 117; ferner BGE 96 II 181, 185 (ohne Stellungnahme zur Rechtsnatur des Wahlrechts); in Anlehnung an Art. 205 Abs. 2 OR für einen bloßen Wechsel von der Wandelung auf die Minderung Bucher, Obligationenrecht – Besonderer Teil, 3. Aufl. 1988, 100.

⁸⁵ Vionnet (Fn. 25), 358 und 379; dazu bereits im Text bei Fn. 51 f.

⁸⁶ Koller (Fn. 66), § 4 Rn. 214; dazu bereits im Text bei Fn. 53 ff.

⁸⁷ Vgl. Furrer (Fn. 64), 65, 74 f. und 77 (für die verspätete Nachbesserung und die mangelhafte Nachlieferung); zu Art. 368 Abs. 2 OR BGE 109 II 40, 42; Gauch (Fn. 52), Rn. 1846.

⁸⁸ Ähnlich Furrer (Fn. 64), 65, der generell von einer dann erneuten Ausübungsmöglichkeit spricht; vgl. auch zur kumulativen Berücksichtigung der Mängel im Rahmen von Art. 205 Abs. 2 OR BGer 4A_252/2013 E. 4.

⁸⁹ Anders als die Anfechtung des Kaufvertrages (dazu im Text bei Fn. 37 ff.) ist diejenige der Wandelung mit dem Ziel der gerechtfertigten Minderung nicht treuwidrig.

⁹⁰ Der Grundlagenirrtum kann sich nach st. Rspr. auch auf künftige Umstände der Kaufsache beziehen, sofern es sich wie beim Untergang nicht um bloße Hoffnungen, übertriebene Erwartungen oder Spekulationen handelt (BGE 118 II 297, 300 m.w.N.).

und die Rückforderung des gesamten Kaufpreises ermöglicht, liegt das Interesse des Käufers an einer Abänderung seiner Wahl durch Anfechtung wegen Grundlagenirrtums oder Ausübung eines echten *ius variandi* auf der Hand. Diese Korrektur sollte ihm jedoch nur möglich sein, wenn der Untergang durch den Mangel bedingt war, da allein in diesem Fall die Anfechtung nicht treuwidrig ist (Art. 25 OR analog) bzw. der Verkäufer auch dann keinen Schutz verdient, wenn er den Mangel nicht gekannt hat oder nicht hätte kennen müssen. Anders verhält es sich jedoch bei zufälligem Untergang oder zufälliger wesentlicher Verschlechterung. Die nach deren Eintritt in Unkenntnis erklärte Minderung ließ den Verkäufer zumindest dann berechtigterweise auf die bloße Teilrückzahlung des Kaufpreises vertrauen, wenn er seinerseits keine Kenntnis von dem Untergang hatte. Auch im Falle seiner Kenntnis durfte er davon ausgehen, dass die Folgen des nach der Lieferung eingetretenen zufälligen Untergangs nicht ihn, sondern aufgrund der bestehenden Gefahrtragungsregeln den Käufer treffen würden. Das gilt auch im Falle des nach der Minderungserklärung erfolgten Untergangs. Im Gegensatz zur Wandelungserklärung, welche die ursprünglich grundsätzlich mit dem Kaufvertragsschluss und spätestens mit der Lieferung auf den Käufer übergegangene Preisgefahr im Rückgewährschuldverhältnis analog Art. 185 Abs. 1 OR wieder auf den Verkäufer zurückspringen lässt,⁹¹ bewirkt die vor dem Untergang der Kaufsache erklärte Minderung keinen derartigen Rückfall der Preisgefahr. Der Käufer, der die Kaufsache infolge vollständigen oder weitgehenden Untergangs oder wesentlicher Verschlechterung nicht mehr zurückgeben kann, hat daher die Preisgefahr zu tragen. Dieses Ergebnis, auf das der Verkäufer berechtigterweise vertrauen darf, kann der Käufer nicht durch ein nachträgliches Umschwenken auf die nach Art. 207 Abs. 1 OR noch mögliche Wandelung vereiteln. Aus dem gleichen Grund sollte es dem Käufer in diesen Fällen nach Treu und Glauben zudem verwehrt sein, seine Ausübung des Minderungsrechts wegen Grundlagenirrtums anzufechten (Art. 25 OR analog).⁹²

IV. Fazit

Wird dem Käufer eine mangelhafte Ware geliefert, stehen ihm mehrere Rechtsbehelfe zur Wahl. Obwohl es sich sowohl bei der Entscheidung zwischen Anfechtung und Sachmängelgewährleistung wie bei derjenigen zwischen den verschiedenen Sachmängelgewährleistungsrechten um die Ausübung von Gestaltungsrechten handelt, kann die Wahl unter bestimmten Voraussetzungen korrigiert werden. Zu unterscheiden ist zwischen Fällen, in denen der Widerruf, die Anfechtung, die Treuwidrigkeit oder die Gegenstandslosigkeit zur Unwirk-

⁹¹ Vgl. dazu auch *Huguenin*, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl. 2019, Rn. 2665 f.; im Ergebnis auch *Koller* (Fn. 66), § 4 Rn. 183 und *Hartmann*, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, 2005, Rn. 467; a.A. *Giger* (Fn. 8), Art. 208 OR Rn. 16 unter Hinweis auf Art. 940 ZGB.

⁹² Vgl. dazu auch bereits oben bei Fn. 37 ff.

samkeit der ersten Gestaltungsrechtsausübung führen, sodass der Grundsatz der Unabänderlichkeit der Gestaltungsrechtsausübung unangetastet bleibt, und solchen, in denen die Abänderung aufgrund einer Interessenabwägung ausnahmsweise zuzulassen ist. Da sich für den Käufer ein Korrekturbedürfnis gerade auch dann ergibt, wenn die Wandelung nach Art. 207 Abs. 3 OR ausgeschlossen ist oder diese beim mangelbedingten bzw. zufälligen Untergang gegenüber der zunächst gewählten Minderung Vorteile bietet, sind die Lösungen auch mit den Regelungen von Art. 207 OR abzustimmen.

Albrecht Mendelssohn Bartholdy und der „Renvoi in Modern English Law“

Eva-Maria Kieninger

I. Leipzig – Würzburg – Hamburg – Oxford

Albrecht Mendelssohn Bartholdy (1874–1936), Enkel des Komponisten Felix Mendelssohn Bartholdy und Ururenkel des Philosophen Moses Mendelssohn, war zu Beginn des 20. Jahrhunderts einer der führenden deutschen Rechtsgelehrten, bis die nationalsozialistische Machtergreifung seine glanzvolle Karriere abrupt beendete.¹ Er wurde zum 31. Dezember 1933 zwangsweise in den Ruhestand versetzt und emigrierte im September 1934. Pläne für einen Wechsel in die USA platzten,² doch am Balliol College in Oxford fand er Aufnahme als *senior research fellow* bis zu seinem frühen Tod am 26. November 1936.

Nach Studium in Leipzig, Heidelberg und München, der Promotion (1897)³ und Habilitation (1901)⁴ in Leipzig bei Adolf Wach, jeweils zu prozessrechtlichen Themen, war Albrecht Mendelssohn Bartholdy von 1905 bis 1920 ordentlicher Professor für Zivilprozessrecht und Bürgerliches Recht an der Universität Würzburg, ab 1917 zusätzlich für Ausländisches, insbesondere Englisches Recht. 1917 verlieh ihm Bayern den Titel eines „Königlichen Geheimen Hofrats“. Nachdem er Rufe nach Frankfurt a.M. (1914) und Göttingen (1917) abgelehnt hatte, nahm er zum Wintersemester 1920 einen *unico-loco*-Ruf an die neu gegründete Universität Hamburg an und wechselte auf einen thematisch eigens auf ihn zugeschnittenen Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht,

¹ Zu allen biographischen Daten vgl. den Eintrag „Mendelssohn Bartholdy, Albrecht Karl Adolf Felix Wolfgang“ in: *Breunung/Walther*, Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933, Ein bio-bibliographisches Handbuch, Bd. 1, 2012, 316–368. Siehe außerdem die ausführliche Darstellung seines Lebens und Werks von *Nicolaysen*, *RabelsZ* 75 (2011), 1–31. Vgl. weiter *Berkemann*, in: *Repen/Jeffberger/Kotzur* (Hrsg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg, 2019, 49 (75–88). 2024 erschien die Doppelbiographie „Efraim Frisch und Albrecht Mendelssohn Bartholdy“ von *Stephan Bauer*, abrufbar unter: https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/deliver/index/docId/62984/file/diss_bauer_stephan.pdf (13.11.2025).

² Mendelssohn Bartholdy hielt zwischen 1926 und 1933 zahlreiche Vorträge an US-amerikanischen Universitäten (siehe die Liste in: *Breunung/Walther* [Fn. 1], 319 f.) und war zuletzt im Juni 1933 Gastprofessor in Chicago (a.a.O., 323), Angebote auf eine dortige Professur zu wechseln, lehnte er seinerzeit aber ab.

³ *Mendelssohn Bartholdy*, Beiträge zur Auslegung des § 72 der Civil-Prozess-Ordnung, 1898.

⁴ *Mendelssohn Bartholdy*, Grenzen der Rechtskraft, 1900.

Internationales und Ausländisches, insbesondere Englisches Privatrecht. Dort übernahm er 1923 das neu gegründete Institut für Auswärtige Politik und leitete es bis zum März 1934.⁵ Aus diesem Grund und auf der Basis seiner Publikationen zu den Ursachen und Folgen des Ersten Weltkriegs und zur Friedensforschung, sowie wegen seiner praktischen Tätigkeit als Mitglied des Internationalen Schiedsgerichts in Den Haag zur Auslegung des Dawes-Plans und später des Young-Plans, wird Albrecht Mendelssohn Bartholdy heute rückblickend vor allem als Völkerrechtler und Politikwissenschaftler wahrgenommen,⁶ obwohl er von Hause aus Privatrechtler war. Letztlich sind aber alle diese Zuschreibungen müßig, denn sein Werk⁷ ist so umfassend und breit gespannt, dass es in keine traditionelle Schublade passt.⁸ Ebenso vielfältig waren seine Tätigkeiten als Mitglied in den Leitungsgremien wissenschaftlicher Vereinigungen und als Herausgeber. Zu nennen sind unter anderem die Mitgliedschaft im Herausgeberkreis der Rheinischen Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht (1911–1926), deren Nachfolgerin die Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, heute *RabelsZ*, wurde. Von 1915 bis 1933 war Albrecht Mendelssohn Bartholdy Mitherausgeber des *Archivs für öffentliches Recht*; 1933 wurde er auf Druck u.a. von Ernst Forsthoff aus dem Herausgeberkreis ausgeschlossen und sein Name vom Titelblatt entfernt.⁹

In Hamburg ist Albrecht Mendelssohn Bartholdy als Gründer des Instituts für Auswärtige Politik¹⁰ und als Namensgeber der Graduate School of Law und eines Wohnheims für Studierende noch im kollektiven Gedächtnis der Universität verankert.¹¹ Das Fellowship Programm der Juristischen Fakultät Hamburg ist nach seiner Schülerin, Magdalena Schoch, der ersten in Deutschland für Rechtswissenschaften habilitierten Frau,¹² benannt.¹³ Rainer Nicolaysen, der Leiter der Abteilung für Hamburger Universitätsgeschichte hat das akademische, politische und wissenschaftliche Wirken von Albrecht Mendelssohn Bartholdy ausführlich gewürdigt.¹⁴

⁵ Zu dessen Geschichte eingehend *Oeter*, in: Repgen/Jeffberger/Kotzur (Hrsg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg, 2019, 555 ff.

⁶ *Nicolaysen* (Fn. 1), 1; *ders.*, Einer, der den Frieden wollte, *Die Zeit* Nr. 41/2024, 14; *Lackmann*, Albrecht Mendelssohn Bartholdy: Völkerrechtler und Pionier der deutschen Friedensforschung, 2015. Kritisch zur Haltung von Mendelssohn Bartholdy gegenüber dem Versailler Vertrag und der deutschen Kolonialpolitik *Lange*, Ein Jurist im Kampf gegen Versailles, *FAZ* vom 25.10.2024.

⁷ Das beeindruckende Werkverzeichnis (vgl. *Breunung/Walther* [Fn. 1], 340–368) umfasst rund 550 Einträge, davon 28 selbstständige Schriften.

⁸ Albrecht Mendelssohn Bartholdy war zudem Komponist, Pianist, Dichter und Autor mehrerer Opernlibretti, vgl. *Nicolaysen* (Fn. 1), 1 (4).

⁹ Vgl. im Einzelnen *Becker*, Schritte auf einer abschüssigen Bahn, *Das Archiv des öffentlichen Rechts* (AöR) und die deutsche Staatswissenschaft im Dritten Reich, 1999, 82–90.

¹⁰ Vgl. *Oeter* (Fn. 5).

¹¹ Vgl. <https://www.jura.uni-hamburg.de/en/forschung/ambsl/ueber-uns/albrecht-mendelssohn-bertholdy.html> (13.11.2025).

¹² Vgl. *Breunung/Walther* (Fn. 1), 325.

¹³ Vgl. <https://www.jura.uni-hamburg.de/en/internationales/wissenschaftlerinnen-wissenschaftler/schoch-fellowship-programm.html> (11.13.2025).

¹⁴ *Nicolaysen* (Fn. 1), 1–31; siehe außerdem *Berkemann* (Fn. 1), 49 (75–88).

In Würzburg dagegen ist Albrecht Mendelssohn Bartholdy heute nahezu vergessen,¹⁵ obwohl er nicht nur 15 Jahre lang Lehrstuhlinhaber war, sondern auch vielfältig im kulturellen Leben der Stadt in Erscheinung trat: Er rief die „Volkskonzerte“ ins Leben, initiierte das erste fränkische Musikfest unter Leitung von Max Reger, beteiligte sich an der Gründung einer Volkshochschule und war derart mit der Stadt verbunden, dass der seinerzeitige Bürgermeister sich in Rufabwehrverhandlungen nachdrücklich für den Verbleib Mendelssohns einsetzte.¹⁶

Die folgenden Zeilen wollen einen Anstoß zur Wiederentdeckung des Werks von Albrecht Mendelssohn Bartholdy in Würzburg geben und in Erinnerung rufen, dass er nicht nur Völkerrechtler, sondern vor allem auch Rechtsvergleicher und Kollisionsrechtler war. Der Beitrag ist daher einer seiner letzten, in Oxford entstandenen und 1937 posthum erschienenen Schriften zum „Renvoi in Modern English Law“ gewidmet,¹⁷ die eine erhebliche Resonanz erfuhr¹⁸ und bis heute in der englischen Standardliteratur zum IPR als autoritative Quelle zum Renvoi aufgeführt wird.¹⁹

Aus heutiger Sicht, da der Renvoi aufgrund der europäischen Kollisionsrechtsvereinheitlichung nur mehr ein Schattendasein fristet,²⁰ mag man sich wundern, warum Albrecht Mendelssohn Bartholdy, der sich stets aktuellen, rechtspolitischen Themen widmete und der Empirie auch für die Rechtswissenschaften eine hohe Bedeutung zumaß,²¹ für seine Forschungen gerade ein so hochtheoretisches Thema gewählt hatte. Jedoch war der Renvoi zu jener Zeit

¹⁵ Immerhin gibt es noch ein Weingut, das einen nach ihm benannten Riesling aus der „Parzelle Mendelssohn“ in Randersacker keltert. Der Weinberg gehörte allerdings nicht Mendelssohn Bartholdy, sondern seinem Cousin Hugo Wach, dem Sohn seines akademischen Lehrers Adolf Wach, vgl. *Schmidt-Hensel/Schulte*, in: *Schmidt-Hensel/Schulte* (Hrsg.), *Mendelssohn Studien*, Band 22, 7 (8).

¹⁶ Siehe *Nicolaysen* (Fn. 1), 1 (13 f.).

¹⁷ Alle Nachweise beziehen sich auf *Mendelssohn Bartholdy*, *Renvoi in Modern English Law*, Nachdruck der Ausgabe von 1937, 1977.

¹⁸ Es erschienen nicht weniger als zehn (!) Rezensionen: *Beale*, *American Bar Association Journal* 24 (1938), 31–32; *Cheshire*, *Journal of Comparative Legislation and International Law* 20 (1938), 151–153; *Cook*, *Northwestern University law review* 32 (1937), 504; *Lorenzen*, *The Yale law journal* 47 (1938), 857; *Falconbridge*, *Canadian Bar Review* 16 (1938), 153; *Griswold*, *Harvard law review* 51 (1938), 573–575; *Gutteridge*, *Cambridge law journal* 6 (1938), 473–474; *Hancock*, *The University of Toronto law journal* 3 (1939), 220–223; *Haynes*, *The Law Quarterly Review* 54 (1938), 137–138 und *Unger*, *Modern law review* 1 (1938), 332–334.

¹⁹ *Collins* (Hrsg.), *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws*, Vol. 1, 16th ed. 2022, Rn. 2R-095 führt Mendelssohn Bartholdys Schrift unter den bedeutendsten Publikationen zum Renvoi auf; siehe weiter *Fawcett/Carruthers* (Hrsg.), *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, 14th ed. 2008, 57, Fn. 1; *Beaumont/McEleavy*, *Anton's Private International Law*, 3rd ed. 2011, 100, Fn. 54: „The topic [of renvoi] is fully considered by H. Lewald, ‚La Théorie du Renvoi‘ (1929) 29 *Hague Recueil* 515 and by A. Mendelssohn Bartholdy, ‚Renvoi in Modern English Law‘“. In der deutschsprachigen Literatur taucht die Schrift nur bei *Kegel/Schurig*, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl. 2004, 386 sowie in der 3. Auflage des Lehrbuchs von *Raape*, *Internationales Privatrecht*, 1950, 45 auf.

²⁰ *Henrich*, in: *FS für Bernd von Hoffmann*, 2011, 159 ff.; *Mäsch*, in: *Arnold* (Hrsg.), *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts*, 2016, 55.

²¹ Vgl. das in Würzburg entstandene Buch *Mendelssohn Bartholdy*, *Das Imperium des Richters. Ein Versuch kasuistischer Darstellung nach dem englischen Rechtsleben im Jahre 1906/07*, 1908.

wegen fehlender gesetzlicher Regelung oder eindeutigem „*precedent*“ eine der am intensivsten diskutierten Grundfragen des IPR.²²

II. Der Renvoi

Der „Renvoi“ (*remission* oder *transmission*, Rück- oder Weiterverweisung) kommt ins Spiel, wenn die Kollisionsrechte der mit einem grenzüberschreitenden Sachverhalt verbundenen Staaten für dasselbe Rechtsverhältnis unterschiedliche Anknüpfungsmomente verwenden („*patent conflict*“) oder dieselben unterschiedlich interpretieren und anwenden („*latent conflict*“), etwa aufgrund abweichender Qualifikation des Anknüpfungsgegenstandes.²³ Verweist beispielsweise das IPR des Forumstaates für die Erbnachfolge in unbewegliches Vermögen auf die *lex rei sitae*, das IPR des Belegenheitsstaates aber auf das Recht des Staates, dem der Erblasser zum Todeszeitpunkt angehörte, und war der Erblasser Angehöriger des Forumstaates mit im Ausland belegenem Immobilienvermögen, so steht das Gericht vor der Frage, ob es auch das IPR des Belegenheitsstaates anwenden soll (Gesamtverweisung) mit der Folge, dass es nunmehr statt des Belegenheitsrechts das eigene Recht anwendet, oder ob es die erste Verweisung nur als eine auf das materielle Recht betrachten, das Belegenheitsrecht also final anwenden soll (Sachnormverweisung). Wird der Renvoi für beachtlich gehalten, so stellt sich weiter die Frage, an welcher Stelle die potentiell unendliche Verweisungskette abgebrochen werden soll.

Die Beachtlichkeit des Renvoi ist in den nationalen Kollisionsrechten unterschiedlich geregelt:²⁴ Für das deutsche Recht gilt seit 1986 Art. 4 Abs. 1 EGBGB, wonach der Renvoi grundsätzlich beachtlich ist und nach der ersten Rückverweisung abgebrochen wird. Das belgische Recht hingegen schließt den Renvoi grundsätzlich aus, vgl. Art. 16 Code de Droit International Privé (2004); Art. 14 IPRG (Schweiz) erklärt die Rückverweisung auf das eigene Recht im Familien- und Erbrecht für beachtlich, im Übrigen wird er nur dort berücksichtigt, wo ihn das Gesetz ausdrücklich anordnet. Art. 8 des Entwurfs einer Französischen IPR-Kodifikation aus dem Jahr 2022 will den Renvoi in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung beibehalten.²⁵

²² Vgl. nur *Lewald*, Recueil des Cours 29 (1929-IV), 515–620; *Falconbridge*, Canadian Bar Review 17 (1939), 369; „There is no sign that the stream of writing on the doctrine of renvoi is drying up“; *Lorenzen*, Yale Law Journal 27 (1917–1918), 509. Schon 1938 schrieb *Griswold*, Harvard Law Review 51 (1938), 1165, in Anbetracht der immensen Literatur vom „Renvoi Revisited“. Siehe auch die umfassenden, auch die ältere Literatur einschließenden Schrifttumsnennungen bei *Kegel/Schurig* (Fn. 19), 386 ff.

²³ Vgl. *Falconbridge* (Fn. 22), 369 (372).

²⁴ Überblick bei *Sonnentag*, Der Renvoi im Internationalen Privatrecht, 2001, 43 ff.

²⁵ Vgl. *Ancel*, Projet de Code de Droit International Privé, Rapport de Groupe de Travail, 2022, 18 f.

Für den Renvoi können zwei Gründe angeführt werden:²⁶ Zunächst einmal leuchtet ein, dass die Anwendung ausländischen Rechts, die immer mit einem erhöhten Aufwand für Gericht und Parteien verbunden ist, fragwürdig erscheint, wenn das ausländische Recht gar nicht angewendet werden will („Heimwärtsstreben“).²⁷ Zweitens kann der Renvoi dem internationalen Entscheidungseinklang dienen, so dass das anzuwendende Recht nicht von der Wahl des Gerichtsstands abhängt. Gegen seine Beachtlichkeit spricht, dass das IPR des Forumstaates die Entscheidung über die richtige Anknüpfung damit letztlich in die Hände des ausländischen IPR legt. Des Weiteren würde der Renvoi zu einem endlosen Hin und Her führen („*a circulus inextricabilis*“),²⁸ wenn der Forumstaat die Verweisungskette nicht mehr oder weniger willkürlich nach ein- oder mehrmaliger Verweisung abbrechen würde. Schließlich führt der Renvoi (seitens des ersten Staates) nur dann zu einem äußeren Entscheidungseinklang, wenn das IPR des zweiten beteiligten Staates gerade anders verfährt und den Renvoi ablehnt.²⁹ Es ist daher unstreitig, dass der internationale Entscheidungseinklang besser durch Kollisionsrechtsvereinheitlichung zu erzielen ist.³⁰

Konsequenterweise ist der Renvoi in fast allen EU-Verordnungen zur Vereinheitlichung des IPR ausgeschlossen.³¹ Eine Ausnahme ist Art. 34 EuErbVO, der den Renvoi bei einer Verweisung auf drittstaatliches Recht in bestimmten Fällen für beachtlich erklärt. Auf denjenigen Gebieten, für die der Renvoi im englischen IPR kontrovers diskutiert wird (*personal status; disposition of property upon death*)³² gibt es allerdings keine EU-Verordnungen bzw. hat sich das Vereinigte Königreich aufgrund seines besonderen „Optionsrechts“³³ nie an den einschlägigen Regelwerken beteiligt (Rom-III-VO,³⁴ EuErbVO³⁵), so dass auch der Brexit insoweit keine Änderungen mit sich gebracht hat. Die Ausgangslage ist also weiterhin dieselbe, in der auch der Beitrag von Albrecht Mendelssohn Bartholdy entstand, der nun näher dargestellt werden soll.

²⁶ Vgl. zum Folgenden Collins (Hrsg.) (Fn. 19), Rn. 2–096 ff.; Fawcett/Carruthers (Hrsg.) (Fn. 19), 57 ff.; Briggs, *The International and Comparative Law Quarterly* 47 (1998), 877–884; ders., *Private International Law in English Courts*, 2014, Rn. 364 ff.; Rogerson, *Collier's Conflict of Laws*, 4th ed. 2013, 280 ff.; Beaumont/McEleavy, A.E. Anton, *Private International Law*, 3rd ed. 2011, Rn. 4.40 ff.; Kegel/Schurig (Fn. 19), 393 ff.; MüKoBGB/v. Heim, 9. Aufl. 2024, EGBGB Art. 4, Rn. 25 f.; Staudinger/Hausmann (2025) EGBGB Art. 4, Rn. 22 ff.; Mäsch, *RabelsZ* 61 (1997), 285; v. Heim, in: Leible (Hrsg.), *General Principles of European Private International Law*, 2016, 227 ff.

²⁷ Kegel/Schurig (Fn. 19), 396.

²⁸ In *Re Ross, Ross v. Waterfield*, [1930] 1 Ch. 377 per J. Luxmoore.

²⁹ Kegel/Schurig (Fn. 19), 398 ff.

³⁰ Vgl. J. Millet, in: *Macmillan v Bishopsgate Trust*, unten bei Fn. 70.

³¹ Vgl. Henrich (Fn. 20), 159 ff.; Mäsch (Fn. 20), 55 ff.

³² Für das internationale Vertrags- und Deliktsrecht war er schon unabhängig von Art. 20 Rom-I-VO (Verordnung [EU] Nr. 593/2008) bzw. Art. 24 Rom-II-VO (Verordnung [EU] Nr. 864/2007), die als „retained EU-law“ beibehalten werden (vgl. Dickinson, *IPRax* 2021, 213 [218 f.]), ausgeschlossen, vgl. Fawcett/Carruthers (Hrsg.) (Fn. 19), 71 f.

³³ Protokoll (Nr. 21) Über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, C 202/295, 7.6.2016.

³⁴ Verordnung (EU) Nr. 1259/2019.

³⁵ Verordnung (EU) Nr. 650/2012; zu den Gründen siehe Lein, in: Dutta/Herrler (Hrsg.), *Die Europäische Erbrechtsverordnung*, 2014, 199, 202 ff.

III. Publikation und Aufnahme der Schrift „Renvoi in Modern English Law“

Die Schrift ist eine kleine Monographie, ein Heft von 77 Textseiten.³⁶ Geoffrey Cheshire, Begründer und Autor des Cheshire, North & Fawcett, seinerzeit *Reader of English Law* am All Souls College, revidierte das im Nachlass gefundene und noch nicht vollständig publikationsreife Manuskript, an dem Albrecht Mendelssohn Bartholdy bis zuletzt gearbeitet hatte, und gab das Buch heraus.³⁷ Die darin enthaltene These, dass Arthur Berriedale Keith, der damalige Autor des *Dicey* irrte, als er einer angeblich ungebrochenen Kette von Präzedenzfällen die grundsätzliche Beachtlichkeit des „double“ oder „total renvoi“ entnahm, erregte Aufsehen und führte innerhalb eines Jahres zu zehn (!) Rezensionen der führenden englischen, amerikanischen und kanadischen Kollisionsrechtler: Ernest Gustav Lorenzen (Yale Law School),³⁸ der selbst Grundlegendes zum Renvoi publiziert hatte,³⁹ stimmte der restriktiven Interpretation der Rechtsprechung zu;⁴⁰ Joseph Henry Beale (Harvard), Gründungsdekan der Chicago Law School, schrieb über Mendelssohn Bartholdys Schrift:

„The Doctrine of the Renvoi is one of the most fundamental and the most puzzling of all the nice questions raised by the conflict of laws. [...] It is refreshing to see this subject so sensibly treated. No one but a man who knew at once the law of the Continent and the English law could have put his case so well.“⁴¹

John Delatre Falconbridge, Dekan der Osgoode Hall Law School von 1924 bis 1949 und Autor maßgeblicher Beiträge zu Renvoi und Qualifikation,⁴² schrieb:

„In any case this book is one which deserves serious study, and it should remove any excuse for accepting without question the glibly repeated opinions that the question of the renvoi is one which has been closed by authority, or which as a general theory is defensible on either theoretical or practical grounds.“⁴³

IV. „The famous trilogy of cases“ und die „foreign court theory“

Auslöser und Gegenstand des Buchs sowie der intensiven Diskussion des Renvoi im common law ist eine Serie von drei Entscheidungen des High Court

³⁶ Vgl. Mendelssohn Bartholdy (Fn. 17).

³⁷ Mendelssohn Bartholdy (Fn. 17), Preface, v.

³⁸ Vgl. Corbin, Yale Law Journal 60 (1951), 579–580.

³⁹ Lorenzen (Fn. 22), 509.

⁴⁰ Lorenzen (Fn. 18), 857–859.

⁴¹ Beale (Fn. 18), 31.

⁴² Vgl. Morris, Canadian Bar Review 35 (1957), 610–627.

⁴³ Falconbridge (Fn. 18), 153 (154).

zwischen 1926 und 1930.⁴⁴ Da es bis heute an einer Entscheidung des Court of Appeal oder des House of Lords respektive des Supreme Court zu diesem Thema fehlt, bildet diese Entscheidungstrias noch immer den Bezugspunkt für die Auseinandersetzung mit Inhalt und Reichweite der spezifisch englischen Lehre vom „total renvoi“.⁴⁵

Die erste Entscheidung ist „*In Re Annesley*“ (1926), in der es um die Nachfolge in bewegliches Vermögen ging.⁴⁶ Die Erblasserin war Engländerin, hatte aber bis zu ihrem Tod 58 Jahre lang in Frankreich gelebt. Nach französischem Recht konnte die Erblasserin nur über ein Drittel ihres Vermögens frei verfügen, nach englischem Recht hingegen vollständig. Nach englischem Verständnis lag ihr „*domicile of choice*“ in Frankreich, nach französischem Verständnis hatte sie in Frankreich allerdings kein „legales“ Domizil, da sie nach Art. 13 Code civil in der damaligen Fassung innerhalb einer Frist von fünf Jahren einen Antrag auf Gewährung eines solchen Domizils hätten stellen müssen, was sie nie getan hatte. Aus englischer Sicht war dennoch auf die Nachfolge in das bewegliche Vermögen französisches Recht als Recht des „*domicile*“ im englischen Sinne anzuwenden. Konfrontiert mit der Frage, was die Bedeutung der Verweisung auf französisches Recht sei, bezog sich der High-Court-Richter auf die „*foreign court theory*“ und wendete das französische Recht so an, wie dies ein französisches Gericht tun würde. Er verwies also zuerst im Einklang mit dem französischen Kollisionsrecht wegen der britischen Staatsangehörigkeit der Erblasserin auf englisches Recht, dann aber wegen der Anknüpfung an das *domicile* im Sinne des englischen IPR zurück zum französischen Sachrecht, da nach der Rechtsprechung der Cour de Cassation im Fall „*Forgo*“ das französische Recht diesen (einfachen) Renvoi beachten würde. Im Ergebnis war damit französisches Sachrecht anzuwenden. Der Richter merkte selbst an, dass dieses Resultat deutlich einfacher aufgrund einer schlichten Verweisung auf das französische Sachrecht zu erreichen gewesen wäre, sah sich aber durch frühere Entscheidungen an die Beachtung des „total renvoi“ gebunden.

Der Fall „*In Re Ross*“ (1930)⁴⁷ handelt ebenfalls von der Nachfolge in das bewegliche Vermögen einer englischen Erblasserin, die von 1866 bis zu ihrem Tod 1927 in Italien gelebt hatte, so dass nach englischem Verständnis ihr *domicile of choice* in Italien war. Sie hatte ihre Nichte und deren Söhne als testamentarische Erben eingesetzt und ihren Sohn, den Kläger, vollständig übergangen, was nach englischem Recht möglich war, nach italienischem Recht dagegen nicht. Es stellte sich wiederum die Frage, was das italienische „*law of the domicile*“ sei: nur das Sachrecht oder das Recht in der Form, in der es die italienischen Gerichte anwenden würden, also einschließlich des IPR? Der High Court (J. Luxmoore)

⁴⁴ Vgl. *Morris* (Fn. 43), 610: „famous trilogy of cases“. Auch außerhalb des Common Law werden die Entscheidungen weiterhin diskutiert, vgl. *Cuniberti*, Conflict of Laws, A Comparative Approach, 2017, 99. Zu früheren englischen Entscheidungen zum Renvoi ausführlich *Bentwich*, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 4 (1930), 433, 436 ff.

⁴⁵ Vgl. *Collins* (Hrsg.) (Fn.19), Rn. 2–105; *Fawcett/Carruthers* (Hrsg.) (Fn. 19), 61 ff.

⁴⁶ *In Re Annesley*, *Davidson v. Annesley*, [1926] Ch. 692.

⁴⁷ *In Re Ross*, *Ross v. Waterfield*, [1930] 1 Ch. 377 per J. *Luxmoore*.

entschied ebenfalls, dass das englische Gericht das italienische Recht so anwenden müsse, wie ein italienisches Gericht dies täte, einschließlich dessen IPR-Regeln. Im Ergebnis war damit aufgrund des italienischen IPR (Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit) auf die Erbfolge in das bewegliche Vermögen englisches Erbrecht anzuwenden, da die Erblasserin eine britische Staatsangehörige mit englischem *domicile of origin* war. Ein erneuter Renvoi aus dem englischen IPR zurück in das italienische Recht wie in „*In Re Annesley*“ war ausgeschlossen, da das italienische IPR zu jener Zeit den Renvoi ausschloss.⁴⁸

Im Fall „*In Re Askew*“⁴⁹ ging es um die Frage des auf eine Legitimation anwendbaren Rechts: Der Vater war Engländer, siedelte nach Deutschland über, trennte sich 1911 von seiner ersten Frau und ließ sich später in Deutschland von ihr scheiden. Noch vor der Heirat mit seiner zweiten Frau wurde in der Schweiz deren gemeinsame Tochter geboren. Die Frage, ob der Vater ein *marriage settlement* zugunsten der ersten Frau widerrufen und seine Tochter bedenken konnte, hing davon ab, ob die Tochter durch die nachfolgende Heirat ihrer Eltern legitimiert worden war. In diesem Zusammenhang stellte sich die Frage nach dem auf die Legitimation anwendbaren Recht. Nach dem damals geltenden englischen Recht konnte die nachfolgende Heirat die Tochter nicht legitimieren, nach deutschem Recht dagegen schon. Wieder wendete der High-Court-Richter das Recht so an, wie es ein deutsches Gericht täte. Dieses würde an die Staatsangehörigkeit des Vaters anknüpfen und damit englisches Recht anwenden, aber die Rückverweisung des englischen Rechts, das an das *domicile* anknüpft, akzeptieren und mithin im Ergebnis wegen des Abbruchs des Renvoi nach der ersten Rückverweisung deutsches Sachrecht anwenden, da das *domicile* des Vaters zum Zeitpunkt der Geburt und der zweiten Heirat in Deutschland lag. Danach war die Tochter durch die Heirat legitimiert und die Verfügung zu ihren Gunsten wirksam. Auch in „*In Re Askew*“ äußert sich der Richter, J. Maugham, kritisch zur *foreign court theory*, an die er sich gleichwohl durch *precedent* gebunden fühlte. Seiner Ansicht nach sollte das anwendbare Recht nicht von den schwankenden Regeln des ausländischen Kollisionsrechts, seiner Haltung zum Renvoi und den diesbezüglichen Aussagen von fremden Sachverständigen abhängen.

V. Mendelssohn Bartholdys Analyse und Kritik

Das Besondere an der Schrift ist, dass der Autor nicht auf einer theoretischen Ebene in die durchaus naheliegende Kritik an der *foreign court theory* einstimmt, nach der es sich um ein sinnloses „*merry-go-round*“ handle, das man besser gar nicht betrete.⁵⁰ Stattdessen bleibt er ganz auf dem Boden der Denk- und Argu-

⁴⁸ Vgl. *Sonnentag* (Fn. 24), 48 m.w.N. Kritisch zu dieser Divergenz zwischen *In Re Annesley* und *In Re Ross* aufgrund der unterschiedlichen Haltung Frankreichs bzw. Italiens zum Renvoi: *In Re Askew*, *Majoribanks v. Askew* [1930] 2 Ch. 259 per J. Maugham.

⁴⁹ *In Re Askew* (Fn. 48), abgedruckt u.a. in *Cuniberti* (Fn. 44), 99 ff.

⁵⁰ Vgl. *Falconbridge* (Fn. 22), 369 (380 und 388).

mentationsweise des englischen Common Law und führt den Nachweis, dass es gar keine Linie von Präzedenzfällen gebe, die für den Renvoi streiten würden und an welche die englischen Gerichte gebunden seien. In einem ersten Schritt betont Mendelssohn Bartholdy, dass die englischen Gerichte das „*domicile*“ als das entscheidende Anknüpfungsmoment des englischen Kollisionsrechts stets aufgrund der eigenen Kriterien und Anforderungen an dessen Nachweis festgestellt hätten und sich insofern nicht an Wertungen des ausländischen Sach- oder Kollisionsrechts orientiert hätten. Zweitens hätten, wenn man nur die *ratio decidendi*, also Sachverhalt und konkrete Entscheidung über das letztlich anwendbare Recht heranzieht, „*In Re Annesley*“ und „*In Re Askew*“ auch ohne Renvoi in der gleichen Weise entschieden werden können. Der doppelte Renvoi habe letztlich nichts zu dem Ergebnis beigetragen, dass das Sachrecht des Staates anzuwenden war, in dem nach englischer Auffassung das *domicile* belegen war.

Damit blieb für Mendelssohn Bartholdy von der „*famous trilogy of cases*“ nur noch „*In Re Ross*“ als mögliches *binding precedent* übrig. J. Luxmoore berief sich in seiner Begründung in „*In Re Ross*“ auf eine längere Reihe von Fällen, beginnend mit *Collier v. Rivaz*⁵¹ und resümierte zugunsten der *foreign court theory*:

„In my view, the general trend of the authorities establishes that the English courts have generally, if not invariably, meant by 'the law of the country of domicile' the whole law of that country as administered by the courts of that country, and with the exception of the dictum already referred to there is no case to the contrary.“

Mendelssohn Bartholdy greift diese Kette von Entscheidungen ebenfalls erneut auf⁵² und zeigt, warum der Richter in *Collier v. Rivaz* seiner Ansicht nach in Bezug auf die Interpretation der Sachverständigenaussagen zum belgischen Recht einem Irrtum erlegen war. Seiner Ansicht nach beruht die Entscheidung nicht auf einer bestimmten Auffassung zum Renvoi, sondern auf einer unterschiedlichen Deutung des Domizilbegriffs im belgischen (d.h. französischen) Sachrecht und im englischen IPR. Daher könne der Entscheidung nur die generelle Maxime entnommen werden, dass ein Gericht, das ausländisches Recht anwendet, es in derselben Weise auslegen und anwenden sollte wie ein Gericht in dem betreffenden ausländischen Staat. Die Aussage sei aber generell gemeint und vor allem auf das ausländische Sachrecht gemünzt gewesen, nicht auf die Frage nach Gesamt- oder Sachnormverweisung.⁵³

Der einzige Fall, den Mendelssohn Bartholdy als ein klares Statement für den Renvoi gelten lässt, ist *Frere v. Frere*⁵⁴, eine Entscheidung des Ecclesiastical Court, in dem das englische Recht für die Frage nach der Wirksamkeit eines Testaments auf maltesisches Recht (*domicile* des Erblassers) verwies und dieses seinerseits an den Ort der Testamenterrichtung (*lex loci actus*), hier England, anknüpfte, so dass das Testament wirksam war. Allerdings sei *Frere v. Frere*

⁵¹ *Collier v. Rivaz*, [1841] 2 Curt. 855.

⁵² *Mendelssohn Bartholdy* (Fn. 17), 58 ff.

⁵³ *Mendelssohn Bartholdy* (Fn. 17), 59–64.

⁵⁴ *Frere v. Frere*, [1847] 5 Notes of Cases 593.

klar durch die spätere Entscheidung des Privy Council in *Bremer v. Freeman*⁵⁵ außer Kraft gesetzt worden. Dort habe sich das Privy Council in einem ähnlich gelagerten Fall dafür ausgesprochen, dass das *domicile* des Erblassers nach englischen Regeln zu bestimmen und nicht von den Voraussetzungen des ausländischen Aufenthaltsrecht abhängig sei, und dass die Testamentsform dem Sachrecht des *domicile* ohne Rückverweisung auf englisches Recht unterliege. Die Richter des Privy Council hätten *Frere v. Frere* zwar nicht erwähnt, aber der Sache nach revidiert.⁵⁶ Von den zwei Folgeentscheidungen bestätige die erste die Zurückweisung des Renvoi in *Bremer v. Freeman*, während die zweite zu *Frere v. Frere* zurückkehre, dafür aber keine Gründe angebe und die gegenteilige Entscheidung des Privy Council in *Bremer v. Freeman* ignoriere. Mendelssohn Bartholdy schließt die Diskussion der Rechtsprechung mit der Feststellung, dass die Frage, ob das englische IPR eine Sachnorm- oder Gesamtnormverweisung ausspreche, ungeklärt sei, und äußert die Hoffnung, dass künftige Gerichte sich nicht an einen *precedent* gebunden fühlen, sondern die Frage jeweils einer neuen und unvoreingenommenen, an Sachgründen orientierten Analyse unterziehen sollten.⁵⁷

Dieses Ergebnis steht in scharfem Kontrast zu der Aussage in der 5. Auflage des *Dicey, The Conflict of Laws*.⁵⁸ Dort heißt es im Vorwort:

„On the issue of renvoi [...] there have been two important and accordant decisions: *Ross, In re* and *Askew, In re*. In both cases, the Court investigated fully the issue and arrived at results which confirm the conclusions set out in previous Editions of this Work. The catena of English authority is thus unbroken, and could hardly be overruled, save by the House of Lords, especially as the doctrine has the clear approval of the Privy Council“.⁵⁹

Im Haupttext geht der Autor noch einen Schritt weiter und folgert aus seiner Interpretation der Rechtsprechung einen Grundsatz, der für das gesamte IPR gelten soll:

„The authorities are strong to show that English Courts have generally, if not invariably, meant by the law of a foreign country, the whole law of that country.“⁶⁰

Dem widerspricht Mendelssohn Bartholdy mit aller Deutlichkeit:⁶¹ Sowohl die Entscheidungen als auch der Text in *Dicey* beschäftigten sich ausschließlich mit der Divergenz bei der Anknüpfung der Erbfolge in bewegliches Vermögen (*domicile* versus Staatsangehörigkeit), und könnten allenfalls insoweit ein autoritatives Bekenntnis zum Renvoi enthalten, nicht dagegen für das gesamte Privatrecht einschließlich des Vertrags- oder Deliktsrechts. Und auch für diesen begrenzten Bereich überzeuge die Argumentation von Keith, wonach eine Person, die sich auf Dauer im Ausland niederlasse, sich mutmaßlich auch den

⁵⁵ *Bremer v. Freeman*, [1857] 5 W.R. 618 Privy Council.

⁵⁶ *Mendelssohn Bartholdy* (Fn. 17), 69 f.

⁵⁷ *Mendelssohn Bartholdy* (Fn. 17), 75 f.

⁵⁸ Keith (Hrsg.), *A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws* by the late Dicey, 5th ed. 1932, iv und 863 ff.

⁵⁹ Keith (Hrsg.) (Fn. 58), Preface, iv.

⁶⁰ Keith (Hrsg.) (Fn. 58), 865.

⁶¹ *Mendelssohn Bartholdy* (Fn. 17), 76 ff.

dort geltenden Gesetzen unterwerfe, nicht. Denn ganz abgesehen von der Frage, so Mendelssohn Bartholdy, wer eine solche Vermutung aussprechen wolle (der Autor eines Lehrbuchs zum IPR? Das IPR des Forums?) trage die Vermutung nicht die weitergehende Folgerung der „*foreign court theory*“. Es sei schon nicht besonders überzeugend anzunehmen, dass eine Person, die sich dauerhaft im Ausland niederlasse, das Recht des Aufenthaltsstaates kenne und ihren Handlungen und Unterlassungen zugrunde lege. Der Gedanke, diese Kenntnis schließe auch das IPR ein, sei aber nachgerade absurd. Das Gericht, so Mendelssohn Bartholdy in seinen Schlussfolgerungen, solle stattdessen ausschließlich das IPR der *lex fori* anwenden, und das Gebot, ausländisches Recht so gut wie möglich in derselben Weise auszulegen und anzuwenden, wie dies ein ausländische Gericht tun würde, nur auf das Sachrecht beziehen.⁶²

VI. Wirkung

Arthur Berriedale Keith,⁶³ der die vierte (1927) und fünfte Auflage (1932) des *Dicey* verantwortete, wurde in der sechsten Auflage (1949) von John Humphrey Carlile Morris als *general editor* und sieben weiteren *special editors* abgelöst, darunter Otto Kahn-Freund und Kurt Lipstein. Zur Beachtlichkeit des *Renvoi* schlägt Morris eine sehr viel vorsichtigere Linie ein: Zwar unterliege es keinem Zweifel, dass erstinstanzliche Gerichte in Erb- und Statussachen den „*total renvoi*“ angewendet hätten (es folgt die „*famous trilogy*“); es gebe daher eine gewisse Rechtfertigung für die Ansicht der 5. Auflage, der *Renvoi* werde von einer ununterbrochenen Kette von Entscheidungen gestützt.⁶⁴

Aber diese Entscheidungen seien ohne angemessene theoretische Diskussion und ohne Blick auf die praktischen Folgen getroffen worden und daher nicht verallgemeinerungsfähig. In der anschließenden detaillierten Begründung seiner Ablehnung des „*total renvoi*“ als genereller Theorie⁶⁵ bezieht sich Morris unter anderem auf Mendelssohn Bartholdys Schrift.⁶⁶ Ob sie den entscheidenden Anstoß zur Begrenzung der „*foreign court theory*“ auf wenige Spezialfälle gegeben hat, oder ob sie nur eine Stimme im Konzert der sich herausbildenden herrschenden Meinung war, lässt sich heute nicht mehr feststellen. Aus der großen Resonanz auf beiden Seiten des Atlantiks und dem Umstand, dass der Beitrag bis heute zitiert wird,⁶⁷ darf aber geschlossen werden, dass er seine Wirkung auf die Entwicklung des englischen Kollisionsrechts nicht verfehlt hat. Besonders

⁶² Mendelssohn Bartholdy (Fn. 17), 84 ff.

⁶³ Keith war zwar Barrister, akademisch aber kein Jurist, sondern Professor für Sanskrit und Comparative Philology in Edinburgh, vgl. *Rheinstein*, New York University Law Review 180 (1950). Keith schaffte es, anders als Morris, auch nicht, zum Namensgeber des *Dicey* zu avancieren.

⁶⁴ Morris, in: Morris (Hrsg.), *Dicey's Conflict of Laws*, 6th ed. 1949, 47 (51).

⁶⁵ Morris (Fn. 64), 47 (55–61).

⁶⁶ Morris (Fn. 64), 47 (56), Fn. 3.

⁶⁷ Vgl. oben Fn. 18 und 19.

die scharfe Ablehnung einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs der „*foreign court theory*“ auf Gebiete außerhalb bestimmter erbrechtlicher und statusrechtlicher Fragen,⁶⁸ entspricht zur Gänze dem heutigen Stand des englischen IPR.⁶⁹ Deutliche Worte fand 1995 der High-Court-Richter J. Millet in der Sache *Macmillan v. Bishopgate Trust*:

„The doctrine of renvoi has often been criticised, and it is probably right to describe it as largely discredited. It owes its origin to a laudable endeavour to ensure that like cases should be decided alike wherever they are decided, but it should now be recognised that this cannot be achieved by judicial mental gymnastics but only by international conventions“.⁷⁰

Was die Förderung des äußeren Entscheidungseinklangs angeht, so schließt auch Mendelssohn Bartholdy seinen Beitrag mit der Hoffnung auf künftige Staatsverträge. Er hält sie unter drei Staatengruppen für wahrscheinlich oder möglich: unter den nordischen Staaten, unter den kontinentaleuropäischen Staaten römisch-rechtlicher Prägung und unter den Common-Law-Staaten.⁷¹ Dass die EU einmal im großen Stil das IPR vereinheitlichen würde, war 1936 natürlich nicht absehbar. Interessant ist aber doch, dass Mendelssohn Bartholdy damals eine Einigung zwischen englischem und kontinentaleuropäischem Kollisionsrecht nicht in Erwägung zog. Gerade im Familien- und Erbrecht hat sich diese Voraussage bewahrheitet, denn das UK nahm außer an der Europäischen Unterhaltsverordnung⁷² an keiner der auf diesem Gebiet verabschiedeten Rechtsakte teil, insbesondere nicht an der Erbrechtsverordnung.⁷³

VII. EuErbVO, „*In Re Annesley*“ und „*In Re Ross*“

Umso überraschender mag es sein, dass die Europäische Erbrechtsverordnung dennoch einen Teil der zuvor erörterten Probleme löst, was in der heutigen englischen Literatur zur „*foreign court theory*“ freilich nicht wahrgenommen wird: In „*In Re Annesley*“ lebte die britische Erblasserin in Frankreich, in „*In Re Ross*“ in Italien. Aufgrund der „*foreign court theory*“ unterwarf sich das englische Gericht jeweils der Regel des durch das *domicile* berufenen ausländischen Rechts zum Renvoi, so dass einmal – mit Renvoi – endgültig englisches Recht anzuwenden war („*In Re Annesley*“), einmal – ohne Renvoi – italienisches („*In Re Ross*“). Dieser Unterschied und damit die Abhängigkeit von den Sachver-

⁶⁸ Mendelssohn Bartholdy (Fn. 17), 77 ff.

⁶⁹ Collins (Hrsg.) (Fn. 19), Rn. 2-116 ff.; Fawcett/Carruthers (Hrsg.) (Fn. 19), 71 ff.; *Rogerson* (Fn. 26) 287 f.

⁷⁰ *Macmillan v. Bishopgate Trust*, [1995] 1 W.L.R. 1008 per J. Millet, dazu Kieninger, Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen im englischen Internationalen Privatrecht, IPRax 1997, 449 ff.

⁷¹ Mendelssohn Bartholdy (Fn. 17), 86 f.

⁷² Verordnung (EG) Nr. 4/2009.

⁷³ Verordnung (EU) Nr. 650/2012; vgl. zu den Gründen *Lein* (Fn. 35), 199 ff.

ständigenaussagen zum fremden Kollisionsrecht ist einer der Hauptkritikpunkte an der „foreign court theory“.⁷⁴

Mittlerweile ist das internationale Erbrecht in der EU (mit Ausnahme Dänemarks) vereinheitlicht. Wären die beiden Fälle heute von einem englischen Gericht zu entscheiden, so würde es die Erbfolge in bewegliches Vermögen immer noch an das *domicile* anknüpfen;⁷⁵ diese Verweisung würde von den französischen oder italienischen Gerichten aufgrund von Art. 21 EuErbVO aber in der Regel⁷⁶ einheitlich angenommen, da nach europäischem Kollisionsrecht nicht mehr an die Staatsangehörigkeit, sondern an den gewöhnlichen Aufenthalt im Todeszeitpunkt angeknüpft wird. Das Recht des Staates, dem der Erblasser angehörte, könnte zwar durch Rechtswahl zum Zuge kommen (Art. 22 EuErbVO), bei der ein Renvoi aber ausgeschlossen ist (Art. 34 Abs. 2 EuErbVO). Zu einer Weiterverweisung könnte es nur kommen, wenn der Erblasser zwar aus englischer Sicht sein *domicile* in Frankreich oder Italien gehabt hätte, seinen gewöhnlichen Aufenthalt zum Todeszeitpunkt aber in einem Drittstaat. Ein solcher Renvoi wäre nach Art. 34 Abs. 1 lit. b EuErbVO beachtlich, wenn der Drittstaat sein eigenes Sachrecht anwenden würde. Auf diese Weise trägt die europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung mittelbar zu einer einheitlichen Lösung auch vor englischen Gerichten bei.

⁷⁴ Vgl. *Morris* (Fn. 64), 47 (56 f.).

⁷⁵ Collins (Hrsg.) (Fn. 19), Vol. 2, 28R–010; Fawcett/Carruthers (Hrsg.) (Fn. 19), 1264; Briggs (Fn. 26), Rn. 9.238 und 9.243.

⁷⁶ Vgl. zu den Unterschieden zwischen *domicile* und gewöhnlichem Aufenthalt Collins (Hrsg.) (Fn. 19), Rn. 6–119 ff.; MüKoBGB/*Spickhoff*, 10. Aufl. 2025, BGB § 7, Rn. 23.

Rechtsschutz gegen missbräuchliche Vorpfändungen

Andreas Klein

I. Die Vorpfändung

Auch die Forderungspfändung setzt Titel, Klausel und Zustellung voraus. Erst danach kann der Gläubiger einen Pfändungsbeschluss beantragen und dem Drittschuldner zustellen. Bis dahin kann der Schuldner über die zu pfändende Forderung disponieren, zumal er durch Zustellung des Titels gewarnt ist. Andere Gläubiger können dem vollstreckenden Gläubiger zuvorkommen und ein vorrangiges Pfändungspfandrecht begründen (§ 804 Abs. 3 ZPO).

Dagegen hilft dem Gläubiger die Vorpfändung (auch vorläufiges Zahlungsverbot genannt). Sie ist schon vor der Pfändung möglich (§ 845 Abs. 1 S. 1 ZPO). Ein Titel muss weder zugestellt noch mit Klausel versehen sein (§ 802a Abs. 2 Nr. 5 ZPO) noch körperlich vorliegen. Er muss nur existieren, z.B. nach Urteilsverkündung.¹

Dann kann der Gläubiger Drittschuldner und Schuldner vom Gerichtsvollzieher die Benachrichtigung über eine bevorstehende Pfändung zustellen lassen, verbunden mit der Aufforderung an den Drittschuldner, nicht an den Schuldner zu zahlen, und an den Schuldner, sich jeglicher Verfügung über die Forderung zu enthalten (§ 845 Abs. 1 S. 1 ZPO). Die Nachricht muss den Titel bezeichnen.²

Der Gläubiger hat dabei zwei Optionen:

1. Er fertigt die Nachricht selbst. Der Gerichtsvollzieher muss vor ihrer Zustellung weder prüfen, ob der Gläubiger einen Titel hat, noch, ob zusätzliche Vollstreckungsvoraussetzungen (z.B. Erbringung der Gegenleistung, § 756 ZPO) vorliegen (§ 126 Abs. 4 GVGA).
2. Er beauftragt damit ausdrücklich den Gerichtsvollzieher (§ 845 Abs. 1 S. 2 ZPO). Gesetz ist dies seit 1979. Zuvor hatte es Reformvorhaben in diese Richtung gegeben. Die Praxis war zeitweise ohnehin so verfahren. Hier muss der Gerichtsvollzieher heute prüfen, ob der Gläubiger einen Titel erwirkt hat und besondere Vollstreckungsvoraussetzungen erfüllt sind (§ 126 Abs. 3 S. 3 GVGA).

¹ Stein/Jonas/Würdinger, 23. Aufl. 2017, § 845 Rn. 2; LG Frankfurt Rpfleger 1983, 32.

² Stöber/Rellermeyer, Forderungspfändung, 18. Aufl. 2025, 381 Rn. B.483.

Die Vorpfändung hat die Wirkung eines Arrests (§§ 845 Abs. 2 S. 1, 930 Abs. 1 ZPO), also einer Forderungspfändung (§ 829 ZPO). Der Schuldner kann die Forderung nicht mehr abtreten oder vom Drittschuldner einziehen (§§ 135, 136 BGB). Der Drittschuldner kann nicht mehr befreiend an den Schuldner leisten. Der Gläubiger kann schnell vorrangig auf Forderungen zugreifen, was seit jeher Zweck der Vorpfändung ist.³

Die Wirkung der Vorpfändung bleibt nur erhalten, wenn der Gläubiger binnen eines Monats nach ihrer Zustellung an den Drittschuldner die endgültige Forderungspfändung bewirkt (§ 845 Abs. 2 ZPO). Die Vorpfändung wird daher als auflösend bedingtes Pfandrecht beschrieben.⁴

II. Missbrauchsgefahr

§ 845 Abs. 1 S. 1 ZPO nennt als Voraussetzung der Vorpfändung einen Titel. Eine Prüfung dieser Voraussetzung sieht die ZPO nicht vor. Den Gerichtsvollzieher trifft auch keine Amtspflicht dazu, wenn der Gläubiger die Benachrichtigung selbst fertigt.

Der Drittschuldner kann bei Zustellung einer Vorpfändung weder erkennen, ob ihr ein Titel zugrunde liegt, noch, ob eine endgültige Pfändung folgt. Ignoriert er die Vorpfändung, riskiert er, die Forderung nochmals zahlen zu müssen. Er wird daher im eigenen Interesse Vorpfändungen beachten.⁵ Dem Schuldner sind liquide Mittel blockiert. Seine Bonität und Reputation können leiden.

Die gravierenden Folgen einer Vorpfändung und ihre ungeprüfte Zustellung laden böswillige (Schein-)Gläubiger ohne Titel ein, selbstgefertigte Vorpfändungen zustellen zu lassen.⁶

Missbräuchlich sind auch Vorpfändungen auf Grund befriedigter Titel, wiederholte Vorpfändungen ohne spätere Pfändung⁷ und übermäßige Vorpfändungen.⁸ Sie kommen auch in Betracht, wenn der Gerichtsvollzieher die Benachrichtigung erstellt, da er nur prüft, ob der Gläubiger einen Titel erwirkt hat (§ 126 Abs. 3 S. 3 GVGA).

Der Schuldner hat ein erhebliches Interesse, missbräuchliche Vorpfändungen rasch zu beseitigen und ihre Wiederholung zu unterbinden. Das Verhalten der

³ Begründung des Entwurfs einer Deutschen Civilprozeßordnung und des Einführungsgesetzes, Berlin 1872, 565; Stein/Jonas/Würdinger, 23. Aufl. 2017, § 845 Rn. 1; Hergenröder, DGVZ 2021, 101.

⁴ Stein/Jonas/Würdinger, 23. Aufl. 2017, § 845 Rn. 14.

⁵ Hergenröder, DGVZ 2021, 101, 107.

⁶ So geschehen in OLG Hamm NJOZ 2004, 2129 ff.; OLG Hamm, Beschl. v. 17.06.2011 – 32 Sdb 42/11 – BeckRS 2011, 18365; LG Bremen, Beschl. v. 08.03.2005, Az.: 1 O 532/05 (n.v.); AG Mannheim, Beschl. v. 17.12.2008 – 13 M 12/08 – BeckRS 2009, 1543; RG JW 1897, 135 Nr. 18; auf Missbrauch wiesen bereits *Wilmowski/Levy*, Civilprozeßordnung, 5. Aufl. 1889, § 744 Anm. 5 hin.

⁷ Hergenröder, DGVZ 2021, 101, 106 f.; OLG Brandenburg NJOZ 2001, 1782; kritisch bereits *Wilmowski/Levy*, Civilprozeßordnung, 7. Aufl. 1895, § 744 Anm. 4.

⁸ *Schöler*, MDR 2009, 184–186.

Gläubiger in Missbrauchsfällen ist offenkundig unzulässig (§§ 138 ZPO, 263 StGB). So klar das ist, so schwierig ist es, dem Schuldner einen sinnvollen Rat zu geben.

III. Entstehungsgeschichte

Die Vorfändung bewegt sich seit jeher an der Grenze der Zuständigkeiten von Gerichtsvollzieher und Gericht, von staatlicher Vollstreckung und privatem Gläubigerhandeln und im Spannungsfeld zwischen Schuldnerschutz und beschleunigter Befriedigung des Gläubigers – was die Schwierigkeiten der Bekämpfung von Vorfändungen zu einem Gutteil erklärt.

1. § 1004 norddeutscher Entwurf von 1870

Erstmals taucht die Vorfändung im Entwurf der „Civilprozessordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes“ auf. Diesen sollte eine Kommission auf Grundlage des preußischen und des hannoverschen Entwurfs entwickeln, die die Zwangsvollstreckung dem Gerichtsvollzieher zuordneten.⁹ Zur Forderungspfändung schwieg der hannoversche Entwurf, während der preußische sie dem Gerichtsvollzieher zuwies.¹⁰

Am 22.02.1870 setzte sich der Referent Pape für die Forderungspfändung durch Gerichtsvollzieher nach preußischem Vorbild ein. Dagegen gab es Bedenken:

Man hielt „das bloße Einschreiten des Gerichtsvollziehers nicht für genügend und mit Rücksicht auf die erforderliche Kognition ein Dazwischentreten des *Gerichts* für erforderlich, damit allen Theilen das nöthige *Gehör* insbesondere darüber, ob dem Schuldner nicht Einwendungen zustehen, welche das Bestehen des Anspruchs oder die Beschlagfähigkeit der Forderung betreffen, gesichert bleibe“. Zudem könne „ja auch die Arrestanlage nur durch gerichtliche Anordnung“ erfolgen, was ebenso für die Forderungspfändung gelten müsse.

Dem folgend wurde beschlossen, Forderungen durch „Verfügung des Gerichts“ zu pfänden. Zugleich bekam der Gläubiger die Option, zuvor per Gerichtsvollzieher darüber Drittschuldner und Schuldner mit Wirkung einer Forderungspfändung zu benachrichtigen. Diese entfalle, wenn er nicht binnen drei Wochen die Forderung endgültig pfändet.¹¹ Das führte zu § 965 des Redaktions-Entwurfs (der § 1074 des preußischen Entwurfs – Forderungspfändung durch Gerichtsvollzieher – als Vorlage nennt):

⁹ Entwurf einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat, 1864, 237, § 992; Motive zu dem Entwurfe einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat, 1864, 251 f.; Entwurf einer allgemeinen deutschen Civilproceßordnung. Nach den von bei der zweiten und letzten Lesung gefaßten Beschlüssen, 1866, 142, § 660.

¹⁰ Preußischer Entwurf (Fn. 9), 254–258, §§ 1072–1081.

¹¹ Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilproceßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes, CCLV–CCCXLIV, Berlin 1870, 2035–2037.

„Schon vor der Pfändung kann der Gläubiger durch einen Gerichtsvollzieher dem Drittschuldner und dem Schuldner die Benachrichtigung, daß die Pfändung bevorstehe, zustellen lassen mit der Aufforderung an den Drittschuldner, nicht an den Schuldner zu zahlen und mit der Aufforderung an den Schuldner, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung der letzteren zu enthalten.

Die Benachrichtigung hat die Wirkung eines Sicherheitsarrests, sofern die Pfändung der Forderung innerhalb von drei Wochen bewirkt wird. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Benachrichtigung dem Drittschuldner zugestellt ist.“¹²

Später wurde beantragt, dass der Gläubiger die gepfändete Forderung „durch einen Gerichtsvollzieher [...] mit Arrest belegen lassen“ könnte, was die Mehrheit ablehnte, da es unzulässig sei, „daß der Gerichtsvollzieher die Arrestlegung vornehme“.¹³ Stattdessen wurde eine Formulierung genehmigt, die jeden Bezug auf den Arrest vermied. Indes blieb § 965 Redaktions-Entwurf unverändert und wurde § 1004 des endgültigen Entwurfs.¹⁴

2. Entwurf von 1871

1871 erstellte das preußische Justizministerium unter Verwertung des norddeutschen Entwurfs einen „Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung“. Er ordnete die Forderungspfändung den Gerichten zu.¹⁵ Gerichtsvollzieher sollten damit nicht befasst sein, da die Zustellung eines Pfändungsbeschlusses die Pflicht zur Drittschuldnererklärung auslöse und Beschränkungen der Forderungspfändungen schwerer zu handhaben seien als der Mobiliarpfändung. Die Vorfändung entfiel:

„Daneben noch eine vorläufige Beschlagnahme durch den Gerichtsvollzieher mit der Wirkung eines Sicherheitsarrestes zuzulassen (nordd. Entw. § 1004), erscheint nicht erforderlich. Kann unter besonderen Umständen das zuständige Gericht nicht rasch genug angegangen werden, so kann der Sicherheitsarrest genügend Hülfe gewähren.“¹⁶

3. § 678 Bundesratsvorlage von 1872

Die Bundesratskommission nahm die Vorfändung auf Antrag von Gustav von Wilmowski¹⁷ fast wortgleich mit § 1004 des norddeutschen Entwurfs als § 678 wieder auf.¹⁸ Zur Begründung hieß es:

¹² Protokolle nordd. Entw. (Fn. 11), Anlage zu den Protokollen der CCCXXXII. bis CCCXLIV. Sitzung, 2156.

¹³ Protokolle nordd. Entw. (Fn. 11), CCLV–CCCXLIV, 2118.

¹⁴ Protokolle nordd. Entw. (Fn. 11), Anlage zu den Protokollen der CCCLXXV. bis CCCXC. Sitzung, 2633.

¹⁵ Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung nebst Begründung, §§ 643–665, Berlin 1871, 164–170.

¹⁶ Entwurf Civilprozeßordnung 1871 (Fn. 15), 463–465.

¹⁷ Schubert, Entstehung und Quellen der Civilprozeßordnung von 1877, Erster Halbband, 1987, 409.

¹⁸ Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung und des Einführungsgesetzes, Berlin 1872, 171 f.

„Für dringliche Fälle gestattet der § 678 nach dem Vorgange des nordd. Entw. § 1004 die vorläufige Beschlagnahme einer Forderung durch den Gerichtsvollzieher mit der Wirkung eines Sicherheitsarrests, falls der Gläubiger innerhalb der für ausreichend erachteten dreiwöchentlichen Frist nachträglich die Pfändung bewirkt. Die Vorschrift erscheint zur vollen Sicherung der Zwangsvollstreckung nothwendig, weil der nach den Vorschriften des Entwurfs vor Anlegung eines Arrests erforderliche Arrestbefehl nicht rascher als ein Pfändungsbeschluß des Gerichts erwirkt werden kann.“¹⁹

Hier klingt der Beschleunigungszweck der Vorpfändung an.

4. § 744 CPO von 1879

Aus § 678 der Bundesrats- wurde § 691 der Reichstagsvorlage. Johannes Struckmann²⁰ beantragte dazu 1875, der Gläubiger dürfe Vorpfändungen nur „auf Grund eines vollstreckbaren Titels“ zustellen. Julius von Amsberg (der schon am norddeutschen Entwurf beteiligt war) hielt das für selbstverständlich. Der Antrag wurde angenommen. Ob die Missbrauchsgefahr ausschlaggebend war, und ob es Überlegungen gab, die Existenz des Titels zu prüfen, wird nicht berichtet. Von Amsberg führte weiter aus:

„§ 691 habe auf die gerichtliche Pfändung diejenigen Vortheile übertragen wollen, welche sonst nur bei der Pfändung der Forderungen durch den Gerichtsvollzieher zu erreichen seien. Finde der Gerichtsvollzieher bei der Zwangsvollstreckung Forderungen des Exequenden vor oder erkläre der letztere, daß ihm solche zustehen, so könne, ohne die Vorschrift des § 691, der erstere nur bei dem Gericht auf Pfändung der Forderung antragen. Bis diese geschehen, könne der Schuldner anderweit darüber disponiren. Nach § 691 solle der Gerichtsvollzieher vorläufig auf die Forderung Beschlagnahme legen dürfen, um weitere Verfügungen zu verhindern. Diese Vorschrift entspreche einem dringenden Bedürfnis: binnen 3 Wochen könne die Pfändung vom Gericht jedenfalls bewirkt sein. Die Pfändung der Forderungen habe man, abweichend vom französischen Recht, dem Gerichtsvollzieher nicht gestatten wollen, zumal man auch in Frankreich das Vorgehen der huissiers in diesem Punkte sehr eingeschränkt habe.“²¹

Dass der Gerichtsvollzieher bei der Vollstreckung ermittelte Forderungen umgehend sichern soll, wird in Gesetzesbegründungen noch zwei Mal auftauchen. Spürbar ist die Beschleunigung nur, wenn der Gerichtsvollzieher die Vorpfändung selbst fertigt. Ob er das darf, sollte umstritten werden. Ob die Frage im 19. Jahrhundert Gegenstand der Diskussion war, ist nicht erkennbar. Der Gesetzeswortlaut gibt keine eindeutige Antwort (diese gab später § 845 Abs.1 S. 2 ZPO). Coing entnimmt den Materialien, der Gerichtsvollzieher sei bei der Vorpfändung Vollstreckungsorgan und deswegen zur Erstellung der Benachrichtigung befugt.²² Dies bejahte 1899 auch das LG Köln.²³ Andererseits fassten §§ 38,

¹⁹ Begründung Bundesratsvorlage 1872 (Fn. 3), 565 = *Hahn/Stegemann*, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Zweiter Band, 2. Aufl. 1881, 460.

²⁰ Herausgeber eines CPO-Kommentars, s. Fn. 24 und 25.

²¹ Protokolle der Justiz-Kommission des Deutschen Reichstags, betreffend die Berathung der Civilprozeßordnung und des Einführungsgesetzes, Berlin 1876, 402 = *Hahn/Stegemann* (Fn. 19), 851.

²² *Coing*, DGVZ 1971, 161 ff.

²³ LG Köln DGVZ 1899, 60 f.; ebenso *Gaupp*, Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1881, § 744 Anm. VI.

93 der preußischen GVGA 1879 die Vorphändung als reinen Zustellungsauftrag auf, so dass das Verständnis nicht einheitlich gewesen zu sein scheint.

§ 691 trat 1879 als § 744 CPO in Kraft.

5. § 845 ZPO von 1900

Ursprünglich musste der Vorphändung keine Zustellung des Titels vorausgehen,²⁴ da das eine „zweckwidrige Verzögerung“ verursachen könne. Auch sei die Vorphändung ein vorbereitender Akt, für den die Voraussetzungen der Pfändung nicht vorliegen müssten.²⁵ Allerdings forderten später manche die vorherige Zustellung des Titels, da auch die Vorphändung Vollstreckungsmaßregel mit bedingten Vollstreckungswirkungen sei.²⁶ Zur Entscheidung des Streits wurde bei der Überarbeitung der CPO im Rahmen der Reichsjustizgesetznovellen beantragt, § 744 CPO den (heute in § 802a Abs. 2 Nr. 5 ZPO gewanderten) Satz hinzuzufügen:

„Der vorherigen Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung und der Zustellung des Schuldtitels bedarf es nicht.“

Sonst verlöre die Vorphändung „den erheblichsten Theil ihres praktischen Wertes“. Andererseits würde ohne vorherige Titelnachstellung „die Erhebung von Einwendungen gegen eine rechtswidrige Vorphändung erschwert“. Dem wurde entgegengehalten, der Titel müsse im Zeitpunkt der Vorphändung „vorhanden und in derselben auch ausdrücklich bezogen sein“, so dass Nachteile aus dem Verzicht auf die Titelnachstellung nicht ersichtlich seien, zumal dadurch „die mitunter nicht unerhebliche Zeitspanne bis zur Ausfertigung und Zustellung des Schuldtitels gewonnen“ werde. Der Satz wurde schließlich knapp mit neun gegen acht Stimmen akzeptiert.²⁷ Er trat 1900 als Teil von § 845 ZPO in Kraft.

6. § 845 Abs. 1 S. 2 ZPO seit 1979

In der Weimarer Republik gab es Reformversuche, wonach auch Gerichtsvollzieher Vorphändungen erstellen sollten.²⁸ Die Begründung des Reformentwurfs von 1931 legt nahe, dass mittlerweile nur Gläubiger Vorphändungen fertigten. Ansonsten folgt sie der Reichstagskommission von 1875:

²⁴ *Struckmann/Koch*, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl. 1887, § 744 Anm. 2.

²⁵ *Struckmann/Koch*, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 6. Aufl. 1895, § 744 Anm. 2 (auch mit Hinweisen auf die Gegenauffassung); OLG Celle, Urt. v. 01.11.1893, ZZP 1894 (20), 176 f.; ebenso die Vorinstanz, LG Hannover, Urt. v. 14.11.1892, ZZP 1894 (20), 175 f., das aber die Vorphändung als Akt der Zwangsvollstreckung ansah.

²⁶ *Wilmowski/Levy* (Fn. 7), § 744 Anm. 1 unter Berufung auf RG JW 1895, 127 Nr. 5 – das RG ordnet die Vorphändung im veröffentlichten Text zwar als Vollstreckungsmaßregel ein, äußert sich aber nicht zur Titelnachstellung. Trotz Klassifizierung der Vorphändung als Vollstreckungsmaßnahme forderte etwa das LG Hannover (Fn. 25) keine Titelnachstellung.

²⁷ Materialien zu den Reichs-Justizgesetznovellen 1897–1898, Erster Band, 1898, 768 f.

²⁸ *Schubert*, Zivilprozessreform in der Weimarer Zeit, 2005, 274 und 344; Entwurf einer Zivilprozeßordnung, Veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1931, 214 f.

„Die Vorpfändung, die bisher nur in der Form möglich war, daß der Gläubiger dem Drittschuldner und Schuldner eine Pfändungsankündigung zustellen ließ, ist nach dem Entwurf auf doppelte Weise möglich. Entweder wird wie bisher eine Vorpfändungserklärung vom Gerichtsvollzieher zugestellt [...], oder es wird eine Vorpfändungserklärung vom Gerichtsvollzieher von Amts wegen abgegeben [...] Es kommt nicht selten vor, daß der Gerichtsvollzieher bei einem Pfändungsversuch zwar keine pfändbaren Sachen, wohl aber eine pfändbare Forderung ermittelt; diese muß sogleich mit Beschlagnahme belegt werden können, da sie anderenfalls für die Gläubiger meist verloren sein wird.“²⁹

Auch ohne Änderung der ZPO erstellten ab 1950 Gerichtsvollzieher wieder selbst Vorpfändungen.³⁰ Coing bejahte ihre Kompetenz dafür in einem Gutachten für den Gerichtsvollzieherbund,³¹ während das OLG Frankfurt sie ablehnte.³² Dennoch drang die Auffassung vor, Gerichtsvollzieher seien zur Erstellung der Vorpfändung berechtigt.³³ Der Gesetzgeber entschied den Streit 1979 durch Einfügung von § 845 Abs. 1 S. 2 ZPO, wonach der Gerichtsvollzieher auf ausdrücklichen Auftrag des Gläubigers die Vorpfändung selbst zu fertigen hat. Die Begründung klingt vertraut:

„Es empfiehlt sich, dem Gerichtsvollzieher die Befugnis zur Anfertigung der für die Vorpfändung erforderlichen Erklärungen zu übertragen, da der Gerichtsvollzieher aus Anlaß der Vollstreckung in die bewegliche Habe des Schuldners oftmals Kenntnis von dem Schuldner zustehenden pfändbaren Forderungen erlangt und durch einen schnelleren Zugriff auf derartige Forderungen die Zwangsvollstreckung wirksamer gestaltet werden kann.“³⁴

1991 wurde die Frist für die endgültige Pfändung auf einen Monat verlängert, da der Gläubiger den Pfändungsbeschluss nicht immer in drei Wochen zustellen könne.³⁵

IV. Reguläre Rechtsbehelfe sind stumpfe Schwerter

Wie kann sich nun der Schuldner gegen Vorpfändungen wehren? Reguläre Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung sind nicht effektiv:

²⁹ Entwurf ZPO 1931 (Fn. 28), 535 f.

³⁰ *Mager*, MDR 1959, 262, 263, der das auf Grundlage des damaligen Rechts für zulässig hält; zustimmend *Sebode*, DGVZ 1959, 180 ff.

³¹ *Coing*, DGVZ 1971, 161–167; zustimmend *Seip*, NJW 1971, 130 f.

³² OLG Frankfurt DGVZ 1972, 25–30.

³³ Z.B. LG Hamburg DGVZ 1972, 11–13; LG Köln DGVZ 1973, 45–47; AG Bensberg DGVZ 1972, 95 f.; AG Kempen DGVZ 1972, 175; Stein/Jonas/*Münzberg*, 19. Aufl. 1975, § 845 Anm. I.3.

³⁴ BT-Drucksache 8/693, 47.

³⁵ BR-Drucksache 400/88, 147 f.; BT-Drucksache 11/3261, 51.

1. Vollstreckungserinnerung

Nach heute allgemeiner Meinung steht dem Schuldner gegen Vorfändungen die Erinnerung (§ 766 ZPO) zu.³⁶ Selbstverständlich ist das nicht.

a) Problematische Statthaftigkeit

Ursprünglich hielten manche die Erinnerung gegen Vorfändungen für unstatthaft, da sie Privathandlungen seien.³⁷ Der Schuldner sollte auf Feststellung ihrer Unwirksamkeit klagen.³⁸

Die Vorfändung ist keine typische Vollstreckungsmaßnahme: Ein fehlerhafter staatlicher Vollstreckungsakt ist wirksam, aber anfechtbar.³⁹ Eine fehlerhafte Vorfändung gilt dagegen wegen ihrer Rechtsnatur als private Zwangsvollstreckungsmaßnahme als anfänglich unwirksam.⁴⁰ Die Frage der Rechtsnatur sollte nicht überbewertet werden. Sachgerecht ist, dass entsprechend der fehlenden Prüfung ihrer Voraussetzungen der Gläubiger das Risiko fehlerhafter Vorfändungen trägt⁴¹ – jedenfalls wenn er sie selbst fertigt.

Hat die Erinnerung Erfolg, muss das Vollstreckungsorgan die angefochtene Vollstreckungsmaßnahme aufheben oder rückgängig machen.⁴² Wieder fügt sich die Vorfändung nicht in das Schema: Unwirksam ist sie sowieso. Der Gläubiger ist kein Vollstreckungsorgan. Ein Beschluss über die Erinnerung verpflichtet ihn nicht zur Rückgängigmachung der Vorfändung.⁴³

Doch geht die Vorfändung über die Zustellung eines beliebigen Schriftstücks hinaus, die bereits nach allgemeinen Vorschriften möglich wäre. Sie ist durch gesonderte, systematisch im Vollstreckungsrecht platzierte Vorschrift geregelt, die ihr die Wirkung eines auflösend bedingten Pfandrechts beimisst. Daher wird die Vorfändung heute allgemein mit einem gewissen Zweckdenken⁴⁴ als Vollstreckungsakt eingeordnet,⁴⁵ auch um dem Schuldner Zugang zur Erinnerung zu geben.

³⁶ Stein/Jonas/Würdinger, 23. Aufl. 2017, § 845 Rn. 11; Zöller/Seibel, ZPO, 36. Aufl. 2026, § 845 Rn. 8.

³⁷ Rudolf Schulz, JW 1926, 725, 726.

³⁸ Kirchberger, ZZP 1909 (38), 461, 465–468; ebenso das Vollstreckungsgericht in der vom OLG Colmar (Fn. 55) anders entschiedenen Sache.

³⁹ Stein/Jonas/Heinze, 23. Aufl. 2024, Vor § 704 Rn. 128; Zöller/Seibel, 26. Aufl. 2026, Vor § 704 Rn. 34.

⁴⁰ Stein/Jonas/Würdinger, 23. Aufl. 2017, § 845 Rn. 2 und 5; Zöller/Seibel, 26. Aufl. 2026, § 845 Rn. 7; ähnlich Struckmann/Koch, ZPO, 9. Aufl. 1910, § 845 Anm. 2.

⁴¹ Stein/Jonas/Würdinger, 23. Aufl. 2017, § 845 Rn. 2.

⁴² MüKoZPO/Karsten Schmidt/Brinkmann, ZPO, 7. Aufl. 2025, § 766 Rn. 51; Zöller/Herget, ZPO, 36. Aufl. 2026, § 766 Rn. 29–31.

⁴³ Hascher/Lammers, DGVZ 2009, 92, 96 Fn. 69; Schöler, MDR 2009, 184, 185.

⁴⁴ Münzberg, DGVZ 1979, 161, 162 Fn. 7.

⁴⁵ LG Plauen JW 1926, 725 f.; Münzberg, DGVZ 1979, 161, 162; Hascher/Lammers, DGVZ 2009, 92, 93.

b) Einheitlichkeit der Vorfändung

Nachdem Gerichtsvollzieher 1979 ausdrücklich Vorfändungen selbst erstellen durften (§ 845 Abs. 1 S. 2 ZPO), entwickelte sich der Gedanke ihrer Zweiteilung: Die Zustellung vom Gläubiger gefertigter Benachrichtigung sollte private Vollstreckungsmaßnahme bleiben. Erstellt dagegen der Gerichtsvollzieher die Vorfändung, würde er als Vollstreckungsorgan tätig und müsste ihre Voraussetzungen prüfen.⁴⁶ Konsequenterweise forderte Hornung, vom Gerichtsvollzieher gefertigte Vorfändungen als wirksame, aber aufhebbare staatliche Vollstreckungsakte, hingegen vom Gläubiger gefertigte fehlerhafte Vorfändungen als anfänglich unwirksam zu qualifizieren.⁴⁷

Die Vorfändung blieb aber auch 1979 einheitlich. Die Fertigung der Benachrichtigung durch Gerichtsvollzieher war schon zuvor zeitweise üblich. Mit dem schnellen Zugriff auf bei der Mobiliarpfändung entdeckte Forderungen begründete der Gesetzgeber gleichermaßen § 845 Abs. 1 S. 2 ZPO wie 1875 § 744 CPO (s. Ziff. III.4). Weiter ergäbe sich dieselbe Beschleunigung wie bei einer vom Gerichtsvollzieher anlässlich der Mobiliarpfändung gefertigten Vorfändung, wenn der Gläubiger präsent wäre, von Forderungen gegen Drittschuldner (gem. § 806a Abs. 1 ZPO) erführe, die Nachricht selbst fertigte und dem Gerichtsvollzieher zur Zustellung übergäbe. Dies belegt die Nähe beider Varianten der Vorfändung. Schließlich ist die Aufspaltung in unwirksame und anfechtbare Vorfändungen schlicht unpraktikabel.⁴⁸

Allerdings meinen Anhänger des Einheitsverständnisses konsequent, der Gerichtsvollzieher müsse vor Erstellung von Vorfändungen ihre Voraussetzungen nicht prüfen.⁴⁹ Das muss er aber seit Einführung von § 178 (heute § 126) Abs. 3 S. 3 GVGA im Jahr 1980 durchaus. Dies steht indes der Einheitlichkeit der Vorfändung nicht entgegen, sondern ist interne Amtspflicht des Gerichtsvollziehers (§ 1 S. 4 GVGA), welche die Legalität staatlichen Handelns sichert. Die GVGA enthält keine Verfahrensvorschriften, deren Einhaltung die Parteien geltend machen können.⁵⁰

Zudem muss in der Praxis der Gerichtsvollzieher die Voraussetzungen von ihm gefertigter Vorfändungen kaum gesondert prüfen. Für die Mobiliarpfändung hat er ohnehin die Vollstreckungsvoraussetzungen zu prüfen. Für Vorfändungen über dabei bekannt werdende Forderungen ist das nicht mehr eigens nötig.⁵¹

Die Vorfändung ist also einheitlich zu verstehen und bei Fehlen ihrer Voraussetzungen in beiden Varianten anfänglich unwirksam.⁵² Die Erinnerung da-

⁴⁶ Gilleßen/Jakobs, DGVZ 1979, 103, 104; Gert Müller, NJW 1979, 905, 906; Arnold, MDR 1979, 358, 360 Fn. 28.

⁴⁷ Hornung, Rpfleger 1979, 284, 288.

⁴⁸ Münzberg, DGVZ 1979, 161–164; Hascher/Lammers, DGVZ 2009, 92, 93.

⁴⁹ Münzberg, DGVZ 1979, 161, 163 f.; Stein/Jonas/Münzberg, 20. Aufl. 1986, § 845 Rn. 9; Hascher/Lammers, DGVZ 2009, 92, 93.

⁵⁰ Zöller/Herget, ZPO, 36. Aufl. 2026, § 766 Rn. 11.

⁵¹ Münzberg, DGVZ 1979, 161, 163 Fn. 13.

⁵² Zöller/Seibel, ZPO, 36. Aufl. 2026, § 845 Rn. 7.

gegen dient auch der deklaratorischen Beseitigung des Scheins eines Vollstreckungsakts.⁵³

Literatur⁵⁴ und Rechtsprechung⁵⁵ halten daher heute Erinnerungen gegen Vorpfändungen zutreffend für statthaft. Dabei ist auch zu prüfen, ob ein Titel vorliegt.⁵⁶

c) Erledigung vor Bescheidung

Gleichwohl ist die Erinnerung unergiebig. Der Schuldner erfährt meist erst nach Zustellung an den Drittschuldner von der Vorpfändung und legt nach einer Bedien- und Bearbeitungszeit Erinnerung ein. Das Gericht wird daher meist nicht binnen der Monatsfrist entscheiden. Folgt der Vorpfändung – wie regelmäßig bei Missbrauch – keine Pfändung, entfällt ihre Wirkung (§ 845 Abs. 2 ZPO). Danach kann kein Pfandrecht mehr entstehen. Das Rechtsschutzbedürfnis der Erinnerung entfällt.⁵⁷ Sie wird unzulässig und wäre auf Kosten des Schuldners zurückzuweisen. Um das zu vermeiden, hat der Schuldner für erledigt zu erklären und erfährt bestenfalls in der Begründung der Kostenentscheidung nach § 91a Abs. 1 ZPO,⁵⁸ warum die Vorpfändung unwirksam war.

Erinnerungen gegen Vorpfändungen sind also statthaft, aber selten, in der Sache beschieden werden sie noch seltener. Der Streit wird regelmäßig um die Hauptpfändung selbst ausgetragen,⁵⁹ die aber bei Missbrauch ebenso regelmäßig ausbleibt.

2. Antrag auf einstweilige Anordnung

Existiert ein Titel, möchte der Schuldner aber Erfüllung einwenden, kann er Aufhebung der Vorpfändung durch einstweilige Anordnung beantragen. Das ist nur gegen Sicherheitsleistung (§ 769 Abs. 1 S. 1 ZPO a.E.)⁶⁰ und als Annex zu einer Vollstreckungsabwehrklage möglich. Entscheiden wird das Gericht erst, nachdem der Schuldner die Sicherheit erbracht und den Vorschuss für die Klage

⁵³ Hascher/Lammers, DGVZ 2009, 92, 96; Hergenröder, DGVZ 2021, 101, 106 f.; allgemein für nichtige Vollstreckungsakte Stein/Jonas/Kern, 23. Aufl. 2024, § 766 Rn. 27 und 52.

⁵⁴ Stein/Jonas/Würdinger, 23. Aufl. 2017, § 845 Rn. 11; Zöller/Seibel, ZPO, 36. Aufl. 2026, § 845 Rn. 8; a.A. ohne Befassung mit st. Rspr. und allg. M. Schöler, MDR 2009, 184, 185.

⁵⁵ OLG Colmar, ZZP 1917 (46), 13 f.; ausführlich LG Plauen JW 1926, 725 f.; spätere Entscheidungen halten die Erinnerung ohne weiteres für statthaft: KG JW 1933, 1270; OLG Hamm Rpfleger 1957, 354; OLG Köln NJW-RR 1989, 1406; OLG Köln Rpfleger 1991, 261; OLG Jena Beschl. v. 13.06.2000 – 6 W 150/00.

⁵⁶ OLG Hamm DGVZ 2012, 13; Zöller/Seibel, ZPO, 36. Aufl. 2026, § 845 Rn. 8 und 2.

⁵⁷ KG, JW 1933, 1270; OLG Hamm, JurBüro 1971, 175; OLG Köln, Rpfleger 1991, 261; Zöller/Seibel, ZPO, 36. Aufl. 2026 § 845 Rn. 8; Stein/Jonas/Würdinger, 23. Aufl. 2017, § 845 Rn. 11; LG Plauen JW 1926, 725, 726 für Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Vorpfändung.

⁵⁸ Zöller/Herget, ZPO, 36. Aufl. 2026, § 766 Rn. 34; Zöller/Althammer, ZPO, 36. Aufl. 2026, § 91a Rn. 7.

⁵⁹ Nickel, in: Mes (Hrsg.), Beck'sches Prozessformularbuch, 16. Aufl. 2026, Formular III.B.9, Rn. 8.

⁶⁰ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.09.2002 – 16 WF 118/02 – BeckRS 2004, 4342, Rn. 4.

bezahlt hat (§ 12 Abs. 1 S. 1 GKG).⁶¹ Zwar kann der Schuldner durch die Vollstreckungsabwehrklage die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklären lassen. Aber sein Antrag nach § 769 ZPO wird sich wie die Erinnerung meist vor der Entscheidung darüber erledigen.

Reguläre Rechtsbehelfe sind daher kein taugliches Mittel gegen Vorfändungen, erst recht nicht gegen wiederholte missbräuchliche Vorfändungen.⁶²

V. Unterlassungsanspruch

Vorfändungen enthalten explizit die Behauptung, der Gläubiger habe einen Titel,⁶³ und implizit auch, die titulierte Forderung sei offen. Dies ist bei Ausbringung von Vorfändungen ohne Titel oder nach Erledigung des Titels falsch.

Gegen diese unwahre Tatsachenbehauptung haben Schuldner einen Unterlassungsanspruch (§§ 1004, 824, 823 Abs. 1 u. Abs. 2 BGB i.V.m. § 187 StGB). Wiederholte oder übermäßige Vorfändungen können einen Unterlassungsanspruch aus §§ 826, 1004 BGB auslösen. Wäre die Vorfändung Privathandlung, wäre der Anspruch per einstweiliger Verfügung schnell durchsetzbar.

Ordnet man die Vorfändung dagegen der Zwangsvollstreckung zu, handelt man sich dafür, dass man dem Schuldner so die Erinnerung eröffnet, folgendes Problem ein: Die Rechtsprechung lehnt Unterlassungsansprüche gegen die Einleitung von oder Äußerungen in gerichtlichen Verfahren grundsätzlich ab. Es geht um die Konkurrenz von Verfahrensrecht und materiellem Recht.

Das Reichsgericht hatte Unterlassungsansprüche gegen falsche Tatsachenbehauptungen aus §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB i.V.m. strafrechtlichen Beleidigungstatbeständen bejaht, aber zunächst das Rechtsschutzbedürfnis für Klagen daraus verneint, da die Strafverfolgung per Privatklage eine bessere Rechtsschutzmöglichkeit darstelle.⁶⁴ In Strafverfahren wegen Beleidigungen durch Äußerungen in Verfahren kam es dann auf die Rechtfertigung durch Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) an.⁶⁵ Nachdem das Reichsgericht das Rechtsschutzbedürfnis für Zivilklagen aus Unterlassungsansprüchen trotz Möglichkeit der Strafklage bejahte,⁶⁶ prüfte es § 193 StGB in Zivilverfahren.⁶⁷ Als Folge konnte der Kläger den Wahrheitsbeweis antreten und die Prüfung der Äußerung auch im Folgeverfahren veranlassen.⁶⁸

Die doppelte Prüfung vermeidet der BGH, indem er heute Äußerungen in Prozess- und Verwaltungsverfahren aus dem Tatbestand von Unterlassungsan-

⁶¹ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 04.01.2001 – 1 WF 297/00 – BeckRS 2001, 30153171; LG Bonn, Beschl. v. 26.01.2012 – 14 O 15/12 – BeckRS 2012, 7370.

⁶² A.A. und nicht überzeugend *Schöler*, MDR 2009, 184, 185 f.

⁶³ *Nickel* (Fn. 59), Formular III.B.9; *Stöber/Rellermeyer* (Fn. 2), 381 Rn. B.483.

⁶⁴ RGZ 88, 129, 131.

⁶⁵ RGSt 59, 172–174; RGSt 64, 154–158.

⁶⁶ RGZ 116, 151–155.

⁶⁷ RGZ 142, 116, 120–122.

⁶⁸ *Helle*, Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, 1957, 112.

sprüchen ausklammert.⁶⁹ Einleuchtend betont der BGH, „dass auf den Ablauf eines gerichtlichen Verfahrens nicht dadurch Einfluss genommen oder seinem Ergebnis nicht dadurch vorgegriffen werden darf, dass ein an diesem Verfahren irgendwie Beteiligter durch Unterlassungs- oder Widerrufsansprüche in seiner Äußerungsfreiheit eingeengt wird“.⁷⁰ Auch ein zu Unrecht eingeleitetes Verfahren ist nach den Regeln dieses Verfahrens abzuhandeln und löst grundsätzlich keinen Schadensersatz-⁷¹ und Unterlassungsanspruch aus. Könnte eine Partei Unterlassung der Einleitung von Verfahren verlangen, wäre eine nicht endende Kette von Verfahren gegen die Einleitung von Verfahren denkbar. Die Befürchtung ist nicht nur theoretisch, wie Anti-Anti-Suit-Injunctions zeigen.⁷²

Als Ausnahme vom prozessualen Privileg nennt der BGH § 826 BGB,⁷³ bewusst oder leichtfertig falsche Äußerungen⁷⁴ und in der Zwangsvollstreckung den Gesichtspunkt, dass das Haftungsrisiko die prozessuale Entschluss- und Handlungsfreiheit des Gläubigers nicht unzumutbar beeinträchtigt.⁷⁵ Diese Ausnahmen greifen selten ein.

Unterlassungsansprüche gegen missbräuchliche Vorpfändungen sind aber aus drei Gründen zu bejahen:

1. Der Gläubiger stellt bei der Ausbringung missbräuchlicher Vorpfändungen häufig bewusst oder leichtfertig unzutreffende Äußerungen auf. Auf der Hand liegt das bei der unzutreffenden Behauptung, er habe einen Titel, aber auch bei bezahlten Titeln liegt es nahe. Spiegelbildlich dazu beeinträchtigen hier Unterlassungsansprüche die prozessuale Entschluss- und Handlungsfreiheit des Gläubigers nicht unzumutbar.
2. Weiter ist die Vorpfändung zwar heute als Vollstreckungsmaßnahme anerkannt, liegt aber nahe am privaten Handeln und wird nach wie vor als private Vollstreckungsmaßnahme angesprochen.⁷⁶ Der Kern des Missbrauchsvorwurfs steckt in der Benachrichtigung, die der Gläubiger selbst oder der Gerichtsvollzieher mit Wirkung für ihn⁷⁷ fertigt.
3. Ein Grund für das prozessuale Privileg ist, dass in Verfahren eine Partei durch das ihr gewährte Gehör auf unwahre Äußerungen der anderen Partei

⁶⁹ BGH NJW 1962, 243–245; *Helle*, GRUR 1982, 207, 213.

⁷⁰ BGH NJW 1998, 1399, 1400 f.

⁷¹ BGH NJW 1961, 2254 ff. für Konkursverfahren, kritisch *Baur*, JZ 1962, 95 f.; BGH NJW 1979, 1351 ff. für Vollstreckung aus bezahltem Titel; BGH NJW 1994, 2755 f. für Vollstreckung aus nichtigem Grundstückskaufvertrag.

⁷² OLG Hamm EuZW 2023, 1062 f.; LG München I GRUR 2023, 1683 ff.

⁷³ BGH NJW 2003, 1934–1936; BGH NJW 2004, 446–448.

⁷⁴ BGH NJW 1998, 1399, 1401 f.; BGH NJW 1962, 243, 244 f.; ebenso *Bacher*, in: Teplitzky (Hrsg.), Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 13. Aufl. 2024, Kap. 19 Rn. 20; MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl. 2024, § 826 Rn. 291–293.

⁷⁵ BGH NJW 1979, 1351, 1353.

⁷⁶ Zöller/*Seibel*, ZPO, 36. Aufl. 2026, § 845 Rn. 1.

⁷⁷ Münzberg, DGVZ 1979, 161, 162 f.

reagieren kann.⁷⁸ Bei Vorfändungen ist das nicht einschlägig. Der Schuldner kann sich frühestens nach Zustellung der Vorfändung beim Drittschuldner äußern. Die Erinnerung ist meist erledigt, bevor sie beschieden ist (s.o. Ziff. IV.1.c)). Mit vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen kann der Schuldner künftige missbräuchliche Vorfändungen nicht verhindern.⁷⁹

Zutreffend haben daher Gerichte Unterlassungsansprüche gegen missbräuchliche Vorfändungen per einstweiliger Verfügung bejaht.⁸⁰

VI. Schluss

Was ist dem Schuldner zu empfehlen? In einfachen Fällen mag er Erinnerung einlegen. Sie wird sich meist vor Bescheidung erledigen. Rechnet der Schuldner mit wiederholten missbräuchlichen Vorfändungen, sollte er einen Unterlassungsanspruch im einstweiligen Verfügungsverfahren geltend machen.

Ein letztes noch: Dann bekämpft der Schuldner mit der Vorfändung ein Verfahren, das aus Beschleunigungsgründen ein strukturelles Gehörsdefizit zu seinen Lasten aufweist, mit einem zweiten Verfahren, das seinerseits in der Kritik steht, in der beschleunigten Variante der Beschlussverfügung dem Gegner nicht ausreichend Gehör zu gewähren. Um dennoch den Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung zu erreichen, sollte der Schuldner den Gläubiger umfassend abmahnen, dessen Reaktion dem Verfügungsantrag beifügen und darin deckungsgleich mit der Abmahnung argumentieren.⁸¹

⁷⁸ BGH NJW 1998, 1399, 1401; MüKoBGB/Rixecker, 10. Aufl. 2025, Anhang zu § 12 Rn. 279; Helle, GRUR 1982, 207, 210.

⁷⁹ OLG Hamm NJOZ 2004, 2129, 2131.

⁸⁰ OLG Brandenburg NJOZ 2001, 1782; OLG Hamm NJOZ 2004, 2129 ff.; LG Bremen, Beschl. v. 08.03.2005, Az.: 1 O 532/05 (n.v.).

⁸¹ BVerfG NJW 2018, 3631, 3632 f.; Mantz, NJW 2020, 2007 ff.

Antinormatives Verfassungsdenken als Auslegungsmethode

Andreas Kley

I. Verfassungsauslegung durch politische Behörden

Die Bestimmung von Art. 190 der schweizerischen Bundesverfassung von 1999 (BV), wonach Bundesgesetze und das Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden maßgebend sind, ist keineswegs singulär. Die niederländische Verfassung vom 17. Februar 1983 hält in § 120 fest, dass der Richter die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verträgen nicht beurteilt. In Österreich besteht bei gegebenen parteipolitischen Mehrheiten die Praxis, dass die vom Verfassungsgerichtshof verfassungswidrig erklärten Gesetzesbestimmungen als Verfassungsnormen beschlossen werden, womit sie gegen derartige Richtersprüche immunisiert sind.¹ Die Beispiele zeigen, dass die Politik das Bedürfnis hat, abschließend über die Verfassungsmäßigkeit des Staatshandelns zu bestimmen.

In einer derartigen Kompetenzordnung werden die Gerichte entmachtet. Sie sind der Politik in jedem Fall nachgeordnet und damit deren Vollstreckungshelfen. Im Fall der Schweiz hat sich diese politische Anschauung gleich zu Beginn der Bundesstaatsgründung gezeigt. In einer Botschaft vom 25. September 1850 zu einem Gesetzesentwurf über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden ist festgehalten:

„Die Mitglieder der Bundesversammlung sind nicht in der Stellung von Mandataren, da sie keine Instruktionen und specielle Aufträge haben; sie sind daher die eigentlichen Stellvertreter des Volkes, sie repräsentiren die Landessouveränität und es gibt keine Behörde über oder neben der Bundesversammlung. Bei einer solchen Stellung derselben dürfte es kaum möglich [...] sein, eine Behörde aufzustellen, welcher das Recht zustünde, förmliche Beschlüsse der Bundesversammlung vor ihr Forum zu ziehen, und noch schwieriger dürfte es unter Umständen sein, die Urtheile einer solchen Behörde zu vollziehen. Innerhalb der Schranken der Verfassung hat die Bundesversammlung die oberste Gewalt und die Frage, ob sie selbst durch einen Beschluss die Verfassung verletzt habe, wird immer eine politische oder staatsrechtliche Frage bleiben, welche verfassungsgemäss nicht vor das Bundesgericht gehören kann“.²

¹ Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, 18 f.

² Gesetzesentwurf im Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft (BBl) 1850 III 89. Das beschlossene Gesetz ist im BBl 1852 I 99 publiziert, nicht aber die Botschaft. Die Stelle aus der Botschaft ist zitiert bei Johann Jakob Blumer, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, Bd. 2, 1864, 98 f. Fn. **.

Diese Aussage hat aus dem Rückblick des Jahres 2025 einen Grundsatzcharakter. Sie wurde in der Folge unzählige Male wiederholt. Die Bundesregierung (im Folgenden der Bundesrat) beantragte der Bundesversammlung 1870 eine umfassende Teilrevision der Bundesverfassung und schrieb zur Verfassungsgerichtsbarkeit:

„Der politische Vorteil der bisherigen Einrichtung [der Staatsrechtspflege] lag darin, dass die Bundesversammlung in den Rekursentscheidungen ein Mittel in der Hand hatte, um das Bundesrecht praktisch fortzubilden und in freierem Geiste zu entwickeln“.³

Folgt man diesem politischen Vorteil, so besitzt die Bundesversammlung zwei Möglichkeiten, um den Verfassungstext zu ändern. Zum einen durch die förmliche Änderung auf dem komplizierteren Weg der von der Verfassung selbst vorgesehenen Verfassungsrevision (diese unterliegt dem obligatorischen Referendum von Volk und Kantonen) und zum anderen dem einfacheren Weg durch die rechtsschöpferische Tätigkeit mittels Verfassungsinterpretation.⁴ Die Versuchung, je nach politischer Konstellation den komplizierteren bzw. einfacheren Weg zu beschreiten, liegt auf der Hand. Diesen Anspruch konnte nur ein Organ erheben, das sich als oberste Instanz verstand. Tatsächlich war die schweizerische Bundesversammlung ab 1848 als parlamentarische Versammlungsregierung oder Parlaments-Ausschussregierung konzipiert.⁵ Die Verfassungen von 1848, 1874 und 1999 bezeichneten die Bundesversammlung als „oberste Gewalt im Bund“.⁶

Die nationalrätliche Kommission zur Vorbereitung der totalrevidierten Bundesverfassung schrieb 1873:

„Mit der bisherigen Praxis habe sich das Staatsrecht der Eidgenossenschaft sehr reichhaltig entwickelt und es wäre daher ein Fehler, wenn man diese Quelle verstopfen und die [...] Rechtsverhältnisse in die Hände ausschliesslich von Fachmännern legen wollte, welche strikte an den Buchstaben gebunden wären, während gerade hier fortwährend auf die Entwicklung der Verhältnisse Rücksicht genommen und veränderten Anschauungen müsse Rechnung getragen werden“.⁷

Die Kommission zeichnet damit die Verfassungsauslegung des Parlaments bis in die Gegenwart vor. Die Bundesversammlung schafft sich mit der (später so genannten) „zeitgemäßen“ oder der „geltungszeitlichen“ Verfassungsinterpretation einen Weg, mit dem sie flexibel und ohne förmliche Textänderung den Inhalt der Verfassung der Entwicklung der Verhältnisse anpasst. Eigentlich wäre dafür das Verfahren der förmlichen Verfassungsrevision vorgesehen, aber dieses ist politisch unsicher. In der Zwischenkriegszeit führte das freisinnige Mitglied des Bundesrates *Edmund Schulthess* (1868–1944) gegen den Einwand der Verfassungswidrigkeit einer Zuckersteuer 1934 aus:

³ BB1 1870 700; *Looser*, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, 2011, 253.

⁴ *Biert*, Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze durch den Richter, 1933, 43.

⁵ *Kley*, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 4. Aufl. 2020, 253.

⁶ Art. 60 BV 1848, Art. 71 BV 1874 und Art. 148 BV 1999.

⁷ *Looser* (Fn. 3), 258.

„Ist nun eine solche auf dem Wege eines Bundesbeschlusses einzuführen oder muss dazu die Verfassung revidiert und ein Gesetz erlassen werden? Darüber wollen wir nicht lange reden. Wir haben uns daran gewöhnt, die kürzeren und einfacheren Wege zu gehen“.⁸

In diesem und in vielen weiteren Fällen bestätigten Politiker die Vorteile der extensiven Verfassungsinterpretation.

Der spätere Nationalrat *Hans Georg Lüscher* hatte 1954 die Sachlage in seiner Dissertation analysiert und diese trifft auch aktuell uneingeschränkt zu. Die Bundesversammlung legte den Verfassungs- bzw. den Gesetzesrang der Materien seit jeher grundsatzlos und widersprüchlich fest:

„Diese Grundsatzlosigkeit haftet der gesamten Auslegungspraxis [...] an. Sie erstreckt sich vor allem auch auf die Auslegung der Verfassung, wo sie, da es sich um Normen von grösster politischer Bedeutung handelt, besonders gefährlich wird. Die Auslegung unserer Schweizerischen Bundesverfassung ist in vielen Fällen zur blossen Karikatur geworden. Häufig wurde die Auslegung durch das gewünschte Ergebnis vorweggenommen und damit das Recht hinter die Opportunität zurückgedrängt. [...] Auch für [Bundesrat und Bundesversammlung] erscheint das Problem der Auslegung als reine Zweckmässigkeitsfrage, über welche nach freiem Ermessen entschieden werden kann“.⁹

II. Politisches Grundgesetz: Politisch-instrumentelle Auslegung der Verfassung

Diese 1848 erfolgte, und bis heute noch bestehende Weichenstellung entwertet die Verfassung. Diese wird zum Spielball der Politiker und verliert ihre lenkende Funktion. Die normative Kraft der Verfassung verbietet in jedem Fall eine politische Auslegung je nach Opportunität. Vielmehr ist die Verfassung eine normative und generell-abstrakte Regelung des Staates und der Kompetenz der obersten Organe. Was man als ihren Willen erkennt, muss man nach *Walter Burckhardt* (1871–1939) auch ehrlich halten, auch wenn Vorteile preisgegeben werden müssen:

„Wer einem Gebot der Verfassung bewusst das Opfer eines Interesses bringt, stärkt die Achtung vor der Verfassung und wahrt ein Gut, das jedem Staatswesen, und besonders dem demokratischen, unentbehrlich ist.“ Wer dieses Opfer scheut, der „gibt in kleiner Münze ein Kapital aus, das weit mehr ist als alle Vorteile, die man erkauft und das, wenn einmal ausgegeben, nicht wieder einzubringen ist“.¹⁰

Die schweizerischen Politiker haben die Bundesverfassung stets der politischen Opportunität unterworfen. In zugespitzter Weise hatte Nationalrat *Christian Lüscher* als Kommissionssprecher zum gescheiterten coronabedingten Geschäftsmietegesetz ausgeführt:

„Eines der Hauptargumente, die in der Diskussion genannt wurden, ist die Verfassungswidrigkeit dieses Gesetzentwurfs. Der Entwurf ist vor allem unter den Gesichtspunkten

⁸ Stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung, 1934, Ständerat, 70.

⁹ *Lüscher*, Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, 1954, 32 f.

¹⁰ *Burckhardt*, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. 1931, VIII.

der Wirtschaftsfreiheit, der Eigentumsgarantie und der Gleichbehandlung verfassungswidrig. In meinen Augen, das möchte ich betonen, ist dieses Argument nicht entscheidend, weil die Experten in dieser Frage äußerst geteilter Meinung waren und das Parlament letztlich das Recht hat – das ist die berühmte Schubert-Rechtsprechung – die Verfassung zu verletzen, wenn es dies absichtlich tut.“¹¹

Das Votum benutzt die in jedem Fall gegebene Uneinigkeit der Lehre, um ein beliebiges und von rechtlichen Überlegungen freies politisches Handeln des Parlaments zu ermöglichen. Sodann bezieht es sich fälschlicherweise auf die Schubert-Rechtsprechung,¹² statt auf Art. 190 BV, um die Behauptung aufzustellen, dass das Parlament das Recht habe, die Verfassung zu verletzen. Nach vielfach wiederholter Aussage beruhigt sich die Lehre mit der Behauptung, Art. 190 BV bedeute „nur, dass die Frage nach der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen in die Letztentscheidungsbefugnis der Bundesversammlung gelegt“¹³ sei. Die Behauptung der Staatsrechtslehre will die Verfassung reparieren, sie findet weder im Wortlaut noch in der Praxis der Bundesversammlung eine Stütze. Es gilt vielmehr die politische Grundregel, dass der von der Bundesversammlung gewählte Weg einer Änderung der Verfassung (förmliche Revision oder extensive Auslegung) nicht verfassungsrechtlich-normativen, sondern ausschließlich politischen Überlegungen folgt.

Die Verfassung ist gegenüber Gesetzen erschwert änderbar. Erstere benötigt nicht nur die obligatorische Zustimmung des Volkes, sondern auch der Mehrheit der Kantone (Art. 195 BV). Tendenziell scheitern Verfassungsvorlagen eher und diese politische Tatsache macht es möglich, dass sich im Parlament die Gegner einer Vorlage hinter dem Verfassungsreferendum verstecken können. Sie fordern für ein beliebiges Sachvorhaben die Revision der Verfassung und spiegeln Verfassungstreue vor. Das politische Anliegen ist mit dem hohen Wert der Verfassungstreue und dem Vorrang des Normativen vor dem Politischen getarnt. Das Erfordernis des Doppelmehrs (Volk und Kantone) gefährdet das Vorhaben und das ist der wirkliche Grund für die Verfahrenswahl der förmlichen Verfassungsrevision. Politisch ist nach einem gescheiterten Verfassungsreferendum alles klar: „Nach einer solchen Abstimmung wird es stille“¹⁴ und das Anliegen ist damit politisch erledigt. Für dieses Grundgesetz gibt es viele Beispiele. Ein weit über einhundert Jahre andauerndes Beispiel ist die Einführung des Frauenstimmrechts.

¹¹ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung 2020 Nationalrat 1982, Nr. 20.076 am 29.10.2020; Original Französisch, übersetzt mit Hilfe von DeepL.

¹² BGE 99 Ib 39 E. 4, 44.

¹³ *Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl. 2021, 151 Rn. 381.

¹⁴ *Hilty*, in: Hilty (Hrsg.), Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Vol. 20, 1906, 211, 326 f.; *Fleiner*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923, 315 spricht von der „Wucht, die in einem Volksentscheid liegt“.

III. Beispiel: Gleichstellung der Frauen und Einführung des Frauenstimmrechts

Die föderale Ordnung der Schweiz erforderte für die beiden Ebenen des Bundes und der Gliedstaaten eine je getrennte Einführung des Frauenstimmrechts. Das Vorgehen war also nicht simultan und erfolgte auch nicht im gleichen Verfahren. Im Folgenden ist zuerst auf die *Bundesebene* einzugehen.

Der Bericht der Tagsatzungskommission über den Entwurf der Bundesverfassung 1848¹⁵ erwähnt die Frauen mit keinem Wort. Die Bundesverfassung von 1848 gewährte das Stimmrecht in eidgenössischen Angelegenheiten jedem Schweizer, der das 20. Altersjahr zurückgelegt hatte und nach der Gesetzgebung seines Wohnsitzkantons nicht vom Stimmrecht ausgeschlossen war. Dass dieser Art. 63 BV 1848 nur Männern das Stimmrecht gab, war damals selbstverständlich. Die Bundesverfassung von 1874 übernahm diese Regelung und ergänzte sie um die Befugnis des Bundes, einheitliche Vorschriften über die Stimmberechtigung aufzustellen (Art. 74 BV 1874). Erstmals stellte der Bund 1881 offiziell und ausdrücklich fest, dass es kein Frauenstimmrecht gab.¹⁶ Die Forderung nach einem Frauenstimmrecht ab den 1870er Jahren¹⁷ erschütterte diese bis anhin geltende Selbstverständlichkeit. Es sollte etwa 100 Jahre dauern, bis der Bund 1971 nach einem „Ja“ von Volk und Ständen den Frauen das Stimmrecht einräumte. Noch 1959 lehnten Volk und Stände eine erste Vorlage zur Einführung des Frauenstimm- und Wahlrechts¹⁸ ab.

In diesen 100 Jahren standen zwei Verfahren der Einführung des Frauenstimmrechts zur Debatte. Dieses konnte über eine förmliche Teilrevision der Bundesverfassung auf dem komplizierteren politischen Weg eingeführt werden. Es gab auch Bemühungen, das Frauenstimmrecht auf dem Weg der bloßen Verfassungsauslegung einzuführen, indem unter dem Ausdruck „Schweizer“ in Art. 4 bzw. Art. 74 BV 1874 nicht nur Männer, sondern auch Frauen zu verstehen seien. In der Literatur fanden sich derartige Stellungnahmen. 1887, im Fall einer Beschwerde von *Emilie Kempin-Spyri* (1853–1901), die die Gleichberechtigung von Frauen und Männern zwecks Zulassung zum Anwaltsberuf so auslegen wollte, hatte das Bundesgericht noch dafürgehalten, dass diese Auffassung „eben so neu als kühn“¹⁹ sei. Es lehnte diese Überlegung und die Beschwerde ab. 36 Jahre später hatte das Bundesgericht zur kühnen Auffassung umgeschwenkt und im Entscheid „*Roeder gegen Freiburg*“ vom 24. Februar 1923²⁰ die Gleichstellung der Geschlechter im Gebiet von Handel und Gewerbe im Allgemeinen

¹⁵ Bericht über den Entwurf einer Bundesverfassung vom 8. April 1848, erstattet von der am 16. August 1847 von der Tagsatzung ernannten Revisionskommission, 54.

¹⁶ Im Bericht der Minderheit der Commission des Nationalraths, betreffend Ausführung des Art. 27 der Bundesverfassung über Unterrichtswesen vom 15. Juni 1881, BBl 1881 III 587, 590 wird „die Einführung des Frauenstimmrechts [...] in der gegenwärtigen Bundesverfassung [nicht] in Aussicht genommen“.

¹⁷ *Studer/Wyttenbach*, Frauenstimmrecht, 2021, 29 ff.

¹⁸ BBl 1959 I 370.

¹⁹ BGE 13 I 1, 4 f.

²⁰ BGE 49 I 14, 16; BGE 40 I 1, 4.

anerkannt. Jedoch hatte es beigelegt, dass sie in politischer Beziehung nicht bestehe. Trotz diesem Vorbehalt veranlasste das Urteil *Roeder* 1923 zwei Bernerinnen, den Eintrag im Stimmregister und damit die Beteiligung an Wahlen und Abstimmungen zu verlangen. Sie hatten mit ihrem Begehren keinen Erfolg und letztinstanzlich erklärte das Bundesgericht im Urteil *Lehmann*:

„Die Beseitigung dieses Ausschlusses bedeutet daher die Aufhebung eines tief eingewurzelten Rechtszustandes, die nur durch eine unzweifelhaft zu diesem Zwecke erlassene Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung vor sich gehen und nicht einfach aus einer bestehenden Vorschrift herausgelesen werden kann, bei deren Aufstellung niemand eine derartige Änderung im Auge hatte.“²¹

In einem den Kanton Genf betreffenden analogen Fall hielt das Bundesgericht fünf Jahre später an seiner Auffassung fest.²² Auch Bundesrat und Bundesversammlung wiesen die erhobenen Stimmrechtsbeschwerden ab und bestätigten diese Rechtsauffassung.²³ Sie verwiesen die Beschwerdeführerinnen auf den Weg der Teilrevision der Verfassung. Allerdings hatten Bundesrat und Bundesversammlung bei anderen Themen keine Hemmungen, die Bundesverfassung auf dem Auslegungsweg zu ändern.²⁴

Auf politischem Weg versuchten zunächst die Nationalräte *Greulich* und *Göttisheim* 1919 über Motionen eine interpretatorische Änderung der Bundesverfassung zur Einführung des Frauenstimmrechts herbeizuführen.²⁵ Die Beschwerde und Petition des Genfer Rechtsanwalts *Léonard Jenni* (1881–1967)

²¹ Bundesgericht, Urteil v. 14. September 1923, *Lehmann* gegen Gemeinderat Bern, nicht publiziert, zitiert in BBl 1957 I 782 und abgedruckt in *Jenni*, Selon l'ordre juridique existant, les droits civiques appartiennent-ils aux femmes suisses, oui ou non?, 1928, 64 ff.

²² Bundesgericht, Urteil v. 21. September 1928, *Unger* gegen Genf, nicht amtlich veröffentlicht, ausführlich besprochen in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1928, 489. Die vorinstanzlichen Entscheide und Beschwerdeschriften dieses Verfahrens sind abgedruckt in *Jenni* (Fn. 21), 64 ff.

²³ Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden, 1957, Rn. 11.

²⁴ Beispiele: Die Bundesverfassung von 1874 hatte den Staatsanwalt des Bundes (Art. 107 BV 1848) absichtlich nicht übernommen. Dessen ungeachtet führte ein Bundesgesetz über die Bundesanwaltschaft vom 28. Juni 1889, Amtliche Sammlung der eidgenössischen Gesetze (AS), n.F. XI 243 erneut eine ständige Bundesanwaltschaft ein. Die Abgabe der durch Wasserkraft erzeugten Energie ins Ausland durfte nach einem Bundesbeschluss vom 31. März 1906, AS 1906, 160, nur mit Bewilligung des Bundes erfolgen. Die Verfassungsgrundlage wurde als Art. 24^{bis} Abs. 7 BV 1874 zwei Jahre später, am 25. Oktober 1908 nachgeschoben, *Burckhardt* (Fn. 10), 181. Diese Praxis einer extensiven Verfassungsauslegung setzt sich in der Gegenwart fort, z.B. interpretieren die politischen Behörden Art. 116 Abs. 3 BV über eine Mutterschaftsversicherung im Sinn, dass darin auch eine Vaterschaftsversicherung enthalten sei, siehe Bericht zum Geschäft Nr. 18.441 vom 15.4.2019, BBl 2019 3409, 3421. Diese wurde in der Folge aufgrund dieser Verfassungsauslegung eingeführt.

²⁵ *Burckhardt*, Schweizerisches Bundesrecht II, 1930, Rn. 389; Übersicht über die Verhandlungen der Schweizerischen Bundesversammlung, Frühjahrssession 1919, 9.

vom 18. Mai 1928 blieb ebenfalls erfolglos.²⁶ Die Räte schlossen sich der Haltung des Bundesgerichts an:

„Das bisherige Recht ist ein Männerrecht, die Frauen waren dabei nicht beteiligt, sie haben das Recht auch nicht gemacht, sie haben bis jetzt im öffentlichen Leben sich nicht aussprechen dürfen. Es geht nicht an, auf dem Wege einer gekünstelten Gesetzesinterpretation den Frauen das Stimmrecht einräumen zu wollen. Wenn man den Frauen das Stimmrecht geben will, so muss eben die Bundesverfassung revidiert werden.“²⁷

Eine Petition mit 249.237 Unterschriften, wovon 170.397 von Frauen und 78.840 von Männern unterschrieben, vom 13. Juni 1929 blieb ohne Folge²⁸ und es kam nicht einmal zu einer Vorlage an die männlichen Stimmbürger. Erst nach dem Zweiten Weltkrieg setzen erfolgreichere Bemühungen ein und es kam dann schließlich zu den erwähnten Parlamentsvorlagen von 1959 und 1971.

Auf der *kantonalen Ebene* schlossen sich nach 1900 Frauen und Männer lokal in Frauenstimmrechtsvereinen zusammen und vereinigten sich am 28. Januar 1909 zum Schweizerischen Verband für Frauenstimmrecht.²⁹ In den Kantonen kamen nur langsam kleine Erfolge zustande. Verschiedene Kantone führten ab 1910 das kirchliche Frauenstimmrecht ein und erklärten die Frauen für bestimmte Ämter wählbar, so etwa für Gewerbeberichte und Armenbehörden. Der Erste Weltkrieg forderte die Mitarbeit der Frauen in Staat und Wirtschaft und es war folgerichtig, dass viele Staaten nach 1918 das Frauenstimmrecht einführten. Das Oltener Aktionskomitee, das am 11. November 1918 den Generalstreik proklamierte, forderte die Einführung des Frauenstimmrechts.³⁰ Diese Forderung löste breite Aktivitäten aus. In den Kantonen erarbeiteten die Parlamente Vorlagen zuhanden der Stimmberechtigten. In Zürich und Neuenburg scheiterte die Einführung des Frauenstimmrechts 1919, in Basel-Stadt 1920 und 1921 in Genf, St. Gallen und Glarus. Verschiedene dieser Kantone versuchten eine zweite Abstimmung mit einem zum Teil verminderten Frauenstimmrecht, aber diese Bemühungen scheiterten.³¹

Der Einsatz für das Frauenstimmrecht erwachte nach dem Zweiten Weltkrieg, als die Frauen erneut in Wirtschaft und Staat ihren Einsatz leisteten. Verschiedene Landeskirchen gaben den Frauen das Stimmrecht und einzelne Kantone gewährleisteten ihnen das Passivwahlrecht in soziale Ämter. Ein neuer Versuch, das Frauenstimmrecht auf gerichtlichem Weg einzuführen, scheiterte 1957 im

²⁶ *Burckhardt* (Fn.10), Rn. 389; Entscheid des Bundesrates vom 18. Mai 1928, in: Protokoll der 41. Sitzung des schweizerischen Bundesrates vom Freitag, 18. Mai 1928, 841 f.; Protokolle der Bundesversammlung (Maschinenschrift), Nationalrat 1928, 14. Sitzung vom 28. September 1928, 709–713; Protokolle der Bundesversammlung (Maschinenschrift), Ständerat 1928, 14. Sitzung vom 21. Dezember 1928, 95 f.

²⁷ Berichterstatter Nationalrat *Farbstein*, Protokolle der Bundesversammlung (Maschinenschrift), Nationalrat 1928, 14. Sitzung vom 28. September 1928, 711.

²⁸ Botschaft des Bundesrates über die Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts in eidgenössischen Angelegenheiten vom 22. Februar 1957, BBl 1957 I 665, 697 f.; Protokoll des Ständerates (Maschinenschrift), 11. Sitzung vom Mittwoch, 18. Dezember 1929, 62 ff.

²⁹ NZZ vom 30. Januar 1909, Nr. 30 Abendblatt, 2.

³⁰ Bericht des Bundesrates betreffend das Truppenaufgebot und die Streikunruhen vom 12. November 1918, BBl 1918 V 63 ff., 70 (Ziff. 2 des Forderungskatalogs).

³¹ *Boehlen*, Eine kleine Geschichte des Frauenstimmrechts in der Schweiz, 1954, 10 ff.

Verfahren *Quinche*.³² Das Bundesgericht bestätigte das Urteil *Lehmann*, indem es die Einführung des Frauenstimmrechts nicht auf den Weg der Interpretation, sondern auf den Weg der Verfassungsänderung wies. Mittels Teilrevisionen der Verfassungen gingen 1959 Waadt und Neuenburg, 1960 Genf, 1966 Basel-Stadt und 1970 Basel-Landschaft, Luzern, Wallis und Zürich voran. 1971 folgten mit dem Bund Zug, Aargau, Freiburg und Schaffhausen und innerhalb eines Jahres alle weiteren Kantone mit Ausnahme der beiden Appenzell.³³ Ausserrhoden führte das Frauenstimmrecht 1989 ein.³⁴ Innerrhoden verwarf es noch 1990; doch zwang es das Bundesgericht mit Urteil vom 27. November 1990 dazu.³⁵ Die Gemeinden beschlossen das Frauenstimmrecht auf Grund besonderer Regelungen in Kantonsverfassungen zum Teil früher, zum Teil später als auf Staatsebene;³⁶ vereinzelt musste den öffentlich-rechtlichen Körperschaften das Frauenstimmrecht aufgezwungen werden.³⁷ Die Bundesverfassung von 1999 schreibt in Art. 8 Abs. 3 Satz 1 das Frauenstimmrecht vor. Es ist auch in Bürgergemeinden und öffentlich-rechtlichen Korporationen³⁸ und für körperschaftliche Organe öffentlich-rechtlicher Anstalten (z.B. öffentlich-rechtlich verfasste Studentenschaften) zu beachten.³⁹

Der Ausschluss der Frauen vom Stimmrecht war auf Grund der tradierten Vorstellungen über die gesellschaftliche Rollenverteilung von Mann und Frau kein Verstoß gegen die allgemeine Garantie der Rechtsgleichheit in Art. 4 BV 1848 und 1874. Das Bundesgericht folgte dieser Auslegung unter Berufung auf den Willen des Verfassungsgebers.⁴⁰ Als der Bund 1971 das Frauenstimmrecht in eidgenössischen Angelegenheiten einführte, legte er in Art. 74 Abs. 4 BV 1874 ausdrücklich fest, dass für Abstimmungen und Wahlen der Kantone und Gemeinden das kantonale Recht vorbehalten bleibe. Dieser Vorbehalt sollte klarstellen, dass die Vorlage nur die Einführung des Frauenstimmrechts im Bund betreffe. 1981 ergänzte der Verfassungsgeber Art. 4 BV 1874 durch einen Ab-

³² BGE 83 I 173 = Praxis 1957, Nr. 158.

³³ *Schwingruber*, Das Stimmrecht in der Schweiz, 1978, 73.

³⁴ *Wettstein*, Der lange Weg des Frauenstimmrechts im Kanton Appenzell-Ausserrhoden, 1990, passim.

³⁵ BGE 116 Ia 359; *Biaggini*, recht (Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis) 1992, 65.

³⁶ So zögerten Bündner Gemeinden, das Frauenstimmrecht einzuführen. Der Bündner Verfassungsgeber zog deshalb 1983 einen Schlusstrich und sah das Frauenstimmrecht generell vor; Art. 7 Abs. 1 alte Kantonsverfassung von Graubünden, BBl 1983 II 452 f.

³⁷ Urteil des Schweizer Verwaltungsgerichts in Sachen Korporation Pfäffikon, in: Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz 1991, 68; in einem Urteil vom 22. November 1983, in: Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz 1983, 19–26 hatte das Gericht noch gegenteilig entschieden.

³⁸ Art. 37 Abs. 2 Satz 2 BV spricht lediglich einen Vorbehalt zugunsten der Ortsbürger in Bürgergemeinden und ortsbürgerlichen Korporationen aus.

³⁹ Verschiedene traditionsgeprägte öffentlich-rechtliche Korporationen verwarfen das Frauenstimmrecht noch Ende der Achtziger- und Anfang der Neunzigerjahre; *Arnold*, Die Korporation Urseren, 1990, 154 f.; die traditionsreiche Oberallmeind-Korporation Schwyz führte das Frauenstimmrecht nach hartnäckigem Widerstand am 2. Mai 1993 ein, NZZ vom 29. April 1993, Nr. 98, 16 und vom 5. Mai 1993, Nr. 122, 22.

⁴⁰ BGE 83 I 173.

satz 2 betreffend die Gleichberechtigung von Mann und Frau. Damit stellte sich die Frage, ob dadurch das Frauenstimmrecht vorgeschrieben sei. Der Bundesrat verneinte dies unter Hinweis auf Art. 74 Abs. 4 BV 1874; diese Vorschrift sei zu Art. 4 Abs. 2 BV 1874 eine Ausnahme, gleich wie Art. 18 und Art. 22^{bis} BV 1874 (Wehrpflicht und Zivildienstpflicht nur für Männer).⁴¹ Die Lehre folgte mehrheitlich dieser Interpretation,⁴² äußerte sich dann jedoch zunehmend kritischer.⁴³ Das Bundesgericht hatte die Frage 1990 zu entscheiden. Es verließ den von ihm über 100 Jahre angemahnten Weg der formellen Verfassungsrevision. Denn es entschied unter Hinweis auf den Zeitablauf und auf ein „ganzheitliches Verfassungsverständnis“ (ein unbeholfener Verweis auf die „geltungszeitliche“ bzw. „zeitgemäße“ Auslegung), dass Art. 74 Abs. 4 BV 1874 keinen Vorbehalt gegenüber Art. 4 Abs. 2 BV 1874 enthalte.⁴⁴ Der Wortlaut des Art. 74 Abs. 4 BV 1874 blieb indes unverändert. Aber der wankelmütige Geist eines „ganzheitlichen Verfassungsverständnisses“ gab Art. 4 Abs. 2 BV 1874 allgemeine Geltung und gewährleistete damit das Frauenstimmrecht umfassend. Art. 16 der damaligen kantonalen Verfassung erfuhr eine regelrechte Umdeutung und tarnte den verfassungsgebenden Akt des Bundesgerichts als bloßen Nachvollzug der 1981 schon längst gefallen (eigentlichen Nicht-)Entscheidung.⁴⁵ Es ist auch bemerkenswert, dass im Fall, wo der „Geltungs-Zeitgeist“ alle Entscheide schon gefällt hat, die politische Mehrheit im Parlament nicht darauf vertraut, dass dieser Geist auch die Stimmbürger im Verfahren der formellen Verfassungsrevision überzeugen kann.

IV. Versuchung der politischen Verfassungsauslegung

Negiert man den historischen Charakter des Verfassungsrechts, so erscheint die Gleichberechtigung von Mann und Frau als eine derartige Selbstverständlichkeit, dass das Frauenstimmrecht bei „ganzheitlicher“ Verfassungsauslegung bereits Teil des allgemeinen Gleichheitssatzes von Art. 8 Abs. 1 BV sein sollte. Diese Auslegung übergeht den Abs. 3 von Art. 8 BV, der speziell die Geschlechtergleichheit betont sowie Art. 136 Abs. 1 Satz 1 BV, der das Stimmrecht ausdrücklich den „Schweizerinnen und Schweizern“ gibt. Die Tatsache, dass die Geschlechtergleichheit zweifach verankert ist, zeigt ja gerade, dass sie keine Selbstverständlichkeit ist, die man gar nicht mehr zu erwähnen braucht. Vielmehr sind diese Wertvorstellungen geschichtlich gewachsen, sie haben sich

⁴¹ Botschaft über die Volksinitiative „Gleiche Rechte für Mann und Frau“ vom 14. November 1979, BBl 1980 I 69, 141 f.

⁴² Häfliger, Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich, 1985, 89 f.; Hans Huber, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1982, 161, 177; Weber-Dürler, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 104 I (1985), 1, 6; a.A. Auer, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 103 II (1984), 1, 18 f.

⁴³ Hottelier, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 1983, 113, 116 f.; Auer, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 108 I (1989), 142–161; Berenstein, in: FS für Otto K. Kaufmann, 1989, 159.

⁴⁴ BGE 116 Ia 359.

⁴⁵ Biaggini (Fn. 35), 75 f.

gewandelt und werden sich weiterhin wandeln. Das Bundesgericht ist im Kontext der zeitgenössischen Überzeugungen, wonach es höchste Zeit für ein umfassendes Frauenstimmrecht sei, 1990 zur „ganzheitlichen“, d.h. politischen Verfassungsauslegung geschritten. Es hat damit zu einer „Methode“ gegriffen, die sonst nur die Bundesversammlung für sich beansprucht. Die ganzheitliche Auslegung ersetzt das genaue Abstimmungsverfahren der Demokratie durch eine doppelte ungefähre Schätzung: Besteht ein ganzheitlicher Geist, der eine politische Frage beantwortet und ist er genügend allgemein?

Die Bundesversammlung würde – anders als einzelne Abgeordnete⁴⁶ – niemals seine Selbstherrlichkeit gegen außen bekennen. Vielmehr behauptet sie stets, sie würde die Verfassung methodisch korrekt auslegen und sie benutzt dafür die Auslegungsmethode der „zeitgemäßen“ oder der „geltungszeitlichen“ Auslegung. Auch das Bundesgericht ließ sich von diesem „Auslegungsmut“ anstecken und definierte diese Methoden:

„In objektiv-zeitgemässer Auslegung darf einer Gesetzesnorm ein Sinn beigelegt werden, der für den historischen Gesetzgeber infolge eines Wandels der tatsächlichen Verhältnisse nicht voraussehbar war und in der bisherigen Anwendung auch nicht zum Ausdruck gekommen ist, wenn er noch mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar erscheint“.⁴⁷

Die Einschränkung („vereinbar erscheint“) ist nur schwach und verhüllt nicht die Tatsache, dass der Verfassungsausleger mit dieser antihistorischen „Methode“ die verfassungsgebende Gewalt außerhalb des Verfahrens der Verfassungsgebung erhält. Schweizer Lehrbuchautoren, die ihre Regierungsnähe gerne als Praxisnähe ausgeben, erkennen den politischen Wert der verfassungswidrigen „Abkürzung“. Die „geltungszeitliche“ Auslegung ermögliche „die Wandlung des Normsinns bei gleichbleibendem Normtext. Sie erspart ein unverhältnismässiges In-Gang-Setzen des politischen Prozesses und wirkt zugleich einer Erstarrung der Rechtsordnung entgegen“.⁴⁸ Die euphemistische Umschreibung sucht den Umgehungscharakter des Vorgehens zu verhüllen.

Die „zeitgemäße“ oder „geltungszeitliche“ Auslegung ist keine methodische Auslegung,⁴⁹ sondern schaltet mit der Übersteuerung des Wortlautes die Kompetenzen des formellen Verfassungs- oder Gesetzgebers aus. Gesellschaftliche Werte und Normen verändern die Bedeutung des Normtexts, ohne dass dieser angepasst wird. Es ist nicht erstaunlich, dass eine politische Behörde, wie eine Regierung oder ein Parlament, Gefallen an der „zeitgemäßen“ bzw. „geltungszeitlichen“ Auslegung findet. Schon etwas erstaunlicher ist es, wenn das oberste Gericht diese Auslegungsmethode definiert und anerkennt.⁵⁰ Die Bundesrichter

⁴⁶ Nationalrat *Lüscher* in Fn. 11.

⁴⁷ BGE 141 II 262 E. 4.2.

⁴⁸ *Tschannen* (Fn. 13), 66 Rn. 164; *Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11. Aufl. 2024, Rn. 89 ff. Es gibt weitere Lehrbücher, die die Studenten in antinormatives Denken einführen, siehe *Kley*, Plädoyer 4 (2024), 30–35.

⁴⁹ *Rhinow/Schefer/Uebersax*, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 513; *Mahon*, Droit constitutionnel, Bd. I, 3. Aufl. 2014, Rn. 49.

⁵⁰ Der Vollständigkeit halber ist festzustellen, dass das Bundesgericht diese „Methode“ selten verwendet.

haben wie auch die Bundesparlamentarier einen Eid auf die Verfassung und die Rechtsordnung geschworen.⁵¹ Dieser Eid scheint ihr Rechtsbewusstsein kaum zu beeinflussen. Überraschend ist es, wenn Professoren, also zu Deutsch „Bekenner“, sich nicht zur Herrschaft der generell-abstrakten Normen wie Verfassung und Gesetz bekennen, sondern den Studierenden die Benützung von Abkürzungen gemäß politischer Opportunität empfehlen. Sie geben dem „Geltungs-Zeitgeist“ ohne jede Notwendigkeit und ohne jede schlüssige Argumentation Einlass. Da zeigt sich offen das von externen Beobachtern der Rechtswissenschaft beschriebene opportunistische Verhalten mancher „Rechtsgelehrter“.⁵²

⁵¹ Art. 3 des Parlamentsgesetzes sowie die Erläuterungen im Bericht, Parlamentarische Initiative. Parlamentsgesetz (PG) Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 1. März 2001, BBl 2001 3467 ff., 3521.

⁵² Z.B. *de Tocqueville*, Autorität und Freiheit, 1935, 342; *Nietzsche*, Jenseits von Gut und Böse, Kritische Studienausgabe, Bd. 5, 7. Aufl. 2002, 21; *Friedrich Nietzsche*, Also sprach Zarathustra, Kritische Studienausgabe, Bd. 4, 8. Aufl. 2002, 132 (Von den berühmten Weisen); *Nelson*, Die Rechtswissenschaft ohne Recht, 1917, 38.

Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 280 Abs. 1 BGB aufgrund unberechtigter Kündigung eines Mietvertrags?

Frank Klinkhammer

I. Einleitung

„Positive Forderungsverletzung durch Mietvertragskündigung?“ lautet das Thema meines ersten Zeitschriftenbeitrags, der aus dem Jahr 1997 stammt.¹ Im Ergebnis konnte ich darin keine tragfähige Grundlage für einen vertraglichen Schadensersatzanspruch gegen den Vermieter schon aufgrund fahrlässiger Fehleinschätzung der Rechtslage erkennen und habe eine Haftung des Vermieters nur aus § 826 BGB wegen arglistiger Täuschung und rechtswidriger Drohung befürwortet. *Wolfgang Ernst*, verehrter Jubilar, weist in der aktuellen Auflage des Münchener Kommentars zu § 280 Abs. 1 BGB² auf den Beitrag hin. Er hält es überdies für zu weitgehend, dass nach dem Ansatz der BGH-Rechtsprechung jedwede unbegründete Anspruchsberührung in der Sonderverbindung schon eine objektive Pflichtverletzung sein solle. Die Grundsatzfrage der Verpflichtung von Vertragsparteien zur rechtlichen Prüfung ihres eigenen Verhaltens ist also auch nach zwischenzeitlicher Kodifizierung der Positiven Forderungsverletzung in § 280 BGB aktuell geblieben. Die Praxisrelevanz des Themas ist offensichtlich, gehört doch etwa die für rechtliche Fehleinschätzungen anfällige Kündigung eines Wohnraummietvertrags wegen – zudem nicht selten „vorgetäuschten“ – Eigenbedarfs³ sogar zum juristischen Alltag.⁴ Das Thema der Vertragspflichten insbesondere des Vermieters rund um die Kündigungserklärung soll daher hier erneut aufgegriffen und insbesondere anhand der Gesetzes- und Rechtsprechungsentwicklung seit 1997 neu bewertet werden.

¹ *Klinkhammer*, NJW 1997, 221 ff.

² *MüKoBGB/Ernst*, 9. Aufl. 2022, BGB § 280 Rn. 100 ff.

³ Zu Schwierigkeiten des Eigenbedarfstatbestands vgl. BGH (VIII. Zivilsenat), NJW 2017, 547 (Kündigung wegen Eigenbedarfs von Angehörigen eines Gesellschafters der Vermieter-GbR).

⁴ Vgl. BGH (VIII. Zivilsenat), NJW 2005, 2395 (zur Rechtslage vor dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz; Schadensersatz wegen vorgetäuschten Eigenbedarfs – Beweislast); BGH (VIII. Zivilsenat), NZM 2025, 388 (Vollstreckungsschutz für den Mieter gegen Räumungsurteil aufgrund Eigenbedarfskündigung); zu aktuellen Entwicklungen anschaulich *Selk*, NZM 2025, 371 ff.

II. Herleitung der Vertragspflicht: Unterscheidung zwischen Erfüllungs- und Integritätsinteresse

Jede Beurteilung einer Leistungsstörung setzt voraus, dass die vom Schuldner erbrachte Leistung – oder deren Ausbleiben – an seiner Leistungspflicht gemessen wird.⁵ Eine überzeugende Bestimmung der durch die unberechtigte Kündigung verletzten Leistungspflicht ist bis heute zu vermissen.

In der unberechtigten Kündigung wurde und wird eine Verletzung der Leistungstreuepflicht⁶ als vertraglicher Nebenpflicht gesehen. Die Verletzung der Leistungstreuepflicht wurde schon als Fallgruppe der Positiven Forderungsverletzung behandelt und hat in Literatur und Rechtsprechung deren Kodifikation unverändert überdauert. Sie umfasst indes recht verschiedenartige Tatbestände⁷, die gerade vor dem Hintergrund der gesetzlichen Neuregelung näherer Betrachtung bedürfen. Die Begründung des Schadensersatzanspruchs aus der Leistungstreuepflicht ist anhand der unterschiedlichen Rechtsfolgen, insbesondere Ersatz des Erfüllungs- und Integritätsinteresses, zu überprüfen, die sich aus einer schematischen Anwendung durch die herrschende Meinung ergeben. Es wird sich zeigen, dass die so begründete Haftung zu weit geht und sowohl die Differenzierung nach den verschiedenen Arten der Anspruchsberührung⁸ als auch die Begrenzung der Haftung durch den BGH nicht konsistent sind.

1. Positives Interesse und Nichterfüllung

Besteht die Leistungsstörung in der Nichterfüllung der Hauptleistungspflicht, so kann der andere Vertragsteil mit dem Schadensersatz statt der Leistung das Erfüllungsinteresse geltend machen. Die Wahl des Schadensersatzes statt der Leistung steht gemäß § 280 Abs. 3 BGB unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281 BGB. Verlangt der Mieter, der auf eine unberechtigte Kündigung des Vermieters ausgezogen ist, als Schadensersatz die Mietdifferenz, die er für eine gleichwertige Wohnung dauerhaft zahlen muss,⁹ so macht er damit sein Erfüllungsinteresse hinsichtlich der Hauptleistungspflicht geltend. Da es sich um Schadensersatz wegen Nichterfüllung handelt, liegt es nahe, dass hierfür die Voraussetzungen des § 281 BGB vorliegen müssen.

Schadensersatz statt der Leistung kann nach § 280 Abs. 3 BGB nur unter den Voraussetzungen des § 281 BGB verlangt werden. Hierfür ist grundsätzlich eine erfolglose Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung erforderlich. Der Schuldner bekommt hiermit die (letzte) Gelegenheit, seiner vertraglichen Hauptleistungspflicht nachzukommen. Eine Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert. Denn in diesem Fall wäre es zwecklose Formalität, wenn der Gläubiger zunächst auf der Erfüllung bestehen

⁵ *Ernst*, NJW 2025, 1681 ff.

⁶ Auch „Vertragstreuepflicht“, s. *Gsell*, ZJS 2009, 187, 188.

⁷ Vgl. *MüKoBGB/Ernst*, 9. Aufl. 2022, BGB § 280 Rn. 100 ff.

⁸ Dazu grundlegend *Hofmann*, ZfPW 2018, 152 ff.; *Thole*, AcP 209 (2009), 499 ff.

⁹ So im Fall des BGH, NJW 2005, 2395.

müsste. Er kann vielmehr sogleich zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung übergehen, wobei die Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit der Erfüllungsverweigerung freilich sorgfältiger Prüfung bedürfen.¹⁰ An den gesetzlichen Voraussetzungen und der Natur des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung der vertraglichen Hauptpflicht sind auch die Anspruchsvoraussetzungen im Fall der unberechtigten Kündigung zu messen. Denn auch hier geht es maßgeblich um die Nichterfüllung der vertraglichen Hauptleistungspflicht und den daraus resultierenden Schaden. Daher ist die unberechtigte Kündigung im Ausgangspunkt zu Recht mit der Erfüllungsverweigerung verglichen worden.¹¹ Hier wie dort erklärt der Schuldner, seine Leistung nicht (mehr) erbringen zu wollen. Dementsprechend erfolgt die Erfüllungsverweigerung regelmäßig auch motiviert, der Schuldner beruft sich etwa darauf, der Vertrag sei nicht zustande gekommen, er habe seine Vertragserklärung wirksam angefochten oder sei vom Vertrag zurückgetreten. In diesem Sinne ist auch die Kündigung des Vertrags durch den Vermieter eine Erfüllungsverweigerung. Der Vermieter erklärt damit, seine Hauptleistung (ab dem Wirkungszeitpunkt der Kündigung) nicht mehr erbringen zu wollen.

Hieraus ergibt sich aber in den Fällen des in Vollzug gesetzten Mietverhältnisses zugleich auch ein wesentlicher Unterschied. Im Fall der Erfüllungsverweigerung im Sinne von § 281 BGB bleibt die vertragliche Leistung für den Gläubiger aus und entsteht ihm ohne sein Zutun ein Nichterfüllungsschaden. Der Gläubiger muss sich die Leistung mit Mehrkosten anderweitig besorgen, ihm entsteht ein Verzögerungsschaden. Anders liegt es hingegen bei der unberechtigten Kündigung des Vermieters. Diese bleibt als solche für den Mieter folgenlos, denn sie beendet den Mietvertrag nicht und er bleibt im Besitz der Mietsache. Die vom Vermieter als Hauptleistung geschuldete Gebrauchsüberlassung dauert ungeachtet der Kündigung an, sodass dem Mieter kein Nichterfüllungsschaden entsteht. Er wird durch die Kündigung und selbst durch die anschließende Geltendmachung des Räumungs- und Herausgabeanspruchs folgerichtig nicht von der Entrichtung der Miete als der ihn treffenden synallagmatischen Hauptleistungspflicht befreit.¹² Schon für die Setzung einer Nachfrist mit Ablehnungsandrohung bestünde dementsprechend keine Veranlassung. Auch eine Erfüllungsverweigerung im Sinne von § 281 BGB liegt nicht vor, vielmehr erbringt der Vermieter seine vertragliche Hauptleistung weiter.

Zur Abgrenzung dient der Fall einer schon vor Gebrauchsüberlassung erklärten Kündigung, welcher zugleich den hier vertretenen Ansatz stützt. Denn hier liegt in der Kündigung eine Erfüllungsverweigerung bei nicht erfüllter Hauptleistungspflicht,¹³ was eine Nachfristsetzung entbehrlich macht. Der Schadens-

¹⁰ Vgl. MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, BGB § 323 Rn. 104 ff.

¹¹ Kaiser, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris, Bd. 1, 2007, 531, 536, 541.

¹² Anders zu Unrecht Kaiser, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris, Bd. 1, 2007, 531, 541: „Die Übergabe der Mietsache nimmt der in der Erfüllungsverweigerung liegenden Pflichtverletzung nicht die Pflichtwidrigkeit“.

¹³ Gleiches gilt, wenn der Vermieter dem Mieter den Besitz etwa durch Auswechseln des Türschlosses eigenmächtig entzieht und dadurch die Gebrauchsüberlassung beendet.

ersatzanspruch des Mieters beruht dann maßgeblich auf der Nichterfüllung und ergibt sich aus §§ 280, 281 BGB. Das Verschulden des Vermieters wird nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet, ein Rechtsirrtum entlastet ihn regelmäßig nicht.

2. Kündigung als Nebenpflichtverletzung

Dagegen betrachten Rechtsprechung und überwiegende Literatur die unberechtigte Kündigung als Verletzung einer Nebenpflicht, und zwar der Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB.¹⁴ Das vermag in Anbetracht der durch die Kündigung berührten Hauptleistungspflicht wie auch des auf das Erfüllungszinteresse gerichteten Schadensersatzanspruchs nicht zu überzeugen.

Für die Herleitung einer Nebenpflicht aus allgemeinen Grundsätzen besteht schon kein Bedürfnis. Da der Schuldner mit der Kündigung (wie mit Anfechtung und Rücktritt) vielmehr seine Hauptleistungspflicht bestreitet, ist eine diese zusätzlich sichernde Leistungstreuepflicht zu Recht für überflüssig erklärt worden.¹⁵ Denn nach der h.M. würde der Vermieter nicht nur die Vertragserfüllung (Gebrauchsüberlassung) schulden, sondern ihn träfe zudem kurioserweise auch noch die Nebenpflicht, auf den Hauptleistungsanspruch als Recht des anderen Teils Rücksicht zu nehmen. Daher kann auch das Streitigmachen des Mietbesitzes als solches keine Verletzung einer selbständigen Nebenpflicht sein, sondern nur in Bezug auf die Nichterfüllung der Hauptpflicht Bedeutung erlangen.

Die Verortung bei der Nichterfüllung der Hauptleistungspflicht findet ihre Bestätigung in der Gesetzessystematik und der Einordnung der Erfüllungsverweigerung durch den Gesetzgeber. Die Erfüllungsverweigerung galt noch vor der Schuldrechtsmodernisierung – allerdings zu Unrecht – als isolierte Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht.¹⁶ Durch die nunmehrige gesetzliche Regelung ist indessen der Zusammenhang der Erfüllungsverweigerung mit der vertraglichen Hauptleistung und ihre spezifische Bedeutung augenfällig geworden. Die Erfüllungsverweigerung bezieht sich ebenso wie die Kündigung auf die vertragliche Hauptleistungspflicht. Folglich sind die Rechte des Mieters als Gläubiger an deren (Nicht-)Erfüllung zu messen und nicht an einer Haftung wegen Neben- oder Schutzpflichtverletzung nach §§ 280, 241 Abs. 2 BGB,¹⁷ die vornehmlich auf das Integritätsinteresse gerichtet ist.¹⁸ Dass der Schadensersatz statt der Leistung bei Verletzung einer Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB nach § 282 BGB ohnedies nur ausnahmsweise begründet ist, findet sich in den – freilich meistens den Ersatz von Rechtsverteidigungskosten¹⁹ betreffenden – Entscheidungen nicht.

¹⁴ BGH (VIII. Zivilsenat), NJW 2015, 2324 Rn. 14; BGH (VIII. Zivilsenat), NZM 2017, 521 Rn. 18; BGH (V. Zivilsenat), NJW 2009, 1262 Rn. 16 ff. m.w.N.

¹⁵ Kaiser, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris, Bd. 1, 2007, 531, 539.

¹⁶ Vgl. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, 17 ff.

¹⁷ Vgl. Schmidt-Futterer/Streyll, 16. Aufl. 2024, BGB § 542 Rn. 107 m.w.N.

¹⁸ Vgl. MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, BGB § 282 Rn. 1.

¹⁹ Dazu näher Bergmann, AcP 211 (2011), 803 ff.

3. Ergebniskorrekturen der h.M. beim (Mit-)Verschulden

Dass eine isolierte Betrachtung der unberechtigten Kündigung als Verletzung einer Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB zu einer sachlich ungerechtfertigt weiten Haftung des Kündigenden führt, ist der Sache nach auch erkannt und hat den BGH zu Einschränkungen auf der Ebene des Verschuldens veranlasst. Der BGH hat, betreffend die unberechtigte Rücktrittserklärung von einem Bauträgervertrag, die Pflichtverletzung als nicht zu vertreten im Sinne von § 280 Abs. 1 S. 2 BGB betrachtet, wenn der Erklärende seine Rechtsposition als plausibel ansehen durfte.²⁰ Mit anderen Worten unterliegt danach der redliche Vertragspartner regelmäßig einem entschuldbaren Rechtsirrtum, der ihn von der Haftung befreit. Zu Recht ist angemerkt worden, dass der BGH sich damit der Sache nach eher auf dem Gebiet der objektiven Pflichtverletzung bewegt, was aus den Gründen an einer Stelle auch wörtlich hervorgeht. Nach dem BGH „darf“ die Vertragspartei die sich aus einer (vermeintlichen) Pflichtverletzung ergebenden Rechte geltend machen. Das bedeutet aber, seine Rechtsanmaßung ist erlaubt.²¹ Für eine Milderung des Verschuldensmaßstabs bei Verletzung einer Nebenpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB findet sich im Gesetz zudem kein Anhaltspunkt. Der Schuldner haftet vielmehr nach §§ 280 Abs. 1 S. 2, 276 BGB für Vorsatz und (jede) Fahrlässigkeit. Der Sache nach wird damit eine zu weit formulierte Nebenpflichtverletzung methodisch fragwürdig durch die Milderung des Verschuldensmaßstabs korrigiert. Damit kontrastiert zudem die anderweitige Annahme des BGH, ein Rechtsirrtum könne den Vermieter nicht entlasten.²²

Ebenfalls als – der Eigenart des Problems nicht gerecht werdende – Ergebniskorrektur ist es anzusehen, wenn in der auf die unberechtigte Kündigung folgenden (freiwilligen) Räumung und Herausgabe der Mietsache ein Mitverschulden des Mieters gesehen wird. Auch hier offenbart sich die sachlich nicht gerechtfertigte Akzentverschiebung von der objektiven Pflichtverletzung zum Verschulden. Wenn die rechtlich zutreffende Bewertung der Vertragsbeendigung durch Kündigung in der Verantwortung des Vermieters liegt, sollte es keine Rolle spielen, wenn der Mieter der Aufforderung des Vermieters Folge leistet. Wenn die rechtliche Bewertung aber in der Verantwortung oder im Risiko beider Vertragsparteien liegt, dann sollte sich auch jede Vertragspartei in Eigenverantwortung entscheiden. Eine Haftung des Vermieters lässt sich dann nur begründen, wenn er in unzulässiger Weise auf den Entschluss des Mieters eingewirkt hat.

Es bleibt daher beim Befund, dass die unberechtigte Kündigung eines Mietvertrags für sich genommen keine objektive Pflichtverletzung darstellt. Das gilt im Übrigen auch beim nicht in Vollzug gesetzten Vertrag. Hier liegt zwar eine Pflichtverletzung vor, diese besteht indes in der Nichterfüllung der Hauptleis-

²⁰ BGH (V. Zivilsenat), NJW 2009, 1262.

²¹ Gsell, ZJS 2009, 187, 189: „entlarvend“.

²² BGH (VIII. Zivilsenat), BGHZ 89, 296 = NJW 1984, 1028; BGH (XII. Zivilsenat), NZM 2002, 291.

tungspflicht. Die Kündigung ist als Erscheinungsform der Erfüllungsverweigerung ebenso wie diese keine eigenständige Pflichtverletzung.

4. Konsequenzen des Hauptleistungsbezugs der Kündigung

Wir haben gesehen, dass der Kündigung als solcher keine spezifische Bedeutung für die Pflichtverletzung zukommt. Deshalb ist es auch ohne Aussagekraft (und zudem irreführend), wenn die unberechtigte Geltendmachung von Gestaltungsrechten als scheinbar eigenständige Fallgruppe genannt wird. Beachtet man den Hauptleistungsbezug der Kündigung, kann deren maßgebliche Bedeutung nur in der Geltendmachung eines (künftigen) Räumungs- und Herausgabeanspruchs liegen. Der BGH hat daher auch keinen wesentlichen Unterschied gesehen, wenn der Vermieter lediglich die Auffassung vertreten hatte, zwischen den Parteien bestehe kein Mietverhältnis, und die Räumung geltend gemacht hatte.²³ Keinen erheblichen Unterschied macht es auch, wenn eine Kündigung nicht erklärt, sondern nur angedroht worden war.²⁴ Auf die Geltendmachung eines Gestaltungsrechts kommt es also nicht an, entscheidend ist die Nichterfüllung der Hauptleistungspflicht. Ein Schadensersatzanspruch kommt erst in Betracht, wenn die Hauptleistung ausbleibt.

Bei einem in Vollzug gesetzten Mietverhältnis kann es folglich zu einem Nichterfüllungsschaden nur kommen, wenn der Mieter die Mietsache – wie meistens – freiwillig räumt und herausgibt oder wenn er dazu verurteilt und das Urteil vollstreckt wird. Anhand dieser Eigenart sind im Folgenden die Voraussetzungen der Haftung zu bestimmen.

III. Haftungsgrundlage und Haftungsbegrenzung bei Selbstschädigung

Einigen sich die Vertragsparteien über eine Vertragsbeendigung, so hat wie schon beim Vertragsschluss grundsätzlich jede Partei die Folgen ihrer privatautonomen Entscheidung hinzunehmen. Das gilt selbstredend auch für aus der Vertragsbeendigung entstandene Nachteile,²⁵ wenn der Wohnungsmieter etwa nunmehr etwa eine höhere Wohnungsmiete für eine gleichwertige Wohnung zahlen muss. Typischer Fall ist der in einem gerichtlichen Verfahren abgeschlossene Räumungsvergleich.

Die herrschende Meinung gelangt hier dadurch, dass sie statt auf die Nichterfüllung auf die Nebenpflichtverletzung abstellt, gleichwohl zu anderen Ergebnissen. Zwar ist für sie der Vertrag auch beendet. Der Schadensersatzanspruch soll aber nur entfallen, wenn dieser durch den Vergleich mit abgegolten werden sollte. Ist dies – wie im Zweifel – nicht der Fall, so besteht der Schadensersatzanspruch mithin unverändert fort und kann sich insbesondere auf das Erfüllungs-

²³ BGH (XII. Zivilsenat), NZM 2002, 291.

²⁴ MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 573 Rn. 148 m.w.N.

²⁵ Der mit dem großen Schadensersatz verbundene Rücktritt (vgl. § 325 BGB) stellt die Reaktion des Gläubigers auf die Nichterfüllung durch den Schuldner dar und liegt daher anders.

interesse hinsichtlich der Hauptleistung richten. Das geht m.E. für den Fall einer bloß fahrlässig unberechtigten Kündigung deutlich zu weit. Bemerkenswert ist auch, dass die für Nebenpflichtverletzungen nach § 241 Abs. 2 BGB bestehende Einschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 282 BGB nicht behandelt wird.

Wenn man hingegen beachtet, dass der Verlust des Hauptleistungsanspruchs und damit der Nichterfüllungsschaden auf die Entscheidung des Mieters zurückzuführen ist, ist an diesem Punkt für den Schadensersatz anzusetzen. Dieser lässt sich, wie schon 1997 von mir vertreten, nur auf die rechtswidrige Einflussnahme durch den Vermieter stützen und begründet sich mithin auf Täuschung oder Drohung im Sinne von § 123 BGB. Nur in diesem Fall kann sich der Mieter auch von einem Aufhebungsvertrag lösen, was beim vorgetäuschten Eigenbedarf regelmäßig gegeben sein wird. Entweder hat dann der Mieter dem Vermieter geglaubt, dann liegt eine Täuschung vor. Oder er hat ihm nicht geglaubt, dann wird regelmäßig eine widerrechtliche Drohung vorliegen. Soweit ein rechtskräftiges Räumungsurteil ergangen ist, lässt sich eine Haftung ohnedies nur auf § 826 BGB stützen.²⁶

IV. Ergebnis

Im Ergebnis ist daran festzuhalten, dass der Vermieter kraft des Vertrages einschließlich Nebenpflichten nicht rechtskundiger ist (sein muss) als der Mieter. Dieser entscheidet auf eine Kündigung in eigener Verantwortung und im eigenen Risiko, ob er sich der Vertragsbeendigung fügt oder sich dagegen zur Wehr setzt. Ein Schadensersatzanspruch wegen fahrlässig unschlüssiger Kündigung, der sich zudem noch auf das Erfüllungsinteresse richtet, ist mithin abzulehnen.

Aufschlussreich ist, dass auch im Arbeitsrecht über das Problem des Schadensersatzes wegen unberechtigter Kündigung gestritten wird. Bezeichnend scheinen mir die Ausführungen von *Manfred Löwisch*,²⁷ der der Auffassung des auf der Linie des BGH judizierenden BAG mit folgender Begründung nicht folgen will: „Angesichts der dann eintretenden Haftung schon bei leichter Fahrlässigkeit würde dies das mit der Kündigung verbundene Risiko [...] über Gebühr ausdehnen.“ Im Grunde sehe das auch das BAG, wenn es entgegen allgemeinen Grundsätzen Rechtsirrtümer weitgehend für entschuldbar halte. In Betracht komme dagegen nur eine Haftung nach § 826 BGB.

Zwar mag es im Ergebnis noch unschädlich sein, wenn man den Schadensersatzanspruch vertraglich verortet und im Einzelfall mit entsprechenden Einschränkungen versieht. Dies leidet indessen daran, dass sich die Einschränkungen aufgrund der zu weit gefassten Pflichtverletzung nicht aus dem Vertrags-

²⁶ Zum Fall der Räumung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung bei nur vorläufig vollstreckbarem Urteil BGH (IX. Zivilsenat), NJW 1988, 1269; dazu bereits *Klinkhammer*, NJW 1997, 221, 222.

²⁷ LSSW/Löwisch, 11. Aufl. 2018, Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 105 f. m.w.N.

recht ergeben und daher den Blick auf Rechtsnatur und Rechtsfolgen verstellen. Fall und Entscheidung des BGH vom 28.11.2001²⁸ belegen dies am deutlichsten. Hier wurde das Dogma von der unberechtigten Kündigung (im Fall des BGH: Räumungsverlangen) konsequent und ohne Einschränkungen auf der Verschuldensebene durchgeführt und trotz des nur fahrlässigen Rechtsirrtums umfassender Schadensersatz zuerkannt. Dieses Ergebnis halte ich für falsch.

²⁸ BGH (XII. Zivilsenat), NZM 2002, 291 (Unberechtigtes Räumungsverlangen bei Streit um die Wirksamkeit einer gegenüber dem Voreigentümer ausgeübten Verlängerungsoption im Zusammenhang mit einem Vermieterwechsel).

Das angebliche Anhörungsrecht des potentiellen Störers

Wolfgang Krüger

I. Ein Fußballspiel

Anders als der große FC Bayern München gehörte der kleine Meidericher SV (MSV)¹ zu den Gründungsmitgliedern der Fußball-Bundesliga, die 1963 den Spielbetrieb aufnahm. Die Bayern schafften erst 1965 den Aufstieg. Der MSV war in der Anfangszeit recht erfolgreich, wurde im ersten Bundesligajahr sogar Vizemeister, mit Rudi Gutendorf als Trainer („Riegel-Rudi“) und Helmut Rahn auf Rechtsaußen.² Doch während die Bayern seit dem Ende der 60er Jahre zur Spitzenmannschaft heranreiften, kämpfte der MSV mehr und mehr gegen den Abstieg,³ der 1982 nicht mehr zu verhindern war. Danach wurden die Meidericher, die sich 1967 in MSV Duisburg umbenannt hatten,⁴ zur „Fahrstuhlmannschaft“, stiegen mehrfach auf und wieder ab, letzteres auch 2006. Der MSV beendete die Saison, abgeschlagen auf dem letzten Tabellenplatz, mit einer am 25.3.2006 erlittenen 1:3 Heimmiederlage gegen den schon als Meister feststehenden FC Bayern München. Um dieses Fußballspiel, genauer: um seine Begleiterscheinungen, geht es im Folgenden.

Die Begleiterscheinungen eines Fußballspiels sind bekanntermaßen unerfreulich. Sie brachten in unserem Fall dem späteren Kläger, einem Vereinsmitglied des FC Bayern und Dauerkarteninhaber, ein bundesweites Stadionverbot (für nationale und internationale Fußballveranstaltungen bis hinunter zu den Regionalligen) für die Dauer von zwei Jahren ein. Was war geschehen?

Er war nach dem Spiel, dem er als Zuschauer beigewohnt hatte, zusammen mit weiteren etwa 100 Bayern-Fans nicht straks zum Bahnhof gelaufen, sondern hatte noch einen Schwenk unternommen, um zur sog. „Dritten Halbzeit“⁵ aufzulaufen. Man traf, wie erwartet, auf einen größeren Trupp Meidericher Fans.

¹ Meiderich war bis 1905 selbständig und ist seitdem ein Stadtteil von Duisburg.

² Helmut Rahn dürfte selbst dem im Fußball nicht in gleicher Weise wie im Römischen Recht ausgewiesenen Jubilar ein Begriff sein.

³ Freilich mit Zwischenhochs wie dem 6:3-Sieg gegen die Bayern im Jahre 1977.

⁴ Darauf hatte die Stadt Duisburg aus Imagegründen gedrängt. Das hätte man besser unterlassen, brachte es doch vor allem viele ortsferne Sportreporter in Bedrängnis, die nicht recht wussten, wie man Duisburg ausspricht, und ob eine zwischenzeitlich in der Regionalliga spielende Fußballmannschaft das Image einer Stadt aufpoliert, ist auch sehr die Frage.

⁵ Verharmlosende Bezeichnung der von gewaltbereiten Fan-Gruppen inszenierten Ausschreitungen nach dem Spiel. Vgl. auch Pressemitteilung des BGH Nr. 52/2013 zum Beschluss vom 20.2.2013 – 1 StR 585/12.

Und nach zunächst verbalen Attacken kam man zur Sache. Im Verlauf der körperlichen Auseinandersetzungen wurde mindestens eine Person verletzt und ein Auto beschädigt. Die Polizei waltete ihres Amtes, nahm mehrere Personen, darunter auch den Kläger, in Gewahrsam und stellte die Personalien fest. Ein zunächst eingeleitetes Ermittlungsverfahren wegen Landfriedensbruchs wurde mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 27.10.2006 nach § 153 StPO wegen Geringfügigkeit eingestellt. Eine aktive Beteiligung des Klägers an den Tätlichkeiten hatte sich nicht feststellen lassen; zugegeben hatte er freilich seine Zugehörigkeit zu der Gruppe der rauflustigen Randalierer.

Der MSV als Veranstalter hatte mit Schreiben vom 18.4.2006 gegenüber dem Kläger das erwähnte Stadionverbot ausgesprochen und daran auch nach einer von dem Kläger beantragten Überprüfung unter Auswertung der Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft festgehalten. Er verfuhr dabei nach den Stadionrichtlinien des DFB, die in der damaligen Fassung im Falle der Einleitung eines staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens u. a. wegen Landfriedensbruchs die Verhängung eines Stadionverbots gegen den Betroffenen vorsahen. Das Verbot war aufzuheben, wenn das Ermittlungsverfahren keinen Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage gegeben hatte und nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt worden war. Im Falle einer Einstellung nach § 153 StPO war das Verbot auf Antrag des Betroffenen auf seinen Bestand und seine Dauer zu überprüfen.⁶

II. Der Prozess vor den ordentlichen Gerichten

Mit der bei dem Amtsgericht Duisburg erhobenen Klage verlangte der Kläger von dem beklagten Veranstalter die Aufhebung des Stadionverbots. Das Amtsgericht wies die Klage mit Urteil vom 13.3.2008 ab.⁷ Auch die Berufung des Klägers blieb erfolglos.⁸ Allerdings hatte sich die Prozesslage geändert. Das Stadionverbot war unterdessen abgelaufen. Das lag nicht an dem oft beklagten langsamen Mahlen der Justizmühlen. Die Gerichte arbeiteten zügig, kamen aber erst 2007 ins Spiel,⁹ da sich die Überprüfung des Stadionverbots durch die Beklagte bis Ende 2006 hinzog. Im Berufungsverfahren änderte der Kläger die Klage und beantragte mit mehreren inhaltlich abgestuften Anträgen die Feststellung, dass das Stadionverbot rechtswidrig gewesen sei. Das Landgericht Duisburg hielt diese Änderung für sachdienlich, wies die Berufung indes mit Urteil vom 20.11.2008 zurück. Die zugelassene Revision wies der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 30.10.2009 ebenfalls zurück.¹⁰

Der Prozess drehte sich in allen drei Instanzen vornehmlich um die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen das Hausrecht der Be-

⁶ Vgl. BGH, NJW 2010, 534 Rn. 2.

⁷ AG Duisburg v. 13.3.2008 – 73 C 1565/07 –, juris.

⁸ LG Duisburg, SpuRt 2009, 78.

⁹ Das Aktenzeichen des Amtsgerichts lässt vermuten, dass die Klage in der zweiten Hälfte des Jahres 2007 erhoben wurde.

¹⁰ BGH, NJW 2010, 534.

klagten, das in den Vorschriften der §§ 858 ff., 903, 1004 BGB seine rechtliche Grundlage hat, den Ausspruch des Stadionverbots rechtfertigte. Die Fachgerichte gingen übereinstimmend davon aus, dass der grundsätzlich jedermann – gegen Bezahlung – gewährte Zutritt zu der Veranstaltung aufgrund der mittelbar in das Zivilrecht einwirkenden Grundrechte (insb. Art. 3 Abs. 1 GG) nicht willkürlich verwehrt werden darf, ein Ausschluss vielmehr eines sachlichen Grundes bedurfte.¹¹ Diesen sahen sie in der auf objektiven Umständen beruhenden Gefahr künftiger Ausschreitungen unter Beteiligung des Klägers. Entscheidend sei nicht, ob der Kläger sich strafbar gemacht habe, entscheidend sei, ob die Besorgnis begründet sei, dass er bei künftigen Spielen sicherheitsrelevante Störungen verursachen werde.¹² Dies sei zu bejahen.¹³

III. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Der Kläger erhob gegen die Entscheidungen der Fachgerichte Verfassungsbeschwerde, mit der er im Schwerpunkt die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geltend machte.¹⁴ Das Bundesverfassungsgericht wies die Verfassungsbeschwerde zurück. Es befand, dass die angegriffenen Entscheidungen der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in das Zivilrecht hinreichend Rechnung trügen.¹⁵ Dem durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Hausrecht der Beklagten könne auf Seiten des Beschwerdeführers nicht Art. 2 Abs. 1 GG in Form der allgemeinen Handlungsfreiheit entgegengehalten werden.¹⁶ Allerdings sei das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten, das eine willkürliche Verhängung eines Stadionverbots verbiete.¹⁷ Erforderlich sei stets ein sachlicher Grund. Insoweit sei die hier maßgebliche Entscheidung des Bundesgerichtshofs, der die Vorinstanzen mit seiner Revisionsentscheidung bestätigt habe, indes ebenfalls nicht zu beanstanden.¹⁸

Diese in aller Kürze referierten Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts waren erwartbar. Mit ihnen wollen wir uns im Folgenden zunächst nicht weiter befassen. Unser Interesse gilt einem weiteren Gedanken der Verfassungshüter, den sie dem Erfordernis eines sachlichen Grundes bei der Festsetzung eines Stadionverbots entnehmen. Mit diesem Erfordernis, so heißt es in der Entscheidung, „verbinden sich verfahrensrechtliche Anforderungen.“¹⁹ Insbesondere müssten Stadionbetreiber die ihnen zumutbare Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternehmen. Dazu gehöre „jedenfalls grundsätz-

¹¹ S. nur BGH, NJW 2010, 534 Rn. 13.

¹² Siehe insb. BGH, NJW 2010, 534 Rn. 17 ff.

¹³ BGH, NJW 2010, 534 Rn. 17 ff.; i.E. (mit z.T. anderen Aspekten) ebenso die Vorinstanzen LG Duisburg, SpuRt 2009, 78 (79); AG Duisburg v. 13.3.2008 – 73 C 1565/07 –, juris Rn. 20.

¹⁴ BVerfGE 148, 267 Rn. 27.

¹⁵ BVerfGE 148, 267 Rn. 31 ff.

¹⁶ BVerfGE 148, 267 Rn. 37 f.

¹⁷ BVerfGE 148, 267 Rn. 39.

¹⁸ Ausführlich BVerfGE 148, 267 Rn. 49 ff.

¹⁹ BVerfGE 148, 267 Rn. 46.

lich“ die vorherige Anhörung des Betroffenen. Auch sei die Entscheidung auf Verlangen zu begründen, um dem Betroffenen die Durchsetzung seiner Rechte zu ermöglichen.²⁰ Das Bundesverfassungsgericht bezweifelt, ob der Bundesgerichtshof diesen verfahrensrechtlichen Anforderungen in vollem Umfang Beachtung geschenkt habe.²¹ Das könne aber offen bleiben. Denn zum einen habe der Beschwerdeführer im Rahmen des zivilrechtlichen Verfahrens nachträglich die Möglichkeit gehabt, sich mit den Gründen des Verbots auseinanderzusetzen und sich hierzu Gehör zu verschaffen. Und zum anderen sei jedenfalls für die Zukunft davon auszugehen, dass die inzwischen geänderten Stadionrichtlinien die Gewähr dafür böten, dass der Betroffene vor der Festsetzung des Verbots angehört werde (§ 6 Abs. 1 der Richtlinie) und dass die Entscheidung zumindest in den Fällen der Überprüfung des Verbots mit einer Begründung zu versehen sei (§ 7 Abs. 2 der Richtlinie).²²

Die Erwägungen zu den verfahrensrechtlichen Anforderungen, die bei der Verhängung eines Stadionverbots nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zu beachten sind, sind – soweit ich sehe – neu. Auch das Bundesverfassungsgericht selbst verweist nicht auf frühere Entscheidungen, in denen dieser Gedanke bereits entwickelt wurde oder zumindest in einer Weise als angelegt betrachtet werden könnte, dass sich die jetzige Entscheidung als gedankliche Fortschreibung oder Fortentwicklung begreifen ließe. Was ist von diesem verfahrensrechtlichen Aspekt des Sachgrundes, auf den ein Stadionverbot gestützt werden muss, zu halten? Stimmt der Anknüpfungspunkt? Entspricht er zivilrechtlichen, insbesondere schuldrechtlichen Kategorien? Müssen Ansprüche begründet werden, bevor sie geltend gemacht werden, muss der Schuldner gehört werden, bevor er in Anspruch genommen wird? An diese Fragen wollen wir uns im Folgenden heranwagen.

IV. Fragen über Fragen

1. Die Begründung des Bundesverfassungsgerichts

Eine Begründung für die verfahrensrechtlichen Anforderungen, die der Veranstalter bei der Festsetzung eines Stadionverbots nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zu beachten hat, findet das Verfassungsgericht in folgenden Erwägungen. Zwar hätten sie im Zivilrecht dann keine Grundlage, wenn es um den Austausch von Leistungen gehe, die im freien Belieben der Parteien stünden. Das sei jedoch anders, soweit in das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien das grundrechtliche Gleichbehandlungsgebot einstrahle²³ und die Ablehnung einer Leistung eines rechtfertigenden Grundes bedürfe.²⁴ Denn wenn die auf dem

²⁰ BVerfGE 148, 267 Rn. 46.

²¹ BVerfGE 148, 267 Rn. 58.

²² BVerfGE 148, 267 Rn. 58.

²³ Expressis verbis BVerfG.

²⁴ BVerfGE 148, 267 Rn. 47.

Hausrecht beruhende, faktisch als Sanktion wirkende Entscheidung einen tragfähigen Grund erfordere, dann müssten jedenfalls grundlegende Anforderungen beachtet werden, die es dem Betroffenen ermöglichen, sich mit den Vorwürfen auseinanderzusetzen. Solche Verfahrensrechte seien auch sonst dem Zivilrecht nicht fremd.²⁵

2. Eine erste kritische Annäherung

Nüchtern betrachtet, ist die Begründung des Bundesverfassungsgerichts keine Begründung, sondern lediglich ein Postulat, für das es möglicherweise gute Argumente gibt. Dass aber der Umstand, dass in ein Rechtsverhältnis der Gleichheitssatz „einstrahle“ und die Ausübung des Hausrechts nicht willkürlich erfolgen dürfe, zu einem Recht des Betroffenen auf vorherige Anhörung und auf Begründung des Verbots führe, ist nur Behauptung. Das eine folgt nicht aus dem anderen. Das Bundesverfassungsgericht selbst unternimmt nicht den Versuch, einen Begründungszusammenhang herzustellen. Soweit es meint, solche Verfahrensrechte seien „auch sonst dem Zivilrecht nicht fremd“,²⁶ stellt dies keine Legitimation für die Implantierung verfahrensrechtlicher Anforderungen in den von dem Veranstalter geltend gemachten Anspruch aus §§ 858 ff., 903, 1004 BGB dar, sondern kann allenfalls aufzeigen, dass dem nicht von vornherein generelle Grundsätze des Zivilrechts entgegenstehen. Doch wir wollen sehen, ob die herangezogenen Beispielsfälle überhaupt geeignet sind, Hilfestellung zu leisten.

a) BGH NJW 1990, 40

Die Entscheidung betrifft ein Vereinsausschlussverfahren. Über ein Anhörungsrecht des Betroffenen verhält sie sich nicht, wohl aber über die Pflicht, bei einer Kündigung der Vereinsmitgliedschaft aus wichtigem Grund, bereits im Ausschließungsverfahren, jedenfalls im Ausschließungsbeschluss, die Umstände, die die Kündigung rechtfertigen sollen, eindeutig und konkret zu bezeichnen.²⁷ Daraus lassen sich für unseren Fall des Stadionverbots keine Erkenntnisse gewinnen. Ein wesentlicher Unterschied besteht darin, dass es bei dem Vereinsausschluss nicht um die Geltendmachung eines Anspruchs geht, sondern um die Wirksamkeit eines Gestaltungsrechts im Rahmen eines bestehenden Rechtsverhältnisses (Vereinsmitgliedschaft). Eine Kündigung beendet die Mitgliedschaft, wirkt also anders als die Erhebung eines Anspruchs unmittelbar auf das Rechtsverhältnis ein. Dass eine solche Kündigung begründet werden muss, hat zwei naheliegende Gründe. Zum einen soll sie den Betroffenen in die Lage versetzen, sich in angemessener Form zu verteidigen,²⁸ zum anderen kann die zur Abstim-

²⁵ BVerfGE 148, 267 Rn. 47 unter Berufung auf eine Entscheidung des BGH zu Vereinsausschlüssen und zwei Entscheidungen des BAG zu Verdachtskündigungen.

²⁶ BVerfGE 148, 267 Rn. 47.

²⁷ BGH, NJW 1990, 40 Rn. 19 f.

²⁸ BGH, NJW 1990, 40 Rn. 19. – Im konkreten Fall sah die Satzung die Möglichkeit einer Beschwerde vor, über die die Mitgliederversammlung dann endgültig zu befinden hatte.

mung über die Vereinsausschließung berufene Mitgliederversammlung nur dann zu einer sachgerechten Entscheidung gelangen, wenn ihr die Gründe zuvor mitgeteilt werden.²⁹ Die Begründungspflicht folgt nicht aus einer wie auch immer gearteten Grundrechtseinstrahlung, sondern entspricht einem seit langem anerkannten allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz, dass eine Lösung von Dauerrechtsverhältnissen zulässig ist, wenn in der Person des Betroffenen ein wichtiger Grund gegeben ist, der die weitere Fortsetzung des Rechtsverhältnisses nach Treu und Glauben unzumutbar macht.³⁰ Und Treu und Glauben erfordern auch, dass die Umstände, aus denen sich die Unzumutbarkeit ergeben soll, bereits im Ausschließungsbeschluss bezeichnet und in gerichtlich nachprüfbarer Weise festgestellt werden.³¹ Diese allgemeinen Grundsätze hat der Gesetzgeber im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung mit § 314 BGB normiert.³²

b) BAG AP Nr. 40 zu § 626 BGB

Die Entscheidung betrifft eine Verdachtskündigung. Es geht also wiederum nicht um die Geltendmachung eines Anspruchs, sondern um ein Gestaltungsrecht und ist – wie die zuvor behandelte BGH-Entscheidung – mit dem Stadionverbotsfall nicht vergleichbar. Für eine Verdachtskündigung gilt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass sie nur in Betracht kommt, wenn dringende, auf objektiven Tatsachen beruhende schwerwiegende Verdachtsmomente vorliegen und diese geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen bei einem verständigen Arbeitgeber zu zerstören. Zudem ist Voraussetzung, dass der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat.³³ Seinen Grund findet diese Aufklärungs- und Anhörungspflicht in den Besonderheiten einer Verdachtskündigung. Die Möglichkeit einer solchen Kündigung nimmt in Kauf, dass sich der Verdacht einer Verfehlung des Arbeitnehmers nicht erweisen lässt.³⁴ Das ist nur hinnehmbar, wenn der Arbeitgeber alles ihm Zumutbare getan hat, um den Sachverhalt aufzuklären. Dazu zählt – naheliegend – die Anhörung des Betroffenen.³⁵ Fehlt es daran, ist die Verdachtskündigung unverhältnismäßig und damit unwirksam.³⁶ Die Anhörungs- und Begründungspflicht ist, nicht anders als bei dem Vereinsausschluss, keine Folge einer Ausstrahlung

²⁹ BGH, NJW 1990, 40 Rn. 19: nur diese Gründe können auch Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung sein.

³⁰ S. nur BGH, NJW 1990, 40 Rn. 15 m.w.N.

³¹ BGH, NJW 1990, 40 Rn. 15.

³² MünchKommBGB/Gaier, 10. Aufl. 2025, § 314 Rn. 1. S. auch Abs. 2 der Norm, der dem Gedanken der vorherigen Anhörung durch Abhilfefrist oder Abmahnung Rechnung trägt.

³³ BAG AP Nr. 40 zu § 626 BGB Rn. 30 mit zahlr. Nachw. der Rspr.; die vom BVerfG außerdem für seine Ausführungen (BVerfGE 148, 267 Rn. 47) als Beleg herangezogene BAG-Entscheidung, BAG, NZA 2013, 137, führt zu keinen zusätzlichen Erkenntnissen.

³⁴ S. nur MünchKommBGB/Henssler, 9. Aufl. 2023, § 626 Rn. 272.

³⁵ MünchKommBGB/Henssler, 9. Aufl. 2023, § 626 Rn. 281 m.w.N. aus der Rspr. des BAG.

³⁶ Zusammenfassend MünchKommBGB/Henssler, 9. Aufl. 2023, § 626 Rn. 281; aus der Rspr. des BAG exemplarisch: BAG, NJW 1986, 3159 (3161).

von Grundrechten in das Zivilrecht, sondern von den Gerichten im Zusammenwirken mit der Wissenschaft auf der Ebene des Zivilrechts fallspezifisch entwickelt worden.

c) Zwischenfazit

Die vom Bundesverfassungsgericht für seine Gedankenführung gleichsam als Gewährsgerichte bemühten obersten Fachgerichte im Zivilrecht, Bundesgerichtshof und Bundearbeitsgericht, vermögen zu der Problematik nichts beizutragen. Ohnehin lässt sich aus dem Umstand, dass eine Begründungs- und Anhörungspflicht dem Zivilrecht nicht fremd sei, kein bedeutsames Begründungselement für die Implantierung solcher Pflichten in das Verfahren bei der Erteilung eines Stadionverbots entnehmen. Vollends unergiebig erweist es sich schließlich dadurch, dass die Beispielsfälle, die das Bundesverfassungsgericht anführt, zivilrechtlich anders als die Stadionverbotsfälle gelagert sind. Geht es hier um die Geltendmachung eines Anspruchs gegen einen Störer, so geht es dort um die Wirksamkeit einer Gestaltungserklärung (Kündigung). Während in dem einen Fall vertragliche Beziehungen zwischen dem Anspruchsteller und dem Anspruchsgegner zumeist fehlen, jedenfalls aber irrelevant sind,³⁷ bestehen in dem anderen Fall enge und auf Dauer angelegte vertragliche Beziehungen (Vereinsmitgliedschaft; Dienst- oder Arbeitsverhältnis), in die die Gestaltungserklärung unmittelbar und mit beendender Wirkung eingreift. Dass derart verschiedene Konfliktgeschehen nach unterschiedlichen rechtlichen Bewertungen und Handhabungen verlangen, liegt auf der Hand.

Das schließt es aber nicht aus, dass der Gedanke des Bundesverfassungsgerichts gleichwohl seine Berechtigung hat, mag er sich auch nicht aus dem Umstand herleiten lassen, dass das Stadionverbot aus verfassungsrechtlicher Sicht eines sachlichen Grundes bedarf und dass eine Begründungs- und Anhörungspflicht auch dem Zivilrecht nicht grundsätzlich fremd ist.

V. Der zivilrechtliche Anspruch und seine Durchsetzung

1. Allgemeines

Ist ein Anspruch begründet, hat der Schuldner bei Fälligkeit zu leisten. Ist nichts anderes bestimmt, tritt Fälligkeit sofort ein, § 271 Abs. 1 BGB. Abgesehen von Sonderfällen, in denen die Geltendmachung eines Anspruchs z.B. von einer vorherigen Rechnungstellung oder Kündigung abhängig ist,³⁸ kann der Gläubiger bei Fälligkeit sein Recht einfordern, ohne irgendwelche Präliminarien einhalten zu müssen. Er muss weder seinen Anspruch begründen, noch dem Schuldner vor der Anspruchserhebung die Möglichkeit geben, sich dazu zu äußern. Er trägt freilich in einem späteren Zivilprozess das Risiko, dass sich sein Anspruch

³⁷ BGH, NJW 2010, 534 Rn. 14.

³⁸ Dazu MünchKommBGB/Krüger, 10. Aufl. 2025, § 271 Rn. 19, 30.

nicht als begründet erweist oder dass der mit der Geltendmachung der Forderung überraschte Schuldner den Anspruch sofort anerkennt, so dass dem Gläubiger die Kosten des Verfahrens auferlegt werden, § 93 ZPO. Weitere Schutzmaßnahmen halten Zivil- und Zivilprozessrecht für den Schuldner nicht bereit.

2. Gelten aus verfassungsrechtlicher Sicht Besonderheiten bei einem Stadionverbot?

Das Bundesverfassungsgericht verkennt diese Grundsätze nicht, möchte sie aber auf den Fall beschränkt wissen, in dem es um den Austausch von Leistungen gehe, die im freien Belieben der Parteien lägen.³⁹ Anders liege es jedoch, wenn – wie bereits erwähnt⁴⁰ – in das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien das grundrechtliche Gleichbehandlungsgebot einstrahle und die Ablehnung einer Leistung eines rechtlichen Grundes bedürfe.⁴¹ Wir wollen sehen, ob damit Unterschiede benannt werden, die zu einer unterschiedlichen Behandlung drängen.

Zunächst einmal liegen bei einem Austauschverhältnis die Leistungen entgegen dem etwas seltsam anmutenden Ansatz des Verfassungsgerichts nicht im freien Belieben der Parteien. Der Sinn des schuldrechtlichen Austauschverhältnisses besteht gerade darin, die versprochene Leistung einklagbar zu machen. Es steht nicht im freien Belieben des Schuldners, zu leisten oder nicht zu leisten. Frei war er nur in der Entscheidung, ob er eine Bindung eingehen wollte oder nicht. Ist er sie eingegangen, ist es aus mit dem freien Belieben. Wo es möglicherweise Unterschiede geben könnte – und vielleicht hat dies dem Bundesverfassungsgericht vorgeschwebt –, ist die Art des jeweils geltend gemachten Anspruchs. Bei dem vom Verfassungsgericht als Austausch von Leistungen charakterisierten Rechtsverhältnis ist es ganz unzweifelhaft: Der Gläubiger verlangt von dem Schuldner eine Leistung, die jener ohne Wenn und Aber, ohne vorgeschaltete und zu beachtende Verfahrensrechte, erfüllen muss. Ist das bei der Ausübung des Hausrechts anders?

Das Hausrecht beruht auf dem Grundstückseigentum oder -besitz und wird daher auf §§ 858 ff., 903, 1004 BGB gestützt.⁴² Es bedeutet, dass der Eigentümer oder Besitzer grundsätzlich frei entscheiden kann, wem er Zutritt zu der Örtlichkeit gestattet und wem er ihn verwehrt.⁴³ Zu einem Anspruch verhilft diese Rechtsposition dem Hausrechtsinhaber erst dann, wenn sein Hausrecht verletzt wird. Betritt jemand gegen den Willen des Hausrechtsinhabers die Örtlichkeit, steht diesem ein Beseitigungsanspruch zu (§§ 862 Abs. 1 Satz 1, 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB). Sind weitere Störungen zu besorgen, kann er Unterlassung verlangen (§§ 862 Abs. 1 Satz 2, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dieser Anspruch, sei er auf Beseitigung oder Unterlassung gerichtet, ist ein Anspruch wie jeder andere

³⁹ BVerfGE 148, 267 Rn. 47.

⁴⁰ S.o. unter IV.1.

⁴¹ BVerfGE 148, 267 Rn. 47.

⁴² S. nur BGH, NJW 2010, 534 Rn. 11.

⁴³ BGH, NJW 2010, 534 Rn. 11.

auch. In dem einen Fall schuldet der Schuldner ein Tun, im anderen Fall ein Unterlassen. Spricht der Hausrechtsinhaber ein Stadionverbot aus, verlangt er ein Unterlassen einer zu besorgenden (weiteren) Störung.⁴⁴ Einem solchen Anspruch ist ein vorgeschaltetes verfahrensrechtliches Spezifikum ebenso fremd wie einem Anspruch aus einem Austauschverhältnis. Daran ändert sich nicht dadurch etwas, dass der Anspruch nur geltend gemacht werden kann, wenn die Untersagung des Betretens eines Sachgrundes bedarf. Dadurch werden die Voraussetzungen an die zu besorgende Störung heraufgesetzt, der Anspruch bleibt strukturell aber unverändert. Ist der Hausrechtsinhaber völlig frei in der Ausübung, wird schon der zum Störer, der sich dem Willen des Inhabers widersetzt. Ist der Hausrechtsinhaber an einer willkürlichen Ausübung gehindert, wird das Betreten der Örtlichkeit erst dann zu einer Störung i.S.d. §§ 862, 1004 BGB, wenn die Ausübung des Hausrechts auf einen sachlichen Grund gestützt werden kann.

Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte spielt entgegen der Auffassung des Verfassungsgerichts keine Rolle für die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs. Das folgt schon daraus, dass es, bei Licht betrachtet, der Heranziehung des Gleichbehandlungsgebots – obwohl hierauf im Allgemeinen abgehoben wird – gar nicht bedarf. Wenn ein Veranstalter Eintrittskarten verkauft bzw. von anderen Veranstaltern erworbene Dauerkarten akzeptiert, dann kann er schon einfachrechtlich aufgrund der darin zum Ausdruck kommenden Selbstbindung den Zugang zu der Veranstaltung nicht willkürlich beschränken. Das Hausrecht gilt dann von vornherein nur mit der Einschränkung, dass derjenige, der eine Zugangsberechtigung hat und sich an die von dem Veranstalter ausgegebenen Regeln hält (z.B. Personenkontrolle akzeptieren; keine gefährlichen Gegenstände, keine alkoholischen Getränke mit sich führen), nicht zurückgewiesen werden darf. Der Zutritt kann dann nur noch unter besonderen Voraussetzungen verwehrt werden, eben wenn es dafür sachliche Gründe gibt. Selbst wenn man es indes für erforderlich hält, das Verfassungsrecht zu bemühen, um zu diesem auf der Hand liegenden Ergebnis zu kommen, dann wird der Unterlassungsanspruch dadurch nicht aus dem Kreis sonstiger zivilrechtlicher Ansprüche derart herausgehoben und gleichsam verfassungsrechtlich geadelt, dass seine Geltendmachung nunmehr nur noch nach Anhörung des Betroffenen und mit einer Begründung versehen möglich ist.

3. Fordert das einfache Recht verfahrensrechtliche Besonderheiten?

a) Ähnlichkeiten oder Unterschiede

Vordergründig scheint die Verhängung eines Stadionverbots Ähnlichkeiten mit der Verdachtskündigung zu haben. In beiden Fällen wird eine Rechtsposition abrupt beendet, und da es nicht darauf ankommt, ob der von dem Stadionverbot

⁴⁴ Und zwar auch dann, wenn es um eine erste zu besorgende Störung geht, allg.M., s. nur MünchKommBGB/Raff, 9. Aufl. 2023, § 1004 Rn. 296; MünchKommBGB/F. Schäfer, 9. Aufl. 2023, § 862 Rn. 4.

Betroffene wegen einer Straftat, in unserem Fall wegen Landfriedensbruchs belangt wird, mag sich auch der Eindruck einstellen, das Stadionverbot fuße auf dem Verdacht einer solchen Straftat. Wenn man aufgrund dessen eine Ähnlichkeit annimmt, ist der Weg nicht weit zu einem Begründungs- und Anhörungsgebot, wie es für die Verdachtskündigung anerkannt ist.⁴⁵

Dem Vordergründigen fehlt indes der Hintergrund. Mit der Konstellation der Verdachtskündigung hat das Stadionverbot nichts gemein. Es gibt keine Ähnlichkeiten.

Zunächst einmal wird bei einem Stadionverbot anders als bei einer Kündigung kein Rechtsverhältnis beendet. Vielmehr wird ein Anspruch geltend gemacht, ein Anspruch auf Unterlassung.⁴⁶ Das führt zwar im Ergebnis dazu, dass der Dauerkarteninhaber die ihm mit dem Erwerb der Karte eröffnete Möglichkeit, bestimmte Fußballspiele zu besuchen, nicht mehr wahrnehmen kann. Der Unterlassungsanspruch muss aber geltend gemacht und notfalls durchgesetzt werden, er wirkt, anders als eine Kündigung, nicht *ipso iure* auf das jeweilige Rechtsverhältnis ein. Das ist ein struktureller Unterschied, mögen sich auch die Auswirkungen *in praxi* als gering erweisen.

Bedeutsamer ist aber ohnehin ein anderer Aspekt. Das Stadionverbot ist kein Verbot aufgrund eines irgendwie gearteten Verdachts. Es darf vielmehr nur ausgesprochen werden, wenn das Verhalten des Betroffenen die Annahme rechtfertigt, dass weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Der Betroffene muss insoweit Störer sein. Erforderlich (aber auch ausreichend) ist, dass aufgrund objektiver Umstände, nicht aufgrund bloßer subjektiver Befürchtungen, die Gefahr künftiger Störungen besteht.⁴⁷ Andernfalls besteht kein Unterlassungsanspruch. Wer sich des Verdachts aussetzt zu stören, ist nicht Unterlassungsschuldner, nur derjenige, von dem eine Störung zu besorgen ist, kann nach §§ 862 Abs. 1 Satz 2, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB in Anspruch genommen werden. Anders als bei einer Verdachtskündigung trifft es gerade nicht einen möglicherweise Unschuldigen.

b) *Treu und Glauben*

Diskutabel allenfalls erscheint mir eine Begründungspflicht und ein Anhörungsrecht des Schuldners unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB. Diese Vorschrift richtet sich entgegen seinem Wortlaut nicht nur an den Schuldner, sondern auch an den Gläubiger.⁴⁸ Er darf die Leistung nur so einfordern, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Daraus können sich Rücksichtnahmepflichten und auch Mitwirkungspflichten ergeben. Ihrem Inhalte nach werden solche Pflichten von der Art und der Intensität des jeweiligen Schuld-

⁴⁵ Dazu o. IV.2.b.

⁴⁶ S. schon o. IV.2.a.

⁴⁷ BGH, NJW 2010, 534 Rn. 17.

⁴⁸ BeckOGK/Kähler, 1.6.2025, BGB § 242 Rn. 124; Staudinger/Looschelders/Olzen (2024), BGB § 242 Rn. 199 ff.

verhältnisses bestimmt.⁴⁹ Aber auch, wenn der geltend gemachte Anspruch nicht in ein bestehendes Schuldverhältnis eingekleidet ist, kann ein Gläubiger in der Wahrnehmung seines Rechts nach den Geboten von Treu und Glauben eingeschränkt sein.⁵⁰ Die Norm hat hier die Funktion einer Ausübungsschranke.⁵¹ Was folgt daraus für unsere Fragestellung?

Eine Begründungspflicht wird sich aus § 242 BGB nicht herleiten lassen. Eine solche Pflicht wird nicht um ihrer selbst willen gefordert, sondern hat den Zweck, den Schuldner in die Lage zu versetzen, sich gegen den geltend gemachten Unterlassungsanspruch sachgerecht verteidigen zu können. Dessen bedarf es in der Regel indes nicht. Die Gründe des Stadionverbots sind dem Betroffenen in hinreichendem Maße bekannt. Er war Teil einer Unruhe stiftenden Gruppe, seine Personalien wurden von der Polizei oder von Sicherheitskräften des Veranstalters festgestellt. Worauf sonst sollte sich das Stadionverbot gründen? Das muss ihm nicht eigens mitgeteilt werden. Nur in seltenen Ausnahmefällen, wenn ein Unbeteiligter versehentlich und ohne sein Zutun Adressat eines Verbots wird, kann es ein Bedürfnis für eine Begründung geben. In einem solchen Fall kann aber von dem Betroffenen erwartet werden, dass er sich an den Veranstalter mit der Bitte um Überprüfung wendet.⁵² Dann freilich ist der Veranstalter nach § 242 BGB verpflichtet, die Maßnahme zu begründen.

Die Frage der Anhörung hat durch eine Änderung der DFB-Richtlinien an Bedeutung verloren. Nach den derzeit geltenden „Richtlinien zur einheitlichen Behandlung von Stadionverboten“ ist gemäß § 6 eine vorherige und, falls dies unterblieben ist, eine nachträgliche Anhörung vorgesehen. Auch wenn diese Richtlinien keine unmittelbare Geltung zwischen dem Veranstalter und dem Adressaten eines Stadionverbots haben,⁵³ so darf letzterer doch darauf vertrauen, dass sich der Veranstalter an diese Richtlinien hält.⁵⁴ Die vom DFB aufgestellten Regeln sollen ja gerade eine einheitliche Verfahrensweise bei Stadionverboten sicherstellen. Mit den Geboten von Treu und Glauben wäre es nicht vereinbar, wenn sich der Veranstalter darüber im Einzelfall hinwegsetzte.

VI. Ein kurzes Resümee

Was als Verbot daherkommt, ist die Geltendmachung eines zivilrechtlichen Anspruchs. Ein Eigentümer oder Besitzer einer Örtlichkeit macht von seinem Hausrecht Gebrauch und verlangt von einem potentiellen Störer, das Betreten

⁴⁹ Vgl. MünchKommBGB/Schubert, 10. Aufl. 2025, § 242 Rn. 207 ff.; BeckOGK/Kähler, 1.6.2025, BGB § 242 Rn. 135 ff., 402, 444; Staudinger/Looschelders/Olzen (2024), BGB § 242 Rn. 129.

⁵⁰ BeckOK BGB/Sutschet, 74. Ed. 1.5.2025, § 242 Rn. 43 ff.; BeckOGK/Kähler, 1.6.2025, BGB § 242 Rn. 395 (Bsp. Delikt).

⁵¹ BGHZ 148, 261 (268); Staudinger/Looschelders/Olzen (2024), BGB § 242 Rn. 201.

⁵² Nachträgliche Anhörung, vorgesehen nach den seinerzeit geltenden Richtlinien des DFB „zur Verbesserung der Sicherheit bei Bundesspielen“, vgl. BVerfGE 148, 267 Rn.7.

⁵³ BGH, NJW 2010, 534 Rn. 27.

⁵⁴ Davon geht auch das Bundesverfassungsgericht aus, BVerfGE 148, 267 Rn. 58.

der Örtlichkeit zu unterlassen. Daran ist nichts Besonderes. Das Zivilrecht hält in den Vorschriften der §§ 862 Abs. 1 Satz 2, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB die Anspruchsgrundlagen bereit. Aus ihnen ergeben sich die Voraussetzungen dafür, dass Unterlassung verlangt werden kann. Einer Heranziehung des Verfassungsrechts bedarf es nicht, um zu sachgerechten Lösungen zu kommen. Dass die Geltendmachung eines sachlichen Grundes bedarf, ergibt sich schon aus dem Zivilrecht. Man muss nicht Art. 3 GG bemühen, um diese Erkenntnis zu gewinnen. Und eine verfassungsmäßig gebotene Berücksichtigung von Verfahrensgrundsätzen bei der Durchsetzung eines Anspruchs ist weder begründbar noch erforderlich. Ein Gläubiger wird in der Regel aus eigenem Interesse mitteilen, aus welchen Gründen er von einem Schuldner eine Leistung verlangt. Der Schuldner muss wissen, warum er in Anspruch genommen wird. Ins Blaue hinein wird er nicht leisten. Das weiß auch der Gläubiger; ohne Begründung bleibt der Anspruch zahnlos, taugt weder für eine Inverzugsetzung noch gar für einen Klageerfolg. Kennt der Schuldner indes die Gründe, muss der Gläubiger keine Eulen nach Athen tragen. In Sonderfällen hilft § 242 BGB.

Ein vor der Geltendmachung eines Anspruchs zu berücksichtigendes Anhörungsrecht des Schuldners ist dem Zivilrecht fremd. Es gibt weder Veranlassung noch Handhabe, es qua verfassungsrechtlicher Erwägungen zu implantieren. Bindet sich der Gläubiger selbst, indem er sich Regeln für eine vorherige Anhörung aufstellt oder Teil einer Institution ist, die sich solche Regeln gegeben hat, so muss er diese Regeln freilich beachten. Alles andere wäre mit § 242 BGB nicht vereinbar.

Die „Drittwirkung der Grundrechte“ ist ein altes Thema.⁵⁵ An der Berechtigung des Gedankens, dass die Grundrechte auf das Privatrecht einwirken, dass die Auslegung von Privatrechtsnormen verfassungskonform sein muss, ist nicht zu zweifeln, auch nicht daran, dass insbesondere Generalklauseln „Einfallstore“, wie oft formuliert wird,⁵⁶ für verfassungsrechtliche Wertungen sind. Immer wenn aber die juristische Sprache bildreich wird, scheint mir Vorsicht geboten. Neben dem „Einfallstor“ wird gerne von der „Ausstrahlung“ der Grundrechte gesprochen,⁵⁷ das Bundesverfassungsrecht lässt sie gar „einstrahlen“⁵⁸ in das Zivilrecht. Solche Bilder verführen leicht zum Überschwang. In unserem Fall, so scheint mir, strahlt das Zivilrecht schon in ausreichendem Maße. Zu den strahlenden Sternen der Grundrechte müssen wir nicht greifen. Ein Stadionverbot nötigt dazu schon gar nicht.

⁵⁵ S. nur MünchKommBGB/Schubert, 10. Aufl. 2025, § 242 Rn. 134 ff.; BeckOK BGB/Suttschet, 74. Ed. 1.5.2025, § 242 Rn. 22 ff.

⁵⁶ Z.B. MünchKommBGB/Schubert, 10. Aufl. 2025, § 242 Rn. 134; BeckOGK/Kähler, 1.6.2025, BGB § 242 Rn. 178; Erman/Böttcher, 17. Aufl. 2023, BGB § 242 Rn. 30 („Einbruchstellen“).

⁵⁷ Erman/Böttcher, 17. Aufl. 2023, BGB § 242 Rn. 30.

⁵⁸ BVerfGE 148, 267 Rn. 47.

The Early Eighteenth Century College Visitor¹

Michael Lobban

I. Introduction

The University of Oxford which Wolfgang Ernst joined in 2015 as the twenty-eighth Regius Professor of Civil Law was a very different place from what it had been in the early eighteenth century. In 1726, Nicholas Amhurst described Oxford and Cambridge as ‘nurseries of pedantry instead of sound learning’ where professorships were ‘given away, as pensions and sinecures, to anybody that can make a good interest for them.’² If the work required of college fellows was not as demanding, both pedagogically and intellectually, as it would become after the nineteenth century reforms, the position of fellow was a highly desirable one. In the early eighteenth century, which was also a time of considerable party strife, there were many disputes within the universities regarding the appointment and removal of fellows. This was also an era when the Court of King’s Bench was expanding the use of its remedies to review the decisions of ‘inferior jurisdictions’, in particular its writs of prohibition, mandamus and certiorari.³ This raises an interesting question of how such disputes were resolved and how far the common law courts might go in intervening in them.

The rules regarding the admission and removal of college fellows were found in statutes made at their foundation and in any amending statutes. They usually appointed a Visitor who was to ensure that the statutes were duly observed and to resolve disputes within the college. Where the original statutes named no specific Visitor, the law generally presumed the office to devolve to the founder’s heirs. Late seventeenth century case law suggested that the King’s Bench was unwilling to interfere with the decision of the Visitor in cases of the expulsion of fellows, ‘for the visitor is the proper judge; and when a man takes a fellowship, he submits to the rules of the college, and to the private laws of the founder’.⁴ Colleges were seen as private societies rather than public corporations which

¹ I am grateful to Professor Peregrine Horden and Dr. Robin Darwall-Smith for their helpful comments on this paper.

² Nicholas Amhurst, *Terræ-Filius: or, the secret history of the University of Oxford* (2nd edn, R. Francklin 1726) 5, 52; cf W Prest, *William Blackstone: Law and Letters in the Eighteenth Century* (OUP 2008) 33.

³ For a background history, see Edith G Henderson, *Foundations of English Administrative Law: Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century* (Harvard UP 1963).

⁴ *Parkinson’s case* (1689) 3 Mod 265, 87 ER 175.

might be subject to review. However, there was still room to debate the power of the court to intervene if the Visitor was thought to exceed his jurisdiction. Such was the case in a dispute in 1722–23 in All Souls College, when Robert Wood appealed to the college's Visitor, William Wake, the Archbishop of Canterbury, against the college's refusal to elect him to a fellowship.

II. Robert Wood's Appeal

In his foundation of the college, Archbishop Henry Chichele had given a preference to those 'of my blood and family' provided that they were suitably qualified for election as fellows, which was determined by an examination.⁵ Unlike other candidates, they were not admitted as scholars subject to a period as probationers but entered immediately into the full fellowship.⁶ When two vacancies in the fellowship appeared in 1722, Robert Wood sought election as a Founder's Kinsman. His claim built on that of his uncle, another Robert Wood, who became a fellow in 1695 under a provision which stated that if the fellows failed to agree on an election after three days, the power to appoint fell by 'devolution' to the Visitor. The elder Wood had later taken steps to secure the recognition of his status as Founder's Kin. In 1719, when the college needed funds towards the construction of Hawksmoor's North Quadrangle, he offered a gift of £100 on condition of having his family's relation recognised in the college register. This offer was initially rejected but was accepted when the fellows agreed to a wording they could live with.⁷

Twelve candidates for the fellowship offered themselves for examination on 3 November 1722, including Wood, William Wynne and Thomas Wilbraham. The Warden and several fellows were initially favourably inclined to Wood as Founder's Kin, but his examination revealed him to be 'notoriously deficient in point of learning' and 'altogether unfit to be chosen'.⁸ Wynne and Wilbraham were elected at noon on 4 November. At 4 o'clock on the same day, Wood appeared at the Warden's lodgings to announce that he would appeal against the election. Faced with this challenge, the Warden, Bernard Gardiner, summoned the fellows to admit the new men the following morning, which 'is never done,

⁵ GRM Ward, *The Statutes of All Souls College now first translated and published* (Longman, Orme, Brown, Green and Longman 1841) 21.

⁶ John Davis, 'Founders Kin' in SJD Green and Peregrine Horden (eds), *All Souls under the Ancien Regime: Politics, Learning and the Arts c 1600–1850* (OUP 2007) 233–67; Robin Darwall-Smith, *All Souls College, Oxford, in the Long Eighteenth Century: A Georgian College Reassessed* (OUP forthcoming), ch 2.

⁷ Robertus Wood LLD *dedit centum libras fundatoris consanguiniens admissus tertio Aprilis 1695*. This avoided recognizing that he had been elected as Founder's Kinsman: Deposition of Herbert Randolph. Documents relating to the case are held in the All Souls College Library and catalogued in Charles Trice Martin (ed), *Catalogue of the Archives in the Muniment Rooms of All Souls College* (Spottiswoode 1877) 361, no 469.

⁸ Deposition of Herbert Randolph, Charles Trice Martin (n 7) 361, no 469.

but upon occasions of saving the College from some trouble.⁹ His aim was to complete the election before any appeal could be lodged.

Wood then appealed to the Visitor, the Archbishop of Canterbury. The college statutes gave the Visitor (and his commissaries, the prior of Christ Church Canterbury or the Dean of the Arches) free access to the college and empowered him at such times to 'correct and punish' offences committed by members of the college.¹⁰ The Visitor's powers were only vaguely defined in the statutes, which did not set out any procedure for him to use in resolving disputes. For instance, the statute dealing with the removal of a Warden stated that charges made by the fellows were to be transmitted by two or three senior fellows 'of whom one at least is to be a civilian or canonist' to the Visitor, to decide on 'summarily, without formality, and extrajudicially'.¹¹ However, as the head of a set of ecclesiastical courts, whose senior judge was the Dean of Arches, it made sense for him to use the personnel and procedure of these courts when hearing appeals such as this.

In fact, this was not an entirely civilian process. As was the norm in such cases, the college's lawyers comprised both civilians and common lawyers, including a former fellow John Willes, later Chief Justice of the Common Pleas. Rather than being heard at Doctors Commons, the parties appeared for the first hearing in the drawing room at Lambeth Palace, where Archbishop Wake presided, assisted by his Vicar-General (Dr George Paul) and the Dean of Arches (Dr John Bettesworth). Counsel on both sides made arguments drawn from both civilian and common law sources. Gardiner was himself frustrated by the fact that the discussion on occasion seemed to go astray from law, with Wake appearing to be ready 'to lay hold of the word *appeal* occurring in any old letters, although not used in a *Legal* or *Judicial*, but in a common, loose and familiar sense of the word'.¹²

The college disputed the merits of Wood's claim, but its first objection was to the Visitor's jurisdiction to hear the case. The college accepted that he had jurisdiction to decide in cases of disputed elections but argued that it was limited in two respects. First, he only had jurisdiction over those who were already members of the college but not over those who were *extraneus*. Second, he only had jurisdiction over matters which were 'extrinsic' and not over 'intrinsic' matters: that is, he could judge whether the person was qualified in respect of age or condition, but not whether he was qualified in learning and morals, which was for the electors alone to decide. An example of this was the 1666 case of Edward Pennell, a probationer whose eligibility was questioned after he had inherited

⁹ Bernard Gardiner, 'A Summary Account of the Great Cause between the College and Mr Robt Wood 1722 and 1723' in Charles Trice Martin (n 7) 360, no 443.

¹⁰ Ward (n 5) 102.

¹¹ Ward (n 5) 107.

¹² Gardiner, 'Summary Account' (n 9). All emphasis in direct quotations is taken from the original source, where it is indicated by underlining.

some lands. The matter was referred to the Visitor, who found in his favour (since the lands were inherited from his mother and so were not 'patrimony').¹³

The Warden accepted that the Visitor had the right to determine disputes within the fellowship regarding the rules on elections. He had done this as recently as 1719, when a majority of the fellows voted to elect one Jenkinson to one of the vacant fellowships. The Warden did not vote for him and disputed the election on the ground that no fellow could be elected without his concurrence. The matter was referred to the Visitor who was advised by a number of eminent lawyers that the Warden did indeed have a negative voice in elections. In such matters, the Warden was happy enough to look to the ruling of the Visitor. Indeed, during this episode, he himself quoted from a letter of an earlier Visitor, Archbishop John Whitgift:

'Touching the doubt which some of you have made about the interpretation of a statute concerning the election of officers and *the opinion of some lawyers thereof*: I would have you to understand, that in the interpretation of your statutes, *I do not mean to be carried with the opinion of any lawyers*; but by the meaning of the Founder, and *the long continued use and custom of your college*, being the best interpreter of your Founder's meaning and statutes made by him.'¹⁴

Although Wood's lawyers claimed that Jenkinson's case was a precedent of an *extraneus* person appealing to the Visitor, the college retorted that this was not an appeal but rather a declaration by the Visitor about the nature of the Warden's powers.¹⁵

The college argued that there was no precedent of Founder's Kin successfully challenging an election, as was attempted here. There were cases where the Visitor had nominated Founder's Kin to fellowships by devolution after a failed election. In 1629, when the college elected only four men to five vacant fellowship and omitted two candidates claiming to be Founder's Kin, the Visitor nominated one of them to the vacant fellowship by devolution and recommended the fellows to elect the other in future. He did not claim a power to vacate any of the other four elections.¹⁶ In other cases, the Visitor had intervened to ensure that scholars who were Founder's Kin would be made fellows without the year of probation. None of these cases (the college argued) gave rights to an *extraneus* candidate claiming to be Founder's Kin. Furthermore, the college took the view that such men had no right to be *elected* to the fellowship, but only to be *admitted* after they had been chosen.¹⁷

Besides arguing that the Visitor had '*no Cognizance of causes where a stranger is concerned*', it also claimed that he had no power over fellowship elections,

¹³ See Wake's notes on the case, in Wake MSS, Christ Church, Oxford, vol 16, f 197, and the answer in '*The Case of Mr Wood's Appeal against the Warden and Fellows of All Souls College*', f 200.

¹⁴ Wake MSS (n 13) 142 (29).

¹⁵ Charles Trice Martin (n 7) 360, no 453.

¹⁶ This was the case of Cordell and Crofts. Charles Trice Martin (n 7) 360, no 453.

¹⁷ Although the statutes stated that kinsmen were to be elected 'before all others', this was subject to their being found duly qualified: so that any right they had was only conditional. Charles Trice Martin (n 7) 360, no 446.

since the 'whole process' was in the hands of the Warden and fellows acting 'in their *Public Capacity*' as a corporate body:

'the Archbishop cannot examine or *rescind such an Act*, any more than he can an Act under the *Common Seal*, where a *Third Person* has an interest *against us* as a Body Politick. The Law of the Land is open for every *stranger* against us: and a *Tenant* may as well apply to him for *Remedy*, upon any occasion of difference, as Mr Wood does now, which we presume a tenant could not do.'¹⁸

Challenging the Visitor's jurisdiction, the college also argued that he had no power to question the college's judgment regarding Wood's qualifications in morals and learning.¹⁹ Moreover, since no records had been kept of the details of the examinations or of the particular votes of fellows, there was nothing on which he could evaluate their processes. Referring to Roberto Maranta's *Tractatus de ordine iudicorum*, the college's lawyers argued that '[g]enerally speaking things left expressly to the conscience of the judges are not appellable' and that 'nothing can be more left to the conscience of men than *This Election of ours*'.²⁰ Further objections to his jurisdiction included the points that he could give no costs and that there was no appeal from his decision. Rather than appealing to the Visitor, the college argued that Wood should go to court: 'if he brings a *mandamus* from the Courts in Westminster as a tenant must do in like cases, we are ready to try it upon the return *that he was not chosen*'.²¹

In response, Wood's lawyers argued that he was not *extraneus*, since Founder's Kin had been given an express right in the statutes to be elected in preference to others.²² Drawing on recent case law, they argued that the common law courts recognised that Visitors had an inherent right to hear appeals with which they would not intermeddle. They referred in particular to comments made by Chief Justice Holt in *Philips v Bury* in 1692. The case arose from the deprivation of the Rector of Exeter College, Dr Arthur Bury, of his office by the Bishop of Exeter as Visitor, after he had defied the authority of the Bishop. This defiance took the form of locking the Bishop out of the college when he came to hear the appeal of a fellow Bury wished to expel, who had recently successfully appealed to the Bishop against expulsion on another ground. The case came to court in the form of an action of ejectment to oust the Rector from his lodgings which he refused to vacate. Whether he had the right to remain there depended on whether he had been rightfully deprived of his office. Overturning a majority of the King's Bench, the House of Lords held that the Visitor had acted within his powers. In doing so, it endorsed Chief Justice Holt's dissent, which Wood's counsel now quoted.²³ '[A]s Visitor', Holt held, the Bishop '*has a standing con-*

¹⁸ Charles Trice Martin (n 7) 360, no 446.

¹⁹ Charles Trice Martin (n 7) 360, no 446.

²⁰ Robertus Maranta, *Tractatus de ordine iudicorum* [...] intitulatus *Speculum aureum* (Venice 1549).

²¹ Charles Trice Martin (n 7) 360, no 446.

²² 'The Case of Mr Wood's Appeal', Wake MSS (n 13), f 200.

²³ *Philips v Bury* (1692) 4 Mod 106, 87 ER 289; Skinner 447, 90 ER 198, 2 TR 346, 100 ER 186; *Philips v Bury* (1694) Show PC 35, 1 ER 24.

stant authority at all times to hear the complaints & redress the Grievances of the particular members. That is the proper office of a Visitor'.²⁴ The judgment of a Visitor was conclusive and could not be reviewed in a common law court. Unlike corporations 'for public government', corporations which were established 'for private charity' such as colleges were 'subject to the private government of those who erect them'. They were under the supervision of Visitors who were to 'act according to the particular laws and constitutions assigned to them by the founder'.²⁵ Visitors had the power to give a sentence of deprivation or expulsion, whether or not they held a formal court; and if the founder had given no appeal, the decision was final and could not be reviewed.

In his judgment, Holt referred to the case of Daniel Appleford in 1672, who had been deprived of his fellowship by New College, Oxford, a decision which had been confirmed by the Visitor, the Bishop of Winchester.²⁶ Appleford then sought a mandamus to restore him to his fellowship but failed. Holt, who had been counsel in the case, explained that Appleford had lost because 'there was a local visitor, who had given the sentence, and, be it right or be it wrong, the party is concluded by it; and the members of the college must submit to such laws as the founder is pleased to give them'.²⁷ Indeed, All Souls College had itself argued for the jurisdiction of the Visitor in an election dispute in 1681. In response to Joseph Ayloffe's mandamus to be admitted to a fellowship, the college's return stated that he should have appealed to the Visitor. The court rejected Ayloffe's argument that the statutes only gave the Visitor a power over corrections and removals but not over admissions; and found the return good 'for by the appointment of visitors they are made sole judges without appeal'.²⁸

These cases did not, however, settle the matter of the *extraneus* applicant, for Appleford had been a fellow and Ayloffe a scholar denied admission into the full fellowship. A case involving St John's College in 1694 suggested that there might be a legal remedy for outsiders. Under the college statutes, seven scholars were to be nominated by the City of Bristol. When one of these positions became vacant, Bristol nominated one King, but the college rejected him on finding his behaviour 'inconsistent with good manners'. In their return to a writ of mandamus, the college stated that 'if Mr King has any wrong done him he may appeal to the visitor'.²⁹ In this case, Holt was unsympathetic to such arguments. As he

²⁴ *Philips v Bury* (1692) Skinner 447 at 478, 90 ER 198 at 213, quoted in 'The Case of Mr Wood's Appeal', Wake MSS (n 13), f 200. In quoting this passage, Wood's lawyers were also keen to refute one initial argument made by their adversaries, that the Archbishop had no power to hear appeals outside the walls of the college.

²⁵ *Philips v Bury* (1691) 2 TR 346 at 352–353, 100 ER 186 at 189–90.

²⁶ *R v Appleford* (1672) 2 Keb 861, 84 ER 545; *Appleford's Case* (1672) 1 Mod 82, 86 ER 750.

²⁷ *Philips v Bury* (1691) 2 TR 346 at 356, 100 ER 186 at 192.

²⁸ *R v Warden of All Souls College in Oxford* (1681) T Jones 174 at 175, 84 ER 1203 at 1204, Skinner 12, 90 ER 7; cf sub nom *R v Alsop* (1681) 2 Show KB 170, 89 ER 868. See the writ and return in J. Tremaine, *Placita coronae: or Pleas of the Crown, in Matters Criminal and Civil* (E and R Nutt and R Gosling 1723) 483.

²⁹ *R v St John's College in Oxford* (1694) 4 Mod 368 at 369, 87 ER 448.

explained, 'The visitor shall determine all that relates to persons, who are of the foundation,' but 'the visitor hath no power before a person be made a member'.³⁰

After both sets of lawyers had debated the issues at length, it only took fifteen minutes for Wake to decide that he had jurisdiction over the appeal. Although Gardiner was outraged that such a complicated question could be decided so quickly, Wake had in fact done his homework, having written to other Oxford Visitors for information. His interlocutors suggested that it had become 'fashionable' for Heads of Houses to deny the right of those claiming fellowships to appeal to Visitors, but that the Visitors had nevertheless exercised the jurisdiction.³¹ The Bishop of Winchester, Charles Trimnell, reported that he had lately heard a case brought by a fellow of St John's complaining of unjust expulsion. Though the college claimed the case could not be heard 'without the perjury of the appellant, nor received without the Violation of the Statutes,' Trimnell took the case and insisted it be entered in the college's books as a precedent. Other recent cases suggested that a Visitor's jurisdiction extended to *extraneus* candidates such as Wood.

'A case very near this has been very common here,' Trimnell reported, 'where many seniors upon the Roll of New College, & not yet members of that Society, have complained to the Bishop that they were unjustly kept out, by such a person continuing in his Fellowship, when by the Statutes it ought to be void, and judgements have been given accordingly'.³²

Two days later, Trimnell wrote again to add that there had been a complaint to his predecessor, Sir Jonathan Trelawney, in 1721 'from a scholar complaining of injury done to him in not being chosen fellow, which is Your Grace's case'. Trelawney had not decided it – though the President of Trinity College had not raised any objection to his authority to do so. The matter was then revived when Trimnell became bishop, 'and the President was ready to have answered, but I found it frivolous & did not receive it'.³³

William Bradshaw, a former fellow of New College, endorsed Trimnell's views regarding the practice at that college, stating that 'if the right of the Founders Kinsmen should be denied by the Electors, & they should appeal to the Visitor, no doubt but the Visitor has a right to receive the Appeal & to try the merits of the Cause, as he is Interpreter of all their Statutes, those that relate to their election as well as any other'.³⁴ Similarly, John Wynne, former Principal of Jesus College, told Wake that 'it is not doubted in our College but that any Fellow or Scholar or Candidate for either may appeal to the Visitor in case of any injury or wrong done to him, contrary to any Statute or the Limitations in the

³⁰ *R v St John's College Oxon* (1694) Comberbach 238, 90 ER 451. In this case, the court also held that a mandamus should lie since it concerned the rights of a third party not under the jurisdiction of the Visitor – the City of Bristol – which had been given certain rights by the Founder.

³¹ Bradshaw to Wake, 22 January 1722/3, Wake MSS (n 13), f 177.

³² Trimnell to Wake, 21 January 1722/3, Wake MSS (n 13), f 176.

³³ Trimnell to Wake, 23 January 1722/3, Wake MSS (n 13), f 188.

³⁴ Bradshaw to Wake, 22 January 1722/3, Wake MSS (n 13), f 177.

Benefactor's will, to which the Statutes oblige the Society to pay a due regard.³⁵ In his argument, Wood's counsel also mentioned a recent case involving Oriol College, when a candidate from Gloucestershire presented himself for a vacant fellowship in the college for which men from that county were to be given the preference. After the fellows elected another man, he appealed to the Visitor, the Bishop of Lincoln, who affirmed his right, declared the election of void and ordered the appellant to be admitted.³⁶

There are signs in Wake's correspondence and in the content of the case submitted by Wood to suggest that Wake and Wood's advisers may have worked in tandem in researching recent practice. The Warden knew nothing of this, but had his own reasons for finding the outcome suspicious. He noted that when the sentence was pronounced by Wake confirming his jurisdiction, 'there appeared great joy in his own family, one of his retainers crying out, *My Lord has got it, my Lord has got it*'.³⁷ Wake immediately recused himself from the further hearings, since (as a result of his marriage) '*my children, are nearer of kin to the founder than the appellant is: and I have grandchildren now who may hereafter offer themselves at the College*'.³⁸

When the parties reassembled at the end of February to turn to the merits of the case, it would be heard by Jeffrey Gilbert, a Baron of the Exchequer, with the Dean of Arches and the Vicar-General as assessors. The college briefly considered going to law, but were advised 'that neither the college nor the probationers would be likely to obtain any remedy from the King's Bench against the Visitation in the present case'. This ruled out seeking a writ of prohibition. However, Willes thought that the probationers might in due course seek a mandamus, though he advised that the motion be made by some young lawyer, 'for if by any man of figure, the Court would suspect something against his Grace and would be more cautious in granting it'.³⁹

In the event, no application was made to the common law courts and the case proceeded before Gilbert and his assessors on the merits. Evidence was gathered following the usual process in ecclesiastical courts relating to Wood's pedigree as well as the practice of the college in relation to Founder's Kin. It was initially held that the original pedigree left at the college was not sufficient to establish Wood's claim, but after receiving further proofs the judge and assessors were convinced that he was a Founder's Kinsman. This having been established, Wake found that Wood ought to have been preferred to the others, supposing him to be qualified. To establish this, he asked Dr George Carter (provost of Oriol College), Dr Samuel Lisle and Richard Chicheley to examine him in Greek and

³⁵ Wynne to Wake, 24 January 1722/3, Wake MSS (n 13), f 189.

³⁶ The Case of Mr Wood's Appeal, Wake MSS (n 13), f 200.

³⁷ Gardiner, 'Summary Account' (n 9).

³⁸ Gardiner, 'Summary Account' (n 9).

³⁹ Charles Trice Martin (n 7) 361, no 454. In 1711, following a visitation by Archbishop Tenison, Gardiner had made legal inquiries about how to restrain a Visitor. The advice was that he might appeal to the House of Lords, but this was considered too risky. This experience may have influenced his view in 1722/3. I am grateful to Dr Robin Darwall-Smith for drawing this to my attention.

Latin. They reported that Wood was 'duly qualified in point of learning' to be a fellow.⁴⁰ Gardiner was outraged that Wake had ignored the depositions of the fellows who had judged Wood to be unfit, and had referred the question to two of his own chaplains ('utter strangers to our constitution') and his secretary, who had himself been admitted as Founder's Kin. For the Warden, this was 'a piece of insolence as can hardly be paralleled.' Throughout this process, Gardiner perceived 'a great readiness in the Judge & his assessors to have the cause end as it did, to the advantage of the founder's kinsmen.'⁴¹

On 8 June, the Warden received Wake's decree and monition, ordering Wood to be admitted to the fellowship. The college initially responded claiming to be unable to execute this injunction since Wake had not determined whether Wood was to have Wynne's place or Wilbraham's. Furthermore, neither of these men had done anything to justify being turned out.⁴² The Archbishop responded that Wood was to be admitted at once. On receiving this second mandate, the college admitted Wood after being advised by Willes that they had no remedy, since there was no appeal '*in course of law* against the sentence of a Visitor' and since 'the House of Lords, from whom they might hope to have redress is not now sitting.'⁴³ The other elections were vacated, though Wynne was nominated again for the second fellowship, with Wake's consent.⁴⁴ Wilbraham obtained a fellowship in the following election.

In this case, the Archbishop claimed the right to hear appeals from fellowship elections, brought by candidates claiming to be Founders' Kin. Throughout the eighteenth century, the issue of Founder's Kin continued to cause problems for the college.⁴⁵ Numerous claims were later made which needed to be resolved by the Visitor. In some of these cases, the college, which was reluctant for anyone claiming a distant relation to Chichele to have priority, questioned whether there were limits to the claims of collateral kinsmen. One of William Blackstone's early works sought to define these limits,⁴⁶ but in 1762 the Visitor – assisted on this occasion by Justice Wilmot (of the King's Bench) – held that the founder had set no limits, and so found for the claims of three Founder's Kinsmen who had been rejected by the college in favour of other candidates.⁴⁷ In Wood's case, the college had felt compelled to concede that the Archbishop had the jurisdiction to hear the candidate's appeal against not being chosen and to overturn its decision on his merits. As shall now be seen, other parties to disputes over fellowships

⁴⁰ Report of George Carter, Samuel Lisle and R. Chicheley, Lambeth Palace Library V-1-4-5-7.

⁴¹ Gardiner, 'Summary Account' (n 9). Gardiner also suspected foul play from his antagonists, after Wood's uncle had written to one of the Deans, Dr John Irish, to entrap him into writing a complimentary letter which would undermine the College's claims to his qualifications: see Gardiner's deposition, Charles Trice Martin (n 7) 361, no 469.

⁴² Lambeth Palace Library V-1-4-5-7.

⁴³ Darwall-Smith, *All Souls College* (n 6) ch. 2; Gardiner, 'Summary Account' (n 9).

⁴⁴ Note by Wake, Wake MSS (n 13), f 194.

⁴⁵ GD Squibb, *Founders Kin: Privilege and Pedigree* (Clarendon Press 1972).

⁴⁶ William Blackstone, *An essay on collateral consanguinity* (W Owen 1750).

⁴⁷ *Spencer v All Souls College* (1762) Wilmot 163, 97 ER 64.

were less reluctant to resort to court and in a number of cases were able to use the law to set boundaries to the Visitor's powers.

III. Richard Bentley's Litigation

One of the eighteenth-century litigants who used the courts most successfully for his purposes was the Master of Trinity College Cambridge, Richard Bentley. One of the greatest classical scholars of the age, Bentley antagonised the fellowship by the arbitrary and autocratic way in which he acted as Head of House. Consequently, in 1710, the fellows laid 54 articles of accusation against him before the college's Visitor, the Bishop of Ely.⁴⁸ Bentley disputed not only the charges, but also the Bishop's jurisdiction under the college statutes. Although founded by Henry VIII in 1546, no statutes were provided for its governance until Edward VI came to the throne in the following year. The forty-sixth chapter of the statutes then issued (*De Visitatore*) made the Bishop Visitor with a general power to 'correct each one according to the magnitude of his fault'. However, when the statutes were subsequently revised under Elizabeth, this chapter was omitted, which raised the question of whether the Bishop remained Visitor or whether that position devolved onto the heir of the founder, the present monarch. To complicate matters, the Bishop was also spoken of as Visitor in the fortieth chapter introduced in the Elizabethan statutes, *De Magistri Amotione*. Its first clause stated that if the Master was negligent in performing his duties or was suspected of incontinence by the Vice-Master and seven senior fellows, they were to admonish him twice, and only thereafter refer it to the Bishop of Ely as Visitor. Its second clause provided that the Master should be deprived of his office 'by the same Vice-Master', if he were convicted by the 'same Visitor' of any of a number of more serious offences.

The initial skirmishes in this dispute were inconclusive, after the death of Bishop John Moore in 1714, who had been compelled by mandamus to hear the case against Bentley. Proceedings revived in the late 1720s under a successor, William Fleetwood. In both eras, the opinion of crown lawyers had been taken on the nature of the Bishop's jurisdiction. In 1711, they agreed (after extensive argument from the parties) that the Queen was general Visitor, but thought the Bishop had a special power under the fortieth statute; in 1728, they opined that he had the powers not simply of a special Visitor, but of a general Visitor.⁴⁹ With his enemies in college now planning to resume the proceedings, Bentley

⁴⁸ A true copy of the articles against Dr. Bentley, exhibited to the Right Reverend Father in God, John, Lord Bishop of Ely, by many of the fellows of Trinity College in Cambridge (John Morphew 1710).

⁴⁹ JH Monk, *The Life of Richard Bentley DD* vol 1 (JG & F Rivington 1833) 325; JH Monk, *The Life of Richard Bentley DD* vol 2 (JG & F Rivington 1833) 264. See also R Bentley, *The case of Trinity College in Cambridge. Whether the Crown or the Bishop of Ely be the general visitor* (London 1729); John Colbatch, *A Vindication of the Lord Bishop of Ely's Visitorial Jurisdiction over Trinity College* (T Cooper 1732) 19, 25.

went to the King's Bench to prevent the Bishop from hearing the matter. His first attempt to obtain a writ of prohibition rested on an argument relating to the Bishop's powers under chapter 40. The two clauses in question were linked by the ambiguous word 'porro' – 'furthermore' – which left it unclear whether the Bishop's jurisdiction over the more serious offences was only engaged after the Master had been twice admonished by the senior fellows, as was the case with the less serious ones. The King's Bench rejected his claim, considering that it would be 'very unreasonable' to suppose that the drafters intended that the Visitor should only have power to expel for the 'extraordinary offences' (which included murder) after two admonitions.⁵⁰

When proceedings before the Bishop began, Bentley claimed the benefit of a general legislative pardon issued by the king in 1721.⁵¹ When the Bishop rejected this argument, he sought another prohibition in the King's Bench. Still claiming that his acts were pardoned by the act of grace, he also argued that the Bishop had no power to discipline him for acts done in his capacity as head of a corporation: while the Bishop might have power as a special Visitor under the fortieth statute over particular offences committed by the master alone, it was for the general Visitor (the crown) to deal with offences done with the concurrence of the whole corporate body.⁵² The court rejected the first argument, holding that the pardon only extended to matters in the public realm and not to infractions of what 'are in the nature of domestick rules for the better ordering of a private family'.⁵³ The court also rejected the second argument, holding that the Bentley was also liable in his individual capacity for his infractions. During these proceedings, Bentley raised a third argument which focused on the fact that the bishop's original citation had described his jurisdiction as being that of a special Visitor under the Elizabethan statutes. He argued that the fortieth statute from which this special power derived was void: for once the crown had granted a general visitatorial power in the initial statutes, it had no power to alter it. Furthermore, there was also a suggestion that the wording of the original statutes had only made the then Bishop of Ely Visitor, so that his successors lacked that power.

The King's Bench judges were not convinced by the substance of Bentley's argument. They thought that the original statutes had conferred a general power on the Bishop and his successors. Furthermore, they thought that the fortieth statute did not 'create him a visitor, but supposed him so already, and only made new regulations to be observed under his direction, already in the legal possession of the jurisdiction'.⁵⁴ While this judgment recognised the bishop's jurisdiction as Visitor, it left the prohibition in place, since the bishop's citation was found to be 'illegal', being founded on a distinct special visitatorial jurisdiction

⁵⁰ *Bentley v Bishop of Ely* (1729) 1 Barnard KB 192, 94 ER 132; Monk vol 2 (n 49), 281–2.

⁵¹ 7 Geo 1 st 1 c 29.

⁵² *Bentley v Bishop of Ely* (1729) Fitzg 107 at 108, 94 ER 675.

⁵³ *Bentley v Bishop of Ely* (1732) 2 Stra 912 at 912–13, 93 ER 936; cf 1 Barn KB 388, 94 ER 261. See also the report in *Bentley v Bishop of Ely* (1731) Fitzg 305, 94 ER 768.

⁵⁴ *Bentley v Bishop of Ely* (1731) Fitzg 305 at 312, 94 ER 768 at 771.

which did not exist. As a result of this litigation, it appeared that the Bishop had the jurisdiction to hear the complaints against Bentley, but had lost by virtue of a technical error in describing the source of his power. Rather than beginning the proceedings anew – which would have prompted Bentley to seek another prohibition in the King's Bench – the Bishop appealed to the House of Lords. There, it was argued that the error in the citation was not a reasonable ground for a prohibition, since the Bishop had jurisdiction and any formal defect was cured by the appearance of the Master. The Lords agreed with this general point, but did not simply leave the matter to the Bishop. Instead, they proceeded to examine each of the articles charged against Bentley, to see which of them fell within the statutes. As a result of these lengthy proceedings, they granted a consultation⁵⁵ as to some of the articles, and a prohibition as to others,⁵⁶ in effect policing the boundaries of his jurisdiction.

In 1733, a further trial took place at Ely House, at the end of which Bentley was found to have violated the statutes and deprived of the Mastership of the college. However, this by no means settled the matter. Bentley remained in place. For under the fortieth statute, he could only be deprived by the Vice-Master and not by the Bishop; and he had in the meantime ensured that an ally, Richard Walker, was appointed to this position. When Walker refused to act, Bentley's opponents tried to force him to do so by mandamus. However, the court held that no mandamus could issue, since in domestic forums such as colleges 'the visitor has sole and entire power to execute justice'. As the court saw it, a mandamus was being sought not to force someone to exercise an authority they had, but to aid the Bishop in enforcing his own jurisdiction. Just as the court would not issue a mandamus to force the officers of inferior courts to do their duties, so it would not assist the Visitor.⁵⁷ Bentley died in the Master's Lodge at Trinity College in 1742, three decades after the fellows first sought to remove him.

Bentley's litigation showed that the king's courts might be prepared to police the boundaries of a Visitor's jurisdiction, even though they were generally reluctant to interfere in the internal affairs of private bodies. Their approach can be illustrated by two later cases involving the Bishop of Ely's visitorial powers over other Cambridge colleges. In 1757, Lord Mansfield refused to issue a writ of prohibition to the Bishop of Ely as Visitor of St John's College, Cambridge, in the case of a disputed election, in which a candidate for an endowed fellowship who had been turned down by the college in favour of another successfully appealed to the Visitor. Mansfield said his court had no power to enter into the merits of the election and would only grant a prohibition if it was clear that the Visitor had exceeded his jurisdiction. He was unwilling to grant prohibitions in such cases, since it would encourage endless appeals to the courts in dis-

⁵⁵ A consultation was a writ directed to the party prohibited, informing him he could proceed notwithstanding the prohibition: Morgan Lloyd, *A Treatise on the Law of Prohibition* (W Benning 1849) 68.

⁵⁶ *Bishop of Ely v Bentley* (1732) 2 Bro PC 220, 1 ER 898. The report gives each of the articles. See further Monk (fn 49) vol 2, 328.

⁵⁷ *Walker's Case* (1736) Cas temp Hardwicke 212 at 218, 95 ER 137 at 140.

puted elections, which would prolong disputes and undermine the position of the Visitor. As he saw it, Visitors were 'appointed and made absolute upon this principle, "that, in these societies, error of judgment, the chance of partiality, or injustice, is a less evil than the duration of contention".' However, he also said that his decision not to grant a prohibition was not 'conclusive'. If the Visitor did indeed lack jurisdiction, his decision would be a nullity and 'upon any attempt to execute or enforce it, the whole may be tried in an action. The plaintiff may also apply to any other Court in Westminster-Hall, for a prohibition, and take their opinion.'⁵⁸

Thirty years later, the court did intervene in a disputed election at Peterhouse, where the Bishop of Ely was also Visitor. On this occasion, it issued a mandamus to require him to select one of two candidates put forward by the fellows to be the new Master, after he had nominated a third candidate himself, having declared the return of the fellows null and void. While accepting that acts by a Visitor within his jurisdiction were not to be questioned, Ashhurst J held that the Bishop's power here was limited to selecting one of the two names put forward. In passing, he added that even if the Bishop had acted here in a capacity as Visitor, he had failed to exercise such power properly, since he 'should at least have convened the parties interested, to give them an opportunity of making a defence'.⁵⁹ It was by then clearly settled that while the court would not interfere with decisions made by Visitors, it would compel them to act where they refused to do so.⁶⁰

These cases show how a determined fellow could use the law to seek to police the boundaries of a Visitor's jurisdiction in the eighteenth century. It raises the question whether the fellows of All Souls might have been able to put an end to Wood's claims if they had taken the case to court. Their failure to do so opened the way for many more claims. For as John Davis has shown, Wood's appeal 'effectively started the influx of Founder's Kin' which lasted until their right of preference was abolished in 1857.⁶¹

⁵⁸ *Master and College of St John's College Cambridge v Todington* (1757) 1 Burr 158 at 199, 97 ER 245 at 269.

⁵⁹ *R v Bishop of Ely* (1788) 2 TR 290 at 336, 100 ER 157 at 181. Buller J held (at 338) that this had not been a visitatorial act; and that as a consequence, the court could review it; for he could not (in his capacity as a Visitor) inquire into his own act.

⁶⁰ There had been numerous attempts to force the Bishop of Ely to act as Visitor of Trinity College, Cambridge in the early eighteenth century: however, the court did not intervene since there remained doubts over the exact nature of his visitatorial powers, and (as Lee CJ put it) 'it would be unjust to force a man to exercise a doubtful jurisdiction, by mandamus'. *R v Bishop of Ely*, (1750) 1 W Bl 52 at 58, 96 ER 28 at 31.

⁶¹ Davis (n 6) 263.

Die Herausgabe der Verzögerungsbereicherung

Thomas Lobinger

I. Einführung

Ob der Gläubiger von seinem säumigen Schuldner die Vorteile herausverlangen kann, die dieser infolge der Leistungsverzögerung erlangt hat, ist im BGB nicht ausdrücklich geregelt. Zu dieser Frage findet man auch in den gängigen Lehrbüchern und Kommentaren so gut wie nichts. Fündig wird man erst in der monographischen Literatur.¹ Praktisch bedeutsam ist die Frage vor allem dann, wenn die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB nicht vorliegen, weil der Schuldner die Verzögerung ausnahmsweise nicht zu vertreten hat (§ 286 Abs. 4 BGB) oder aber ein Verzögerungsschaden nicht bzw. nur in geringerer Höhe feststellbar ist. In der Literatur finden sich Beispiele, in denen verkaufte Sattelschlepper, Segelyachten oder Springpferde verspätet geliefert wurden, weil der Verkäufer noch Mietkosten ersparen, Mieterträge erwirtschaften oder Preisgelder gewinnen konnte.² Den BGH hat die Problematik im Rahmen einer Zinsstreitigkeit beschäftigt.³ Der Kl. forderte Verzugszinsen, weil die Bekl. fällige Umsatzbeteiligungen zwischen 1947 und 1955 nicht auf sein Auslandskonto transferiert hatte. Da wegen der damals geltenden devisenrechtlichen Bestimmungen erst ab dem 1. Juni 1954 mit einer Transfergenehmigung zu rechnen war und deshalb auch erst ab diesem Zeitpunkt Verzug eintreten konnte, prüfte der Gerichtshof für die Zeit davor zunächst Zinsansprüche aus § 353 HGB und § 452 BGB a.F.⁴ Beide Anspruchsgrundlagen hielt er nicht für einschlägig, um sodann aber festzustellen:

„Auch die Verpflichtung zur Aussonderung und zinstragenden Anlage auf einem Bankkonto besteht nicht ohne weiteres. Soweit der Schuldner allerdings so verfährt und tatsächlich Zinsen erzielt, muß er sie herausgeben. Denn wenn sogar ein Gläubiger, der sich

¹ *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 42 ff.; *Hartmann*, Der Anspruch auf das stellvertretende com-mo-dum, 2007, 196 ff.; *Röder*, Nutzungsausgleich im Bürgerlichen Recht, 2021, 243 ff., 507 ff.; ansatzweise auch *Wilhelm*, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 93a–b.

² *Hartmann* (Fn. 1), 5, 196 (Sattelschlepper), 185 (Segelyacht), übernommen auch von *Röder* (Fn. 1), 253 f. und ergänzt durch das Springpferd-Beispiel a.a.O. 244, 514.

³ Sachlich einschlägig wäre die Frage auch in BGH NJW 1987, 771 gewesen (verzögerte Erfüllung einer Verpflichtung zur Wohnungsherausgabe bei Eigennutzung durch die Schuldner). Allerdings ist der BGH hier zum eigentlichen dogmatischen Problem nicht vorgedrungen, s. *Wilhelm* (Fn. 1), Rn. 93a–b.

⁴ S. BGH NJW 1958, 137.

in Annahmeverzug befindet, von seinem Schuldner in Anwendung des Gedankens des § 302 BGB die Herausgabe der tatsächlich gezogenen Zinsen verlangen kann, weil der Schuldner durch § 301 BGB zwar entlastet, nicht aber bereichert werden soll [...], muß dies erst recht für die Zeitspanne einer vorübergehenden Leistungsunmöglichkeit infolge Transferschwierigkeiten gelten“.⁵

In der Literatur wird der Rückgriff auf § 302 BGB zur Begründung eines Zinsherausgabeanspruchs überwiegend abgelehnt.⁶ Das gilt allerdings nicht auch für das Ergebnis. Für erzielbar hält man dieses vielmehr mit Hilfe von § 285 BGB.⁷ Unbemerkt schließt man so an die Arbeiten von *Fritz Schulz* und *Felix Hartmann* an, die den heutigen § 285 BGB ebenfalls ins Zentrum ihrer umfassenden Überlegungen zur Herausgabe einer Verzögerungsbereicherung gestellt haben.⁸

II. Der Meinungsstand

1. Verzögerungsvorteile als Eingriffserwerb

Fritz Schulz behandelt verzögerungsbedingte Vorteile für den säumigen Schuldner als „Eingriffserwerb“.⁹ Auch bei einer „Verzeitung“ liege ein widerrechtlicher Eingriff in die Rechte des Gläubigers vor.¹⁰ Die gedankliche Brücke zu § 281 BGB a.F. bildet ihm die Lehre vom Verzug als „Unmöglichkeit *quoad tempus*“.¹¹ Er lässt offen, ob diese Lehre zutrifft, weil die Vorschrift mindestens analog anzuwenden sei.¹² Ins Zentrum rückt *Schulz* anschließend die Frage, ob § 446 S. 2 BGB der Anerkennung eines Anspruchs auf Herausgabe der vom säumigen Verkäufer noch vor der Übergabe gezogenen Nutzungen entgegenstehe.¹³ *Schulz* verneint dies, weil die Vorschrift allein das Verhältnis *nach* der Übergabe regelt.¹⁴

2. Verzögerungsvorteile als rechtswidriges Haben

Wie *Schulz* gelangt auch *Felix Hartmann* zur (analogen) Anwendung des heutigen § 285 BGB,¹⁵ wobei er die Vorschrift jedoch nicht als Ausprägung einer rein

⁵ BGH NJW 1958, 137, 138.

⁶ BeckOGK/Dötterl, 1.8.2025, BGB § 302 Rn. 8; Staudinger/Feldmann, 2025, § 302 Rn. 4; Soergel/Schubel, 13. Aufl. 2014, § 302 Rn. 2 f.; wie der BGH dagegen BeckOK BGB/Lorenz, 75. Ed. 1.8.2025, § 302 Rn. 2; offen MüKoBGB/Ernst, 10. Aufl. 2025, § 302 Rn. 3; jurisPK-BGB/Geisler, 10. Aufl. 2023, § 302 Rn. 3.

⁷ So ErmanBGB/Hager, 17. Aufl. 2023, § 302 Rn. 2; BeckOGK/Dötterl (Fn. 6), BGB § 302 Rn. 8.

⁸ S. *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 43; *Hartmann* (Fn. 1), 196 ff.

⁹ *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 42 ff.

¹⁰ *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 43.

¹¹ *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 42.

¹² *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 43.

¹³ S. *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 43 ff.

¹⁴ *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 45.

¹⁵ *Hartmann* (Fn. 1), 184 ff., 196 ff.

handlungsorientierten Abschöpfungshaftung auffasst,¹⁶ sondern als Ausprägung einer vermögensorientierten bereicherungsrechtlichen Habenshaftung.¹⁷ Gründet die Leistungsverzögerung in einem vorübergehenden Leistungshindernis i.S.v. § 275 BGB, gelangt *Hartmann* in unmittelbarer Anwendung von § 285 BGB zu einem Anspruch auf Herausgabe verzögerungsbedingter Surrogate neben der Leistung.¹⁸ Wie *Schulz* sieht er hierin keinen Widerspruch zu § 446 S. 2 BGB.¹⁹ Lediglich analog anwenden will *Hartmann* § 285 BGB in Fällen einer reinen, nicht auf einem vorübergehenden Hindernis beruhenden Leistungsverzögerung.²⁰ Die Lehre von der Leistungsverzögerung als einer „Unmöglichkeit *quoad tempus*“ vermöge eine unmittelbare Anwendung der Norm nicht zu rechtfertigen.²¹ Die analoge Anwendung sei aber möglich und auch geboten, weil andernfalls eine Asymmetrie der leistungsstörungenrechtlichen Rechtsbehelfe je nach einschlägigem Störungstatbestand entstehe.²²

3. Verwerfung eines Anspruchs auf Herausgabe der Verzögerungsbereicherung

Eingehend hat sich mit der hier verfolgten Fragestellung in jüngerer Zeit auch *Erik Röder* auseinandergesetzt.²³ Anders als *Schulz* und *Hartmann* findet er im BGB keine taugliche Grundlage für einen Anspruch auf Herausgabe der Verzögerungsbereicherung insbesondere in Form gezogener Nutzungen.²⁴ Explizit wendet er sich dabei auch gegen eine Lückenschließung mittels § 285 BGB.²⁵ § 285 BGB sei eine „hoch problematische Vorschrift“, deren befriedigende Einordnung in das Anspruchssystem des BGB bis heute nicht gelungen sei.²⁶ Eine „so wenig verstandene bzw. zu verstehende Vorschrift“ aber könne keinen geeigneten Ausgangspunkt für eine substantielle Rechtsfortbildung darstellen.²⁷ Darüber hinaus sieht *Röder* auch keinen Änderungsbedarf *de lege ferenda*.²⁸ Maßgebliches Beurteilungskriterium ist ihm dabei zunächst, ob ein allgemeiner Fälligkeits- bzw. Verzugsnutzungsungleichgewicht erforderlich erscheint, um die Vertragsparteien zu einer ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer jeweiligen Leistungspflichten anzuhalten.²⁹ Dies wird mit dem Hinweis auf eine insoweit hinreichende Anreizfunktion der im Übrigen beste-

¹⁶ *F. Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 5 ff., 473 ff.

¹⁷ *S. Hartmann* (Fn. 1), 25 ff.

¹⁸ *Hartmann* (Fn. 1), 192 ff.

¹⁹ *Hartmann* (Fn. 1), 193 f.

²⁰ *Hartmann* (Fn. 1), 198 ff.

²¹ So *Hartmann* (Fn. 1), 197 f.

²² *Hartmann* (Fn. 1), 200.

²³ *S. Röder* (Fn. 1), 243 ff., 507 ff.

²⁴ *S. Röder* (Fn. 1), 243 ff.

²⁵ *S. Röder* (Fn. 1), 251 ff.; dort auch zu älteren, zu Recht verworfenen schadensersatzrechtlichen Lösungsversuchen.

²⁶ So *Röder* (Fn. 1), 257.

²⁷ So *Röder* (Fn. 1), 257.

²⁸ *S. Röder* (Fn. 1), 511.

²⁹ *S. Röder* (Fn. 1), 512.

henden Rechtsbehelfe verneint. Weiterhin sieht Röder auch keinen Bedarf, in den einschlägigen Fällen eine ungerechtfertigte Bereicherung auszugleichen.³⁰ Denn bei vertraglichen Hauptleistungspflichten drohe regelmäßig keine unbenutzte längere Nutzung durch einen Nichtberechtigten. Vielmehr werde die vertragswidrige Nichtleistung für den Gläubiger regelmäßig sofort ersichtlich und dieser könne mittels Durchführungsverlangens oder Lösung vom Vertrag reagieren.³¹

III. Der Anspruch auf Herausgabe der Verzögerungsbereicherung

1. Die Anerkennung des Anspruchs als Frage der (System-)Gerechtigkeit

Es liegt auf der Hand, dass man die von *Schulz* und *Hartmann* befürwortete Erweiterung des heutigen § 285 BGB nicht mit der Begründung verwerfen kann, diese Vorschrift sei hierfür zu wenig verstanden bzw. verstehbar. Mit dieser Argumentation dürfte es angesichts der zahlreichen konkurrierenden dogmatischen Einordnungen von § 1004 BGB³² auch keinen „quasinegatorischen“ Beiseitigungs- und Unterlassungsanspruch in Analogie zu dieser Vorschrift geben, sofern die Störung eines anderen Rechts als des Eigentums in Frage steht.³³ Der eigentliche Grund für die Verwerfung einer Rechtsfortbildung *de lege lata* ist bei Röder deshalb dort zu suchen, wo er auch einer Rechtsänderung *de lege ferenda* entgegentritt. Hier werden die maßgeblichen Kriterien erkennbar, anhand derer er einen Rechtsfortbildungs- bzw. Rechtsänderungsdruck misst.

Die Erforderlichkeit eines Fälligkeits- bzw. Verzugsnutzungsausgleichs hängt für Röder primär davon ab, ob ein solcher notwendig erscheint, um die Parteien zu einer ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer jeweiligen Leistungspflicht anzuhalten.³⁴ Das verfehlt allerdings bereits die richtige Fragestellung. Denn jenseits des Naturalerfüllungsanspruchs und eventueller präventiver Ansprüche zur Sicherung der Leistungsfähigkeit des Schuldners besteht die eigentliche Funktion der leistungsstörungenrechtlichen Rechtsbehelfe nicht darin, die Parteien zu einer obligationsgemäßen Erfüllung ihrer Vertragspflichten anzuhalten; ein solcher Effekt ist allenfalls Reflex, nicht aber Primärzweck.

Zurückbehaltungs- und Rücktrittsrechte sichern die Privatautonomie, weil sie verhindern, dass Verpflichtungen durchgesetzt bzw. aufrechterhalten werden können, die im

³⁰ S. Röder (Fn. 1), 516.

³¹ S. Röder (Fn. 1), 516.

³² S. hierzu nur etwa den Überblick bei MüKoBGB/Raff, 9. Aufl. 2023, § 1004 Rn. 1 ff.

³³ S. zur allgemeinen Anerkennung dieses Anspruchs RGZ 60, 6, 7; RGZ 148, 114, 123; BGH NJW 1952, 417, 418; BGH NJW 2025, 1054, 1057; BeckOGK/Spohnheimer, 1.11.2025, BGB § 1004 Rn. 13 ff.; Staudinger/Thole, 2023, § 1004 Rn. 7 ff.; MüKoBGB/Raff (Fn. 32), § 1004 Rn. 22 ff.

³⁴ Röder (Fn. 1), 512 ff.

vertraglich geäußerten Bindungswillen keine hinreichende Grundlage finden.³⁵ Ansprüche auf Schadensersatz statt oder wegen Verzögerung der Leistung schützen wie jeder andere Schadensersatzanspruch die verletzte Rechtsposition auf sekundärer Ebene, indem sie die Nachteile ausgleichen, welche der Rechtsinhaber infolge einer Verletzung seines Rechts erlitten hat. Ihre Begrenzung auf den tatsächlich erlittenen Schaden nach dem Grundsatz der Totalreparation unabhängig vom Verschuldensgrad zeigt, dass es sich hier gerade nicht um sanktionsgleiche *incentives* zur Gewährleistung von Vertragstreue handelt. Ebenso liegt mit Blick auf § 285 BGB die Annahme fern, es gehe um eine Art „Drohkulis“ im Interesse der ordnungsgemäßen Erfüllung von Vertragspflichten. Vielmehr handelt es sich auch bei diesem Anspruch um einen komplementären Schutz der beeinträchtigten Rechtsposition auf sekundärer Ebene. Spiegelbildlich zum Schadensersatz erfolgt hier nicht eine ausgleichende Bereinigung des Gläubiger-, sondern eine abschöpfende Bereinigung des Schuldnervermögens nach Maßgabe des obligationsgemäßen Zustands. Dass diese abschöpfende Haftung bei allem Streit um die Einordnung von § 285 BGB sowohl nach ihren Folgen (Ersatzherausgabe) als auch nach ihren Voraussetzungen (Verschuldensunabhängigkeit) einen klaren bereicherungsrechtlichen Einschlag aufweist,³⁶ ist nicht von der Hand zu weisen.

Vor diesem Hintergrund kann die Frage nach der Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung aber nicht danach beantwortet werden, ob ein Anspruch auf Herausgabe der Verzögerungsbereicherung erforderlich ist, um Anreize zur Vertragstreue zu schaffen. Richtig muss die Frage vielmehr lauten, warum es nicht bei einer Verzögerung der Leistung ebenso wie in den Fällen einer Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit der Leistung und – nach verbreiteter Ansicht – auch in den Fällen einer Schlechtleistung³⁷ neben der Lösungsmöglichkeit und dem Schadensersatzanspruch einen Anspruch auf Herausgabe des Verzögerungsvorteils geben sollte. Denn das Fehlen eines solchen Anspruchs müsste auf Anhieb als Systembruch erscheinen. Es wäre hier ein besonderer Ausschnitt des vertraglichen Erfüllungsinteresses in Abweichung von der allgemeinen Schutzstruktur auf sekundärer Ebene gleichsam nur „halb“, nämlich schadensersatzrechtlich, geschützt. Entgegen dem von Röder vermittelten Eindruck ist die Anerkennung eines Anspruchs auf Herausgabe der Verzögerungsbereicherung damit nicht etwa eine eher pragmatische Regulierungsfrage, die nach Effektivitäts- und Effizienzkriterien entschieden werden könnte. Vielmehr geht es um eine Frage materieller (System-)Gerechtigkeit. Zur Diskussion steht ein Gleichbehandlungsproblem. Röder berührt diese Frage immerhin, wenn er auch noch Überlegungen zur Notwendigkeit eines Bereicherungsausgleichs anstellt.³⁸ Indes treffen seine Erwägungen hier ebenfalls kaum den Punkt. Denn dass der Gläubiger längere unberechtigte Nutzungen des Leistungsgegenstands

³⁵ S. hierzu nur *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, 317 ff., 326; *Soergel/Lobinger*, 13. Aufl. 2010, vor § 346 Rn. 19; auch *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, 205 f.; *P. Schlüter*, Rückabwicklung und Selbstbestimmung, 2021, 215 ff.

³⁶ Zur bereicherungsrechtlichen Einordnung von § 285 BGB nur *Hartmann* (Fn. 1), 7 ff.; *Bollenberger*, Das stellvertretende Commodum, 1999, 111 ff.; *Hoffmann*, JURA 2014, 71, 75; *Wilhelm* (Fn. 1), Rn. 91.

³⁷ Zum Anspruch auf das sog. Fehlersurrogat nur etwa *Lobinger*, JuS 1993, 453, 453 ff.; *Hartmann* (Fn. 1), 168 f.; *MüKoBGB/Emmerich*, 10. Aufl. 2025, § 285 Rn. 14; *Jauernig/Stadler*, 19. Aufl. 2023, § 285 Rn. 6.

³⁸ *Röder* (Fn. 1), 516 f.

durch den säumigen Schuldner regelmäßig verhindern könne, indem er auf die Vertragsdurchführung besteht oder sich vom Vertrag löst (!),³⁹ verfehlt das eigentliche Rechtsproblem, nämlich die Frage nach der Herausgabe für den Fall, dass beim Schuldner Verzögerungsvorteile tatsächlich vorhanden sind, weil die Lösung vom Vertrag für den Gläubiger nicht in Betracht kam oder die Durchführung trotz allen ausgeübten Drucks noch eine gewisse Zeit in Anspruch genommen hat.

2. Die Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung

a) Die Übereinstimmung von systematischem und historischem Befund

Stellt man die Frage der normativen Anknüpfung vorerst zurück, speist sich der Rechtsfortbildungsbedarf zugunsten eines Anspruchs auf die Herausgabe der Verzögerungsbereicherung in erster Linie aus der Unvollständigkeit des Schutzes der Obligation im Hinblick auf die Rechtzeitigkeit der Leistung.⁴⁰ Es fehlt ein Pendant zu § 285 BGB, sofern man hier nur Fälle einer Unmöglichkeit i.e.S. erfasst sieht. Und es fehlt damit im Vergleich zum sonst üblichen Rundumschutz subjektiver Rechte ein ganzes Haftungssystem, nämlich das auf Abschöpfung zielende bereicherungsrechtliche.⁴¹ Dass die Gesetzesverfasser diese Lücke bewusst belassen hätten, ist nicht erkennbar. Vielmehr bestehen deutliche Anhaltspunkte dafür, dass man namentlich für die vom Schuldner im Verzug gezogenen Früchte ganz selbstverständlich von einem Herausgabeanspruch des Gläubigers ausging.⁴² So betonte etwa *v. Kübel* in der Begründung seines Vorentwurfs zu den Verzugsfolgen, dass aus der Pflicht zum Ersatz des Verzugsinteresses eine Entschädigungspflicht „nicht bloß für die Früchte“ folge, „die der Schuldner gezogen hat, sondern auch für diejenigen, die der Gläubiger nach seinen Verhältnissen hätte ziehen können.“⁴³ Die Hervorhebung der Ersatzpflicht auch für die dem Gläubiger entgangenen Nutzungen war daran das Wesentliche. Denn dem damaligen Diskussionsstand dürfte die Annahme am besten gerecht werden, dass die vom *Morossus* gezogenen Nutzungen jedenfalls herauszugeben

³⁹ So Röder (Fn. 1), 516.

⁴⁰ Hartmann (Fn. 1), 199 f.

⁴¹ S. auch hierzu bereits Hartmann (Fn. 1), 199 f.; zum Rundumschutz Picker, AcP 183 (1983), 369, 511 ff.; ders., in: FS für Claus-Wilhelm Canaris, Bd. I, 2007, 1016 ff.; Lobinger (Fn. 35), 227 f.; Hartmann (Fn. 1), 21 ff.; Hoffmann (Fn. 35), 35 ff.; Schlüter (Fn. 35), 104 ff.; distanziert MüKoBGB/Ernst (Fn. 6), Einl. SchuldR Rn. 37.

⁴² Vgl. zum Folgenden auch Röder (Fn. 1), 244 ff.

⁴³ So *v. Kübel* zu § 19 des Vorentwurfs, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren [...] – Recht der Schuldverhältnisse I, 1980, 896; s. auch Motive, bei Mugdan II, 36: „Der zum Ersatze des vollen Verzugsinteresses verpflichtete Schuldner müßte, wenn der Untergang oder die Verschlechterung nicht eingetreten wäre, dem Gläubiger den Leistungsgegenstand mit allen Nutzungen ausfolgen, bz. dafür eine besondere Geldentschädigung gewähren“.

waren.⁴⁴ Streit bestand vor allem über die Frage, ob auch für schuldhaft nicht gezogene Früchte gehaftet werden sollte⁴⁵ und wie es sich mit den dem Gläubiger entgangenen Nutzungen verhielt.⁴⁶ Letzteres wurde durch das BGB klargestellt, ohne dass damit aber eine Absage an die älteren Sätze im Übrigen verbunden gewesen wäre.⁴⁷ Konstatieren kann – und muss – man lediglich, dass in der Breite der Diskussionen an dieser Stelle noch keine kodifikationsreife gedankliche Klarheit erreicht war. Denn unter der Überschrift des verzugsbedingten Interesseersatzes wurden schadensersatzrechtliche und bereicherungsrechtliche Fragen bunt gemischt. Nur vereinzelt wurde präzise erkannt, dass auch mit Blick auf den Verzug zwischen dem schadensersatzrechtlichen Interesseersatz und der bereicherungsrechtlichen Pflicht zur Herausgabe der vom Schuldner gezogenen Früchte sowie sonstiger Vorteile zu unterscheiden ist, ohne dabei aber letzteres in Frage zu stellen.⁴⁸ Erst in Ansätzen kamen ferner hinsichtlich der zu leistenden Zinsen und herauszugebenden Früchte auch Zweifel am Mahnungs- und Verschuldenserfordernis auf, sofern man den Verzug nicht ohnehin vom Verschuldenserfordernis ganz frei halten wollte. Denn, so etwa *Dernburg* mit einer erkennbar bereicherungsrechtlichen Erwägung: „Der Schuldner wird in der Regel die Nutzungen des fälligen Kapitals noch gewinnen, während sich die Zahlung hinausschiebt.“⁴⁹

b) Der Fälligkeitszins als prominenter Ausschnitt der allgemeinen Problematik

Die genannten Unsicherheiten spiegeln sich in den Paralleldiskussionen um den mit Art. 298 ADHGB eingeführten verschuldensunabhängigen Fälligkeitszins bei beiderseitigen Handelsgeschäften (heute § 353 HGB). Mit der dogmatischen Einordnung hatte man von Beginn an Schwierigkeiten.⁵⁰ Nur langsam vermochte sich auch hier die Erkenntnis Bahn zu brechen, dass dieser Vorschrift derselbe materiell bereicherungsrechtliche Gedanke zugrunde liegt, wie ihn *Dernburg*

⁴⁴ S. hierfür nur *Madai*, Die Lehre von der Mora, 1837, 337, 343 ff., 351; *F. Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht III. Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der culpa, 1855, 230; *Kniep*, Die Mora des Schuldners nach Römischen und heutigem Recht, Bd. 2, 1872, 258 ff., 275, 633; *Dernburg*, Pandekten, Bd. 2, 1886, 111; *Petrazycki*, Die Lehre vom Einkommen, II. Bd., 1895, 99 f.

⁴⁵ S. nur *Madai* (Fn. 44), 337 ff., 350 f. (verneinend); *Mommsen* (Fn. 44), 230 (bejahend).

⁴⁶ S. nur *Mommsen* (Fn. 44), 230 ff. sowie die Nachw. bei *Röder* (Fn. 1), 246 ff., dessen Schlussfolgerung a.a.O., 249 f. angesichts des selbst vermittelten Bildes allerdings wenig tragfähig erscheint.

⁴⁷ S. zu ihrer – dogmatisch fragwürdigen – Fortführung unter der Ägide von § 286 BGB a.F. Windscheid/*Kipp*, Pandekten, Bd. 2, 9. Aufl. 1906, 152; Oertmann (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 3. u. 4. Aufl. 1910, § 286 Rn. 3.

⁴⁸ Glasklar und m.E. bahnbrechend insoweit *Kniep* (Fn. 44), 258 ff., 426, 641.

⁴⁹ So *Dernburg* (Fn. 44), 111.

⁵⁰ Hierzu ausf. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, 37 ff., 57 ff.

im Zusammenhang der Verzugszinsen zum Ausdruck gebracht hatte.⁵¹ Dieser Gleichlauf belegt, dass hinter § 353 HGB eine im Kern bürgerlichrechtliche Regelung steht.⁵² Denn der Gerechtigkeitsgrund für den Zinsanspruch ist die Abschöpfung eines dem Schuldner nicht (mehr) gebührenden Vorteils; § 353 HGB begründet lediglich die (unwiderlegliche) Vermutung, dass unter Kaufleuten entsprechende Vorteile auch gezogen werden.⁵³ Der grundsätzliche Rechtsfortbildungsbedarf liegt damit aber klar auf der Hand und wird durch die Diskussionen um einen allgemeinen verschuldensunabhängigen Fälligkeitszins⁵⁴ nochmals eindrücklich unterstrichen. Denn der aus einem Kapital gezogene Zins unterscheidet sich in rechtlicher Hinsicht nicht von der aus einem anderen Gegenstand gezogenen Nutzung. Erlangt ein Schuldner infolge der Verzögerung seiner Leistung entsprechende Vorteile, stellt sich gleichermaßen die Frage, ob er diese Vorteile an den Gläubiger herauszugeben hat.

c) Die fehlende Durchschlagskraft denkbarer Einwendungen aus dem Gesetz

Die nach dem bisherigen Befund erforderliche Rechtsfortbildung kommt selbstverständlich nur in Betracht, wenn sie nicht mit gegenläufigen gesetzlichen Grundwertungen kollidiert. Zu denken ist insoweit vor allem an zwei Regelungen, welche die auch für unser Thema zentrale Frage der Zuweisung von Nutzungen adressieren: § 446 S. 2 BGB und § 292 Abs. 2 BGB. Mit beiden Vorschriften könnte eine verschuldensunabhängige Pflicht zur Herausgabe der Verzögerungsbereicherung in Konflikt geraten, sofern man sie lediglich an die Fälligkeit der Leistung und ggf. noch an eine Mahnung knüpft.

§ 446 S. 2 BGB weist beim Kaufvertrag dem Käufer die Nutzungen ab der Übergabe der Kaufsache zu. Für einen Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen, die der Verkäufer im

⁵¹ S. zur bereicherungsrechtlichen Einordnung von § 353 HGB heute nur etwa *Kindler* (Fn. 50), 147 ff., 183; *P. Bydlinski*, ZIP 1998, 1169, 1176; *Karollus*, AcP 198 (1998), 106, 110; *Ebenroth/Boujong/Paulus*, 5. Aufl. 2024, HGB § 353 Rn. 3; vgl. aber auch schon die Erwägung von *Goldschmidt*, ZHR 28 (1882), 63, 80; zur bereicherungsrechtlichen Einordnung der übernommenen Regelung im italienischen und im österreichischen Recht s. nur etwa die Nachw. bei *Kindler* (Fn. 50), 78 ff., 89 ff.

⁵² Vgl. auch *Kindler* (Fn. 50), 183.

⁵³ So auch *Ebenroth/Boujong/Paulus* (Fn. 51), HGB § 353 Rn. 4; *Kindler* (Fn. 50), 147 spricht von einer „Objektivierung“ der Bereicherung; im österreichischen Recht hat man diese Einsicht trotz des Wortlauts („Schaden“) in Teilen der Lit. auch an die verschuldensunabhängige Verzugszinsregelung in § 1333 ABGB angeknüpft, s. hierfür nur etwa *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Rn. B/1/62; *Ertl*, Inflation, Privatrecht und Wertsicherung, 1980, 158 ff.; *W. Jud*, in: FS für Rolf Ostheim, 1990, 115 f.; im deutschen BGB bricht sie immerhin vereinzelt durch, s. § 668 BGB und § 698 BGB (zur bereicherungsrechtlichen Deutung von § 668 BGB s. NK-BGB/*Schwab*, 4. Aufl. 2021, § 668 Rn. 1; BeckOGK/*Riesenhuber*, 1.12.2025, BGB § 668 Rn. 3.1).

⁵⁴ Ausf. *Kindler* (Fn. 50), 183 ff., der allerdings die Brücke zur allgemeinen Frage der Herausgabe einer Verzögerungsbereicherung nicht schlägt und deshalb auch weitere bürgerlichrechtliche Anknüpfungspunkte wie den heutigen § 285 BGB für eine Rechtsfortbildung *de lege lata* nicht nützen kann; s. zu dieser Diskussion ferner nur etwa *Ebenroth/Boujong/Paulus* (Fn. 51), HGB § 353 Rn. 5; *Hirte*, ZBB 1997, 309, 310 f.; *Karollus*, AcP 198 (1998), 106, 107; *P. Bydlinski*, ZIP 1998, 1169, 1176; *Grundmann*, AcP 204 (2004), 569, 592 f.; krit. auch BGHZ 217, 374 Rn. 18.

Verzögerungszeitraum – und damit noch vor der Übergabe – gezogen hat, lässt sich daraus allerdings keine Sperrwirkung ableiten.⁵⁵ So liegt der Regelung entgegen dem von ihr auf den ersten Blick vermittelten Anschein nicht etwa die Vorstellung eines zwingenden Zusammenhangs zwischen Gefahrtragung und Nutzungszuweisung zugrunde; die Gesetzesverfasser haben sich hiergegen sogar explizit verwahrt.⁵⁶ Dass Nutzungszuweisung und Gefahrtragung namentlich im Schuldnerverzug auseinanderlaufen, dem Gläubiger die Nutzungen vielmehr auch schon während dieses Zeitraums gebühren, wurde von den Verfassern sogar ausdrücklich klargestellt, wenn auch an etwas versteckter Stelle, nämlich im Rahmen der Diskussionen um den heutigen § 290 BGB.⁵⁷ Es spricht deshalb alles dafür, § 446 S. 2 BGB eine Aussage lediglich für die Zeit nach der Übergabe zu entnehmen, weil es hier wegen des Trennungs- und Abstraktionsprinzips noch keine „natürliche“ Zuweisung der Nutzungen aufgrund des Eigentums geben muss.⁵⁸ Für die Zeit vor der Übergabe taugt sie aber nicht für einen Umkehrschluss, der auch Konstellationen einer Leistungsstörung umfasst.

§ 292 Abs. 2 BGB vermag ebenfalls kein Hindernis für die Anerkennung eines Anspruchs auf Herausgabe der Verzögerungsbereicherung zu begründen.⁵⁹ Schon ausweislich des in Bezug genommenen Abs. 1 handelt es sich lediglich um eine subsidiäre Vorschrift, die weitergehende Ansprüche aus dem Schuldverhältnis nicht blockiert.⁶⁰ Zutreffend wird deshalb auch in § 292 Abs. 2 BGB lediglich eine Mindesthaftung erblickt.⁶¹ Lässt sich aus dem Schuldverhältnis aufgrund der durch dieses *inter partes* bewirkten Vermögensneuordnung in Fortentwicklung von § 285 BGB ein Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe der vom Schuldner gezogenen Verzögerungsbereicherung ableiten, steht dem § 292 BGB folgerichtig ebenso wenig entgegen, wie die Vorschrift einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB oder einen Schadensersatzanspruch wegen Verzögerung der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB hindert, wenn die Unmöglichkeit oder die Verzögerung der Leistung bereits vor Rechtshängigkeit des Erfüllungsanspruchs eingetreten ist.⁶²

⁵⁵ So aber *Helms*, Gewinnherausgabe, 2007, 335; *U. Huber*, Leistungsstörungen, Bd. II, 1999, 29 f.; (jeweils mittelbar auch) *Staudinger/Caspers*, 2025, § 285 Rn. 50; *Soergel/Benicke/Grebe*, 13. Aufl. 2014, § 285 Rn. 84; *BeckOGK/Dornis*, 1.6.2024, BGB § 285 Rn. 115.

⁵⁶ Motive, bei *Mugdan II*, 180; *Hartmann* (Fn. 1), 67 Fn. 327; *Röder* (Fn. 1), 245 f.

⁵⁷ S. Prot. 1. Komm. bei *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, 1978, 322; etwas versteckt auch Motive, bei *Mugdan II*, 36 („müßte [...] dem Gläubiger den Leistungsgegenstand mit allen Nutzungen ausfolgen [...]“).

⁵⁸ So schon *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 45; *Hartmann* (Fn. 1), 67.

⁵⁹ *Wilhelm* (Fn. 1), Rn. 93a–b; anders noch *ders.*, ZRP 1986, 62, 64 Fn. 24.

⁶⁰ S. hierfür nur auch Motive, bei *Mugdan II*, S. 30 f.

⁶¹ S. *MüKoBGB/Ernst* (Fn. 6), § 292 Rn. 1 und 6; *ErmanBGB/Hager* (Fn. 7), § 292 Rn. 1; bildlich sprach *Kniep* von der Mahnung als „eine Art Vorposten der *litiscontestatio*“, s. *dens.* (Fn. 44), 620, 626.

⁶² Im Ansatz richtig erkannt auch von *U. Huber*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, 1981, 675, 807, der die §§ 287 und 292 BGB zusammenführen und dabei den Nutzungsherausgabeanspruch in einem neu zu schaffenden § 287 Abs. 2 BGB bereits an den Verzug und nur subsidiär an die Rechtshängigkeit (§ 287 Abs. 3 E-Huber) anknüpfen wollte.

3. Die dogmatischen Einzelfragen

a) Die Anspruchsgrundlage

Wer einen Anspruch auf Herausgabe der Verzögerungsbereicherung bejaht, knüpft zumeist an den heutigen § 285 BGB an.⁶³ Das ist systematisch überzeugend, weil es sich hierbei um eine leistungsstörungenrechtliche Sonderregelung mit Abschöpfungscharakter handelt, deren Inanspruchnahme im Störungsfall der Leistungsverzögerung näherliegt als ein Rückgriff auf das allgemeine Bereicherungsrecht. Die unmittelbare Anwendbarkeit wird allerdings bezweifelt, weil man bei reinen, d.h. nicht hinderungs- oder erschwernisbedingten Verzögerungen nicht von einer „Unmöglichkeit der Leistung“ i.S.v. § 275 BGB sprechen zu können meint.⁶⁴ Der Tragfähigkeit der Lehre von einer durch die Verzögerung bedingten „Unmöglichkeit *quoad tempus*“ wird misstraut.⁶⁵ Indes basieren die Regelungen des BGB nachweislich auf dieser Vorstellung. Der Verzug sollte eine „theilweise Unmöglichkeit der Erfüllung [...] in Ansehung der Zeit“ bewirken.⁶⁶ Eben deshalb parallelisierte man ursprünglich auch die Voraussetzungen für einen Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei teilweiser Unmöglichkeit und bloßem Verzug (Erfordernis des Interessefortfalls, s. §§ 280 Abs. 2, 325 Abs. 1 S. 2 a.F. und §§ 286 Abs. 2, 326 Abs. 2 BGB a.F.).⁶⁷ Es ist nicht erkennbar, dass diese Grundvorstellung heute nicht mehr tragfähig sein sollte.⁶⁸ Denn dass die Leistung in Ansehung der seit Fälligkeit verstrichenen Zeit nicht nachholbar und deshalb insoweit (naturgesetzlich) „unmöglich“ geworden ist, lässt sich nicht bestreiten.⁶⁹ Die Ursache hierfür kann für den dadurch bewirkten Ausschluss der Leistungspflicht gem. § 275 Abs. 1 BGB als Voraussetzung von § 285 Abs. 1 BGB keine Rolle spielen.⁷⁰ Das wird in den Fällen einer absoluten Fixschuld deutlich. Denn hier kommt es für den Eintritt der gänzlichen Unmöglichkeit i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB allein darauf an, dass der Schuldner bis zum relevanten Zeitpunkt nicht geleistet hat. Warum er das nicht getan hat, ist für den vollständigen Wegfall der Leistungspflicht nicht von Bedeutung. Folgerichtig

⁶³ S. die Nachw. o. Fn. 12 und Fn. 15.

⁶⁴ Offen gelassen von *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 42 f.; differenzierend zwischen vorübergehender Unmöglichkeit und Verzögerung ohne Leistungsschwerung *Hartmann* (Fn. 1), 184 ff., 196 ff.

⁶⁵ Unentschlossen *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 42 f.; ablehnend bei reinen Verzögerungen *Hartmann* (Fn. 1), 197 f.; generell ablehnend *Nastelski*, JuS 1962, 289, 291 f.

⁶⁶ Motive, bei *Mugdan* II, 31.

⁶⁷ Hierzu Prot. bei *Mugdan* II, 537 (zu § 247 E1) i.V.m. 532 (Antrag 1 zu § 242 E1); Motive, bei *Mugdan* II, 116; alles übersehen bzw. missachtet von *Nastelski*, JuS 1962, 289, 291 f. (s. aber immerhin a.a.O., 295). Dieser exakte Gleichlauf besteht heute nicht mehr (s. § 281 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB). Es gibt allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Verf. des SchModG mit dieser Differenzierung bewusst gegen die hier relevante gedankliche Grundlage des Gesetzes gestellt haben sollten (vgl. auch das Bsp. in BT-Drs. 14/6040, 140 sowie *MüKoBGB/Ernst* 9. Aufl. 2022, § 281 Rn. 70 [„wie nach § 326 aF der Interessefortfall des Gläubigers das entscheidende Moment“]).

⁶⁸ Anders *Hartmann* (Fn. 1), 197 f.

⁶⁹ So trotz Ablehnung auch *Nastelski*, JuS 1962, 289, 291; *Hartmann* (Fn. 1), 197.

⁷⁰ Anders *Hartmann* (Fn. 1), 197 f., der aus dem Verweis in § 285 BGB auf § 275 BGB das Erfordernis einer Leistungsschwerung im Vorfeld des Unmöglichkeitseintritts ableitet.

kann dann aber auch für die Frage einer teilweisen Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit aufgrund einer Verzögerung der Leistung nichts anderes gelten. Solange man § 285 BGB nur überhaupt bei einer teilweisen Unmöglichkeit für anwendbar hält,⁷¹ ist man deshalb in der weiteren Folge an dieser Stelle noch nicht auf eine Analogie verwiesen.

Analogiebedarf kann jedoch an anderer Stelle auftreten. So erweist sich die Voraussetzung, dass der Schuldner für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt haben muss, vielfach als zu eng.⁷² Das betrifft weniger den Umstand, dass ein Verzögerungsvorteil regelmäßig nicht an die Stelle des eigentlichen Leistungsgegenstands, sondern neben diesen tritt.⁷³ Denn wenn nicht nur die Erlangung des Leistungsgegenstands überhaupt, sondern ausweislich der Verzugsregelung auch dessen rechtzeitige Erlangung Inhalt der Leistungspflicht – und damit in einem weiteren Sinne deren Gegenstand ist –, kann auch ein Ersatz oder Ersatzanspruch, den der Schuldner infolge der Verzögerung erlangt, insoweit an die Stelle des Leistungsgegenstands i.w.S. treten.⁷⁴ Kaum mehr unter den Wortlaut von § 285 BGB zu bringen ist jedoch der im Fall einer Leistungsverzögerung besonders relevante Schuldnervorteil gezogener Nutzungen. Selbst wenn sich Miet- oder Pachteinahmen (§§ 100, 99 Abs. 3 BGB) noch als *commodum ex negotiatione* konstruieren lassen, scheitert man doch spätestens bei bloßen Gebrauchsvorteilen (§ 100 BGB), die ebenfalls einen abschöpfbaren geldwerten Vorteil begründen können.⁷⁵ Dass diese textliche Unvollständigkeit von § 285 BGB mit Blick auf eine Verzögerungsbereicherung sodann allerdings im Wege einer Analogie überwunden werden muss, liegt auf der Hand.⁷⁶ Denn die Abschöpfungsfunktion der Norm lässt ihren eng gefassten Tatbestand bereits generell als unvollendet erscheinen. Erst recht muss das mit Blick auf die Herausgabe einer Verzögerungsbereicherung gelten, sobald man erkennt, dass § 285 BGB den dogmatisch überzeugendsten Anknüpfungspunkt für die Schließung einer Lücke bildet, die nicht nur generell systemwidrig erscheint, sondern auch dem nachweisbaren, in den Diskussionen um den verzögerungsbedingten Interesseersatz allerdings fehllozierten gesetzgeberischen Regelungsplan widerspricht.

b) Die Haftungsvoraussetzungen

Greift man für den Anspruch auf Herausgabe einer Verzögerungsbereicherung auf § 285 BGB zurück, ist Mindestvoraussetzung, dass eine fällige Leistung nicht erbracht wurde; auf ein Vertretenmüssen des Schuldners kann es dabei nicht ankommen.⁷⁷ Fraglich ist allerdings, ob entsprechend § 286 Abs. 1 BGB eine *Mahnung* zu fordern ist.⁷⁸ Die Mahnung wird als „Gebot billiger Rücksichtnahme“ aufgefasst,⁷⁹ weil sie dem Schuldner die Einsicht ermöglichen soll, dass ein weiteres Ausbleiben der Leistung Nachteile für ihn zur Folge haben

⁷¹ So zutreffend die g.h.M.; s. nur BGHZ 129, 103, 106; BGH NJW 2008, 989, 991; Hartmann (Fn. 1), 167; BeckOGK/Dornis (Fn. 55), BGB § 285 Rn. 62; jurisPK-BGB/Seichter, 10. Aufl. 2023, § 285 Rn. 9.

⁷² Zutreffend Röder (Fn. 1), 253.

⁷³ Ausf. hierzu Hartmann (Fn. 1), 192 ff.

⁷⁴ S. Hartmann (Fn. 1), 193.

⁷⁵ So Röder (Fn. 1), 253; s. auch die begriffliche Unterscheidung in § 818 Abs. 1 BGB.

⁷⁶ S. nur Hartmann (Fn. 1), 227 f., 240.

⁷⁷ Zutreffend Schulz, AcP 105 (1909), 1, 46; Hartmann (Fn. 1), 195, 201.

⁷⁸ Wohl verneinend Schulz, AcP 105 (1909), 1, 44, 46; bejahend Hartmann (Fn. 1), 194 f., 201.

⁷⁹ So U. Huber, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, 412.

kann („Warnfunktion“).⁸⁰ Anders als beim Schadensersatz drohen dem Schuldner bei einem rein abschöpfenden Anspruch solche Nachteile allerdings nicht auf Anhieb. Das ändert sich erst, wenn er analog § 818 Abs. 3 BGB den Wegfall einer Verzögerungsbereicherung geltend macht⁸¹ und hiermit wegen der bei ihm liegenden Beweislast nicht durchdringt. Denkbar ist ebenfalls, dass er wegen des Wegfalls der Verzögerungsbereicherung auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird.⁸² In solchen Fällen sollte man die genannten Nachteile für den Schuldner nur greifen lassen, wenn eine Mahnung erfolgt oder entsprechend § 286 Abs. 2 BGB entbehrlich gewesen ist. Eine erwiesenermaßen noch vorhandene Verzögerungsbereicherung ist dagegen unabhängig von einer Mahnung nach § 285 BGB (analog) herauszugeben.

Hinsichtlich der *Kausalität* der Verzögerung für die Vorteilserlangung werden sich in den hier verfolgten Fällen regelmäßig keine Schwierigkeiten ergeben. Anderes gilt für die nach § 285 BGB erforderliche *Identität* des Gegenstands, der dem Gläubiger entgeht und für den der Schuldner einen Ersatz erhält.⁸³ Auf die verzögerungsbedingte zeitanteilige Unmöglichkeit übertragen setzt das voraus, dass der vom Schuldner erlangte Vorteil in einem spezifischen Zusammenhang mit der Verfügbarkeit der Leistung, wie sie dem Gläubiger ab Fälligkeit zukommen soll, stehen muss. Nur dann hat sich der Schuldner *inter partes* nicht mehr aus dem eigenen, sondern aus dem Vermögen des Gläubigers bereichert.⁸⁴ Namentlich die vom Schuldner während seiner Säumnis aus dem Leistungsgegenstand gezogenen Nutzungen stellen deshalb unproblematisch eine relevante Verzögerungsbereicherung dar, sofern der Gläubiger im Fall rechtzeitiger Erfüllung zur Ziehung von Nutzungen aus dem Gegenstand befugt gewesen wäre. Gleiches gilt bei Kaufverträgen für einen Mehrerlös, den der Verkäufer einer Gattungssache erzielt hat, weil er das einzige zur rechtzeitigen Erfüllung vorhandene Stück an einen Dritten veräußert und so die wegen der notwendigen Nachbestellung eintretende Verzögerung verursacht hat.⁸⁵ Zweifel aufwerfen müsste demgegenüber eine säumnisbedingte Verbilligung der Beschaffungsmöglichkeit für den Schuldner. Ergibt sich diese lediglich aus dem üblichen Marktgeschehen, fehlt es an dem erforderlichen spezifischen Zusammenhang. Gewährt dagegen der Zulieferer des Schuldners diesem gerade wegen der von ihm verursachten Verzögerung einen Preisnachlass, kann hierin ein gem. § 285 BGB abschöpfbarer Vorteil liegen.⁸⁶ Bei verzögerungsbedingten Schadensersatzansprüchen des Schuldners gegen seinen Zulieferer, einen Vorunternehmer o.ä. ist ebenfalls zu differenzieren. Muss man davon ausgehen, dass diese Ansprüche allein den durch die Verzögerung des Vormannes verursachten Ei-

⁸⁰ BeckOGK/Dornis (Fn. 55), BGB § 286 Rn. 131; Staudinger/Feldmann (Fn. 6), § 286 Rn. 29; Lobinger (Fn. 35), 314.

⁸¹ S. Hartmann (Fn. 1), 260 ff.; die h.M. will demgegenüber § 275 BGB zur Anwendung bringen, was aber nur dann zum richtigen Ergebnis führt, wenn man in § 285 BGB eine reine „Abgabeschuld“ und keine Beschaffungsschuld erblickt (so BeckOGK/Dornis [Fn. 55], BGB § 285 Rn. 108; implizit auch Staudinger/Caspers [Fn. 55], Rn. 51; MüKoBGB/Emmerich [Fn. 37], Rn. 32).

⁸² Zur Frage der Anspruchsgrundlage unten III. 3. c) bb).

⁸³ RGZ 88, 287, 288; BGHZ 25, 1, 8 f.; BGHZ 221, 100 Rn. 99; BeckOGK/Dornis (Fn. 55), BGB § 285 Rn. 89; Staudinger/Caspers (Fn. 55), § 285 Rn. 43; ausf. Hartmann (Fn. 1), 207 ff.

⁸⁴ S. hierzu Hartmann (Fn. 1), 210.

⁸⁵ Das gilt unabhängig von einer Konkretisierung, so wie es auch für einen Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB bei Gattungsschulden unerheblich ist, ob bereits Konkretisierung eingetreten war; allgemein zur begrenzten Bedeutung der Konkretisierung Ernst, in: GS für Brigitte Knobbe-Keuk, 1997, 49, 89 ff.

⁸⁶ Abzulehnen aber wohl, wenn dies als freiwillige Leistung allein an den Schuldner anzusehen wäre, vgl. hierzu allgemein nur etwa BeckOGK/Dornis (Fn. 55), BGB § 285 Rn. 82.

genschieden des Schuldners kompensieren sollen (einschließlich eines etwaigen Haftungsschadens), fehlt der spezifische Zusammenhang mit der verkürzten Rechtsposition des Gläubigers. Kann man die Ansprüche des Schuldners dagegen auch für eine Liquidation des beim Gläubiger anfallenden Drittschadens einsetzen,⁸⁷ stellt sich die Lage anders dar. Im Umfang dieses Schadens liegt dann folgerichtig auch ein gem. § 285 BGB abschöpfbarer Verzögerungsvorteil beim Schuldner vor.

c) Die Haftungsfolgen

aa) Primäranspruch

Der säumige Schuldner hat dem Gläubiger den soeben näher umschriebenen Verzögerungsvorteil einschließlich hieraus gezogener Nutzungen primär in Natur herauszugeben.⁸⁸ Aufgrund des Abschöpfungscharakters von § 285 BGB bestehen dabei keine Beschaffungspflichten.⁸⁹ Unbeschadet von Sekundäransprüchen greift bei einem Verlust des erlangten Vorteils folgerichtig § 818 Abs. 3 BGB analog.⁹⁰ In Abzug gebracht werden können in der weiteren Folge auch Gewinnungskosten (§ 102 BGB) sowie notwendige Verwendungen bzw. Aufwendungen für den Erhalt und ggf. die Nutzung eines herauszugebenden gegenständlichen Vorteils.⁹¹ Einwenden kann der Schuldner ferner, dass er den in Frage stehenden Vorteil bei pünktlicher Leistung ebenso bzw. mit einem unter dem Vorteilswert liegenden Aufwand hätte erzielen können. In diesem Fall beschränkt sich der Anspruch des Gläubigers auf Wertersatz in Höhe des ersparten Aufwands für die hypothetische Vorteilserlangung.⁹² Gleiches gilt von vornherein, wenn der erlangte Verzögerungsvorteil in Natur nicht herausgegeben werden kann, was insbesondere auf Gebrauchsvorteile zutrifft.⁹³

bb) Sekundäransprüche

Die Frage nach Sekundäransprüchen stellt sich, wenn vom Schuldner während der Verzögerungszeit gezogene Früchte verbraucht, verarbeitet oder vermischt wurden bzw. in anderer Weise untergegangen sind. Entgegen der h.M. ist auch

⁸⁷ Grundsätzlich ablehnend BGHZ 95, 128, 136; bejahend dagegen etwa *Karczewski*, NZBau 2025, 154, 161 Rn. 56; *Bolz*, IBR 2025, 219, 219; diese Frage kann hier nicht vertieft werden.

⁸⁸ Allgemein zum Vorrang der Naturalherausgabe *Hartmann* (Fn. 1), 248 ff.; zum Einschluss der Nutzungsherausgabe BeckOGK/*Dornis* (Fn. 55), BGB § 285 Rn. 115.

⁸⁹ S. nur BeckOGK/*Dornis* (Fn. 55), BGB § 285 Rn. 108 („Abgabeschuld“).

⁹⁰ Die g.h.M. will demgegenüber § 275 BGB anwenden, s. hierzu bereits o. Fn. 81.

⁹¹ Vgl. hierzu allgemein *Hartmann* (Fn. 1), 262 ff.; zu eng demgegenüber die h.M. zu § 285 BGB, s. hierfür nur etwa MüKoBGB/*Emmerich* (Fn. 37), § 285 Rn. 31.

⁹² Vgl. *Hartmann* (Fn. 1), 298 f.; hat der Schuldner die Leistung einer Gattungssache verzögert, um durch Veräußerung des an sich für den Gläubiger vorgesehenen Stückes einen Mehrerlös zu erzielen, muss deshalb auch nicht zwingend dieser Erlös vollständig herausgegeben werden, wenn es (analog § 287 ZPO, s. hierzu nur BGH NJW 1983, 929, 930) naheliegend erscheint, dass sich der Gläubiger für eine gewisse Gewinnbeteiligung auf eine Stundung eingelassen hätte.

⁹³ Die Bemessung hat nach dem hypothetischen Verlauf beim Schuldner im Fall einer pünktlichen Leistung zu erfolgen, weshalb nicht etwa pauschal ersparte Mietkosten veranschlagt werden können.

hier im Rahmen einer vermögensmäßig noch vorhandenen Bereicherung analog § 818 Abs. 2 BGB ein verschuldensunabhängiger Wertersatzanspruch anzuerkennen.⁹⁴ Eine (verschuldensabhängige) Schadensersatzhaftung kommt daneben nur in Betracht, wenn hinsichtlich der eigentlichen Leistungspflicht eine Mahnung vorlag oder eine solche entbehrlich war.⁹⁵ Mit der g.h.M. wird man als Grundlage dieser Haftung die §§ 280 ff. BGB und nicht §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB heranzuziehen haben,⁹⁶ weil die sehr weitgehende Privilegierung des Kondiktionsschuldners durch § 819 Abs. 1 BGB kaum zu einer leistungsstörungenrechtlichen Konstellation mit regelmäßig bekannten Primärleistungspflichten passt.⁹⁷

cc) Die Frage der Gegenleistung

Bei gegenseitigen Verträgen darf durch den Anspruch auf Herausgabe der Verzögerungsbereicherung die bewusste Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung ebenso wenig beeinträchtigt werden wie im originären Anwendungsbereich von § 285 BGB. Es bedarf folglich einer Übertragung auch der Grundwertung aus § 326 Abs. 3 BGB. Dem entspricht es, dass ein Gläubiger die Verzögerungsvorteile des überfälligen Schuldners nur dann abschöpfen kann, wenn er seinerseits die Vorteile an den Schuldner auskehrt, die er während der Säumnis noch aus dem von ihm zurückgehaltenen Leistungsgegenstand gezogen hat. In der Regel wird der Gläubiger deshalb den von ihm geschuldeten Preis zu verzinsen haben, sofern er vom Schuldner die Verzögerungsbereicherung herausverlangt.⁹⁸ Analog § 320 BGB muss der Schuldner seine Verzögerungsbereicherung nur Zug um Zug gegen Auskehr dieses Gläubigervorteils herausgeben. Anders kann sich die Lage in zwei Fällen darstellen.⁹⁹ War die Gegenleistung im Unterschied zur Leistung noch nicht fällig (etwa aufgrund einer Stundungsabrede), kommt ein Rückgriff auf § 320 BGB nicht in Betracht. Allerdings muss hier im Rahmen der Auslegung des Vertrags präzise geprüft werden, ob mit der Stundungsabrede nicht auch ein etwaiger Anspruch auf Herausgabe der Verzögerungsbereicherung abbedungen sein soll. Unzweifelhaft ist demgegenüber die Unanwendbarkeit von § 320 BGB, wenn der Gläubiger seinerseits bereits (vor-)geleistet hatte und somit der überfällige Schuldner die doppelten Vorteile genießen könnte:

⁹⁴ So auch *Hartmann* (Fn. 1), 253 f.; zu § 281 BGB a.F. s. BGB-RGRK/*Alff*, 12. Aufl. 1976, § 281 Rn 2; zur Bedeutung der Mahnung für die Beweislastverteilung i.R.d. Entreicherung s. o. III. 3. b); die h.M. beschränkt den Gläubiger demgegenüber auf Schadensersatzansprüche aus §§ 280 ff. BGB, s. *Staudinger/Caspers* (Fn. 55), § 285 Rn. 51; *BeckOGK/Dornis* (Fn. 55), BGB § 285 Rn. 116.

⁹⁵ S. o. unter III. 3. b).

⁹⁶ S. hierfür nur etwa *Staudinger/Caspers* (Fn. 55), § 285 Rn. 51; *BeckOGK/Dornis* (Fn. 55), BGB § 285 Rn. 116; übereinstimmend auch *Hartmann* (Fn. 1), 265 ff.; anders *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 14.

⁹⁷ Dass die bereicherungsrechtlichen Sekundäransprüche bei absoluten und relativen Rechten nicht identisch ausgestaltet sein müssen, bestätigt auch der Vorbehalt in § 292 Abs. 1 a.E. BGB.

⁹⁸ So im Grundsatz auch *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 46; dabei ist allerdings nicht auf § 288 BGB zurückzugreifen, sondern der konkrete Vorteil des Gläubigers (tatsächlich gezogene Zinsen, ersparte Zinsen) zu veranschlagen.

⁹⁹ S. hierzu auch *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 46.

aus der Nichterbringung der eigenen Leistung sowie aus der Verfügbarkeit der bereits erhaltenen Gegenleistung. Vorbehaltlich besonderer Parteiabsprachen wird hier der mangelnde Behaltensgrund für die Verzögerungsbereicherung des Schuldners nach der *lex contractus* besonders augenfällig – und damit auch die Notwendigkeit der Anerkennung eines Herausgabeanspruchs des Gläubigers.

Ruhendes Eigentum?

Zusammengesetzte Sachen und das Erbe des römischen Rechts

Sebastian Lohsse

I. Eine kurze Problem- und Begriffsgeschichte

Ein Bild hat Karriere gemacht. Noch im 19. Jahrhundert war die heute verbreitete Redeweise davon, die römischen Juristen hätten in bestimmten Fällen der Verbindung einer zuvor selbständigen beweglichen Sache mit einer anderen Sache ein Eigentum gekannt, das „ruht“ oder gar „schläft“¹, keineswegs Allgemeinplatz,² teils widersprach man der von namhaften Pandektisten geäußerten Vorstellung³ geradezu.⁴ Im Kern ging es freilich nicht um das bloße Bild. Vielmehr stritt man über die Sachfrage, ob derartige Verbindungen, sofern sich nur die eine der Sachen als Hauptsache, die andere als Nebensache begreifen ließ, nach Auffassung der römischen Juristen stets zu einer wenigstens vorübergehenden Änderung der Eigentumslage an der Nebensache führten. Weithin bejahte man das: Der Eigentümer der Hauptsache erwerbe mit Verbindung stets Eigentum an der Nebensache; nur lebe, wenn die Verbindung sich ohne weiteres rückgängig machen lasse, das ursprüngliche Eigentum an der Nebensache mit Auflösung der Verbindung wieder auf.⁵ Nach der Gegenauffassung sollten al-

¹ Nachweise unten ab Fn. 15.

² Insoweit ganz nüchtern dargestellt sind die Rechtsfolgen der *accessio* etwa bei *Puchta*, *Pandekten*, 12. Aufl. 1877, § 164 (246 ff.); *dems.*, *Cursus der Institutionen*, Bd. 2, 10. Aufl. 1893, § 242 (222 ff.).

³ S. insbesondere *Bekker*, *System des heutigen Pandektenrechts*, 1. Bd., 1886, § 71 A (295); *Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 1, 9. Aufl. 1906, § 188 Fn. 13 und § 189 (978); *Demburg*, *Pandekten*, 1. Bd., 7. Aufl. 1902, § 209 (487 f.).

⁴ Bisweilen begründete man den Widerspruch sachlich, indem man sich gegen die dem schlafenden Eigentum zugrunde liegenden Vorstellungen von der Rechtslage wandte, so etwa *Brinz*, *Lehrbuch der Pandekten*, 1. Bd., 2. Aufl. 1873, § 146 I (556); bisweilen wandte man sich aber auch nur gegen den Begriff als solchen, so etwa *Bechmann*, *Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession*, 1867, 47.

⁵ In diesem Sinne etwa *Wächter*, in: *Weiske* (Hrsg.), *Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten*, 1. Bd., 1839, 19 f., 30 f.; *Demelius*, *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht*, 1872, 108–122; *Brinz* (Fn. 4), § 146 I (554 ff.); *Pernice*, *Labeo*, Bd. 2, 1878, 148 mit Fn. 3; ursprünglich auch *Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 1, 1. Aufl. 1862, § 189 (485), doch s.u. Fn. 15. – Umfangreiche weitere Nachweise bei *Guarneri Citati*, *Annali dell' Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della R. Università di Messina I* (1927), 19 (36 Fn. 1) und bei *Holtböfer*, *Sachteil und Sachzubehör im römischen und im gemeinen Recht*, 1972, 133 Fn. 146.

lein Verbindungen, die ohne Schaden nicht rückgängig zu machen waren, zu einem – dann auch dauernden – Übergang des Eigentums an der Nebensache auf den Eigentümer der Hauptsache führen. Lösbare Verbindungen aber sollten das Eigentum an der Nebensache im Grunde unberührt lassen; nur sei die Rechtsposition des Eigentümers dadurch beschränkt, dass er die *rei vindicatio* nicht unmittelbar anstrengen könne, sondern zuvor gezwungen sei, die Abtrennung seiner Nebensache mithilfe einer *actio ad exhibendum* zu erwirken.⁶

Zu einer echten Streitfrage war das Schicksal des Eigentums an der Nebensache erst unter den Pandektisten geworden. Zwar lassen sich auch im älteren Schrifttum unterschiedliche Positionen identifizieren, doch hatte man die Frage, wer für die Zeit der Verbindung als Eigentümer der Nebensache als solcher anzusehen sei, dort oftmals nicht in dieser Zuspitzung gestellt.⁷ Manche hatten in der Tat ausdrücklich die Nebensache als solche im Blick, dann allerdings betont, bei schadlos lösbarer Verbindung verbleibe die Nebensache als solche im Eigentum ihres ursprünglichen Eigentümers.⁸ Andere dagegen hatten sich ganz auf das Eigentum an der Hauptsache konzentriert und insoweit festgehalten, die *accessio* sei Eigentumserwerbsgrund, indem sich das Eigentum an der Hauptsache auf die Nebensache als deren Teil erstrecke.⁹ Das lässt sich so verstehen, als habe man zugleich die Vorstellung gehabt, der Eigentümer der Nebensache verliere einstweilen sein Eigentum und erlange es bei lösbarer Verbindung erst mit der (erzwingbaren) Ablösung zurück.¹⁰ Zwingend ist dieses Verständnis der Äußerungen zur Rechtsstellung des Eigentümers der Hauptsache indes nicht. Immerhin hatte Vinnius die beiden Positionen in seinem Institutionenkommentar dertat auszusöhnen vermocht, dass die Redeweise von einem Eigentumserwerb des Eigentümers der Hauptsache gerade keinen Eigentumsverlust des Eigentümers der Nebensache zur Folge hatte: Beim Einbau fremden Materials in ein Gebäude könne man sowohl das Gebäude als solches in den Blick nehmen und von Eigentum am Gebäude als solchem einschließlich des verbauten Materials sprechen als auch den Blick allein auf das verbaute Material lenken und feststellen, das Eigentum an diesem Material sei durch den Einbau unberührt geblieben.¹¹

⁶ Thibaut, System des Pandektenrechts, 2. Bd., 8. Aufl. 1833 (Neudr. 1982), § 741 (259); Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 8. Aufl. 1874, § 152 (231 f.); Baron, Pandekten, 8. Aufl. 1893, § 139 pr. (257 f.); Bekker (Fn. 3), § 71 A (295); Windscheid (Fn. 3), § 188 mit Fn. 13, § 189 (978); Schmölders, Das Eigentum an den in ein Gebäude verwandten Baumaterialien, 1885, 19–22. – Umfangreiche weitere Nachweise bei Guarneri *Citati* (Fn. 5), 36 Fn. 2 und bei Holtböfer (Fn. 5), 134 Fn. 147 f.

⁷ Anders Holtböfer (Fn. 5), 129–131 mit umfangreichen Nachweisen in Fn. 137, der eine Diskussion gerade über das Eigentum am Bestandteil zu erkennen meint.

⁸ So Christian Wolff, Ius Naturae Methodo Scientifica Pertractatum, Teil II, Halle (Saale) 1742, cap. 2, § 386: Si res aliena, quae rei tuae accedit, absque rerum detrimento ab eo separari possit, ea manet domini sui.

⁹ In diesem Sinne etwa Donellus, Commentaria de iure civili, lib. IV, cap. 37 (= Opera omnia, Bd. 1, 1840, Sp. 929 ff.).

¹⁰ So die Deutung Holtböfers, soeben Fn. 7.

¹¹ Arnold Vinnius, In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius, Amsterdam 1659, ad Inst. 2, 1, 29 *nec tamen is* (155).

Gerade diese Deutung indes erschien immer wieder¹² und so auch manchen Pandektisten unvorstellbar: „Daß einer *dominus totius rei*, ein anderer daneben Eigenthümer an einem Theile sei, ist unbegreiflich“.¹³ Wollte man nicht daran rütteln, den Eigentümer der Hauptsache auch nach Hinzufügung eines Theils als Eigentümer der ganzen Sache zu betrachten, so lag in der Tat die Annahme nahe, der Eigentümer der Nebensache verliere sein Eigentum vorübergehend. Unter den Pandektisten war das zumindest anfangs sogar die geradezu herrschende Vorstellung.¹⁴

Mit der Redeweise vom schlafenden oder ruhenden Eigentum wandte man sich gegen eben jene Auffassung vom zwischenzeitlichen Eigentumsverlust; zwar habe der Eigentümer der Hauptsache Eigentum an ihr als ganzer einschließlich des hinzugefügten Theils, doch sei dadurch „dasjenige Eigenthumsrecht, welchem das Eingefügte als besondere Sache unterliegt, nicht aufgehoben“.¹⁵ Sofern man den Begriff verwandte, verbildlichte er also regelmäßig keinen Eigentumsüber- oder -untergang, sondern beschrieb nur die prozessuale Besonderheit, dass der Eigentümer der Nebensache mithilfe der *actio ad exhibendum* die Ablösung der Sache betreiben musste, bevor er sie vindizieren konnte.¹⁶ Noch Johows Begründung seines Vorentwurfs zum Sachenrecht zeugt von diesem Begriffsverständnis: Die Vorstellung eines ruhenden Eigentums an der Nebensache während der Dauer ihrer Verbindung habe man „nur dann nöthig, wenn man, wie die Römer, davon ausgeht, der Eigenthumsanspruch auf Herausgabe (*rei vindicatio*) habe die thatsächliche abgesonderte Existenz der Sache zur Voraussetzung.“¹⁷

Mit der Gesetzgebung zum BGB sollte sich das verfestigte Verständnis des Begriffs freilich wandeln. Schon die Motive verwenden das Bild vom ruhenden Eigentum nicht mehr als Kürzel dafür, dass Herausgabe der Sache erst nach ihrer (mit der *actio ad exhibendum* erzwingbaren) Absonderung verlangt werden

¹² S. etwa noch *Meincke*, SZ 88 (1971), 136 (150): „Es ist daher nicht denkbar, daß dem einen der Inbegriff von Gegenständen gehört, während die Gegenstände selbst einem anderen zuzurechnen sind.“

¹³ *Brinz* (Fn. 4), § 146 (556).

¹⁴ Die Nachweise s.o. Fn. 5. Selbst in der letzten Auflage seines Pandektenrechts ist diese Ansicht, die *Windscheid* ursprünglich selbst vertreten hatte (s.o. Fn. 5), noch als „die gewöhnliche Auffassung“ bezeichnet, *Windscheid* (Fn. 3), § 188 Fn. 13. Entgegen *Windscheids* Wahrnehmung insoweit mit Recht differenzierend *Holthöfer* (Fn. 5), 132–134 m.w.N.

¹⁵ So *Windscheid* erstmals in der 4. Aufl. seines Pandektenrechts, Bd. 1, Düsseldorf 1875, § 188 (601) und § 189 (605): „Nur die Kategorie des ruhenden Rechts [...] leistet den erforderlichen Dienst.“; s. aber zu den Vorauslagen sogleich Fn. 16.

¹⁶ S. etwa *Göppert*, Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamt-Sachen, 1871, 84; *Bekker* (Fn. 3), § 71 A (295); *Ney*, Institutionen und Pandekten, Bd. 1, Berlin 1891, Nr. 676 (135) – anders, soweit ersichtlich, nur *Windscheid*, der das Bild des Ruhens bis zur 3. Aufl. seines Pandektenrechts noch zur Kennzeichnung der Auffassung verwendet hatte, gegen die er dasselbe Bild dann seit der 4. Aufl. (Fn. 15) ins Feld führte: Der Eigentümer der Hauptsache erwerbe das Eigentum auch an der Nebensache, und erst mit Auflösung der Verbindung falle das Eigentum an den ursprünglichen Eigentümer zurück. Weil dessen Eigentum damit „nicht definitiv verloren sei“, könne man es auch als ruhend bezeichnen.

¹⁷ *Jobow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Sachenrecht. Begründung, Bd. 1, 1880, 807, in: Werner Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, Teil 1, 1982, 941.

konnte. Stattdessen erscheint das ruhende Eigentum hier in der Schilderung des römischen Rechts beschränkt auf den Fall des Einbaus fremder Materialien in ein Gebäude¹⁸ und damit auf den Fall, in dem die Absonderung infolge des entsprechenden Zwölftafelsatzes¹⁹ gerade nicht möglich war. Guarneri Citati und Ratti, die die pandektistische Kontroverse in der Sache noch einmal austrugen,²⁰ bedienten sich dagegen einmal mehr des in der Pandektistik etablierten Begriffsverständnisses,²¹ während Kaser dann wiederum von ruhendem Eigentum allein für den Fall der Verbindung beweglicher Sachen mit Gebäuden sprach.²²

So fest das Bild als solches seitdem etabliert ist, so bunt ist es heute zugleich geworden. Fast aller Orten ruht das Eigentum im modernen romanistischen Schrifttum, freilich bald nur im Fall des Einbaus fremden Materials in ein Gebäude,²³ bald aber doch in allen Verbindungsfällen, die keinen dauerhaften Eigentumsübergang nach sich ziehen. Und noch mehr: Wo es für alle diese Verbindungsfälle verwendet wird, begegnet es nicht etwa nur im Zusammenhang mit der Vorstellung vom Eigentumserhalt,²⁴ sondern – anders als noch in der Pandektistik – selbst dort, wo man auch heute noch die Auffassung vertritt, das Eigentum an der Nebensache gehe mit der Verbindung verloren und lebe erst mit Trennung wieder auf.²⁵ Dass mit demselben Bild unterschiedliche Zusammenhänge beschrieben werden, wird dem Leser bei alldem zumeist ebenso wenig verdeutlicht wie überhaupt die Tatsache, dass man in der Sache unterschiedliche Vorstellungen zur Eigentumslage an der Nebensache hat. Hinweise auf die einst so lebhaft ausgetragene Kontroverse finden sich bestenfalls noch als blasse

¹⁸ Motive, Bd. 3, 44.

¹⁹ 12 Taf. VI, 8.

²⁰ Für bloßes ruhendes Eigentum an der Nebensache *Guarneri Citati* (Fn. 5), 33–61; dagegen *Ratti*, in: Studi in onore di Pietro Bonfante I, 1930, 265 (266–302), der für das klassische Recht vom zwischenzeitlichen Verlust und späteren Wiederaufleben des Eigentums an der Nebensache ausgeht und die Vorstellung des ruhenden Eigentums erst dem justinianischen Recht zuschreibt; zu dieser Kontroverse *Kaser*, SZ 65 (1947), 219 (232–240) m.w.N.

²¹ S. *Guarneri Citati* (Fn. 5), 37.

²² *Kaser*, SZ 65 (1947), 219 (237); *ders.*, Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl. 1971, § 102 II 4 (430); ebenso *Meincke*, SZ 88 (1971), 136 (148); *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 36 Rn. 14.

²³ Soeben Fn. 22.

²⁴ *Wieling*, JZ 40 (1985), 511 (512 f.); *HKK/Rüfner*, 2003, §§ 90–103 BGB, Rn. 26.

²⁵ Diese Vorstellung etwa bei *Kunkel/Mayer-Maly*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, § 63 IV (168): Die Nebensache „konnte nicht mehr Gegenstand eines gesonderten Eigentums sein“; *Backhaus*, in: Babusiaux et. al. (Hrsg.), Handbuch des römischen Privatrechts (HRP), 2023, § 38 Rn. 20; *Plisecka*, in: HRP, § 42 Rn. 20; besonders deutlich *dies.*, TR 74 (2006), 45 (53): „the ownership of the principal thing as persisting and that of the accessory as extinguished“; *Honssell/Fargnoli*, Römisches Privatrecht, 9. Aufl. 2021, § 21 IV (83); ohne das Bild des Ruhens zudem bei *Behrends*, in: Möller/Avenarius/Meyer-Pritzl (Hrsg.), Das Römische Recht, 2020, 120 (121 ff.). – Als Bild für die Vorstellung, die durch Verbindung eingetretene Neuordnung der Rechtszuständigkeit könne umkehrbar sein, begegnet das ruhende Eigentum ferner bei *MüKo-BGB/Füller*, 9. Aufl. 2023, § 946 Rn. 11 und *BeckOGK-BGB/Schermaier*, Stand 1.5.2025, § 946 Rn. 6. – Noch anders *Meincke* (Fn. 23), 147 f., der für den Fall des Baus auf fremdem Grund annimmt, der Grundeigentümer habe Eigentum am Baumaterial bei gleichzeitig fortbestehendem (aber ruhendem) Eigentum des Materialeigentümers erworben.

Randnotiz.²⁶ Unweigerlich befördert wird so ein mindestens undeutliches, womöglich sogar ganz verzerrtes Bild: Im römischen Recht der Sachverbindung gab es ein ruhendes Eigentum, das heute indes nur noch Geschichte ist.²⁷ In der Hoffnung, dass der Jubilar, dem es so oft um ganz grundlegende Fragen des Schuld- und Sachenrechts zu tun ist, auch an dieser grundlegenden Frage Gefallen findet, ist der Blick auf die Quellen zu lenken.

II. Quellen

Wie man zu unterschiedlichen Auffassungen darüber kommen konnte, in wessen Eigentum die Nebensache für die Dauer ihrer lösbaren Verbindung mit einer Hauptsache steht, leuchtet bei erster Annäherung unmittelbar ein. So ist einerseits zwar mehrfach davon die Rede, der Eigentümer der Nebensache bleibe bei lösbarer Verbindung Eigentümer.²⁸ Andererseits meint etwa Paulus 21 ad ed. D. 6, 1, 23, 5 a.E. für den Fall, dass du meiner Statue einen fremden Arm hinzugefügt hast, es könne nicht mehr davon die Rede sein, dass es sich um deinen Arm handele (*nam si statuæ meæ brachium alienæ statuæ addideris, non posse dici brachium tuum esse*), und gelegentlich wird der Eigentümer der hinzugefügten Nebensache auch gerade nur als *prior dominus* bezeichnet.²⁹ Hinzu kommen die Äußerungen zum Eigentumserwerb durch den Eigentümer der Hauptsache, die man immer wieder mit dem Erhalt des Eigentums an der Nebensache für unvereinbar gehalten hat.³⁰ Indes wird man, wie von beiden Seiten jeweils eingeräumt wird, auf die Redeweise vom Eigentümer oder früheren Eigentümer schwerlich Gewicht legen können, soweit es den Juristen nicht gerade um die Eigentumsverhältnisse an der Nebensache gehen sollte.³¹ Und ob sich die Redeweise davon, jemand sei Eigentümer der ganzen zusammengesetzten Sache oder habe an ihr Eigentum erworben, mit der Vorstellung vereinbaren lässt, er sei nicht auch notwendig Eigentümer aller ihrer einzelnen Teile, ist gerade die Frage, die es zu klären gilt. An der sorgsam Exegese der maßgeblichen Quellen führt also kein

²⁶ So bei Wieling, JZ 40 (1985), 511 (513): „Die Frage war insbesondere im gemeinen Recht umstritten“ – unter Hinweis auf Windscheid, Kaser und Holthöfer. – Alleingelassen bleibt der Leser nicht zuletzt in Werken, in denen sich nicht nur der Rechtshistoriker des Standes der Wissenschaft zu vergewissern sucht, so insbesondere bei HKK/Rüfner (Fn. 24), §§ 90–103 Rn. 26; HRP/Backhaus (Fn. 25), § 38 Rn. 20 und HRP/Plisecka (Fn. 25), § 42 Rn. 20.

²⁷ Dieses Bild etwa bei MüKo-BGB/Füller (Fn. 25), § 946 Rn. 11 und BeckOGK-BGB/Schermaier (Fn. 25), § 946 Rn. 6.

²⁸ S. insbesondere Gaius 2 rer. cott. D. 41, 1, 7, 10; Ulp. 45 ad ed. D. 44, 2, 7, 2.

²⁹ Paul. 21 ad ed. D. 6, 1, 23, 7 (*cementa autem resoluta prior dominus vindicabit*); ähnlich C. 3, 32, 2 (*si vero fuerit dissolutum, materia eius ad pristinum dominium redit*) – für diese Standardargumente s. etwa Brinz (Fn. 4), § 146 I (555 f. mit Fn. 12); Gewicht auf den *prior dominus* legt jüngst auch noch Behrends (Fn. 25), 123.

³⁰ Insbesondere Paul. 21 ad ed. D. 6, 1, 23, 4 und 5; dazu oben mit Fn. 12, 13 und unten bei Fn. 45.

³¹ S. etwa einerseits Ratti (Fn. 20), 275 Fn. 24, andererseits Kaser, SZ 65 (1947), 219 (236 Fn. 53).

Weg vorbei; nur sie kann auch zeigen, ob sich die Klassiker „diese Frage in ihrer ganzen begrifflichen Schärfe überhaupt gestellt haben“.³²

Recht unmissverständlich sind die Stellungnahmen der römischen Juristen jedenfalls für den Fall der Errichtung eines Gebäudes mit fremdem Material:³³

Gai. 2 rer. cott. D. 41, 1, 7, 10

Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit dicitur eius dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet. [...]

Mit aller Deutlichkeit teilt Gaius mit, der Eigentümer eines Grundstücks, der ein Haus mit fremdem Material errichtet hat, werde Eigentümer des auf seinem Grundstück errichteten Gebäudes, ohne dass der Materialeigentümer sein Eigentum am Material verliere. Der Materialeigentümer könnte also mithilfe der *actio ad exhibendum* die Abtrennung seiner Sache erwirken, um sie sodann zu vindizieren, wenn nicht eben diese Abtrennung im Zwölftafelgesetz untersagt worden wäre. Schon mit diesem Text ist an sich nicht nur hinreichend deutlich belegt, dass sich auch die römischen Juristen die Frage gestellt haben, wer Eigentümer der Nebensache während der Zeit der Verbindung ist;³⁴ belegt ist vielmehr auch, dass man in der Tat für möglich hielt, jemanden als Eigentümer einer zusammengesetzten Sache zu bezeichnen, ohne ihn auch für den Eigentümer aller ihrer Teile halten zu müssen. Der Text steht aber nicht einmal allein; nahezu identische Ausführungen finden sich auch bei Ulpian.³⁵ Die Quellenlage lässt damit zugleich Rückschlüsse auf die Zwölftafelzeit zu. War es erforderlich, der Abtrennung verbauten Materials Einhalt zu gebieten, so hätte der Materialeigentümer diese Abtrennung offenbar schon seinerzeit fordern können;³⁶ der Erhalt des Eigentums am verbauten Material war also offenbar schon zur Zeit des Zwölftafelgesetzes anerkannt.³⁷ Für das Eigentum an der zusammengesetzten Sache gilt das dagegen nicht notwendig, und in der Tat lassen die Quellen vermuten, dass die Zuordnung dieser Sache jedenfalls bei Verbindung beweglicher Sachen anfangs nicht selbstverständlich war. Besonders deutlich wird das bei Paulus:

Paul. 21 ad ed. D. 6, 1, 23, 2

Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statuariae suae brachium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem, dominum eius totius rei effici vereque statuat suam dictum et scyphum plerique recte dicunt.

³² Eben das bezweifelt ohne Exegese *Holtböfer* (Fn. 5), 54 f.

³³ Vorangestellt sind diese Quellen dementsprechend schon bei *Kaser*, SZ 65 (1947), 219 (233 f.).

³⁴ Dies gegen *Holtböfer*, s. soeben bei Fn. 32.

³⁵ Ulp. 75 ad ed. D. 44, 2, 7, 2: [...] is, qui insulam petit, si cementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea condicione est, ut videatur aliud petere: etenim cuius insula est, non utique et cementa sunt: denique ea, quae iuncta sunt aedibus alienis, separata dominus vindicare potest.

³⁶ S. auch Paul. 15 quaest. D. 46, 3, 98, 8: [...] denique lex duodecim tabularum tignum aedibus iunctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit [...], ferner Paul. 21 ad ed. D. 6, 1, 23, 6.

³⁷ Treffend *Kaser*, SZ 65 (1947), 219 (237).

Nur *plerique*, die meisten, sagen Paulus zufolge mit Recht, man könne sich als Eigentümer der ganzen Sache bezeichnen, wenn eine fremde Sache dieser Sache so hinzugefügt worden ist, dass sie ihr Teil geworden ist. Zur Frage des Eigentums an der zusammengesetzten Sache gab es also offenkundig eine Gegenauffassung – und zwar eine ältere. Denn an anderer Stelle teilt Paulus uns mit, dass die hier durchgedrungene Ansicht bereits auf Labeo und Servius zurückgeht.³⁸ Nach der älteren, vorklassischen Auffassung war offenbar nicht von einheitlichem Eigentum an der zusammengesetzten Sache auszugehen; das wird im Zusammenhang mit der dreigliedrigen Körperlehre der Stoiker stehen, nach der Sachen, die von der Natur selbst aus einheitlichem Material geschaffen waren, von künstlich zusammengesetzten Sachen (und zudem von Sachgesamtheiten) zu unterscheiden waren.³⁹ Nur für die aus einheitlichem Material geschaffene Sache war bei Zugrundelegung dieser Lehre zwingend auch ein einheitliches Eigentum gefordert. Womöglich führte danach selbst die unauflösliche Verbindung mehrerer Sachen nicht dazu, dass an der zusammengesetzten Sache ein einheitliches Eigentum bestand. Dafür spricht immerhin, dass Paulus die Frage des Eigentums an der zusammengesetzten Sache ohne Unterscheidung nach der Art der Verbindung an den soeben wiedergegebenen Beginn seiner Erörterungen zum ganzen Thema stellt;⁴⁰ doch ist diese Frage hier nicht zu vertiefen.

Entscheidend ist vielmehr, dass Paulus sich mit der Lösung von Labeo und Servius, für die jüngere philosophische Vorstellungen von der Maßgeblichkeit der ordnenden menschlichen Wahrnehmung entscheidend gewesen sein dürften,⁴¹ dafür aussprach, ein einheitliches Eigentum an der zusammengesetzten Sache anzuerkennen, und seine Ausführungen in § 2 ebenso wie im anschließenden § 3⁴² auch auf diese Frage beschränkte. Erst vor diesem Hintergrund wird verständlich, weshalb die Bemerkungen aus dem folgenden § 4 entgegen vielfacher Behauptung gerade nicht für einen zwischenzeitlichen Verlust des Eigentums an der hinzugefügten Nebensache ins Feld geführt werden können.

Paul. 21 ad ed. D. 6, 1, 23, 4

In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare.

Spricht Paulus davon, dass meine eigene Sache kraft ihres Vorrangs eine andere an sich ziehen kann und sie so zu meiner macht, so kann man in der Tat auf den

³⁸ Paul. 14 ad Sab. D. 41, 1, 26 pr.; dazu unten nach Fn. 50.

³⁹ Die Rezeption dieser Lehre durch die Juristen ist hinlänglich bezeugt durch Pomp. 30 ad Sab. D. 41, 3, 30 pr. Umfassende Literaturnachweise zu den Zusammenhängen mit philosophischen Vorstellungen bei HRP/*Backhaus* (Fn. 25), § 38 Rn. 18 Fn. 136.

⁴⁰ Zudem hätte anderenfalls möglicherweise nahegelegen, auch dem praktischen Bedürfnis, Bauwerke zu erhalten, nicht im Wege der im Zwölftafelgesetz gewählten Lösung, sondern durch Eigentumszuweisung auf Basis der Art der Verbindung Rechnung zu tragen; treffend *Göppert* (Fn. 16), 91.

⁴¹ Näher in den Blick genommen hat das vor allem *Behrends*, s. zuletzt *dens.* (Fn. 25), 120 ff. m.w.N.

⁴² In dem es allein um die Frage geht, wer Eigentümer eines beschriebenen Papiers oder einer bemalten Tafel ist.

Gedanken kommen, Paulus habe hier einen Übergang des Eigentums an der hinzugefügten Nebensache befürwortet.⁴³ Indes ist die Nebensache als solche, wenn man den Text nur in Fortsetzung der §§ 2 und 3 liest, bis hierher noch gar nicht Gegenstand der Betrachtung. Die Aussage des Textes ist deshalb auch weder notwendig allein auf die Fälle unauflöslicher Verbindung zu beziehen,⁴⁴ noch besteht Anlass, die Quelle für unklassisch zu halten.⁴⁵ In der Zusammenschau mit den §§ 2 und 3 beschränkt sich die Aussage vielmehr darauf, dass sich das Eigentum an der ursprünglichen Hauptsache auf die ganze Sache erstreckt (und sie also nur insoweit auch die Nebensache an sich zieht);⁴⁶ will der Eigentümer diese ganze Sache (*eam rem*⁴⁷) vom Eigentümer der Nebensache⁴⁸ vindizieren, so kann er mittels *exceptio doli* zum Ersatz des Wertes der hinzugekommenen Nebensache gezwungen werden. Erst dieser Gedanke leitet schließlich zur Erörterung der Rechtslage der Nebensache über, um die es in § 5 der Katene geht.

Paul. 21 ad ed. D. 6, 1, 23, 5

Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. dicit enim, si statuæ suæ ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. non idem in eo quod adplumbatum sit, quia ferruminatione per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. at in his corporibus, quæ ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines, singulae oves: ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse. quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret: nam si statuæ meæ brachium alienæ statuæ addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur.

Hatte Paulus zur Vindikation des Eigentümers der Hauptsache in § 4 bereits den einredeweisen Schutz des Eigentümers der Nebensache in den Blick genommen, so lag nahe, die Position des Eigentümers der Nebensache nun auch im Übrigen zu erörtern. Schon der Beginn des Textes lässt insoweit wenig Raum für Zweifel: Nicht anders als Gaius und Ulpian im Fall verbauten Materials hatte auch Paulus offenbar keine Bedenken, neben dem Eigentum an der ganzen zusammengesetzten Sache den Fortbestand des Eigentums an der Nebensache als solcher anzuerkennen; anders lässt sich schwerlich erklären, dass Paulus die *actio ad exhibendum* und die nachfolgende Vindikation für möglich hält, die Gaius

⁴³ S. etwa Brinz (Fn. 4), § 146 mit Fn. 4 (554 f.): bei Eigentum an der ganzen Sache könne das bisherige Eigentum an der hinzugefügten Nebensache nicht fortbestehen.

⁴⁴ Wofür immerhin der Anschluss an § 3 spräche; s. dementsprechend Bechmann (Fn. 4), 46. – Ausdrücklich eingeführt aber wird die Differenzierung nach Art der Verbindung doch erst in § 5.

⁴⁵ Für Interpolation noch Guarneri Citati (Fn. 5) und Kaser, SZ 65 (1947), 219 (236), zurückhaltender mit Recht ders., Römisches Privatrecht I² (Fn. 23), § 102 III 4 Fn. 42 (429).

⁴⁶ Richtig bereits Schmölders (Fn. 6), 10.

⁴⁷ Das ist nicht etwa die Nebensache, denn diese ist der *ea res* gleich anschließend als *id quod accesserit* gegenübergestellt.

⁴⁸ In dessen Besitz sie also noch sein oder gelangt sein muss.

und Ulpian für verbautes Material allein wegen des Zwölftafelsatzes für ausgeschlossen erachteten. Dass die hinzugefügten oder verbundenen Bestandteile *accessionis loco cedunt*, wie es eingangs heißt, wiederholt also nur mit anderen Worten die Kraft der Prävalenz, die Paulus in § 4 noch mit *alienam rem trahere* beschrieben hatte: Für die Betrachtung des Eigentums an der zusammengesetzten Sache insgesamt, aber auch nur dafür, ist die Nebensache in der Hauptsache aufgegangen. Geradezu widerlegt wird die bis heute verbreitete Vorstellung, das Eigentum könne zwischenzeitlich verlorengehen, bei Trennung dann aber zurückerworben werden, sodann durch die allgemeine Bemerkung, die Cassius mit Blick auf diejenigen Fälle ergänzt, in denen – wie etwa beim Anschweißen eines Armes an eine Statue – das Eigentum an der Nebensache in der Tat verlorengeht.⁴⁹ Sei das Eigentum an der Nebensache erst einmal verlorengegangen, so könne es durch spätere Trennung nicht wiedererworben werden.

Für zusammengesetzte Sachen wird so die in § 3 bereits vorausgesetzte Unterscheidung auf den Punkt gebracht: Führt die Verbindung dazu, dass die zusammengesetzte Sache *uno spiritu continetur*, so ist für den Fortbestand des Eigentums an der hinzugefügten Nebensache kein Raum mehr; die *unitas* der einheitlichen Sache setzt sich durch, und dies endgültig. Wo diese *unitas* nicht existiert, kann die Hauptsache einschließlich des ihr hinzugefügten Bestandteils dagegen zwar ebenfalls als Ganze vindiziert werden, doch bleibt das Eigentum am hinzugefügten Bestandteil als solches unberührt. Auch der Schluss des § 5 ist gegen diese Unterscheidung nicht ins Feld zu führen. Nachdem Paulus betont hat, die einzelnen Teile von Sachgesamtheiten bewahrten ihre *propria species* und blieben deshalb je für sich vindizierbar, selbst wenn auch die Sachgesamtheit als Ganze vindizierbar sei, wird zwar für zusammengesetzte Sachen das Gegenteil suggeriert. Wie der Schlusssatz zur Statue zeigt, ist die Bemerkung zu den zusammengesetzten Sachen indes nur auf den Fall bezogen, in dem sich die *unitas* der einheitlichen Sache durchsetzt; gerade diese Situation hatte Paulus ja eingangs anhand des Beispiels der Statue erläutert.⁵⁰

Wir sind damit hinreichend gerüstet, um eine letzte Äußerung von Paulus in den Blick zu nehmen:

Paul. 14 ad Sab. D. 41, 1, 26 pr.

Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret. Proculus indicat hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria qualitas spectaretur⁵¹, si quid additum erit toto cedit, ut statuæ pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio cementum: tota enim eius sunt, cuius ante fuerant.

Was hinzugefügt wird, das geht im Ganzen auf, *toto cedit* – das ist dieselbe Ausdrucksweise, die uns soeben in D. 6, 1, 23, 5 begegnet ist. Wie dort, so geht es,

⁴⁹ Treffend *Bechmann* (Fn. 4), 43 f.

⁵⁰ Für die gegenteilige Position eingehend *Ratti* (Fn. 20), 269 f. Man beachte indes noch, dass allein zur *ferruminatio* ausdrücklich von der Statue und dem ihr hinzugefügten Arm die Rede ist; die *plumbatura* wird nur als solche, ohne ausdrücklichen Bezug auf ein Beispiel erörtert.

⁵¹ So der (hypothetische) *Codex Secundus*, während die *Florentina* die wenig sinnvolle Lesart *exspectaretur* überliefert.

wie schon *toto* zeigt, auch hier um das Eigentum an der zusammengesetzten Sache als Ganzer. Wer den Text im Zusammenhang mit D. 6, 1, 23, 4 und 5 zur Kenntnis nimmt,⁵² wird schwerlich umhinkommen, diesen Bezug herzustellen. Das einheitliche Eigentum an der zusammengesetzten Sache anzuerkennen, wird also die entscheidende Neuerung gewesen sein, die nach dem von Paulus überlieferten Bericht des Proculus auf Servius und Labeo zurückgeht.⁵³ Ist Thema nicht das Schicksal der Nebensache als solcher, sondern die Erweiterung des Rechts an der Hauptsache, so liegt aber nicht nur nahe, dass auch die *propria qualitas* auf die Hauptsache zu beziehen ist.⁵⁴ Vielmehr kann auch der Schluss des Textes dann schwerlich das Schicksal der Nebensache, erst recht nicht allein das nach späterer Trennung, im Blick haben.⁵⁵ Schon die Wiederholung von *totum* lässt das vermuten. Ist mit *totum* zu Beginn die Hauptsache als Ganze angesprochen, so drängt sich geradezu auf, auch den Plural *tota*, der nach Anführung der zahlreichen Beispiele veranlasst ist, auf die Hauptsachen als Ganze zu beziehen. In der Sache enthält der Schlusssatz damit eine bekräftigende Begründung: Dass die Nebensache der Hauptsache weiche, lässt sich bei Hauptsachen, denen man eine *propria qualitas* zuschreibt, deshalb sagen, weil (*enim*) Sachen solcher Art ihrem Eigentümer auch nach Hinzufügung eines untergeordneten Teils als Ganze gehören. Weder sachlich noch sprachlich ist hier Anstoß zu nehmen; ein Eingriff in den Text, mit dem sich der Schlusssatz auf ein Wiederaufleben des Eigentums an den Nebensachen nach Ablösung beziehen ließe, ist nicht veranlasst.

III. Schluss

Die römischen Quellen legen nach alldem Zeugnis von eben jener Vorstellung ab, deren Möglichkeit man von den Pandektisten bis heute immer wieder bestritten hat: Mit der Feststellung, jemand sei Eigentümer einer zusammengesetzten Sache, verträgt sich schon für die Klassiker, dass er nicht auch Eigentümer

⁵² Dass dies bei Lohsse, in: Möller/Avenarius/Meyer-Pritzl (Hrsg.), Das römische Recht, 2020, 57 (60 f.) nicht hinreichend geschehen sei, bemängelt Behrends (Fn. 25), 122 Fn. 56; die Nachholung führt zu keinem wesentlich anderen Ergebnis.

⁵³ Insoweit treffend Behrends (Fn. 25), 124: „[...] obwohl Paulus der in seine Schuld rezipierten Lehre dafür so dankbar ist, dass jetzt endlich, kraft des *pars toto cedit*, solange die Anfügung dauert, zutreffend von Alleineigentum an der ergänzten Sache gesprochen werden konnte“ – aber auch nicht anders Lohsse (Fn. 52), 61 f.

⁵⁴ Selbstverständlich vorausgesetzt etwa von Plisecka, TR 74 (2006), 45 (53 f.). Auch sprachlich liegt das nahe; denn wären mit den Sachen, bei denen man auf eine *propria qualitas* abstellt, die hinzugefügten Nebensachen bezeichnet, so würde doch eine Bezeichnung des Objekts fehlen, dem sie hinzugefügt werden. Gleichwohl auf die Nebensache beziehen will die *propria qualitas* indes Behrends (Fn. 25), 124 f.

⁵⁵ So aber Behrends (Fn. 25), 121, der daher vor *tota* ergänzt: *sed si resoluta erint, contra*. Dass *tota* sich zwar theoretisch auf die einzelnen Bestandteile („alle“, so jetzt auch Behrends [Fn. 25], 121, 125 f.) ebenso wie auf die „ganze“ Sache beziehen ließe, weiß schon die Glosse, die aber zugleich begründet, weshalb letzteres den Vorzug verdient: Gl. *tota* ad D. 41, 1, 26, 1: *tota. non intelligas ita quod quaelibet eius pars, sed ita totaliter: sic ponitur supra de rei vind. l. in rem. §. si quis rei* [D. 6, 1, 23, 2] & l. ii. [D. 6, 1, 2] et hoc si per aplumbaturam adiungatur: & sic non ob. supra ad exhi. l. tigni. §. i [D. 10, 4, 7, 1] secus si per ferruminationem [...].

aller ihrer Bestandteile ist. Die entscheidende Errungenschaft, die auf Servius und Labeo zurückzuführen sein wird, bestand dabei in der Anerkennung eines Eigentums an der zusammengesetzten Sache als Ganzer. Ließ das die Eigentumslage an ihren untergeordneten lösbaren Bestandteilen, die man zuvor mutmaßlich allein im Blick gehabt hatte, unberührt, so war damit zugleich erstmals die Sonderrechtsfähigkeit derartiger Bestandteile begründet.

Praktisch ist diese Errungenschaft von nicht unerheblicher Bedeutung: Erst sie ermöglicht die Vindikation einer zusammengesetzten Sache als Ganzer, ohne dass der Eigentümer der Hauptsache sein Eigentum auch an untergeordneten Bestandteilen nachweisen und ohne dass er Einwände des Besitzers aus dem Recht eines Dritten befürchten muss; die Entscheidung über die Integrität einer zusammengesetzten Sache liegt so allein in den Händen der Eigentümer ihrer Bestandteile, nicht in den Händen des Besitzers. Gleichermäßen bedeutsam ist die Errungenschaft für den Verkehrsschutz im Rahmen der Ersitzung, weil auch hier sowohl der Rechtslage hinsichtlich der zusammengesetzten Sache als auch zugleich der Sonderrechtsfähigkeit ihrer Bestandteile Rechnung getragen werden kann: Wer die Ersitzung der Hauptsache begonnen hat, bevor ihr ein untergeordneter Bestandteil hinzugefügt wird, erwirbt zwar einerseits mit Ablauf der Ersitzungsfrist das Eigentum an der zusammengesetzten Sache als Ganzer, ohne aber andererseits allein schon dadurch auch den Eigentümer des hinzugefügten Bestandteils zu verdrängen; mit der Ersitzung der zusammengesetzten Sache ist die Ersitzung des untergeordneten Bestandteils gerade nicht verbunden. Und umgekehrt: Befindet sich die zusammengesetzte Sache im Besitz desjenigen, der die Ersitzung am untergeordneten Bestandteil begonnen hat, so lässt sich zu seinen Gunsten annehmen, dass er die Ersitzung in der vorgesehenen Frist beenden kann. Von beiden Konsequenzen legen die Quellen Zeugnis ab, ohne dass dem hier weiter nachgegangen werden könnte.⁵⁶

Eben diese Sonderrechtsfähigkeit von Bestandteilen ist das wesentliche Erbe, das wir den Römern im Recht der zusammengesetzten Sachen verdanken; maßgebliche Unterschiede ergeben sich nicht mit Blick auf die Beurteilung der Eigentumslage, sondern vielmehr in der Frage nach der Abgrenzung sonderrechtsfähiger von nicht sonderrechtsfähigen Bestandteilen. Wer hingegen das ruhende Eigentum als vermeintliche Besonderheit des römischen Rechts gegenüber dem geltenden Recht betont, verstellt den Blick auf dieses Erbe ebenso wie auf die eigentlich maßgeblichen Unterschiede. Das gilt von vornherein, soweit das ruhende Eigentum die verfehlte Annahme verbildlichen soll, der Eigentümer der Nebensache habe durch deren Verbindung mit der Hauptsache sein Eigentum vorübergehend verloren. Es gilt aber auch dort, wo ruhendes Eigentum nur

⁵⁶ Zur Ersitzung nur der zusammengesetzten Sache als solcher, nicht auch der Bestandteile, durch den Besitzer der Hauptsache s. Paulus D. 6, 1, 23, 7; Gaius D. 41, 1, 7, 11; Iav. D. 41, 3, 23 pr.-2; s. auch Ulp. 24 ad ed. D. 10, 4, 7, 1. – Zur Fortsetzung der Ersitzung an der Nebensache siehe Labeo bei Pomp. D. 41, 3, 30, 1; zugunsten des Ersitzenden ist dabei freilich zusätzlich anzunehmen, dass er den Bestandteil als solchen besitzen kann, obwohl das umgekehrt zugunsten des Besitzers der Hauptsache, der ein Bestandteil angefügt wird, verneint wird. Zum Ganzen Mayer-Maly, SDHI 26 (1960), 176–189.

als Kürzel für die Notwendigkeit auftritt, vor Anstrengung der *rei vindicatio* die Abtrennung der Nebensache mittels der *actio ad exhibendum* zu erwirken; ein rein prozessualer Unterschied wird damit irreführend zur materiellrechtlichen Qualifikation aufgewertet. Wiederbelebung verdient die Kritik, mit der man die Verbreitung des Bildes vom ruhenden Eigentum schon im 19. Jahrhundert zu verhindern gesucht hat: „Es hat nicht einmal einen Sinn, das Eigenthum der Nebensache während der Verbindung als ein besonders geeigenschaftetes zu bezeichnen, namentlich etwa von einem *dominium dormiens* zu sprechen.“ Allein bei in Gebäuden eingefügtem Material, so schrieb seinerzeit Bechmann, „ist zeitweilig selbst die Möglichkeit der Klage ausgeschlossen, und diese Eigenthümlichkeit könnte man etwa durch den Ausdruck *dominium dormiens* bezeichnen, wenn man die Sehnsucht nach überflüssigen und nichtssagenden Kunstausdrücken nicht zu überwinden vermag; jedenfalls aber wird man sich dabei bewusst bleiben müssen, daß auch hier der ‚Schlaf‘ nicht durch die Verbindung hervorgerufen, sondern durch positive Rechtsvorschrift befohlen ist“. ⁵⁷

⁵⁷ Bechmann (Fn. 4), 47.

Der zeitliche Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Mängelrechts

Felix Maultzsch

I. Problemaufriss

Wolfgang Ernst hat sich in seinem Beitrag „Sachmängelhaftung und Gefahrtragung“¹ auf Basis der Schuldrechtsreform grundlegend mit der zeitlichen Anwendungsdimension des kaufrechtlichen Mängelrechts auseinandergesetzt. Diese Anwendungsdimension betrifft die Frage, ob bei Mängeln bis zu einem bestimmten Stadium des Vertragsvollzugs noch das allgemeine Leistungsstörungenrecht anzuwenden ist und erst danach die §§ 437 ff. BGB als speziellere Regelungen eingreifen. Eine solche „Umschlaglösung“ wird für das reformierte Kaufrecht überwiegend vertreten, wobei allerdings der hierfür maßgebliche Zeitpunkt umstritten ist: Die wohl h.L. geht in Anlehnung an den Wortlaut des § 434 Abs. 1 BGB, der für die Feststellung eines Sachmangels auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs abstellt, davon aus, dass mit dem Erreichen dieses Zeitpunkts auch der Anwendungsbereich der §§ 437 ff. BGB eröffnet ist, während zuvor das allgemeine Leistungsstörungenrecht auch für Mängel des Kaufgegenstands anwendbar bleiben soll.² Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs kann sich dabei je nach Lage des Falls aus einer Übergabe (§ 446 S. 1 BGB), dem Eintritt eines Annahmeverzugs (§ 446 S. 3 BGB) oder der Absendung der Ware bei einem Versendungskauf (§ 447 Abs. 1 BGB) ergeben. Folgt man dieser Linie, dürfte bei einem Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 BGB die Regelung des § 447 Abs. 1 BGB nach näherer Maßgabe des § 475 Abs. 2 BGB regelmäßig auch für die Anwendbarkeit der §§ 437 ff. BGB nicht einschlägig sein.³ Demgegenüber stellt eine mittlerweile ebenfalls stark vertretene Gegenauffassung für den zeitlichen Beginn des Anwendungsbereichs der §§ 437 ff. BGB darauf ab, ob im Hinblick auf den Leistungsgegenstand ein gebilligter Transfer auf den Käufer nach § 363 BGB vorliegt, das heißt, ob Letzterer die ihm angebotene (mangel-

¹ Ernst, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165.

² Heinemeyer, NJW 2019, 1025 (1027 ff.); Canaris, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, 2003, 5 (72); Harke, Besonderes Schuldrecht, 2011, Rn. 80; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 80 ff.; Grüneberg/Weidenkaff, BGB, 84. Aufl. 2025, § 437 Rn. 49; NK-BGB/Büdenbender, 4. Aufl. 2021, § 437 Rn. 7.

³ Vergleiche Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 93.

hafte) Kaufsache als Erfüllung angenommen hat.⁴ Insoweit wird dann auch von einer „Lieferung“ der Kaufsache gesprochen.⁵ Diese Sichtweise ist nicht bereits durch § 434 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Denn diese Regelung stellt zwar für das „Ob“ eines Sachmangels auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs ab. Hiervon ist aber die Frage nach der zeitlichen Abgrenzung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts vom spezifischen Mängelrecht der §§ 437 ff. BGB zu trennen, die ihrerseits das „Wie“ einer feststehenden Verantwortlichkeit des Verkäufers betrifft.⁶ Dabei knüpft der auf eine Lieferung im Sinne eines gebilligten Leistungstransfers abstellende Ansatz zugleich an die Terminologie des Art. 5 Warenkauf-Richtlinie⁷ (bzw. zuvor Art. 3 Abs. 1 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie⁸) an, der für die Rechte des Käufers bei Mängeln seinerseits auf den Zeitpunkt der „Lieferung“ abstellt, die nähere Ausgestaltung dieses Begriffs aber dem nationalen Recht überlässt (Erwägungsgrund 38 Warenkauf-Richtlinie) und somit für das hier zu erörternde Problem keine abschließenden Vorgaben macht. Praktische Unterschiede zwischen den beiden Auffassungen (Maßgeblichkeit des Gefahrübergangs oder der Lieferung im Sinne eines gebilligten Leistungstransfers) ergeben sich dabei insbesondere in den Fällen des Gefahrübergangs durch einen Annahmeverzug nach § 446 S. 3 BGB oder – soweit anwendbar – nach § 447 Abs. 1 BGB, da diese Zeitpunkte regelmäßig vor einem gebilligten Leistungstransfer im Sinne des § 363 BGB liegen.⁹ Ähnliches kann in dem Fall gelten, in dem der Käufer die Ware nur zum Zweck einer Untersuchung nach § 377 HGB übernommen hat und somit zwar ein Fall der Übergabe gemäß § 446 S. 1 BGB, aber noch keine Annahme im Sinne des § 363 BGB vorliegt.¹⁰

Ernst hat beide der vorstehenden Auffassungen einer grundlegenden Kritik unterzogen und die Position entwickelt, dass die §§ 437 ff. BGB im Fall eines Sachmangels¹¹ bereits ab Vertragsschluss als *leges speciales* an die Stelle des allgemeinen Leistungsstörungsrechts treten und somit die Suche nach einem zeit-

⁴ Ball, NZV 2004, 217 (218); Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 12. Aufl. 2022, Rn. 835; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 151 ff.; BeckOGK/Höpfner, 1.6.2025, § 437 Rn. 9 f.; BeckOK BGB/Faust, 74. Ed. 1.5.2025, § 437 Rn. 4 ff.; MüKoBGB/Maultzsch, 9. Aufl. 2024, § 437 Rn. 6 ff.; Staudinger/Bach, BGB, 2023, § 437 Rn. 12 ff.

⁵ Siehe Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 151 ff.

⁶ Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 400; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 157; BeckOK BGB/Faust, 74. Ed. 1.5.2025, § 437 Rn. 6; vergleiche auch Ernst, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165 (189).

⁷ Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. EU L 136/28.

⁸ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG L 171/12.

⁹ MüKoBGB/Maultzsch, 9. Aufl. 2024, § 437 Rn. 7.

¹⁰ Ernst, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165 (192).

¹¹ Ernsts Erwägungen beschäftigen sich ausdrücklich nur mit dem Fall des Sachmangels: Ernst, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165 (167).

lichen „Umschlagmoment“ verfehlt ist.¹² Dem ist später *Bachmann* in einer weiteren eingehenden Analyse in zentralen Aspekten beigetreten.¹³ Stark verknappt lautet die Argumentation von *Ernst* dabei, dass mit der Verschiebung des für die Feststellung von Sachmängeln maßgeblichen Zeitpunkts vom Vertragsschluss – so noch die gemeinrechtliche Tradition mit dem Prinzip *periculum est emptoris*¹⁴ – auf den Gefahrübergang durch das BGB 1900 lediglich die Abgrenzung der zeitlichen Verantwortungssphären von Verkäufer und Käufer für Zufallsverschlechterungen neu zugeschnitten werden sollte, nicht aber die Frage, welche Rechte dem Käufer im Fall von relevanten Mängeln inhaltlich zustehen.¹⁵ Mit der Schuldrechtsreform sei zudem der Zurechnungsgrund der Mängelverantwortlichkeit des Verkäufers einheitlich für Stück- und Gattungskäufe in einer Pflicht zur mangelfreien Leistung gemäß § 433 Abs. 1 S. 2 BGB verortet worden, die im Verletzungsfall bereits ab Vertragsschluss zu einer objektiven Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB) führe und dementsprechend auch über den gesamten Vertragszyklus einheitlich nach den §§ 437 ff. BGB zu beurteilen sei.¹⁶ Darin liege ein maßgeblicher Unterschied zu dem ursprünglichen Konzept der ädilizischen Rechtsbehelfe, die im Kern auf dem Gedanken einer unterlassenen Aufklärung über Mängel bei Vertragsschluss beruht und insoweit außerhalb des allgemeinen Systems des Leistungsstörungenrechts gestanden hätten.¹⁷ Von dem einheitlichen Geltungsanspruch der §§ 437 ff. BGB in allen Stadien der Vertragsabwicklung zu unterscheiden sei der Aspekt, dass bestimmte Regelungen des Mängelrechts nach ihren jeweiligen Tatbeständen den Eintritt in ein bestimmtes Vertragsstadium voraussetzen würden und daher erst ab diesem wirken könnten, wie zum Beispiel die speziellen Verjährungsregelungen des § 438 BGB erst ab der Übergabe bzw. der Ablieferung der Kaufsache (§ 438 Abs. 2 BGB).¹⁸ Dieser Aspekt sei jedoch von der Frage nach einem allgemeinen zeitlichen Konkurrenzverhältnis zwischen den besonderen Mängelrechten und dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht zu trennen, die richtigerweise im Sinne einer originären Anwendbarkeit der §§ 437 ff. BGB ab Vertragsschluss zu verneinen sei.

Mit seiner eingehenden Analyse hat *Ernst* jede abweichende Sichtweise vor erhebliche argumentative Herausforderungen gestellt. Insbesondere ist der Auffassung zuzustimmen, nach der die umfassende Eingliederung der Mängelfreiheit in die allgemeine Erfüllungspflicht des Verkäufers im Sinne des § 433 Abs. 1 S. 2 BGB auch für die Frage der Abgrenzung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts von spezifischen Mängelrechten nicht ohne Konsequenzen bleiben kann. Denn wenn es sich bei diesem Mängelfall nunmehr lediglich um eine besondere Spielart einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung des Leistungs-

¹² *Ernst*, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165 (185 ff., 194 ff.); siehe auch MüKoBGB/*Ernst*, 9. Aufl. 2022, § 323 Rn. 25 f.

¹³ *Bachmann*, AcP 211 (2011), 395 (410 ff.).

¹⁴ *Ernst*, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165 (167 ff.).

¹⁵ *Ernst*, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165 (176 ff.).

¹⁶ *Ernst*, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165 (186).

¹⁷ Näher *Ernst*, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165 (168) m.w.N.

¹⁸ *Ernst*, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165 (187 f., 196 f.); hierzu auch *Bachmann*, AcP 211 (2011), 395 (408 ff., 422).

anspruchs handelt, kommt ein zeitliches „Umschlagmoment“ nur noch dann in Betracht, wenn sich für verschiedene Stadien des Vertragsvollzugs aus bestimmten Sachgründen einmal das allgemeine Leistungsstörungenrecht und einmal die Regelungen des §§ 437 ff. BGB als angemessener erweisen. Dass dies in der Tat der Fall ist, soll im Folgenden entwickelt werden. Dabei werden die Regelungen der §§ 437 ff. BGB im Anschluss an frühere Arbeiten¹⁹ als Ausdruck des Interesses der Vertragsparteien an der Rechtsbeständigkeit einer erfolgten Transaktion interpretiert, das ab dem Zeitpunkt eines Leistungstransfers im Sinne des § 363 BGB entsteht. Zur Begründung dieses Ansatzes sollen zunächst noch einmal maßgebliche Unterschiede in den Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts einerseits und der §§ 437 ff. BGB andererseits skizziert werden, in denen sich die Sachgründe für eine zeitliche Zäsur der jeweiligen Anwendungsbereiche widerspiegeln müssen (II.). Vor diesem Hintergrund ist sodann der Gedanke eines, mit dem Leistungstransfer entstehenden und die §§ 437 ff. BGB tragenden, spezifischen Interesses an Rechtsbeständigkeit zu erläutern (III.), bevor die Rückwirkungen darzulegen sind, welche die hier vertretene Auffassung auch im Rahmen der Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts zeitigen kann (IV.).

II. Die Divergenzen zwischen dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht und den §§ 437 ff. BGB

Die praktische Bedeutung des Streits um den zeitlichen Anwendungsbereich der §§ 437 ff. BGB wird durch zwei Umstände begrenzt: Zum einen sind die Rechte des Käufers bei Mängeln nach Maßgabe des § 437 BGB zu großen Teilen bewusst akzessorisch zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht ausgestaltet, was dem Grundanliegen der Schuldrechtsreform entspricht, diese Rechte weitgehend in allgemeine schuldrechtliche Kategorien zu integrieren.²⁰ Zum anderen ergeben sich auch für die speziellen Regelungen der §§ 438 ff. BGB aus ihren Tatbeständen teilweise unmittelbare Vorgaben zu ihrem jeweiligen zeitlichen Anwendungsbereich.²¹ So ist insbesondere der Lauf der speziellen Verjährungsfristen des § 438 BGB nach dessen Abs. 2 bei Grundstücken an die Übergabe und bei Waren an deren Ablieferung geknüpft, was weitgehend unabhängig davon ist, ob man die §§ 437 ff. BGB generell bereits ab Vertragsschluss, ab Gefahrübergang oder einem Leistungstransfer im Sinne des § 363 BGB anwendet. Ähnliches gilt für den Kostenerstattungsanspruch nach § 439 Abs. 3 BGB in den Einbau- bzw. Installationsfällen, der jedenfalls erst nach einem Einbau bzw. einer Installation der Kaufsache durch den Käufer in Betracht kommt.

¹⁹ Siehe *Maultzsch*, ZGS 2003, 411 (411 ff.); *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 151 ff. sowie *MüKoBGB/Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, § 437 Rn. 6 ff.

²⁰ Siehe oben I.

²¹ Auch dazu bereits oben I.

Gleichwohl verbleiben einige Besonderheiten der §§ 437 ff. BGB, bei denen die zeitliche Anwendungsdimension praktisch relevant ist. Diese ergeben sich im reformierten Kaufrecht häufig aus den Vorgaben der Warenkauf-Richtlinie (bzw. früher der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie):²² Zunächst steht dem Käufer im Rahmen der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 1 BGB ein Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung zu, während es nach allgemeinen Prinzipien grundsätzlich dem Schuldner überlassen wäre, auf welchem Weg er ein bestehendes Leistungsdefizit ausgleicht (so auch § 635 Abs. 1 BGB im Werkvertragsrecht). Dem steht sodann wiederum ein erleichtertes Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers wegen Unverhältnismäßigkeit nach § 439 Abs. 4 BGB gegenüber, das unterhalb der allgemeinen Schwellen aus § 275 BGB angesiedelt ist. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung den Kreis von Gegenständen, die im Rahmen der Nacherfüllung in der Variante einer Ersatzlieferung (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB) erfüllungstauglich sind, sowohl für den Stückkauf²³ als auch jüngst für den Gattungskauf²⁴ über dasjenige hinaus ausgedehnt, was nach klassischen Prinzipien gelten würde. Schließlich soll sich aus § 439 Abs. 2 BGB und zur Wahrung des Gebots einer unentgeltlichen Nacherfüllung aus Art. 14 Abs. 1 lit. a Warenkauf-Richtlinie ein verschuldensunabhängiger Anspruch des Käufers auf den Ersatz solcher Kosten ergeben, die unmittelbar mit der Durchsetzung der Nacherfüllung verbunden sind und „im Stadium der Nacherfüllung“ bei Letzterem anfallen.²⁵ Auf dieser Linie kann der Käufer beispielsweise Transport- und Rechtsverfolgungskosten, die der Durchsetzung der Nacherfüllung dienen, großzügiger beim Verkäufer geltend machen, als dies nach den verschuldensabhängigen Schadensersatzrechtlichen Regelungen der Fall wäre (§ 280 Abs. 1 und 2 BGB in Verbindung mit § 286 BGB). Speziell für Verbrauchsgüterkaufverträge im Sinne des § 474 BGB kommen als weitere, von den Grundsätzen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts abweichende, Besonderheiten der Mängelrechte zudem Vorschussansprüche des Käufers nach § 475 Abs. 4 BGB sowie die erleichterten Voraussetzungen für Rücktritt und Schadensersatz nach § 475d BGB in Betracht.²⁶

Die vorstehende Auflistung zeigt, dass die inhaltlichen Besonderheiten der §§ 437 ff. BGB im Vergleich mit dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht nicht ausschließlich eine Vertragsseite, sondern je nach der konkreten Situation beide

²² Zu relevanten Unterschieden, die zwischen dem Mängelgewährleistungsrecht und dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht vor der Schuldrechtsreform bestanden, *Ernst*, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165 (172 ff.).

²³ Erstreckung der Ersatzlieferung auf andere gleichartige und gleichwertige Gegenstände, die nach dem Parteiwillen mit dem verkauften Gegenstand funktional vergleichbar sind: BGHZ 168, 64 (Rn. 18 ff.); BGHZ 170, 86 (Rn. 17); zur Kritik unter anderem *Ulrich Huber*, AcP 209 (2009), 143 (156 ff.).

²⁴ Erstreckung der Ersatzlieferung auf Nachfolgegattungen (z.B. neue Modellgenerationen von Automobilen), soweit diese nach dem Parteiwillen noch als gleichartige und funktionell vertragsgemäße Sachen anzusehen sind: BGHZ 230, 296 (Rn. 43 ff.); vergleiche auch BGHZ 232, 94 (Rn. 36); zur Kritik unter anderem *Höpfner/Schnecke*, NJW 2022, 1209 (1209 ff.).

²⁵ BGHZ 189, 196 (Rn. 37); BGHZ 201, 83 (Rn. 11); BGH, NJW 2017, 2758 (Rn. 29); BGHZ 220, 134 (Rn. 86 ff.); zur Kritik unter anderem BeckOGK/*Höpfner*, 1.6.2025, § 439 Rn. 54 ff.

²⁶ Vergleiche BeckOGK/*Höpfner*, 1.6.2025, § 437 Rn. 9.

Parteien begünstigen bzw. belasten können. Es geht somit bei der Frage nach der zeitlichen Anwendungsdimension des Mängelrechts nicht allgemein um einen *favor emptoris* oder einen *favor venditoris*, sondern einen differenzierteren Interessenausgleich, der weitgehend durch die europäischen Richtlinienvorgaben geprägt ist und sich insoweit auch zum Teil von den klassischen Prinzipien des bürgerlich-rechtlichen Leistungsstörungenrechts löst.²⁷ Dieser Befund weckt zugleich gewisse Zweifel an der – wenn auch vor dem Hintergrund des § 433 Abs. 1 S. 2 BGB zunächst plausiblen – These, dass es sich bei der mangelhaften Leistung im reformierten Kaufrecht lediglich um einen Fall der unvollständigen Erfüllung handle, die sich in das allgemeine Leistungsstörungendenken bruchlos einfüge und bei der deshalb die Suche nach einer besonderen zeitlichen Abgrenzung vom allgemeinen Leistungsstörungenrecht verfehlt sei.²⁸

III. Die Besonderheiten der §§ 437 ff. BGB als Ausdruck eines Interesses an Rechtsbeständigkeit vollzogener Transaktionen

Für die Sichtweise, nach welcher der zeitliche Anwendungsbereich der §§ 437 ff. BGB erst durch einen erfolgten Leistungstransfer im Sinne des § 363 BGB eröffnet wird, können Argumente auf verschiedenen Ebenen angeführt werden. Ein erstes begrifflich-systematisches Argument folgt bereits aus der zentralen Stellung des Nacherfüllungsanspruchs aus § 437 Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 439 BGB im Kreis der Mängelrechte des Käufers.²⁹ Eine „Nacherfüllung“ kommt nur dann in Betracht, wenn bereits ein – und sei es auch unvollständiger – Erfüllungsvorgang stattgefunden hat.³⁰ Aus entstehungsgeschichtlicher Sicht ist zudem zu berücksichtigen, dass das Anknüpfen an eine Annahme der mangelhaften Leistung im Sinne des § 363 BGB bereits vor der Schuldrechtsreform in den Fällen des Gattungskaufs nach überwiegender Auffassung den Anwendungsbereich der Mängelrechte eröffnen sollte.³¹ Denn die Schuldrechtsreform hat die überkommenen Prinzipien des Gattungskaufs ausdrücklich als Vorbild für die Neuregelung des Mängelrechts angesehen, nun jedoch mit einheitlichem Geltungsanspruch für Stück- und Gattungskäufe.³²

Letztlich entscheidend muss jedoch eine aus den Parteiinteressen entwickelte teleologische Sichtweise sein, die an überzeugende Sachgründe dafür anknüpft, warum ab einem bestimmten Zeitpunkt die in den §§ 437 ff. BGB enthaltenen Modifikationen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts angemessen erschei-

²⁷ Zum Problemkreis im Überblick und m.w.N. MüKoBGB/Maultzsch, 9. Aufl. 2024, § 439 Rn. 5 f.

²⁸ So Ernst, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165 (181 ff.).

²⁹ Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 151; MüKoBGB/Maultzsch, 9. Aufl. 2024, § 437 Rn. 8.

³⁰ Vgl. insoweit auch MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, § 323 Rn. 31 ff.

³¹ Siehe Köhler, JuS 1979, 496 (498 f.); Rieble, JZ 1997, 485 (486); Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 6. Aufl. 1997, Rn. 525; a.A. jedoch Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl. 1991, § 480 Rn. 11 ff.

³² Dazu BT-Drucks. 14/6040, 208 ff.

nen.³³ Wenn bereits ein Leistungstransfer im Sinne des § 363 BGB durch die Annahme einer angebotenen mangelhaften Sache seitens des Käufers stattgefunden hat, entsteht hiermit für beide Vertragsparteien ein erhöhtes Interesse an Rechtsbeständigkeit der getätigten, wenn auch nicht vollständig erfüllungstauglichen, Transaktion, das gewisse Modifikationen allgemeiner leistungsstörungenrechtlicher Prinzipien rechtfertigt.³⁴ Hierdurch lässt sich zum Beispiel das Wahlrecht des Käufers zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung nach § 439 Abs. 1 BGB de lege lata legitimieren. Rechtspolitisch wird dieses weitgehende Wahlrecht zwar mit durchaus guten Gründen aus der Perspektive der ökonomischen Effizienz³⁵ und neuerdings, vor allem mit Blick auf die Wahl einer Ersatzlieferung bei möglicher Nachbesserung, auch unter ökologischen Aspekten kritisiert.³⁶ Nach geltendem Recht schützt das Wahlrecht aber das Interesse des Käufers, die einmal erlangte Sache entweder im Zuge einer Nachbesserung behalten zu können, insbesondere bei einem zwischenzeitlich gebildeten Affektionsinteresse an dem Gegenstand, oder – bei einem verlorenen Vertrauen in die allgemeine Vertragskonformität gerade des erhaltenen Gegenstands – auf eine Ersatzlieferung zurückzugreifen.³⁷ Diese spezifische Interessenlage entsteht jedoch erst mit einem gebilligten Leistungstransfer im Hinblick auf die mangelhafte Sache. Folglich ist es plausibel, wenn der Verkäufer vor diesem Zeitpunkt seinerseits entscheiden kann, ob er einen aufgetretenen Mangel durch eine Reparatur oder die Lieferung einer anderen Sache bereinigt.³⁸ Umgekehrt hat der Verkäufer nach näherer Maßgabe des § 439 Abs. 4 BGB die Möglichkeit, die durch den Käufer gewählte Form der Nacherfüllung (relative Unverhältnismäßigkeit) oder die Nacherfüllung insgesamt (absolute Unverhältnismäßigkeit) aus Gründen zu verweigern, die unterhalb der allgemeinen Belastungsschwellen aus § 275 Abs. 2 und 3 BGB liegen (§ 439 Abs. 4 S. 1 BGB: „unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3“). Auch dies rechtfertigt sich erst durch das Vorliegen eines unter Mitwirkung des Käufers erfolgten Leistungstransfers, der ein Vertrauen des Verkäufers auf einen abgesenkten (Nach-)Erfüllungsaufwand auslöst, während kein Grund für ein Abweichen von den generellen Standards des § 275 BGB ersichtlich ist,

³³ Zu diesem Lösungsansatz bereits *Maultzsch*, ZGS 2003, 411 (414 ff.); *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 151 ff.; *MüKoBGB/Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, § 437 Rn. 8. Ähnlich argumentierend *Stamm*, Das Zurückweisungsrecht und die Mängel einrede, 2023, 62 ff.

³⁴ Entgegen der Kritik von *Bachmann*, AcP 211 (2011), 395 (408 ff.) dient der hier zugrunde gelegte Gedanke damit nicht nur der Erklärung von solchen, in den §§ 437 ff. BGB enthaltenen, Modifikationen, die dem Verkäufer günstig sind, sondern auch von käuferbegünstigenden Regelungen.

³⁵ Näher *Ehmann/Rust*, JZ 1999, 853 (858); *Schürholz*, Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht, 2005, 58 ff.; *BeckOK BGB/Faust*, 74. Ed. 1.5.2025, § 439 Rn. 16.1.

³⁶ Hierzu *Bach/Kieninger*, JZ 2021, 1088 (1094); *Staudinger/Bach*, BGB, 2023, § 439 Rn. 51.

³⁷ BT-Drucks. 14/6040, 231; *MüKoBGB/Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, § 439 Rn. 8; *Staudinger/Bach*, BGB, 2023, § 439 Rn. 49.

³⁸ Im Ergebnis, wenngleich mit anderer Begründung, auch *MüKoBGB/Ernst*, 9. Aufl. 2022, § 323 Rn. 34.

wenn sich ein Mangel bereits vor diesem Zeitpunkt zeigt.³⁹ Soweit man zudem der durch die Rechtsprechung zugrunde gelegten Erweiterung der erfüllungstauglichen Gegenstände im Rahmen des § 439 BGB sowie der Annahme weitreichender, über allgemeine schadensersatzrechtliche Prinzipien hinausgehender, Kostenerstattungsansprüche des Käufers aus § 439 Abs. 2 BGB folgt,⁴⁰ lassen sich auch diese durch das mit dem Leistungstransfer im Sinne des § 363 BGB entstandene besondere Vertrauen des Käufers auf eine umfassende Abdeckung seines Leistungsinteresses rechtfertigen.

Folgt man der hier skizzierten Linie, ist es auch schlüssig, dass dem Käufer vor der Annahme der mangelhaften Leistung ein Recht zu deren Zurückweisung zusteht, das nicht durch die für den Verkäufer günstigen Privilegierungen der §§ 437 ff. BGB eingeschränkt ist. Damit kann der Käufer eine erkannt mangelhafte Ware zum Beispiel auch dann berechtigterweise zurückweisen, wenn eine mangelfreie Leistung für den Verkäufer mit einem unverhältnismäßigen Aufwand im Sinne des § 439 Abs. 4 BGB verbunden wäre.⁴¹ Diese mittlerweile auch von der Rechtsprechung⁴² geteilte Sichtweise wäre hingegen abzulehnen, wenn man die §§ 437 ff. BGB bereits ab Vertragsschluss anwenden würde.⁴³ Gleiches müsste konsequenterweise bei einem Abstellen auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs gelten, wenn der Verkäufer die mangelhafte Ware bereits im Rahmen eines Versendungskaufs abgesendet oder bei einer Hol- oder Bringschuld dem Käufer angeboten hätte. Denn dann wäre bereits der Gefahrübergang im Sinne des § 447 Abs. 1 BGB bzw. § 446 S. 3 BGB eingetreten, was für die Zwecke der §§ 434 ff. BGB auch nicht durch den bestehenden Mangel ausgeschlossen würde, da es für diese Regelungen auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs bei unterstellter Erfüllungstauglichkeit ankommt (hypothetischer Gefahrübergang).⁴⁴

Ein tauglicher Leistungstransfer, der im Sinne der hier vertretenen Auffassung ein erhöhtes Interesse an Rechtsbeständigkeit mit den daran geknüpften Modifikationen der §§ 437 ff. BGB rechtfertigt, liegt immer dann vor, wenn der Verkäufer seine Hauptleistungspflicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB unter Billigung des Käufers zumindest teilweise erfüllt hat.⁴⁵ Im klassischen Fall des Sachkaufs setzt dies zunächst die Übergabe und/oder Übereignung der mangelhaften Sache voraus. Die zudem erforderliche Billigung des Käufers im Sinne des

³⁹ Maultzsch, ZGS 2003, 411 (411 ff.); Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 244; zustimmend Harke, Besonderes Schuldrecht, 2011, Rn. 80; BeckOK BGB/Faust, 74. Ed. 1.5.2025, § 439 Rn. 7; a.A. Bachmann, AcP 211 (2011), 395 (417 f.); Ernst, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165 (195).

⁴⁰ Hierzu oben II.

⁴¹ Faust, JZ 2015, 149 (150); Canaris, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, 2003, 5 (74 f.); Kasper, Das Erfolgsrisiko des Verkäufers, 2017, 671 ff.; weiterführend Maultzsch, ZGS 2003, 411 (414 ff.).

⁴² BGH NJW 2017, 1100 (Rn. 32 ff.).

⁴³ Vergleiche Bachmann, AcP 211 (2011), 395 (417 f.); Ernst, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165 (195).

⁴⁴ Insofern in sich konsequent gegen ein Zurückweisungsrecht Jansen, ZIP 2002, 877 (878 f.) und Lamprecht, ZIP 2002, 1790 (1790).

⁴⁵ Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 153; MüKoBGB/Maultzsch, 9. Aufl. 2024, § 439 Rn. 8.

§ 363 BGB erfolgt dabei in der Regel konkludent durch die Entgegennahme der angebotenen Leistung.⁴⁶ Es handelt sich um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, auf welche die §§ 104 ff. BGB entsprechend anzuwenden sind.⁴⁷ Die hier vertretene Lösung führt somit dazu, dass der zeitliche Anwendungsbereich der §§ 437 ff. BGB mit der Verlagerung der Beweislast für die Mangelfreiheit auf den Käufer korreliert (vorbehaltlich des § 477 BGB bei Verbrauchsgüterkaufverträgen).⁴⁸ Inhaltlich bezieht sich die Billigung jedoch nicht auf die Mangelfreiheit als solche, sondern, wie dargelegt, auf eine zumindest teilweise Erfüllung der Hauptleistungspflicht des Verkäufers. Daher schließt es die Anwendbarkeit der §§ 437 ff. BGB insbesondere nicht aus, wenn sich der Käufer unter gleichwohl erfolgter Annahme der angeordneten Ware etwaige Rechte wegen eines Mangels vorbehält.⁴⁹

IV. Die Implikationen im Rahmen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts

Ernst hat zutreffend darauf hingewiesen, dass nicht nur die §§ 437 ff. BGB selbst verschiedene Modifikationen gegenüber dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht vorsehen, sondern dass bereits die allgemeinen Regelungen, auf welche die § 437 Nr. 2 und 3 BGB umfangreich verweisen, ihrerseits gewisse Sonderregelungen für eine „nicht vertragsgemäße“ (§ 323 Abs. 1, Abs. 5 S. 2 BGB) bzw. „nicht wie geschuldete“ (§ 281 Abs. 1 S. 1 und 3 BGB) Leistung enthalten.⁵⁰ Er leitet hieraus ein weiteres Argument für die Position ab, nach der es keinen zeitlichen „Umschlagpunkt“ zwischen dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht und dem besonderen Mängelrecht geben könne, sondern nach der Schuldrechtsreform vielmehr eine einheitliche Kategorie der mangelhaften (bzw. nicht vertragsgemäßen/nicht wie geschuldeten) Leistung existiere, die bereits ab Entstehung des Schuldverhältnisses den für sie vorgesehenen ergänzenden Sonderregelungen unterliege.

Dem ist selbstverständlich insoweit zuzustimmen, als sich eine Position wie die hier vertretene, nach der ein zeitliches Abgrenzungsmoment zwischen den allgemeinen Prinzipien des Leistungsstörungenrechts und besonderen Regelungen für Mängelfälle besteht, auch an solchen Sonderregelungen bewähren muss, die bereits in den §§ 281 ff., 323 ff. BGB für nicht wie geschuldete bzw. nicht

⁴⁶ *Grigoleit*, in: Artz/Gsell/Lorenz (Hrsg.), Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, 2014, 55 (99 ff.); BeckOK BGB/*Faust*, 74. Ed. 1.5.2025, § 437 Rn. 6; insoweit kritisch *Grunewald*, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 291 (292 ff.), nach der die Anwendbarkeit der §§ 437 ff. BGB zwar eine Überprüfungsmöglichkeit des Käufers, aber keine Billigung voraussetzt.

⁴⁷ *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 155; MüKoBGB/*Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, § 439 Rn. 8.

⁴⁸ BeckOK BGB/*Faust*, 74. Ed. 1.5.2025, § 437 Rn. 6; MüKoBGB/*Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, § 439 Rn. 8.

⁴⁹ Insoweit übereinstimmend *Ernst*, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165 (190).

⁵⁰ *Ernst*, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165 (187); siehe auch MüKoBGB/*Ernst*, 9. Aufl. 2022, § 323 Rn. 25 f.

vertragsgemäße Leistungen vorgesehen sind. Der bloße Regelungsstandort kann dabei keinen sachlichen Unterschied ausmachen. Die abschließend zu begründende These lautet somit, dass auch im Rahmen der §§ 281 ff., 323 ff. BGB verschiedentlich danach zu differenzieren ist, ob bereits ein im Sinne des § 363 BGB gebilligter Transfer der mangelhaften Leistung auf den Käufer erfolgt ist oder nicht.⁵¹ Hierbei empfiehlt es sich, zwischen der Rechtslage bei behebbaren und unbehebbar Mängeln zu unterscheiden:

Ist der angediente Gegenstand mit einem behebbaren Mangel behaftet und nimmt der Käufer ihn im Sinne des § 363 BGB an, beurteilen sich seine Rechte unstrittig nach den §§ 437 ff. BGB. Ein etwaiges Rücktrittsrecht bzw. ein Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung scheiden nun über die in § 437 Nr. 2 und 3 BGB enthaltenen Verweisungen auf § 323 Abs. 5 S. 2 BGB bzw. § 281 Abs. 1 S. 3 BGB aus, wenn der Mangel nur unerheblich ist.⁵² Lehnt der Käufer die Annahme hingegen ab, finden nach der hier vertretenen Auffassung die §§ 437 ff. BGB keine Anwendung, sondern beurteilen sich die Rechte des Käufers wegen einer Verletzung seines Anspruchs auf eine mangelfreie Leistung aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB ausschließlich nach den allgemeinen Vorschriften.⁵³ Sofern es hierbei wiederum um einen Rücktritt oder einen Schadensersatz statt der ganzen Leistung geht, sind die Einschränkungen der § 323 Abs. 5 S. 2 BGB bzw. § 281 Abs. 1 S. 3 BGB richtigerweise nicht einschlägig, das heißt, der Käufer kann die genannten Rechte auch bei unerheblichen Mängeln ausüben.⁵⁴ Dies folgt bereits aus dem Wortlaut dieser Regelungen, die darauf abstellen, ob der Schuldner eine Leistung nicht vertragsgemäß bzw. nicht wie geschuldet „bewirkt hat“, was einen erfolgten Leistungstransfer voraussetzt und im Fall einer Zurückweisung durch den Käufer nicht gegeben ist. Das Recht auf einen Rücktritt oder einen Schadensersatz statt der ganzen Leistung steht dann ebenso wenig unter dem Vorbehalt der Erheblichkeit des Mangels wie das Recht zur Zurückweisung selbst.⁵⁵ Wertungsmäßig ist dies auch schlüssig, da die Einschränkungen der § 323 Abs. 5 S. 2 BGB bzw. § 281 Abs. 1 S. 3 BGB gerade eine, der erfolgten Leistung gegenläufige, Rückabwicklung bei nur unerheblichen Mängeln ausschließen sollen, was nicht einschlägig ist, wenn es aufgrund der fehlenden Annahme noch an einem Leistungstransfer fehlt und daher für den Schuldner kein relevantes Interesse an einer erhöhten Rechtsbeständigkeit eines solchen Transfers entstanden ist.⁵⁶

⁵¹ Hierzu bereits *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 158 ff.; *MüKoBGB/Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, § 437 Rn. 10 f.

⁵² Zu den Kriterien für die Unerheblichkeit statt aller *MüKoBGB/Ernst*, 9. Aufl. 2022, § 323 Rn. 246 ff. m.w.N.

⁵³ Vergleiche *MüKoBGB/Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, § 437 Rn. 10.

⁵⁴ A.A. auf der durch ihn vertretenen Linie konsequent *MüKoBGB/Ernst*, 9. Aufl. 2022, § 323 Rn. 33.

⁵⁵ Zu Letzterem BGH, NJW 2017, 1100 Rn. 32 ff.; *Faust*, JZ 2015, 149 (150); *Kasper*, Das Erfolgsrisiko des Verkäufers, 2017, 671 ff.; *Stamm*, Das Zurückweisungsrecht und die Mängelreede, 2023, 59 ff.; *BeckOK BGB/Faust*, 74. Ed. 1.5.2025, § 433 Rn. 43.

⁵⁶ Siehe oben III.

Bei unbehebbarren Mängeln sind im Fall der Annahme der Leistung durch den Käufer wiederum die §§ 437 ff. BGB anwendbar⁵⁷ und ein Rücktrittsrecht (§ 437 Nr. 2 BGB in Verbindung mit § 326 Abs. 5 BGB) oder ein Recht auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung (§ 437 Nr. 3 BGB in Verbindung mit den §§ 283, 311a Abs. 2 BGB) besteht aufgrund des erfolgten Leistungstransfers erneut nur bei einem erheblichen Mangel (§ 326 Abs. 5 Halbs. 2 BGB in Verbindung mit § 323 Abs. 5 S. 2 BGB bzw. §§ 283 S. 2, 311a Abs. 2 S. 3 BGB in Verbindung mit § 281 Abs. 1 S. 3 BGB). Wie bei einem behebbarren Mangel gelten diese Einschränkungen jedoch richtigerweise wiederum nicht, wenn der Käufer die angediente Sache zurückweist.⁵⁸ Darüber hinaus stellt sich im Fall eines unbehebbarren Mangels zusätzlich die Frage nach einer direkten Auswirkung des Mangels auf die Gegenleistungspflicht des Käufers. Wird die mangelhafte Leistung im Sinne des § 363 BGB angenommen, ist ein automatischer Entfall der Gegenleistung gemäß § 326 Abs. 1 S. 2 BGB zu verneinen. Vielmehr greifen die §§ 437 ff. BGB ein und der Käufer kann einen gänzlichen oder teilweisen Entfall seiner Kaufpreiszahlungspflicht nur über die Ausübung der Gestaltungsrechte aus § 437 Nr. 2 BGB erreichen. Weist er hingegen die angediente und unbehebbar mangelhafte Leistung zurück, greift nach der hier vertretenen Auffassung die „Sperr“ des § 326 Abs. 1 S. 2 BGB nicht ein.⁵⁹ Der Käufer kann sich daher gegenüber dem Kaufpreisanspruch nicht nur auf eine allgemeine Mängelreede,⁶⁰ sondern unmittelbar auf § 326 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 BGB stützen. Dies steht wiederum im Einklang mit dem Wortlaut des § 326 Abs. 1 S. 2 BGB, der lediglich den Fall einer nach § 275 BGB ausgeschlossenen „Nacherfüllung“ regelt, was erneut einen erfolgten Leistungstransfer im Hinblick auf die mangelhafte Sache voraussetzt⁶¹ und seine sachliche Rechtfertigung durch den Gedanken des mit einem solchen Transfer entstehenden Interesses an einer vorläufigen⁶² Rechtsbeständigkeit findet. Vergleicht man somit bei einem unbehebbarren Mangel die Rechtslage vor und nach einer Annahme im Sinne des § 363 BGB, kommt der Annahme daher mit Blick auf den Kaufpreisanspruch eine gewisse Heilungsfunktion zu, da dieser Anspruch mit der Annahme, wenn auch vorbehaltlich der

⁵⁷ A.A. Heyers/Heuser, NJW 2010, 3057 (3057 ff.), die bei unbehebbarren Sachmängeln auch nach dem Zeitpunkt der Lieferung das allgemeine Leistungsstörungsrecht anwenden wollen; hiergegen zutreffend Schall, NJW 2011, 343 (343 ff.).

⁵⁸ Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 160; vergleiche auch Grigoleit, in: Artz/Gsell/Lorenz (Hrsg.), Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, 2014, 55 (101); a.A. Stephan Lorenz, NJW 2013, 1341 (1344).

⁵⁹ So wohl auch Canaris, Schuldrechtsreform 2002, 2002, XXIII f.; a.A. Stephan Lorenz, NJW 2013, 1341 (1344).

⁶⁰ Hierzu BGHZ 225, 1 (Rn. 41 ff., 79); Grunewald, in: FS für Harm Peter Westermann, 2008, 245 (245 ff.); ablehnend zum Beispiel Stamm, Das Zurückweisungsrecht und die Mängelreede, 2023, 71 ff.

⁶¹ MüKoBGB/Maultzsch, 9. Aufl. 2024, § 437 Rn. 11.

⁶² Der Kaufpreisanspruch entfällt selbstverständlich auch im Fall einer Annahme im Sinne des § 363 BGB dann ganz oder teilweise noch, wenn der Käufer wirksam Rechte nach § 437 Nr. 2 BGB ausübt.

wirksamen Ausübung von Mängelrechten nach den §§ 437 ff. BGB, gemäß § 326 Abs. 1 S. 2 BGB wiederauflebt.⁶³

V. Ergebnisse

Die Frage nach der zeitlichen Anwendungsdimension der §§ 437 ff. BGB in verschiedenen Stadien des Vertragsvollzugs hat zwar aufgrund der weitgehenden Einpassung der Rechte des Käufers bei Mängeln in das allgemeine Leistungsstörungenrecht durch die Schuldrechtsreform an Bedeutung verloren. Dennoch enthalten die Mängelrechte weiterhin gewisse, nicht selten auf die Vorgaben der Warenkauf-Richtlinie (bzw. früher der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie) zurückgehende, Modifikationen, die dem Problem des zeitlichen Anwendungsbereichs eine praktische Relevanz erhalten. Richtigerweise sollte dieser Anwendungsbereich nicht bereits ab Vertragsschluss oder jedwedem Gefahrübergang im Sinne der §§ 446 S. 1 und 3, 447 Abs. 1 BGB angenommen werden, sondern erst ab einer „Lieferung“ an den Käufer, das heißt ab einer Annahme des angebotenen Kaufgegenstands durch Letzteren im Sinne des § 363 BGB. Erst durch diesen Vorgang entsteht ein besonderes Interesse der Vertragsparteien an einer gesteigerten Rechtsbeständigkeit des erfolgten Leistungstransfers, der die Modifikationen der §§ 437 ff. BGB sachlich rechtfertigt. Zudem sind auch die im allgemeinen Leistungsstörungenrecht selbst vorgesehenen Sonderregelungen für nicht wie geschuldet bzw. nicht vertragsgemäß erbrachte Leistungen (insbesondere die §§ 281 Abs. 1 S. 3, 323 Abs. 5 S. 2, 326 Abs. 1 S. 2 BGB) richtigerweise erst ab einer Annahme der mangelhaften Leistung durch den Käufer einschlägig.

⁶³ Hierzu bereits *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 162; *MüKoBGB/Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, § 437 Rn. 11.

The Restitution of Nazi Looted Art in Austria¹

Franz-Stefan Meissel

I. Introduction

Although Wolfgang Ernst is foremost known for his outstanding scholarly work on Roman law and German civil law (including the history of private law from Antiquity over the Middle Ages up to the present time), he is also a jurist with a keen interest in the legal and moral questions which are linked to the Nazi rule in Germany. Thus, he has published about the fate of jurists such as Fritz Schulz² and Frederick A. Mann³ who were persecuted during this dark period of history and he also dealt with questions concerning the restitution of looted art under German and Swiss law.⁴

My paper will address private law aspects of the restitution of looted art in Austria, which, given the abundance of cases⁵ and legal questions, can only be presented here in a very selective way. First, I will briefly recall the legal regime of art restitution in Austria in the immediate post-war era on the one hand and under the 1998 Art Restitution Act (*Kunstrückgabegesetz*)⁶ on the other hand. Subsequently, selected legal questions will be discussed which arose in

¹ The text is a revised version of a lecture given at the University of Salzburg in November 2024. The author would like to thank Syinka Patricia Kaza, Laurenz J. Faber and Mary Barrett for their help with the English version and valuable suggestions.

² Wolfgang Ernst, 'Fritz Schulz (1879–1957)' in Jack Beatson and Reinhard Zimmermann (eds), *Jurists Uprooted. German speaking Émigré Lawyers in 20th century Britain* (OUP 2004) 105.

³ Wolfgang Ernst (ed), *F. A. Mann, Life and Cases – Manuscript of an Autobiography* (Van-denhoek & Ruprecht 2021).

⁴ Wolfgang Ernst, 'Zur heutigen Rechtsbedeutung der alliierten Restitutionsgesetze in Deutschland' in Harry Dondorp, Jan Hallebeek, Laurens Winkel and Tammo Wallinga (eds), *Ius romanum – Ius Commune – Ius hodiernum: studies in honour of Eltje J.H. Schrage on the occasion of his 65th birthday* (Scientia 2010) 115; Wolfgang Ernst, 'Bilderbesitz im Rechtsstaat' (2014) 69 JZ 28 = [2014] KUR 67; Wolfgang Ernst, 'Neue Rahmenbedingungen für die Kunstrestitution in Deutschland? Zum juristischen Innovationspotenzial des Streits um den Bilderbesitz Cornelius Gurlitt' in Annette Weber and Johannes Heil (eds), *Ersessene Kunst: Der Fall Gurlitt* (Metropol 2015) 91.

⁵ On the extent of looting of Jewish collections in Vienna see Sophie Lillie, *Was einmal war. Handbuch der enteigneten Kunstsammlungen Wiens* (Czernin 2003).

⁶ BGBl (Federal Law Gazette) I Nr 181/1998; as amended by BGBl I Nr. 117/2009. For an analysis of the 1998 Art Restitution Act and the case law of the Art Restitution Board (*Kunstrückgabebeirat*) see Paul Fitz, *Das Kunstrückgabegesetz. Historische Verantwortung durch Selbstbindung* (Jan Sramek 2022); Anne Dewey, *Gerecht und fair? Die Empfehlungspraxis des österreichischen Kunstrückgabebeirats im Lichte der Washingtoner Prinzipien* (De Gruyter 2023).

the application of the 1998 Art Restitution Act by the Art Restitution Board (*Kunstrückgabebeirat*)⁷ and the Advisory Board for Provenance Questions regarding the *Leopold Museum (Beratendes Gremium für die Leopold Privatstiftung)*, in the following: Leopold Advisory Board⁸). The normative interplay between post-war legislation and the 1998 Art Restitution Act will thus be examined, stressing the objective of the latter to fill gaps and deficiencies left by post-war practice. In this context, the paper deals with the notion of ‘deprivation of assets’ and the question of acquisition in good faith. Finally, a few particularly ‘thorny’ legal questions will be addressed, such as agreements between close relatives, the handling of deprivations owed to the Nazi campaign against ‘degenerate art’ and the question of sales which took place after the emigration of persecuted owners.

II. From Post-War Legislation to the 1998 Art Restitution Act

The Allied Powers had already announced in the Inter-Allied London Declaration of January 5, 1943 that, in the event of victory over Nazi Germany, property seizures carried out by the Nazi regime would be reversed. A few months later, in their Moscow Declaration of 30 October 1943 they referred to Austria both as the ‘first free country to fall victim to Hitlerite aggression’ and, at the same time, addressed Austria’s own responsibility – calling on the country to contribute to its own liberation from Nazi rule through acts of resistance.⁹

After the liberation from the Nazi regime, the Austrian government (with the approval of the four Allied powers which then occupied Austria) passed the Annulment Act on 15 May 1946.¹⁰ Section 1 of this 1946 Annulment Act declared null and void all legal transactions and legal acts carried out ‘during the German occupation of Austria’ in the course of its ‘political or economic penetration by

⁷ For a documentation of the work of the Austrian Provenance Commission and selected decisions of the Art Restitution Board cf Gabriele Anderl, Christoph Bazil, Eva Blimlinger, Oliver Kühschelm, Monika Mayer, Anita Stelzl-Gallian and Leonhard Weidinger (eds), ... *wesentlich mehr Fälle als angenommen. 10 Jahre Kommission für Provenienzforschung* (Böhlau 2009); Eva Blimlinger and Heinz Schödl (eds), *Die Praxis des Sammelns. Personen und Institutionen im Fokus der Provenienzforschung* (Böhlau 2014); Eva Blimlinger and Heinz Schödl (eds), ... *(k)ein Ende in Sicht. 20 Jahre Kunstrückgabegesetz in Österreich* (Böhlau 2018); Birgit Kirchmayr and Pia Schölnberger (eds), *Restituert. 25 Jahre Kunstrückgabegesetz in Österreich* (Czernin 2023); see also Theodor Brückler, *Kunstraub, Kunstbergung und Restitution in Österreich von 1938 bis heute* (Böhlau 1999).

⁸ The recommendations of the Leopold Advisory Board (2010–2020) can be accessed (in German) under <www.bmwkms.gv.at/themen/kunst-und-kultur/schwerpunkte/kunstrueckgabe-gedenkkultur/leopold-museum-privatstiftung.html> accessed 19 November 2025.

⁹ On the Moscow Declaration, see Stephan Verosta, *Austria’s International Status 1938–1945. A Collection of Declarations and Treaties from the Years 1938–1947* (1947) 52.

¹⁰ Bundesgesetz vom 15. Mai 1946 über die Nichtigerklärung von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechtshandlungen, die während der deutschen Besetzung Österreichs erfolgt sind, BGBl (Federal Law Gazette) Nr 106/1946.

the German Reich', if they were done 'in order to deprive natural or legal persons of property or property rights they held on 13 March 1938'.¹¹

However, the Annulment Act explicitly stated that it only had declaratory character and that the legal design of enforceable restitution claims was to be set out later in subsequent legislation. In the following years, seven Restitution Acts were enacted to set up the legal regime of restitution to victims of National Socialism and create enforceable restitution claims.¹² Among these Restitution Acts, the first three are potentially relevant for the restitution of looted artworks. The first two Restitution Acts applied to property that had either come under the administration of the Republic of Austria or had become state property through confiscation. In these cases, restitution took place through public law proceedings.¹³ Of particular importance for art restitution was the Third Restitution Act of 6 February 1947¹⁴, which comprehensively regulated the restitution of property seized under Nazi rule through transactions between private parties (*inter privatos*).

The 1947 Third Restitution Act also introduced, for the first time, a definition of the core concept of Nazi-era property seizure for which the German term *Vermögensentziehung* (deprivation of assets) was used. For groups politically persecuted by National Socialism (including in particular all persons deemed Jewish, but also others persecuted for political reasons), section 2 paragraph 1 of the Third Restitution Act provides that any acquisition of property during the Nazi period in Austria is presumed to constitute a deprivation. An exception is made if the acquirer can prove that 'the transfer of property would have occurred independently of the Nazi takeover', i.e., the acquirer bears the burden of providing a so-called 'proof of liberation' showing no causal link to Nazi persecution.

In the case of owners who were not subject to political persecution, section 2 paragraph 2 of the Third Restitution Act defines a 'deprivation' as having occurred if, due to the Nazi takeover, a transfer of property took place in which the seller was unable to freely choose the buyer or did not receive adequate compensation.

According to section 3 of the Third Restitution Act, such deprivations caused by the NS regime can be challenged as null and void, meaning their nullity has to be invoked by the original owners ('relative nullity'), allowing them to vindicate

¹¹ § 1 (section 1) Nichtigkeitsgesetz 1946 (BGBl Nr. 106/1946): 'Entgeltliche und unentgeltliche Rechtsgeschäfte und sonstige Rechtshandlungen während der deutschen Besetzung Österreichs sind null und nichtig, wenn sie im Zuge seiner durch das Deutsche Reich erfolgten politischen und wirtschaftlichen Durchdringung vorgenommen worden sind, um natürlichen oder juristischen Personen Vermögensschaften oder Vermögensrechte zu entziehen, die ihnen am 13. März 1938 zugestanden sind.'

¹² For a comprehensive account see Georg Graf, *Die österreichische Rückstellungsgesetzgebung* (Böhlau 2003).

¹³ For an in-depth analysis see Ronald Faber, *Vermögensrestitution im öffentlichen Recht* (Verlag Österreich 2007).

¹⁴ Bundesgesetz vom 6. Februar 1947 über die Nichtigkeit von Vermögensentziehungen, BGBl (Federal Law Gazette) Nr 54/1947.

the property taken from them. This nullity supplements the grounds for contestation under general civil law such as fraud and duress (section 870 ABGB), mistake (section 871 ABGB), immorality (section 879 paragraph 1 ABGB), usury (section 879 paragraph 2 item 4 ABGB), and enormous lesion (sections 934 f. ABGB), thereby addressing the specific problems associated with transactions carried out under generalized persecution during the Nazi terror regime.¹⁵

To enforce restitution claims between private parties, special civil law tribunals were established. There were 'Restitution Commissions' (*Rückstellungskommissionen*) at the level of the regional courts, 'Superior Restitution Commissions' (*Rückstellungsoberkommissionen*) at the level of the four higher regional courts, and the 'Supreme Restitution Commission,' (*Oberste Rückstellungskommission*) which was a special panel of the Supreme Court.¹⁶ The restitution proceedings were governed by the procedural rules of non-contentious civil jurisdiction (*Außerstreitverfahren*), with certain procedural particularities set forth in the Third Restitution Act.

The regulation of property seizures related to the Nazi period substantially expanded the substantive rights of the original owners. At the same time, however, it was stipulated that claims could only be asserted within relatively short time limits. Although these short limitation periods were extended several times, they generally expired by the mid-1950s.¹⁷ As a result, the Third Restitution Act can no longer be relied upon today as a substantive basis for claims before Austrian courts.¹⁸

From today's perspective, the post-war statutes provide important legislative guidance on what must be regarded as acquisitions during the Nazi era that are to be reversed under substantive law. Restitution law fundamentally concerns interventions in property rights; it is therefore not about comprehensive compensation for Nazi injustices, but solely about the return of expropriated property.

The Third Restitution Act thus takes into account the distortion of private autonomy due to Nazi persecution, regardless of whether the acquirers themselves exerted pressure or acted in bad faith. However, this approach also involves a number of limitations: In the post-war period, it was the injured owners' responsibility to enforce restitution through civil proceedings, with all the material and emotional difficulties that a civil lawsuit entails.

Specific problems arose in the context of art restitution which made it particularly cumbersome and often impossible for victims to successfully enforce claims for restitution: One major obstacle was the difficulty of locating and identifying

¹⁵ On the relationship between civil law and restitution law, see Julia Jungwirth, *NS-Restitutionen und Zivilrecht* (Manz 2008) 7 ff.

¹⁶ For a substantive analysis of the case law of the restitution commissions, see Franz-Stefan Meissel, Thomas Olechowski and Christoph Gnatt, *Untersuchungen zur Praxis der Verfahren vor den Rückstellungskommissionen* (Oldenbourg 2004).

¹⁷ For a detailed presentation see Graf (n 12) 339 ff.

¹⁸ Nevertheless, for the application of the 1998 Art Restitution Act, the definition of a 'deprivation' under the Third Restitution Act and the related postwar case law is of particular importance, as will be explained in more detail below.

lost artworks, especially when the original owners had been murdered. While the property history of estates can be easily traced with the use of the land register (*Grundbuch*), artworks which were sold in private sales leave few or no traces. As a result of such practical problems, even thousands of objects detained by public authorities (which were ready to restitute them) could not be given back, because the original owners never reclaimed (or were unable to identify) their looted artworks.¹⁹ In the case of sales in auctions, the auction houses were keen on preserving the privacy of sellers and buyers. An important legal hurdle was the exclusion of restitution in cases of acquisition in good faith, which was regulated in section 4 of the 1947 Third Restitution Act (to be discussed in more detail below under 2.b).

Since the late 1980s, Austria witnessed a paradigm shift in its handling of the Nazi past. During the 1988 'Year of Reflection' (*Bedenkjahr*), innumerable events throughout the entire country were dedicated to a critical appraisal of Austria's role during the Nazi occupation and the responsibility of many Austrians for Nazi atrocities. A younger generation of descendants of Nazi victims and of perpetrators called for a revised policy of restitution, taking into account the gaps and deficiencies of post-war restitution measures. In 1998, the Austrian Federal government and the Austrian Parliament jointly set up a 'Historians' commission' to thoroughly investigate Nazi persecution, to assess the amount of damages and looted assets during the Nazi era and to evaluate restitution and compensation measures after 1945.²⁰

As for the restitution of looted artworks, the seizure of two Schiele paintings (exhibited at the MOMA in New York) in early 1998 led to a rapid drafting of the Art Restitution Act, which came into effect on 4 December 1998. At the same time, 44 states negotiated the 'Washington Principles on Nazi-Confiscated Art' which in their Principle Nr. 9 called for a 'fair and just solution' for artworks looted during the Nazi regime.

The 1998 Art Restitution Act aims to address specific deficiencies in post-war restitution practice. In general, it is only applicable to artworks which are currently owned by the Federal Republic of Austria. The Federal government organizes systematic provenance research carried out by the Commission for Provenance Research (*Provenienzforschungskommission*), which serves as the basis for the deliberations of the Art Restitution Board (*Kunstrückgabebeirat*). The Art Restitution Board makes recommendations for restitution of artworks in cases which are covered by section 1 of the 1998 Art Restitution Act.²¹

¹⁹ The Austrian legislature tried to address some of these problems through the 1969 First Reform Act for Art and Culture (1. *Kunst- und Kulturbereinigungsgesetz*) and the 1985 Second Reform Act for Art and Culture (2. *Kunst- und Kulturbereinigungsgesetz*); in the end, artworks which were not claimed by the original owners were auctioned off in 1996 to the benefit of victims of National Socialism; for details cf Dewey (n 6) 38 with further references.

²⁰ For a summary of the findings see Jabloner et al. (eds), *Schlussbericht der Historikerkommission der Republik Österreich. Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich* (Oldenbourg 2003).

²¹ An English translation of the pertinent provisions can be found under: <<https://provenienzforschung.gv.at/en/empfehlungen-des-beirats/kunstrueckgabegesetze/>> accessed 19 November 2025.

III. The Interplay of the 1998 Art Restitution Act with Austrian Post-War Restitution Legislation

While section 1 number 1 of the Art Restitution Act addresses the issue of forced donations and dedications in connection with export licensing procedures after 1945, number 2 refers to cases in which the restitution of looted works of art should have been made under post-war restitution law but was not made.

The wording of section 1 number 2 of the Art Restitution Act presents interpretive difficulties, as the legislature of the 1998 Art Restitution Act refers – with regard to the envisaged acts of Nazi deprivation – only to the 1946 Annulment Act. It does not specifically refer to the Restitutions Acts, particularly the Third Restitution Act, which had concretized the (not directly enforceable) Annulment Act.

1. The Notion of Deprivation Under the 1998 Art Restitution Act

The Annulment Act as such speaks of legal transactions and legal acts that were undertaken ‘during the German occupation of Austria’ in the ‘course of its political or economic penetration by the German Reich, in order to deprive natural or legal persons of assets or property rights belonging to them on 13 March 1938,’ without further defining what is meant by the term ‘to deprive’. Even the first two Restitution Acts lacked a statutory definition of the term ‘deprivation/seizure of assets’. An actual definition of the notion of ‘deprivation of assets’ was only included in the Third Restitution Act of 1947, which, as a general law pursuant to section 1 paragraph 2 of the Third Restitution Act, is also applicable subsidiarily for the first two Restitution Acts.

In the application of the 1998 Art Restitution Act, the question arose how the central term ‘deprivation of assets’ (*Vermögensentziehung*) was to be understood. Regarding this term, the 1998 Art Restitution Act mentions only the 1946 Annulment Act (where this term is not really defined) but does not refer to the pertinent articles in the Third Restitution Act which specifically defined ‘deprivation of assets’ for the purposes of post-war restitution. This opened the question whether the 1998 legislature was meant to depart from the post-war understanding of ‘deprivation of assets’ such as it was defined in the 1947 Third Restitution Act and create a specific new notion. Thus, it was contended by some that the 1998 Art Restitution Act established a new definition of ‘deprivation of assets’, for which a subjective component²² of the person depriving the

²² Arbitral award Zuckermandl Portrait of January 15, 2006, 15 f; <<http://bslaw.com/altmann/Zuckermandl/Decisions/decision.pdf>> accessed 19 November 2025; the Austrian Supreme Court (OGH April 1, 2008, 5 Ob 272/07x), deciding on an attempted challenge of the arbitral award (i.e., in a procedure which is limited to the question whether the decision is incompatible with the Austrian *ordre public*), qualifies this interpretation of the arbitral panel as ‘not inconceivable’ since it corresponds to the wording of the 1946 Annulment Act – without, however, actually deciding on the merits of the case.

The treatment of this legal question by Dewey (n 6) 118 with n 655 is not entirely accurate; a similar ‘subjective’ interpretation of the term ‘*Vermögensentziehung*’ can only

other of an asset was required. According to this view, to qualify as a case of looting which might lead to a restitution under the 1998 Art Restitution Act, the legal transaction or legal act must have been carried out with the *intention* of bringing about a deprivation of assets to the detriment of a Nazi victim. This interpretation is based on the argument that the 1946 Annulment Act speaks of legal transactions and legal acts which were carried out 'in order to deprive'.²³

However, this understanding conflicts with the definition of 'deprivation of assets' in the Third Restitution Act, which legal experts and scholars have always interpreted as an objective fact. This means that the person who took the property was not required to have had an intention to deprive the original owner of their title. The duty to return property also covers so-called 'otherwise' honest acquisitions and even legal actions where the acquirer had good or altruistic intentions (for example, trust agreements²⁴ made in the interest of the original owners).²⁵ The notion of 'deprivation of assets' in the 1947 Third Restitution Act is thus more extensive than the notion in the 1946 Annulment Act.

The idea that the 1998 lawmakers wanted to create a completely new definition of 'deprivation' in section 1 paragraph 1 item 2 of the Art Restitution Act is not convincing for several reasons. First, this intention was never discussed during the law-making process. Even when the Art Restitution Act was amended in 2009, the responsible Federal Minister explained in response to a parliamentary inquiry that the Art Restitution Advisory Board's use of decisions from the Third Restitution Act to interpret the term 'deprivation of assets' under the Art Restitution Act was justified because later restitution laws served as implementing laws to the 1946 Annulment Act.²⁶

It would also be difficult to understand why the wording of the 1946 Annulment Act, which itself was merely programmatic and did not define 'deprivation' at all, should be used for a new definition of 'deprivation' (which would be

be found sporadically in early decisions of the Art Restitution Advisory Board (e.g., in the case of the portrait of Amalie Zuckerkandl) and in the arbitral award decision, whereas the authors cited by Dewey (n 6) 118 in n 655 merely emphasize that the Art Restitution Act mentions the Annulment Act but not specifically the Third Restitution Act. For a thorough critique of the arbitral award, see Georg Graf, 'Amalie Zuckerkandl und die Rechtskraft' [2020] NZ 7; for a defense of the arbitral tribunal's decision, see Walter Rechterberger, 'Eine Replik Zum Artikel von Georg Graf in NZ 2020/2' [2020] NZ 207.

²³ On the supposed necessity of an 'intent to deprive', see Ludwig Viktor Heller, Wilhelm Rauscher and Rudolf St. Baumann, *Gesetz über die Erfassung arisierter und anderer entzogener Vermögensschaften, Vermögensentziehungs-Anmeldeverordnung, Nichtigkeitsgesetz, Erstes Rückstellungsgesetz und Verwaltergesetz* (Manz 1946) 94; in their commentary on section 1 of the 1946 Annulment Act (albeit at a time before the Third Restitution Act was enacted!) they qualify the nullity consequence as a case of 'absolute nullity' (which does not correspond to the later legislation) and they do not require a specific 'intent' but only the awareness of the acquirer that a deprivation to the detriment of a victim of National Socialism took place.

²⁴ The post-war case law regarded the trustee as having active standing to assert a restitution claim; see the critique of Meissel, Olechowski and Gnant (n 16) 93.

²⁵ Conversely, section 4 paragraph 1 of the 1947 Third Restitution Act provides for consideration of the subjective lack of knowledge of the purchaser, if they did not know and were not required to know that the property was deprived.

²⁶ Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur (Federal Minister for Education, Art and Culture), response to parliamentary inquiry No. 2652/AB, XXIV. GP, 2 f; Fitz (Fn. 6) 186 f.

more restrictive than the one used by subsequent post-war legislation). Furthermore, the phrase ‘in order to confiscate’ in the 1946 Annulment Act does not even necessarily presuppose an intention to do so but could also be understood as the mere (objective) suitability of a transaction to produce the effect of a deprivation of assets.

The purpose of the 1998 Art Restitution Act – to compensate for post-war failures as comprehensively as possible for the benefit of aggrieved owners – speaks decisively against an interpretation that assumes a narrower definition of confiscation than post-war law. In this respect, Dewey²⁷ is correct in assuming that, on the contrary, the post-war restitution law serves as a minimum standard that must be applied in any case for the application of the 1998 Art restitution Act.

But why then did the 1998 Art Restitution Act not simply refer to section 2 of the Third Restitution Act? In my opinion, this can be explained by the fact that section 1 of the 1946 Annulment Act contained the announcement of the Restitution legislature, which subsequently was enacted in the various Restitution Acts. It should be borne in mind that, for works of art, not only deprivation of assets subject to the Third Restitution Act are relevant, but potentially also cases under the First or Second Restitution Act.

Furthermore, the restitution regime of the 1998 Art Restitution Act goes further than the Third Restitution Act. Thus, the new legal regime of the 1998 Art Restitution Act even allows for restitution in cases in which the federal government’s acquisition of ownership took place after the end of the war and was executed in line with the then applicable Austrian civil law (including cases of acquisition in good faith).

Finally, it should be noted that the wording of paragraph 2 was apparently written under a lot of time pressure. Until the 2009 amendment, the original version of the 1998 Art Restitution Act did not clearly state that deprivation could happen through a legal transaction as well as through a simple legal act. There was also a confusing mistake: When referring to the Annulment Act, the acquisition of ownership (also wrongly described as ‘by the Republic of Austria’ instead of ‘by the Federal State or the Provinces’) was mentioned twice.²⁸ The rule that a recommendation to return property is only needed if restitution has

²⁷ Dewey (n 6) 123.

²⁸ Section 1 number 2 1998 Art Restitution Act (in its amended version of BGBl I Nr 117/2009): ‘[Kunstgegenstände, welche] zwar rechtmäßig in das Eigentum des Bundes übergegangen sind, jedoch zuvor Gegenstand eines Rechtsgeschäftes oder einer Rechtshandlung gemäß § 1 des Bundesgesetzes über die Nichtigerklärung von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechtshandlungen, die während der deutschen Besetzung Österreichs erfolgt sind, BGBl Nr 106/1946, waren, und sich noch im Eigentum des Bundes befinden.’ Translation: ‘[art objects which] have lawfully passed into the ownership of the Federal Government, but were previously the subject of a legal transaction pursuant to § 1 of the Federal Act of 15 May 1946 on the Nullification of Legal Transactions and Other Legal Acts Carried Out During the German Occupation of Austria, BGBl No. 106/1946, and currently are property of the Federal Government.’

not already taken place after the Nazi era is also not stated in the law itself but could only be deduced from the purpose of the law.

Given all these considerations, it does not seem reasonable to assume that the reference to the 1946 Annulment Act in section 1 of the 1998 Art Restitution Act is to be understood as introducing a new legal concept of 'deprivation' which is narrower than the one used by the post-war tribunals of restitution. Therefore, the Art Restitution Advisory Board and the Leopold Committee are right when they rely on the definitions from the Third Restitution Act and the related post-war case law to explain what 'deprivation' means in section 1 paragraph 2 of the 1998 Art Restitution Act.

2. The Evolution Regarding Cases Concerning Acquisition in Good Faith

a) Section 4 of the 1947 Third Restitution Act

Although an intention to confiscate within the meaning of section 2 of the 1947 Third Restitution Act does not constitute a prerequisite for a 'deprivation', the 1947 Third Restitution Act does take into account in favor of the purchaser their lack of knowledge that the property was looted. Under certain conditions, such an acquirer who had acted in good faith could even be shielded against the vindication of the original owner.

According to section 4 paragraph 1 of the 1947 Third Restitution Act, in the case of an acquisition of movable property during the Nazi era 'at a public auction or other such auction in the course of enforcement or bankruptcy proceedings, or by a tradesman authorized to conduct such transactions, or with whatever intention', a claim for restitution only exists 'if the acquirer knew or should have known that the property was confiscated' (section 4 paragraph 1 leg. cit.). This is similar to situations that also preclude vindication by the original owner under civil law because the requirements for acquisition in good faith pursuant to section 367 of the Austrian Civil Code (ABGB) are met. This raises the important legal question of whether the provision applies only to items that were confiscated beforehand, or whether the act of acquiring the item itself can be considered confiscation; this would mean that the original owner could not reclaim the property if the purchaser acted in good faith. According to the wording of section 4, paragraph 1 leg. cit, the property must have been confiscated previously,²⁹ i.e., a confiscation must have taken place before the acquisition. However, case law has sometimes applied this rule even in situations where the confiscation was effectively carried out by the good faith purchaser, to the disadvantage of the original owner.³⁰

This provision proved to be a crucial obstacle, particularly for the return of confiscated works of art to their original owners. Since a large proportion

²⁹ Ludwig Viktor Heller, Wilhem Rauscher and Rudolf St. Baumann, *Verwaltergesetz, Rückgabegesetz, Zweites und Drittes Rückstellungsgesetz* (Manz 1947) 207; Graf (n 12) 215 f.

³⁰ Cf Graf (n 12) 216; Julia Jungwirth, 'Juristische Aspekte der Kunstrückgabe' in Christina Gschiel, Ulrike Nimeth and Leonhard Weidinger (eds), *Schneidern und Sammeln. Die Wiener Familie Rothberger* (Böhlau 2010) 249, 265.

of the ‘Aryanizations’ of works of art took place through the art trade or the *Dorotheum* auction house, many acquirers were able to invoke such ‘acquisition in good faith’. The post-war judiciary repeatedly assumed that the defendants acted in good faith in their acquisition of artworks (particularly when it came to acquisitions by state museums). Good faith was even assumed for museum directors with a background in art history, who must have been aware of the provenance from collections of individuals persecuted as Jews.

As for a critique of this provision, a distinction must be made: The Austrian good faith regime of section 367 of the Austrian Civil Code (ABGB) is very trade-friendly and even permits the *bona fide* acquisition of stolen items. In this light, section 4 of the Third Restitution Act appears to be in line with the Austrian civil law in general. From a legal policy perspective, however, this decision of post-war legislation in favor of legal certainty and preferential treatment of acquirers to the detriment of Nazi victims is highly problematic.

b) The Handling of Good Faith Acquisition by Post-War Restitution Tribunals

In a number of post-war court cases, this good faith exception was applied in such a way that made it virtually impossible for Nazi victims to assert a lack of good faith of the acquirers. This includes the cases of the Munch painting of Alma Mahler-Werfel³¹ and the Waldmüller portraits of the Werner couple from the Felsövaryi³² collection: In both cases, the acquisition of good faith during the Nazi era was legally affirmed in favor of the federal government – based on assessments of evidence that, from today’s perspective, are quite questionable.

In 1937, Alma Mahler-Werfel lent several paintings by her father, Jakob Emil Schindler, a painting by Oskar Kokoschka, and Edvard Munch’s *Summer Night on the Beach* to the *Belvedere Museum* in Vienna. As the wife of Franz Werfel, who was considered Jewish, Alma Mahler-Werfel fled on 13 March 1938, first to France and later to the USA. After her departure (on 18 March 1938), the paintings lent by Alma to the *Belvedere* were returned to her stepfather, Carl Moll. His daughter, Marie Eberstaller, finally sold the Munch painting to the *Belvedere* (represented by its director, Bruno Grimschitz) for RM 7,000 in 1940.

³¹ Franz-Stefan Meissel, ‘Edvard Munchs “Sommernacht am Strand” und das Restitutionsverfahren Alma Mahler-Werfels gegen die Republik Österreich’ in Michele Luminati, Ulrich Falk and Mathias Schmoeckel (eds), *Mit den Augen der Rechtsgeschichte: Rechtsfälle – selbstkritisch kommentiert* (LIT 2008) 427; Franz-Stefan Meissel and Julia Jungwirth, ‘Moralisch verständlich, aber rechtlich nichts zu machen? Munchs “Sommernacht am Strand” vor dem Kunstrückgabebeirat’ in Verena Pawlowski and Harald Wendelin (eds), *Enteignete Kunst. Raub und Rückgabe – Österreich 1938 bis heute*, vol 3 (Mandelbaum 2006) 104; Werner Fürnsinn, ‘Der Zerrissene. Die Rolle des Wiener Malers Carl Moll in der Rückgabesache betreffend ein Gemälde von Edvard Munch an die Erbin nach Alma Mahler-Werfel – Eine Ehrenrettung?’ in Anderl, Bazil, Blimlinger, Kühschelm, Mayer, Stelzl-Gallian, and Weidinger (n 7) 342; Franz-Stefan Meissel, ‘The Restitution of the Munch Painting Summer Night on the Beach under the Austrian Art Restitution Act 1998’ in Wouter Veraart and Laurens Winkel (eds), *The Post-war Restitution of Property Rights in Europe. Comparative Perspectives* (Scientia 2011) 47 ff.

³² Franz-Stefan Meissel, ‘Späte Gerechtigkeit – Zur Restitution zweier Waldmüller-Porträts an die Familie Felsövaryi’, in Andreas Konecny, Gottfried Musger, Matthias Neumayr and Martin Spitzer (eds), *Festschrift für Elisabeth Lovrek* (Manz 2024) 499.

Alma Mahler Werfel's efforts to secure the return of the Munch painting led to legal proceedings lasting several years. Although she was successful in the first instance, the Vienna Restitution Commission ultimately rejected her application with final and binding effect, arguing that the *Belvedere* had acquired the painting in good faith.

The two Waldmüller portraits from the collection of Gertrude Felsövényi, the heiress of then Vienna's largest private hospital (*Sanatorium Löw*) were also sold to the *Belvedere* via a Viennese gallery during the Nazi era shortly after Gertrude Felsövényi's escape to Colombia. Bruno Grimschitz again acted as the buyer for the *Belvedere Museum*. In 1952, the *Belvedere* was also found to have acquired the painting in good faith, and the application for restitution was finally rejected with binding effect.

c) *Restitution Practice Concerning Good Faith Acquisition Under the 1998 Art Restitution Act*

In both cases, the legal successors hoped for restitution after the 1998 Art Restitution Act came into force. However, restitution was first denied in decisions by the Art Restitution Advisory Board and only later granted following a renewed application for restitution. The Board initially rejected the claims in 1999 and 2001, referring to the final and legally binding decisions previously issued by the Restitution Commissions. In the light of more recent findings, a renewed examination of the cases became necessary: Documents indicated that Bruno Grimschitz, who acted as the purchasing agent for the *Belvedere Museum*, must have been aware in both instances of the identity of the original owners and the fact that they were persecuted under the Nazi regime.

Even under the (albeit legally not convincing)³³ assumption that a decision in the post-war period constituted a *res iudicata*, a renewed assessment of the cases would be, in my view, justified based on an analogy to the General Settlement Fund Act (*Entschädigungsfondsgesetz*), which entered into force in 2001.³⁴ Sections 10 and 32 of this General Settlement Fund Act provide that, with regard to benefits granted to victims of National Socialism or their legal successors, the final and binding nature of a previous decision by the competent authorities — or the binding effect of a settlement between the parties — shall not prevail if that decision was 'extremely unjust'.³⁵ Although the 2001 General Settlement

³³ The Art Restitution Act serves as a new legal basis for restitution claims going well beyond the limits of post-war restitution, therefore a previous decision of a restitution commission in the post-war period does not constitute *res iudicata*, particularly in cases where 'acquisition in good faith' was previously used as an argument for denial of restitution.

³⁴ Already discussed by Meissel and Jungwirth (n 31) 117 ff.

³⁵ On the concept of extreme injustice, see Franz-Stefan Meissel, 'Unrechtsbewältigung durch Rechtsgeschichte?' [2003] *Juridikum* 42; Walter Rechberger, 'Ist Ungerechtigkeit kompensationsfähig? Zum Begriff der "extremen Ungerechtigkeit" in § 10 Entschädigungsfondsgesetz' [2005] *Juridikum* 59; Fiorentina Azizi and Günter Gößler 'Extreme Ungerechtigkeit und bewegliches System' [2006] *JBl* 415; Georg Graf, 'Privatautonomie und extreme Ungerechtigkeit' [2007] *Juristische Blätter* 545; on the interpretation of this notion in the case law of the Austrian Arbitration Panel for In Rem Restitution see Sabine Hohensinn, 'The Decision-Making

Fund Act does not apply directly to cases of art restitution, this does not exclude its analogous application in such matters.³⁶ In its 2006 Mahler-Werfel II recommendation, the Art Restitution Advisory Board similarly held that a final and binding decision is not determinative if the Board unanimously considers it 'extremely unjust'. While this was not explicitly based on an *analogy* to section 32 of the 2001 General Settlement Fund Act, the Board referred to the normative effect of the relevant provisions, which, in the view of the Supreme Court,³⁷ reflect core principles of 'good morals' in the context of restitution and compensation law.³⁸

Moreover, the legally binding presumption of good faith acquisition under section 4 of the 1947 Third Restitution Act is not decisive for a recommendation under section 1 number 2 of the 1998 Art Restitution Act. The Art Restitution Act itself permits restitution even where the federal government acquired the object in good faith, provided that the object was seized during the Nazi era.³⁹ For these reasons, the Art Restitution Advisory Board considered the earlier findings on *bona fide* acquisition under the Third Restitution Act to be irrelevant in the context of the Art Restitution Act and accordingly finally recommended restitution in both cases.⁴⁰

IV. Borderline Questions of the Scope of Application

Let us now discuss a few borderline cases where the applicability of the 1998 Art Restitution Act for the purpose of obtaining a restitution of artworks is questionable.

1. Agreements Among Close Relatives

Transfers of assets during the Nazi era to one's own family or other close relatives can also constitute a 'deprivation of assets' if they were caused by the Nazi persecution. However, as the case law of the Advisory Board and the Leopold Committee shows, distinctions must be made depending on the circumstances

Practice of the Arbitration Panel for *In Rem* Restitution' in Josef Aicher, Erich Kussbach and August Reinisch (eds), *Schlussbericht der Schiedsinstanz für Naturalrestitution/Final Report of the Arbitration Panel for In Rem Restitution* (Facultas 2025) 702, 745 ff.

³⁶ Meissel and Jungwirth (n 31) 117. Against analogy but nevertheless affirming the existence of a subsequent gap ('nachträgliche Lücke') Dewey (n 6) 293.

³⁷ Oberster Gerichtshof, decision from September 9, 2002, 1Ob 149/02x; cf Meissel and Jungwirth (n 31) 119.

³⁸ Decision of the Art Restitution Advisory Board of November 8, 2006 (Mahler-Werfel II) 9 f.

³⁹ In this sense Meissel and Jungwirth (n 31) 112.

⁴⁰ Cf the two revised decisions of the Art Restitution Advisory Board regarding the Munch painting 'Summer Night on the Beach' in favor of the legal successors of Alma Mahler-Werfel (1999 and 2006) and the Waldmüller portraits of the Werner couple in favor of the Felsöványi family (2001 and 2019).

of the individual case. We will briefly illustrate the problems by referring to a number of prominent decisions.

a) *Fritz Grünbaum*

The famous Nazi critic and cabaret artist Fritz Grünbaum, for example, was personally persecuted severely by the Nazis and ultimately murdered in Dachau on January 14, 1941. Parts of his extremely impressive art collection – comprising 446 works, such as Schiele's *Dead City III* – are now housed in the *Leopold Museum*, and two Schiele paintings from Grünbaum's collection are in the *Albertina* (so that both the Leopold Committee⁴¹ and the Art Restitution Advisory Board⁴² dealt with their provenance).

On 16 July 1938, while already imprisoned in Dachau, Fritz Grünbaum issued a comprehensive power of attorney to his wife Elisabeth, authorizing her to 'submit the legally prescribed declaration of assets' on his behalf and to 'legally represent him in all his affairs'. As far as is known, however, no dispositions were made regarding the above-mentioned paintings during the Nazi era. Instead, they were sold long after the end of the war by Grünbaum's surviving sister-in-law, Mathilde Lukacs, through the Swiss gallery *Klipstein und Kornfeld*, and subsequently acquired by Rudolf Leopold and the federal government. Even if the persecution of both Fritz Grünbaum and his wife is completely undisputed, the mere issuance of the power of attorney did not result in any loss of assets for Fritz Grünbaum, which is why the applicability of the 1998 Art Restitution Act had to be denied.

b) *Oskar Neumann*

In other cases, although ownership of works of art was transferred by a persecuted person during the Nazi era, the existence of a confiscation is, in my opinion, rightly denied since these were gifts to family members, the aim of which was likely to protect the assets from access by the Nazi authorities:⁴³ For example, Oskar Neumann, who was considered Jewish, informed the Property Transaction Office on 22 December 1938 that he had given his wife Therese, who was considered Aryan, paintings valued at RM 15,000. Among the works owned by Therese Neumann were three paintings by Albin Egger-Lienz. One of them, *Man and Woman*, was bought by the *Gauleitung* Carinthia to give it to Adolf Hitler for his 50th birthday (it was restituted to Therese Neumann in 1949). However, negotiations to sell the painting *The Mountain Mowers*

⁴¹ Cf decision of the Leopold committee of November 18, 2010 concerning Egon Schiele, *Dead City III* (LM Inv. No. 460), *Prayer (Andacht)* (LM Inv. No. 2311), and *Nude with Orange Stockings* (LM Inv. No. 1429).

⁴² Cf decision of the Art Restitution Advisory Board of October 15, 2015 concerning Egon Schiele, *Seated Female Nude from the Back with Red Skirt*, watercolor (Inv. No. 39931), *Edith Schiele with her Nephew*, chalk drawing (Inv. No. 39932).

⁴³ Decision of the Leopold Committee of June 25, 2010 concerning Albin Egger-Lienz, *The Mountain Mowers* (1st version, LM Inv. No. 716).

(1st Version), now in the *Leopold Museum*, failed. It apparently remained in the possession of the Neumann family during the Nazi era and was only sold after Oskar Neumann's death in 1951 to the textile industrialist Armin Huber, who then sold it to Rudolf Leopold in 1971.

In this specific case, Oskar Neumann and his wife survived the Nazi era, and everything suggests that their presumed shared intention to protect the works of art from Nazi access was successful, at least with regard to *The Mountain Mowers*.

c) *Hermann Eissler*

The collector Hermann Eissler, considered Jewish, also gave parts of his art collection to his wife Hortense, considered Aryan, as part of the preparations for his escape from the Nazi regime. These included, among others, Ferdinand Georg Waldmüller's *Four Pharmacy Signs*. The art dealer Maria Almas-Dietrich applied for the export of these paintings, which were intended for the *Führerhaus* in Munich. The US authorities returned *Four Pharmacy Signs* to Austria, where they were incorporated into the holdings of the Austrian Gallery *Belvedere* in 1963. Here, the Art Restitution Advisory Board considered the donation transaction a confiscation of assets and recommended the return of *Four Pharmacy Signs* to Hermann Eissler's⁴⁴ heirs.

With regard to the painting *Maple Trees*, which was also gifted to Hortense, the Art Restitution Advisory Board concluded, however, that the lack of approval from the Central Office for Monument Protection invalidated the transfer of assets to Hortense Eissler and therefore denied the applicability of the Art Restitution Act.

d) *Karl Mayländer*

Immediately before his deportation, the merchant Karl Mayländer, persecuted as a Jew, donated large parts of his Schiele collection to Etelka Hofmann, who was considered Aryan and was a close friend of his, although not married to him. Despite the close relationship, which likely amounted to a life partnership, the Leopold Committee and later also the Art Restitution Advisory Board considered this donation a confiscation of assets that would not have occurred without the persecution by the Nazis. This is supported by the temporal connection to the deportation, but also by Mayländer's previous escape plans for himself and his sister, as well as his previous failed attempts to sell works of art. It should be noted that after 1945, Mrs. Hofmann always pointed out at exhibitions of these works that the objects in question were from the former Mayländer collection, thus honoring the memory of her murdered friend.

⁴⁴ Decision of the Art Restitution Advisory Board of June 24, 2009 concerning Ferdinand Waldmüller, *Four Pharmacy Signs* (Austrian Gallery Belvedere Inv. No. 5621–24) and other artworks.

From a civil law perspective, however, a crucial difference was that, according to Rudolf Leopold's statements, Mrs. Hofmann claimed to have received the Schiele works from Mayländer as a gift and not merely for safekeeping. The latter would have left Mayländer's property untouched and would not have qualified as a confiscation of assets. But as the transfer seems to have been a gift (just before Mayländer was to be deported), the Board had to consider this transaction as a deprivation of assets and recommended restitution.

2. 'Degenerate Art'

The question has also occasionally arisen in Austria as to whether works of art that were confiscated by the Nazi regime during their 1937 campaign against 'degenerate art' and subsequently expropriated without compensation under the Law on the Confiscation of Works of Degenerate Art of May 31, 1938;⁴⁵ are to be regarded as 'confiscated' within the meaning of the 1998 Art Restitution Act. The German Reich frequently sold such expropriated works to private individuals abroad, and some of these works later entered, e.g., the collections of the Republic of Austria or the Leopold Private Foundation.

In its decision concerning Oskar Kokoschka's *Tre croci*, as well as in two other resolutions, the Leopold Advisory Board ultimately denied the applicability of the Art Restitution Act. Despite the now broad wording of section 1 number 2a 1998 Art Restitution Act, the panel relied on a historical interpretation and concluded that the Austrian legislature had not intended to include cases of expropriation that occurred solely in the context of the 'degenerate art' campaign in Germany in the original scope of the 1998 Art Restitution Act. As a result, the temporal and territorial extension of the Act's applicability is understood to cover only such circumstances that were, by their nature, also to be found during the era of Nazi occupation in Austria. This, however, does not apply to the expropriation of so-called 'degenerate' art (as they happened typically before Austria's annexation in March 1938 and not on Austrian soil)⁴⁶. Such a narrow 'historical interpretation' of the provisions of the amended Art Restitution Act (i.e., in its version of 2009) is, however, not entirely convincing. The wording of number 2a in section 1 of the Austrian Art Restitution Act would have allowed the transfer of ownership of an artwork which was caused by its definition as 'degenerate art' to qualify as a 'deprivation of assets'. Such a transfer was the effect of a specific National Socialist measure directed towards the destruction or the exclusion of such artworks from German soil.

From a comparative legal perspective, it is worth noting that the prevailing view in Germany even today is that such 'degenerate art' cases do not fall within the scope of restitution legislation. The argument is that the Nazi regime's ac-

⁴⁵ Deutsches Reichsgesetzblatt 1938 (Law Gazette of the German Reich) I, 612. This law was, however, not applicable in the Austrian part of the German Reich, as these confiscations had taken place prior to the 'Anschluss' of Austria; therefore, such confiscations of 'degenerate artworks' had not taken place on Austrian soil.

⁴⁶ See the previous footnote.

tions in these cases were not aimed at the persecution of individuals, but rather at certain categories of objects. Moreover, the artworks in question were typically former property of German public institutions.

However, from an Austrian legal perspective, it must be emphasized that section 2 paragraph 2 of the 1947 Third Restitution Act also covers cases where a person who was not persecuted *per se* was nevertheless forced, due to Nazi policies, into a legally detrimental transaction. It is also known that at least the *Tiroler Landesmuseum Ferdinandeum* in Innsbruck voluntarily restituted a work that had been sold by the German Reich as ‘degenerate art’.

3. Sales on the Run

The international debate continues regarding how to assess sales of works of art by persecuted individuals who had already successfully fled Nazi Germany.

One prominent example from Germany is the Cubist painting *Foxes* (1913) by Franz Marc. Since 1928, the painting had been owned by the Jewish merchant Kurt Grawi, who was imprisoned in the Sachsenhausen concentration camp for several weeks following the November Pogrom in 1938. In 1939, he fled to Chile and later settled in the United States. Grawi succeeded in exporting the painting and, while living in the U.S., sold it to a buyer of his own choosing for a freely negotiated price that was in line with the art market conditions of the time. After the war, the painting passed into the hands of the Bern-based gallery Klipstein und Kornfeld, which sold it to Helmut Horten in 1961. In 1962, Horten donated the work to the *Museum Kunstpalast* in Düsseldorf.

In 2018, Grawi’s heirs submitted a restitution claim. The German Advisory Commission on the Return of Cultural Property Seized as a Result of Nazi Persecution, chaired by Hans-Jürgen Papier, recommended restitution by a vote of six to three. The Düsseldorf City Council unanimously approved the recommendation in April 2021. In January 2022, the painting was returned to Grawi’s legal successors and subsequently sold at Christie’s for £ 42.6 million.

The Austrian Art Restitution Advisory Board also dealt with the question of whether so-called *Fluchtverkäufe* (‘sales on the run’) fall within the scope of the 1998 Art Restitution Act. The answer under Austrian law is clear: Since the 1998 Art Restitution Act requires a temporal and territorial link to Nazi rule in Austria (number 2) or the German Reich (number 2a), escape sales that occurred after a successful flight from Nazi-controlled territory do not fall within the scope of the law. Accordingly, the Board rejected restitution claims in both the Hugo Simon⁴⁷ and Gisèle Freund⁴⁸ cases.

From a legal policy perspective, it is important to distinguish between sales made under direct threat within the German Reich and those made after successful flight to safety. At the same time, it is clear that many such escape sales would

⁴⁷ Decision of the Art Restitution Advisory Board of November 21, 2008 concerning Caspar David Friedrich, *Seashore in the Fog*; *Seashore with Fisherman*.

⁴⁸ Decision of the Art Restitution Advisory Board of June 23, 2016 concerning the Julius Freund Collection (paintings by Carl Georg Anton Graeb and Carl Blechen).

not have taken place without prior persecution, and the specific circumstances of each case may reflect varying degrees of coercion or duress. Under civil law, sales conducted after a successful escape are to be assessed differently than transactions made under immediate Nazi pressure. The degree of voluntariness, the availability of alternative buyers, and the fairness of the agreed price all play a key role in determining the nature of the transaction. It therefore seems appropriate to draw upon the principles found in section 2 paragraph 2 of the 1947 Third Restitution Act, which allows for nuanced consideration of whether a transaction was substantially influenced by persecution.

In the case of *Foxes*, it appears that Grawi acted freely and negotiated a fair market price. From this perspective, the transaction was not comparable to a forced confiscation. If, however, such transactions – made freely in a safe environment after escape – were later retroactively deemed void, this could unintentionally patronize the victims of Nazi persecution. It would imply that survivors lacked the legal capacity to manage their own assets, even after regaining their freedom.

While the intention behind restitution efforts is to correct injustices, it is equally important to respect the private autonomy of persecuted individuals. Where that autonomy was overridden by Nazi coercion, restitution is necessary. But where persecuted persons had regained the ability to act independently, their freedom to dispose of property should be honored.

This logic also applies to gifts made between close relatives. Restitution law must not only nullify transactions made under duress but also affirm the fundamental right of persecuted persons to give away or sell their property voluntarily, at least once outside the sphere of Nazi influence.

V. Concluding Remarks

Our deep emotional reaction to the fate of those persecuted by the Nazi regime is both understandable and entirely justified. However, (art) restitution is not primarily concerned with compensation for the personal suffering or moral injustice inflicted on the victims. Rather, it deals – in legal terms – with the correction of specific property transfers that occurred under unjust circumstances. At its core, this is a question of civil law: Has the ownership of a cultural object been transferred wrongfully? It is crucial to maintain this narrow legal focus when applying existing law to avoid conflating broader issues of historical justice with the legal mechanisms available for restitution. The purpose of art restitution law as it stands is not to redress the full scope of Nazi crimes but just to deal with unjust deprivations of property. Restitution cannot undo all the immense suffering caused by the regime, but it serves as a tool to address specific cases of wrongful expropriation.

In philosophical terms, this is not a matter of distributive justice, which concerns the fair allocation of resources in society. Nor is it, strictly speaking, about

corrective justice in its broader sense. Rather, it just pertains to commutative justice – restoring balance by reversing individual transactions that were fundamentally flawed due to coercion or persecution.

Within these limits, the Austrian Art Restitution Advisory Board – operating under the framework of the 1998 Art Restitution Act – plays a key role in addressing the shortcomings of earlier postwar restitution efforts – at least, as far as federal collections are concerned. Although private individuals are not bound by this law, it is encouraging that many private owners voluntarily follow its standards. This allows for ‘just and fair solutions’ in line with the Washington Principles on Nazi-Confiscated Art adopted in 1998.

Abraham Lincoln Brings Roman Law to Illinois

Ernest Metzger

I. Lincoln the lawyer

Professor Ernst and I share an interest in Abraham Lincoln's legal practice, a field that has expanded a good deal since the publication of Lincoln's legal papers in 2000.¹ To me Lincoln (the lawyer) is also a local hero: I was born and raised where Lincoln practised (in the Eighth Judicial Circuit in Illinois) and events involving Lincoln are part of the local memory. This piece arises from a conversation I had with Professor Ernst: did Lincoln ever use Roman law? The answer to the question is yes, with the caution that he probably didn't know he was using it. The challenge of course is partly sport, but the serious side is that having an example of a Roman rule in a remote, very nearly frontier setting in America is something to be remarked, and a case with a victorious Lincoln as advocate makes it memorable.

The case is *Risinger v. Cheney*, decided on 9 February 1846 in the Supreme Court of Illinois.² It is a contract case that includes mutual performances, promissory notes, and crucially, conditions.

II. The 'fictitious satisfaction' of conditions in Roman law

It is simplest to begin with the relevant Roman law. A Roman contract might have any number of contract terms, but if the parties wished to make the whole of the obligation depend on some event (an event which might or might not occur), they included a so-called 'suspensive condition' in their agreement. The Roman jurists fully understood the difference between terms and conditions, though they expressed it in the language of actions. If I cannot bring an action against you if/unless one of us performs an act, then that performance is a condi-

¹ A second edition, available online, was published in 2009: ML Benner and C Davis, *The Law Practice of Abraham Lincoln* (2nd edn, Illinois Historic Preservation Agency 2009) (hereafter LPAL).

² *Risinger v. Cheney*, 7 Ill. 84 (1846) (= C Gilman [ed], *Reports of Cases Argued and Determined in the Supreme Court of the State of Illinois* vol 7 [WJ Gilbert 1869] 84–91).

tion. But if you are responsible for performing that act ‘come what may’, then I may bring an action against you and hold you to that contract term.³

Problems in the law arise when the performance of the condition is within the control (wholly or partly) of one of the parties. Having control of a condition means having control of the entire obligation, and this can be abused. To remedy this, the law found a way to preserve the liability of a person who had wrongly frustrated the condition. The best known example of this is the so-called ‘library at Capua’ case discussed by the jurist Ulpian.⁴

‘Labeo writes that if you sell me your library “if the local council at Capua sell me a place to put it”, and by my own actions I fail to obtain it from them, it is clear that I may be sued by an *actio praescriptis verbis*. For my part, I think an *actio ex vendito* will lie, just as if the condition were satisfied, when the buyer by his own actions prevents the condition from being satisfied.’

The contract of sale will be perfected and actionable if the buyer can secure a place to put the books. Ulpian says that the buyer is responsible for the condition’s failure (some action or inaction on his part). The failure of a condition usually means that the contract does not come into existence. This would deprive the seller of both the bargain and an opportunity to seek redress for the lost bargain. Two solutions are discussed,⁵ but Ulpian’s own solution is to treat the agreement as a proper sale and allow the seller to bring a ‘seller’s action’ (*actio ex vendito*). This requires the fiction of treating the condition as if it had been satisfied (*quasi impleta condicione*), and the fiction is indulged solely to enable the obligation to be sued upon.⁶

What needs stressing is that fictitious satisfaction is an occasional expedient rather than a self-executing rule. Parties do create contracts in which the failure of a condition is an accepted possibility or even desired, and parties also occasionally frustrate conditions innocently.⁷ The rule of fictitious satisfaction, broadly speaking, is aimed at the cynical use of a condition by a party seeking some gain.

³ Iul. 3 Urs. Fer. D. 18, 1, 41pr.

⁴ Ulp. 11 ed. D. 18, 1, 50. See David Daube, ‘Condition Prevented from Materializing’ (1960) 28 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 271; Reinhard Zimmermann, *The Roman Law of Obligations* (Cape Town 1990) 730–31; Martin Pennitz, *Das Periculum rei venditae: ein Beitrag zum ‘aktionenrechtlichen Denken’ im römischen Privatrecht* (Böhlau 2000) 84–85; Okko Behrends, ‘Eine Bibliothek wird verkauft! Zum Ursprung der Bedingbarkeit des Kaufes und der Erfüllungsfiktion bei treuwidriger Bedingungsverletzung’ in Cosimo Cascione et al. (eds), *Fides humanitas ius: studii in onore di Luigi Labruna* vol 1 (Editoriale Scientifica 2007) 361–85; Wolfgang Ernst, ‘Klagen aus Kauf (*actio empti*, *actio venditi*)’ in Ulrike Babusiaux et al. (eds), *Handbuch des römischen Privatrechts* vol 3 (Tübingen 2023) 2064 n 97.

⁵ Labeo’s solution, from two centuries earlier, is discussed by Pennitz (n 4) 84–87 and extensively by Behrends (n 4).

⁶ The condition itself is not thereby rendered a ‘term of the contract’, but rather remains a kind of ancillary agreement which the buyer should perform according to the standards of good faith pertinent to this kind of contract: Daube (n 4) 273; Zimmermann (n 4) 730; Pennitz (n 4) 84–85. The rule appears in many sources and in contexts beyond good faith contracts: Iul. 55 dig. D. 35, 1, 24; Paul. 75 ed. D. 45, 1, 85, 7; Paul. 21 quaest. D. 35, 1, 81, 1; Ulp. 77 ed. D. 50, 17, 161.

⁷ The point is discussed extensively by Daube (n 4).

This is only the briefest account of the relevant Roman law. Its significance here is that the rule of fictitious satisfaction was captured in a small number of American common law cases based on a somewhat superficial resemblance between Roman ‘suspensive conditions’ and common law ‘conditions precedent’. Among these cases is Lincoln’s appeal in *Risinger v. Cheney*.

III. *Risinger v. Cheney* (1846)

The case was an action of assumpsit (here a simple action on a debt) brought by Owen Cheney, named as creditor on two promissory notes. The defendant debtors were Daniel Risinger and Alfred Nye, represented by Lincoln. When the case was tried in the McLean County Circuit Court, the judge sided with the plaintiff and awarded damages on the strength of the notes alone.⁸ The judge’s mistake, corrected on appeal, was to ignore the parties’ wider business enterprise. The notes were preceded by a complex network of business dealings, and these dealings served as a (tacit) predicate for the notes, making enforceability an issue. The Supreme Court of Illinois, appreciating the wider enterprise and interpreting the law broadly, reversed the lower court.

On 31 May 1845, the parties conceived an agreement that, in broadest outline, gave Risinger and Nye a business opportunity in exchange for assisting Cheney financially. The agreement centred on nine acres of land owned by Risinger and Nye in Pekin, Illinois (‘Pekin property’), and various plots of land owned by Cheney in McLean County (‘McLean properties’), some 50 miles east. One of these McLean properties housed machinery for a steam mill, and the parties anticipated moving the machinery to the Pekin property. So: Risinger and Nye agreed to convey the Pekin property to Cheney free of encumbrance and to move the machinery and install it on the Pekin property. In return, Cheney would allow them to operate a mill business there without charge, and would reconvey the Pekin property (with machinery) to Risinger and Nye at the end of two years.

Cheney’s properties in McLean County were mortgaged, and his principal gain under the agreement was financial: Risinger and Nye agreed to pay Cheney’s mortgage in two years’ time (buoyed perhaps by the mill profits) and, via a series of secured promises, to pay Cheney various sums at short intervals (apparently to help Cheney meet other obligations). The whole of this multi-layered enterprise was secured by a bond (\$200 – a conditional penalty) payable by Cheney to Risinger and Nye. This bond was counterbalanced by two promissory notes (amounting to \$200) which Risinger and Nye executed in favour of Cheney.

These are the two promissory notes on which the lawsuit was brought by Cheney. The two notes, together with Cheney’s bond, provided liquidated damages to be paid in the event of non-performance by either side. Cheney’s bond

⁸ ‘Order’, *Risinger v. Cheney*, LPAL (ID 53416).

was part of the parties' agreement and expressly conditioned by that agreement. The promissory notes, however, were separate from the agreement, and were simply deposited with an individual (one Zera Patterson) with instructions to pass them on to Cheney if Risinger and Nye failed to perform. In the event, Risinger and Nye did fail to perform, and Patterson duly acted as he was instructed to do, handing the notes to Cheney's attorney for collection.

The parties' elaborate agreement in fact never got off the ground. The plan was that Risinger and Nye had one month (to the end of June 1845) to begin performance. But before they could begin, one William H. Thompson, holder of a mortgage on the McLean properties, apparently got wind of the agreement and, not wanting to find himself less secure, brought a chancery suit and obtained an injunction forbidding the removal of the mill. Naturally the injunction made it impossible for Risinger and Nye to perform. Cheney worked frantically to save the agreement, trying first to persuade Thompson to relent; then to obtain another purchaser for the mortgage; and last to overturn the injunction in court;⁹ but all of these failed.¹⁰ This did not stop Cheney from suing Risinger and Nye – and prevailing – on the promissory notes that (tacitly) secured their performance.

The challenge for Lincoln on appeal was somehow to use the injunction to render the two promissory notes unenforceable. The assignment of errors submitted by Lincoln (in his own hand¹¹) to the Illinois Supreme Court states that 'The court below erred in not holding that the injunction restraining the removal of the mill was a sufficient excuse for the non-performance of their contract by the defendants below.'¹² This is very broad; the actual proposition on which Lincoln relied was a terse statement of the law drawn from the *United States Digest*. This was a popular resource which provided summaries of state and federal cases for the convenience of lawyers without access to the actual reports, or without the time to consult them.¹³ Lincoln cited '1 U. S. Dig. 540, § 66', and apparently this is the entirety of his authority.¹⁴ The relevant section of the *U.S. Digest* begins with this rubric:¹⁵

'Who may take Advantage of the Breach of a Condition; and of the Waver [*sic*] of a Condition.'

⁹ 'Decree', *Thompson v. Cheney*, *LPAL* (ID 53418).

¹⁰ It's not cynical to infer that the whole escapade was engineered by Cheney to secretly remove the mill from the encumbrance.

¹¹ The same hand that wrote the Gettysburg Address some two decades later.

¹² 'Assignment of errors', *Risinger v. Cheney*, *LPAL* (ID 53421).

¹³ Discussed by Lincoln scholar Mark Steiner, with special mention of the Risinger case: Mark E Steiner, *An Honest Calling: The Law Practice of Abraham Lincoln* (Northern Illinois University Press 2009) 49–50; Mark E Steiner 'Lincoln and the Rule of Law Books' (2010) 93 *Marquette Law Review* 1283, 1316–19.

¹⁴ This is all that is noted by the Illinois Supreme Court in its opinion: *Risinger* (n 2) 84. The documents in the *LPAL* reveal no further authorities or arguments.

¹⁵ Theron Metcalf and Jonathan C Perkins, *Digest of the Decisions of the Courts of Common Law and Admiralty in the United States* vol 1 (Hilliard, Gray, & Co 1840) 540.

Then follows a series of propositions. This is the proposition cited by Lincoln:

'66. He who prevents or dispenses with the performance of a condition cannot take advantage of the non-performance. *Majors v. Hickman*, 2 Bibb, 218. *Williams v. Bank of the United States*, 2 Pet. 102. *Marshall v. Craig*, 1 Bibb, 380. *Carrel v. Collins*, 2 Bibb, 431. See also *Morford v. Ambrose*, 3 J. J. Marsh. 690. *Crumpp v. Mead*, 3 Mis. 233. *Miller v. Ward*, 2 Conn. 494. *Clendennen v. Paulsel*, 3 Mis. 230. *Webster v. Coffin*, 14 Mass. 196. 1 Pick. 287. *Seymour v. Bennet*, 14 Mass. 268. *Clark v. Moody*, 17 Mass. 149. *Cooper v. Mowry*, 16 Mass. 7.'

The cited cases date from 1809 to 1833 and most are from various state jurisdictions: Massachusetts and Connecticut in the east, Missouri and Kentucky in the middle west. The one case from the United States Supreme Court originated in Ohio. For ease of reference these are the cases in the cited order (and with errors corrected):

1. *Majors v. Hickman*, 5 Ky. (2 Bibb.) 217 (1810) (Boyle, C.J.).¹⁶ Kentucky. Action on a debt.
2. *Williams v. Bank of the United States*, 27 U.S. (2 Pet.) 96 (1829).¹⁷ United States Supreme Court on writ of error to the Ohio Circuit. Assumpsit.
3. *Marshall v. Craig* [*Marshall I*], 4 Ky. (1 Bibb.) 379 (1809) (Bibb, J.),¹⁸ 386 (Bibb, C.J., on reconsideration);¹⁹ *Marshall v. Craig* [*Marshall II*], 4 Ky. (1 Bibb.) 394 (1812) (Boyle, C.J.).²⁰ Kentucky. Breach of covenant.
4. *Carrell v. Collins*, 5 Ky. (2 Bibb.) 429 (1810).²¹ Kentucky. Assumpsit.
5. *Morford v. Ambrose and Mastin* [*Morford II*], 26 Ky. (3 J. J. Marsh.) 688 (1830).²² Kentucky. Assumpsit. See also *Morford v. Mastin and Ambrose* [*Morford I*], 22 Ky. (6 Monroe) 609 (1828).²³
6. *Crumpp v. Mead*, 3 Mis. 233 (1828).²⁴ Missouri. Assumpsit.
7. *Miller v. Ward*, 2 Conn. 494 (1818).²⁵ Connecticut. Assumpsit.

¹⁶ George M Bibb (ed), *Reports of Cases at Common Law and in Chancery Argued and Decided in the Court of Appeals of the Commonwealth of Kentucky from the Spring term, 1810, to Fall Term, 1812, Inclusive* vol 2 (3rd edn, Geo G Fetter Co 1904) 217–19.

¹⁷ Richard Peters (ed), *Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States. January Term 1829* vol 2 (PH Nicklin & T Johnson 1829) 96–106.

¹⁸ George M Bibb (ed), *Reports of Cases at Common Law and in Chancery Argued and Decided in the Court of Appeals of the Commonwealth of Kentucky from the Fall Term 1808, to Spring and Fall Terms 1809* vol 1 (3rd edn, Geo G Fetter Co 1904) 379–86.

¹⁹ Ibid 386–94.

²⁰ Ibid 394–96.

²¹ Bibb (n 16) 429–31.

²² JJ Marshall (ed), *Reports of Cases in Law and at Equity Argued and Decided in the Court of Appeals of the Commonwealth of Kentucky* vol 26 (Century edn, Geo G Fetter Co 1899) 688–92.

²³ Thomas B Monroe (ed), *Reports of Cases in Law and at Equity Argued and Decided in the Court of Appeals of the Commonwealth of Kentucky* vol 22 (Geo G Fetter Co 1899) 609–16.

²⁴ SM Bay (ed), *Reports of Cases Argued and Decided in the Supreme Court of the State of Missouri from 1830 to 1835* vol 3 (Chambers & Knapp 1843) 168.

²⁵ Thomas Day (ed), *Reports of Cases, Argued and Determined in the Supreme Court of Errors of the State of Connecticut* vol 2 (Banks, Gould & Co 1848) 494–502.

8. *Clendennen v. Paulsel*, 3 Mis. 230 (1833).²⁶ Missouri. Assumpsit.
9. *Webster v. Coffin*, 14 Mass. 196 (1817).²⁷ Massachusetts. Assumpsit.
10. *Seymour v. Bennet*, 14 Mass. 266 (1817).²⁸ Massachusetts. Assumpsit.
11. *Clark v. Moody*, 17 Mass. 145 (1821).²⁹ Massachusetts. Assumpsit.
12. *Cooper v. Mowry*, 16 Mass. 5 (1819).³⁰ Massachusetts. Action of debt on a bond.

Most of these cases (nos. 2, 4–12) announce a very simple point of common law dealing with ‘conditions’ or ‘conditions precedent’. The terminology here refers to an act which one contracting party is expected to perform at the outset, and until which the other party need not perform. E.g., one party promises to perform a service and the other party promises to pay on completion of the service. The rule is that a plaintiff who fails to perform a condition precedent will not prevail in a suit against his non-performing opponent.³¹ The corollary is that where a defendant hinders the plaintiff from performing the condition precedent, the plaintiff may prevail notwithstanding his non-performance.³² The cases often accept the rule and corollary without citing any authority, but certain authorities are cited occasionally.³³

The point to notice is that these cases are much narrower in scope than the proposition drawn from them, as recited in the *U.S. Digest*. The cases are about whether a defendant is answerable to a plaintiff who has neglected a condition he was supposed to perform. Nothing in the cases suggests you could use the idea if the tables were turned, e.g. to recover against the party who had neglected the condition. If this seems like an oversight, we should only recall that these are not suspensive conditions in the Roman sense, but rather contract terms framed with the expectation that they will be performed first. So the issue in these cases is always whether a person is (wrongly) holding his opponent to account without himself bothering to perform first, or whether a person is (wrongly) contesting his debt, having prevented his opponent from performing first. A suit against a non-condition-precedent-performing party is simply a suit for non-performance, and requires no special treatment.

²⁶ Bay (n 24) 166–67.

²⁷ Dudley Atkins Tyng (ed), *Reports of Cases Argued and Determined in the Supreme Judicial Court of the Commonwealth of Massachusetts* vol 14 (Cummings and Hilliard 1818) 196–200.

²⁸ Ibid 266–69.

²⁹ Dudley Atkins Tyng (ed), *Reports of Cases Argued and Determined in the Supreme Judicial Court of the Commonwealth of Massachusetts* vol 17 (Cummings and Hilliard 1823) 145–53.

³⁰ Dudley Atkins Tyng (ed), *Reports of Cases Argued and Determined in the Supreme Judicial Court of the Commonwealth of Massachusetts* vol 16 (Cummings and Hilliard 1821) 5–9.

³¹ *Carrell* (n 21); *Morford* (n 22); *Crump* (n 24); *Webster* (n 27); *Seymour* (n 28).

³² *Williams* (n 17); *Miller* (n 25); *Clendennen* (n 26); *Clark* (n 29) (obiter); *Cooper* (n 30).

³³ Co Litt 206a, 210b; William Sheppard, *The Touch-Stone of Common Assurances* (6th edn, John Exshaw 1785) 366; John Joseph Powell, *Essay upon the Law of Contracts and Agreements* vol 1 (J Johnson 1790) 417–19; John Bayley, *A Summary of the Law of Bills of Exchange, Cash Bills, and Promissory Notes* (3rd edn, J Butterworth 1813) 127 & n 1.

This is where the *U.S. Digest* enlarges the rule, to include anyone who takes advantage of a condition, either by preventing or dispensing with it. The enlarged rule is an admonition to both parties that if they frustrate a condition they cannot gain by it. It includes parties who have frustrated a condition but nevertheless claim a performance, like the Roman purchaser of the library at Capua, who falls outside the common law rule. In other words, it captures some of the reach and cynicism of the civilian rule. The question is whether this is anything more than a resemblance, i.e. whether the Roman influence is real.

IV. Marshall v. Craig (1809)

The answer is found in the 1809 case of *Marshall v. Craig* (no. 3) decided in the Court of Appeals of Kentucky.³⁴ The opinion's author, George Bibb (1776–1859), is worth a brief introduction.³⁵ He was a national legal figure for many decades in the first half of the nineteenth century. His service as a judge of the state's highest court and as a reporter of its decisions was relatively brief. Nationally he made his mark as a U.S. Senator (twice) and Secretary of the Treasury in the Tyler administration, and as a member of the national bar he argued fifty-four cases before the U.S. Supreme Court. He was born in Virginia and took a degree from the College of New Jersey (Princeton), later (from 1792) attending the College of William and Mary in Williamsburg, Virginia, probably to study law. This period is worth remarking, as it puts Bibb within reach of George Wythe, holder of a chair at the College. Wythe was the law teacher of Thomas Jefferson and a scholar of deep learning, and his presence made the College the most prestigious place to study law in the country.³⁶ If Bibb received any of his Roman law from Wythe, it would create a very nice thread to Lincoln. Wythe probably lectured on Roman law (a good case has been made³⁷) but there is no direct evidence.

The case was about the sale of land from Craig to Marshall, the sale conducted under a simple but slightly peculiar agreement. There were three claims against the land; Craig undertook to purchase these claims, at intervals, from the three claimants, and then assign them to Marshall. Craig was allowed (in preference to Marshall) a prescribed period of time to make each purchase. In return, Marshall would pay one-third of the land's price after each of the claims was assigned to

³⁴ Then the state's highest court.

³⁵ For what is given below, see John S Goff, 'The Last Leaf: George Mortimer Bibb' (1961) 59 *Register of the Kentucky Historical Society* 331; Kurt X Metzmeier, 'The Jurist: George M. Bibb (1776–1859)', in Kurt X Metzmeier (ed), *Writing the Legal Record: Law Reporters in Nineteenth-Century Kentucky* (University Press of Kentucky 2016) 49–74.

³⁶ See Metzmeier (n 35) 52.

³⁷ See the discussion and references in Linda K Tesar, 'George Wythe and the Study of Roman Civil Law in Williamsburg' (2015) *Library Staff Publications of the College of William & Mary Law School* 108. See also Richard J Hoffman, 'Classics in the Courts of the United States' (1978) 22 *American JL History* 55 (detailing the Roman law in Wythe's opinions). On Wythe see also n 45.

him. The first two assignments and payments went as planned, but before Craig could settle the third claim ('Briscoe's claim'), and still within the specific time allotted to Craig to do so, Marshall lost his patience and purchased the claim himself. Naturally Marshall balked at making the third payment, and Craig sued for breach of covenant. Craig won at trial and received damages.

The case is superficially like the ones above, where the plaintiff prevails notwithstanding his non-performance of the condition precedent.³⁸ That in fact is how Bibb treated it when the case was initially heard on appeal: a straight application of the common law rule. Marshall had prevented Craig from performing the condition precedent (the purchase of Briscoe's claim) and was therefore liable for damages.³⁹ But after the first opinion was issued, the appellant Marshall moved for a rehearing, and Bibb issued a new opinion titled 'Marshall v. Craig, upon a reconsideration'.⁴⁰

Bibb begins by defending his second effort: he must deliver justice to the satisfaction of the wider public, and he promises to make the basis of the court's decision clearer. The reasoning rather than the outcome needed a second look. The main problem centered on Marshall's argument, otherwise unanswered in the first opinion, that in purchasing Briscoe's claim *he had performed his side of the agreement* and owed no damages. Of course Marshall deserved no sympathy; he had not performed the condition according to its terms, and he hoped to gain a financial advantage from his performance.⁴¹ But his argument nevertheless hit a nerve. He had not simply 'prevented Craig from performing a condition precedent', but had performed the condition – and in his view, the contract – himself.⁴² A defendant claiming performance is outside the typical boundaries of the rule on conditions precedent; the rule deals with non-performing defendants. As a result it struggles with cases like this one, where the defendant stands to gain in some fashion from his (claimed) performance. By performing the condition, Marshall expected to free himself from the contract and even get credit for the amount he had paid for Briscoe's claim. To deny him these gains – which Bibb was resolved to do – required a wider rule of conditions.

Bibb first re-explains the common law rule, but this time with more authorities and examples. He comes to John Joseph Powell's treatise on contracts⁴³ and quotes Powell approvingly: 'for if he whom it concerns to have my part of the covenant fulfilled is the occasion why it is not, it is the same thing to me as if it

³⁸ N 32.

³⁹ *Marshall I* (n 18) 384 (delivered 27 May 1809).

⁴⁰ *Marshall I* (n 19) 386 (delivered 24 Oct. 1809).

⁴¹ He stood to gain \$500, being the difference between what he paid for Briscoe's claim and the amount due to Craig under the contract.

⁴² The condition, as the parties set it out, allowed Marshall to participate in the purchase of the claim (though not when Marshall did so).

⁴³ Powell (n 33). On Powell see Michael Lobban, 'Powell, John Joseph (bap. 1753, d. 1801), legal writer' (Oxford DNB, 2004). Powell argued strongly against equity in contract law, which makes one wonder what he would have thought of Bibb's arguably 'equitable' resolution in this case. See Morton Horwitz, 'The Historical Foundations of Modern Contract Law' (1974) 87 Harvard LR 917, 917–18.

were fulfilled.⁴⁴ This gives Bibb an opening to introduce Roman law. The principle, he says,

‘is not confined to the doctrine of the common law of England, or of our own State, but is acknowledged by civilians as a correct rule of enlarged and liberal jurisprudence. And, according to this doctrine, we are furnished with several apt quotations from the civil law by Pothier, in his “Treatise on Obligations considered in a moral and legal point of view”, p. 127, of which we select the following: “Pro impleta habetur conditio, cum per eum fiat, qui, si impleta esset debiturus esset.” “It is (says Pothier) a rule common to all the conditions of obligations, that they ought to be holden to be performed when the debtor, who has obliged himself under the condition, has prevented its performance.”’⁴⁵

Bibb was attracted by *pro impleta habetur conditio*, which was an important bridge to Craig’s ‘performance’, but Pothier’s real value to Bibb is in how it rebuffs Marshall’s argument. Pothier of course is speaking about a different kind of condition, the civilian suspensive condition which (more powerfully than the ‘condition precedent’) determines the whole of the obligation.⁴⁶ And as already discussed, it reserved its considerable power for cases where a party had used a condition cynically. Pothier emphasises the point in the passage Bibb cites; the debtor is not made bound by a condition he frustrated ‘when it was but indirectly and without design of preventing the performance of it, that he opposed an obstacle to it.’⁴⁷ This puts paid to any demand Marshall might have against Craig, because of course in purchasing Briscoe’s claim Marshall was attempting to use the condition cynically, and because the common law authorities had no answer to a debtor who was claiming to have performed. To put it another way, the civilian rule more effectively targeted scoundrels, which is what Marshall was. Bibb did not allow Marshall to benefit in any way from his claimed performance.

V. Majors v. Hickman (1810)

The remaining case cited in the *U.S. Digest* – the first to be cited there – is *Majors v. Hickman*, decided a year after *Marshall*, in the same court but by a different

⁴⁴ *Marshall I* (n 19) 390, quoting Powell (n 33) 420.

⁴⁵ *Marshall I* (n 19) 391, quoting Robert Joseph Pothier, *Treatise on Obligations, considered in a Moral and Legal View* vol 1 (François Xavier Martin tr, Martin & Ogden 1802) 127. George Wythe’s copy of this book was bequeathed to Thomas Jefferson at his death and is in the Library of Congress: Library of Congress, *Thomas Jefferson Library Collection*, shelfmark KJV1539. P6713 1802 Jefferson Coll. Bibb’s (notional) connection to Wythe is discussed above (n 36–37).

⁴⁶ At Rome, the common law ‘condition precedent’ would in most cases be a matter of charge and countercharge at trial.

⁴⁷ Pothier (n 45), 127. Pothier cites Paul. 75 ed. D. 45, 1, 85, 7 (quicumque sub condicione obligatus curaverit, ne condicio existeret, nihilo minus obligatur); Paul. 21 quaest. D. 35, 1, 81, 1 (tunc demum pro impleta habetur condicio, cum per eum stat, qui, si impleta esset, debiturus erat); Pomp. 32 Sab. D. 50, 17, 39 (in omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quo minus fiat).

judge (Boyle, C.J.).⁴⁸ Its facts are unimportant; it is an ordinary case of a defendant preventing a condition precedent.⁴⁹ The judge found the defendant liable with this statement of the law: 'It is a general principle, that he who prevents *a thing from being done*, shall not avail himself of the non-performance which he occasioned—See *Marshall v. Craig* (vol. i, 379).'⁵⁰ This is a poorly constructed statement (it does not mention conditions), but happily the editor of the opinion has added a headnote reading 'He who prevents *the performance of a condition*, cannot take any advantage of its non-performance.'⁵¹ What's amusing is that the writer of this headnote is almost certainly George Bibb himself, who edited this volume of the reports.⁵² Bibb obviously had a confident understanding of the law he had created in *Marshall* (he had made two attempts to explain his ruling) and he set down in the headnote his enlarged version of the rule of conditions.

So the enlarged rule, barring either party from taking advantage of a condition, was created in *Marshall* and introduced via a sly headnote in *Majors*. The editors of the *U.S. Digest*, called on to formulate the rule of conditions, apparently looked no further than the headnote. They reproduce it very closely: 'He who prevents or dispenses with the performance of a condition cannot take advantage of the non-performance.' This is the law – the only law – that Lincoln brought to the Supreme Court of Illinois in *Risinger*.

VI. Lincoln wins

Lincoln won the appeal on behalf of Risinger and Nye, but it's not clear whether the court's decision was guided by law or sheer impatience. The basic problem is that the law the court used (the law of conditions discussed here) did not really fit the facts of the case. Recall that the parties' agreement was a stitched together series of mutual promises with liquidated damages for non-performance:

- I. Cheney promised to perform A, B, C, and to pay a sum of money conditional on his non-performance.
- II. Risinger and Nye promised to perform X, Y, Z. Separately, they promised to pay a sum of money tacitly conditional on their non-performance.

⁴⁸ *Majors* (n 16).

⁴⁹ The defendant *Majors* had been indicted for murder, and had bound himself to pay his lawyer a fee on condition that the judgment in the criminal case either acquit or discharge him. After an aborted trial *Majors* was ordered to appear for further proceedings but did not appear. His lawyer's assignee brought suit for the fee.

⁵⁰ *Majors* (n 16) 219 (emphasis added).

⁵¹ *Ibid* 217 (emphasis added).

⁵² Bibb was no longer serving on the court as judge, having left in November 1809: Metzmeier (n 35) 53.

A third party's injunction, vigorously opposed by Cheney, made Risinger and Nye's performance impossible, giving Cheney a win at trial. In reversing that judgment the court turned to the law cited by Lincoln:⁵³

'The law is well settled, that he who prevents, or dispenses with the performance of a condition, cannot take advantage of the non-performance. And it is equally well settled, that where there are mutual conditions to be performed, and one of the parties has incapacitated himself from a performance on his part, which condition was the consideration of the promise to be performed by the other, that such incapacity will dispense with performance, or an offer to perform, by the other party to the contract. 2 Bibb. 218; *Williams v. U. S. Bank*, 2 Peters, 102; 1 Bibb, 380; do., 431; 3 J. J. Marshall, 690; *Seymour v. Bennett*, 14 Mass. 266; *Badlam v. Tucker*, 1 Pick. 287.'

The court recites two statements of the law, the first being the enlarged rule (from *Marshall I*) against taking advantage of conditions, the second being the traditional rule barring a non-condition-performing obligor from demanding a performance from the obligee.⁵⁴ Neither of these statements properly answers the issue in the case. Cheney did not 'prevent or dispense' with Risinger and Nye's performance (their non-performance being the 'condition' of their promise to pay Cheney), neither did he 'incapacitate himself' from performing his side of the agreement. Cheney in fact tried very hard to enable their respective performances and keep the agreement alive. The court nevertheless forces the result:⁵⁵

'We are therefore of the opinion, that as both the parties were prevented from performing their several undertakings to each other, by reason of the injunction which was issued at the suit of Thompson, that Cheney is to be regarded as the person in default, *by having permitted the continuance of the injunction and decree*, so as to prevent the removal of the mill, that the consideration of the note has failed, and that Cheney ought not be permitted to recover upon it against the defendants, Risinger and Nye.'

Trying and failing is simply not the same as preventing, dispensing, or incapacitating oneself. Strictly speaking, the decision is not based on either of the two statements of law the court gives.

Cheney's real offence was that he was a scoundrel and did not deserve to win. The parties' agreement was an elaborate effort to allow Cheney to remove encumbered property (the mill) and install it on unencumbered land, where it could make money for him. It was unacceptable to allow him to recover dam-

⁵³ *Risinger* (n 2) 90. The first six cases are taken from the section of the *U.S. Digest* cited by Lincoln (and given in the same order as they appear there): *Majors* (n 16); *Williams* (n 17); *Marshall I* (n 18); *Carrell* (n 21); *Morford* (n 22); *Seymour* (n 28). The seventh case, from the Massachusetts high court, deals more generally with a condition precedent that is excused by events (leaving the obligee's duty to perform intact): *Badlam v. Tucker*, 18 Mass. (1 Pick.) 284 (1823) (= Octavius Pickering [ed], *Reports of Cases Argued and Determined in the Supreme Judicial Court of Massachusetts* vol 1 [Wells and Lilly 1824] 284–88). 'Where the condition of a bond is possible at the time it is made, and before the same can be performed the condition becomes impossible by the act of God, or of the law, or of the obligee, there the obligation is saved.' *ibid* 287 (emphasis added). This disfavours Lincoln's case and was probably cited by opposing counsel. The *Risinger* court seems to have ignored it.

⁵⁴ See n 31 and accompanying text.

⁵⁵ *Risinger* (n 2) 90–91 (emphasis added).

ages on such an underhanded enterprise. *Suing on a debt that was conditional on events certain to fail was a cynical attempt to seek advantage from a condition.* That is the basic ethics of the decision. It is what Lincoln saw in the *U.S. Digest* and what must have been transparent to the Illinois court. It is a proposition founded on Roman law and transported to the Illinois prairie where, in Lincoln's hands, no frontier scoundrel was likely to escape it.

Vorstandshaftungsverjährung bei Gewährung überhöhter Betriebsratsvergütungen

Claus Mollenkopf

I. Grundsätzliches zur Vorstandshaftung für überhöhte Betriebsratsvergütungen

In seinem Urteil vom 10.1.2023 ist der 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofs zu dem Ergebnis gelangt, dass der objektive Tatbestand der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB erfüllt sein kann, wenn ein Vorstand einer Aktiengesellschaft einem Mitglied des Betriebsrats unter Verstoß gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot (§ 78 Satz 2 BetrVG) ein überhöhtes Arbeitsentgelt gewährt.¹

Diese Entscheidung hat das Thema Betriebsratsvergütung wieder in den Fokus der Diskussion rücken lassen², und zwar nicht nur in strafrechtlicher Hinsicht, sondern insbesondere auch im Hinblick auf die zivilrechtliche Vorstandshaftung. Denn nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG sind Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet, wobei zu den maßgeblichen Pflichten eines Vorstandsmitglieds insbesondere auch die Legalitätspflicht zählt.

1. Gesetzliche Vorgaben und Rechtsprechungsgrundsätze

Zu den gesetzlichen Vorgaben, für deren Einhaltung der Vorstand die Verantwortung trägt, gehört bei einem mitbestimmten Unternehmen auch, für eine gesetzeskonforme Vergütung der Betriebsratsmitglieder Sorge zu tragen. Demnach dürfen nach § 78 Satz 2 BetrVG die Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden, was auch für ihre berufliche Entwicklung gilt. § 37 Abs. 4 Sätze 1 und 2 BetrVG sehen vor, dass das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats nicht geringer bemessen werden darf als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung; dies gilt auch für allgemeine Zuwendungen des Arbeitgebers.

Insofern hat das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung Grundsätze entwickelt, die in dessen Urteil vom 22.1.2020 im Einzelnen übersichtlich

¹ BGH, Urt. v. 10.1.2023 – 6 StR 133/22 – Rn. 18 ff.

² S. hierzu etwa *Jacobs*, BB 2024, 117 (117 f.).

dargestellt sind³ und welche nach dem Willen des Gesetzgebers durch die in der Folge des Urteils des 6. Strafsenats vom 10.1.2023 vorgenommenen Ergänzungen des Gesetzeswortlauts des § 37 Abs. 4 BetrVG und des § 78 Satz 2 BetrVG nicht tangiert werden sollten.⁴ Auf diese Grundsätze wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen.

2. Pflichtwidriges Tun bzw. Unterlassen des Vorstandsmitglieds als Haftungsvoraussetzung

Ein pflichtwidriger Verstoß gegen diese Grundsätze als Anknüpfungspunkt für eine Schadensersatzhaftung des Vorstands gemäß § 93 AktG kann zum einen in einem aktiven Tun liegen, wenn das Vorstandsmitglied selbst eine Entscheidung z.B. über eine rechtswidrige Höhergruppierung eines Betriebsratsmitglieds trifft.

Des Weiteren kann ein solcher Verstoß grundsätzlich auch im Unterlassen der Korrektur einer überhöhten Betriebsratsvergütung liegen, da sich für ein Vorstandsmitglied aus der Legalitätspflicht wie auch aus dessen Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Gesellschaft die Verpflichtung ergibt, eine bereits getroffene rechtswidrige Entscheidung – soweit rechtlich möglich – zu korrigieren und dadurch weiteren Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Dies gilt insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt des pflichtwidrigen Nichtverhinderns der Vertiefung eines bereits durch früheres eigenes Handeln entstandenen „Erstschadens“. Allerdings spricht alles dafür, dass die Vorwerfbarkeit eines entsprechenden Unterlassens hinter diejenige des vorausgegangenen aktiven Tuns zurücktritt. Denn wer pflichtwidrig eine einzelne Auszahlung tätigt oder veranlasst, unterlässt bereits im selben Moment die Rückforderung dieses ausgezahlten Betrages.⁵ Bei einem solchen Sachverhalt stellt sich das Verhalten des Schädigers als einheitliches Verhalten dar.

Ein weiterer möglicher Anknüpfungspunkt für eine Vorstandshaftung unter dem Gesichtspunkt des Unterlassens kann schließlich darin liegen, dass das Vorstandsmitglied gegebenenfalls seiner aus der Legalitätspflicht erwachsenden Pflicht nicht hinreichend nachgekommen ist, durch Einrichtung eines Compliance-Systems bzw. dessen Überwachung dafür zu sorgen, dass überhöhte Vergütungszahlungen an Betriebsratsmitglieder als solche identifiziert und beendet sowie dass Maßnahmen zur künftigen Vermeidung getroffen werden.⁶ Die Vorwerfbarkeit eines entsprechenden Unterlassens wird in erster Linie in dem Fall relevant, wenn die in Rede stehenden gesetzwidrigen Zustände von einem Dritten – etwa dem Vorgänger im Amt des Vorstandsmitglieds – verursacht wurden.

³ BAG, Urt. v. 22.1.2020 – 7 AZR 222/19 – Rn. 20 ff.

⁴ Vgl. BR-Drs. 564/23, 1.

⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 18.9.2018 – II ZR 152/17 – Rn. 24; BGH, Urt. v. 29.9.2008 – II ZR 234/07 – Rn. 17 f.

⁶ Vgl. hierzu MüKoAktG/Spindler, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, AktG § 93 Rn. 120 f. m.w.N.

3. Verschulden

Bei Vorliegen einer objektiven Pflichtverletzung ist grundsätzlich von einem Verschulden des betroffenen Vorstandsmitglieds auszugehen.

Um den strengen Anforderungen an die dem Vorstand obliegende Prüfung der Rechtslage zu genügen, ist es erforderlich, dass sich das Vertretungsorgan, sofern es nicht selbst über die spezifische Sachkunde verfügt, unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft von einem unabhängigen fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht.⁷ Ein unverschuldeter Rechtsirrtum des Vorstandsmitglieds kann daher nur in seltenen Ausnahmefällen angenommen werden.

4. Ende der Haftung des Vorstandsmitglieds

In zeitlicher Hinsicht endet die Haftung des Vorstandsmitglieds zwar grundsätzlich mit der Beendigung seines Amtes, sofern das Vorstandsmitglied auch faktisch keine organähnlichen Tätigkeiten mehr ausübt.⁸ Eine Haftung für nach dem Ausscheidenszeitpunkt erfolgte überhöhte Vergütungszahlungen an Betriebsratsmitglieder kommt jedoch so lange in Betracht, als der schadensrechtliche Zurechnungszusammenhang fortbesteht, die Zahlung also noch auf einer pflichtwidrigen Handlung oder Unterlassung des vormaligen Vorstandsmitglieds beruht.⁹ Zwar kann ein Vorstandsmitglied für die Zeit nach seinem Ausscheiden – anders als während seiner aktiven Zeit¹⁰ – der Gesellschaft im Innenverhältnis grundsätzlich ein eventuelles Mitverschulden anderer Vorstandsmitglieder über §§ 31, 254 BGB entgegenhalten (z.B. wegen unterlassener Schadensminderungsmaßnahmen).¹¹ Dies gilt jedoch nur, wenn die Vorstandsmitglieder nicht gleichzeitig, sondern nacheinander Organe der Gesellschaft waren und jedes von ihnen zu der Entstehung des Schadens beigetragen hat.¹²

II. Zur Verjährung von Schadensersatzansprüchen wegen überhöhter Betriebsratsvergütungen im Besonderen

Schadenersatzansprüche gegen ein Vorstandsmitglied aus § 93 Abs. 2 AktG verjähren gemäß § 93 Abs. 6 AktG bei Gesellschaften, die zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung börsennotiert sind, in zehn Jahren, bei anderen Gesellschaften

⁷ BGH, Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09 – Rn. 16 ff.; BGH, Urt. v. 28.4.2015 – II ZR 63/14 – Rn. 28; BGH, Urt. v. 14.5.2007 – II ZR 48/06 – Rn. 16 ff.; OLG Stuttgart, NZG 2010, 141 (143); vgl. zum Ganzen insbesondere auch BeckOGK/*Fleischer*, Stand: 1.10.2025, AktG § 93 Rn. 44 ff.

⁸ MüKoAktG/*Spindler*, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, AktG § 93 Rn. 14; BeckOGK/*Fleischer*, Stand: 1.10.2025, AktG § 93 Rn. 221 m.w.N.

⁹ Vgl. BeckOGK/*Brand*, Stand: 1.3.2024, BGB § 249 Rn. 280 m.w.N.

¹⁰ Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 20.11.2014 – III ZR 509/13 – Rn. 22 m.w.N.

¹¹ BeckOGK/*Fleischer*, Stand: 1.10.2025, AktG § 93 Rn. 253.

¹² Vgl. für die GmbH: BGH, Beschl. v. 5.7.1993 – II ZR 174/92, zitiert bei *Goette*, DStR 1993, 1637 (1638); OLG Oldenburg, NZG 2007, 434 (438 f.); *Bayer/Scholz*, GmbHR 2016, 841 (843).

in fünf Jahren. Hinsichtlich des Beginns der Verjährung ist § 200 BGB einschlägig, da die spezialgesetzlichen Verjährungsfristen des § 93 Abs. 6 AktG keine „regelmäßigen“ im Sinne der §§ 195, 199 Abs. 1 BGB darstellen. Entscheidend ist insoweit der jeweilige Zeitpunkt der Anspruchsentstehung, wobei die Verjährung nach § 200 Abs. 1 BGB keine Jahresschlussverjährung (vgl. § 199 Abs. 1 BGB) ist, sondern taggenau beginnt;¹³ auf eine Kenntniserlangung des Gläubigers kommt es nicht an.¹⁴

1. Maßgeblicher Zeitpunkt der Entstehung des Schadensersatzanspruchs im Regelfall

Ein Schadensersatzanspruch ist im Sinne von § 200 Satz 1 BGB entstanden, sobald der Berechtigte in der Lage ist, seinen Anspruch gerichtlich geltend zu machen, d.h. mit dem Eintritt des durch die Verletzungshandlung verursachten Schadens dem Grunde nach, ohne dass der Schaden schon bezifferbar sein muss; es genügt regelmäßig auch die Möglichkeit einer Feststellungsklage.¹⁵

Fraglich ist, wann im Falle der Gewährung überhöhter Betriebsratsvergütungen der Schaden dem Grunde nach entstanden ist.

a) *Zeitpunkt der Vorstandsentscheidung hinsichtlich der Vergütungsanpassung als maßgeblicher Zeitpunkt?*

Als frühestmöglicher Zeitpunkt hierfür käme insoweit die jeweilige Vorstandsentscheidung betreffend die in Rede stehende Vergütungsanpassung in Betracht. Allerdings entsteht nach zutreffender ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur so genannten „Differenzhypothese“ ein Schaden im Sinne des § 249 Abs. 1 BGB erst dann, wenn sich die Vermögenslage des Betroffenen – hier: der Aktiengesellschaft – durch die in Rede stehende Pflichtverletzung im Vergleich zu seinem früheren Vermögensstand objektiv verschlechtert hat. Ein Schaden ist mithin grundsätzlich solange nicht eingetreten, als nur das Risiko eines Vermögensnachteils besteht, d.h. es bei der gebotenen wertenden Betrachtung noch nicht klar ist, ob es wirklich zum Schaden kommt.¹⁶ Hat sich die Gefahr in der weiteren Folge realisiert, liegt erst ab diesem Zeitpunkt ein wirtschaftlicher Nachteil vor.¹⁷ Soweit rechtsgeschäftliche Handlungen in Rede stehen, die gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG verstoßen, sind diese gemäß § 134 BGB nichtig und können nicht eingeklagt werden.¹⁸ Deshalb kann es insoweit frühestens durch die (erstmalige) Auszahlung der überhöhten Vergütung zum Eintritt eines Schadens kommen.

¹³ Vgl. Jauernig/*Mansel*, 19. Aufl. 2023, BGB § 200 Rn. 1; MüKoBGB/*Grothe*, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, BGB § 200 Rn. 2.

¹⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 29.9.2008 – II ZR 234/07 – Rn. 16.

¹⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 18.9.2018 – II ZR 152/17 – Rn. 17 m.w.N.

¹⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 10.7.2014 – IX ZR 197/12 – Rn. 8; BGH, Urt. v. 25.4.2013 – IX ZR 65/12 – Rn. 10; BGH, Urt. v. 16.10.2008 – IX ZR 135/07 – Rn. 12 (jeweils zur Anwaltshaftung); BGH, Urt. v. 2.7.1992 – IX ZR 268/91, NJW 1992, 2766 (2768) (zur Steuerberaterhaftung).

¹⁷ Vgl. *Weiler*, NZV 2019, 545 (554).

¹⁸ LAG Hamm, AuA 2005, 678 f.; Richardi/*Thüsing*, BetrVG, 18. Aufl. 2026, § 78 Rn. 37a.

b) Zeitpunkt der (erstmaligen) Auszahlung der überhöhten Vergütung als maßgeblicher Zeitpunkt?

Zwar ist davon auszugehen, dass ein Betriebsratsmitglied, das unzulässige, gegen das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG verstoßende Zahlungen erhalten hat, nach § 817 Satz 1 BGB zur Rückzahlung verpflichtet ist und sich nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht auf § 814 BGB berufen kann.¹⁹ Allerdings führt der Umstand, dass ab dem Zeitpunkt der Auszahlung ein Rückzahlungsanspruch der Aktiengesellschaft gegen das begünstigte Betriebsratsmitglied jeweils in Höhe der geleisteten Zahlung besteht, nicht dazu, dass im Verhältnis zwischen ihr und dem Vorstandsmitglied ein Schaden zum Auszahlungszeitpunkt zu verneinen wäre. Denn nach zutreffender Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schließen Ersatz- oder Rückforderungsansprüche, die den von einer Pflichtverletzung Betroffenen infolge der Pflichtverletzung gegenüber Dritten entstehen, die Annahme eines Schadens im Verhältnis zwischen ihnen und den für die Pflichtverletzung Verantwortlichen nicht aus. Insbesondere kann – wie sich aus der Regelung des § 255 BGB erschließt – der Schädiger den Geschädigten nicht darauf verweisen, er habe gegen einen Dritten einen Anspruch, der zum Ausgleich seiner Vermögensbeeinträchtigungen führen könne.²⁰ Maßgeblich für den Beginn der Verjährung der Vorstandshaftung nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ist nach alledem grundsätzlich derjenige der (erstmaligen) Auszahlung der überhöhten Vergütung.

c) Grundsatz der Schadenseinheit

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass in verjährungsmäßiger Hinsicht angesichts des Grundsatzes der Schadenseinheit nicht an jede einzelne Auszahlung gesondert anzuknüpfen ist. Denn eine einmal getroffene Entscheidung des Vorstands zu den Betriebsratsvergütungen wird unternehmensintern von der Personalabteilung bzw. der Buchhaltung fortlaufend im Wege der Auszahlung umgesetzt und gleichsam „automatisch“ bei den Lohn- und Gehaltsabrechnungen der Folgemonate und -jahre berücksichtigt, bis es bezogen auf den jeweiligen Mitarbeiter erneut zu Änderungen (durch erneute Höhergruppierung, neue Zulagengewährung oder dergleichen) kommt. Der Grundsatz der Schadenseinheit führt in verjährungsmäßiger Hinsicht zu einer „Verklammerung“ aller Schäden, die sich als vorhersehbare Folge jener in Rede stehenden initialen Vorstandsentscheidung darstellen, bis es zu einer modifizierenden Vorstandsentscheidung kommt, die dann ihrerseits durch die erste Auszahlung nach den neuen Modalitäten umgesetzt wird. Denn nach zutreffender Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs²¹ gilt nach dem Grundsatz der Schadensein-

¹⁹ BAG, Urt. v. 08.11.2017 – 5 AZR 11/17 – Rn. 35 ff. m.w.N.

²⁰ BGH, Beschl. v. 17.1.2013 – III ZR 10/12 – Rn. 21; *Guntermann*, NZG 2018, 851 (854), jeweils m.w.N.

²¹ BGH, Urt. v. 21.2.2022 – VIa ZR 8/21 – Rn. 75; BGH, Urt. v. 8.11.2016 – VI ZR 200/15 – Rn. 15; BGH, Urt. v. 26.7.2018 – I ZR 274/16 – Rn. 26; vgl. auch BeckOGK/*Fleischer*, Stand: 1.10.2025, AktG § 93 Rn. 368.

heit der gesamte Schaden, der auf einem bestimmten einheitlichen Verhalten beruht, mit der ersten Vermögenseinbuße als eingetreten, sofern mit weiteren wirtschaftlichen Nachteilen bereits beim Auftreten des ersten Schadens gerechnet werden kann. Die Verjährung des Ersatzanspruchs erfasst damit auch solche nachträglich eintretenden Schäden, die im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs und der Kenntnis des Gläubigers vom Erstschaden als möglich voraussehbar waren. Tritt eine als möglich vorhersehbare Spätfolge ein, wird für sie nach dieser Rechtsprechung keine eigene Verjährungsfrist in Lauf gesetzt. Anders verhält es sich nur dann, wenn sich

„mehrere selbstständige Handlungen (oder – pflichtwidrige – Unterlassungen) des Schädigers ausgewirkt haben; dann beginnt mit der Entstehung des durch die jeweilige Handlung verursachten Schadens und des damit ausgelösten Ersatzanspruchs eine nur für diesen Anspruch geltende besondere Verjährung“.²²

2. Der Sonderfall der Verletzung der Compliance-Pflicht

Wurden gesetzwidrige Zustände von einem Dritten – etwa dem Vorgänger im Amt des Vorstandsmitglieds – verursacht, ist eine Verletzung der Compliance-Pflicht durch das amtierende Vorstandsmitglied jedenfalls dann anzunehmen, wenn konkrete Umstände ein Handeln zwingend hätten nach sich ziehen müssen. Vorstandsmitglieder müssen jedenfalls Hinweisen auf Gesetzesverletzungen oder Unregelmäßigkeiten unverzüglich nachgehen; insoweit beginnt die „pflichtgemäße Neugier [...] spätestens dort, wo greifbare Anhaltspunkte für Zuwiderhandlungen vorliegen“.²³ Das Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte ist denn auch der Ansatzpunkt für die Anspruchsentstehung im Sinne von § 200 Abs. 1 BGB und damit maßgeblich für den Beginn der Verjährungsfrist. Vorstehendes gilt auch in dem seltenen Ausnahmefall, dass das Vorstandsmitglied bei der Veranlassung der Auszahlung einer überhöhten Betriebsratsvergütung einem unverschuldeten Rechtsirrtum unterlag und sich nachträglich greifbare Anhaltspunkte für die Rechtswidrigkeit seines vorausgegangenen Handelns ergeben.

Soweit Spindler²⁴ ausführt, dass sich in dem Falle, dass sich der Schaden durch fortgesetztes Nichthandeln vergrößere, der Beginn der Verjährung erst auf das Ende des pflichtwidrigen Unterlassens beziehe, hat Fleischer²⁵ dies insoweit zu Recht dahingehend eingegrenzt, dass die Anspruchsverjährung auch in solchen Fällen schon früher beginnt, sofern ein abgrenzbarer Teilschaden eingetreten ist und eine Nachholung der geschuldeten Handlung keine Auswirkungen mehr auf diesen Teilschaden gehabt hätte. Der Verjährungsbeginn kann daher insbesondere nicht erst im Zeitpunkt des Ausscheidens des Vorstandsmitglieds aus seinem Amt einsetzen.

²² BGH, Urt. v. 21.2.2002 – IX ZR 127/00, NJW 2002, 1414 (1415) m.w.N.

²³ BeckOGK/Fleischer, Stand: 1.10.2025, AktG § 93 Rn. 141 m.w.N.

²⁴ MüKoAktG/Spindler, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, AktG § 93 Rn. 357.

²⁵ BeckOGK/Fleischer, Stand: 1.10.2025, AktG § 93 Rn. 370 m.w.N.

Der Umstand, dass der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft gegebenenfalls erst zeitlich viel später davon erfährt, dass eventuell ein beträchtlicher Schaden angefallen ist, steht alledem nicht entgegen. Denn die kenntnisunabhängige Verjährungsfrist der organhaftungsrechtlichen Sonderverjährung wurde durch den Gesetzgeber bewusst beibehalten, als dieser durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 26.11.2001²⁶ eine kenntnisabhängige dreijährige Regelverjährung (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB) eingeführt hat. So entspricht es allgemeiner Auffassung, dass § 200 Satz 1 BGB n.F. auf Organhaftungsansprüche anwendbar ist und § 199 Abs. 1 BGB n.F. nur für die „regelmäßige“ (§ 195 BGB), nicht aber für die spezialgesetzliche Verjährungsfrist gemäß § 93 Abs. 6 AktG oder § 43 Abs. 4 GmbHG gilt. Infolgedessen beginnt die Verjährung von Organhaftungsansprüchen – wie oben bereits erwähnt – mit Entstehung des Anspruchs, also mit Eintritt des (ersten) Schadens dem Grunde nach.²⁷ Insbesondere stellt die Regierungsbegründung zum Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 24.08.2004²⁸ ausdrücklich klar, dass Organmitglieder „für ihre Tätigkeit nach objektiven Kriterien Gewissheit“ benötigen, „ab wann ihnen für ein bestimmtes Verhalten keine Inanspruchnahme mehr droht“. Die „objektiv beginnende“ Fünfjahresfrist erleichtere „auch die Risikokalkulierung für D&O-Versicherer (Directors-&-Officers-Liability-Insurance), die Schäden aus Pflichtverletzungen von Organmitgliedern regulieren“ und „damit zugleich den Organen den Abschluss derartiger Versicherungen“.

III. Fazit

Maßgeblich für den Beginn der Verjährung (§ 200 Abs. 1 BGB) der Vorstandshaftung nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG bei Gewährung überhöhter Betriebsratsvergütungen ist nicht der Zeitpunkt der diesbezüglichen Vorstandsentscheidung, sondern vielmehr derjenige der erstmaligen Auszahlung der überhöhten Vergütung. Der Grundsatz der Schadenseinheit führt in verjährungsmäßiger Hinsicht zu einer „Verklammerung“ aller Schäden, die sich als vorhersehbare Folgen der initialen Vorstandsentscheidung darstellen, bis es zu einer modifizierenden Vorstandsentscheidung kommt, die dann ihrerseits durch die erste Auszahlung nach den neuen Modalitäten umgesetzt wird. Resultiert die überhöhte Betriebsratsvergütung aus dem Handeln eines Dritten – etwa des Vorgängers im Amt des Vorstandsmitglieds – oder unterlag das Vorstandsmitglied bei der Veranlassung einer überhöhten Betriebsratsvergütung ausnahmsweise

²⁶ BGBl. 2001 I, 3138.

²⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 18.9.2018 – II ZR 152/17 – Rn. 16; BGH, Urt. v. 29.9.2008 – II ZR 234/07 – Rn. 16; Heidel/*U. Schmidt*, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2024, AktG § 93 Rn. 181; *Fleischer*, AG 2014, 457 (460); *Harbarth/Jaspers*, NZG 2011, 368 (369).

²⁸ BT-Drs. 15/3653, 12.

einem unverschuldeten Rechtsirrtum, ist für den Verjährungsbeginn der Zeitpunkt maßgeblich, in dem sich greifbare Anhaltspunkte für die Rechtswidrigkeit des vorausgegangenen Handelns ergeben.

Gefahrübergang beim Unternehmenskauf¹

Patrick Mossler

I. Einleitung

Gemäß § 446 S. 1 BGB geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der verkauften Sache mit deren Übergabe an den Käufer auf letzteren über und gebühren dem Käufer von der Übergabe an die Nutzungen und trägt er die Lasten der verkauften Sache. Nach dem – dispositiven² – Gesetzesrecht ist damit beim Kauf die Übergabe der zentrale Anknüpfungspunkt für die Allokation der Sachgefahr (also der Gefahr einer Verschlechterung des Kaufgegenstands), für die Allokation der Preisgefahr (also der Gefahr, zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet zu sein, ohne die Kaufsache zu erhalten) und für die wirtschaftliche Abgrenzung zwischen Verkäufer und Käufer.

Welche Bedeutung der Gefahrübergang beim Unternehmenskauf hat, wie er in der Praxis geregelt wird und welche Konsequenzen sich daraus für verschiedene Fallkonstellationen ergeben, soll Gegenstand dieses Beitrags sein.³

II. Unternehmenskauf und Unternehmenskaufvertrag

Der Unternehmenskauf ist keine eindeutig definierte Fallgruppe. Üblicherweise versteht man darunter einen Kauf, bei dem entweder sämtliche oder einzelne zu einem Unternehmen gehörende Vermögenswerte (*Asset Deal*) oder Anteile an einer Gesellschaft als Unternehmensträger (*Share Deal*) von einem Verkäufer an einen Käufer veräußert werden. In Abgrenzung zu einem Kauf bloß einzelner Vermögensgegenstände oder einzelner Anteile an der Gesellschaft kann dabei von einem Unternehmenskauf gesprochen werden, wenn ein Inbegriff von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögenswerten übertragen werden soll und der

¹ Der Autor bedankt sich bei *Stefan Widder* für die wertvollen Hinweise und Diskussionen und bei *Till Dören* für die Unterstützung bei der Recherche und Durchsicht des Manuskripts.

² Allg. Meinung, vgl. nur *MüKoBGB/Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, BGB § 446 Rn. 21.

³ Der Gefahrübergang als Institut des deutschen Kaufrechts wird in der Literatur zum Unternehmenskauf oft nicht oder nur im Hinblick auf den Aspekt des Übergangs der Sachgefahr erwähnt. Vgl. aber *Meyer-Sparyberg*, in: *Meyer-Sparyberg/Jäckle* (Hrsg.), *Beck'sches M&A-Handbuch*, 2. Aufl. 2022, § 44 Rn. 84, § 46 Rn. 37; *Völker*, *Vorvertragliche Pflichten und Gefahrtragung beim Unternehmenskauf*, 2003, 247 ff.; *Ernst*, in: *FS für Eugen Bucher*, 2009, 89 ff. zum Schweizer Recht.

Erwerber dadurch in die Lage versetzt wird, das Unternehmen als solches weiterzuführen.⁴ Trotz vieler Besonderheiten findet auf Unternehmenskaufverträge das allgemeine Kaufrecht nach §§ 433 ff. BGB Anwendung, entweder direkt wie beim *Asset Deal* oder durch Verweisung über § 453 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB beim *Share Deal*.

Das gesetzliche Kaufrecht wird in der Praxis als untauglich für den Unternehmenskauf angesehen und daher meist durch individuelle vertragliche Regelungen ersetzt. Obwohl diese Unternehmenskaufverträge die Rechte und Pflichten der Parteien ausführlich regeln, findet sich dort eher selten eine dem § 446 S. 1 BGB vergleichbare, an ein bestimmtes Ereignis anknüpfende allgemeine Regelung zum Gefahrübergang; vereinzelt wird § 446 BGB ausdrücklich in Bezug genommen und der Gefahrübergang mit dem wirtschaftlichen Übergang gleichgesetzt.

Allerdings finden sich in Unternehmenskaufverträgen praktisch immer verschiedene Bestimmungen zur Allokation von Risiken zwischen Verkäufer und Käufer, wie sie auch Gegenstand des gesetzlichen Konzepts des Gefahrübergangs sind. In welchem Verhältnis diese vertraglichen Regelungen zum gesetzlichen Konzept des Gefahrübergangs nach § 446 BGB stehen und wie damit das Risiko in verschiedenen Konstellationen zwischen Verkäufer und Käufer verteilt ist, wird nachfolgend untersucht.

III. Gefahrübergang beim Unternehmenskauf nach dispositivem Recht

Liegen keine abweichenden vertraglichen Regelungen vor, gilt auch für den Unternehmenskauf, dass die Gefahr einheitlich – d.h. bezogen auf die Sachgefahr, die Preisgefahr und den Übergang von Nutzungen und Lasten – mit der Übergabe an den Käufer auf diesen übergeht, § 446 S. 1 BGB.⁵ Dies bedeutet unter anderem, dass der Verkäufer das Unternehmen zum Zeitpunkt der Übergabe frei von Sach- und Rechtsmängeln zu liefern hat und der Käufer die Übernahme des Unternehmens und die Bezahlung des Zug-um-Zug geschuldeten Kaufpreises verweigern kann, wenn beim Unternehmen zum Zeitpunkt der Übergabe Sach- oder Rechtsmängel vorliegen.⁶ Was Übergabe bedeutet, bestimmt sich dabei nach dem Kaufgegenstand:

1. Die Übergabe beim *Asset Deal*

Beim *Asset Deal* werden einzelne Vermögensgegenstände und Rechtsbeziehungen verkauft, die in ihrer Gesamtheit „das Unternehmen“ ausmachen. Die

⁴ Vgl. BGH, NJW 2002, 1042 (1043); ausführlich Staudinger/Beckmann (2013) BGB § 453 Rn. 91 f.

⁵ Vgl. BeckHdB M&A/Meyer-Sparyberg (Fn. 3), § 46 Rn. 37.

⁶ Vgl. BeckOK BGB/Faust, 74. Ed. 1.5.2025, BGB § 433 Rn. 42 ff.; ausführlich Ernst, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165 ff.

Übergabe richtet sich daher nach der Art des jeweiligen *Assets*. Für körperliche Gegenstände erfolgt die Übergabe regelmäßig durch Besitzverschaffung, also durch die tatsächliche Einräumung der Sachherrschaft an den Käufer.⁷ Bei Rechten, wie Forderungen oder Verträgen, kann die Übergabe durch Abtretung oder durch Anzeige an den Schuldner erfolgen.⁸ Zusätzlich wird die Einweisung des Käufers in das Unternehmen als (ggf. ungeschriebene) Nebenpflicht und wesentlicher Bestandteil der Übergabe angesehen, weil sie dem Käufer ermöglicht, die betrieblichen Abläufe und Strukturen effektiv zu übernehmen und fortzuführen.⁹

Üblicherweise vereinbaren die Parteien einen Übergabestichtag, an dem alle erforderlichen Handlungen vorgenommen werden und die Übergabe im Sinne des § 446 S. 1 BGB vollzogen wird. Erfolgt dies nicht einheitlich, ist nach dem Sphärengedanken, der nach allgemeiner Meinung dem § 446 S. 1 BGB zugrunde liegt, entscheidend, wann die tatsächliche Sachherrschaft übergeht.¹⁰

Ist für die Übernahme der Sachherrschaft wegen der Komplexität eines Unternehmens eine Einweisung erforderlich, gilt die Übergabe erst mit deren Durchführung als erfolgt. Der bloße Besitzübergang oder die Übertragung einzelner Rechte reicht dann nicht aus, da sie dem Käufer keine effektive Kontrolle verschaffen. Übernimmt der Käufer jedoch bereits vor der Einweisung die Sachherrschaft über einzelne Kaufgegenstände und kann er diese in seinen Herrschaftsbereich integrieren, weil insoweit keine Einweisung nötig ist, ist nach dem Sphärengedanken des § 446 BGB ein Gefahrübergang hinsichtlich dieser Gegenstände anzunehmen.

2. Die Übergabe beim *Share Deal*

Beim *Share Deal*, bei dem Kaufgegenstand die Anteile an einer Gesellschaft sind, ist die Übergabe im Sinne des § 446 S. 1 BGB nicht unmittelbar auf die körperliche Verschaffung des Besitzes an einem Gegenstand bezogen. Es ist daher naheliegend, in diesem Fall die wirksame Abtretung der Anteile an den Käufer als Übergabe anzusehen, zumal der Käufer mit der dinglichen Übertragung der Anteile die rechtliche und wirtschaftliche Kontrolle über die Gesellschaft und damit mittelbar über das Unternehmen erhält.¹¹

Allerdings wird auch beim *Share Deal* vertreten, es komme auf die tatsächliche Übergabe des Unternehmens im Sinne einer Verschaffung der Verfügungsmacht an, nicht auf die dingliche Übertragung der Anteile.¹² Erst mit der Einweisung in das Unternehmen, also der Möglichkeit, sich über sämtliche Geschäftsvor-

⁷ Vgl. MüKoBGB/Maultzsch (Fn. 2), BGB § 446 Rn. 9.

⁸ Vgl. BeckOK BGB/Faust (Rn. 6), BGB § 453 Rn. 10.

⁹ Vgl. BGH, NJW 1968, 392 (393); MüKoBGB/Maultzsch (Fn. 2), BGB § 453 Rn. 53.

¹⁰ Vgl. Staudinger/Beckmann (2023) BGB § 446 Rn. 11; MüKoBGB/Maultzsch (Fn. 2), BGB § 453 Rn. 3.

¹¹ Vgl. Holzappel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 14. Aufl. 2010, VI. Rn. 629.

¹² Vgl. Rödder/Hötzl/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf Unternehmensverkauf, 2003, § 9 Rn. 54.

gänge zu unterrichten und die Geschicke des Unternehmens zu lenken, erlange der Käufer die Herrschaft über das Unternehmen, was es rechtfertige, ihm die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der Verschlechterung aufzuerlegen.¹³ Wie bei der Rechtsprechung zur Sachmängelgewährleistung beim Unternehmenskauf¹⁴ wird dabei trotz des Rechtskaufs auf das Unternehmen als „wahren“ Kaufgegenstand abgestellt und der *Share Deal* für die Bestimmung des Zeitpunkts der Übergabe wie ein Sachkauf behandelt.

Für die Praxis scheint diese Betrachtungsweise allerdings realitätsfern, insbesondere bei größeren Unternehmenskäufen mit Fremdgeschäftsführung. Der BGH meint, auch diese Fälle ließen sich dadurch lösen, dass der Alleingesellschafter als Verkäufer den Geschäftsführer anweist, das bewegliche Firmenvermögen an den Käufer zu übergeben.¹⁵ Tatsächlich ist eine solche Übergabe an den neuen Gesellschafter zumeist weder gewollt noch ohne weiteres zulässig. Es spricht daher viel dafür, es beim *Share Deal* bei der dinglichen Übertragung der verkauften Anteile, mit der auch die rechtliche Kontroll- und Zugriffsmöglichkeit auf den Anteils Käufer übergeht, als Regelfall für die Übergabe zu belassen. Allerdings ist auch hier eine Vorverlagerung der Übergabe vor diesen Zeitpunkt denkbar, wenn der Käufer die Herrschaft über das Unternehmen erlangt, bevor der Anteilsübergang wirksam wird.¹⁶

IV. Der Gefahrübergang nach dem Unternehmenskaufvertrag

Der Unternehmenskaufvertrag enthält in der Praxis typischerweise keine dem § 446 S. 1 BGB vergleichbare, den Gefahrübergang insgesamt an ein bestimmtes Ereignis knüpfende Regelung. Das bedeutet aber nicht, dass die mit dem Gefahrübergang verbundenen Rechtfolgen – die wirtschaftliche Abgrenzung zwischen Verkäufer und Käufer, die Allokation der Sachgefahr und die Allokation der Preisgefahr – nicht Gegenstand anderer Regelungen im Vertrag sind, mit denen die gesetzliche Regelung modifiziert oder insgesamt abbedungen wird. Auch wenn diese Vereinbarungen im Detail in jedem Kaufvertrag anders aussehen mögen, gibt es typische Gestaltungen, die nachfolgend untersucht werden sollen.

1. Regelungen zur wirtschaftlichen Abgrenzung

Typischerweise enthalten Unternehmenskaufverträge nach deutschem Recht detaillierte Regelungen zum sog. wirtschaftlichen Stichtag, der den Zeitpunkt bestimmt, ab dem die wirtschaftlichen Chancen und Risiken des Zielunternehmens auf den Käufer übergehen. Interessant sind hierbei vor allem die Gestal-

¹³ Vgl. BGH, NJW 1998, 2360 (2363); Staudinger/*Beckmann* (Fn. 4), BGB § 453 Rn. 87.

¹⁴ Vgl. BGH, MittBayNot 2019, 376 (378) m.w.N.

¹⁵ Vgl. BGH, NJW 1998, 2360 (2363).

¹⁶ Etwa wenn der Käufer schon vor Anteilsübergang bevollmächtigt wird, die Gesellschaftsrechte auszuüben, oder selbst als Geschäftsführer bestellt wird.

tungsvarianten beim *Share Deal*, während beim *Asset Deal* eine dem gesetzlichen Leitbild entsprechende Abgrenzung auf den Übergabestichtag naheliegt und üblich ist.

a) *Share Deal*

Gängige Konzepte beim *Share Deal* sind das Festkaufpreiskonzept mit zurückliegendem wirtschaftlichem Stichtag (*Locked Box*) und das Konzept mit variablem Kaufpreis auf Basis eines Stichtagsabschlusses zum Vollzugsdatum (*Closing Accounts*).¹⁷ Mit beiden Modellen wird ein üblicherweise über DCF- oder Ertragswertverfahren ermittelter Unternehmenswert mit der um das Umlaufvermögen erweiterten Nettofinanzposition des Unternehmens auf den Eigenkapitalwert übergeleitet. Aufgrund dieser Bewertungslogik ist daneben kein Platz für eine Gewinnabgrenzung, sodass es üblich ist, im Kaufvertrag klarzustellen, dass nicht ausgeschüttete Gewinne vergangener Geschäftsjahre sowie des laufenden Geschäftsjahres dem Käufer zustehen.¹⁸

Beim *Locked-Box-Modell* wird der Kaufpreis auf Basis der Nettofinanzposition zu einem bestimmten, in der Vergangenheit liegenden Bilanzstichtag festgelegt. Veränderungen ab diesem Stichtag wirken sich nicht mehr auf den Kaufpreis aus und treffen ausschließlich den Käufer. Nutzungen und Lasten, die sich in der Nettofinanzposition widerspiegeln, gehen somit rückwirkend auf den Käufer über. Vor nachteiligen Veränderungen, insbesondere Auszahlungen an den Verkäufer, schützt sich der Käufer durch Garantien und Verhaltenspflichten des Verkäufers (*Conduct-of-Business-* und *No-Leakage-*Verpflichtungen). Es bleibt aber dabei, dass mit Unterzeichnung eines Unternehmenskaufvertrags mit *Locked-Box-Mechanismus* das Unternehmen im Hinblick auf alle nicht von solchen Regelungen erfassten Sachverhalte rückwirkend zum Stichtag als für Rechnung des Käufers geführt gilt.

Vereinbaren die Parteien eine Kaufpreisberechnung aufgrund von *Closing Accounts*, verbleiben sämtliche Veränderungen des Unternehmens, die sich auf die Nettofinanzposition auswirken, wirtschaftlich bis zum Vollzug beim Verkäufer. Das ist nicht gleichbedeutend mit einer Abgrenzung von Nutzungen und Lasten auf den Übergabezeitpunkt, kommt dem aber sehr nahe. Es ist nicht deckungsgleich, wie man beispielsweise an den Gewinnansprüchen sehen kann, die beim Unternehmenskauf als typische Nutzungen im Sinne des § 446 S. 2 BGB angesehen werden.¹⁹ Ergebniswirksame Geschäftsvorfälle bis zum Vollzug, die sich nicht auf die Nettofinanzposition auswirken,²⁰ treffen auch bei *Closing Accounts* den Käufer, wenn sie nicht anderweitig, insbesondere durch eine Garantie, abgedeckt sind.

¹⁷ Vgl. Schulz, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 10. Aufl. 2022, Rn. 9.218 ff.; daneben sind auch Mischformen denkbar.

¹⁸ Vgl. Hölters/Schulz (Fn. 17), Rn. 9.156.

¹⁹ Vgl. MüKoBGB/Maultzbach (Fn. 2), BGB § 446 Rn. 19.

²⁰ Wie z.B. Wertberichtigungen auf Gegenstände des Anlagevermögens.

Im Vergleich zur gesetzlichen Regelung sieht man also in der Praxis beim *Share Deal* generell ein Abgehen von einer am Ergebnis orientierten wirtschaftlichen Abgrenzung und bei der Vereinbarung eines Festpreiskonzepts eine erhebliche Vorverlagerung des wirtschaftlichen Übergangs auf den Käufer.

b) *Asset Deal*

Grundlegend anders ist die Situation beim *Asset Deal*. Die wirtschaftliche Abgrenzung zwischen Verkäufer und Käufer betrifft dort im Wesentlichen die Vertragsbeziehungen des verkauften Unternehmens zu Kunden, Lieferanten, Arbeitnehmern, Vermietern und sonstigen Dritten und wird, da zu diesem Zeitpunkt auch die sonstigen Betriebsmittel auf den Käufer übergehen, üblicherweise zum Stichtag der Übergabe dieser *Assets* vereinbart. Damit werden Nutzungen und Lasten aus den *Assets* und Vertragsbeziehungen zum Übergabestichtag vom Käufer übernommen, wie es auch in § 446 S. 2 BGB vorgesehen ist.

2. Regelungen zum Übergang der Sachgefahr

Nach § 434 Abs. 1 BGB ist der Gefahrübergang der maßgebliche Zeitpunkt für die gesetzliche Sachmängelhaftung. Im Unternehmenskaufvertrag wird die gesetzliche Gewährleistung meist ausgeschlossen, da die Parteien die Haftungsrisiken klar regeln wollen.²¹ Das gesetzliche Gewährleistungsrecht ist auf den Kauf von Sachen zugeschnitten und berücksichtigt die Besonderheiten von Unternehmenstransaktionen nicht ausreichend. Daher vereinbaren die Parteien individuelle Regelungen durch vertragliche Garantien und ein die Rechte des Käufers tendenziell einschränkendes autonomes Rechtsfolgensystem.²²

Garantien sind Aussagen des Verkäufers über das Vorliegen oder Nichtvorliegen bestimmter Umstände, für die der Verkäufer mit den im Vertrag vereinbarten Rechtsfolgen einsteht. In der deutschen M&A-Praxis²³ ist es üblich, bei den Garantien zu differenzieren zwischen Garantien, die im weiteren Sinne den rechtlichen Bestand der Kaufsache betreffen (*Title-Garantien*), und Garantien zum Geschäftsbetrieb des Unternehmens (*operative Garantien*). *Title-Garantien* beziehen sich auf die Existenz, die rechtliche Inhaberschaft und die Verfügungsbefugnis über die verkauften Anteile (*Share Deal*) oder wesentlichen Kaufgegenstände (*Asset Deal*); darüber hinaus werden oftmals auch Garantien zum Nichtvorliegen von Insolvenzgründen beim Verkäufer und bei der Ziel-

²¹ Vgl. BeckHdB M&A/Meyer-Sparyenberg (Fn. 3), § 48 Rn. 111; Weber, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 10. Aufl. 2022, Rn. 9.282 f.

²² Was nicht zuletzt Ausdruck eines tendenziell verkäuferfreundlichen M&A-Marktes ist, vgl. Hölters/Weber (Fn. 21), Rn. 9.283 f.

²³ Auf den inzwischen verbreiteten weitgehenden Ausschluss der Verkäuferhaftung für Garantien und deren Ersetzung durch eine käuferseitige *Warranty- & Indemnity*-Versicherung soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Da oftmals zwar eine (residuale) Haftung des Verkäufers für *Title-Garantien* verbleibt, die Haftung für sog. operative Garantien aber vollständig ausgeschlossen wird, ändert die *W&I*-Versicherung nichts daran, dass der Käufer mit der Unterzeichnung des Kaufvertrags die Gefahr einer Verschlechterung des Unternehmens übernimmt.

gesellschaft als *Title*-Garantien eingeordnet. Operative Garantien hingegen betreffen den wirtschaftlichen, finanziellen und rechtlichen Zustand des Unternehmens (z.B. zu Bilanzen, Verträgen und Rechtsstreitigkeiten).

Für die Garantien werden im Vertrag Bezugszeitpunkte vereinbart, wobei *Title*-Garantien regelmäßig sowohl zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Kaufvertrags (*Signing*) als auch auf den Zeitpunkt des Vollzugs (*Closing*) abgegeben werden, während operative Garantien häufig nur auf den Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bezogen werden.²⁴ Die Beschränkung operativer Garantien auf den *Signing*-Zeitpunkt beruht darauf, dass der Verkäufer für spätere Entwicklungen nicht mehr eintreten möchte, weil das Unternehmen ein „lebender Organismus“ ist und sich Sachverhalte, die Gegenstand operativer Garantien sind, ohne sein Zutun ändern können. Das Risiko einer Verschlechterung des Unternehmens zwischen Unterzeichnung und Vollzug wird damit grundsätzlich dem Käufer zugewiesen,²⁵ auch wenn die Begründung für die Beschränkung operativer Garantien auf den Unterzeichnungstag keineswegs zwingend ist.²⁶ Zwischen Unterzeichnung und Vollzug können bei komplexen Unternehmenskäufen erhebliche Zeiträume liegen, etwa wenn für den Vollzug zuerst die regulatorischen oder operativen Voraussetzungen geschaffen werden müssen. Die Position des Käufers verschlechtert sich dann im Vergleich zum gesetzlichen Konzept erheblich. Dennoch ist diese Risikoallokation in der deutschen Praxis des Unternehmenskaufs als „Marktstandard“ anzusehen.²⁷

3. Regelungen zum Übergang der Preisgefahr

Im Unternehmenskaufvertrag finden sich regelmäßig detaillierte Regelungen zu den Verpflichtungen der Parteien hinsichtlich des Vollzugs des Kaufvertrags. Zentrale Bedeutung kommt dabei den sog. Vollzugsbedingungen (*Closing Conditions*) zu, also den Voraussetzungen, unter denen die Parteien zur Durchführung des *Closings* verpflichtet sind. Typische Vollzugsbedingungen betreffen z.B. das Vorliegen bestimmter regulatorischer Freigaben (z.B. fusionskontrollrechtliche oder außenwirtschaftsrechtliche Genehmigungen). Teilweise, in der deutschen Praxis des Unternehmenskaufs aber eher selten, wird auch das Ausbleiben wesentlicher nachteiliger Veränderungen im Zielunternehmen (sog. *Material Adverse Change*) als Bedingung für die Verpflichtung zur Vornahme

²⁴ Vgl. BeckHdB M&A/Meyer-Sparenberg (Fn. 3), § 46 Rn. 37.

²⁵ Vgl. BeckHdB M&A/Meyer-Sparenberg (Fn. 3), § 46 Rn. 37.

²⁶ Unternehmenskaufverträge im anglo-amerikanischen Rechtsraum sehen daher oftmals eine beim Vollzug vom Verkäufer abzugebende Bestätigung vor, dass die im Vertrag abgegebenen Garantien auch zu diesem Zeitpunkt noch zutreffend sind (*Bring Down*) und gewähren dem Käufer entsprechende Rücktritts-, Minderungs- und/oder Schadensersatzrechte, falls dies nicht der Fall ist, vgl. Jäckle, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle (Hrsg.), Beck'sches M&A-Handbuch, 2. Aufl. 2022, § 44 Rn. 36.

²⁷ Zumindest im Rahmen von *W&I*-Versicherungen werden auch operative Garantien zum Vollzugszeitpunkt versichert, sei es – mit begrenztem Nutzen für den Käufer – unter dem Vorbehalt der Offenlegung von neuen Verletzungen im Rahmen eines sog. *Bring Down* oder sogar mit „*New Breach Cover*“ für nach Unterzeichnung des Kaufvertrags aufgetretene und im *Bring Down* offengelegte Verletzungen.

der Vollzugshandlungen vereinbart. Bis zum Eintritt aller Vollzugsbedingungen ist der Käufer nicht verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen. Für alle Umstände, die als Vollzugsbedingung vereinbart sind, trägt er folglich nicht das Risiko, den Kaufpreis zahlen zu müssen, obwohl er den Kaufgegenstand nicht vertragsgemäß erhält.

Wenn und sobald die Vollzugsbedingungen eingetreten sind, sind die Parteien verpflichtet, alle zur Herbeiführung des Vollzugs erforderlichen Handlungen vorzunehmen. Dies sind insbesondere für den Verkäufer die dingliche Übertragung der Kaufsache und für den Käufer die Bezahlung des Kaufpreises. Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte des Käufers werden dabei in der Regel ausgeschlossen, um dem Interesse des Verkäufers an Transaktionssicherheit Rechnung zu tragen. Die Parteien vereinbaren allerdings üblicherweise auch, dass die Vollzugshandlungen Zug-um-Zug vorzunehmen sind, also beim Vollzug keine Partei vorleistungspflichtig ist.

Was bedeutet dies konkret für *Share Deal* und *Asset Deal*?

a) *Share Deal*

Denkbare Vollzugshindernisse sind beim *Share Deal* die Unmöglichkeit der Übertragung der verkauften Anteile, weil diese nicht existieren oder einem Dritten gehören oder weil der Übertragung ein gesetzliches Verbot entgegensteht, das Bestehen einer (vertragswidrigen) Belastung der Anteile oder eine wesentliche Verschlechterung der verkauften Gesellschaft bzw. von deren Unternehmen. Sofern diese Umstände nicht ausdrücklich als Vollzugsbedingung oder Rücktrittsrecht erfasst sind (z.B. in Form einer *MAC-Klausel*), stellt sich die Frage, ob der Käufer in diesen Fällen berechtigt ist, die Kaufpreiszahlung zu verweigern.

aa) *Anteile existieren nicht oder gehören einem Dritten*

Existieren die zu übertragenden Anteile nicht oder gehören sie einem Dritten, der sie nicht auf Geheiß des Verkäufers an den Käufer überträgt, liegt ein Fall der (ggf. subjektiven) Unmöglichkeit der Leistung vor. Kann der Verkäufer dementsprechend seine Vollzugshandlungen beim Vollzug nicht vornehmen, ist der Käufer befugt, seinerseits die Vornahme der nur Zug-um-Zug geschuldeten Vollzugshandlungen, insbesondere die Zahlung des Kaufpreises, zu verweigern. Bei Unmöglichkeit der vom Verkäufer geschuldeten Leistung wird der Käufer nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB von seiner Leistungspflicht frei.²⁸ Dies gilt auch, wenn die Abtretung der verkauften Anteile bereits aufschiebend bedingt auf den Eintritt der Vollzugsbedingungen und die Zahlung des Kaufpreises im Kaufvertrag vorgenommen wurde. Der Verkäufer hat dann beim Vollzug zwar keine Vollzugshandlung mehr vorzunehmen, die der Käufer seiner Kaufpreiszahlung mit dem Zug-um-Zug Einwand entgegenhalten könnte. Der Käufer wird jedoch

²⁸ Vgl. MüKoBGB/*Ernst*, 9. Aufl. 2022, BGB § 326 Rn. 10 ff.; BGH, JuS 2024, 788; *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2022/2024/2025, § 15 GmbHG Rn. 147.

auch hier gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB von seiner Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung frei.

Grundsätzlich wäre zwar denkbar, dass die Parteien die Gegenleistungsgefahr nach § 326 Abs. 2 S. 1 BGB dem Käufer zuweisen, indem sie die Geltendmachung von Zurückbehaltungs- oder Aufrechnungsrechten gegen den Kaufpreisanspruch ausgeschlossen haben.²⁹ Für den Fall, dass die verkauften Anteile nicht übertragen werden können, weil sie nicht existieren oder einem Dritten gehören, liegt eine solche Auslegung aber nicht nahe, weil kaum davon auszugehen ist, dass sich der Käufer unter diesen Umständen zur Zahlung verpflichten wollte. Hinzu kommt, dass eine solche Vereinbarung auf einen – unzulässigen³⁰ – Ausschluss des *dolo-agit*-Einwands des Käufers hinauslaufen würde: Üblicherweise entspricht es dem Mindestumfang der vom Verkäufer im Kaufvertrag übernommenen Haftung, dass er die Inhaberschaft und Verfügungsberechtigung bezüglich der verkauften Anteile auch zum Vollzugstag garantiert und hierfür bis zur Höhe des Kaufpreises haftet. Der Kaufpreis wäre also vom Verkäufer umgehend vollständig zurückzugeben, so dass der Käufer seine Bezahlung von vornherein verweigern kann, § 242 BGB.³¹

bb) Anteile können wegen sonstiger rechtlicher Hindernisse nicht übertragen werden

Bestehen sonstige rechtliche Hindernisse, die einer vertragsgemäßen Übertragung der Anteile auf den Käufer entgegenstehen (z.B. gesetzliche Verbote wie § 41 Abs. 1 S. 2 GWB oder § 15 Abs. 1 S. 1 AWG oder behördliche oder gerichtliche Verfügungen), und haben die Parteien deren Beseitigung nicht ausdrücklich als Vollzugsbedingung vereinbart, stellt sich wiederum die Frage, wie es mit der Gegenleistungspflicht des Käufers bestellt ist. Grundsätzlich gelten auch hier die allgemeinen Regeln und der Käufer wird von der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB frei.³²

Fraglich ist, ob in diesem Fall von einer stillschweigenden abweichenden Parteivereinbarung auszugehen ist. Ein Argument hierfür könnte sein, dass ggf. im Vertrag andere derartige Vollzugshindernisse ausdrücklich als Vollzugsbedingung geregelt sind, das konkrete Vollzugshindernis aber nicht (*argumentum e contrario*). Auch eine ggf. vom Käufer übernommene Garantie hinsichtlich des Nichtvorliegens weiterer Vollzugshindernisse oder zumindest bestimmter Tatsachen, die weitere regulatorische Freigabeerfordernisse begründen könnten, könnte für eine konkludente Übernahme der Preisgefahr durch den Käufer zumindest für solche Umstände sprechen.

Andererseits sind ausdrückliche Vereinbarungen, nach denen der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet bleibt, auch wenn er die Unternehmens-

²⁹ Vgl. zur Maßgeblichkeit der vertraglichen Vereinbarung der Parteien MüKoBGB/*Ernst* (Fn. 28), BGB § 326 Rn. 55.

³⁰ Vgl. MüKoBGB/*Schubert*, 9. Aufl. 2022, BGB § 242 Rn. 125.

³¹ Vgl. MüKoBGB/*Schubert* (Fn. 30), BGB § 242 Rn. 561.

³² Vgl. Scholz/*Seibt* (Fn. 28), § 15 GmbHG Rn. 148.

anteile aufgrund regulatorischer Beschränkungen nicht erwerben kann,³³ in der Praxis sehr selten. Selbst in verkäuferfreundlichen Verträgen beschränkt sich die Pflicht des Käufers meist darauf, alles zur Beseitigung der Vollzugshindernisse Erforderliche zu tun, verpflichtet ihn aber nicht zur Zahlung des Kaufpreises trotz solcher Hindernisse.³⁴ Selbst wenn sich ein Käufer auf eine unbedingte Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung einlässt, übernimmt er das Risiko in der Regel nur für bestimmte, identifizierte Vollzugshindernisse, nicht pauschal für alle rechtlichen Übertragungshindernisse. Es ist daher m.E. abzulehnen, mangels ausdrücklicher Regelung von einer konkludenten Übernahme des Risikos rechtlicher Vollzugshindernisse durch den Käufer auszugehen. Eine vom Käufer abgegebene Garantie führt ggf. zu einer Schadensersatzpflicht, nicht aber dazu, dass er trotz solcher Hindernisse den Kaufpreis zahlen muss.

cc) Anteile sind mit Drittrechten belastet

Im Fall der Belastung der Anteile mit Drittrechten, die der Verkäufer nicht beseitigen kann, könnte dem Verkäufer seine Hauptleistungspflicht – die *lastenfreie* Übertragung der verkauften Anteile – unmöglich sein. Nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Rechtsmängeln zu verschaffen. Mangels abweichender Regelung kann der Käufer die Abnahme der belasteten Anteile verweigern und muss seinerseits den nur Zug-um-Zug zu leistenden Kaufpreis nicht zahlen, § 326 Abs. 1 S. 1 BGB.

Fraglich ist, ob in den beim Unternehmenskauf üblichen Ausschlüssen von gesetzlicher Mängelgewährleistung und Rücktritts- sowie Zurückbehaltungsrechten eine abweichende Vereinbarung zu sehen ist. Üblicherweise garantiert der Verkäufer das Nichtbestehen von Belastungen der verkauften Anteile mit den im Vertrag ausdrücklich abschließend geregelten Rechtsfolgen, nämlich Naturalrestitution oder nach Wahl des Verkäufers Schadensersatz in Geld. Zurückbehaltungs-, Aufrechnungs- und Rücktrittsrechte des Käufers werden ausgeschlossen, um dem Interesse des Verkäufers an Transaktions- und Vollzugsicherheit Rechnung zu tragen. Der Zweck dieser Regelung würde unterlaufen, wenn der Käufer den Vollzug der Transaktion unter Verweis auf das Vorliegen von Garantieverletzungen verweigern könnte. Anders formuliert: Wegen des Ausschlusses der gesetzlichen Mängelgewährleistung und der Beschränkung der Rechtsfolgen bei Garantieverletzungen auf Ansprüche, die der Käufer grundsätzlich dem Kaufpreisanspruch weder im Wege der Aufrechnung noch im Wege der Zurückbehaltung entgegenhalten kann, beschränkt sich die Verpflichtung des Verkäufers beim Vollzug auf die Übertragung der Anteile. Der Käufer muss also seine Gegenleistung erbringen, auch wenn er im Gegenzug „mangelhafte“

³³ Der Käufer hat dann in der Regel das Recht, an seiner Stelle einen Dritten zu benennen, an den die Anteile übertragen werden können; vgl. *Kästle/Oberbracht*, Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement, 5. Aufl. 2018, 259 f.

³⁴ Oftmals werden solche Klauseln als *Hell-or-High-Water*-Klauseln bezeichnet, vgl. *Hölters/Schulz* (Fn. 17), Rn. 9.179 ff. Der Sprachgebrauch ist aber nicht einheitlich und manche bezeichnen auch eine Regelung, wonach der Käufer um jeden Preis („komme, was wolle“) den Kaufpreis bezahlen muss, als *Hell-or-High-Water*-Klausel.

Anteile erhält; wegen der Mängel ist er auf die vereinbarten Garantien und die hierfür vorgesehenen Sekundäransprüche verwiesen.

Etwas anderes gilt aber auch hier, wenn die Belastung so wertausfüllend ist, dass sie wirtschaftlich wie eine Nichtübertragung der Anteile wirkt, und die Parteien vereinbart haben, dass der Verkäufer für die Lastenfreiheit der verkauften Anteile bis zum Vollzug und bis zur Höhe des Kaufpreises einzustehen hat. Es wäre in diesem Fall für ihn treuwidrig, vom Käufer die Zahlung des Kaufpreises zu verlangen, obwohl dieser umgehend die vollständige Rückzahlung vom Verkäufer verlangen könnte.

dd) Anteile können wegen im Unternehmen begründeten Umständen nicht vertragsgemäß übertragen werden

Schließlich kann es im Unternehmen begründete Umstände geben, die eine Unmöglichkeit der vertragsgemäßen Übertragung der Anteile begründen könnten. Dazu zählen z.B. das Eintreten von Insolvenzgründen, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, andere wesentliche Verschlechterungen der wirtschaftlichen Lage oder der Untergang einzelner für die Fortführung des Unternehmens wesentlicher Gegenstände.

Wie sich eine Insolvenz der Gesellschaft auf den Anteilskaufvertrag auswirkt, ist umstritten: Solange die Gesellschaft nicht gelöscht ist, ändert sich durch den Eintritt von Insolvenzgründen, die Beantragung oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nichts an der Existenz oder Übertragbarkeit der Anteile und – formal – auch nichts an der durch sie vermittelten Rechtsposition. Die Insolvenzgründe und auch der Eintritt in die Liquidation beziehen sich allein auf die Gesellschaft, während die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte, Gewinnansprüche und sonstigen Rechte unverändert bestehen bleiben. Aus diesem Grund wird teilweise argumentiert, die Insolvenz oder Liquidation stelle keinen Mangel der verkauften Anteile dar. Der Wegfall der Gewinnerwartung und die Minderung des wirtschaftlichen Wertes der Anteile begründeten keinen Rechtsmangel, weil der Verkäufer beim Rechtskauf keine Gewährleistung für die Bonität des Rechts übernehme.³⁵

Diese formale Sichtweise vermag indes nicht zu überzeugen. Die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit des Gesellschafters auf das Unternehmen und seine Möglichkeit, dieses fortzuführen, sind in der Insolvenz stark eingeschränkt. Die durch die Anteile vermittelte Rechtsstellung hat einen anderen Inhalt. Der mit dem Unternehmenskauf verfolgte Zweck kann mit dem Erwerb der Anteile der insolventen Gesellschaft nicht mehr erreicht werden. Nach zutreffender Literaturansicht stellen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und auch bereits das Vorliegen von Insolvenzgründen bei der Gesellschaft daher einen Rechtsmangel der Anteile dar.³⁶

³⁵ Vgl. BGH, MittBayNot 2019, 376 (380 f.).

³⁶ Vgl. Scholz/Seibt (Fn. 28), § 15 GmbHG Rn. 145 m.w.N.; Ernst, in: FS für Eugen Bucher, 2009, 113 ff. zum Schweizer Recht.

Auch hier stellt sich die Frage, ob dieser Rechtsmangel den Käufer berechtigt, die Kaufpreiszahlung zu verweigern. Haben die Parteien eine *MAC*-Klausel als Vollzugsbedingung vereinbart, fällt eine Insolvenz der Zielgesellschaft zumeist in deren Anwendungsbereich; die Insolvenz stellt den größten anzunehmenden *Material Adverse Change* dar.³⁷ Die Gefahr trägt dann bis zum Vollzug der Verkäufer. Fehlt eine *MAC*-Klausel, wird das Insolvenzscenario üblicherweise nur in den Garantien des Verkäufers abgebildet. Garantien zur Solvenz der Zielgesellschaft werden häufig als *Title*-Garantien eingeordnet, vom Verkäufer auch auf den Vollzugstag abgegeben und begründen im Verletzungsfall eine Haftung des Verkäufers bis zur Höhe des Kaufpreises. Die Situation ist dann vergleichbar mit dem Fall von Drittrechten: Da mit der Insolvenz meist eine vollständige Entwertung der Anteile einhergeht, müsste der Verkäufer den Kaufpreis umgehend zurückzahlen. Der Käufer muss seine Gegenleistung dann nicht erbringen (*dolo agit*). Wurde die Garantie jedoch nur für den Zeitpunkt der Unterzeichnung vereinbart und lag zu diesem Zeitpunkt keine Verletzung vor, steht dem Käufer der *dolo-agit*-Einwand nicht zu und er muss den Kaufpreis zahlen. Die Vereinbarung der Garantie nur auf den Unterzeichnungszeitpunkt stellt eine bewusste Risikoallokation dar, die dem Käufer auch eine Berufung auf eine Störung der Geschäftsgrundlage verwehrt.³⁸

Entsprechendes gilt für sonstige wesentliche nachteilige Veränderungen des Unternehmens wie den Verlust essentieller Vermögensgegenstände oder Verträge oder eine massive Verschlechterung der wirtschaftlichen Umstände. Haben die Parteien für diesen Fall eine Einstandspflicht des Verkäufers bis zum Vollzug und bis zur Höhe des Kaufpreises vereinbart und ist die Verschlechterung so gravierend, dass sie eine Rückzahlung des gesamten Kaufpreises begründen würde, kann der Käufer dies seiner Kaufpreiszahlungsverpflichtung entgegenhalten. In allen anderen Fällen muss er sich an die vereinbarten Garantien und deren Rechtsfolgen halten.

b) *Asset Deal*

Beim *Asset Deal*³⁹ stellt sich die Ausgangssituation ähnlich dar: Können einzelne oder sämtliche der verkauften Vermögensgegenstände (*Assets*) beim Vollzug

³⁷ Dies gilt jedenfalls bei den weitaus häufigeren unternehmensbezogenen *MAC*-Klauseln. Anders ist es ggf. bei marktbezogenen sog. *Market-MAC*-Klauseln.

³⁸ In BGH, MittBayNot 2019, 376 ist der BGH von einer Störung der Geschäftsgrundlage ausgegangen. In der Praxis werden im Unternehmenskaufvertrag neben der Mängelgewährleistung auch sonstige gesetzliche Ansprüche und Rechte – darunter ausdrücklich auch das Institut der Störung der Geschäftsgrundlage – umfassend ausgeschlossen. Ob man § 313 BGB als Ausprägung des zwingenden Grundsatzes von Treu und Glauben vollständig ausschließen kann, ist zwar zweifelhaft, vgl. z.B. Staudinger/*Beckmann* (Fn. 4), BGB § 453 Rn. 127; die Anwendung des § 313 BGB ist jedoch durch die ausdrückliche vertragliche Risikoverteilung weitgehend zurückgedrängt.

³⁹ Das Szenario der Insolvenz kann es in vergleichbarer Weise beim *Asset Deal* nicht geben, weil eine Insolvenz „des Unternehmens“ eine Insolvenz des Unternehmensträgers und damit des Verkäufers mit den sich daraus ergebenden insolvenzrechtlichen Folgen für den Kaufvertrag wäre.

nicht übertragen werden, etwa weil sie zerstört oder wesentlich beschädigt sind, so ist der Verkäufer grundsätzlich außerstande, seine Hauptleistungspflicht zu erfüllen. Nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts (§ 275 BGB) entfällt in diesem Fall die Leistungspflicht des Verkäufers, und der Käufer wird gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB von seiner Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung frei, soweit die Leistung unmöglich geworden ist.⁴⁰

Wie beim *Share Deal* gilt dies bei rechtlicher Unmöglichkeit der Übertragung des Unternehmens oder dessen vollständiger Zerstörung auch dann, wenn die Parteien einen Ausschluss der gesetzlichen Gewährleistung und der Aufrechnungs-, Rücktritts- und Zurückbehaltungsrechten des Käufers vereinbart haben, weil der Käufer seine Zahlung nur Zug-um-Zug gegen Übertragung des Unternehmens schuldet. Eine konkludente abweichende Vereinbarung liegt nicht nahe.

Etwas anderes gilt bei der Zerstörung einzelner verkaufter Vermögensgegenstände, wenn die Parteien den Käufer im Kaufvertrag unter Ausschluss von Aufrechnungs-, Rücktritts- und Zurückbehaltungsrechten auf die ggf. hierfür vereinbarten Garantien und deren Rechtsfolgen beschränken.⁴¹ Der Käufer bleibt dann grundsätzlich zum Vollzug und zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, obwohl er im Gegenzug nicht alle verkauften Gegenstände in vertragsgemäßem Zustand erhält. Allerdings wird man auch beim *Asset Deal* annehmen müssen, dass dies nach § 242 BGB dann nicht gilt, wenn der Verkäufer nach dem Vertrag für die Zerstörung der betreffenden Vermögensgegenstände bis zum Vollzug und bis zur Höhe des Kaufpreises haftet und aufgrund der Zerstörung unmittelbar nach Vollzug zur Rückzahlung des gesamten Kaufpreises verpflichtet wäre.

V. Fazit

Während die gesetzliche Regelung einen einheitlichen Gefahrübergang auf den Käufer mit Übergabe vorsieht, werden die verschiedenen Aspekte des Gefahrübergangs in der Praxis des Unternehmenskaufs in unterschiedlicher Weise modifiziert. Tendenziell kommt es zu einer Vorverlagerung des Gefahrübergangs auf den Käufer.

1. Dies gilt bezüglich der wirtschaftlichen Abgrenzung, wenn die Parteien ein Festpreiskonzept vereinbaren. Vereinbaren die Parteien eine Kaufpreisberechnung zum Vollzugstag, bleibt es bei der wirtschaftlichen Abgrenzung zum Vollzug, allerdings in einer gegenüber dem gesetzlichen Konzept modifizierten, weil nicht auf den Gewinn abstellenden Art und Weise.

⁴⁰ Und kann gemäß § 323 Abs. 5 BGB vom gesamten Kaufvertrag zurücktreten, wenn er an der noch möglichen Teilleistung kein Interesse mehr hat, etwa weil das Unternehmen ohne die zerstörten Vermögensgegenstände nicht wie geplant fortgeführt werden kann, vgl. MüKoBGB/Ernst (Fn. 28), BGB § 326 Rn. 25.

⁴¹ Was ggf. auch ausdrücklich klargestellt werden kann, vgl. BeckHdB M&A/Meyer-Sparenberg (Fn. 3), § 44 Rn. 84.

2. Auch der Übergang der Sachgefahr auf den Käufer wird nach vorne verlagert, wenn die Parteien vereinbaren, dass operative Garantien vom Verkäufer nur bezogen auf den Unterzeichnungstag abgegeben werden. Zufällige Verschlechterungen nach Unterzeichnung aber vor Vollzug treffen damit grundsätzlich den Käufer.

3. Inwieweit der Käufer für bestimmte Umstände die Preisgefahr tragen soll, ist im Einzelfall durch Auslegung des Unternehmenskaufvertrags zu ermitteln. Nach dem gesetzlichen Konzept muss der Käufer den Kaufpreis nur Zug-um-Zug gegen Übergabe der rechts- und sachmängelfreien Kaufsache zahlen. Der im Unternehmenskaufvertrag übliche Ausschluss von gesetzlichen Gewährleistungs-, Rücktritts- und Zurückbehaltungsrechten spricht dafür, dass der Käufer die Zahlung nur dann verweigern kann, wenn eine Übertragung des Unternehmens auf ihn unmöglich ist oder der Verkäufer verpflichtet wäre, den Kaufpreis aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen unmittelbar an ihn zurückzuzahlen. Bei sonstigen Belastungen und Verschlechterungen ist der Käufer auf die vertraglich vereinbarten Rechtsfolgen verwiesen und nicht zur Verweigerung des Vollzugs und zur Zurückbehaltung des Kaufpreises berechtigt.

Verbindungslinien zwischen der Reskriptenpraxis des antiken Rom und dem Vorabentscheidungsverfahren des Art. 267 AEUV

Christoph G. Paulus

I. Der Ausgangspunkt

Der vermutlich etwas skurril anmutende Gegenstand der nachfolgenden Betrachtungen ist einem Gelehrten gewidmet, der ein wahrhafter Wanderer zwischen den Epochen ist, der diesen Spannungsbogen mit Leichtigkeit und eminenter Meisterschaft hält und füllt,¹ und der seit jeher den Blick auf die technischen Details zu unterscheiden vermag von dem hinter der Technizität steckenden Kulturgebilde, in dem das Recht wirkt und sich fortentwickelt. Wolfgang Ernst wird daher verstehen, was ich mit meinen Überlegungen auszudrücken versuche, auch wenn die mir gegebenen Werkzeuge nur unzulänglich und verbesserungsfähig sind.

Wer sich einmal auch nur oberflächlich mit der Reskriptenpraxis der Prinzipatszeit auseinandersetzt, wird sich unweigerlich über kurz oder lang mit der Frage auseinanderzusetzen beginnen, warum es dieses Instrument überhaupt gab und, vor allem, warum es im Laufe der Zeit immer aufwändiger ausgestaltet worden ist. Anders gewendet, was versprachen sich die *Principes* von diesem Instrument oder welches Bedürfnis meinten sie bedienen zu müssen, dass sie Privatpersonen wie Richtern in Pannonien, in Africa, in Gallien, in Ägypten, in Hispania, oder wo auch immer in dem Riesenreich die Befugnis einräumten, ihnen bzw. ihrem zuständigen, in Rom, also der Zentrale, verankerten Amt Rechtsfragen aus welchem Rechtsbereich auch immer – vom Erbrecht über Vertragsrecht bis hin zum Prozessrecht – vorzulegen und die Antwort sodann gegebenenfalls für ihren Prozess oder doch für die Durchsetzung ihres Rechts zu nutzen?

Gründungsdokumente bzw. Gesetzesmaterialien oder Absichtserklärungen haben wir nicht, so dass der Antwort auf diese Frage zwangsläufig etwas Spekulatives und damit möglicherweise die Originalintentionen Verfälschendes an-

¹ Weil eher etwas versteckt veröffentlicht, aber doch von prägnanter Ernst'scher Schaffenskraft Zeugnis ablegend, hier nur als einzigen, aber paradigmatischen Verweis: A Sermon preached in the chapel of All Souls College vom 3. November 2019, wo der Bogen von Solomon und der ihm zugeschriebenen Gerechtigkeit über indische und chinesische Abwandlungen bis hin zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte geschlagen wird.

haften wird. Wenn man allerdings wiederholt in den Reskripten liest, dass der betreffende Princeps bzw. Amtsträger bisweilen erschöpft-entnervt schreibt: *saepe (saepissime) rescriptum est*,² drängt sich der Eindruck auf, dass mit diesem Kommunikationsmittel eine weiterführende Absicht verfolgt wurde. Als eine solche kommt dann nach meinem Vorstellungsvermögen eigentlich nur in Frage, dass es sich dabei um den Versuch handelt, innerhalb des riesigen Reichs wenigstens ansatzweise so etwas wie eine einheitliche Rechtsauslegung zu ermöglichen oder gar zu garantieren.

Das nun seinerseits wirft hoch interessante Folgefragen auf wie insbesondere die, ob mit diesem Versuch Frühformen der modernen Rechtsstaatlichkeit entwickelt werden, in der Gleichheit vor und im Recht eine zentrale Rolle spielt? So spannend diese Spur auch ist, soll sie hier jedoch nicht weiter verfolgt werden. Der Anspruch dieser Zeilen ist ungleich bescheidener: Es sollen lediglich Parallelen ins Blickfeld gerückt werden, die noch dazu nicht einmal in Gestalt einer Kausalität verbunden werden (können), sondern sich allein darauf beschränken, so etwas wie die Wiederkehr von Rechtsfiguren³ aufzuzeigen, die markant genug ist, um auf ein grundsätzliches Problem aufmerksam zu machen. Was nämlich im antiken Rom offenbar einem Bedürfnis entsprach, muss auch später das nicht minder riesige „Reich“ der Kirche und schließlich das der Europäischen Union erfasst haben. Die Besonderheit liegt darin, dass eine konkrete Frage der Rechtsauslegung zur Beantwortung unterbreitet wurde und wird, um auf sie eine rechtlich verbindliche Antwort zu erhalten, nicht aber, um damit zugleich den Rechtsfall gelöst zu haben. Die Alternative, die man mehr oder minder in der gesamten Welt findet, ist der Instanzenzug, in dem nicht eine einzeln-isolierte Rechtsfrage, sondern der gesamte Fall verbeschieden wird. Pointiert ausgedrückt geht es nachfolgend um die Frage, ob es (auch) diesbezüglich so etwas wie einen konkreten Traditionsstrang zwischen dem antiken Rom und der heutigen europäischen Union gibt.

II. Einiges zur römischen Reskriptenpraxis

Das Respondierwesen als offizielle Beantwortung von Rechtsfragen von Einzelpersonen ist im antiken Rom keineswegs eine Errungenschaft erst des Principats. Vielmehr hat es Ansätze dazu bereits in den Zeiten der Pontifikaljurisprudenz gegeben.⁴ Zunehmend markant tritt diese Praxis aber erst in der Kaiserzeit auf, wobei sich seit Hadrian eine Bedeutungserhöhung ergeben hat, weil er die Ämter *a libellis* und *ab epistulis* gewissermaßen verstaatlicht, genauer: in die

² Etwa C 1.54.2; 2.5.1; 2.16.1; 5.14.6; 7.62.3; 11.50.2.3. Weitere Nachweise beispielsweise bei Babusiaux, in: Babusiaux/Kolb (Hrsg.), Das Recht der „Soldatenkaiser“: rechtliche Stabilität in Zeiten politischen Umbruchs?, 2015, 238, 247 Fn. 44; van den Bergh, Fundamina 16 (1), 2010, 443, 451 Fn. 62.

³ Dazu insbesondere Mayer-Maly, JZ 1971, 1 ff.

⁴ Vgl. Wieacker, Römische Rechtsgeschichte, 1988, 313 (mit Verweis, u.a., auf Cicero, de domo sua, 132).

Hände von *equites Romani* gelegt und sie damit professionalisiert hat.⁵ Ein wenig vereinfacht gesagt, sind Reskripte Antworten auf Anfragen, die Amtsträger (deren Anfrage, *relatio*, wurde in *epistulae*⁶ beantwortet) wie auch Gemeinden, wichtige Privatpersonen wie weniger wichtige, Männer wie Frauen (sie alle haben mittels *libelli* angefragt) an den Princeps gerichtet haben. Diese Möglichkeit war so etwas wie kostenloser Rechtsrat für jedermann.⁷ Bei den Fragen konnte es aber auch um alles Mögliche gehen, von dem Erbitten einer Vergünstigung⁸ über Klarstellung des eigenen Status⁹ bis hin zu Rechtsfragen. Dementsprechend waren Reskripte für den *quivis ex populo* eine wichtige Angelegenheit, die es nachvollziehbar macht, dass die Zuschauer ungehalten waren, wenn sie Caesar bei öffentlichen Spielen sahen, wie er nicht nur nicht das sportliche Geschehen mit der erwarteten Anspannung auf dem Feld verfolgte, sondern gar noch währenddessen derartige Anfragen las und beantwortete.¹⁰

Gaius zufolge hatten Reskripte Gesetzeskraft,¹¹ was vermutlich eine stark pauschalisierende Aussage ist, an die man nicht die Elle modernen Verständnisses von diesem Begriff legen sollte.¹² Sie waren für den Anfragenden bzw. den betreffenden Fall bindend, das ergibt sich allein schon aus der Beschreibung des Aelius Aristides in seiner berühmten Romrede:

„Und wenn die Statthalter [der Provinzen] auch nur einen leisen Zweifel haben sollten, ob bestimmte Klageansprüche vor öffentlichen wie privaten Prozessen gültig sind oder auch Anträge von Bürgern, senden sie unverzüglich ihm [dem Princeps] eine Anfrage, was zu tun ist. Und sie warten, bis sie seine Antwort erhalten haben [...]“¹³

und findet Bestätigung in dem Briefwechsel zwischen Trajan und Plinius d.J. hinsichtlich der Frage, wie strafrechtlich mit den Christen zu verfahren sei.¹⁴ Darüber hinaus aber hatten Reskripte wohl kraft der Autorität ihres Verfassers

⁵ S. etwa Waldstein/Rainer, Römische Rechtsgeschichte, 2024, § 29 2 c; Millar, The Emperor in the Roman World, 1992, 244.

⁶ Später auch als *pragmatica sanctio* bezeichnet, C 1.23.7pr.

⁷ S. Honoré, Emperor and Lawyers, 1981, 26.

⁸ Sie werden von Coriat als *rescrit gracieux* bezeichnet, Le Prince Législateur, 1997, 474 ff.; ders., SDHI 51, 1985, 322 ff.

⁹ CJ 12.1.1; CJ 5.4.10.

¹⁰ Suet. Aug. 45.1; Augustus, so schildert es Sueton, hat daraus seine Lehren gezogen.

¹¹ Gai Inst. 1.5. S. überdies Ulp. D 1.4.1pr und 1, inst. 1; I 1.2.6.

¹² Sehr einleuchtend die changierenden Präzisierungen („Grade normativer Geltungskraft“) angesichts der schier endlosen Diskussion über diese Frage bei Nörr, Zur Reskriptenpraxis in der hohen Principatszeit, in: Chiusi/Kaiser/Spengler (Hrsg.), Historiae Iuris Antiqui – gesammelte Schriften (HIA), Bd. 2, 2003, 1323, 1359 ff. Freilich lässt Nörr in seiner Untersuchung die oben bereits erwähnte, nicht selten in den Reskripten anzufindende Phrase *saepe (saepissime) rescriptum est*, s. oben in Fn. 2, in seinem Koordinatensystem zwischen *lex* und *exemplum* unberücksichtigt. Sie impliziert immerhin eine unterstellte Rechtskenntnis oder doch -erkennbarkeit.

¹³ Or. XXVI(K).32. Es ist vorliegend durchaus von Interesse, dass Malitz diese Rede im Kontext einer antiken Globalisierung thematisiert, in: Schreiber (Hrsg.), Vom Imperium Romanum zum Global Village. „Globalisierungen“ im Spiegel der Geschichte, 2000, 37, 47 f.

¹⁴ Plin. X 96, 97; dazu etwa Mayer-Maly, SDHI 22 (1956), 311 ff.; Vittinghoff, Historia 33 (1984), 331 ff. Molthagen, Historia 40 (1991), 42 ff. S. auch Plinius' Bitten an Trajan um die Verleihung des Bürgerrechts an seinen Arzt Harpocras, X 5–7.

eine weitere Ausstrahlungswirkung, die sie zu Vorbildern (*exempla*) oder eine Art *precedent* werden ließen. Reskripte wurden als authentische Auslegung des Rechts angesehen.¹⁵

Diese Autorität trat etwa ab dem 3. Jahrhundert immer mehr in den Vordergrund,¹⁶ so dass kaiserliche Reskripte die *responsa* der Juristen mehr und mehr in den Hintergrund drängten.¹⁷ Mit diesen aber hatten sie gemein, dass sie Rechtsfragen beantworteten, nicht auch Tatsachenfragen. Es oblag also dem Anfragenden, die entscheidende Rechtsproblematik zu erfassen und in eine abstrakte Fallfrage zu fassen, so dass der antwortende Princeps (bzw. der entsprechende Amtsträger) diese wie eine Klausur im heutigen Jurastudium beantworten konnte, ohne sich um die faktischen Details kümmern zu müssen. Rechtsfragen konnten auch von einem Richter während eines laufenden Prozesses¹⁸ (oder auch danach)¹⁹ dem Kaiser vorgelegt werden, der dann wohl so lange unterbrochen wurde, bis die Antwort wieder eingetroffen war.

Solche *libelli* oder *epistuli* wurden nicht nur versandt oder durch Mittelsmänner überbracht, sondern konnten auch dem Princeps persönlich (*de plano*)²⁰ übergeben werden. Dadurch ballen sich bisweilen bestimmte Reskripte in einer bestimmten Region des Reiches, wenn sich nämlich der Kaiser zu der Zeit gerade auf einer Reise dort befand. Das für die Beantwortung zuständige Personal gehörte zum standardmäßigen Begleittross auf all diesen Reisen. In Rom selbst jedoch wurden vielleicht ab Hadrians Reform das eigentliche Reskript in der Weise promulgiert,²¹ dass es nicht mehr auf das Schreiben mit der Anfrage gesetzt, sondern isoliert der Öffentlichkeit durch Aushang zugänglich gemacht wurde und dort abgeschrieben und diese Kopie dem Anfragenden zugesandt werden konnte. Weil bzw. insoweit in der Antwort der abstrakt gefasste Sachverhalt mit enthalten war, konnte die juristische Aussage die genannte Breitenwirkung entfalten. Denn für ein *exemplum* bzw. *precedent* ist unerlässlich, dass zumindest die Grunddaten der Lebensumstände vergleichbar sind.

Durch das ständige Anwachsen der Reskripte im Laufe der Jahrzehnte oder gar Jahrhunderte verfestigte sich das Reskriptwesen zunehmend zu einer bedeutsamen Rechtsquelle. Über das *Corpus Iuris Civilis*, über Inschriften und

¹⁵ Vgl. *van den Bergh* (Fn. 2), 451. Beachte allerdings, dass der oströmische Kaiser Arcadius im Jahr 398 statuiert hat, dass Reskripte künftighin nur noch für die Angelegenheiten verwendet werden dürfen, in deren Zusammenhang sie erlassen worden sind, CTh 1.2.11. S. auch schon Konstantin CTh 1.2.2 im Jahr 315. Zu beiden *Gaudemet*, La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV et V siècles, 1957, 32 f. Gemäß C 1.14.3pr (426) war es aber möglich, dass der Kaiser dem Reskript allgemeine Geltung zuerkannte, was Iustinian dann verallgemeinert, C 1.14.12pr (529).

¹⁶ Insbesondere die Severerkaiser haben hierzu kräftig beigetragen, *Coriat* (Fn. 8), passim.

¹⁷ *Waldstein/Rainer* (Fn. 5), § 32 2 3 c.

¹⁸ Etwa C 6.61.5pr (473).

¹⁹ D 48.18.1.27, Ulp. 8 de off. Procons.; dazu *Paulus*, der Prozess Jesu – aus römisch-rechtlicher Perspektive, 25 ff., abrufbar unter: <https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/59505/9783110479836.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (13.11.2025).

²⁰ Dazu *Nörr*, in: Chiusi/Kaiser/Spengler (Hrsg.), *Historiae Iuris Antiqui* – gesammelte Schriften (HIA), Bd. 3, 2003, 1501 ff.

²¹ Dazu *Coriat* (Fn. 8), 608 ff.; *Nörr* (wie Fn. 12).

über Papyri kennen wir heute mehr als 2500 Reskripte,²² es soll eine Sammlung allein von Reskripten des Kaisers Marcus Aurelius unter dem Namen *semestria* gegeben haben und eine solche, wohl noch umfangreichere, die Papirius Justus von den Konstitutionen der *divi fratres* zusammengestellt hat.²³ Dadurch wird verständlich, dass Reskripte ab der klassisch-spätclassischen Zeit gleichsam wie Antreiber der Rechtsfortentwicklung fungierten, vergleichbar vielleicht mit dem Werk der Ediktsverfasser in der republikanischen Zeit.

Für den vorliegenden Kontext ist von besonderer Bedeutung, dass sich in der Spätclassik fast schon als eigenständige Prozesskategorie der sog. Reskriptprozess etabliert hat.²⁴ Dafür musste der Fall noch vor Beginn eines beabsichtigten Prozesses²⁵ dem Kaiser in Gestalt eines *libellus principis datus* unterbreitet werden. Darin musste der Sachverhalt geschildert, nicht aber mit Beweismitteln angereichert werden; denn auch hier geht es allein um die Rechtsfragen. Die Antwort, das Reskript, bildete dann die Grundlage des daraufhin angestrebten Verfahrens, wobei der Richter natürlich an die Rechtsansichten des Reskripts gebunden war. Für den modernen Betrachter mag beruhigend erscheinen, dass es auch damals schon menschele: Bereits Konstantin hat dem Richter nämlich aufgetragen, auf alle Fälle zu überprüfen, ob die in der klägerischen Anklageschrift enthaltene Sachverhaltsangaben zutreffend sind.²⁶

III. Einiges zum Kirchenrecht

Es ist wenig verwunderlich, dass die Kirche das Reskriptwesen übernommen hat, denn diese Form der Kommunikation zwischen Zentrum und der sich zunächst auf Italien beschränkenden,²⁷ dann aber rapide ausdehnenden Peripherie war eingespielt und hat sich daher mangels vorgelebter Alternativen gleichsam von selbst aufgedrängt. Seit Konstantins Sieg an der Milvischen Brücke ging die wechselseitige Annäherung gleichsam beidseitig vonstatten.²⁸ Wie diese Über-

²² Turpin, JRS 81 (1991), 101.

²³ Robinson, The Sources of Roman Law. Problems and Methods for Ancient Historians, 1997, 37.

²⁴ Dazu etwa Dilcher, in: Cordes/Haferkamp/Knnowski/Lück/de Wall (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. IV, s.v. „Reskript“; Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozessrecht, 1996, § 98.

²⁵ C 1.21.2 (316): Eine Anfrage während Rechtshängigkeit war verboten, ebenso nach Eintritt der Rechtskraft, C 7.50.3 (319). Freilich konnte der Richter selbst bei Ungewissheit das sog. Relationsverfahren einleiten, indem er den Fall insgesamt dem Kaiser vorlegte, Kaser/Hackl (Fn. 24), § 93 III.

²⁶ C 1.22.4 (333).

²⁷ Gaudemet (Fn. 15), 148 ff.

²⁸ S. etwa Meyendorff, Imperial Unity and Christian Divisions – The Church 450–680 A.D., 1989, 5 ff. Auf S. 9 der Hinweis, dass auch der Codex Theodosianus das Jahr 312 als den Anfangspunkt seiner Sammlung von Reskripten ansieht. S. überdies Steinwenter, Der antike kirchliche Rechtsgang und seine Quellen, ZSS, kan. Abt. XXIII, 1934, 103 f. Dazu, dass eine – eigenständig verlaufende – Übernahme der Reskriptenpraxis auch im weltlichen Bereich zu erkennen ist, Classen, Kaiserreskript und Königsurkunde: diplomatische Studien zum Problem der Kontinuität zwischen Altertum und Mittelalter, 1977.

nahme jedoch im Detail ausgesehen hat, scheint noch nicht richtig erforscht zu sein.²⁹ Insbesondere ist die Frage nach den Absendern der Anfragen ungeklärt, ob also ein jeder Gläubige das übernommene Reskriptwesen etwa dazu nutzen konnte, sich in Glaubens- oder sonstigen, vielleicht auch rechtlichen Fragen direkt an den Bischof zu wenden, ist nicht ganz sicher. Immerhin kann man vielleicht dem *liber diurnus Romanorum pontificum*³⁰ Andeutungen zu dieser Annahme entnehmen. Berichtet wird aber auch davon, dass Reskripte um das 4. Jahrhundert herum von Bischöfen vornehmlich dazu verwendet wurden, um dezidierte Rechtsregeln zu erlassen. So hat im Ostreich der Bischof Gregor von Caesarea am Pontus, ein Schüler des Origines, auf Anfrage eines Provinzialbischofs Regeln für die Bußdisziplin verfasst; und ebenfalls als Reskripte werden diejenigen Regeln bezeichnet, die der kappadokische Metropolit Basilius an den Metropolit der lykonischen Nachbarprovinz Amphiloichios erlassen hat.³¹

Im Westreich wurde demgegenüber die Regelungsmacht beim Bischof von Rom gebündelt. Papst Siricius etwa hat im Jahr 384 mittels Reskripts, das in der konkreten Variante als *Dekretale*³² bezeichnet wird, Anweisungen nach Tarra-gona in Spanien ergehen lassen;³³ Gegenstand dieser *canones ad Gallos episcopos* waren wiederum Regelungen für Disziplinarangelegenheiten.³⁴ Sie waren von Spanien aus angefordert worden wie zwei Jahre später von Afrika.³⁵ Es gibt aber auch das Reskript, das ein Ankläger vom Kaiser erbittet (*supplicatio*), um damit vor einem kirchlichen Gericht ein Reskriptverfahren einzuleiten. Eine solche Kombination von weltlicher und geistlicher Macht scheint etwa im 5. Jahrhundert nicht unüblich gewesen zu sein.³⁶

Diese Wandlung von Antwortschreiben hin zu Anweisungen zeigt sich viele Jahrhunderte später, wenn der als oberster Richter angesehene Papst mittels Reskript, im konkreten Fall auch Delegation genannt, europaweit die Jurisdik-tionsgewalt in einzelnen Fällen überträgt.³⁷ In der *Summa aurea* des Hostiensis findet sich eine Beschreibung der Reskripte; in den Worten Plöchl³⁸ waren Re-skripte danach

„eine rechtsverbindliche Antwort des Papstes oder des Fürsten (im weltlichen Recht) auf eine Konsultation, auf einen Bericht oder eine Mitteilung, oder auf ein Ansuchen um Er-teilung einer Vergünstigung. Dementsprechend waren die Reskripte inhaltlich interpreta-

²⁹ S. nur Pitz, Papstreskript und Kaiserreskript im Mittelalter, 1971, 298 ff.

³⁰ Die Datierung ist unsicher, wohl um das 6. Jahrhundert. Dabei handelt es sich um eine Formelsammlung für die päpstliche Kanzlei.

³¹ Feine, Kirchliche Rechtsgeschichte, 1964, 94.

³² Zur begrifflichen Unschärfe gerade zwischen Reskript und Dekretale auch im spätklassi-schen Rom *Gaudemet* (Fn. 15), 26, 27; s. überdies 149 f.

³³ Feine (Fn. 31).

³⁴ Disziplinarangelegenheiten waren für die Kirche von Anbeginn an ein eminentes Thema, vgl. Heggelbacher, Geschichte des frühchristlichen Kirchenrechts bis zum Konzil in Nizäa, 1974, 221 ff.

³⁵ *Gaudemet* (Fn. 15), 150 f.

³⁶ *Steinwenter* (Fn. 28), 79 ff.

³⁷ Feine (Fn. 31), 337.

³⁸ Plöchl, Geschichte des Kirchenrechts, Bd. II: Das Kirchenrecht der abendländischen Christenheit 1055 bis 1517, 2., erweiterte Aufl. 1962, 78.

tive Beantwortungen von Anfragen untergeordneter kirchlicher Stellen, Entscheidungen in juristischen Zweifelsfragen oder Urteile in Streitsachen, oder Erteilungen beziehungsweise Bestätigungen von Privilegien, Dispensen oder sonstigen Gnadensachen.“

Die insbesondere seit Papst Alexander III. (1174–1181) geschaffenen Regelungen zu den Reskripten wurden dem kanonischen Recht einverleibt;³⁹ sie befinden sich heute im *Corpus Iuris Canonici* 1.4.3, c 59 ff. und sind eben dort definiert als:

„Unter einem Reskript versteht man einen von der zuständigen ausführenden Autorität schriftlich erlassenen Verwaltungsakt, durch den seiner Natur nach auf eine Bitte hin ein Privileg, ein Dispens oder ein anderer Gnadenerweis gewährt wird.“

IV. Einiges zum Vorabentscheidungsverfahren

Das im Art. 177 EWG-Vertrag neu eingeführte Vorabentscheidungsverfahren betrat die juristische Bühne nicht unvorbereitet.⁴⁰ Es hatte einen unmittelbaren Vorläufer in Art. 41 EGKS-Vertrag, war da allerdings noch beschränkt auf Gültigkeitsfragen, während es dann in den EWG- und Euratom-Verträgen zusätzlich auf Auslegungsfragen erstreckt wurde. Aber auch das Instrument des EGKS-Vertrages hatte seinerseits Vorläufer in einzelnen Mitgliedstaaten, etwa die Vorlagepflichten von allgemeinen Gerichten in Italien oder Deutschland an das jeweilige Verfassungsgericht in Fällen von Zweifeln über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen. In Gestalt des Art. 34 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs (ÜGA) hat es überdies einen Epigonen.⁴¹

Das erklärte Ziel der Neuerung war und ist⁴² die Sicherstellung einer einheitlichen Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts in der ganzen Gemeinschaft. Indem dem Gemeinschaftsrecht in Gestalt der Verordnungen – und sogar auch gegebenenfalls der Richtlinien⁴³ – eine von vornherein expandierende Tendenz innewohnte, greift der Vereinheitlichungseffekt praktisch mit jeder Entscheidung um sich. Das Zusammenwirken von nationaler und europäischer Gerichtsbarkeit beschreibt der damalige EuGH-Richter Pescatore folgendermaßen:

³⁹ S. *Dilcher* (Fn. 24), Sp. 935.

⁴⁰ Vgl. *Pescatore*, BayVBl 1987, 33 ff. S. auch *Dausen*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EWG-Vertrag – Ein Leitfadens für die Praxis, 1985 (mit einem Vorwort von *Kutscher*).

⁴¹ Dazu etwa *Baudenbacher*, EuR 2013, 504.

⁴² S. nur *Calliess/Ruffert/Wegener*, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 267 Rn. 1; *Streinz/Ehrliche*, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 267 Rn. 6.

⁴³ Vor dem hier aufgezeigten historischen Hintergrund ist die Formulierung *Pescatores* (Fn. 40) aufschlussreich: „So wird der Gerichtshof häufig um die Auslegung der Sechsten Richtlinie zur Harmonisierung [...] ersucht“, 34 Fn. 4; das korrespondiert mit dem römischen *saepe rescriptum est*.

„Diese (i.e. europäische Gerichtsbarkeit) ist sowohl dezentral als auch zentral in dem Sinne, dass der Gerichtshof und die nationalen Gerichte in einem gemeinsamen, durch das Vorabentscheidungsverfahren kanalisierten Wirken dem Gemeinschaftsrecht seine Einheit und seine Effizienz in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen sichern.“⁴⁴

So wie wir das bereits im antiken Rom und in der Kirche gesehen haben, basiert dieses Rechtsvereinheitlichungsinstrument also auf einer Kooperation zwischen Vorlegendem und Entscheidenden. Zu diesem Zweck ist das vorgegebene Verfahren minutiös einzuhalten, was etwa voraussetzt, dass die Formulierung der für die Lösung des konkreten Falles maßgeblichen Frage gefunden wird⁴⁵ – Fragen etwa, deren Beantwortung allein der Kompetenz des nationalen Gesetzgebers überantwortet sind, würde das Gericht in Luxemburg zurückweisen.

Die vom europäischen Gericht getroffene Entscheidung entfaltet bindende Wirkung zumindest im Hinblick auf das Ausgangsverfahren⁴⁶ – und zwar gegebenenfalls bis hoch zum Verfassungsgericht⁴⁷ –, hat aber darüber hinaus auch insofern Einfluss auf die nationalen Rechtsprechungen, als diese etwa bei der Entscheidung, ob eine Rechtsfrage vorgelegt werden soll, zu beurteilen haben, ob nicht diese Frage bereits entschieden worden ist und daher vorliegend entsprechend der dabei gegebenen Antwort angewendet werden sollte. Aber auch darüber hinaus haben die Auslegungsvorgaben einer jeden Entscheidung kraft der Autorität des europäischen Gerichts eine faktische Bindungswirkung in allen nachfolgenden Fällen. Dabei kommt der Einordnung bestimmter Gesetzesbegriffe als „unionsrechtsautonom“ ein verstärkender Charakter zu, weil damit klargestellt ist, dass für die Auslegung keine nationalen Eigenheiten, sondern der paneuropäische Blick maßgeblich ist.

V. Was folgt aus alledem?

1. Rom

Wenn man unter den im Titel dieser kleinen Skizze genannten Verbindungslinien eine wie auch immer geartete direkte Einflussnahme versteht, wird man deren Vorliegen wohl verneinen müssen. Wenn man aber genügen lässt, dass es Ähnlichkeiten der hier untersuchten Instrumente gibt, die immerhin auffallend genug sind, um eine Vergleichbarkeit herzustellen, könnte man die Frage danach vorsichtig bejahen. Wie schon eingangs erwähnt, wäre letzteres nicht einmal sonderlich überraschend, weil es in der Welt des Rechts offenbar doch nur ein begrenztes Repertoire an Rechtsfiguren gibt, die als alt-hergebrachte Schläuche für jeweils frischen Wein zur Verfügung stehen.⁴⁸

⁴⁴ *Pescatore* (Fn. 40), 36.

⁴⁵ Dazu etwa *Letzel/Streinz*, NJOZ 2013, 97.

⁴⁶ S. nur *Dauses* (Fn. 40), 101 ff.

⁴⁷ Für Deutschland BVerfG, Beschl. v. 8.6.1977 – 2 BvR 499/74, NJW 1977, 2024.

⁴⁸ S. zusätzlich zu Fn. 3 oben noch *Paulus*, in: FS für Theo Mayer-Maly, 2002, 563 ff.

Das römische Original, also das Reskriptwesen, hat durch die Darstellung seiner Entwicklung und – vor allem – seiner Expansion die Augen für die Frage danach geöffnet, welchem Bedürfnis dieses Kommunikationsmittel wohl gedient haben mag. Damit wird gleich eine Besonderheit der römischen Antike berührt, die nicht immer hinreichend beachtet wird und daher leicht zu verzerrten Darstellungen und Charakterisierungen führt. Gemeint ist die Sichtbarkeit und Fassbarkeit des Princeps in einem ganz konkreten physischen Sinne. Die von Hadrian berichtete Szene, wonach sich eine Frau ihm in den Weg stellte und sich – mit dem Tadel: dann sei nicht Kaiser – nicht von dem Hinweis auf seinen Zeitmangel vertrösten ließ,⁴⁹ ist dafür ebenso eindringlicher Beleg wie der Konstitutionentyp der *interlocutio de plano*, der genau derartige unmittelbare Kommunikation zwischen Kaiser (bzw. Präfekten oder sonstigem Entscheidungsträger)⁵⁰ und dem *quivis ex populo* impliziert. Es wurde offenbar von diesen Herrschenden erwartet, dass sie für jedermann zugänglich oder doch erreichbar waren.⁵¹ Nur vor diesem Hintergrund wird verständlich, dass Anfragen an den Kaiser von jedem Bürger des Riesenreiches gerichtet werden konnten, und dass sie von ihm auch tatsächlich beantwortet – oder doch zumindest signiert – wurden.⁵²

Was also aus der Sicht des Bürgers eine Frage des Herrscherbildes war, dürfte aus der entgegengesetzten Sicht des Herrschers mindestens ab der Bürokratisierung des Reskriptwesens durch Hadrian, vielleicht aber auch erst knapp später, ab der Sammlung von Reskripten,⁵³ mit weitergehenden Absichten als nur der gefälligen Entsprechung des Erwartungsbildes verbunden gewesen sein. Es scheint so, als wäre die legislative Steuerungsmöglichkeit dieser Individualresponsen erkannt und nutzbar gemacht worden. Wie schon angedeutet, drängen sich dem modernen Menschen Assoziationen an rechtsstaatliche Vereinheitlichungsbemühungen auf. Aber selbst, wenn das zu tagesaktuell gedacht sein sollte, sind die in einzelnen Reskripten bereits erwähnten Verweise auf die vielen entsprechenden Antworten (*seape [saepissime] rescriptum est*) ein Indikator dafür, dass es den Kaisern allem Anschein nach um Einheitlichkeit des Rechts und der Rechtsanwendung ging. Da diese Einheitlichkeit kraft der Herkunft der Anfragenden das Riesengebiet des gesamten römischen Reichs betraf, eröffnen sich hier überdies hochinteressante, vorliegend aber nicht weiter zu erörternde Einblicke in das Verhältnis von lokalem zu römischem Recht.⁵⁴ Die Annahme wird nicht allzu spekulativ sein, dass jedes einzelne, am Ort des Adressaten angelangte Reskript das römische Recht ein klein wenig weiter verfestigt hat – ob dies in Africa, in Gallien, in Syrien, in Ägypten oder sonst wo gewesen sein sollte.

⁴⁹ Cass. Dio ep. 69.6.3.

⁵⁰ S. etwa das von Nörr (Fn. 20), 1512 gebrachte Beispiel des P. Oxy XXII 2343 (288?).

⁵¹ Ob die einzelnen Amtsträger dieser Erwartungshaltung entsprochen haben bzw. bis zu welchem Ausmaß sie das taten, steht naturgemäß auf einem anderen Blatt. *Turpin* (Fn. 22) etwa spricht von den Antwortschreibern, dass sie verfasst waren „in a surprisingly personal way“, 101.

⁵² Zu der insoweit möglichen Parallelisierung von *interloqui de plano* und Reskript Nörr (Fn. 20), 1524 f.

⁵³ S. oben Text bei Fn. 23.

⁵⁴ Dazu Nörr, *Imperium und Polis in der hohen Prinzipatszeit*, 1966.

Die Besonderheit an diesem Verbreitungsmechanismus freilich ist, dass er gewissermaßen minimalinvasiv vor sich ging. Denn wenn die Anfragen nicht gerade prozedurale Spezialprobleme betrafen, und wenn sie nicht zur Verweisung an das Gericht gerade des römischen Statthalters führten, waren die gegebenen Rechtsanweisungen von den lokalen Gerichten und Behörden umzusetzen. Anders also als eine Revisionsinstanz beließ ein Reskript das institutionelle Gefüge des Anfragenden unangetastet.

2. Die Kirche

Die Übernahme der schriftlichen Kommunikation mittels Reskripten durch die Kirche war nach dem Voranstehenden, insbesondere seit der konstantinischen Zeit wenig überraschend. Es übte vermutlich eine vielleicht nicht einmal hinterfragte Vorbildfunktion aus, wie man die Dinge unter Beibehaltung hierarchischer Strukturen über Distanzen hinweg am besten reguliert. Allerdings erlaubt der gegenwärtige Forschungsstand, soweit mir ersichtlich, keine wirklich handfesten Schlussfolgerungen über die Verwendung dieser übernommenen Kommunikationsform. Immerhin aber wird man so viel festhalten können, dass Reskripte über viele Jahrhunderte hinweg eine Verständigungsbasis bildeten, die auch dazu diente, Rechtsregeln, sei es allgemeinerer Art oder auch individueller, zu übermitteln, bevor sie schließlich zu Verwaltungsakten für einen speziellen Gnadenerweis mutierten.

3. Europa

Das Vorabentscheidungsverfahren hat nicht einmal mehr den Namen gemein mit dem fernen Vorbild, dafür aber so manches in der Sache. Auch wenn Art. 267 AEUV keine Direktverbindung für den EU-Bürger zur Kommission oder den weiteren Institutionen der Union darstellt und schon gar nicht als eine Art kostenlose Rechtsberatungs-Hotline funktioniert, kann jedermann umso eher in Kontakt mit dem Europäischen Gerichtshof und seinen Rechtsauslegungen in Kontakt kommen, je länger dieses Gericht existiert. Denn nahezu täglich vergrößert das Luxemburger Gericht das *Corpus Iuris Europeum* durch weitere, autoritative Auslegungen. Und das wiederum hat Auswirkungen auf Rechtsstreitigkeiten nahezu jeden Rechtsgebietes, wobei das Gericht kräftig das Seine dazutut, um diesen Wirkungskreis noch weiter auszudehnen.⁵⁵

Gegenüber dem antiken Rom ist sowohl der Kreis der Anfrageberechtigten als auch der Frageinhalt eingeschränkt worden. Während in Rom nicht allein Rechtsfragen Gegenstand von Kaiserreskripten sein konnten, muss es heute um eine entscheidungserhebliche Frage des europäischen Rechts im Rahmen eines anhängigen Prozesses gehen. Und zur Anfrage berechtigt sind sämtliche Gerichte in dem riesigen Areal der 27 Mitgliedstaaten, wenn und sobald sie Zweifel

⁵⁵ Zur sog. Dzodzi-Doktrin s. EuGH, Urt. v. 18.10.1990 – C-297/88 und 197/89 – Dzodzi, EuZW 1991, 319: Danach ist dieses Gericht auch für die Auslegung rein nationalen Rechts zuständig, wenn und soweit es auf europäisches Recht verweist.

über die richtige Auslegung europäischen Rechts haben. In der autoritativen Erläuterung des Verfahrens durch Dauses liest sich das so:

„[Das Vorabentscheidungsverfahren] unterscheidet sich [...] vom Rechtsbehelfsverfahren insofern, als es nicht die Korrektur einer bereits erlassenen Entscheidung bezweckt, sondern dem nationalen Richter bereits vor Erlass seines Urteils nützliche Hinweise auf den Inhalt des anwendbaren Gemeinschaftsrechts an die Hand geben will. Demzufolge beruht es nicht auf dem Grundsatz der hierarchischen Über- bzw. Unterordnung rechtssprechender Organe des gleichen Gerichtszweiges, sondern auf dem Prinzip der Koordination der Tätigkeit gleichgeordneter Gerichte im Dienste der ihnen obliegenden gemeinsamen Aufgabe, die Wahrung des Gemeinschaftsrechts auf allen Ebenen des sozialen Lebens zu sichern.“⁵⁶

Hier nun drängen sich die Vergleichbarkeiten des antiken mit dem modernen Instrument auf: Jeder Richter ist gehalten, sich selbst durchgängig als Wahrer nicht nur des nationalen, sondern auch des römischen bzw. des europäischen Rechts anzusehen. Für Rom hat das Aristides in dem oben wiedergegebenen Zitat aus seiner Romrede hervorgehoben. Bei Dauses wird aus diesem Zusammenspiel das „Prinzip der Koordination der Tätigkeit gleichgeordneter Gerichte“. Im einen wie im anderen Fall also das, was oben als minimalinvasiver Eingriff bezeichnet wurde, indem eben gerade kein Instanzenzug geschaffen, sondern die gesamteuropäische Richterschaft auf ein einheitliches Ziel eingeschworen wird.

Diese Zielsetzung mit der damit einhergehenden Arbeitsteilung bedingt allerdings noch eine weitere Gemeinsamkeit, von der wir oben bei unseren römisch-rechtlichen Betrachtungen bereits ganz am Rande erfahren haben, als es darum ging, dass der römische Richter nach Erhalt der Antwort aus Rom erst einmal prüfen muss, ob die mitgeteilten tatsächlichen Ausgangsbedingungen in der Anfrage auch wirklich zutreffend mitgeteilt sind. Dahinter steckt das verallgemeinerungsfähige Problem dieses minimalinvasiven Vorgehens, dass es nämlich dem Verantwortungsbereich des Anfragenden auferlegt ist, die für die Lösung seines Falles richtige Rechtsfrage zustellen. Dass das keineswegs eine einfache Angelegenheit ist, verdeutlicht ein kürzlich vom BGH erlassener Beschluss, der auf der Grundlage der vom EuGH gegebenen Antworten verbeschieden worden ist.⁵⁷

Der Fall betrifft das europäische Insolvenzrecht und hat es mit einem Schuldner zu tun, der seine Steuerverbindlichkeiten in Deutschland nicht bezahlen will. Dass es sich bei ihm wohl eher um ein Nicht-Wollen als ein Nicht-Können handelt, ergibt sich daraus, dass er weltweit gleich vier Wohnsitze in recht exklusiven Orten hat: Berlin, Monaco, Los Angeles und auf der Insel Saint-Bart-hélemy. In Deutschland (Mainz) sitzt ein Unternehmen, dessen Aufsichtsratsvorsitzender unser Schuldner ist. An diesem „deutschen Haken“ hat das hiesige Finanzamt seinen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens aufzuhängen versucht, wogegen sich der Schuldner zur Wehr setzt, weil dieser Antrag nicht dort gestellt worden sei, wo er den „Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Inter-

⁵⁶ Dauses (Fn. 40), 22 f.

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 6.2.2025 – IX ZB 35/22, ZIP 2025, 784 mit Anm. Paulus, ZIP 2025, 1329 f. Der nachfolgend mitgeteilte Sachverhalt ist tatsächlich ein wenig komplizierter als hier mitgeteilt. Das ist jedoch für unsere vorliegende Fragestellung ohne Bedeutung.

essen“⁵⁸ habe. Nur dort aber kann gemäß Art. 3 Abs. 1 EuInsVO ein Insolvenzverfahren eröffnet werden.

Der Fall landete beim BGH, der seinerseits ganz im Sinne der kooperativen Koordination folgende, seiner Ansicht nach fallentscheidenden Fragen nach Luxemburg sandte:⁵⁹ Die erste zielte auf eine in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 3 EuInsVO vorgenommene Präzisierung der COMI-Bestimmung, wonach bei selbständig tätigen natürlichen Personen dieser am Ort der Hauptniederlassung des Schuldners zu vermuten ist. Diese Formulierung begründet eine Bedeutungsverwandtschaft mit dem in der Verordnung technisch (und in Art. 2 EuInsVO definierten) Begriff „Niederlassung“. Die Frage lautet, ob das eine mit dem anderen zu tun habe. Falls nicht, so Frage 2, sei dann unter „Hauptniederlassung“ der Ort zu verstehen, wo „die selbständige gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit ausgeübt“ wird? Und wenn auch das verneint werde, so Frage 3, ist dann ein selbständig tätiger Schuldner wie eine sonstige natürliche Person zu verstehen, bei der gemäß Art. 3 Abs. 1 UAbs. 4 EuInsVO vermutet wird, dass ihr COMI am Ort ihres gewöhnlichen Aufenthalts vermutet wird?

Die Antwort vom EuGH⁶⁰ ist nicht einfach zu deuten. Zunächst einmal wird aber klargestellt, dass die sprachliche Nähe der Begriffe „Hauptniederlassung“ und „Niederlassung“ ein Spezifikum der deutschen Sprache ist. Das ergibt sich bereits aus einem Vergleich mit anderssprachlichen Texten der Verordnung. Damit war Frage 1 vom Tisch. Frage 2 wird lapidar beantwortet – nämlich dergestalt, dass Art. 3 Abs. 1 UAbs. 3 so anzuwenden sei, wie er nun einmal lautet, wobei der Begriff „Hauptniederlassung“ nicht mit den Definitionsvoraussetzungen einer Niederlassung angefüllt werden dürfe. Frage 3 wird gar nicht beantwortet.

Mit diesen Vorgaben aus Luxemburg war der BGH im Grunde genommen wieder dort, wo er zwei Jahre zuvor begonnen hatte. Dass er die falschen Fragen – naja, die erste ist insoweit legitim, als auch die deutsche Sprachfassung offizielles Gesetz ist; jedoch war die Antwort leicht vorhersehbar – gestellt hatte, zeigt sich an den Anweisungen, die er in seiner Revisionsentscheidung⁶¹ der Vorinstanz (Landgericht Berlin) mit auf den Weg gibt. Sie haben eigentlich nichts mehr mit der Antwort des EuGH zu tun.

Zunächst einmal geht es für das Berliner Gericht darum, ob der Schuldner überhaupt in die Kategorie der Selbständigen fällt und damit unter Art. 3 Abs. 1 UAbs. 3 EuInsVO zu subsumieren ist. Dafür muss geklärt werden, ob ein Aufsichtsratsvorsitz Selbständigkeit bedeutet. Ob das der Fall ist, solle das Land-

⁵⁸ Für dieses Tatbestandsmerkmal hat sich das Kürzel COMI verfestigt: *centre of main interests*.

⁵⁹ BGH, Beschl. v. 29.6.2023 – IX ZB 35/22, WM 2023, 1510.

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 19.9.2024 – C-501/23 – Finanzamt Wilmersdorf, ZIP 2024, 2355 mit Anm. Meyer-Löwy, ZIP 2024, 2455.

⁶¹ Wie Fn. 57.

gericht anhand der Kriterien beurteilen, die der EuGH bereits in früheren Entscheidungen vorgegeben hatte.⁶²

Sollte aber keine Selbständigkeit vorliegen (was im konkreten Fall recht nahelegend ist), ist der Schuldner in der Kategorie des Art. 3 Abs. 1 UAbs. 4 EuInsVO zu verorten, wonach der COMI einer sonstigen natürlichen Person am Ort seines gewöhnlichen Aufenthalts zu vermuten ist. Auch für dieses Tatbestandsmerkmal verweist der BGH auf die Klarstellung in einer früheren Entscheidung des EuGH.⁶³ Dass sie allerdings bei der Besonderheit des vorliegenden Falles mit einem Schuldner, der gleich mehrere gleichrangige Wohnsitze hat, nicht wirklich verfangen,⁶⁴ soll vorliegend nicht weiter interessieren, weil es in unserem Kontext allein darauf ankommt, dass die Reskriptstechnik des Vorabentscheidungsverfahrens offensichtlich Probleme ganz eigener Art produziert. An ihnen ist der BGH im konkreten Fall gescheitert.

VI. Ein knappes Resümee

Wie schon erwähnt: Es geht hier nicht um den Nachweis irgendwelcher direkter Zusammenhänge. Dass die Schöpfer des EWG-Vertrages über die im Aufsatz *Pescatores*⁶⁵ genannten Vorbilder hinaus auch das römische Reskriptmodell vor Augen gehabt haben, als sie den Art. 177 schufen, darf mit Fug und Recht bezweifelt werden. Und doch ist die Parallele zwischen den beiden Instrumenten erstaunlich. Ob diese Form der Rechtshilfe ein besonders passendes Instrument dafür ist, in einem Reich von riesigen Ausmaßen Rechtseinheit zu schaffen, mag mit Blick auf die wohl oder möglicherweise abweichende Entwicklung im kirchlichen Recht nicht ganz überzeugend sein. Doch bietet dieses Modell eine bemerkenswert egalisierende Methode an, wie in kooperativer Weise dafür Sorge getragen werden kann, dass Rechtseinheit geschaffen wird. Es spricht für den politischen und rechtlichen Genius der alten Römer, dass sie dieses Instrument zu voller Blüte gebracht haben.

⁶² EuGH, Urt. v. 13.6.2019 – C-420/18 – IO, ZIP 2019, 1430, und v. 21.12.2023 – C-288/22 – TP.

⁶³ EuGH v. 16.7.2020 – C-253/19 – *Novo Banco*, ZIP 2020, 1673 mit Anm. *Paulus*, EWiR 2020, 561 f.

⁶⁴ Richtigerweise müsste hier das Prioritätsprinzip gelten, vgl. *Paulus* (Fn. 57). Und an sich hätte der BGH genau diese Frage dem EuGH vorlegen sollen.

⁶⁵ *Pescatore* (Fn. 40).

Suae rei emptio non valet, ... (Pomp. D. 18, 1, 16 pr.) – Überlegungen zum Kauf eigener Sachen nach klassischem Juristenrecht

Martin Pennitz

I. Einleitung

Im neuen „Handbuch des Römischen Privatrechts“ vertritt Ernst – unter Berufung auf Pomp. 9 Sab. D. 18, 1, 16 pr. sowie im Einklang mit der herrschenden Lehre¹ – die Auffassung, dass der Kauf eigener Sachen in aller Regel (von Ausnahmen wie dem Kauf des bloßen Besitzes am eigenen Objekt einmal abgesehen) unwirksam sei; ein solcher führe sogar „zu etwas wie einer absoluten Ungültigkeit“.² Allerdings fügt der geschätzte Jubilar völlig zu Recht an, dass es sich dabei um eine „Eigentümlichkeit des römischen Rechts“ handeln müsse, denn die Annahme der Ungültigkeit erscheint keineswegs zwingend geboten. Schließlich handelt es sich beim Kauf der eigenen Sache ja zugleich um den Verkauf einer fremden Sache,³ und unstrittig ist der Verkauf einer *res aliena* nach klassischem römischem Recht gültig, und zwar in jeder Hinsicht.⁴ Das liegt bekanntlich daran, dass der Verkäufer grundsätzlich nur zur Einräumung des *ha-*

¹ *Arangio-Ruiz*, La compravendita in diritto romano I, 2. Aufl. 1961, 129; *Carcattera*, ABari n.s. 3 (1940), 1 ff., 2; *Longo*, SDHI 45 (1979), 93, 121; *Russo Ruggeri*, in: Sodalitas. Scr. Antonio Guarino 6, 1984, 2813, 2815 f., 2854 f.; *Arp*, Anfängliche Unmöglichkeit, 1988, 105; *Cuena Boy*, Estudios sobre la imposibilidad de la prestación, 1992, 99 f.; *M. Zimmermann*, Der Rechtserwerb hinsichtlich eigener Sachen, 2001, 109, 112; *Apathy*, in: FS für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, 2002, 11 ff., 11; *Harke*, Si error aliquis intervenit – Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht, 2005, 197–201, 198. Hingegen muss *Rodeghiero*, Sul sinallagma genetico nell’emptio venditio classica, 2004, 102 f. i.V.m. 95 f. einen Eingriff der Kompilatoren im ersten Satz von D. 18, 1, 16 pr. annehmen, um seine These einer bloß subjektiv fundierten Unmöglichkeit zu stützen.

² *Ernst*, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (Hrsg.), Handbuch des römischen Privatrechts (HRP), 2023, § 79 Rn. 70.

³ Dieser wird dann konsequenterweise in HRP/*Ernst* (Fn. 2), § 79 Rn. 71 behandelt.

⁴ Ulp. 41 Sab. D. 18, 1, 28: Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest. Das „in jeder Hinsicht“ wird unter II. zur Bedeutung von *emptio* und *venditio* noch näher erläutert (vgl. Fn. 18).

bere licere, also des ungestörten Besitzes verpflichtet ist,⁵ während dem Schutz des Käufers – neben allfälligen Schadensersatzansprüchen – in erster Linie der sog. Eviktionsregress dient.⁶

Aus diesem Grund hat die Lehre nach zusätzlichen Argumenten für die einheitlich angenommene Ungültigkeitsfolge gesucht: Von besonderem Interesse erscheinen hier die Ansätze von Apathy und Harke, die sich beide auf Peters berufen können.⁷ So sieht Apathy im Kauf eigener Sachen eine rechtlich unmögliche Vereinbarung, da ein Eigentümer „dieselbe Sache nicht nochmals erwerben“ könne.⁸ Der Verkäufer sei nämlich deshalb nur zur Übergabe der Ware verpflichtet, weil der Kauf als *insta causa* bereits darauf gerichtet sei, dem Käufer durch bloßes Einräumen des Besitzes Eigentum zu verschaffen. Damit wird allerdings ein sachenrechtlicher Aspekt angesprochen, da bei einer solchen Argumentation vorausgesetzt ist,⁹ dass der Verkäufer als Eigentümer oder zumindest als Verfügungsberechtigter handelt; das spielt aber gerade für die schuldrechtliche Beurteilung des Kaufvertrags „an sich“ keine Rolle.¹⁰

Harke beruft sich hingegen noch zusätzlich auf Lab. D. 18, 1, 80, 3,¹¹ um zu belegen, dass „die Übereignung als Ziel der *emptio venditio* [...] dem Rechtsakt des Kaufs immanent“ sei,¹² was sich auf dessen ursprünglichen Barkaufcharakter gründe.¹³ Aus diesem Grund führe nicht nur die Nebenabrede, wonach der

⁵ S. z.B. Iul. 15 dig. D. 21, 2, 8 : et sicut obligatus est venditor, ut praestet licere habere hominem quem vendidit, [...]; Afr. 8 quaest. D. 19, 1, 30, 1 : quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, [...]; Ulp. 32 ed. D. 19, 1, 11, 2 : et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: [...]; Ulp. 34 Sab. D. 18, 1, 25, 1 : qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, [...]; dazu nur Kaser, Das römische Privatrecht, 2. Aufl., Bd. I, 1971, 550 f.

⁶ So etwa Ulp. 28 Sab. D. 21, 2, 1: Sive tota res evincatur sive pars, habet regressum emptor in venditore. [...]; vgl. auch Kaser (Fn. 5), I, 556.

⁷ Peters, ZRG RA 96 (1979), 173, bes. 192 f.; 202 f.

⁸ Apathy (Fn. 1), 12; s. ebd., 12–14 dessen zutreffende Kritik der Begründungsansätze bei Medicus, ZRG RA 86 (1969), 67 ff., 103 f. und Arp (Fn. 1), 122.

⁹ Zur Stützung seiner These meint Peters (Fn. 7), 203, bei den Fällen, in denen ein Nichtigentümer verkauft, hätte eine Eigentumsverschaffungspflicht „keinen praktischen Nutzen gebracht“. Eine solche Argumentation ignoriert m.E. aber das Dilemma eines Käufers, der weder ein Verschulden des Verkäufers nachweisen kann noch (bereits) mit einer Eviktion konfrontiert ist.

¹⁰ Vgl. zu D. 18, 1, 28 bereits oben bei Fn. 4.

¹¹ Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 18, 1, 80, 3: Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus. Allerdings geht es in der Entscheidung m.E. um einen anderen Problemkreis: Es handelt sich wohl um den Verkäufer einer *res aliena*, der dem Käufer mittels *pactum adiectum* die Befugnis entziehen will, die Ware in weiterer Folge vom *dominus* zu erwerben; vgl. zu einer solchen Fallkonstellation z.B. Pomp. 11 Sab. D. 21, 2, 29 pr. und dazu Ernst, Rechtsmängelhaftung, 1995, 75 ff. Eine solche Einschränkung stünde von vornherein im Widerspruch zur gebotenen *bona fides*.

¹² Harke (Fn. 1), 197–200.

¹³ Daraus folgt Harke (Fn. 1), 199 u. Fn. 50 mit einem Teil der Lehre, dass „die Kaufsache mit Abschluss der *emptio venditio* ebenfalls schon dem Vermögen des Käufers zugerechnet wird“; so erkläre sich etwa auch die *Periculum-emptoris*-Regel; anders hierzu etwa Pennitz, Das periculum rei venditae, 2000, 69 ff. oder HRP/Ernst (Fn. 2), § 79 Rn. 194 ff., 198, mit jeweils leicht voneinander abweichenden Erklärungsansätzen.

Käufer nicht Eigentümer werden dürfe, zur Konsequenz, dass dann von einem anderen Vertrag auszugehen sei, sondern auch der Kauf einer *res sua* müsse genau deshalb nichtig sein, weil hier „eine Übereignung unmöglich ist“. Allerdings bleibt gegen die generelle Schlussfolgerung Harkes einzuwenden, dass etwa der Verkauf einer *res furtiva* sehr wohl gültig sein kann,¹⁴ obwohl ein Eigentumserwerb durch Übergabe oder auch mittels *usucapio* im Rahmen dieses Rechtsakts ausgeschlossen ist.

Angesichts der geäußerten Zweifel erscheint es geboten, einige der doch erstaunlich vielen Entscheidungen klassischer (und epiklassischer) Juristen¹⁵ zum Kauf eigener Sachen näher zu betrachten.

II. Der Ausgangstext Pomp. 9 Sab. D. 18, 1, 16 pr.

Die herrschende Lehre¹⁶ beruft sich für ihre Auffassung insbesondere auf den Pomponiustext D. 18, 1, 16 pr.:¹⁷

Suae rei emptio non valet, sive sciens sive ignorans emi: sed si ignorans emi, quod solvero repetere potero, quia nulla obligatio fuit.

Denn der Hochklassiker weist darauf hin, dass die *emptio* bezogen auf eine eigene Sache nicht wirksam ist, und zwar unabhängig davon, ob derjenige, der kauft (arg. *emere*), das weiß oder nicht. Zudem kann ein bereits bezahlter Geldbetrag vom unwissenden Käufer mittels Bereicherungsklage zurückgefordert werden, weil keine Verpflichtung hierzu bestanden hat. Die rechtliche Beurteilung scheint also auf den ersten Blick völlig eindeutig zu sein, wenn man einmal von der kleinen Inkonsistenz absieht, dass der Jurist zwei Mal von einem *emere* ausgeht, obwohl nach herrschender Ansicht ja gar kein Kauf abgeschlossen ist. Allerdings wird in einigen neueren Beiträgen meinerseits die These vertreten und näher erläutert, dass die klassischen Juristen den Termini *emptio* bzw. *venditio* in manchen Kontexten eine besondere technische Bedeutung zuordnen: Wo sie nämlich auf rechtliche Probleme und Konsequenzen eingehen, die aus dem jeweils zugrunde liegenden Kaufgegenstand resultieren, sprechen sie mit diesen Begriffen die vertraglichen Hauptpflichten an, die sich aufgrund des gül-

¹⁴ Paul. 33 ed. D. 18, 1, 34, 3: Item si et emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur: [...] quod si venditor scit, emptor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur, et ita Pomponius quoque scribit. Vgl. Benöhr, Das sogenannte Synallagma in den Konsensualverträgen des klassischen römischen Rechts, 1965, 69 f.

¹⁵ Bedauerlicherweise kann an dieser Stelle nicht auf alle Texte gebührend eingegangen werden: D. 12, 6, 37; D. 13, 7, 40 pr.; D. 17, 1, 22, 3; D. 18, 1, 15, 2; D. 18, 1, 16 pr.–1; D. 18, 1, 17; D. 18, 1, 18 pr.; D. 18, 1, 34, 4 i.V.m. D. 41, 2, 28; D. 18, 1, 39 pr.; D. 18, 1, 61 i.V.m. D. 30, 41, 2; D. 18, 2, 13, 1; D. 19, 1, 29; D. 41, 3, 21; D. 50, 17, 45 pr.; C. 4, 38, 4; C. 4, 38, 10.

¹⁶ Neben den in Fn. 1 f. zitierten Arbeiten lässt sich diesbezüglich auch auf die einschlägige Handbuchliteratur verweisen: S. z.B. Kaser (Fn. 5), I, 549 u. Fn. 39; Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht, 4. Aufl., 1987, 306 f. u. Fn. 18; R. Zimmermann, Law of Obligations, 1990, 240 f. Fn. 50.

¹⁷ Nach Lenel, Palingenesia Iuris Civilis, Bd. II, 1889, 108 ff., 110 steht die Entscheidung unter der Rubrik *de contrahenda emptione*.

tigen Kontrakts mit den *actiones empti* bzw. *venditi* „im sog. primären Sinn“ geltend machen lassen.¹⁸

Demnach hat man den Beleg D. 18, 1, 16 pr. m.E. auf folgende Weise zu verstehen:¹⁹

„Unabhängig davon, ob ich nun wissentlich oder unwissentlich gekauft habe, ist bezogen auf eine eigene Sache der Anspruch auf deren Leistung nicht wirksam: Habe ich eine solche aber unwissend gekauft, kann ich dasjenige, was ich gezahlt habe, bereicherungsrechtlich zurückfordern, weil keine Verpflichtung hierzu bestanden hat.“

Mit anderen Worten kommt der über die eigene Sache geschlossene Kaufvertrag als ein „gegenstandsbezogenes“ Geschäft²⁰ gültig zustande (arg. *emi*), da sich der Konsens der Parteien auf ein konkret vorstellbares Objekt richtet.²¹ Aber ungeachtet des wirksamen Kaufabschlusses bleibt dem Käufer die *actio empti* auf Herausgabe der Ware versagt, weshalb er im Gegenzug – gleichsam im Sinn des sog. genetischen Synallagmas²² – den bereits bezahlten Preis mittels *condictio* zurückfordern kann,²³ sofern er unwissend gekauft hat. Denn nach Pomponius trifft den *emptor* keine Verpflichtung zur Preiszahlung (arg. *nulla obligatio*).²⁴

Angesichts dieser Interpretation stellen sich jedoch zwei Fragen, und zwar zum einen, welche Auswirkungen hier ein gültiger Kaufvertrag nach sich ziehen könnte, und zum anderen, warum dem Käufer der Anspruch auf die gültig gekaufte Ware versagt wird. Es bietet sich an, mit der zweiten Frage zu beginnen: Gemäß Ulp. 32 ed. D. 19, 1, 13, 8 steht die Zuerkennung der *actio empti* „im primären Sinn“ (arg. *rem quam vendidit*) – gemäß dem Austauschcharakter des Kaufs – unter der Voraussetzung, dass der *emptor* seinem Vertragspartner den Kaufpreis (in voller Höhe) anzubieten hat, um seinen Anspruch auf die (mögliche) Warenleistung wirksam geltend zu machen.²⁵

Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.

¹⁸ Vgl. insbes. Pennitz, Index 51 (2023), 406 ff., 410 f. etc.; ferner zu Paul. 14 Plaut. D. 18, 4, 7 Pennitz, in: GS für Gunter Wesener, 2023, 59 ff., 67–71; oder zu Paul. 33 ed. D. 19, 1, 21 pr. Pennitz, in: FS für Peter Mader, 2022, 237 ff., 240 f. – Die in Fn. 4 zitierte Entscheidung Ulp. D. 18, 1, 28 ist also m.E. so zu übersetzen: „Es unterliegt keinem Zweifel, dass man eine fremde Sache verkaufen kann. Denn es bestehen diesbezüglich ein Anspruch auf Leistung der Ware sowie auf Zahlung des Kaufpreises. Allerdings kann die Sache dem Käufer entzogen werden“.

¹⁹ Alle Übersetzungen in diesem Beitrag stammen vom Verfasser.

²⁰ HRP/Ernst (Fn. 2), § 79 Rn. 61.

²¹ Vgl. Pennitz, Index 51 (2023), 406, 412 f. u. Fn. 24; 417 f.; 424; 432 f.; 448 f.; 455.

²² S. Benöhr (Fn. 14), 63 u. Fn. 4.

²³ Wie etwa auch Paul. D. 18, 4, 7 belegt, lässt die gewährte *condictio* nicht etwa auf die Ungültigkeit des Kaufs schließen; vgl. Pennitz, in: GS für Gunter Wesener, 2023, 59; 70 f. Dass die *condictio* hier dem wissenden Käufer versagt ist, entspricht hingegen dem Bereicherungsrecht; s. nur Fagnoli, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (Hrsg.), Handbuch des römischen Privatrechts (HRP), 2023, § 77 Rn. 14 u. Fn. 1.

²⁴ Zu Recht merkt Cuena Boy (Fn. 1), 100 an, dass diese Begründung sowohl auf den wissenden wie auf den unwissenden Käufer zutrifft, doch steht eben nur letzterem die *condictio* zur Verfügung (s. Fn. 23).

²⁵ Die Entscheidung steht nach Lenel (Fn. 17), II, 630 ff., 633 unter der Rubrik *de actione empti*. Vgl. zum Beleg Pennitz (Fn. 13), 75 ff.; anders HRP/Ernst (Fn. 2), § 79 Rn. 52.

„Der Kaufpreis muss (bereits) vom Käufer angeboten werden, wenn er mit der Vertragsklage vorgeht. Deshalb steht (ihm), selbst wenn er einen Teil des Preises anbietet, die Vertragsklage noch nicht zur Verfügung. Denn der Verkäufer kann die Sache, die er verkauft hat, gleichsam als Pfand zurückbehalten.“

Allerdings erscheint eine solche Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises im Regelfall nicht im Einklang mit der *bona fides*, wenn die Sache sowieso im Eigentum des Käufers steht:²⁶ Demgemäß führt Pomponius an, dass eine derartige *obligatio* hier nicht besteht, so dass weder das *offerre pretium* noch – anders formuliert – eine *actio venditi* „im primären Sinn“ zu bejahen sind. Die Situation erinnert *mutatis mutandis* etwa an die bei Paul. 76 ed. D. 21, 2, 9 überlieferte Entscheidung zum Verkauf einer *res aliena*:²⁷

Si vendideris servum mihi Titii, deinde Titius heredem me reliquerit, Sabinus ait amissam actionem pro evictione, quoniam servus non potest evinci: sed in ex empto actione decurrendum est.

„Wenn du mir den Sklaven des Titius verkauft hast, und mich Titius danach als Erbe hinterließ, so sagt Sabinus, dass mir die Klage wegen Eviktion verloren gegangen sei, weil der Sklave nicht evinziert werden kann. Aber man hat zur Vertragsklage des Käufers Zuflucht zu nehmen.“

Wenn also der Käufer auf dem Erbweg nachträglich zum Eigentümer des gekauften Objekts wird, entfällt für ihn die Möglichkeit eines Eviktionsregresses, da er nicht gegen sich selbst klagen kann,²⁸ und auch ein auf die Ware bezogener Anspruch auf das *interesse* lässt sich angesichts seiner Eigentümerstellung nicht ableiten.²⁹ Dennoch erscheint es andererseits nicht tragbar, dass der Verkäufer in einem solchen Fall den empfangenen Preis behalten darf. Auf diesen Zweck hin ist die dem Käufer eingeräumte *actio empti* „im sekundären Sinn“ offenbar gerichtet, da die Erfüllung des *habere licere* dem Verkäufer nicht länger zuzuordnen ist und somit eine Vertragsverletzung vorliegt.³⁰

²⁶ Die *emptio*, also der Anspruch auf Sachleistung, ist aber konsequenterweise zu bejahen, wenn Kaufgegenstand nicht die eigene Sache selbst, sondern der Besitz an dieser Sache ist (arg. *possessionem emat*), weil es dem *emptor* um den sich daraus ergebenden prozessualen Vorteil geht; vgl. *Babusiaux*, *Id quod actum est*, 2006, 176 f. Das belegt Paul. 33 ed. D. 18, 1, 34, 4: *Rei suae emptio tunc valet, cum ab initio id agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et in iudicio possessionis potior esset*. S. schon *Arangio-Ruiz* (Fn. 1), 129 unter Bezugnahme auf die Verpflichtung des Verkäufers „di consegnare e garantire il pacifico possesso“; die Kritik von *Harke* (Fn. 1), 201, dass hier von *emptio rei suae* gesprochen werde und daher kein „Besitzkauf“ vorliegen könne, bleibt zwar in sich schlüssig, geht aber von der Voraussetzung aus, mit *emptio* sei an dieser Stelle der Kaufvertrag „an sich“ gemeint.

²⁷ Nach *Lenel* (Fn. 17), I, 1094 steht die Entscheidung unter der Rubrik *de auctoritate*, weshalb die im Text aufscheinende *actio pro evictione* ursprünglich auf die sog. *actio auctoritatis* bezogen sein dürfte. S. zum Beleg *Ernst* (Fn. 11), 30 ff., 54 f., von dem allerdings die Klassizität des letzten Satzes bezweifelt wird (ebd., 45–47).

²⁸ S. explizit Paul. 2 ed. D. 21, 2, 41, 1: *Item si domino servi heres exstiterit emptor, quoniam evinci ei non potest nec ipse sibi videtur evincere, non committitur duplae stipulatio. his igitur casibus ex empto agendum erit*.

²⁹ Zu Iul. D. 21, 2, 8 (Fn. 5).

³⁰ Zu Recht geht also *Ernst* (Fn. 11), 54 davon aus, dass man „die Kaufpreisrückforderung nicht als regelrechten Bereicherungsanspruch einordnen“ darf.

Zudem lässt sich aus dem Paulustext noch ein zweiter Gedanke zum Kauf eigener Sachen ableiten: Denn es handelt sich dabei – wie betont – gleichzeitig um den Verkauf einer *res aliena*, und insoweit etabliert das klassische Recht grundsätzlichen Schutz im Rahmen des sog. Eviktionsprinzips. Das zeigt sich etwa deutlich im bereits erwähnten Fall des gültigen Verkaufs einer *res furtiva*,³¹ der selbst beim arglosen *emptor* nicht zum Erwerb von Eigentum führen kann: Dennoch ist es völlig unproblematisch, die Verpflichtungen zur Warenübergabe und Preiszahlung zu bejahen, dies erscheint sogar geboten, weil dem Käufer im Fall einer Eviktion durch den (bestohlenen) *dominus* – gerade wegen der beiderseitigen Leistungen – nun Schutz im Wege des Eviktionsregresses zukommt. Anders verhält es sich hingegen beim Kauf einer *res sua*, wo die dem Eviktionsprinzip ansonsten innewohnende Schutzfunktion schon von vornherein obsolet ist,³² weil der Käufer als Eigentümer eben nicht gegen sich selbst vorgehen kann. Deshalb liegt es nahe, trotz gültigen Vertrags die *emptio* und vice versa die *venditio* in diesem Fall zu verneinen.

Damit bleibt noch zur ersten Frage Stellung zu beziehen, ob nämlich die Annahme eines gültigen Kaufvertrags in unserem Kontext überhaupt rechtliche Wirkungen nach sich zieht, oder mit anderen Worten, ob (in Anlehnung an Paul. D. 21, 2, 9) an die Gewährung einer *actio empti* „im sekundären Sinn“ zu denken ist. So meint etwa Apathy, im Vergleich zum Kauf eines *liber homo* oder einer *res extra commercium*³³ sei „die Schutzwürdigkeit des Käufers bei der *emptio suae rei* typischerweise geringer anzusetzen“, da der *emptor* ja hätte „erkennen können, dass es sich um seine Sache handelt“, weshalb in den darauf bezogenen Quellen „keine Haftung des Verkäufers für das Interesse des Käufers überliefert“ sei.³⁴ In diesem Kontext kommt aber vielleicht der Entscheidung Iul. 3 Urs. Fer. D. 12, 6, 37 eine gewisse Relevanz zu:³⁵

Servum meum insciens a te emi pecuniamque tibi solvi: eam me a te repetitum et eo nomine conditionem mihi esse omnimodo puto, sive scisses meum esse sive ignorasses.

„Ich habe, ohne das zu wissen, meinen eigenen Sklaven von dir gekauft und dir das (vereinbarte) Geld bezahlt: Ich glaube, dass ich es von dir zurückfordern kann und mir diesbezüglich die Bereicherungsklage zusteht, und zwar in jeder Hinsicht, sei es dass du nun weißt, dass er mir gehört, oder dass du es nicht weißt.“

Der hochklassische Jurist geht von einer Situation aus, in der ein Käufer als schutzwürdig gelten könnte. Denn er weiß nichts davon, dass er soeben seinen eigenen Sklaven gekauft hat, was bei vermögenden Römern, sofern es sich beim Kaufgegenstand nicht gerade um einen Haussklaven handelt, nicht völlig außer-

³¹ S. zu Paul. D. 18, 1, 34, 3 (Fn. 14). Zum Nebeneinander von Schadensersatzklage und Eviktionsregress, allerdings in einer anderen Fallkonstellation, Iul. 57 dig. D. 21, 2, 39, 3.

³² Sie besteht in der *Interesse*-Haftung des Verkäufers; dazu Paul. 5 quaest. D. 21, 2, 70 oder Ulp. 18 ed. D. 21, 2, 14 (i.V.m. Paul. 5 Sab. D. 21, 2, 13). S. in diesem Sinn auch M. Zimmermann (Fn. 1), 100, der deshalb allerdings auf die Ungültigkeit des Kaufvertrags schließt.

³³ Dazu eingehend Pennitz, Index 51 (2023), 406, 424 ff.; 433 ff.

³⁴ Apathy (Fn. 1), 18. Weiter gehend schließt Cuena-Boy (Fn. 1), 99 hieraus – anders als für den *liber homo* – auf den „objektiven“ Charakter der Unmöglichkeit beim Kauf eigener Sachen.

³⁵ Nach Lenel (Fn. 17), I, 494 f. steht diese Entscheidung unter der Rubrik *de emptione et venditione*.

halb der Lebensrealität angesiedelt sein dürfte. Julian stuft den Vertrag offenbar als gültig ein (arg. *emi*), und aus D. 18, 1, 16 pr. lässt sich folgern, dass sich hieraus weder eine *emptio* noch eine *venditio*, also weder der Anspruch auf die Sachleistung noch auf die Preiszahlung ableiten lassen. Da der Käufer allerdings bereits das *pretium* entrichtet hat, gewährt ihm der Jurist konsequenterweise die *condictio* auf dessen Rückforderung, was sich mit der Aussage in D. 18, 1, 16 pr. deckt.³⁶ Von Interesse erscheint aber insbesondere, dass Julian die Bereicherungsklage *omnimodo* bejaht, und zwar unabhängig davon, ob der Verkäufer nun davon gewusst hat oder nicht.³⁷ Das könnte darauf hindeuten, dass im Fall eines *venditor sciens* des Weiteren und alternativ an eine *actio empti* („im sekundären Sinn“) zu denken sein könnte, doch würde sich das Klageziel angesichts der Eigentümerstellung des Käufers wohl gleichermaßen auf die Rückforderung des bezahlten Preises beschränken.³⁸

III. Der Kauf der Pfandsache durch den Verpfänder

Im vorigen Abschnitt wurden drei zentrale Texte (D. 18, 1, 16 pr.; D. 12, 6, 37; D. 18, 1, 34, 4) auf neue Art interpretiert, um zu zeigen, dass sie sich harmonisch und schlüssig in die hier vertretene These zur Bedeutung von *emptio* und *venditio* einfügen.³⁹ Allerdings könnten selbst wohlmeinende Leser einwenden, an das in den Texten erwähnte *emere* dürfe „kein zu strenger Maßstab angelegt werden“,⁴⁰ weshalb sich die Belege im Sinn der herrschenden Lehre genauso schlüssig deuten ließen. Insofern können vielleicht einige weitere Juristenentscheidungen noch zusätzliche Indizien für die größere Plausibilität unserer Sichtweise bieten. Ein erster Text, nämlich Pap. 3 resp. D. 13, 7, 40 pr., geht auf den vom Verpfänder beabsichtigten Erwerb des Pfandobjekts ein, also ebenfalls auf einen Kauf eigener Sachen.⁴¹

Debitor a creditore pignus quod dedit frustra emit, cum rei suae nulla emptio sit:

nec si minoris emerit et pignus petat aut dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti creditor possessionem restituere cogetur.

„Der Schuldner kauft das Pfand, das er gegeben hat, vergeblich vom Gläubiger, weil dann ja kein Anspruch auf Leistung der eigenen Sache besteht.

Und wenn er für einen geringeren Betrag gekauft hat und nun das Pfand fordert oder sein Eigentum herausverlangt, wird der Gläubiger ebensowenig gezwungen, demjenigen den Besitz rückzuerstatten, der ihm nicht die ganze Schuld anbietet.“

³⁶ Implizit folgt daraus für *Russo Ruggeri* (Fn. 1), 2814, 2818 f. – im Sinn der h.L. – die Nichtigkeit des Kaufs.

³⁷ Es verwundert daher nicht, dass das *omnimodo* in der älteren Literatur – s. *Longo*, SDHI 45 (1979), 93, 121 f. – für interpoliert angesehen wird.

³⁸ Vgl. dazu bereits oben bei Fn. 30.

³⁹ S. oben bei Fn. 18.

⁴⁰ So eine verbreitete Argumentationsweise zur „berühmten“ Entscheidung Mod. 5 reg. D. 18, 1, 62, 1; vgl. dazu *Pennitz*, Index 51 (2023), 406, 443 ff.

⁴¹ Nach *Lenel* (Fn. 17), I, 891 f. steht diese Entscheidung unter der Rubrik *de pignoribus et de pigneraticia actione*.

Der Verpfänder hat hier seine Sache dem Gläubiger aufgrund eines Pfandvertrags ausgehändigt und kauft sie danach von letzterem (arg. *emit*),⁴² wobei es offenbleiben kann, ob das vor oder nach dem Fristablauf hinsichtlich des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses geschieht.⁴³ Der spätklassische Jurist führt dazu aus, dass ein solcher Kauf zwar gültig, aber vergeblich (*frustra*) erfolgte, da sich die Intention des Käufers hierdurch nicht verwirklichen lässt.⁴⁴ Es ist ihm in solchen Fällen nämlich (aus den bereits unter II. angeführten Gründen) verwehrt, nun mittels *actio empti* „im primären Sinn“ die Herausgabe des Pfandobjekts zu fordern. Allerdings braucht der Käufer – so darf man hinzufügen – (mangels *venditio*) auch den vereinbarten Preis nicht zu leisten.⁴⁵

Wie der zweite Satz verdeutlicht, liegt ein solches Verständnis von *emptio* nahe, weil sich Papinian im Anschluss überlegt, ob der Käufer eine andere Möglichkeit hat, die Herausgabe der Pfandsache klagweise zu fordern. Hat er nämlich zu einem geringeren Betrag gekauft, als die zugrundeliegende Schuldsumme ausmacht, so stehen ihm zu diesem Zweck weder die *actio pigneraticia* (*directa*) noch die *rei vindicatio* zur Verfügung. Denn dem *creditor* steht seinem *debitor* gegenüber ein Retentionsrecht zu, wenn ihm nicht die gesamte Schuld angeboten wird.⁴⁶ Anders würde es sich jedoch verhalten, wenn der Verpfänder zum Betrag der offenen Schuld gekauft hätte, denn dann stünde die Zahlung des *pretium* einer *solutio* gleich.⁴⁷ Mit anderen Worten kreisen die Überlegungen des Spätklassikers in der gesamten Stelle um die Frage, ob und wie der Pfandschuldner seine Sache fordern kann, was für die hier angenommene Bedeutung von *emptio* spricht.

Deutlich komplexer erscheint hingegen die Argumentation in der Entscheidung Paul. 32 ed. D. 17, 1, 22, 3, bei der es zu einem (in jeder Hinsicht) gültigen Pfandverkauf kommt:⁴⁸

Si hi, quorum res veneunt quas pignori dederunt, supposuerunt emptores et eis emendas res mandant, mandatum intellegitur, licet quantum ad meram rationem mandatum non constituit: nam cum rem tuam emas, nulla emptio est in tua persona rei tuae.

⁴² Gemäß der h.L. *Cuena Boy* (Fn. 1), 107: „[...] el empleo del verbo *emere* en esto contexto, claramente injustificado desde el punto de vista técnico, se debe posiblemente a una visión vulgar [...]“.

⁴³ Die h.L., vgl. nur *Kaser* (Fn. 5), I, 471 u. Fn. 12 oder *M. Zimmermann* (Fn. 1), 120 f., geht davon aus, dass der Pfandgläubiger das *ius distrahendi* bereits ausüben kann.

⁴⁴ Anders als in D. 18, 1, 34, 4 (Fn. 26) geht es dem Käufer nicht etwa um ein bloßes *possessionem emere*, sondern um die Abwendung des Pfandverkaufs durch den Gläubiger (im Wege einer Versteigerung). Da keine *solutio* erfolgte, bildet hier die *res sua* den Kaufgegenstand.

⁴⁵ Explizit ist das bei Iul. 15 dig. D. 18, 1, 39 pr. für den Fall eines besitzlosen Pfandes ausgeführt: Si debitor rem pigneratam a creditore redemerit, quasi suae rei emptor actione ex vendito non tenetur et omnia in integro sunt creditori. Aus dem Kontext wird deutlich, dass sich der Hochklassiker auf die *actio venditi* „im primären Sinn“ bezieht.

⁴⁶ Vgl. auch *Forgó-Feldner*, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (Hrsg.), Handbuch des römischen Privatrechts (HRP), 2023, § 112 Rn. 4.

⁴⁷ In diesem Sinn auch *M. Zimmermann* (Fn. 1), 120, doch spricht das nicht gegen einen Verkauf „der Pfandsache vor der Pfandreife“. Anders *Rodeghiero* (Fn. 1), 112, der dann von einem gültigen Kauf des Schuldners ausgeht.

⁴⁸ Nach *Lenel* (Fn. 17), I, 1028 f. steht diese Entscheidung unter der Rubrik *mandati vel contra*.

„Wenn diejenigen, als deren zum Pfand gegebenen Objekte dann verkauft wurden, Käufer vorgeschoben haben und sie damit beauftragen, diese Objekte zu kaufen, so wird dies als Auftrag angesehen, auch wenn der Auftrag, soweit man der reinen Lehre folgt, keinen Bestand hat: Wenn du nämlich die eigene Sache kaufst, besteht in deiner Person kein (daraus resultierender) Anspruch auf Warenleistung bezogen auf deine eigene Sache.“

Da Schuldner nach der letzten Mahnung ihre Schuld nicht tilgen konnten, kam es zum Verkauf (bzw. zur Versteigerung) der verpfändeten Objekte von Seiten des Gläubigers.⁴⁹ Die Schuldner beauftragten jedoch dritte Personen damit, die Pfandsachen für sie zu erwerben. Diese Bieter werden hier als Nichteigentümer im Wege der indirekten Stellvertretung tätig,⁵⁰ weshalb die von ihnen geschlossenen Kaufverträge „in jeder Hinsicht“ gültig sind, d.h. als *emptores* müssen sie den vereinbarten Preis zahlen, haben aber im Gegenzug den Anspruch auf die Sachleistung. Allerdings stellt sich für Paulus angesichts einer solchen Konstellation die Frage, ob das zugrunde liegende *mandatum* gültig zustande kommt:⁵¹ Denn im Sinn strenger *ratio* ließe sich der Inhalt des Auftrags für nichtig ansehen, da die Verpfänder ansonsten mittels *actio mandati directa* einen Anspruch auf Herausgabe von Objekten hätten, den sie bei einem von ihnen selbst durchgeführten Kauf nicht haben könnten: Genau das besagt ja – im Sinn der hier vertretenen Auslegung – der Hinweis *nulla emptio est in tua persona rei tuae*. Dennoch geht Paulus im konkreten Fall wohl aus Schutz-, aber jedenfalls aus Zweckmäßigkeitsgründen von der Gültigkeit des Mandats aus: Zum einen will er den Mandataren die *actio mandati contraria* auf Aufwandsersatz erhalten, weil es unbillig erscheint, sie den Kosten der nicht für sie selbst geführten Geschäfte auszusetzen.⁵² Zum anderen wären aber bei Annahme eines ungültigen Auftrags dieselben Wirkungen im Wege der *negotiorum gestio* zu erzielen, ganz abgesehen davon, dass man die Käufer, die angesichts der Veräußerungsbefugnis des Gläubigers Eigentum erworben haben, in weiterer Folge schwerlich hindern könnte, diese Objekte zu verkaufen, an wen immer sie das wollen, also auch an die früheren Pfandschuldner.

IV. *frustra emere*

Der Hinweis auf ein vergebliches, d.h. zweckverfehlendes Kaufen (arg. *frustra emere*), den man bei Papinian in D. 13, 7, 40 pr. findet, wird ganz ähnlich in dem

⁴⁹ So auch *Russo Ruggeri* (Fn. 1), 2850–2852 bzw. *Cuena Boy* (Fn. 1), 104 f.

⁵⁰ So zu Recht *M. Zimmermann* (Fn. 1), 122 u. Fn. 431.

⁵¹ Zweifel noch bei *Kaden*, ZRG RA 62 (1942), 441, 443, ob eine solche Argumentation „der Klarheit klassischer juristischer Gedankengänge“ entspricht; für Klassizität hingegen schon *Carcatera*, ABari n.s. 3 (1940), 1, 6 ff.

⁵² Dieses Motiv der paulinischen Entscheidung ist zumindest dann naheliegend, wenn man mit *Cuena Boy*, BIDR 3. sér. 30 (1988), 677, 687 davon ausgeht, dass die Beauftragten die genauen Umstände nicht kannten.

Reskript Diocl./Maxim. C. 4, 38, 4 (a. 293) verwendet,⁵³ das an einen Rechtssuchenden namens Aurelius Lucianus ergeht und vom Juristen Hermogenian stammen dürfte:⁵⁴

Cum res tibi donatas ab herede donatricis distractas esse proponas, intellegere debueras duplicari tibi titulum possessionis non potuisse, sed ex donatione et traditione dominum factum frustra emisse, cum rei propriae emptio non possit consistere, ac tunc demum tibi profuit, si ex donatione te non fuisse dominum demonstretur.

sane quoniam omnia bona tibi ab ea donata et tradita dicis, ad hoc a filio facta venditio rerum maternarum adferre perfecta etiam donatione poterit defensionem, ne vel exemplo inofficiosi testamenti possit haec avocare.

„Weil du vorbringst, dass dir geschenkte Objekte vom Erben der Schenkerin (an dich) verkauft wurden, so musstest du erkennen, dass sich dir der Titel für den Besitz (an ihnen) nicht verdoppeln ließ. Vielmehr hast du, nachdem du durch Schenkung und Übergabe Eigentümer geworden warst, vergeblich gekauft, weil der (daraus resultierende) Anspruch auf Warenleistung bei einer eigenen Sache nicht bestehen kann. Ein solcher würde dir nämlich erst dann nützen, wenn dargelegt wäre, dass du aufgrund der Schenkung nicht Eigentümer wurdest.

Weil du freilich sagst, dass dir von ihr alle Güter geschenkt und übergeben wurden, könnte dir der vom Sohn erhobene Anspruch auf den Kaufpreis für die mütterlichen Güter, obwohl auch die Schenkung vollzogen wurde, insofern zur Verteidigung nützlich sein, als er diese (Schenkungen) nicht etwa nach dem Vorbild des pflichtwidrigen Testaments zurückfordern/anfechten kann.“

Der Anfragende kaufte vom Sohn und Erben Objekte, die ihm schon zuvor von der Erblasserin geschenkt und übergeben waren. Der kaiserliche Jurist hält fest, dass der Kauf auch in diesem Fall vergeblich getätigt wurde, weil sich daraus kein zusätzlicher Titel für den Besitz ableiten lässt. Denn der an sich gültige Kauf könne dem Anfragenden nicht dazu verhelfen, in weiterer Folge die Übergabe der ihm bereits gehörenden Sache (erneut) zu legitimieren (arg. *rei propriae emptio non possit consistere*).

Im zweiten Teil der Entscheidung wird dann deutlich, warum der Anfragende einen solchen Kauf überhaupt abgeschlossen hat, obwohl er sich ja bereits im Besitz der Objekte befunden hatte. Es wurden ihm von der Verstorbenen nämlich alle ihre Güter geschenkt und übergeben, weshalb er befürchten musste, dass der Sohn die betreffenden Schenkungen angesichts des ihm zuzubilligenden „Pflichtteilanspruchs“ anfechten würde.⁵⁵ Um die im ersten Teil des Reskripts erwähnten Güter jedenfalls behalten zu können, entschloss er sich deshalb zu einer Einigung mit dem Erben in Form eines darauf bezogenen Kaufvertrags. Wie Hermogenian darlegt, führt ein solcher Kauf, solange der Anfragende Eigentümer der Objekte ist (arg. *ex donatione te non fuisse dominum*), zwar

⁵³ Eine Doppelüberlieferung findet sich übrigens in fr. Vat. 293, 2, doch sind die sprachlichen Abweichungen in unserem Kontext nicht relevant. S. zum Beleg im Sinn der h.L. Harke, *Iuris prudentia Diocletiana*, 2019, 130 f. bzw. HRP/Ernst (Fn. 2), § 75 Rn. 436.

⁵⁴ Vgl. Honoré, *Emperors and Layers*, 2. Aufl., 1994, 163 ff. u. Fn. 315 f., 177 f.

⁵⁵ Wie Paul. 14 resp. D. 31, 87, 3 f. belegt, gewährt bereits Kaiser Severus Alexander eine an die etablierte *querela inofficiosi testamenti* angelehnte Anfechtungsklage gegen den Beschenkten. Vgl. Kaser (Fn. 5), I, 713 oder Wimmer, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/ Meissel/Platschek/Rüfner (Hrsg.), *Handbuch des römischen Privatrechts (HRP)*, 2023, § 55 Rn. 68 ff.

weder zu einem Anspruch auf Sachleistung (*emptio*) noch zu einem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises (*venditio*), doch hat die Tatsache, dass der Sohn das *pretium* einfordern wollte, dennoch Auswirkungen auf ein mögliches Anfechtungsverfahren. Sollte der Sohn nämlich die zuvor erwähnten Güter im Sinn der späteren *querella inofficiosae donationis* zurückfordern, wäre die von ihm erhobene Forderung, den Kaufpreis zu erhalten, dahingehend zu interpretieren, dass er mit dem vereinbarten *pretium* als Abschlagssumme für die Güter einverstanden war. Somit blieben diese dem Rechtssuchenden erhalten.

V. Fazit

Abschließend bleibt noch eine bei Cels. 8 dig. D. 50, 17, 185 überlieferte Regel zu erwähnen, die ursprünglich offenbar im Kaufrechtszusammenhang steht⁵⁶ und von Teilen der Lehre auch auf den Kauf eigener Sachen bezogen wird:⁵⁷

Inpossibilium nulla obligatio est.

„Es besteht im Hinblick auf Unmögliches keine Verbindlichkeit/Verpflichtung.“

Aber anders als etwa beim Kauf eines Hippozentauren⁵⁸ gehen die klassischen Juristen, wie die Ausführungen zeigen sollten, gerade nicht davon aus, dass das *emere* einer *res sua* etwas Unmögliches betrifft. Allerdings lehnt man die aus dem gültigen Vertragsabschluss ansonsten resultierenden Ansprüche auf Übergabe der Ware (*emptio*) und auf Preiszahlung (*venditio*) ab, weil eine Pflicht zur Bezahlung der eigenen Sache im Widerspruch zur *bona fides* stünde und bei einklagbarer Übergabe einer solchen Ware sowohl das Eviktionsprinzip als auch der daraus resultierende Käuferschutz unterlaufen wären.

Mit dem Wunsch, noch oft im Austausch mit Wolfgang Ernst über das römische Kaufrecht nachzudenken und dabei – wie stets – von seinen Gedanken zu profitieren: *Ad multos annos!*

⁵⁶ Lenel (Fn. 17), I, 139, 141 u. Fn. 1 reiht diese Entscheidung unter der Rubrik *empti venditi*. und verknüpft sie mit Belegen wie D. 19, 1, 31 pr. bzw. D. 21, 2, 31, was m.E. denkbar ist.

⁵⁷ So etwa Kaser (Fn. 5), I, 489 f. u. Fn. 13; M. Zimmermann (Fn. 1), 111; Apathy (Fn. 1), 11 u. Fn. 2 oder Stockebrand, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (Hrsg.), Handbuch des römischen Privatrechts (HRP), 2023, § 68 Rn. 19. Vorsichtiger diesbezüglich R. Zimmermann (Fn. 16), 690 f. bzw. Rodeghiero (Fn. 1), 150.

⁵⁸ Vgl. zu diesem Beispiel, freilich bezogen auf die *stipulatio*, Cels. 26 dig. D. 45, 1, 97 pr.

Vom rechtshistorischen Erkenntniswert antiker Tragödiendichtung: Überlegungen anhand Euripides' *Medeia*¹

Guido Pfeifer

I. Prolog

„Dasjenige auszusagen, was unsere Quellen über das Rechtsdenken vergangener Zeiten erkennen lassen“ – so hat Wolfgang Ernst das Ziel rechtsgeschichtlicher Forschung beschrieben.² Grundlegend für eine angemessene wissenssoziologische Erfassung des Rechts als Gesamtphänomen, mithin für die Epistemologie rechtshistorischer Forschung, ist nach Ernst der „Hiatus zwischen den rechtshistorisch aufschlussreichen Quellen als dem gleichsam empirischen Bezugspunkt unserer Erkenntnissuche und dem historischen Rechtsgeschehen, das sich als vergangener lebendiger Kommunikationsprozess jeder ‚Beobachtung‘ entzieht“.³ Eine qualitative Hierarchisierung des verfügbaren Quellenkorpus, zumal zwischen Normen, Rechtspraxis und theoretischer Reflexion des Rechts, hat epistemologisch indes keinen Mehrwert.⁴ Das trifft auch auf die nicht genuin juristische Überlieferung zu, die nicht in eine der drei genannten Kategorien fällt.

Unter den aus dem Altertum überlieferten literarischen Quellen gehören die großen Werke der griechischen Tragödie aus dem fünften Jahrhundert v. Chr. zweifellos zu den kulturell wirkmächtigsten Texten. Darunter zählt auch die *Medeia* des Euripides, ihre literarische Bedeutung belegen zahlreiche Nachdichtungen bereits in der Antike sowie Inszenierungen und Adaptionen bis in die jüngste Gegenwart. Dementsprechend ist auch der wissenschaftliche Diskurs über philologische, philosophische, psychologische, politische und sogar feministische Aspekte dieses Werks kaum zu übersehen.⁵ In *Medeia* spielt das Recht eine prominente Rolle, wenn auch in seiner Negation: Gleich zu Beginn

¹ Die Befassung d. Verf. mit der *Medeia* des Euripides geht zurück auf das im Wintersemester 2024/25 gemeinsam mit Ute Sacksofsky abgehaltene Seminar „Medusa und ihre Schwestern – Antike Mythen in rechtshistorischer und feministischer Perspektive“.

² Ernst, Rg 23 (2015), 256–259 (259).

³ Ernst (Fn. 2), 257.

⁴ Ernst (Fn. 2), 257 mit Bezugnahme auf die unter <http://ssrn.com/abstract=2526811> (13.11.2025) angestoßene Debatte; siehe auch Duwe/Oestmann, Rg 23 (2015), 255.

⁵ Zur künstlerischen Rezeption und zum wissenschaftlichen Diskurs siehe den Überblick bei Manuwald, Euripides. *Medea*, 2024, 49–57.

erfahren wir, dass Medea seitens ihres Mannes Iason Unrecht widerfahren ist;⁶ Medea konkretisiert das im Vorwurf, Iason sei eid- und rechtsbrüchig geworden, indem er eine neue Ehe eingegangen sei,⁷ während Iason seinerseits ihr entgegenhält, sie habe erst durch ihn Zugang zu einer Rechtsordnung und damit zur (griechischen) Zivilisation erlangt;⁸ in der Perspektive des Chors wiederum ist die gesamte (Rechts-)Ordnung auf den Kopf gestellt.⁹ Trotz dieser offenkundigen Rechtsbezogenheit des Tragödienstoffes wirkt die rechtshistorische Auseinandersetzung mit dem Text demgegenüber vergleichsweise spärlich.¹⁰ Bevor diesem Befund und der damit verbundenen Frage nach dem rechtsgeschichtlichen Erkenntnispotential der Tragödie nachgegangen wird, sollen aber Inhalt und Hintergrund der *Medeia* kurz in Erinnerung gerufen werden.

II. Text und Kontext der *Medeia* des Euripides

Gilbert Murray bezeichnet die *Medeia* des Euripides als „one of the consummate achievements of the Greek tragic genius“.¹¹ Wie alle antiken griechischen

⁶ Eur. Med. 26: ἐπεὶ πρὸς ἀνδρὸς ἦσθετ' ἡδικημένη („seit sie gewahrt wurde, dass sie von ihrem Mann Unrecht erlitten hat“); Text und Übersetzung nach *Manuwald* (Fn. 5), 82.

⁷ Eur. Med. 488–495: καὶ ταῦθ' ὕφ' ἡμῶν, ὦ κάκιστ' ἀνδρῶν, παθὼν / προὔδωκας ἡμᾶς, καὶνὰ δ' ἐκτήσω λέχη, / παῖδων γεγῶτων· εἰ γὰρ ἦσθ' ἅπαις ἔτι, / συγγνώστ' ἂν ἦν σοι τοῦδ' ἐρασθῆναι λέχους. / ὄρκων δὲ φροῦδῃ πίστις, οὐδ' ἔχω μαθεῖν, / εἰ θεοὺς νομίζεις τοὺς τότε οὐκ ἄρχειν ἔτι / ἢ καὶνὰ κείσθαι θέσμι' ἀνθρώποις τὰ νῦν, / ἐπεὶ σύνοισθ' ἄ γ' εἰς ἔμ' οὐκ εὖορκος ὢν („Und obwohl du diese Hilfe von mir, du schlechtesten der Männer, erfuhst, / hast du mich verraten und bist eine neue Ehe eingegangen, / wo wir doch Kinder haben. Denn wärest du noch kinderlos, / wäre es verzeihlich für dich, diese Ehe begehrt zu haben. / Dein eidliches Versprechen ist dahin, und ich kann nicht erkennen, / ob du glaubst, dass die damaligen Götter nicht mehr herrschen / oder dass jetzt neue Satzungen für die Menschen bestehen, / wo du dir doch bewusst bist, dass du mir gegenüber den Eid gebrochen hast“); Text und Übersetzung nach *Manuwald* (Fn. 5), 192–194.

⁸ Eur. Med. 534–538: μεῖζω γε μέντοι τῆς ἐμῆς σωτηρίας / εἴληφας ἢ δέδωκας, ὥς ἐγὼ φράσω. / πρῶτον μὲν Ἑλλάδ' ἀντὶ βαρβάρου χθονὸς / γαίαν κατοικεῖς καὶ δικὴν ἐπίστασαι / νόμοις τε χρῆσθαι μὴ πρὸς ἰσχύος χάριν („Allerdings hast du mehr für meine Rettung / bekommen, als du gegeben hast, wie ich zeigen werde: / Erstens bewohnst du statt Barbarenland griechische / Erde und verstehst dich darauf, unter Recht / und Gesetz zu leben, nicht so, dass Gewalt begünstigt wird“); Text und Übersetzung nach *Manuwald* (Fn. 5), 202–204.

⁹ Eur. Med. 410–414: ἄνω ποταμῶν ἱερῶν χωροῦσι παγαί, / καὶ δίκαια καὶ πάντα πάλιν στρέφεται· / ἀνδράσι μὲν δόλιαί βουλαί, θεῶν τ' οὐκέτι πίστις ἄραρεν („Bergauf fließt der heiligen Flüsse Wasser, / und die Ordnung von allem kehrt sich um: / Den Männern sind hinterlistige Pläne eigen, und ihr bei den / Göttern gegebenes Versprechen besteht nicht mehr sicher“); Text und Übersetzung nach *Manuwald* (Fn. 5), 174.

¹⁰ Bezeichnend erscheinen insoweit die randständigen Erwähnungen etwa im Beitrag Danielle Allens zum Verhältnis von griechischer Tragödie und Recht, vgl. *Allen*, in: Gagarin/Cohen (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, 2005, 374–393 (387 mit Fn. 32 und 391 mit Fn. 38) oder in Hans-Julius Wolffs Studie zum griechischen Eherecht, vgl. *Wolff*, *Traditio* 2 (1944), 43–95 (49 mit Fn. 39).

¹¹ In der Übersetzung von Gertrud und Erich Bayer: „eine der Gipfelleistungen des tragischen Genius der Griechen“; *Murray*, *Euripides und seine Zeit*, 1957 (engl. Orig.: *Euripides and His Age*, 1955).

Tragödien stellt der Stoff der Dichtung jedoch keine originäre Schöpfung des Autors dar, sondern aktualisiert einen tradierten Mythos.¹²

1. Mythos Medea

Die Geschehnisse um die Figur der Medea entstammen dem Kontext der Argonautensage:¹³ Medea ist die zauberkundige Tochter des Königs Aietes von Kolchis an der Schwarzmeerküste, der seinerseits ein Sohn des Sonnengottes Helios ist. Aus Liebe hilft sie dem Argonauten Iason, Neffe des Königs Pelias von Iolkos, das von einem Drachen bewachte Goldene Vlies des Widders aus dem Mythos von Helle und Phrixos zu rauben. Medea flieht mit Iason und den Argonauten und verschuldet dabei den Tod ihres Bruders Apsyrtos. In Iolkos verweigert Pelias die Übertragung der Königswürde auf Iason, die er ihm zuvor in Aussicht gestellt hatte; als Vergeltung hierfür überredet Medea die Töchter des Pelias, bei ihrem Vater einen Verjüngungszauber anzuwenden, wodurch Pelias aber den Tod findet. Medea und Iason ziehen daraufhin weiter nach Korinth. Hier setzt die Handlung von Euripides' *Medeia* ein: Iason will die Tochter des korinthischen Königs Kreon, Kreusa, heiraten und verlässt deshalb Medea. Nachdem diese sich vom athenischen König Aigeus einen Eid hat schwören lassen, der ihr sichere Zuflucht in Athen zusichert, schickt sie ihre Kinder mit einem vergifteten Kleid zu Kreusa, durch das diese und ihr Vater Kreon zu Tode kommen. Aus Rache an Iason tötet Medea schließlich ihre eigenen Kinder und entflieht auf einem von ihrem Großvater Helios gesandten Gefährt, das durch die Luft fliegen kann. Mit dieser Szene endet Euripides' *Medeia*. In einer weiteren Überlieferung heiratet Medea in Athen König Aigeus und gebiert ihm einen Sohn; infolge eines Konflikts mit ihrem Stiefsohn Theseus muss sie jedoch auch aus Athen fliehen.

2. Euripides als Tragödiendichter

Euripides, 480 oder 485 v. Chr. auf der Insel Salamis geboren, 406 v. Chr. in Pella in Makedonien gestorben, zählt zusammen mit Aischylos und Sophokles zu den großen drei Tragöden, unter denen er als „Philosoph“ gilt, zumal er mit Sokrates befreundet war.¹⁴ Er soll insgesamt 78 Dramen verfasst haben, von denen heute noch 19 erhalten sind; bei 22 Teilnahmen an Agonen und (nur) fünf Siegen (der letzte postum) war er deutlich weniger erfolgreich als die beiden Älteren, genoss aber bereits zu Lebzeiten eine hohe Wertschätzung, etwa bei Aristophanes, auch wenn dieser ihn in den „Fröschen“ verspottete.¹⁵ Zu den weiteren wichtigen Werken Euripides' zählen „Die Troerinnen“, „Der bekränzte Hippolytos“ u.a.¹⁶

¹² Zum folgenden siehe die Zusammenfassung bei *Manuwald* (Fn. 5), 6–10 mit zahlreichen Hinweisen auf weiterführende und vertiefende Literatur.

¹³ Eingehend *Ranke-Graves*, *Griechische Mythologie. Quellen und Deutung*, 1986, 577 ff.

¹⁴ *Manuwald* (Fn. 5), 3 f.

¹⁵ *Manuwald* (Fn. 5), 4.

¹⁶ *Manuwald* (Fn. 5), 4 f.

Die Aufführungspraxis der griechischen Tragödie ist geprägt durch den jährlichen Agon, in dem die Autoren zum Wettbewerb um die besten Dramen antraten;¹⁷ ähnlich wie im sportlichen Agon profitieren sowohl der einzelne wie auch die Gemeinschaft vom geordneten Wettkampf und der damit verbundenen Verbesserung der Fähigkeiten; spätestens seit Jacob Burckhardt und Friedrich Nietzsche zählt das agonale Element zu den Grundprinzipien der griechischen Kultur schlechthin.¹⁸

3. Handlungsgang

Zur formalen Struktur der Tragödie gehören insgesamt fünf Epeisodien, je unterbrochen von vier Stasima, Ständliedern des Chores, und gerahmt von Prologos und Exodos; hinzu kommt das Einzugslied des Chors (Parodos).¹⁹ Nach einem einführenden Bericht der Amme im Prolog und der Anteilnahme des Chors aus fünfzehn korinthischen Frauen beklagt Medea im ersten Epeisodion ihr Schicksal. König Kreon sagt ihr die Verbannung an, die im Wege der Hikesie um einen Tag verzögert wird. Im zweiten Epeisodion versucht Iason, sein Freien um Kreusa mit der Fürsorge für Medea und ihre Kinder zu rechtfertigen. Das zentrale, dritte Epeisodion bringt den Eid des Aigeus und den Racheplan Medeas: dies stellt zugleich die Peripetie dar, an der sich die Symmetrie der Gesamtstruktur festmacht. Im vierten Epeisodion gibt sich Medea Iason gegenüber als zur Vernunft gekommen und kündigt an, in die Verbannung zu gehen, wenn ihre Kinder in Korinth bleiben dürfen; diese schickt sie mit den vergifteten Geschenken zu Kreusa. Im fünften und letzten Epeisodion wird der Tod Kreusas und Kreons geschildert. Im abschließenden Exodos kommt Iason, um seine Kinder vor der Rache der Korinther zu retten, muss aber feststellen, dass Medea die Kinder bereits getötet hat. Nach gegenseitigen Schuldzuweisungen entflieht Medea auf ihrem Gefährt mit den leblosen Körpern der Kinder und entzieht diese so der Bestattung durch Iason.

4. Zeitgenössischer (Miss-)Erfolg, Überlieferung und Rezeption

Die *Medeia* wurde im Jahr 431 aufgeführt. Im Agon war Euripides mit dem Stück nicht erfolgreich, allerdings wurde die Tragödie in der Antike schnell beliebt und erlebte zahlreiche Aufführungen; die erste literarische Rezeption findet sich in einer römischen Fassung von Seneca. Abschriften des sog. „Staats-exemplars“ des Lykurg um 330 v. Chr. wurden über Alexandria und Byzanz tradiert.²⁰ In der frühen Neuzeit erfolgten Übersetzungen ins Lateinische, unter anderem von Erasmus von Rotterdam; deutsche Adaptionen verfassten im 19. und 20. Jahrhundert Franz Grillparzer und Hans Henny Jahn. Aber vor allem auch die *Medeia* des Euripides selbst zählt im Zusammenhang mit zeitgenössi-

¹⁷ Eingehend Hall, *Greek Tragedy*, 2010, 20 ff.

¹⁸ Dazu Weiler, *Leipziger sportwissenschaftliche Beiträge*, 2008, 4–26. Zur Wertung der Antilogie zwischen Medea und Iason als Agon siehe Hall (Fn. 17), 38.

¹⁹ Zu Inhalt und formaler Strukturierung der *Medeia* siehe Manuwald (Fn. 5), 11–24.

²⁰ Siehe Manuwald (Fn. 5), 58–61.

schen Inszenierungen antiker Dramen zum Standardrepertoire deutscher und europäischer Bühnen.²¹

III. Euripides' *Medeia* in der Perspektive rechtshistorischer Forschung

Spezifisch rechtshistorische Untersuchungen des Stücks als solchen sind wie bereits angedeutet eher die Ausnahme geblieben. Die wichtigsten seien im Folgenden kurz referiert.

Im zweiten Band von „Griechisches Rechtsdenken“ von 1952 zieht Erik Wolf die *Medeia* zur Charakterisierung der Begriffe *dike* und *nomos* bei Euripides heran.²² *Dike* wird als Göttin von Medea im Zusammenhang mit ihrem Racheverlangen angerufen.²³ Erik Wolf spricht daher von einem *physei dikaion*, das Medea als „die, die sie ist“ in Anspruch nimmt, nämlich als Barbarin gegenüber Griechen, und damit gerade nicht im hergebrachten Ordnungsrahmen aus *dike* und *nomos*, auf den sich Iason an der bereits eingangs zitierten Stelle beruft und dessen Medea überhaupt erst durch ihn teilhaftig geworden sei.²⁴ Gleichwohl wird die geplante Rache Medeias vom Chor zunächst als im Einklang mit dem Recht, als *endikos* angesehen.²⁵ Ganz anders fällt allerdings später die Einschätzung der ausgeführten Rache in Form der Tötung der Kinder durch den Chor aus, was als Verstoß gegen den *nomos* gewertet wird.²⁶ Die Diskrepanz zwischen der gleichsam individualisierten *dike* und dem allgemeinen *nomos* wertet Wolf über ein bloßes philosophisches „Raisonnement“ Euripides' hinaus als Konsequenz aus der Erfahrung des Sittenverfalls seiner Zeit.²⁷

Eine erkenntnistheoretisch völlig andere Herangehensweise findet sich bei der Untersuchung von Edith Hall zum Strafrecht der *Medeia* als einem weiteren inhaltlichen Aspekt der Tragödie.²⁸ Angesichts des Befunds, dass sich Tragödien und Gerichtsverhandlungen im Hinblick auf die Beurteilung moralischer Fragen, der Zuweisung von Schuld sowie der Bewilligung von Strafen ähneln,²⁹ thematisiert und „prüft“ sie am Beispiel Medeias gewissermaßen die Abgrenzung

²¹ Zur Rezeption des Stücks und des Stoffes siehe bereits oben bei Fn. 5.

²² Wolf, Griechisches Rechtsdenken, Band II: Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik, 1952, 373 ff.

²³ Eur. Med. 765 f., vgl. Wolf (Fn. 22), 384.

²⁴ Eur. Med. 534–538, siehe oben bei Fn. 8.

²⁵ Eur. Med. 266.

²⁶ Eur. Med. 811, ähnlich im Hinblick auf die Verletzung des eigenen *oikos* durch den Verwandtenmord, vgl. Eur. Med. 1268; dazu Wolf (Fn. 22), 393.

²⁷ Wolf (Fn. 22), 393: „Eine schauerliche Bestätigung dieser gnomischen Erkenntnis eingetretener *dike*-Verkehrung unter den Menschen ist es, daß Jason, der *aner adikos*, der von ihm in ihrer *dike* unheilbar gekränkten Medea (die ihrerseits eine über alles menschenmögliche Maß von *dike* hinausgehende Untat vorbereitet), vorhält: sie, die Barbarin, habe erst in der Ehe mit ihm gelernt, was *nomos* und *dike* sei.“

²⁸ Hall, in: Fischer-Lichte/Dreyer (Hrsg.), Antike Tragödie heute. Vorträge und Materialien zum Antiken-Projekt des Deutschen Theaters, 2007, 83–93.

²⁹ Hall (Fn. 28), 83. Zur Nähe von Gericht und Drama siehe auch Garner, Law and Society in Classical Athens, 1987, 97 ff.; kritisch Vismann, Medien der Rechtsprechung, 2011, 86.

von vorsätzlichem und nicht-vorsätzlichem Handeln, respektive die Differenzierung vernünftigen und unvernünftigen Handelns im emotionalen Affekt,³⁰ sowie die Frage der Schuldfähigkeit in diesem Zusammenhang, zumal die einer Frau.³¹ Normative Referenzen findet sie dabei gleichermaßen in der Rede des Lysias gegen Eratosthenes³² wie im englischen Homicide Act von 1957.³³ Diese Anachronismen sind indes insoweit methodisch unproblematisch, als es Hall gerade darum geht, dem Phänomen der beständigen Wiederentdeckung der Tragödie und der steten Erneuerung des Interesses an ihr bis in die Gegenwart auf den Grund zu gehen.³⁴ Die Perspektive des Rechts dient insoweit als Hilfsmittel, um die überzeitliche Perzeption der Tragödie nachvollziehbar zu machen.

Delfim Leão hat dagegen die rechtlichen Umstände von Euripides' Drama in den Blick genommen, um zu eruieren, wie sie gemeinsam mit weiteren ethischen, religiösen, kulturellen und ästhetischen Aspekten die Perspektive des zeitgenössischen athenischen Publikums bestimmten; dabei konzentriert er sich vor allem auf das Ehe- und Ehescheidungsrecht sowie auf das Kindschafts- und das Bürgerrecht und ihre jeweiligen Wechselbezüglichkeiten.³⁵ Seine Untersuchung gleicht die Darstellung Euripides' terminologisch und institutionell mit den seinerzeitigen Rechtsvorstellungen in Athen ab, die er vor allem aus den einschlägigen Reden aus dem Corpus Demosthenicum und mit Plutarchs Biographie des Perikles gewinnt. Die Situation Medeas als Fremde (*xene*) ohne Zugehörigkeit zu einem *kyrios*, zu einem *oikos* sowie zu einer *polis* stellt sich in der Gesamtschau für das Publikum Athens als eine in zugespitztem Maße recht- und damit ausweglose dar,³⁶ die sich bereits in der anfänglichen Selbstbeschreibung Medeas spiegelt.³⁷ Abgesehen von der Tatsache, dass Leão seine Vergleichsfolie aus deutlich jüngeren Referenztexten gewinnt, gleicht seine Analyse einer Subsumtion der Tragödie unter die rekonstruierte Rechtsordnung Athens im fünften bzw. vierten Jahrhundert. Entsprechend dem erklärten Erkenntnis-

³⁰ Hall (Fn. 28), 84 f.

³¹ Hall (Fn. 28), 88 f. Anknüpfungspunkt hierfür sind die umstrittenen Verse Eur. Med. 1078–1080: καὶ μανθάνω μὲν οἷα δρᾶν μέλλω κακά, / θυμὸς δὲ κρείσσων τῶν ἐμῶν βουλευμάτων, / ὅσπερ μεγίστων αἴτιος κακῶν βροτοῖς („Und ich begreife, welch schlimme Tat ich zu tun vorhabe, / aber das zorngefüllte Gemüt ist stärker als meine Überlegungen, / das die Ursache größten Leids für die Menschen ist“); Text und Übersetzung nach *Manuwald* (Fn. 5), 324. Zur Frage der Echtheit der Stelle *Manuwald* (Fn. 5), 426–428 mit weiterer Literatur; zur Deutung *Schwinge*, *Poetica* 35 (2003), 275–305 (276–279) mit weiteren Nachweisen.

³² Hall (Fn. 28), 88.

³³ Hall (Fn. 28), 87.

³⁴ Hall (Fn. 28), 93.

³⁵ Leão, *Epetiris* 43 (2011), 9–26.

³⁶ Konsequenter, allerdings eher beiläufig, wird in diesem Zusammenhang auf die Bedeutung des von Aigeus angebotenen Asyls hingewiesen, *Leão* (Fn. 35), 14.

³⁷ *Leão* (Fn. 35), 15 mit Verweis auf Eur. Med. 255–258: ἐγὼ δ' ἔρῃμος ἄπολις οὐδ' ὑβρίζομαι / πρὸς ἀνδρός, ἐκ γῆς βαρβάρου λελησμένη, / οὐ μητέρ', οὐκ ἀδελφόν, οὐχὶ συγγενῇ / μεθορμίσασθαι τῆσδ' ἔχουσα συμφορᾶς („ich bin einsam, ohne Stadtgemeinschaft, werde schändlich behandelt / von meinem Mann, aus fremdem Land entführt, / habe keine Mutter, keinen Bruder, keinen Verwandten, / bei denen ich Zuflucht finden konnte aus dieser Not“); Text und Übersetzung nach *Manuwald* (Fn. 5), 134.

interesse³⁸ befördert sie dadurch das Verständnis des historischen Empfängerhorizonts und so mittelbar auch des Dramas selbst: Zwar finden sich bei Euripides keine klar umrissenen Tatbestände als Hintergrund, sondern allenfalls Anspielungen auf mögliche Konstellationen, die dem Publikum zu Assoziationen verhelfen bzw. entsprechende Wirkung hervorgerufen haben dürften.³⁹ Allerdings bleiben im Rahmen dieser Perspektive der zugrundeliegende Mythos und seine Aktualisierung durch Euripides, die sich möglicherweise nicht auf Referenzen gegenüber der eigenen Gegenwart beschränkt, weitgehend außer Betracht,⁴⁰ und die Untersuchung generiert recht eigentlich keinen eigenen rechtshistorischen Erkenntniswert; vielmehr gewährt die rechtgeschichtliche Perspektive eine hermeneutische Hilfestellung für das Verständnis der Dichtung.

Eine exemplarische Wortschatzanalyse ist der Ausgangspunkt für Stefania Giombinis Untersuchung.⁴¹ Aus der Intensität des juristischen Sprachgebrauchs bei Euripides schließt sie auf seine grundsätzliche Motivation hinsichtlich der Darstellung von Recht und Unrecht.⁴² Speziell in der *Medeia* sieht sie zwei Rechtsschichten kontrastiert: eine ältere, archaische, die sich an der Referenz der „Barbarin“ Medea gegenüber der *themis* als göttlicher Grundordnung bzw. als Naturrecht⁴³ und dem Eid und seiner schwindenden Bedeutung ablesen lässt,⁴⁴ und eine jüngere, klassische, die sich etwa im Eherecht anhand der Mitgiftbestellung und Ehescheidung sowie im Fremdenrecht anhand des Exils Medeas nachzeichnen lässt.⁴⁵ Euripides lässt archaisches und klassisches, also für ihn zeitgenössisches Recht, in der Figur der Frau und Barbarin Medea aufeinandertreffen und reflektiert sie auf diese Weise, so Giombini.⁴⁶ Fokussieren lässt sich dies nicht zuletzt im großen Monolog Medeas, der die korinthischen Frauen adressiert.⁴⁷ Anders als in der Bewertung von Euripides' Dichtung durch Erik Wolf⁴⁸ bleibt es hier allerdings beim deskriptiven Befund des großen Informationswerts der Quelle.

In der wohl jüngsten Annäherung aus dem vergangenen Jahr hat der Frankfurter Philosoph Jonas Heller anhand eines Vergleichs von Euripides' Tragödie und dem Roman *Medea: Stimmen* von Christa Wolf (1996) das Handeln Medeas

³⁸ *Leão* (Fn. 35), 9.

³⁹ *Leão* (Fn. 35), 15.

⁴⁰ Bezogen auf die historische Kontextualisierung am Beispiel der Fragen zu Ehe und Ehescheidung etwa kann eine Anspielung auf ein kolchisches oder korinthisches Eheverständnis der ausgehenden Bronzezeit *a priori* genauso wenig ausgeschlossen werden wie die auf ein „klassisches“ des 4. Jahrhunderts in Athen. Euripides jedenfalls nimmt an keiner Stelle ausdrücklich Bezug auf die klassische Form der Eheschließung der *engye* einschließlich Bestellung einer Mitgift, auch wenn der „Kauf“ eines Mannes in Eur. Med. 233 auf letztere hindeuten könnte.

⁴¹ *Giombini*, *Archai* 22 (2018), 199–228.

⁴² *Giombini* (Fn. 41), 202.

⁴³ Eur. Med. 160 ff.

⁴⁴ *Giombini* (Fn. 41), 203 ff.

⁴⁵ *Giombini* (Fn. 41), 208 ff., bezüglich des Eherechts durchaus anschließend an *Leão* (Fn. 35).

⁴⁶ *Giombini* (Fn. 41), 223.

⁴⁷ Eur. Med. 214–251; dazu *Giombini* (Fn. 41), 209 ff.

⁴⁸ Oben bei Fn. 27.

im Hinblick auf die politische Ordnung im Spannungsfeld zwischen *oikos* und *polis* thematisiert.⁴⁹ Zentraler Gegenstand seiner in erster Linie auf einer theoretischen Ebene angesiedelten Untersuchung ist das ambivalente Verhältnis von Gewalt und Recht, das sich – im Anschluss an Walter Benjamin – anhand der Phänomenologie rechtmäßiger bzw. unrechtmäßiger Gewalt auf der Ebene des Individuums sowie der staatlichen Ordnung problematisieren lässt.⁵⁰ Anknüpfungspunkt hierfür ist nicht zuletzt die bereits bei Erik Wolf⁵¹ herangezogene differenzierte Reaktion des Chors auf Medeas Handeln: Während die rechtmäßige (*endikos*) Rache als stützend im Hinblick auf die existierende Ordnung gesehen werden kann,⁵² gefährdet der Mord an den Kindern die Struktur von *oikos* und *polis*.⁵³ Nach Heller ist jedoch bereits Medeas Anrufung der Göttin Themis nicht mehr als ordnungserhaltend zu bewerten, vielmehr prangert sie in seiner Deutung damit gerade die Dysfunktionalität der bestehenden Ordnung an.⁵⁴ In der Zuspitzung der vollkommen rechtlosen Situation Medeas als exilierter Person auf der Flucht (*phygas*) – die allerdings die durch den Eid abgesicherte Asylgewährung durch Aigeus vollständig ausblendet – zeigt sich die aporetische Situation, in die Frauen in der griechischen Polis ganz allgemein gestellt sind und aus der Medeas Gewalt eine Exit-Strategie darstellt.⁵⁵

IV. Eine Geschichte der Defizite des Rechts?

Im Überblick zeigen die referierten Beispiele rechtshistorischer Forschung zu Euripides' *Medeia* sowohl zahlreiche überzeitliche Aspekte als auch ein weites Spektrum potenzieller (!) realer bzw. historischer Hintergründe der Funktion und Grenzen des Rechts im Hinblick auf Medeas Konflikt.⁵⁶ Bei genauerer Betrachtung sind es aber vor allem die Defizite der Rechts- und Gesellschaftsordnung, die im Zusammenhang mit dem Widerspiel von Devianz und Konformität zutage treten und die Diskussion über Normen provozieren.⁵⁷ Im Anschluss an den Germanisten Hans-Dieter Gelfert fragt Winfried Schmitz nach dem histo-

⁴⁹ Heller, *New German Critique* 51/3, 193–215.

⁵⁰ Heller (Fn. 49), 199 f.

⁵¹ Oben bei Fn. 25.

⁵² Philipp Ruch wertet die Rache Medeas bei Euripides als eines von mehreren Beispielen dafür, wie ein zulässiger Gewaltraum und damit eine Rachenorm durch transgressive Handlungen visualisiert wird, siehe Ruch, *Ehre und Rache. Eine Gefühlsgeschichte des antiken Rechts*, 2017, 253.

⁵³ Heller (Fn. 49), 198 f.

⁵⁴ Heller (Fn. 49), 201.

⁵⁵ Heller (Fn. 49), 204.

⁵⁶ Eine eigenständige textbasierte Untersuchung war im hier vorgegebenen Rahmen nicht möglich und muss einem anderen Format vorbehalten bleiben. Das betrifft insbesondere den Eid des Aigeus, der in nahezu allen referierten Untersuchungen weitgehend unterbelichtet bleibt.

⁵⁷ So zum Konflikt als Grundlage der politischen Tragödie Schmitz, in: Hölkeskamp/Hoffmann-Salz/Kostopoulos/Lentzsch (Hrsg.), *Die Grenzen des Prinzips. Die Infragestellung von Werten durch Regelverstöße in antiken Gesellschaften*, 2019, 63–79 (63).

rischen Ort der Tragödie und identifiziert ihn in der Übergangsphase von der hierarchisch strukturierten aristokratischen Gesellschaft zu einem demokratisch verfassten egalitären Gemeinwesen; die Tragödie hegt den Konflikt um die gesellschaftlichen Bruchstellen ein und macht ihn im Wege der Katharsis für die Zuschauer aushaltbar.⁵⁸ Rechtshistorisch gewendet bietet die Tragödie damit einen Austragsort und Reflexionsraum für gesellschaftliche Kontroversen und Dilemmata, die das rechtliche Instrumentarium (allein) nicht zu lösen vermag. Insoweit lässt sich ihre literarisch-künstlerische Verarbeitung vielleicht sogar als Alternative zum Recht verstehen, jedenfalls aber als Form der Rechtskritik.⁵⁹

V. Epilog

Die *Medeia* des Euripides fiel im Urteil der Zeitgenossen zunächst nicht nur beim Publikum durch, sondern zog auch auf theoretischer Ebene Kritik auf sich, insbesondere in der Poetik des Aristoteles im Hinblick auf den *deus ex machina* am Ende des Dramas.⁶⁰ Zur Zeit der Abfassung dieses Texts im Jahr 2025 stehen das Werk oder eine seiner Adaptionen auf den Spielplänen zahlreicher Bühnen von Berlin über Leipzig, Köln und Wien bis Chicago.⁶¹ Der eigentliche, in der Vergangenheit lebendige Kommunikationsprozess über den tragischen Konflikt und die darin gespiegelte und fokussierte Gesellschafts- und Rechtskritik mag sich unserer Beobachtung entziehen. Sehr deutlich aber können wir anhand der Überlieferung erkennen, wie intensiv das Recht, aber auch seine Defizite im Rahmen der Tragödie zum Thema des gesellschaftlichen Diskurses gemacht wurden. Das macht die antike Tragödie zum lohnenden Gegenstand der rechtsgeschichtlichen Forschung und zum Anlass des inter- und transdisziplinären Gesprächs.

⁵⁸ Schmitz (Fn. 57), 76 f. mit Zitat Gelfert in Fn. 79; Schmitz' Betrachtung bezieht sich auf Euripides' *Andromache* im Kontext des perikleischen Bürgerrechtsgesetzes.

⁵⁹ Zur griechischen Verfassungs- und Gesetzeskritik sowie zum Begriff der Rechtskritik als solcher Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike*, 1974, 14 ff.

⁶⁰ Aristot. poet. 1454a–b; dazu Manuwald (Fn. 5), 18 ff., bes. 23 f.

⁶¹ Startpage-Abfrage zu „Medea 2025“ (29.6.2025).

Die Ermöglichungsfunktion des AGB-Rechts und ihre besondere Bedeutung für Haftungsfreizeichnungsklauseln

Thomas Pfeiffer

I. Einleitung

Wie wenige andere steht *Wolfgang Ernst* für den Blick auf Grundfragen des Zivilrechts, die er auf breiter, vor allem rechtshistorisch und rechtsvergleichend inspirierter Grundlage zu betrachten pflegt. Das lässt ihn freilich nicht vor den Niederungen der Ebene zurückschrecken, weshalb sein breites wissenschaftliches Werk auch das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Gegenstand hat.¹ Der Verfasser hofft daher, mit dem nachfolgenden Text zugleich in zweierlei Hinsicht auf das geneigte Interesse des Jubilars zu treffen.

II. Die Ermöglichungsfunktion des Zivilrechts am Beispiel des Vertragsrechts

Die Funktionen der Zivilrechtsordnung sind vielfach erörtert worden. Das klassische Verständnis zivilrechtlicher Privatautonomie beschreibt etwa die 1989 ergangene Handelsvertreterentscheidung des BVerfG wie folgt:

„Auf der Grundlage der Privatautonomie, die Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist, gestalten die Vertragspartner ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich. Sie bestimmen selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind, und verfügen damit zugleich über ihre grundrechtlich geschützten Positionen ohne staatlichen Zwang. Der Staat hat die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen grundsätzlich zu respektieren.“²

Weiterführend heißt es in der Bürgschaftsentscheidung aus dem Jahr 1993: Der Gesetzgeber müsse

„der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben einen angemessenen Betätigungsraum eröffnen. Nach ihrem Regelungsgegenstand ist die Privatautonomie notwendigerweise auf staatliche Durchsetzung angewiesen. Ihre Gewährleistung denkt die justitielle Realisierung gleichsam mit und begründet daher die Pflicht des Gesetzgebers, rechtsge-

¹ *Ernst*, in: Remien/Herrler/Limmer (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011, 2012, 94.

² BVerfGE 81, 242 juris Rn. 45.

schäftliche Gestaltungsmittel zur Verfügung zu stellen, die als rechtsverbindlich zu behandeln sind und auch im Streitfall durchsetzbare Rechtspositionen begründen.³

Das BVerfG hebt damit zwei zentrale Elemente der Ermöglichungsfunktion des Vertragsrechts hervor, nämlich die selbstbestimmte Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen unter Privaten und die Möglichkeit, die damit begründeten Rechtsbeziehungen mit Verbindlichkeit auszustatten und diese Verbindlichkeit auch durch eine zwangsweise Durchsetzbarkeit zu unterlegen.

Soweit es um die Verbindlichkeit geht, betont das BVerfG mit diesen Formulierungen vor allem die Möglichkeit, subjektive Privatrechte, insbesondere Ansprüche, gegenüber Dritten begründen und innehaben zu können, die in der Tat ein wesentliches Funktionselement des Privatrechts darstellt. Neben dieser Sanktions- und Durchsetzungsseite ist aber die Verpflichtungsmöglichkeit mindestens ebenso bedeutsam. Zur Erläuterung kann ein kleines gedankliches Experiment dienen:

Worin die Funktion einer durchsetzbaren Zivilrechtsordnung liegt, lässt sich besonders gut erkennen, wenn man ihr Vorhandensein einmal hinwegdenkt. Es liegt auf der Hand, dass es auch ohne die Existenz eines Zivilrechts, gleichviel ob kodifiziert oder nicht, vertragliche Vereinbarungen gäbe. Menschen sind auf den Gütertausch und die Fixierung von Vereinbarungen angewiesen. Gäbe es kein verbindliches Recht, bestünde zwar kein rechtlicher, aber wohl doch vielfach ein faktischer Zwang oder zumindest ein Anreiz, gegebene Versprechen, etwa aus Reputationsgründen oder aufgrund unmittelbarer oder mittelbarer ökonomischer Vorteile, einzuhalten. Ein international bekanntes Beispiel für derartige Phänomene findet sich in Art. 179 des englischen Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, wonach arbeitsrechtliche Kollektivverträge grundsätzlich rechtlich nicht bindend oder durchsetzbar sind. Sie werden aber dennoch geschlossen, weil es faktische Zwänge oder Anreize gibt, sie gleichwohl einzuhalten. Auch die Existenz von Naturalobligationen oder unvollkommener Verbindlichkeiten im deutschen Recht lässt sich als Ausdruck dieses Phänomens begreifen.⁴

Ein Unterschied zwischen dieser auf faktischem Zwang oder bloßem Anreiz beruhenden Einhaltung von Verträgen einerseits und rechtlicher Verbindlichkeit andererseits, die mit einem Durchsetzungsmechanismus unterlegt ist, besteht vor allem im unterschiedlichen Grad an Verlässlichkeit. Der bloße faktische Zwang oder Anreiz zur Einhaltung von Verträgen birgt im Vergleich zu einem auch rechtlich durchsetzbaren Vertrag weitaus größere Risiken. Das betrifft einestails Streitfälle und andererseits die mangelnde Möglichkeit einer Durchsetzungsklage bei fehlender Leistungsfähigkeit oder (auch nachträglich) fehlender Leistungsbereitschaft. Trotz mangelnder rechtlicher Verbindlichkeit ist der Abschluss von Verträgen möglich, doch stellt ein Abschluss ein weitaus riskanteres Geschäft dar, wenn vertragliche Positionen rechtlich nicht verbindlich oder nicht gerichtlich durchsetzbar sind.

³ BVerfGE 89, 214 juris Rn. 52.

⁴ Hierzu eingehend *Schulze*, Die Naturalobligation, 2008, etwa 289 ff., 594 ff.

Demgegenüber ermöglicht das Bestehen einer Zivilrechtsordnung, diesen Positionen auch rechtliche Verbindlichkeit zu verleihen. Erst durch die Existenz der Zivilrechtsordnung kann die Partei ihrer eigenen Äußerung rechtliche Verbindlichkeit als bindende Erklärung verschaffen; spiegelbildlich kann die Gegenpartei nur hierdurch Rechte gegenüber der anderen Seite erwerben. Insoweit umfasst die Ermöglichungsfunktion beides – einerseits (und zuerst) die Kompetenz des Erklärenden, seine eigene Erklärung mit rechtlicher Verbindlichkeit auszustatten, wie auch andererseits die Möglichkeit des Adressaten, aufgrund der Erklärung rechtlich verbindliche Positionen erwerben zu können. Dabei ist klar, dass die Ermöglichungsfunktion des Vertragsrechts nicht nur das Bestehen durchsetzbarer Ansprüche, sondern auch deren verbindliche Ausgestaltung durch Regelung von Voraussetzungen und Einwendungen zum Gegenstand hat.

III. Ermöglichungsfunktion des AGB-Rechts

1. Unmöglichkeit und Schwierigkeit von Individualvereinbarungen

Allerdings stellt sich die Ermöglichungsfrage im deutschen Vertragsrecht vor dem Hintergrund einer Aufspaltung vertragsrechtlicher Gestaltungsfreiheit in zwei inzwischen sehr unterschiedliche Sphären.⁵ Bei Individualvereinbarungen besteht vertragliche Gestaltungsfreiheit bis zur Grenze der Gesetzes- und Sittenwidrigkeit (§§ 134, 138 BGB), wohingegen die Gestaltungsfreiheit bei AGB durch die Vorschriften über die Inhaltskontrolle (§§ 307–310 BGB) deutlich stärker beschränkt wird.

Vor diesem Hintergrund geht ein im AGB-Recht häufiges Argumentationsmuster dahin, dass Parteien im Falle der Unwirksamkeit einer bestimmten vertraglichen Gestaltung auf die Möglichkeit einer individuellen Vereinbarung verwiesen werden. Diese Verweisung auf die Möglichkeit der Individualvereinbarungen leidet potentiell allerdings an zwei strukturellen Problemen.

Im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen AGB und Individualvereinbarungen beruht § 305 BGB in seiner in der Rechtsprechung gefundenen Auslegung auf einer gewissen Formalisierung des AGB-Begriffs, die auch Fälle umfassen kann, in denen es jedenfalls nicht an der verfassungsrechtlich geforderten individuellen Selbstbestimmung fehlt.⁶ Soweit es um die Inhaltskontrolle geht, liegt ein zentraler Grund der gegenwärtig vielfach beklagten Unzuträglichkeiten der AGB-Kontrolle im Unternehmensverkehr in einem grundlegenden Strukturproblem im Rahmen der nach § 307 BGB erforderlichen Interessenanalyse: Die zutreffende Feststellung, dass auch im Unternehmensverkehr eine AGB-rechtliche Inhaltskontrolle geboten sein kann, birgt die Gefahr, den Blick auf die Schutzbedürfnisse des Vertragspartners zu verengen. Eine solche Perspektive beachtet nicht hinreichend, dass der AGB-Verwender vielfach vor dem Pro-

⁵ Pfeiffer, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe (Hrsg.), Jahresband 2022/23, 2024, 75.

⁶ Pfeiffer (Fn. 5), 75 ff.

blem steht, bestimmte Regelungen für alle praktischen Zwecke nur in AGB oder gar nicht vereinbaren zu können. Wird ihm dies AGB-rechtlich versagt, dann droht das Zivilrecht, eine zentrale Aufgabe zu verfehlen, nämlich seine Ermöglichungsfunktion. Das Zivilrecht muss diejenigen Rechtsfiguren bereitstellen, die für ein sinnvolles Funktionieren des Rechtsverkehrs und für eine privatautonome Gestaltung durch die Rechtssubjekte erforderlich sind. Diese Funktionen müssen mit den berechtigten Schutzbedürfnissen unternehmerischer Vertragspartner in Ausgleich gebracht werden.⁷

Selbst wenn es aber um Konstellationen geht, in denen der Abschluss von Individualvereinbarungen praktisch nicht vollständig ausgeschlossen ist, bleibt ein Problem. Auch im Vertragsrecht gilt das alte Prinzip: „Dem Verkehr ist gedient, wenn man *leicht* und *sicher* geht.“⁸ Nicht nur eine praktische Unmöglichkeit des Abschlusses einer Individualvereinbarung, sondern schon eine Erschwerung berührt die Ermöglichungsfunktion des Rechts. Schon die Verweisung auf Individualvereinbarungen führt zu einer Erschwerung, die zumindest im Einzelfall bewirken kann, dass eine bestimmte vertragliche Vereinbarung zwar nicht schlechthin unerreichbar ist, aber doch deutlich beeinträchtigt wird.

2. Aspekte der Ermöglichungsfunktion

a) *Vermeidung des Verbots ganzer Geschäftsmodelle*

Eine erste Ausprägung der Ermöglichungsfunktion bezieht sich auf Geschäfte als Ganzes. Werden bestimmte Geschäftsmodelle von vornherein verboten, so können sie auf dem Markt nicht ausgetestet werden. Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren wird ausgeschaltet. Das Recht wirkt dann innovationsfeindlich.⁹

Eine gesetzliche Ausprägung findet das Ziel, ein Verbot ganzer Geschäftsmodelle zu vermeiden, soweit es um die AGB-Inhaltskontrolle geht, vor allem in § 307 Abs. 3 BGB. Die Parteien sind in der Festlegung ihrer Hauptleistungspflichten auch AGB-rechtlich frei. Denn welche Hauptleistung eine Vertragspartei zu erbringen bereit ist, bleibt ihr in einer auf freier Persönlichkeitsentfaltung beruhenden und dezentral-marktwirtschaftlich gesteuerten Rechts- und Wirtschaftsordnung bis zur Grenze der Gesetzes- und Sittenwidrigkeit selbst überlassen. Eine AGB-Kontrolle von Hauptleistungen ist deshalb aber nicht nur autonomie- und systemwidrig. Sie ist auch unnötig; der Vertragspartner widmet dem Preis – die erforderliche Transparenz vorausgesetzt – auch bei dessen Aufnahme in AGB hinreichende Aufmerksamkeit. Von dem rationalen Desinteresse, das er vorformulierten Klauseln wegen des Kenntnisaufwands und wegen der ohnehin kaum sinnvoll möglichen oder unverhältnismäßig aufwändigen Aushandlung vielfach entgegenbringt, kann bei den Hauptleistungen der Parteien keine Regel sein. Eine AGB-Kontrolle von Preisklauseln ist des-

⁷ Pfeiffer, NJW 2017, 913 (917).

⁸ Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 2 II 2, S. 137 – Hervorhebung im Original.

⁹ Pfeiffer, ZRP 2013, 65.

halb überflüssig und erschiene als übergriffige Einmischung des Staates in die Verhältnisse Privater.¹⁰ Über § 307 Abs. 3 BGB hinaus ist die AGB-rechtliche Ermöglichungsfunktion aber auch im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB bedeutsam. Welches Geschäftsmodell die Parteien anbieten und akzeptieren wollen, ist in erster Linie ihre Angelegenheit. Zumindest im Sinne eines AGB-rechtlichen Abwägungsbelangs ist deshalb zu berücksichtigen, dass das AGB-Recht ein Verbot ganzer Geschäftsmodelle möglichst vermeiden soll.¹¹

b) Wirtschaftliche Bedeutung einzelner Klauseln

Auch bei der Bewertung einzelner Klauseln kann die Ermöglichungsfunktion Bedeutung erlangen. Hier geht es um Fälle, in denen die Kalkulation des Verwenders auf einer bestimmten Klausel in dem Sinne aufbaut, dass sich ein bestimmtes Angebot ohne die Klausel wirtschaftlich nicht sinnvoll darstellen lässt und ein Vertragsschluss deshalb Gefahr läuft, ganz zu unterbleiben.¹² Auch in derartigen Fällen muss die Ermöglichungsfunktion des Zivilrechts als Abwägungsbelang bei der Anwendung der Generalklausel des § 307 BGB berücksichtigt werden.

3. Beispielhafte Ausprägungen

a) „Bring-or-pay“

Ein vieldiskutiertes Beispiel für die Unmöglichkeit oder Erschwerung eines bestimmten Geschäftsmodells bildet die Entscheidung des BGH zur „Bring-or-pay“-Klausel eines Abfallentsorgers. Dort hatte der Verwender zur Schaffung einer verlässlichen Kalkulationsgrundlage die Abnahmeverpflichtung für den angelieferten Abfall so ausgestaltet, dass im Falle einer unter der reservierten Menge bleibenden Abfallanlieferung und fehlendem Ausgleich durch Mehranlieferung innerhalb eines Quartals die reservierte Abfallmenge auch bezahlt werden muss, was der BGH für unwirksam hielt.¹³ Damit wird freilich nicht nur die einzelne Klausel, sondern zugleich das ganze Geschäftsmodell des Verwenders kassiert.¹⁴ Der Verwender wird namentlich daran gehindert, mit festen, kostenpflichtigen Reservierungen zu arbeiten und seine Kalkulation darauf aufzubauen.

¹⁰ Pfeiffer, LMK 2017, 394827.

¹¹ Pfeiffer, in: Pfeiffer, AGB-Recht, 8. Aufl. 2026, § 307 BGB Rn. 182a.

¹² S. das Beispiel bei Kähler, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand 1.9.2025, § 307 BGB Rn. 10.

¹³ BGH NJW 2013, 856.

¹⁴ Müller, LMK 2013, 342776; zu den Auswirkungen auf die Refinanzierung Faber/Rieger, NJW 2013, 858 (859).

b) Freizeichnungsklauseln

Einen besonderen Schwerpunkt der Diskussion über eine notwendige Reform der AGB-Kontrolle im Unternehmensverkehr bilden indessen Haftungsfreizeichnungsklauseln. Hier hat der BGH über § 309 Nr. 7 BGB hinaus auch für den Unternehmensverkehr ein breitflächiges System der Klauselkontrolle entwickelt, dessen Kern darin besteht, dass auch im Unternehmensverkehr eine Freizeichnung von der Verletzung von Kardinalpflichten sowie der Verletzung von Leib und Leben auch für Fälle leichter Fahrlässigkeit praktisch ausgeschlossen ist,¹⁵ weshalb – nach einem bekannten Diktum von *Graf von Westphalen* – der Nutzen derartiger Klauseln abhandengekommen ist.¹⁶

Ein Kernproblem dieser Rechtsprechung besteht darin, dass sie die Wirkung von Freizeichnungsklauseln nahezu ausschließlich vom Standpunkt ihrer Wirkungen auf das gesetzliche Haftungssystem und auf zentrale Haftungsansprüche des Vertragspartners aus beurteilt. Zentrale Begründungselemente dieser Rechtsprechung liegen zunächst darin, dass das vertragliche Leistungsversprechen und damit die vertraglich zugrunde gelegte Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung nicht durch eine Freizeichnung von gesetzlichen Haftungsansprüchen ausgehöhlt werden sollten. Zudem ließen sich Freizeichnungsklauseln auch nicht durch mögliche Kostenvorteile rechtfertigen, weil diese um den Preis einer Benachteiligung des zufälligen Kreises derjenigen Kunden erreicht würden, die ausnahmsweise Schäden in Kauf nehmen müssten.¹⁷

Auf der Ebene der Ermöglichungsfunktion wird demgegenüber auf der Grundlage – notwendigerweise stark vereinfachender – Beispielskalkulationen vorgebracht, es gebe „Konstellationen, in denen erst die Haftungsbegrenzung die Profitabilität des Vertrages und damit einen Grund zum Vertragsschluss“ bewirke. Die umfassende gesetzliche Haftung sei daher nur begrenzt als Vergleichsmaßstab geeignet.¹⁸ Über diese Beispielskalkulation hinaus lassen sich bei Freizeichnungsklauseln drei zentrale Wertungsgesichtspunkte anführen, die ebenfalls zu berücksichtigen sind. Sie lassen sich mit den Schlagworten Unvermeidbarkeit, Risikoauferlegung und Unkalkulierbarkeit beschreiben und gewinnen vor dem Hintergrund der Ermöglichungsfunktion des AGB-Rechts erhebliches Gewicht.

c) Unvermeidbarkeit, Risikoauferlegung und Unkalkulierbarkeit

Zwar geht es bei Freizeichnungsklauseln um eine Einschränkung der gesetzlichen Verschuldenshaftung. Das legt auf den ersten Blick die Würdigung nahe, dass der Verwender zur Vermeidung einer Haftung lediglich dem gesetzlichen Gebot, die verkehrsübliche Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) zu beachten, Genüge

¹⁵ Kritische Zusammenfassung bei *Heinrichs*, NJW 1997, 1407 (1413).

¹⁶ *Graf von Westphalen*, in: FS für Reinhold Trinkner, 1995, 441.

¹⁷ Dazu etwa BGHZ 77, 126.

¹⁸ BeckOGK/Kähler (Fn. 12), § 307 BGB Rn. 10 und 24 ff.

tun muss. Ginge man allein hiervon aus, ließe sich an der Bindung an den gesetzlichen Haftungsmaßstabs nichts Unzumutbares erkennen.

aa) Aus Sicht des unternehmerischen Verwenders stellt sich die Risikosituation allerdings oftmals anders dar. Unternehmerische Anbieter werden zur Erbringung ihrer Leistungen vielfach Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen einsetzen. Für diesen Einsatz muss der Unternehmer davon ausgehen, dass der Einsatz von Erfüllungsgehilfen

„es mit großer Wahrscheinlichkeit mit sich bringt, daß auch dem sorgfältigen ArbN gelegentlich Fehler unterlaufen, die – für sich allein betrachtet – zwar jedesmal vermeidbar waren, also fahrlässig herbeigeführt worden sind, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit als mit einem typischen Abirren der Dienstleistung erfahrungsgemäß zu rechnen ist“.¹⁹

Diese Einsicht, die der Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung im Arbeitsverhältnis („gefährdeneigte Arbeit“) zugrunde liegt, kann zwar rechtlich nicht dazu führen, die im Arbeitsverhältnis geltenden Haftungerleichterungen auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Verwender und Vertragspartner zu übertragen. Die tatsächliche Erkenntnis, dass der Unternehmer einzelne Fahrlässigkeitsfehler seiner Erfüllungsgehilfen in tatsächlicher Hinsicht auch bei äußerster eigener Sorgfalt nicht ausschließen kann, bleibt aber dennoch zutreffend. Leicht fahrlässig verursachte Schäden bei Vertragspartnern sind aus Sicht des Verwenders daher ein nicht völlig ausschließbares Ereignis.

bb) Als besonders belastend wird die gesetzliche Haftung auch deshalb empfunden, weil sie sämtliche adäquat kausal verursachten Folgeschäden umfasst. Derartige Folgeschäden können beispielsweise besondere Höhen erreichen, weil sie auch unternehmerische Verluste oder einen entgangenen Gewinn (§ 252 BGB) umfassen können. Bei der Bewertung der Interessenlage ist aber weniger diese Höhe als solche, sondern die Risikosteuerung in den Blick zu nehmen. Welche Schadensrisiken bestehen, hängt bei unternehmerischen Geschäftspartnern von der Ausgestaltung ihres Geschäftsbetriebs und damit im Wesentlichen von ihren Entscheidungen ab. Der Verwender kann sich zwar entscheiden, ob er überhaupt bereit ist, mit dem jeweiligen Vertragspartner zu kontrahieren. Er kann aber die bei diesem Vertragspartner bestehen Schadensrisiken nur eingeschränkt erkennen und befindet sich zudem in einer „Take-it-or-leave-it“-Situation. Zwar kann man bei der Berührung mit erkennbar besonders hochwertigen Rechtsgütern des Vertragspartners auch eine besondere Sorgfalt erwarten. Insgesamt liegen aber die Möglichkeiten der Risikosteuerung und Risikovorsorge doch auch zu einem nicht unerheblichen Teil beim Vertragspartner. Denn auch der Vertragspartner muss von der angesprochenen menschlichen Unvollkommenheit ausgehen. Auch dieser Aspekt steht hinter dem Bedürfnis nach Haftungsfreizeichnung.

cc) Eng verwandt mit den vorstehenden Erwägungen ist die Frage nach der Kalkulierbarkeit. Der Verwender kann das mögliche Ausmaß von Folgeschäden vielfach schwer abschätzen. Kaufmännisch verbietet sich zudem in der Regel,

¹⁹ BAGE 5, 1 = NJW 1958, 235 (236).

bewusst Haftungsrisiken einzugehen, die entweder dem Umfang nach in keinem angemessenen Verhältnis zum möglichen Gewinn stehen oder gar ein existenzbedrohendes Ausmaß erreichen. Gerade die Unkalkulierbarkeit derartiger Schäden erschwert es dem Verwender, für einschlägige Fälle durch seine Preisgestaltung (sofern der Markt dies überhaupt akzeptiert) Vorsorge zu treffen.

dd) Die Rechtsprechung greift die vorstehend dargelegte Interessenlage auf, indem sie dem Verwender für die Fälle leichter Fahrlässigkeit eine Beschränkung seiner Haftung auf den vertragstypischen, vorhersehbaren Schaden gestattet.²⁰ Damit werden indessen lediglich Schäden ausgeschlossen, die auf einem außergewöhnlichen Kausal- und Schadensverlauf beruhen. Dagegen lässt diese zulässige Haftungsbeschränkung weitreichende Mangelfolgeschäden wegen der grundsätzlichen Vorhersehbarkeit ihres Eintritts regelmäßig unberührt. Das gilt namentlich für die Haftung für einen Betriebsausfall und einen entgangenen Gewinn.²¹ An der mangelnden Kalkulierbarkeit der Haftung ändert die Zulässigkeit einer Beschränkung auf den vertragstypischen, vorhersehbaren Schaden deshalb praktisch nichts.²²

IV. Folgerungen und Fazit

Die vorgenannten Erwägungen zeigen anhand der angeführten Beispiele den Bedarf, die Ermöglichungsfunktion des AGB-Rechts stärker als bisher zu berücksichtigen. Über ihren eigentlichen Problembereich hinaus liegt ihre Bedeutung auf der Ebene der Gewichtung von Verwenderinteressen. Hierin liegt zwar keine Einsicht, die bisherige Konzepte zur Interessenanalyse bei der AGB-Inhaltskontrolle vollständig ablösen oder auf den Kopf stellen wollte. Vielmehr geht es um Tendenzaussagen:

Beruhet eine Klausel auf einem Verwenderinteresse, das die Vornahme bestimmter Geschäfte erst ermöglichen soll, ist die Ermöglichungsfunktion des AGB-Rechts bei der Inhaltskontrolle im Rahmen von § 307 BGB besonders zu beachten und das Ermöglicungsinteresse des Verwenders grundsätzlich als legitim anzusehen; ein Schutzinteresse des Vertragspartners schlägt nur durch, wenn es dieses Verwenderinteresse überwiegt. Soweit die Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle im Unternehmensverkehr keine Kurskorrektur vornimmt (wovon man wohl ausgehen muss), muss der Ermöglichungsfunktion des AGB-Rechts im Rahmen einer gesetzgeberischen Reform der Inhaltskontrolle größeres Gewicht beigemessen werden.

²⁰ Etwa BGHZ 194, 121.

²¹ Hiervon ausgehend etwa BeckOGK/Kähler (Fn. 12), § 307 BGB Rn. 267.

²² Zur Kritik z.B. Leuschner, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen – Unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen –, 2014, 28 f., <https://www.uni-osnabrueck.de/fileadmin/fb10/l-leuschner/Leuschner-Abschlussbericht.pdf> (29.12.2025).

Noxa, evictio, ἐπαφή

Romanisierung der Provinzen und Gräzisierung römischer Kaufurkunden

Johannes Platschek

I. Ἐπαφή, ἀνέπαφος

Im Jahr 1898 erschien der erste Band der Oxyrhynchos-Papyri, herausgegeben von Grenfell und Hunt. Er enthält mit Nr. 94 (83 n. Chr.) und 95 (129 n. Chr.) zwei Urkunden über den Kauf von Sklavinnen und Sklaven aus dem römischen Ägypten. In P.Oxy. I 95, Z. 18–20 wird die verkaufte Sklavin (ganz parallel zu P.Oxy. I 94, Z. 10–11) bezeichnet als: ταύτην / τοιαύτην ἀναπόριφον πλὴν ἱερᾶς / νόσου καὶ ἐπαφῆς – „so wie sie ist, nicht zurückweisbar mit Ausnahme heiliger Krankheit [= Epilepsie] und ἐπαφή“.

Die Herausgeber übersetzen mit: „[...] just as she was, free from blemish except epilepsy and marks of punishment (?) [...]“. „Free from blemish“ für ἀν-ἀπό-ριφον ist sehr frei übersetzt: Aus „un-zurück-weisbar“ wird „unbeanstandbar“¹, daraus „frei von Mängeln“. Das stößt auf „except epilepsy [...]“ – soll damit etwa gesagt sein, dass die Sklavin tatsächlich unter Epilepsie und ἐπαφή leidet? Schwierigkeiten bereitet den Herausgebern die Bedeutung von ἐπαφή. Neben der Epilepsie vermuten sie eine körperliche Beeinträchtigung durch früheres ἐπ-άφᾶν – „an-greifen, an-tasten“.²

Der bedeutendste Gräzist der Epoche, Ulrich von Wilamowitz-Moellendorf, versucht noch im selben Jahr in einer Rezension zu helfen: „Eine Formel bestimmt, daß nur Epilepsie und Aussatz den Kauf rückgängig machen soll. Der

¹ Was immerhin der (seltenen) Variante ἀσχοφάντητον entspricht (s. unten Fn. 12).

² So das – singuläre – Verständnis in SB XVIII 13173 (Hermopolis, 629–644 n. Chr. [!]), Z. 28–31: μὴ προυποκειμ[ένην] [...] οἷω δὴποτε σίνει π[α]λ[α]ίω καὶ ἐπαφῆς [sic] καὶ ραπίσματος καὶ κρυπτοῦ πάθους. Die ἐπαφή erscheint hier als dem σίνος παλαιόν, der „alten Schädigung“, untergeordneter Fall. Die Urkunde ist Ergebnis einer Anstückelung und Umstellung von Mängeln (vgl. P.Oxy. LXXXVI 5572 [5. Jh.], SB XXIV 15969 [491–518 n. Chr.]) und trägt schon insofern Spuren des Missverständnisses, als die ursprüngliche Gleichordnung der Mängel in καὶ κρυπτοῦ πάθους (Z. 31) und im Genitiv σίνους παλαιούς (Z. 33) noch erkennbar ist.

Aussatz heißt ἐπαφή; das ist wol neu, aber ἀφή ist ja geläufig.³ „Un-rückgängig-machbar“ für ἀναπόρ(ρ)υφον ist besser als „free from blemish“. Aber ἐπαφή war 1898 nicht „neu“; dass es „Aussatz“ hieße, war neu, aber verfehlt. Ἐπαφή steht an entsprechender Stelle (wohlgemerkt vor der Epilepsie) in der spätestens seit 1895 verfügbaren Urkunde BGU I 193, Kol. II Z. 12–13 (Ptolemais Euergetis/Arsinoites, 136 n. Chr.). Sie zeigt in Z. 19 außerdem die Worte ἀνέπαφον [!] καὶ ἀνε[ε]χύρα[στο]ν καὶ ἀνεπι[δάνει]στ[ον] κ[αὶ] καθ[αρὸν ἀπὸ] / πα[ν]τὸς ὀφιλῆ-ματ[ος] δημο[σί]ου – „nicht der ἐπαφή unterliegend, unverpfändet, nicht zur Sicherung eines Darlehens belastet und unbelastet von jeder öffentlichen Schuld“. Ἀν-ἐπαφος gehört ersichtlich zu den Ausdrücken für die Freiheit des verkauften Sklaven von (rechtlichen) Belastungen.

Der Übersetzung von ἐπαφή mit „Aussatz“ stimmten andere zu, verteidigten sie polemisch, manche vertraten sie bis auf den heutigen Tag.⁴ Auch ich habe sie unreflektiert übernommen.⁵ „Gleichwohl ist sie falsch.“⁶ Wilamowitz-Moellendorf kannte offenbar weder BGU I 193 noch die nur wenige Monate vor P.Oxy. I publizierte Urkunde P.Strasb. I 79 (dazu sogleich); terminologische Parallelen beim (Sklaven-) Kauf in Platons *Nomoi* und längst bekannten Inschriften erkannte er nicht.⁷ Ἀνέπαφος begegnet mehrfach in den Wiener Papyri CPR I (publiziert 1895); auch der *Thesaurus Graecae Linguae* wies unter ἀνέπαφος bereits in die richtige Richtung.⁸ Ein schwererer Vorwurf ist denen zu machen, die in Kenntnis all dessen an „Aussatz“ festhielten. Zuletzt hat Jakub Urbanik in den Spuren Bernhard Küblers Entscheidendes richtig- und klargestellt.⁹

³ Wilamowitz-Moellendorf, GGA 160 (1898), 673, 682–683. Ἀφή übersetzt in LXX hebr. *ng'* – „Geschlagensein, Leiden, Infektion“, λέπρα hebr. *tsr't* – „Schuppenkrankheit“, „Ausschlag“, vgl. Lev. 13, 3: *ng' tsr't*; LXX: ἀφή λέπρας. Der erste mir bekannte Beleg für *leprosit* als Mangel eines verkauften Sklaven ist *Lex Baiuvariorum* (8. Jh.?) 16, 9 (dort nach Blindheit, Leistenbruch und Fallsucht).

⁴ Wenger, GGA 164 (1902), 515, 530; Sudhoff, ZRG RA 30 (1909), 406; L. Mitteis, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde II.1, 1912, 194 Fn. 2; Pringsheim, *The Greek Law of Sale*, 1950, 467–470; Rupprecht, ZRG RA 99 (1982), 372, 378; Jakab, *Praedicere und cavere* beim Marktkauf, 1997, 202–203 mit Fn. 36; Straus, *L'achat et la vente des esclaves dans l'Égypte romaine*, 2004, 153 Fn. 282; Jakab, ZRG RA 135 (2018), 474, 505; Hickey/Keenan, in: Stolk/van Loon (Hrsg.), P.L. Bat. 37, 2021, 118, 121; Benaissa, Pylon 1 (2022), DOI: <https://doi.org/10.48631/pylon.2022.1.89340> (13.11.2025).

⁵ Platschek, in: Babusiaux/Igimi (Hrsg.), *Messages from Antiquity*, 2019, 15, 28; 30.

⁶ Kübler, ZRG RA 29 (1908), 474, 475.

⁷ Plat. leg. 915c/d: ἐὰν δὲ ὡς αὐτοῦ ἐφάπτηται ζῶον [...]; in den delphischen Freilassungsinschriften: εἰ δὲ τις καὶ ἐφάπτηται [...] ἐπὶ καταδουλισμῶι [...] Die delphischen Urkunden wurden 1892 von Bäumack publiziert (SGDI II.3), waren aber zum Teil schon viel länger bekannt, etwa aus Böckh, CIG I, 1828; s. jetzt Mulliez, *Corpus des Inscriptions de Delphes* (CID) V, 2019/2022. Εἰ δὲ τις ἀπτήται erstmals in CID V 1,12; εἰ τις καὶ ἐφάπτεται erstmals in CID V 42,14. Zur Datierung s. ebd., 39–40, 49.

⁸ ThGL I.2 (1831–1856) s. v. für „cui nemo adhuc manum injecerit, h.e. Nemini oppignernatum“, „non obnoxius“.

⁹ Urbanik, JJP 40 (2010), 219; s. Kübler, ZRG RA 29 (1908), 474; ZRG RA 32 (1911), 366; ZRG RA 60 (1940), 226.

II. Klauselkontext in den Papyri

1. P.Strasb. I 79: Kauf einer Sklavin in Syene, 15 v. Chr.

P.Strasb. I 79 stammt aus der frühesten Zeit der römischen Herrschaft in Ägypten. Dokumentiert ist der Kauf eines Mädchens in Syene im äußersten Süden der Provinz. Die Urkunde zeigt deutliche Spuren der Romanisierung. So ist sie das erste gräkoägyptische Dokument, das eine *stipulatio* in Frage und Antwort unter Nichtrömern beurkundet.¹⁰ Mehr noch: Sie belegt erstmals eine so genannte *stipulatio simplae* eines Verkäufers. Und noch mehr: Sie ist der erste urkundliche Beleg für eine *stipulatio* überhaupt.¹¹ In Z. 7–9 enthält sie die Klauseln:

[...]

[τοῦτο τοιοῦτο ἀναπόριφο]ν¹² πλὴν επαφῆς. ἐὰν δέ τις επαφή γένηται, ἐγδικήσει ὁ ἀποδόμενος [τοῖς ἰδίοις δαπανήμασιν ἢ ἐ]κτεῖσει ἥν εἴληφε τεμὴν ἀπλὴν καὶ τὰ βλάβη καὶ τὰ δαπανήματα.

[Επερώτησεν Εἰρηναῖος ὁ] πριάμενος. ὠμολόγησεν Δίδυμος ὁ Ἰάσονος ὁ ἀποδόμενος [...]

„[...] so wie es [das Sklavenmädchen] ist, nicht zurückweisbar mit Ausnahme der επαφή. Wenn aber irgendeine επαφή erfolgt, wird der Verkäufer die gerichtliche Verteidigung übernehmen auf eigene Kosten oder er wird den einfachen Kaufpreis zahlen und Schäden und Aufwendungen. Es hat die Frage gestellt Eirenaïos, der Käufer. Es hat zugestimmt Didymos, Sohn des Iason, der Verkäufer [...]“

Die επαφή muss der gerichtliche „Angriff“ eines Dritten gegen den Käufer sein, die „Inanspruchnahme“, gerichtet auf die verkaufte Sklavin.¹³

2. P.Turner 22 / BGU III 887: Sklavenkäufe in Side, 142–151 n. Chr.

Das zeigt deutlich P.Turner 22, Z. 2–7 (142 n. Chr.) aus Side in *Pamphylia*/Kleinasien (ganz parallel BGU III 887 = FIRA III 133 [ebd., 151 n. Chr.])¹⁴:

[[...] Πάμφιλος [...] Ἀλεξανδρεὺς ἐπρίατο ἐν ἀγορᾷ παρὰ Ἀρ]τεμίδ(ωρον) [...] κοράσιον

[Ἀβασκαντίδα γένει Γαλάτιν ὡς (ἐτῶν) ι τιμῆς ἀργυρίου (δηναρίων) σπ [...]] [...]

[[...] ὕγιῃ ἐκ διατάγματος – ca.10 – ἀνέπαφον πρὸς πάντων καὶ μήτε ῥέ]μ[βο]ν μήτε δραπε-
τικὸν ἰερῶς

¹⁰ Die Zweifel von L. Mitteis bei Kübler, ZRG RA 32 (1911), 366, 368 Fn. 1 sind unbegründet, vgl. jetzt P.Hever 63 (*Arabia*, 127 n. Chr.).

¹¹ Die Urkunde fehlt in allen Darstellungen der „Stipulationsklausel“, s. nur D. Simon, Studien zur Praxis der Stipulationsklausel, 1964, 3–5; Armoni/Kruse, ZPE 140 (2002), 165, 168–169; Alonso/Babusiaux, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, 2023, § 8 Rn. 61 Fn. 150; Rn. 104 Fn. 258.

¹² Regelmäßig steht an dieser Stelle ἀναπόρ(ρ)ιφον, viel seltener ἀσυκοφάντητον. In fast allen Verträgen mit ἀναπόρ(ρ)ιφον steht zuvor eine Akkusativ-Form von οὗτος τοιοῦτος; in P.Strasb. I 79 gehört sie ins Neutrum: κοράσιον (allenfalls Femininum, s. sogleich P. Turner 22). Das von Straus (Fn. 4), 153 f. Fn. 283 (zu τοῦτον τοιοῦτον!) formulierte Platzproblem spricht gegen ἀσυκοφάντητον und für ἀναπόριφον.

¹³ Kübler, ZRG RA 32 (1911), 366, 370; Preisigke, Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden I, 1925, s. v.; LSJ s. v. III; Urbanik, JJP 40 (2010), 219, 244–246.

¹⁴ Die Ergänzungen ergeben sich aus Z. 15–24 und BGU III 887. Zu beiden Urkunden Nol-
lé, Side im Altertum II, 2011, 613–622; zur Bedeutung für das Verständnis von επαφή schon Kübler, ZRG RA 29 (1908), 474, 475; Hagedorn, in: P. Turner, 1981, 112.

[τε νόσου ἐκτός· ἐὰν δέ τι τούτων ἦ ἢ μὴ ἦ ὑγίης ἢ ἐπαφὴ αὐτοῦ ἢ ἐκ μέρους γέν]ηται καὶ ἐγνεικηθῇ, τότε δι-

[πλὴν τὴν τιμὴν χωρὶς παραγγελίας καλῶς δοθῆναι πίστει ἐπερώτη]σεν Πάμφιλος [...]

[πίστει δοῦναι ὡμολόγησεν Ἀρτεμίδωρος [...]] [...]

„Pamphilos [...] aus Alexandria hat gekauft auf dem Markt von Artemidoros [...] das Sklavenmädchen Abaskantis, von Herkunft Galaterin, ungefähr 10 Jahre alt, zum Preis von 280 Silberdenaren. [...] Dass sie gesund ist gemäß dem Edikt [- - -] dem Angriff nicht unterliegt nach allen Seiten und weder eine Herumtreiberin ist noch eine, die zur Flucht neigt, und frei ist von der heiligen Krankheit und dass, wenn etwas davon der Fall sein sollte – sei es, dass sie nicht gesund ist oder ein Angriff auf sie, auch nur zu einem Teil, erfolgen sollte und sie herausgesiegt werden sollte –, der doppelte Kaufpreis ohne Streitverkündung ordnungsgemäß gegeben werde, hat auf Treue gefragt Pamphilos [...], zu geben hat auf Treue zugesagt Artemidoros [...]“

Ἐπαφή ist der gerichtliche Angriff, ἐγ-νικᾶν bezeichnet dessen erfolgreichen Abschluss durch den Angreifer; es übersetzt lat. *e-vincere*, das gerichtliche „Heraus-siegen“ der Kaufsache durch einen Dritten. Ohne alle Argumente Küblers für das richtige Verständnis von ἐπαφή an dieser Stelle zu wiederholen, lässt sich dieses Verständnis als zwingend bezeichnen.

III. Spuren der Romanisierung

Damit ist freilich die Struktur der bisher zitierten Urkunden noch nicht vollständig erschlossen und ihr Zustandekommen noch nicht erklärt.

1. Begrifflichkeit und Struktur des sidetischen Formulars

Die sidetischen Dokumente legen erkennbar römische Tatbestände, Terminologie und Klauseln zugrunde.¹⁵ Dazu gehören die Bezugnahme auf „das Edikt“¹⁶, das Abstellen auf Gesundheit (lat. *sana esse*)¹⁷, Herumtreiberei (lat. *erro [non] esse*) und Fluchtneigung (lat. *fugitiva [non] esse*)¹⁸ und die Übersetzung von *evincere* mit ἐγνικᾶν; die doppelte τιμή als Haftungssumme des Verkäufers im Eviktionsfall entspricht der römischen *dupla pecunia*; χωρὶς παραγγελίας entspricht der hier in den lateinischen Urkunden üblichen Wendung *sine denuntia-*

¹⁵ Ernst, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, 2023, § 79 Rn. 12.

¹⁶ Dazu Arzt-Grabner, in: Gagos (Hrsg.), Proc. 25th Intern. Congr. Papyrology, 2010, 21, 25; Klinck, in: Karakostas/Riesenhuber (Hrsg.), Methoden- und Verfassungsfragen der Europäischen Rechtsangleichung, 2011, 63, 72 f.

¹⁷ Ernst (Fn. 15), § 79 Rn. 334–338. Die Lücke nach διατάγματος in P.Turner 22 könnte eine genauere Bezeichnung des διατάγμα enthalten haben (ἀγορανομικοῦ?, entsprechend lat. *aedilium/aedilicium*), eine weitere Eigenschaft (etwa ἀναμάρτητον, entsprechend lat. *sine vitio*) oder eine Präzisierung von ἀνέπαφον.

¹⁸ Zu beidem Ernst (Fn. 15), § 79 Rn. 339–343.

tion¹⁹; καλῶς δοθῆναι ist *recte dari*²⁰; das Ganze wird in ein Versprechen in Frage und Antwort „auf Treue (πίστις)“, eine *fidepromissio*, gekleidet.

Doch fällt auf, dass der Verkäufer in Side nicht nur im Fall der Eviktion zur Bezahlung der doppelten τιμή verpflichtet sein soll, sondern immer, „wenn etwas davon der Fall sein sollte“ (ἐὰν δέ τι τούτων ᾗ). Zuvor sind Gesundheit („gesund sein“), Freiheit von επαφή, von Herumtreiberei, von Fluchtneigung und von Epilepsie („[...] nicht sein“) genannt; danach werden zur Ausfüllung von „wenn etwas davon der Fall sein sollte“ fehlende Gesundheit und erfolgte επαφή wiederholt. Schon dies ist auffällig: ἐὰν δέ τι τούτων ᾗ passt zwar (noch) zu den zuvor *verneinten* Mängeln („nicht [...] sein“), aber schlecht zur zuvor *positiv* formulierten und erstgenannten Eigenschaft „gesund sein“. Aus einem Guss ist das Ganze ersichtlich nicht; vielmehr stammt die Liste der fehlenden Mängel aus dem römischen Formular (*sanum* [!] *esse* [...] *erronem fugitivum non* [!] *esse*); ἐὰν δέ τι τούτων ᾗ ist ein Zusatz, der den Wechsel von „sein“ zu „nicht sein“ nicht auffangen kann. Jedenfalls Herumtreiberei und Fluchtneigung werden darin nicht erneut erwähnt. Im Fall der Epilepsie mag die Sklavin „nicht gesund sein“; doch warum wird dann die Epilepsie *zuvor* eigens erwähnt? Auffällig ist außerdem, dass der Verkäufer bei jeder Krankheit den vollen Kaufpreis in doppelter Höhe zu bezahlen hätte und gleichzeitig noch nicht einmal gesagt wird, dass er die Sklavin dann an den Verkäufer zurückzugeben hätte²¹. Dieses Ergebnis mit Wolfgang Ernst dahin zu korrigieren, dass der Käufer im Fall der Krankheit nicht den doppelten *Kaufpreis*, sondern lediglich den doppelten *Minderwert* der Sklavin erhält, ist mit dem Wortlaut der Urkunde schwer vereinbar: Die τιμή sind 280 Silberdenare – τιμῆς ἀργυρίου (δηναρίων) σπ. Man müsste τιμή in der gesamten Urkunde als „Interesse“ verstehen: den Kaufpreis als „(vereinbartes) Interesse“, den Minderwert bei Krankheit als „Interesse (an der Abwesenheit von Krankheit)“. Es ist unwahrscheinlich, dass der Verfasser des Formulars in seiner letzten Gestaltung der Wahl seiner Worte gerade dieses Verständnis zugrunde gelegt hat. Von ihm wäre zu erwarten, dass er eine solche Regelung in klare Worte bringt.

Festzustellen bleibt, dass römisch-lateinischen Urkunden (und allen anderen römisch-griechischen Urkunden) eine Verdoppelung des Interesses bei Krankheit des verkauften Sklaven fremd ist.²² Die Klauselworte χωρίς παραγγελίας passen nur zum Eviktionsfall: Es geht um den Verzicht des Verkäufers auf eine Streitverkündung durch den Käufer im Eviktionsprozess; der Verkäufer wird sich nicht darauf berufen können, dass ihm der Käufer keine Gelegenheit gegeben hätte, den Angreifer abzuwehren. Jedenfalls Krankheit, Fluchtneigung, Herumtreiberei und Epilepsie haben damit nichts zu tun. Χωρίς παραγγελίας zeigt, dass „wenn etwas davon der Fall sein sollte“ und der eigens genannte Fall der

¹⁹ TPSulp. 42 (Puteoli, 26 n. Chr.); FIRA III 132 (Seleucia Pieriae, 166 n. Chr.); Lenel, Das Edictum perpetuum, 3. Aufl. 1927, 568 Fn. 18; Ernst (Fn. 15), § 79 Rn. 270.

²⁰ S. die Belege soeben Fn. 19.

²¹ Ernst (Fn. 15), § 79 Rn. 304.

²² Ernst (Fn. 15), § 79 Rn. 304 mit Fn. 391.

Krankheit ohne Rücksicht auf entstehende Unstimmigkeiten in die vorgefundene römische Eviktionsklausel eingefügt wurden.

2. Begrifflichkeit und Struktur von P.Strasb. I 79

An P.Strasb. I 79 fällt auf, dass die *ἐπαφή* zunächst als der einzige Tatbestand bezeichnet wird, der die verkaufte Sklavin „zurückweisbar“ macht – denn in allen anderen Fällen ist sie *ἀναπόριφον* („unzurückweisbar“). Die „Rückweisbarkeit“ scheint sich aber – versucht man sich an einer systematischen Auslegung der Urkunde – dadurch zu verwirklichen, dass der Verkäufer im Fall der *ἐπαφή* die gerichtliche Verteidigung übernimmt oder den (einfachen) Kaufpreis zuzüglich Schäden und Aufwendungen zahlt. Jedenfalls Letzteres hat mit einer (endgültigen) „Zurückweisung“ der Sklavin an den Verkäufer nichts zu tun. Das Wort *ἀναπόριφον* zu Beginn der Beschreibung passt nicht zu den Folgen der „erfolgten *ἐπαφή*“.

Erkennt man in der „Zurückweisung“ die römische *redhibitio* – Rückgabe der Kaufsache gegen Rückzahlung des Kaufpreises, „Wandelung“²³ –, so bleibt erklärungsbedürftig, warum die Urkunde zunächst die Wandelbarkeit „bei *ἐπαφή*“ anspricht, dann aber die Eviktionsfolgen „bei *erfolgter ἐπαφή*“. Denkbar ist, dass dem Verfasser vor Augen steht, dass der Käufer die Sklavin (gegen Rückzahlung des Kaufpreises) an den Verkäufer zurückgeben kann, sobald er die *Möglichkeit* der *ἐπαφή* aufgrund eines Drittrechts erkennt; dass er aber dann, wenn es *tatsächlich* zur erfolgreichen *ἐπαφή* kommt, die Eviktionsfolgen in Anspruch nehmen kann. Römischen Vorstellungen entspricht das nicht: Wegen dinglicher Rechte eines Dritten ist eine *redhibitio* aufgrund des Edikts der kurulischen Ädilen nicht möglich; die Verkäuferhaftung wird erst durch die Eviktion aufgrund des dinglichen Rechts ausgelöst. Vertragliche Vereinbarungen über die *redhibitio* bei dinglichen Drittrechten sind nicht belegt.

IV. Vergleich mit Rechtslage und Urkundenpraxis nach römisch-lateinischen Quellen

1. Voll entfaltete verschuldensunabhängige Verkäuferhaftung

Betrachten wir anhand von römischer Rechtsliteratur und lateinischen Urkunden die Lage nach römischem Recht und römischer Vertragspraxis genauer, so ist die strenge Unterscheidung zwischen Mängeln der Kaufsache und den dinglichen Rechten Dritter daran zu betonen. Der Verkäufer eines Sklaven auf dem Markt haftet (bei voller Entfaltung) verschuldensunabhängig

1. wegen *Mängeln* des verkauften Sklaven: *morbus*, *vitium*, Belastung mit der Noxalhaftung, Herumtreiberei und Neigung zur Flucht, und zwar

²³ Ulp. 1 ed. aedil. curul. D. 21, 1, 21; Ernst (Fn. 15), § 79 Rn. 346.

- (a) aus der Verkäuferstipulation auf *praestari*, das heißt auf Ersatz des Mangelschadens;
 - (b) nach dem Edikt der kurulischen Ädilen mit der *actio redhibitoria* auf Rückgabe (gegen Rückzahlung) bzw. mit der *actio quanti minoris* auf Minderung des Kaufpreises;
2. wegen *dinglicher Rechte Dritter* aus der Verkäuferstipulation im Fall der Eviktion je nach Vereinbarung auf den doppelten Kaufpreis (*dupla pecunia*) oder den einfachen Kaufpreis (*simples pecunia*).²⁴

Belastungen des Sklaven mit einem *dinglichen* Recht – etwa einem Pfandrecht – werden von Dritten mit *actio in rem* beansprucht. Für die Verkäuferhaftung werden sie erst im Eviktionsfall relevant und lösen die Haftung auf die *dupla/simpla pecunia* aus der Verkäuferstipulation aus (2). Bei *actiones in rem* ist der Sklave evinziert, sobald der Richter das in der *intentio* genannte dingliche Recht des Klägers bejaht und den Beklagten entsprechend der *clausula arbitraria* zur Restitution auffordert.²⁵ Will der beklagte Käufer den Sklaven in dieser Situation behalten, muss er die Verurteilung in den vom Kläger beeideten Schätzwert erleiden (*condemnatio pecuniaria, iusiurandum in litem*), der jedenfalls über dem Kaufpreis liegen wird.

Die *noxale* Belastung ergibt sich aus einem früheren Delikt des Sklaven (Gai. 4, 75/77); dieser ist mit einer schuldrechtlichen Klage (*actio in personam*) gegen seinen jeweiligen Eigentümer belastet. Die Klage geht nach römischen Vorstellungen nicht „auf den Sklaven“: Ihre *intentio* spricht die deliktische Schuld an (*dari oportere*). Auf deren Bejahung und Bestimmung durch den Richter folgt unmittelbar das Urteil zugunsten des Noxalgläubigers auf Abgeltung der deliktischen Buße, nach Wahl des Beklagten durch Zahlung oder durch Auslieferung des Sklaven. Das ist keine „Heraussiegung“ des Sklaven. Die *noxale Belastung* des Sklaven gehört vielmehr zu den *Mängeln* (1), bei deren schlichtem Vorliegen die Rückgabe/*redhibitio* betrieben werden kann (1b). Hat der Verkäufer durch Stipulation eine Haftung auf *praestari* der Mangelfreiheit übernommen, haftet er bei Vorliegen der *noxalen* Belastung auf den Mangelschaden (1a).

Die übliche (und offenbar von den Ädilen als Muster proponierte) Verkäuferstipulation enthält in einem ersten Teil das Versprechen von *praestari* der Mangelfreiheit, in einem zweiten das Versprechen der *dupla/simpla pecunia* für den Eviktionsfall.²⁶

Dass sowohl das dingliche Recht eines Dritten als auch die *noxale* Belastung das *habere licere*, das „Behaltendürfen“ des Käufers betreffen, erkennen die römischen Juristen.²⁷ Doch ändert dies nichts an der scharfen Trennung im Hin-

²⁴ Zur verschuldensunabhängigen Haftung aus der allgemeinen Kaufklage s. sogleich.

²⁵ S. unten Fn. 49.

²⁶ Lenel (Fn. 19), 567 f.; Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, 2. Aufl. 1999, 116–117 (Nr. 209); zur Gegenüberstellung der beiden Klauseln s. jetzt Camodeca, *Tabulae Herculanenses*, 2017, 188–190.

²⁷ Pomp. 6 Sab. D. 30, 45, 1.

blick auf die Verkäuferhaftung. Es erweist sich als problematisch, im Hinblick auf dingliche Belastungen – etwa ein Pfandrecht an dem Sklaven – von „Rechtsmängeln“ zu sprechen. Behilft man sich für die Tatbestände unter (1) mit einem Oberbegriff „Mangel“, so ist der einzige Mangel, der nicht den Körper oder die Person des Sklaven betrifft, der einzige „Rechts-Mangel“: die Belastung mit der *nox*. Wer die *dingliche* Belastung und das fehlende Eigentum auch nur als „Rechtsmangel“ bezeichnet²⁸, wird der römischen Grenzziehung zum Tatbestand (2) nicht gerecht.

2. Verschuldensunabhängige Minimalhaftung

Der Abschluss der Stipulation (1a; 2) wird vom Verkäufer erwartet, mehr noch: Der Käufer hat darauf einen Anspruch aus dispositivem Recht.²⁹ Der vollständige Verzicht auf eine Stipulation oder eine Beschränkung ihrer Reichweite sind möglich.³⁰ Auch die ediktale Haftung wegen der Mängel (1b) lässt sich grundsätzlich abbedingen.³¹ In Fällen eines Stipulationsverzichts und abbedingener ediktaler Haftung scheint jede Haftung wegen Mängeln (1a/b) zu entfallen. Auch eine Eviktionshaftung wegen Rechten Dritter ergibt sich dann nicht aus Stipulation (2). Nach Julian muss im Eviktionsfall jedoch stets der Kaufpreis zurückgezahlt werden, was bereits die allgemeine Kaufklage (*actio empti*) sanktioniere.³² Alles andere widerspreche der Natur des Kaufs und der *bona fides*: Wenn der Verkäufer in keiner Weise für das *habere licere* des Käufers einstehen müsste – wofür bezahlt der Käufer dann überhaupt einen Kaufpreis? Als Einsatz bei einem Glücksspiel? Für Julian muss die Eviktionshaftung auf *simplici pecunia* nicht erst durch Stipulation begründet werden und ist gleichzeitig unabdingbar. Ob er das auch für die Rückgabemöglichkeit wegen noxaler Belastung vertreten würde, ist schwer zu sagen. Die Quellen machen aber deutlich, dass das *habere licere* nur vollständig gewährleistet ist, wenn die noxale Belastung Berücksichtigung findet.³³ Ohne Weiteres findet sie in Gestalt der *redhibitio* Berücksichtigung, wo das Edikt der Ädilen über den Sklavenkauf Anwendung findet. Selbst wenn auch dieser Teil des ediktalen Schutzes (und ein möglicher paralleler Schutz aus der *actio empti*) abdingbar ist, gilt doch: Die noxale Belastung kann der Käufer dem Sklaven weder jemals beim Kauf ansehen noch sie später anders als durch Zahlung der Buße ablösen. Er ist ihr in höherem Maße ausgeliefert

²⁸ S. nur Kaser, Das Römische Privatrecht I, 2. Aufl. 1971, 553 f. mit Fn. 1; Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, 311. Begrifflich-systematisch klar Ernst, Rechtsmängelhaftung, 1995, 7–119; Ernst (Fn. 15), § 79 Rn. 294.

²⁹ Ulp. 1 ed. aedil. curul. D. 21, 1, 31, 20; Paul. 5 Sab. D. 21, 2, 2; Ernst (Fn. 15), § 79 Rn. 282–284.

³⁰ Ulp. 32 ed. D. 21, 2, 37 pr.; Ernst (Fn. 15), § 79 Rn. 119.

³¹ Ulp. 1 ed. aed. curul. D. 2, 14, 31; Ernst (Fn. 15), § 79 Rn. 327.

³² Ulp. 32 ed. D. 19, 1, 11, 18. Nach Ernst (Fn. 15), § 79 Rn. 172 ist zu „vermuten, dass das als treuwidrig gewertete Verkäuferverhalten darin bestand, den Käufer zu diesem konkreten, für ihn sinnlosen Kauf verleitet zu haben.“ Der Kauf wird freilich erst mit der Eviktion „sinnlos“, und es entspricht dem „funktionellen Synallagma“, dass dann der Kaufpreis zurückzuzahlen ist. Ist *dolus (praeteritus)* nachweisbar, gilt Afr. 8 quaest. D. 19, 1, 30, 1.

³³ Pomp. 6 Sab. D. 30, 45, 1; Ulp. 32 ed. D. 19, 1, 11, 8.

als Krankheit³⁴ und Fluchtneigung des Sklaven. Wenigstens auf ein Recht zur Rückgabe bei erwiesener noxaler Belastung, wie es dem Edikt entspricht, wird er insofern nicht verzichten; ein entsprechendes Ansinnen des Verkäufers müsste er als gefährlich und verdächtig empfinden. Die Beibehaltung der ediktalen Gewährleistung für noxale Belastung ist insofern als Teil des Mindeststandards zu erwarten.

V. Ἐπαφή als explodierter Haftungstatbestand eines indifferenten Drittrechts

1. Begriffliche Verschmelzung von *noxā* und *evictio* in P.Strasb. I 79

Damit ist ein Ansatz gewonnen, warum und wie der Verkäufer in P.Strasb. I 79 jede Haftung auf Rückgabe bis auf die für ἐπαφή ausschließen will. Auch die noxale Belastung beinhaltet die Angriffsmöglichkeit eines Dritten. Unterscheidet der Betrachter nicht zwischen *actiones in personam* und *actiones in rem*, so ist ihm die römische Trennung von noxaler Belastung (Mangel) und dinglicher Belastung (Eviktionsfall) schlicht nicht nachvollziehbar. Die Drittrechte unterscheiden sich für ihn tatbestandlich nicht wesentlich, sie zielen beide auf die ἐπαφή³⁵. Die sidetischen Papyri zeigen das besonders deutlich: ἀνέπαφον steht hier nach „gesund“ und vor „keine Herumtreiberin“ an exakt derselben Stelle wie *noxā/noxis solutus/-a* in den römisch-lateinischen Urkunden.³⁶ In P.Strasb. I 79 wird versucht, das entsprechende Positivum als haftungsauslösenden Tatbestand in einem Präpositionalausdruck unterzubringen: Aus ἀνέπαφ- wird ἐπαφ-, aus dem Adjektiv wird ein Nomen: πλὴν ἐπαφῆς. In BGU I 193 Z. 13/19 finden die beiden Konstruktionen zusammen.³⁷

P.Strasb. I 79 geht auf den Versuch zurück, die Haftung auf *redhibitio* so weit wie möglich auszuschließen (und eine Stipulationshaftung im Bereich der Mängel erst gar nicht zu begründen). Das Mädchen wird daher τοῦτο τοιοῦτο³⁸ –

³⁴ Zur Epilepsie s. unten Fn. 41.

³⁵ *Urbanik*, JJP 40 (2010), 219, 246: „a claim to the slave by a third party (on whatever ground)“. Die Noxalhaftung ist (vorrömischen) griechischen Rechten in der Sache bekannt (s. nur Plat. leg. 936d/e); zweifelhaft *Urbanik*, ebd.: Es sei „absurd to seek noxal liability in Greek legal orders“. *Kübler*, ZRG RA 29 (1908), 474, 477 will die Wendung καθαρὸν ἀπὸ παντὸς ὀφειλήματος (und deshalb nicht ἀνέπαφον) „auf das noxa solutum bez[iehen]“. Die Klausel bezieht sich zumeist auf Grundstücke und qualifiziert das mögliche ὀφείλημα als δημόσιον (s. etwa BGU I 193, Kol. II Z. 19, oben nach Fn. 3), βασιλικόν, allenfalls auch als ἰδιωτικόν. Dass sie dort, wo sie neben ἀνέπαφον steht (wie in BGU I 193), gerade die noxale Belastung meinen würde, lässt sich ausschließen.

³⁶ *S. Hagedorn* (Fn. 14), 112; vgl. TPSulp. 43 (Puteoli, 38 n. Chr.); TH² 60–62 (Herculaneum, 47–63 n. Chr.); TH² A6 (Nola, 51–75 n. Chr.); CIL III p. 936,06 und 940,07 (p. 2215) = FIRA III 87–88 (*Dacia*, 139/142 n. Chr.).

³⁷ S. oben nach Fn. 3.

³⁸ S. oben Fn. 12. Der älteste Beleg beim Sklavenkauf ist P.Mich. V 264/265 (Arsinoites, 37 n. Chr.), beim Viehkauf SPP XXII 20 (3 n. Chr.).

„ita uti est“³⁹, ἀναπόριφον – „non redhibile/redhibendum“, „sine redhibitione“ verkauft.⁴⁰ Im Hinblick auf die *noxā* – für den Griechen: ἐπαφή – wird eine Ausnahme vom Ausschluss formuliert: πλὴν ἐπαφῆς.⁴¹ Bei Eviktion – für den Griechen wiederum: ἐπαφή – muss der Verkäufer jedenfalls den Kaufpreis zurückzahlen; ob er die Haftung auf weitergehende Schäden und Aufwendungen, die gerade mit der Eviktion verbunden sind, jemals von sich weisen könnte, mag dahinstehen – jedenfalls übernimmt er auch sie. Mangels Differenzierung innerhalb der ἐπαφή entsteht somit *sowohl* ein Rückgaberecht für *jeden* Fall der Belastung *als auch* eine Eviktionshaftung für *jeden* Fall der Drittklage.

Das Phänomen beschränkt sich auf Sklavenkäufe: Bei Grundstückskäufen (etwa BGU I 177, 47 n. Chr.) findet sich nur die hergebrachte Bebaiosisklausel (das heißt in der Sache eine Entwehrungs-/Eviktionsklausel), ggf. mit ἀνέπαφος⁴², bei Tier- und sonstigen Mobiliarkäufen neben der Bebaiosisklausel mitunter die Eigenschaft ἀναπόρ(ρ)ιφον⁴³, aber niemals πλὴν ἐπαφῆς⁴⁴. Das macht es wahrscheinlich, dass bei Sklaven mit ἀναπόρ(ρ)ιφον πλὴν ἐπαφῆς im Ursprung auf die römische Vorstellung von der Belastung mit der Noxalhaftung als zur *redhibitio* berechtigendem Mangel gerade von Sklaven⁴⁵ Rücksicht genommen werden sollte.⁴⁶

³⁹ L. Mitteis (Fn. 4), 192 Fn. 2 sieht τοῦτο τοιοῦτο in Übereinstimmung mit „d[em] *talis qualis*“, das „auch die Römer kennen“. *Talis* [...] *qualis* [...] begegnet in literarischen Quellen, etwa in Pomp. 6 Sab. D. 30, 45, 2. Ein Ausdruck „*talis qualis*“ ist nicht belegt, *ita uti est* aber in Cels. 8 dig. D. 18, 1, 59; Paul. 2 Vitell. D. 32, 78, 3 (vgl. Scaev. 16 dig. D. 32, 101, 1); CIL XI 3694 (Caere); CIL VI 15640, p. 3913 (Rom); CIL X 114 (Petelia, 138–161 n. Chr.); FIRA III 81k (Velitrae); Epigraphica 72 (2010), 83 (Puteoli, 151–230 n. Chr.).

⁴⁰ Pringsheim (Fn. 4), 486 spricht von „the Hellenistic ἀναπόριφον-clause, [not belonging] to classical Roman law“. Zwar belegen die Schriften der römischen Juristen keine „non redhibendum“-Klausel, aber doch die Abdingbarkeit der ädilizischen Rechtsbehelfe (s. oben bei Fn. 31); s. auch Memmer, ZRG RA 107 (1990), 1, 18 Fn. 69.

⁴¹ (Noch?) nicht in P.Strasb. I 79, aber später standardmäßig, steht neben πλὴν ἐπαφῆς die Epilepsie als weitere Ausnahme. Dieses Residuum der *redhibitio* wegen *morbus* gehört dann entsprechend den oben nach Fn. 33 genannten Gründen ebenfalls zum (zwingenden?) Mindeststandard der Mängelhaftung.

⁴² Rupprecht, in: St. Sanfilippo III, 1983, 611, 617 = Rupprecht, in: Jördens (Hrsg.), Beiträge zur Jur. Papyrologie, 2017, 75, 78.

⁴³ Im ältesten Beleg SPP XXII 20 (Soknopaiou Nesos, 3. v. Chr.) begegnen τοῦτον [sic] τοιοῦ[τους ἀνα]πόριφους und als Gegenstand der Bebaiosis die Gewährleistung für die Eigenschaft [ἀν]έπαφον. Die nächsten Belege haben ἀναπόριφον und Bebaiosis ohne ausdrückliche Erwähnung von ἀνέπαφον: PSI X 1130 (Tebtynis, 25 n. Chr.); P.Louvre I 13 (Soknopaiou Nesos, 29 n. Chr.) usw.

⁴⁴ Straus (Fn. 4), 153 Fn. 282.

⁴⁵ Bei unbelebten Kaufgegenständen ist eine noxale Belastung nicht möglich. Schädigungen durch Tiere können zu einer Noxalhaftung führen (*actio de pauperie*); doch scheint die Belastung mit der *noxā* nicht zu den mitteilungspflichtigen und redhibitionsauslösenden Eigenschaften des ädilizischen Edikts über den Viehkauf zu gehören, vgl. Ulp. 2 ed. aedil. curul. D. 21, 1, 38 pr.; Lenel (Fn. 19), 565.

⁴⁶ S. schon Urbanik, JJP 40 (2010), 219, 247: „*Epaphe* seems also very likely to correspond to the Roman concept of a noxal claim in the sales to which the Romans were the parties in the pre-Byzantine Era“; aber (ebd. 246): „*Noxa* cannot be understood under *epaphe* in the contracts made by peregrines“ (s. oben Fn. 35).

Gleichzeitig zeigt P.Strasb. I 79, dass ἐπαφή/ἀνέπαφον εἶναι im Bereich der Mängel einen weit über die noxale Belastung hinausgehenden Gehalt gewinnt. Denn hinter πλὴν ἐπαφῆς verbirgt sich nun nicht mehr nur die *noxā*, sondern entsprechend der Eviktionsklausel das Unterworfensein unter „jegliche ἐπαφή“, jede mögliche Inanspruchnahme. In römischer Optik führt ἐπαφή sowohl im Bereich der Mängel als auch im Bereich der Eviktion zu einer Explosion der Haftungstatbestände. Nach dieser Explosion ist eine einheitliche Rückübersetzung von ἐπαφή in *noxā* nicht mehr möglich.⁴⁷

2. Verschmelzung der Mängel- und Eviktionshaftung im sidetischen Formular

Ähnliches gilt für die sidetischen Papyri. Die ediktale Rückgabemöglichkeit (1b) ist hier weder positiv noch negativ angesprochen. Es fehlt ja eine spezifische Rechtsfolge gerade für Mängel. Die ἐπαφή, für deren Erfolg die Eviktionsklausel jedenfalls die Zahlung der doppelten τιμή anordnet, *scheint* in Gestalt von ἀνέπαφον tatbestandlich aber bereits unter den Mängeln (1) zu stehen. Erkennt derjenige, der das lateinische Formular ins Griechische zu übertragen versucht, in *duplam pecuniam dari* die Haftungsfolge für ἐπαφή, so kann er im *praestari* des römischen Formulars (1a) keine eigene Haftungsfolge mehr sehen, sondern muss darin eine entbehrliche generische Vorwegnahme der einzigen Haftung auf den doppelten Kaufpreis vermuten. Wird aber nach der Vorstellung unseres Formularübersetzers für ἀνέπαφον εἶναι mit dem doppelten Kaufpreis gehaftet, so muss das für ihn auch bei den anderen Mängeln gelten. Die eigentliche Eviktionsfolge (2) wird also von der ἐπαφή über ἀνέπαφον εἶναι auf „alle Mängel“, namentlich auf die fehlende Gesundheit, erstreckt: Die Explosion greift noch weiter um sich. Die römischrechtlichen Phänomene *actio in personam/in rem*, *clausula arbitraria*, *condemnatio pecuniaria* haben vor Umsetzung in das römisch-lateinische Formular eine Komplexität erreicht, die es erschwerte, den Sinn und Zweck der Klauseln präzise zu erfassen, um sie sodann sinnvoll in ein griechisches Formular zu übertragen – zumal fraglich ist, wie sich die Phänomene im provinzialen Zivilprozess darstellen. Die Romanisierung setzt an der Terminologie an, an der Übernahme der Stipulation, an den ediktalen Mängeln und an der Dispositivität der Mängelrechte; aber sie kann grundlegende Vorstellungen von „Belastung“ und „Inanspruchnahme“ nicht erfassen. In der vorrömischen griechischen Tradition fällt die Geltendmachung jeglicher, dinglicher wie noxaler, Belastung durch einen Dritten nur unter die Bebaiosis-Haftung

⁴⁷ Dass der Verkäufer in der Urkunde Britannia 34 (2003), 41 = ZPE 157 (2006), 225 (Londinium/Britannia, 75–125 n. Chr.?) die Freiheit von der *noxā* nicht erwähnt, ist bemerkenswert, s. Camodeca, ZPE 157 (2006), 225, 227. Denkbar ist, dass hier eine Vereinheitlichung von noxaler und dinglicher Belastung im Vergleich zu den Papyri umgekehrter Richtung vorliegt, die *noxā* also „implodiert“ ist: Jede, auch die noxale Belastung soll nur im Fall einer darauf beruhenden siegreichen Klage des geschädigten Dritten relevant werden (was wohlgemerkt ein verändertes Verständnis von *evincere* voraussetzt).

des Verkäufers.⁴⁸ Zur beschriebenen Explosion kommt es durch die (versuchte) Übernahme römischer Phänomene der Gewährleistung für Mängel.

3. Provinziales Leben unter verzerrtem römischem Recht?

In Side kann man mit dem derart explodierten Formular leben. Der doppelte Kaufpreis im Fall von Mängeln wird (wie bei der Eviktion) zu einem (erheblichen!) Integritätszuschlag, der einen möglichen Behaltensaufwand abdeckt: Erlaubt er *als Eviktionsfolge* dem Käufer, den Sklaven zu behalten und sich im Eviktionsprozess bis zur Höhe des doppelten Kaufpreises schadlos in den beideten Wert des Sklaven verurteilen zu lassen⁴⁹, so gestattet er *im Krankheitsfall* dem Käufer, den kranken Sklaven zu behalten und dessen Mehrbedarf und/oder geringere Arbeitsleistung in einem Gesamtumfang bis zur Höhe des doppelten Kaufpreises schadlos zu tragen. Bei Epilepsie, Fluchtneigung und Herumtreiberi wird dieser Gedanke immer fragwürdiger (welcher Behaltensaufwand wird hier durch den doppelten Kaufpreis ausgeglichen: erhöhte Bewachungskosten auf unbestimmte Zeit?) – vielleicht kamen den Verfassern hier selbst Zweifel und sie erwähnten die Fälle deshalb nicht mehr eigens. Statistische Untersuchungen, wie häufig die Gewährleistung wegen Krankheit eingreift, können wir freilich nicht anstellen. Ein professioneller Sklavenhändler in Side – einem der größten Sklavenmärkte des Mittelmeerraums – kann sich, wenn er seine menschliche Ware ärztlich untersuchen lässt und sich über Herkunft und Vorleben informiert, zu derart großzügigen Garantien herbeilassen, um sein Vertrauen in die Qualität seiner Sklaven unter Beweis zu stellen und hohe Preise zu rechtfertigen. Es ist sein Verständnis des römischen Standards, hinter dem er nicht zurückbleiben will. Verlangt ein Käufer später den doppelten Kaufpreis, „weil der Sklave nicht gesund ist“, muss der Käufer beweisen, dass die Krankheit bereits beim Verkauf vorhanden war. Das wird ihm schwerfallen. Bevor es zum Äußersten kommt, wird sich umgekehrt der Verkäufer verhandlungsbereit zeigen und dem Käufer bei der Schadloshaltung entgegenkommen. Offenbar hatten die sidetischen Verkäufer – jedenfalls bis 151 n. Chr. – keinen Anlass, ihr verballhorntes griechisch-römisches Formular in Frage zu stellen und zu ändern.

⁴⁸ S. oben bei Fn. 42.

⁴⁹ Pomp. 9 Sab. D. 21, 2, 16, 1; h.t. 21, 2; Kaser (Fn. 28), 355 mit Fn. 15; Ernst (Fn. 15), § 79 Rn. 271. Wo dem Verkäufer zunächst die gerichtliche Verteidigung obliegt, ist seine drohende Haftung auf das *duplum* Druckzuschlag, um die Integrität des Käufers zu wahren. Zu den Theorien über den Ursprung der *duplum*-Haftung bei der *actio auctoritatis* s. aber Ernst (Fn. 15), § 79 Rn. 243.

Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz bei Krankheit in der Schweiz

Grundsätzliches und Aktuelles

Wolfgang Portmann und Christoph Reusser

I. Einleitung

Im vorliegenden Beitrag wird auf neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung zum arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz bei Krankheit eingegangen. Die nachfolgenden zwei Schwerpunkte betreffen das Kündigungsrecht der Arbeitgeberin bei andauernder Krankheit des Arbeitnehmers sowie den zeitlichen Kündigungsschutz bei der sogenannten arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit. Die Verfasser hoffen, damit das Interesse des Jubilars zu finden.

II. Kündigungsrecht

In der Schweiz kann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von jeder Vertragspartei gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR¹). Dabei gilt für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse das Prinzip der Kündigungsfreiheit.² Entsprechend kann die ordentliche Kündigung bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen auch ohne Abstellen auf einen sachlichen Grund unter Einhaltung der jeweiligen gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist und des Kündigungstermins gültig ausgesprochen werden.³

Begrenzt wird die Kündigungsfreiheit unter anderem durch die Regelungen über den Kündigungsschutz, wobei insbesondere der sachliche Kündigungsschutz (gegen missbräuchliche Kündigungen) und der zeitliche Kündigungsschutz (gegen Kündigungen zur Unzeit) einschränkend wirken.⁴

¹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) v. 30.3.1911 (SR 220).

² Statt vieler: *Portmann/Wildhaber/Rudolph*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2024, Rn. 666; *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 335 Rn. 2; BGE 150 III 78 E. 3.1.1; BGE 136 III 513 E. 2.3.

³ BGE 150 III 78 E. 3.1.1.

⁴ BGE 150 III 78 E. 3.1.1. Vgl. auch Art. 10 GlG (Gleichstellungsgesetz; SR 151.1), der ebenfalls einen Kündigungsschutz vorsieht.

Aus wichtigem Grund kann unter den Voraussetzungen von Art. 337 OR ausserordentlich gekündigt werden und dies sogar während einer laufenden Sperrfrist nach Art. 336c OR, sofern sämtliche Voraussetzungen erfüllt sind.⁵

III. Kündigungsschutz

1. Sachlicher Kündigungsschutz

a) Allgemeine Voraussetzungen

Eine wesentliche Einschränkung der Kündigungsfreiheit sieht Art. 336 OR vor, der einen sachlichen Kündigungsschutz im Falle einer missbräuchlichen Kündigung gewährt.⁶ Missbräuchlich ist die Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei die Aufzählung nicht abschließend ist.⁷

Vorausgesetzt ist zunächst eine ordentliche Kündigung, wobei auch eine solche während der Probezeit (Art. 335b OR) den sachlichen Kündigungsschutz auslösen kann.⁸ Ferner muss einer der Tatbestände von Art. 336 OR erfüllt sein. Art. 336 Abs. 1 OR sieht Tatbestände vor, die sowohl durch eine Arbeitnehmerwie auch eine Arbeitgeberkündigung erfüllt werden können. Darunter fallen unter anderem Kündigungen wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR). Solche Eigenschaften, die einer Person kraft ihrer Persönlichkeit zustehen, können beispielsweise das Alter, die Staatsangehörigkeit oder der – im vorliegenden Kontext besonderes interessierende – Gesundheitszustand einer Person sein.⁹

Vorliegen können auch weitere, im Gesetz nicht konkretisierte Missbrauchstatbestände, da die Auflistung der Tatbestände in Art. 336 OR nicht abschließend ist.¹⁰ Allerdings setzt der Vorwurf der Missbräuchlichkeit voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten Tatbestände vergleichbar ist.¹¹

⁵ *Humbert/Lerch*, in: von Kaenel/Rudolph (Hrsg.), *Fachhandbuch Arbeitsrecht*, 2. Aufl. 2024, Rn. 11.11; *Portmann/Wildhaber/Rudolph* (Fn. 2), Rn. 748.

⁶ *Portmann/Wildhaber/Rudolph* (Fn. 2), Rn. 686.

⁷ BGE 4A_430/2010 v. 15.11.2010, E. 2.1.1.

⁸ BGE 134 III 108 E. 7.1.

⁹ BGE 130 III 699 E. 4.1 mit weiteren Beispielen; *Portmann/Wildhaber/Rudolph* (Fn. 2), Rn. 689.

¹⁰ BGE 136 III 513 E. 2.3; BGE 132 III 115 E. 2.1; BGE 4A_430/2010 v. 15.11.2010, E. 2.1.1; *Portmann/Wildhaber/Rudolph* (Fn. 2), Rn. 698; *Humbert/Lerch* (Fn. 5), Rn. 11.48. Für eine nähere Auseinandersetzung mit diesen Tatbeständen vgl. *Portmann*, in: FS für Dieter Reuter, 2010, 739 ff., 752–757.

¹¹ BGE 136 III 513 E. 2.3; BGE 132 III 115 E. 2.1; BGE 4A_430/2010 v. 15.11.2010, E. 2.1.1.

b) Rechtsfolgen einer missbräuchlichen Kündigung

Liegt eine missbräuchliche Kündigung vor, wird das Arbeitsverhältnis dennoch beendet.¹² Gemäß Art. 336a OR hat die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, der anderen Partei eine Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen auszurichten (Abs. 1 u. 2).¹³ Das Gericht setzt die Entschädigung nach Würdigung aller Umstände fest (Abs. 2). Zudem bleiben Schadenersatzansprüche aus anderen Rechtstiteln vorbehalten (Abs. 2 zweiter Satz).

Damit eine Entschädigung gemäß Art. 336a OR geltend gemacht werden kann, muss das in Art. 336b OR vorgesehene Verfahren eingehalten werden.

2. Zeitlicher Kündigungsschutz

a) Allgemeine Voraussetzungen

Nebst dem sachlichen Kündigungsschutz sieht Art. 336c OR einen zeitlichen Kündigungsschutz vor, der bei einer Kündigung zur Unzeit greift. Auch hier muss – wie beim sachlichen Kündigungsschutz – eine ordentliche Kündigung vorliegen.¹⁴ Allerdings greift der zeitliche Kündigungsschutz – im Gegensatz zu Art. 336 OR – gemäß Art. 336c Abs. 1 OR erst nach Ablauf der Probezeit.

Des Weiteren muss ein Tatbestand gemäß Art. 336c Abs. 1 OR vorliegen, der nur durch die Arbeitgeberin erfüllt werden kann. Im vorliegenden Kontext ist Art. 336c Abs. 1 lit. b OR von besonderer Bedeutung. Demnach darf die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen. Die Sperrfrist läuft ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit.¹⁵

b) Rechtsfolgen einer Kündigung zur Unzeit

Wird die Kündigung während einer der Sperrfristen nach Art. 336c Abs. 1 OR ausgesprochen, so ist die Kündigung nichtig (Art. 336c Abs. 2 erster Teilsatz OR). Wurde die Kündigung dagegen vor Beginn einer Sperrfrist ausgesprochen, aber ist die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 zweiter Teilsatz OR). Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächstfolgenden Endtermin (Art. 336c Abs. 3 OR).

¹² Portmann/Wildhaber/Rudolph (Fn. 2), Rn. 700.

¹³ Vgl. die Ausnahme in Art. 336a Abs. 3 OR.

¹⁴ Portmann/Wildhaber/Rudolph (Fn. 2), Rn. 705.

¹⁵ BGE 133 III 517 E. 3.3.

IV. Besonderheiten bei Krankheit

1. Kündigungsrecht bei andauernder Krankheit

Eine – zugleich besondere und wichtige – Frage, die sich stellen kann, ist, ob eine Kündigung nach Ablauf der krankheitsbedingten Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR zulässig ist, auch wenn die Krankheit des Arbeitnehmers weiterhin andauert. Insbesondere könnte eine missbräuchliche Kündigung vorliegen, wenn die Arbeitgeberin die Kündigung *wegen* der Krankheit des Arbeitnehmers ausspricht.¹⁶ Gemäß konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung zählen nämlich Krankheiten zu den Eigenschaften, die dem Arbeitnehmer kraft seiner Persönlichkeit im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR zustehen.¹⁷

Gemäß dieser Bestimmung entfällt indessen die Missbräuchlichkeit, wenn eine solche Eigenschaft „in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis“ steht oder „wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb“ beeinträchtigt. Das trifft namentlich zu, wenn die persönliche Eigenschaft die *Arbeitsfähigkeit* beeinträchtigt.¹⁸ Insofern schränkt Art. 336 Abs. 1 lit. a OR den Kündigungsschutz ein.¹⁹ Daher hat es das Bundesgericht wiederholt für zulässig erachtet, jemandem nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes wegen einer andauernden, die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit zu kündigen.²⁰ Als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR wird eine ordentliche Kündigung aufgrund einer anhaltenden Krankheit nur dann qualifiziert, wenn es sich um einen krassen Fall handelt.²¹ Ein solcher kann dann vorliegen, wenn das Beweisverfahren ergibt, dass die Arbeitgeberin die Krankheit direkt verursacht hat, indem sie beispielsweise Schutzmaßnahmen nicht ergriff und der Arbeitnehmer deshalb krank wurde.²² Allgemeiner formuliert ist die Kündigung missbräuchlich, wenn die Krankheit auf eine Verletzung einer der Arbeitgeberin obliegenden Pflicht zurückzuführen ist.²³ So liegt gemäß Bundesgericht eine nach Art. 336 OR verpönte Treuwidrigkeit vor, wenn die krankheitsbedingte Beeinträchtigung einer Verletzung der (der Arbeitgeberin obliegenden) Fürsorgepflicht zuzuschreiben ist.²⁴

In BGE 150 III 78 ging das Bundesgericht näher auf die Bedeutung und Schwere einer *Konfliktsituation* ein, die zu einer Erkrankung des Arbeitnehmers führen kann. Dabei hielt es fest, dass eine Kündigung nicht missbräuchlich sei, wenn die notwendige Schwere nicht erreicht werde, was bei Arbeitsunfähigkeit

¹⁶ Vgl. oben III.1.

¹⁷ BGE 130 III 699 E. 4.1; BGE 127 III 86 E. 2a; BGE 123 III 246 E. 5; BGer 4A_215/2022 v. 23.8.2022, E. 4.1.

¹⁸ BGE 123 III 246 E. 5; BGer 4A_215/2022 v. 23.8.2022, E. 4.1.

¹⁹ BGE 123 III 246 E. 5.

²⁰ BGE 150 III 78 E. 3.1.2; BGE 123 III 246 E. 5; BGer 4A_295/2024 v. 20.8.2024, E. 3.1.2; BGer 4A_215/2022 v. 23.8.2022, E. 4.1.

²¹ BGE 150 III 78 E. 3.1.3; BGer 4A_295/2024 v. 20.8.2024, E. 3.1.2.

²² BGE 150 III 78 E. 3.1.3; BGer 4A_215/2022 v. 23.8.2022, E. 4.1.

²³ BGer 4A_295/2024 v. 20.8.2024, E. 3.1.2; BGer 4A_437/2015 v. 4.12.2015, E. 2.2.2.

²⁴ BGer 4A_295/2024 v. 20.8.2024, E. 3.1.2; BGer 4A_293/2019 v. 22.10.2019, E. 3.5.1.

zufolge psychischer Krankheit oft der Fall sei.²⁵ Die Tatsache, dass ein Konflikt mit einem neuen Vorgesetzten zu einer Arbeitsunfähigkeit führen kann, müsse in der Regel nicht berücksichtigt werden.²⁶ Solche Konfliktsituationen kämen häufig vor und erreichten meist nicht den Schweregrad, der für die Annahme einer missbräuchlichen Kündigung erforderlich sei.²⁷ Außerdem könne von der Arbeitgeberin nicht erwartet werden, dass sie alle denkbaren Maßnahmen ergreift, um einen solchen Konflikt zu vermeiden.²⁸ Im konkreten Fall verneinte das Bundesgericht die notwendige Schwere der Konfliktsituation, um eine missbräuchliche Kündigung annehmen zu können.²⁹ So sei *in casu* weder belegt noch ersichtlich, dass eine Ausnahme von der Zulässigkeit einer Kündigung aufgrund anhaltender Krankheit vorliege.³⁰ Die Arbeitgeberin habe die Krankheit, die zur Arbeitsunfähigkeit führte, nicht direkt zu verantworten.³¹ Zudem habe keine Mobbingssituation vorgelegen.³² Hinzu komme, dass die Konfliktsituation mit dem neuen Vorgesetzten nicht dazu führe, dass die Arbeitgeberin nachweisen müsse, dass sie Maßnahmen ergriffen habe, um den Konflikt zu lösen.³³ Die Konfliktsituation erreiche nämlich nicht die erforderliche Schwere (krasser Fall), um eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR anzunehmen.³⁴ *In casu* reichte es demnach nicht, dass der Arbeitnehmer geltend machte, seine Arbeitsunfähigkeit sei auf einen Konflikt mit dem Vorgesetzten und eine schlechte Stimmung am Arbeitsplatz zurückzuführen.³⁵

Anders ist der Fall zu beurteilen, in dem eine Mobbingssituation dazu geführt hat, dass der Arbeitnehmer erkrankt ist und die Arbeitgeberin diese Situation in Verletzung ihrer Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR toleriert hat.³⁶ Hier kann sich die Arbeitgeberin nicht auf die Krankheit als Kündigungsgrund stützen. Eine andere Beurteilung hätte zur Folge, dass die Arbeitgeberin die Kündigung mit den Folgen ihrer eigenen Vertragsverletzung rechtfertigen könnte, was gegen Treu und Glauben verstieße.³⁷

²⁵ BGE 150 III 78 E. 3.1.3. So auch BGer 4A_295/2024 v. 20.8.2024, E. 3.1.2.

²⁶ BGE 150 III 78 E. 3.1.3.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ BGE 150 III 78 E. 3.2.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ BGE 150 III 78 E. 3.2. Bezüglich der notwendigen Schwere des Konflikts vgl. auch AGer ZH, Entscheide 2004, Nr. 20.

³⁵ BGE 150 III 78 Sachverhalt A.c und B.b.

³⁶ BGer 4A_215/2022 v. 23.8.2022, E. 4.1. Vgl. auch *Perrenoud*, in: Thévenoz/Werro (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code des obligations I*, Art. 253–529 CO, *Autres contrats*, 3. Aufl. 2021, Art. 336c Rn. 36.

³⁷ BGE 125 III 70 E. 2a; BGer 4A_215/2022 v. 23.8.2022, E. 4.1, wo einem Mobbingopfer gekündigt wurde, ohne dass die Arbeitgeberin – trotz Kenntnis der Situation – Maßnahmen ergriff (Missbräuchlichkeit bejaht, vgl. auch E. 4.2–4.4).

Gleiches gilt, wenn gebotene Arbeitsschutzmaßnahmen durch die Arbeitgeberin unterlassen werden und dies zu einer Krankheit des Arbeitnehmers führt.³⁸ In diesen Fällen kommt den öffentlich-rechtlichen Normen des Arbeitsgesetzes, insbesondere Art. 6 ArG³⁹ und Art. 82 UVG⁴⁰, eine besondere Bedeutung zu.⁴¹ Art. 6 Abs. 1 ArG sieht vor, dass die Arbeitgeberin verpflichtet ist, zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Maßnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Sie hat im Weiteren die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der persönlichen Integrität der Arbeitnehmer vorzusehen. Untersteht das Arbeitsverhältnis nicht dem Arbeitsgesetz und finden dessen Bestimmungen daher im Rahmen von Art. 342 Abs. 2 OR nicht direkt Anwendung, so kann diese Regelung nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung immerhin zur Konkretisierung der Fürsorgepflicht im Sinne von Art. 328 Abs. 2 OR herangezogen werden.⁴²

Um die Missbräuchlichkeit bejahen zu können, muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem verpönten Kündigungsgrund und der Kündigung bestehen.⁴³ Deshalb hat der Arbeitnehmer zu beweisen, dass die Kündigung *wegen seiner Krankheit* ausgesprochen wurde, die wiederum durch eine *Verletzung der Fürsorgepflicht* verursacht wurde.⁴⁴ Da insbesondere das subjektive Element des Kündigungsgrundes zu Beweisschwierigkeiten für den Arbeitnehmer führen kann, gewährt das Bundesgericht eine Beweiserleichterung.⁴⁵ So wird Missbräuchlichkeit vermutet, wenn es dem Arbeitnehmer gelingt, ausreichende Indizien vorzubringen, die den von der Arbeitgeberin behaupteten Kündigungsgrund als vorgeschoben erscheinen lassen.⁴⁶ Hierbei handelt es sich nicht um eine Beweislastumkehr, sondern um die Zulassung eines Indizienbeweises.⁴⁷ Will die Arbeitgeberin diesen entkräften, muss sie Beweise vorlegen, die den von ihr vorgebrachten Kündigungsgrund plausibel erscheinen lassen.⁴⁸

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Kündigungsrecht bei andauernder Krankheit erscheint insgesamt als fundiert, ausgewogen und differenziert. Der Grundsatz, dass die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes wegen einer andauernden, die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit des Arbeitnehmers kündigen darf, entspricht dem Gesetzeszweck; denn andernfalls ergäbe das gesetzlich gewählte System mit

³⁸ BGE 132 III 257, wo sich die Frage stellte, ob genügend Maßnahmen zum Schutz des Arbeitnehmers vor Passivrauch ergriffen wurden. Für ein Anwendungsbeispiel vgl. BGer 4A_102/2008 v. 27.5.2008, E. 2.

³⁹ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) v. 13.3.1964 (SR 822.11).

⁴⁰ Bundesgesetz über die Unfallversicherung (SR 832.20).

⁴¹ *Humbert/Lerch* (Fn. 5), Rn. 11.99.

⁴² BGE 132 III 257 E. 5.4.

⁴³ BGer 4A_215/2022 v. 23.8.2022, E. 4.1; BGer 4A_437/2015 v. 4.12.2015, E. 2.2.3.

⁴⁴ BGer 4A_293/2019 v. 22.10.2019, E. 3.5.1.

⁴⁵ BGE 130 III 699 E. 4.1; BGer 4A_437/2015 v. 4.12.2015, E. 2.2.5.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ BGE 130 III 699 E. 4.1; BGer 4A_437/2015 v. 4.12.2015, E. 2.2.5.

zeitlich begrenzten Sperrfristen keinen Sinn. Gleichzeitig zutreffend ist, dass für krasse Fälle Ausnahmen vorbehalten werden, was genau der Idee des Rechtsmissbrauchsverbots entspricht (gemäß dem nur der „offenbare“ Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz findet, so Art. 2 Abs. 2 ZGB⁴⁹). Dies kommt anschaulich in zwei klassischen Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs zum Ausdruck, nämlich dem krassen Missverhältnis der Interessen und der Ausnutzung eigenen rechtswidrigen Verhaltens. Eine solche liegt beispielhaft dann vor, wenn die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis wegen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers kündigt, für die sie selbst unmittelbar verantwortlich ist.⁵⁰

2. Kündigungsschutz bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit

a) Grundsätze

Eine in der Lehre kontrovers diskutierte und vom Bundesgericht bis vor Kurzem noch ungeklärte Frage ist jene, ob der zeitliche Kündigungsschutz bei einer bloß arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit greift oder nicht.

Unter arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit (im eigentlichen Sinne) wird eine Arbeitsunfähigkeit verstanden, die nur in Bezug auf den konkreten Arbeitsplatz des Arbeitnehmers besteht. Ansonsten ist der Arbeitnehmer normal einsetzbar und insbesondere nicht daran gehindert, eine andere Stelle zu finden und anzutreten.⁵¹ Auch im privaten Bereich hat er keine oder kaum Einschränkungen in seiner Lebensgestaltung.⁵² Oft treten diese Fälle im Zusammenhang mit psychischen Belastungen aufgrund einer Konfliktsituation am Arbeitsplatz auf.⁵³ Ebenfalls denkbar sind Situationen der Überlastung oder Überforderung.⁵⁴

Der Zweck von Art. 336c OR liegt darin, den Arbeitnehmer zu schützen, weil eine Anstellung durch eine neue Arbeitgeberin auf den Zeitpunkt des Ablaufs der ordentlichen Kündigungsfrist im Hinblick auf die Ungewissheit über Fortdauer und Ausmaß der Arbeitsunfähigkeit höchst unwahrscheinlich erscheint.⁵⁵ Bei der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit, die einer anderweitigen Be-

⁴⁹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch v. 10.12.1907 (SR 210).

⁵⁰ Portmann (Fn. 10), 752–753, 755–756.

⁵¹ Rudolph/von Kaenel, Schweizerische Juristen-Zeitung 2010, 361, 361; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl. 2014, Art. 336c Rn. 3; Pärli/Petrik, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, 2. Aufl. 2024, Rn. 210; Merker/Wittwer, Aktuelle Juristische Praxis 2020, 1156 ff., 1157; BVGer A-2950/2021 v. 20.3.2023, E. 9.2; BVGer A-5819/2016 v. 22.11.2017, E. 4.5.3.

⁵² Brühwiler (Fn. 51), Art. 336c Rn. 3; Rudolph/von Kaenel (Fn. 51), 361; Merker/Wittwer (Fn. 51), 1157 f.; BVGer A-5819/2016 v. 22.11.2017, E. 4.5.3.

⁵³ Brühwiler (Fn. 51), Art. 336c Rn. 3; Rudolph/von Kaenel (Fn. 51), 361; BVGer A-5819/2016 v. 22.11.2017, E. 4.5.3.

⁵⁴ Rudolph/von Kaenel (Fn. 51), 361, die von „Stress“ in einem weiten Sinne verstanden sprechen; Pärli/Borer, in: FS für Ueli Kieser, 2020, 421 ff., Rn. 14.

⁵⁵ Botschaft zur Volksinitiative „betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht“ und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht v. 9.5.1984, BBl 1984 II 551 ff., 605; BGE 128 III 212 E. 2c; BGER 1C_595/2023 v. 26.3.2024.

schäftigung nicht entgegensteht, läuft dieser Normzweck ins Leere, weshalb ein Teil der Lehre,⁵⁶ das Bundesverwaltungsgericht,⁵⁷ eine Vielzahl von kantonalen Gerichten⁵⁸ und neuerdings auch das Bundesgericht den Sperrfristenschutz nach Art. 336c OR ablehnen.⁵⁹

Als Gegenargument wird in der Lehre unter anderem ausgeführt, dass aufgrund des Wortlauts, der Systematik und des Zwecks von Art. 336c OR darauf abzustellen sei, ob die Arbeitsunfähigkeit der vertraglich geschuldeten Leistung entgegensteht, und nicht darauf, ob der Arbeitnehmer in der Stellensuche eingeschränkt ist.⁶⁰ Zudem wird argumentiert, dass der Sperrfristenschutz auch bei Kurzabsenzen, die ebenfalls keinen Einfluss auf die Stellensuche hätten, angewendet wird.⁶¹ Ebenfalls eingewendet wird, dass der zeitliche Kündigungsschutz bei Konflikten am Arbeitsplatz auch bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit zumindest dann greifen sollte, wenn die Arbeitgeberin die alleinige Verantwortung für den Konflikt trägt, da eine Verweigerung des Sperrfristenschutzes vom Ergebnis her nicht vertretbar sei.⁶² Vielmehr müsse der Weg nicht über den Sperrfristenschutz gesucht werden, da eine Arbeitgeberin, die Zweifel an der Erkrankung des Arbeitnehmers habe, eine vertrauensärztliche Untersuchung in die Wege leiten könne.⁶³ Aufgrund der Treuepflicht sei der Arbeitnehmer verpflichtet, an der Konfliktlösung mitzuwirken.⁶⁴ Auch müsse eine zumutbare Ersatzarbeit angenommen werden, für die keine Arbeitsunfähigkeit vorliege. Lehne der Arbeitnehmer die Mitwirkung und die zumutbare Ersatzarbeit ab, sei die Arbeitsunfähigkeit nicht mehr unverschuldet, womit Art. 336c OR nicht zur Anwendung gelange.⁶⁵

⁵⁶ Brühwiler (Fn. 51), Art. 336c Rn. 3; Rudolph/von Kaenel (Fn. 51), 363 f.; Perrenoud (Fn. 36), Art. 336c Rn. 36; Portmann/Rudolph, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, Art. 336c Rn. 6; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 2), Art. 336c Rn. 8; Merker/Wittwer (Fn. 51), 1160; Wylter/Heinzer/Witzig, Droit du travail, 5. Aufl. 2024, 284 u. 294; a.A. Luginbühl/Brühlmann, Jusletter 19.8.2013; Pärli/Petrik (Fn. 51), Rn. 488; Geiser, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2019, 795 ff., Rn. 3.11–3.16; Geiser, in: FS für Wolfgang Portmann, 2020, 191, 198–202; Pärli/Borer (Fn. 54), Rn. 28–35, insb. Rn. 33; Gloor, Certificat médical à géométrie variable et protection contre le licenciement; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_595/2023, Newsletter DroitDuTravail.ch Mai 2024, <https://publications-droit.ch/files/analyses/droitdutravail/2-24-mai-commentaire-1c-595-2023-gloor.pdf> (13.11.2025).

⁵⁷ Statt vieler: BVGer A-2950/2021 v. 20.3.2023, E. 9.2; BVGer A-5819/2016 v. 22.11.2017, E. 4.5.1–4.5.7.

⁵⁸ KGer BL, Urteil 810 23 2 v. 3.5.2023, E. 6.5.1; OGer BE, Urteil ZK 21 132 v. 26.11.2021, E. 16.1; AGer ZH, Entscheide 2014 Nr. 18; a.A. Cour de Justice GE, Urteil v. 13.2.2017, E. 2.4.2 (= Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts 2018, 496, 501 f.).

⁵⁹ Vgl. auch Hampl, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung 2024, 377, 379 f.; Merker/Wittwer (Fn. 51), 1157.

⁶⁰ Geiser, in: FS Portmann (Fn. 56), 198–202, mit ausführlicher Begründung; Geiser/Müller/Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 5. Aufl. 2024, Rn. 612a.

⁶¹ Geiser/Müller/Pärli (Fn. 60), Rn. 612a.

⁶² Pärli/Frei, Jusletter 13.11.2023, Rn. 6; Pärli/Borer (Fn. 54), Rn. 32.

⁶³ Pärli/Borer (Fn. 54), Rn. 33.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

Im Urteil 1C_595/2023 vom 26. März 2024 hat sich das Bundesgericht zu dieser Frage geäußert und den Sperrfristenschutz bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit verneint.⁶⁶ Der Entscheid betraf zwar das öffentliche Personalrecht, doch kam der privatrechtliche zeitliche Kündigungsschutz zur Anwendung.⁶⁷ Das Bundesgericht erwog, dass die Bestimmung von Art. 336c OR dann nicht anwendbar sei, wenn sich die gesundheitliche Beeinträchtigung als so unbedeutend erweist, dass sie die Besetzung eines neuen Arbeitsplatzes in keiner Weise verhindern kann, was die Rechtsprechung auch dann annehme, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf den Arbeitsplatz beschränkt sei.⁶⁸ Im konkreten Fall ging es um eine Berufsmilitärperson, die namentlich aufgrund eines Konflikts am Arbeitsplatz arbeitsunfähig wurde. Dabei stützte sich das Bundesgericht auf die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz (Bundesverwaltungsgericht), die festhielt, dass die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers eng mit der Arbeitsstelle bei der Arbeitgeberin verbunden war.⁶⁹ Die Arbeitsunfähigkeit hielt bis zum Entscheid des Bundesgerichts an und umfasste gemäß Akten eine Angst- und Depressionsstörung, die durch die problematische Situation am Arbeitsplatz ausgelöst worden sei.⁷⁰ Zudem sei in den Akten von einem hohen Risiko eines depressiven Rückfalls die Rede gewesen, wenn der Arbeitnehmer wieder mit seinem früheren Arbeitsplatz konfrontiert werde. Ebenfalls erwähnt wurde der Gesundheitszustand, der durch nichtmedizinische Faktoren, nämlich Schwierigkeiten am Arbeitsplatz, beeinflusst werde.⁷¹ Diese Feststellungen der Vorinstanz habe der Beschwerdeführer nicht bestritten. Ebenso wenig kritisierte er die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zum Begriff der auf den Arbeitsplatz beschränkten Krankheit.⁷² Eine Mobbingssituation im rechtlichen Sinne verneinte das Bundesgericht⁷³ und hielt abschließend fest, dass der Beschwerdeführer seine Kritik ausschließlich gegen das Fehlen von Maßnahmen zum Schutz seiner Persönlichkeit richtete, aber nicht in Frage stellte, dass sein Gesundheitszustand eng mit seinem Arbeitsplatz verbunden gewesen sei.⁷⁴ Entsprechend habe die Vorinstanz ohne Rechtsverletzung festhalten können, dass die Sperrfrist nicht anwendbar sei.⁷⁵

Bei näherer Betrachtung der Ausführungen der Vorinstanz stellt sich allerdings die Frage, ob *in casu* wirklich bloß eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit im eigentlichen Sinne vorlag oder nicht eher eine durch den Konflikt am Arbeitsplatz ausgelöste arbeitsplatzunabhängige Arbeitsunfähigkeit.⁷⁶ Aus den Berichten ergaben sich unter anderem eine Fibromyalgie, eine angstdepres-

⁶⁶ BGer 1C_595/2023 v. 26.3.2024, E. 5.1.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid, mit Hinweis auf BGer 4A_391/2016 v. 8.11.2016, E. 5.

⁶⁹ Ibid, E. 5.2.

⁷⁰ Ibid, Sachverhalt A und E. 5.2.

⁷¹ Ibid, E. 5.2.

⁷² Ibid, E. 5.2.

⁷³ Ibid, E. 5.3.

⁷⁴ Ibid, E. 5.4.

⁷⁵ Ibid, E. 5.4.

⁷⁶ BVGer A-2821/2022 v. 26.9.2023, E. 6.3.1; vgl. hierzu ausführlich *Hampl* (Fn. 59), 380 f.

sive Symptomatik („symptomatologie anxiodépressive“) sowie eine Angst- und Depressionsstörung.⁷⁷ Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen waren nicht auf den Arbeitsplatz beschränkt.⁷⁸ Sogar der Vertrauensarzt der Arbeitgeberin hielt fest, dass aufgrund funktioneller Einschränkungen der Aufmerksamkeits-, Konzentrations-, Anpassungs-, Organisations- und Ausdauerfähigkeit eine 50-prozentige Arbeitsunfähigkeit bestehe. An einem angepassten Arbeitsplatz, der an seine frühere Tätigkeit anknüpfe, aber in einem anderen Team angesiedelt sei, könne der Arbeitnehmer nach und nach seine Arbeitsfähigkeit wieder ausbauen und auf die Symptomatik reagieren.⁷⁹ Diese Umstände deuten eher auf eine durch die Konfliktsituation entstandene arbeitsplatzunabhängige Arbeitsunfähigkeit hin.⁸⁰ Allerdings wurde auch bekannt, dass der Arbeitnehmer eine Stelle als Gemeindepräsident inne hatte und im Mai 2022 eine Einzelfirma gegründet hatte, deren Leitung und Verwaltung er wahrnahm.⁸¹ Dies sah das Bundesverwaltungsgericht als Indiz, dass es sich um eine „incapacité de travail [...] exclusivement liée à son poste de travail“ handelte.⁸²

Nach der hier vertretenen Auffassung sind die Urteile der Gerichte in diesem Fall insoweit begrüßenswert, als der Sperrfristenschutz bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit versagt wurde. Wer nur gerade an seinem gegenwärtigen Arbeitsplatz nicht arbeiten kann, aber grundsätzlich überall sonst, bedarf des Schutzes von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR nicht; denn der arbeitsplatzspezifische Verhinderungsgrund aufseiten des Arbeitnehmers steht einer Anstellung durch eine neue Arbeitgeberin nicht entgegen.⁸³ Dieses Argument vermögen die abweichenden Ansichten in der Literatur nicht überzeugend zu entkräften.⁸⁴ Gleichzeitig muss dasselbe Argument aber auch beachtet werden, um die Verweigerung des Sperrfristenschutzes auf die richtigen Fälle zu begrenzen. Hat die Arbeitsunfähigkeit ihre *Ursache* in den Verhältnissen am Arbeitsplatz, so liegt zunächst nur eine *arbeitsplatzbedingte* Arbeitsunfähigkeit vor. Ist dies der Fall, muss in einem nächsten Schritt abgeklärt werden, ob auch die *Wirkung* der Arbeitsunfähigkeit auf den Arbeitsplatz beschränkt ist. Nur wenn auch dies zutrifft, liegt eine *arbeitsplatzbezogene* Arbeitsunfähigkeit im eigentlichen Sinne vor, welche die Verweigerung des Sperrfristenschutzes rechtfertigt. Führt die arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit hingegen dazu, dass der Arbeitnehmer auch außerhalb seines gegenwärtigen Arbeitsplatzes (ganz oder teilweise) arbeitsunfähig ist, so ist die Wahrscheinlichkeit einer neuen Anstellung erheblich

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid; ebenso *Hampl* (Fn. 59), 381.

⁷⁹ BVGer A-2821/2022 v. 26.9.2023, E. 6.3.1.

⁸⁰ Ebenso sowie mit weiteren Hinweisen *Hampl* (Fn. 59), 381.

⁸¹ BVGer A-2821/2022 v. 26.9.2023, E. 6.1.5; *Gloor* (Fn. 56), 8, der aufgrund dessen den Entscheid im Ergebnis als richtig befindet.

⁸² BVGer A-2821/2022 v. 26.9.2023, E. 6.3.2.

⁸³ Vgl. die obenstehenden Ausführungen zum Normzweck bei Fn. 55.

⁸⁴ Vgl. oben bei Fn. 60–65.

vermindert, womit auch der Sperrfristschutz greifen muss.⁸⁵ Dieser Unterscheidung, die für die Anwendung des Sperrfristschutzes eine zentrale Rolle spielt⁸⁶ und daher von erheblicher praktischer Tragweite ist, wurde u.E. in den erwähnten aktuellen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts zu wenig Rechnung getragen.⁸⁷

b) Sonderfragen

Die *Beweislast* für das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit hat der Arbeitnehmer aufgrund von Art. 8 ZGB zu tragen.⁸⁸ Die Arbeitnehmenden stützen sich dabei in der Regel auf Arztzeugnisse.⁸⁹ Diese stellen indessen keine absoluten Beweismittel dar.⁹⁰ So kann die Arbeitgeberin deren Beweiskraft durch anderweitige Beweismittel in Frage stellen, während auch der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit anhand anderer Beweismittel nachweisen kann.⁹¹ Als solche können beispielsweise eine vertrauensärztliche Untersuchung,⁹² das Verhalten des Arbeitnehmers⁹³ oder die Umstände, aufgrund derer die Arbeitsunfähigkeit behauptet wurde,⁹⁴ herangezogen werden.⁹⁵ Auch wenn das Arztzeugnis als Beweismittel nicht absolut gilt, so müssen für das Anzweifeln doch ernsthafte Gründe bestehen.⁹⁶ Verweigert ein Arbeitnehmer eine vertrauensärztliche Untersuchung, führt dies zu einer Entkräftung des Arbeitsunfähigkeitszeugnisses.⁹⁷ Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer die Entbindung des Vertrauensarztes von der Schweigepflicht in Bezug auf die Arbeitsplatzbezogenheit der Arbeitsunfähigkeit verweigert.⁹⁸ Bislang ungeklärt ist, wer die Beweislast in Bezug auf die Arbeitsplatzbezogenheit trägt, wenn der Arbeitnehmer ein Arztzeugnis vorlegt, das ihm eine arbeitsplatzunabhängige Arbeitsunfähigkeit bescheinigt.⁹⁹ Aller-

⁸⁵ Vgl. dazu OGer BE, Urteil ZK 21 132 v. 26.11.2021, E. 16.1; *Rudolph/von Kaenel*, Jusletter 9.9.2013, Rn. 5; *Merker/Wittwer* (Fn. 51), 1160; *Perrenoud* (Fn. 36), Art. 336c Rn. 36; *Geiser*, in: FS Portmann (Fn. 56), 197, der in diesem Fall von arbeitsplatzbedingter Arbeitsunfähigkeit spricht.

⁸⁶ *Rudolph/von Kaenel* (Fn. 85), Rn. 5; *Merker/Wittwer* (Fn. 51), 1160; vgl. auch *Pärli/Borer* (Fn. 54), Rn. 19.

⁸⁷ Ebenfalls kritisch: *Hampl* (Fn. 59), 382; *Geiser*, Jusletter 10.2.2025, Rn. 57; *Meier/Facincani*, Aktuelle Juristische Praxis 2024, 1253, 1256; *Pärli/Kunz*, Jusletter 19.8.2024, Rn. 38–42.

⁸⁸ BGer 4C.346/2004 v. 15.2.2005, E. 4.1; BGer 8C_760/2012 v. 4.9.2013, E. 3; *Portmann/Wildhaber/Rudolph* (Fn. 2), Rn. 318.

⁸⁹ Statt vieler: BGer 4C.346/2004 v. 15.2.2005, E. 4.1; *Rudolph/von Kaenel* (Fn. 51), 365.

⁹⁰ BGer 1C_64/2008 v. 14.4.2008, E. 3.4; BGer 4C.346/2004 v. 15.2.2005, E. 4.1.

⁹¹ BGer 1C_64/2008 v. 14.4.2008, E. 3.4.

⁹² *Rudolph/von Kaenel* (Fn. 51), 365; *Portmann/Wildhaber/Rudolph* (Fn. 2), Rn. 318.

⁹³ BGer 1C_64/2008 v. 14.4.2008, E. 3.4 mit einem Beispiel.

⁹⁴ BGer 1C_64/2008 v. 14.4.2008, E. 3.4 mit Beispielen.

⁹⁵ Für ein Beispiel, wo die Gesamtumstände die Beweiskraft des Arbeitszeugnisses aufhoben und dem Arbeitnehmer der Beweis der Arbeitsunfähigkeit misslang, vgl. BGer 8C_760/2012 v. 4.9.2013, E. 3.

⁹⁶ BGer 1C_64/2008 v. 14.4.2008, E. 3.4.

⁹⁷ *Rudolph/von Kaenel* (Fn. 51), 365 m.w.N.

⁹⁸ *Merker/Wittwer* (Fn. 51), 1166 m.w.N.

⁹⁹ Vgl. *Pärli/Borer* (Fn. 54), Rn. 35 sowie *Gloor* (Fn. 56), 6, welche die Beweislast in diesen Fällen der Arbeitgeberin auferlegen; a.A. *Merker/Wittwer* (Fn. 51), 1166.

dings ist hier nicht ersichtlich, inwiefern sich die Situation von jener unterscheidet, in welcher der Arbeitnehmer ein Arztzeugnis vorweist und die Arbeitgeberin die Arbeitsunfähigkeit insgesamt bestreitet. Dementsprechend muss die Arbeitgeberin die geltend gemachte arbeitsplatzunabhängige Arbeitsunfähigkeit substantiiert bestreiten.¹⁰⁰ In aller Regel dürfte sich die Arbeitgeberin hierfür auf eine vertrauensärztliche Begutachtung stützen.

Von der oben behandelten Frage des zeitlichen Kündigungsschutzes bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit ist die Frage zu unterscheiden, ob eine Kündigung *wegen* einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit sachlich ungerechtfertigt und damit *missbräuchlich* ist. Dies wurde vom Bundesgericht in einem Fall arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit angenommen, weil die Arbeitgeberin ihrer Fürsorgepflicht nach Art. 328 Abs. 2 OR nicht nachgekommen war. Insbesondere unterließ sie es, geeignete Massnahmen (*in casu* die Versetzung an einen anderen Arbeitsort) zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers zu ergreifen.¹⁰¹ Folglich führt die Nichtanwendung des Sperrfristenschutzes im Sinne von Art. 336c OR bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit nicht zwingend zum Ausschluss der Missbräuchlichkeit einer solchen Kündigung.

Schließlich stellt sich die Frage der *Lohnfortzahlung* nach Art. 324a OR. Auch diese ist separat zu beantworten. In Lehre und Rechtsprechung wird bei Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 324a OR¹⁰² in Kombination mit einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit die Lohnfortzahlung grundsätzlich bejaht.¹⁰³ Begründet wird dies damit, dass im Rahmen von Art. 324a OR eine funktionsbezogene Betrachtungsweise zu wählen ist.¹⁰⁴ Entsprechend ist zu prüfen, ob der Arbeitnehmer in der Lage ist, die konkret vereinbarte Arbeitstätigkeit auszuüben.¹⁰⁵ Ist dies nicht der Fall, besteht ein Anspruch auf Lohnfortzahlung.

V. Fazit

Der Kündigungsschutz bei Krankheit ist ein Thema, das die Gerichte immer wieder beschäftigt. Mittlerweile gefestigt ist die Rechtsprechung, wonach eine Kündigung aufgrund einer krankheitsbedingten Beeinträchtigung der Arbeits-

¹⁰⁰ Vgl. auch *Humbert/Lerch* (Fn. 5), Rn. 11.145, die Arbeitgebenden empfehlen, die Einrede der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit möglichst umgehend und substantiiert vorzubringen.

¹⁰¹ BGer 4A_2/2014 v. 19.2.2014, E. 3.2.

¹⁰² Vgl. hierzu, *Portmann/Wildhaber/Rudolph* (Fn. 2), Rn. 314–317.

¹⁰³ *Geiser*, in: FS Portmann (Fn. 56), 195; *Wyller/Heinzer/Witzig* (Fn. 56), 284, 294; *Perrenoud* (Fn. 36), Art. 324a Rn. 26 u. Art. 336c Rn. 36; TC VD, Urteil v. 13.4.2016, E. 3.2.2 u. 3.4.1 (= Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts 2017, 462, 466).

¹⁰⁴ *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (Fn. 2), Art. 324a Rn. 10; *Rudolph/von Kaenel* (Fn. 51), 363; *Wyller/Heinzer/Witzig* (Fn. 56), 284.

¹⁰⁵ *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (Fn. 2), Art. 324a Rn. 10; *Wyller/Heinzer/Witzig* (Fn. 56), 284; TC VD, Urteil v. 13.4.2016, E. 3.2.2 u. 3.4.1 (= Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts 2017, 462, 466).

fähigkeit nach Ablauf der Sperrfristen grundsätzlich zulässig ist. Die in der Lehre kontrovers diskutierte Frage der Anwendbarkeit des zeitlichen Kündigungsschutzes bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit wurde vom Bundesgericht inzwischen insofern geklärt, als die Sperrfristen in solchen Fällen nicht greifen. Allerdings wäre eine weitere Auseinandersetzung mit der Thematik wünschenswert, um die Abgrenzung zwischen der eigentlichen arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit und der zwar arbeitsplatzbedingten, in ihrer Wirkung jedoch arbeitsplatzunabhängigen Arbeitsunfähigkeit deutlicher werden zu lassen. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zu diesem Punkt ist mit Spannung zu erwarten.

Rechtserzeugung durch Rechtsvergleichung – die Erfindung der Institutsgarantie des Eigentums als „Bricolage“

Johannes Reich

I. „Institutsgarantie“ – ein brüchiger Viadukt zwischen Privat- und Verfassungsrecht auf dem Fundament eines Rechtstransfers

Institutsgarantien verleihen jenen Normbeständen des Privatrechts verfassungsrechtlichen Schutz, die Voraussetzung für grundrechtlich geschützte subjektive Freiheitsausübung bilden.¹ „Institute“ des Privatrechts wie das Eigentum, Ehe und Familie oder das Erbrecht werden durch Einrichtungsgarantien in der Gestalt der Institutsgarantien einer grundlegenden Umgestaltung durch den einfachen Gesetzgeber entzogen.² Die Tragfähigkeit dieser während der Geltung der Weimarer Reichsverfassung in kunstvoller rechtsdogmatischer Arbeit konstruierten Brücke, die sich von der Verfassung zum Privatrecht spannt, wird im neueren Schrifttum skeptisch beargwöhnt. Angesichts der Bindung von Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte³ und der Anerkennung objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte⁴ erscheint eine Begründungslinie, deren Route über den brüchigen Viadukt der Institutsgarantien führt, mit unnötigen Risiken behaftet. Neuere Studien unterziehen die Institutsgarantien denn auch entweder einer unnachsichtigen Fundamentalkritik oder zeigen sich apologetisch bemüht, der Rechtsfigur einen Rest fortdauernder Relevanz abzugewinnen.⁵

¹ Vgl. dazu eingehend hinten unter II.2.

² Vgl. statt anderer BVerfGE 1, 264 (278 f.) und 24, 367 (389), je zum Eigentum, und 105, 313 (346) zur Ehe; zum Erbrecht etwa *Depenheuer/Froese*, in: Huber/Voßkuhle, GG-Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 14 Rn. 518 (wonach „[d]ie traditionell überkommenen Kernelemente des deutschen Erbrechts [...] auch der inhaltsbestimmende Gesetzgeber nicht unbeachtet lassen“ könne).

³ Art. 1 Abs. 3 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 (GG); ähnlich Art. 35 Abs. 1 und 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101), wonach die „Grundrechte [...] in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen“ müssen und an diese gebunden ist, wer „staatliche Aufgaben wahrnimmt“; zur Terminologie *Cornils*, in: Stern/Sodann/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik im europäischen Staatenverbund (2. Aufl. 2022), Rn. 21.

⁴ Vgl. BVerfGE 7, 198 (205); 53, 30 (57); 57, 295 (320); 73, 261 (269); 77, 170 (214); 50, 290 (337); für die Schweiz s. Art. 35 Abs. 1 BV und dazu statt anderer *Kiener/Kälin/Wyttenbach*, Grundrechte, 4. Aufl. 2024, Rn. 149 f., 152 f.

⁵ Harsche Kritik etwa bei *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994, 444; *Waechter*, Die Verwaltung 1996, 47 (72); krit. *Sauer*, Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG, in: Brosius-Gersdorf (Hrsg.), GG-Kommentar Dreier, Bd. I, 4. Aufl. 2023, Rn. 124; für Versuche einer Neubestimmung s. *Cornils* (Fn. 3), Rn. 126.

Trotz dieser Kontroversen identifiziert das Schrifttum in seltener Einmütigkeit den selbsternannten „Begriffs-Ballistiker“⁶ *Carl Schmitt* als Urheber der rechtsdogmatischen Kategorie der „Institutsgarantie“.⁷ Konsens herrscht auch hinsichtlich der Autorenschaft der rechtsdogmatischen Vorarbeit, auf die sich *Carl Schmitt* stützte:⁸ Sie stammt von dem ab 1938 am All Souls College, Oxford, tätigen *Martin Wolff*,⁹ mit dessen Werk zum Geldrecht sich *Wolfgang Ernst* intensiv auseinandergesetzt hat.¹⁰ „Als erster“, bemerkte *Carl Schmitt* 1931, „dürfte“ *Martin Wolff* die „Institutsgarantie“ des Eigentums in seinem Aufsatz „Reichsverfassung und Eigentum“ im Jahr 1923 „erkannt und hervorgehoben haben“.¹¹ Diese Darstellung der Emergenz der Institutsgarantie als „Entdeckung“¹² einer im Weimarer Verfassungsrecht präexistenten Rechtsfigur unterschlägt, dass die rechtsdogmatische Konstruktion der Institutsgarantie auf einem Rekurs auf die *Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts* zu verfassungsrechtlichen Gewährleistungen der Eigentumsgarantie und damit auf einem *Rechtstransfer* beruhte: „Was das schweizerische Bundesgericht“ hinsichtlich Gewährleistungen der Eigentumsgarantie in kantonalen Verfassungen „wiederholt ausgesprochen“ habe, sollte laut *Wolff* auch für den Schutz des Eigentums gemäß der Weimarer Reichsverfassung gelten.¹³

Dieser Beitrag beleuchtet zunächst den Kurationsprozess der Institutsgarantie (II.), unterzieht die einzelnen Schritte des Rechtstransfers einer detaillierten Analyse (III.) und ordnet die Rechtserzeugung durch Rechtsvergleichung kritisch ein (IV.).

II. Rechtliches Transplantat, ausbleibende Abstoßungsreaktion

1. Rechtsdogmatischer Konstruktivismus mit rechtsvergleichenden Argumenten

a) *Martin Wolffs „Spezialveröffentlichung“ als Inkubator einer „epochalen Theorie“*

Als *Martin Wolff* von seinem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Internationales und ausländisches Privatrecht an der Friedrich-Wilhelms-Uni-

⁶ *Schmitt*, in: Giesler/Tielke (Hrsg.), Glossarium, 2015, 44.

⁷ Statt aller *Klein*, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, 1934, 6; *Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, 5, 21 ff.; 756 f.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, 756 f.; *Kloepfer*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, Rn. 6 ff.; *Cornils* (Fn. 3), Rn. 10; *Waechter* (Fn. 5), 49.

⁸ Sinngemäß zur Bedeutung Wolffs *Dürig*, ZgS 1953, 326 (332); *Mager* (Fn. 7), 13 ff.; 756 f.; *Stern* (Fn. 7), 756; *Kloepfer* (Fn. 7), Rn. 6; in der Sache auch *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, 131, 133; *Cornils* (Fn. 3), Rn. 16.

⁹ Vgl. *Wolff*, Reichsverfassung und Eigentum, in: FG für Wilhelm Kahl, 1923, 3.

¹⁰ *Ernst*, in: Allen/Dannemann (Hrsg.), FA Mann: The Lawyer and His Legacy, 2024, 205.

¹¹ *Schmitt*, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, 3. Aufl. 1985, 140 (160) (gemäß heutiger Schreibweise: „als Erster“); zustimmend *Klein* (Fn. 7), 81.

¹² *Stern* (Fn. 7), 754 (Hervorhebung und generischer Nachweis im Original weggelassen).

¹³ Vgl. *Wolff* (Fn. 9), 7.

versität Berlin verdrängt wurde,¹⁴ berichtete die „Neue Zürcher Zeitung“ in ihrer Morgenausgabe am 10. Juli 1935 vom „schweren Verlust“, den die Fakultät erlitten habe.¹⁵ Wolff zähle nicht nur „zu den hervorragendsten Kräften der deutschen Rechtswissenschaft“, sondern gelte auch „als das größte pädagogische Talent der Fakultät“. ¹⁶ Auch die maßgeblichen Umstände der Entbindung von seinen amtlichen Verpflichtungen verschwieg die Zeitung nicht: „Der *einzig* Grund der Entlassung besteht darin, dass Wolff *Jude* ist.“¹⁷ Zur Emigration gedrängt, war Wolff ab 1938 aufgrund eines Forschungsstipendiums am All Souls College, Oxford, tätig.¹⁸

Die Untersuchung zu „Reichsverfassung und Eigentum“ veröffentlichte Wolff rund zwei Jahre nach seinem Wechsel auf den Berliner Lehrstuhl in der Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät zum Doktorjubiläum seines damals bereits emeritierten, vor allem im Kirchen- und Staatskirchenrecht sowie im Straf- und Strafprozessrecht tätigen Fakultätskollegen *Wilhelm Kahl*.¹⁹ Wolffs sonstige Veröffentlichungen beschlugen weite Teile des Privatrechts, insbesondere das Sachen- und Familienrecht, und des Handelsrechts, einschließlich des Geldrechts, die er dogmatisch systematisierend durchdrang.²⁰ Während seiner Forschungstätigkeit am All Souls College widmete sich Wolff vornehmlich dem Internationalen Privatrecht.²¹ Angesichts dieser publizistischen Schwerpunkte bildet der Aufsatz „Reichsverfassung und Eigentum“ eine „Spezialveröffentlichung“²² *Martin Wolffs*.

b) Verfassungsrechtliche Abschirmung der charakteristischen Merkmale des privatrechtlich definierten Eigentumsbegriffs

Hintergrund dieser „Spezialveröffentlichung“ bildete Art. 153 Abs. 1 der Verfassung des Deutschen Reichs vom 19. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung; WRV)^{23, 24} Dessen erster Satz gewährleistete das Eigentum („Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet.“), der zweite bezog sich auf Inhalt und Schranken des Eigentums („Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen.“). Hinsichtlich der Gewährleistung des Eigentums stellte Wolff zunächst klar, dass nicht nur das sachenrechtliche Eigentum, sondern sämtliche

¹⁴ Detailliert *Dannemann*, Rechtsvergleichung im Exil: Martin Wolff und das englische Recht, 2003, 3 f.

¹⁵ Deutschland: Entlassung von Hochschulprofessoren, Neue Zürcher Zeitung vom 10.7.1935 (Morgenausgabe), 2.

¹⁶ Neue Zürcher Zeitung (Fn. 15), 2.

¹⁷ Neue Zürcher Zeitung (Fn. 15), 2 (Hervorhebungen im Original).

¹⁸ *Dannemann*, in: Beatson/Zimmermann (Hrsg.), *Jurists Uprooted: German-speaking Emigre Lawyers in Twentieth-century Britain*, 2004, 441 (443 f., 458); s.a. *Medicus*, in: Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993, 543 (545).

¹⁹ *Achenbach*, *Recht, Staat und Kirche bei Wilhelm Kahl*, 1972, 1 ff.

²⁰ *Ernst* (Fn. 10), 205; *Medicus* (Fn. 18), 547.

²¹ Eingehend *Dannemann* (Fn. 18), 450 ff.

²² *Medicus* (Fn. 18), 548.

²³ Deutsches Reichsgesetzblatt 1919, 1383–1418.

²⁴ Vgl. *Wolff* (Fn. 9), 3.

privaten Vermögensrechte, einschließlich Forderungen, dinglicher Rechte und Urheberrechte, am Schutz des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes teilhätten.²⁵ Sodann betonte er, dass sich die „Gewährleistung“ des Eigentums gemäß Art. 153 Abs. 1 Satz 1 WRV zunächst auf den Schutz „der bestehenden und der neu entstehenden *konkreten* Privatrechte jedes einzelnen Rechtssubjekts“ beziehe.²⁶ Darüber hinaus enthalte die Verfassungsbestimmung aber „auch die Zusicherung, dass das Privateigentum als *Rechtsinstitut* erhalten“ bleibe.²⁷ Die Formel, wonach das „Eigentum [...] von der Verfassung gewährleistet“ werde (Art. 153 Abs. 1 Satz 1 WRV), beinhalte daher auch eine „*Institutsgarantie*“.²⁸ Zur Begründung verwies Wolff auf die Verfassungsbestimmung der Garantie des Erbrechts (Art. 154 Abs. 1 WRV), in der ebenfalls das Verb „gewährleisten“, nicht etwa das Adjektiv „unverletzlich“, verwendet werde.²⁹ Die Institutsgarantie des Eigentums stelle sicher, dass an körperlichen Sachen die Begründung solcher privatrechtlicher Rechte weiterhin sicherzustellen sei, die „den *Namen Eigentum*“ verdienen.³⁰ Das bedeute freilich nicht, dass sämtliche der im Zeitpunkt der Verfassungsgebung „vorhandenen Vermögensrechtsinstitute“ und „jeder Typus begrenzter Sachenrechte“ erhalten bleiben müsse.³¹

Auch die Vorschrift, wonach sich der „Inhalt“ und die „Schranken“ des Eigentums „aus den Gesetzen [...] ergeben“ (Art. 153 Abs. 1 Satz 2 WRV), auferlegte dem Gesetzgeber kein absolutes Änderungsverbot hinsichtlich der zum Zeitpunkt der Verfassungsgebung existierenden Ordnung des Privatrechts.³² Der „Sinn des Art. 153 Abs. 1 Satz 2 [W]RV“ sei vielmehr, was „das schweizerische Bundesgericht wiederholt ausgesprochen“ habe: „Das Eigentum empfängt seinen *Inhalt und seine Begrenzung* nicht durch das staatsrechtliche Prinzip seiner Unverletzbarkeit, sondern durch die *Normen des geltenden objektiven Privatrechts*“ [...].³³ Mit den „Schranken“ des Eigentums seien in Art. 153 Abs. 1 Satz 2 WRV die für das Eigentum charakteristischen Ausschließungs- und Verfügungsbefugnisse, nicht etwa die durch die Gesetzgebung den Eigentumsrechten auferlegten Beschränkungen, angesprochen.³⁴ Daher sei der Gesetzgeber berechtigt, diese positiven und negativen, aus der Eigentümerstellung fließenden Befugnisse „in weitestem Ausmaß“ zu beschränken, sofern er dies in *allgemeiner und rechtsgleicher* Weise tue.³⁵

Die dogmatische „Konstruktion“³⁶ der Institutsgarantie des Eigentums, die Martin Wolff 1923 entwickelte, sollte demnach den tradierten, durch das Pri-

²⁵ Wolff (Fn. 9), 3.

²⁶ Wolff (Fn. 9), 5 (Hervorhebung im Original).

²⁷ Wolff (Fn. 9), 5 (Hervorhebung im Original; „dass“ im Original mit ß).

²⁸ Wolff (Fn. 9), 6 (Hervorhebung hinzugefügt).

²⁹ Wolff (Fn. 9), 5 (Hervorhebung hinzugefügt).

³⁰ Wolff (Fn. 9), 6 („den Namen Eigentum“ im Original gesperrt).

³¹ Wolff (Fn. 9), 6.

³² Wolff (Fn. 9), 6.

³³ Wolff (Fn. 9), 7 (mit Hinweis auf BGE 16, 717, 39 I 77 und 42 I 209; Kursivdruck hinzugefügt).

³⁴ Wolff (Fn. 9), 7.

³⁵ Wolff (Fn. 9), 7–10 (unter Hinweis auf BGE 30, 337 und 37, 516), 8.

³⁶ Dürig (Fn. 8), 332.

vatrecht bestimmten Charakteristiken des Eigentums³⁷ verfassungsrechtlichen Schutz auch *gegenüber dem Reichsgesetzgeber und dem Landesgesetzgeber* verleihen, die Ausgestaltung des Eigentums innerhalb dieses weitgespannten Rahmens aber der zuständigen Legislative überlassen. Auch hinsichtlich dieser Bindung des Gesetzgebers an den verfassungsrechtlich verbrieften Eigentumschutz berief sich *Wolff* auf die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts: Dieses habe „mit Recht wiederholt betont, dass die verfassungsmäßige Eigentumsgarantie auch eine Schranke für den Gesetzgeber“ bilde.³⁸

2. Weimarer Staatsrechtslehre: Rezeption und Verallgemeinerung

Sofern es sich bei der verfassungsrechtlichen Institutsgarantie des Eigentums angesichts des unmittelbaren Transfers der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts in das Verfassungsrecht der Weimarer Republik, metaphorisch gewendet, um ein *rechtliches Transplantat* (engl.: *legal transplant*)³⁹ gehandelt haben sollte, blieben die zu erwartenden Abstoßungsreaktionen aus. Im Gegenteil wurde die dogmatische Konstruktion unmittelbar und praktisch durchgehend rezipiert.⁴⁰ Mit *Heinrich Triepel* zitierte einer der zeitgenössisch einflussreichsten Vertreter der Weimarer Staatsrechtslehre⁴¹ die rechtsdogmatische Konstruktion bereits rund ein Jahr nach deren Publikation zustimmend,⁴² während sie *Gerhard Anschütz* ab 1926 in seine Kommentierung der Weimarer Reichsverfassung einarbeitete.⁴³

Mit seiner „Verfassungslehre“ von 1928 verhalf *Carl Schmitt* der Institutsgarantie schließlich zum „eigentlichen Durchbruch“^{44, 45} *Schmitt* unterschied kategorial zwischen den sich gemäß seiner Konzeption antagonistisch zueinander verhaltenden Institutsgarantien einerseits und Freiheitsrechten andererseits.⁴⁶ Während Freiheitsrechte auf der Idee einer prinzipiell unbegrenzten und daher notwendig unbestimmten, lebensweltlichen Freiheitssphäre beruhten, bezögen sich Institutsgarantien auf eine rechtlich definierte, umgrenzte und vorgeformte „Institution“.⁴⁷ Institutsgarantien sollen demnach einen tradierten und festgefügteten, „*inhaltlich bestimmten Normenkomplex*“ des Privatrechts als „etwas Gegenwärtiges, formiert und organisiert Bestehendes und Vorhandenes“⁴⁸ ge-

³⁷ Vgl. *Wolff* (Fn. 9), 6.

³⁸ *Wolff* (Fn. 9), 6/Fn. 3 (unter Hinweis auf BGE 26 I 72 E. 3 S. 77 vom 8. Januar 1900; „dass“ im Original mit ß).

³⁹ Stilbildend *Kahn-Freund*, *Modern Law Review* 1974, 1 (5 f., 12, 18 f., 27).

⁴⁰ Eingehend *Klein* (Fn. 7), 81–88; für isolierte abweichende Meinungsäußerungen s. die Nw. bei *Stern* (Fn. 7), 758/Fn. 31.

⁴¹ *von Arnould*, in: Häberle/Kilian/Wolff (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, 2. Aufl. 2018, 164 (168 f., 174–180).

⁴² *Triepel*, *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien*, 1924, 15, 25.

⁴³ *Anschütz*, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919* (3./4. Aufl. 1926), Art. 153 Ziff 5.

⁴⁴ *Stern* (Fn. 7), 768.

⁴⁵ *Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1928, 170 ff.

⁴⁶ *Schmitt* (Fn. 45), 170.

⁴⁷ *Schmitt* (Fn. 45), 170 f.

⁴⁸ *Schmitt* (Fn. 11), 155, 164 („Normenkomplex“ im Original im Genitiv Singular).

genüber einer durchgreifenden, dessen kennzeichnende Merkmale verwischnen „Beseitigung im Wege der einfachen Gesetzgebung“ abschirmen.⁴⁹ Soweit sich der entsprechende verfassungsrechtliche Schutz auf öffentlich-rechtlich geprägte Einrichtungen wie etwa die kommunale Selbstverwaltung (Art. 120 WRV)⁵⁰ bezog, handelte es sich gemäß der durch *Carl Schmitt* verfeinerten Konzeption dagegen um „institutionelle Garantien“.⁵¹

III. Rekonstruktion eines Rechtstransfers: Rechtserzeugung durch Rechtsvergleichung

1. Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen *Urs Kummer* als Ausgangspunkt

Zeitgenössisch wurden die Institutsgarantien als „neue, schlechthin epochale Theorie“⁵² gepriesen und retrospektiv als „wohl wichtigste grundrechtstheoretische wie -dogmatische Neuerung der Weimarer Zeit“ hervorgehoben.⁵³ Während des Nationalsozialismus verzugslos „in das Museum für verfassungsrechtliche Begriffe des Liberalismus“ verbannt,⁵⁴ erlebte die Lehre von den Institutsgarantien unter dem Grundgesetz zunächst eine vorsichtige, aber allmählich verblassende Renaissance.⁵⁵ Die Überzeugungskraft des Rechtstransfers, der am Anfang der Lehre von der Institutsgarantie des Eigentums stand, wurde weder unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung noch unter dem Grundgesetz genauer analysiert oder grundsätzlich infrage gestellt.⁵⁶

Für seine These, wonach „der Sinn des Art. 153 Abs. 1 Satz 2 [W]RV“ dem entspreche, „[w]as das schweizerische Bundesgericht wiederholt ausgesprochen“ habe, berief sich *Wolff* auf drei Urteile des Schweizerischen Bundesgerichts, die am 14. November 1890,⁵⁷ am 20. Februar 1913⁵⁸ und am 25. Mai 1916⁵⁹ ergangen waren.⁶⁰ Das von *Wolff* angeführte Zitat findet sich indessen nur im

⁴⁹ *Schmitt* (Fn. 45), 170.

⁵⁰ Vgl. die Übersicht bei *Stern* (Fn. 7), 760.

⁵¹ *Schmitt* (Fn. 11), 143.

⁵² *Klein* (Fn. 7), 6.

⁵³ *Gusy*, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 1993, 163 (165).

⁵⁴ *Menzel*, AöR 1937, 32 (76).

⁵⁵ Vgl. nur den augenfälligen Kontrast zwischen *Stern* (Fn. 7), 768 (Festigung und Anerkennung der Rechtsfigur seit den 1950er Jahren diagnostizierend) und der Neubearbeitung durch *Cornils* (Fn. 3), Rn. 3 (eine vielstimmige, ganz grundsätzliche Infragestellung der dogmatischen Konstruktion konstatierend).

⁵⁶ Vgl. einzig *Mager* (Fn. 7), 14 (die lediglich konstatiert, dass die „Übertragbarkeit“ der „Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts [...] auf die Verhältnisse der Weimarer Reichsverfassung“ bei *Wolff* „unerört“ geblieben sei).

⁵⁷ BGE 16, 709 (14.11.1890) in Sachen *Urs Kummer*.

⁵⁸ BGE 39 I 73 (20.2.1913) in Sachen *Brack* gegen den Kanton Zürich.

⁵⁹ BGE 42 I 208 (25.5.1916) in Sachen *Studer* gegen *Busch*.

⁶⁰ Vgl. *Wolff* (Fn. 9), 7/Fn. 1.

erstgenannten Entscheid von 1890 in Sachen *Urs Kummer*. In jenem Urteil lautet der Satz ungekürzt wie folgt:

„Der Begriff des Eigentums im Sinne des vollkommenen dinglichen Rechtes an der Sache ist ebenso wenig durch das verfassungsmäßige Prinzip der Unverletzlichkeit des ‚Eigentums‘ festgestellt oder daraus abzuleiten, als derjenige irgend eines andern Privatrechts; das Eigentum im engeren Sinne empfängt seinen Inhalt und seine Begrenzung so gut wie alle andern Privatrechte nicht durch das staatsrechtliche Prinzip [,] sondern durch die Normen des geltenden objektiven Privatrechts, durch die privatrechtliche Gesetzgebung.“⁶¹

Im unmittelbaren Anschluss an die wiedergegebene Passage betonte das Bundesgericht, dass sich der sachenrechtliche Eigentumsbegriff – im Urteil wahlweise als „Eigentum im engeren“ oder „engeren juristisch-technischen Sinne“ bezeichnet⁶² – von der deutlich weiter gefassten *verfassungsrechtlichen* Definition unterscheide. „Eigentum“ werde auch in der Verfassung des Kantons Bern „im weiteren Sinn“ verstanden und umfasse daher alle „wohlerworbenen Privatrechte“ und sämtliches „Vermögensrecht“, einschließlich schuldrechtlicher „Forderungen“.⁶³

Wolff gab in seinem Beitrag nur den zweiten Teilsatz des vorstehend⁶⁴ abgedruckten Zitats nach dem Semikolon wieder, ließ aber die einschränkende Wendung „[Eigentum] im engeren Sinn“ und die Passage „so gut wie alle andern Privatrechte“ weg, während er das „staatsrechtliche Prinzip“ um die zwei Worte „seiner Unverletzlichkeit“ ergänzte. Das verleiht der zwischen Anführungs- und Schlusszeichen gesetzten und ohne die Kenntlichmachung von Auslassungen versehenen Passage den folgenden Wortlaut:

„Das Eigentum empfängt seinen Inhalt und seine Begrenzung nicht durch das staatsrechtliche Prinzip seiner Unverletzbarkeit, sondern durch die Normen des geltenden objektiven Privatrechts“ [...].“⁶⁵

In einem weiteren der drei Urteile des Schweizerischen Bundesgerichts, die Wolff in der Fußnote als Beleg für die vorstehende Passage anführte, findet sich eine Wendung ähnlichen Inhalts, die zwischen Inhalt und Grenzen von Eigentumsrechten differenziert.⁶⁶ Hinsichtlich ihrer Länge und Struktur weicht sie von der knappen, im Aufsatz von 1923 erscheinenden Passage aber erheblich

⁶¹ BGE 16, 709 E. 2 S. 717 – Schreibweise sinnwährend angepasst („Eigenthum“; „ebenso wenig“).

⁶² BGE 16, 709 E. 2 S. 717 – Schreibweise sinnwährend angepasst („enger“).

⁶³ BGE 16, 709 E. 2 S. 717 – Schreibweise sinnwährend angepasst („weiter“).

⁶⁴ Haupttext bei Fn. 61.

⁶⁵ Wolff (Fn. 9), 7 (unter Hinweis auf BGE 16, 717, 39 I 77 und 42 I 209; Kursivdruck hinzugefügt).

⁶⁶ Wolff (Fn. 9), 7/Fn. 1 lautet vollständig wie folgt: „Entsch. d. Bundesger. 16, 717; 39 I, 77; 42 I, 209 u. ö.“; BGE 42 I 208 (Fn. 59) betrifft indessen ein deutsches Auslieferungsbegehren, das keinen ersichtlichen Konnex zur relevanten Fragestellung aufweist. Auf S. 209 des Urteils findet sich lediglich eine Zusammenfassung des Sachverhalts. Beim Hinweis auf „[BGE] 42 I, 209“ dürfte es sich daher um einen Druckfehler oder einen Irrtum handeln.

ab.⁶⁷ Für die Rekonstruktion der Tragfähigkeit des Fundaments der Institutsgarantie rückt damit das Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14. November 1890 in Sachen *Urs Kummer* ins Zentrum.

2. Bundesgericht als Staatsgerichtshof und kantonale Gesetzgebungszuständigkeit für das Privatrecht

a) Urteil in Sachen *Urs Kummer*: Eigentumsgarantie und Ausschließungsbefugnisse des Grundeigentümers

Das Bundesgericht hatte in seiner Funktion „als Staatsgerichtshof“⁶⁸ den staatsrechtlichen Rekurs⁶⁹ von *Urs Kummer* gegen das vorinstanzliche Urteil eines kantonalen Gerichts zu beurteilen. Der Rekurrent bewirtschaftete in Limpach, einer ländlichen Ortschaft im Kanton Bern an der Grenze zum Kanton Solothurn, ein landwirtschaftliches Grundstück.⁷⁰ In nordöstlicher Richtung hatte die lokale Schützengesellschaft – ein privatrechtlicher Verein – auf einem Grundstück, das ihr von der Bürgergemeinde geschenkt worden war, einen Schießstand errichtet, in südöstlicher Richtung von *Urs Kummers* Landwirtschaftsland Schießscheiben.⁷¹ Hielt die Schützengesellschaft ihre Schießübungen ab, überquerten die abgefeuerten Geschosse *Urs Kummers* etwas tiefer gelegenes Grundstück daher in diagonalen Richtung.⁷² Mit seiner Eigentumsfreiheitsklage blieb *Urs Kummer* vor dem zuständigen Zivilgericht erfolglos. Es befand, *Urs Kummer* habe „einzig aus Schikane“ Klage erhoben, da die Schießübungen „in der Regel an einem Sonntagnachmittag“ abgehalten würden, wenn die landwirtschaftlichen Arbeiten ohnehin ruhten, „die tiefe Lage der Grundstücke [...] jede Beschädigung der Kulturen“ ausschließe und der Kläger die angebliche Beeinträchtigung seines Eigentums während mehr als einer Dekade widerspruchslos hingenommen habe.⁷³

Bis zum Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB)⁷⁴ am 1. Januar 1912 verblieb das Sachenrecht in der Zuständigkeit der Kantone. Die vertikale Begrenzung des Eigentums an Grundstücken „nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich“ (Art. 667 Abs. 1 ZGB) war damit im Urteilszeitpunkt – am 14. November 1890 – hinsichtlich der betreffenden Grundstücke eine Domäne der privatrechtlichen Gesetzgebung des Kantons Bern. Der anwendbare Art. 378 des Civil-Gesetzbuchs für den Kanton Bern vom 1. Ap-

⁶⁷ Vgl. BGE 39 I 73 E. 1 S. 77 (s. Fn. 58): „Die verfassungsmäßige Garantie des Eigentums oder der wohlverworbenen Privatrechte überhaupt hat nämlich, wie in der Praxis längst feststeht, unmittelbar nur Bezug auf den *Bestand*, die Substanz der Rechte, nicht auch auf ihren *Inhalt* und speziell die Art ihrer Ausübung; hiefür [sic!] ist vielmehr die jeweiligen geltende objektive Rechtsordnung maßgebend, auf deren Unanwendbarkeit das Privatrechtssubjekt keinen Anspruch hat [...].“; vgl. überdies auch BGE 42 I 208 E. (Fn. 59).

⁶⁸ BGE 16, 709 E. 2 S. 716 (*Urs Kummer*; Fn. 57).

⁶⁹ BGE 16, 709 Bst. B S. 711 (*Urs Kummer*; Fn. 57).

⁷⁰ Vgl. BGE 16, 709 Bst. A S. 709 f. (*Urs Kummer*; Fn. 57).

⁷¹ Vgl. BGE 16, 709 Bst. A S. 709 f. (*Urs Kummer*; Fn. 57).

⁷² Vgl. BGE 16, 709 Bst. A S. 710. (*Urs Kummer*; Fn. 57).

⁷³ BGE 16, 709 Bst. A S. 710 f. (*Urs Kummer*; Fn. 57 – Schreibweise sinnwährend angepasst [„Sonntag Nachmittag“]).

⁷⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210).

ril 1828 bestimmte, dass sich „das Recht des Eigentümers“ eines Grundstücks „nicht allein auf die Oberfläche, sondern auch aufwärts auf die Luftsäule, und in umgekehrter Richtung auf die Tiefe [...] erstreckt [...]“.⁷⁵

Dem Bundesgericht, der obersten rechtsprechenden Behörde im schweizerischen Bundesstaat,⁷⁶ kommt seit seiner Errichtung als ständiges Gericht eine unitarische Funktion zu: das Recht des *Bundes* trotz vorinstanzlicher Beurteilung durch kantonale Gerichte *einheitlich* anzuwenden und fortzubilden.⁷⁷ Für zivilrechtliche Streitigkeiten war das Bundesgericht im ausgehenden 19. Jahrhundert daher grundsätzlich *nicht zuständig*. Etwas anderes galt für die Beurteilung von Klagen, mit denen Private die Verletzung von Rechten geltend machten, die ihnen die anwendbaren Kantonsverfassungen garantierten. In solchen Konstellationen konnten Private in letzter Instanz an das Bundesgericht als Staatsgerichtshof gelangen.⁷⁸ In seinem staatsrechtlichen Rekurs machte *Urs Kummer* geltend, das vorinstanzliche kantonale Urteil sei in Verletzung der *verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie* gemäß § 83 der damals in Kraft stehenden Staatsverfassung des Kantons Bern vom 31. Juli 1846 ergangen, wonach „[a]lles Eigentum [...] unverletzlich [...] ist“^{79, 80}

b) Akzentuierte Differenzierung zwischen Verfassungs- und Privatrecht aus Gründen der gerichtlichen Zuständigkeitsordnung

Aufgrund des staatsrechtlichen Rekurses hatte das Bundesgericht daher zu beurteilen, ob das fragliche kantonale Urteil den Schutz von *Urs Kummers* Eigentumsrechten gemäß der Berner Kantonsverfassung verletzte, während dem Gericht die Überprüfung der Anwendung des kantonalen Privatrechts durch das vorinstanzliche Gericht verwehrt blieb. Aufgrund ähnlich gelagerter Konstellationen hatte das Bundesgericht in einer Reihe von Urteilen seit 1877 zwischen der *verfassungsrechtlich gewährleisteten Unverletzlichkeit des Eigentums* (Eigentumsgarantie des kantonalen Verfassungsrechts) einerseits und *Bestand, Inhalt und Reichweite spezifischer dinglicher oder obligatorischer Rechte* gemäß der privatrechtlichen Gesetzgebung des betreffenden Kantons andererseits zunehmend deutlich zu unterscheiden begonnen.⁸¹ In einem Urteil vom 12. März 1879 hielt das Gericht dazu fest, dass die Eigentumsgarantie des anwendbaren

⁷⁵ Zit. nach *König*, Civilgesetzbuch für den Kt Bern, 2. Aufl. 1883, 185.

⁷⁶ Vgl. Art. 188 Abs. 1 BV (Fn. 3).

⁷⁷ Eingehend *Reich*, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar BV, 4. Aufl. 2023, Art. 189 Rn. 6 ff.

⁷⁸ Art. 59 Bst. a Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874 (mehrfach revidiert und seit 31.12.2006 außer Kraft).

⁷⁹ Wortfolge und Schreibweise von § 83 Verfassung des Kantons Bern sinnwährend angepasst (im Original: „Alles Eigenthum ist unverletzlich.“).

⁸⁰ Vgl. BGE 16, 709 Bst. B S. 711 (*Urs Kummer*; Fn. 57).

⁸¹ Vgl. BGE 3 262 E.2 S. 263 f. in Sachen *Riedverwaltung Appenzell* (11.5.1877), 3 309 E. 1 S. 313 in Sachen *Schürmann und Konsorten* (22.6.1877); 3 687 E. 2 f. S. 689 f. in Sachen *Wasserwerksbesitzer an der Lorze* (3.11.1877); 4 I 612 E. 1 f. S. 615 f. in Sachen *Ullmer et al.* (22.11.1878); 5 I 45 E. 2 S. 49 in Sachen *Ellmer* (12.3.1879); 5 I 214 E. 3 S. 216 in Sachen *Odermatt* (14.6.1879).

Verfassungsrechts zwar auch bei Konflikten über Bestand, Inhalt und Reichweite von Rechten zwischen Privaten angerufen werden könne, diese Rechtsansprüche aber grundsätzlich nur dann verletzt seien, wenn es ein Kanton überhaupt versäumt habe, Zivilgerichte einzurichten, die für die Beurteilung derartiger privatrechtlicher Ansprüche zuständig seien.⁸² Eben diesen kantonalen Zivilgerichten sei die Aufgabe überantwortet, „sowohl über Existenz und Umfang des behaupteten Privatrechtes, als auch über die Frage, ob ein rechtswidriger Eingriff in dasselbe vorliege, [...] *definitiv und endgültig*“ – mithin ohne nachgelagerte bundesgerichtliche Überprüfung – zu entscheiden.⁸³ Eine Verletzung von Rechten, die das kantonale Verfassungsrecht vermittele, liege bei entsprechenden „zivilrechtlichen Streitigkeiten“ nur dann vor, wenn ein zivilgerichtliches Urteil „augenscheinlich auf bloßer *Willkür*“ beruhe, indem das Gericht etwa seine „weitgehende Auslegungsbefugnis *offenbar missbraucht*“ habe.⁸⁴

Im fraglichen Urteil in Sachen *Urs Kummer* führte das Bundesgericht diese Rechtsprechung rund elf Jahre später konsequent fort. Es bemerkte, dass selbst das vorinstanzliche kantonale Gericht zur Feststellung gelangt sei, dass *Urs Kummer* während laufender Schießübungen in seiner Befugnis eingeschränkt werde, „seine Grundstücke zu betreten und zu beliebigen Zwecken zu benutzen [...]“. ⁸⁵ Wenn das Berner Gericht daraus gleichwohl geschlossen habe, dass *Urs Kummer* den Eingriff in sein Eigentum entschädigungslos hinzunehmen habe, liege darin eine *willkürliche* und damit *verfassungswidrige* Gesetzesauslegung.⁸⁶ In späteren Urteilen taxierte das Bundesgericht diese Konstellation mit Verweis auf sein Urteil in Sachen *Urs Kummer* als verfassungswidrige *Rechtsverweigerung*, nicht etwa als Eingriff in die Eigentumsgarantie.⁸⁷

3. Kopplung oder Autonomie von Privat- und Verfassungsrecht?

a) Bundesgericht: Verfahrensrecht und Autonomie von Privat- und Verfahrensrecht

Die kontextualisierende Rekonstruktion der Wendung aus der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, auf die sich *Martin Wolff* zur Begründung seiner These von der Existenz einer Institutsgarantie des Eigentums berief, weist darauf hin, dass die bundesgerichtliche Formel dazu diene, die *sachliche Zuständigkeit* des Bundesgerichts als Staatsgerichtshof von der Zuständigkeit der Gerichte der Kantone für privatrechtliche Streitigkeiten abzugrenzen.⁸⁸ Die Wendung erfüllt eine verfahrensrechtliche Funktion, die auf die *Separierung* von Privat- und Verfassungsrecht ausgerichtet ist: Der Begriff des „Eigentums“ des

⁸² Vgl. BGE 5 I 45 E. 2 S. 48 f. (*Ellmer*; s. Fn. 81) – Hervorhebungen hinzugefügt.

⁸³ BGE 5 I 45 E. 2 S. 49 m.w.Nw. (*Ellmer*; s. Fn. 81) – Hervorhebungen hinzugefügt.

⁸⁴ BGE 5 I 45 E. 2 S. 49 m.w.Nw. (*Ellmer*; s. Fn. 81) – Schreibweise angepasst („civilrechtlich“; „Auslegungsbefugnis“; „mißbraucht“).

⁸⁵ BGE 16, 709 E. 4 S. 719 (*Urs Kummer*; Fn. 57).

⁸⁶ BGE 16, 709 E. 4 S. 719 f. (*Urs Kummer*; Fn. 57).

⁸⁷ BGE 36 I 74 E. 3S. 80 in Sachen *Gemeinde Maules* (26.1.1910), unter Hinweis auf BGE 16, 709 E. 4 S. 719 f. (*Urs Kummer*; Fn. 57).

⁸⁸ Vgl. dazu vorne III.2.a).

Verfassungsrechts (Eigentum „im weiteren Sinn“) und jener des Sachenrechts (Eigentum „im juristisch-technischen“ oder „engeren Sinn“) bestimmen sich grundsätzlich je autonom.⁸⁹ Gleiches muss demnach auch für die räumlichen Grenzen des Eigentums gelten. Ob das Überschießen des fraglichen Grundstücks durch die Mitglieder der Schützengesellschaft Limpach das Eigentumsrecht *Urs Kummers* verletzte, bildete daher grundsätzlich *keine* Frage des Verfassungsrechts (Eigentumsgarantie), sondern allein eine solche des kantonalen *Privatrechts*, die vom zuständigen Zivilgericht des Kantons Berns abschließend zu beurteilen war – darin liegt die Essenz der fraglichen Urteilspassage.⁹⁰

Als Folge dieser scharfen Trennung zwischen Privat- und Verfassungsrecht waren verfassungsrechtlich gewährleistete Ansprüche, für deren Beurteilung das Bundesgericht zuständig war, gemäß der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erst dann berührt, wenn Zivilgerichte Normen des Privatrechts, die sich auf Eigentumsrechte bezogen, augenscheinlich *willkürlich* und offenbar *missbräuchlich* angewendet hatten.⁹¹ Im Urteil in Sachen *Urs Kummer* sah das Bundesgericht diese hoch angesetzte Schwelle als überschritten an,⁹² nachdem das kantonale Zivilgericht etwa aus der Tatsache, dass „ein auf einem Heuwagen stehender Mann mit seinem Körper in den von den Schüssen bestrichenen Raum hineinragen“ würde,⁹³ nicht auf eine Beeinträchtigung des Grundeigentums *Urs Kummers* geschlossen hatte.⁹⁴

b) Martin Wolff: materielles Recht und eigentümliche Kopplung von Privat- und Verfahrensrecht

Im Gründungsdokument der Lehre von der Institutsgarantie – *Martin Wolffs* Aufsatz von 1924⁹⁵ – bleibt der Kontext der beschränkten sachlichen Zuständigkeit des Bundesgerichts und der sich daraus ergebenden verfahrensrechtlichen Funktion der zitierten bundesgerichtlichen Formel unberücksichtigt. Die Wendung aus dem bundesgerichtlichen Urteil in Sachen *Urs Kummer* taucht in der Veröffentlichung nicht nur völlig *dekontextualisiert* und *isoliert*, sondern auch *verkürzt* auf.⁹⁶ Diese Faktoren erwecken den Eindruck, die bundesgerichtliche Formel beziehe sich nicht vornehmlich auf eine verfahrensrechtliche, sondern auf eine Frage des *materiellen* Rechts – auf die Definition des Inhalts des verfassungsrechtlich gewährleisteten Eigentums.⁹⁷ Das Zitat suggeriert sodann fälschlicherweise, dass das Bundesgericht die Eigentumsbegriffe des Verfas-

⁸⁹ Vgl. dazu vorne III.1. (Haupttext zu Fn. 62 f.).

⁹⁰ Vgl. das Zitat vorne unter III.1. (Haupttext zu Fn. 61).

⁹¹ Vgl. dazu vorne III.2.b) (Haupttext zu Fn. 84), mit den Hinweisen auf BGE 5 I 45 E. 2 S. 49 (*Ellmer*; s. Fn. 81).

⁹² Vgl. vorne III.2.b) (Haupttext zu Fn. 85).

⁹³ BGE 16, 709 Bst. B S. 712 (*Urs Kummer*; Fn. 57).

⁹⁴ Vgl. dazu III.2.b) (Haupttext zu Fn. 85).

⁹⁵ Dazu einleitend unter I.

⁹⁶ Vgl. eingehend unter III.1.

⁹⁷ Vgl. vorne unter II.1.b) und III.1.

sungs- und des Privatrechts nicht separierte, sondern miteinander koppelte.⁹⁸ In einem Kernbereich sollte sich der verfassungsrechtliche Begriff des Eigentums demnach am privatrechtlichen orientieren und den Gesetzgeber verpflichten, tradierte privatrechtliche Eigentumsrechte bereitzustellen.⁹⁹ Zu den Gründen der angeblichen Relevanz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Auslegung der Weimarer Reichsverfassung äußerte sich *Wolff* nicht.¹⁰⁰

4. Folgerung: Umdeutung durch Dekontextualisierung

Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, die *Martin Wolff* zur Grundlage einer Lehre von der Institutsgarantie des Eigentums machte, lässt sich in wenigen Sätzen zusammenfassen: Inhalt und Grenzen des privatrechtlichen Eigentums, insbesondere des Grundeigentums, bestimmen sich auf der Grundlage der einschlägigen *privatrechtlichen* Gesetzgebung des fraglichen Kantons, nicht nach dessen Verfassung. Daher haben die zuständigen *Zivilgerichte* der Kantone abschließend zu entscheiden, ob im konkreten Fall eine Eigentumsstörung vorliegt. Nur wenn dies in offenkundig willkürlicher und augenscheinlich missbräuchlicher Weise geschieht, ist die Eigentumsgarantie und damit das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentum berührt. Nur unter diesen Voraussetzungen besteht ausnahmsweise eine Zuständigkeit des Bundesgerichts als Staatsgerichtshof.

Die Ausblendung des relevanten Kontexts erlaubte es *Martin Wolff*, die bloß verkürzt wiedergegebene Passage aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Sinn einer *eigengearteten Koppelung* von verfassungs- und privatrechtlichem Eigentum zu deuten: Die verfassungsrechtliche Gewährleistung verpflichte den Gesetzgeber dazu, Eigentumsrechte zu garantieren, die „den Namen Eigentum“¹⁰¹ verdienen. Diesen rechtsdogmatischen Konstruktivismus verband *Wolff* mit dem *Anspruch auf rechtsnormative Geltung*, der mit dem Verb „sein“ offen zutage tritt: „Was das schweizerische Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat [...] ist der Sinn des Art. 153 Abs. 1 Satz 2 [W]RV [...]“¹⁰² Rechtsvergleichung mutierte dadurch zum Versuch der *Rechtserzeugung*.

IV. „Bricolage“: Rechtsvergleichung als Instrument eines zielgerichteten rechtsdogmatischen Konstruktivismus

Die Zielstrebigkeit und Einmütigkeit, mit der die Weimarer Staatsrechtslehre die Institutsgarantie des Eigentums „gewissermaßen spürbar erleichtert“¹⁰³ rezipierte, dürfte dem Umstand geschuldet sein, dass die Rechtsfigur im relevanten

⁹⁸ Vgl. unter III.1 (Haupttext zu Fn. 65): „Eigentum“ wird im Singular verwendet („Das Eigentum [...]“).

⁹⁹ Vgl. dazu vorne unter III.1.

¹⁰⁰ Krit. auch *Mager* (Fn. 7), 14.

¹⁰¹ *Wolff* (Fn. 9), 6 („den Namen Eigentum“ im Original gesperrt gedruckt).

¹⁰² *Wolff* (Fn. 9), 7 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁰³ *Dürig* (Fn. 8), 332/Anm. 4.

sozioökonomischen, politischen und verfassungsrechtlichen Kontext einen von den beteiligten Akteuren geteilten *ordnungspolitischen und verfassungsrechtlichen Zweck* erfüllte. Der zeitgenössisch als „eine völlig unpolitische Natur“¹⁰⁴ beschriebene *Martin Wolff* selbst machte keinen Hehl daraus, wogegen sich die von ihm entworfene Institutsgarantie des Eigentums richtete: Sie sollte „gegenüber linksradikalen Ideen“¹⁰⁵ einen *verfassungsrechtlichen Schutzwall* zur Bewahrung der charakteristischen Merkmale des tradierten privatrechtlichen Eigentumsbegriffs errichten.¹⁰⁶ Mit der bezeichnenderweise als „Entdeckung“¹⁰⁷ beschriebenen, an einen Akt von „*motivated reasoning*“¹⁰⁸ erinnernden rechtsdogmatischen *Konstruktion*¹⁰⁹ und *Verallgemeinerung* der Institutsgarantie zu einer Figur der Verfassungsdogmatik¹¹⁰ war denn auch im zeitgenössischen Urteil der verfassungsrechtliche Boden bereitet, die „Grundpfeiler“ der existierenden „bürgerlichen Rechts-, Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung“¹¹¹ (Privateigentum, Vertragsfreiheit, Erbrecht, Ehe, Elternrecht) ungeachtet der gegenüber dem Reichsgesetzgeber potenziell „leerlaufend[en]“ Grundrechte¹¹² einer „verfassungsmäßige[n] Sicherung“¹¹³ zuzuführen. Die Institutsgarantie erscheint in dieser Perspektive als eine *verfassungsrechtliche Versicherung* gegenüber den Unwägbarkeiten, die einer Demokratie auch hinsichtlich des Schutzes des Privateigentums inhärent sind.¹¹⁴

Trifft diese Deutung zu, erklärte sich daraus auch das *Desinteresse* der Staatsrechtslehre an der Belastbarkeit der rechtsdogmatischen Konstruktion der Institutsgarantie des Eigentums.¹¹⁵ Findet das Ergebnis einer Normauslegung Zustimmung, mag deren Überzeugungskraft mangels schlüssigerer Alternativen als sekundär erscheinen. Bis in die Gegenwart wegbleibend ist die Einsicht, dass die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Eigentums der einfachgesetzlichen Bereitstellung eines Bündels von Rechten bedarf, das in seiner Gesamtheit „den Namen Eigentum verdient“.¹¹⁶

¹⁰⁴ Neue Zürcher Zeitung (Fn. 15), 2.

¹⁰⁵ Wolff (Fn. 9), 6.

¹⁰⁶ Vgl. Wolff (Fn. 9), 6 u. 18.

¹⁰⁷ Stern (Fn. 7), 754 (Hervorhebung und generischer Nachweis im Original weggelassen).

¹⁰⁸ Grundlegend *Kunda*, Psychological Bulletin 1990, 480.

¹⁰⁹ Vgl. dazu vorne unter II.1.

¹¹⁰ Vgl. dazu vorne unter II.2.

¹¹¹ *Anschutz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, Art. 153 Rn. 5.

¹¹² *Thoma*, in: Triepel (Hrsg.), Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, 1925, 183 (196).

¹¹³ *Anschutz* (Fn. 111), Art. 153 Rn. 5.

¹¹⁴ Vgl. auch *Gusy* (Fn. 53), 165 f.; s. allgemeiner *Reich*, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. I, 2020, 333 (348/Rn. 22 m.w.N.).

¹¹⁵ Vgl. dazu vorne unter III.1., insbesondere Haupttext zu Fn. 56.

¹¹⁶ Vgl. Wolff (Fn. 9), 6 („den Namen Eigentum“ im Original gesperrt gedruckt); s.a. BVerfGE 24, 367 (389): „Das Grundrecht des Einzelnen setzt das Rechtsinstitut ‚Eigentum‘ voraus; es wäre nicht wirksam gewährleistet, wenn der Gesetzgeber an die Stelle des Privateigentums etwas setzen könnte, was den Namen ‚Eigentum‘ nicht mehr verdient.“; der Hinweis auf den terminologischen Gleichklang entstammt *Depenheuer/Froese* (Fn. 2), Rn. 92.

Das präsentierte Deutungsangebot lässt auch den durch *Martin Wolff* initiierten, *umdeutenden Rechtstransfer*¹¹⁷ in neuem Licht erscheinen. Er lässt sich als Versuch verstehen, eine identifizierte verfassungsrechtliche Problematik mit auffindbaren Argumentationsmustern einer intendierten Lösung zuzuführen. *Claude Lévi-Strauss* hat für solche Improvisationskunst das Konzept der „*Bricolage*“ geprägt.¹¹⁸ Man könnte es auch „konservierenden wissenschaftlichen Aktivismus“ nennen – oder einprägsamer „*scholactivism*“¹¹⁹ *avant la lettre*“.

¹¹⁷ Vgl. dazu vorne unter III.4.

¹¹⁸ *Lévi-Strauss*, *La Pensée sauvage*, 1962, 26 ff.

¹¹⁹ Vgl. *Khaitan*, *International Journal of Constitutional Law* 2022, 547 (548) (*scholactivism* als ein aus „*scholar*“ [Wissenschaftler bzw. Wissenschaftlerin] und „*activism*“ [Aktivismus] zusammengesetztes Portemanteau-Wort).

Der Formularprozess in der Rechtswissenschaft der Vormoderne

Thomas Rüfner

I. Die Wertlosigkeit der Rechtsgeschichte

Rechtshistorische Kenntnisse sind für die Rechtspraxis nutzlos. Diese Überzeugung lässt schon Aulus Gellius in seinen *Noctes Atticae* einen anonymen römischen Juristen aussprechen. Befragt nach der Bedeutung des Wortes *proletarius* im Zusammenhang mit dem Verfahren der Ladung des Gegners vor Gericht nach dem Zwölftafelgesetz,¹ bekennt der *peritus iuris* seine Unkenntnis und verweist darauf, dass die Verfahrensregeln der sogenannten *legis actiones* durch die *lex Aebutia* aus dem zweiten Jahrhundert vor Christus obsolet geworden sind.²

Das Bestreben, die Rechtspraxis und die *cupida legum inventus* von nicht mehr geltendem Recht zu entlasten, tritt auch in den justinianischen Rechtsbüchern zutage. Die Kompilatoren fügten zwar am Anfang der Digesten den Abriss der Rechtsgeschichte des klassischen Juristen Pomponius ein,³ doch tilgten sie auftragsgemäß⁴ überholte rechtliche Regeln in den Auszügen aus Schriften der klassischen Juristen, die sie in die Digesten aufnahmen.

Dem auf die Gegenwart ausgerichteten Vorgehen fielen nahezu alle Hinweise auf den Formularprozess zum Opfer. Dieses Verfahrensmodell war in der vorklassischen Epoche an die Stelle des archaischen Zivilprozesses mittels *legis actiones* getreten. Die *lex Aebutia* legalisierte vermutlich nur Veränderungen, die in der Praxis schon eingesetzt hatten. Unter Augustus bestätigten noch zwei *leges Iuliae* den Formularprozess als ordentliche Verfahrensform.⁵

Zur Zeit Justinians war der Formularprozess nicht mehr existent. Er war seinerseits gegen Ende der klassischen Epoche durch das Kognitionsverfahren verdrängt worden. Dieses entstand schon in der frühen Kaiserzeit und dehnte seinen Anwendungsbereich im Lauf der klassischen Epoche aus.⁶ Es kannte nicht mehr die für das Verfahren mittels *legis actiones* ebenso wie den Formularprozess charakteristische Zweiteilung des Prozesses in ein Verfahren vor dem

¹ XII tab. 1, 4 (Gell. 16, 10, 5).

² Gell. 16, 10.

³ Pomp. ench. D. 1, 2, 2.

⁴ Vgl. Const. Tanta § 10 = Iust. C. 1, 17, 2, 10 (a.533).

⁵ Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1996, 159.

⁶ Rüfner, in: Du Plessis/Ando/Tuori (Hrsg.), The Oxford Handbook of Roman Law and Society, 2016, 257 (258).

Prätor oder Provinzstatthalter als Gerichtsmagistrat (*in iure*), und eine zweite Phase vor dem durch den Magistrat ernannten Richter (*apud iudicem*). Stattdessen leitete bei der nachklassischen Kognition ein kaiserlicher Amtsträger den Prozess von der Ladung der beklagten Partei bis zum Urteil.

Eine Konstitution der Söhne Konstantins zur Abschaffung der Klageformeln (*formulae*) aus dem Jahr 342⁷ bestätigte vermutlich nur den bereits vollzogenen Wandel.⁸ Diese Konstitution wurde in den justinianischen Codex aufgenommen. Daneben werden die für den Formularprozess namensgebenden *formulae* – abgesehen von den Titeln mehrerer Werke, die bei der Erstellung der Digesten exzerpiert wurden⁹ – nur noch in zwei Texten der Digesten erwähnt.¹⁰

Seit dem Ende des 11. Jahrhunderts eignete sich die Rechtswissenschaft des *Ius Commune* die Texte der justinianischen Sammlungen an und brachte sie wieder zur Anwendung. Infolge der Beseitigung der Hinweise auf die Regeln des Formularverfahrens war für die Rechtsgelehrten des Mittelalters und der Frühen Neuzeit der verfahrensrechtliche Hintergrund der Fallentscheidungen der römischen Juristen nicht mehr ohne weiteres erkennbar.

Erst mit der Entdeckung der Institutionen des Gaius im Jahr 1816 änderte sich die Lage. Mit dem Lehrbuch des Gaius besaß die Rechtswissenschaft eine Gesamtdarstellung des römischen Privatrechts, die dem Zivilprozess Raum gab. Vor allem behandelt Gaius ausführlich die Prozessformel, die den vom Gerichtsmagistrat ernannten Richter instruierte, welche Punkte er zu prüfen und wie er zu entscheiden hatte. Die Darstellung des Gaius in Zusammenschau mit den Musterformeln der 1760 entdeckten *Lex Rubria*¹¹ zeigt die zentrale Bedeutung der Prozessformel für das Zivilverfahren der klassischen Zeit. Gaius selbst spricht davon, dass der Prozess mittels *legis actiones* durch ein Verfahren *per formulas* ersetzt wurde.¹² Die deutsche Bezeichnung „Formularprozess“ wurde wohl von Sigmund Wilhelm Zimmern (1796–1830)¹³ geprägt, der in seiner 1829 vorgelegten Geschichte des römischen Zivilprozesses die Gaius-Institutionen umfassend auswertete.

Die Auffindung neuer Quellen wirkt für rechtshistorische Forschung ähnlich wie „drei berichtigende Worte des Gesetzgebers“¹⁴ für die Rechtsdogmatik: „Was der Fleiß und die Divination von Jahrhunderten sich zusammengebaut, keinen Tag ist es sicher, daß nicht ein altes Pergament aufgefunden werde, was ihren Bau bis auf den Grund zerstört.“¹⁵ Mit der Entdeckung der Gaius-Institutionen

⁷ Constantius/Constans C. 2, 57, 1 (a.342).

⁸ Kaser/Hackl (Fn. 5), 170 ff.

⁹ Es handelt sich um vielfach in den Digesten verwendete Schriften zur Pfandklage (*ad formulam hypothecariam* bzw. *de formula hypothecaria*) des Marcellus und des Gaius (vgl. auch Const. Omnem § 4) und um die nur einmal in D. 44, 1, 20 auftauchende Schrift des Paulus „Über die Fassung der Klagformeln“ (*De conceptione formularum*).

¹⁰ Paul. 1 sent. D. 3, 5, 46, 1 = Paul. sent. 1, 4, 10; Paul. 9 Sab. D. 47, 2, 42 pr.

¹¹ Lex Rubr. 20.

¹² Gai. 4, 30.

¹³ Zum kurzen Leben und dem eindrucksvollen Werk Zimmerns *Krampe*, in: Heinrichs u.a. (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993, 27 ff.

¹⁴ Von Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, 23.

¹⁵ Von Kirchmann (Fn. 14), 16.

waren die zuvor aufgestellten Theorien zum älteren römischen Zivilverfahren schlagartig überholt und wurden kaum mehr beachtet. Wlassak vermerkt, die „neueren Gelehrten“ hätten „[s]chon von der Zeit der Humanisten her“ „recht bestimmte Vorstellungen vom römischen Formelverfahren gehabt“.¹⁶ Dieser Beitrag ist den Vorstellungen der gemeinrechtlichen Wissenschaft vom älteren römischen Prozessrechtsgewidmet: Wie wurden die in den Quellen erkennbaren Hinweise auf den Formularprozess gedeutet? Inwieweit wurden die Eigenarten des Formularverfahrens und seine Bedeutung für das klassische römische Privatrecht erkannt? Nicht zuletzt: Trifft Wlassaks Behauptung zu?

II. Der Neubeginn der Rechtswissenschaft im Mittelalter

1. Azo

Azo (ca. 1150–1420) kam in seiner Codexsumme bei der Erläuterung des Codextitels *De edendo* auf die *formulae* zu sprechen. Im Zusammenhang mit der Pflicht des Klägers zur Bekanntgabe der Klage, auf die er sich stützen wollte (*editio actionis*), erklärt Azo, als Klage (*actio*) sei früher ein „von den Beamten abgefasster Wortlaut“ (*conceptio verborum formata a magistratibus*) bezeichnet worden. Daher habe man die Klage auch Formel (*formula*) genannt. Heute (*hodie*) seien keine feierlich abgefassten Worte mehr erforderlich und als Klage werde einfach das Recht zur gerichtlichen Durchsetzung einer Schuld oder zur Rückforderung einer Sache bezeichnet.¹⁷ Dazu zitiert Azo den Bericht des Pomponius über die Entstehung der *legis actiones*,¹⁸ die beiden Digestenstellen, die von *formulae* sprechen,¹⁹ und die Konstitution der Söhne Konstantins zur Abschaffung der *formulae*. In der Zusammenfassung der Codextitels zur Beseitigung der *formulae* verweist Azo auf den Kommentar zur *editio actionis* und wiederholt, *hodie* seien feierlichen Worte zur Klageerhebung entbehrlich.²⁰

Die Gleichsetzung von *conceptio verborum* und *formulae* bei Azo klingt, als hätte er die Institutionen des Gaius gekannt. Dort erklärt Gaius, infolge der Abschaffung der alten *legis actiones* sei es dazu gekommen, „dass wir Prozesse mittels besonders abgefasster Worte, das heißt mittels Formeln führen“ (*ut per concepta verba, id est per formulas litigemus*).²¹ Die Verbindung von *concepta verba* mit *formula* findet sich aber auch in der erweiterten Fassung des Aeneis-Kommentars des Servius,²² der im Mittelalter als Schulbuch verwendet wurde.²³ Möglicherweise lehnte sich Azo an einen Text der Institutionen an, der

¹⁶ Wlassak, Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse, 1921, 1.

¹⁷ Azo Porcius, Summa Azonis, Lugduni 1530, f. 15va (ad C. 2, 1).

¹⁸ Pomp. ench. D. 1, 2, 2, 6.

¹⁹ Vgl. oben Fn. 10.

²⁰ Azo (Fn. 17), f. 46ra. (ad C. 2, 57).

²¹ Gai. 4, 30.

²² Serv. auct. Aen. 12, 13.

²³ Uhl, Art. Servius, in: Lexikon des Mittelalters VII, 1995, Sp. 1797.

(in Bezug auf die römischen Interdikte) von *formae* (nicht *formulae*) als einer *conceptio verborum* spricht.²⁴

Der Fortgang zeigt, dass Azo die Gaius-Institutionen keineswegs kennt. Gaius berichtet von der Ersetzung der *legis actiones* durch das Verfahren mit *concepta verba* bzw. *formulae*. Azo hingegen bezieht, wie der Verweis auf Pomponius zeigt, die Erwähnungen von *formulae* in den Digesten und deren Abschaffung auf die *legis actiones*. Den justinianischen Quellen kann Azo den Unterschied zwischen den bei den *legis actiones* von den Parteien zu sprechenden *certa verba* und den vom Prätor als Anweisung an den Richter formulierten *concepta verba* beim Formularprozess nicht entnehmen.²⁵

2. Accursius

Die von Azos Schüler Accursius (ca. 1183–1263) zusammengestellte Glossa ordinaria folgt Azo.²⁶ Auch Accursius bezieht die Erwähnung von *formulae* in den Digesten und die Konstitution zu deren Abschaffung im justinianischen Codex auf die *legis actiones*.²⁷ Mehrfach erklärt Accursius, beim älteren Verfahren habe schon eine Abweichung bei einer Silbe vom Formeltext zum Verlust des Prozesses geführt.²⁸ Dieser Hinweis klingt wiederum, als hätten die mittelalterlichen Juristen entsprechende Passagen aus den Gaius-Institutionen²⁹ gekannt. Indessen enthält die Konstitution der Konstantin-Söhne selbst den Vorwurf der *aucupatio syllabarum* (Silbenstecherei), der sich natürlich eigentlich gegen das Formularverfahren richtet. Zudem finden sich in einem der Briefe Senecas an Lucilius,³⁰ die zum mittelalterlichen Bildungskanon gehörten,³¹ ähnliche Formulierungen zum Prozessverlust wegen eines sprachlichen Fehlers. Eine wirkliche Vorstellung von der Funktion der Prozessformel hat die accursische Glosse nicht.

3. Bartolus

Azo hatte in der Codexsumme ausdrücklich gesagt, dass die *conceptio verboum* oder *formula* bis zu ihrer Abschaffung von Beamten (*a magistratibus*) abgefasst wurde. Diese für die Prozessformel des Formularprozesses zutreffende Annahme konnte Azo einerseits daraus herleiten, dass nach Pomponius die Formeln

²⁴ Inst. 4, 15 pr.

²⁵ Dazu Manthe, in: Zimmermann (Hrsg.), Der Stilbegriff in den Altertumswissenschaften, 1993, 69 (71).

²⁶ Zur Abhängigkeit der accursischen Glosse vom Glossenapparat des Azo vgl. nur Jakobs, Magna Glossa, 2006, 283 ff.

²⁷ Vgl. gl. *actio* zu D. 3, 5, 46, 1, in: Universi Iuris Civilis in Quattuor Tomos Distributum Corpus I, Lyon 1593, Sp. 349; gl. *vulgaris* zu D. 47, 2, 42 pr., in: Universi Iuris Civilis in Quattuor Tomos Distributum Corpus II, Lyon 1593, Sp. 2524.

²⁸ So gl. *ferre* zu D. 1, 2, 2, 6, in: Corpus I (Fn. 27), Sp. 20 und gl. *aucupatione* zu C. 2, 57, 1, in: Universi Iuris Civilis in Quattuor Tomos Distributum Corpus III, Lyon, Sp. 402.

²⁹ Gai. 4, 11 und 30.

³⁰ Sen. epist. 48, 6 und 10.

³¹ Vgl. Trillitzsch, Philologus 122 (1978), 120 (127) und die in einer Handschrift des Caius College, Cambridge, überlieferte mittelalterliche Leseliste, abgedruckt bei Haskins, Harvard Studies in Classical Philology 20 (1909), 75 (92).

der Legisaktionen (die Azo nicht von denen des Formularprozesses unterschied) von den Priestern (*pontifices*) verwaltet, dann aber von Gnaeus Flavius den Priestern entrisen wurden,³² andererseits aus den zahlreichen Texten, die von einer Gewährung der Klage durch den Prätor sprechen.

Ein solcher Text, der bekannte Bericht Ulpians über eine Kontroverse zur *actio praescriptis verbis*,³³ war für Bartolus von Saxoferrato (1313–1357), den wohl berühmtesten Vertreter der so genannten Postglossatoren, Anlass für Überlegungen zum Charakter der Klageerteilung durch den Prätor.

Es geht um einen atypischen Vertrag. Ein Vertragspartner übereignet dem anderen den Sklaven Stichus; der Empfänger lässt im Gegenzug den Sklaven Pamphilus frei. Nun zeigt sich, dass Stichus in Wahrheit einem Dritten gehört; der Freilasser des Pamphilus muss Stichus daher an den Dritten herausgeben. Nach Ulpian war Julian der Meinung, der Prätor müsse dem Freilasser des Pamphilus eine auf den besonderen Sachverhalt zugeschnittene Klage gewähren (*in factum actionem a praetore dandam*), während ihm nach Maurician eine *actio praescriptis verbis* zustand (*ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere*). Nur bei der *actio in factum* spricht Ulpian von einem *dare* durch den Prätor. Daraus leitet Bartolus eine prinzipielle Unterscheidung zwischen *actiones nativae* und *actiones dativae* her. Erstere stehen den Berechtigten von Natur aus zu, letztere werden erst durch den Gewährungsakt des Prätors begründet.

Für die Distinktion des Bartolus gab es Vorbilder in den antiken Quellen.³⁴ Gleichwohl konnte sie im Zusammenhang mit den (lückenhaften) Kenntnissen der mittelalterlichen Juristen vom Ablauf des Prozesses in der klassischen Zeit in die Irre führen. Bartolus, dem noch Jason de Mayno (1435–1519) folgte,³⁵ konnte man so verstehen, dass die Klageformel – entgegen Azo – nicht immer vom Magistrat verfasst wurde, sondern dieser nur bei einer *actio in factum* tätig werden musste.

III. Erkenntnis und Häresie im juristischen Humanismus

1. Duaren

Die bartolistische Lehre gab dem humanistischen Juristen François Duarein (Duarenus, 1509–1559) Gelegenheit, ein neues Verständnis des antiken Verfahrensrechts zu entwickeln.

³² Pomp. ench. D. 1, 2, 2, 6 und 7.

³³ Ulp. 4 ed. D. 2, 14, 7, 2; dazu Gröschler, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (Hrsg.), Handbuch des römischen Privatrechts I, 2023, § 24 Rn. 10 Fn. 91 und Babusiaux, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (Hrsg.), Handbuch des römischen Privatrechts II, 2023, § 90 Rn. 46, beide mit weiterem Nachweis.

³⁴ Inst. 4, 12, 1 = Gai. 4, 112; dazu von Koschembahr-Lykowski, Die Theorie der Exzeptionen nach klassischem römischem Recht I, 1893, 51.

³⁵ Jason de Mayno, In primam Digesti Veteris partem commentaria, Lyon 152, f. 156rb (zu D. 2, 14, 2 Nr. 4).

a) Die Funktionsweise des Formularprozesses

In seinem 1544 erschienenen Kommentar³⁶ zum Digestentitel 2, 14 (*De pactis*) erklärte Duaren, die Lehre des Bartolus von den *actiones dativae* und *nativae* beruhe auf unzureichendem Verständnis der Prozesseinsetzung. Daher legte Duaren seine Auffassung, die er schon in seinem im Jahr 1542 publizierten Erstlingswerk *De in litem iurando iudiciisque bonae fidei, et arbitrariis commentaria* angedeutet hatte,³⁷ eingehend dar: Der Prätor und der Provinzstatthalter hätten im Allgemeinen Prozesse nicht selbst entschieden, sondern nur einen oder mehrere Richter eingesetzt. Nur dies beschreibe Ulpian³⁸ als die Aufgabe des mit der Jurisdiktion betrauten Beamten (*ius dicentis officium*).³⁹ Die eingesetzten Richter hätten keine, auch keine delegierte *iurisdictio*.⁴⁰

Die Prozesseinsetzung besteht nach den Worten Duarens darin, dass der Gerichtsmagistrat nach Darlegung der Sache durch die Parteien dem Prozess eine Form gab und dem von ihm ernannten Richter vorschrieb, worüber er zu entscheiden hatte (*Iudicium enim dare, praetor dicebatur, cum exposito à litigatoribus negotio formam totius litis et controversiae ita componebat, ut iudici à se dato proscriberet, qua de re ipsi iudicandum erat*). Für diese zentrale Einsicht beruft sich Duaren auf eine undeutliche Aussage im Kommentar des Marius Victorinus zu Ciceros Schrift der *De inventione*⁴¹ und eine Passage in der Institutionenparaphrase des Theophilus, die sich (nur) auf das Interdiktenverfahren bezieht.⁴² Angesichts dieser recht schwachen Quellenbasis ist festzuhalten, dass es nicht allein auf der Berücksichtigung von Quellen beruht, die im Mittelalter nicht zugänglich oder zumindest nicht verbreitet waren,⁴³ wenn Duaren den Formularprozess besser versteht als die mittelalterlichen Juristen. Ihm half eine glückliche Intuition.

b) Einzelne Prozessformeln und Formelbestandteile

Duaren gibt Beispiele für Prozessformeln. Aus drei Stellen in den justinianischen Institutionen⁴⁴ entnimmt er, dass die Wendung „Wenn sich erweist, dass

³⁶ Zur Abfolge der Werke Duarens Vogt, Franciscus Duarenus 1509–1659, 1971, 28 f.

³⁷ Franciscus Duarenus, *De in litem iurando iudiciisque bonae fidei, et arbitrariis commentaria*, in: ders., *Opera omnia*, Lugduni 1558, 59 (69) (§ 13).

³⁸ Ulp. 1 reg. D. 2, 1, 1.

³⁹ Franciscus Duarenus, *In tractatum De Pactis libri Pandectarum II. commentarius*, Lugduni 1545, 46.

⁴⁰ Duarenus (Fn. 39), 48.

⁴¹ Mar. Victorin. in Cic. inv. 2, 57: *Praetores etenim, qui ius dicebant, et iudices causae dabant et et controversiae vel agendi genus instituta actione formabant*.

⁴² Theoph. inst. 4, 15 pr.: [...] διηγούνται τῷ ΠΡΑΕΤΟΡΙ τὸ γεγονός. ὁ δὲ λέγει μεταξύ αὐτῶν ῥήματά τινα, οὐ τέμνων τὴν ζήτησιν ἀλλὰ παραπέμπων αὐτοὺς χαμαιδικαστῇ ἀκροατῇ γενομένῳ τῆς μεταξύ αὐτῶν φιλονεικίας.

⁴³ Die *editio princeps* der Institutionenparaphrase des Theophilus erschien 1534, die erste lateinische Übersetzung 1536, vgl. Lokin/Meijering/Stolte/van der Wal, *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum*, 2010, XXXVII f.; zur weit gehend nur indirekten Wirksamkeit des Marius Victorinus im Mittelalter Ziegenaus, Art. Marius Victorinus, in: *Lexikon des Mittelalters* VI, 1999, Sp. 296.

⁴⁴ Inst. 3, 14, 1; Inst. 4, 6, 14 und Inst. 4, 13, 3, vgl. Duarenus (Fn. 39), 46 (mit den Anmerkungen auf dem linken Rand).

[der Beklagte an den Kläger] zahlen muss“ (*si paret [...] dare oportere*) ein Hauptbestandteil der Klage auf Rückzahlung eines Gelddarlehens ist. Obgleich der erste von Duaren verwendete Text die Verwandtschaft der Leistung ohne Rechtsgrund mit der Auszahlung eines Darlehens hervorhebt,⁴⁵ nimmt Duaren eine Klageformel für das Darlehen an, die den Rechtsgrund ausdrücklich nennt (*Si paret Titium Sempronio ex causa mutui centum dare oportere*). Nach heutiger Auffassung enthielt die Formel der *condictio certae pecuniae* keinen Rechtsgrund, sondern übertrug mit der Formulierung *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere* dem Richter die Aufgabe, eine Zahlungsverpflichtung in bestimmter Höhe zu prüfen. Daher war die Formel ohne Änderung sowohl für die Rückforderung eines Darlehens als auch für die Klage auf Herausgabe einer rechtsgrundlosen Leistung und für weitere Zwecke einsetzbar.⁴⁶ Duaren gelangt nicht zu dieser Einsicht; sie setzte sich auch nach der Auffindung der Gaiusinstitutionen nicht sogleich, sondern erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts durch.⁴⁷

Aus Ciceros zweiter Rede gegen Verres entnimmt Duaren das Formular einer *rei vindicatio* wegen eines Grundstücks.⁴⁸ Bemerkenswert ist dabei, dass Duaren die bei Cicero überlieferte Wendung *ex iure Quiritium* zur Bezeichnung des Eigentums nach römischem Zivilrecht,⁴⁹ die auch nach den Gaiusinstitutionen zur Formel gehört,⁵⁰ nicht mit zitiert. Auch die Arbiträrklausel, die es dem Richter ermöglicht, zu berücksichtigen, ob der geforderte Gegenstand nach seiner Einschätzung (*arbitrium*) noch während des Verfahrens an den Kläger herausgegeben worden war (und auf eine solche Herausgabe in Natur hinzuwirken),⁵¹ erwähnt Duaren nicht. Dass er diese Klausel nicht erkennt oder nicht für wichtig hält, überrascht, weil er schon in seinem Erstlingswerk das besondere Verfahren der *actiones arbitrariae*⁵² aufgrund der knappen Darstellung in den justinianischen Institutionen⁵³ und der ausführlicheren Erläuterung bei Theophilos zutreffend skizziert hatte.⁵⁴

Bei Cicero ist die Klausel in einer durch Verres als Gerichtsmagistrat manipulativ abgewandelten Form überliefert: Dem Richter wird aufgetragen, nicht die Herausgabe des streitbefangenen Landguts an den Kläger, sondern an einen Dritten zu prüfen. Zudem fehlt der namensgebende Verweis auf das *arbitrium*

⁴⁵ Inst. 3, 14, 1 = Gaius 3, 91; vgl. Rüfner, Vertretbare Sachen?, 2000, 40 f.

⁴⁶ Platschek, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (Hrsg.), Handbuch des römischen Privatrechts II, 2023, § 69 Rn. 7 und 9.

⁴⁷ Vgl. Baron, Die Conditionen, 1881, 1; Lenel, Das Edictum perpetuum, 3. Aufl. 1927, 237 mit Fn. 6.

⁴⁸ Cic. Verr. II 2, 31.

⁴⁹ Vgl. Gai. 2, 40.

⁵⁰ Gai. 4, 41; Lenel (Fn. 47), 185 f.

⁵¹ Baldus, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (Hrsg.), Handbuch des römischen Privatrechts II, 2023, § 59 Rn. 200 ff.

⁵² So die Bezeichnung in den Digesten: Ulp. 11 ed. D. 4, 2, 14, 4; Pap. 20 quaest. D. 22, 1, 3, 1; vgl. Kaser/Hackl (Fn. 5), 335.

⁵³ Inst. 4, 6., 31.

⁵⁴ Duarenus (Fn. 37), 79 (§ 41).

iudicis.⁵⁵ Vielleicht kann deshalb Duaren, in Unkenntnis der Erklärung bei Gaius⁵⁶ die Verbindung zwischen dem Zwischenverfahren der Arbiträrklagen und der bei Cicero überlieferten Klausel nicht herstellen.

Die weiteren Klageformeln bei Duaren sind für die Rekonstruktion des formularen Zivilprozesses aus heutiger Sicht weniger hilfreich, weil es sich um öffentlich-rechtliche Prozesse zur Festsetzung einer Geldbuße (*multa*)⁵⁷ bzw. zur Inanspruchnahme einer (angeblichen) Sklavin als öffentliches Eigentum⁵⁸ handelt.⁵⁹ Auffällig ist, dass Duaren nirgends die Verurteilungsklausel (*condemnatio*) der Klageformeln angibt. Zur Rekonstruktion dieses Formelteils fehlen die Quellen.

Schon 1542 hatte Duaren erkannt, dass die *bonae fidei iudicia* durch die Einschaltung eines Verweises auf Treu und Glauben in die Klageformel gekennzeichnet waren und dass dieser den Spielraum des Richters erweiterte.⁶⁰ Auf diese Überlegungen verweist Duaren im Kommentar *De pactis*.⁶¹

Duaren erläutert auch die *exceptiones* und erklärt, dass es sich um Einwendungen handelt, mit denen der Beklagte den klägerischen Vortrag nicht bestreitet, sondern neue Tatsachen einführt, die dem Anspruch entgegenstehen und dass diese als Ausnahmen in die Klageformeln eingefügt wurden.⁶² In den Digesten ist der Wortlaut verschiedener *exceptiones* überliefert. Unter anderem nennt Duaren die *exceptio pacti conventi* (ohne ausdrückliche Quellenangabe),⁶³ die *exceptio doli* (rekonstruiert aus Paul. 71 ed. D. 44, 4, 2, 1) und die *exceptio metus* (unter Berufung auf Ulp. 76 ed. D. 44, 4, 4, 33).

c) Formularverfahren und Kognition

Zum Verhältnis des Formularverfahrens zur Kognition äußert sich Duaren nur knapp: Zuweilen habe der Prätor zur Begünstigung bestimmter Anliegen oder Personen (*certarum causarum aut personarum favore*) selbst entschieden.⁶⁴ Dass für bestimmte Gegenstände, insbesondere für Fideikommissionen, niemals ein Formularverfahren möglich war, weiß Duaren (noch) nicht.

Dass der Prätor grundsätzlich nicht selbst entschied, galt nach Duaren bis zu einer Konstitution Diokletians.⁶⁵ Vermutlich ist Diocl. et Max. C. 3, 3, 2 (a.294)

⁵⁵ Zur Frage, ob die Worte *arbitrio tuo* Bestandteil der Formel waren, Kaser/Hackl (Fn. 5), 336 mit Fn. 12.

⁵⁶ Gai. 4, 141 und 163.

⁵⁷ Cic. Verr. II 3, 55 und 69; zum Bezug auf Multiprozesse vgl. Wlassak (Fn. 16), 132 f. mit Fn. 42 und 272; zu Cic. Verr. II 3, 55 auch Kaser/Hackl (Fn. 5), 164 f. mit Fn. 14.

⁵⁸ Vgl. Gai. 4, 43.

⁵⁹ Cic. div. in Caec. 56.; dazu Kaser, in: Symbolae David I, 1968, 85 (101); zum sozialgeschichtlichen Kontext Blänsdorf, Das Thema der Sklaverei in den Werken Ciceros, 2016, 15 f. und 49.

⁶⁰ Duarenus (Fn. 37), 69 (§ 13).

⁶¹ Duarenus (Fn. 39), 51.

⁶² Duarenus (Fn. 39), 47.

⁶³ Die Formulierungen dürfte Duaren in Inst. 4, 14 pr. = Gai. 4, 126 gefunden haben.

⁶⁴ Duarenus (Fn. 39), 46.

⁶⁵ Duarenus (Fn. 39), 46.

gemeint, eine Konstitution, mit der die Kaiser die Heranziehung von „Hilfsrichtern“ (*iudices pedanei*) begrenzten. Für Duaren meint *iudex pedaneus* den vom Gerichtsmagistrat im Formularprozess ernannten Richter.⁶⁶ Tatsächlich bezieht sich die Bezeichnung auf Hilfspersonen, denen der Gerichtsherr im Kognitionsprozess die eigentlich ihm selbst obliegende Sachentscheidung delegierte.⁶⁷

d) Entscheidung von Tat- und Rechtsfragen

Im ersten Buch seiner *Disputationes anniversariae* von 1547 erläutert Duaren nochmals den Unterschied zwischen der *iurisdictio* des Prätors und dem *iudicare* des Richters. In diesem Zusammenhang bemerkt Duaren, der Richter habe nach den Vorgaben der Formel nur noch über die Tatfragen entschieden (*Praetor causas privatas iudicare non solebat, sed iudicem dare, qui accepta formula, et praescripto quodam iuris, de facto tantum cognosceret*).⁶⁸

Im Rahmen des hochpolitischen Streits um den Begriff der *iurisdictio* mit seinem Fakultätskollegen in Bourges, Eguinaire François, Baron de Kerlouan (Eguinarius Baro, 1495–1550)⁶⁹ kam Duaren 1549 erneut auf den römischen Zivilprozess zu sprechen. Die zuspitzende Formulierung, der *iudex* habe nur über Tatfragen entschieden, relativierte er und stellte klar, dass der Richter innerhalb der Grenzen der Formel durchaus auch Rechtsfragen zu beantworten hatte, insbesondere, wenn die Formel auf die *bona fides* Bezug nahm.⁷⁰

Aus Paul. 14 resp. D. 34, 2, 35, 1, wo Paulus einen Urteilsspruch des Prätors erwähnt, wollte Baro schließen, dass der Prätor generell ohne Ernennung eines Richters selbst entschied, wenn sich ausschließlich Rechtsfragen stellten (*cum de iure, lite contestata, omnis quaestio est*).⁷¹ Dies gab Duaren Gelegenheit zu einer Präzisierung des Anwendungsbereichs der Kognition neben dem Formularverfahren. Er führt aus, dass wegen Fideikommissen kein Formularprozess stattfand, vielmehr ein zusätzlicher Prätor (der *praetor fideicommissarius*) im Wege der Kognition entschied. Dafür beruft sich Duaren auf eine Stelle bei Ulpian in einer noch nicht veröffentlichten Sammlung von Fragmenten.⁷² Gemeint ist der pseudo-ulpianische *liber singularis regularum*,⁷³ der unter dem Titel XXVIII Tituli ex corpore Ulpiani 1549,⁷⁴ also in demselben Jahr erschien, in dem Duaren seine Streitschrift veröffentlichte.

⁶⁶ Duarenus (Fn. 39), 47.

⁶⁷ Kaser/Hackl (Fn. 5), 547 f.

⁶⁸ Franciscus Duarenus, *Disputationum anniversariae libri duo. Eiusdem etiam de iurisdictione et imperio*, Köln 1573, 110 (Disp. anniv., lib. 1, cap. 53).

⁶⁹ Dazu Vogt (Fn. 36), 11 f.; Troje, in: Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte* II, 1, 1977, 615 (707); Rossi, in: Du Plessis (Hrsg.), *Reassessing Legal Humanism and its Claims: Petere Fontes?*, 2015, 59 ff.

⁷⁰ Duarenus (Fn. 68), 231 (De iurisdictione et imperio § 2).

⁷¹ Eguinarius Baro, *Variarum quaestionum publice tractatarum, ad Digesta iuris civilis I. De iurisdictione*, Lyon 1548, 150.

⁷² Duarenus (Fn. 68), 235 (De iurisdictione et imperio § 6); noch wie im Kommentar *De pactis* Duarenus (Fn. 68), 110 f. (Disp. anniv., lib. 1, cap. 53).

⁷³ Ps.-Ulp. reg. 25, 12.

⁷⁴ Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, 2005, 32 mit Fn. 122.

Obgleich Duaren D. 34, 2, 35, 1 mit den Besonderheiten des Verfahrens bei Fideikommissen erklären kann, bestreitet er die Behauptung, der Prätor habe bei reinen Rechtsfragen selbst geurteilt, nicht grundsätzlich. Vielmehr meint Duaren, dies stimme mit seiner Annahme überein, dass die ernannten Richter hauptsächlich mit Tatfragen befasst waren.⁷⁵

2. Raevard

Der flämische Jurist Jacob Reyvaert (Raevardus, 1534–1568)⁷⁶ entwickelte in seinem *Protribunalium liber singularis*, der 1565 erschien, eine einflussreiche Lehre zu den Aufgaben von Magistrat und Richter. Schon in der 1559 publizierten Schrift *De praeiudiciis* hatte er seine Vorstellungen skizziert.⁷⁷ Im *Protribunalium liber* zitiert Raevard Duaren nicht, verabsolutiert aber bei diesem anklingende Gedanken. Nach Raevard trug der Prätor dem oder den ernannten Richtern die schlichte Untersuchung der Wahrheit des Parteivorbringens (*nudam simplicemque veritatis, quae facti est et iuris certi, inquisitionem*) auf und band sie strikt an die Prozessformel. Stellte sich eine schwierige Rechtsfrage (*si perplexa quaedam iuris incideret quaestio*), so habe der Prätor keinen Richter eingesetzt, sondern selbst gemeinsam mit den Richtern des Zentumviralgerichts entschieden. Als Beleg zitiert Raevard eine Passage aus Senecas *De beneficiis*,⁷⁸ in der der Philosoph die Eignung eines Richters, der nur durch sein ererbtes Vermögen auf die Richterliste gelangt sei,⁷⁹ zur Entscheidung von Fragen in Zweifel zieht, die *sapientia* erfordern.⁸⁰

Die Annahme, dass der Prätor über die Rechtsfragen, die für den Einzelrichter zu anspruchsvoll waren, gemeinsam mit dem Zentumviralgericht entschied, stützt Raevard auf Bemerkungen Ciceros und Quintilians zur Verhandlung von Rechtsproblemen vor diesem Gerichtshof.⁸¹ Tatsächlich wurden beim Zentumviralgericht keine Klageformeln verwendet. Dies lag jedoch nicht daran, dass der Prätor sich selbst und den Zentumvirn größere Freiheit bei der Entscheidungsfindung gewährte, sondern daran, dass beim Zentumviralgericht noch in klassischer Zeit die archaischen *legis actiones* verwendet wurden.⁸²

Der modernen Romanistik gilt das Zentumviralgericht als „beliebtes Forum“ für die Entfaltung der Gerichtsrhetorik.⁸³ Dass dieses Gericht zur Entscheidung der schwierigsten Rechtsfragen berufen gewesen sein soll, überrascht. Bei den Zeitgenossen fand Raevards Konstruktion Anklang.

⁷⁵ *Duarenus* (Fn. 68), 235 (De iurisdictione et imperio § 6).

⁷⁶ Vgl. *Van Dievoet*, Art. Reyvaert, Jacob, in: Nationaal Biografisch Woordenboek III, 1968, Sp. 698 ff.

⁷⁷ *Jacobus Raevardus*, *De praeiudiciis libri duo*, Helmstedt 1652, 12 (lib. 1, cap. 14).

⁷⁸ Sen. benef. 3, 7, 7.

⁷⁹ Zur Beschränkung der Richtertätigkeit auf Senatoren und Ritter *Kaser/Hackl* (Fn. 5), 193.

⁸⁰ *Jacobus Raevardus*, *Protribunalium liber singularis*, Brügge 1565, 53 (cap. 11).

⁸¹ *Raevardus* (Fn. 80), 54 mit Hinweis auf Cic. de orat. 2, 238 und Quint. Inst. 4, 2, 4.

⁸² Gai. 4, 31; vgl. *Varvaro*, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (Hrsg.), *Handbuch des römischen Privatrechts I*, 2023, § 9 Rn. 5.

⁸³ *Kaser*, *Römisches Privatrecht I*, 2. Aufl. 1971, 710; *Kaser/Hackl* (Fn. 5), 55.

Philippe (de) Broide (Broidaeus, um 1539–1617), städtischer Ratspensionär im damals zu den habsburgischen Niederlanden gehörenden Douai,⁸⁴ gab 1572 aus dem Nachlass seines Schwiegervaters François Pollet (1516–1547) eine von ihm selbst vervollständigte, dickleibige Darstellung des altrömischen Prozessrechts heraus. In seinen Zusätzen erklärt de Broide, der Prätor habe Fälle, die hauptsächlich Rechtsfragen aufwarfen, an die Zentumvirn als sein *consilium* verwiesen. Soweit es um Tatfragen ging, habe er Rekuperatoren als Richter eingesetzt und ihnen eine *formula iudicandi* vorgeschrieben.⁸⁵ Ansonsten enthält das Werk zwar einen Exkurs über Gespenster,⁸⁶ aber wenig zu den hier interessierenden Punkten.

Carlo Sigonio (Sigonius, um 1522–1584)⁸⁷ war in seiner Abhandlung *De Romanae iurisprudentiae iudiciis* von 1574 überzeugt, dass den Zentumvirn die Entscheidung vorbehalten war, wenn es nicht um Tatsachen, sondern um Recht und Billigkeit ging.⁸⁸ Dass die Klageformeln bei den Zentumvirn nicht verwendet wurden, sagt Sigonius nicht. Nach seiner Vorstellung sprachen die Parteien die Spruchformeln der Legisaktionen; darauf erteilte der Magistrat die Klageformel.⁸⁹ Die Vermengung der beiden Verfahrensmodelle erinnert an Azo und Accursius. Die Annahme, dass der Prätor selbst im Zentumviralgericht den Vorsitz führte, lehnte Sigonius ab.⁹⁰

3. Brisson

In der Sammlung von Formeln und Klauseln des französischen Juristen Barnabé Brisson (Brissonius, 1531–1591)⁹¹ ist das fünfte von sieben Büchern den gerichtlichen Formeln gewidmet. Das Buch enthält Formeln zur Ladung,⁹² Formeln der *legis actiones*,⁹³ aber auch Prozessformeln des Formularprozesses. So kennt Brisson eine *actio certi in personam*, deren Formel (ohne Angabe eines Verpflichtungsgrundes) der *condictio certae pecuniae* entspricht. Zum Anwendungsbereich sagt Brisson nur, jeder wisse, aus welchen Quellen sich im römischen Recht Obligationen *in personam* ergaben.⁹⁴ So bleibt unklar, ob er sich dem

⁸⁴ Perrin, *Hommes et choses des facultés utriusque juris de l'Université de Douai*, 1966, 121 f.

⁸⁵ Philippus Broidaeus, in: Franciscus Polletus, *Historia fori Romani*, Douai 1572, 622 f. (lib. 5, cap. 6).

⁸⁶ Polletus (Fn. 85), 270 ff.

⁸⁷ Lavenia, Art. Sigonio, Carlo, in: *Dizionario biografico degli Italiani* 92, 2018, 578 ff.

⁸⁸ Carolus Sigonius, *De antiquo iure civium romanorum, Italiae, provinciarum, ac romanae iurisprudentiae iudiciis*, libri XI, Frankfurt 1693, 385 (De iudiciis, lib. 1, cap. 22).

⁸⁹ Sigonius (Fn. 88), 365 (De iudiciis, lib. 1, cap. 9 und 10) (mit Hinweis auf die Formel der *legis actio sacramento in rem* bei Boeth. in top. Cic. 3, p. 322, 19 f. = Gai. 2, 24) und 374 ff. (De iudiciis, lib. 1, cap. 21).

⁹⁰ Sigonius (Fn. 88), 390 (De iudiciis, lib. 1, cap. 28).

⁹¹ Zu Brisson und seinem Werk *Jakab*, in: Du Plessis (Hrsg.), *Reassessing Legal Humanism and its Claims: Petere Fontes?*, 2015, 211 ff.

⁹² Barnabas Brissonius, *De formulis et sollemnibus Populi Romani verbis*, Paris 1583, 410 f.

⁹³ Brissonius (Fn. 92), 419.

⁹⁴ Brissonius (Fn. 92), 415 f.

heutigen Verständnis der römischen *condictio* annäherte.⁹⁵ Ferner bringt Brisson die Formel der *rei vindicatio* (mit Hinweis auf das *ius Quiritium* und Arbiträrklausel)⁹⁶ und versucht eine Rekonstruktion der *actiones furti* und *iniuriarum*.⁹⁷

Für den Kauf postuliert Brisson eine Vielzahl von Formeln, die auf die Übergabe der Kaufsache, die Rückzahlung oder Minderung des Kaufpreises oder auf das Interesse gerichtet waren.⁹⁸ Obgleich Brisson erkennt, dass die Bezugnahme auf die *bona fides* in den Formeln der Klagen aus Kauf und anderen Verträgen dem Richter einen größeren Spielraum einräumte,⁹⁹ sieht er nicht, dass deshalb eine einheitliche Formel der *actio empti* zur Durchsetzung der verschiedenen Klageziele ausreichte.¹⁰⁰ Dies beruht wohl darauf, dass zwar die Einschaltung der Worte *ex fide bona* in die Formel bekannt war, nicht aber die genaue Formulierung der *intentio* und *condemnatio* bei den *bonae fidei iudicia*. – Da Brisson den Wortlaut der Kondemnationsklauseln nicht kennt, weiß er auch nichts vom Prinzip der Geldkondemnation.¹⁰¹ Die Wegnahme der Sache *manu militari*¹⁰² erscheint als normale Folge der Verurteilung aufgrund der Vindikation.¹⁰³

Die Konstitution der Söhne Konstantins zur Abschaffung der *formulae* bezieht Brisson zutreffend auf die Prozessformeln – und notiert seine Zweifel an der Weisheit der Entscheidung.¹⁰⁴

4. Bretus

Der französische Jurist Cardin Le Bret (Bretus, 1558–1655) ist als juristischer Unterstützer des Kardinals Richelieu bekannt,¹⁰⁵ hat aber auch eine Darstellung des römischen Prozessrechts verfasst. Für Le Bret gehörten die schwierigen Rechtsfragen vor das Zentumviralgericht. Stellten sich nur Tatfragen, so ernannte der Prätor Rekuperatoren und gab ihnen eine Klageformel vor.¹⁰⁶ Für den Aufbau der Formeln verweist Le Bret mit den Worten *consule doctum istum Praesidem* auf die gesammelten Formeln Brissons.¹⁰⁷ Dass Brisson ohne Namensnennung despektierlich als *iste Praeses* betitelt wird, ist vielleicht als Distanzierung von einer Persönlichkeit mit ambivalenter politischer Haltung zu verstehen: Brisson war von den Anhängern der Heiligen Liga, die sich gegen König Heinrich IV. auflehnten, zum Ersten Präsidenten des Parlement de Paris ernannt, dann aber

⁹⁵ Vgl. o. bei Fn. 47.

⁹⁶ *Brissonius* (Fn. 92), 418.

⁹⁷ *Brissonius* (Fn. 92), 422 f.

⁹⁸ *Brissonius* (Fn. 92), 426 f.

⁹⁹ *Brissonius* (Fn. 92), 417 und 507 f.

¹⁰⁰ Vgl. nur *Ernst*, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (Hrsg.), *Handbuch des römischen Privatrechts II*, 2023, § 79 Rn. 120.

¹⁰¹ Gai. 4, 48.

¹⁰² Vgl. Ulp. 51 ed. D. 6, 1, 68; dazu *Baldus* (Fn. 51), § 59 Rn. 208.

¹⁰³ Deutlich bei *Brissonius* (Fn. 92), 473 f.

¹⁰⁴ *Brissonius* (Fn. 92), 436.

¹⁰⁵ *Monnier*, *Revue Française d'Histoire des Id  es Politiques* 47 (2018), 303 ff.

¹⁰⁶ *Cardinus Bretus*, *Ordo perantiquus iudiciorum civilium*, Paris 1604, f. 24r (cap. 13).

¹⁰⁷ *Bretus* (Fn. 106), f. 68v (cap. 35).

hingerichtet worden.¹⁰⁸ Das Desinteresse an den Formeln dürfte aber auch mit Le Brets Auffassung von deren Funktion zusammenhängen. Wenn in Rom die schwierigen Rechtsfragen ohne Bindung an eine Formel vom Zentumviralgericht entschieden wurden und etwa im Kaufrecht eine Vielzahl von speziellen Formeln existierte, die dem Richter die Entscheidung im Detail vorgaben, war der Wortlaut dieser Formeln von relativ untergeordneter Bedeutung.

IV. Keine Aufklärung im 17. und 18. Jahrhundert

Die weitere Entwicklung muss nicht im gleichen Detail verfolgt zu werden wie die Arbeit der Humanisten des 16. Jahrhunderts. Es änderte sich nicht mehr viel:

Die Lehre, dass der Prätor zur Entscheidung von Tatfragen Richter ernannte, gewichtige Rechtsfragen hingegen ohne Bindung an eine Formel an das Zentumviralgericht verwies, blieb herrschend. Sie findet sich bei dem niederländischen eleganten Juristen Gerhardt Noodt (1647–1725)¹⁰⁹ ebenso wie in der unter dem Vorsitz von Samuel von Stryk (1640–1710) verteidigten Hallenser Dissertation eines Christoph Keller.¹¹⁰ Noch 1797 folgt ihr Friedrich (von) Malblanc (1752–1828).¹¹¹ Vorsichtiger äußerte sich im Jahr 1815 Gustav Hugo, der die Funktion der Klageformel nur kurz streifte¹¹² und zu den Zentumvirn vermerkte, dass man bei ihnen „weder die Verfassung der einzelnen Senate (hastae, consilium), noch den Charakter dessen, was vor sie kam, noch die Geschichte hinlänglich weiß“.¹¹³

Die Summe der Forschungen zum Formularprozess bis 1816 kann man mit den Worten Julius von Kirchmanns ziehen: „Die Schriften [...] eines Duaren gelten noch jetzt als mustergültig und die Gegenwart hat nichts Besseres hervorgebracht.“¹¹⁴

V. Geschichtliche Rechtswissenschaft und gelehrtes Hornvieh

François Pollet befürchtete, viele Leser würden – ähnlich dem anonymen Juristen bei Aulus Gellius¹¹⁵ – seinen Traktat zum altrömischen Prozess mit Ver-

¹⁰⁸ *Jakab* (Fn. 91), 215.

¹⁰⁹ *Gerardus Noodt*, *Opera omnia* I, Leiden 1750, 85 f. (De iurisdictione et imperio, lib. 1, cap. 7).

¹¹⁰ *Johannes Samuel Strykius* (praeses)/*Christophorus Cellarius* (respondens), *Dissertatio inauguralis sistens processum iuris romani antiquum*, Halle 1705, 15 (cap. 2 § 10); Der Doktorand Cellarius (Keller) war vermutlich ein Sohn des gleichnamigen Hallenser Rhetorikprofessors, vgl. *Leuschner*, Art. Cellarius, Christoph, in: NDB III, 1957, 180 f.

¹¹¹ *Iulius Fridericus Malblanc*, *Conspectus rei iudiciariae romano-germanicae* I, Nürnberg/Altdorf 1797, 9 (cap. 1 § 8), 16 (cap. 1 § 10), 21 f. (cap. 1 § 12).

¹¹² *Hugo*, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, 5. Aufl. 1815, 178 f. (§ 143).

¹¹³ *Hugo* (Fn. 112), 353 (§ 239).

¹¹⁴ *Von Kirchmann* (Fn. 14), 10.

¹¹⁵ Vgl. o. bei Fn. 2.

Wrongs to *Actiones Propriae* in the Civil Law Tradition

Joe Sampson

I. Introduction

This chapter concerns an underexplored aspect of the natural law formulation of liability for wrongdoing in Hugo Grotius's seminal *De Jure Belli ac Pacis*: the inclusion of *actiones propriae* in the list of natural rights which, if infringed, generate a delictual obligation to compensate. By *actiones propriae*, Grotius meant a person's ability to enter into legal arrangements of their own volition. It is something that will be translated in this paper as autonomy, particularly though not exclusively in a contractual context. This is a topic that sits at the intersection of two courses taught by Wolfgang Ernst in his years at Oxford. The first is the seminar series on the Roman Law of Delict, open to undergraduate and postgraduate students in Law, speaking to that peculiarly English preoccupation with all matters delictual when studying the ancient sources.¹ The second, a postgraduate course on contracts in the civilian tradition. Audiences in both fora could do little but be impressed by the breadth of Wolfgang's expertise across the civilian treatment of obligations; it is my hope, optimistic though it may be, that this paper might offer something new at the meeting point between his two courses.

II. *Actiones Propriae* in Grotius's *De Jure Belli ac Pacis*

Grotius's natural law treatment of obligations arising out of wrongdoing has several noteworthy aspects that appear original – and consequently transformative – within the civilian tradition. Two bear emphasis. First, its generality, with a unitary approach to fault and a uniform remedy marking a sharp contrast with the heavily disaggregated shapes in which delict had previously been drawn. Second, a conception of wrongdoing founded not on particular patterns of prohibited conduct, but on the infringement of rights, the diminution of any of which, by any degree, generates a duty to compensate. Rights themselves are

¹ Though Professor Ernst has noted that aspects of delict, not least the *lex Aquilia*, have proved globally popular by virtue of their pedagogic value: Wolfgang Ernst, 'Review: Wrongful Damage to Property in Roman Law: British Perspectives (ed Paul de Plessis)' (2019) 134 *Law Quarterly Review* 341–343, 341.

to be divided into those conferred by nature and those conferred by participation in civil society. Those rights conferred by nature number six: *vita, corpus, membra, fama, honor* and *actiones propriae*.²

The first five of Grotius's natural rights are familiar, and have longstanding civilian echoes.³ It is the sixth that is the focus of this chapter. What is meant by *actiones propriae* here? This is answered by the detailed treatment of obligations arising from wrongdoing that follows the abstract definitions Grotius provides at the outset of the chapter. In 2.17.17 to 2.17.19 it becomes apparent that Grotius has in mind something akin to autonomy: the defendant's ability to enter into legal arrangements of his own volition. Interestingly autonomy is cast as a natural right, although the rights that then arise out of an expression of that autonomy through contracting are themselves civil.⁴ The first of the texts concerns procurement of promises through *dolus* or *iniustus metus*. Such a malefactor is bound to release the contracting party of their obligation both *ex natura contractus* and *ex naturali liberatate*.⁵ To *dolus* and *metus* Grotius adds a third means of illicitly procuring a promise, bribery. The second and third texts refine the notion of *metus*. 2.17.18 notes that the *ius naturale* does not treat as coerced he who voluntarily invites coercion. 2.17.19 considers the implications for the previous text within the *ius gentium*, insofar as peace treaties between warring nations are to no small degree motivated by *metus*.

Alongside *dolus* and *metus*, Grotius also considers the impact on marriage prospects of sexual wrongdoing. In a single text, 2.17.15, he disentangles three dimensions of harm that follow from illicit sexual conduct. First, where a child is born of adultery, the adulterer or adulteress are to relieve the other party from any expense associated with raising the illegitimate child, and to compensate any *legitimi liberi* for the harm done to their inheritance prospects.⁶ Second, *qui virginem imminuit vi, aut fraude, tenetur ei rependere quanti minoris ipsi valet spes nuptiarum*. Here the idea of harming a person's ability to make decisions for themselves is visible as a possible rationale, albeit one unstated. It is only with the third example that a contractual logic is clearly driving the analysis: *imo et ducere tenetur si ea promissione corporis usuram impetraverit*.

There is a disconnect between Grotius's highly abstracted formulation of natural law principles at the outset of the chapter, and the detail on individual wrongs that make up the chapter's content. Although obligations arising from

² Hugo Grotius, *De iure bello ac pacis libri tres* (first published 1625, Scientia Verlag 1993) (hereafter DJBAP) 2.17.2.

³ Robert Feenstra, 'Grotius' Doctrine of Liability for Negligence: Its Origin and its Influence in Civil Law Countries until Modern Codifications' in Eltjo Schrage (ed), *Negligence: The Comparative Legal History of the Law of Torts* (Duncker & Humblot 2001) 140–141.

⁴ DJBAP (fn 2) 2.17.2: cum quis minus habet suo, sive illud suum ipsi competit ex mera natura, sive accedente facto humano, puta dominio, aut pacto, sive ex lege.

⁵ DJBAP (fn 2) 2.17.17.

⁶ As a wrong, this does not obviously map onto any of Grotius's enumerated rights. In this respect it is not alone. The following text, 2.17.16, considers *furtum* and *rapina* despite property rights being cast as entirely civil and not natural. Unlike 2.17.17, no effort is made to anchor the doctrinal detail to any aspect of natural law reasoning.

wrongdoing are initially framed as the violation of a right, the bulk of the chapter on the topic considers instances of wrongful behaviour. In this, individual types of wrongdoing are not tethered to particular rights, and the reader is left to unravel the connection between natural law architecture and positive law bricks and mortar. But it is clear enough that for Grotius a person's ability to make decisions for themselves, free from trickery or coercion, was a unifying force for disparate strands of wrongdoing. Grotius's own sources for the relevant passages suggest a Thomist influence, with positive references made only to Navarrus, Covarruvias and Lessius.⁷ The project of this chapter is to sketch the treatment of the three strands of wrongdoing connected with *actiones propriae* in *De Jure Belli ac Pacis* – *dolus*, *metus*, and harm to marriage prospects – in civilian and Thomist treatises prior to Grotius. It will be shown that although much of the work in identifying a common core had been done prior to Grotius, his collocation of the three fact patterns, his framing of the issues as principally delictual, and the identification of a shared interest that had been violated, were novelties.

III. Autonomy and Wrongdoing in Roman Law

The Grotian protection of a right to *actiones propriae* extracts from a variety of patterns of conduct a single protected interest. Each of these patterns of conduct has a Roman analogue, and each shows some concern with the effect of the defendant's conduct on the affected party's ability to make decisions for themselves. However, these concerns are not driving the identification of the wrong, nor defining the parameters of their doctrinal detail. This section is intended to offer only a brief survey of these types of wrongful conduct in the ancient Roman sources, with a brief comment on the extent to which autonomy is visibly of concern in their juristic treatment.

It is with *dolus* that a concern for the autonomy of the victim as it its clearest. This is by virtue of the well-known abstraction provided by Labeo:

itaque ipse sic definit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam.⁸

Labeo's was not the only definition. The same text of Ulpian describes and rejects a rival definition of Servius, it too focused on deception through pretence. Yet, as was also the case with *metus*, the focus of the juristic treatment is on the conduct of the wrongdoer, and the range of legal effects that can be invalidat-

⁷ Martín de Azpilcueta, also known as Doctor Navarrus (1492–1586); Diego de Covarrubias y Leyva (1512–1577); Leonardus Lessius (1554–1623). Brief but comprehensive summaries of the lives and works of the first two can be found in Rafael Domingo and Javier Martínez-Torón, *Great Christian Jurists in Spanish History* (Cambridge University Press 2018), and for Lessius in Wim Decock and Pim Oosterhuis, *Great Christian Jurists in the Low Countries* (Cambridge University Press 2021).

⁸ Ulp. 11 ed D. 4, 3, 1, 2: 'And so he himself defines malice or fraud as every kind of cunning, trickery or contrivance practiced in order to cheat, trick, or deceive another' (translation by Geoffrey MacCormack in the edition of the Digest edited by Alan Watson).

ed through the defendant's *dolus*. What it means to deceive, and the manner in which deceit is to be evaluated, are left as questions of fact.⁹ The formula of the *actio de dolo* provided that there needed to be connectivity between the *dolus* and the legal effect to be reversed – it was central to the success of the claim that trickery *procured* a result, and implicit in that is the suggestion that a decision was entered into that otherwise would have been avoided. However, the establishment of this connectivity was left to the *iudex*.¹⁰

A similar, albeit muted, dynamic characterised *metus*. A concern for autonomy can be seen in the opening text of the Digest's treatment of *metus*, in which Ulpian explains a distinction perceived by previous generations between force (*vis*) and duress (*metus*):

[...] vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. Sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur.¹¹

It is *vis*, a subcategory of Ulpian's *metus*, that is to be conceptualised as an affront to the affected party's *voluntas*. That *metus* encompasses more than *vis* makes it difficult to frame the broader category as concerned with *voluntas* alone. But the identification of what this additional element might have been so as to enable a coherent conception of the wrongfulness of *metus* is far from straightforward. Much of the edictal commentary concerns the sorts of threats that can constitute *metus*, canvassing questions of content, immediacy, and targeting.¹² Occasional remarks provide the possibility that the infringement of autonomy was a driving force behind the identification of *metus*, but it is not an obvious inference to draw.¹³

It is in relation to harmed marriage prospects that any Roman foundation for Grotius's collocation of wrongs to *actiones propriae* is most insecure. A claim for harmed marriage prospects would find expression through the delict of *iniuria*,

⁹ A point emphasised by Tommaso dalla Massara, 'Klage wegen Arglist (*actio doli*)' in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rübner (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 2628.

¹⁰ *Actio de dolo*: Otto Lenel, *Das Edictum perpetuum* (3rd edn, Leipzig 1927) 114; Dario Manotvani, *Le formule del processo privato romano* (CEDAM 2007) 70.

¹¹ Ulp. 11 ed D. 4, 2, 1: '[...] For mention was made of force because of the compulsion brought to oppress the will, whereas duress expressed the alarm of a mind brought about through present of future danger.' (translation by Geoffrey MacCormack in the edition of the Digest edited by Alan Watson).

¹² For an overview, see Birgit Forgó-Feldner, 'Einrede und Klage wegen widerrechtlicher Zwangsausübung' in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rübner (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 2930–2964.

¹³ E.g. Call. 4 cog D. 4, 2, 13: [...] Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam sine ullo iudice temere possidere vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse: ius crediti non habebit. ('[...] therefore, if I receive proof that anyone rashly possesses or has taken without a court order any property of his debtor or money owed to him which has not been voluntarily given by the debtor himself and to have taken the law into his own hands in this matter, such a person will not have the right to what he has lent.' [translation by Geoffrey MacCormack in the edition of the Digest edited by Alan Watson]).

with the special edict of *adtemptata pudicitia* capturing cognate wrongs. This mid-republican wrong only survives through juristic commentaries, which suggest it dealt with catcalling, stalking and drawing away companions.¹⁴ The archetypical victims, according to Gaius, were the *mater familias* or *praetextatus/a*. A notoriously tricky passage of Ulpianic texts considers the problem of appearance versus status in such wrongs. It was not inherently wrongful to catcall or harass; only when the victim's *pudicitia* was to be protected could an *iniuria* be committed. What, then, when a virgin (who is protected) dresses like a slave (who is not), or a matron (protected) like a prostitute (not)?¹⁵ This wrong is responsive to the circumstances of the victim. But in all these manifestations, the wrong was conceptually an affront to *pudicitia* rather than a claim for *damnum*, with no clear link drawn at a remedial level between the wrong and its financial impact (such as through reduced marriage prospects).¹⁶ While at a social level the wrongdoing embodied by *adtemptata pudicitia* might have been closely associated with impairing marriage prospects, this was not the focus of the wrong or its remedy.

IV. Impaired Autonomy in the Medieval Civil Law and Canon Law

The Roman sources provided medieval scholars with scattered material on the legal implications of impairing another's contractual autonomy, and in broad terms they continued to be approached as principally contractual issues.¹⁷ Moreover there was little effort to think across doctrines. Instead, the inquiry was typically introspective for each doctrine, aimed at uncovering the internal distinctions that explained the effect of the vitiating factor, rather than an attempt to generalise across factors. In cases of *metus*, an important foundation was provided by a text of Paul:

Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.¹⁸

In the glossatorial tradition, this was taken as evidence for the proposition that a coerced agreement remained a genuine expression of voluntariness.¹⁹ In this, Decock and others see the protean influence of Aristotelian theory on mixed

¹⁴ Ulp. ed 57 D. 47, 10, 15, 15; D. 47, 10, 15, 19; D. 47, 10, 15, 22.

¹⁵ Ulp. ed 57 D. 47, 10, 15, 15.

¹⁶ Though this distinction might have had greater significance in Republican Rome than during the classical period by virtue of the cult around the goddess Pudicitia.

¹⁷ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford University Press 2011) 658–662, 670–672. The first wave of glossatorial treatments of what would later be termed the praetorian delicts did refer to them as delictual or quasi-delictual, but the influence of canon law from the twelfth century took the high medieval treatment of these matters in a firmly contractual direction.

¹⁸ Paul 11 ed D. 4, 2, 21, 5.

¹⁹ Gloss on *volui* ad D. 4, 2, 21, 5 in *Corpus Iustinianei Digestum vetus*, tom. 1, col. 500.

voluntariness from the onset of the medieval civilian tradition, likely as an extension of canonist learning on coercion in marriage.²⁰ Analyses typically concerned both the magnitude and the nature of the duress experienced, and whether it was of sufficient gravitas and repugnancy to justify legal intervention.²¹

The consequences of *dolus* were more divisive. While the possible influence of canonist learning on marriage helped settle the treatment of *metus* as a doctrine of limited contractual effect, *dolus* awkwardly straddled distinctions that made its effect obscure and difficult to generalise. First, the concept was thought to operate equally across *stricti iuris* and *bona fidei* contexts. This caused difficulties due to the appearance of different consequences in the classical sources, with the *stricti iuris* contracts enforced though voidable, and the *bona fidei* contracts (at least in some contexts) void ab initio. Second, the boundary between *error* and *dolus* blurred, further obscuring the effect of each potentially vitiating factor. For some, we find a position that corresponds to the effect of *metus*: a contract induced through deceit is nevertheless a genuine expression of the will. For Bartolus, the argument lies in parallels between the enforceability of *stricti iuris* and *bona fidei* contractual obligations. The need to expressly plead an *exceptio doli* when sued on a *stricti iuris* contract shows that the consent is present, but voidable.²² If *dolus* does not inhibit consent in a *stricti iuris* contract, then it should have a similar lack of effect in *bona fidei* contracts too. Baldus, by contrast, and channelling canonist learning, thought all contracts ought to be characterised by good faith, and that fundamental errors – including those induced by deceit – ought to be anathema to the contract's existence.²³

In civilian texts, *dolus* and *metus* continued their fragmentary existences, even as the foundations for a general law of contract came to be laid down. By contrast, it was in the writings of the canonists that we come closest to finding a generalised conception of consent. The canonists brought marriage into the realm of legal arrangements that could be affected by *dolus* and *metus*, and used a common terminology to navigate the variety of situations where impaired consent could be relevant.²⁴ Issues relating to marriage often provided the foundations for such analyses. Through the lens of consent to marriage, successive decretals considered the effects of factors ranging from threats of violence to infancy on a party's ability to enter into legal arrangements.²⁵ In articulating legal standards for each of these questions, there was a close symbiosis between civilian and

²⁰ Wim Decock, *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune* (Brill 2013) 216–219; Arthur Hartkamp, *Der Zwang im römischen Privatrecht* (Hakkert 1971) 84–85.

²¹ Zimmermann (fn 17) 659.

²² Bartolus, *In primam Digesti veteris partem*, ad D. 4, 3, 7, pr, num 6.

²³ Baldus, *Super decretalibus*, ad X 2, 11, 1, n 12 (cited Decock [fn 20] 279).

²⁴ James Brundage, *Medieval Canon Law* (1st edn, Longman 1995) 165–167.

²⁵ E.g. X. 4, 1, 15 *Veniens ad nos*; X. 4, 2, 9 *De illis qui*; X. 4, 2, 11 *Et literis*.

canonist learning, though principally driven by the latter group of scholars.²⁶ Yet the very different standards governing each of *dolus* and *metus*, alongside the internal divisions of contracts that affected the approach taken, meant that the medieval jurists stopped short of formulating a unified theory of consent. Moreover, the questions remained firmly directed at the validity of the underlying marriage or contract: though damages might be payable where, for instance, it could be shown that a contract would not have been entered into but for the exercise of unjust coercion, this was framed as a remedy in contract rather than delict.

V. Impaired Autonomy in Thomist Legal Thought

‘Since virtue is concerned with passions and actions, and on voluntary ones praise and blame are bestowed, on those that are involuntary pardon, and sometimes also pity, to distinguish the voluntary and the involuntary is presumably necessary for those who are studying the nature of virtue, and useful also for legislators with a view to the assigning both of honours and of punishments. Those things, then, are thought involuntary, which take place by force or by reason of ignorance.’²⁷

In the Aristotelian foundations of Thomist moral theology, consequences legal and moral could only attach to actions that were a genuine expression of the will; consequently, it was of paramount importance to work through the factors that impaired voluntariness.²⁸ Aristotle identified two such factors: force and ignorance. While ignorance amounts to a full denial of voluntariness, force presented a more challenging analysis, insofar as a coerced choice is still chosen. The classic example of the shipmaster choosing to throw cargo overboard in a storm, rather than risk the loss of the entire ship and the lives it carries, highlights that such acts are a mix of voluntary and involuntary: on gentler tides the shipmaster would not have acted in this way, but under compulsion a choice was made.²⁹

This same analysis is echoed in Aquinas.³⁰ Aquinas does, however, pull apart more clearly two distinct types of external coercion: violence (*violentia*) and fear (*metus*). Violence overpowers the will, inhibiting voluntary action, whereas fear has the hybrid nature that Aristotle posited.³¹ The focus remains squarely on the degree to which a moral agent is able to make decisions for himself. This internal focus had a distorting effect on the rule of *dolus*, which as in the civil and canon law came to be conflated with *error*. In the Thomist theory of action close atten-

²⁶ Stephan Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX* (Biblioteca Apostolica Vaticana 1935) 133–184 and 299–313; James Gordley, *The Jurists* (Oxford University Press 2013) 55–65; Brundage (fn 24) 154–174 on the interplay between traditions more broadly, and 165–167 on vitiating factors specifically.

²⁷ Nicomachean Ethics, 3.1, 1109b30–36 (translation by David Ross).

²⁸ Ibid, 3.1, 1109b30.

²⁹ Ibid, 3.1, 1110a5–9.

³⁰ Thomas Aquinas, *Summa Theologiae* (hereafter ST), I–II, q.6.a.6.

³¹ ST (fn 30), I–II, q.6.a.4, 6.

tion was paid to ignorance, whether antecedent, concomitant or consequent.³² The focus is on the source of ignorance, and whether (for example) there is a moral failing in not taking steps to arrive at a better answer. In this analysis, very little attention is paid to induced falsehoods – a more Roman notion of *dolus*. Instead, the concern is for the moral agent's own culpability in failing to understand their transaction.

This focus on the internal workings of a subject's mind, and their own responsibility for their decision-making processes, simultaneously provided the foundation for crystallising a right to autonomous decision-making, and suppressed the potential for interference with such processes through trickery to be framed as a matter of wrongdoing. This trajectory was continued under the later Thomists whose legal thinking would prove so influential on the subsequent development of European private law. Discussions of *dolus*, *violentia* and *metus* turn principally on the impairment of voluntary actions, and whether or not a person who acts under one of these factors can be held accountable for those actions. In relation to *metus*, Decock attaches particular weight to the writings of Sanchez, in which find a canonist-inspired standard of fortitude that seeks to balance the theological goal of cultivating moral responses to external pressures with legal pragmatism.³³

For the Thomists of the sixteenth and early seventeenth centuries, the questions central to this chapter were predominantly the domain of contract law. There is one notable exception, Leonardus Lessius, whose writings on wrongdoing had the greatest influence of any Thomist on Grotius's own theorisation of the topic.³⁴ Lessius argued that factors such as duress do not impair the will such as to deny agency: the mixed voluntariness of Aristotle's cargo-jettisoning shipmaster is offered in support of this.³⁵ The solution, then, is to think of the affected party as making a voluntary decision (and so to uphold any contract entered into), but to regard him as having been wronged through the interference with his decision-making.

Lessius's principal discussion of the impact of impairing factors on autonomy arises in his posthumously published commentary on the *prima secunda*, the portion of the *Summa Theologiae* containing Aquinas's own theory of action. In his earlier and more substantial *De Iustitia et Iure*, Lessius had not yet committed to this position. This can be seen in three aspects of his treatment of the topic. First, in formulating his approach to wrongdoing, Lessius (like Grotius after him) focuses on the violation of an interest, rather than the particular pattern of conduct that led to that violation. And so it is significant when discussing the rights that man naturally possesses – *vita*, *membra*, *fama* and *honor* – he does

³² ST (fn 30), I-II, q.6.a.8.

³³ Decock (fn 20) 236–259.

³⁴ Joe Sampson, *The Historical Foundations of Grotius' Analysis of Delict* (Brill 2017) 229–244.

³⁵ Leonardus Lessius, *In I.II D. Thomae de beautudine et actibus humanis* (Leuven 1645) 45–46.

not identify anything akin to Grotius's *actiones propriae*.³⁶ Second, Lessius evidently struggled with the proposition that a person cannot suffer a wrong willingly.³⁷ We know from his later commentary on Aquinas's theory of action that Lessius emphasised the 'voluntary' in the identification of compelled choices as being a hybrid of voluntary and involuntary factors. Thus to frame the inducement of a voluntary expression of the will such as a contractual arrangement as a wrong proved awkward. Third, and most significantly, all discussion of *dolus* and *metus* is confined to the orthodoxly contractual material, rather than woven into his discussion of wrongdoing.³⁸ This discussion does make ready use of the language of *iniuria*,³⁹ but it would appear that at the time of writing *De iustitia et iure* Lessius was not yet ready to frame such considerations as a matter of delictual rather than contractual responsibility. This change would only come with his later work on the *prima secundae*.

There was also no clear move towards drawing together the various types of conduct that Grotius groups together as wrongs to *actiones propriae*, with *dolus* and *metus* consistently being dealt with separately to harming another's marriage prospects. This can be attributed to the scholastic structure that affected the analysis of sinfulness in Thomist thought, a structure which made it difficult to connect harm to marriage prospects to the contract-centric considerations of *dolus* and *metus*.⁴⁰ Aquinas's work was structured by virtue, with much of private law confined to his discussions of justice, the virtue concerning interpersonal relations. Matters of sexual wrongdoing were dealt with as questions of lust, a sin against temperance rather than justice.⁴¹ While commentaries on the *Summa* which provided a quaestio-by-quaestio account of Aquinas's thinking found his treatment of lust a rich resource, commentaries on justice (and so private law) at times omitted the topic entirely.⁴² It is again only with Lessius that a connection is drawn between liability for wrongdoing and matters of a sexual nature.⁴³ In this, Lessius places consent at the fore; that of the victim if *sui iuris*, or else her parents.⁴⁴ And in explaining the ways in which consent can be overborne, Lessius relies on *dolus* and *metus*. These two vitiating factors are used to

³⁶ Leonardus Lessius, *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus* (Leuven 1605) 2.4.10 (*vita* and *membra*), 2.4.11 (*fama* and *honor*).

³⁷ Ibid 2.7.3; although this is a position he would move away from in his posthumous work, here the proposition is tethered to both Aquinas and Aristotle to underscore its significance.

³⁸ Ibid 2.17.5, 6.

³⁹ E.g. ibid 2.17.5: *Deceptore teneri ad restitutionem rei et fructuum, etiamsi dominium translatum fuerit; quia per iniuriam fuit causa alienationis; et deceptum posse uti occulta compensatione, si aliter quod suum est, recuperare nequit.*

⁴⁰ See generally Sampson (fn 34) 200–205.

⁴¹ ST, II–II, q.154

⁴² E.g. Domingo de Soto, *De iustitia et iure libri decem* (1556) makes no reference to the topic.

⁴³ Although Navarrus, *Enchiridion* (Antwerp 1575) 16.16–19 discussed the possibility of *restitutio* for sexual wrongdoing. This work took the form of a commentary on the Ten Commandments, which facilitated the drawing of connections between topics separated in the *Summa*.

⁴⁴ Lessius (fn 36) 2.10.2.

explain the distinctness of the two archetypical forms of sexual wrongdoing, *stuprum* (reliant on *dolus*) and *raptus* (reliant on *metus*). Both forms of wrongdoing are said to give rise to the general duty to restore the harm caused, including by compelling marriage. Thus, while Lessius can be seen to be using the language and logic of *dolus* and *metus* to navigate matters of sexual wrongdoing, he stops well short of drawing these disparate strands of wrongdoing together under a single umbrella in his writings.⁴⁵

VI. Grotius's Contribution

As we enter the seventeenth century, we can see a rich and varied interest in matters concerning the impairment of consent across legal and intellectual traditions. There was, however, a tendency to keep these doctrines in their traditional boxes, whether as aspects of contractual thinking, or else a component of a fundamental theory of action. Though the ideas clearly touched on wrongdoing, there was not yet a move to view *dolus* and *metus* as wrongs independently of any contractual implications. In this respect, through his identification of a natural right to *actiones propriae*, the violation of which generated a duty to compensate, Grotius was offering something novel to contemporary private law. It was in many respects an innovation that paralleled the work of the Thomists elsewhere in delictual theory – the isolation and extraction of a protected interest from a composite range of prohibited behaviours – but it was not something that had previously been attempted.

⁴⁵ It is significant that Lessius's more developed thinking on vitiation as a wrong comes in the form of a commentary on the *prima secundae*, containing Aquinas's theory of action, rather than on the *secunda secundae*, which is organised according to virtue and concomitant sin.

Ulp. ad ed. D. 12, 7, 2: Wegfall des Rechtsgrundes und Leistungszweck

Alexander Schall

I. Das Merkmal „ohne rechtlichen Grund“ und die Rolle der Zweckverfehlung

Das Merkmal „ohne rechtlichen Grund“ gilt nach § 812 I 1 sowohl für die Bereicherung durch Leistung als auch für die Bereicherung in sonstiger Weise. Ebenso gilt der Wegfall des rechtlichen Grundes nach § 812 I 2 1. Alt. für beide Kondiktionsarten. Die Bedeutung des „rechtlichen Grundes“ ist umstritten. Bei der Nichtleistungskondiktion erscheint die Frage klar. Bereicherungen, die ohne Willen des Entreicherten eintreten, bedürfen der objektiven Rechtfertigung. Dazu ist nach gesetzlichen Anordnungen zu suchen, welche die Bereicherung endgültig dem Empfänger zuweisen. Paradigmatisch ist die Ersitzung.¹ Gegenbeispiel ist der gesetzliche Eigentumserwerb nach den §§ 946 ff., der ausweislich § 951 keinen Rechtsgrund vermittelt.

Bei der Leistungskondiktion stehen sich die subjektive und die objektive Theorie gegenüber. Erstere sieht den Rechtsgrund in der Erreichung des Leistungszwecks, letztere im Bestehen des Kausalverhältnisses.² Das soll allerdings nur gelten, wenn das Kausalverhältnis die konkrete Leistungserbringung abdeckt. Das läuft auf die Erreichung des Erfüllungszwecks hinaus und bestätigt die subjektive Theorie. Niemand behauptet (noch könnte es jemand), dass bereits das objektive Bestehen der Forderung als rechtlicher Grund genügt, wenn auf das falsche Konto gezahlt wurde, so dass keine Erfüllungswirkung eintritt.³

Die Überlegenheit der subjektiven Theorie erschließt sich aus ihrer Funktion. Bei fehlgeschlagenen Leistungsvorgängen geht es nicht um die Rechtfertigung gegen den Willen des Leistenden.⁴ Vielmehr ist der Grundsatz *volenti non fit in-*

¹ BGHZ 208, 316.

² *Kupisch*, NJW 1985, 2370 ff.; *MüKoBGB/Schwab*, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 427; für einen objektiven Ansatz auch *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012 (Rechtsgrund sei die Forderung).

³ Die Möglichkeit, das endgültige Behalten durch Aufrechnung herzustellen, ist umstritten. Der BGH hat die Frage offengelassen, BGH NJW-RR 2008, 1512, 1513 Rn. 18. Bedenklich wäre die Aufrechnung bei irrtümlicher Zahlung auf das debitorische Konto einer insolventen Kapitalgesellschaft, weil diese eine Haftung der Geschäftsleiter nach § 15b I InsO auslöst, BGHZ 227, 221 Rn. 31.

⁴ Diesen Unterschied verdunkelt *Schlüter*, Rückabwicklung und Selbstbestimmung, 2021, 237 ff., der die Leistungskondiktion als Eingriff (in das Selbstbestimmungsrecht) konstruiert. Zust. aber BeckOGK BGB/*Lobinger*, 1.1.2025, § 812 Rn. 4.1.

uria zu überwinden, um zu erklären, warum der Wille des Leistenden nicht ausreicht, die Wertverschaffung dauerhaft zu validieren. Die beste Erklärung liefert der Gedanke der Zweckverfehlung. Sie fand daher Einzug in das BGB. Bereits der Vorentwurf des Redaktors Franz-Philipp von Kübel definierte den Leitfall der *condictio indebiti* durch die Verfehlung des Erfüllungszwecks.⁵ Als Urheber des Zweckgedankens weist von Kübel gleich zu Eingang seiner Motive Erxleben aus, dessen Lehre er wie folgt zusammenfasst:⁶

„Erxleben begründet [...] näher dahin: [...] jede Leistung geschehe [...] mit Rücksicht auf einen gewissen Zweck, welcher dadurch erreicht werden soll. Dieser Zweck bilde [...] die erkennbare Voraussetzung, unter welcher allein der Leistende sich zu der Vermögensübertragung entschlossen habe; dieser Zweck [...] mache deshalb den eigentlichen Grund, die causa, der Leistung aus.“

Bei Erxleben selbst liest man:⁷

„[...] um die bestehende Obligation aufzulösen, leistet der Schuldner etwas; [...] Sein Wille, etwas in das Vermögen des anderen zu übertragen, ist nur durch diesen Zweck bestimmt; dieser Zweck bildet ursächlich also zugleich den Grund, die causa der Leistung.“

Allerdings sah der Vorentwurf zwar die *condictio indebiti* durch den Erfüllungszweck bestimmt. Die *condictio ob rem* definierte von Kübel aber im Anschluss an Bernhard Windscheids Lehre von der Voraussetzung.⁸ Der erste Entwurf folgte dem noch. Doch nach heftiger Kritik von Otto Lenel⁹ distanzierte sich die zweite Kommission von der Voraussetzungslehre zugunsten des Zweckgedanken.¹⁰

Mugdan II, 1173

„Der Rechtsgrund der Leistung bilde darnach materiell einen Bestandteil des Leistungsgeschäftes, die Leistung werde nur um des Zweckes willen gemacht und könne deshalb auch nicht unter Ablehnung der Zweckbestimmung entgegengenommen werden; [...] eine Leistung, deren Zweck nichtig oder nicht zustande gekommen sei oder später weg falle, entbehre des Rechtsgrundes und könne nicht aufrechterhalten bleiben.“

Die Zwecklehre führte zum entscheidenden Fortschritt gegenüber den zuvor vertretenen causa-Theorien einschließlich der Voraussetzungslehre, weil sie drei

⁵ § 1 VE: „Wer einem Anderen Etwas zur Erfüllung einer ihm hierzu obliegenden Verbindlichkeit geleistet hat, kann das Geleistete von dem Empfänger zurückfordern, wenn jene Verbindlichkeit nicht bestanden hat.“ Dazu v. Kübel, Motive, 16 (= Schubert, Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Recht der SV Teil 3/II, 1980, 676): „Wer nämlich zahlt, um einer bestimmten Verbindlichkeit zu genügen (solvendi causa), hat eben damit in deutlich erkennbarer Weise als eine Absicht und seinen Willen erklärt, daß er nur zahle, um diese Verbindlichkeit zu erfüllen.“

⁶ v. Kübel, Motive, 5 (= Schubert [Fn. 5], 665).

⁷ Erxleben, Die conditiones sine causa, 1. Abteilung: Die condictio indebiti, 1850, 26.

⁸ Windscheid, Die Lehre von der Voraussetzung im Römischen Recht, 1850, 1 ff.

⁹ Lenel, AcP 74 (1889), 213; dagegen Windscheid, AcP 78 (1892), 161; dagegen Lenel, AcP 79 (1892), 49.

¹⁰ Ehmann, in: FS für Volker Beuthien, 2009, 3 ff.; Nach Versterben seines Lehrers schrieb Theodor Kipp das Lehrbuch auf die Zwecklehre um (Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 8. Aufl. 1900, § 423 a.E.).

primäre Leistungszwecke (*causa solvendi, causa donandi, causa acquirendi*) ermittelte und dadurch die unbeachtlichen Motivirrtümer ausgrenzen konnte.¹¹

Die Zweite Kommission verwarf den ersten Entwurf komplett und ersetzte ihn durch einen Gegenentwurf.¹² Seitdem dominiert der Zweckgedanke sämtliche Leistungskonditionen des BGB, also nicht mehr nur die *condictio indebiti* (vgl. §§ 813 I, 814), sondern auch die *condictio ob rem* (§ 812 I 2 2. Alt.) und die *condictio ob turpem vel iniustam causam* (§ 817 S. 1). Nur für die *condictio ob causam finitam* geht das nicht direkt aus dem Wortlaut hervor. Doch es gilt auch dort, soweit es um Leistungen geht. Das ist anschließend zu zeigen.

II. Die Zweckverfehlung bei der *condictio ob causam finitam*

Hiermit sind wir aber bereits am Kern der anstehenden Prüfung angelangt. Eine überzeugende Auflösung der Rechtsgrundfrage bei der Leistungskondition muss auch die *condictio ob causam finitam* schlüssig erklären. Das erfordert die vollständige Erfassung der mit Leistungen verfolgten Zwecke. Der Schlüssel liegt tief in den Digesten vergraben: der Fall der verlorenen und wiedergefundenen Kleidung in D. 12, 7, 2.

1. Der Leitfall der wiedererlangten Kleidung in D. 12, 7, 2

Die Digesten enthielten in D. 12, 7. einen Abschnitt über die *condictio sine causa*. Es war dies aber noch nicht die spätere Generalklausel des gemeinen Rechts, die in den beiden Formen *condictio sine causa specialis* und *condictio sine causa generalis* auftrat.¹³ Vielmehr handelte es sich um (nur 4) besondere Fälle, welche die Kompilatoren aus verschiedenen Gründen nicht glatt unter die speziellen Tatbestände, die *condictio causa data causa non secuta* (D. 12, 4), die *condictio ob turpem vel iniustam causam* (D. 12, 5), die *condictio indebiti* (D. 12, 6) und die *condictio furtiva* (D. 13, 1) glaubten bringen zu können.

Der wichtigste Fall dieses Sammelabschnitts ist die (erst) im gemeinen Recht so genannte *condictio ob causam finitam*, die Kondition wegen Wegfall des Rechtsgrundes, die heute in § 812 I 2 1. Alt. thront. Diese Kondition sollte folgendem Fall abdecken, der von Kleidung (*vestimenta*) handelt, die beim Bleicher (*fullo*), der „chemischen Reinigung“ des alten Rom, verloren gegangen ist.

¹¹ Instruktiv Ehmann, in: Albers/Patt/Perrouin-Verbe (Hrsg.), *Causa contractus*, 2022, 755, 757 ff., 774 ff. und 787 ff.; ferner Thomale (Fn. 2), 174 f.; Schall, *The Principle of Unjust Enrichment*, 2024, 271 f. Grundlegend zu den drei Hauptzwecken v. Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Bd. II, 1853, 251 (die *causa acquirendi* noch als *causa credendi* bezeichnend). Stammvater der Zwecklehre ist Hugo Kreß, *Allgemeines Schuldrecht*, München 1929, § 5. Als weitere Verfechter sind Hermann Weitnauer und Franz Schnauder zu nennen.

¹² *Mugdan* II, 1169 f.

¹³ v. Glück, *Die Pandecten nach Hellfeldt*, ein Kommentar, Dreizehnten Teils erste Abteilung, 2. Aufl. 1843, 185. Zur Genese der Konditionen seit dem römischen Recht Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1996, 834 ff.

Der Bleicher ersetzte zunächst den Schaden, wozu er auch rechtlich verpflichtet war. Später wird die Kleidung jedoch von ihrem Eigentümer wiedergefunden.¹⁴

Ulp. ad ed. D. 12, 7, 2

Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praestiterit posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione debeat consequi pretium quod dedit? Et ait Cassius eum non solum ex conducto agere, verum condicere domino posse: ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem: an autem et condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit: nisi forte quasi sine causa datum sic putamus condici posse: etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur.

Die Frage ist nun, ob die Schadensersatzleistung kondiziert werden kann. Denn im Zeitpunkt der Leistungserbringung war sie zweifellos geschuldet. Eine *condictio indebiti* kann daher nicht greifen (*quia non indebitum dedit*). Gleichwohl hielt Cassius, dem Ulpian folgt, eine Kondiktion für möglich. Da die Kleidung wiedergefunden worden war, wurde die Schadensersatzleistung angesehen, *als ob* sie ohne Grund erfolgt wäre (*quasi sine causa datum videtur*).

Diese Wertung ist so überzeugend, dass der nachträgliche Wegfall des Rechtsgrundes zum selbstverständlichen Kondiktionstatbestand heranwuchs. Dennoch kann die „Als-ob“-Betrachtung nicht die dogmatische Begründung ersetzen. Warum scheint es uns, als ob ohne Grund geleistet worden wäre?

2. Die Lösung über die Zweckverfehlung

Die Auflösung nach der Zweckverfehlung ist einfach. Die Kompensation des Schadens ist Zweck jeder Schadensersatzverpflichtung. Entfällt der Schaden später, wird die Leistung erkennbar sinn- und zwecklos. Deshalb erscheint sie *quasi sine causa datum*.

Diese Erklärung übersetzt die Tatsache, dass die Schadensersatzleistung des *fullo* nach allgemeinem Sprachgebrauch ihren „Grund“ verloren hat, in die Diktion der Zweckverfehlung. Der Zweck jeder Schadensersatzleistung wird verfehlt, wenn der Schaden nachträglich entfallen ist.

Diese einfache Erklärung kollidiert allerdings mit einem ehernen Dogma. In Deutschland geht man gemeinhin davon aus, dass Leistungen auf Forderungen *ausschließlich* den Erfüllungszweck verfolgen.¹⁵ Damit wäre der Zweck der Schadensersatzleistung bereits deshalb unumkehrbar erreicht, weil sie ursprünglich geschuldet war. Für einen weiteren Zweck der „Schadenskompensation“, der später noch verfehlt worden sein könnte, bliebe kein Raum.

Das BGB hat die Zweckverfehlung als Auslöser der Leistungskonditionen akzeptiert. Jedoch zeigt D. 12, 7, 2, dass die Verfolgung und Erreichung des Erfüllungszwecks nicht genügt, um das Behaltendürfen der Zahlung zu rechtfertigen. Wenn wir nicht hinter den Kenntnisstand zurückfallen wollen, den die

¹⁴ Nahe liegt, dass eine Toga gestohlen worden war. Das Statussymbol der Oberschicht war i.d.R. personalisiert, was es dem Eigentümer ermöglicht haben wird, sie wieder zu finden.

¹⁵ Ganz h.M., *Thomale* (Fn. 2), 198. Im Prinzip auch die Zwecklehre, die aber immerhin die Möglichkeit der Zweckstaffelung anerkennt, *Ehmann* (Fn. 11), 755, 757 f., 773, 780 ff.; s. unten Text mit Fn. 22.

Römer schon vor 2000 Jahren erreicht hatten, gibt es nur eine sinnvolle Auflösung: Die Schadensersatzleistung des *fullo* verfolgt *nicht nur* den Erfüllungszweck, *sondern auch* den Zweck der Schadenskompensation, also den *kausalen Zweck* der Forderung. Die Verfehlung des letzteren genügt, um die Rückforderung auszulösen.

3. Die Begründung des Doppelzwecks der Leistung auf kausale Forderungen

Die aus D. 12, 7, 2 abgeleitete Erkenntnis lässt sich verallgemeinern: *Jede* Leistung auf eine *kausale* Verbindlichkeit verfolgt simultan zwei Zwecke: die Erfüllung der Verbindlichkeit (*causa solvendi*) und den kausalen Zweck der Forderung.¹⁶ Das ist nachfolgend zu untermauern.

a) Der Erfüllungszweck aller Forderungen

Jeder Schuldner einer Forderung leistet, weil er es muss, um sich zu befreien (§ 362 I), wie schon Erxleben lehrte:¹⁷

„Auf der einen Seite will er eine ihm obliegende Verbindlichkeit erfüllen und sich dadurch zugleich von derselben befreien, also die bestehende Obligation auslösen.“

Der entscheidende Aspekt des Erfüllungszwecks ist aber nicht die formale Erfüllung der Forderung, sondern die Abwendung des Leistungszwangs und der Vollstreckungsgefahr. Das zeigt § 813 I. Eine auf Dauer einredebehaftete Forderung besteht zwar noch auf dem Papier. Aber sie verströmt keine Vollstreckungsgefahr. Daher verfehlt der irrtümlich zahlende Schuldner den Erfüllungszweck in gleicher Weise als hätte die Forderung nicht bestanden, obwohl sie formal erfüllt wird.

b) Der kausale Zweck als Unterschied zwischen kausalen und abstrakten Forderungen

Privatrechtliche Forderungen entstehen aus Vertrag oder Gesetz (§ 311 I). Ungeachtet ihres Entstehungsgrundes wirken sie alle wie „Gesetze“, welche die Adressaten zu befolgen haben. Daher sind die Anspruchsgrundlagen des BGB gerichtlich durchsetzbar. Die meisten dieser Forderungen sind kausal. Das bedeutet, dass sie ihren Zweck in sich tragen und offen ausweisen. Bleiben wir beim Beispiel des Schadensersatzes. Er kann auf einem Delikt oder auf der Verletzung eines freiwillig geschlossenen Vertrags beruhen. Doch egal auf welcher Basis das Gesetz ihn anordnet (§§ 823 I, II, 826 oder §§ 280 ff.), ist der Zweck dieser Verhaltensnorm die Schadenskompensation. Entfällt der Schaden vor der Leistung, erlischt die Forderung. Entfällt er danach, ist die Leistung zwecklos.

¹⁶ Im Ansatz schon *Schall*, Leistungskondiktion und Sonstige Kondiktion auf der Grundlage des einheitlichen gesetzlichen Kondiktionsprinzips, 2003, 27 ff.; krit. *Thomale* (Fn. 2), 270 ff.; hiergegen *Schall*, JZ 2013, 753, 758. Siehe auch *Kupisch*, JZ 1985, 101 ff.

¹⁷ *Erxleben* (Fn. 7), 25.

Alle *kausalen Forderungen* tragen ihren *Kausalzweck* in sich, so dass die Leistung auf diese Forderung zwangsläufig seiner Erreichung dient. Das Gesetz sagt: S muss 2000 EUR *als Kaufpreis / Miete / Schadensersatz* zahlen (§§ 433 II, 535, 823 I/280 I, 249 ff.). Damit wird das Schuldverhältnis im engeren Sinne (die Forderung) mit dem Schuldverhältnis im weiteren Sinne (aus Vertrag oder Gesetz) verbunden. Die Forderung erlischt, aber das Schuldverhältnis im weiteren Sinn bleibt erhalten und charakterisiert die Leistung als Kaufpreis / Miete / Schadensersatz. So kann sie ihren Zweck nachträglich verlieren, wenn der Schaden entfällt, der Mietvertrag im laufenden Monat gekündigt oder der Kaufvertrag nach §§ 158 II, 159 unwirksam wird, obwohl die Forderung zunächst bestand und erfüllt wurde. Der kausale Zweck der Forderung ist der Grund der Verpflichtung, was lateinisch als *causa obligationis* bezeichnet werden könnte.

Im Gegensatz dazu stehen die abstrakten Verbindlichkeiten nach §§ 780, 781. Ihnen wohnt kein kausaler Zweck inne. Sie sagen nicht: S muss 2000 EUR *als Kaufpreis* zahlen, sondern nur: S muss 2000 EUR zahlen. Daher verfolgt die Leistung auf eine abstrakte Verbindlichkeit *unmittelbar* nur ihren Erfüllungszweck. Sie hat keinen Bezug zu einem Schuldverhältnis im weiteren Sinn.

Die *einzig* Konstellationen, in der das dauerhafte Behaltendürfen einer Leistung ausschließlich an der Erreichung des Erfüllungszwecks einer abstrakten Verbindlichkeit hängt, finden sich im Dreipersonenverhältnis: die Leistung an Erwerber von Wechsel- oder Scheckverbindlichkeiten. Ihnen gegenüber werden die Einwendungen aus dem Kausalverhältnis, das der ursprünglichen Begebung zugrunde liegt, entgegen § 404 abgeschnitten (Art. 17 WG, Art. 22 ScheckG). Das führt dazu, dass der Leistende (bezogene Bank) vom Zahlungsempfänger nicht wegen Einwendungen aus dem Kausalverhältnis mit dem Kunden zurückfordern kann. Das Recht akzeptiert das, weil es weiß, dass Kunde und Bank sowie Empfänger und Kunde innerhalb ihrer Kausalverhältnisse Regress nehmen.¹⁸ Einen vergleichbaren Ausschluss kausaler Einwendungen sieht auch § 784 I vor.

Im Zweipersonenverhältnis genügt die bloße Erfüllung der abstrakten Verbindlichkeit hingegen niemals zum dauernden Behaltendürfen. Das folgt aus der zwingenden Verknüpfung der abstrakten Verbindlichkeit mit dem Kausalverhältnis über die Bereicherungseinrede (§§ 821 i.V.m. 812 II), die § 813 I begründet.¹⁹ Die Verfehlung des Zwecks im kausalen Grundverhältnis bedingt *mittelbar* die Verfehlung der *causa solvendi* der abstrakten Verbindlichkeit. Zwar wird die abstrakte Forderung *formal erfüllt*, da sie ja unabhängig vom Kausalverhältnis besteht. Aber wegen der Bereicherungseinrede bestand kein Vollstreckungs-

¹⁸ Eine ähnliche Konstellation lässt sich mit der Garantie auf erstes Anfordern herbeiführen. Anders als bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern (BGHZ 74, 244) kann der Garant nicht über § 812 BGB geltend machen, dass der materielle Garantiefall nicht eingetreten ist, weshalb die Rückforderung nicht ihm, sondern dem Schuldner zusteht, BGHZ 140, 49; *Canaris*, ZIP 1998, 493; MünchKommBGB/*Habersack*, 9. Aufl. 2024, Vor § 765 Rn. 29 ff. und § 765 Rn. 106.

¹⁹ In der Literatur besteht Streit, ob § 821 auch *vor* Verjährungseintritt greift (BGH NJW 1991, 2140) oder nur *nachher* (MünchKommBGB/*Schwab*, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 3 ff., der vor Verjährung *dolo agit* [§ 242] bemüht).

druck, weshalb § 813 I die Kondiktion wegen Zweckverfehlung erlaubt²⁰ – was zeigt, dass die (formale) Erfüllung der Forderung nicht der Rechtsgrund ist.

In seltenen Fällen können auch kausale, nicht nur abstrakte Forderungen geleistet und kondiziert werden.²¹ Der Abschluss eines Vertrags kann eine Leistung zur Erfüllung der Pflicht aus Vorvertrag oder Kontrahierungszwang aus §§ 826, 249 sein. Hierher gehört auch RGZ 118, 358. Ein Vater übernimmt eine Bürgschaft unter der Voraussetzung, dass eine Anzeige gegen seinen Sohn unterbleibt. Die Bank nimmt den Vater in Anspruch *und* zeigt den Sohn an. Die Klage aus der Bürgschaft scheitert an der Bereicherungseinrede. Auch hier wurde eine kausale Forderung geleistet und konnte wegen Zweckverfehlung mit der *condictio ob rem* kondiziert werden. Die Zwecklehre sieht hier einen Fall zulässiger Zweckstaffelung.²² Bei genauer Betrachtung werden aber nicht in *einer* Leistung *mehrere* Zwecke zugleich bestimmt (Erfüllung und Nicht-Anzeige), sondern zwei Leistungen ineinander verschachtelt. Wird eine (abstrakte oder kausale) Forderung geleistet, hängt das Behaltendürfen des Leistungsgegenstandes wie eben gezeigt *immer* sowohl an der Erfüllung der Forderung selbst als auch an der Zweckerreichung im Kausalverhältnis, aufgrund dessen die Forderung geleistet wurde (Hauptschuld, Vorvertrag; Zweckabrede i.S.d. § 812 I 2 2. Alt.).

c) Der kausale Zweck bei Handschenkung und Schenkungsversprechen

Aus den abstrakten Verbindlichkeiten ist im Umkehrschluss zu folgern, dass kausale Verbindlichkeiten *nicht nur* den Erfüllungszweck, *sondern auch* den kausalen Zweck verfolgen, der sich aus dem Schuldgrund der Forderung ergibt. Das gleiche Ergebnis zeigt die Gegenprobe mit der Handschenkung nach § 516 I: Die Zuwendung nach § 516 I verfolgt lediglich den Schenkungszweck (*causa donandi*),²³ sobald sich die Parteien darüber geeinigt haben.

Haben die Parteien einen notariellen Schenkungsvertrag geschlossen, wird der Schenkungsgegenstand *causa solvendi* geleistet. Zugleich verfolgt diese Leistung aber *auch* den Schenkungszweck (*causa donandi*). Denn der Schenkungszweck ist mit der Erlangung des Versprechens der Leistung noch nicht erreicht, sondern erst mit dessen Erfüllung. Diese Wertung lässt sich § 518 II Satz 1 und (vor allem) Satz 2, ferner auch dem § 364 II entnehmen.

Erst der parallele Schenkungszweck ermöglicht die Bewertung der Leistung als „unentgeltlich“ i.S. der §§ 816 I 2, 822, 988; § 134 InsO. Die Erfüllungsleistung als solche ist *niemals* unentgeltlich, sondern erfolgt immer im Austausch für die Schuldbefreiung. Neben dem Erfüllungszweck besteht aber der kausale Zweck der Leistung, der ihre Charakterisierung als Schenkung (*causa donandi*) erlaubt.

²⁰ Entgegen Thomale (Fn. 2), 199 ist der Leistungsgegenstand nicht *nur* nach § 812 I, 818 I als *commodum ex re* auf die grundlos geleistete abstrakte Verbindlichkeit zu kondizieren.

²¹ BeckOGK BGB/Lobinger (Fn. 4), 1.1.2025, § 812 Rn. 84.

²² Ehmann (Fn. 11), 755, 785; ders. (Fn. 10), 3, 35.

²³ Abw. Thomale (Fn. 2), 206, der die Dualität von § 516 I und § 518 I, II nicht akzeptieren will.

4. Die parallele Verfolgung von Erfüllungszweck und kausalem Zweck bei anderen Verpflichtungsverträgen am Beispiel des Darlehens

Nicht nur bei der Leistung auf ein Schenkungsversprechen werden simultan zwei Zwecke verfolgt (*causa solvendi* und *causa donandi*). Bei anderen Schuldverträgen liegt es genauso. Bei der Leistung auf die synallagmatischen Hauptpflichten verfolgt der kausale Zweck der Leistung („als Kaufpreis“) typischerweise den Vertrags- oder Geschäftszweck, die *causa acquirendi* (*do ut des*). Seine Verfehlung führt zu vertraglichen Behelfen (Mangelrechte; Rücktrittsrecht; Schadensersatz wegen Leistungsstörung).²⁴ Das heißt aber nicht, dass die Leistung auf die vertraglichen Forderungen keinen Geschäftszweck verfolgt.²⁵ Selbstverständlich zahlt der Käufer den Kaufpreis *auch* und vor allem, um die Kaufsache zu erhalten (§ 320) bzw. behalten zu dürfen (§ 323). Wo keine vorrangigen vertraglichen Behelfe greifen, wie bei der auflösenden Bedingung des Vertrags, tritt daher umgehend § 812 I 2 1. Alt. wegen Verfehlung des kausalen Zwecks der Leistung hervor. Hätte der Gesetzgeber § 346 I nicht geschaffen, würde auch der Rücktritt direkt ins Bereicherungsrecht führen, nicht anders als die Anfechtung.

Ein markantes Beispiel für diese doppelte Zweckverfolgung bietet der Darlehensvertrag. Seit dem SMG 2002 ist der Darlehensauszahlungsanspruch in § 488 I 1 geregelt. Die Auszahlung des Darlehens dient seiner Erfüllung. Sie dient zugleich aber auch der Erlangung des Zins- und Rückzahlungsanspruchs nach § 488 I 2. Der Vertragsschluss allein hat für diesen Anspruch nur die Grundlage gelegt, ihn aber noch nicht zur Entstehung gebracht.²⁶ Damit ist der Darlehenszweck noch nicht erreicht. Erst die Valutierung vermag das. Deshalb erfolgt sie nicht nur *causa solvendi* bezüglich § 488 I 1, sondern auch *causa acquirendi* bezüglich der Gegenansprüche aus § 488 I 2.

Mit dieser Beobachtung aber nicht genug: die beiden Zwecke der Leistung auf den Darlehensauszahlungsanspruch können sogar *aufgespalten* werden. Wenn der Darlehensnehmer seinen Anspruch aus § 488 I 1 zediert, muss der Darlehensgeber die Erfüllungsleistung im Sinne des Schuldrechts²⁷ an den Zessionar als neuen Gläubiger erbringen (§§ 398 S. 2, 362 I). *Empfänger der Erfüllungsleistung ist der Zessionar*. Ihm gegenüber wird der Erfüllungszweck verfolgt.

Gleichzeitig will der Darlehensgeber durch die Valutierung aber auch den Zins- und Rückzahlungsanspruch gegenüber dem Darlehensgeber erwerben. Das bedeutet, er verfolgt Darlehenszweck / Geschäftszweck / *causa acquirendi* gegenüber dem Zedenten als seinem Vertragspartner. Und er erreicht diesen Zweck auch. Selbstverständlich löst die Valutierung an den Zessionar die Rückgewährpflicht des Zedenten nach § 488 I 2 aus. Das bedeutet wiederum, dass ihm durch die Erfüllungsleistung an den Zessionar „das Darlehen zur Verfügung

²⁴ *Ehmann* (Fn. 11), 755, 759, 868 f.; *Thomale* (Fn. 2), 199.

²⁵ So aber *Thomale* (Fn. 2), 198 f. und 271.

²⁶ Unrichtig daher *Thomale* (Fn. 2), 271 und 198 f.

²⁷ Nach Teilen der Literatur ist das auch die Leistung iS des Bereicherungsrechts, Münch-KommBGB/Schwab (Fn. 19), § 812 Rn. 254; *Thomale* (Fn. 2) 363; a.A. h.M., BGHZ 105, 365; Staudinger/St. Lorenz, Neubearbeitung 2007, § 812 Rn. 41; BeckOK BGB/Wendehorst, 1.2.2025, § 812 Rn. 247; *Canaris*, in: FS für Karl Larenz, 1973, 799, 834 ff.

gestellt“ worden ist. *Empfänger des Darlehens ist der Zedent*. Ihm gegenüber wird der Darlehenszweck, also der Kausalzweck der Valutierung verfolgt und erreicht.

Die Spaltung von Erfüllungszweck und Darlehenszweck nach Zession geht einher mit einer *Empfangszurechnung im Vertragsverhältnis*. Sie ist am Vertragszweck aufgehängt. Grundlage für die Subsumtion, wonach das Darlehens dem Zedenten „zur Verfügung gestellt“ wurde, kann nur die Dispositionsbefugnis des Darlehensnehmers über die Valutierung sein. Franz Schnauder hat gezeigt, dass genau in diesem „Erlangen der Dispositionsbefugnis“ der Leistungsempfang des Anweisenden zu sehen ist.²⁸ Denn die Leistung selbst erhält ja der Anweisungsempfänger (vgl. § 788). Das Beispiel des zedierten Darlehensanspruchs zeigt dabei, dass die Zurechnung der Verschaffungsmacht *nicht* auf die Anweisung beschränkt ist, sondern auch bei der Zession erfolgen kann – was nicht heißt, dass sie bei § 812 erfolgen *muss* (dazu gleich).

Diese Empfangszurechnung nach dem abgespaltenen Vertragszweck hat der BGH einst im Feuerversicherungsfall richtig erkannt, als er sagte, die Zahlung der Versicherungsleistung an den Zessionar habe als *Zahlung an den Versicherungsnehmer* gegolten.²⁹ Der Vertragszweck war beim Darlehen bis 2002 sogar aus dem Wortlaut des § 607 I a.F. abzulesen, der verlangte, dass der Darlehensnehmer Geld oder andere vertretbare Sache „als Darlehen empfangen“ habe. Die Änderung jener Formulierung ist ohne Belang.³⁰ Nach wie vor gilt, dass die Valutierung simultan den Erfüllungszweck und den Darlehenszweck verfolgt, dass sich diese Zwecke bei Zession des Auszahlungsanspruchs zwischen Zessionar (*causa solvendi*) und Zedent (*causa credendi*)³¹ aufspalten und schließlich, dass es einer Zurechnung des Leistungsempfangs des Zessionars zum Zedenten bedarf, um die Rückforderung nach § 488 I 2 zu begründen.

Eine „Empfangszurechnung nach dem Vertragszweck“ braucht man immer dort, wo die Rückforderung zwischen den Vertragsparteien stattfinden soll, obwohl die Leistungsverhältnisse des BGH abweichend von den Verträgen liegen können (§§ 267 I, 362 II, 398 S. 2; 414 f.; 793 ff.). Neben § 488 I 2 ist hier vor allem § 346 zu nennen.³² Bei § 812 ist es hingegen unrichtig.³³ Das Gesetz richtet die Kondiktion bewusst am Leistungsverhältnis, nicht am Vertragsverhältnis aus. Eine doppelte Kondiktion auch im Vertragszweckverhältnis wäre widersinnig.³⁴

²⁸ Schnauder, JZ 2009, 1092, 1100 f.

²⁹ BGHZ 105, 365 = NJW 1989, 900, 901.

³⁰ A.A. Thomale (Fn. 2), 202 mit Fn. 259.

³¹ Die *causa credendi* ist aber ein mehrdeutiger Begriff, oben Fn. 12; Ehmann (Fn. 11), 755, 757 ff.

³² BeckOGK BGB/Schall, 1.8.2024, § 346 Rn. 309 ff.

³³ Schall, JZ 2013, 753 ff.

³⁴ Zutr. Thomale (Fn. 2), 271 mit Fn. 71.

5. Zweckabrede nach § 812 I 2 2. Alt. versus Verpflichtungsgeschäft

Das duale Zwecksystem zeigt sich auch an der Gegenüberstellung von Zweckvereinbarungen nach § 812 I 2 2. Alt. mit Verpflichtungsverträgen. Bereits die Römer kannten die beiden Wege zum Ziel sowie ihren Unterschied:

Ulp. 26 ad ed. D. 12, 4, 3 pr.

Dedi tibi pecuniam, ne ad iudicem iretur: quasi decidi. an possim condicere, si mihi non caveatur ad iudicem non iri? et est verum multum interesse, utrum ob hoc solum dedi, ne eatur, an ut et mihi repromittatur non iri: si ob hoc, ut et repromittatur, condici poterit, si non repromittatur: si ut ne eatur, conditio cessat quamdiu non itur.

Wird Geld gegeben, damit nicht vor Gericht („zum Richter“) gegangen werde (*ne ad iudicem iretur*), kommt es für die Lösung maßgeblich darauf an, ob nur geleistet wurde, damit nicht gegangen werde (*ob hoc solum dedi, ne eatur*), oder ob geleistet wurde, um ein bindendes Versprechen zu erhalten, dass nicht gegangen werde (*an ut et mihi repromittatur non iri*). Im ersten Fall kann nicht kondiziert werden, solange der Gang vor Gericht unterbleibt (*quamdiu non itur*), während im zweiten Fall bereits kondiziert werden kann, wenn das Versprechen nicht abgegeben wird, selbst wenn der Empfänger noch nicht vor Gericht gezogen ist.

Im heutigen Schuldrecht sind die Unterschiede ebenfalls spürbar. Wenn der Leistungsempfänger doch tut, was er unterlassen sollte, schuldet er im Fall einer verbindlichen Unterlassungspflicht Ersatz sämtlicher kausaler Schäden wegen der Pflichtverletzung. Das kann bei Verschwiegenheitspflichten sehr teuer werden. Im zweiten Fall ist dagegen nur die erhaltene Leistung zurückzugewähren – wegen Verfehlung des vereinbarten Zwecks: § 812 I 2 2. Alt. Diese Gestaltung belastet den Empfänger weniger und bewahrt ihm mehr Handlungsspielraum.³⁵ Sie ist alternativlos, wenn der andere Teil den bezweckten Erfolg gar nicht versprechen kann oder darf.³⁶

6. Der kausale Leistungszweck jenseits des klassischen BGB

Die Lösung über den kausalen Zweck der Leistung auf Forderungen überzeugt für Versicherungsleistungen, wenn die gegen Verlust versicherte Sache (Gemälde) wieder auftaucht oder wenn der gegen Erwerbsunfähigkeit versicherte Fußballspieler wider Erwarten von seiner Verletzung genest. Fehlen vertragliche Regelungen, greift § 812 I 2 1. Alt. wegen Wegfalls des Rechtsgrundes, weil der kausale Zweck der zunächst erfüllten Forderung, die Liquidation des Versicherungsfalls, entfällt.

Ein kausaler Zweck wird auch bei Leistungen auf Forderungen verfolgt, die aus anderen Rechtsgebieten erwachsen, wie z.B. dem Steuerrecht oder dem Sozialrecht. Steuerforderungen von Unternehmen werden im Wege der Vorleistung durch Abschlagszahlungen im Lauf des Steuerjahres erfüllt (z.B. § 37 I

³⁵ Daher nicht überzeugend *Thomale* (Fn. 2), 179 ff: § 812 I 2 2. Alt. sei obsolet.

³⁶ Ein Beispiel bietet *Barnes v Eastenders Cash and Carry plc* [2014] UKSC 26; dazu *Schall* (Fn. 11), 82.

EStG; § 31 I KStG). Jede Vorauszahlung erfolgt wirksam zur Erfüllung der bestehenden (Vor-)Leistungspflicht. Dennoch kann sich am Ende des Jahres eine Überzahlung ergeben, weil die Einnahmen geringer ausgefallen sind oder weil sich die anzusetzenden Steuersätze verändert haben. Die Überzahlung ist zurückzuerstatten nach § 37 II AO. Der kausale Zweck der geschuldeten Steuervorauszahlung ist nur die Begleichung der tatsächlich anfallenden Steuerschuld.

III. *Conclusio*

Die bisherige Dogmatik erfasst die Leistungszwecke nicht vollständig. Wer mit den Vätern des BGB *alle* Leistungskonditionen durch ihre Zweckverfehlung erklären möchte, muss sich mit dem Fall des *fullo* und der wiedergefundenen Kleidung in D. 12, 7, 2 befassen, in dem die Kondiktion der Schadensersatzleistung erlaubt wurde, obwohl keine *condictio indebiti* greifen kann, *quia non indeditum dedit*.

Analysiert man D. 12, 7, 2 im Licht der Zweckverfolgung, ergibt sich eine entscheidende Ergänzung der Leistungszwecke: *Die Leistung auf kausale Forderung verfolgt immer einen doppelten Zweck*: Einerseits den Erfüllungszweck, andererseits den kausalen Zweck der Forderung. Ersterer besteht bei abstrakten wie kausalen Verbindlichkeiten und versteht als Grund (*causa*) für die Leistung das Ziel des Sich-Befreiens vom Vollstreckungszwang (*causa solvendi*). Zweiterer beschreibt als Grund für die Leistung das Ziel, zu erreichen, wozu man verpflichtet wurde, was man als *causa obligationis* bezeichnen kann.

Der Grund, warum man verpflichtet wurde, bestimmt den kausalen Zweck der Leistung auf eine kausale Forderung. Dieser Zweck ist unmittelbar aus ihrem Anspruchsgrund abzuleiten: Aufwendungsersatz; Schadensersatz; Liquidation des Versicherungsfalls; Begleichung der Steuer; Abnahme der Ware (§ 433 II 2. Alt.); Bezahlung der Miete; des Kaufpreises. Er kann auch nach Erfüllung der kausalen Forderung noch entfallen. Tut er es, greift § 812 I 2 1. Alt. ein. Wird das Mietverhältnis während des bezahlten Monats gekündigt oder der Kaufvertrag nach Bezahlung des Kaufpreises infolge einer auflösenden Bedingung *ex nunc* unwirksam (§§ 158 II, 159), entfällt der kausale Zweck. Das Geld kann nicht „als Miete“ oder „als Kaufpreis“ behalten werden, weil es den Vertrag nicht mehr gibt.

Der kausale Zweck deckt sich bei synallagmatischen Hauptpflichten mit dem Geschäftszweck (*causa acquirendi*). Der Käufer zahlt für den Erhalt der Ware. Der Darlehensgeber valutiert, um Zins und Tilgung zu bekommen, etc. Das ist aber nicht als systematisch verfehlt zu kritisieren,³⁷ sondern folgerichtig. Die Verfehlung der *causa acquirendi* bedeutet, nicht zu bekommen, für was man bezahlt hat. Sie ist der Urgrund aller Rückforderungen (einschließlich der cau-

³⁷ So Thomale (Fn. 2), 271 mit Fn. 67 und 68.

sa solvendi) und fällt nur wegen des Vorrangs vertraglicher Behelfe nicht unter §§ 812 ff.³⁸

Der Kausalzweck der Forderung wurde bislang vom Erfüllungszweck überschattet. Denn er wird regelmäßig mit Erfüllung der Forderung erreicht. Daher deckt die *condictio indebiti* das Gros aller Bereicherungsfälle ab. Dennoch belegen §§ 812 I 2 1. Alt., 812 I 2 2. Alt., 813 I: die Erfüllung der Forderung *nicht* der Rechtsgrund *aller* Leistungen. Die abweichende Sicht geht fehl. Ihr Irrtum ist indes nicht neu. Bereits der *Code Civil* und ihm folgend der *Codice Civile* sind ihm aufgesessen und hatten nur die *condictio indebiti* kodifiziert.³⁹ Beide wurden längst durch die Lehre korrigiert.⁴⁰ Die Römer wussten es besser.

Damit steht fest: der Grund für die *condictio ob causam finitam* in D. 12, 7, 2 ist die Verfehlung des Zwecks der Leistung, den Schaden durch Verlust der Kleidung zu ersetzen. Mit dem Wiederauffinden der Kleidung ist der Schaden entfallen und die Schadensersatzleistung sinn- und zwecklos geworden. Deshalb wird kondiziert, obwohl die Ersatzforderung im Leistungszeitpunkt bestand und der Erfüllungszweck erreicht wurde.

Zum Abschluss möchte ich gerne ein Anliegen direkt an den Jubilar adressieren. Das mag ungewöhnlich sein, und doch: Die Analyse der *condictio ob causam finitam* nach D. 12, 7, 2 hat die bleibende Bedeutung des römischen Rechts für die aktuelle Dogmatik gezeigt. Das gilt nicht nur für das deutsche Recht, sondern auch für den internationalen Rechtsvergleich einschließlich des *Common Law*, das in Moses v Macferlan⁴¹ wesentliche Gedanken der römischen Kondiktionen importiert und darauf eine Generalklausel zum Ausgleich von *Unjust Enrichment* errichtet hat.⁴² Wie schön wäre es, wenn an der Wiege der englischen Juristerei in Oxford, dem *locus docendi* des verehrten Jubilars, wieder eine Vorlesung zu den Kondiktionen der Digesten stattfände?

³⁸ Schall (Fn. 11), 72 ff.

³⁹ Frankreich: Art. 1376 C.civ 1804 bzw. Art. 1302-1 C.civ 2016; Italien: Art. 2036 C.C.

⁴⁰ G. Rau, De la valeur pratique de la maxime nemo cum damno alterius locupletior fieri debet en droit Romain, 1872, 123 ff., 187 ff., 194 und 195 ff.; Trimarchi, L'arricchimento senza causa, 1962, 27; Chiusi, Die actio de in rem verso im römischen Recht, 2001, 207.

⁴¹ (1760) 2 Bur 1005.

⁴² Ausf. zur dortigen Entwicklung Schall (Fn. 11), 1 ff., 49 ff.

Eviktion der Bestandssache und Ersatzwohnung bei Ulpian und Kyrillos¹

Philipp Scheibelreiter

I. Ulp. 32 ed. D. 19, 2, 9 pr.

Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, Pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. Plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem.

„Wenn irgendwer ein Haus gutgläubig gekauft hat oder eine Liegenschaft, und sie mir vermietet hat und diese ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit dessen evinziert worden ist, sagt Pomponius, dass um nichts weniger jener aus dem Mietvertrag dem hafte, der gemietet hat, sodass er ihm einsteht für die ungestörte Nutzung dessen, was er gemietet hat. Freilich, wenn der Eigentümer das nicht billigt und der Vermieter bereit wäre, eine andere Wohnung, die nicht minder adäquat ist, zur Verfügung zu stellen, so sagt er, dass es äußerst billig sei, dass der Vermieter freigesprochen werde.“

Aliquis, der ein Haus oder eine Liegenschaft gutgläubig erworben hatte, vermietet das Bestandsobjekt an *Ego*. Bei diesem² wird es, ohne Verschulden des *aliquis*, evinziert.³ Gegenstand der Rechtsfrage ist die Haftung des Bestandgebers *ex conducto*.⁴

¹ Wolfgang Ernst, dem ich viel verdanke, ihm, der so prominent zur Rechtsmangelgewährleistung gearbeitet hat, sei diese meine kleine Studie zur Eviktion herzlich zugeeignet. In der Folge wird Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (Hrsg.), Handbuch des römischen Privatrechts. Band I, §§ 1–58, II §§ 59–112, 2023 abgekürzt mit HRP I, II.

² Wenn der Eigentümer nach Eviktion dem Mieter die Nutzung verweigert, dann bedeutet das, dass er bei *aliquis* evinziert hat, vgl. Stolfi, Studi sui „*Libri ad Edictum*“ di Pomponio II. Contesti e pensiero, 2001, 183.

³ Die Übersetzung bei Luig, in: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis* III. Digesten 11–20, 1999, 557 („und es mir durch Vindikation entzogen wird“) könnte (muss aber nicht) suggerieren, dass dort das im Kontext der Vermietung genannte *mihi* auch auf das *evictus sit* bezogen wird. Nach Ulp. 16 ed. D. 6, 1, 9 pr. wäre auch der *Ego*, der als Detentor (*qui conduxit*) die *facultas restituendi* hat, passivlegitimiert; vgl. dazu Pennitz, Der Enteignungsfall im römischen Recht der Republik und des Prinzipats, 1991, 281 ff.; Baldus, in: HRP II, 1537, 1575 ff.; aber auch Honsell, *Quod interest im bonae fidei iudicium*: Studien zum römischen Schadenersatzrecht, 1969, 130 („von einer Eviktion beim *conductor* können wir nicht reden“).

⁴ Vgl. Schrage, Das Römische Recht im Mittelalter, 1987, 281, 281 f.; Hattenhauer, in: GS für Jürgen Sonnenschein, 2002, 153; Wieling, in: FS für Filippo Gallo III, 1997, 667.

Nach Lenel stand D. 19, 2, 9 pr.-1 vor Ulpian's eigentlicher Kommentierung der Klagen aus *locatio conductio*,⁵ welche in D. 19, 2, 9, 2 (*actio locati*)⁶ und D. 19, 2, 15 pr. (*actio conducti*)⁷ einsetzt.⁸ Da beide Musterformeln wohl einen *fundus* nannten,⁹ könnte D. 19, 2, 9 pr. deren *demonstratio* kommentieren und dabei „mit einem Traktat über die *locatio* einer fremden Bestandssache beginnen.“¹⁰

II. Text und Textgestaltung

Der Text des Fragments ist in mehrfacher Hinsicht auffällig: Handelt der Eingangssatz von dem Erwerb „eines Hauses oder einer Liegenschaft“, so konzentriert sich die Eviktion dann auf den *fundus*: *is(que) sit evictus*. Das maskuline Demonstrativpronomen *is* bezieht sich jedenfalls auf das letztgenannte Objekt (*fundus*),¹¹ könnte aber, den lateinischen Regeln der Kongruenz folgend, auch auf *domus vel fundus* rekurrieren. Dagegen, dass *vel fundus* durch nachklassische Bearbeiter eingefügt wurde,¹² spricht, dass dann als weiterer Texteingriff die Ersetzung von „*eaque sit evicta*“¹³ durch „*isque sit evictus*“ anzunehmen wäre. Das *frui* zwingt nicht zur Annahme des Vorliegens einer Landpacht statt einer Wohnungsmiete,¹⁴ welche im für diese Untersuchung zentralen Abschlusssatz

⁵ Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* II, 1889, 637; Lenel, *Edictum perpetuum*, 3. Aufl. 1927, 299 Fn. 14.

⁶ Lenel 1889 (Fn. 5), 637 ff.

⁷ Lenel 1889 (Fn. 5), 639 ff.

⁸ Lenel 1927 (Fn. 5), 300; vgl. auch Ulp. 32 ed. D. 10, 3, 23, und dazu Talamanca, La „Societas“. Corso di lezioni di diritto romano, 2012, 96 ff.

⁹ Lenel 1927 (Fn. 5), 299: quod Aulus Agerius Numerio Negidio fundum quo de agitur locavit und 300: quod Aulus Agerius de Numerio Negidio fundum quo de agitur conduxit; ebenso Mantovani, Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano, 2. Aufl. 1999, 54; du Plessis, in: HRP II, 2289, 2292.

¹⁰ Lenel 1889 (Fn. 5), 637 Fn. 4.

¹¹ Evinziert wird der *fundus*, vgl. Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, 306 und die Übersetzungen von Sintenis, in: Otto/Schilling/Sintenis (Hrsg.), Das Corpus Iuris Civilis (Romani) Band 2. Pandekten Buch 12–27, 1831 (ND 1984), 432 („und dasselbe [...] entwährt worden ist“); Luig (Fn. 3), 557 („und es mir [...] durch Vindikation entzogen wird“); Hausmaninger/Gamauf, Casebook Römisches Vertragsrecht mit einem Abschnitt zum Schadenersatzrecht der lex Aquilia, 8. Aufl. 2021, 263: „und dieses [...] evinziert worden ist“; Petrucci, in: Schipani (Hrsg.), Iustiniani Augusti digesta seu pandectae. Testo e traduzione III 12–19, 2007, 429 („e questo sia stato evitto“). Anders wird nach Frier, Landlords and Tenants in Imperial Rome, 1980, 169 der *aliquis* evinziert („suppose [...] that a landlord is evicted“); ebenso Frier, in: Watson (Hrsg.), The Digest of Justinian vol. 2, Philadelphia 1985, 101 („he is then evicted“) und Frier, A Casebook on the Roman Law of Contracts, 2021, 322 („he was evicted“); *evinocere* bedeutet aber „jemandem ein Vermögensstück im Prozesswege entziehen“ (Heumann/Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Aufl. 1971, 177 s.v. *evinocere*); das nachgestellte, besitzanzeigende Demonstrativpronomen *eius* könnte sich zudem nicht auf ein Subjekt *aliquis* beziehen.

¹² So etwa Ankum, Revue Internationale des Droits de l'Antiquité 39 (1992), 57, 83 Fn. 63 (= *ders.*, Nueva antología romanística, 2014, 187, 215 Fn. 63).

¹³ So lautet aber der Textvorschlag von Ankum (Fn. 12), 83 Fn. 63 (= 215 Fn. 63).

¹⁴ So aber Kreller, ZRG RA 66 (1948), 45, 79.

mit *aliam habitationem* jedenfalls wieder aufgegriffen wird.¹⁵ In der Folge soll daher vom *locator* als Vermieter, vom *conductor* als Mieter zu lesen sein.

Frier bezieht die Wortfolge *sine dolo malo culpaque eius* auf die Vermietung.¹⁶ Laut dem Text hat *aliquis* gutgläubig erworben (arg. *domum bona fide emptam*); unerwähnt bleibt, ob er im Unwissen um sein Nichteigentum vermietet hat.¹⁷ Ein bewusstes Vermieten der *res aliena* könnte als doloses Handeln, in Analogie zum Kaufrecht,¹⁸ unabhängig von einer möglichen Eviktion Ansprüche des *conductor* auf Interesseersatz auslösen.¹⁹ Angesichts der Tatsache, dass Ulpian für diesen Fall der Durchbrechung des Eviktionsprinzips²⁰ ebenfalls im 32. Buch seines Ediktskommentars²¹ das Handeln des dolosen Vertragspartners eindeutig markiert,²² ist zu unterstellen, dass der Jurist eine nachträgliche Schlechtgläubigkeit des *aliquis* in D. 19, 2, 9 pr. ebenfalls ausdrücklich erwähnt hätte. Das Fehlen seines solchen Hinweises suggeriert: *aliquis bona fide locavit*.²³ Demnach müsste sein Handeln *sine dolo malo culpaque* gar nicht extra erwähnt werden.²⁴ Dass das *sine dolo malo* eine *clausula doli* des Mietvertrages paraphrasiert, wäre immerhin denkbar.²⁵

Aus Gründen der Syntax liegt es aber näher, das *sine dolo malo culpaque* auf das Verhalten des *aliquis* bei Eviktion zu beziehen. Dann läge damit nach dem gutgläubigen Erwerb von *domus/fundus* und der gutgläubigen Vermietung eine dritte Situation vor. Offen bleibt, inwiefern *aliquis* bei Eviktion schuldhaft gehandelt haben hätte können. Mit Mayer-Maly wird man Luigs Übersetzung von *sine dolo malo culpaque eius* mit „ohne daß Kenntnis oder vorwerfbare Unkenntnis des Vermieters hinsichtlich des fehlerhaften Eigentums vorliegen“²⁶

¹⁵ Vgl. auch Palazzolo, BIDR 68 (1965), 275, 287 Fn. 33.

¹⁶ Frier (Fn. 11), 170 Fn. 257 gegen Palazzolo (Fn. 15), 286 ff.

¹⁷ So auch Palazzolo (Fn. 15), 289.

¹⁸ African. 8 quaest. D. 19, 1, 30, 1; vgl. dazu Medicus, *Id quod interest*. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes, 1962, 78; Honsell (Fn. 3), 57 f.; Peters, ZRG RA 96 (1979), 173, 197 f.; MacCormack, BIDR 35/36 (1993/94), 83, 134 f.; Ernst, Rechtsmängelhaftung, 1995, 12 ff.; Wimmer, Digestenexegese, 3. Aufl. 2019, 70 f.; Harke, in: Harke (Hrsg.), Africani quaestiones. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts, 2011, 37 ff.; zu weiterer Literatur vgl. Kaiser, in: Harke (Hrsg.), Africani quaestiones. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts, 2011, 53 ff., 53 Fn. 2 und jetzt Ernst, in: HRP II, 2039 ff., 2201.

¹⁹ Zur *clausula doli*, worin der Verkäufer in Anschluss an die Eviktionsklausel betonte, dass *dolus* nicht vorliege(n werde) (*dolum malum abesse afuturumque esse*) vgl. Nörr, Rechtskritik in der römischen Antike, 1974, 52; Nörr, ZRG RA 121 (2004), 152, 173 ff. (= Chiusi/Spengler/Paricio [Hrsg.], Dieter Nörr. Schriften 2001–2010, 2012, 311 ff.); Ernst (Fn. 18), 2124.

²⁰ Haftungsbegründend ist nicht die dolose Unterlassung der Aufklärung über negative Umstände, sondern der dadurch als dolos qualifizierte Verkauf, vgl. Ernst (Fn. 18), 2268 ff.

²¹ Zu Ulp. 26 ed. D. 13, 7, 9 pr. (dem dolosen Geben einer fremden Sache zum Pfand) vgl. Scheibelreiter, TR 80 (2020) 50; Ernst (Fn. 18), 2201.

²² Ulp. 32 ed. D. 19, 1, 11, 18 und dazu Ernst (Fn. 18), 12 Fn. 36.

²³ So auch Palazzolo (Fn. 15), 289.

²⁴ Kreller (Fn. 14), 79 Fn. 107; ähnlich Ankum (Fn. 12), 83 Fn. 63 (= 215 Fn. 63).

²⁵ Deren ältester Beleg liegt – so Camodeca, *Tabulae Pomeianae Sulpiciorum*. Edizione critica del archivio puteolano dei Sulpicii, 1999, 131; Wolf, in: Nörr/Nishimura (Hrsg.), *Mandatum* und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht, 1993, 69, 88 Fn. 58 – vor beim *mandatum* in TPSulp 48 = TPN 88 (48 n. Chr.), 2,16–3,2, vgl. Camodeca (Fn. 25), 128 f.; Wolf, Neue Rechtsurkunden aus Pompeji. *Tabulae Pompeianae Novae*, 2010, 129.

²⁶ Luig (Fn. 3), 557.

als zu enge Auslegung ansehen müssen,²⁷ welche dennoch einen zentralen Fall des *dolus locatoris* beschreibt. Des *aliquis* Verschulden könnte aber in Kollusion mit dem Eigentümer zu Lasten des *Ego*,²⁸ oder im Verstoß gegen Informationspflichten hinsichtlich der bevorstehenden Eviktion bestehen.²⁹ Nichts davon liegt vor.

Daher wurde erwogen, ob Ulpian mit dem *sine dolo culpaque eius* die verschuldensunabhängige Haftung bei Eviktion untermauert³⁰ oder die den *locator* privilegierende Entscheidung vorbereitet hat, „sich durch Naturalersatz befreien zu können.“³¹

In D. 19, 2, 9 pr. wird der Mieter *Ego* zum Mieter *is* – gerade für Ulpian ist ein solcher Wechsel der Personen mehrfach belegt.³² Zudem referiert der Spätklassiker im AcI *eum teneri ex conducto* bereits die Meinung des *Sextus Pomponius*,³³ was er mit *Pomponius ait* einleitet.

Als Subjekt für das zweite *ait* im letzten Satz des Fragmentes, von dem der AcI *aequissimum esse* [...] *absolvi locatorem* abhängt, ergänzt Mayer-Maly den *Marcus Antistius Labeo*. Auf diesen gehen grundlegende Entscheidungen zur *locatio conductio* zurück.³⁴ Zwei seiner bei *Lucius Iavolenus Priscus* überlieferten Gutachten betreffen die *Locator*-Haftung³⁵ für Sachmängel am Bestandsobjekt: Während in Lab. 4 post. epit. a Iav. D. 19, 2, 28, 2 die Verschaffung einer Wohnungsmöglichkeit (*potestas conducendi*)³⁶ durch den Vermieter zur Bedingung für seine Mietzinsforderung erhoben wird,³⁷ widrigenfalls er für das Deckungsgeschäft haften solle, wird in Lab. 5 a Iavol. epit. D. 19, 2, 60 pr. entschieden, dass der Mieter einer baufälligen Wohnung dem Bestandgeber keinen Zins zu entrichten habe. Den letzten Satz, wonach die Zinszahlungspflicht aufrecht bleibe, „wenn der Vermieter bereit ist, dem Mieter eine Ersatzwohnung zur Verfügung zu stellen“ (*nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum*

²⁷ Mayer-Maly, ZRG RA 119 (2002), 441, 444.

²⁸ Vgl. so Palazzolo (Fn. 15), 289; MacCormack (Fn. 18), 144; zu Bas. Schol. 20.1.9 = BS 1172/17–26 [Scheltema], vgl. unten unter V.

²⁹ Vgl. etwa Paul. 2 quaest. D. 19, 5, 5, 2, wo *Ego* einen Sklaven tauschhalber leistet im Wissen (*sciens*), dass er ihm nicht gehört oder evinziert werden wird.

³⁰ Molnar, in: ANRW II/14 1982, 583 ff., 621; ähnlich schon Kaser, ZRG RA 74 (1957), 155, 168; Zimmermann, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990, 363.

³¹ Mayer-Maly, *Locatio conductio*. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht, 1956, 156.

³² Vgl. etwa Ulp. 28 ed. D. 10, 4, 9, 1, wo – wieder in einem *Pomponius*-Zitat – aus dem Beklagten *Ego* der Beklagte *Tu* wird, oder Ulp. 28 ed. D. 13, 6, 5, 12.

³³ Nach Lenel 1889 (Fn. 5), 35 aus Pomp. 63 ed.; ebenso Kreller (Fn. 14), 79 Fn. 108; Mayer-Maly (Fn. 31), 202; Stolfi (Fn. 2), 182 u. 184; zu *Pomponius* bei Ulpian vgl. *Honoré*, Ulpian. Pioneer of human rights, 2. Aufl. 2002 (ND 2005), 132.

³⁴ Vgl. dazu etwa auch Fiori, La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica, 1999, 128 ff.

³⁵ So Mayer-Maly (Fn. 31), 155; Kaser (Fn. 30), 160.

³⁶ Mayer-Maly (Fn. 31), 155 f. bezieht irrig diese *potestas conducendi* auf die Obliegenheit, eine Ersatzwohnung zu beschaffen. Die steht aber nicht im Text, vgl. so auch schon Kaser (Fn. 30), 160 Fn. 21. Vielmehr wird mit *Luig* (Fn. 3), 575 davon auszugehen sein, dass sich *potestatem conducendi habere* jeweils auf den Gebrauch der gemieteten Sache bezieht.

³⁷ Vgl. Harke, *Locatio conductio*, Kolonat, Pacht, Landpacht, 2005, 9.

dare), haben schon Eisele³⁸ und Pernice³⁹ als jüngere Zutat identifiziert;⁴⁰ auch deshalb ist Mayer-Malys Ergänzung zu: *aequissimum esse <Labeo> ait absolvi locatorem*⁴¹ zu verwerfen,⁴² und die folgende Lösung dem Pomponius zuzuschreiben:⁴³

Zum einen solle der Vermieter dem Mieter nichtsdestoweniger (*nihilo minus*) dafür eintreten, dass dieser das Bestandsobjekt nutzen dürfe (*ut ei praestetur frui quod conduxit licere*).⁴⁴ Wenn der Eigentümer dies nicht duldet (*si dominus non patitur*),⁴⁵ muss der *locator* dem *conductor* Ersatz des Interesses leisten.⁴⁶

Zum anderen soll der Vermieter freigesprochen werden können, wenn er bereit ist, eine nicht minder geeignete Wohnung zur Verfügung zu stellen:⁴⁷

plane si [...] locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem.⁴⁸

³⁸ Eisele, ZRG RA 10 (1889), 296, 312 f.

³⁹ Pernice, Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, Band 2 Abteilung 2 Teil 1, 1900 (ND 1963), 253 Fn.1.

⁴⁰ Mayer-Maly (Fn. 31), 156 lässt den nachklassischen Herausgeber der Epitome Iavolens dafür verantwortlich zeichnen; Eisele (Fn. 38), 312 wertet es als justinianisch; Frier (Fn. 11), 71 u. 171 hingegen versteht den Satz als Paraphrase eines Exkurses über die Stellung einer Ersatzwohnung; vgl. auch Kohlhaas, Die Überlieferung der libri posteriores des Antistius Labeo, 1986, 149; Stolfi (Fn.2), 183 Fn. 200.

⁴¹ Mayer-Maly (Fn. 31), 156 schreibt diese Entscheidung Labeo zu, die Pomponius zu einer Regel habe ausweiten wollen.

⁴² Kaser (Fn. 30), 168 Fn. 43.

⁴³ So etwa Ankum (Fn. 12), 82 ff. (= 214 ff.).

⁴⁴ Nach Palazzolo (Fn. 15), 290 f.; Molnar, Labeo 32, 1986, 298, 302; López Pedreira, in: Fundamentos Romanísticos del derecho contemporáneo, tomo VII: Contratos consensuales, 2009, 1253 f. suggeriert das *nihilo minus*, dass nach Eviktion der Weiterbestand des Mietvertrages diskutiert wurde.

⁴⁵ Der Vermieter hatte den Eigentümer erfolglos beredet, den Mieter wohnen zu lassen, vgl. auch Gai. 10 ed. prov. D. 19, 2, 25, 1 (curare debet, ut apud emptorem [...] inquilino habitare liceat) mit López Pedreira (Fn. 44), 80 f.

⁴⁶ Vgl. Ulp. 32 ed. D. 19, 2, 7; Tryphon. 9 disput. D. 19, 2, 8; Ulp. 32 ed. D. 19, 2, 15, 8 mit Kaser (Fn. 30), 166 f.; Mayer-Maly (Fn. 31), 42 ff.; Medicus (Fn. 18), 96 ff.; Honsell (Fn. 3), 130 ff.; Kaser, Römisches Privatrecht, 2. Aufl. 1971, 566; Zimmermann (Fn. 30), 363; Moeller, AcP 197 (1997), 537, 542 ff.; Pfeil, Der concursus duarum causarum im klassischen römischen Recht, 1998, 127 f.; Oestmann, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III: Schuldrecht, Besonderer Teil §§ 433–853. 1. Teilband vor §§ 433–656, 2013, 464, 558; Kaser/Knüttel/Lobse (Fn. 11), 322 ff. Die Rechtsfrage betrifft nicht die Zinsgefahr; so aber Müller, Gefahrtragung bei der locatio conductio, Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag im Kommentar römischer Juristen, 2002, 34.

⁴⁷ Zu praestare habitationem vgl. Cannata, Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano: materiali per un corso di diritto romano, 1996, 127 u. 200 Fn. 198.

⁴⁸ Als interpoliert erachten den Plane-si-Satz Pernice (Fn. 39), 253 Fn. 1; Mommsen/Krüger, Corpus Iuris Civilis. Volumen primum. Institutiones Digesta, 17. Aufl. 1963, 284 Fn. 21; Longo, in: FS für Vincenzo Arangio-Ruiz II, 1953, 379, 386 sowie Literatur bei Pringsheim, Gesammelte Schriften I, 170 Fn. 94; dagegen halten den Plane-si-Satz für original Mayer-Maly (Fn. 31), 156 Fn. 24; Kaser (Fn. 30), 168; ders. (Fn. 46), 567 Fn. 44; Stolfi (Fn. 2), 183 f.

Windscheid sieht in dieser dem Bestandgeber eröffneten Möglichkeit, sich durch Stellung einer Ersatzwohnung zu befreien,⁴⁹ einen Hinweis auf Naturalrestitution:⁵⁰

„Ist das durch die betreffende Tatsache Entzogene Geld, so geht die Interesseforderung zwar auf eine Geldleistung, aber nicht auf die Leistung eines Aequivalentes in Geld. Ist das Entzogene etwas Anderes als Geld, so geht die Interesseforderung zunächst auf die Leistung dieses Anderen, und nur, wenn die Leistung desselben unmöglich oder in direkter Weise nicht erzwingbar ist, tritt Verwandlung in eine Geldleistung ein. Vgl. l. 9 pr. D. loc. 19.2.“

Dem hat etwa Degenkolb massiv widersprochen.⁵¹ Vor dem Hintergrund dieser Debatte gilt es zu überlegen, in welcher Phase des Verfahrens D. 19, 2, 9 pr. angesiedelt sein könnte.

III. Prozessualer Kontext von D. 19, 2, 9 pr.

Wenn *Pomponius* rät, den leistungsbereiten Vermieter nicht zu verurteilen (*absolvere*),⁵² so nimmt er Bezug auf die *absolutio* der *actio conducti*⁵³ und damit auf ein Handeln des Richters.⁵⁴

Damit ist nicht gesagt, dass der Vermieter freigesprochen werden muss, wenn er die Wohnung anbietet. Der *aliquis* ist kein Vindikationsbeklagter, der, dazu im *iussum de restituendo* des Richters aufgefordert, durch freiwillige Restitution der Verurteilung entgeht. Diese Möglichkeit einer freiwilligen Naturalrestitution erklärt sich dort aus der *actio in rem* mit *clausula arbitraria*, für welche es bei der *actio conducti* keine Anhaltspunkte⁵⁵ gibt.⁵⁶

⁴⁹ *Paulus*, ZRG RA 100 (1983), 660, 665 Fn. 11; *Zimmermann* (Fn. 30), 363; *Benke/Meissel*, Übungsbuch Römisches Schuldrecht, 9. Auflage 2019, 191.

⁵⁰ *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts. Zweiter Band, 2. Aufl. 1887, 367 Fn. 6; vgl. dazu *Wolter*, Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB. Herkunft, historische Entwicklung und Bedeutung, 1985, 77; *Jansen*, in: *Schmoeckel/ Rückert/Zimmermann* (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 1. Teilband: §§ 241–304, 2007, 517, 546 ff.

⁵¹ *Degenkolb*, AcP 76 (1890), 1, 11; ähnlich *Schiemann*, ZRG RA 107 (1990), 663, 665.

⁵² Grundlegend *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1996, 372; *Kaser/Knütel/Lohse* (Fn. 11), 73; *Klingenberg*, in: HRP I, 413, 457.

⁵³ *Lenel* 1927 (Fn. 5), 300; *Mantovani* (Fn. 9), 54; *du Plessis* (Fn. 9), 2292.

⁵⁴ Vgl. *Heumann/Seckel* (Fn. 11), 4 f. s.v. *absolvere* 1b „durch richterliches Urteil freisprechen (im Gegensatz zu *condemnare*)“; *Klingenberg* (Fn. 52), 457 f.

⁵⁵ Zur Frage bei der *actio depositi in ius concepta* (*Gai. Inst.* 4, 47) vgl. *Cristaldi*, ZRG RA 133 (2016), 135, 166 ff.; *Cristaldi* zustimmend *Kaser/Knütel/Lohse* (Fn. 11), 293; dagegen *Walter*, in: HRP II, 2441, 2443 Fn. 14.

⁵⁶ Vgl. dazu jetzt *Schmatzberger*, *Iudex non ipsam rem condemnat*. Untersuchungen zum Geldverurteilungsprinzip und zur Durchsetzbarkeit von Naturalleistungen im klassischen römischen Zivilprozess, Diss. 2025, 171 ff.

Auch davon, dass der Richter durch Androhen der eidlichen Schätzung Druck auf den Beklagten ausübt,⁵⁷ ist nichts zu lesen. Zudem ist die Ersatzwohnung auch nicht Gegenstand des Vertrags: Die „Frage, ob der Vermieter [...] Ersatzwohnraum beschaffen muß, stellt sich nicht, wenn die Konkretisierung auf eine bestimmte Wohnung zum notwendigen Inhalt eines jeden Mietvertrags gehört.“⁵⁸

Auch der Richter ist nicht zum *absolvere* verpflichtet – dies zu tun, wäre unter den genannten Umständen nach *Pomponius* aber „äußerst billig“ (*aequissimum*). Damit bedient sich der Jurist eines Wertungsbegriffs, der auch die Gerechtigkeit der darauf basierenden Lösung betont.⁵⁹ Bei Ulpian ist insgesamt 80-mal die Wortfolge *aequissimum esse* überliefert.⁶⁰ Viermal⁶¹ zitiert der Spätklassiker dabei einen älteren Juristen:⁶² Einmal Julian,⁶³ einmal Papinian⁶⁴ und zweimal *Pomponius*, welcher auch in Ulp. 12 ed. D. 4, 6, 28, 6⁶⁵ mit *aequissimum esse* den Richter adressiert,⁶⁶ der bei einer zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährten *actio rescissoria*⁶⁷ aufgrund seiner *aequitas* auch die *fructus percipiendi* berücksichtigen soll.⁶⁸

In D. 19, 2, 9 pr. würde sich die *aequitas* der Entscheidung des Richters darin manifestieren, dass der gutgläubige Vermieter die Verurteilung abwenden könne und der Mieter einen „adäquaten Ausgleich für den Verlust seiner Wohnung“ erhalten würde durch eine Ersatzwohnung, welche er sich freilich nicht ausgesucht hat.⁶⁹

Da typischerweise der *praetor* sein Handeln nach der *aequitas* ausrichtet, irritiert Pringsheim⁷⁰ der Umstand, dass *Pomponius* hier an die *aequitas* des Richters appelliert.⁷¹ Dieser träge Ermessensentscheidungen (etwa bei Beweiswür-

⁵⁷ So etwa für nicht arbiträre Klagen bei *Kaser/Hackl* (Fn. 52), 340. Allerdings ist das *iurandum in litem* für den Verdingungsvertrag nur belegt in Bezug auf den *locator*, dem die Mietsache vorenthalten wird wie in *Marcel. 8 dig. D. 19, 2, 481*; vgl. dazu *Harke*, Der Eid im klassischen römischen Privat- und Zivilprozessrecht, 2013, 171 f.

⁵⁸ So *Paulus* (Fn. 49), 665 unter Verweisen auf *Frier* (Fn. 11), 61; vgl. zu einem ähnlichen Problem beim Pfandrealtvertrag *Scheibelreiter* (Fn. 21), 77 ff.

⁵⁹ *Kleiter*, Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die klassische römische Jurisprudenz, 2010, 32 f.

⁶⁰ Weitere Belege bei *Honoré* (Fn. 33), 61 Fn. 336 sowie *Kleiter* (Fn. 59), 33 Fn. 140.

⁶¹ Ulp. 12 ed. D. 4, 6, 28, 6; Ulp. 15 ed. D. 4, 8, 21, 5; Ulp. 18 Sab. D. 7, 1, 13, 3; Ulp. 32 ed. 19, 2, 9 pr.

⁶² Vgl. dazu *Stolfi* (Fn. 2), 184.

⁶³ Ulp. 18 Sab. D. 7, 1, 13, 3.

⁶⁴ Ulp. 15 ed. D. 4, 8, 21, 5.

⁶⁵ Zum Kontext von Ulp. 12 ed. D. 4, 6, 28, 6 vgl. etwa *Sanders*, RhM 101 (1958), 152, 180; *Benöhr*, in: FS für Rolf Knütel, 2009, 103, 111.

⁶⁶ So *Pringsheim* (Fn. 48), 211 Fn. 249; *Kaser/Hackl* (Fn. 52), 423.

⁶⁷ Vgl. *Benöhr*, in: HRP II, 2965, 2979 mit Fn. 62.

⁶⁸ Vgl. *Forgó-Feldner*, in: HRP II, 2958 Fn. 165; *Benöhr* (Fn. 67), 2985 Fn. 104.

⁶⁹ *Kleiter* (Fn. 59), 35.

⁷⁰ *Pringsheim* (Fn. 48), 159; vgl. zur *aequitas praetoris* auch *Nörr* (Fn. 19), 113 f.; *Kaser/Hackl* (Fn. 52), 239 f.

⁷¹ *Pringsheim* (Fn. 48), 165 u. 169.

digung)⁷² vielmehr auf Grundlage der *bona fides*.⁷³ Für D. 19, 2, 9 pr. vermutet Pringsheim daher eine Vertauschung der Begriffe *aequitas* und *bona fides*.⁷⁴ Im vorliegenden Kontext ist diese Frage hintanzustellen, da in D. 19, 2, 9 pr. mit *absolvere* jedenfalls auf eine Entscheidung des *iudex* abgestellt wird.

IV. *Officium iudicis* und *aequitas*

Dies erlaubt die Rekonstruktion der folgenden Situation: Im Verfahren *apud iudicem* wird der *iudex* mit dem Angebot des Vermieters befasst, dem Mieter eine Ersatzwohnung zur Verfügung zu stellen. Der Beklagte *aliquis* versucht damit, die Verurteilung auf das Interesse gemäß dem Prinzip⁷⁵ *omnia bonae fidei iudicia absolutoria esse* abzuwenden, welches *Gaius* referiert:⁷⁶

Superest ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciatur actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. nostri praeceptores absolvere eum debere existimant; nec interest, cuius generis sit iudicium. et hoc est, quod volgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. [...] de bonae fidei iudiciis autem idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. [...]

„Es bleibt zu untersuchen, was der Pflicht des Richters entspricht, wenn der Beklagte den Kläger nach Einlassung auf die Klage befriedigt, ob freizusprechen oder doch eher zu verurteilen, weil er zum Zeitpunkt, als er sich auf die Klage eingelassen habe, in der Situation war, dass er verurteilt werden musste. Unsere Vorgänger glauben, dass er freigesprochen werden müsse, unabhängig davon, welcher Art die Klage ist. Und dies ist es, was allgemein gesagt wird, dass Sabinus und Cassius beschieden hätten, dass man bei allen Klagen noch freisprechen könne. [...] Für die *bonae fidei iudicia* aber meinten sie dasselbe, weil bei Klagen dieser Art die Pflicht des Richters frei ist. [...]"

Das Verb *debere* korrespondiert hier mit der Frage, ob der Richter gemäß seinem *officium* (*quid officio iudicis conveniat*) freisprechen oder doch eher verurteilen solle (*utrum absolvere an ideo potius damnare*). Demgegenüber weniger

⁷² Vgl. dazu *Kaser/Hackl* (Fn. 52), 363.

⁷³ *Pringsheim* (Fn. 48), 164 f. versteht die wenigen Texte, welche auf die *aequitas iudicis* rekurrieren, als Ergebnis byzantinischer Bearbeitung; vgl. dazu *Nörr* (Fn. 19), 113.

⁷⁴ *Pringsheim* (Fn. 48), 170; vgl. ebenda 163.

⁷⁵ *Camata*, in: Atti del Convegno Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico in memoria di Arnaldo Biscardi. Siena, 13–15 Dicembre 2001, 2011, 67, 68 spricht diesbezüglich von einem „principio del processo formulare“; vgl. *Zuccotti*, *Rivista di diritto romano* III (2003) 1.

⁷⁶ *Gai.* Inst. 4, 114; vgl. Inst. Iust. 4, 6, 35 und *Kaser/Hackl* (Fn. 52), 297; *Klingenberg* (Fn. 52), 457 f.

⁷⁷ In der Lücke wird nach *Manthe*, *Gaius Institutiones*, 2. Aufl. 2010, 382 die Ansicht der Prokulianer referiert, er ergänzt: „diversae scholae auctoribus de strictis iudiciis contra placuit“; vgl. dazu *Liebs*, in: ANRW II, 15 (1976), 197, 270; *Buzzacchi*, in: *Omaggio Alberto Burdese* II, 2012, 1, 5; *Klingenberg* (Fn. 52), 457. Vorsichtiger enthält sich *Leesen*, *Gaius meets Cicero. Law and Rhetoric in the School Controversies*, 2009, 42 aufgrund der Lücke einer Bewertung der prokulianischen Ansicht.

rigide sind – bei *bonae fidei iudicia*⁷⁸ – die Prokulianer,⁷⁹ da der Richter hier in seiner Entscheidung frei sei (*quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis*). Vorsichtiger lässt sich daher insgesamt von einer aufgrund der *intentio* der *bonae fidei iudicia* gegebenen⁸⁰ Möglichkeit des *iudex* zum *absolvere* sprechen,⁸¹ obwohl die Kondemnationsbedingungen vorliegen (*paret*).⁸²

Dies wird noch einmal zu relativieren sein, wenn *apud iudicem* nicht die Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung angeboten wird, sondern ein Surrogat wie die Ersatzwohnung. Dies sollte, so der Sabinianer *Pomponius*, aus Gründen der Billigkeit der Überlassung der geschuldeten Wohnung gleichgehalten werden. Aus Perspektive des Vermieters ist das Anbieten einer Ersatzwohnung – vorbehaltlich richterlicher Zustimmung – eine *facultas alternativa*.⁸³

Folglich wird in D. 19, 2, 9 pr. weder ausgesagt, dass der Mieter Anspruch auf die Beschaffung einer Ersatzwohnung hat, noch, dass der eine Ersatzwohnung anbietende Vermieter freigesprochen werden muss. *Pomponius* anempfiehlt dies dem richterlichen Ermessen aus Gründen der *aequitas*; der *iudex* wird erst prüfen, ob die Ersatzwohnung tatsächlich eine *habitatio non minus commoda* ist.⁸⁴

V. D. 19, 2, 9 pr. in den Basiliken

Dass D. 19, 2, 9 pr. aber bereits von den Byzantinern auch anders verstanden wurde, belegen die mit dem Fragment korrelierenden Texte der Basiliken und ihrer Scholien. Der Text des Ulpian-Fragments lautet in der Version der Basiliken (Bas. 20, 1, 9 pr. = BT 984/6–8 [Scheltema]):

Ἐάν ὁ καλῇ πίστει ἀγοράσας οἶκον ἢ ἀγρὸν μισθώσῃ αὐτὸν καὶ χωρὶς δόλου καὶ ἀμελείας αὐτοῦ ἐκδικηθῇ, ἐνέχεται, εἰ μὴ δίδωσιν ἕτερον τοιοῦτον οἶκον.

„Wenn einer in gutem Glauben ein Haus gekauft hat oder ein Landgut und dieses vermietet und ohne seine Arglist oder Fahrlässigkeit evinziert wird, so haftet er, wenn er nicht ein anderes solches Haus bereitstellt.“

⁷⁸ Nicht aber bei *iudicia stricti iuris*. Argumentierbar wäre hier nach *Cannata* (Fn. 75), 67; *Buzzacchi* (Fn. 77), 18, dass die Erfüllung nach *litis contestatio*, welche das *dare oportere* in ein *iudicari oportere* gewandelt hat, die Leistung einer Nichtschuld darstelle.

⁷⁹ Vgl. *Buzzacchi* (Fn. 77), 8.

⁸⁰ *Kaser*, *Restituere* als Prozessgegenstand. Die Wirkungen der *litis contestatio* auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht, 1968, 107; *Santoro*, in: *Atti del Convegno Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico in memoria di Arnaldo Biscardi*. Siena, 13–15 Dicembre 2001, 2011, 259, 263; *Buzzacchi* (Fn. 77), 13.

⁸¹ *Cannata* (Fn. 75), 68.

⁸² So *Klingenberg* (Fn. 52), 457.

⁸³ *Medicus* (Fn. 18), 100; *Pichler/Kossarz*, 24 Musterexegesen zum römischen Recht, 2018, 187 Fn. 27.

⁸⁴ So auch *Degenkolb* (Fn. 51), 12.

Die Digestenfragmente der Basiliken (9. Jh. n. Chr.)⁸⁵ basieren auf der Summe von Anonymos d. Ä. (6. Jh. n. Chr.). Und so enthält der Sachverhalt alle wesentlichen Elemente von D. 19, 2, 9 pr.: Auch in Bas. 20, 1, 9 pr. wird „ein Haus oder ein Landgut“ gutgläubig gekauft, vermietet und hernach ohne Verschulden des Vermieters evinziert. In einer entscheidenden Nuance unterscheidet sich die Darstellung der Rechtsfolge: Der Vermieter haftet (ἐνέχεται), „wenn er nicht ein anderes solches Haus bereitstellt“ (εἰ μὴ δίδωσιν ἕτερον τοιοῦτον οἶκον). Damit wird die Ersatzleistung eines solchen (τοιοῦτον), also: „vergleichbaren“ Bestandsobjektes wie eine *exceptio* mit „wenn nicht“ (εἰ μὴ) eingeleitet und gleichsam zur negativen Kondemnationsbedingung erhoben. Der verneinte Konditionalsatz gemahnt an eine *clausula arbitraria*, welche regelmäßig auf *nisi restituetur*⁸⁶ lautete. Man könnte unterstellen, dass die Interpretation von D. 19, 2, 9 pr. hier im Lichte der – der *actio conducti* ja fremden – Arbiträrklausel erfolgte. Dass die Ersatzsache (1) vom Vermieter angeboten und dies (2) vom Richter als Erfüllung gewertet werden kann, verschweigen die Basiliken, welcher das Ulpian-Fragment aber auch zu einem Satz kondensieren. Dennoch wird suggeriert, dass die Ersatzbeschaffung jedenfalls absolutorisch wirkte.

Zeitlich näher an den Digesten sind die älteren Basiliken-Scholien, welche sich aus Werken von *antecessores* wie Theophilus oder Dorotheos,⁸⁷ immerhin Mitgliedern der justinianischen Kompilations-Kommissionen,⁸⁸ speisen.

Der anonyme Verfasser des ersten Scholions zu Bas. 20, 1, 9 pr. (= BT 984/6–8 [Scheltema]) erörtert ausführlicher (Bas. Schol. 20, 1, 9 = BS 1172/17–26 [Scheltema]):

Καλῇ πίστει ἀγόρασας οἰκίας ἐν ἀγνοίᾳ, ἢ ἀγρὸν παρὰ τοῦ μὴ ὄντος δεσπότη, ἐμίσθωσά σοι τοῦτον τὸν ἀγρὸν ἢ τὴν οἰκίαν. Ἐξεκικήθη ταῦτα παρὰ τ[οῦ] ἀληθ[οῦς] δεσπ[ό]του. [Μὴ δόλου τινὸς ἢ ῥαθυμίας ἀμ]αρτηθείσης παρ' ἐ[μοῦ] ἐπὶ τῇ ἐκνικήσει (οὔτε προδεδώκα τὴν δίκην ἐπίτηδες, ὥστε καὶ ἡττηθῆναι, οὔτε ῥαθυμίαν [ἐποιήσαμην]), βούλεται ὁ Πομπ[ι]ώνιος οὐδὲν ἥττον κατέχεσθαι με [[ἐν]] σοὶ τῷ μισθωσαμένῳ εἰς τὸ γενέσθαι σοι ἄδειαν ἀπολαύειν τῶν μισθωθέντων. Καὶ εἰ μὲν δυνθῶ ἀναπεῖσαι τὸν δεσπότην συγχω[ρ]ῆσαι σοι ἐν κατοχῇ εἶναι τῶν μεμισθωμένων, ἔξω τὸ ἀνενόχλητον. Εἰ δὲ τοῦτο οὐκ ἰσχύς σου ποιῆσαι, ἀναγκάζομαι ἀγρὸν ἢ οἰκίαν οὐχ [ἥττονα παρέχοντα] χρησιμότητα παρασχεῖν σοι.

„Gutgläubig habe ich Häuser gekauft, im Unwissen darüber, oder ein Landgut, vom Nichteigentümer, und dir dieses Landgut oder das Haus vermietet. Dies wurde vom wahren Eigentümer evinziert. Obwohl keine Arglist oder Fahrlässigkeit von mir verübt worden ist (weder habe ich den Prozess absichtlich aufgegeben, sodass er verloren wurde, noch habe ich eine Sorglosigkeit verübt), möchte *Pomponius*, dass ich dir, dem Mieter, nichtsdestotrotz hafte für den ungestörten Genuss der Bestandsobjekte. Und wenn ich den Eigentümer überreden kann, dir zuzugestehen, das Bestandsobjekt innezuhaben, so

⁸⁵ *Troianos*, Die Quellen des byzantinischen Rechts (übersetzt: *Simon/Neye*), 2017, 207 datiert die Basiliken in das Jahr 888; *Penna/Meijering*, A Sourcebook on Byzantine law: illustrating Byzantine law through the sources, 2022, 124 in das Jahr 900 n. Chr.; vgl. auch *van Bochove*, To date and not to date. On the date and status of Byzantine Law Books, 1996, 107 ff.

⁸⁶ Vgl. zB. zur *rei vindicatio* (*si paret [...] neque restituetur*) *Lenel* 1927 (Fn. 5), 185 f.; *Mantovani* (Fn. 9), 37 f.; *Baldus* (Fn. 3), 1539.

⁸⁷ Vgl. dazu *Brandsma*, Dorotheos and the Digest Translation, 1996, 41 ff.; *de Jong*, ZRG RA 33 (2016), 286, 302.

⁸⁸ Vgl. Const. *Tanta* 9 und Const. *Omnem* 2 und *de Jong* (Fn. 87), 291 u. 295 f.; *Penna/Meijering* (Fn. 85), 138.

werde ich unbehelligt bleiben. Wenn ich dies aber nicht zu bewirken vermag, werde ich gezwungen, dir eine Liegenschaft oder ein Haus zur Verfügung zu stellen, das keine geringere Nutzbarkeit aufweist.“

Ego erwirbt gutgläubig vom Nichteigentümer ein Bestandsobjekt und vermietet es dem *Tu*. Es kommt zur Eviktion, bei der⁸⁹ sich *Ego* weder dolos (etwa durch Herbeiführen des Prozessverlustes)⁹⁰ noch sorgfaltswidrig verhält. Nichtsdestoweniger (οὐδὲν ἥττον als wörtliche Übersetzung des *nihilominus*) müsse *Ego* dem *Tu* nach *Pomponius* für den Genuss des Bestandsobjektes einstehen (εἰς τὸ γενέσθαι σοι ἄδειαν ἀπολαύειν τῶν μισθωθέντων = *ut ei praestetur frui quod condixit licere*).

Ego bleibe unbehelligt, wenn er den Eigentümer überredete, *Tu* als Mieter weiter zu dulden. Sollte dies scheitern, sei *Ego* ein gleichwertiges Bestandsobjekt zur Verfügung zu stellen gezwungen (ἀναγκάζομαι). Dieses Verb nun lässt sich nicht mit einer freiwilligen Ersatzleistung in Einklang bringen.

Denkmöglich wäre ein Textverständnis, wonach der Vermieter, der die Verurteilung nur durch Stellung einer Ersatzwohnung abwenden kann, angesichts dessen dazu rein faktisch *gezwungen* sei. Ähnlich undifferenziert spricht etwa ein (ebenfalls unbekannter) Scholiast davon, dass der Eigentümer eines Nießbrauchsklaven, der dessen Arbeitskraft vermietet hat, gezwungen sei, diesen herauszugeben (ἀναγκάζομαι εἰς νόξαν αὐτὸν ἐκδιδόναι)⁹¹ und überträgt so das *ut noxae deditione damnetur* des lateinischen Vorbilds⁹² ungenau.⁹³

Im *Corpus Basilicorum* bezeichnet ἀναγκάζεσθαι jedoch zumeist eine Verpflichtung,⁹⁴ deren Erfüllung eingeklagt wird.⁹⁵ Demnach war nach Bas. Schol. 20, 1, 9 der *locator* verpflichtet, eine Wohnung zu stellen.

⁸⁹ Bas. 20, 1, 9 pr. = BT 984/6–8 [Scheltema].

⁹⁰ *Heimbach*, *Basilicorum libri LX: Lib. XIII–XXIII continens*, 1840, 337 übersetzt: „nec consulto causam prodidi, ut inferior discederem“.

⁹¹ Schol. 8 in B. 60, 5, 19 (BS 3205/6–9 [Scheltema]).

⁹² Paul. 2 ed. D. 9, 4, 19, 1.

⁹³ *Paulus* sagt nur, dass der *dominus* (und nicht der Mieter) passivlegitimiert, nicht aber, dass der Sklave herauszugeben ist; vgl. *Pennitz*, in: HRP II, 2845, 2855 f.; *Strobel*, *Der Nießbrauchsklave im römischen Recht*, 2024, 206.

⁹⁴ *Signes Codoñer/Rodríguez Martín/Andrés Santos*, *Diccionario jurídico bizantino: Griego-Español*, 2019, 31 f. s.v. ἀναγκάζω: „obligar (legalmente)“.

⁹⁵ Vgl. z.B.: Schol. 7 in B. 23, 1, 2 (BS 1498/2 [Scheltema]): depositum; B. 24, 1, 9, 1 (BT 1146/11 [Scheltema]), B. 29, 1, 1, 9 (BT 1444/5 [Scheltema]) u. B. 60, 3, 54 (BT 2678/6 [Scheltema]); Schol. 2 in B. 11, 1, 71 (P) (BS 356/19 [Scheltema]); Schol. 18 in B. 23, 1, 44 (BS 1583/4 [Scheltema]); Schol. 1 in B. 60, 3, 54 (BS 3165/7 [Scheltema]); Schol. 2 in B. 60, 3, 54 (BS 3165/21 [Scheltema]); Schol. 3 in B. 60, 3, 54 (BS 3165/25 [Scheltema]); Schol. 4 in B. 60, 3, 54 (BS 3165/31 [Scheltema]): stipulatio; B. 14, 1, 45, 5 (BT 753/8 [Scheltema]); Schol. 37 in B. 14, 1, 26 (Ca) (BS 753/15 [Scheltema]): mandatum; Schol. 5 in B. 17, 1, 20 (Pi) (BS 1030/9 [Scheltema]): negotiorum gestio; Schol. 37 in B. 12, 1, 63 (Ca) (BS 517/17 [Scheltema]): actio rei uxoriae; B. 15, 1, 14, 4 (BT 770/14 [Scheltema]): exceptio doli; B. 48, 4, 8 (BT 2181,13 [Scheltema]) u. B. 48, 4, 33, 2 (BT 2190/5 [Scheltema]); Schol. 3 in B. 14, 1, 32 (Ca) (BS 767/32 u. 35 [Scheltema]); Schol. 11 in B. 48, 4, 24 (BS 2865/6 u. 128 [Scheltema]); Schol. 14 in B. 60, 3, 23 (BS 3115/14 [Scheltema]): legatum; B. 16, 1, 50 (BT 811/15 [Scheltema]) u. B. 35, 11, 32 pr.-1 (BT 1606/12 u. 14 [Scheltema]): fideicommissum; B. 58, 13, 1, 2 (BT 2676/12 [Scheltema]): actio aquae pluviae arcendae; B. 60, 6, 14,6 (BT 2792/19 [Scheltema]): actio furti; Schol. 1 in B. 42, 3, 8 (BS 2591/3 [Scheltema]): actio familiae erciscundae.

Dies gilt auch für Bas. Schol. 20, 1, 9 = BS 1172/27–28 [Scheltema] von Kyrillos d. J.,⁹⁶ welcher Mitte des 6. Jh. n. Chr.⁹⁷ eine griechische Digesten-Summe⁹⁸ verfasst und diese als Marginalglosse um den lateinischen Text geschrieben hat.⁹⁹ Diese teilweise wörtliche, obgleich verknappte Wiedergabe des lateinischen Originals¹⁰⁰ fand unverfälscht Eingang in die älteren Basiliken-Scholien.¹⁰¹ Kyrillos notiert:

Κυρίλλος. Κὰν ἄνευ κοῦλας καὶ δόλου τοῦ μισθώσαντος ἐκνικηθῇ ὁ οἶκος, ἐνάγεται, ἵνα δῶ ἡ αὐτὴν τὴν οἰκησιν [ἢ ἕτεραν.

„Auch wenn ein Haus ohne Fahrlässigkeit und Arglist des Vermieters evinziert worden ist, so wird er darauf geklagt, dass er [= der Vermieter] dieses Haus gebe oder ein anderes.“

Nach Kyrillos sind beide Leistungen Gegenstand der gegen den Vermieter (ὁ μισθῶν) gerichteten Klage (ἐνάγεσθαι)¹⁰², welche entweder auf Ermöglichung der Nutzung im Mietobjekt (ἵνα δῶ [...] αὐτὴν τὴν οἰκησιν) oder auf Stellung einer Ersatzwohnung (ἵνα δῶ [...] ἕτεραν [sc. οἰκησιν]) gehe.

Beide Scholien aus dem 6. Jh. n. Chr. haben sich vom Text des *Pomponius/Ulpian* entfernt. Während es dort als angemessen dargestellt wird, von einer Verurteilung abzusehen, wenn der Schuldner zur naturalen Befriedigung durch adäquaten Ersatz bereit ist, erscheint dies in den Basilikenscholien als gerichtlich durchsetzbarer Anspruch:

Hier wird der Vermieter vom Richter genötigt, ersatzweise ein Bestandsobjekt zu beschaffen (ἀναγκάζομαι ἀγρὸν ἢ οἰκίαν οὐχ ἥττονα παρέχοντα χρησιμότητα παρασχεῖν σοι), dort kann der Vermieter auf die Ersatzbeschaffung geklagt werden (ἐνάγεται, ἵνα δῶ [...] ἢ ἕτεραν). Der Verdacht liegt nahe, dass diesem Verständnis des klassischen Textes bereits eine Interpretation unter dem Einfluss justinianischen Rechts zugrunde liegt, welches die Sachkondemnation gekannt haben könnte.¹⁰³ Dieses Verständnis darf man D. 19, 2, 9 pr. nicht unterstellen. Aus dem Mietvertrag geschuldet war es, das Bestandsobjekt vereinbarungsge-

⁹⁶ Anders als nach *Pieler*, in: Hunger (Hrsg.), Die hochsprachliche profane Literatur der Byzantiner. Zweiter Band, 1978, 339, 423 war Kyrillos nach *Troianos* (Fn. 85), 97 kein *antecessor*.

⁹⁷ Kyrillos d. J. wirkte nach *Krüger*, Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts, 2. Aufl. 1912, 409; *Berger*, in: Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaften. Supplementband VII, 1940, 341 und *Wenger*, Die Quellen des römischen Rechts, 1953, 687 unter Justin II. (565–578).

⁹⁸ Vgl. dazu *Krüger* (Fn. 97), 409; *Wenger* (Fn. 97), 687; *Scheltema*, TR 45 (1977), 307, 310; *Pieler* (Fn. 96), 423; *Lokin/van Bochove*, in: Lokin/Stolte (Hrsg.), Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici, 2011, 100, 128; *Troianos* (Fn. 85), 97.

⁹⁹ Vgl. *Scheltema* (Fn. 98), 312 f.; *Lokin/van Bochove* (Fn. 98), 128.

¹⁰⁰ Vgl. *Berger* (Fn. 97), 341 f.; *Penna/Meijering* (Fn. 85), 73.

¹⁰¹ *Scheltema* (Fn. 98), 313; *Giario*, in: Der Neue Pauly 6 (1999), 1009; *Penna/Meijering* (Fn. 85), 73.

¹⁰² Vgl. dazu *Signes Codoñer/Rodríguez Martín/Andrés Santos* (Fn. 94), 204 s.v. ἐνάγω.

¹⁰³ *Wenger*, ZRG RA 59 (1939), 315, 326f.; *Kaser*, Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt, 2. Aufl. 1975, 344; *Kaser/Hackl* (Fn. 52), 609 ff.; *Zimmermann* (Fn. 30), 773 neigen, anders als *Winkel*, in: Hallebeek/Dondorp (Hrsg.), The Right to Specific Performance. The Historical Development, 2010, 9, 13 ff., der Sachkondemnation im justinianischen Recht zu; vgl. auch *Dilcher*, ZRG RA 78 (1961), 277, 278 ff.; *Nehlsen-von Stryk*, AcP 193 (1993), 529, 538 ff.; *Willems*, in: HRP I, 492, 506 Fn. 124 f.

mäß zur Nutzung zu überlassen, und im Fall der Eviktion der Bestandsache, das Interesse zu leisten. In der Darstellung der Byzantiner aber wird aus der Ersetzungsbefugnis des Vermieters ein Anspruch des Mieters.

Actus sine itinere?

D. 44, 2, 11, 6 und der Unterschied zwischen
Recht und Rechtsausübung

Martin Schermaier und Sebastian Fuchs

I. Pandektenlektüre

Am Bonner Institut für Römisches Recht, dem Wolfgang Ernst in verschiedenen Phasen seiner akademischen Laufbahn angehörte, ist es seit jeher üblich, dass sich Dozenten, Doktoranden und Studenten einmal in der Woche versammeln, um in den Pandekten Titel für Titel zu lesen. Es bedarf einiger Disziplin, dass alle Teilnehmer, *ex diversis locis et officiis ad dapem conveniunt*.¹ Jeder muss das gerade bearbeitete Thema aufgeben, um sich einer gemeinsamen Aufgabe widmen zu können. Doch die Unterbrechung lohnt sich. Auch was mitunter zäh beginnt, endet mit der Freude über neue Einsichten und Erkenntnisse. Gemeinsam in den Quellen des römischen Rechts zu lesen, ist immer ein Festmahl.

Diese kleine Gabe an den Jubilar entspringt der gemeinsamen Lektüre von D. 44,2. Der Titel (*de exceptione rei indicatae*) steckt voller interessanter Fälle und Probleme; dazu gehört auch dieses unscheinbare Stück aus Ulpian's Ediktcommentar: D. 44,2,11,6. Erst der Blick in die Glosse (die bei der Exegese immer auf dem Tisch liegt) erhellte die Szenerie und machte uns klar, dass Ulpian in diesem Text die Grenze zwischen Recht und Rechtsausübung zieht. Das war, wie die Nachbearbeitung zeigte, auch für die Glossatoren nicht einfach zu fassen. Das Konzept des subjektiven Rechts erleichtert uns heute, das Recht von der von ihm gewährten Ausübung zu trennen. Doch weder Ulpian noch die Glossatoren kannten dieses Konzept. In der Beurteilung des konkreten Rechtsstreits gehen aber beide so vor, als würden sie es anwenden. Damit gehört D. 44,2,11,6 zu den zahlreichen Beispielen des alten Rechts, in denen vorbereitet ist, was erst später auf den Begriff gebracht wird.

¹ Apul. Flor. 6,10.

II. Exegese

1. Kontext: Die *exceptio rei iudicatae*

Der Text, um den es hier gehen soll, ist kurz, Sachverhalt und Entscheidung sind leicht verständlich:

Ulpian 75 ad ed. D. 44,2,11,6

Si quis iter petierit, deinde actum petat, puto fortius defendendum aliud videri tunc petum, aliud nunc, atque ideo exceptionem rei iudicatae cessare.

„Wenn jemand ein Wegerecht eingefordert hat und daraufhin ein Treibrecht, ist, meine ich, eher zu vertreten, dass zuerst etwas anderes eingeklagt worden sei als jetzt, und dass deswegen die Einrede der entschiedenen Sache nicht zustehe.“

Wer den Text isoliert liest, erkennt kein großes Problem – auch wenn Ulpian *puto fortius defendendum*² auf eine Kontroverse oder doch jedenfalls darauf hindeutet, dass man mit guten Gründen anderer Meinung sein könnte. Im Kontext der anderen Fragmente des Titels D. 44,2, insbesondere der Ulpian-Fragmente *ad edictum*, an denen sich fast alle ediktalen Titel der Digesten orientieren, sieht das schon anders aus. Didaktische Gründe gebieten aber zuerst den Blick auf ein Fragment des L. Neratius Priscus:

Neratius 7 membr. D. 44,2,27

Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. [...].

„Wenn danach gefragt wird, ob es um dieselbe Sache geht, ist auf folgende Dinge zu achten: auf die Personen, auf das, worum geklagt wird, und auf den ausschlaggebenden Grund der Klage.“

Hintergrund von Neraz' Text ist der Wortlaut der *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. Diese Einrede gewährte der Prätor, wenn zwischen denselben Personen ein bereits entschiedener oder doch rechtshängiger Streit erneut vor Gericht getragen werden soll. Die Möglichkeit wiederholt zu klagen war nur bei im *iudicium legitimum* erhobenen *actiones in personam* ohne weiteres ausgeschlossen.³ Bei anderen Klagen musste der Beklagte diese Einrede bemühen, um einen weiteren Prozess zu vermeiden. Der Wortlaut der Einrede, wie sie Lenel rekonstruiert hat⁴, stellt wesentlich auf die Frage ab, ob es in beiden Klagen um *eadem res* geht: *Si ea res qua de agitur iudicata non est inve iudicium deducta non est* („wenn diese Angelegenheit, um die es geht, nicht schon entschieden ist oder vor Gericht gebracht wurde“).

² Verdächtig von *Beseler*, ZRG RA 45 (1925), 456, 481; dagegen schon *Solazzi*, Specie ed estinzione delle servitù prediali, 1948, 40.

³ *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1996, 301; für älterer Literatur s. die Hinweise bei *Kaser/Hackl* (dort Fn. 1); aus der jüngeren Literatur etwa *Marrone*, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano „Vittorio Scialoja“* 38 (1996), 63 ff.; *Menner*, in: Festgabe für János Zlinsky, 1998, 119 ff.; *Ankum*, in: Russo Ruggieri (Hrsg.), *Studi in onore di Anonino Metro*, 2009, 25 ff.; *ders.*, *Rivista Chilena de Derecho* 40 (2013), 1043 ff.

⁴ *Lenel*, Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl. 1927, 506 ff., 511.

Was nun „eadem res“ ist, hängt laut Neraz davon ab, ob es sich um dieselben Streitparteien handelt, denselben Streitgegenstand und denselben Streit- oder Klagegrund.⁵ Grundsätzlich steht nur dann die Einrede zu, wenn alle drei Kriterien zutreffen. Ob die Dreiteilung eine Schöpfung von Neraz war, lässt sich nicht beurteilen. Jedenfalls scheint sie geläufig gewesen zu sein. Sie liegt auch Ulpians Kommentar zugrunde, obwohl die von Lenel rekonstruierte Abfolge der Fragmente⁶ dies nicht ohne weiteres erkennen lässt: in D. 44,2,9,2 (Frg. 1668) und D. 44,2,11,7–10 (Frg. 1670–71) geht es um die Streitparteien, in D. 44,2,7 (Frg. 1666) um den Streitgegenstand, in D. 44,2,9 pr.–1 (Frg. 1667) und D. 44,2,11 pr.–6 (Frg. 1669) um den Streitgrund.

Wenn man dies beherzigt, fällt die Auslegung von D. 44,2,11,6 nicht schwer: Wenn jemand ein Wegerecht (*iter*) eingeklagt und den Prozess verloren hat, kann er trotzdem noch auf das Treibrecht⁷ (*actus*) klagen. Es geht zwar um einen Streit zwischen denselben Parteien, zwischen dem, der eine Dienstbarkeit ein-klagt, und dem Grundstückseigentümer, es geht auch um dasselbe Grundstück, aber es geht um einen anderen Klagegrund. Daher ist der Kläger nicht gehindert, die *actio confessoria*⁸ noch einmal geltend zu machen, wenn er sich nun, anders als beim ersten Mal, auf den *actus* stützt. Für die Geltendmachung der *actio confessoria* sind beides, *iter* und *actus*, unterschiedliche *causae*.

2. *iter* als Teil des *actus*?

Aber selbst, wenn Ulpian die unterschiedlichen *causae actionis* im Blick hatte, bleibt ein formales Problem zu bewältigen. Die Formel der *actio confessoria* stellte darauf ab, dass dem Kläger ein *ius eundi agendi* zusteht, nennt das *ire* (Inhalt des Wegerechts) und das *agere* (Inhalt des Treibrechts) also nebeneinander.⁹ Konnte dann bei Klageerhebung nicht offenbleiben, auf welches Recht der Kläger sein Begehren stützte? Dagegen spricht schon der Wortlaut von D. 44,2,11,6 (*si quis iter petierit* [...]). Auch die Lehrbuchliteratur trennt die Tatbestände deutlich: nach Ulpian 2 inst. D. 8,3,1 pr. ist *iter* das *ius eundi ambulandi homini*, also das Recht eines Menschen zu gehen oder zu spazieren; *actus* sei das *ius agendi vel iumentum vel vehiculum*, also das Recht ein Zugtier oder einen

⁵ Im Überblick dazu Greiner, Opera Neratii. Drei Textgeschichten, 1973, 110 ff.; Menner (Fn. 3), 120 f. Greiner (110) spricht von „Klaggrund“, Menner (121) unklar von „Zustand der Klage“.

⁶ Lenel, Palingenesia iuris civilis, vol. 2, Leipzig 1889, 857 ff.

⁷ Manche übersetzen auch mit „Triftrecht“ oder „Recht des Viehtriebs“.

⁸ Zum Wortlaut Lenel (Fn. 4), 191 ff., bes. 193 f.; zu Entstehung und Praxis noch immer maßgeblich Capogrossi-Colognesi, La struttura della proprietà e la formazione dei „iura praediorum“ nell'età repubblicana, vol. 2, 1976, 117 ff., 249 ff.; w.N. bei Kaser, Das römische Privatrecht, vol. 1, 2. Aufl. 1971, 446; Rodríguez Martín, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, vol. 2, 2023, 1688 ff.

⁹ Vgl. die Rekonstruktion des Klageformel bei Lenel (Fn. 4), 193: S. p. AoAo ius esse per fundum illum ire agere, quanti ea res erit, tantam pecuniam NmNm AoAo condemna, s.n.p.a.

Wagen über das Grundstück zu führen.¹⁰ Wem beides erlaubt ist, dem steht *via* zu. Die Formel der *actio confessoria* erfasste alle drei Berechtigungen; *ire agere* konnte konjunktiv oder disjunktiv verstanden werden:¹¹ Entweder stand dem Berechtigten *iter* oder *actus* zu oder beides und damit *via*. Vermutlich konnte der Kläger schon *in iure* erläutern, welches Recht oder doch welche Art der Ausübung er beanspruchte¹²; spätestens in der Beweisführung *apud iudicem* legte er sich fest.

Wie zur Bestätigung dieser Annahme hält Ulpian fest, dass für beide Fälle (*iter sine actu* und *actus sine itinere*) die *actio confessoria* zustehe:

Ulpian 17 ad ed. D. 8,5,4,1

Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur.

„Wer ein Wegerecht ohne Treibrecht oder ein Treibrecht ohne Wegerecht hat, wendet die Klage aus der Dienstbarkeit [= *actio confessoria*] an.“

Iter und *actus* sind also zwei voneinander unabhängige Rechte. Wenn man allerdings nicht auf die Berechtigung achtet, sondern auf die Ausübung, erscheint *actus sine itinere* als leere Konstruktion. Man mag sich ein Wege- ohne Treibrecht vorstellen können, aber doch kein Treib- ohne Wegerecht. Unwillkürlich denkt man an die Regel (Paulus 6 ad ed. D. 50,17,110): *in eo quod plus est, semper inest et minus*.¹³ Wenn *iter* und *actus* konzentrische Kreise sind¹⁴, deren größerer *actus* ist, dann muss es dem, der sein Vieh darüber treiben darf, auch gestattet sein, über das fremde Grundstück zu gehen. In D. 8,3,1 pr. sagt Ulpian ausdrücklich: *qui actum habet, et iter habet etiam sine iumenta*. Noch allgemeiner heißt es bei Modestinus 9 diff. D. 8,3,12: *inter actum et iter nonnulla est differentia*. Auch ein Text Julians bestätigt dies, wenn auch aus anderer Perspektive:

Iulianus 54 dig. D. 45,1,58

[...] qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit.

„Wer ein Treibrecht zu bestellen verspricht, daraufhin auch ein Wegerecht, dessen zweite Stipulation ist unwirksam, ebenso als verspräche er zuerst 10 und dann 5.“

Wer *actus* versprochen hat, kann seine Verbindlichkeit nicht dadurch erweitern, dass er *iter* verspricht; *iter* ist in *actus* schon enthalten. Ist die Abfolge der Versprechen umgekehrt (zuerst *iter*, dann *actus*), dann ist das zweite Versprechen wirksam, weil damit *magis stipulatur*.¹⁵ Das formuliert Ulpian ausdrücklich:

¹⁰ Vgl. Modestinus 9 diff. D. 8,3,12: [...] iter est enim, qua quis pedes vel eques commeari potest, actus vero, ubi et armenta traicere et vehiculum ducere liceat; ausführlich *Capogrossi Colognesi* (Fn. 8), 142 ff.

¹¹ So schon *Solazzi* (Fn. 2), 40; konjunktiv jedenfalls in *Celsus* 5 dig. D. 8,1,9 und idem D. 8,6,6,1; w.H. bei *Capogrossi Colognesi* (Fn. 8), 156 Fn. 82–83.

¹² Vgl. Ulpian 75 ad ed. D. 44,2,2: causa adiecta.

¹³ Ausführlich dazu *Backhaus*, ZRG RA 100 (1983), 136 ff.

¹⁴ So *Capogrossi Colognesi* (Fn. 8), 151: „due cerchi concentrici“.

¹⁵ Ulpian 47 ad Sab. D. 46,2,9,2; weitere Hinweise bei *Capogrossi Colognesi* (Fn. 8), 161 f.

Ulpian 47 ad Sab. D. 46,2,9,2

Qui actum stipulatur, deinde iter, nihil agit: item usum fructum stipulatus si usum stipuletur, nihil agit. sed qui iter stipulatus actum postea stipuletur, aliud magis stipulatur: aliud est enim iter, aliud actus.

„Wer ein Treibrecht verspricht und dann ein Wegerecht, bewirkt nichts; ebenso wenig bewirkt, wer einen Nießbrauch verspricht und dann den Gebrauch. Aber wer ein Wege-recht verspricht und später ein Treibrecht, der verspricht etwas Weitergehendes. Das eine nämlich ist das Wegerecht, das andere das Treibrecht.“

Mit dem Größenverhältnis von *actus* und *iter* lässt sich auch ein Fragment des Paulus begründen.¹⁶ Er schildert dort den Fall, dass jemand *actus* vermacht hatte, *iter* anschließend durch Konträrakt¹⁷ widerrufen hat. Der Widerruf, so Paulus, sei unwirksam, weil *actus sine itinere* nicht bestehen könne. Das klingt ähnlich apodiktisch wie in D. 8,3,1 pr. (*qui actum habet et iter habet*), steht aber in schroffem Gegensatz zu D. 8,5,4,1, wo Ulpian die Vereinbarung *actus sine itinere* für wirksam hält. Unser Fragment, D. 44,2,11,6, steht zwischen den Fronten: Es lässt sich mit D. 8,5,4,1 vereinbaren, weil *actus* und *iter* verschiedene Berechtigungen sind. Es hält aber auch dem auf die Ausübung bezogenen Größenschluss stand: So wie das spätere Versprechen des *actus* wirksam ist, so ist auch die zweite, auf den *actus* gestützte *actio confessoria* möglich.

3. Der Teil und das Ganze in der *exceptio rei iudicatae*

Wenn man allerdings nicht nur auf das Verhältnis von *iter* und *actus* achtet, sondern die Dogmatik der *exceptio rei iudicatae* einbezieht, bricht die These vom Größenschluss in D. 44,2,11,6 zusammen. Im Kontext von D. 44,2 ist ohne weiteres klar, dass, wer einen Teil vergeblich eingeklagt hat, anschließend nicht auf das Ganze gehen kann – und umgekehrt. Dafür genügt ein Blick auf

Ulpian 75 ad ed. D. 44,2,7,4

[...] si hereditate petita singulas res petat vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur.

„[...] wer, nachdem die Erbschaft (insgesamt) eingeklagt wurde, einzelne Erbschaftsgegenstände fordert oder nachdem einzelne Gegenstände eingeklagt wurden, die Erbschaft selbst fordert, wird mit der Einrede abgewiesen.“

Wenn die *exceptio* selbst dann zusteht, wenn zuerst ein Teil, dann das Ganze eingeklagt wird, lässt sich D. 44,2,11,6 nicht mit einem Größenschluss erklären. Zwar kann man immer noch sagen, dass die Ausübung von *iter* im *actus* aufgeht, doch kann das nicht der Grund sein, warum Ulpian die *actio confessoria* zweimal gestattet. Sonst nämlich würde er nicht im selben Atemzug, wenn die Klage auf eine einzelne Sache (*res*) gescheitert ist, die Klage auf die Sachgesamtheit (*hereditas*) ausschließen. Beseler meinte zu D. 44,2,11,6 knapp: „Die Entscheidung ist unklassisch: das ius itineris ist Teil des ius actus“¹⁸. Wer sich nicht mit

¹⁶ Paulus 3 ad Sab. D. 34,4,1: Qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia numquam actus sine itinere esse potest.

¹⁷ Vgl. Kaser (Fn. 8), 755.

¹⁸ Beseler, ZRG RA 45 (1925), 456, 481.

einer Interpolation abfinden will, muss einen anderen Grund suchen, warum D. 44,2,11,6 die *actio confessoria* zweimal ermöglicht.

4. Das Recht und seine Ausübung

Dafür ist ein Fragment zu betrachten, das das Rätsel auf den ersten Blick noch zu vertiefen scheint:

Paulus 21 ad ed. D. 8,6,2

Qui iter et actum habet, si statuto tempore tantum ierit, non perisse actum, sed manere Sabinus Cassius Octavenus aiunt: nam ire quoque per se eum posse qui actum haberet.

„Wer ein Wege- und Treibrecht hat, falls er über einen festen Zeitraum¹⁹ nur das Wegerecht nutzt, verliert auch das Treibrecht nicht, sondern es bleibt, wie Sabinus, Cassius und Octavenus sagen, bestehen: Denn wer ein Treibrecht hat, kann auch nur darüber gehen.“

Paulus sagt hier im Grunde dasselbe wie in D. 34,4,1: Im *actus* ist *iter* enthalten, daher genügt für die Aufrechterhaltung des *actus* die Ausübung des Wegerechts. Anders als bei D. 34,4,1 liegt hier aber auf der Hand, dass Paulus an die Ausübung des Rechts, nicht an das Recht als solches denkt: Wer über das fremde Grundstück geht, betätigt nicht nur *iter*, sondern auch *actus*. In D. 44,2,11,6 ist es gerade umgekehrt: Dort geht Ulpian von dem Recht aus, das dem Kläger zustehen könnte, nicht von seiner Ausübung. Dieses Recht erfasste er mit der *causa actionis*;²⁰ heute würden wir vom „subjektiven Recht“ reden, das mit der Klage geltend gemacht wird. Ulpian ging es jedenfalls nicht darum, ob die Ausübung des *iter* im *actus* enthalten ist, sondern um das Recht selbst, das – wie D. 8,5,4,1 wiederholt – unabhängig vom jeweils anderen bestehen kann.

Wenn das richtig ist, wie sind dann die hier behandelten Texte zu deuten, die gerade das Gegenteil verlauten lassen, dass nämlich *qui actum habet et iter habet* (D. 8,3,1 pr.)? Die Antwort ist einfach: Diese Texte haben nicht das Recht, sondern seine Ausübung im Blick.²¹ Häufig sind das jene Fälle, in denen eine Dienstbarkeit stipuliert oder vermacht wurde.²² Bei strengrechtlichen Verbindlichkeiten kam es den römischen Juristen fast immer auf die reale Umsetzung des Versprochenen an. Von daher stammen die zahlreichen Entscheidungen, die in der Regel *impossibilia nulla obligatio* (Celsus 8 dig. D. 50,17,185) zu münden scheinen: Was tatsächlich nicht geleistet werden kann, ist nicht geschuldet. Gerade Ulpian aber widersprach dieser Regel: Die Stipulation soll nicht die Wirklichkeit ändern, sondern das Interesse des Gläubigers befriedigen.²³ Daher

¹⁹ Vermutlich stand hier ursprünglich *biennio* („über zwei Jahre“), der Zeitraum, in dem der Eigentümer bei Nichtausübung die Freiheit von der Dienstbarkeit ersitzen konnte.

²⁰ Wiederholt in Ulpian 75 ad ed. D. 44,2,11 pr.-5 (als *causa agendi* oder *petendi*); so bereits Neraz 7 membr. D. 44,2,27 (o. II 1); anders noch Pomponius 31 ad Sab. D. 44,2,21,3: *causa* als Erwerbsgrund.

²¹ So schon Meylan, in: Studi in memoria di Aldo Albertoni, vol. 1, 1935, 103 f.; eine andere Erklärung vertrat Franciosi, Studi sulle servitù prediali, 1967, 112 ff.: der prozessuale Gesichtspunkt erlaube die Unterscheidung von *iter* und *actus*, nicht der materiellrechtliche.

²² Dazu gehören die o.g. Texte D. 45,1,58; D. 46,2,9,2; D. 34,4,1.

²³ Ulpian 42 ad Sab. D. 50,17,31 und D. 21,2,31; nach Lenel (Fn. 6) gehören beide Fragmente zusammen (Nr. 2886).

habe die reale Umsetzung des Versprochenen keinen Einfluss auf seine Geltung. So wie Ulpian dort „Anspruch“ und „Leistung“ gegenüberzustellen schien, setzt er in D. 44,2,11,6 (und in D. 8,5,4,1) das „Recht“ gegen seine „Ausübung“.

III. Die Erklärungen der Glossatoren

1. Irnerius: Worauf ist noch zu achten?

Viele diese Überlegungen wälzt auch di Gl. *aliud* (zu D. 44,2,11) der *Glossa ordinaria*, auch wenn es ihr nicht um die Erklärung der (vermeintlichen) Widersprüche ging, sondern um ihre Auflösung. Eine Rolle spielt darin der Größenschluss (*iter* ist kleiner als *actus*), aber auch, dass *iter* Teil des *actus* sei. Ausschlaggebend ist für sie aber die Unterscheidung von Recht (*integra servitus*) und Rechtsausübung (*commoditas*). Wie sie zu dieser Lösung kam und wer welche Erklärung vertreten hatte und warum, erfährt man aus der *Glossa ordinaria* nicht; wir müssen also „hinter diese zurückgehen“, wie Horst Heinrich Jakobs es für selbstverständlich hielt.²⁴

Das älteste Zeugnis ist eine auf Irnerius, den Urvater²⁵ der Bologneser Schule, zurückgehende Kette von Allegationen. Neben die Stelle notierte er Verweise auf D. 8,5,4²⁶, D. 45,1,58²⁷ und D. 46,2,9²⁸, allesamt noch ohne die später gebräuchliche Einteilung in Paragraphen.²⁹ Schon diese kurze Allegationenkette birgt Widersprüche, denn während die zweite und dritte Stelle *iter* als Teil des *actus* begreifen, erscheinen sie in D. 8,5,4,1 vollständig verschieden. Ob Irnerius D. 44,2,11,6 bestätigen oder auf Widersprechendes aufmerksam machen wollte, wird aus den bloßen Verweisen nicht deutlich.

²⁴ Jakobs, Hugolinusglossen im accursischen Apparat zum Digestum vetus, 2017, 439.

²⁵ Zu dessen Mythos jüngst Jansen, ZEuP 33 (2025), 55 ff.

²⁶ Mss. Bamberg, StaatsB, Jur. 18 (dort aber mit r-Sigle); Bamberg, StaatsB, Jur. 19, 99rb; Basel, UB, C.I.7, 95vb (mit r-Sigle und Paragraphenangabe); Cambridge, GC College, 271/671; Paris, BNF, lat. 4455, 79rb; Vaticano, BAV, Pal. lat. 756, 74vb (mit Paragraphenangabe); Vaticano, BAV, Vat. lat. 11156, 62va. Bei Verweisen ohne Folioangabe ist die Handschrift entweder nicht foliert oder die Zählung im Scan/Mikrofilm nicht ersichtlich. Die Glossen finden sich stets ad D. 44,2,11,6.

²⁷ Mss. Bamberg, StaatsB, Jur. 18 (mit r-Sigle); Bamberg, StaatsB, Jur. 19, 99rb; Basel, UB, C.I.7, 95vb; Cambridge, GC College, 271/671; Paris, BNF, lat. 4455, 79rb; Vaticano, BAV, Pal. lat. 756, 74vb; Vaticano, BAV, Vat. lat. 11156, 62va.

²⁸ Mss. Bamberg, StaatsB, Jur. 18 (mit r-Sigle); Bamberg, StaatsB, Jur. 19, 99rb; Basel, UB, C.I.7, 95vb (mit r-Sigle); Cambridge, GC College, 271/671; Paris, BNF, lat. 4455, 79rb; Vaticano, BAV, Vat. lat. 11156, 62va (eine Paragraphenangabe wurde von anderer Hand ergänzt).

²⁹ Lange, Römisches Recht im Mittelalter. Band I: Die Glossatoren, 1997, 65; gemeint sind D. 8,5,4,1 und D. 46,2,9,2.

2. Zwei Vorschläge zur Harmonisierung

Über die Allegationen hinaus entwickeln sich bald zwei verschiedene Ansätze, die Stelle zu erklären. Der erste findet sich in der alten Glosse³⁰ *sunt enim*.³¹ Sie erklärt die Stelle lapidar damit, *iter* und *actus* seien „offenkundig“ verschieden.³² Damit mag zwar der Text für sich erklärt werden, doch betonen, wie eben gezeigt, andere Texte gerade den Zusammenhang von *actus* und *iter*.³³ Die innerischen und weitere Allegationen aus früherer Zeit³⁴ verwiesen schon auf diese Stellen. Trotzdem muss das Argument der Wesensverschiedenheit plausibel gewesen sein, denn es blieb zunächst un widersprochen.

Eine zweite Ansicht begriff im Ausgangspunkt *iter* als Teil eines Ganzen, des *actus*. D. 44,2,7pr. formuliert die Regel, eine Klage auf das Ganze schließe eine spätere Klage auf einen Teil aus. Das wurde wohl³⁵ von einem unbekannten Glossator zum Anlass für einen Umkehrschluss genommen: In D. 44,2,11,6 wird erst auf den Teil, dann das Ganze geklagt, sodass ein Widerspruch zu D. 44,2,7 pr. nicht vorliege.³⁶ Diese Gl. *aliud si totum* stammt vermutlich aus dem ersten Viertel des 12. Jahrhunderts.³⁷ Mehrere Glossen greifen in der Folge den Gedanken auf. Eine Glosse Hugos, des jüngsten³⁸ der *quatuor doctores*, aus einem Apparat, der wohl von Rogerius stammt,³⁹ postuliert, *iter* könne als bloßer Teil nicht das Ganze enthalten:⁴⁰ Ein Urteil über das *iter* könne also nicht auch eines über den

³⁰ Mit Ausnahme der *Glossa ordinaria* erfolgt die Benennung der Glossen hier nicht nach dem oft unklaren Bezugswort im justinianischen Text, sondern nach den Anfangsworten der Glosse selbst.

³¹ Interlinear in: Mss. Bamberg, StaatsB, Jur. 18; Edinburgh, UL, 154, 61rb; Paris, BNF, lat. 4458 A, 226vb; Paris, BNF, lat. 4487 A, 40vb; Vaticano, BAV, Vat. lat. 11156, 62va. Marginal in: Mss. Bamberg, StaatsB, Jur. 19, 99rb; Vaticano, BAV, Pal. lat. 756, 74vb. Mit vorangestelltem *y* nur in Bamberg, StaatsB, Jur. 18, deshalb vielleicht innerisch.

³² Meist lautet die Glosse: *sunt enim haec vera aperte discreta*.

³³ Etwa Inst. 2,3 pr.; D. 8,3,1; D. 8,3,7; D. 8,5,4,1; D. 45,1,58; D. 46,2,9,2.

³⁴ Im Ms. Vaticano, BAV, Pal. lat. 756, 74vb wird auch D. 8,3,1 allegiert.

³⁵ Die erste unmittelbare Allegation der Stelle findet sich erst im azonischen Apparat im Ms. Bamberg, StaatsB, Jur. 19, 99rb.

³⁶ Ms. Edinburgh, UL, 154, 61rb: *aliud si totum p(ri)us petierit(ur) et p(os)tea partem. aliud si p(ri)us partem p(os)tea totu(m) petat ut hic*. Dagegen eine (anonyme) Glosse in Bamberg, StaatsB, Jur. 19, 99rb: *multo magis idem econtrario* (mit Bezugszeichen auf *deinde actum petat* zu D. 44,2,11,6).

³⁷ *Dolezalek* datiert den Kernbestand an Glossen im Ms. Edinburgh, UL, 154, zu dem die Glosse gehört, auf diese Zeit, vgl. *Manuscripta juridica*, <https://manuscripts.rg.mpg.de/item/8464/> (14.11.2025). Diese älteste Fassung der Glosse geht wohl auf Hugo zurück, wofür die spätere Attribution bei Rogerius spricht.

³⁸ *Lange* (Fn. 29), 184 f. Mit Zweifeln an der überkommenen Altersbestimmung *Kantorowicz/Buckland*, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, 1938 Nachdr. 1969, 103 f.

³⁹ *Dolezalek*, ZRG RA 84 (1967), 245, 257, 262 ff.

⁴⁰ Basel, UB, C.I.7, 95vb: *aliud si quis totum petierit postea partem. aliam ud si prius partem postea totum. Cum iter <est> pars. no(n) in parte totum conti<ne>tur, v(go)*. Im Ms. Bamberg, StaatsB, Jur. 18 steht die gleiche Glosse ohne Sigle, dafür aber interlinear, was auf eine ältere Herkunft hindeutet: *aliud scripto tuti petierit (et) p(ost)tea parte(m) aliud si p<r>(ius) partem postea totu(m). cum intotu(m) pars non totu(m) in parte co(n)tineatur*. Das *scripto* ist vermutlich aus *si quis* verschrieben.

actus sein. Aus dieser Glosse entwickelten sich wiederum eine verkürzte⁴¹ und eine ausführlichere Version, wobei die längere aus dem großen Apparat des Azo stammt, aber nicht gesigelt ist.⁴² Sie präsentiert die Überlegungen zum Verhältnis des Ganzen zum Teil sprachlich eleganter und erläutert, unter Hinweis auf D. 44,2,7 pr., wann sich daraus eine *exceptio* ergibt.⁴³ Wie in Teilen der modernen Literatur werden *iter* und *actus* als zwei konzentrische Kreise konstruiert, die präjudizielle Wirkung aber in Einklang mit D. 44,2,11,6 durch die Ablehnung des Schlusses vom Kleineren auf das Größere verneint.

3. Martinus

Noch zur Zeit der *Quatuor Doctores* wird die erste Ansicht weiterentwickelt. Die Gl. *quia posset* ist in sechs Handschriften überliefert.⁴⁴ Sie trägt nirgends eine Sigle, ist aber anhand der jeweiligen Textschichten sicher dem Apparat des Martinus Gosia zuzuordnen.⁴⁵ Der Glossator überlegt, die Servituten könnten so teilbar sein, dass dem *actus*-Berechtigten erlaubt sei, Vieh zu treiben oder einen Wagen zu fahren, ohne dass jemand die Tiere zu Fuß führt. So gäbe es einen *actus* der im zweiten Prozess zugesprochen werden könnte, ohne dass dem ablehnenden Urteil über das *iter* widersprochen wäre.

⁴¹ Ms. Bamberg, StaatsB, Jur. 18: alit(er) est si quis totum petat (et) p(oste)a parte(m) q(ua) pars intoto contineat(ur); ohne Sigle. *Dolezalek* nennt den Apparat *Byr*. Er soll eine Entwicklungsstufe zwischen dem rogerischen und dem des Azo darstellen, vgl. *Dolezalek* (Fn. 39), 257. Die Glosse findet sich in nur wenig abweichenden Varianten zweimal im selben Manuskript (vgl. Fn. 40).

⁴² Ms. Bamberg, StaatsB, Jur. 19, 99rb; *Dolezalek* (Fn. 39), 254.

⁴³ Ms. Bamberg, StaatsB, Jur. 19, 99rb: aliud e(contrario) s(cilicet) si p(ri)us actum postea it(er) petat. cu(m) intoto (et) pars (con)tinetur. non in parte totum intelligatur. sic totum d(e)inde parte(m) petas, obstat tibi exceptio, cu(m) et pars intoto fit. ut. s. l. si quis [= D. 44,2,7 pr.]. Außerdem im selben Ms. und Apparat: aliud (est) cum his qui actum h(abe)t it(er) ha(abe)t s(et) q(ui) it(er) h(abe)t actum non ha(abe)t.

⁴⁴ Mss. Bamberg, StaatsB, Jur. 17, 92rb; in Bamberg, StaatsB, Jur. 18, einmal vollständig und einmal gekürzt; zweimal vollständig in Bamberg, StaatsB, Jur. 19, 99rb; Paris, BNF, lat. 4455, 79rb; Paris, BNF, lat. 4458 A, 226vb; Seu d'Urgel 2029, 58va. Eine augenscheinlich abhängige Glosse ähnlichen Alters findet sich im Ms. Paris, BNF, lat. 4487 A, 40vb. Transkription hier nach Paris, BNF, lat. 4455, die einzelnen Lesarten sind aber ziemlich einheitlich: Quia forte posset uti actus sine itiner. forte iactendo ium(en)tum u(e)l uehiculum sin(e) quo qui ducer(et). s(et) s(er)uitus x sup(er)iorum pedum sine s(er)uitute x inferiorum h(aber)i non pot(est), u(e)l act(us) non itin(er)is, s(et) effectum itin(er)is, i(d est) posse ire continet.

⁴⁵ Die von *Dolezalek* so benannten Schichten *Bc* in Ms. Bamberg, StaatsB, Jur. 19 und *Ba* in Ms. Bamberg, StaatsB, Jur. 17, sind beide reine Abschriften des Martinusapparat, vgl. *Dolezalek* (Fn. 39), 254 f., 260 f. Beide enthalten die Gl. *quia posset*. Eine Gegenprobe gegen den reinmartinischen Apparat *M* scheidet aus, da die Hs. Modena, AdS, Miscellanea manoscritti 214 nur Fragmente des Titels D. 41,1 enthält. In der reinmartinischen Schicht *Vm* im Ms. Vaticano, BAV, Vat. lat. 11156 fehlt die Glosse, jedoch ist der Apparat des Martinus hier nur punktuell eingetragen, vgl. *Dolezalek* (Fn. 39), 256. Die Mss. Paris, BNF, lat. 4455 und 4458 A enthalten jeweils die gemischt-martinischen Apparate *P* und *Pm*, sodass sich die Zuordnung der Glosse auch insoweit mit *Dolezalek*s Beobachtungen vereinbaren lässt, vgl. *Dolezalek* (Fn. 39), 255 ff., 260 f. Das Ms. Seu d'Urgel 2029 hat *Dolezalek* nicht eingesehen, (Fn. 39), 258 f. In der späteren Gl. *constitutum* widerspricht Rogerius der hier geäußerten Rechtsansicht und im Ms. Olo-mouc, Zemský A, C.O.273, 77va steht an der Glosse: m(artinus) ar(guit) c(ontra).

Gegen diese Konstruktion bringt Martinus selbst zwei Argumente: Erstens könne eine Servitut für die oberen zehn Fuß nicht ohne eine für die unteren bestehen. Das Argument bezieht sich auf D. 44,2,26 pr.: Klagt ein Hauseigentümer gegen seinen Nachbarn auf das Recht, sein Haus um zehn Fuß erhöhen zu dürfen und unterliegt, dann wird ihm die *exceptio* entgegengehalten, wenn er anschließend darauf klagt, darüber hinaus noch zehn Fuß hoch bauen zu dürfen. Dies könne ihm nicht zugesprochen werden, ohne ihm damit auch die unteren zehn Fuß zu erlauben. Dieselbe logische Unteilbarkeit solle nach der Glosse auch für den *actus* und das Recht mit und wohl auch ohne Vieh zu gehen gelten. Denn *actus* enthalte *iter* nicht im Sinne einer kleineren Dienstbarkeit, die als Minus in einer anderen stecke, sondern erlaube das Gehen als zwingenden Annex. Diesem Argument liegt bereits die gedankliche Trennung von Rechtsausübung und Recht zugrunde, doch bleibt der Größenschluss entscheidend: Da der erste Prozess über *iter* geführt wurde, ist damit zum *actus* (der das Gehen über das Grundstück zwar einschließt) nichts gesagt. Die martinische Glosse wird noch bei Azo im Wesentlichen unverändert wiedergegeben.⁴⁶

4. Rogerius

Ein anderer Glossator versuchte, die Konstruktion des *iter* als Teil des *actus* zu retten. Zwischenzeitlich muss der Widerspruch dieser Auffassung zu D. 44,2,7,4 entdeckt worden sein, weshalb der geschilderte Größenschluss nicht mehr trug. Daher wohl will er D. 44,2,11,6 so verstehen, dass ausnahmsweise ein *actus* ohne *iter* eingeräumt worden sei, sodass zwar gemeinsam mit dem Vieh das Grundstück überquert werden darf, aber eben auch nur in Begleitung der Tiere.⁴⁷ Dieser besondere *actus* hätte dann keine Überschneidung zum präjudizierten *iter*, das eigentlich Teil des *actus* wäre. Die Glosse steht in einem Apparat, der wohl von Rogerius kompiliert wurde.⁴⁸ Eine zweite Glosse, die diese Rechtsansicht paraphrasiert, nennt Rogerius auch als Urheber.⁴⁹ Im Rahmen der Paraphrase

⁴⁶ Im Ms. Bamberg, StaatsB, Jur. 19, 99rb, im azonischen Apparat; im Ms. Bamberg, StaatsB, Jur. 18 in einem vorazonischen Apparat, vgl. *Dolezalek* (Fn. 39), 254, 257. In beiden Varianten ist hinter dem Argument aus D. 44,2,26 pr. ein Verweis auf die Stelle eingefügt. Außerdem heißt es ohne Sinnveränderung in beiden *actus non est itineris*, anstelle von *actus non itineris [...]* *continet*, was auf einen gemeinsamen Subarchetyp hindeutet. Im Ms. Bamberg, StaatsB, Jur. 19, gibt es außerdem eine Haplographie, bei der der Schreiber die Worte zwischen *itinere [...]* *itinere* und eines der beiden *itinere* ausgelassen hat.

⁴⁷ Mss. Basel, UB, C.I.7, 95vb; Vaticano, BAV, Pal. lat. 756, 74vb; Transkription nach Olomouc, Zemský A, C.O.273, 77va: *constitutu(m) intellige sine itinere, cu(m) alias actus it(er) in se contineat. qui h(abe)t actu(m) habet iter.*

⁴⁸ *Dolezalek* (Fn. 39), 262 ff.

⁴⁹ Mss. Bamberg, StaatsB, Jur. 18; Bamberg, StaatsB, Jur. 19, 99rb; Seu d'Urgel 2029, 58va; transkribiert nach Basel, UB, C.I.7, 95vb: *s(cilicet) non simplicit(er) s(et) quia dicit tu(n)c demum sibi licere ire cum ium(en)tu(m). agat cet(eru)m simplicit(er) actum petendo eadem exceptio removetur quasi iter peteret. R(ogerus).* Außerdem interlinear ohne Sigle im Ms. Paris, BNF, lat. 4483, 102rb. Die Glosse steht in Bamberg, StaatsB, Jur. 18 wiederum im o.g. Apparat *Byr*, einer Zwischenstufe zwischen Rogerius und Azo. In Bamberg, StaatsB, Jur. 19 und vermutlich auch in Basel, UB, C.I.7 steht die Glosse dann im azonischen Apparat. Während die vermutlich rogerische Glosse im Rogeriusapparat keine Sigle hatte, wurde die Paraphrasierung in Apparaten Dritter gesigelt.

kommt es zu einer leichten Bedeutungsverschiebung, denn die Art der Bestellung der Dienstbarkeit spielt keine Rolle mehr, sondern entscheidend ist nur noch, wie der *actus* eingeklagt wird. Der Fokus liegt nun auf der Fassung des Klageantrags, bei welchem das bereits abgeurteilte *iter* nicht konkludent mitgeklagt sein dürfe, weil es aber Teil des *actus* sei, explizit vom Antrag ausgenommen werden muss. Diese Differenzierung zwischen dem Umfang der Dienstbarkeit und der einzelnen Klage nennt auch Pillius.⁵⁰ Mit dem eingeschränkten Klageantrag war ein weiter Erklärungsansatz etabliert. Diese Ansicht versteht *iter* als Teil des *actus* und hat die martinische Unterscheidung zwischen *iter* als Recht und dem bloßen Gehendürfen wegen des *actus* nicht übernommen.

So hatten sich zwei Meinungen etabliert. Auf der einen Seite stand Martinus, der eine ältere Ansicht weiterentwickelt hatte, die die Servituten als getrennte Rechte verstand. Auf der anderen standen Hugo, Rogerius und Pillius, die am *iter* als Teil des *actus* festhielten. Im Apparat des Azo stehen die unvereinbaren Meinungen von Hugo, Rogerius und Martinus schlicht nebeneinander.⁵¹

5. Synthese bei Hugolinus und Accursius

Erst im Apparat des Hugolinus werden die Ansichten, wohl von ihm selbst, in der Glosse *concordat* zusammengeführt.⁵² Sein Ausgangspunkt ist die Überlegung, die Dienstbarkeiten seien wesensverschieden und das *iter* sei nicht Teil des *actus*, auch wenn die *commoditas itineris* („der tatsächliche Vorteil des Gehens“) dem *actus* innewohne. Dies führt die Konstruktion des Martinus weiter und etabliert die Unterscheidung von Recht und Rechtsausübung. Da beide Servituten formal selbstständig sind, sind sie unterschiedliche *causae* für dieselbe Klage. Indem er die Stelle in den Kontext der *causae actionis* im Sinne von Neraz und Ulpian stellt,⁵³ schafft Hugolinus einen deutlichen Sprung in der Systematisierung. Er zitiert auch die pseudorogerische⁵⁴ Glosse zum eingeschränkten Klageantrag, macht sich die Ansicht aber weder zu eigen noch widerlegt er sie.

⁵⁰ Ms. Paris, BNF, lat. 4487 A, 40vb: [–] quomodo h(ic) nonne act(us) (con)t<i>n<e>r(et) in se iter. (er)g(o) exceptio obstat. ta(m)q(uam) si parte petita (post)ea totum petat. pi(lli)us respond<et>: v(eru)m est illud si actum simpliciter petet(ur). v(eru)m h(ic) ca(su)m e(st) h(ic) intelligend(us): q(ua)n(do) dicit (i)g(itur) actum licere ire cum ait ium(en)tum (ve)l vehiculum. n(isi) act(us) t(antu)m e(st) (et) no(n) it(er), vt s. si s(er)vit(us) vin(dicetur) l. loci § i. [= D. 8,5,4,1]. (ve)l p(ro)inde d(icitu)r q(uod) act(us) contin(et) it(er) i(d est) accionem. Der letzte Satz könnte die Ansicht Martinus' meinen.

⁵¹ So im Ms. Bamberg, StaatsB, Jur. 19, 99rb.

⁵² Mss. Paris, BNF, lat. 4455, 79rb; Wien, NB, lat. 2268; Transkription nach der erstgenannten: (con)cor(dat) huic §. I. e. egi t(e)c(um) [= D.44,2,26 pr] aliud e(st) actus aliud it(er). actus sin(e) comodate itin(er)is e(ss)e no(n) possit ut, s. si s(er)vit(us) u(i)n(dicetur) loci corpus. § i. [= D. 8,5,4,1]. (et) sic petit ex alia c(aus)a. s(et) l(ex) petebat ex ead(em) c(aus)a. s(et) hic p(ri)m o petiit in c(aus)a formali it(er) n(e)c(i)n spe(ciale) comoditis. sic. l. e. si c(um), §. si fu(n)d(um) [= D. 44,2,21,3]. s(et) R(ogerus) hic intellexit peti actu(m) sin(e) comodate itin(er)is i(d est) ut possit ire cu(m) ium(en)to s(et) n(on) per se. pot(est) eni(m) e(ss)e actus sin(e) itine(r). ut s. si s(er)vit(us) u(i)n(dicetur) loci § i. ut s. e. rei iudicate [= D. 44,2,4].

⁵³ D. 44,2,11,4; D. 44,2,21,3; D. 44,2,22; D. 44,2,25 pr.; D. 44,2,25,2.

⁵⁴ Hugolinus zitiert nicht Rogerius selbst, sondern nur die Paraphrase, vgl. Fn. 49.

Darauf sattelte Accursius in der *Glossa ordinaria* auf.⁵⁵ Er löste den vermeintlichen Widerspruch zur l. 26 mit dem Rückzug auf einen formalen Begriff der *causa*. Dabei orientierte er sich ersichtlich an der Vorlage des Hugolinus, änderte aber – absichtlich oder unbewusst – das Verhältnis der Servituten: Aus Hugolinus’ *commoditas itineris*, die im *actus* enthalten sei und in Anlehnung an Martinus schlicht das Gehen ohne Vieh meint, wird bei Accursius die Konstruktion, *actus* enthalte *iter* als *pars subiectiva quoad commoditatem*. Das kleinere Recht sei im größeren zwar enthalten, aber nicht als Teil des Rechts (*pars integralis*), sondern als ihm zugrundeliegender Teil der Ausübung (*pars subiectiva quoad commoditatem*). Weil *iter* nicht integraler Teil des *actus* sei, habe Ulpian die zweite Klage gestattet.

Die vermeintlich rogerische Glosse paraphrasiert er fast wortgleich wie schon Hugolinus. Accursius fügt aber einige Argumente und Gegenargumente hinzu.⁵⁶ Insbesondere unterscheidet er ausdrücklich zwischen einem rein formellen und einem kausalen Klageantrag.⁵⁷

Damit waren alle angesammelten Widersprüche zu der Stelle konziliert und als bloß vermeintliche erwiesen. Noch bei Azo standen sie so nebeneinander, dass die Richtigkeit von Ulpians Entscheidung in Frage gestellt war. Erst Hugolinus ordnete den Stoff. Accursius vermehrte die Arbeit des Hugolinus um weitere Nachweise und Argumente und machte die Glosse damit besser verständlich, obgleich er die Lösung begrifflich verwässerte: Die Trennung der Rechtsausübung vom Recht blieb zwar erhalten, verschwindet aber hinter der Unterscheidung von *pars integralis* und *pars subiectiva*. Jakobs resümiert zur Arbeit von Accursius, es sei „der azonische Apparat unter Zuhilfenahme des Hugolinus-Apparats ausgebeßert und durch eigene Zusätze zugänglicher gemacht worden“.⁵⁸ Unsere Beobachtung kehrt das Verhältnis um: Der disparate Zustand des azonischen Apparats zu D. 44,2,11,6 machte schon auf der ersten

⁵⁵ Glossa Ordinaria, Lyon 1627, Gl. *aliud* ad D. 44,2,11,6, Sp. 825. Im Druck Lyon 1627 (ebenso Lyon 1569 und Venedig 1592) ist die Glosse Azo zugeschrieben. Im azonischen Apparat findet sich die Glosse indes nicht. In den eingesehenen Handschriften der Glossa ordinaria steht die Sigle des Accursius: Avranches, BM, 139, 98v; Basel, UB, C.I.2, 133rb; København, KB, Gl.kgl.sml. 394 2°, pars III, 109vb; Paris, BNF, lat. 4483, 102rb; Torino, BNU, E.I.12, 263ra. Ohne Sigle in den Mss. Amiens, 349, 83v; Vaticano, BAV, Pal. lat. 754, 99va. Keine der eingesehenen Handschriften hat eine Azo-Sigle. Im Druck Venedig 1487, 129ra ist die Glosse mit dem Namen beider Juristen versehen: Azo.accursius.

⁵⁶ Neu ist der Einwand aus D. 45,1,58 und D. 46,2,9,2, welcher nur in deutlich älteren Allegationen geäußert worden war, und dessen Widerlegung durch Verweis auf die Novation. Zum Abschluss findet Accursius mit D. 46,4,13,1 eine bis dahin nicht beachtete Stelle, welche die Existenz eines *actus* ohne *iter* voraussetzt.

⁵⁷ Diese Überlegung erklärt sich aus einer entsprechenden Besonderheit der *exceptio rei iudicatae*, bei welcher die genaue Reichweite des Präjudizes davon abhängt, wie die Klage formuliert war, vgl. D. 44,2,11,1, außerdem § 2 und § 4. In D. 44,2,21,3 sei der erste Klageantrag kausal gestellt, nennt also den Erwerbstatbestand des geltend gemachten Rechts und später könne kein anderes Recht eingeklagt werden, das aus demselben Erwerbsvorgang stammen soll. Ohne die Angabe des Erwerbsgrundes, bei einer formalen Klage (*petere formalem*), könne dagegen erst auf *iter*, dann *actus* geklagt werden.

⁵⁸ Jakobs (Fn. 24), 434, 439, 443 ff. Zu Accursius’ Rolle im wissenschaftlichen Vermächtnis der Glossatoren, vgl. Jakobs (Fn. 24), 433 ff. Mit weiteren Nachweisen Lange (Fn. 29), 366 f. Zur Forschungsgeschichte Lohsse, ZEuP 19 (2011), 366, 378 ff.

Ebene einen Rückgriff auf Hugolinus notwendig. Von der vielfältigen Debatte bei den Glossatoren lässt die *Glossa ordinaria* aber nur noch die abweichende Meinung des Rogerius erkennen.

IV. Auf den Schultern von Riesen

Mit den Glossatoren beginnt eine neue Geschichte des römischen Rechts. Weil sie das in den justinianischen Sammlungen überlieferte Recht in Lehre und Praxis anwendeten, kam es ihnen darauf an, die *leges* miteinander zu versöhnen, wenn sie sich zu widersprechen schienen. Heute ist uns die historische Deutung der römischen Quellen wichtig, uns interessiert ihre alte Geschichte. Wir suchen darin gerade nach Widersprüchen, um die Tiefen der Kompilation ausloten zu können. Doch so unterschiedlich das Erkenntnisinteresse sein mag, wir stellen heute wie damals dieselbe erste Frage: Wie entschied der Jurist und warum? Unser kleines Beispiel zeigt, dass es auch bei der Antwort auf diese Frage schwierig ist, über die mittelalterlichen Juristen hinauszukommen. Anders gewendet: Nur wer die Glosse nicht kennt, wähnt sich gerne in der Rolle des Entdeckers. Und sollte es doch einmal eine Entdeckung sein, dann ist es oft die Glosse, die dazu den Plan geliefert hat.

„Beschlossen und verkündet“

– Reflexionen zu einem Grundlagenbeitrag des Jubilars –

Karsten Schmidt

I. Zueignung

Ein Festschriftbeitrag wird als wissenschaftliches Essay einer in der gelehrten Welt namhaften Person achtungsvoll zugeeignet. Festschriftbeiträge sind damit Geschenke, die zugleich mit dem Ziel einer Fortsetzung des akademischen Diskurses in die Welt treten. Unter glücklichen Auspizien schreibt sich ein solcher Beitrag als entwicklungsgeschichtlicher Markstein in die Entwicklung einer Disziplin ein, schreibt also Dogmengeschichte und kann im Erfolgsfall sogar einen wissenschaftlichen Wendepunkt markieren. Der vor einem guten Dutzend Jahren im *Liber Amicorum für Detlef Leenen* erschienene Aufsatz von *Wolfgang Ernst* über den „Beschluss als Organakt“¹ gibt hierfür ein Beispiel: ein rechtsdogmatisches Leuchtfeuer für die systematische Erschließung eines Forschungsfelds im Bereich des Gesellschaftsrechts. Dieses Beispiel soll hier ergänzend kommentiert, die Diskussion also fortgesetzt, wenn auch wahrhaftig nicht zum Abschluss gebracht werden.

1. Anekdotisches

Begonnen sei mit einer akademischen Anekdote, deren Wahrhaftigkeit hiermit versichert wird. Als sich ein befreundeter Fachkollege des Verfassers vor Jahrzehnten anschickte, ein wissenschaftlich ambitioniertes Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts zu verfassen, lag ihm der Verfasser mit dem Ratschlag in den Ohren, er solle im Rahmen der Rechtsgeschäftslehre den Beschluss als Rechtsgeschäftsvariante nicht vernachlässigen.² Bei seinem Erscheinen ließ das Werk diesen Ratschlag keineswegs unberücksichtigt, die damit verbundene Erwartung einer unverwechselbaren Leistung aber doch unerfüllt. Nun, da das große Thema allein in Deutschland³ durch mehrere Monographien – zwei Habilitationsschriften und zwei Dissertationen – in seiner Gänze

¹ *Ernst*, in: FS für Detlef Leenen, 2012, 1 ff.

² Der Gemeinde wird sich erinnern.

³ Bemerkenswert noch aus Österreich die gründliche Wiener Dissertation von *Leitner*, Beschlussfeststellung, Beschlussfeststellungsklagen und die Rolle des Versammlungsleiters, 2024.

erschlossen, wenngleich auch keineswegs ausdiskutiert ist,⁴ wird die Rechtsgeschäftslehre in besonnener Forschung in der Befassung mit dem „Beschluss als Organakt“ fortschreiten können. Jede der hiermit aufgerufenen Monographien macht die Spuren des Festschriftbeitrags sichtbar und begleitet auch den folgenden Text.⁵

2. Die Aufgabe

Der den Gegenstand dieses Beitrags bestimmende Aufsatz des Jubilars tritt als ein Beitrag zur Rechtsgeschäftslehre an, beileibe also nicht als Grundschrift des Gesellschaftsrechts. Jahrzehntelang war es durchaus unüblich, in den für die Ausbildung bestimmten Darstellungen des Allgemeinen Teils – oder gar im Zuge der Anfängervorlesung zum Bürgerlichen Recht – auf die Rechtsdogmatik oder gar -praxis der Beschlüsse einzugehen.⁶ Viel mehr als eine kurze Schilderung und Abgrenzung des Beschlusstatbestands gegen den des Vertrags war da nicht zu erwarten.⁷ Befragt man die Literatur nach Grundschriften der Beschlussrechtsdoktrin, so erfährt man etwa aus der Habilitationsschrift von *Skauradszun*,⁸ dies seien *Gierkes* „Genossenschaftstheorie“, *Andreas von Tuhrs* großes Lehrbuch von 1910–1914,⁹ zwei Aufsätze von *Bartholomeyczik*¹⁰ sowie *Johannes Baltzers* sonst oft nur beiläufig zitierte¹¹ Habilitationsschrift „Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht“ aus dem Jahr 1965. Dabei soll es für den Zweck dieses Texts mit der Maßgabe bleiben, dass die wahrhaft beispielgebenden Beiträge *Werner Flumes* und *Wolfgang Zöllners*¹² zum Thema nicht ausgelassen werden. Schließlich hat niemand wie *Werner Flume* seiner Leserschaft mit dem Gedanken ins Gewissen geredet, dass der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts durch die Legalordnung der

⁴ Vgl. in der Folge des Erscheinens: *Gerauer*, Die Dogmatik des Gesellschafterbeschlusses, 2019; *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020; *Jans*, Die Beschlussfeststellung im Verbandsrecht, 2023; *Holle*, Der privatrechtliche Beschluss. Funktionsvoraussetzungen, Tatbestand, Fehlerfolgen, 2024.

⁵ Vgl. *Gerauer* (Fn. 4), 152 ff., 163 ff.; *Skauradszun* (Fn. 4), 104 ff., 161 ff., 178 f.; *Jans* (Fn. 4), 133 ff.; *Holle* (Fn. 4), 97 ff.; *Leitner* (Fn. 3), 3 f., 6, 76 ff., 115 ff., 189 ff.

⁶ Repräsentativ etwa *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 47. Aufl. 2023, § 5 Rn. 34; *Köhler*, BGB AT, 48. Aufl. 2024, § 5 Rn. 9.

⁷ Repräsentativ *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 15. Aufl. 1960, § 146 IV (S. 911 f.); mehr immerhin bei *Bork*, Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl. 2011, § 13 Rn. 436 ff.

⁸ *Skauradszun* (Fn. 4), 27.

⁹ Vgl. v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, 1914 (Nachdruck 1957), § 53 IV (232 ff.); bei *Skauradszun* (Fn. 4) heißt der Autor „von Thur“ (eine den Studierenden früher schon in Anfängerübungen ausgetriebene Entgleisung); heute wäre zu fragen, ob auch nur der Name in Vorlesungen überhaupt noch Erwähnung findet.

¹⁰ *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293 ff.; *ders.*, AcP 144 (1938), 287 ff.

¹¹ Eine Ausnahme macht auch hier *Ernst* (Fn. 1), 2 ff., 28, 40 f.

¹² *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, 10, 373 ff., 392 ff., 415 f.

§§ 1–240a BGB weder bestimmt noch begrenzt ist,¹³ und hat in Band I/2 seines „Allgemeinen Teils“ über „Stimmabgabe und Beschluss“ Wesentlicheres zum Thema gesagt, als in irgendeinem Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts hätte erwartet werden können.¹⁴ Und auch *Wolfgang Zöllners* sechs Jahrzehnte zurückliegende Habilitationsschrift¹⁵ befasste sich eben nicht nur mit den „Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden“, verstand sich vielmehr auch als selbstbewusster Entwurf einer Rechtsgeschäftslehre im Innenrecht der privaten Verbände.

3. Zum dogmengeschichtlichen Verlauf

Wie man die Rechtswissenschaft unseres Landes kennt, reicht das Nachdenken über die Beschlussdogmatik in das 19. Jahrhundert zurück, und es verwundert nicht, dass vor allem *Otto von Gierke* als kollektivistischer Seher und Kunder eines pompösen Verbandsrechts¹⁶ der Mehrheit voraus- und der Zivilrechtsdoktrin davongeeilt war. Die Wortführer in der Literatur des 20. Jahrhunderts wurden schon unter I.2. aufgerufen, doch blieb eine durchschlagende Wirkung nach mehr als hundertjähriger Geltung der großen Kodifikationen dem eingangs herausgestellten Festschriftbeitrag des Jubilars vorbehalten, zugegebenermaßen allerdings vor dem Hintergrund einer sich vertiefenden Beschlussmängeldiskussion.¹⁷ Während sich nämlich die Rechtsnatur der Stimmabgaben und des Beschlusses in dieser Diskussion herauskristallisiert hatte, erwies sich das Verhältnis von Beschlussfassung und Beschlussfeststellung als noch unzureichend geklärt, der Festschriftbeitrag von 2012 also als überfällig.

II. Beschlussfassung und Beschlussfeststellung

1. Gesetzeslage und Dogmengeschichte

Für die Praxis war die Diskussion unserer Frage vor allem vom Aktienrecht ausgegangen.¹⁸ Gerade dieses macht uns die Antwort aus heutiger Sicht leicht, wenn man es mit dem Unterschied zwischen Nichtbeschlüssen und nichtigen

¹³ Repräsentativ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1, Die Personengesellschaft, 1977, VII, 1; Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979/1992, VII f.; zu diesem Verständnis auch *Karsten Schmidt*, AcP 209 (2009), 181 (185 f.).

¹⁴ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/2, Die Juristische Person, 1983, 201 ff. 248 ff.

¹⁵ Vgl. Fn. 12.

¹⁶ Vgl. die Gierke-Apotheose bei *Karsten Schmidt*, Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht. Aktuelle Betrachtungen zu Otto von Gierkes Genossenschaftstheorie, Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius Gesellschaft der Wissenschaften, Heft 4/1987, 42 f.; speziell zur Beschlussrechtsdoktrin *Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, 1887, 679 ff.

¹⁷ Simultan mit dem Festschriftaufsatz seien namentlich die bohrenden Fragen von *Zöllner* und *Altmeppen* genannt.

¹⁸ Ausführlich *Gerauer* (Fn. 4), 27 ff.

Beschlüssen nicht gar zu genau nimmt. Für Hauptversammlungsbeschlüsse folgt aus den §§ 130 Abs. 1, 241 Nr. 2 AktG, dass diese nichtig sind, wenn es an der vorgeschriebenen notariellen Protokollierung des Beschlussergebnisses fehlt. Das Gesetz macht den nicht ordnungsgemäß protokollierten Hauptversammlungsbeschluss damit zwar nicht zum Nichtbeschluss, doch bleibt der Unterschied zwischen dem gesetzlichen Nichtigkeitstatbestand und dem Fehlen eines finalen Beschlussmerkmals marginal.¹⁹ Außerhalb des Aktiengesetzes kennen unsere Gesetze eine derart rigide Beschlussfeststellungspflicht nicht. Umso mehr drängt sich die Frage ins Bild, ob ohne Feststellung (und Verkündung?)²⁰ des Abstimmungsergebnisses der Tatbestand des Beschlusses inkomplett ist. So hat es *Wolfgang Ernst* in dem hier aufgegriffenen Festschriftbeitrag vertreten²¹ und damit in der Literatur breite Gefolgschaft gefunden.²² Von der Rechtsprechung lässt sich Gleiches nicht sagen. So hatte im Fall BGHZ 242, 147 = NJW 2025, 750, auf den noch zurückzukommen sein wird, die Gesellschaft der Klägerin zwar das Abstimmungsergebnis mitgeteilt, aber hinzugesetzt, „dass eine ‚Beschlussfeststellung angesichts der unklaren Rechtslage‘ nicht erfolge.“²³ Ein Hinweis auf die Frage, ob dieser Sachverhalt mit der Behandlung des Vorgangs als Gesellschafterbeschluss vereinbar sei, ist in den Gründen des Urteils nicht zu finden.

Ernsthaften Widerspruch erfährt *Wolfgang Ernsts* These in der Düsseldorfer Dissertation von *Oliver Jans*. Ohne dass sich dies zuvor unmissverständlich abgezeichnet hätte, hält dieser der Lehre vom Beschluss als Organakt in seinem Hauptteil kritisch entgegen, dass sie ohne Ansehung der unterschiedlichen Rechtsformen vom Beschluss als einer einheitlichen Rechtsgeschäftskategorie ausgeht.²⁴ Darauf ist zu erwidern, dass die Aufgabe der Beschlussrechtsdogmatik schon seit *Gierkes* Lehre vom körperschaftlichen Wollen und Handeln gerade darin besteht, dem Beschluss ein vom Vertragsmodell der Zivilrechtsdogmatik abweichendes Rechtsbild beizugeben, das dem Recht der Beschlüsse nicht ein „diffuses Sonderrecht“ oktroyieren,²⁵ sondern eine dem obligationenrechtlichen Vertragsrechtsmodell ebenbürtige Praxistauglichkeit sichern will. Gerade mit diesem Ziel war auch *Wolfgang Ernst* angetreten. *Oliver Jans* hält dessen

¹⁹ Die Vernachlässigung dieses Unterschieds im Schrifttum moniert *Jans* (Fn. 4), 28, Fn. 42 mit kritischem Hinweis besonders auf *Altmeyden*, NJW 2016, 2833 (2837) und ZIP 2017, 1185 (1187) sowie auf *Gerauer* (Fn. 4), 108, 167 ff.

²⁰ Über das Verhältnis zwischen Feststellung und Verkündung vgl. *Skauradszun* (Fn. 4), 84 ff.

²¹ *Ernst* (Fn. 1), 8–17.

²² Vgl. nur *Altmeyden*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 47 Rn. 19 ff.; *Altmeyden*, NJW 2016, 2833 (2836 f.); *Altmeyden*, GmbHR 2018, 225 (228); *Altmeyden*, NZG 2022, 1563 (1564); *Johannes Flume*, ZGR 2018, 928 (940); *Holle* (Fn. 4), 55 ff.; 83; *Skauradszun* (Fn. 4), 79 ff., 102; s. auch *Gerauer* (Fn. 4), 165 ff.; abweichend *Jans* (Fn. 4), 246 ff.; *Zöllner*, in: FS für Marcus Lutter, 2000, 821 (826 f.).

²³ BGHZ 242, 147 Rn. 3 = NJW 2025, 750 Rn. 3.

²⁴ *Jans* (Fn. 4), 246 f. mit undeutlicher Terminologie (Verbandsformen/Beschlussgegenstände?)

²⁵ So aber kritisch *Jans* (Fn. 4), 249 mit Bezug auf *Busche*, in: FS für Franz Jürgen Säcker, 2011, 45 (49 f.).

Beschlussrechtsmodell entgegen, es beschwere, dem der Rechtsgeschäftslehre innewohnenden „Minimalisierungsgebot“ zuwider, den Beschluss als Rechtsgeschäftsvariante mit einem Zurechnungsmerkmal, das allenfalls als Wirksamkeitsmerkmal, nicht aber als „Begriffsmerkmal“ des materiell-rechtlichen Beschlusses taue.²⁶ Mit dieser Kritik wird verkannt, dass kaum eine Stimme zwischen dem Tatbestand und der Wirksamkeit des Beschlusses gewissenhafter als *Ernst* unterscheidet und dass dieser die Zugehörigkeit der Beschlussfeststellung zur Beschlussprozedur mit aner kennenswerter Stringenz herausgearbeitet hat.

Wolfgang Ernst leitet die Unverzichtbarkeit einer Beschlussfeststellung für den Beschlusstatbestand aus der elementaren Verschiedenheit von Vertrag und Beschluss her:²⁷ Während ein Vertrag Angelegenheit der Vertragsparteien ist, die die Vertragsprozedur unter Kontrolle halten und die Gültigkeit des Konsenses ohne weiteres Zutun untereinander ausmachen können, verlangt ein ggf. auch abwesende Dritte, Personen ohne Stimmrecht – oder auch, wie hinzugefügt sei, eine dissentierende Minderheit – bindender Beschluss „nach einer überpartikularen Feststellung des Beschlussergebnisses, an die sich alle vom Beschluss Betroffenen halten können“.²⁸ Ein Beschluss, dem diese Fixierung fehlt, kann nach *Wolfgang Ernst* auch „die Funktion, das Handeln der Verbandsorgane und -mitglieder zu steuern, nicht erfüllen“.²⁹ *Holle* erkennt in diesem Erfordernis „eine Brücke zu den frühen kollektivistischen Lehren“ und in dem ganzen Modell „gleichsam den Bauplan dafür, den Beschluss an der herkömmlichen Rechtsgeschäftslehre vorbei zu konstruieren, nach der sich ein Rechtsakt unmittelbar aus einer oder mehreren Willenserklärungen konstituiert.“³⁰ Ein diesem Anspruch verpflichtetes Beschlussmodell sollten wir nicht mit lapidaren Schlagworten beiseite tun.

2. Theorie für die Praxis?

Wolfgang Ernsts Grundlagenbeitrag entstammt einem der juristischen Methodenlehre gewidmeten Sammelwerk, ist also als rechtstheoretische Untersuchung angelegt. Ihre Bewährung auf der Rechtsfolgendeite dokumentiert sich an Wirksamkeitskriterien des Allgemeinen Teils des BGB,³¹ nicht an Einzelresultaten der gerichtlichen Kasuistik. Deshalb ist ihre rechtswissenschaftliche Stimmigkeit einfacher zu belegen als ihr praktischer Nutzen. Bezeichnenderweise konnte selbst *Wolfgang Zöllner*, von dem gerade in dieser Hinsicht durchaus Anderes zu sagen ist, ohne von der Judikatur zurückgepfiffen zu werden, an der traditionellen Auffassung festhalten, dass es außerhalb der aktienrechtlichen Sonderregelung für die Wirksamkeit des Beschlusses keiner Beschlussergebnisfeststellung bedürfe.³² Liege die Feststellung dagegen vor, so sei sie für den Beschlussinhalt

²⁶ *Jans* (Fn. 4), 249.

²⁷ *Ernst* (Fn. 1), 11.

²⁸ Ebd.

²⁹ *Ernst* (Fn. 1), 9.

³⁰ *Holle* (Fn. 4), 56.

³¹ Charakteristisch *Ernst* (Fn. 1), 22 ff.; s. auch *Holle* (Fn. 4), 399 ff., 407 ff.

³² *Zöllner* (Fn. 22), 826 f.

maßgeblich, und wer das nicht gelten lassen wolle, müsse die Unrichtigkeit der Beschlussfeststellung „nach wohl ganz und gar herrschender Meinung im Weg der Beschlussanfechtung geltend machen“.³³ Das ist bis heute der in der gerichtlichen Praxis vorgezeichnete Weg,³⁴ und es besteht aller Anlass, die Beschlussfeststellung in Gesellschafterversammlungen bis hinein in das Recht der Personengesellschaften als ein Gebot der Professionalität zu betrachten.³⁵ Dass dies bis in Beschlussstreitigkeiten hineinwirken kann, liegt auf der Hand.

III. Der negative Beschluss als Probe aufs Exempel

Als Lackmustest für die Tragweite der Beschlussfeststellung kann – nicht nur für Wolfgang *Ernst*³⁶ – der Fall eines durch Fehlen der erforderlichen Mehrheit (oder Einstimmigkeit) zustande kommenden negativen Beschlusses gelten.³⁷ Vor allem die Rechtsprechung zu den Stimmverboten bei Mehrheitsbeschlüssen liefert hierfür markante Beispiele, wenn auch uneinheitliche Resultate.

1. BGHZ 51, 209 = NJW 1969, 841

Nach dem Urteil II ZR 57/67 vom 9. Dezember 1968 fehlt es an einem Beschluss, wenn die gesetzlich vorgeschriebene Mehrheit für einen nicht satzungsändernden und deshalb nicht formbedürftigen Gesellschafterbeschluss nicht zustande gekommen ist, und zwar auch dann, wenn der Versammlungsleiter das Zustandekommen des Beschlusses zu Protokoll festgestellt hat. Dieser Konflikt sei, so damals der BGH,³⁸ „nicht durch Anfechtungsklage zu klären, sondern kann mit einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO geltend gemacht werden.“ Gestritten wurde *in casu* um die Bestellung eines Rechtsanwalts zum weiteren Geschäftsführer, der an der Beschlussfassung als Testamentsvollstrecker einer verstorbenen Gesellschafterin teilgenommen hatte. Das war nach der Auffassung des BGH nicht zulässig, denn:

„Ein Testamentsvollstrecker, der als solcher Anteilsrechte an einer GmbH verwaltet, darf bei seiner Wahl zum Geschäftsführer unmittelbar oder mittelbar (durch Bestellung eines gemeinsamen Stimmführers) nur mitwirken, wenn der Erblasser oder die Erben ihm dies gestattet haben.“³⁹

Das Berufungsgericht hatte den Rechtsstreit als einen Anfechtungsprozess angesehen und die klagabweisende Entscheidung des Landgerichts bestätigt, weil

³³ Zöllner (Fn. 22), 827.

³⁴ Vgl. nur Noack/Servatius/Haas/Noack, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 47 Rn. 28, Anh. § 47 Rn. 127; Scholz/Karsten Schmidt/Bochmann, GmbHG, 13. Aufl. 2024, § 45 Rn. 29 f., 80 ff.

³⁵ Dass es an solcher Professionalität bei Nicht-Handelsgesellschaften fehle, ist eine ungesicherte Hypothese des RegE MoPeG, BT-Dr. 19/27635, 228.

³⁶ Vgl. *Ernst* (Fn. 1), 7, 11.

³⁷ Dazu *Holle* (Fn. 4), 88 m.w.N.

³⁸ BGHZ 51, 209 = NJW 1969, 841 Leitsatz 1.

³⁹ BGHZ 51, 209 = NJW 1969, 841 Leitsatz 2.

es die umstrittene Stimmabgabe als wirksam ansah. In den Augen des II. Zivilsenats war die Behandlung des Versammlungsergebnisses als, wenn auch mangelhafter, Gesellschafterbeschluss nicht richtig, denn:

„Nach der gesetzlichen Regel des § 47 Abs. 1 GmbHG fassen die Gesellschafter ihre Beschlüsse nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Ohne diese Stimmenmehrheit kommt ein Beschluß im Sinne des gestellten Antrags nicht zustande, weil die Mehrheit Voraussetzung für die Willensbildung überhaupt ist. Darum fehlt es z. B. an einem Gesellschafterbeschuß, wenn ein Gesellschafter nicht ordnungsmäßig vertreten war, die für ihn abgegebene Stimme infolgedessen ungültig ist und durch ihren Fortfall die scheinbare Mehrheit zur Minderheit wird. Diese Rechtslage ist nicht durch eine Anfechtungsklage zu klären, da diese einen Beschluß im Sinne des § 47 GmbHG gerade voraussetzt, sondern kann auf andere Weise, vor allem durch eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO, geltend gemacht werden (...).“⁴⁰

Hieran, so damals der Zweite Senat, „ändert es nichts, wenn, wie im vorliegenden Fall, die Gesellschafterversammlung durch einen Vorsitzenden geleitet wurde und dieser die Annahme des Antrags zu Protokoll festgestellt hat.“ Da der Senat auch die Begrenzung des dem Testamentsvollstrecker gezogenen Handlungsspielraums anders als das Berufungsgericht einschätzte, erkannte er eine für das Berufungsurteil kausale Rechtsverletzung (§§ 545 f. ZPO), hob also das angefochtene Urteil auf (§ 562 ZPO) und verwies die Sache mangels Spruchreife in die Berufungsinstanz zurück (§ 563 ZPO). Die Entscheidung fand im Schrifttum gebührende Aufmerksamkeit.⁴¹ Für das hier angeschnittene Thema hinterlässt sie einen unglücklichen Eindruck, weil sie der Beschlussfeststellung durch den Versammlungsleiter nicht die angemessene Bedeutung im Rahmen der Beschlussprozedur zuerkannte.⁴²

2. BGHZ 76, 191 = NJW 1980, 1465

Im Kontrast zu diesem unbefriedigenden Rechtsprechungsbeispiel steht das Urteil II ZR 54/78 vom 13. März 1980:

„Hat in der Hauptversammlung der Vorsitzende zu Unrecht verkündet, ein Antrag sei wegen Fehlens der erforderlichen Stimmenmehrheit abgelehnt, so kann die hiergegen gerichtete Anfechtungsklage mit dem Antrag auf Feststellung eines zustimmenden Beschlusses verbunden werden.“⁴³

Die Richtigkeit dieser Auffassung ist seit dem Inkrafttreten des MoPeG als ungeschriebene Prämisse des § 115 HGB n.F. gesetzlich beglaubigt.⁴⁴ Die ältere Rechtsprechung hatte in Fällen wie diesem dem Anfechtungsurteil nicht bloß kassatorische, sondern bei spruchreifer Klärung der „richtigen“ Beschlussfeststellung auch eine positiv feststellende Wirkung zuerkannt.⁴⁵ Seit dem Urteil RGZ 142, 123 hatte sich demgegenüber die Auffassung durchgesetzt, dass die

⁴⁰ BGHZ 51, 209 (211) = NJW 1969, 841 (842).

⁴¹ Überraschend versöhnlich *Hofmann*, GmbHR 1970, 119 ff.

⁴² Vgl. auch *Holle* (Fn. 4), 70 f.; *Jans* (Fn. 4), 84.

⁴³ Dazu bereits *Karsten Schmidt*, AG 1980, 169 ff.

⁴⁴ Vgl. *Karsten Schmidt*, ZHR 187 (2023), 107 (119).

⁴⁵ ROHGE 23, 275 f.; RGZ 122, 107 f.

Anfechtungsklage auch in diesen Fällen nur auf die Nichtigerklärung des (negativen) Beschlusses zielt. Der von dieser Einsicht drohenden Rechtsschutzlücke bei der Anfechtung Beschlüsse begegnete der II. Senat im Anschluss an *Zöllner*⁴⁶ mit der Anerkennung der sog. Beschlussfeststellungsklage: Diese Versöhnung des Defizits der Anfechtungsklage mit dem unabweisbaren Rechtsschutzbedürfnis von Anfechtungsklägern war rechtspolitisch wie auch dogmatisch zu begrüßen,⁴⁷ und Zweifel konnten nur bezüglich der Rechtsschutzform, also der Klageart, bestehen, wenn man bedachte, dass der vermeintliche Feststellungsantrag ein Gestaltungsantrag, das auf „Feststellung“ lautende Urteil also, ganz wie ein der Anfechtungsklage stattgebendes Urteil, ein Gestaltungsurteil ist.⁴⁸ Dazu muss man nicht, wie bei *Skauradszun* nachzulesen, die Lehre von der „(positiven) Beschlussfeststellungsklage“ als eine „Mär“ diskreditieren.⁴⁹ Es reicht vollends aus, die so bezeichnete Rechtsschutzform ernst zu nehmen und als das zu erkennen, was sie in Wahrheit ist: eine unter falscher Flagge segelnde Gestaltungsklage.⁵⁰

Sieht man mit der traditionellen Auffassung die Beschlussfeststellung nicht als eine unerlässliche Voraussetzung des Beschlusstatbestands an, so gewinnt das Instrument der Beschlussfeststellungsklage in der konventionellen Klageform des § 256 ZPO ein durchaus eigenes Gewicht. Die gerichtliche Feststellung, dass ein Beschluss mit einem bestimmten Inhalt gefasst oder nicht gefasst ist, muss dann als „Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses“ i.S. von § 256 ZPO anerkannt werden.⁵¹ Wie unzureichend das konventionelle Modell der Feststellungsklage im Beschlussmängelrecht aber doch ist, hat auf der Basis vorausgegangener Überlegungen⁵² *Maximilian Holle* ausführlich herausgestellt.⁵³

Eine leichte Aufgabe ist die Bestimmung der passenden Klageart in den hier beschriebenen Fällen nicht. *Wolfgang Ernst* redet einer Leistungsklage auf Beschlussfeststellung das Wort, die jedem Stimmberechtigten als Gläubiger eines Beschlussfeststellungsanspruchs zusteht.⁵⁴ Auf diese Weise würde der Effekt einer urteilsimmanenten Gestaltungswirkung über § 894 ZPO erzielt,⁵⁵ freilich nur mit Wirkung inter partes und ohne die verfahrensrechtlichen Drittschutzga-

⁴⁶ *Zöllner* (Fn. 12), 408 ff.

⁴⁷ Vgl. die Stellungnahmen bei *Schwab*, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, 328 f.; *Karsten Schmidt*, AG 1980, 169 (170 f.); *Kaulbach*, ZHR 186 (2022), 729 (744).

⁴⁸ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 3b (439 f.), § 28 IV 5e (860 ff.); *Karsten Schmidt*, AG 1980, 169 (170) und NJW 1986, 2018 (2020); jetzt wohl h.M.; vgl. OLG Köln, AG 2012, 599; *Schwab* (Fn. 47), 340; *Scholz/Karsten Schmidt/Bochmann* (Fn. 34), § 45 GmbHG Rn. 311.

⁴⁹ *Skauradszun* (Fn. 4), 114 ff., 116.

⁵⁰ So am Ende auch *Skauradszun* (Fn. 4), 116; zustimmend *Holle* (Fn. 4), 346 ff.; ganz ähnlich schon *Ernst* (Fn. 1), 36.

⁵¹ Vgl. statt vieler MüKoZPO/*Becker-Eberhard*, 7. Aufl. 2025, § 256 ZPO Rn. 11.

⁵² Auch des Verfassers.

⁵³ *Holle* (Fn. 4), 330 ff.; Diskussion auf der Zulässigkeitsebene bei *Skauradszun* (Fn. 4), 115.

⁵⁴ *Ernst* (Fn. 1), 34 ff.

⁵⁵ *Ernst* (Fn. 1), 35 f.; Kritik bei *Holle* (Fn. 4), 346 ff.; zur Frage, ob die Beschlussfeststellung Willenserklärung ist, vgl. *Holle* (Fn. 4), 95 f.

rantien der Nebenintervention oder der Beiladung betroffener Mitgesellschafter, vor allem auch ohne die verbandsrechtlich wünschenswerte Wirkung für und gegen alle Beteiligten.⁵⁶ Dieser Lösungsweg befriedigt nicht. Überzeugender, wenngleich ohne Zuhilfenahme der Gesetzgebung schwer zu bewerkstelligen, ist die Ersetzung des gleichsam obligationenrechtlichen und eindeutig vollstreckungsrechtlichen Wegs über Leistungsklage und § 894 ZPO durch eine urteilsimmanente Gestaltungswirkung, mit der alle wünschenswerten Garantien für Drittwirkung, Drittschutz und Rechtssicherheit gewährleistet wären. Die Angemessenheit dieses Ziels wird schon *de lege lata* durch die Überlegung von *Skauradszun* unterstrichen, wonach „die in der Versammlung fehlende Verkündung des Beschlusses durch das Gericht nachgeholt werden kann“.⁵⁷ Ein dies bewirkendes Gestaltungsurteil ersetzt in adäquater Weise den mit der anstehenden Aufgabe an sich überforderten, weil verbandsrechtlich unmusikalischen § 894 ZPO. Wie schon angemerkt, ist die kombinierte Beschlussanfechtungs- und -feststellungsklage als Resultat richterlicher Rechtsfortbildung inzwischen gesichert und seit 2024 durch § 115 HGB n.F. auch gesetzlich beglaubigt.

3. BGHZ 242, 147 = GmbHR 2025, 241 = NJW 2025, 750

Das Urteil II ZR 85/23 vom 5. November 2024 handelt von der Subsidiarität der *actio pro socio* im Recht der GmbH. Klägerin war eine Minderheitsgesellschafterin der UA-GmbH. Mehrheitsgesellschafterin war mit 51% der Geschäftsanteile die FH-GmbH mit Sitz in Österreich. Geschäftsführer beider Gesellschaften waren die beiden Beklagten. Diesen legte die Klägerin zur Last, das Vermögen der UA-GmbH durch pflichtwidrige Transaktionen geschädigt zu haben. Diese Geschäfte waren dem Grunde nach durch einen Gesellschafterbeschluss von 2018 gedeckt, aber ein Beschluss über die Höhe des Kaufpreises war vor dem Hintergrund des entstandenen Gesellschafterstreits nicht zustande gekommen. Die Klägerin beantragte mehrfach die Einberufung einer Gesellschafterversammlung der UA-GmbH, um über den folgenden Antrag zu beschließen:

„Die Ansprüche der Gesellschaft (UA-GmbH) gegen die Geschäftsführer der Gesellschaft und/oder die FH-GmbH [...] sollen geprüft und gegebenenfalls (gerichtlich) geltend gemacht werden, insbesondere gegen die FH-GmbH und die Geschäftsführer der Gesellschaft F und DH. Herr ML wird zum besonderen Vertreter der Gesellschaft bestellt und beauftragt, diese Ansprüche zu prüfen und gegebenenfalls (gerichtlich) geltend zu machen.“

Daraufhin leiteten die Beklagten im November 2020 entgegen dem Protest der FH-GmbH ein Beschluss-Umlaufverfahren ein, in dem die Klägerin mit ihren 49% für ihren Beschlussvorschlag stimmte, die durch die Beklagten vertretene FH-GmbH mit 51% aber dagegen. Die UA-GmbH teilte dieses Abstimmungsergebnis der Klägerin mit dem Bemerken mit, dass eine „Beschlussfeststellung [...] angesichts der unklaren Rechtslage“ nicht erfolge.

⁵⁶ Ähnlich die ausführliche Kritik von *Holle* (Fn. 4), 346 ff.

⁵⁷ *Skauradszun* (Fn. 4), 118.

Im nun zu entscheidenden Zahlungsprozess hatte die Klägerin beantragt, die Beklagten gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 22.479.000 EUR nebst Zinsen an die UA-GmbH zu verurteilen und festzustellen, dass die Beklagten zum Ersatz aller weiteren Schäden der Gesellschaft aus dem Erwerb der UA-GmbH Österreich verpflichtet sind. Das Landgericht hatte die Klage als zulässig angesehen, während das Berufungsgericht sie als unzulässig abgewiesen hatte. Die vom BGH zugelassene Revision der Klägerin blieb erfolglos. Der Zweite Zivilsenat hielt der *actio pro socio* deren Subsidiarität entgegen, denn eine Beschlussfassung über die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen und über die Bestellung sei nur dann entbehrlich, wenn sie nach Lage des Falls unmöglich oder unzumutbar sei. Daran fehle es hier, weil die Geschäftsführer und damit auch die von ihnen vertretene Mehrheitsgesellschafterin nach § 47 Abs. 4 GmbHG bei einer Beschlussfassung gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossen und Hindernisse für eine Klage der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG nicht erkennbar seien.⁵⁸ Das Urteil hat für die Zurückdrängung der *actio pro socio* lesenswerte Kritik erfahren.⁵⁹ Auf den hier untersuchten Fragenkreis, insbesondere auf die verweigerte Beschlussfeststellung, geht es, wie schon bemerkt, nicht ein.

IV. Unübersichtliche Prozesssituationen

Es mag der Plausibilität der hier unternommenen Exemplifizierung einer ständigen Rechtsprechung abträglich sein, illustriert aber deren Allgegenwart, wenn die Reihe der dargestellten Entscheidungen mit unanschaulichen, weil komplizierten Beispielen endet.

1. BGHZ 76, 191 = AG 80, 187 = NJW 1980, 1465

Das im Rechtsstreit „Binding AG, vorm. Meyer & Söhne“ am 13. März 1980 ergangene Urteil II ZR 54/78 sei in diesem Schlussteil als erstes behandelt:

Die beklagte AG, eine Brauereigesellschaft, war aus einem Familienunternehmen hervorgegangen und stand seit 1972 mit ca. 51% des Grundkapitals im Besitz der Klägerin, auch sie eine Aktiengesellschaft, während ca. 49% von der Gruppe E. M. gehalten wurden. Gestritten wurde um folgende *Satzungsbestimmungen*:

§ 9 Satz 2: „Die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder erfolgt auf die nach § 102 AktG zulässige Zeit.“

§ 19: „Die Beschlüsse der Hauptversammlung werden, sofern nicht zwingende gesetzliche Vorschriften oder die Satzung etwas anderes bestimmen, mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefaßt. Bedürfen die Beschlüsse nach dem Gesetz daneben einer Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals, so genügt die einfache

⁵⁸ BGHZ 242, 147 (152 ff.).

⁵⁹ Bayer/Carl, ZIP 2025, 685 f.; Klesse, NZG 2025, 545 ff.; s. auch Karsten Schmidt, JuS 2025, 559 (561) mit Hinweis auf Guntermann, ZfPW 2023, 405 ff.

Mehrheit des vertretenen Grundkapitals, soweit nicht eine andere Mehrheit gesetzlich zwingend vorgeschrieben ist.“

§ 20: „Wahlen zum Aufsichtsrat bedürfen einer Mehrheit von 2/3 der abgegebenen Stimmen.“

In einer auf den 25.5.1976 einberufenen *Hauptversammlung* der Beklagten wurde beantragt, die Satzung wie folgt zu ändern:

„a) § 9 Satz 2 wird durch folgende Bestimmung ersetzt: ‚Die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder erfolgt jährlich in der Hauptversammlung, die über das abgelaufene Geschäftsjahr beschließt.‘

b) § 20 der Satzung entfällt ersatzlos.“

Für die Anträge stimmte die Klägerin mit 1.432 Stimmen, dagegen 1.364 Stimmen, worauf der Vorsitzende beide Anträge für abgelehnt erklärte, weil die nach der Satzung erforderliche Stimmenmehrheit von 2/3 nicht erreicht sei. Hiergegen erhob der Vertreter der Klägerin Widerspruch zur Niederschrift; er beantragte zu protokollieren, dass § 9 Satz 2 und § 20 der Satzung antragsgemäß geändert seien. Die Klägerin hatte die verkündeten Ablehnungsbeschlüsse angefochten und beide Anfechtungsanträge mit Anträgen auf Feststellung der beantragten Satzungsänderungen verbunden. Das Landgericht hatte diese Klage insgesamt abgewiesen.⁶⁰ Die Berufung der Klägerin hatte nur hinsichtlich des Anfechtungsantrags zu § 9 S. 2 Erfolg und wurde im Übrigen zurückgewiesen. Im Revisionsrechtszug bestätigte der BGH, dass die Hauptversammlung den § 20 nicht mit einfacher Mehrheit habe aufheben können. Für die Änderung des § 9 Satz 2 gelte dies nicht, womit die Feststellung des Versammlungsleiters, auch dieser Beschlussantrag sei abgelehnt, unrichtig, der in diesem Sinne festgestellte Beschluss also für nichtig zu erklären sei.

Um aus der Falle der rein kassatorischen Wirkung eines Anfechtungsurteils herauszufinden, ebnete bereits damals der II. Zivilsenat im Anschluss an *Zöllner*⁶¹ den Weg zu einer Kombination der gegen den unrichtig beurkundeten negativen Beschluss gerichteten Anfechtungsklage mit einer positiven Beschlussfeststellungsklage. Augenblicklich wurde aber ein weiteres Problem sichtbar: Was, wenn der in Korrektur der Beschlussverkündung „positiv“ festzustellende Beschluss seinerseits an einem Anfechtungsmangel leidet, insbesondere inhaltlich rechtswidrig ist? Eine sukzessive Anfechtung – zunächst des unrichtig verkündeten und danach des gerichtlich festgestellten Beschlusses – lehnte der BGH überzeugend ab. Der von ihm gewiesene Weg ist ein anderer: eine „(streitgenössische) Nebenintervention auf Seiten der beklagten Gesellschaft, mit deren Hilfe Mängel eines Beschlusses, dessen Feststellung der Kläger wünscht, in demselben Prozess einredeweise geltend gemacht werden.“⁶² Das überzeugt. Die der Anfechtungsklage rechtsfortbildend hinzugesellte Klage hat eben die

⁶⁰ Unerwähnt, weil folgenlos, bleibt hier ein der Anfechtungsklage vorgelagerter Hauptantrag auf Feststellung, dass § 20 der Satzung nichtig sei.

⁶¹ Vgl. Fn. 46.

⁶² BGHZ 76, 191 (201) = AG 1980, 187 (189) = NJW 1980, 1465 (1467).

Aufgabe, über die kassatorische Anfechtungswirkung hinaus das Gesamtbild des Beschlussresultats geradezurücken. Dem trug der BGH Rechnung.

2. BGHZ 222, 323 = NJW 2019, 3155

Von einschüchternder Kompliziertheit ist das abschließend zu skizzierende Urteil II ZR 406/17 vom 2. Juli 2019. Die vom Kläger beherrschte Dr. J. Vermögensverwaltung GmbH hielt 15% des Stammkapitals der beklagten GmbH. Sie war dem vorliegenden Rechtsstreit auf Seiten des Klägers beigetreten. Mehrheitsgesellschafter der Beklagten war mit mehr als 60% des Stammkapitals der dem Rechtsstreit als einer von mehreren Nebenintervenienten auf Seiten der Beklagten beigetretene F. S. Gleichfalls auf Seiten der Beklagten beigetreten war die von den Söhnen des F. S. beherrschte S. GmbH, die mit einem Nennwert von ca. 3% am Stammkapital der Beklagten beteiligt war. Geschäftsführer der Beklagten waren in dem entscheidungsrelevanten Zeitraum bis 2014 der Kläger und W. S., einer der Söhne des F. S. Der Gesellschaftsvertrag der Beklagten enthielt Regelungen über einen durch Gesellschafterbeschluss einzurichtenden Aufsichtsrat.⁶³

Im Jahr 2014 kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Kläger auf der einen und den Herren F. S. und W. S. auf der anderen Seite. Am 13. Oktober fand eine von W. S. einberufene Gesellschafterversammlung mit u.a. folgenden Tagesordnungspunkten statt:⁶⁴

- Einrichtung eines aus drei Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrats,
- Beschlussfassung über die Zuweisung von Aufgaben und Befugnissen an den Aufsichtsrat (darunter: Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern, Abschluss, Änderung und Beendigung von Geschäftsführerverträgen, Ermächtigung zur Alleinvertretung und Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, Geschäftsordnung für die Geschäftsführung einschließlich eines Katalogs von Zustimmungsentscheidungen des Aufsichtsrats über Geschäftsführungsmaßnahmen, Weisungen an die Geschäftsführung, Geschäftsführungsordnung des Aufsichtsrats),
- Wahlen zum Aufsichtsrat.

Die vorgelegten Beschlussvorschläge wurden mit einer Stimmenmehrheit von 63,318% angenommen, und drei ehemalige Nebenintervenienten wurden als Aufsichtsratsmitglieder bestellt. Der von den Minderheitsgesellschaftern auf die Tagesordnung gesetzte Antrag, W. S. als Geschäftsführer abzuberaufen, wurde mit der nämlichen Mehrheit von 63,318% abgelehnt. Der Versammlungsleiter hatte das Zustandekommen dieser Beschlüsse festgestellt. Gegen die Beschlüsse hatte ein Minderheitsgesellschafter Anfechtungs- und Beschlussfeststellungsklagen erhoben, über die im Zeitpunkt des Revisionsurteils noch nicht ent-

⁶³ Wortlaut in Rn. 2 und 3 des Urteils.

⁶⁴ Wortlaut bei Rn. 4 des Urteils.

schieden war. Es folgte ein regelrechter Wirrwarr an Gesellschafter- und Aufsichtsratsbeschlüssen, Beschlussmängelklagen, einstweiligen Verfügungen und Rechtsmitteln, deren Aufzählung im vorliegenden Zusammenhang kein klares Bild vermitteln könnte. Der Entwirrung des mehrseitigen Schlagabtauschs und der Koordination der ganz unterschiedlichen Verfahrensschritte im Revisionsrechtszug dienten die Randnummern 31 und 73 des Urteils, deren letztere folgendermaßen lautet:

„Ist in der Gesellschafterversammlung einer GmbH das Zustandekommen eines bestimmten Beschlusses vom Versammlungsleiter festgestellt worden, so ist der Beschluss mit dem festgestellten Inhalt vorläufig verbindlich (BGH, Urteil vom 21. März 1988 – II ZR 308/87, BGHZ 104, 66, 69; Urteil vom 3. Mai 1999 – II ZR 119/98, ZIP 1999, 1001, 1002; Urteil vom 11. Februar 2008 – II ZR 187/06, ZIP 2008, 757 Rn. 22; Urteil vom 21. Juni 2010 – II ZR 230/08, ZIP 2010, 1640 Rn. 16) und bis zur Entscheidung über die Beschlussanfechtungsklage als gültig zu behandeln (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 2014 – V ZR 167/13, ZMR 2015, 235 Rn. 6 f.; Urteil vom 26. Oktober 2018 – V ZR 328/17, NJW 2019, 1216 Rn. 24).“

Das Resultat dieser Rechtsprechung ruht hiernach in mehreren Elementen:

- Die rein kassatorische Wirkung des Anfechtungsurteils wird als rechtstechnisches Gebot respektiert, hinterlässt allerdings eine Rechtsschutzlücke, wenn die bloße Aufhebung eines angefochtenen Beschlusses für die Herstellung des Rechtsfriedens nicht genügt.
- Gefüllt wird diese Rechtsschutzlücke, wie schon dargestellt, durch die Kombination der Anfechtungsklage mit einer auf einen rechtmäßigen Beschluss zielenden „positiven Beschlussfeststellungsklage“, die ungeachtet dieser Formulierung als Gestaltungsklage zu begreifen ist.
- Diese nicht auf die Kassationswirkung begrenzte multifunktionelle Gestaltungsklage ist auch bei auf mehrere Ebenen verteilten Gesellschafterstreitigkeiten in der Lage, Ordnung in den vielschichtigen Streitstoff zu bringen.

V. Schlussbemerkung

Nachdem die Überschrift dieses Aufsatzes „Reflexionen“ über *Wolfgang Ernsts* Grundlagenbeitrag versprochen und der Eingangsteil die Bedeutung der Beschlussfeststellung für die Beschlussprozedur ins Auge gefasst hatte, hat sich die Untersuchung in ihrem Verlauf vom Anliegen des Jubilars zunehmend in die Technik des Rechtsschutzes im Beschlussmängelrecht vorgewagt. Dies lässt befürchten, dass das Vergnügen des von der Zunft ärmllicher Rechtstechniker denkbar weit entfernten Jubilars im Verlauf der Lektüre nicht anwachsen wird. Sollte er sich mit dem Gedanken abfinden, dass auch die Rechtsgelehrsamkeit ein arbeitsteilig auf Künstler und Handwerker verteiltes Geschäft ist, so wäre die in das Geburtstagsgeschenk investierte Mühe vielleicht nicht umsonst gewesen.

Ethische Produktkennzeichnungen

Johanna Schmidt-Räntsch

I. Einleitung

Beim Schutz von Klima und Umwelt, der Durchsetzung fairer Arbeitsbedingungen und dem Schutz der Menschenrechte verfolgen der nationale deutsche Gesetzgeber, die Europäische Union und die Vertragsstaaten der einschlägigen Übereinkommen vielfach und mit durchaus beachtlichem Erfolg einen direkten Ansatz. Man schafft etwa Regelungen zum Schutz bedrohter Arten¹, zum Schutz der biologischen Vielfalt², zum Schutz des Klimas³, zum Verbot von Kinderarbeit⁴ oder die Europäische Menschenrechtskonvention und den UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte. Auch die Verbote verschiedener schädlicher Stoffe gehören hierher.⁵ Eine größere Breitenwirkung versprechen indirekte Regelungsansätze. So sieht die Ökodesign-Verordnung⁶ in Art. 4 und 8 eine Ermächtigung der EU-Kommission zum Erlass von delegierten Rechtsakten vor, die die in Art. 5 der Verordnung bestimmten Ökodesign-Anforderungen festlegen, deren Erfüllung durch einen digitalen Produktpass nach Art. 9 der Verordnung nachzuweisen ist. Einen Ansatz anderer Art verfolgen Rechts-

¹ International: Übereinkommen v. 3.3.1973 über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten frei lebender Tiere und Pflanzen (Washingtoner Artenschutzübereinkommen), ratifiziert in Deutschland durch Gesetz v. 22.5.1975 – BGBl. 1975 II, 773, 777; in der EU: Verordnung (EG) Nr. 338/97 v. 9.12.1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels, ABl. 1997 L 61, 1; in Deutschland: BNatSchG und BArtSchVO.

² Übereinkommen über die biologische Vielfalt (Biodiversitätskonvention) v. 5.6.1992, ratifiziert in Deutschland durch Gesetz v. 30.8.1993, BGBl. 1993 II, 1741, 1742.

³ Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen v. 9.5.1992, ratifiziert für Deutschland durch Gesetz v. 13.9.1993, BGBl. 1993 II, 1783, 1784; Übereinkommen von Paris v. 12.12.2015, ratifiziert für Deutschland durch Gesetz v. 28.9.2016, BGBl. 2016 I, 1082; zu letzterem: *Bischof*, Das Pariser Klimaschutzabkommen. Zur Effektivität völkerrechtlicher Klimaschutzverträge, 2022; *Böhringer*, ZaöRV 2016, 753; *Nückel*, ZUR 2017, 525.

⁴ ILO-Übereinkommen 182 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit v. 17.6.1999.

⁵ Vgl. dazu die Liste in § 2 Abs. 3 Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG).

⁶ Verordnung (EU) 2024/1781 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.6.2024 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Ökodesign-Anforderungen für nachhaltige Produkte, zur Änderung der Richtlinie (EU) 2020/1828 und der Verordnung (EU) 2023/1542 und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/125/EG, ABl. L 2024/1781 v. 28.6.2024.

akte wie die CSR-Richtlinie⁷ oder die Lieferketten-Richtlinie⁸, die beide am 14.4.2025⁹ und am 24.2.2026 abgeschwächt worden sind¹⁰. Hier sollen die von der Richtlinie jeweils erfassten Unternehmen über ihre Aktivitäten im Bereich der Nachhaltigkeit bzw. zur Gestaltung und Überwachung ihrer Lieferkette berichten und durch eine bei fehlenden Anstrengungen auch wenig imposante Berichterstattung zu vermehrten Anstrengungen angehalten werden. Bei den Unternehmen, vor allem bei denen, die wenige Anstrengungen unternommen haben, kommt dies als überbordende Bürokratie an. Sie drängen deshalb – mit einigem Erfolg – auf deren Abschwächung, nachdem die genannten Richtlinien und Vorschriften zu ihrer Umsetzung gerade beginnen, praktisch wirksam zu werden. Gerichtsverfahren gegen Staaten, die nicht oder nicht genug gegen die Erderwärmung und ihre Folgen für das Klima unternommen haben, hatten zwar teilweise Erfolg,¹¹ führten aber bislang nicht zu einer nennenswerten Verbesserung der legislativen Lage und vor allem nicht zu einer Verbesserung der tatsächlichen Umstände. Der „erfolgreiche“ Prozessverlust¹² eines peruanischen Bauern vor dem OLG Hamm¹³ bietet zwar Ansätze für eine Inanspruchnahme einzelner Unternehmen auch wegen unglücklich angelegter Auslandsinvestitionen. Es fehlt aber eine Grundlagenentscheidung des BGH. Vor allem würde dieser Weg nur lang- und mühsam zu einer Veränderung führen. Diese Entwicklung kann ein Gefühl der Ohnmacht hervorrufen. In ihrem Schatten etabliert sich ein neuer Weg: ethische Produktkennzeichnungen. Ich habe mir dazu noch einmal einen Beitrag zu öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder eines anderen Glieds der Vertragskette vorgenommen, den ich vor etwas mehr als 20 Jahren in der Festschrift für die ArGe Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (DAV) veröffentlicht habe.¹⁴ Dabei zeigt sich: Ethische Produktkennzeichnungen können auf freiwilliger Basis einen wertvollen Beitrag zu nachhaltigerem Wirtschaften leisten.

⁷ Richtlinie (EU) 2022/2464 v. 14.12.2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und der Richtlinien 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, ABl. L 322, 15.

⁸ Richtlinie (EU) 2024/1760 v. 13.6.2024 über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 und der Verordnung (EU) 2023/2859, ABl. L 2024/1760 v. 5.7.2024.

⁹ Richtlinie (EU) 2025/794 v. 14.4.2025 zur Änderung der Richtlinien (EU) 2022/2464 und (EU) 2024/1760 bezüglich der Daten, ab denen die Mitgliedstaaten bestimmte Anforderungen an die Nachhaltigkeitsberichterstattung und die Sorgfaltspflichten von Unternehmen erfüllen müssen, ABl. L 2025/794 v. 16.4.2025.

¹⁰ Richtlinie (EU) 2026/470 v. 24.2.2026, ABl. L 2026/470 v. 24.2.2026.

¹¹ EGMR, Urt. v. 9.4.2024, Nr. 53600/20 (Klimaseniorinnen vs. Schweiz), NJW 2024, 1931; BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, BVerfGE 157, 30; Hoge Raad der Niederlande, Urt. v. 13.1.2020 – 19/00135, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2019:2006> (10.10.2025).

¹² So die Bewertung in NJW-Aktuell, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/olg-hamm-peru-bauer-klima-klage-rwe-flut-umweltschutz> (10.10.2025).

¹³ OLG Hamm, Urt. v. 28.5.2025 – 5 U 15/17, NJW 2025, 2171; sehr kritisch beurteilt das Urteil Krüger, in: FS für Norbert Frenz, 2024, 259 ff.

¹⁴ Schmidt-Räntsch, in: FS 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des DAV, 2004, 245 ff.

II. Vorbild: Bio-Lebensmittel

Wie das funktionieren könnte, zeigt die Entwicklung bei den Lebensmitteln. Die Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln hat sich im Verlauf der letzten Jahrzehnte immer stärker von der bäuerlichen Urproduktion und dem Handwerk zur Lebensmittelindustrie verschoben. Die Industrialisierung der Lebensmittelherstellung hat auch wegen des steigenden Preisdrucks zu einem Verlust an der von natürlichen Lebensmitteln gewohnten Qualität geführt. Das wiederum brachte einige Anbieter auf den Gedanken, natürliche Lebensmittel zu einem höheren Preis, dafür aber mit besserer Qualität anzubieten. Dieses Modell hat sich nach anfänglichen Schwierigkeiten am Markt behauptet, weil die Käufer den höheren Preis wegen der höheren Qualität akzeptierten. Es kann als Vorbild für die Unterstützung produktbezogener ethischer Anliegen dienen. Warum nicht mehr für ein Paket Kaffee bezahlen, wenn man damit dazu beitragen kann, dass die Kaffeebauern, die den Kaffee anbauen, dafür einen gerechten Preis bekommen? Warum nicht für eine Bluse mehr bezahlen, wenn man damit helfen kann, dass bei der Herstellung keine minderjährigen Kinder eingesetzt oder die Näher*innen menschenwürdige Arbeitsbedingungen haben? Hier klingen auch schon ethische Aspekte an, wenn man bedenkt, dass natürliche Nahrungsmittelproduktion auch das Halten von Tieren in einer natürlichen Umgebung erwarten lässt.

III. Umsetzung durch ethische Produktkennzeichnungen

1. Geschuldete Beschaffenheit beim Kauf

a) Ausgangspunkt

Nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Die Sache ist, soweit hier von Interesse, nach § 434 Abs. 1 BGB frei von Sachmängeln,¹⁵ wenn sie bei Gefahrübergang den subjektiven und objektiven Anforderungen entspricht. Den subjektiven Anforderungen entspricht eine Sache, soweit hier von Interesse, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat.¹⁶ Den objektiven Anforderungen entspricht sie, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.¹⁷ Eine Beziehung zwischen Waren und ethischen Aspekten lässt sich danach nur mit einer Beschaffenheitsvereinbarung herstellen. Das setzt voraus, dass solche Aspekte überhaupt Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein können, dass sie also beschaffenheitsfähig sind.

¹⁵ Die Rechtsmängel klammere ich hier mangels Relevanz aus.

¹⁶ § 434 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB; Nr. 2 und 3 dieser Vorschrift blende ich hier aus.

¹⁷ § 434 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 Buchstabe a BGB.

b) Vereinbarung

Die Leistungspflicht des Verkäufers könnte durch eine entsprechende konkludente oder ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung erfolgen. Diese Möglichkeit bleibt aber theoretisch. Weder der Verkäufer vor Ort noch der Käufer werden sich nämlich Gedanken darüber machen, welche Leistungsmerkmale mit der ethischen Eigenschaft der Ware genau verbunden sein sollen. Gerade deshalb haben Produktkennzeichnungen, anders als Faust meint,¹⁸ im Bereich ethischer Anforderungen an die Kaufsache eine erhebliche Bedeutung.

c) Produktkennzeichnung

Die vom Käufer erwarteten ethischen Eigenschaft der Ware sind vielmehr in der Regel kraft Gesetzes geschuldet. Das ergibt sich aber nicht daraus, dass solche ethischen Eigenschaften zur gewöhnlichen Verwendung der betreffenden Kaufsachen oder zu den üblichen oder den Eigenschaften solcher Sachen gehörten, die der Käufer ihrer Art nach erwarten kann. Das ist nicht der Fall. Der Verkäufer schuldet solche ethischen Eigenschaften regelmäßig nur deshalb, weil sie sich aus einer entsprechenden Produktkennzeichnung auf den Kaufsachen ergeben. Diese wäre nämlich eine öffentliche Äußerung des Verkäufers oder eines anderen Glieds der Vertragskette. Das hat nach § 434 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe b BGB zur Folge, dass die verkaufte Sache auch den Anforderungen entsprechen muss, die die Produktkennzeichnung erwarten lässt.

3. Anforderungen an Produktkennzeichnungen

a) Öffentlichkeit der Äußerung

Die Äußerungen über die Kaufsache müssen öffentlich sein. Das Gesetz stellt die Werbung und das Etikett als besonders wichtige Anwendungsfälle heraus. Indem es sie aber als Anwendungsfälle der öffentlichen Äußerung behandelt, verlangt es zugleich, dass auch Werbung und Etikett oder andere Produktkennzeichnungen öffentlich sind.¹⁹ Öffentliche Aussagen des Verkäufers oder eines anderen Glieds der Vertragskette können auch in einer Produktkennzeichnung erfolgen. Mit der Verwendung dieses Begriffs sollte nicht von dem in beiden Richtlinien verwendeten, dort nicht näher definierten Begriff der Etikettierung abgewichen werden.²⁰ Der Gesetzgeber beabsichtigte, mit dem Begriff der Produktkennzeichnung das Gemeinte zu verdeutlichen. Danach ist eine Produktkennzeichnung jeder Hinweis auf Eigenschaften der Kaufsache, der auf der Ware selbst oder auf ihrer Verpackung angebracht ist. Wie die Produktkennzeichnung technisch gestaltet ist, ist gleichgültig. Die Kennzeichnung kann in einem besonderen Aufkleber bestehen oder auch auf der Sache oder ihrer Ver-

¹⁸ BeckOK BGB/Faust, 75. Ed. 1.3.2026, BGB § 434 Rn. 112.

¹⁹ Schmidt-Räntsch, in: FS 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des DAV, 2004, 245, 251 f.; Weiler, WM 2001, 1784, 1786.

²⁰ BT-Drucks 14/6040, 214.

packung aufgedruckt sein. Unerheblich ist ebenfalls, welche Angaben auf der Sache oder der Verpackung gemacht werden. Entscheidend ist nur, dass aus der Produktkennzeichnung auf bestimmte Eigenschaften der Sache geschlossen werden kann. Angaben über die Zusammensetzung der Ware werden ebenso erfasst wie die Angaben zu Kraftstoffverbrauch, Kohlendioxidausstoß oder Angaben zum Inhalt eines Kopfhörer-, Freisprechanlagen- oder sonstigen „Sets“.²¹ Gleichgültig ist auch, ob solche Angaben freiwillig oder gesetzlich vorgeschrieben sind. Gesetzlich vorgeschriebene Angaben können der Verkäufer und die anderen Glieder der Vertragskette zwar nicht vermeiden. Das rechtfertigt allerdings gleichwohl keine einschränkende Auslegung dieses Teils der Vorschrift. Anhaltspunkte hierfür liefern weder ihr Text noch ihr Sinn und Zweck.²²

b) Beschaffenheitsfähigkeit der Kennzeichenangaben

aa) Keine Wertungen

Nicht jede Aussage zu einem Produkt begründet beim Käufer die Erwartung, dass diesem Produkt bestimmte Eigenschaften auch anhaften. Voraussetzung hierfür ist vielmehr, dass in der Aussage auch konkrete, fassbare Eigenschaften des Produkts bezeichnet werden.²³ Daran würde es etwa fehlen, wenn ein Produkt nur als „super“, „toll“ oder ähnlich allgemein herausgestrichen wird. Derartige allgemeine Beschreibungen lassen beim Käufer nicht die Erwartung entstehen, das Produkt könnte konkrete Eigenschaften aufweisen. Die Grenze wird allerdings überschritten, wenn die allgemeine Anpreisung den Rückschluss z.B. auf ein bestimmtes Qualitätsniveau zulässt.²⁴ Es genügt auch nicht, wenn dem Produkt irgendeine „Eigenschaft“ zugeschrieben wird. Es muss vielmehr zum Ausdruck kommen, dass die Sache eine reale, rational nachvollziehbare, sinnlich oder technisch fassbare Eigenschaft hat. Soll die Sache dagegen nur emotionale oder eher irrationale „Eigenschaften“ aufweisen, genügt das nicht. Beispiele hierfür liefert die traditionelle, Emotionen ansprechende Werbung. Möbel, die ein „angenehmes Sitzgefühl“ geben, oder Autos, die ein „elegantes Fahrgefühl“ vermitteln, werden ebenso wenig erfasst wie Getränke, die „Flügel verleihen“, oder Waschmittel, die dem/der Träger*in von mit ihnen gewaschener Wäsche ein „wohliges Tragegefühl“ vermitteln. Gegenstand der Regelung sind vielmehr öffentliche Aussagen, wie sie in Werbemaßnahmen verbreitet sind, die weniger die Emotionen als den Verstand der potenziellen Käufer*innen ansprechen und versuchen, ihnen den Erwerb der verschiedenen Produkte dadurch schmackhaft zu machen, dass diesen Produkten reale Eigenschaften zugeschrieben werden,

²¹ Schmidt-Räntsch, in: FS 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des DAV, 2004, 245, 254 f.

²² Schmidt-Räntsch, in: FS 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des DAV, 2004, 245, 255.

²³ BeckOK BGB/Faust (Fn. 18), BGB § 434 Rn. 115; Erman/Grunewald, 17. Aufl. 2023, § 434 Rn. 29; jurisPK/Pammler, Stand: 1.3.2026, § 434 BGB Rn. 14; Weiler, WM 2002, 1784, 1787; Bernreuther, MDR 2003, 63, 64.

²⁴ BeckOK BGB/Faust (Fn. 18), BGB § 434 Rn. 115.

die dem Käufer seinen Erwerb als zweckmäßig erscheinen lassen.²⁵ Beispiele sind: die Werbung mit einem geringen Kraftstoff-, Wasser- oder Energieverbrauch, mit einem geringen CO₂-Fußabdruck, mit der großen Reichweite eines Elektrofahrzeugs, mit dem Einbau bestimmter Prozessoren, mit der Vereinbarkeit mit einem bestimmten Betriebssystem usw. Öffentliche Aussagen müssen sich nicht nur auf neue Sachen beziehen. Sie können auch gebrauchte Sachen betreffen.²⁶ Ethische Eigenschaften gehören auch dazu.

bb) Beschaffenheitsfähigkeit der Kennzeichenangaben

Nicht jede rational nachvollziehbare Aussage in Bezug auf eine Sache kann bei dem Käufer die Erwartung begründen, dass dieser auch eine bestimmte Eigenschaft anhaftet. Das ist nur bei solchen Aussagen der Fall, die der Sache etwas zuschreiben, das auch Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein kann. Diese Einschränkung ergibt sich aus der Systematik der Vorschrift. § 434 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe b BGB hat nämlich den Zweck, das Pflichtenprogramm des Verkäufers für den Fall festzulegen, dass die Parteien im Kaufvertrag die Beschaffenheit der Kaufsache gar nicht oder unvollständig geregelt haben. Umstände, die keine Beschaffenheit der Sache sein können, gehören jedenfalls nicht zum gesetzlich festlegbaren Pflichtenprogramm des Verkäufers. Daran fehlt es, wie dargelegt, bei ethischen Eigenschaften nicht.

cc) Beschaffenheitsfähigkeit ethischer Aspekte von Waren

(1) Kaufrecht vor dem 1. Januar 2002

Ein Fehler konnte nach dem bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Kaufrecht in einer Abweichung von den Vereinbarungen im Vertrag hinsichtlich der natürlichen Beschaffenheit der Sache,²⁷ aber auch in Eigentümlichkeiten bestehen, die in der Beziehung der Sache zur Umwelt begründet und nach der Verkehrsanschauung für die Brauchbarkeit oder den Wert der Sache bedeutsam sind.²⁸ Diese Beziehungen konnten tatsächlicher, wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur sein; sie mussten nur in der Beschaffenheit der Sache selbst ihren Grund haben.²⁹ Andere Umstände konnten indessen keinen Fehler im Rechtssinne darstellen, sondern nur zum Gegenstand einer Zusicherung werden,³⁰ an die wiederum erhöhte Anforderungen gestellt wurden.³¹ Viele Umstände, die man einer Sache

²⁵ Schmidt-Räntsch, in: FS 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des DAV, 2004, 245, 252.

²⁶ Weiler, WM 2002, 1784, 1788; Hermanns, zfs 2001, 437, 438.

²⁷ BGH, Urt. v. 13.10.2000 – V ZR 430/99, NJW 2001, 65; v. 27.4.1979 – V ZR 204/77, WM 1979, 949; v. 9.7.1976 – V ZR 256/75, BGHZ 67, 134, 135.

²⁸ BGH, Urt. v. 9.7.1976 – V ZR 256/75, BGHZ 67, 134, 135; v. 27.4.1979 – V ZR 204/77, WM 1979, 949, 950; v. 19.11.1999 – V ZR 321/98, NJW 2000, 803.

²⁹ BGH, Urt. v. 9.7.1976 – V ZR 256/75, BGHZ 67, 134, 136.

³⁰ BGH, Urt. v. 5.10.2001 – V ZR 275/00, NJW 2002, 208, 209; Mietertrag.

³¹ BGH, Urt. v. 21.5.1976 – V ZR 183/74, WM 1976, 978, 979; v. 28.11.1994 – VIII ZR 53/94, BGHZ 128, 111, 114; v. 14.2.1996 – VIII ZR 65/95, BGHZ 132, 55, 57; v. 14.6.2000 – VIII ZR 73/99, WM 2000, 2309, 2311; Soergel/Huber, 12. Aufl. 1991, § 459 Rn. 178, 179.

zurechnen würde, konnten aber weder Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung noch einer Zusicherung sein; Beispiele sind Umsatz- und Ertragszahlen,³² ein zugesagter Fahrstuhlanbau³³ und die Herstellergarantie³⁴. Auch „ethische Qualitäten“³⁵ einer Sache gehörten hierher.³⁶ Das hat sich mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) am 1. Januar 2002³⁷ grundlegend geändert. Denn der an die Stelle des § 459 BGB a.F. getretene § 434 BGB geht von einem wesentlich weiteren Sachmangelbegriff aus, sodass auf diese Vorschrift die enge Beschaffenheitsdefinition des § 459 Abs. 1 BGB a.F. nicht mehr angewendet werden kann.³⁸

(2) Kaufrecht nach dem 31. Dezember 2001

Das führt dazu, dass die bisherige Unterscheidung zwischen Fehlern, zugesicherten Eigenschaften und sonstigen Umständen keine gesetzliche Grundlage mehr findet. Zwar hat der Gesetzgeber bei der Modernisierung des Schuldrechts davon abgesehen, den Begriff der Beschaffenheit zu definieren und zu entscheiden, ob er nur Eigenschaften umfasst, die der Kaufsache unmittelbar physisch anhaften, oder ob auch Umstände heranzuziehen sind, die außerhalb der Sache selbst liegen.³⁹ Er hat aber ausdrücklich den subjektiven Fehlerbegriff zugrunde gelegt und betont, dass für die Umschreibung des Sachmangels auf eine Unterscheidung zwischen Fehlern und dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften – unter der die Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen bis dahin in nur schwer erträglichem Maße gelitten habe – verzichtet werden könne, wenn maßgeblich auf die Vereinbarung der Parteien und nicht auf außerhalb des Willens der Parteien liegende „objektive“ Merkmale abgestellt werde.⁴⁰ Über den engen Fehlerbegriff hinaus stellt deshalb jede nach früherem Recht zusicherungsfähige Eigenschaft nunmehr eine Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB dar.⁴¹ Damit sind als Beschaffenheit einer Sache im Sinne von § 434 Abs. 1 BGB sowohl alle Faktoren anzusehen, die der Sache selbst anhaften, als auch alle Beziehungen der Sache zur Umwelt, die nach der Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertschät-

³² BGH, Urt. v. 12.11.1969 – I ZR 93/67, WM 1970, 132, 133; v. 5.10.1973 – I ZR 43/72, WM 1974, 51; v. 18.3.1977 – I ZR 132/75, WM 1977, 712; v. 25.5.1977 – VIII ZR 186/75, WM 1977, 999, 1000, insoweit in BGHZ 69, 53 nicht abgedruckt; v. 14.7.1978 – I ZR 154/76, WM 1979, 102, 104; v. 5.10.1988 – VIII ZR 222/87, NJW-RR 1989, 306, 307; Soergel/Huber (Fn. 31), § 459 Rn. 282.

³³ BGH, Urt. v. 8.12.2000 – V ZR 484/99, NJW-RR 2001, 842.

³⁴ BGH, Urt. v. 24.4.1996 – VIII ZR 114/95, BGHZ 132, 320, 324 ff.

³⁵ Beispiele für „ethische“ Eigenschaften im Folgenden.

³⁶ Vgl. zum Ganzen auch *Schmidt-Räntsch*, in: FS 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des DAV, 2004, 245, 246 f.

³⁷ Gesetz v. 26.11.2001, BGBl. 2001 I, 3138.

³⁸ BGH, Urt. v. 15.6.2016 – VIII ZR 134/15, NJW 2016, 2874 Rn. 9.

³⁹ BT-Drs. 14/6040, 213.

⁴⁰ BT-Drs. 14/6040, 211 f.

⁴¹ BGH, Urt. v. 5.11.2010 – V ZR 228/09, NJW 2011, 1217 Rn. 13; v. 30.11.2012 – V ZR 25/12, NJW 2013, 1671 Rn. 10 und v. 15.6.2016 – VIII ZR 134/15, NJW 2016, 2874 Rn. 10.

zung der Sache haben.⁴² Dieses Begriffsverständnis hat der Gesetzgeber bei der Umgestaltung des § 434 BGB⁴³ zur Umsetzung der Warenkaufrichtlinie⁴⁴ ausdrücklich Bezug genommen.⁴⁵ Ein enges Verständnis des Beschaffenheitsbegriffs würde weder dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie von 1999⁴⁶ noch den Art. 5 bis 8 der an deren Stelle getretenen Warenkaufrichtlinie entsprechen, die den Verkäufer für Kaufverträge mit Verbrauchern ohne Einschränkung auf physische Eigenschaften verpflichtet, „dem Kaufvertrag gemäße Güter“ bzw. „den Anforderungen, die sich aus dem Kaufvertrag ergeben, entsprechende Waren,“ zu liefern. Die Umsetzung dieser Richtlinien war und ist eines der Hauptanliegen des geltenden Kaufrechts.⁴⁷ Gestützt darauf wird die Ansicht vertreten, dass nicht nur Beziehungen der Sache zur Umwelt, die ihren Ursprung im Kaufgegenstand haben, umfasst sind, sondern sogar jeder tatsächliche Bezug zum Kaufgegenstand ausreicht.⁴⁸ Diese Frage hat der BGH bislang nicht entschieden.⁴⁹ Auf sie kommt es auch hier nicht an.

(3) Herstellergarantie-Urteil des BGH vom 15. Juni 2016

In seinem Urteil vom 15. Juni 2015 hat sich der BGH mit der Frage befasst, ob das Fehlen der geschuldeten gültigen Garantie des Herstellers für das verkaufte Fahrzeug einen Mangel nach dem heutigen § 434 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe b BGB darstellt.⁵⁰ Er hat die Frage bejaht. Das Bestehen einer Herstellergarantie bei einem Kraftfahrzeug stelle ein auf das Fahrzeug bezogenes rechtliches Verhältnis zwischen Fahrzeughalter und Fahrzeughersteller dar, in dessen Rahmen in der Regel gemäß den Garantiebedingungen Ersatz für die Kosten

⁴² BGH, Ur. v. 19.4.2013 – V ZR 113/12, NJW 2013, 1948 Rn. 15; v. 30.11.2012 – V ZR 25/12, NJW 2013, 1671 Rn. 10; v. 15.6.2016 – VIII ZR 134/15, NJW 2016, 2874 Rn. 10; Beschl. v. 26.8.2014 – VIII ZR 335/13, juris Rn. 17; OLG Koblenz, Beschl. v. 5.3.2012 – 5 U 1499/11, MDR 2012, 507, 508; ebenso BeckOK BGB/*Faust* (Fn. 18), BGB § 434 Rn. 15; jurisPK/*Pammeler* (Fn. 23), § 434 BGB Rn. 22; Staudinger/*Matusche-Beckmann*, BGB (2023), § 434 Rn. 59; *Reinking/Eggert*, Der Autokauf, 14. Aufl. 2014, Rn. 244; enger hingegen Erman/*Grunewald* (Fn. 23), § 434 Rn. 3 f.; MüKoBGB/*Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, § 434 Rn. 16.

⁴³ Durch Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags v. 30.6.2021, BGBl 2021 I, 2133.

⁴⁴ Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. 2019 L 136, 28, ber. auf ABl. L 305, 66.

⁴⁵ BT-Drs. 19/27424, 23.

⁴⁶ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter – Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, ABl. 1999 L 171, 12.

⁴⁷ BGH, Ur. v. 15.6.2016 – VIII ZR 134/15, NJW 2016, 2874 Rn. 12.

⁴⁸ So: BeckOK BGB/*Faust* (Fn. 18), BGB § 434 Rn. 18; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 303 ff.; *Schmidt-Räntsch*, AnwBl 2009, 260, 261; *dies.*, in: FS 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des DAV, 2004, 245, 247 f.; *dies.*, ZfR 2017, 333, 334 f.; *Redeker*, Beschaffenheitsbegriff und Beschaffenheitsvereinbarung, 2012, 207 ff., 227; *ders.*, NJW 2012, 2471, 2474; wohl auch OLG München, Ur. v. 6.9.2006 – 20 U 1860/06, juris Rn. 29.

⁴⁹ BGH, Ur. v. 19.4.2013 – V ZR 113/12, NJW 2013, 1948 Rn. 15 und v. 15.6.2016 – VIII ZR 134/15, NJW 2016, 2874 Rn. 13.

⁵⁰ BGH, Ur. v. 15. 6. 2016 – VIII ZR 134/15, NJW 2016, 2874.

bestimmter Reparaturen geleistet werde. Damit handele es sich um eine Beziehung der Sache zur Umwelt, die nach der Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertschätzung der Sache habe. Insbesondere könne das (Nicht-)Bestehen einer Herstellergarantie im Einzelfall von großem wirtschaftlichen Gewicht sein und entsprechend bedeutenden Einfluss auf den Wert eines Kraftfahrzeuges haben.⁵¹ Diese Begründung trifft in der Sache auch für ethische Eigenschaften zu. Dem hat Maultzsch widersprochen:⁵² Für Informationen zu der Einhaltung gewisser CSR-Standards oder sonstiger ökologisch-ethischer Umstände der Produktion sei, auch wenn hiermit handelsrechtlichen Berichtspflichten i.S.d. §§ 289 Abs. 3, 315 Abs. 3 HGB entsprochen werde, Zurückhaltung bei der Einordnung i.S.d. § 434 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe b BGB geboten, da diese häufig nicht die „Beschaffenheit“ der Kaufsache betreffen oder zumindest nicht spezifisch an eine bestimmte kaufrechtliche Abnehmerstufe gerichtet seien. Diese These beruht auf einem gegenüber der herrschenden Meinung und Rechtsprechung verengten Beschaffenheitsbegriff. Maultzsch übersieht zudem, dass bei Waren mit ethischen Produktkennzeichnungen Kaufverträge angesprochen sind, bei denen Waren zu einem über dem vergleichbarer Waren liegenden Preis erworben werden, um dem Verkäufer und seinen Lieferanten zu ermöglichen, bestimmten ethischen Anforderungen zu entsprechen. Beispiele sind:⁵³ Kleidung, die nicht im Wege verbotener Kinderarbeit hergestellt worden sein soll, oder Möbel, in denen kein Holz von vom Aussterben bedrohter Baumarten des Regenwalds verarbeitet worden sein soll. Auch Waren, die als Produkte (gegenüber Entwicklungsländern) „fairen“ Handels gekennzeichnet sind, gehören hierzu. Mit den Bedingungen der Produktkennzeichnung soll auf die Umstände und Bedingungen der Herstellung der Kaufsache Einfluss genommen werden, um die jeweiligen ethischen Ziele zu erreichen. Damit wird der notwendige Bezug zur Sache⁵⁴ hergestellt. Die Einhaltung der ethischen Ziele wird so zum wertbildenden Faktor der Kaufsache. Ethische Ziele, die keinen Bezug zur Kaufsache haben, können weder Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung noch Gegenstand einer gesetzlichen Beschaffenheitsanforderung nach § 434 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe b BGB sein.

c) Anforderungen an die Klarheit der Aussage

aa) Ausgangspunkt

Die Bereitschaft von beachtlichen Teilen der Käuferschaft, für umwelt- oder klimafreundliche Produkte einen höheren Preis zu zahlen als für vergleichbare andere Waren, kann einen Hersteller oder Verkäufer dazu veranlassen, sein Produkt kurzerhand mit einem entsprechenden Aufdruck wie z.B. „klimaneutral“

⁵¹ BGH, Urt. v. 15.6.2016 – VIII ZR 134/15, NJW 2016, 2874 Rn. 15.

⁵² MüKoBGB/Maultzsch (Fn. 42), § 434 Rn. 61.

⁵³ Dazu Glinski/Rott, EuZW 2003, 649.

⁵⁴ Vgl. Schmidt-Räntsch, in: FS 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des DAV, 2004, 245, 248.

zu versehen und so einen höheren Verkaufspreis zu erzielen.⁵⁵ Dem steht aber § 3 UWG entgegen. Nach der Rechtsprechung des BGH gelten für die Werbung mit Umweltschutzbegriffen und -zeichen regelmäßig strenge Anforderungen an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Werbeaussage.⁵⁶ Das rechtfertigt sich bei gesundheitsbezogener Werbung⁵⁷, daraus, dass der Schutz der Gesundheit in der Wertschätzung der Verbraucher einen hohen Stellenwert hat und sich deshalb an die Gesundheit anknüpfende Werbemaßnahmen erfahrungsgemäß als besonders wirksam erweisen. Einen ähnlich hohen Stellenwert hat in der Wertschätzung der Verbraucher der Schutz der Umwelt. Die Verwendung von unklarer Umweltwerbung wird im Zuge der Umsetzung der sog. EmpCo-Richtlinie⁵⁸ stärker, auch kauf- und verbraucherrechtlich, unterbunden werden müssen.

bb) Anbringung von Gütesiegeln und Gewährleistungsmarken

Diese wettbewerbsrechtlichen Anforderungen werden nur große Hersteller erfüllen können. Für andere bietet sich demgegenüber an, von dritter Seite entwickelte Gütesiegel wie z.B. den „Blauen Engel“⁵⁹ zu verwenden. Das bedeutet sowohl wettbewerbsrechtlich als auch kaufrechtlich, dass sich der Verkäufer, seine Gehilfen oder ein anderes Glied der Vertragskette dann aber auch an die Vorgaben halten müssen, die für die Verwendung des Gütesiegels bestehen. Noch deutlicher wird das, wenn der Verkäufer oder ein anderes Glied der Vertragskette eine durch eine Gewährleistungsmarke geschützte Produktkennzeichnung verwenden wollen, wie z.B. die Siegel „Fair Trade“⁶⁰ oder „Grüner Knopf“⁶¹. Der Inhaber einer beim Deutschen Patent- und Markenamt eingetragenen Gewährleistungsmarke gewährleistet nach § 106a Abs. 1 Satz 1 MarkenG für die Waren und Dienstleistungen, für die sie angemeldet wird, das Vorliegen einer oder mehrerer der folgenden Eigenschaften, nämlich Material, Art und Weise der Herstellung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistungen oder Qualität, die Genauigkeit oder andere Eigenschaften mit Ausnahme der geographischen Herkunft. Eine Gewährleistungsmarke wird nach § 106a Abs. 2 MarkenG nur eingetragen, wenn sie geeignet ist, Waren und Dienstleistungen, für die die

⁵⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 27.6.2024 – I ZR 98/23, GRUR 2024, 1122; vgl. auch Beschl. v. 20.2.2025 – I ZB 26/24, NJW-RR 2025, 675: Flix-Bus als umweltfreundliches Verkehrsmittel.

⁵⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 20.10.1988 – I ZR 219/87, BGHZ 105, 277 = juris Rn. 14; v. 20.10.1988 – I ZR 238/87, GRUR 1991, 546 = juris Rn. 26; v. 4.10.1990 – I ZR 39/89, GRUR 1991, 550 = juris Rn. 13; v. 14.12.1995 – I ZR 213/93, GRUR 1996, 367 = juris Rn. 33 f.; v. 23.5.1996 – I ZR 76/94, GRUR 1996, 985 = juris Rn. 17; v. 27.6.2024 – I ZR 98/23, GRUR 2024, 1122 Rn. 24.

⁵⁷ Zu dieser: BGH Urt. v. 27.2.1980 – I ZR 8/78, GRUR 1980, 797 = juris Rn. 19; v. 3.5.2001 – I ZR 318/98, GRUR 2002, 182 = juris Rn. 44; v. 27.6.2024 – I ZR 98/23, GRUR 2024, 1122 Rn. 23.

⁵⁸ Richtlinie (EU) 2024/825 v. 28.2.2024 zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und durch bessere Informationen, ABl. 2024/825 v. 6.3.2024.

⁵⁹ Vgl. dazu: www.blauer-engel.de/de (2.3.2026).

⁶⁰ Vgl. dazu: www.fairtrade.net (2.3.2026).

⁶¹ Vgl. dazu: www.gruener-knopf.de (2.3.2026).

Gewährleistung besteht, von solchen Waren und Dienstleistungen zu unterscheiden, für die keine derartige Gewährleistung besteht. Die mit der Marke übernommene Gewährleistung muss nach § 106a MarkenG in einer Gewährleistungsmarkensatzung niedergelegt werden. Inhaber einer Gewährleistungsmarke kann nach § 106b Abs. 1 MarkenG zwar jede natürliche oder juristische Person einschließlich Einrichtungen, Behörden und juristischer Personen des öffentlichen Rechts sein, aber nur, wenn sie keine Tätigkeit ausübt, die die Lieferung von Waren oder Dienstleistungen, für die eine Gewährleistung besteht, umfasst. Da der Markeninhaber eine Gewährleistung für die Einhaltung der Bedingungen der Satzung der Marke übernimmt, muss er Lizenznehmer zur Einhaltung verpflichten. Diese wiederum müssen, wenn sie Waren mit dem Siegel versehen, auch kaufrechtlich dafür einstehen, dass die Bedingungen eingehalten werden.

4. Gewährleistungspflicht des Verkäufers und mögliche Ausnahmen

a) Einhaltung der Kennzeichnungsbedingungen

Der Verkäufer ist auf Grund der Verwendungsvereinbarung mit dem Inhaber des Gütesiegels oder der Gewährleistungsmarke verpflichtet, die Einhaltung der Bedingungen des Siegels oder Marke sicherzustellen. Das kann je nach der Art des Siegels und dem Inhalt seiner Bedingungen dazu führen, dass der Verkäufer seine Lieferketten beobachten und z.B. dafür sorgen muss, dass er einen Lieferanten unter Vertrag nimmt, der den Kaffee- oder Kakaobauern einen fairen Preis zahlt oder Hemden nicht unter Einsatz von minderjährigen Kindern herstellen lässt. Dazu kann der Verkäufer je nach Größe schon auf Grund des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes verpflichtet sein. Die übrigen Pflichten würden aber nicht berührt, wenn die Standards des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes, wie derzeit in der Diskussion, herabgesetzt werden sollten.

b) Ausnahmen von der Gewährleistungspflicht des Verkäufers

aa) Allgemeines

Nicht immer muss der Verkäufer für Fehler in öffentlichen Äußerungen über Eigenschaften eines Kaufgegenstandes einstehen, s. § 434 Abs. 3 Satz 3 BGB. Das Gesetz sieht einige Ausnahmen von dieser Gewährleistungspflicht vor, die bei ethischen Produktkennzeichnungen unterschiedliche praktische Bedeutung haben.

bb) Unkenntnis des Verkäufers

Der Verkäufer haftet danach zunächst nicht, wenn er die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen konnte. Das wird bei der Verwendung ethischer Produktkennzeichnungen eher selten vorkommen. Zu denken ist daran, dass der Verkäufer ein an der Ware vom Hersteller angebrachtes Produktkennzeichen nicht einordnen kann, etwa nicht weiß, was das Produktkennzeichen Grüner Knopf bedeutet. Das wird ihn in aller Regel nicht von der Gewährleistungs-

haftung befreien. Für den Anspruch auf Nacherfüllung, den Rücktritt und die Minderung kommt es auf ein Vertretenmüssen (§ 276 BGB) nicht an. Das ist beim Anspruch auf Schadensersatz anders. Er setzt voraus, dass der Verkäufer den Mangel zu vertreten, d.h. in der Mehrzahl der Fälle die im Verkehr erforderliche Sorgfalt unterlassen hat (§ 276 Abs. 1 und 2 BGB). Das wird aber der Fall sein, wenn sich der Verkäufer nicht über die Bedeutung der (ethischen) Siegel informiert, mit denen die Waren versehen sind, die er verkauft. Er wird sich dann allerdings an seine Vorleute in der Lieferkette halten können, § 478 BGB.

cc) *Berichtigung des Fehlers*

Eine Haftung des Verkäufers entfällt nach § 434 Abs. 3 Satz 3 BGB ferner, wenn die Äußerung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses⁶² in derselben oder in gleichwertiger Weise berichtigt war. Eine Berichtigung erfordert in jedem Fall⁶³ die eindeutige und klare Erklärung des Verkäufers, dass die bestimmte öffentliche Äußerung unrichtig ist.⁶⁴ Es würde also nicht genügen, wenn der Verkäufer den Kaffee mit dem unzutreffendem ethischen Produktkennzeichen einfach billiger verkauft. Es muss schon klarwerden, dass der Preisnachlass auf dem unzutreffenden Produktkennzeichen beruht. Diese Korrektur muss nicht in derselben Weise erfolgen wie die fehlerhafte öffentliche Äußerung; es genügt, wenn sie gleichwertig ist. Gleichwertig kann die Berichtigung nur sein, wenn sie der zu korrigierenden öffentlichen Äußerung in ihren Wesensmerkmalen entspricht. Zu diesen Wesensmerkmalen gehört neben der äußeren Gestaltung, an die der Gesetzgeber in erster Linie gedacht hat, auch der Charakter der öffentlichen Äußerung.⁶⁵ Wer die Korrektur durchführt, ist unerheblich.⁶⁶ Eine fehlerhafte öffentliche Äußerung des Herstellers kann auch durch den Verkäufer korrigiert werden. Theoretisch könnte umgekehrt auch eine fehlerhafte Aussage des Verkäufers durch den Hersteller korrigiert werden.⁶⁷ Bei der Verwendung eines auf die verkaufte Ware nicht zutreffenden ethischen Produktkennzeichens könnte deshalb an der Ware eine entsprechende Korrektur angebracht oder der Fehler beim Abschluss des Vertrags (eindeutig und klar) aufgedeckt werden.

dd) *Fehlender Einfluss auf den Kaufentscheidung*

Nach der dritten Alternative des § 434 Abs. 3 Satz 3 BGB muss der Verkäufer für eine öffentliche Aussage nicht Gewähr leisten, wenn die Äußerung die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte. Dazu muss ein Einfluss der öf-

⁶² Dazu: BGH, Urt. v. 16.7.2021 – V ZR 119/20, ZfIR 2022, 27 Rn. 14 f.

⁶³ Zu den Anforderungen im Übrigen: BeckOK BGB/*Faust* (Fn. 18), BGB § 434 Rn. 120 f.; Erman/*Grunewald* (Fn. 23), § 434 Rn. 31 ff.; MüKoBGB/*Maultzsch* (Fn. 42), § 434 Rn. 68; Staudinger/*Matusche-Beckmann* (Fn. 42), § 434 Rn. 138 ff.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 25.1.2019 – V ZR 38/18, ZfIR 2019, 755 Rn. 15.

⁶⁵ Schmidt-Räntsch, in: FS 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des DAV, 2004, 245, 260.

⁶⁶ BeckOK BGB/*Faust* (Fn. 18), BGB § 434 Rn. 121.

⁶⁷ Schmidt-Räntsch, in: FS 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des DAV, 2004, 245, 260.

fentlichen Äußerung auf die Kaufentscheidung nachweislich ausgeschlossen werden.⁶⁸ Maßgeblich für die Beurteilung, ob eine öffentliche Äußerung des Verkäufers über die Eigenschaft einer Ware die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte, ist nicht der Zeitpunkt, zu dem der Käufer sich entschlossen hat, die Kaufsache zu erwerben, sondern der Zeitpunkt, in dem der Vertrag tatsächlich geschlossen wird.⁶⁹

IV. Fazit

Wir alle können durch unsere Kaufentscheidungen im täglichen Leben zum Schutz von Klima und Umwelt und zu einer gerechteren und menschenwürdigeren Welt beitragen.

⁶⁸ BGH, Urt. v. 16.7.2021 – V ZR 119/20, ZfIR 2022, 27 Rn. 11.

⁶⁹ BGH, Urt. v. 16.7.2021 – V ZR 119/20, ZfIR 2022, 27 Rn. 13.

Der Westturm: Eine Reminiszenz

Wolfgang Schön

I. Der Bau

Wer, von der Bonner Innenstadt kommend, auf der Adenauerallee in Richtung Süden fährt, der passiert schon nach wenigen hundert Metern einen rechterhand liegenden Betonbau, der die typischen Eigenschaften der Funktionsarchitektur der 1960er Jahre zeigt: Das Juridicum der Universität. Helle Außenmauern, breite Fensterfronten, lichte Gänge, als einziger Schmuck ein geometrisches Metalltableau von Victor Vasarely über dem Haupteingang. Frei von „falscher Repräsentanz“¹ sollte der Bau nach dem Wunsch der damaligen Landesregierung sein – und das ist in einem guten Sinne gelungen.²

Viel hat sich an dem Gebäude nicht getan, seit im Jahre 1967 Juristen und Volkswirte aus dem Schloss am Hofgarten in ihre neue Wirkungsstätte umzogen, die schon bald die steigenden Studentenzahlen nicht mehr fassen konnte. Nicht wenige Lehrstühle und Institute wurden früh auf benachbarte Altbauten verteilt, namentlich in die schönen Gründerzeitvillen der Lennéstraße hinter dem in jeder Vorlesungspause überfüllten Hof, durch den auch der Weg in die Hauptmensa der Universität an der Nassestraße führt.

Zwei Türme prägen die Gesamtarchitektur des Juridicums: der zur Adenauerallee gewandte Ostturm mit Blick über den Rhein zum Siebengebirge und der den Innenhof überschattende Westturm mit Perspektive über die Südstadt zum Kreuzberg. In diesem Westturm wurden bzw. haben Wolfgang Ernst und der Verfasser dieser Zeilen in den 1980er Jahren und zu Beginn der 1990er Jahre promoviert und habilitiert und ab 1996 bzw. 2000 – nach der Rückkehr von ersten Lehrstühlen in Tübingen bzw. Bielefeld – auch doziert, bevor unsere akademischen Reisepläne sich neuen Zielen zuwandten. Nicht wenige Juristen und Juristinnen haben in diesem fünfstöckigen Gebäude ihre ersten akademischen Sporen verdient oder nach ehrenvollen Rufen eine glänzende wissenschaftliche Laufbahn beschlossen – und manche auch beides. Und viele werden den Bau als vertraute wissenschaftliche Heimat bezeichnen. Die Arbeitszimmer und Bibliotheken sind praktisch, hell und bequem; Treppenhaus und Aufzug fördern einen

¹ So der damalige Minister für Landesplanung, Wohnungsbau und öffentliche Arbeiten des Landes NRW, *Kohlbase*, in: Friesenhahn (Hrsg.), *Juristen und Nationalökonom an der Universität Bonn*, 1970, 12.

² Zur Baugeschichte siehe *Schmoeckel*, *Das Juridicum: Das Bekenntnis der Universität zur Bonner Demokratie*, 2016, 13 ff.

steten Austausch zwischen den Angehörigen der auf den einzelnen Ebenen angesiedelten Instituten – und dies nicht nur, aber auch zum rechtswissenschaftlichen Gespräch. Ulrich Huber, seit Mitte der 1970er Jahre im Turm ansässig, brachte es schon vor vielen Jahren auf den Punkt: Wer eine juristische Frage nicht selbst lösen konnte, musste sich nur in das Treppenhaus des Westturms stellen – nach spätestens 20 Minuten würde ein Sachkenner mit der richtigen Antwort vorbeikommen.

II. Gründer und Nachfolger

Zu den Legenden aus der Gründerzeit des Juridicums gehört, dass die für dessen Planung zuständigen Mitglieder der Baukommission der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät die schönsten Zimmerfluchten für ihre eigenen Institute reservieren konnten. Ob das stimmt, lässt sich wohl nicht mehr nachprüfen. Die erste Generation der Turmbewohner war zum Ende der 1970er Jahre bereits fast vollständig ausgezogen: Im obersten Stockwerk lebte am Institut für Rechtsphilosophie noch für lange Zeit die Erinnerung an den großen Strafrechtler und Rechtsphilosophen Hans Welzel³ (emeritiert 1972) fort, dessen Schüler Armin Kaufmann⁴ am selben Institut von 1962 bis zu seinem eigenen frühen Tod im Jahre 1984 unerschütterlich die Vorzüge der ontologisch begründeten „finalen Handlungslehre“ lehrte. Ihm folgte 1986 Günter Jakobs⁵, ebenfalls ein Schüler von Hans Welzel, der den Schritt zu einer funktional-soziologischen Strafrechtstheorie vollzog. In unmittelbarer Nähe saß seit 1973 Helmut Marquardt⁶ auf dem Lehrstuhl des bereits seit 1937 in Bonn tätig gewesenen Hellmuth von Weber⁷. Marquardt sollte für 30 Jahre das Fach Kriminologie in Forschung und Lehre vertreten. Im vierten Stock hatte – ebenfalls im Jahre 1973 – Gerd Kleinheyer⁸ das Institut für Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte seines Lehrers Hermann Conrad⁹ übernommen. Gemeinsam mit seinem 1978 habilitierten Schüler Jan Schröder¹⁰ brachte er hier 1976 die erste Auflage der vielgelesenen „Deutschen Juristen aus fünf Jahrhunderten“ heraus. Auf diesem Stockwerk wirkte auch Marianne Bauer, die nach Promotion im Strafrecht und

³ *Engisch*, ZStW 90 (1978), 1; *Günter Stratenwerth*, in: Deutsche Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (Hrsg.), Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, 2011 (www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/83-welzel-hans [10.10.2025]).

⁴ *Korte/Horn/Stratenwerth*, in: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät (Hrsg.), In Memoriam Armin Kaufmann. Reden gehalten am 1. Februar 1986 bei der Gedenkfeier der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 1986.

⁵ *Pawlik*, JZ 2007, 778.

⁶ https://de.wikipedia.org/wiki/Helmut_Marquardt (10.10.2025).

⁷ *Kaufmann*, MschrKrim 1970, 273.

⁸ https://de.wikipedia.org/wiki/Gerd_Kleinheyer (10.10.2025).

⁹ *Bader*, in: Rückert/Willoweit (Hrsg.), Die deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen, 1995, 327.

¹⁰ *Mertens*, JZ 2013, 565.

Habilitation im Zivilrecht seit 1970 als wissenschaftliche Rätin und Professorin mit großem pädagogischem Einsatz und nicht geringer Strenge Generationen von Studierenden in die Grundlagen des bürgerlichen Rechts einführte.

Das räumliche Zentrum des Westturms bildeten und bilden noch heute der dritte und der zweite Stock – und hier hatte sich gegen Ende der 1970er Jahre die Konstellation grundlegend geändert. Werner Flume¹¹, in Bonn tätig seit 1953, hatte auf dem zweiten Stockwerk souverän über zwei Institute geherrscht: das Institut für Römisches Recht und das Institut für Steuerrecht. Diese Personalunion wurde mit seiner Emeritierung aufgelöst. In der Leitung des Instituts für Römisches Recht trat 1977 mit Rolf Knütel¹² ein Schüler Max Kasers an seine Stelle; die Leitung des Instituts für Steuerrecht wurde 1979 Flumes Schülerin Brigitte Knobbe-Keuk¹³ übertragen, die aus Göttingen zurückberufen worden war. Möglich wurde diese Verselbständigung durch die Emeritierung von Heinrich Vogt, einem weiteren Romanisten (aus dessen Wirken mehr rheinische Anekdoten als wissenschaftliche Publikationen überliefert sind). Die Räumlichkeiten von Vogts Institut für vergleichende Rechtsgeschichte im dritten Stock wurden umgewidmet und dem Institut für Steuerrecht und seiner Direktorin Brigitte Knobbe-Keuk übergeben. Bereits 1974 war mit Horst Heinrich Jakobs¹⁴ der älteste wissenschaftliche Schüler von Werner Flume auf ein Ordinariat in Bonn im Institut für Römisches Recht zurückgekehrt und auch Flume selbst blieb im zweiten und dritten Stock des Westturms noch über Jahrzehnte präsent. Flumes letzte Assistenten Eduard Picker¹⁵ und Jan Wilhelm¹⁶ hatten nach Abschluss ihrer Habilitationsverfahren den Westturm in Richtung Tübingen (1979) und Passau (1980) verlassen. In guter Nachbarschaft mit Brigitte Knobbe-Keuk wirkte auf dem dritten Stock seit 1972 schließlich Klaus Schlaich¹⁷ als Direktor des Instituts für Kirchenrecht: zwei evangelische Pfarrerskinder, deren Forschungsgebiete – Kirchenrecht und Steuerrecht – nicht gegensätzlicher hätten sein können. Zuvor hatte – von 1966 bis 1971 – mit Knut Wolfgang Nörr¹⁸ bis zu seinem Weggang nach Tübingen ein Privatrechtler das Kirchenrecht mit seinen historischen Bezügen beforscht und gelehrt.

In den ersten Stock des Westturms, der bis heute das Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht beherbergt und dessen Bibliothek im Erdgeschoss residiert, war bei der Eröffnung 1967 als erster „Mieter“ Kurt Ballerstedt¹⁹ eingezogen, dessen grundlegende Habilitationsschrift über „Kapital, Gewinn und Ausschüt-

¹¹ Jakobs, Gedenkreden auf Frederick Alexander Mann, Brigitte Knobbe-Keuk, Werner Flume, 2011, 75 ff.

¹² Altmeppen/Lohsse/Reichard, ZRG RA 138 (2021), 893.

¹³ Jakobs, Gedenkreden auf Frederick Alexander Mann, Brigitte Knobbe-Keuk, Werner Flume, 2011, 33 ff. sowie zuletzt Hüttemann/Schön, DB 18/2025, M4.

¹⁴ Ernst, ZRG RA 141 (2024), 683; Picker/Wilhelm, JZ 2023, 300.

¹⁵ Picker, JZ 2025, 158.

¹⁶ Wilhelm, JZ 2020, 1059.

¹⁷ Heun, ZevKR 51 (2005), 1.

¹⁸ Helmholz, ZRG KA 105 (2019), 417.

¹⁹ Werner Flume, JZ 1978, 37.

tung bei Kapitalgesellschaften“²⁰ bis heute unser Verständnis der Rechtsregeln zu Aufbringung und Erhaltung des Gesellschaftskapitals prägt. Er war eng mit Werner Flume befreundet.²¹ Nach Ballerstedts Emeritierung im Jahre 1971 wurde zunächst sein Schüler Peter Raisch²² aus Kiel zurückberufen, ein nachdenklich-skeptischer Kopf, vor allem dem Kartellrecht und der Methodenlehre zugehört. Raisch brachte aus dem Norden seinen Assistenten Karsten Schmidt²³ mit, der nach Promotion und Habilitation in Bonn über Professuren in Göttingen und Hamburg zwanzig Jahre später den Weg nach Bonn zurückfinden sollte. Schon im Jahre 1977 wechselte Raisch an die Fernuniversität Hagen; für ihn kam 1980 Marcus Lutter²⁴. Bereits 1973 war der Serick-Schüler Ulrich Huber von der Universität des Saarlandes in das Bonner Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht eingezogen. Über nahezu zwanzig Jahre bildeten Ulrich Huber und Marcus Lutter gemeinsam das Direktorium des handelsrechtlichen Instituts – ganz unterschiedlich in ihren wissenschaftlichen Interessen und Temperamenten, doch einander in herzlicher Freundschaft zugetan.

III. Geistige Architektur

Aber besaß der Westturm neben der baulichen und personalen auch eine „geistige Architektur“, zwar nicht im Sinne eines einigenden Bandes, aber doch einer produktiven Wechselbezüglichkeit der Personen, Themen und Methoden? Drei Beobachtungen lassen sich formulieren:

Zum einen war der Westturm stark zivilistisch geprägt. Die Professoren in der Rechtsgeschichte, die Direktorin des Instituts für Steuerrecht, die beiden Fachvertreter des Römischen Rechts sowie die Direktoren des Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht verstanden sich sämtlich auch und zum Teil sogar in erster Linie als Vertreter des Bürgerlichen Rechts in Forschung und Lehre. Zwei von ihnen – Ulrich Huber und Horst Heinrich Jakobs – dürfen für sich in Anspruch nehmen, zu den prägenden Gestalten der deutschen Zivilrechtswissenschaft der letzten 50 Jahre zu gehören.²⁵ Aber auch Gerd Kleinheyer, Brigitte Knobbe-Keuk, Rolf Knütel und Marcus Lutter nahmen aktiv an der Lehre im Zivilrecht teil und traten immer wieder mit einzelnen bedeutsamen Publikationen zum Bürgerlichen Gesetzbuch hervor. Dass mit Werner Flume ein Jahrhundertjurist präsent war, der noch Jahrzehnte nach seiner Emeritierung grundlegend zum Bürgerlichen Recht publizierte (namentlich zum Bereicherungsrecht)²⁶, krön-

²⁰ Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, 1949.

²¹ Werner Flume, Lebenserinnerungen, 1998, 158.

²² Karsten Schmidt, NZG 2009, 56.

²³ Bitter, NZG 2019, 101; Florstedt, JZ 2019, 136.

²⁴ Hommelhoff, AG 2021, 533.

²⁵ Die Bedeutung ihrer Arbeiten zum Leistungsstörungenrecht kann – auch über die Schuldrechtsreform hinaus – nicht hoch genug eingeschätzt werden: Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969; Huber, Leistungsstörungen, Bd. 1 und 2, 1999.

²⁶ Werner Flume, Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, hrsg. v. Ernst, 2003.

te das Gesamttableau. Für die jüngeren Bewohner des Westturms war dies in ihrer Gesamtheit eine inspirierende Umgebung, wurde doch das Zivilrecht als Leitthema anerkannt und zugleich aus ganz unterschiedlichen Perspektiven beleuchtet.

Zwei weitere Qualitäten machten das wissenschaftliche Leben im Westurm aus: Zum einen die starke Betonung der historischen Sicht. Für das von Gerd Kleinheyer geführte Institut für Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte sowie für die Arbeiten an den Lehrstühlen von Horst Heinrich Jakobs und Rolf Knütel im Institut für Römisches Recht war dies eine Selbstverständlichkeit. Im vierten Stock saß mit dem späteren Trierer Ordinarius Franz Dorn ein Kenner des mittelalterlichen Rechts an einer Monographie zu den Landschenkungen der Merowinger.²⁷ Wolfgang Ernst stand seit seiner Promotion zum römischen Kaufrecht wie kein anderer für eine lebendige Verbindung zwischen dem Römischen Recht und dem Bürgerlichen Recht.²⁸ Aber auch im Institut für Steuerrecht wurden die historischen Grundlagen des geltenden Rechts nicht ignoriert,²⁹ im Institut für Kirchenrecht gehörte der geschichtliche Blick bei Klaus Schlaich und seinen Schülern Werner Heun³⁰ und später Stefan Koriath³¹ mit Selbstverständlichkeit zum Methodenkanon, und im Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht war mit Ulrich Huber ein Wissenschaftler mit breiter historischer Bildung aktiv. Gleiches galt für dessen Schüler Theodor Baums, bis 1985 als Habilitand im Erdgeschoss tätig, dessen „Beiträge zur Geschichte des Wirtschaftsrechts“³² vor allem des 19. Jahrhunderts im ersten Stock des Westturms ihren Anfang nahmen. Gemeinsam war allen diesen Bemühungen eine Sicht auf die Rechtsgeschichte, die stets den Bezug zum geltenden Recht suchte.³³ Es waren Rechtsfragen, die bei allen Beteiligten das Zentrum historischen Interesses bildeten, weniger die Sozial- oder Wirtschaftsgeschichte rechtlicher Institutionen. Wer historisch arbeiten wollte, fand in den Bibliotheken des Westturms reiches Material: Im vierten Stock die germanistische Literatur, aber auch das Allgemeine Landrecht und seine Kommentierungen, im dritten Stock die Kanonistik, im zweiten Stock die Arbeiten der Pandektisten, aber auch das aktuelle Schrifttum zum Römischen Recht, im ersten Stock schließlich die Literatur zum

²⁷ Dorn, Die Landschenkungen der fränkischen Könige: Rechtsinhalt und Geltungsdauer, 1991.

²⁸ Ernst, ZRG RA 91 (1982), 216 (Dissertation); ders., Eigenbesitz und Mobiliarerwerb, 1992 (Habilitationsschrift).

²⁹ Siehe etwa Knobbe-Keuk, in: FS für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd. II, 1978, 149; Schön, Der Nießbrauch an Sachen, 1992.

³⁰ Thiele, JZ 2017, 1156.

³¹ Koriath, Deutsche Verfassungsgeschichte, 2023.

³² Baums, Beiträge zur Geschichte des Wirtschaftsrechts, hrsg. v. Florstedt u. a., 2012.

³³ Gültig bis heute die Tagebuchnotiz von Werner Flumes Lehrer Fritz Schulz zu einem Gespräch unter Fachkollegen: „Man war einig, dass die Rechtsgeschichte zwecklos, die Behauptung, sie sei zum Verständnis des geltenden Rechts notwendig, leeres Gerede ist. Aber wer sich irgend welcher Gegenwarterscheinung hingiebt, wird ganz von selbst auch ihre Geschichte wissen wollen. Sie hat auch eine ethische Bedeutung, sie macht bescheiden und skeptisch.“ (Tagebucheintrag v. 17.6.1908, zitiert nach Ernst, in: Beatson/Zimmermann [Hrsg.], Jurists Uprooted: German-Speaking Emigré Lawyers in Twentieth-Century Britain, 2004, 105 [116]).

ADHGB und älteren Schichten der Handelsrechtsentwicklung – unter der väterlich-gemütlichen Aufsicht des noch von Kurt Ballerstedt eingestellten Bibliothekars Josef Stotzem.

Ein weiteres, wenn auch weniger stark ausgeprägtes, Gewicht lag in mehreren dieser Institute auf dem Gesellschaftsrecht. Mit seinen Monographien zur Personengesellschaft³⁴ und zur Juristischen Person³⁵ legte Werner Flume auch nach seiner Emeritierung noch Grundlagenarbeiten vor, die bis heute zur Entwicklung des Gesellschaftsrechts beitragen. Auch seine Schülerin Brigitte Knobbe-Keuk war mit einzelnen, jeweils einflussreichen Publikationen zum Gesellschaftsrecht hervorgetreten.³⁶ Die Direktoren des Instituts für Handelsrechts hatten schon in ihren Habilitationsschriften ihr künftiges gesellschaftsrechtliches Forschungsprogramm formuliert: Ulrich Huber mit seiner praxisorientierten Arbeit zu Gesellschafterkonten in der Personengesellschaft³⁷ und Marcus Lutter mit einer rechtsvergleichenden Schrift zum Kapitalschutz in den Gesellschaftsrechten der EWG-Mitgliedstaaten³⁸, die den Ausgangspunkt seines jahrzehntelangen Engagements für das Europäische Unternehmensrecht bildete. Die Grundpositionen waren durchaus konträr: Hier Flume und Knobbe-Keuk mit historischem Blick und konsequenter Dogmatik, dort Marcus Lutter mit fantasievoller, europäisch ausgerichteter Rechtspolitik, schließlich Ulrich Huber mit starker Orientierung an Rechtsprechung und Gestaltungspraxis. Aus dieser Perspektivenvielfalt konnte man etwas lernen und zu seiner eigenen Position finden.

IV. Gespräche

Der verbindende Geist des Westturms – wenn er sich denn finden lässt – kam in besonderer Weise in zwei Veranstaltungsreihen zur Geltung, die beide über viele Jahre, wenn nicht Jahrzehnte, in der Bibliothek des Instituts für Römisches Recht abgehalten wurden. An beiden nahmen nicht nur Bewohner des Westturms teil, sondern auch Juristen aus dem Ostturm (wo neben dem Strafrecht vor allem das Internationale Privatrecht, die Rechtsvergleichung und das Völkerrecht untergebracht waren) und anderen Instituten, sowie Studierende und auswärtige Gäste.

Die größte Tradition besaß das „Industrierechtliche Seminar“, dessen eigenwilligem Namen man seine Entstehung in den 1920er Jahren anmerkt. Nach dem ersten Weltkrieg von „Exzellenz“ Heinrich Göppert, dem vormaligen

³⁴ Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1, Die Personengesellschaft, 1977.

³⁵ Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/2, Die juristische Person, 1983.

³⁶ Knobbe-Keuk, in: FS für Kurt Ballerstedt, 1975, 239; dies., in: FS für Walter Stimpel, 1985, 187.

³⁷ Ulrich Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, 1970.

³⁸ Lutter, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, 1964.

Staatskommissar an der Börse Berlin, als Forschungseinheit eingerichtet, lebte das Industrierechtliche Seminar nach dem zweiten Weltkrieg als Vortragsformat fort, getragen durch einen Zusammenschluss der Institute für Handels- und Wirtschaftsrecht, für Steuerrecht und für Arbeits- und Sozialrecht (ansässig in der Lennéstraße unter Leitung von Bernd Baron von Maydell³⁹ und später von Meinhard Heinze⁴⁰) und finanziell unterstützt durch einen Förderverein unter der Ägide der Bonner Industrie- und Handelskammer. Mit drei bis vier Montagsvorträgen im Semester zu unterschiedlichen Aspekten des Wirtschaftsrechts aus der Sicht der Wissenschaft und der Praxis, aber auch der Gesetzgebung, zog das Industrierechtliche Seminar Hörer aus dem gesamten Rheinland an. Konkurrenz in Köln oder Düsseldorf gab es damals (noch) nicht. So saßen denn Wirtschaftsanwälte und Ministerialbeamte zwischen den Bänden der *Savigny-Zeitschrift* und lateinischen Folianten und diskutierten über die jüngsten Reformvorhaben der Bundesregierung. Die räumliche Nähe des Juridicums zu Bundesministerien und Bundestag, aber auch zu den Hauptniederlassungen der großen Wirtschaftsverbände, kam dem Industrierechtlichen Seminar zugute, wenn es den Veranstaltern darum ging, die richtigen Vortragenden mit dem richtigen Publikum zusammenzubringen.

Im selben Raum versammelte sich an einem anderen Wochentag in der Vorlesungszeit eine Gruppe von Habilitanden, Doktoranden und Studierenden, um gemeinsam „Digestenexegese“ zu betreiben. Geleitet wurden diese Sitzungen von Horst Heinrich Jakobs, dem es gelang, Verständnis und Empfinden für das herausragende Niveau der römischen Juristen auch denjenigen Teilnehmern zu vermitteln, die mit den historischen und institutionellen Grundlagen des Römischen Rechts nicht vertraut waren. Das Rezept war ganz einfach: Wir lesen über das Semester verteilt einen längeren Abschnitt aus den *Digesten*. Keiner bereitet sich inhaltlich auf die anstehenden Textstellen vor. Alles wird voraussetzungslos erarbeitet. Und schließlich ist nach eineinhalb Stunden pünktlich Schluss – das *Corpus Juris* wird zugeklappt. Erforderlich ist lediglich die Kenntnis der lateinischen Sprache. Die Faszination besteht darin, dass aus einer unvoreingenommenen Lektüre ein Gespräch über die angemessene Übersetzung der Textstellen zu den dort behandelten Fällen und Lösungen entsteht, welches unwillkürlich und unvermeidbar in ein Gespräch über die Überzeugungskraft der von den römischen Autoren entwickelten Ergebnisse und eingeführten Differenzierungen übergeht. Die Texte wirken frisch und unmittelbar auf den Leser und auch der Novize und der Dilettant (wie der Verfasser dieser Zeilen) erhalten eine Ahnung von der geistigen Leistung, die in diesem „unermesslichen Detail“⁴¹ ihren Niederschlag gefunden hat.

Sowohl die Nachmittage im Industrierechtlichen Seminar als auch die Abendsitzungen der Digestenexegese veränderten ihren Charakter, wenn Werner Flume zugegen war. Dann verwandelten sich Ordinarien in Schüler, wurden

³⁹ Boecken, NZS 2018, 570.

⁴⁰ Baron von Maydell, ZVersWiss 2003, 387.

⁴¹ Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, 11 f.

hochmögende Referenten zu Prüflingen. Die geistige Kraft, mit der Flume im unmittelbaren und anschaulichen Zugriff auf die jeweiligen Rechtsprobleme seinen Standpunkt formulierte, konnte einschüchtern, aber in ihrer „selbstverständlichen Richtigkeit“⁴² auch begeistern. Weder auswärtige Kollegen noch Ministerialdirektoren oder Vorsitzende Richter am Bundesgerichtshof wurden geschont. Aus ihren gelegentlich verärgerten Reaktionen konnte man ambivalente Empfindungen herauslesen: Widerspruch waren sie erkennbar nicht (mehr) gewohnt, aber der Treffsicherheit des Arguments konnten sie sich zumeist nicht verschließen.

Das Industrierechtliche Seminar, von dem oben bereits die Rede war, bildete schließlich auch die Keimzelle einer weiteren Institution: des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht. Es war in erster Linie die Initiative von Marcus Lutter, der unter dem Eindruck der Binnenmarktreformen der 1980er Jahre den Blick der Fakultät auf die Bedeutung der europäischen Vorgaben für die unterschiedlichen Zweige des wirtschaftlich relevanten Rechts (neben dem Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht auch das Steuerrecht, das Sozialrecht und das Arbeitsrecht) zu richten verstand. Im Jahre 1990 gegründet, besteht das Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht bis heute fort. Seine räumliche Ausgangsbasis schließt den Ostturm des Juridicums ein, wo mit Wulf-Henning Roth⁴³ ein großer Kenner des Internationalen Privatrechts und des Europäischen Unionsrechts ebenso aktiv war (und ist) wie Johannes Köndgen⁴⁴ als Spezialist für Rechtsvergleichung, Bank- und Kapitalmarktrecht, und schließlich auch Matthias Herdegen⁴⁵, der die öffentlich-rechtlichen Implikationen vor allem der Finanzwirtschaft begleitete. Für diese Vortragsreihe war die Bibliothek des Instituts für römisches Recht dann doch zu eng; von Anbeginn tagte das Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht in einem Hörsaal.

V. Familie

Es kann nicht überraschen, dass in der Nachfolge von Werner Flume gerade die im dritten und zweiten Stock gelegenen Institute für Steuerrecht und für Römisches Recht durch persönliche Nähe und sachliche Übereinstimmung verbunden waren. Mit einem Begriff von Ernst-Wolfgang Böckenförde⁴⁶ lässt sich von „befreundeten Instituten“ sprechen. Und dies auf mehreren Ebenen: Flume selbst war sowohl im Steuerrecht als auch im Römischen Recht präsent

⁴² Eine – im Westturm entstandene – kritische Würdigung des von Flume häufig formulierten Anspruchs auf „Richtigkeit“ findet sich bei *Schermaier*, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*: Werner Flume rechtsgeschichtlich, Rn. 43 ff., <https://forhistiur.net/media/zeitschrift/0903schermaier.pdf> (17.10.2025).

⁴³ *Ackermann/Köndgen*, in: FS für Wulf-Henning Roth, 2015, V ff.

⁴⁴ ZBB 2016, 141 (o.V.).

⁴⁵ https://de.wikipedia.org/wiki/Matthias_Herdegen (10.10.2025).

⁴⁶ Joachim Wieland berichtete dem Verf. vor Jahren aus seiner Freiburger Assistentenzeit, dass sein Lehrer Böckenförde dort „befreundete Lehrstühle“ von anderen Lehrstühlen unterschieden habe.

(und blieb dies bis zu seinem Tode im Jahre 2009). Horst Heinrich Jakobs und Brigitte Knobbe-Keuk waren seit ihren Promotions- und Habilitationsjahren eng befreundet. Nicht selten war das Sekretariat im Institut für Steuerrecht der Treffpunkt für gemeinsame Mittagessen zwischen dem Ehepaar Flume, Brigitte Knobbe-Keuk und Horst Heinrich Jakobs. Susanne Bartels betreute als Bibliothekarin über lange Zeit beide Institute, und mit Renate Salim-Panah war Flumes letzte Sekretärin nach dessen Emeritierung vom zweiten Stock in den dritten Stock zu Brigitte Knobbe-Keuk gewechselt, ohne ihre Arbeit für den Emeritus einzustellen. Mit Wolfgang Ernst und dem Verfasser dieser Zeilen waren in den 1980er Jahren zwei Nachwuchswissenschaftler aktiv, die sich schon aus Schulzeiten gut kannten und deren Familien befreundet waren. Stephan Schauhoff – damals Doktorand bei Jakobs und heute führender Steueranwalt – und Rainer Hüttemann – damals Doktorand bei Knobbe-Keuk und heute auf ihrem Lehrstuhl – verbindet bis heute ein freundschaftlich-gemeinsames Ringen um ein modernes Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht. Auch mit den Habilitanden von Rolf Knütel wurde der Austausch gepflegt: mit Ingo Reichard (heute Lehrstuhlinhaber in Bielefeld) zum Römischen Recht, mit dem späteren Passauer Professor Holger Altmeyden (der Flume leidenschaftlich nacheiferte) vornehmlich zum Gesellschaftsrecht. Die Grundlage war stets gleich: Strenge Dogmatik, historische Perspektive, der *strictly legal point of view*.⁴⁷

Und doch: Wer die heutige Kultur einer durch Kolleggruppen, gemeinsame Workshops und gelegentlich auch strategische Seilschaften geprägten Wissenschaftslandschaft kennt, darf nicht übersehen, wie stark gerade die Privatrechtswissenschaft noch in den 1980er Jahren individualisiert war. Fachgesellschaften für den Nachwuchs wie heute die „Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft“ existierten nicht; von den Altersgenossen an auswärtigen Fakultäten nahm man nur durch deren Publikationen in Fachzeitschriften Kenntnis, und Gemeinschaftsaufsätze waren seltene Ausnahmen. Auch im Westturm herrschten weder Kumpanei noch Gruppenarbeit. Den Kern des täglichen Tuns bildete das Schreiben an der eigenen Monographie – einer Dissertation oder einer Habilitationsschrift, über deren Inhalt und Fortgang man sich nur wenig austauschte. Es herrschte eben diejenige Mixtur aus persönlichem Wohlwollen und sachlicher Distanz, die Freiheit – einschließlich der Freiheit der Wissenschaft – ermöglicht und ausmacht. Auch die Lehrmeister – Flume, Jakobs oder Knobbe-Keuk – hielten sich zurück, konnten aber im richtigen Moment einen knappen, gewichtigen Rat geben. Von arbeitsrechtlichen Jahresgesprächen, von dem heute geforderten *Coaching* oder *Mentoring* des Nachwuchses war diese Lebenswelt weit entfernt.

⁴⁷ Dazu Ernst, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, 3 (15 ff.).

VI. Weite Welt

Für eine Woche im Jahr, zumeist zum Ende des Sommersemesters, kam die große weite Welt in den Westurm. Dann fand im Institut für Steuerrecht das jährliche Seminar zum Internationalen Wirtschaftsrecht statt, das Frederick Alexander Mann⁴⁸, Rechtsanwalt in London, führender Autor zum Internationalen Recht und Spezialist im Geldrecht, als Honorarprofessor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät abhielt. Aus einer jüdischen Familie in Frankenthal bei Mannheim stammend, hatte er nach Promotion in Berlin bei Martin Wolff⁴⁹ im Jahre 1933 Deutschland verlassen müssen und es in England und weltweit zu höchstem Ansehen gebracht. Seine in Studienzeiten begründete Freundschaft mit Werner Flume hatte ihn seit 1959 zu Vorlesungen nach Bonn geführt.⁵⁰ Bewundert für seinen scharfen Verstand und gefürchtet für sein scharfes Urteil, regierte er für eine Woche das Institut (und trieb über Jahrzehnte den Hilfskräften mit nahezu unmöglichen Literatursuchaufträgen den Schweiß auf die Stirn). Mann und Flume verkörperten für die Jüngeren nicht nur die Kraft und Leistungsfähigkeit hochklassiger Jurisprudenz; sie bildeten auch gemeinsam eine lebendige Verbindung zu Geist, Kultur und Leben der Berliner Juristenfakultät vor 1933.

Es ist auch das große Verdienst von Wolfgang Ernst, dass die briefliche Hinterlassenschaft von Mann heute an der Humboldt-Universität zu Berlin wissenschaftlich erschlossen wird⁵¹ und dass auch Manns lange unzugängliches autobiographisches Werk „Life and Cases“⁵² vor wenigen Jahren publiziert werden konnte. Doch liebte Mann auch den persönlichen Austausch bis hin zu *Legal Gossip*⁵³ aus der Fakultät. Und wenn er im Verlauf seiner Besuchswoche seine lange geplanten Gesprächsabende mit Flume, Kegel und Jakobs hinter sich hatte und der gemeinsame Abschlussausflug im Kreis der „Flume-Schule“ zum Rheinhotel Schulz in Unkel noch bevorstand, blieb ihm gelegentlich noch Zeit für ein Abendessen mit jüngeren Bewohnern des Westturms.

VII. Abschiede

Als Brigitte Knobbe-Keuk zum Wintersemester 1987 für ein akademisches Jahr das Amt der Dekanin der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät übernahm, hoffte sie darauf, dass ihr eine Bürde erspart werden würde: Aktive Kolle-

⁴⁸ Jakobs, in: *ders.*, Gedenkreden auf Frederick Alexander Mann, Brigitte Knobbe-Keuk, Werner Flume, 2011, 11; Collins, in: Beatson/Zimmermann (Hrsg.), *Jurists Uprooted: German-Speaking Emigré Lawyers in Twentieth-Century Britain*, 2004, 384.

⁴⁹ Mann, *Die Sachgründung im Aktienrecht*, 1932.

⁵⁰ Werner Flume, *Lebenserinnerungen*, 1998, 158 f.

⁵¹ Allen/Dannemann (Hrsg.), F. A. Mann: *The Lawyer and his Legacy*, 2024.

⁵² Mann, *Life and Cases: Manuscript of an Autobiography*, hrsg. v. Ernst, 2021.

⁵³ Collins, in: Beatson/Zimmermann (Hrsg.), *Jurists Uprooted: German-Speaking Emigré Lawyers in Twentieth-Century Britain*, 2004, 384 (440).

gen oder Kolleginnen aus der Fakultät zu Grabe tragen zu müssen. Doch schon nach wenigen Wochen im Amt musste sie sich im Namen der Kollegen und Studierenden von dem großen Pädagogen und Inhaber des Lehrstuhls für Internationales Privatrecht Jochen Schröder⁵⁴ (ansässig im Ostturm) verabschieden, der mit nur 54 Jahren einem Herzleiden erlegen war. Noch heute erinnern sich frühere Studenten – z.B. der spätere Habilitand von Ulrich Huber und heutige Professor in Marburg Johannes Wertenbruch (auch er ein Insasse des Westturms) – mit Begeisterung an Schröders Examensrepetitorium im Bürgerlichen Recht.

Niemand – und Brigitte Knobbe-Keuk am wenigsten – hätte damals auch nur entfernt daran gedacht, dass sie selbst nur wenige Jahre später in demselben Alter so tragisch aus der Mitte von Familie und Fakultät gerissen werden würde. Ihr Tod am 23. April 1995 bildete wohl die schärfste Zäsur in der Geschichte des Westturms, ein wahrhaft unvorhergesehenes Ereignis, das nicht nur für ihre Familie, sondern auch für ihre eigenen Schüler und für ihren Lehrer Werner Flume sowie ihre Mitschüler Horst-Heinrich Jakobs, Eduard Picker und Jan Wilhelm eine nie wieder geschlossene Lücke hinterließ.⁵⁵ Doch zeigte die Fakultät in dieser Notlage den notwendigen Zusammenhalt: Ulrich Huber übernahm es wie selbstverständlich, die am Lehrstuhl von Brigitte Knobbe-Keuk begonnene Habilitationsschrift von Rainer Hüttemann zum Personengesellschaftsrecht⁵⁶ weiter zu betreuen, und die Verfasser fortgeschrittener Dissertationen wurden von fachnahen Kollegen unter ihre Fittiche genommen.

Mit Brigitte Knobbe-Keuks Tod setzte die Ablösung derjenigen Kohorte von Professoren und Professorinnen ein, die im Laufe der 1970er Jahre als „zweite Generation“ die Leitung der Institute des Westturms übernommen hatte. Der Verfasser dieser Zeilen wurde 1996 auf den Lehrstuhl von Brigitte Knobbe-Keuk berufen – auch auf gemeinsamen Wunsch der in diesem Turm versammelten Zivilrechtslehrer. Ein Jahr danach kehrte Karsten Schmidt aus Hamburg an den Ort seiner Promotion und Habilitation zurück. Nur wenige Jahre später folgte Wolfgang Ernst aus Tübingen dem Ruf auf den Lehrstuhl seines Lehrers Horst Heinrich Jakobs. Mit ihm kamen seine wissenschaftlichen Assistenten Beate Gsell und Thomas Rüfner, die sich nach erfolgreicher Promotion in Tübingen in kurzer Zeit an der Bonner Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät habilitierten und heute in München und Trier wirken. Anders formuliert: Nicht nur der Jubilar und der Autor dieser Zeilen, sondern auch zwei der drei Herausgeber dieser Festschrift für Wolfgang Ernst haben im Westturm des Juridicums prägende Jahre ihres wissenschaftlichen Werdegangs verbracht. Die Geschichte schien sich zu wiederholen – beglaubigt durch die ununterbrochene

⁵⁴ Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät (Hrsg.), In Memoriam Jochen Schröder. Reden gehalten am 27. Januar 1989 bei der Gedenkfeier der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 1989.

⁵⁵ Siehe die Vorworte in: FG für Werner Flume zum 90. Geburtstag, 1998; GS für Brigitte Knobbe-Keuk, 1997.

⁵⁶ Hüttemann, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998.

Begleitung durch Werner Flume, der bis ins hohe Alter von 100 Jahren nicht nur für seine unmittelbaren Schüler, sondern auch für seine wissenschaftlichen Enkel zentrale Gesprächsinstanz war und blieb.

VIII. Epilog

Und doch wurde alles anders. Ich ging schon bald nach München zur Max-Planck-Gesellschaft, Wolfgang Ernst nach Zürich und später nach Oxford. Mit Werner Flume haben wir wenige Monate vor seinem Tod im Jahre 2009 noch seinen 100. Geburtstag feiern können. Von Ulrich Huber und Horst Heinrich Jakobs mussten sich Fakultätskollegen und Schüler im Jahre 2023 verabschieden,⁵⁷ von Marcus Lutter schon 2021 und von Rolf Knütel schon 2019.

Was bleibt, ist der Ort: der Westturm. In diesem werden nach wie vor Dissertationen und Habilitationsschriften verfasst, werden Aufsatzprojekte formuliert und begraben, Seminarabende gegeben, Prüfungsarbeiten korrigiert, Digesten gelesen, Vortragende angehört und kritisiert. Vielleicht wird der Turm auch eines Tages renoviert. Aber darauf kommt es nicht an. Die Qualität wissenschaftlicher Arbeit hängt nicht am Außenanstrich eines Betonbaus. Universitäres Leben und geistiger Austausch brauchen nicht viel. Manchmal genügt es, zur richtigen Zeit im richtigen Treppenhaus zu stehen.

⁵⁷ von Hagen/Schäfer-Gölz/Wertenbruch/Ernst/Roth, in: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät (Hrsg.), In Memoriam Ulrich Huber und Horst Heinrich Jakobs. Reden gehalten bei der Akademischen Gedächtnisfeier am 13. April 2024, 2025.

Heinrich Stoll (1891–1937)

Jan Schröder

I. Einleitung

Von den drei Repräsentanten der „Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz“ ist der bedeutende Schuldrechtsdogmatiker Heinrich Stoll wohl der am wenigsten bekannte.¹ Dies und der Umstand, dass er, wie Wolfgang Ernst, Inhaber eines Tübinger Lehrstuhls für Bürgerliches und Römisches Recht war, rechtfertigt vielleicht eine zusammenfassende Skizze von Heinrich Stolls Leben und Werk in diesem Band.

II. Leben²

Als Sohn des badischen Richters und späteren Ministerialrats im Justiz- und Unterrichtsministerium Wilhelm Stoll wurde Heinrich Stoll am 4. August 1891 in Weinheim an der Bergstraße geboren. Er war überall der Beste. Das Abitur legte er 1909 mit „sehr gut“ in Karlsruhe ab. Im Frühjahr 1914, nach sieben Semestern Rechtsstudium in Berlin, Heidelberg, Freiburg und München, bestand er in Heidelberg das Erste juristische (badische) Staatsexamen mit „gut“ als „erster unter 16“. Einige Monate arbeitete er als Rechtspraktikant, dann wurde er im August 1914 zum Heer eingezogen und leistete bis zum Januar 1919 Kriegsdienst, auch hier vielfach ausgezeichnet (Eisernes Kreuz I und II, Ritterkreuz II. Klasse des Zähringer Löwenordens mit Schwertern und Ehrenkreuz für Frontkämpfer). Danach setzte er die Praktikantenzeit fort, absolvierte im Herbst 1920 das Zweite juristische (badische) Staatsexamen mit „sehr gut“ und wiederum als Bester, diesmal „erster unter 23“. Es folgten mehrere Jahre im badischen Justizdienst, zunächst als Gerichtsassessor, dann als Staatsanwalt

¹ Aus der Literatur über Stoll sind vor allem hervorzuheben: *Sessler*, Die Lehre von den Leistungsstörungen. Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts, 1994; *Avenarius*, Stoll, Heinrich, in: NDB 25 (2013), 413 f. Weiterhin *Kreuzer*, Heinrich Stoll, in: Badische Biographien NF 2 (1987), 269–272; *Herbert Schneider*, Heinrich Stoll, 1891–1937, in: Ferdinand Elsener (Hrsg.), Lebensbilder zur Geschichte der Tübinger Juristenfakultät, 1977, 165–175. Nachrufe: *Heck*, AcP 144 (1938), 3–31; *Kreller*, ZRG (RA) 58 (1938), 449–54; weitere Nachweise bei *Avenarius* (s.o.), 414.

² Das Folgende nach der Personalakte des Akademischen Rektorats Tübingen = Universitätsarchiv Tübingen (UAT) 126/672; *Sessler* (Fn. 1), 16–22, und *Avenarius* (Fn. 1), 413.

in Karlsruhe und Heidelberg. 1921 heiratete er Doris Eberle, die Tochter eines Karlsruher Medizinalrats; das Ehepaar bekam eine Tochter und drei Söhne, unter ihnen der spätere Freiburger Zivilrechtsprofessor Hans Stoll (1926–2012).

Heinrich Stolls akademische Karriere hatte in demselben Jahr begonnen mit einer „summa cum laude“ bewerteten Dissertation bei Josef Partsch in Bonn über „Die Wirkungen des vertragsmässigen Rücktritts“. Im bürgerlichen und römischen Recht arbeitete Stoll weiter, habilitierte sich 1923 in Heidelberg bei Friedrich Endemann und Otto Gradenwitz über Rücktrittsvereinbarungen und erhielt noch in demselben Jahr ein Extraordinariat für römisches und bürgerliches Recht in Freiburg. Als 1927 eine außerordentliche Professur für bürgerliches Recht in Tübingen frei wurde, wechselte Stoll dorthin und bekam zugleich die persönlichen Rechte eines ordentlichen Professors. Nach dem Tod von Wilhelm von Blume war dann in Tübingen auch ein Ordinariat für römisches und bürgerliches Recht zu besetzen, das Stoll 1928 übertragen wurde. Er blieb in Tübingen trotz eines Rufs nach Leipzig im Januar 1935, den die Tübinger Universität durch Gehaltserhöhung, Zuwendungen an das Juristische Seminar, Errichtung eines „Instituts für Rechtserneuerung“ und ein Freisemester abwendete.³

Wie für alle war auch für Stoll die Machtübernahme durch die Nationalsozialisten ein tiefer Einschnitt in sein Leben. In die NSDAP ist er niemals eingetreten, gehörte allerdings der SA „bis zu deren Aufhebung“ an und nahm verschiedene Funktionen im „Bund nationalsozialistischer deutscher Juristen“ wahr; als besonders ehrenvoll galt seine Berufung in die „Akademie für Deutsches Recht“ 1934. Inwieweit seine verbalen Bekenntnisse zum Nationalsozialismus seinen politischen Überzeugungen wirklich entsprachen, wissen wir nicht. Immerhin war er ja von 1925 bis 1933 Mitglied der DVP gewesen, hatte den „formaljuristischen“ Rechtsstaatsgedanken als Grundlage des Privatrechts angesehen und die Grundrechte der Weimarer Verfassung nicht nur als „Programmsätze“, sondern als bindende Wertentscheidungen.⁴ An einer Reihe ganz unvölkischer liberaler Rechtsprinzipien – z.B. Existenz subjektiver Rechte, Selbständigkeit des Privatrechts gegenüber dem öffentlichen Recht⁵ – hielt er auch nach 1933 fest. Wohl nicht zufällig zog er mehrfach nationalsozialistische Kritik auf sich: 1934 beanstandete in der Zeitschrift „Deutsches Recht“ ein mit „G.K.“ zeichnender Autor Stolls Aufsatz über die „Auflösung von Mischehen“ zwischen Deutschen und Juden, in dem Stoll eine Anfechtung vor 1933 geschlossener Ehen im Prinzip ablehnt: Stoll spreche von einem wertfreien Faktum der Rasseverschiedenheit, „als ob nicht der ‚Wert‘ der Sache inhärierte!“ und er betrachte Fremdassigkeit nicht als Schuld, obwohl sie doch viel mehr sei, nämlich „ein Sein und damit viel grö-

³ Vereinbarung mit dem Kultministerium vom 2. März 1935, in der Personalakte UAT 126/272.

⁴ Stoll, Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 76 (1926), 134–206 (142, 146 ff.); ders., Artikel 152. Vertragsfreiheit, in: Hans Carl Nipperdey (Hrsg.): Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, 3. Band, 1930, 175–195 (182).

⁵ Stoll, Vertrag und Unrecht, 2. Halbband, 1936, 205 (jedoch „pflichtgebundene Befugnis“); ders., Die Gesetzgebung des Dritten Reiches auf dem Gebiet des Privatrechts, ZAKDR 1934, 137–140 und 178–182, und öfter.

ßer und intensiver“ als Schuld. Die Akademie für Deutsches Recht nahm Stoll jedoch in Schutz, und ihr stellvertretender Präsident Wilhelm Kisch versicherte ihm, zugleich im Namen ihres Präsidenten Hans Frank, dass so etwas nicht wieder vorkommen werde.⁶ Eine weitere Attacke ging 1936/37 von der „Parteiamtlichen Kommission zur Prüfung des N. S. Schrifttums“ aus.⁷ Die Kommission beanstandete in einem Brief an den Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 22. Oktober 1936 Stolls „Deutsches Bauernrecht“ von 1935 als „nur bedingt gelungen“, „wichtige Entwicklungsmomente“ seien „noch nicht berücksichtigt worden“, Stoll stütze sich „auf das Werk des [großgrundbesitzerfreundlichen] v. Rohr“ und es fehle „im allgemeinen eine eigene Stellungnahme des Verfassers zu einzelnen wichtigen Fragen“. Seltsamerweise wurden aber „Einwände gegen die Herausgabe des Werkes [...] von hier aus nicht erhoben“. Stoll wendete sich gegen diese substanzlose und fehlerhafte, außerdem völlig überflüssige Kritik in einer empörenden Stellungnahme, die er dem Akademiepräsidenten Frank auf dessen Anforderung am 14. April 1937 vorlegte. Inzwischen hatte er das Werk umgearbeitet; die Kommission wollte aber über diese veränderte 2. Auflage am 1. April 1937 (Schreiben an den Verlag) noch nicht entscheiden. Der ganze Vorgang traf Stoll wohl umso mehr, als er in der Kritik offenbar eine bloße Schikane sah, die beabsichtige, ihn „in der pflichtgemäßen Vertretung meiner wissenschaftlichen Überzeugung durch Zensurmaßnahmen zu behindern“.⁸

Schon im Herbst 1936 scheint der erst 45-jährige, überarbeitete und zuletzt nicht mehr erfolgsverwöhnte Stoll krank gewesen zu sein.⁹ Im Sommersemester 1937 musste er seine bereits begonnenen Vorlesungen abbrechen, in den Akten ist von „Lungenentzündung“ die Rede. Im Mai – vielleicht auch schon im April – lag er in der Klinik,¹⁰ am 19. Juni 1937 ist er gestorben. Die deutsche Rechtswissenschaft hatte, wie der Dekan Georg Eisser in seinem Nachruf schrieb, einen „ihrer Besten“ verloren.¹¹

⁶ Mitteilung Stolls vom 29. Juni 1934 an den Rektor mit Abschrift von Kischs Brief vom 12. Juni 1934, in der Personalakte UAT 126/272. Der Angriff von „G.K.“ (vielleicht Günther Küchenhoff?) war erschienen in: *Deutsches Recht* 1934, 241 ff. (243) vom 25. Mai 1934, Stolls Aufsatz in: *DJZ* 1934, Sp. 561 ff., Anfang Mai 1934. Der Vorgang scheint in der bisherigen Stoll-Literatur unbeachtet geblieben zu sein.

⁷ Die Einzelheiten mit den Schreiben der Kommission und Stolls Stellungnahme in der Personalakte UAT 126/272.

⁸ Vgl. auch *Sessler* (Fn. 1), 21 f.

⁹ In einem Brief an den Rektor vom 24. Juni 1937 berichtet der Tübinger Landgerichtspräsident, „im letzten Herbst hat mir sein [sc. Stolls] Aussehen schon Sorge gemacht“ (Personalakte UAT 126/272).

¹⁰ „An Lungenentzündung schwer erkrankt“: Dekan Eisser am 23. April 1937 an den württembergischen Kultminister; „erkrankt in der Klinik“: Doris Stoll am 3. Mai 1937. Beides in der Personalakte UAT 126/272.

¹¹ Dekan Eisser am 20. Juni 1937, in der Personalakte UAT 126/272.

III. Rechtsdogmatisches Werk

Stolls wissenschaftliche Produktion in den siebzehn Jahren von 1921 bis 1937 ist erstaunlich umfangreich.¹² Sein römisch-rechtliches Hauptwerk, die Habilitationsschrift „Die Rücktrittsverträge nach römischem und bürgerlichem Recht“ (1923), blieb ungedruckt; danach trat das römische Recht in Stolls Werk zurück, es folgten nur noch zwei Aufsätze und eine Reihe von Rezensionen. Der privatrechtliche Schwerpunkt, geltendes Recht und Rechtsreform betreffend, lag im Schuldrecht, hinzu kam die juristische Methodenlehre. Daneben finden sich gewichtige weitere Abhandlungen etwa zum Arbeitsrecht¹³ und zum Vereinsrecht¹⁴. Nach 1933 erscheinen dann auch Schriften zum Bauernrecht,¹⁵ außerdem setzt sich Stoll in einer Reihe von Beiträgen auch fächerübergreifend mit den nationalsozialistischen Rechtsreformen auseinander. Ich beschränke mich im Folgenden auf die schuldrechtlichen Arbeiten, insbesondere auf die Theorie der Leistungsstörungen.

1. Rücktritt und Verschulden bei Vertragsverhandlungen

Stolls Bonner Dissertation behandelt „Die Wirkungen des vertragsmässigen Rücktritts“.¹⁶ Entgegen der damals ganz herrschenden Meinung, nach welcher der Rücktritt zum Erlöschen des Schuldverhältnisses führt („Auflösungstheorie“), spricht sich Stoll für eine „Umwandelungslehre“ aus, wonach das Schuldverhältnis mit verändertem Inhalt fortbesteht.¹⁷ Stolls Theorie hat sich in der Folgezeit durchgesetzt und wird heute kaum noch bestritten. Letztlich erfolgreich bekämpft Stoll acht Jahre später auch eine weitere, in Rechtsprechung und Lehre damals fast einhellige Auffassung, nämlich, dass der Rücktritt nach §§ 325, 326 BGB einen gleichzeitigen vertraglichen Schadensersatzanspruch (auf das negative Interesse) ausschließe.¹⁸ Mit interessenjuristischen und rechtsvergleichenden Ausführungen widerlegt er eindrucksvoll die doktrinaire, von ihm schon in seiner Dissertation kritisierte Begründung, der Rücktritt vernichte das gesamte

¹² Bibliographien von Heck, AcP 144 (1938), 3–31 (24–31); Sessler (Fn. 1), 218–226.

¹³ Stoll, Die Auflösung des nichtrechtsfähigen Vereins und seine Tariffähigkeit, AcP 133 (1931), 78 ff.; ders., Die Lehre vom Betriebsrisiko und die Neuordnung des Arbeitsrechts, Deutsches Arbeitsrecht 2 (1934), 199 ff., 253 ff.

¹⁴ Stoll, Gegenwärtige Lage der Vereine ohne Rechtsfähigkeit, in: Otto Schreiber (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Band 2, 1929, 49 ff. (ein brillantes Plädoyer für eine rechtsfortbildende Verbesserung der Rechtsstellung nichtrechtsfähiger Vereine).

¹⁵ Stoll, Deutsches Bauernrecht, 1935, 2. Aufl. 1938, ergänzt von Fritz Baur; Stoll, Beiträge zum Erbhofrecht, AcP 143 (1937), 215 ff.

¹⁶ Stoll, Die Wirkungen des vertragsmässigen Rücktritts, Jur. Diss. Bonn 1921 (nur in maschinenschriftlicher Vervielfältigung vorhanden; ich habe das Exemplar des Tübinger Juristischen Seminars, Signatur E IV c 376, benutzt).

¹⁷ Stoll, Die Wirkungen (Fn. 16), 21 ff. Zu den „Auflösungstheorien“ 13 ff.

¹⁸ Stoll, Rücktritt und Schadensersatz, AcP 131 (1929), 141–185. Die Minderheitsmeinung wurde damals vor allem von Herholz, Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung – Ein Rechtsgrund für negative Interessesprüche trotz Rücktritt und Wandlung, AcP 130 (1929), 257–324, vertreten.

Schuldverhältnis und lasse keine weiteren vertraglichen Ansprüche mehr zu.¹⁹ Aber erst durch die Schuldrechtsreform 2002 wurde dann ein neuer § 325 BGB geschaffen, der ein Nebeneinander von Rücktritt und Schadensersatz erlaubt.

Über gängige Ansichten hinaus führt auch schon Stolls Auseinandersetzung mit der Lehre von der *culpa in contrahendo*, die 1923 erschien.²⁰ Seine Kritik richtet sich vor allem gegen die herrschende Meinung, es gebe keine Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, „solange kein gültiger Vertrag nachfolgt“.²¹ Die Parteien wären danach rückwirkend zu besonderer Aufmerksamkeit verpflichtet: „Wie sie das wohl machen sollen?“²² Stoll unterscheidet beiläufig auch schon zwischen dem Verhalten bei den Vertragsverhandlungen selbst und im bloßen Vorfeld des Vertragsabschlusses, wie in dem berühmten Linoleumrollenfall. Aber seine Deutung, die Haftung stütze sich auf ein vorvertragliches Schuldverhältnis, das durch „einseitiges Rechtsgeschäft“ (Vertragsangebot oder Aufforderung zum Eintritt in Vertragsverhandlungen) zustande komme,²³ setzt doch noch ein enges kontraktuelles Verständnis der *culpa in contrahendo* voraus, das später nicht mehr allgemein geteilt wird.

2. Leistungsstörungen

Die vielleicht größte, wenn auch nicht immer als solche erkannte, Nachwirkung hatte Stoll mit seiner Theorie der Leistungsstörungen (dieses Wort verwendet er erst nach 1933). Ausgangspunkt ist sein Aufsatz über die positive Vertragsverletzung von 1932 (a), in einer Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht arbeitet er die Theorie weiter aus (b), schließlich gehen wichtige Elemente seiner Lehre in die Schuldrechtsreform 2002 ein (c).

a) Grundlegung: „Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung“

Der Aufsatz zur positiven Vertragsverletzung erschien 1932.²⁴ Stoll prophezeit, dass diese Lehre „historisch betrachtet kein Ruhmesblatt der deutschen Rechtswissenschaft sein“ werde²⁵ und er hat damit recht behalten. Zwar enthalte das BGB in der Tat, wie Hermann Staub, der Erfinder der Lehre, behauptet hatte, eine Lücke, da die Fälle der positiven Vertragsverletzung neben Unmöglichkeit und Verzug nicht ausdrücklich geregelt seien. Aber diese Lücke sei „nicht so

¹⁹ Dies wird noch in *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 29. Aufl. 1970, vor § 346, Anm. 1 a, als „noch hM“ bezeichnet. Der Bearbeiter *Heinrichs* vertritt aber, u.a. mit Berufung auf einen anderen Aufsatz Stolls, die Gegenansicht (vor § 346, Anm. 1 b).

²⁰ *Stoll*, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht* 1923, Sp. 532–548. Es handelt sich um eine etwas veränderte Druckfassung seines Heidelberger Habilitationsvortrags (*Sessler* [Fn. 1], 18).

²¹ *Stoll*, Haftung für das Verhalten (Fn. 20), *LZ* 1923, Sp. 538.

²² *Stoll*, Haftung für das Verhalten (Fn. 20), *LZ* 1923, Sp. 540.

²³ *Stoll*, Haftung für das Verhalten (Fn. 20), *LZ* 1923, Sp. 544.

²⁴ *Stoll*, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre, *AcP* 136 (1932), 257–320.

²⁵ *Stoll*, Abschied (Fn. 24), *AcP* 136 (1932), 257, 260.

riesengroß“, da § 276 BGB an sich dazu bestimmt sei, alle Fälle von Vertragsverletzung zu regeln (Stoll folgt hier der Ansicht von Juri Himmelschein²⁶) und das BGB zumindest den „allgemeinen Grundsatz“ enthalte, dass jede Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig mache. Wie ist die Lücke zu schließen? An die Stelle der Dreiteilung von Unmöglichkeit, Verzug und positiver Vertragsverletzung muss ein an den Interessen orientiertes System treten. Dabei ergibt sich, dass einerseits Leistungsinteressen des Gläubigers bestehen, die vereitelt (Unmöglichkeit), beeinträchtigt (Verzug und Teilunmöglichkeit) oder gefährdet sein können, andererseits Schutzinteressen im Hinblick auf die sonstigen (auch deliktisch geschützten) Rechtsgüter des Gläubigers. Der Schadensersatzanspruch richtet sich auf Ersatz des Leistungsinteresses oder auf Entschädigung für die Verletzung des Schutzinteresses. Die positive Vertragsverletzung hat in diesem System keinen Platz mehr, es „geht mitten durch die üblichen Gruppenbildungen der pVV. [...] hindurch“.²⁷ Stolls Theorie läuft also auf ein „System der Forderungsverletzungen schlechthin“²⁸ hinaus mit dem „Oberbegriff“: „jede schuldhaft Verletzung einer Verbindlichkeit verpflichtet zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens“, und auf eine scharfe, bisher so nicht gemachte, Unterscheidung zwischen Leistungs- und Schutzpflichten des Schuldners.

b) Gesetzesvorschlag: „Die Lehre von den Leistungsstörungen“

Von 1934 an war Stoll Mitglied der Akademie für Deutsches Recht und gehörte dem Ausschuss für Personen-, Vereins- und Schuldrecht an. Diesem legte er 1934 den Entwurf einer Theorie der Leistungsstörungen vor, dessen endgültige Fassung nach zweimaliger Beratung 1936 im Druck erschien.²⁹ Das Wort „Leistungsstörungen“ scheint von Stoll erfunden worden zu sein;³⁰ im AcP-Aufsatz von 1932 hatte er noch von „Forderungsverletzung“ gesprochen. Den Grundgedanken des AcP-Aufsatzes, dessen „Oberbegriff“, bringt er in einer zentralen Generalklausel unter: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig seine Verpflichtung (Leistungspflicht oder Schutzpflicht) verletzt, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“ (§ 3 Abs. 1, der den alten § 275 BGB ersetzen soll).³¹ Damit beseitigt er entsprechend dem Aufsatz von 1932 das alte System der Leis-

²⁶ Himmelschein, Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, AcP 135 (1932), 255–327. Dazu Stoll, Abschied (Fn. 24), AcP 136 (1932), 257, 279 f. Lücke „nicht so riesengroß“ (281), „allgemeiner Grundsatz“ (282).

²⁷ Stoll, Abschied (Fn. 24), AcP 136 (1932), 257, 301. Sein interessenorientiertes System („teleologische Betrachtungsweise“) entwickelt Stoll S. 286 ff.

²⁸ Stoll, Abschied (Fn. 24), AcP 136 (1932), 257, 315–317.

²⁹ Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen. Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht, 1936. Zur Entstehungsgeschichte dort S. III f. und die Materialien bei Werner Schubert (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht 1933–1945. Protokolle der Ausschüsse. Band 3, 3: Ausschuss für Personen-, Vereins- und Schuldrecht 1934–1936, 1990, 148 ff. Siehe auch die Einleitung von W. Schubert, 23–31.

³⁰ Zur Bedeutung des Wortes Stoll, Die Lehre (Fn. 29), 13: „Hemmungen und Hindernisse..., die bei der Verwirklichung des Zieles des Schuldverhältnisses entstehen“. Zur Vorgeschichte einiges bei Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Band 1, 1999, § 1, I 1, S. 3.

³¹ Stoll, Die Lehre (Fn. 24), 62.

tungsstörungen: Die „positive Vertragsverletzung“ entfällt, der „Unmöglichkeitsbegriff“ wird ganz aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch verbannt³², und nur für den Verzug gibt es noch einige Regelungen. Sogar die *culpa in contrahendo* soll durch die Generalklausel erfasst sein, da nach § 2 Abs. 1 die Verpflichtungen von Schuldner und Gläubiger schon mit den Vertragsverhandlungen beginnen. Stolls Lehre war aber im NS-Staat erfolglos, die folgenden Entwürfe entfernten sich wieder von seinen Vorstellungen und näherten sich immer mehr der früheren Rechtslage an.³³

Spezifisch nationalsozialistischen Charakter hat Stolls Entwurf wohl kaum. Zwar ist der Autor im zweiten Kapitel seiner Denkschrift darum bemüht, die Reformvorschläge auf die „nationalsozialistische Rechtsidee“ zurückzuführen,³⁴ nämlich auf den „Gemeinschaftsgedanken“, den „Treuegedanken“ und die „sozialistische Gestaltung“. Aber mit einer Ausnahme kommt dabei nur heraus, was auch schon vor 1933 anerkannt war (an anderer Stelle hatte Stoll ohnehin geschrieben, dass die „nationalsozialistische Rechtsanschauung“ nicht schon bestimmte Rechtssätze vorgebe³⁵). Der Gemeinschaftsgedanke soll Verstöße gegen die guten Sitten und das Gesetz verhindern und Gesichtspunkte liefern für die Beurteilung der überobligationsmäßigen Schwierigkeit, der wirtschaftlichen Unmöglichkeit usw. im Sinne der Heck'schen „Opfergrenze“,³⁶ und die Treupflicht³⁷ soll vor allem die Schutzpflichten begründen, die in der Sache bei der „positiven Vertragsverletzung“ und der *culpa in contrahendo* längst vorausgesetzt wurden. Neu ist nur die „sozialistische Gestaltung“. Sie besteht insbesondere in einem strengeren Vorgehen gegen allgemeine Geschäftsbedingungen, was sich in § 7 Abs. 2 und § 33 Abs. 1 (Grenzen der Freizeichnung) des Entwurfs niederschlägt. Aber das ist ja auch aus heutiger Sicht keine missbilligswerte „völkische“ Fortentwicklung des Schuldrechts.

c) Stolls Lehre und das Leistungsstörungenrecht nach 1945

In Stolls „Lehre von den Leistungsstörungen“ sind also wesentliche Elemente – auf die wir uns im Folgenden beschränken –: 1) die generalklauselartige Zusammenführung von Verzug, positiver Vertragsverletzung und Unmöglichkeit,

³² Stoll, Die Lehre (Fn. 24), 63. Allerdings erhalten die „Haftung für persönliche Fähigkeiten“ (§ 4, S. 63) und die „Berufung auf außergewöhnliche Umstände“ (§ 11, S. 67) noch besondere Normierungen, die sich mit der alten Unmöglichkeitstheorie verbinden.

³³ Darstellung bei Sessler (Fn. 1), 176–179.

³⁴ Stoll, Die Lehre (Fn. 24), 6–12.

³⁵ Stoll, Juristische Methode (Praktische Grundforderungen der Interessenjurisprudenz und ihre Bedeutung in unserer Zeit), in: Leben in der Justiz. Vorträge und Erlebnisse aus der ersten Schulungswoche preußischer Gemeinschaftsleiter, in amtlichem Auftrage zusammengestellt von Heinrich Richter, 1934, 83–113 (98): keine „einfache Ableitung“, nur „allgemeine Richtlinien und oberste Grundsätze“. Ebenso ders., in: Vertrag und Unrecht (Fn. 5), 1. Halbband, 85, wo er die Vorstellung von Larenz ablehnt, die „völkische Gesamtordnung“ könne „in erster Linie den Inhalt“ eines Vertrages bestimmen.

³⁶ Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, § 28, 85 ff.

³⁷ Kritisch dazu Haferkamp, Wege zur Rechtsgeschichte: Das BGB, 2022, 220: völlig freie Konstruktion von Nebenpflichten, deren Gefahren Stoll allerdings gesehen habe (222).

2) die Eliminierung bzw. Einebnung der beiden letzten, 3) die Einbeziehung der *culpa in contrahendo* in die Generalklausel und 4) die Unterscheidung von Leistungs- und Schutzpflichten. Der Ausdruck „Leistungsstörungen“, wenn er auch zuweilen als ungenau empfunden wird,³⁸ hat sich durchgesetzt. Die Generalklausel und die Zweiteilung der Pflichten sind Gesetz geworden. Dagegen konnte man sich zu einer „Verbannung des Unmöglichkeitsbegriffs“ aus dem BGB und zur Integrierung der *culpa in contrahendo* in die Generalklausel in der Schuldrechtsreform 2002 und in der langen ihr seit den 1980er-Jahren vorausgehenden Diskussion³⁹ nicht entschließen.

Der Weg zur Schuldrechtsreform⁴⁰ beginnt mit einer Reihe von Gutachten, die das Bundesministerium der Justiz in Auftrag gegeben hatte. Ulrich Hubers Gutachten zu den Leistungsstörungen⁴¹ schlägt eine Generalklausel vor (neuer § 275 Abs. 1), nach welcher der Gläubiger bei „Nichterfüllung“ Schadensersatz verlangen kann.⁴² Sein Vorbild ist dabei mehr das „Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen“⁴³ als Stolls Theorie der Leistungsstörungen. Huber kannte Stolls Arbeiten jedoch gut und zitiert vor allem den AcP-Aufsatz von 1932.⁴⁴ Er folgt Stoll in der Sache auch bei der Eliminierung der Unmöglichkeit. Dagegen möchte er die *culpa in contrahendo* ganz weglassen, weil es hier kein „einheitliches Prinzip“ gebe, und hält die Unterscheidung von

³⁸ Huber, Leistungsstörungen, Band 1, (Fn. 30), § 1, I 1, S. 4–6, zieht, wie in seinem Gutachten von 1981, den Ausdruck „Nichterfüllung“ vor. Siehe z.B. auch Harm Peter Westermann/Peter Bydlinski/Ralph Weber, BGB – Schuldrecht Allgemeiner Teil (= Schwerpunkte Band 2), 6. Aufl., 2007, § 5, Rn. 5/1, S. 85: die Verletzung von Schutzpflichten könne man nicht „Leistungsstörung“ nennen.

³⁹ In der Rechtslehre blieb fast alles umstritten: 1) Gegen die Generalklausel waren z. B. Diederichsen, Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts, AcP 182 (1982), 101–125 (117 ff.); Wolfgang Ernst, Kernfragen der Schuldrechtsreform, JZ 1994, 801–809 (805 f., 809, mit weiteren Nachweisen); entgegen seiner früheren Ansicht auch Ulrich Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, 2001, 31–183 (93–107, „Begriffsjurisprudenz“: 94 f.). 2) Für Beibehaltung einer Vorschrift über Unmöglichkeit, sprach sich bei der Regensburger Tagung 2000 eine Reihe von Teilnehmern aus: Diskussionsbericht zum Referat Huber, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft (s.o.), 185–189 (187). 3) Gegen die Einbeziehung der *culpa in contrahendo* u.a.: Huber (unten Fn. 41), 746; für eine Regelung, aber außerhalb einer Generalklausel: Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in: Gutachten und Vorschläge (wie unten Fn. 41), 479–550 (Zusammenstellung der Vorschläge 547–550). 4) Gegen die Unterscheidung von Leistungs- und Schutzpflichten Huber (unten Fn. 41), 737 f.

⁴⁰ Zur Geschichte von den Gutachten bis zur Verabschiedung des Gesetzes siehe die Einleitung von Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, IX–XI. Der Band enthält die Dokumente aus der letzten Phase der Reformarbeiten 2000/2001.

⁴¹ Ulrich Huber, Leistungsstörungen, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, 647–909.

⁴² Der Text mit Begründung in Huber, Gutachten (Fn. 41), 779 ff.

⁴³ BGBl. I 1973, 856.

⁴⁴ Etwa in Huber, Gutachten (Fn. 41), 781 zu den „Formen“ des Schadensersatzanspruchs (AcP 136 [1932], 257, 293), 736–738 zu Stolls Unterscheidung zwischen Leistungs- und Schutzpflichten, später auch viele Hinweise auf Stoll in: Huber, Leistungsstörungen (Fn. 30), 2 ff.

Leistungs- und Schutzpflichten für deliktsrechtlich überholt.⁴⁵ Damit war eine zwanzigjährige Diskussion eröffnet, die eine erste Fixierung im „Abschlußbericht“ der Schuldrechtskommission von 1992 fand. Die Generalklausel wird beibehalten, aus der Huberschen Haftung für „Nichterfüllung“ eine für „Pflichtverletzung“.⁴⁶ Schon durch diesen Kommissionsvorschlag von 1992 erhielt der heutige § 280 BGB seine spätere endgültige, mit der von Stoll (der allerdings nicht erwähnt wird) fast wortgleiche Fassung.⁴⁷ Fast selbstverständlich geworden und seit 2002 durch § 241 Abs. 1 und 2 BGB abgesichert, ist auch die Unterscheidung von Leistungs- und Schutzpflichten. Andere Vorstellungen von Stoll hatten weniger Erfolg. Zwar ist die „positive Vertragsverletzung“ endgültig verschwunden, und der Entwurf von 1992 verzichtet auch, wie Stoll, auf eine Vorschrift über Unmöglichkeit. Sie kommt jedoch durch den späteren, erneuerten § 275 wieder in das BGB hinein. Auch Stolls Idee, die *culpa in contrahendo* mit der Generalklausel zu erfassen, wird nicht Gesetz; heute gibt es eine besondere Regelung durch § 311 BGB.

Aber der Grundgedanke von Stolls Theorie bestimmt doch (nach siebzig Jahren!) das geltende deutsche Recht der Leistungsstörungen: Ein zusammenfassender Begriff für die Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis – für alle von ihnen eine einheitliche Schadensersatznorm – und eine scharfe Unterscheidung zwischen Leistungs- und Schutzpflichten. Darüber, ob das den Rang einer „juristischen Entdeckung“⁴⁸ hat, kann man streiten. Vielleicht hat Stoll nicht einen ganz neuen Grundbegriff erfunden wie etwa „*culpa in contrahendo*“ oder „Gestaltungsrecht“, oder eine grundlegende Unterscheidung entdeckt, wie etwa die zwischen Vertretungsmacht und Grundverhältnis bei der Stellvertretung. Aber seine Zerlegung der amorphen „positiven Vertragsverletzung“ in ihre Bestandteile und die sich daraus ergebende Neusystematisierung der schuldrechtlichen Pflichten gehört sicherlich zu den bedeutenden zivilrechtsdogmatischen Leistungen des 20. Jahrhunderts.

⁴⁵ Huber, Gutachten (Fn. 41), 758 (es sei besser, die Unmöglichkeit „durch desuetudo der Vergessenheit anheimfallen lassen“), 746 (kein einheitliches Prinzip der *culpa in contrahendo*). Zu Leistungs- und Schutzpflichten s. die vorige Fn. Weitere Äußerungen Hubers zu Stoll bei Stoeckle, Die Arbeitsweise von Ulrich Huber und seine Konzeption des Leistungsstörungenrechts, Jur. Diss. Regensburg 2007, 202 ff., 232 f.; Sessler (Fn. 1), 205 f., dort 200 ff. auch eine ausführliche Darstellung der Einflüsse Stolls auf die deutsche Dogmatik der Leistungsstörungen nach 1945 bis um 1990.

⁴⁶ Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992: Neuer § 280, 128. Begründung für die Wortwahl S. 130, sie wird auf einen „Vorschlag von Diederichsen (AcP 182 [1982], 101, 117 ff.)“ zurückgeführt. Diederichsen hatte allerdings nur von der „Verletzung von Schutz- und Verhaltenspflichten“ (119) gesprochen und die Generalklausel überhaupt abgelehnt.

⁴⁷ Stoll, Die Lehre (Fn. 24), 62 (§ 3): „Wer vorsätzlich oder fahrlässig seine Verpflichtung (Leistungspflicht oder Schutzpflicht) verletzt, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“. Abschlußbericht (Fn. 46), 128 (§ 280): „Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens verlangen“, ebenso der endgültige § 280 Abs. 1 S. 1 BGB.

⁴⁸ Dölle, Juristische Entdeckungen, 1958; Hoeren (Hrsg.), Zivilrechtliche Entdecker, 2001.

IV. Methodenlehre

1. Stolls Weg zur Interessenjurisprudenz

Von Anfang an steht Stoll auf dem Boden der neuen Methode des frühen 20. Jahrhunderts: Das Recht ist nicht, wie die historische Rechtsschule angenommen hatte, ein in sich geschlossenes vernünftiges, organisches Ganzes, das aus den Begriffen und systematischen Zusammenhängen erklärt werden kann, sondern ein Willensprodukt der Rechtsgemeinschaft. Es ist grundsätzlich aus seinen Zwecken heraus zu verstehen: aus der „Begriffsjurisprudenz“ wird eine „Zweckjurisprudenz“. Als „Zweckjurist“ erscheint Stoll schon in seiner Dissertation von 1921⁴⁹, während er die elaborierteste Variante der Zweckjurisprudenz, nämlich die Interessenjurisprudenz, hier noch nicht im Blick hat. Das ändert sich in seiner Abhandlung über „Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre“ (1926), die auf seiner Freiburger Antrittsrede 1924 beruht. Unter Berufung auf die beiden Vertreter der Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz, Philipp Heck und Max Rümelin, sieht er nun in jeder Norm eine Interessenabwägung. In der Gesetzgebung, „kommen die Interessengegensätze innerhalb der Rechtsgemeinschaft zum Austrag“, sie ist eine „Fixierung des Kräfteausgleichs“ (Rümelin), „und jeder selbständige Rechtssatz enthält ein mittelbares Werturteil über die ihm zugrunde liegenden Interessengegensätze“.⁵⁰ Aus diesem Werturteil – was ist zu bevorzugen und was nicht? – ergeben sich dann natürlich auch die Zwecke, die ein Gesetz verfolgt.

2. Traditionelle und neue Elemente der Interessenjurisprudenz bei Stoll

Die Interessenabwägung des historischen Gesetzgebers ist nach Philipp Heck auch für die *Rechtsanwendung* maßgeblich („subjektive“ Theorie), also nicht der aktuell vernünftig erscheinende Sinn des Gesetzes („objektive“ Theorie).⁵¹ Das betont auch Stoll mit Nachdruck: „Die in der Rechtsordnung vorgezeichnete Interessenabgrenzung darf in der Rechtsanwendung nicht verschoben werden“, die „objektive“ Theorie ist „für unsere rechtsstaatliche Auffassung [...] unannehmbar“.⁵² Hat das Gesetz Lücken, dann muss der Rechtsanwender in anderen Gesetzen nach Interessenabwägungen suchen, die auf den zu entscheidenden Fall passen („Fernwirkung“), also mit Analogien arbeiten, und wenn auch das nicht gelingt, muss er „selbst die Interessen werten“, denn „eine feste objektive Wertskala“ fehlt. Schließlich stellt sich die Frage der Gebotsberichtigung: sie soll dann möglich sein, wenn „höhere Gebote der positiven Rechtsordnung“ (neue Gesetze oder Gewohnheitsrecht) von der historischen Interessen-

⁴⁹ Stoll, Die Wirkungen (Fn. 16), 25 f.: es „werden entscheidende Schlüsse für oder gegen eine Lehre nur aus ihrer Zweckmäßigkeit und Folgerichtigkeit bei praktischer Verwertung gezogen werden können“.

⁵⁰ Stoll, Rechtsstaatsidee (Fn. 4), 160.

⁵¹ Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, 59 ff.

⁵² Stoll, Rechtsstaatsidee (Fn. 4), 161, 167.

abwägung abweichen.⁵³ Damit sind die Anwendungsprobleme aber noch nicht erschöpft, denn der Gesetzgeber kann auch Generalklauseln („Blankettbegriffe“ wie Billigkeit, Treu und Glauben) oder unbestimmte Begriffe („Würdigungsbegriffe“ wie Verkehrssitte, Anstand) benutzen, die überhaupt keine sichere Subsumtion zulassen. Sie erfordern einen Rückgriff auf die „Anschauung der Allgemeinheit“, deren Feststellung jedoch letztlich in der Hand des Richters liegt.⁵⁴

Bis hierhin hält sich Stoll noch im Rahmen der Heck-/Rümelinschen Theorie; er spricht insofern auch schon von der „Tübinger Schule“,⁵⁵ der er dann später selbst angehörte. Über sie hinaus gehen vor allem seine Vorstellungen vom Verfahren der *Rechtswissenschaft*. Er verteidigt die „Konstruktion“, die im frühen 20. Jahrhundert verfeimte Lieblingsoperation der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts.⁵⁶ Sie soll zwar nicht neues Recht schaffen, aber zur Darstellung und Vereinfachung des Stoffes und als „Analogiehypothese“ von Nutzen sein.⁵⁷ Überhaupt kritisiert Stoll die Begriffsfeindlichkeit der modernen Methodenlehre. „Gebotsbegriffe“ seien zweckmäßig als „der abgekürzte Ausdruck für bestimmte Interessenlagen“. Der Wert der „Ordnungsbegriffe“ liege in der besseren „Beherrschung des Rechtsstoffes“ und in der „Vervollkommenung der Rechtstechnik“, darüber hinaus hätten sie einen „hohe[n] wissenschaftliche[n] Erkenntniswert“. Eine in die Zukunft weisende methodologische Wortbildung gelingt Stoll schließlich auch mit dem Ausdruck „Wertungsjurisprudenz“. Er versteht darunter aber wieder nur die Interessenjurisprudenz. Von der späteren „Wertungsjurisprudenz“, welche die „objektive“ Auslegungsmethode zugrunde legt und auch außergesetzliche bis hin zu naturrechtlichen „Wertungen“ einbezieht,⁶⁰ ist Stoll weit entfernt.

3. Stolls Lehre 1933 bis 1937

In der Sache bleibt Stoll trotz völkischer Rhetorik auch 1933 und danach bei seinen früheren Positionen. Die Unterschiede zu der sich schnell ausbreitenden

⁵³ Stoll, Rechtsstaatsidee (Fn. 4), 178 (Fernwirkung), 179 Anm. 4 (keine feste objektive Werteskala), 184 („höhere Gebote“, neue Gesetze und Gewohnheitsrecht).

⁵⁴ Stoll, Rechtsstaatsidee (Fn. 4), 154 mit Anm. 2 (Blankettbegriffe etc., Anschauung der Allgemeinheit).

⁵⁵ Stoll, Rechtsstaatsidee (Fn. 4), 170 Anm. 1.

⁵⁶ Schon in seiner Dissertation (Die Wirkungen [Fn. 16], 9 ff. und öfter, vorsichtig aber schon die o. Fn. 50 zitierte Stelle). Distanzierter in: Rücktritt und Schadensersatz (Fn. 18), 171: „Die Interessenwertungen des Gesetzgebers“ sind entscheidend, nicht die zu der Konstruktion passenden Rechtssätze; dann aber wieder 183: „die juristische Konstruktion unseres Ergebnisses“.

⁵⁷ Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in: ders. (Hrsg.), AcP Beilageheft zum 13. Band der Neuen Folge (133 der ganzen Folge) = Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt, 1931, 60–117 (114–117).

⁵⁸ Stoll, Begriff und Konstruktion (Fn. 57), 89, 112. Zur „Konstruktion“ hatte sich allerdings auch schon Max Rümelin, Zur Lehre von der juristischen Konstruktion, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 16 (1922/23), 343–355, verständnisvoll geäußert.

⁵⁹ Stoll, Begriff und Konstruktion (Fn. 57), 67 Anm. 1 („Wertungsjurisprudenz“ oder „Wertungsrechtswissenschaft“).

⁶⁰ Siehe dazu Haferkamp, Richter, Gesetz und juristische Methode in der Wertungsjurisprudenz, ZfPW 3 (2016), 319–334 (324 ff.); Jan Schröder, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit, 3. Aufl., 2020, II § 143, 1, S. 180 f.

nationalsozialistischen Methodenlehre werden vor allem in den Stellungnahmen zur richterlichen „Gebotsberichtigung“ deutlich. Nach Meinung der neuen Wortführer sollte ein altes Gesetz, das dem neuen Geist widersprach, berichtigt oder angepasst werden, denn die „Worte jeder gesetzlichen Bestimmung“ stehen „im Rahmen einer bestimmten Gesamtordnung, deren Geist jedes Wort durchdringt“, ⁶¹ so dass „auch der Sinn bisher bestimmter Worte [...] sich dadurch ändern [können], daß die Grundlage eines Rechtssystems sich im ganzen erneuert hat“. In den Leitsätzen einer von Hans Frank eingesetzten Juristengruppe heißt es: „Gesetzliche Bestimmungen, die vor der nationalsozialistischen Revolution erlassen worden sind, dürfen nicht angewandt werden, wenn ihre Anwendung dem heutigen gesunden Volksempfinden ins Gesicht schlagen würde“. ⁶² So sollte etwa die kurze Ehelichkeits-Anfechtungsfrist des § 1594 BGB a.F. nicht gelten, wenn ein uneheliches Kind durch den Ehebruch der Mutter mit einem Juden erzeugt worden war. ⁶³ Das entspricht der „objektiven“ Auslegungstheorie, nach der es auf den Zweck eines Gesetzes nach dem aktuellen Verständnis ankommt.

Stoll hält demgegenüber an der historisch-„subjektiven“ Auslegung fest. Entscheidend ist, welche Interessen der Gesetzgeber „nach den Wertmaßstäben seiner Zeit“ bevorzugt hat. ⁶⁴ Zwar gilt das nur dann, „wenn die Interessenlage noch die gleiche und wenn das gesetzliche Werturteil noch feststehend ist“. ⁶⁵ Aber Stoll unterliegt nicht, wie die eben genannten „objektivistischen“ Autoren, der Versuchung, maßgebende neue Werturteile schon in dem nationalsozialistischen Rechtsdenken als solchen zu sehen. Neue Rechtsgedanken können das alte Recht nur dann abändern, wenn sie „ihren *gesetzlichen* Ausdruck gefunden haben“, wenn „neue Gesetze ihre Fernwirkung ausstrahlen“. ⁶⁶ Damit bleibt er bei der Ansicht, die er schon 1926 in seinem Rechtsstaatsaufsatz vertreten hatte – sogar Philipp Heck war weniger streng und ließ neben neuen Gesetzen auch „anerkannte Gemeinschaftsziele“ ⁶⁷ für die Abänderung ausreichen! Dass Stoll für seine Auffassung auch im konkreten Fall eintrat, zeigt sein Aufsatz über „Die Auflösung einer Mischehe“ (Ehe eines Juden mit einem Nichtjuden). ⁶⁸ Nach Stoll ist eine solche vor 1933 geschlossene Ehe in der Regel nicht wegen Irrtums anfechtbar, weil es an dessen objektiver und subjektiver Erheblichkeit „nach den Anschauungen der früheren liberalen Zeit“ fehle. Bei alten Ehen „muß der Rich-

⁶¹ Carl Schmitt, Der Weg des deutschen Juristen, DJZ 1934, Sp. 691–698 (694). Zahlreiche weitere Belege bei Schröder, Recht als Wiss. (Fn. 60), II, § 101, I, S. 17 f.; Rütters, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus (1968), 7. Aufl., 2012, 144 ff.

⁶² Georg Dahm/Karl August Eckhardt/Reinhard Höhn/Paul Ritterbusch/Wolfgang Siebert, Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters, Deutsche Rechtswissenschaft 1 (1936), 123 f. (Leitsatz 4, S. 124).

⁶³ Belege bei Schröder, Recht als Wiss. (Fn. 60), II, § 101, I, S. 18. Zur Rechtsprechung Rütters, Unbegr. Auslegung (Fn. 61), 162–166.

⁶⁴ Stoll, Jur. Methode (Fn. 35), 98.

⁶⁵ Stoll, Jur. Methode (Fn. 35), 100.

⁶⁶ Stoll, Jur. Methode (Fn. 35), 100 f. (kursiv von mir). Die zweite Stelle ausführlicher unten Fn. 71.

⁶⁷ Heck, Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, 1936, 17.

⁶⁸ M.E. zutreffend Sessler (Fn. 1), 192.

ter sich dem Zweck des alten Gesetzes einschl. der in feststehender Rechtsprechung gewonnenen Auslegung beugen“.⁶⁹ Wir haben schon gesehen, dass dieses Ergebnis von einem nationalsozialistischen Juristen heftig kritisiert wurde;⁷⁰ es ist umso bemerkenswerter, als es hier um einen „Würdigungsbegriff“ („erheblich“) geht, den man im Lichte der zur Entscheidungszeit geltenden Werturteile auch anders hätte auslegen können. Im Übrigen gibt zwar auch Stoll zu, dass bei Generalklauseln, unbestimmten Rechtsbegriffen und Ausfüllung von Lücken der Rückgriff auf „völkische“ Prinzipien zulässig ist.⁷¹ Aber das ist kein Defizit seiner Methodenlehre, sondern nur die Konsequenz aus dem für alle Rechtssysteme geltenden Prinzip, dass aktuelle Fälle, die nach wertausfüllungsbedürftigen Normen zu entscheiden sind, auch den aktuellen Werturteilen unterliegen.⁷² Soweit es jedoch möglich war, hat Stoll den neuen Methodenvorstellungen nicht nachgegeben.

⁶⁹ Stoll, Die Auflösung einer Mischehe, DJZ 1934, Sp. 561–570 (566: Eheschließung vor der NS-Zeit, 569: Richter muss sich beugen).

⁷⁰ S. o. zu Fn. 6.

⁷¹ Stoll, Jur. Methode (Fn. 35), 94 f. (maßgeblich ist die „zentrale Rechtsidee“, wenn gesetzliche Wertungen fehlen), ebenso 98 bei Lücken und fehlender Analogiemöglichkeit. Siehe auch 101 (Wo ein Gesetz aber „weltanschaulich bestimmt“ ist, „können wir es im Privatrecht nur in dem Sinne anwenden, in dem es erlassen wurde, sofern es nicht – und das bitte ich nicht zu übersehen! – selbst durch Würdigungsbegriffe und Generalklauseln andere Möglichkeiten eröffnet oder neue Gesetze ihre Fernwirkung ausstrahlen“).

⁷² Zur Sittenwidrigkeit: Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, 289 („jeweils anerkannte Sozialmoral“), 293 („Wandel des allgemeinen Wertbewußtseins“); Palandt/Ellenberger, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl., 2013, § 138 Rn. 10 („Maßgebend für die Beurteilung des RGesch sind grundsätzl die im Zeitpunkt seiner Vornahme herrschenden Wertanschauungen“). So betrachtet sind die Ergebnisse von Rüthers, Unbegrenzte Auslegung (Fn. 61), 216 ff., vielleicht weniger überraschend, als es auf den ersten Blick erscheint. Schwierigkeiten entstehen nur dann, wenn die Wertvorstellungen zur Zeit des zu entscheidenden Falles und zur Zeit der Entscheidung unterschiedlich sind.

Masters, Slaves and Insults: Rereading D. 47, 10, 15, 45–48

Helen Scott

I. Roman law at Oxford

I first met Wolfgang at Oxford in October 2017, when I returned to the University as a tutorial fellow after almost a decade at the University of Cape Town. For five years we taught together on the course Roman Law: Delict, meeting each week during Michaelmas and Hilary terms for two-hour seminars at Wolfgang's college, All Souls. While Joe Sampson, Wolfgang and I took turns to lead the seminars, as is customary in Oxford we attended all of them, contributing to discussions with students and sometimes disagreeing with each other, although always politely. A long-running subject of debate was the classical jurist Ulpian's legal method, and in particular his understanding of his relationship to previous juristic authority. A happy side-effect of the practice of teaching *en banc* was that we were able to follow the development of one another's ideas from year to year. In particular, Joe and I were able to observe the evolution of Wolfgang's thinking around the origins of the *lex Aquilia*.¹ For these reasons the two hours we spent at All Souls were often the most stimulating and enjoyable of the working week.

Late in 2020 I was teaching a tutorial on the delict of *iniuria* to two students when one of them, Lukas Gwozdz, spotted an error in the translation of the Digest we were using: the second sentence of D. 47, 10, 15, 47 – *idemque probatur et si servum meum, quem bona fide possidebam, cecideris: domino enim magis competit iniuriarum actio* – had been left untranslated.² Furthermore, the omitted sentence was difficult to make sense of: its subject seemed to be both master (*servum meum*) and bona fide possessor (*bona fide possidebam*) of the slave in question. After the tutorial I wrote to Wolfgang to ask his advice. He, too, found the sentence baffling. He suggested that I consult the Gebauer/Spangenberg edition of the Digest,³ 'which has many variants that Mommsen, in his adherence

¹ Wolfgang Ernst, 'The politics of the *lex Aquilia*' (2022) 90 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 315.

² Unless expressly stated, I refer throughout to the Mommsen/Krueger edition of the Digest. The English translations used in the Roman Law: Delict course and here are based on the revised Watson translation: Alan Watson, *The Digest of Justinian* vol 1 & 2 (University of Pennsylvania Press 1998). The translator of Book 47 was Professor JAC Thomas.

³ Georg Christian Gebauer, revised Georg August Spangenberg, *Corpus Iuris Civilis* vol 2 (Göttingen JC Dieterich 1776)

to the Florentina, has omitted.⁴ Five years later, I have at last followed up this suggestion, consulting the copy held in the Weston Library at Oxford. Doing so has provided the opportunity to re-engage with the analytical sequence in which this fragment appears,⁵ with Ulpian's understanding of *iniuria* to and through slaves, and indeed with some fundamental questions about the nature of *iniuria* itself recently raised by Janek Drevikovsky, a research student at Oxford during the 2021–22 academic year in respect of whose brilliant thesis on the meaning of the word *contumelia* – now an important article⁶ – both Wolfgang and I provided some supervision. This piece is thus in several ways the product of my time as Wolfgang's Oxford colleague: of his influence, and that of the students whom we have been lucky enough to teach. I hope he approves.

II. *Contumelia*: contempt and degradation

The word 'contumelia' has been variously translated by Anglophone Roman lawyers. While Tony Thomas chose 'contumely', 'outrage', 'insult' or 'affront' in his rendering of Digest title 47.10, Peter Birks preferred 'contempt': 'in effect, [the Roman jurists] named the tort from the attitude of mind of the tortfeasor'.⁷ More recently, David Ibbetson has suggested 'disrespect'.⁸ This translation of *contumelia* is linked to an understanding of the classical delict of *iniuria* centred around a particular mental state: 'the feeling that [the plaintiff] is worthless or, at least, worth less'.⁹ According to this view, the delict comprised any conduct expressive of such a mental state.¹⁰ Indeed, for some, proof of a contemptuous mental state could render injurious behaviour that was otherwise lawful.¹¹ Contempt could often be inferred from the defendant's behaviour – this was particularly true of conduct falling within the scope of the Republic edicts – but proof of its absence would negate liability.¹²

For Drevikovsky, both this translation of *contumelia* and the understanding of *iniuria* that it entails are wrong. The ordinary Latin meaning of *contumelia* was not contempt or actions expressive of contempt but was rather 'degradation' or the words, deeds or situations that caused the victim to experience

⁴ In an email sent to the author on 2 December 2020.

⁵ Cf Helen Scott, 'Contumelia and the South African Law of Defamation' in Eric Descheemaker and Helen Scott (eds), *Iniuria and the Common Law* (Hart 2013) 119, 136–37.

⁶ Janek Drevikovsky, 'Nascitur ex contumelia: What did contumelia in the actio iniuriarum really mean?' (2023) 140 ZRG RA 93.

⁷ Peter Birks, 'Harassment and Hubris: The Right to an Equality of Respect' (1997) 32 Irish Jurist 1, 9. I adopted this translation in Scott (fn 5) 126.

⁸ David Ibbetson, 'Iniuria, Roman and English' in Eric Descheemaker & Helen Scott (eds), *Iniuria and the Common Law* (Hart 2013) 33, 40.

⁹ Drevikovsky (fn 6) 94.

¹⁰ Ibid.

¹¹ See Scott (fn 5) 131–33.

¹² See in particular Birks (fn 7) 13–14.

it.¹³ It was in this sense also, he argues, that the classical jurists used the term.¹⁴ Whether conduct constituted *contumelia* for the purposes of the delict of *iniuria* was assessed not against the attitude of the wrongdoer but rather against Rome's 'communally-held beliefs about honour and dishonour'.¹⁵ *Contumelia* was 'a social construct'.¹⁶ It was 'objective',¹⁷ 'external',¹⁸ and 'concrete'.¹⁹ Its role in juristic argument was to trace who, in the ordinary sense, had been degraded.²⁰ It was this *contumelia*-as-degradation that enabled the synthesis or rationalisation of the delict, creating a common link between originally disparate Republican edicts.²¹ While classical *iniuria* does appear to have required a particular mental state, at least some of the time,²² this was not contempt:²³ the required mental state was, instead, the intention to bring about a typical *contumelia*, in the sense of the objective degradation of the plaintiff.²⁴ There is no evidence that intention played any generative role, creating liability where none would otherwise arise.²⁵

Drevikovsky's meticulously defended claims regarding the ordinary meaning of *contumelia* and its meaning in the classical texts are compelling. He is right to observe that '[s]ometimes, an objective *iniuria* (an *iniuria contra bonos mores*) seems to generate liability, without any mention of subjectivity'.²⁶ He is also right that 'the variety of conduct *contumelia* describes is not easily marshalled under the one banner of "reified contempt"'.²⁷ Describing the infliction of serious violence in terms of the expression of contempt produces particular difficulties. When it comes to Ulpian's account of *iniuria*, however, the going becomes more difficult. D. 47, 10 is very much Ulpian's show: books 56 and 57 of his Edictal Commentary make up by far the greater part of the title. The etymological derivation of 'contumelia' from 'contemnere' which Ulpian offers in D. 47, 10, 1 pr – the opening passage of the title – is therefore difficult for Drevikovsky.²⁸ More seriously, it is not clear that Drevikovsky's analysis of the role of intention in the context of *iniuria* survives contact with Ulpian's cases, in particular those discussed in D. 47, 10, 15, 45–48.

¹³ Drevikovsky (fn 6) 97–107.

¹⁴ Drevikovsky (fn 6) 107–23.

¹⁵ Drevikovsky (fn 6) 95.

¹⁶ Drevikovsky (fn 6) 104–5, 109.

¹⁷ E.g. Drevikovsky (fn 6) 95, 109–11.

¹⁸ E.g. Drevikovsky (fn 6) 98.

¹⁹ E.g. Drevikovsky (fn 6) 98.

²⁰ Drevikovsky (fn 6) 124.

²¹ Drevikovsky (fn 6) 114, 123–25.

²² Drevikovsky (fn 6) 126.

²³ Drevikovsky (fn 6) 126–28.

²⁴ Drevikovsky (fn 6) 128–31.

²⁵ See especially Drevikovsky (fn 6) 127.

²⁶ Drevikovsky (fn 6) 126. Cf section IV below.

²⁷ Drevikovsky (fn 6) 102.

²⁸ Drevikovsky attempts to deal with this problem at pp 114–18. Cf also his attack on the association between *contumelia* and *hubris* suggested by Inst. 4, 4 pr and the reconstruction of Paul *libro singulari de iniuriis*, *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum* 2, 5, 1 which is based on it.

III. D 47, 10, 15, 45–48²⁹

1. Exposition

Our passage reads as follows:

‘45. An iniuria to a slave sometimes rebounds to the master also, sometimes not; for if the slave is posing as a freeman or if the person who strikes him thinks that he belongs to someone else and would not have struck him if he knew that the slave was mine, Mela writes that the striker cannot be sued on the basis that he has committed iniuria against me. 46. If, when a slave has been beaten, the master bring the actio iniuriarum and subsequently sues for damnum iniuria, Labeo says that the two issues are not the same, for the second action relates to loss caused by culpa, the former action to contumelia. 47. If I have a usufruct in a slave and you own him and the slave is beaten or tortured, the owner rather than I will have the actio iniuriarum. And the same thing is also true if you strike my slave (servum meum) whom I was possessing in good faith: it is rather the master who has the actio iniuriarum. 48. Likewise, if someone strike a freeman who is in good faith acting as my slave, a distinction must be made; if he was hit in order to insult me (in contumeliam), I will have the actio iniuriarum. It follows that the same applies also in respect of another’s slave serving me in good faith, so that we allow the actio iniuriarum whenever iniuria has been done to him in order to insult me (in contumeliam meam). For we will give the master the actio iniuriarum on behalf of the slave himself. But if the slave is hit to get at me (me tangat et pulset),³⁰ I also have my own action. It follows that the same distinction can be made in respect of the usufructuary.’³¹

First, Ulpian deals with a case where a slave is attacked who is posing as free (his assailant is ignorant of the existence of his master) or where the one who strikes him is motivated by the belief that he belongs to A. In such a case, according to Mela, the slave’s real owner, B, cannot sue on the basis that *iniuria* was committed against him. Next, in 46, Ulpian cites Labeo’s view that a single beating (i.e. of a slave) can give rise to both an *actio iniuriarum* and an *actio damni iniuriae*.

²⁹ D. 47, 10, 15 is said (in the Florentine MS) to derive from Book 77 of Ulpian’s Edictal Commentary but is generally understood to derive, like 7, 9, 11, 13 and 17, from Book 57. I have followed Lenel (Otto Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* vol 2 [Tauchnitz 1889] § 1359) in detecting a break in Ulpian’s analysis between 44 and 45. Lenel, however, grouped 49 with 45–48, whereas the more natural grouping seems to me to be 49–17 pr.

³⁰ The alternative reading suggested by Mommsen in his edition of 1878, ‘si autem me ut tangat pulset’, is appealing.

³¹ Ulp. 57 ed. D. 47, 10, 15, 45–48. The Krueger/Mommsen edition of the Latin original, on which this translation is based, reads: 45 Interdum iniuria servo facto ad dominum redundat, interdum non: nam si pro libero se gerentem aut cum eum alterius potius quam meum existimat quis, non caesus eum, si meum scisset, non posse eum, quasi mihi iniuriam fecerit, sic conveniri Mela scribit. 46 Si quis servo verberato iniuriarum egerit, deinde postea damni iniuriae agat, Labeo scribit eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam. 47 Si usum fructum in servo habeam, tu proprietatem, isque verberatus sit vel quaestio de eo habita, iniuriarum actio magis proprietario quam mihi competit. Idemque probatur et si servum meum, quem bona fide possidebam, cecideris: domino enim magis competit iniuriarum actio. 48 Item, si liberum hominem, qui mihi bona fide serviebat, quis ceciderit, distinguendum est, ut si in contumeliam pulsatus sit, competit mihi iniuriarum actio. Idem ergo et si in servo alieno bona fide mihi serviente, ut totiens admittamus iniuriarum actionem, quotiens in meam contumeliam iniuria ei facta sit. Nam ipsius quidem servi nomine domino dabimus iniuriarum actionem. Si autem me tangat et pulset, iniuriarum mihi quoque est. Ergo et in fructuario idem distinguere potest.

These actions can co-exist – it seems to be implied – because the causes of action – *damnum culpa datum* and *contumelia* – are different. 47 concerns the beating or torturing of a slave who is the subject of a usufruct. According to the first sentence of the fragment, it is the slave's owner ('you') rather than the usufructuary ('I') who has the *actio iniuriarum*. The second sentence, left untranslated in the Watson Digest, seems to pose insuperable difficulties: 'you' now appears to be the assailant, while 'I' is said to be both good faith possessor and owner of the slave (*servum meum*), which undermines the intended contrast between owner and possessor in the last clause. The Florentine manuscript, relied on by Mommsen, is clear. But the Gebauer/Spangenberg edition of 1776, which relies on the medieval textual tradition of the *Digest* (the Vulgate *Digest* or *littera Bononiensis*) and which may be based in part on a different (non-Florentine) manuscript of the Digest, now lost,³² has 'eum' for 'meum'.³³ This emendation is not straightforward: 'servum eum' is awkward Latin, and questions arise as to the significance of the demonstrative 'eum'. Nevertheless, this variant reading offers a way through. If 'servum meum' is read as 'servum eum', the case emerges as similar to the second case considered by Mela, in which a slave who appears³⁴ to belong to A in fact belongs to B. There remains, however, an important difference in detail. In Mela's case, the assailant's mistake as to the master's identity defeats the master's *actio iniuriarum*. Here, in the absence of any information about the assailant's intention, we are simply told that it is the real owner rather than the putative one who has the *actio iniuriarum*.

In the first sentence of 48 Ulpian introduces a new case: here, someone strikes a free man who is in good faith acting as the slave of A. Self-evidently, there can be no *servi verberatio* here, since the victim is free. But we are told that A can bring the *actio iniuriarum* against the assailant if it was the assailant's intention to insult him: literally, if he hit the putative slave *in contumeliam* ('mean' is omitted but was inferred by Mommsen). From this it follows – 'ergo' – that the same applies to the case already discussed in 45 and in the second sentence of 47, the case of the slave who appears to belong to A but in fact belongs to B: A as putative owner has the *actio iniuriarum* against the slave's assailant provided that the slave was struck in order to insult him. It follows, further, that the same analysis can be applied to the case of the usufructuary discussed in the first sentence of 47: an action will lie to the usufructuary if the slave was beaten in order to insult him.

³² On the medieval transmission of the Digest, and in particular the possibility of a manuscript tradition apart from the Florentine, see e.g. Wolfgang Kaiser, 'Justinian and the *Corpus Iuris Civilis*' in David Johnston (ed), *The Cambridge Companion to Roman Law* (Cambridge University Press 2015) 119, 130–31. On Gebauer's debt to Brenkman see GCJJ van den Bergh & BH Stolte, 'The Unfinished Digest Edition of Henrik Brenkman (1681–1736)' (1977) 45 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 227.

³³ Georg Christian Gebauer, revised Georg August Spangenberg, *Corpus Iuris Civilis*, vol 1 (Göttingen JC Dieterich 1776) fn 51 ad D. 47, 10, 15, 47. The emendation is attributed to Brenkman (BR) and was accepted by Gebauer.

³⁴ In Mela's case, we are told only of the belief of the assailant. In the second sentence of 47, the belief stressed is that of the slave's possessor ('quem bona fide possidebam'). In 48, we hear about the putative or actual slave's own belief ('qui mihi bona fide serviebat'; 'servo alieno bona fide mihi serviente').

2. Context

The context of our passage is Ulpian's commentary on the special edict *de iniuriis quae servis fiunt*³⁵ which begins at D. 47, 10, 15, 34. In 34 itself Ulpian tells us that the edict consists of two sentences. According to the first, the praetor will give an action against one who is alleged to have beaten (*verberavisse*) another's slave contrary to good morals (*contra bonos mores*) or submitted him to torture (*quaestionem*) without his master's permission. According to the second, if something else is alleged to have been done, the praetor will, having looked into the matter (*causa cognita*), grant an action. Immediately after quoting the language of the edict, in 35, Ulpian makes the following, perhaps surprising, claim:

'If someone so inflict an iniuria upon a slave that he does it to his master, in my view the master can bring the actio iniuriarum on his own behalf (*suo nomine*): but if he did not do it in order to insult the master (*ad suggillationem domini*) the iniuria perpetrated upon the slave himself should not be left unavenged by the praetor, especially if it occurred through beating or through torture; for it is obvious that a slave also feels this.'³⁶

A series of general explanatory remarks (immunity from liability of the master of a slave who beats him with respect to co-owner and usufructuary; immunity of usufructuary as against the master) and lemmatic comments on key terms in the edict ('*adversus bonos mores*', '*verberasse*', '*quaestionem*' and '*causa cognita*') follow. Ulpian then seeks to substantiate this claim. It is difficult to make sense of our passage without keeping this context in mind.

At 44 he says:

'And so the praetor does not promise an actio iniuriarum on behalf of the slave (*servi nomine*) in every case: for if the slave is lightly hit (*leviter percussus*) or subject to mild verbal abuse, he will not give an action. But if the slave is defamed (*infamatus*) by some conduct or in written verse (*carmine*), then I think that the praetor's investigation (*causae cognitionem*) should extend also to the slave's character (*qualitatem*) [...]'³⁷

Ulpian's subject here is the residual provision in the second sentence of the edict. While the dignity of slaves attracts less protection than that of free people, there are slaves of relatively high standing ('well respected, an overseer, a steward'³⁸), and if the *iniuria* committed against them is substantial (although falling short of the beating or torture enumerated in the first sentence) an *actio iniuriarum* may lie under that provision. Such an action, he says, must be understood as arising from *iniuria* to the slave (*servi nomine*), although of course it is the master who brings the action.³⁹ On the other hand, *iniuria* to the master cannot readily be

³⁵ Cf Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum* (3rd edn, Tauchnitz 1927) 401.

³⁶ Ulp. 57 ed. D. 47, 10, 15, 35.

³⁷ Ulp. 57 ed. D. 47, 10, 15, 44. Cf also Diocl/Maxim C. 9, 35, 8 (a 294).

³⁸ Ibid. On the social status of a steward or *dispensator* see Richard Gamauf, '*Dispensator*: The Social Profile of a Servile Profession in the *Satyrica* and in Roman Jurists' Texts' in Martin Schermaier (ed), *The Position of Roman Slaves* (De Gruyter 2023) 125.

³⁹ See Tony Honoré, *Ulpian: Pioneer of Human Rights* (2nd edn, Oxford University Press 2002) 87; William Warwick Buckland, *The Roman Law of Slavery* (Cambridge University Press 1908) 82 takes a different view (of the second sentence of the edict).

inferred from such conduct. Insofar as an *actio iniuriarum* lies on facts such as these, it seems to show that the wrong done is done to the slave alone.

At 45 Ulpian turns back to the possibility enumerated in 35, that ‘someone so inflict an *iniuria* upon a slave that he does it to his master.’⁴⁰ In the typical case in which a slave is beaten, it will not be possible to distinguish these two *iniuriae*, since they give rise to only one action, the master’s *actio iniuriarum*. But through the use of carefully constructed hypothetical examples, Ulpian disagggregates the two bases on which the master sues. In the cases set out in 47, cases falling within the special edict *de iniuriis quae servis fiunt*,⁴¹ an action accrues to the slave’s owner as a matter of course, independently of the assailant’s intention.⁴² This is expressly said, in 48, to be an action arising *servi nomine*. But an additional action accrues to the usufructuary or to A, the slave’s putative master, provided that the assailant attacked the slave in order to insult him. This action falls outside the scope of the special edict *de iniuriis quae servis fiunt*, within the general part of the *actio iniuriarum*.⁴³ That this action arises independently of the claimant’s legal relationship to the slave appears particularly clearly from the fact that it will accrue even to the putative master of a free man acting as a slave in good faith, a *liber homo bona fide serviens*. Conversely, in a case of this kind (slave is posing as free, slave is thought to belong to A but in fact belongs to B), there is no *iniuria* to the slave’s master, because such an *iniuria* depends not only on the assailant’s knowledge of the owner’s existence but also on the assailant’s knowledge of his particular identity – this emerges from Mela’s view recorded in 45. Thus even in the routine case in which the person whom the assailant seeks to insult is in fact the *dominus* of the slave attacked, to the extent that the owner brings the *actio iniuriarum* on his own account, the *iniuria* he suffers must be understood as independent of his ownership of the slave and contingent on the aggressor’s mental state.⁴⁴ The *domini nomine* variant of the action arising from the edict *de iniuriis quae servis fiunt* which many have discerned in this sequence turns out to be illusory.⁴⁵ There is no action on account of the master qua master. The action arising from the special edict serves in the first instance to vindicate the slave’s bodily integrity and – more widely – his dignity; it does not serve to

⁴⁰ Ulpian uses the verb ‘caedere’ to describe the assault on the slave.

⁴¹ Hence 46 and 47 refer to ‘verberare’ and ‘quaestionem habere’.

⁴² Buckland (fn 39) 80.

⁴³ Thus in describing this additional action (for example, in 45 and 48), Ulpian uses the verbs ‘caedere’ and ‘pulsare’ rather than ‘verberare’. Cf Ulp. 56 ed. D. 47, 10, 5, 1. It may also be the reason for Ulpian’s use of ‘contumelia’ when describing this action, in 46 and 48.

⁴⁴ Cf Ulp. 56 ed. D. 47, 10, 1, 3 presumably contemplates such a case. Buckland (fn 39) 80 observes that ‘[i]t seems probable [...] that intention to insult the *dominus* might be alleged in the formula [of the action arising from the edict *servi verberatio*], and proved, with a view to increased damages.’ See also Lenel (fn 35) 401.

⁴⁵ A recent example: Richard Gamauf, ‘Öffentliche Ordnung und Injurienrecht: Sozialgeschichtliche Beobachtungen anhand des Edikts *de iniuriis quae servis fiunt*’ in Isabella Piro (ed), *Scritti per Alessandro Corbino* (Libellula Edizioni 2016) 221, 224–30. As I read Wittmann he too doubts the existence of such a variant: see Roland Wittmann, ‘Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage’ (1974) 91 ZRG RA 285, 340, as well as Matthias Hagemann, *Iniuria: von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation* (Böhlau 1998) 85.

vindicate the master's exclusive right to dispose of the slave.⁴⁶ In fact, the phrase 'domini nomine' is not used by Ulpian in our text, or indeed in the earlier part of his commentary. The point made in 46 appears to be not that two distinct causes of action can arise to the master from a single beating, one from *damnum iniuria*, the other from *iniuria* ('*contumelia*'), but that whereas the master's ownership of the slave is central to his claim for damage to property, his *actio iniuriarum* arises on an entirely different basis.⁴⁷

In taking up this position Ulpian differed radically from the view expressed in Gaius *Institutes* at 3, 222, and reproduced in J. 4, 4, 3. According to Gaius,

'A slave is not considered personally to suffer iniuria, but an iniuria is held to be committed through him on his master, though not in all the ways in which it is held to be committed on us through our children or wives, but only if the act is specially shocking (atrocius) and obviously an insult to his master (quod aperte in contumeliam domini fieri videtur),⁴⁸ as where one beats another's slave – a case for which a formula is published in the edict. But for raising a clamour against a slave or hitting him (percusserit) with the fist there is no formula published in the edict, nor is one lightly granted to a plaintiff.'⁴⁹

On the one hand, as we have seen, Ulpian appears to have treated the action contemplated in the second sentence of the edict *de iniuriis quae servis fiunt* as one arising exclusively *servi nomine*, a view not open to Gaius, given his opening statement in this passage. Since conduct falling outside the scope of the first sentence of the edict is not 'obviously an insult to [the slave's] master', Gaius has difficulty in explaining it.⁵⁰ On the other hand, in respect of the first sentence of the edict, Ulpian adopts exactly the opposite view to Gaius, seeking to show that this case is unlike that in which *iniuria* is committed on a husband/father through his wife/children not insofar as the slave suffers no *iniuria* but insofar as the master suffers none, suing (at least where the assailant does not act specifi-

⁴⁶ For a similar view of the first sentence of the edict see Buckland (fn 39) 79 and 82; Jan Dirk Harke, 'Die Rechtspositionen am Sklaven: 2. Ansprüche aus Delikten am Sklaven' in Tiziana Chiusi et al. (eds), *Corpus Der Römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei* (Franz Steiner Verlag 2013) 163–68. For contrary views see especially Wittmann (fn 45) 339–42; Hagemann (fn 45) 84–87; Stefania Fusco, 'De iniuriis aue servis fiunt: un caso di rilevanza giuridica della persona servi?' in Alessandro Corbino, Michel Humbert and Giovanni Negri (eds), *Homo, caput, persona* (IUSS Press 2010) 427; Gamauf (fn 45) 222; also Richard Gamauf, 'Sklaven' in Ulrike Babusiaux et al. (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 924, 969. Paul 10 Sab. D. 47, 10, 29 militates against my reading of the text. Const. Cod. Theod. 12, 1, 39 (a 349) supports it.

⁴⁷ Cf Paul *liber singularis de concurrentibus actionibus* D. 44, 7, 34 pr.

⁴⁸ Gaius, like Ulpian, uses the phrase 'in contumeliam'. The context suggests that the assailant's purpose is here – at most – an inference to be drawn from the facts. cf Drevikovskiy (fn 6) 125.

⁴⁹ This is an amended version of the English translation of Gaius's *Institutes* by Francis de Zulueta, *The Institutes of Gaius*, Part I (Clarendon Press 1946).

⁵⁰ Attempting to square the circle with Ulpian, the writer of Justinian's *Institutes* simply says (in J. 4, 4, 3) that in this case no action lies *to the master* against him.

cally in order to insult him) exclusively on the slave's behalf.⁵¹ In our passage Ulpian is not reporting or arguing for an extension of the terms of the special edict, as some have thought.⁵² Rather, he is reframing its undisputed rules in order to serve his own, essentially moral argument.⁵³

3. Intention

While Ulpian's purpose in D. 47, 10, 15, 45–48 was not to elucidate the role of intention in classical *iniuria*, we can infer much about that question from his analysis. For Drevikovsky, D. 47, 10, 15, 48 in particular is best understood in wholly objective terms. The phrase 'in contumeliam', used twice by Ulpian in that fragment, expresses the result of the assailant's actions – 'with the result of *contumelia*' – rather than his purpose.⁵⁴ Ulpian, he says, is distinguishing in the first two sentences between the effects of different types of *pulsatio*. Sometimes, striking ('cecidit') someone who appears to belong to A but in fact belongs to B, or who appears to belong to A but who is in fact free, will result in an objective *contumelia* to A, for example, if the striking amounts to a *verberatio*,⁵⁵ or where it occurs publicly. On other occasions, for example where the striking is trivial, occurs in private, or is obviously done to correct the apparent slave's misbehaviour, *contumelia* will not result, and no action will arise.⁵⁶ This would have been a reasonable enough way for Roman law to have approached these kinds of factual scenarios. The difficulty, however, is that this does not seem to be what Ulpian is trying to say.

Again, in D. 47, 10, 15, 35, 44 and 45–48 Ulpian is attacking the idea – familiar to us from Gaius's *Institutes* – that the action created by the special edict *de iniuriis quae servis fiunt* arose from *iniuria* to the slave's master, asserting instead that it arose from *iniuria* to the slave himself. As the analysis set out above shows, this action – the one that arose *servi nomine* – had nothing to do with whether or not the slave's master appeared to the world as such and therefore nothing to do with whether he had been degraded in some objective sense.⁵⁷ This is demonstrated by the fact that it is the owner, not the usufructuary, who sues when a slave who is the subject of a usufruct is beaten (first sentence of 47) and – still

⁵¹ The authors of Justinian's *Institutes* sought to resolve this conflict between their two principal sources by reproducing first Gaius's view (in J. 4, 4, 3) and then only the relatively uncontroversial parts of Ulpian's analysis. For example, the first sentence of D. 47, 10, 15, 47 is substantially reproduced at J. 4, 4, 5, while 6 reproduces D. 47, 10, 15, 48 only insofar as it says that the putative owner ('tu') of a free man or of another's slave 'bona fide serviens' has the *actio iniuriarum* if the *iniuria* is inflicted 'in contumeliam tuam'.

⁵² Cf Johan Hendrik van Meurs, 'Iniuria ipsi servo facta' (1923) 4 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 278.

⁵³ The situation of this argument within Ulpian's wider moral commitments falls outside the scope of this paper.

⁵⁴ Drevikovsky (fn 6) 127, referring back to the analysis of this phrase in general usage at 100–101.

⁵⁵ In fact, Ulpian studiously avoids using the word *verberare* in 48.

⁵⁶ Drevikovsky (fn 6) 127–28.

⁵⁷ Cf Drevikovsky's remarks re. Gai. 3, 222 at p 125, as well as his analysis of D. 47, 10, 15, 48 at p 128.

more clearly – by Ulpian’s analysis of the case discussed in 45, in the second sentence of 47, the one left untranslated in the Watson edition, and in 48: where A possesses a slave⁵⁸ but the slave in fact belongs to B, it is B, not A, who has the action, regardless of the fact that the slave is believed by A, the slave himself, and presumably all those around them to belong to A – in other words, regardless of the fact that any objective degradation that occurred by virtue of the beating of the slave would happen to A rather than B.

On the other hand, the centrality of the wrongdoer’s intention to the generation of the master’s claim appears from the purposive phrase *ad suggillationem domini* in 35. To the extent that an attack on a slave afforded his master an action on his own account, this was a side-effect of the *iniuria* to the slave (see especially the word ‘redundat’ in 45), contingent on the assailant’s intention to insult the *dominus*. Similarly, to the extent that one who was not the slave’s master enjoyed an action, as in 48, this was because the slave’s assailant had acted in order to insult him. ‘In contumeliam’ can express result, but it can also express purpose.⁵⁹ If the phrase is read as Drevikovskiy contends, it becomes difficult to make sense of the clause ‘si in contumeliam pulsatus sit’ in the first sentence of 48 and the ‘totiens [...] quotiens’ construction in the second sentence of the fragment: the objective degradation of the putative master would arise as a matter of course, unconditionally, from the social fact of his apparent ownership of the slave. As we have seen, Drevikovskiy attempts to deal with this problem by arguing that Ulpian is seeking to distinguish here between less and more serious kinds of *pulsatio*. But this distinction does not appear from the text.

IV. Intention in classical *iniuria*⁶⁰

It is easy to overstate the role of intention in the context of classical *iniuria*. Insofar as conduct fell within the original scope of the general edict (hitting, both trivial and serious) the intention to commit the *iniuria* in question was rebuttably presumed, with mistake functioning as a species of denial.⁶¹ Nor would a mistake as to the identity of the plaintiff exonerate: the defendant must be entirely ignorant of his existence in order to escape liability.⁶² As for conduct falling within the special edicts on *convicium*, *adtemptata pudicitia* and *iniuriae quae servis fiunt*, here it is not clear that the defendant’s intention was relevant at all. On the one hand, their wording – unlike that of the special edict *ne quid infamandi causa fiat* – made no reference to any mental state on the part of the defendant. Faced with a plea of mistake, the plaintiff could presumably point

⁵⁸ Cf fn 34 above.

⁵⁹ Cf Drevikovskiy (fn 6) 100.

⁶⁰ Space constraints prevent the full citation of secondary sources. The fullest treatments are to be found in Fritz Raber, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche* (Graz-Böhlau 1969) ch 3; Wittmann (fn 45); Hagemann (fn 45) 100–14; Birks (fn 7) 5–14; and Drevikovskiy (fn 6).

⁶¹ See e.g. Ulp. 56 ed. D. 47, 10, 3, 4, Paul 50 ed. D. 47, 10, 4.

⁶² See Ulp. 56 ed. D. 47, 10, 1, 8, D. 47, 10, 3, 2; Paul 55 ed. D 47, 10, 18, 3–5.

to the objective language of the edicts. On the other hand, unlike the general edict, the language of the special edicts specifically directed the *iudex* to take account of public morality, *boni mores*. In the unusual case in which the defendant had committed an act falling within the scope of the edicts but had done so unintentionally, the *iudex* could presumably take this fact into account in his determination of the *boni mores* question, either denying liability⁶³ or – as may have occurred in the case recorded in D. 47, 10, 15, 15 – holding the defendant liable for only minor wrongdoing. In any event, it is a striking feature of Ulpian's analysis of liability under the special edict *de iniuriis quae servis fiunt* in D. 47, 10, 15, 45–48 takes no account at all of the defendant's intention.⁶⁴

Moving outside the scope of Republican *iniuria*, conduct that was clearly contemptuous in the sense identified by Drevikovsky – that is, degrading in its effect – seems not to have required the demonstration by the plaintiff of any wrongful mental state on the part of the defendant. This appears, for example, from D. 47, 10, 13, 7:⁶⁵ where the plaintiff was prevented from using the public baths or from sitting in a public theatre, or from fishing in front of the defendant's house, it seems that he could bring the *actio iniuriarum* without more.⁶⁶ At best, here again, it would have been possible to displace liability by showing the absence of injurious intention. But there are a number of cases recorded in D. 47, 10 in which it is precisely the defendant's mental state – his having acted in order to inflict *iniuria* on the plaintiff (*animum iniuriae faciendae, iniuriae faciendae causa*) – that generated liability under the *actio iniuriarum*. This could be so not only where the defendant's conduct constituted some other wrong or quasi-wrong⁶⁷ but also where it was otherwise unobjectionable: for example, it was not an *iniuria* to interrupt someone in court, but it became one if done for the purpose of annoying the speaker, *vexandi mei causa*.⁶⁸ As I sought to show in Section III, the *actio suo nomine* discussed by Ulpian in D. 47, 10, 15, 45–48 is a prominent example of this generative principle at work. In particular, it was the wrongdoer's injurious purpose in respect of the slave's actual or putative master that gave rise to his *actio iniuriarum*. This may be why – at least for Mela⁶⁹ – the wrongdoer had to have the master specifically in mind in order for his action to arise. Whereas in core cases like the striking of a person it was enough that the defendant had intended to commit a wrong, even if not to that person in particular, in this sort of case, where the defendant's intention alone served to identify

⁶³ As in Ulp. 57 ed. D. 47, 10, 15, 38, where the defendant's acting *corrigendi animo* seems to bear on the question whether he acted *contra bonos mores*.

⁶⁴ Cf Buckland (fn 39) 80.

⁶⁵ Ulp. 57 ed.

⁶⁶ See also e.g. Ulp. 57 ed. D. 47, 10, 9, 4; Ulp. 57 ed. D. 47, 10, 15 pr.

⁶⁷ See e.g. Paul 19 ed. D. 47, 10, 26 (*actio servi corrupti*); *Iavolenus 9 ex posterioribus Labeonis* D. 47, 10, 44 (*actio negatoria, actio de effusis vel deiectis*). Drevikovsky describes D. 47, 10, 26 as a case in which 'intention to do *iniuria* brings borderline fact-scenarios within the bounds of the delict.' See Drevikovsky (fn 6) 126. I think that understates the role assigned to injurious intention by Paul.

⁶⁸ Ulp. 57 ed. D. 47, 10, 13, 3.

⁶⁹ Ulp. 57 ed. D. 47, 10, 15, 45.

the plaintiff, a mistake as to the master's identity on the part of the wrongdoer meant that he had no action.⁷⁰

Thus it seems that it was not only in respect of the proscribed conduct that *iniuria* was plural;⁷¹ in respect of mental states also, what was required varied depending on the context. Where conduct was objectively contumelious in Drevikovsky's sense, the significance of intention was diminished; conversely, unobjectionable conduct could be rendered injurious where the defendant could be shown to have acted *iniuriae faciendae* (or *contumeliae*) *causa*.⁷² This technique had already been adopted in the case of the special edict *ne quid infamandi causa fiat*, which looked to the defendant's purpose in acting, although of course purpose would generally have been inferred from conduct.⁷³ This was not an inevitability: since reputation is a social phenomenon, the praetor could have achieved a general defamation regime by looking directly at the defamatory effect of conduct, actual or presumed. But the same is not true of dignity, the interest which – I suggest – classical *iniuria* protected.⁷⁴ As the examples set out in the previous paragraph illustrate, in some cases at least the infringement of dignity occurs by virtue of the defendant's intention to infringe it. A delict defined wholly objectively – as degradation – could not have comprised *iniuriae* of this kind. In alleging that 'contumelia' originated in 'contemnere', Ulpian may have been attempting to magnify an ambiguity inherent in the word precisely in order to capture this sort of case while still preserving *contumelia*'s synthetic function in respect of the objectively defined Republican *iniuriae*. It is for that reason that I have reverted in this piece to the traditional translation of *contumelia* as 'insult': like Ulpian's *contumelia*, it looks to both the defendant's purpose in acting and the result of that action.

⁷⁰ Cf fn 62 above.

⁷¹ The plural character of the delict is emphasised particularly by Ibbetson (fn 8).

⁷² For the phrase 'contumeliae causa' see e.g. Ulp. 57 ed. D. 47, 10, 13, 4.

⁷³ Cf Drevikovsky (fn 6) 120, who points out that 'all examples of conduct punishable under *ne quid* seem to have produced real *infamia*.' Drevikovsky also rejects Daube's view that the special edict *ne quid* inspired a similar technique in the context of the classical delict as a whole.

⁷⁴ Cf Ulp. 56 ed. D. 47, 10, 1, 2, as interpreted by e.g. Honoré (fn 39) 85.

Was Roman Law Invented?

Boudewijn Sirks

I. Was Roman law invented?¹

Yes, is the thesis of an inspirational book by Schiavone.² In it, the Italian scholar proposes that, in the course of the third century BC, the praetors introduced actions for litigation (*per concepta verba*) between Romans and peregrines, as response to the increased commercial trade, with first consensualism and later reciprocity as their basis; that the *fides* was reworked into the *bona fides* and joined by the concept of *aequitas*; that in the time between ca. 150 BC and Augustus, three lights shine: that of Junius Brutus,³ Manius Manilius⁴ and Publius Mucius Scaevola⁵ who, as is said, established the civil law; that of Quintus Mucius Scaevola pontifex⁶ who, for the first time, organised the civil law by categories; and that of Labeo who introduced a great number of innovations.⁷ Thus, there was a qualitative jump in the law in that period. Essential for the push to this were the social and political events of that age. The jurists began to develop abstract concepts, but Q. Mucius and those jurists after him considered these as living beings with their own objectivity, of which the jurists only saw the reflection. They concentrated first on the contracts, later on the law of property and on stipulations, breaking the strict formality of the old law. Q. Mucius transformed also the existing *fides* into the clause *ex fide bona* in some formulary actions.⁸

¹ To invent something: to create or design something that has not existed before. It is not the most apt term to describe what *Schiavone* has in mind since the Roman law existed before what *Schiavone* considers the turning moment.

² Aldo Schiavone, *Ius, L'invenzione del diritto in Occidente* (Einaudi 2005). I used the French translation: *Ius, L'invention du droit en Occident* (Belin 2008).

³ Wolfgang Kunkel, *Die Römischen Juristen* (Böhlau 2001) 12: praetor in 142 BC.

⁴ Kunkel (fn 3) 11: praetor in 155 or 154, consul in 149 BC.

⁵ Kunkel (fn 3) 12: praetor in 136, consul in 133, pontifex maximus, died ca. 115 BC.

⁶ Kunkel (fn 3) 28: consul in 95, pontifex maximus, died 82 BC.

⁷ Schiavone (fn 2) 221.

⁸ Schiavone (fn 2) 221, 229–233, 289–310. He cites Gai. 3 aur. D. 44, 7, 57 as an echo of this, but the text makes a sharp differentiation between *contractus stricti iuris* and *contractus bonae fidei* with regard to error; and the second phrase says only that a *societas* is based on *consensus*.

II. The concepts of *intellectus* and *animus*

Thus, in a small nutshell, Schiavone's suggestion of how Roman law was innovated (rather than invented).⁹ But was it indeed the case? To enter into this question, it is expedient to examine beforehand several texts where there is a difference in views visible – a difference which can be interpreted as a systematical difference, but equally as a historical shift in views. The first one is Paul. 54 ed. D. 41, 2, 1, 3:

Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. Sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant.¹⁰

The fragment deals with the question of when somebody has legal possession of something. There are two opinions. One, that of Paul,¹¹ is that mere physical contact does not suffice. For possession, a will is required – viz., the will to hold (*affectio tenendi*).¹² Is it the will to hold for oneself, or for another? Apparently, that is not the question here, so willing to hold suffices. There has to be the intention to hold, and then holding is legally possession. Paul says a madman or a child have no sufficient will for this. Since a madman may very well wish something, it implies that Paul means a sane will – the faculty to make a reasonable decision based on reflection (*intellectus*).¹³ The other opinion is shared by a Late Republican jurist, Ofilius,¹⁴ and a jurist from the early Principate, the younger Nerva.¹⁵ They maintain that possession is a question of fact, not of law. Having a physical grip on a thing, without intention or the like, suffices to be considered possessor in law (and consequently to usucapt or acquire ownership of a *res nullius*). According to them, there is no need for a further, legal criterium. Hence, the opinion of others like Paul – that a *pupillus* needs *auctoritas* – is irrelevant;

⁹ I cannot give a more detailed account of *Schiavone's* compellingly written book in the context of this contribution, but the above suffices for my argument here.

¹⁰ The text and its problems is mentioned by Fabian Klinck, '§ 40 Ziviler Besitz (*possessio civilis*)' in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rütger (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 1079.

¹¹ Kunkel (fn 3) 244 and 244 fn 504: pupil of Scaevola, his praetorian prefecture was probably under Alexander Severus.

¹² Paul. 54 ed. D. 41, 2, 1, 9: Ceterum et ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi.

¹³ Similarly in Ner. 6 membr. D. 12, 6, 41: Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit, repetitio est, quia nec natura debet. The promise was invalid in civil law lacking the *auctoritas*, but it was also invalid because the *pupillus* had not yet a will sufficient to bind himself. Likewise, Ofilius, see Cic. ad fam. VIII, 57.

¹⁴ Kunkel (fn 3) 29: pupil of Servius Sulpicius, agent of Caesar.

¹⁵ Kunkel (fn 3) 130: probably beginning of the 40's AD.

and likewise, the requirement of the *affectio tenendi* or *intellectus*.¹⁶ What matters here is the difference between the two opinions on possession. The older opinion is that physical contact suffices for legal possession. The newer opinion is that, next to physical contact, an immaterial mental element is required: the deliberate intention or will to have contact. It cannot be that, at a certain moment, children were physically changing and began to have understanding. The change is in, first, the use of the concept of *intellectus*, and second, the requirement of this for taking possession – where before, the factual seizing seems to have sufficed. Where did that criterium come from? We may read the text in a systematical or in a historical way. Systematically, it is merely a difference in opinions, historically, it is also a shift in reigning opinions (then, Paul represents the dominant view). The shift in legal valuation takes place between the late Republican jurists and the early Principate jurists on the one hand, and the early third century jurist on the other hand: the latter relies on the *intellectus* of the child as substitute for the *auctoritas*, the first merely consider the act. One may object: Ofilius and the younger Nerva may have known of the concept of *intellectus* too. But then the question is: why did they not apply this in law? I surmise that, in the Republic, the criterium for taking possession was factual, as the term *usucapio* indicates. By taking factually possession and using land or an object, it is clear that the user claims ownership. It is an approach which has advantages in evidence: only what is heard or seen counts. Another text: Paul. 54 ed. D. 41, 2, 3, 3:

Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat. Sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. Quidam putant Sabini sententiam veriorum esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.¹⁷

¹⁶ Fabian Klinck, *Erwerb durch Übergabe an Dritte nach klassischem römischem Recht* (Duncker & Humblot 2004) 164–178 expounds why a *pupillus* could not acquire. On 172 he considers the view of Nerva and Ofilius as a progressive point of view ('bereits'), namely that for these jurists the *tutoris auctoritas* was no longer necessary because the possession was no question of law. He considers this, like *Cannata*, a tenet of the Proculian School. Klinck sees the opinion of Paul as a more restrictive position of the classic jurists regarding this question. Yet Nerva and Ofilius express a view on possession, which implies that a *pupillus* may take possession without *auctoritas tutoris*, but that is not an opinion on the question in general whether a *pupillus* always needs the *auctoritas*. And Paul's reply is not on possession but on that last point.

¹⁷ See for the controversy Klinck (fn 10) 1071, where it is rendered as a systematical question, on the contrary historically on 1074–1075. He does not enter into the question, where the idea for the 'generale Besitzwille' came from. Jean-François Gerkens, '§ 41 Aneignung herrenloser Sachen (*occupatio*)' in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rübner (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 1100 n 16 submits it was part of a 'Schulenstreit', thus, as on 1104, a systematical question. This propensity to reduce such cases to a systematic difference might be due to the Pandektenwissenschaft which blended out the historical perspective, focused as it was on the classic jurisprudence. Otherwise Ulrike Babusiaux, '§ 90 Klagen aus Innominatverträgen

Neratius¹⁸ and Proculus¹⁹ argue that for acquiring possession it is necessary to have the *animus* to possess and to have factual possession. As follows from the rest, with *animus* is meant the will to possess (and for a will, knowing what the will is directed to is required) – in other words, the *motus animi* which causes a person to take possession (cfr. Ulp. 4 ed. D. 2, 14, 1, 3 with Pedius' statement, below).²⁰ But first, the factual possession, called natural possession, is required, after which the legal (civil) possession may follow. If I know later on that there is a treasure hidden in the land (evidently not yet found), one would suppose that as long as it has not been found, factual possession lacks – and thus civil possession. But Paul argues that this knowledge suffices to extend the possession to the treasure, and the civil possession goes on. A contrary opinion here is that of Brutus and Manilius, who maintain that *usucapio* of land covers and includes unknown treasures. For them, the factual possession suffices, will (*animus*) and knowledge is not required. Paul counters this by saying that, for possessing, knowledge (*scientia*) of what one possesses is required, and he adds the refinement of Sabinus: that knowing alone is not enough – factual possession of the treasure is required. The dispute may be interpreted as a systematic question, but also as a historical change in views, because Brutus and Manilius lived around the middle of the second century BC, while Paul can be dated to the second quarter of the third century AD. The change is that, for the older jurists, possession was a mere factual matter, easily evidenced, whereas for Paul an intangible element had come to this: the mind – something which can only be derived from acts.

III. The concept of *causa*

Then Ulp. 4 ed. D. 2, 14, 7pr-1:

*Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.*²¹

(*actiones praescriptis verbis*)' in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rüfner (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 2531 n 5 with literature. On this Raimondo Santoro, 'Il contratto nel pensiero di Labeone' (1938) 37 *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, 1, 207–212, 208 fn 116 with immense literature. But he does not problematise the *parere*, nor the *nascere* in § 2. Similarly, Carlo Augusto Cannata, 'Contratto e causa nel diritto romano' in Alberto Burdese (ed), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana* (CEDAM 2006) 192.

¹⁸ Kunkel (fn 3) 144: *praefectus aerarii Saturni, consul suffectus* in 97 AD.

¹⁹ Kunkel (fn 3) 125: early first century AD.

²⁰ Fritz Pringsheim, 'Animus in Roman Law' (1933) 49 *Law Quarterly Review* 43 and 379, assumed all references to *animus* were Byzantine changes. That view is not common nowadays.

²¹ Peter Gröschler, '§ 22 Sachleistung zur Schuldbegründung' in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rüfner (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 630 does not elaborate this. On 659 he merely repeats Ulpian.

Ulpian²² presents the origin of these contracts as a matter of fact, but it is merely an interpretation. Then we read in Cicero *De off.* III, 66 and 70 that Cato, in the early 1st century BC,²³ had to arbitrate according to the addition *quicquid sibi dare facere oporteret ex fide bona*, and that Q. Mucius Scaevola stated that, in all *arbitria* in which the phrase *ex fide bona* the *bona fides* was inserted, this should be interpreted in the widest sense and reciprocally. That does not sound as if the *iudicia bonae fidei* had already been included in the praetorian edict. An introduction into the praetorian edict at a later moment, around the middle of the 1st century BC, seems more in line with this, after arbitration had paved the way.²⁴ In any case, it is a very different origin than Ulpian wants us to believe. In his rendering, agreements may produce actions (and thus not the praetor), and if so, they change their name. In other words: an agreement is the cause of an action, the action the result. This fits the next phrase:

Sei et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo²⁵ Celso²⁶ respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias.

It is evident that the force here was the praetor who furnished those agreements with actions, and it is not likely that suddenly those actions appeared on his album out of the blue. We are dealing here with a later explanation – or better, intellectual reconstruction – of an existing situation with the help of the concept of *causa*. It explains why, in some cases, there is a special action and, in other cases, a general action joined to an act, or an exception, or no remedy at all.²⁷

Similarly, the concept of *causa* was applied to Aquilian delicts to argue why an action on the case was granted: Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 11, 1:

Si alius tenuit, alius interemit, is qui tenuit, quasi causam mortis praebuit, in factum actione tenetur.²⁸

²² Kunkel (fn 3) 245: under Severus and Caracalla assessor of the praetorian prefect Papinian, praefectus annonae and praetorian prefect under Alexander Severus.

²³ It must be M. Porcius Cato, father of M. Porcius Cato Uticensis minor.

²⁴ For a survey of the theories on their origin (praetorian or in civil law) see Franz Stefan Meissel and Anna Novitskaya, '§ 78 *Bonae fidei iudicia*: Grundlagen' in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rüfner (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 2022–2026, which does not suggest a moment of introduction but only a moment of definitive acceptance as *actiones civiles*, viz. in Julian's Edict. All agree that the actions were included in the praetorian edict, sooner or later. The *Lex Aebutia* of 242 BC created the *praetor peregrinus*, but the only thing we can say about this is that legal remedy was created for peregrines in Rome.

²⁵ Kunkel (fn 3) 141: *floruit* around the turning of first and second century AD.

²⁶ Kunkel (fn 3) 146: first century AD.

²⁷ Ancient theories would present explanations for the existing world and that might suffice: see Daryn Lehoux, *What did the Romans know? An inquiry into science and world making* (The University of Chicago Press 2012).

²⁸ Bénédicte Winiger, '§ 92 Klage wegen Sachbeschädigung (*actio legis Aquiliae*)' in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rüfner (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 2585 on *causam mortis praestare* as indirect causality and as being responsible for a killing. For the explanation as indirect causality Winiger refers to Dieter Nörr, *Causa mortis, Auf den Spuren einer Redewendung* (CH Beck 1987) 10–14. Nörr gives several cases of an extended causality,

The killer was liable under the *Lex Aquilia* because he had fulfilled the letter of the law (*occidere*). His accomplice, on the other hand, was not liable because his action was not defined by the law – but equally, it was evident that it had made the killing possible. The argument to allow an action on the case on basis of the law was, likely, that: the law aimed at punishing killing, that it did not matter how the killing was done (the grammatical extension of *rumpere*); that killing could be done directly or indirectly (the effect counts); and that indirectly includes providing the occasion on which a killing took place. But we do not see such a chain of argument – merely the terse statement that the assisting person furnished a *causa mortis*. That implies a theory of causality.²⁹

IV. The concept of *natura*

In other texts, the concept of nature appears, as in Paul. 5 quaest. D. 19, 5, 5, 4,³⁰ where the pact may make the mandate exceed its nature – viz., that the mandatary is liable not only for *culpa* but also for *custodia*, and that he may not claim expenses over a certain limit; which is not possible under a normal mandate.³¹ Nature is, in Greek philosophy, interpreted with regard to humans and animals as the power which holds an individual living being, plant, or inanimate object together. It is the force that makes them to be as they are; it is the disposition they are born with and which determines their autonomous development to the final stadium. We may assume that, in this meaning, it was also common good among the educated Romans.³² If this concept is applied to contracts, it implies that these are treated as if having properties too which are innate and not always known by the onset, but may develop in time (and which, in *bonae fidei* contracts, the *bona fides* obliges to respect). Here, we see that the limits of mandate were indeed transgressed. The same use of the concept of nature is made in Iul. 15 dig. D. 18, 5, 5pr:

Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos,

among which also (11) Clemens of Alexandria, who uses *aphorme* for the *causa antecedens* (*aition prokatartikon*), in Strom. VIII 9.25 (StVF II 346).

²⁹ For a survey see Susanne Bobzien, 'Chrysippus' Theory of Causes' in Katerina Ierodiakonou (ed), *Topics in Stoic Philosophy* (OUP 2001) 196 ff.

³⁰ Babusiaux (fn 17) 2537, as an example that the *actio praescriptis verbis* offered more reliable aid; 2557.

³¹ See Susanne Heinemeyer, '§ 82 Klage aus Auftrag (*actio mandati*)' in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rüfner (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 2366, 2368.

³² See David Furley, 'Cosmology' in Keimpe Algra, Jonathan Barnes, Jaap Mansfeld and Malcolm Schofield (eds), *The Cambridge History of Hellenistic Philosophy* (CUP 2008) 389, 391; *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (1984) vol 6, c. 427: since the Sophists posed the problem of the ratio of natural disposition, practice and instruction, nature has as second meaning that of 'Naturanlage', natural disposition, the innate nature; c. 430: Aristotle saw nature as the essence of a being which is the principle of motion in itself. That principle determines all the developments of the being, including its goal (*telos*).

ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.³³

The *acceptilatio* is the counteract to the stipulation and performed in the same way, by formal words: *quod ego tibi promisi habesne acceptum? habeo* or *accepta facis rem? facio*. In this case, it merely serves to release the buyer or seller from his obligation (likely the sale of generic goods by stipulation); there was no actual performance. Nonetheless, Julian doubts the validity of the formal act, since in this case the *acceptillatio* is against its nature – i.e., it has its innate forms and restrictions, which implies that it is valid through its formality.³⁴ However, he has extended the nature since he requires also a real performance. If this is not the case, only an underlying agreement to dissolve the preceding contract can help. An informal (consensual) agreement, like sale, could be informally annulled. Julian may have relied on the statement of Pedius³⁵ in Ulp. 4 ed. D. 2, 14, 1, 3, that behind every *contractus* a *conventio* lies, or shared in another way the same view. Thus, an ‘abstract’ verbal contract, valid as long as the formalities were fulfilled, had been, or become, for Julian a contract related to the real performance, and this requirement he interprets. Still, he restricts nature here to the original *acceptillatio* and adds the *conventio*. Why does he not say that the *acceptillatio* is invalid and the obligation continued because there was no performance, just as this was assumed for a *contractus re* (Ulp. 2 reg. D. 46, 4, 19pr)? Apparently, because that was for him the ‘old’ nature of the act. Then, his explanation implies that the nature of the *acceptillatio* has changed, requiring, in case of a formal release, a valid agreement to release.³⁶

³³ Babusiaux (fn 17) 180 fn 631; Thomas Finkenauer, ‘§ 21 Stipulation (Verbalkontrakt)’ in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rübner (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 580, part. 621–624.

³⁴ The concepts of *causa* and *natura* have a great importance in the Aristotelian philosophy but cannot be dealt with here.

³⁵ Kunkel (fn 3) 168: uncertain date, perhaps contemporary of Julian.

³⁶ Finkenauer (fn 33) 623 n 584 says the *acceptillatio* in Iul. 15 dig. D. 18, 5, 5pr is interpreted as ‘wechselseitige Erlasspacta’; Wolfgang Ernst, ‘§ 79 Klagen aus Kauf (*actio empti*, *actio venditi*)’ in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rübner (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 2110 as ‘Aufhebungspaktum’; Peter Gröschler, ‘§ 107 Einrede kraft Vereinbarung (*exceptio pacti*)’ in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rübner (eds), *Handbuch des römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 2896 as ‘konkludent abgeschlossenes (stillschweigendes) *pactum de non petendo*’. All that is possible, but my interest here is the use of the word *natura*.

V. Consensualism in property transfer

Consensualism, we see next to contracts (D. 2, 14, 1, 3, see above), also applied in the transfer of property by Iavolenus,³⁷ later repeated by Ulpian.³⁸ In that case, Julian's³⁹ view on this transfer, in Iul. 13 dig. D. 41, 1, 36⁴⁰, might represent an older view, because it is more in line with Brutus' and Ofilius' views on possession and property.⁴¹

VI. A shift in law to new concepts

It is not my intention to present a complete survey of all applicable texts, nor to give an extensive analysis of them. For the point I wish to make in this modest contribution, these few texts in the legal writings of the second century suffice. It would seem that new concepts were applied to the existing framework of the law. Returning to Schiavone, he indeed sets on consensualism as the new *epistèmè* under Q. Mucius,⁴² and we see consensus in pacts and contracts as the basic foundation expounded by Pedius. Further, consensualism was present in the fragments Paul. 5 quaest. D. 19, 5, 5, 4 and Iul. 15 dig. 18, 5, 5pr and changed the nature of contracts – and in the requirements for the transfer of property. But both Ofilius and Nerva, who held an older opinion, and Neratius and Proculus, Aristo and Celsus, Julian and Iavolenus, who found it necessary to argue with the old views, lived long after Schiavone's presumed scientific turn. Even if we assume that Q. Mucius initiated such a new *epistèmè*, there is still a long stretch of time between ca. 100 BC and ca. 100–150 AD. Moreover, consensualism does not explain the other shifts in view.

It seems to me that we see a difference in opinions on various legal issues, which can also be interpreted as a shift in time in views and an application of new concepts. Taking possession requires now, next to physical possession, the *animus* to

³⁷ Kunkel (fn 3) 138: commandant in 83, *consul suffectus* in 86, *legatus pro praetore* in 90, pontifex in 106 or 107 in Rome, teacher of Julian. Iav. 12 epist. D. 44, 7, 55: In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perducere ad effectum id quod inchoatur non potest.

³⁸ Ulp. 7 disp. D. 12, 1, 18pr-1.

³⁹ Kunkel (fn 3) 157: likely *consul* in 148, *curator aedium sacrarum* in 150, *legatus pro praetore* between 150 and 161, *proconsul Africae* between 166 and 169 AD.

⁴⁰ Iul. 13 dig. D. 41, 1, 36.

⁴¹ This antinomy has generated a mass of literature (see Guido Pfeifer, '§ 45 *Causa* als Erwerbsvoraussetzung' in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meißel, Johannes Platschek and Thomas Rübner [eds], *Handbuch des Römischen Privatrechts* [Mohr Siebeck 2023] 1147–1148) and I cannot enter here into this question, but only remark that Julian seems to focus on the factual possession and whether both *causae* suffice to justify the rightfulness of possession, each on its own; and not on the transfer of property. That reminds of the question, whether the *mancipatio* was a transfer or merely an uncontested claim by the new owner. In that case, the *causa* with the transferor would bar any contesting claim.

⁴² Schiavone (fn 2) 295–297, and for transfer of property likewise 298.

possess – that is, the will (and *scientia*, knowing the object the will has in focus). A pupil can now take possession without the *auctoritas* of its guardian, if it has the *intellectus* pertaining to a certain age. *Causa* is apparently a force of its own, which can turn agreements into contracts. It also makes the accessory to a delict guilty of the delict itself. For transfer of property, it does not suffice that both parties have, independently, a valid reason for the transfer but must agree on the reason for transfer. The nature of a contract may lead to consequences which were originally outside of its scope. We see a difference in various areas of the law (persons, contracts, delicts, possession, property). It is a difference which we may interpret systematically, but since there is, in several cases, a time lapse between them, where the shift is from older to newer authors, we may interpret them also historically.

Several authors have already observed such a shift with respect to various subjects, different from those above.⁴³ We may therefore agree with Schiavone that there was a shift in intellectual framing the law. But even assuming Q. Mucius Scaevola initiated a shift, as Schiavone suggests, his time schedule does not fit the texts. For him, Brutus and Manilius were innovators – but we saw that, regarding possession, they were, for a later generation, ‘old school’. The same goes for Ofilius and Nerva, who lived later. Thus, any shift would not have taken place in the beginning of the first century BC, but between the middle of the first century BC and the end of the first century AD, or perhaps even a little later. The link Schiavone lays between consensualism and changes in the law of possession and property is not specified by him, not the moment in which this occurred, but the first evidence is from the first century AD, not from the beginning of the first century BC. Though Schiavone cites several texts, apart from Paul. 54 ed. D. 41, 2, 3, 3,⁴⁴ none of the above texts were cited by him.⁴⁵ Also, consensualism was, in Q. Mucius Scaevola’s time, an addition to the existing actions and contracts, but did not replace these, particularly in the law of sale, where generic sales could only be completed by the strict law verbal contracts all through the classical and post-classical period. To speak of even a re-invention of all the law seems not quite warranted.

⁴³ See Babusiaux (fn 17) 118, 166–179 (*ius naturale, ius gentium and aequitas naturalis*); Detlef Liebs, ‘§ 7 Rechtsliteratur’ in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rübner (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 200 (teaching of Stoicism in Rome); Finkenauer, (fn 33) 597 (*metus*); Richard Gamauf, ‘§ 36 Sklaven (*servi*)’ in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rübner (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 935 (slavery); Ralph Backhaus, ‘§ 38 Rechtsobjekte und Sachkategorien’ in Ulrike Bausiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rübner (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 1046 (corporeal and incorporeal goods), 1049 (Pomponius’ division of goods); Iole Fargnoli, ‘§ 77 *Condictio* als Rückforderungsklage’ in Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek and Thomas Rübner (eds), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Mohr Siebeck 2023) 2009 (unjust enrichment); Ernst (fn 36) 2111 (*bona fides*).

⁴⁴ And that only as testimonies to Q. Mucius, not in an exegesis.

⁴⁵ Unfortunately, he leaves it to the reader to imagine how consensualism was introduced in contract law and in the other areas of law.

VII. Anchoring a new common conceptual framework

Regarding the shift as such, it would seem that changes did occur, but occurred piecemeal, starting at the beginning of the first century BC with Q. Mucius Scaevola, continuing at different times and by different persons, mainly around the end of the first century AD, and that only by the end of the second century AD, in the great encyclopedic works of the great jurists, a homogenised picture is drawn, in as far as we can judge, because we have only the selection by the Byzantine compilers. The 'old school' stuck to a private law based on hard evidence; the 'new school' preferred a private law with, next to hard evidence, psychological criteria, which offered certain advantages over the old way, although evidence had in such cases to be deduced from external signs.⁴⁶

Joining the observations of the authors cited in note 44, is it possible to see a common framework – and if so, what might that framework be? There are terms for psychological criteria: *intellectus*, *sciens*, *animus*.⁴⁷ There are terms for philosophical criteria: *natura*, *causa*. For the subjects in note 44, a Stoic origin is suggested. And indeed, for the psychological and philosophical terms, the Stoic doctrines recommend themselves too as sources. Such a diversity of criteria one may find in a developed philosophy – in the original sense, to know – one which attempts to present a combined explanation of man and his world. By the end of the Roman Republic, there were mainly two such philosophies existing and taught in Rome: Stoicism and Epicurism. Of both, we do not know much, but of Stoicism at least more than of Epicurism, and we also know that Stoicism was more in favour with the Romans. That the ideas of *ius naturale*, *ius gentium* and *aequitas naturalis* rooted in Stoicism and were communicated by Cicero has been acknowledged; and for the other subjects, a Stoic origin is also seriously considered. But apart from the mentioned three general ideas, these considerations concerned isolated aspects of Roman law. The elements in the law of property and of obligations of the later jurisprudence (*animus*, *affectus*, *voluntas*, *scientia*, *causa*, *intellectus*),⁴⁸ which the texts dealt with, might indicate, if the above reflections are sufficiently substantial, a more systematic and broader permeation of Stoic views. These elements would then have been anchored in the existing fabric of the civil law, as laid down by the jurists of the Late Re-

⁴⁶ Not so easy: 'The thought of man shall not be tried, for the devil himself knoweth not the thought of man' (Brian CJ in YB Pasch. 7 Edw. IV, fo. 2, pl. 2 [1468]); Bowen LJ: 'the state of a man's mind is as much a fact as the state of his digestion', in *Edgington v. Fitzmaurice* [1885] 29 Ch D 459 (CA) at 483.

⁴⁷ Paul. 16 ed. D. 50, 17, 124: Ubi non voce, sed praesentia opus est, mutus, si intellectum habet, potest videri respondere. Idem in surdo: hic quidem et respondere potest.

⁴⁸ For *intellectus* and the development of the mind, see Anthony A. Long, 'Stoic psychology' in Keimpe Algra, Jonathan Barnes, Jaap Mansfeld and Malcolm Schofield (eds), *The Cambridge History of Hellenistic Philosophy* (CUP 2008) 564; for the various faculties of the mind see Long (fn 48) 571; for *causa* see Anthony A. Long and David Neil Sedley, *The Hellenistic Philosophers I*, vol 2 (CUP 1987) 336 (Clement); for *affectus*, *voluntas*, see Long (fn 48) 580; for *natura*, see Furley (fn 32) 446–447.

public (those who founded the civil law).⁴⁹ It would not have been an invention, but a gradual and harmonious innovating the intellectual framework of the law. This embedding brought several advantages (to name two: wider application of error,⁵⁰ refinement of possession and *usucapio*). Kuhn says that scientific discoveries often are complex events, and that paradigms make scientists see the world of their research-engagement differently after the scientific revolution.⁵¹ We would see here a complex event as well: the dispersed and gradual permeation of a philosophical doctrine in an existing framework, its anchoring and then an acceptance which causes jurists to see the law in that new perspective. By the end of the second century AD, it was an accepted innovation. Perhaps there were more such comparisons between ‘old’ and ‘new’ school in the original classical writings. For the Byzantine compilers, it was the law as transmitted. They would have not experienced this as an innovation when reading the texts and likely have excised references to comparisons with older views dating from the Republic. They, on the other hand, applied the scholarly views current in their time, which were to all probability not those of the early Principate, and may have anchored these in their jurisprudence.⁵²

⁴⁹ They would have merely categorised the existing actions, in itself already a fine scholarly achievement; but not introduced the *epistèmè* as Schiavone would have it.

⁵⁰ See Martin Schermaier, ‘From non-performance to mistake in contracts: the rise of the classical doctrine of consensus’ in Boudewijn Sirks (ed), *Nova Ratione, Change of paradigms in Roman Law* (Harrassowitz 2014) 107–132; further Ulrike Babusiaux, ‘The *nova clausula Iuliani* – a change of paradigm in the praetorian law of succession?’ in Boudewijn Sirks (ed), *Nova Ratione, Change of paradigms in Roman Law* (Harrassowitz 2014) 9–31 on the change in parental power; Roberto Fiori, ‘Rise and fall of the specificity of contracts’ in Boudewijn Sirks (ed), *Nova Ratione, Change of paradigms in Roman Law* (Harrassowitz 2014) 33–49.

⁵¹ Thomas S. Kuhn, *The structure of scientific revolution* (2nd edn, University of Chicago Press 1970) 55, 111.

⁵² It is attractive to see a second application of Stoic philosophy, but this had undergone changes too and it might pay to consider Neoplatonic influences.

Burning Questions

Benjamin Spagnolo

I. Introduction

I had the great pleasure of teaching the Oxford delict course with Wolfgang Ernst when he was elected to the Regius Professorship. Apart from his profound erudition and infectious good humour, he gifted the students a commitment to methodical rigour. Textual language and textual history matter; understanding the case framed is a first step to understanding a text's contribution. There is a presumption – not irrebuttable but not readily abandoned – that facts, be they based on real cases or hypothetical examples, are not superfluous but significant. There is a place for informed conjecture but there remain gaps in what we can know and questions we must continue to ask. In honour of those foundational lessons, and inspired by Ernst's lucid close reading of Collatio 12, 7, 1–3,¹ this contribution considers *damnum iniuria*, the oven and the common wall in Collatio 12, 7, 8 and Digest 9, 2, 27, 10 and sketches how conceptualisation of the case, its text and context shape scholarly understanding of the legal point(s) it conveys.

II. Text and context

1. Sources

Collatio 12, 7, 1–10 and Digest 9, 2, 27, 6–12 are excerpted from Ulpian's ad Edictum book 18 commentary on the verb 'usserit' in chapter 3 of the *lex Aquilia*.² The Collatio excerpt corresponds to an opening quotation from Exodus 22: 6, Si exierit ignis et invenerit spinas et comprehenderit areas vel spicas aut campum, aestimationem restituet ille qui succendit ignem.³ The Digest treatment responds to Ulpian's own quotation of chapter 3's text: [...] si quis alteri

¹ Wolfgang Ernst, 'Insulam Exurere: Reading Collatio 12.7.1–3 Closely' in Benjamin Spagnolo and Joe Sampson (eds), *Principle and Pragmatism in Roman Law* (Hart 2020) 159.

² Otto Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* (Tauchnitz 1889) § 623, 528–9. That Ulpian's commentary concerns 'usserit' (and not, for example, 'iniuria') is not doubted, though, of course, the original concern of the jurists he cites may have differed: Peter Birks, 'Cooking the Meat: Aquilian Liability for Hearths and Ovens' (1985) 20 IJ 352, 365.

³ Coll. 12, 1, 1. See Robert M Frakes, *Compiling the Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum in Late Antiquity* (Oxford University Press 2011) 114, 184. To similar effect (but with *focus* not *ignis*) is: Lex Rom. Burg. 18, 4.

damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.⁴

The oven and the common wall appear in:

Collatio 12, 7, 8

Item libro VI ex Viviano relatum est: si furnum secundum parietem communem haberes, an damni iniuria teneris? Et ait <Proculus>⁵ agi non posse Aquilia lege, quia nec cum eo qui focum haberet: et ideo aequius⁶ putat in factum actionem dandam. Sed non proponit exustum parietem. Sane enim quaeri potest, <si> nondum mihi damnum dederis et ita ignem habebas, ut metuam ne mihi des, an aequum sit me actionem, id est in factum inpetrare? Fortassis enim de hoc senserit Proculus. Nisi quis dixerit damni non facti sufficere cautionem.

Digest 9, 2, 27, 10

Si furnum secundum parietem communem haberes, an damni iniuria teneris? Et ait Proculus agi non posse, quia nec cum eo qui focum haberet: et ideo aequius puto in factum actionem dandam, scilicet si paries exustus sit: sin autem nondum mihi damnum dederis, sed ita ignem habebas, ut metuam, ne mihi damnum des, damni infecti puto sufficere cautionem.

While the prevailing scholarly view is that the Collatio reflects the version of Ulpian available to the Collatio's editor,⁷ that version has long been suspected of post-classical interpolation.⁸ 'Sed non proponit [...] cautionem' has been thought an incorporated gloss, on account of a putatively unclassical 'fortassis' or illogical 'et ideo',⁹ an allegedly surprising failure to understand that Proculus implied the wall's combustion¹⁰ (or else a gap to this effect in the initial factual description¹¹), apparent ignorance about *actiones in factum*,¹² or omission of a grammatical subject – whether 'actio sit' or some other person – after 'nec cum eo qui focum haberet'.¹³ At one scholarly extreme, 'si furnum [...]

⁴ Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 27, 5.

⁵ See Hans Julius Wolff, 'Ulpian XVIII ad Edictum in Collatio and Digest and the Problem of Postclassical Editions of Classical Works' in Società Editrice Vita e Pensiero (ed), *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione* vol 4 (Vita e pensiero 1949) 64, 74 fn 1.

⁶ See Bernardo Albanese, 'Studi sulla legge Aquilia: I. *Actio utilis* e *actio in factum ex lege Aquilia*' (1950) 21 AUPA 5, 29 fn 3.

⁷ Ernst, 'Insulam Exurere' (fn 1) 159–60.

⁸ Birks, 'Cooking the Meat' (fn 2) 354–5.

⁹ Gerhard Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* vol 3 (Mohr 1913) 83; Gerhard Beseler, 'Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque' (1925) 45 ZRG RA 456, 457; Emilio Albertario, *Introduzione storica allo studio del diritto romano Giustiniano* vol I (Giuffrè 1935) 61–2.

¹⁰ Fritz Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten* (Mohr 1916) 22–3; Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science* (Oxford University Press 1946) 200; Wolff, 'Ulpian XVIII ad Edictum' (fn 5) 76; Hans Niedermeyer, 'Voriustinianische Glossen und Interpolationen und Textüberlieferung' in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano – Roma* vol I (Fusi 1934) 351, 378; Franz Wieacker, 'Lebensläufe klassischer Schriften in nachklassischer Zeit' (1950) 67 ZRG RA 360, 371; Albanese, 'Studi sulla legge Aquilia: I' (fn 6) 31; Franz Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen* (Vandenhoeck & Ruprecht 1960) 244–5.

¹¹ Ulrich von Lütow, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato* (Duncker & Humblot 1971) 165.

¹² Wolff, 'Ulpian XVIII ad Edictum' (fn 5) 76.

¹³ Niedermeyer, 'Voriustinianische Glossen' (fn 10) 377; Wieacker, 'Lebensläufe' (fn 10) 371; Wieacker, *Textstufen* (fn 10) 245.

haberes' genuinely reflects a case upon which Ulpian advised but only it and 'Et ait Proculus non posse' are classical.¹⁴ At the other extreme, the whole *Collatio* text is genuine, nothing in its language or substance being unworthy of Ulpian,¹⁵ who doubts but respects Proculus's view and introduces the *cautio damni infecti* hypothesis,¹⁶ or else misperceives Proculus's facts.¹⁷

The consensus is that Justinian's compilers' alterations preserve the facts and the result, though they alter the substance: the Vivianus citation is suppressed; 'Aquila lege' is omitted surplusage; Proculus's view is made into Ulpian's ('putat' to 'puto'); nuanced argument is erased in favour of a simple conclusion (*actio in factum* for actual damage but *cautio damni infecti* where future damage is feared); and elements of the source material are re-worked with characteristically Byzantine language (e.g., 'scilicet'; 'sin autem').¹⁸

Relevantly for the present consideration of the case and of Proculus's and Ulpian's analyses, these textual investigations broadly (but not universally) converge in regarding 'si furnum [...] focum haberet' as substantially classical.

2. 'fornax', 'furnus', 'focus'

Proculus's argument from *focus* to *furnus* has been thought question-begging.¹⁹ While it is the core of his reasoning, it is usually noticed only to require consistency in explaining Proculus's denial of a statutory action and the award of an *actio in factum* (whether by Proculus or another).²⁰ Ulpian's sequential reference, drawing on Neratius and Proculus, to *fornax* (Coll. 12, 7, 7 = D. 9, 2, 27, 9), then *furnus* and *focus* (Coll. 12, 7, 8 = D. 9, 2, 27, 10) is too striking – conceptually and alliteratively – to be accidental. Comparison of the three is, therefore, merited.

¹⁴ Niedermeyer, 'Voriustinianische Glossen' (fn 10) 377–9. Doubting the classicity of 'ne cum eo qui focum haberet': Wolff, 'Ulpian XVIII ad Edictum' (fn 5) 77.

¹⁵ Paul Kretschmar, 'Kritik der Interpolationenkritik' (1939) 59 ZRG RA 102, 151–2; Alan Watson, 'Two Studies in Textual History' in *Studies in Roman Private Law* (Hambledon Press 1991) 345, 361–2. Alternatively, the subject of 'putat' was Vivianus not Ulpian: James B Thayer (ed), *Lex Aquilia: Digest IX, 2, Ad Legem Aquiliam: Text, Translation, and Commentary* (Harvard University Press 1929) 88–9; Birks, 'Cooking the Meat' (fn 2) 367. Perhaps the compiler: Niedermeyer, 'Voriustinianische Glossen' (fn 10) 379.

¹⁶ Lauro Chiazzese, *Confronti Testuali: Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee: Parte speciale (Materiali)* (Falcone ed, first published 1933, G. Giapichelli 2018) 88. See also Giovanni Rotondi, 'Dalla "lex Aquilia" all'art. 1151 cod. civ.: Ricerche storico-dogmatiche' (1916) 14(1) Rivista del Diritto Commerciale 942, 949 fn 4.

¹⁷ Birks, 'Cooking the Meat' (fn 2) 156.

¹⁸ Emilio Albertario, *Contributi alla critica del Digesto* (Fusi 1911) 32–3; Chiazzese, *Confronti Testuali* (fn 16) 88; Albertario, *Introduzione storica* (fn 9) 62 fn 54; Jean Gaudemet, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain* (Sirey 1934) 266 fn 1; Albanese, 'Studi sulla legge Aquilia: I' (fn 6) 193; Wieacker, 'Lebensläufe' (fn 10) 371–2; Wieacker, *Textstufen* (fn 10) 31–2 fn 25, 77, 243–4; Geoffrey MacCormack, 'Aquilian Studies' (1971) 41 SDHI 1, 40; Birks, 'Cooking the Meat' (fn 2) 373–4.

¹⁹ von Lübtow, *Untersuchungen* (fn 11) 164.

²⁰ Thayer, *Digest IX, 2* (fn 15) 88; Watson, 'Two Studies' (fn 15) 347–8; Birks, 'Cooking the Meat' (fn 2) 359.

The *fornax* is a kiln or furnace; it is essentially commercial or industrial, used to fire pottery, cast bronze, produce quicklime, bake bread in bakeries, and heat water for baths or hypocausts; it is fuelled by wood; and it features separate operational and combustion chambers, as well as a chimney.²¹ The only other Digest reference to a *fornax* concerns municipal baths.²²

The *furnus* is an oven; the noun primarily invokes domestic cooking (especially baking bread) and heating, though it is sometimes used in a commercial-industrial sense akin to *fornax*.²³ A *furnus* is typically fuelled by wood or straw; not usually built inside a dwelling but outside, it has a chimney.²⁴ Again, there is a cooking chamber above the chamber in which the fire is set.²⁵ Translating it as 'bake-house'²⁶ is thus too narrow; 'bake oven'²⁷ is correct in the sense of a separate outside structure but not in the sense of a heavy baking pan. The only other Digest reference to a *furnus* is also Ulpianic, and – like D. 9, 2, 27, 10 – concerns the boundary between the *cautio damni infecti* and *damnum iniuria*.²⁸

The *focus* is different: a brazier or hearth, its flame is open, not enclosed; it can be built of brick and fixed in one place but is commonly of bronze and movable – from *atrium* to *triclinium* and even to the table.²⁹ Its functions are religious as well as domestic but not principally commercial or industrial: the *focus* is dedicated to the household Lares; it heats houses in which log-burning is unknown;³⁰ and it is used in cooking, with a gridiron placed, or pots suspended, over it.³¹ Since a 'stove'³² may be enclosed, and a modern 'fireplace'³³ tends to be built into a wall and include a chimney, such translations may mislead. Crucially for its indoor functions, the *focus* burns not wood or straw but charcoal,³⁴ and is practically smokeless.³⁵ The Lares disappear from legal view,³⁶ but the Digest

²¹ William Smith (ed), *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (3rd revd American edn, Harper 1878) 450. See also Birks, 'Cooking the Meat' (fn 2) 356 and fn 20.

²² Lab. 4 post a Iav. epit. D. 19, 2, 58, 2.

²³ Ida Kapp, 'furnus', *Thesaurus Linguae Latinae Online*, vol 6, 1 (De Gruyter 1924) 1622 <https://tll.degruyter.com/article/6_1_8_furnus_v2007> accessed 27 October 2025.

²⁴ Gilbert Bagnani, 'No Fire without Smoke!' (1954) 8 *Phoenix* 23, 25–6.

²⁵ Birks, 'Cooking the Meat' (fn 2) 357.

²⁶ M Hyamson (ed), *Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio* (Oxford University Press 1913) 121.

²⁷ Frakes, *Compiling the Collatio* (fn 3) 229.

²⁸ Ulp. 81 ed. D. 39, 2, 24, 7. The *cautio* is standardly appropriate for anticipated *damnum*, in contrast to the *actio damni iniuriae*: e.g., Ulp. 53 ed. D. 39, 2, 7, 1. There is no *cautio* liability where the *incendium* has the character of *divina vis*: Ulp. 81 ed. D. 39, 2, 24, 4.

²⁹ Smith, *Greek and Roman Antiquities* (fn 21) 447–8.

³⁰ Bagnani, 'No Fire without Smoke!' (fn 24) 23–4. Greek houses could have fireplaces: *ibid* 24.

³¹ Smith, *Greek and Roman Antiquities* (fn 21) 447–8. See also Birks, 'Cooking the Meat' (fn 2) 357.

³² Hyamson, *Collatio* (fn 26) 121; Watson, 'Two Studies' (fn 15) 347.

³³ Frakes, *Compiling the Collatio* (fn 3) 229.

³⁴ Bagnani, 'No Fire without Smoke!' (fn 24) 26.

³⁵ *Ibid* 24.

³⁶ Save as a metaphor for 'hearth and home': e.g., Diocl./Maxim. C. 9, 51, 10.

recognises a *focus*'s connections with cooking³⁷ and its limited capacity to generate smoke, steam or fumes;³⁸ and Digest texts categorically distinguish *lignum* (firewood), *materia* (timber for construction, not fuel) and *carbo* (charcoal).³⁹

3. 'secundum parietem communem haberes'

Prepositions are difficult: they embody a spatial conceptualisation of the world and of relationships between things in it that rarely translates precisely. Since its core sense of 'following' is not idiomatic, most English translations render 'secundum' as 'against'.⁴⁰ This connotes physical contact and even support and can readily conjure a *furnus* 'built on to'⁴¹ or 'part of' a common wall;⁴² this, however, risks colouring analysis of 'directness' in the Aquilian context. While 'next to'⁴³ or 'abutting'⁴⁴ are less tendentious, they may also be too hasty. Digest texts distinguish frescoes *on* a common wall ('in pariete communi'),⁴⁵ pipes *attached to* it ('iunctam parieti communi'),⁴⁶ steps resting *against* it ('ad parietem communem')⁴⁷ and buildings that rest *on* it ('quae in parietem incumbunt').⁴⁸ Though it could mean 'along',⁴⁹ the most basic – and, from the claimant's perspective, most natural – sense of 'secundum parietem communem' is 'behind' or 'on the other side of'.

Let 'an oven on the other side of a common wall' evoke only a residential dispute, it must be recalled that many *tabernae* face the street and share a rear wall with another building, be it residential or not, private or public.⁵⁰ Roman

³⁷ See, e.g., Paul. 2. ad Vitell. D. 33, 7, 18, 3 and, as to a *focarius* or *focaria*, Ulp. 14 ed. D. 4, 9, 1, 5; Ulp. 20 ad Sab. D. 33, 7, 12, 5–6; Pomp. 6 ad Sab. D. 33, 7, 15, pr.; Ant. C. 5, 16, 2 (a. 213); Ant. C. 6, 46, 3 (a. 215); Paul. sent. 3, 6, 37.

³⁸ Ulp. 17 ed. D. 8, 5, 8, 6: 'fumus non gravis' is an ordinary, everyday part of life, requiring no servitude.

³⁹ Ulp. 25 ad Sab. D. 32, 55, 1 and 3.

⁴⁰ Erwin Grueber, *The Roman Law of Damage to Property: A Commentary on the Title of the Digest Ad Legem Aquiliam (IX.2)* (Clarendon Press 1886) 88; Charles Henry Monro (tr), *The Digest of Justinian* vol II (Cambridge University Press 1904) 128; Charles Henry Monro (ed), *Digest IX.2: Lex Aquilia* (Cambridge University Press 1928) 39; Thayer, *Digest IX, 2* (fn 15) 23; FH Lawson, *Negligence in the Civil Law* (Oxford University Press 1950) 105; Colin Kolbert (tr), 'Book 9.2: The *Lex Aquilia*' in Alan Watson (ed), *The Digest of Justinian* vol 1 (University of Pennsylvania Press 1985) 277, 284.

⁴¹ Birks, 'Cooking the Meat' (fn 2) 360.

⁴² Watson, 'Two Studies' (fn 15) 347; Ernst, 'Insulam Exurere' (fn 1) 160.

⁴³ Hyamson, *Collatio* (fn 26) 121; Frakes, *Compiling the Collatio* (fn 3) 229. Even though 'iuxta parietem' occurs in no text, it has been equated with 'secundum': Salvatore Riccobono, 'Dalla *Communio* del diritto quiritario alia proprietà moderna' in Paul Vinogradoff (ed), *Essays in Legal History: Read before the International Congress of Historical Studies held in London in 1913* (OUP 1913) 33, 45.

⁴⁴ Birks, 'Cooking the Meat' (fn 2) 377.

⁴⁵ Proc. 2 epist. D. 8, 2, 13, 1.

⁴⁶ Paul. 6 ad Sab. D. 8, 2, 19, pr.

⁴⁷ Paul. 6 ad Sab. D. 8, 2, 19, 2.

⁴⁸ Ulp. 81 ed. D. 39, 2, 28.

⁴⁹ Charlton T Lewis and Charles Short, 'ex', *A Latin Dictionary* (Oxford University Press 1880) § II.A.1, 669, 1654.

⁵⁰ Nicolas Tran, 'Home and Work' in Joanne Berry and Andrew Wallace-Hadrill (eds), *A Cultural History of the Home in Antiquity* (Bloomsbury 2021) 103, 108, giving the example of the House of the Labyrinth in Pompeii, with an oven installed inside: *ibid.*, 111–2.

cities often lack discrete industrial buildings, such that, in Pompeii, for example, ‘bakeries and fulleries and workshops are bound to be discovered in the fabric of private houses.’⁵¹ The Digest records a bakery added to a *domus* or *insula*, or established in the outbuilding of a residence.⁵² The Digest’s other *cautio* in respect of a *furnus*, mentioned above,⁵³ conceivably intimates different uses on either side of a common wall, given the juristic view that a *cautio* is necessary where the risks are unequal, because one building is more valuable than the other or because one party is carrying out building works.⁵⁴

Common walls are co-owned;⁵⁵ but the Digest treats associated issues inconsistently, in part because classical and Justinianic norms conflict.⁵⁶ In the context of servitudes, Proculus holds that one cannot prevent a neighbour from keeping (‘habere’) a bathroom on the other side of a common wall (‘secundum parietem communem’), even if the wall be affected by damp, any more than one could prevent a neighbour pouring out water in the dining room or bedroom.⁵⁷ The structure of the bathroom and water parallels that of the *furnus* and *focus*.⁵⁸ However, Proculus also advises that a neighbour is not permitted to keep (‘habere’) heating pipes (‘tubuli’)⁵⁹ on a common wall (‘ad parietem communem’), the client noting that the wall may be scorched: ‘flamma torretur paries’.⁶⁰ Effects of fire other than conflagration are clear; the risk alone, without proof of harm, renders the activity unlawful in this context.⁶¹ Interestingly, given that hot air rises, there appears to be no text about the risk of damage to a ceiling, which might also be the floor of property above.⁶²

⁵¹ Andrew Wallace-Hadrill, *Houses and Society in Pompeii and Herculaneum* (Princeton University Press 1994) 123, see also 136–9 and 73 fig. 4.4, with the plan of the Casa del Forno.

⁵² Paul 7 ad Sab. D. 25, 1, 1, 6; Paul 6 ad Plaut. D. 50, 16, 79, 1; Ulp. 18 ad Sab. D. 7, 1, 13, 8. Care must be taken with *pistrinum/pistor*, which can signify both miller and baker until the fourth century: Boudewijn Sirks, *Food for Rome: The Legal Structure of the Transportation and Processing of Supplies for the Imperial Distributions in Rome and Constantinople* (Giegen 1991) 307–8 and see Jared T Benton, *The Bread Makers: The Social and Professional Lives of Bakers in the Western Roman Empire* (Palgrave Macmillan 2020) ch 3. Indications in some texts principally concern milling, not baking: e.g., Paul. sent. 3, 6, 64.

⁵³ See fn 28.

⁵⁴ See Pomp. 21 ad Sab. D. 39, 2, 39, pr.

⁵⁵ Gai. 7 ed. prov. D. 8, 2, 8.

⁵⁶ Riccobono, ‘Dalla *Communio*’ (fn 43) 88.

⁵⁷ Paul. 6 ad Sab. D. 8, 2, 19, pr.

⁵⁸ Albanese, ‘Studi sulla legge Aquilia: I’ (fn 6) 39–40.

⁵⁹ *Tubuli* are square ceramic pipes installed against walls to allow hot gases to circulate and heat a room from the sides, as the hypocaust does from the floor: see Fikret Yegül, *Baths and Bathing in Classical Antiquity* (MIT Press 1992) 363–5 and, e.g., Plin. Epist. 2, 17, 9; Sen. Epist. 900, 25.

⁶⁰ Proc. 2 epist. D. 8, 2, 13, pr.

⁶¹ MacCormack, ‘Aquilian Studies’ (fn 18) 37.

⁶² Smoke is addressed in Ulp. 17 ed. D. 8, 5, 8, 5.

Finally, as in the quasi-delictual obligation *de positis vel suspensis*, ‘habere’ is to ‘keep’ (in some state or condition), so closer to ‘maintain’⁶³ or ‘run’⁶⁴ than to the ‘have’ of most English translations.⁶⁵

4. ‘exustum’/‘exustus’

As Ernst illustrates, *exurere* is the harm verb predominantly used in Collatio 12, 7, 2–10.⁶⁶ Translation of the critical past participle may be controversial. The prefix *ex-* primarily signifies ‘out of’ or ‘from’. Spread of fire through direct contact with other combustible material is addressed in the immediately preceding texts;⁶⁷ but no text appears to consider spread of fire through radiation, conduction, convection or flashover. The prefix *ex-* also denotes a change of state: ‘out of (a former nature)’; and it carries a sense of completeness: ‘thoroughly, utterly, completely’, resulting in ‘a simple enhancing of the principal idea’.⁶⁸ When added to the statutory *urere*, the core sense is combustion: taking away by burning – ‘disastrous burning’ or ‘conflagration’.⁶⁹ Ernst suggests ‘a connotation that the fire affects, or is even directed at, objects that are inhabited’.⁷⁰

However, not all fire damage is ‘burning’. While no text mentioning brands (*stigmata*) concerns *damnum iniuria*,⁷¹ charring (*adurere*) appears to suffice, at least in relation to flesh.⁷² An extended sense of *exurere*, in literary sources, is weakening by drying out through intense heat.⁷³ While some posit that *exurere* can thus encompass ‘degradation of the mortar and cracking of the bricks or stones’,⁷⁴ Proculus elsewhere uses the verb *torrere* for this,⁷⁵ and discussion of damage to common walls typically involves collapse, not weakening.⁷⁶

Arguments that (*ex*)*urere* includes making a wall worse⁷⁷ incorrectly treat *urere* as including *corrumpere*.⁷⁸ While Celsus/Ulpian and Gaius/Justinian assert

⁶³ Wolff, ‘Ulpian XVIII ad Edictum’ (fn 5) 73.

⁶⁴ Birks, ‘Cooking the Meat’ (fn 2) 360.

⁶⁵ Above, fn 40.

⁶⁶ Ernst, ‘*Insulam Exurere*’ (fn 1) 162.

⁶⁷ Coll. 12, 7, 3–7; Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 27, 8–9.

⁶⁸ Lewis and Short, ‘*ex*’ (fn 49) § IV.B, 670.

⁶⁹ Birks, ‘Cooking the Meat’ (fn 2) 358.

⁷⁰ Ernst, ‘*Insulam Exurere*’ (fn 1) 163.

⁷¹ See, e.g., Gai. 1, 13; Arcad./Honor. C. 11, 10, 3 (a. 398). Figurative uses refer to branding with infamy or exile: Const. Cod. Theod. 16, 7, 5 (a. 391); Honor./Theodos. C. 1, 2, 5 (a. 412).

⁷² Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 27, 6 (= Coll. 12, 7, 1). *Amburere* appears to connote consumption: Valentin./Marcian. C. 1, 5, 8, 12 (a. 455).

⁷³ See Helmut Schmeck, ‘*exūro*, -*ussī*, -*ustum*, -*ūrere*’, *Thesaurus Linguae Latinae Online*, vol 5, 2 (De Gruyter 1953) 2122 <https://tll.degruyter.com/article/5_2_13_exuro_v2007> accessed 27 October 2025.

⁷⁴ Birks, ‘Cooking the Meat’ (fn 2) 359. This requires Birks to see ‘only one kind of damage [...] namely fire damage’, though he earlier takes pains to distinguish degradation from conflagration: cf *ibid* 358–9, 364.

⁷⁵ Above, fn 60.

⁷⁶ See Ulp. 43 ad Sab. D. 39, 2, 40, 1.

⁷⁷ Kretschmar, ‘Kritik der Interpolationenkritik’ (fn 15) 151; Birks, ‘Cooking the Meat’ (fn 2) 365.

⁷⁸ Lawson, *Negligence* (fn 40) 105 fn s 10.

that *corrumpere* encompasses *urere*,⁷⁹ the reverse does not hold. Moreover, other (albeit not Aquilian) texts continue to treat *corrumpere* and *urere* separately,⁸⁰ and no text appears to illustrate Aquilian *corruptio* by fire, challenging the accuracy of Celsus's and Gaius's assertion.

5. Translation

In light of these observations, 'neutral' translations may be ventured:

Collatio 12, 7, 8

Again, it is reported in in the sixth book from Vivianus: If you kept a *furnus* on the other side of a common wall, are you liable for *damnum iniuria*? Both Proculus says that there can be no action under the *lex Aquilia*, because there could be none against one who kept a *focus*; and also, for that reason, he thinks that an *actio in factum* is more fairly to be given. However, he does not mention that the wall is burned down. Indeed, doubtless it can be asked, if you were not yet to have caused loss to me and you were keeping a fire such that I were to fear lest you cause [loss] to me, whether it would be fair for me to obtain an action, that is *in factum*? Indeed, perhaps Proculus thought so about this case, unless one were to have said that the *cautio damni infecti* did not suffice.

Digest 9, 2, 27, 10

If you kept a *furnus* on the other side of a common wall, would you be liable for *damnum iniuria*? Both Proculus says that there can be no action, because there could be none against one who kept a *focus*; and I also, for that reason, think that an *actio in factum* is more fairly to be given, if, of course, the wall is burned down; but if, however, you had not yet caused loss to me, but were keeping a fire such that I were to fear lest you cause loss to me, I think that the *cautio damni infecti* suffices.

III. Interpretations

The much-studied case of the oven and the common wall illustrates the 'reflective equilibrium' or 'going back and forth'⁸¹ between scholars' understandings of the framing of the case and their interpretation of its legal point(s). Most abruptly, if only the initial sentence is regarded as genuine, the text is simply unintelligible.⁸² More constructively, assuming Proculus to have allowed an *actio in factum*, if the oven is 'against' the wall and the wall is understood to have been burned down – and especially if the oven is understood to have been 'part' of the wall⁸³ – popular opinions are that the text illustrates a *res aliena* circumstance

⁷⁹ Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 27, 16; Gai. 3, 217; Inst. 4, 3, 13.

⁸⁰ Ulp. 29 ed. D. 15, 3, 3, 7: hoc periit vel corruptum est vel arsit; Ulp. 5 disp. D. 36, 1, 23, 3: aedes ustae sunt culpa eius; Valentin./Valens C. 9, 36, 2, 1 (a. 365): chartulas vel corruperit vel igni consumpserit.

⁸¹ John Rawls, *A Theory of Justice* (revised edn, Oxford University Press 1999) 18.

⁸² Niedermeyer, 'Voriustinianische Glossen' (fn 10) 378; Lawson, *Negligence* (fn 40) 105 fn s 10 (third solution).

⁸³ Albanese, 'Studi sulla legge Aquilia: I' (fn 6) 30; Ernst, '*Insulam Exurere*' (fn 1) 160. Cf Watson, 'Two Studies' (fn 15) 347–8, though Watson appears to conflate burning the fuel and

element, lacking where there is co-ownership,⁸⁴ or else a directness requirement in the statutory conduct verb.⁸⁵ However, as noted, issues arising from co-ownership of common walls are obscure in the Digest, indicating a need for caution in identifying this as the point of the text.⁸⁶ Moreover, *pace* Gaius,⁸⁷ absence of causation *corpore suo* as a basis for the *actio in factum* is itself a matter of interpretation: decretal actions in almost all chapter 3 texts⁸⁸ can be straightforwardly explained by an inappropriate party⁸⁹ or absence of statutory harm,⁹⁰ whereas apparent indirectness often attracts a statutory action.⁹¹ Most significantly, each of these explanations of the salient legal principle ignores the *focus*.

Explanations that do take account of the *focus* – which grounds Proculus’s reasoning – emphasise the essential propriety, or even necessity, of keeping a heat-source, archetypally the *focus*, and suggest that one does so either *iure* (as of right) and so not *iniuria* (even where wrongfulness is assessed by *dolus* or *culpa* rather than lawfulness⁹²), or else that Aquilian *culpa* excludes ordinary, proper use.⁹³ The argument may be stronger where the damage is thought to be degradation of the wall, rather than consumption by fire;⁹⁴ but it is also made by those who think fire self-evident.⁹⁵ If the wall is understood to have been at risk because of the proximate fire but not yet to have been damaged, the texts underline a need for actual physical damage, not merely apprehended harm or increased risk.⁹⁶

Each of these explanations then needs to justify the *actio in factum* – wrongfulness (alongside economic loss, *damnum*) being essential even in decretal actions.⁹⁷ They variously do so by suggesting a puzzling decision by Proculus,⁹⁸ by positing an *actio in factum* not modelled on the *actio damni iniuriae*,⁹⁹ or by

burning the wall, as does: Birks, ‘Cooking the Meat’ (fn 2) 360–1.

⁸⁴ Riccobono, ‘Dalla *Communio*’ (fn 43) 56; Albanese, ‘Studi sulla legge Aquilia: I’ (fn 6) 33–4, 39–40; Wieacker, ‘Lebensläufe’ (fn 10) 371.

⁸⁵ Schulz, *Einführung* (fn 10) 22; Wieacker, *Textstufen* (fn 10) 244–5; von Lübtow, *Untersuchungen* (fn 11) 162–5.

⁸⁶ Above, fn 56, and see MacCormack, ‘Aquilian Studies’ (fn 18) 39; Albanese, ‘Studi sulla legge Aquilia: I’ (fn 6) 40–1 and 39, where the wall is merely scorched.

⁸⁷ Gai. 3, 219 (reproduced in Inst. 4, 4, 16).

⁸⁸ The handful of texts that require further consideration to be explained in terms of statutory harm or – on Birks’s thesis, in terms of ‘proper use’ excluded from *culpa* – include Paul. 22 ed. D. 9, 2, 30, 2; Ulp. 41 ad Sab. D. 19, 5, 14, 3.

⁸⁹ E.g., Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 11, 9–10.

⁹⁰ E.g., Alf. 3 dig. a Paulo epit. D. 19, 5, 23; Ulp. 41 ad Sab. D. 19, 5, 14, 2; Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 27, 14; Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 27, 21.

⁹¹ E.g., Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 27, 8; Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 27, 33.

⁹² Thayer, *Digest IX*, 2 (fn 15) 89; Gaudemet, *Étude sur l’indivision* (fn 18) 266; Wolff, ‘Ulpian XVIII ad Edictum’ (fn 5) 76; Lawson, *Negligence* (fn 40) 104 fn s 10; Watson, ‘Two Studies’ (fn 15) 347–8.

⁹³ Birks, ‘Cooking the Meat’ (fn 2) 361.

⁹⁴ Ibid 363.

⁹⁵ Wolff, ‘Ulpian XVIII ad Edictum’ (fn 5) 73.

⁹⁶ Ibid 75–6; MacCormack, ‘Aquilian Studies’ (fn 18) 40.

⁹⁷ Peter Birks, ‘Other Men’s Meat: Aquilian Liability for Proper User’ (1981) 16 IJ 141, 179, 185; Birks, ‘Cooking the Meat’ (fn 2) 356, 364.

⁹⁸ Watson, ‘Two Studies’ (fn 15) 348, 349–50.

⁹⁹ Wolff, ‘Ulpian XVIII ad Edictum’ (fn 5); Lawson, *Negligence* (fn 40) 104 fn s 10.

denying that Proculus allowed a remedy at all and attributing the *actio in factum* instead to the misunderstanding of a later jurist or editor.¹⁰⁰ If the decretal action is not attributed to a glossator or compiler but to Proculus, Vivianus or Ulpian, the first solution should be approached with caution, given the many subsequent opportunities for regularisation. The second solution is plausible but, again, should be approached with caution, given the broader context in which the text appears, in each of Ulpian Ad Edictum, Collatio and Digest.

If the wall is understood to have been burned down and Proculus to have refused an action altogether (perhaps because keeping the *furnus* was *iure*), a later jurist or editor is said to have allowed a remedy on account of similarity to D. 9, 2, 30, 3 – but *in factum* on account of indirectness, or else in deference to Proculus, whose position is then said to have been retrospectively explained in terms of anticipated damage.¹⁰¹ The same intermediate step is said to hold even where the wall is merely degraded, with Ulpian misunderstanding the case for one of consumption and criticising the grant of an *actio in factum* where a statutory action would lie,¹⁰² with the compilers then putting the intermediate view into Ulpian's mouth.¹⁰³ Plainly, these solutions involve a measure of conjecture.

If the wall is understood to have been degraded – dried out and weakened by heat, stained or perhaps even scorched – but not to have caught fire or been consumed, the text is held to reveal a missing statutory consequence, *res (ex)usta*, as the reason for Proculus's allowing only an *actio in factum*.¹⁰⁴ This explanation gives weight to Proculus's consideration of heating pipes on the other side of a common wall in D. 8, 2, 13, pr: heat from *tubuli* may do damage by drying out the wall;¹⁰⁵ but that is *torrere*, not statutory Aquilian *urere*. This explanation also fits into the scheme of Ulpian's commentary, where the concern is explicating 'usserit', rather than wrongfulness, standing or causation. Moreover, it gives substantive clarificatory force to Ulpian's otherwise trivial remark that Proculus 'does not mention that the wall is burned down.' By implication from accepting the *actio in factum* for lesser harm, Ulpian considers the statutory action appropriate where the wall is burned down,¹⁰⁶ though this nuance is obscured when the compilers change 'putat' to 'puto'.

The close reading in section II above further supports this understanding. Proculus reasons from *focus* back to *furnus*: that reasoning requires relevant similarity and difference between the two cases;¹⁰⁷ and it entails that the logic

¹⁰⁰ Thayer, *Digest IX*, 2 (fn 15) 89; Birks, 'Cooking the Meat' (fn 2) 362.

¹⁰¹ Thayer, *Digest IX*, 2 (fn 15) 89; Birks, 'Cooking the Meat' (fn 2) 366.

¹⁰² Birks, 'Cooking the Meat' (fn 2) 368–70.

¹⁰³ Ibid 373–4.

¹⁰⁴ Kretschmar, 'Kritik der Interpolationenkritik' (fn 15) 151; Lawson, *Negligence* (fn 40) 104–5 fn s 10 (alternative solution); MacCormack, 'Aquilian Studies' (fn 18) 38–40 (noting that indirectness also remains a possible ground). See also Riccobono, 'Dalla *Communio*' (fn 43) 46.

¹⁰⁵ Kretschmar, 'Kritik der Interpolationenkritik' (fn 15) 151; Wolff, 'Ulpian XVIII ad Edictum' (fn 5) 74; MacCormack, 'Aquilian Studies' (fn 18) 36–7.

¹⁰⁶ MacCormack, 'Aquilian Studies' (fn 18) 40, noting that, from 'sane enim', Ulpian moves to consider the case in which no damage at all – neither consumption by fire nor weakening – is suffered. See also Birks, 'Cooking the Meat' (fn 2) 370.

¹⁰⁷ Birks, 'Cooking the Meat' (fn 2) 365–6.

of the *focus* case cover that of the *furnus*. Both are sources of heat, and – to Proculus’s knowledge, as with *tubuli* – risk weakening, and perhaps also staining or scorching, the wall; they cause harm in the same way.¹⁰⁸ However, while the *furnus* is a more substantial construction, the risks are actually greater with the *focus*. Its fire is exposed, not enclosed. It incorporates no insulation or chimney and, being portable, might more readily be thoughtlessly placed in an inopportune position than a *furnus*, the permanent siting of which affords time for reflection. Crucially, the *focus*’s charcoal fuel burns much hotter than the *furnus*’s wood or straw – around twice as hot as an open wood-fire. Moreover, its culinary use extends beyond baking (which it shares with the *furnus*) to include grilling and boiling, with attendant risks of spatter, steam and smoke. That these harms would principally afflict the other side of the common wall (*‘secundum parietem communem’*) is immaterial, since the claimant’s interest is in the whole wall, not merely the side facing his premises. Finally, a *focus* might be expected in almost any building, whereas a *furnus* appears to be less common. The *focus* is thus both the riskier and the more common phenomenon;¹⁰⁹ if regularly keeping (*‘habere’*) a *focus* generates no liability, *a fortiori* nor does keeping a *furnus*.¹¹⁰

IV. Conclusions

This brief engagement with a much-studied passage illustrates how the framing of a case, its text and (legal and factual) context influences scholarly analysis. It was possible here only to hint at questions like the extent of *urere*’s absorption into *corrumpere* (and reasons for retaining separate treatment), the cogency of Gaius’s *corpore suo* test (and reasons to confine it to *occidere*) and the plausibility of a ‘proper use’ exclusion from *culpa* (or alternatives grounded in statutory physical harms). However, as Wolfgang Ernst teaches and reminds us all, our foundation must be a close reading of the texts.

¹⁰⁸ Thayer, *Digest IX*, 2 (fn 15) 88; Birks, ‘Cooking the Meat’ (fn 2) 365.

¹⁰⁹ Pace Birks’s view that keeping an oven is ‘more extreme’: Birks, ‘Cooking the Meat’ (fn 2) 366.

¹¹⁰ These comparisons arguably also elucidate how the logic of *furnus* and *focus* as sources of heat has its parallel in D. 8, 2, 19, pr in the bathroom and the pouring out of water as sources of damp. Bathroom use and pouring out of water each risks damp in the same way. However, a bathroom encloses water in tubs and pipes, and its permanent structures are planned. Water poured out is more concentrated and dissipates more slowly than steam. Pouring out water in *triclinia* and *cubicula* is common; bathrooms are not. Again, the pouring out of water may be the riskier and more common phenomenon.

A Pseudo-Philological Coinage? Another Re-Assessment of Sponsianus¹

Nicholas Stone

I. Ave, Imperator?

New emperors are hard to come by. When an emperor – or pretender to the title *imperator* – is freshly discovered, the evidence for the discovery requires scrutiny, and seldom survives it. An exciting and innovative paper by Pearson et al. has recently breathed some life into one potential usurper during the crisis of the third century, apparently known as ‘Sponsianus’ (Anglicised as ‘Sponsian’).² This figure is known only from numismatic evidence, and from slender numismatic evidence at that. The handful of coins in question have long met with scepticism as to their authenticity, generally being considered eighteenth-century fakes.³ According to Pearson et al., the wear, mineral adhesions, metallurgical composition and technique of manufacture of one Sponsian coin now in the Hunterian collection in Glasgow are consistent with a date of origin in the third century; further, its provenance, so far as it can be determined, fits with a coherent reconstructed third-century context; and finally, the name ‘Sponsianus’ is itself evidence for the coin’s authentic antiquity. The hypothesis proposed is of a general in Dacia c. 260, taking the title of *imperator* not to mount a claim on Rome itself, but in order to keep order in an unstable province, cut off from the empire, with an urgent need for large coins to keep his army in the field.⁴ Pearson et al.’s analysis has met with criticism, substantially focused on the inadequacy of the physical and chemical tests to prove a date of origin, and the

¹ For the title I apologise to Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science* (OUP 1946) 331. I am grateful to Wolfgang Ernst for stimulating my interest in Roman money, to Kardo Beck and Sebastian Hyams for bibliographic help and to Jeremy Stone for our discussions of *Sponsiana*.

² Paul N. Pearson et al., ‘Authenticating Coins of the “Roman Emperor” Sponsian’ (2022) 17(11) PLoS One <<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0274285>> accessed 14 November 2025.

³ Cohen regarded them as ‘coins modernes ridiculement imaginés, et très-mal faits’: Henry Cohen, *Description Historique des Monnaies frappées sous l’Empire Romain*, vol 5 (2nd edn, Rollin et Feuadent 1885) 184. Mommsen regarded them as genuine: Theodor Mommsen, *Geschichte des Römischen Münzwesens* (Wedmannsche Buchhandlung 1860) 697–698.

⁴ All dates are AD unless otherwise specified.

stylistic oddity of the coin.⁵ A detailed numismatic analysis is beyond the scope of this chapter, which will set out only briefly some of the issues with the scientific and stylistic evidence and the plausibility of the historical reconstruction, before addressing at greater length the onomastic issue: how far does the name ‘Sponsianus’ support the thesis that the coin is authentic? The likelihood that the name was invented will then lead to some further reflection on the probability that the coin was forged, given its other features.

II. A brief overview of the coin

A coin featuring Sponsian made its first known appearance when court antiquarian Karl Gustav Heraeus recorded its acquisition for the Viennese imperial collection in 1713 through *Hof-Cammer-Rath* Johann David von Palm. It was one of various, mostly barbarous-looking coins purportedly of third-century rulers, seemingly all from the same wider assemblage from which all Sponsianic coins appear to have come. The provenance of the coins in the 1713 purchase is recorded by Heraeus only as being from Transylvania. One Sponsian coin subsequently made its way, from the estate of Joseph de France, to the collection of William Hunter in 1782. This coin is extremely peculiar. It was cast, rather than struck. It is an unusually heavy double aureus, weighing 10.84 g (the weight of gold in the assemblage has been estimated to be worth more than \$20,000 today). The bust looks very unlike other imperial representations. The reverse is from a Republican denarius of 135 BC (RRC 242/1). The obverse inscription lists only one title (‘IMP’) and the reverse borrows the ‘C AUG’ of ‘C. Augurinus’ (presumably mistaking it for ‘Caesar Augustus’).⁶ The obverse name might, uniquely, be in the genitive (‘SPONSIANI’), though the final ‘i’ may be an illusory product of slippage.⁷ Nothing more is known of its provenance and there are no textual attestations of its *imperator*. This combination of attributes would normally indicate a fake.

This Hunterian coin and three others originally from the same assemblage and now also in the Glasgow collection (a double aureus of Gordian III and two

⁵ Alfred Deahl, ‘Sponsian: Another Lost Emperor’ (Nov. 2022) *Antigone Journal* <<https://antigonejournal.com/2022/11/sponsian-fake-emperor/>>; Koen Verboven, ‘Sponsianus nog even (want er klopt weinig van)’ (Nov. 2022) *Mainzer Beobachter* <<https://mainzerbeobachter.com/2022/11/26/sponsianus-nog-even-want-er-klopt-weinig-van/>>; Mary Beard, ‘When is a Roman emperor not an emperor?’ (2022) *The Times Literary Supplement* <www.the-tls.co.uk/regular-features/mary-beard-a-dons-life/when-is-a-roman-emperor-not-an-emperor-sponsian-blog-post-mary-beard>; Aleksander Bursche and Kyrylo Myzgin, ‘Some remarks on the re-evaluated Sponsian Coins’ (2022) *Ancient Coins Counterfeits Scientific Network* <<https://accs-network.com/2022/12/11/some-remarks-on-the-re-evaluated-sponsianus-coins/>>; Alice Sharpless, ‘Is Sponsian real? Further considerations’ (Dec. 2022) *Pocket Change Blog* <<https://numismatics.org/pocketchange/sponsian/>>; Robert Bracey has given a positive reception: Robert Bracey ‘Sponsian – Breaking News! (034)’ (Nov. 2022) <www.youtube.com/watch?v=ss6qJ1bL6Kk>. All accessed 14 November 2025.

⁶ Pearson et al. (n 2) 1–8.

⁷ Sharpless (n 5).

aurei of Philip I/II) were subjected to novel analyses by Pearson et al., alongside two genuine mid-third century aurei as controls. Tests assessed their wear (and therefore potential circulation), chemical composition (and therefore potential time and place of origin), and mineral adhesions (and therefore potential time of burial). Pearson et al. conclude from these tests that the wear of the coins is consistent with substantial circulation; that the chemical composition of the coins is consistent with ancient origin; and that the soil evidence is consistent with burial in the third century. They also conclude that the Sponsian coin and others in the assemblage were produced from shared hubs, and that the stylistic oddity can be explained by the hasty, low-quality methods of production in an urgent military context.⁸

There have been numerous criticisms of this analysis. Deahl has pointed out that (as Pearson et al. acknowledge) wear has been convincingly simulated by modern forgers for centuries. He also notes that the chemical composition of the Sponsian coin is atypical both for the period and the assemblage, and that the style is outlandish.⁹ Verboven has noted that the chemical composition lacks relevant eighteenth-century comparanda and that the gold could have been from a still-functioning eighteenth-century Transylvanian mine; further, he notes that the soil analysis does not reveal how long a coin would need to be buried for its adhesions to be ‘consistent with’ a third-century burial, raising the possibility of fraudulent encrustation over a shorter period.¹⁰ Sharpless notes the implausibility of recourse to a second-century BC coin for the reverse, and of various coin types all of the same manufacture all ending up in the same hoard.¹¹ Bursche and Myzgin doubt the style of the lettering.¹² Amongst various other criticisms, all have also remarked on the absence of other cast gold coins. Pearson et al. have responded to many of these and other criticisms in a 2025 preprint.¹³

I do not propose to add to these debates here besides observing that the balance of numismatic opinion is against authenticity and that the soil adhesions are intriguing but so far inconclusive. But before proceeding to historical and onomastic issues I will make a minor observation that could support the notion that the apparent final ‘i’ of ‘SPONSIANI’ is indeed illusory. Münsterberg reports a clerical anecdote that a gold coin bearing ‘IMP.S.PONSIAN. [sic]’ was discovered in the collection plate of the parish church at Engabrunn in Austria in 1770.¹⁴ If this is to be believed, in itself it sheds little light on whether the coins

⁸ Pearson et al. (n 2) 10–26.

⁹ Deahl (n 5).

¹⁰ Verboven (n 5).

¹¹ Sharpless (n 5).

¹² Bursche and Myzgin (n 5).

¹³ Paul N. Pearson, Jesper Ericsson and Jacek Olender, ‘The “Roman emperor” Sponsian: an update from the project team’ (2025) <<http://dx.doi.org/10.13140/RG.2.2.29299.85282>> accessed 14 November 2025. As the substance of the criticisms (and therefore the response to them) in that paper has little overlap with the main points advanced in this chapter, I cannot engage with it here.

¹⁴ Rudolf Münsterberg, ‘Ein siebenbürgischer Goldmünzenfund 1713’, *Blätter für Münzfreunde* (1923) 425, 427.

were real or fake: The donor of the coin to the church would be unlikely to have known first-hand whether the coin was authentic more than half a century after the coins went on the market. But the additional, errant punctum in the inscription may well be a result either of slippage, perhaps interposing a fragmentary ghost of one or other adjacent letter, or even of a bubble from the casting process (if this gave the impression of a chipped-off punctum); contrariwise, the final 'i' on this coin is replaced by a punctum (perhaps either a mistranscription, or the original intended character on the coins). This would recommend that at least one factor that counts against the coins' authenticity may be dismissed. However, Pearson et al. have more recently pointed out that the final 'i' appears on five photographed or illustrated examples.¹⁵ This weighs heavily against the slippage theory, and so the anomalous 'i' should be considered intentional, and the coin accordingly more surprising.

III. Does history have a place for Sponsian?

Pearson et al.'s historical reconstruction makes Sponsian a reluctant pretender, forced by his circumstances to claim an imperial title, who needed to produce gold bullion to pay his troops, bolster his legitimacy and have some chance of holding out against the barbarians after the Romans were cut off from Dacia in 260. The option of striking coins was not available to Sponsian, and so he cast them instead. He used a Republican design on the reverse to inspire confidence in the quality of the metal. He was a general in Dacia and that is why the coins were allegedly found in Transylvania. His coins circulated for some time in Dacia as bullion and this accounts for their wear.¹⁶ It seems a significant and perhaps excessively formalistic assumption that the closure of the official mint in Dacia in the 250s would have made it impossible for Sponsian to find anyone with the know-how to strike at least a bad coin in a hurry, thus forcing him to make do with casts. But even accepting this assumption, there are a few problems with this analysis.

The first is how much else it must assume. Sponsian does not appear in our narrative sources, or indeed anywhere other than on his purported coins. If he existed, he would not be unique in this. Silbannacus, a usurper probably of Celtic heritage, is not textually attested, but is accepted on the basis of more secure numismatic evidence. His absence from the narrative histories is more surprising than Sponsian's, since it is possible that he was briefly in power in Rome itself.¹⁷ This is certainly sufficient to limit the weight that can be attached to Sponsian's absence from the sources. But the absence of textual evidence is not weightless.¹⁸

¹⁵ Pearson et al. (n 13) 6.

¹⁶ Pearson et al. (n 2) 24–28.

¹⁷ Sylviane Estiot, 'L'empereur Silbannacus, un second antoninien' (1996) 6 (151) *Revue Numismatique* 105–117.

¹⁸ Problems with the sources are usefully and briskly discussed by John Drinkwater, 'Maximinus to Diocletian and the "Crisis"' in Alan Bowman et al. (eds.) *Cambridge Ancient History*, vol 12 (2nd edn, CUP 2005) ch 2, 65–66.

Apart from increasing historians' dependence on the coins, and therefore requiring of them a heightened level of scrutiny, the absence of textual evidence also ought to prompt some comparison with the textual treatment of known usurpers from the same period. It is noteworthy that despite the chronological distance of the narrative sources from the events of the mid-third century, they still manage to account, among others, for Pacatian on the Danube c. 248, Iotapian in Syria c. 249, and (perhaps) Domitian II c. 271 (though mislocating him).¹⁹ To take perhaps our least reliable source, the *Historia Augusta* is far from comprehensive and includes much that is fictitious. Ironically, this may strengthen the case against Sponsian: the author of its *Thirty Usurpers* desperately included a number of made-up figures in an effort to find as many usurpers as possible against Gallienus, but omitted Sponsian despite including Regalian (a usurper in Moesia on the Danube c. 260 – who set up his own mint and struck his own coins, for that matter).²⁰ So it can probably be said that there was some source tradition concerning usurpers in a relatively nearby part of the empire at that time, available to the author of the *Historia Augusta*, which probably did not mention Sponsian. If such a source did exist, absence from it might still be explained away by Sponsian not having really been a usurper; but 'friendly secession' will be argued shortly to be an implausible reading of the coin.

Pearson et al. posit that the gold coins circulated as bullion, effectively as 'quantitative easing' between c. 260 and the recall of population of Dacia by Aurelian c. 271, when coinage would also have been recalled: this is said to account for the surprisingly high degree of wear on the coins, as well as for the paucity of surviving examples. If this proposition is correct, the absence of Sponsian from the sources becomes more surprising, since his rule might have lasted for years rather than weeks, and either he or a successor using his issue would have been in contact (of one kind or another) with Roman authorities regarding the withdrawal. That there would have been local leaders in Dacia in the 260s is not noteworthy. One claiming the title *imperator* and circulating large gold coins for perhaps a decade is.

Then there is the idea of Sponsian as a reluctant usurper, a Roman commander cut off from the empire who needed to assume authority in his area and keep his legitimacy. Pearson et al. base this on the lack of a Roman campaign to stamp out a rebel regime in Dacia and the good reputation of the Dacian legions for loyalty to Rome.²¹ This is hard to square with putting 'IMP' on the coins given the title *imperator* was not claimed after the first century AD save by emperors or pretenders to the throne.²² Similarly, borrowing the 'C AUG' of 'C. Augustinus' seems more like a ham-fisted appropriation of imperial authority than an attempt to assert the quality of the coinage by reference to Republican coins

¹⁹ E.g. Zos i, 20; i, 21; i, 49.

²⁰ TREB. Hist. Aug. trig tyr 10.

²¹ Pearson et al. (n 2) 27–28.

²² Adrastus Omissi, *Emperors and Usurpers in the Later Roman Empire: Civil War, Panegyric, and the Construction of Legitimacy* (OUP 2018) 22.

from centuries earlier.²³ A simpler resolution of the difficulty of an otherwise unevidenced ‘IMP C AUG’ with a radiate crown in an area with loyal legions and no known campaign against him is that he did not exist.

IV. What kind of a name is ‘Sponsian’, anyway?

The reconstructed historical context is doubtful, and the numismatic evidence weighs against authenticity (albeit the mineral adhesions might prove more under further analysis). But given it is one of the oddest features of the coin, one might be excused a longer look at the *quaestiuncula* of whether the name ‘Sponsian’ itself can tell us anything more.

This is a rare and peculiar name, not attested in narrative sources and only appearing in the epigraphic record clearly in three inscriptions.²⁴ Pearson et al. state that a forger in or before the year 1713 cannot be expected to have been aware that it was in fact attested at all, and must therefore have made it up, since the first modern record of ancient attestation of the name dates from the 1720s, being epigraphic evidence of one Nicodemus Sponsian, the *cubicularius* of Livia.²⁵ However, as Bursche has noted, reproductions of an inscription with the name were actually published more than a century earlier, and so the forger, if any, could have had notice of it (and for that matter might have seen an inscription in Rome).²⁶ This undermines the idea that the oddity of the name supports the authenticity of the coin. But in any case, even if, as is quite possible, a forger was unaware of the name’s attestation, it is far from an implausible name for a forger to make up.

The name looks rather like the verb ‘spondere’, a very ancient Roman legal term for making a solemn vow, a guarantee or an undertaking.²⁷ From this root come the nouns ‘sponsum’ (a covenant) and ‘sponsus’ (a suretyship) as well as ‘sponsus / sponsa’ (a man or woman betrothed). It is a fair bet that the name

²³ Pearson et al. (n 2) 25–26.

²⁴ *CIL* VI 3959, 4188 and 5263. The doubtful cases are VI 26703, 8901 (‘Sposian’) and 29474 (‘Sponsan’).

²⁵ Pearson et al. (n 2) 8; Susan Treggiari, ‘Jobs in the Household of Livia’ (1975) 43 *Papers of the British School at Rome*, 48, 73; see also ‘Eros Augustae medicus Spo(n)sianus’ (ibid. 74) and Heinrich Chantraine, *Freigelassene und Sklaven im Dienst der römischen Kaiser: Studien zu ihrer Nomenklatur* (F. Steiner 1967) 335–336. Both Eros and Nicodemus are Greek praenomina, and a Greek origin of the name ‘Sponsianus’ *qua* name is also plausible, though no particularly close phonetic equivalents are to be found in the *Lexicon of Greek Personal Names* (notwithstanding an etymological link with the well-attested ‘Σπένδων’): *Lexicon of Greek Personal Names* <www.lgpn.ox.ac.uk> accessed 14 November 2025.

²⁶ Aleksander Bursche and Kyrylo Myzgin ‘Long Table 144. Sponsianus Gold and its times’ (2023) *Pocket Change Blog* <<https://numismatics.org/pocketchange/long-table-144-sponsianus-gold-and-its-times/>> accessed 14 November 2025; Bursche and Myzgin (n 4); Pearson et al. (n 2) 7 respond to this point but likely err in describing ‘Sposianus’ as an unrelated name rather than a variant spelling; in any case it is not hard to imagine a forger arriving at one name deliberately or accidentally as a result of encountering the other.

²⁷ David Daube, ‘Sponsor and the History of Contract’ (1946) 62 *LQR* 266–272.

'Sponsianus' in antiquity, whatever its origin, would have lent itself to puns on such words. As to the latter half of the name, the suffix '-ianus' denotes filiation or a similarly derivative relationship to a parent noun (generally a person or place). Whatever the true derivation of 'Sponsianus' as a genuine name, the effect is therefore something like 'of the house of guarantee'. The English equivalent might be 'Promisson' or 'Warren T. Mann'. If a forger wanted to play a practical joke on the purchaser of a coin by coming up with a name that jokingly vouched for the historicity of the coin's subject, it would be hard to come up with a better name for the purpose than 'Sponsianus'.²⁸ An alternative candidate from the same root is the word 'sponte', as in the phrase 'mea sponte' (by my own will).²⁹ The joke in this case would be that the coin was the *jeu d'esprit* of its maker. This is a less attractive possibility than a joke on the contractual term, given that a forged coin would be intended to be the subject of a contract, but it would still have explanatory force. Yet again, there is the possibility that the joke intended was on 'sponsio' – used, besides its more general meaning of the process of conducting a legally binding promise, to mean a bet, which would also be apt given the gamble involved in forgery and the monetary subject, but this is a still more tenuous possibility.³⁰

Let us suppose that the legal joke on the notion of a guarantee is the basis of the name. Three matters therefore fall to be explained: Would this joke have occurred to a plausible forger? If so, why would the joke not also have been spotted by the purchaser? And why would a forger learned enough to make this joke not have produced a more plausible looking coin, amongst a more plausible looking assemblage? We have a *terminus ante quem* for the coin of 1713. If it was a forgery, it would most likely have been forged not long before it reached the market, so that the forger would get a return for his gold. If Sponsian was forged, he was therefore most likely forged in the early eighteenth century, probably somewhere in the Habsburg empire (for these purposes we can abandon the assumption that the coins necessarily first appeared in Transylvania as reported). We have little to go on specifically in terms of the identity of a potential forger besides this place and time.³¹ We therefore need to consider

²⁸ The observation that underlies the thesis advanced here seems also to have occurred to Verboven (n 5) when he pointed out that 'Sponsianus' is 'not a bad name for an invented usurper'.

²⁹ Found only in genitive and ablative but imagined by a handful of authors to have the nominative 'spons': *Lewis and Short*, s.v. 'sponte'. It would be no trouble for a Latinate fraudster to repeat the mistake or creative work of inferring a nominative and deriving the name from it. Emanuel Petac has noted that this same derivation offers an alternative explanation, being a name fit for a slave rather than an emperor, the 'spons' in question being that of the master: Adrian Nicolae, 'Monedele cu chipul împăratului roman din Dacia, Sponsianus, un fals ridicol din toate punctele de vedere – opinia specialiștilor' (2022) Hotnews.ro <<https://hotnews.ro/monedele-cu-chipul-mparatului-roman-din-dacia-sponsianus-un-fals-ridicol-din-toate-punctele-de-vedere-opinia-specialistilor-95157>> accessed 14 November 2025.

³⁰ *Ivv.* 11, 202.

³¹ Verboven (n 5) notes (without endorsing) the possibility of fraud by *Hof-Cammer-Rath* Palm. Palm certainly had the education and resources. But to impugn him on the basis of Sponsian alone would be circular.

the likely knowledge of elementary Roman legal terms held by a person in the Habsburg empire at this date who could afford the gold that went into the Sponsian coins (and most probably the rest of the assemblage). Given this financial bar, a forger who would not have had the education and business commitments likely to occasion contact with the law in one capacity or another is unlikely. We are therefore not looking for someone with an arcane scholarly background, so much as someone who might be expected to know as much about basic Roman legal terms as a wealthy person interested enough in antiquities to commission or produce a forged coin might have done in this context. Even in Transylvania (if we suppose that is where the forger was), where a great degree of legal pluralism obtained well past 1713, a principal legal authority even before the territory came under the Habsburgs in 1690 had been a source modelled on Justinian's *Institutes*.³² Nearer the core than the periphery, the first person known to have handled the coins, Palm, was a law graduate of Tübingen.³³ The legal connotations of the word 'spondeo' would have been known to a likely conceiver of the forgery. The practice of basing a joke proper noun on an appropriate common noun is ubiquitous and needs no local justification.³⁴

This brings us to the second issue, of why a joke obvious enough to the forger to make was not easily decoded by the purchaser (or, it seems, by students of the coin for three centuries). If Palm or Heraeus was the first victim, either would have easily understood the joke if they had been inclined to see a joke. Palm's education has already been mentioned, while Heraeus's scholarship extended far beyond numismatics.³⁵ Heraeus was not in an unusually credulous mood when the coins were received, as he dismissed as fake a purported medallion of Gordianus Pius. Heraeus's initial record of the eight coins received in March 1713 apparently does not refer to the Sponsian coin by that name, but rather by the Republican design on the reverse, presumably because it was the side with a recognisable subject.³⁶ This may suggest an initial degree of hesitance as to the coin's authenticity after all. It is not impossible that he might have been in some doubt but purchased the coin because of the combination of oddities (a new 'emperor' on a shoddy double aureus) made it sufficiently intriguing to merit suspending disbelief.

This contrast between the treatment of the Gordian and the Sponsian suggests an answer to the problem of why a lot of gold and a little learning would

³² Attila Horváth, 'The Private Law of the Principality of Transylvania (1540–1690)' (2020) 9 *Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies* 269, 294–295.

³³ Gert Kollmer von Oheimb-Loup, 'Palm, Johann David von' (2001) 20 *Neue Deutsche Biographie*, online version <www.deutsche-biographie.de/gnd138693722.html#ndbcontent> accessed 14 November 2025.

³⁴ For one of the earliest examples: Armand D'Angour, 'The Abu Simbel Graffito: Carian Puzzle or Risky Pun?' (2023) *Antigone Journal* <<https://antigonejournal.com/2023/09/abu-simbel-graffito/>> accessed 14 November 2025.

³⁵ Wilhelm Creizenach, 'Heraeus, Karl Gustav' (1880) 12 *Allgemeine Deutsche Biographie*, 15–16, online version, <www.deutsche-biographie.de/sfz31357.html?language=en#adbcontent> accessed 14 November 2025.

³⁶ According to Münsterberg's transcription of Heraeus's journal entry: Münsterberg (n 14) 246.

have been put to the creation of such a peculiar looking coin, rather than a more aesthetically pleasing piece or a coin purporting to be of an emperor already well-known. One might suppose a glorious-looking coin of an otherwise unknown *imperator* would raise more suspicion than a sloppily executed one that apparently betokened a failed rebellion; and, for that matter, to sell a fake coin of a known emperor must be far less gratifying to the fraudster's ego than to invent a new one. If the forgery was done with a view to sale to the imperial collection, the quantity of gold becomes less of an outlandish risk and more of a reasonable investment; the attraction of smuggling a new 'emperor' into the most prestigious collection possible would also increase the incentive to invention. There is a nice irony in selling a fake emperor to a real emperor. Pearson et al. anticipate criticisms of this sort by noting that '[i]f early price catalogues from 1823 onward are taken as a guide, the Sponsian coins were not especially valued by collectors in comparison to those of well-known emperors.'³⁷ However, this evidence is of limited use in dismissing the hypothesis of a forgery that successfully attracted the attention of the most serious collectors more than a century earlier. Pearson et al. have also suggested that the oddity of the wider assemblage, and the 'involved context' and small number of the Sponsian coins weigh against a forgery.³⁸ The better inference might be the reverse.³⁹ Münsterberg noted that the presence of the Alexander stater was presumably intended to improve the impression of the other coins by proxy.⁴⁰ The other, barbarous-looking coins in the assemblage might have been intended to increase the plausibility of the Sponsian coins in a different way, by providing circumstantial evidence of their having been produced in a period of crisis – though admittedly it may be contradictory to have aimed for this effect while also aiming for the halo from the Alexander. As to the small number, it may be doubted whether a forger would think it wise to mass-produce a new emperor that he hoped to sell to prestigious collections.

This explanation of the name naturally sounds a little far-fetched. But any forgery seems to some extent far-fetched because fraud is inherently an unlikely and perverse activity, and the activities of an inventive fraudster must be all the more so.⁴¹ The possibilities are either that Sponsian was real; that his name was coined as a joke; or that his name was either known and selected, or improvised, but in either case with no thought given to its meaning. Thoughtless selection or invention seems the least likely possibility. I do not wish to overstate the case for the name being a prank: too much remains unknown about the immediate context of the forgery for this to be more than a strong possibility. But perhaps, in cases where signals on the seaway of history might be false colours, we should

³⁷ Pearson et al. (n 2) 8.

³⁸ Ibid.

³⁹ Aleksander Bursche, *Złote medaliony rzymskie w Barbaricum* (Warsaw University Archaeological Institute 1998) 25–28.

⁴⁰ Münsterberg (n 14) 428.

⁴¹ A corollary of Lord Nicholls of Birkenhead, *Re H (Minors)* [1996] UKHL 16, [1996] AC 563, [72]–[74].

scan the horizon for jokes as well as mere fraud, lest Kharaxos come in with a ship less full than it seems. Given the other evidence, a mischievous origin for the name seems plausible enough that the name 'Sponsian' casts further doubt on the coin's authenticity, rather than strengthening its credibility.

V. Vale, Emperor?

While Pearson et al. can justifiably claim to have deepened the unsolved mystery of this 'emperor',⁴² the evidence is currently insufficient to support belief in a historical Sponsian: many features tell against and those that are consistent with authenticity are inconclusive. The coin's potential historical context and non-material features therefore become more important to its evaluation. The historical context offers only limited support. In so far as the onomastic evidence is suggestive, it seems to weaken the case for a historical Sponsian. If Sponsian was real after all, the shades of Silbannacus and Domitian II may be breathing ghostly sighs of relief that their names were not so amusing.

⁴² Pearson et al. (n 13) 16.

The Context of Pillio's *Quidam creditor Lucenses*

François R. Velde

I. Introduction

How do currencies acquire and lose dominance? What incentives do governments have to maintain a currency's value? How do private individuals respond to changes in the value of money, and what means does the law provide for their strategies? I will not answer those big questions but they motivate me to examine the historical background of Pillio's *Quidam creditor Lucenses* which Ernst calls 'the central achievement of the glossators' efforts in the field of money, the pinnacle of early glossators' work, decisively shaping the further development of the legists' doctrine.'¹

Pillio, born in Medicina near Bologna, is first attested in Bologna in 1169.² He likely studied in Bologna and was teaching there when he was lured away by the city of Modena to teach at its nascent university, an early instance of academic poaching. Bologna, however, had just imposed a non-compete period of two years on its faculty, so Pillio used the time for research and moved to Modena only in 1181. He is known to have also taught a few years in Montpellier, possibly around 1190, and is last attested in 1207 in a document concerning his hometown.

In his collection of 'Saturday Disputations' (*Questiones Sabbatinae*) presenting legal cases and working through the answers, number 35 is known by its incipit as *quidam creditor Lucenses* and poses the following problem:

'A creditor lent five years ago to his friend money of Lucca which is now due. Now the question is: since that money has become worse, is the debtor released by paying it as it is at the time of the stipulated payment, or must he pay it as it was at the time of the contract?'

The general question was not new since Pillio cites in his solution that of an earlier jurist, either Irnerius or Placentinus, depending on which manuscript one believes. Hence the details (money of Lucca, five-year timeframe) may or may not have been added by Pillio, and they play no role in the arguments pro or con.

¹ Wolfgang Ernst, 'The Legists' Doctrines on Money and the Law' in Fox and Ernst (eds), *Money in the Western Legal Tradition* (OUP 2016) 118. For a thorough analysis of the quaestio, see Walter Tauber, *Geld und Kredit im Mittelalter* (C. Heymann 1933) 119–48, 216–24.

² Emanuele Conte, 'Pillio da Medicina' in *Dizionario Biografico degli Italiani* vol 83 (2015) 671.

The question, whatever the details, presumes a rapid and material change in the quality of money. This essay investigates if and how such changes happened at the time, and what people did about it.

II. Coins in northern Italy, 800–1200

The time runs from about 800 to about 1200, and the place is north and central Italy, which I will call northern Italy for short.³ It is a period of monetary fragmentation and displacement. Coins were produced by mints and each mint produced only one type of coin called the *denarius* (in Italian *denaro*, in English *penny*). In 800 all mints produced identical and interchangeable denarii. Over time this ceased to be true: the four or five active mints in the region produced different denarii, and the content of denarii changed over time. This process took place concurrently with (and no doubt related to) the dissolution of centralized power and the rise of autonomous polities.

1. Sources and limitations

Numismatists and historians of the period use three sources of information: (1) the coins themselves: weight, fineness, and design; (2) hoards: sets of coins found in a specific place and, in the best cases, dated by external evidence (where they are found) or internal evidence (the most recent coin in the hoard); (3) written documents that name coins and sometimes provide exchange rates or values, overwhelmingly legal documents but also chronicles. That's what we have, and there are many limitations.

The coins present a major problem, as their appearance barely changes over decades or even centuries. Repetitions in the names of successive kings (Ottos and Henries) allowed but does not explain it: minters were perfectly capable of adding regnal numbers if they had wanted.⁴ Numismatists establish chronologies by grouping coins by similarities in design, ordering these groups in time based on stylistic considerations, and delimiting periods by reference to data from sources 2 and 3.⁵ The belief guiding the last step, discussed in II.4., is that coins followed a secular process of debasement, hence lighter coins (in terms of

³ I follow here William R. Day, Michael Matzke and Andrea Saccocci, *Medieval European Coinage* vol. 12 (CUP 2016) for Lombardy and Veneto; Michael Matzke, 'Vom Ottolinus zum Grossus: Münzprägung in der Toskana vom 10. bis zum 13. Jahrhundert' (1993) 72 *Schweizerische Numismatische Rundschau* 135; Alessia Rovelli, 'Il denaro di Pavia nell'Alto Medioevo (VIII – XI secolo)' (1995) 95 *Bollettino della Società Pavese di Storia Patria* 71; Baldassarri, *Zecca e monete del comune di Pisa: dalle origini agli inizi della seconda repubblica* (Felici 2010); Monica Baldassarri, *Le monete di Lucca: dal periodo longobardo al Trecento* (All'insegna del giglio 2021).

⁴ Pavia minted coins in the name of 'Otto tercius', but none of the imperial mints ever made a distinction between the multiple Henries.

⁵ Matzke (fn 3) is a typical example.

silver content) tend to be placed after heavier coins. Since the belief is mostly founded on the coins, the risk of circular reasoning is appreciable.

2. A brief historical overview

Charlemagne is always a good starting point. In 774 he put an end to the Lombard kingdom and the threat it posed to the Papacy, bringing northern Italy into what would become the renovated Roman Empire. For money the change was significant. The Lombards' coinage was based on gold and copper as in Byzantium, and they kept a large number of mints active. Charlemagne reduced the mints from fifteen to a handful, including the former Lombard capital Pavia, Milan, and Lucca. All issued from 794 a single denomination, to the same standard as the rest of the Frankish Empire and made of high-grade silver; higher, in fact, than had been coined since the times of Augustus. Under Louis the Pious coins reached their highest fineness (around 95% fine) and the names of mints disappeared. Venice, theoretically part of the Byzantine empire, minted of its own right but initially followed the imperial standard, although the fineness of its coins deteriorated early on.⁶

A tumultuous period followed the Carolingians as the crowns of Germany and Italy were separated and northern Italy suffered from Saracen and Hungarian incursions. Coinage suffered as well, and a tradition links the weakening of the fineness in Milan to 75% with the need to pay a tribute to the Hungarians.⁷ The Ottonian dynasty (962–1024, kings Otto I, Otto II, Otto III, and Henry II) restored German rule in Italy, a uniform coinage, and a higher standard of fineness. Although the march of Verona was detached from the kingdom of Italy in 952, the remaining mints of Pavia, Lucca, and Milan continued to function on the same standards, and Verona may well have for some time.

The Ottonian dynasty was followed by the Salian dynasty from 1024 to 1125 (kings Conrad II, Henry III, Henry IV, and Henry V). During that time, the mint of Pavia progressively lost its dominance in terms of circulation (as attested by hoards) to the mint of Milan, especially after Pavia revolted in 1024 and the royal palace was burned down. In 11th century Tuscany, the mint of Lucca was under the control of the margraves of the house of Canossa, opening the possibility (though not creating the necessity) of a drift between the money of Tuscany and that of Lombardy. Venice was on a path of its own, substantially lower than the other mints from the mid-9th century.⁸

The reigns of the last two Salian kings were troubled by the confrontation between the pope and the emperor, the *Investiturstreit* (1076–1122). The em-

⁶ Guillaume Sarah et al., 'Analyses élémentaires de monnaies de Charlemagne et Louis le Pieux du Cabinet des Médailles: l'Italie carolingienne et Venise' (2008) 164 *Revue Numismatique* 355.

⁷ Rovelli (fn 3) 80.

⁸ Sarah et al. (fn 7) suggest that a Venetian coinage of the time of Lothair was already 15% lower in content than the imperial coinage. There is little known about the course of debasement in Venice: at the start of the 'ducal' coinage in the mid-12th c. the Venetian denaro contained about 0.07g fine silver according to Alan M. Stahl, *Zecca* (JHP 2000) 14.

peror lost authority, but in northern Italy the Church did not gain. The main beneficiaries were the cities which organized themselves into communes. When the next German dynasty, the Hohenstaufens, tried to restore their authority from the 1150s they were confronted not just by the Papacy but also by the cities, joined in the Lombard League of 1167. Emperor Frederic I's defeat at Legnano was followed by the peace of Constance of 1183 which left Italian cities nominally under his suzerainty but practically autonomous, in particular with respect to monetary policy.

3. *Ius monetæ vel cudendi monetam*

The overview I just gave suggests that monetary powers were leached over time from the king of Italy to the local authorities. What, exactly, was transferred?

Moneta was part of the *regalia* belonging to the sovereign. The relevant locus in feudal law is *Liber Feudorum* 2.55, *quæ sunt regalia*, actually a summary of the list promulgated by Frederic I at the diet of Roncaglia in 1158, therefore a statement perhaps more aspirational than factual.⁹ Still, the gloss on CJ 9.24.2 and the post-glossators also held that the right to coin belonged to the supreme authority and could not be exercised by a lower authority (city or lord) without concession or prescription.¹⁰

The *regale* has several elements: (1) the income from minting, (2) the authority to make coins, and (3) the authority to alter the coinage (*mutare monetam*), which is true monetary policy. The appendix lists the various royal grants relating to coinage up to 1200 and three clear clusters or sets of grants concede the three elements successively.

The first set runs from 894 to 999. In the case of Venice, the king merely acknowledged its customary right. The grants to the bishoprics of Mantua, Treviso, and Ravenna are either ambiguous (conceding 'moneta' or 'moneta publica' among other sources of income), or explicitly refer to the revenues from minting, in the case of Treviso. The grant to Mantua in 845 is instructive, as it only allows circulation of the coins in specified territories (Mantua, Brescia, and Verona) and on a standard approved by their denizens. None of these bishoprics are known to have used their right. Plausibly these concessions concerned only the income from minting, and not the manufacture of coins, let alone monetary policy. We also know that around the year 1000 minting in Pavia was still controlled tightly by imperial officials, that Milan operated on the same standard, and that income went to the royal treasury.¹¹

⁹ Attilio Stella, *The Libri Feudorum (the 'Books of Fiefs')* (Brill 2023) 26.

¹⁰ See a summary in Matteo d'Afflitto, *Super III. Feudorum libros commentaria* (Wechel 1598) 742 (in LF 2.55, *moneta*).

¹¹ A rare document called the *Honorantes Papiæ* preserves a description of the administration of the mint of Pavia c1000; see Arrigo Solmi, *L'Amministrazione finanziaria del Regno italico nell'alto Medio evo* (Tipografia Cooperativa 1932) 111–27. Interestingly, the income is a fixed sum per annum, suggesting that the mint was already farmed, as was often the case in the later Middle Ages.

The next set of grants, from 1028 to 1052, under the Salians, are directed to the bishoprics of Aquileia, Ascoli, Padua, and Arezzo. They explicitly allow the grantees to make (*facere, construere, percutere*) their coins, and in the first (1028) the king insists that he can legally do so. Padua and Aquileia were to be on the standard of Verona, but Ascoli and Arezzo could do as they pleased. These grants are analogous to those made by German kings to ecclesiastical authorities since the 9th century. Practically, they did not contribute to the fragmentation of standard since, again, none of the grantees used their powers. They do show that kings were prepared to abandon the control over currency, even if bishops did not see it as worthwhile to take it.

The third and last set, from 1138 to 1191, concerns a few bishoprics (Feltre, Verona, Bergamo) but mainly cities (Genoa, Piacenza, Asti, Pisa, Cremona, Rimini, Brescia, Siena, Volterra, Bologna), which were the beneficiaries of the *Investiturstreit*. Most grants are without restrictions on the type of money and in most cases the grantees immediately used their new powers—indeed, sometimes they exercised them before receiving them, as Pisa did. The kings were granting powers that they were doomed to lose, in a forlorn attempt to buy the cooperation of their nominal subjects.

The twin grants/confirmations of Lucca and Pisa in 1155 are an interesting story.¹² Written sources show that Pisan money appeared at least six years before Frederic I's grant, and that it looked a lot like Lucca's money. Lucca's confirmation includes an explicit prohibition on imitating its money, and Pisa is pointedly named. At the same time, Pisa was given the right to do what it was doing (minting coins) as long as it made them different from Lucca's. It appears that someone in Tuscany continued to imitate Lucca's money, judging by a papal anathema of 1158, and Genoese annalists blamed Pisans who '*monetam Lucensem maliciose cudebant et falsificabant*' (but then again, the Genoese hated the Pisans). The two coins were treated as equivalent in contemporary documents, at least until 1178, but the content of both deteriorated rapidly, by nearly half from 1164 to 1179.¹³

The race to the bottom ended with a revenue-sharing pact between the two cities in 1181. Both committed to mint coins on a commonly agreed standard but clearly distinguishable, and to share minting revenues on an annual basis. Documents suggest that Pisa actually revalued somewhat the content of its coins soon after.

A last word: two grants, that to Aquileia in 1028 and that to Pisa in 1155, touch on the currency (*Kurs*) of coinage, in very different ways. The first authorizes any merchant to accept the coins to be minted by Aquileia. The presumption is that a coin cannot be accepted unless authorized. The second, which explicitly allows

¹² David Herlihy, 'Pisan Coinage and the Monetary History of Tuscany, 1150–1250' in Centro italiano di studi di storia e d'arte, Pistoia (ed), *Le zecche minori toscane fino al XIV secolo* (Rastignano 1974) 169–93; also Baldassarri (fn 3) and Maria Luisa Ceccarelli Lemut, 'L'uso della moneta nei documenti pisani dei secoli XI e XII' in Gabriella Garzella, Maria Luisa Ceccarelli Lemut and Bruno Casini (eds), *Studi sugli strumenti di scambio a Pisa nel medioevo* (1979) 47.

¹³ Ceccarelli Lemut (fn 12) 58, 70: a marc of silver went from 576d to 1128d.

the Pisans to make their coin heavier or lighter at their convenience, also makes the Pisan coinage current (*habeat moneta cursum [...] et sit dapsilis*) throughout Italy and prohibits anyone of authority to contest it or prevent its circulation. In other words, a coin cannot be refused once authorized (*Zwangskurs*).

4. Secular debasement, revisited

Table 1 shows how things played out for the four main mints. There is much uncertainty surrounding these numbers: the coins all look alike, they are small and ugly, and measurements of fineness are rare and doubtful for technical reasons.¹⁴

	Pavia		Milan	Verona	Lucca	
	(g)	(g fine)	(g)	(g)	(g)	(g fine)
Charles I, Louis I (794–840)	all mints: 1.53 (1.35 fine)					
Lothair (840–55)	all mints: 1.47 (1.13 fine)					
Otto I and II (962–983)	1.3–1.4	1.15	1.3–1.4	1–1.4		
Otto III (983–1002)			1–1.2	.6–.8		
Salians (1015–c1050)	c1.2	0.70		–	1.05	0.89
Salians (c1050–c1100)			1–1.2	0.27	1.10	0.83
c1100–c1115		0.35		0.20		
c1115–c1140		0.23		0.20	0.95	0.48
c1150–c1160		0.23			0.92	0.37

Table 1. Gross and fine content of the silver denaro, c800 to c1160. Sources in fn. 3. Ottonian coins were of 10/12 (83%) fineness.

Contents decline, at different paces in the different cities. Cipolla saw this pattern over the whole arc of the Middle Ages and compared the pace in England, France, and northern Italy.¹⁵ He saw debasement as a response to a variety of problems, but mostly (a) an increasing demand for money due to demographic and economic growth, (b) fiscal demands for minting revenue, and (c) political pressure from interest groups benefiting from debasements. Debasement was not a necessary response to any of these problems, but an easy one to all of them. Numismatists rely heavily on this diagnosis,¹⁶ but also invoke Gresham’s Law and the competitive pressure from the Venetian coinage, without explaining why Venice was debasing so fast or why that pressure would be felt in far-away Tuscany. They also rely on the opposite of Gresham’s law, for example attributing the replacement of Pavia’s money by Lucca’s money (see below) to the strength of the latter.

¹⁴ A few destructive analyses were made in the 19th c., and modern analyses rely on the XRF technique which can be biased by enrichment of coin surfaces.

¹⁵ Carlo M Cipolla, ‘Currency Depreciation in Medieval Europe’ (1963) 15 *The Economic History Review* 413.

¹⁶ Day, Matzke, and Saccocci (fn 3) 15.

The three reasons aren't compelling. An increasing demand for money cannot be cured by debasement per se, because it is the *real* value of the stock of coins that meets that demand, and the value of coins eventually reflects the debasement, leaving the real value of the (more numerous) coins unchanged. Fiscal pressures explain the large debasements in France during the Hundred Years War, but to generate revenue a debasement cannot be publicized, as most were, if only by changes in coin size or design.¹⁷ Political pressures from debtors could explain debasements only to the extent that debased coins could repay old debts, precisely Pillio's question.

One factor listed by Cipolla but dismissed as irrelevant is the wear on coins. If one computes the average rate of depreciation of the lowest denomination in various places in the late Middle Ages, one finds for France (1266–1560): 0.58%, England (1278–1526): 0.3%, Venice (1172–1444): 0.74%, Florence (1181–1533): 0.67%. As Cipolla noted, France is close to the Italian cities, but the differences are not great. They are moreover very similar to the rates one can compute from Table 1 from 800 to 1150: 0.51% for Pavia, 0.37% for Lucca, 0.86% for Venice. And they are not far from the estimates of physical wear on 19th century French silver coins: 0.25% for the lowest denominations.¹⁸

Finally, a caveat to the secular pattern of, as our period provides several examples of increases in coin content. When Otto I did, and Frederic I tried to, re-establish political control they also improved coinage. Frederic I deprived Milan of its *ius monetæ* and issued a *denaro imperiale* twice the value of the previous Milanese coins. Pisa, as mentioned, also revalued its coinage after 1181.

III. Coins and contracts

In this section, I look at how individuals reacted to the changing monetary environment, through the published documentation, namely contracts, for three cities.¹⁹ The contracts, all from ecclesiastical sources, concern land and are either sales (*venditiones*) or long-term leases (*libelli*), and I examine how the price (*pretium*) or annual rent (*fictum, pensio*) is expressed.²⁰ The denomination of prices should inform us on the currencies used in large transactions, while those of rents are usually relatively small (the median is 4d).

¹⁷ Arthur J. Rolnick, François Velde and Warren E. Weber, 'The Debasement Puzzle: An Essay on Medieval Monetary History' (1996) 56 *The Journal of Economic History* 789.

¹⁸ François Velde, 'On the Evolution of Specie: Circulation and Weight Loss in 18th and 19th Century Coinage' (2013) 170 *Revue Numismatique* 605.

¹⁹ Pisa: Natale Caturegli, *Regesto della Chiesa Di Pisa* (Istituto storico italiano per il Medio evo 1938). Modena: Emilio Paulo Vicini, *Regesto della chiesa cattedrale di Modena* (Maglione 1931, 1936). Brescia: *Codice Diplomatico della Lombardia Medievale, Area bresciana* <www.lombardiabeniculturali.it/cdlm/edizioni/bs/> accessed 17 November 2025 (CDLM).

²⁰ I do not look at the denomination of penalties, which Matzke (fn 3) 148 finds 'anachronistic by nature,' a debatable assumption which I cannot explore further here.

1. Changes in denominations, 950–1200

Tables 2–4 show the number of contracts using different denominations in Pisa, Modena, and Brescia.

In Pisa, money is just money (e.g., *argenti denarii boni*) until around 1050. From 1050 to 1150 the denarius Lucensis appears and prevails completely in Pisa, while Florence shows a mix (from 995 to 1200 the denarii are described as *boni et expendibiles*, a formula one finds also in Pisa and Modena in the 9th and 10th c.). From 1151 to 1180 the denarius Pisanus appears, concurrently with the Lucensis, and is sometimes explicitly made equivalent. In the last two decades the Pisans make a distinction between old and new, and the Lucensis disappears.

<i>Pisa</i>	den	curr	Luc	Pis	Pis Luc	PisV	PisN
951–975	10						
976–1000	6						
1001–1025	14						
1026–1050	3		1				
1051–1075	2		10				
1076–1100	2		10				
1101–1125			23				
1126–1150	4		28				
1151–1160	4		4	3	1		
1161–1170	5	1	6	5	4		
1171–1180	5	3	4	3	1		
1181–1190	2	1		16		4	
1191–1200				22		2	15

Table 2. Currencies in the Regesta of the church of Pisa. den = denarius (d), curr = dcurrens, Luc = d Lucensis, Pis = d Pisanus, Pis|Luc = d Lucensis vel Pisanus, PisV = d Pisanus vetus, PisN = d Pisanus novus.

Modena, where Pillio taught during the period covered by the last two rows of the table, sits between Tuscany and Lombardy. As in Tuscany, early contracts do not specify the origin of coins; Pavia is first mentioned in 996 and becomes prevalent. There is an abrupt change in the early 12th c. as the Lucensis enters the scene and becomes dominant. From 1180 the denarius imperialis abruptly replaces the Lucensis, alongside new coinage from Cremona and Ferrara.

<i>Modena</i>	den	Pap	Ven	Ver	Luc	fruc	imp	Crem	mezz	Fer
951–975	3									
976–1000	6	2								
1001–1025	4	12	1							
1026–1050	3	32								
1051–1075	3	23	1	4						
1076–1100		11		1	4					
1101–1125		6		2	26					
1126–1150		3		3	82					
1151–1160	2				70	1				
1161–1170	1				58					
1171–1180				1	60	3	33	1		
1181–1190	1			4	3	3	32	1		
1191–1200					1	7	26		3	1

Table 3. Currencies in the *Regesta* of the cathedral of Modena. Pap = d Papiensis, Ven = d Veneticorum, Ver = d Veronensis, fruc = fructus (in kind), imp = d imperialis, Crem = d Cremonensis, mezz = mezzanus, Fer = d Ferrarensis.

Finally, Brescia in Lombardy shows that Milanese coins dominate, without completely eclipsing Verona, and that from the 1140s a distinction is made between old and new Milanese coins. When the imperial coinage of Frederic I appears, it is equated with the old Milanese coins and accepted in place of or mixed with them (*d. veteris monete vel imperialium vel de permixtis*). The new coinage of Brescia fits in as equal to the new Milanese coin, itself valued at half the old or half the imperial.

<i>Brescia</i>	fruc	den	Ver	Med	MedV	Imp	Med Imp	MedV Imp	Bri	Bri Imp
1001–1050	1	8	1							
1051–1100		5	1	3						
1101–1120		3	1	20						
1121–1140	1	4	2	21						
1141–1160	3	3		23	19					
1161–1180	1	2		5	28		5	6		
1181–1200	17	3		1	6	12			22	7

Table 4. Currencies in the *Regesta* of Brescia. Med = d Mediolanensis, MedV = d Mediolanensis vetus, Bri = d Brixienensis monete (d nostre monete, mezzarolus, mezzanus).

Numismatists have highlighted that the debasement process was probably not smooth, but seemed to be concentrated around certain dates like 1000, 1100, and 1160. The tables are consistent with abrupt changes around those dates, but do not exclude smaller changes in content. In the tables each turning point corresponds to a shift in use from one currency to another. The late 12th century, however, was messier: Pisans use old and new rather than turn to some new unit, Brescians use a variety of coins including their own, and (like the Modenese) also turn to payments in kind.

2. Litigation over currencies

As is well known, the glossators' and post-glossators' doctrine on debt repayment established that debtors should compensate creditors for debasements. That is the doctrine, but what actually happened in practice?

The surviving published documents are mostly the archives of long-lived institutions like churches and abbeys, and record few cases of litigation as court archives would. We do, however, have one case nearly contemporary with Pilius's question in which adjustment is made for debasement, albeit in a rather obscure way.

The ruling was made in 1195 by the consul of Lucca.²¹ The chapter of the cathedral of Lucca sued a man named Lambert to reclaim a piece of land that it once owned. Lambert had bought the land in 1189 from a man named Magalocus for 14,727d according to written proof seen by the judge. The land had been sold to the chapter in 1170 by Magalocus's father Pisternarius, and we actually have that sale contract from 1170.²² The chapter claimed that the land belonged to it and should be returned. Lambert replied that it didn't, that he shouldn't return it, but that if he should, he ought to receive 60 *librae* in 'good money that existed 30 years ago', or double that amount in current money.

The issue joined, the record continues with a sequence of assertions by each party to which the other party responds by accepting, denying, or by taking no stand.²³ The main question was: did Pisternarius have the right to sell the land in 1170? In his marriage contract, Pisternarius had provided a dowry for his wife. When she died the money was gone, and their son reclaimed his mother's inheritance, including the contested land. Lambert's good faith was not questioned.

Ultimately the consul ruled that Lambert had to return the land to the chapter, but only after receiving 6,455d in good money, or 12,264d in current money.²⁴ The ratio of 12,264 to 6,455 is exactly 1.8999, so the consul had a very clear notion of the rate of conversion between good money and current money in

²¹ Pietro Guidi and Oreste Parenti (eds), *Regesti del Capitolo di Lucca* vol 3 (Istituto storico italiano per il Medio evo 1933) 181. The case is cited but misunderstood by Herlihy (fn 12).

²² Pietro Guidi and Oreste Parenti (eds), *Regesti del Capitolo di Lucca* vol 2 (Loescher 1912) 169.

²³ On this procedure for eliciting the truth see William Sullivan, *Admissibility in Roman-Canon Procedure: The Emergence of the Law of Positions* (Ph.D. Diss, U of Chicago 2020).

²⁴ The amount is slightly more than what Pisternarius received for the land in 1170 in (6,426d Lucense, although that information is not cited in the 1195 ruling).

1195. That ratio is tantalizingly close to the ratio cited above of $1128/576=1.9583$ between 1164 and 1179, and the two put together indicate that Lucchese money fell by nearly half between 1170 at the earliest and 1179 at the latest. Pillio's five-year window for a sizable debasement seems plausible.

IV. Conclusion

I said I wouldn't answer my opening questions, but if I did based on medieval Italy, I would say that currencies can lose their dominance quickly; that competition between issuers can lead to drastic outcomes (but rarely does); and that individuals move to protect themselves as much as they can.

I will make two final notes. One argument for the debtor in Pillio's disputation is that the creditor could have specified in the contract what he expected, and had only himself to blame for not doing so: 'hoc tibi in futurum prospicere debuisti, quod si non fecisti, tibi imputare omnino debes.' Indeed, a 1129 contract in Fronzola provided for the case of a debasement: 'si iam dicta moneta in commutazione evenerit, rederet quinque pro quattuor'²⁵ and in Lodi in 1149, a rent was defined as 'solidos viginti denariorum Mediolanensium veteris monete vel tantos denarios nove monete quod valeant viginti de veteri moneta'.²⁶ Creditors could (but rarely did) protect themselves.

The other observation is that Pillio's own answer did not rely on contract law so much as public law. His argument rested on the notion that a debased coin was 'reprobata', that is, not legal tender, a notion incompatible with the letter of the grants.

Appendix: Grants of *Ius monetæ*

894: *Mantua*

seu monetam publicam ipsius Mantuane civitatis nostro regali dono ibi perpetualiter habendam concedimus²⁷

905: *Treviso*

[...] duas portiones publicae monetæ [...] in integrum sanctae prefatae ecclesiae Tarvisiensi concedimus, et de nostro iure et dominio in eius jus et dominium modis omnibus transfundimus et perdonamus. pro augmento etiam nostrae mercedis eidem ecclesiae tertiam partem monetæ et thelonei ab antecessoribus nostris in saepe nominato portu datam atque largitam consentimus hereditarioque iure hoc precepto firmamus²⁸

925: *Venice*

simulque eis numorum monetam concedimus secundum quod eorum provinciae duces a priscis temporibus consueto more habuerunt²⁹

²⁵ Luigi Schiaparelli and Francesco Baldasseroni, *Regesto di Calmadoli* vol 2 (Tip. del Senato 1909) 122 (no. 904). What the 'five for four' clause actually means is unclear.

²⁶ CDLM (fn 19), mensa vescovile di Lodi, n55.

²⁷ Luigi Schiaparelli, *I diplomi di Berengario I* (Tip. del Senato 1910) 44.

²⁸ Schiaparelli (fn 27) 150.

²⁹ Luigi Schiaparelli, *I diplomi italiani di Lodovico III e di Rodolfo II* (Tip. del Senato 1910) 131.

927: *Venice*

*same relevant text as 925*³⁰

945: *Mantua*

confirmamus, concedimus et restauramus sanctae Mantuanae ecclesiae [...] publicam ipsius civitatis monetam a prescensoribus nostris iam dicatē sedi concessam, statuentes ut in his tribus civitatibus, Mantua videlicet Verona atque Brexia firmum et inviolabilem habeat roborem, et absque alicujus interdictu firmiter discurrat. Volumus tamen, ut secundum libitum et conventum civium predictarum urbium constet atque permaneat mixtio argenti et ponderis quantitas.³¹

997: *Mantua*

monetam publicam ipsius Mantuane civitatis nostro imperiali dono ibi perpetualiter habendam concedimus et stabilimus³²

999: *Ravenna*

confirmamus et firmissime corroboramus omnes [...] nec non districtum Ravenne cum portis et ripa muris publicaliis omnibus teloneis monetam et omnem potestatem in [omnibus] infra et extra civitatem Ravenne [...] ³³

1028: *Aquileia*

donamus atque nostra imperiali potestate concedimus, prout iuste et legaliter possumus, sancte Aquilegiensi ecclesie [...] licenciam monetam publicam infra civitatem Aquilegiensem faciendi. Igitur denarios ipsius monete ex puro argento firmiter precipimus fieri et *Veronensis monete denariis equipari*, nisi prenomatus patriarcha sua spontanea voluntate velit meliorari. Habeantque licenciam omnes nostri regni negociatores in qualibet venali merce ipsos denarios accipere, si tamen fuerint simplices falsitate³⁴

1033/7: *Ascoli*

monetam etiam in civitate construere ad componendos nummos cuiuscumque generis, Asculana videlicet sui episcopi, et libere ac secure currendos per totum nostrum regnum³⁵

1049: *Padua*

[...] Pataviensis episcopi licentiam et potestatem monetam faciendi in civitate Pataviensi *secundum pondus Veronensis* monetae sibi suaeque ecclesiae perpetualiter concedimus [...] in una superficie denariorum nostri nominis et imaginis impressionem, in altera vero eiusdem civitatis figuram imprimi iussimus³⁶

1052: *Arezzo*

[...] precatu [...] Aritini episcopi [...] in ipsa Aritina civitate damus ei licentiam percutiendi denarios cuiuscumque monetae voluerit secundum antecessorum nostrorum imperatorum piissimam largitionem³⁷

1138: *Genoa*

Eorum [Ianuensium] petitioni [...] jus monete quod ante non habuerant, regia nostra auctoritate habendum in perpetuum concessimus³⁸

³⁰ Luigi Schiaparelli, *I diplomi di Ugo e di Lotario, di Berengario II e di Adalberto* (Tip. del Senato 1924) 29.

³¹ Schiaparelli (fn 30) 251.

³² MGH DDO III n254, 671.

³³ MGH DDO III n330, 758.

³⁴ MGH DDK II n131, 177 (emphasis taken from the original source, where the italicized passage is underlined).

³⁵ MGH DDK II n203, 273.

³⁶ MGH DDH III n234, 311 (emphasis taken from the original source, where the italicized passage is underlined).

³⁷ MGH DDH III n292, 396.

³⁸ MGH DDK III n15, 25.

1140: *Piacenza*

No text, but according to an annalist 'Rex Conradus Secundus fecit privilegium Placentinis faciendi monetam et eodem anno dicta moneta fuit inchopta fieri'³⁹

1141: *Asti*

vobis Astensibus [...] jus faciendi monetam in civitate Astensi donamus ad honorem et decorem civitatis et usum civium modis omnium profuturam⁴⁰

1142: *Feltre*

confirmamus et perpetuo stabilimus sanctae Feltrensi ecclesiae [...] omnia qua [...] sunt concessa et quae idem episcopus tenuit [...] una cum [...] moneta⁴¹

1154: *Verona*

Antecessorum nostrorum regum [...] precepta firmantes que ipsi prefate Veronensi contulerunt ecclesie [...] moneta civitatis⁴²

1155: *Lucca*

[...] nos fidelibus nostris Lucensibus eam monetam cum cuneo et forma, qua hactenus cudebatur, quam ab antiquis temporibus antecessorum nostrorum tam regum quam imperatorum concessione et privilegiis habuisse cognoscuntur, nostra imperiali auctoritate presenti privilegio scripto confirmamus statuentes, ut omni tempore in posterum omni contradictione seposita cum cuneo et forma, qua hactenus cudebatur, rata permaneat nec Pisana nec aliqua alia civitas, terra, locus, populus, sed nec alia magna, seu parva persona imperii nostri presumat monetam cudere vel fabricare sub forma et cuneo Lucane civitatis vel eius consimili. Quodsi Pisana vel ulla alia civitas, terra, vel locus, populus aut potestas vel aliqua persona imperii nostri magna vel parva contra huius nostre serenitatis preceptum venire temptaverit, imperiali banno subiaceat et centum libras auri componat [...]⁴³

1155: *Pisa*

[...] dedimus et hanc pragmaticam sanctionem in perpetuum confirmavimus percussuram monete, ut videlicet habeat Pisana civitas nunc et in perpetuum ius et potestatem monetandi et cudendi proprium nummismata habeatque ipsa moneta cursum per banni nostri auctoritatem et sit dapsilis non solum in civitate Pisana, verum etiam in cunctis Ytalie partibus nec sit licitum ulli persone [...] Pisanam monetam contradicere vel a suo cursu prohibere, set liceat Pisano populo iuxta utilitatem suam et temporis opportunitatem monetam suam inmutare et tam de graviori ad levius pondus quam de leviori ad gravius ipsum nummismata transferre.⁴⁴

1155: *Cremona*

[...] ius faciendae monetae, quo Mediolanenses privavimus, Cremonensibus donavimus, hoc quoque nostra eis imperiali auctoritate in perpetuum confirmamus.⁴⁵

1156: *Bergamo*

Pergamensi episcopo [...] potestatem ei concedimus ut liceat ei in Civitate sua monetam publicam cudere que per omne Comitatum et episcopatum ejus dativam et acceptam esse precipimus⁴⁶

³⁹ Lodovico Antonio Muratori, *Antiquitates italicae medii aevi* vol 5 (M. Bellotti 1774) 649.

⁴⁰ MGH DDKo III 59, 105.

⁴¹ MGH DDKo III 68, 120.

⁴² MGH DDF I 88, 145.

⁴³ DDF. I. n112, 191.

⁴⁴ MGH DDF. I n119, 200–02.

⁴⁵ MGH DDF. I n120, 202.

⁴⁶ MGH DDF. I n141, 236.

1157: *Rimini*

[...] Ariminensem comitatum totum et integrum [...] cum monetis [...] predictae Civitatis Ariminensis et ejus civibus et habitantibus [...] damus et concedimus⁴⁷

1184: *Brescia*

No text but an annalist records that in 1162 'Brixianis a Federico Imperatore [...] concessum est eorum signis Moneram cudere'⁴⁸

1186: *Siena*

concedimus ipsis civibus Senensibus potestatem cudende et faciende monete in civitate Senensi⁴⁹

1189: *Volterra*

Grants the bishop the right to make coins of any weight, color and form in exchange for 6 marks annually.⁵⁰

1191: *Bologna*

nos nostrum fidelium Communis Bononiensis [...] eis concessimus licentiam in Civitate Bononiae cudendi monetam [...] Hoc excepto, quod Moneta ipsorum nostris Imperialibus nec quantitate, nec forma, nec valentia debet adaequari.⁵¹

⁴⁷ Guido Antonio Zanetti, *Nuova Raccolta delle monete e zecche d'Italia* vol 5 (Lelio dalla Volpe 1789) 384.

⁴⁸ Muratori (fn 39) 563.

⁴⁹ Lodoico Antonio Muratori, *Antiquitates italicae medii aevi* vol 10 (M. Bellotti 1777) 542.

⁵⁰ German summary in RI IV,3 n. 88.

⁵¹ Muratori (fn 39), 555.

Differenzierende Umstellungssätze

Rastko Vrbaski

I. Währungsumstellung und internationales Privatrecht

Die Geschichte des Geld- und Währungsrechts ist die Geschichte der großen Währungskrisen (Wolfgang Ernst). Währungskrisen werden durch gesetzgeberische Akte – sog. Umstellungsakte – überwunden, die auf alte Währung lautende Münzen und Noten außer Kurs setzen, neue gesetzliche Zahlungsmittel einführen und auf alte Währung lautende Schulden auf neue Währung umstellen. Der sog. „rekurrente Anschluss“ von neuer an alte Währung legt fest, wie viele Einheiten der alten Währung wie vielen Einheiten der neuen Währung entsprechen.¹

Soweit der rekurrente Anschluss ein für alle Geldschulden einheitliches Verhältnis ausdrückt, ist anerkannt, dass er unabhängig davon gilt, welchem Recht die Schuld ansonsten untersteht oder wo Gläubiger oder Schuldner domiziliert sind. Die Geltung einheitlicher rekurrenter Anschlüsse ist in diesem Sinne universell. Daher wurde die Umstellung von auf Deutsche Mark, französische Francs oder italienische Lira lautenden Verbindlichkeiten in Euro im jeweiligen Umstellungssatz weltweit anerkannt, und zwar ohne dass Gläubiger oder Schuldner daraus z.B. außerordentliche Kündigungsrechte herleiten konnten.²

Die universelle Geltung des rekurrenten Anschlusses beruht nach h.L. auf einer Art Rechtswahl: Mit der Wahl einer Währung unterwürfen sich die Parteien dem Währungsstatut (*lex monetae*) dieses Staates. Jedoch hätten Staaten „Kompetenz“ nur für die eigene Währung, „kann als Währungsstatut also nicht das Recht eines anderen Landes vereinbart werden.“³ Dies macht es notwendig, Währungsstatut und Schuldstatut abzugrenzen. Den Inhalt des Währungsstatuts definiert man uneinheitlich, aber meist sehr weit: Es „regelt alle Fragen, die die

¹ Der Begriff geht auf *Knapp*, Staatliche Theorie des Geldes, 1905 zurück und wurde vielfach aufgegriffen: *Mann*, The Legal Aspect of Money, 4. Aufl. 1982, 44; *Hahn*, Währungsrecht, 1. Aufl. 1990, 70; *Vischer*, Geld- und Währungsrecht, 2010, 9; s. dagegen *Nussbaum*, Das Geld in Theorie und Praxis des Deutschen und Ausländischen Rechts, 1925, der ohne diesen Begriff auskommt.

² Für das US-amerikanische Recht, s. *Gruson*, in: Giovanoli (Hrsg.), International Monetary Law, 2000, 433; für das englische Recht, s. *Proctor*, Mann on the Legal Aspect of Money, 6. Aufl. 2005, 331; für das Schweizer Recht, s. *Vischer* (Fn. 1), 180; die relativierende Ansicht von *Wiegand/Berger*, Die Einführung des Euro, 2002, 54 („automatische Anpassung erfolgt prinzipiell nicht“) hat sich nicht durchgesetzt.

³ *Hahn* (Fn. 1), 383 bzw. MünchKommBGB/*Martiny*, 9. Aufl. 2025, Anh. I Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.

Währung eines Staates betreffen, insbesondere die Gültigkeit und den Wert der Währung und der Währungseinheiten, Auf- und Abwertungen oder Währungsumstellungen.“⁴

Typisch für die Währungsreformen des 20. Jahrhunderts war allerdings, dass sie nicht einen einheitlichen, sondern nach Schuldarten differenzierende Umstellungssätze vorsahen, etwa bei der Einführung des *nouveau franc* im Jahr 1961 in Frankreich, bei der Einführung des *cruzeiro novo* im Jahr 1967 in Brasilien und bei der Überführung der Mark der DDR in DM im Jahr 1991. Das bekannteste Beispiel ist freilich die deutsche Währungsreform von 1948. Derlei Differenzierungen führten zu Zweifeln an der universellen Geltung von Umstellungsakten, wenn eine Geldschuld nicht dem Recht des Umstellungsaktes untersteht. Man spricht mal von Enteignung, mal von „Abwertung“, mal davon, dass ausländische differenzierende Umstellungsakte gegen den *ordre public* des Forums verstießen.⁵ In der Tat scheint die Abgrenzung von Schuld- und Währungsstatut zu einer Aporie zu führen: Haben sich die Parteien durch die Wahl einer Währung dem so festgelegten Währungsstatut in jeder Hinsicht „unterworfen“ oder haben sie durch ihre „Wahl“ eines vom Land der Währung abweichenden Schuldstatuts gerade dies versucht zu vermeiden? Die Kommentarliteratur verzeichnet denn auch nur das Problem, ohne dass sich eine einheitliche Einstellung abzuzeichnen scheint.

Geldschulden mit Statutendivergenz dürfte es heutzutage *en masse* geben: Man denke etwa an die sog. Eurodevisen, den Schweizer, der bei seiner Bank ein auf Euro lautendes Konto unterhält, oder die in Dollar denominierte Anleihe einer japanischen Bank. Und wenn auch Währungsumstellungen in naher Zukunft unwahrscheinlich sein dürften, so wäre es doch vermessen, anzunehmen, dass sie für immer der Vergangenheit angehörten. Das Thema ist also nicht ohne jede praktische Relevanz. Gleichwohl wollen wir weder eine „Lösung“ des Problems unternehmen – eine solche könnte mangels real vorliegenden gesetzlichen Währungsumstellungen nur spekulativ und abstrakt sein – noch beurteilen, welche bei früheren Währungsumstellungen die richtige Lösung war. Vielmehr soll am Beispiel der deutschen Währungsreform von 1948 nachgezeichnet werden, welche Gesichtspunkte eine Rolle spielten, um hieran eine kurze Reflexion über die *lex monetae* anzuschließen.

⁴ Staudinger/*Magnus*, IV. Aufl. 2021, Art 12 Rom I-VO, Rn. 106 (Januar 2016); Münch-KommBGB/*Martiny* (Fn. 3), Anh. I Art. 9 Rom I-VO Rn. 1 („Gesamtheit der den Inhalt des Schuldverhältnisses mitbestimmenden geld- und währungsrechtlichen Normen“); außerhalb Deutschlands wird der Begriff enger, als auf das gesetzliche Zahlungsmittel bezogen gefasst, s. Proctor (Fn. 2), 334; Vischer (Fn. 1), 180.

⁵ So Ernst, EuZ 2012, 57, freilich bezogen auf eine Differenzierung von In- und Auslandsschuldnern.

II. Die kollisionsrechtliche Behandlung von differenzierenden Umstellungssätzen im Fall der deutschen Währungsreform von 1948

1. Die „Wohnsitztheorie“ des BGH und ihre Kritik durch F. A. Mann

Die deutsche Währungsreform von 1948 sah vor, dass Reichsmarkforderungen im Verhältnis 10:1 auf DM umgestellt wurden, Bankguthaben im Verhältnis 100:6,5 und ansonsten ein Umstellungsverhältnis von 1:1 galt.⁶ Die kürzenden Sätze ergaben sich aus dem Umstellungsgesetz, der 1:1-Satz aus dem parallel erlassenen Währungsgesetz. Letzteres betraf vor allem Löhne und Gehälter, wiederkehrende Leistungen sowie Sachleistungsentgelte, soweit die Sachleistung nicht „bewirkt“ war. Reichsmarkforderungen und Bankguthaben wurden also mit der Umstellung auf DM auf 10% bzw. 6,5% ihres Nominalbetrages gekürzt, ähnlich wie auf Mark lautende Verbindlichkeiten durch die Währungsreform von 1924 im Verhältnis von 1 Billion Mark zu 1 Reichsmark gekürzt worden waren.

Die ersten kollisionsrechtliche Fragen entstanden dadurch, dass durch Emigration und Vertreibung, vor allem aber durch die deutsche Teilung, ehemals reine Binnensachverhalte einen internationalen Charakter erhielten. Ein solcher „Ost-West-Fall“ lag einem Urteil des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone zugrunde, das mit einer am Souveränitätsbegriff ausgerichteten Entscheidung prägend für die Rechtsprechung werden sollte.⁷ Der Fall betraf die Eintreibung von RM-Forderungen aus dem Vermögen einer Bank mit Sitz im Osten durch einen westdeutschen Treuhänder gegen einen im Westen wohnenden Schuldner. Das Gericht stellte die Forderung 10:1 um, weil „währungsrechtliche Eingriffe nur kraft Hoheitsrechts denkbar“ seien und der Schuldner seinen Wohnsitz im Westen hatte.

Dieser Linie folgt der BGH in seiner ersten einschlägigen Entscheidung.⁸ Der im Osten wohnende Eigentümer eines dort belegenen Grundstücks hatte für Rechnung des ehemaligen, vor dem Währungsstichtag in den Westen verzogenen Eigentümers eine auf Reichsmark lautende Hypothek abgelöst und forderte eine in 1:1 auf DM umzustellende Erstattung. Der BGH bejaht den Erstattungsanspruch dem Grunde nach, stellt ihn aber aufgrund des Umstellungsgesetzes im Verhältnis 10:1 um. Die Anwendbarkeit des Umstellungsgesetzes leitet der BGH dabei nicht nach „sonst für das internationale Privatrecht anerkannten Grundsätzen“ aus dem realen oder hypothetischen Parteiwillen ab, weil die deutsche Teilung für die Parteien nicht abzusehen gewesen sei. Ebenso wenig könne an den Erfüllungsort angeknüpft werden, weil dieser letztlich ebenfalls auf dem Parteiwillen beruhe. Vielmehr seien „währungsrechtliche Eingriffe ein

⁶ Es gab darüberhinausgehende Differenzierungen und Sonderregeln, die hier der Einfachheit halber unterschlagen werden; s. den Überblick bei *Fögen*, Geld- und Währungsrecht, 1969, 55; das Gesetzesmaterial ist zusammengestellt und kommentiert bei *Harmening/Duden*, Währungsgesetze, 1949.

⁷ OGHBrZ, NJW 1950, 643 (*Mann*).

⁸ BGHZ 1, 109 (V. ZS); dem folgend BGH NJW 1952, 871 (IV. ZS).

Ausfluss der staatlichen Währungshoheit“ und daher auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die der „Gesetzgebungs- und Zwangsgewalt“ des währungsrechtlichen Hoheitsträgers unterliegen, und dies sei „der Hoheitsträger, in dessen Gebiet der Schuldner seinen Wohnsitz hat.“

Gegen diesen Ansatz erhob F. A. Mann grundsätzlichen Einspruch in zwei Anfang der 1950er Jahre erschienenen Beiträgen.⁹ Mann macht geltend, man müsse unterscheiden, inwiefern die Währungsreform Währungsrecht enthalte und inwiefern sie von „schuldrechtlichem Charakter“ sei. Nur das Währungsgesetz mit seinem 1:1-Umstellungssatz sei „Währungsrecht im engsten Sinne des Wortes. Seine Geltung ist demgemäß universal.“ Das Umstellungsgesetz dagegen mit seinen kürzenden Sätzen „stellt die Schuld um, nicht die Währung.“ Seine Anwendung stelle „einen Ausgleich nach unten oder oben“ dar und setze daher deutsche *lex causae* voraus, die für jedes Schuldverhältnis eigens ermittelt werden müsse. Mann begründet die Aufspaltung der Währungsreform in zweifacher Weise: Zum einen durch eine rein gesetzpositivistische Analyse des Wortlauts von Währungs- bzw. Umstellungsgesetz. Zum anderen macht Mann eine Analogie zur Aufwertungspraxis der 1920er Jahre. So wie damals das Reichsgericht ebenso wie ausländische Obergerichte Gläubigern schuldspezifischen Aufwertungsschutz nur bei deutscher *lex causae* gewährt hätten, so seien die differenzierenden Sätze ebenfalls nur bei solcher anwendbar.

Waren die Entscheidungen von OGHBrZ und BGH eingriffsrechtlich begründet, so ist Manns Methode klassisches Kollisionsrecht, insofern Mann die anzuwendenden Rechtssätze zu „qualifizieren“ sucht. Dies mag der Grund sein, warum der 1. Zivilsenat des BGH in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 1952 Manns Ansatz aufgreift.¹⁰ Die erste Entscheidung betrifft die Haftung eines im Westen residierenden Gesellschafters für Gesellschaftsschulden einer Bank mit Sitz im Osten. Der 1. Senat wendet den 10:1-Satz des Umstellungsgesetzes an, und zwar deshalb, weil die Haftung des Gesellschafters sich nach westdeutschem Recht bestimme. Der Senat konzidiert zwar, dass die Parteien die Währungsreform nicht absehen konnten und daher eine reale Rechtswahl nicht vorliege. Bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens gehe es aber nicht um die subjektiven Vorstellungen der Parteien, sondern um „eine vernünftige Interessenabwägung auf rein objektiver Grundlage“. Der maßgebliche Umstand, der schließlich zur Annahme deutscher *lex causae* führt, ist freilich wiederum der Wohnsitz des Schuldners im Westen.

Zwar stellt der I. Zivilsenat genau wie die früheren Entscheidungen des IV. und V. Senats in der Sache auf den Schuldnerwohnsitz ab. Aber die auf eine hypothetische Rechtswahl gestützte Argumentation hat weitreichende Implikationen: Sie kommt ohne die Annahme eines auf hoheitlicher „Gesetzgebungs- und Zwangsgewalt“ beruhenden „Währungseingriffs“ aus und ohne jedweden Bezug auf eine wie auch immer geartete währungspolitische *ratio* des Reform-

⁹ Mann, in: FS für Fritz Schulz, 1951, 298 und Mann, NJW 1953, 624 (= Mann, Beiträge zum Internationalen Privatrecht, 1976, 296 bzw. 306; dort die nachstehenden Zitate).

¹⁰ BGHZ 5, 35; BGHZ 7, 231 (beides I. ZS).

gesetzgebers. Damit wird der Reform implizit der Ordre-public-Charakter abgesprochen, Schuldverhältnissen mit ausländischer *lex causae* also gleichsam vorsorglich der 1:1-Satz gesichert. Genau dies scheint die Konsequenz zu sein, die Mann in seinen Beiträgen anstrebt.

2. Währungsrecht als Teil der „öffentlichen Ordnung“ und die Schwerpunkttheorie Stolls

Diesen Weiterungen wollte der IV. Zivilsenat wohl mit einer im Jahr 1953 erlassenen Entscheidung vorbeugen. Er hatte in einem Fall, in dem Schuldner und Gläubiger im Westen wohnten, zu entscheiden, wie ein Pflichtteilanspruch bei im Osten belegenem Nachlass umzustellen ist.¹¹ Nach der bisherigen Rechtsprechung ließ sich die Umstellung ohne Weiteres aus dem Wohnsitz ableiten, mochte man diesen als Grundlage der Währungshoheit ansehen oder mit dem 1. Zivilsenat als Indiz für einen „objektiven“ hypothetischen Willen der Parteien. Der IV. Zivilsenat lässt es aber bei dieser Argumentation nicht bewenden. Er versteht vielmehr das Währungsrecht als „Bestandteil der *öffentlichen Ordnung*“. „Unterstehen die Beteiligten eines Schuldverhältnisses ein- und derselben Staatsgewalt [...], dann ist deren Währungsordnung grundsätzlich die allein anwendbare. Alle anderen Beziehungen zu einem anderen staatlichen Hoheitsträger haben dann *zurückzutreten*.“ Damit wird das Umstellungsgesetz zu einer Angelegenheit des *ordre public* gemacht und ihm für Fälle mit fremder *lex causae* die verdrängende Kraft gesichert. Zugleich lässt sich dadurch der ordre-public-Vorbehalt gegen fremdes Umstellungsrecht mobilisieren.

Man spürt in der Entscheidung ein Unbehagen an der positivistischen, die währungspolitische Absicht des Reformgesetzgebers ausblendenden Theorie Manns. Diese nur angedeutete Kritik führte Stoll im Jahr 1956 in einer Abhandlung aus, in der die währungspolitische *ratio* Grundlage der Argumentation ist.¹² Die Währungsgesetzgebung beabsichtige, so Stoll, das im Krieg aufgeblähte Geldvolumen auf ein gesundes Maß zurückzuführen. Dazu müsse sie „aus staatspolitischem Interesse hoheitlich in subjektive Rechte“ eingreifen, indem sie alte Münzen und Noten außer Kraft setze und das „stellvertretende Geld (Bankgeld)“ auf 6,5% bzw. 10% des RM-Nominals kürze. Dadurch werde der Geldüberhang beseitigt und das durch die Zwangsbewirtschaftung verordnete, aber ineffektive Preisniveau „echt“. Der Hinweis auf die gesetzlich verordneten Preise ist Stolls Haupteinwand gegen Manns Analogie zur Aufwertungspraxis: Während die Mark nach dem 1. Weltkrieg bereits entwertet war und die Umstellung auf Reichsmark im Verhältnis 1 Billion : 1 mithin dem realen Wertverhältnis von alter und neuer Währung entsprach, sei die Kürzung von Reichsmarkforderungen eine „konfiskatorische“ Maßnahme, weil der Geldgläubiger den Schutz der gesetzlichen Preise verliere. Aus dem hoheitlich-konfiskatorischen Charakter folge, dass die *lex causae* für den Geltungsbereich der Maßnahme irrelevant sei und es in erster Linie auf den vom Währungsgesetzgeber selbst

¹¹ BGHZ 9, 151; ähnlich zuvor schon BGHZ 5, 302 (beides IV. ZS).

¹² Stoll, RabelsZ 21 (1956), 575.

beanspruchten Geltungsbereich ankomme, bei dessen Schweigen der „objektive Schwerpunkt“ des Schuldverhältnisses entscheide. Für diesen könnten zwar Schuldnerwohnsitz oder Belegenheit von Sicherheiten indiziell sein. Aber ein Belegenheitsschema sei zugunsten einer individualisierenden Betrachtung jedes Schuldverhältnisses abzulehnen.¹³

Mann und Stoll stellen gleichsam die beiden Pole der kollisionsrechtlichen Diskussion dar: Wird bei Mann die währungspolitische *ratio* systematisch ausgeblendet, so ist sie für Stoll Ausgangspunkt der Argumentation. Spricht Mann der Währungsreform Ordre-public-Charakter ab, so ist sie Stoll zufolge für westdeutsche Gerichte „schlechterdings bindend“, ja „verdrängt“ ausländisches (gemeint wohl vor allem: ostdeutsches) Umstellungsrecht. Und während bei Mann ein „im engsten Sinne“ währungsrechtlicher rekurrenter Anschluss erhalten bleibt, kann es bei Stolls eingriffsrechtlichem Ansatz zu gleichsam heimatlosen Schulden kommen, wenn der Währungsgesetzgeber keine Geltung beansprucht und sich im Währungsgebiet kein „objektiver Schwerpunkt“ findet. Gemeinsam ist Mann und Stoll allerdings die auf das einzelne Schuldverhältnis bezogene, dieses gleichsam lokalisierende Betrachtung.

3. Prüfstein schweizerische Goldhypothenen

Ein im engeren Sinne „internationales“ Problem stellte sich für die deutsche Rechtsprechung, als das LG Karlsruhe und das OLG Frankfurt 1955 bzw. 1963 über die Umstellung von Goldhypothenen aus der Vorkriegszeit zu entscheiden hatten.¹⁴ Diese Investitionen, die teilweise Gegenstand eines deutsch-schweizerischen Abkommens waren, unterstanden nach h.L. in der Regel deutschem Recht.¹⁵ Die Gerichte kamen in beiden Fällen zu einer 1:1-Umstellung, freilich mit diametral verschiedenen Begründungen.

Das LG Karlsruhe beruft sich auf F. A. Mann, indem es das Umstellungsgesetz zwar als „[einen] Teil der Währungsreform 1948, aber eben kein reines Währungsrecht“ ansieht. Es sei „weitgehend schuldrechtlicher Art“, denn seine Umstellungssätze stellten eine „Abwertung“ dar, und diese „Anpassung an die Kaufkraftänderung“ sei der deutschen Aufwertungspraxis der 1920er Jahre vergleichbar. Die Frage der Auf- und Abwertung sei aber nach dem Schuldstatut zu beurteilen. An diesem Punkt müsste das Gericht, da nach h.L. für ausländische Goldhypothenen deutsches Schuldstatut galt, zu einer 10:1 Umstellung kommen. Diese Konsequenz scheint es aber vermeiden zu wollen, denn es legt umfänglich dar, warum im zu entscheidenden Fall Schweizer Schuldstatut anzunehmen sei, und kommt auf dieser Grundlage zum 1:1-Umstellungssatz.¹⁶ Die

¹³ Stoll knüpft hierbei an *Gutzwiller*, Der Geltungsbereich der Währungsvorschriften, 1940, an.

¹⁴ LG Karlsruhe, IPRspr 1956–57, Nr. 28a bzw. OLG Frankfurt am Main, IPRspr 1962–63, Nr. 164.

¹⁵ *Nussbaum* (Fn. 1), 78; Abkommen v. 6.12.1920, SR 0.211.422.913.6.

¹⁶ Das Gericht leitete schweizerisches Schuldstatut u.a. daraus ab, dass die Darlehensvergabe für die Schweizer Bank Massengeschäft gewesen sei, sowie aus der Refinanzierung am Schweizer Kapitalmarkt.

angesichts der BGH-Rechtsprechung naheliegende Frage, ob das Umstellungsgesetz aufgrund der *ordre-public*-Klausel anzuwenden sei, wirft es – auch insofern im F. A. Mann folgend – gar nicht erst auf.

Das OLG Frankfurt dagegen entscheidet sich für den eingriffsrechtlichen Ansatz von Stoll. Es sieht im Umstellungsgesetz „Maßnahmen des öffentlichen Rechts, die aus währungs- und wirtschaftspolitischen Zwecken in Geldforderungen eingreifen“, indem sie sie im Verhältnis 10:1 „abwerten“. Dieser Währungseingriff habe allerdings enteignenden Charakter, könne daher nur innerhalb der Gebietsgrenzen der Staatsgewalt erfolgen, und überdies verlange die vom Umstellungsgesetz erstrebte Geldabschöpfung nur die Abwertung von Forderungen gegen inländische Schuldner. Weil aber die Darlehensnehmer inzwischen französische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Frankreich seien und die Parteien „bei Abschluss des Vertrages weder durch ausdrückliche noch durch stillschweigende Vereinbarung die Darlehensforderung öffentlich-rechtlichen Währungseingriffen des deutschen Staates unterstellt“ hätten, könne ihnen gegenüber das Umstellungsgesetz nicht angewendet werden. Demnach sei die Hypothek 1:1 umzustellen.

Für die vom Gericht offensichtlich erstrebte 1:1-Umstellung lag, jedenfalls bei Annahme schweizerischer *lex causae*, als Präzedenzfall die Karlsruher Entscheidung vor, und deren schuldrechtlicher, das Wohnsitzkriterium aufgebenden Linie folgte inzwischen überwiegend auch der BGH.¹⁷ Umso überraschender ist, warum das Gericht eingriffsrechtlich argumentiert. Denn mit der schuldrechtlichen Linie hätte das Gericht die von F. A. Mann und Stoll gleichermaßen kritisierte Schwäche der Wohnsitztheorie, dass sie es offen lasse, ob es auf den Wohnsitz bei Schuld begründung, am Währungstichtag oder zu einem anderen Zeitpunkt ankomme, vermieden. So aber konnte es dieser Schwäche nur entgehen, indem es den Zeitpunkt, zu dem die bei Vertragsschluss zweifellos in Deutschland residierenden Schuldner nach Frankreich verzogen waren, im Unklaren ließ. Überdies ist nach der eingriffsrechtlichen Theorie, so wie von Stoll vertreten, die Belegenheit von Sicherheiten Indiz für den „objektiven Schwerpunkt“ eines Schuldverhältnisses. Bei einer Hypothek an einem deutschen Grundstück würde eine Rezeption jener Theorie also eher nach Deutschland und damit zum Umstellungsgesetz führen.

Möglicherweise ist die Argumentation durch Zweifel an der *lex causae* zu erklären. Denn die diesbezüglichen Ausführungen des Gerichts sind etwas dunkel, und vielleicht war das Gericht als Revisionsinstanz an eine Feststellung deutschen Schuldstatuts durch den Tatrichter gebunden. Das entsprach ja der h.L., hätte allerdings zu einer 10:1-Umstellung geführt. Dies wiederum wäre nicht nur eine Diskrepanz zu der Entscheidung des LG Karlsruhe, sondern hätte auch

¹⁷ BGHZ 17, 89 (IV. ZS), allerdings Klageabweisung; BGH WM 1960, 940 (VII. ZS), wo sich freilich das Problem aufgrund unzweifelhaft deutscher *lex causae* nicht stellte; der Sachverhalt ist als innerdeutscher Emigrationsfall nicht vergleichbar den Fällen aus Karlsruhe und Frankfurt, die Entscheidung erwähnenswert, weil sie die Wohnsitztheorie aufgibt und das Umstellungsgesetz, weil wegen der „Verhältnisse zur Zeit der Währungsreform dem Schuldnerschutz“ dienend, schuldrechtlich qualifiziert und auf dieser Grundlage zum 10:1-Satz kommt.

zu Inkonsistenzen mit dem einschlägigen deutsch-schweizerischen Abkommen sowie dem Londoner Schuldenabkommen geführt, das für Goldhypothesen mit Auslandsbezug eine 1:1-Umstellung vorsah. So mag das Gericht in der eingriffsrechtlichen Theorie einen Ausweg erblickt haben, um bei verbindlich festgestellter deutscher *lex causae* 1:1 umzustellen.

Wie dem auch sein mag: Die beiden Entscheidungen belegen, dass sich mehr als zehn Jahre nach der Reform ein Konsens über deren kollisionsrechtliche Behandlung nicht ausgebildet hatte. Fögen's Gesamtdarstellung des deutschen Geld- und Währungsrechts bringt denn auch die geradezu extreme Gegenlösung: Die Differenzierung sei auch bei fremder *lex causae* ohne weiteres anzuerkennen – ohne freilich auf die beiden Entscheidungen einzugehen.¹⁸

III. Reflexionen über *lex monetae*

1. *Lex monetae* – ein Rudiment des Goldstandards?

Die Behandlung der deutschen Währungsreform von 1948 stellt gewissermaßen eine Umkehrung jener Rechtsprechung des Reichsgerichts in den sog. Coupon-Prozessen dar, durch die der Übergang des Deutschen Reichs von der Silber- zur Goldwährung letztlich unabhängig von der *lex causae* und Domizilaspekten anerkannt wurde und auf die die h.L. den Begriff des Währungsstatuts zurückführt.¹⁹ Hatte das Reichsgericht in seinen ersten Entscheidungen noch darauf abgestellt, wo der „Sitz der Obligation“ lag, so ließ es diesen Aspekt schließlich fallen zugunsten des Arguments, dass sich in Währungseingriffen das jeder Geldschuld inhärente Währungsrisiko materialisiert, das die Parteien ohne weiteres hinzunehmen haben, weil sie es durch Wahl der Währung grundsätzlich steuern können – und wie man hinzufügen mag: auch sollten. Dieser Aspekt wird bei Mann nicht einmal erwähnt, und Stoll lehnt ihn und überhaupt den Begriff des „Währungsstatuts“ ausdrücklich ab. Stattdessen reaktivierte man die ältere Sitztheorie, indem man den Umstellungsakt als „politische“ Gesetzgebung verstand, die eine Lokalisation der Geldschuld erfordere, mag diese über den Schuldnerwohnsitz (Rechtsprechung), einen sonstigen „objektiven Schwerpunkt“ (Stoll) oder die hieraus oder sonst wie abgeleitete deutsche *lex causae* (Mann) erfolgen. Worauf beruht diese Umkehr?

Die Aufwertungspraxis der 1920er Jahre, auf die sich Mann und Stoll ausdrücklich berufen, spielte sicherlich eine Rolle. Vor allem aber dürfte entscheidend gewesen sein, dass sich in den Coupon-Fällen das Währungsrisiko auf Schuldnerseite realisierte, 1948 dagegen auf jener des Gläubigers. Die nominelle

¹⁸ Fögen (Fn. 6), 116, ausdrücklich gegen Mann, aber ohne Bezug auf Stoll; Fögen thematisiert den *ordre public* nicht.

¹⁹ Maßgeblich ist RGZ 19, 48; ausführlicher zu den Coupon-Prozessen Vrbaski, in: Fox/Ernst (Hrsg.), *Money in the Western Legal Tradition*, 2014, 575; den Begriff des Währungsstatuts dürfte das RG allerdings erst in den 1920er Jahren geprägt haben, weil es mit dieser „Kollisionsnorm“ die Währungsumstellung zu einer revisiblen Rechtsfrage machen konnte.

Kürzung von Ansprüchen dürfte wegen ihres „spoliativ“ erscheinenden Charakters plastischer sein als der sich nominell nicht niederschlagende Mehraufwand des Schuldners. Roth weist allerdings darauf hin, dass der gesetzgeberische Währungsschnitt nicht wirklich spoliativ ist, vielmehr nur eine bereits eingetretene Entwertung vorfindet und aus ihr die „schonungslose Konsequenz“ zieht. Im Währungsschnitt realisiert sich somit jenes Währungsrisiko, das jeder Geldgläubiger notwendigerweise eingeht. Die eigentliche Wertungsfrage ist daher in der Tat, ob man das Prinzip, dass „die Parteien eines Fremdwährungsschuldverhältnisses sich dem Schicksal dieser Währung unterstellt haben“, grundsätzlich aufgeben sollte.²⁰ Roth scheint mit einer rein währungsrechtlichen Behandlung, d.h. der universellen Geltung der differenzierenden Umstellung zu sympathisieren, aber über den Präzedenzfall der Aufwertungspraxis nicht hinausgehen zu wollen: Differenzierende Umstellungssätze seien nicht wertneutral, weil sie gewisse Schulden relativ auf-, andere relativ abwerteten. Außerdem bestehe ein „Missbrauchsrisiko“ durch Benachteiligung ausländischer Gläubiger oder einer Selbstprivilegierung des Währungsstaates als Schuldner, und gegen dieses helfe der *ordre public*, weil – „richtig verstanden“ – zu eng, nicht. Daher liegt für Roth eine dogmatische Lösung allenfalls in einer „kombinierten Anwendung“ von Währungs- und Schuldstatut mit Blick auf einen „weitgehenden Ausgleich von Wertverlusten“.

Roths kombinierender Ansatz hat sich nicht durchgesetzt. Die jüngere Literatur scheint stattdessen eher Stoll zu folgen.²¹ Dies mag auch daran liegen, dass Roth durch den Fokus auf den „weitgehenden Ausgleich“ das allgemeine Interesse an der Beseitigung des Geldüberhangs gegenüber dem Gläubigerinteresse zurückzustellen und mit der Anerkennung des Währungsrisikos auf Gläubigerseite nicht wirklich ernst zu machen scheint. Vor allem aber hat man den Eindruck, dass der Anerkennung dieses Risikos auf Gläubigerseite ein enges, gleichsam wertneutrales Verständnis der *lex monetae* entgegenzustehen scheint. Demnach bezieht sich die *lex monetae* nur auf die Normierung des Währungssubstrats, wie sich das Reichsgericht auf die Normierung des Substrats der Markwährung durch das Deutsche Münzgesetz bezog. Mann konzipierte die *lex monetae* ja auch im Hinblick darauf, „which things are legal tender of the currency referred to“.²² Dieses am Substrat orientierte Verständnis der *lex monetae* bestimmt auch die neuere Literatur.²³ Eine nur auf das Substrat bezogene *lex monetae* wäre in einem Fiatgeldsystem relevant für Münzen und Geldschei-

²⁰ Roth, BerGesVR 20 (1979), 110.

²¹ Kegel, Internationales Privatrecht, 7. Aufl. 1995, 872 (die von Schurig bearbeiteten Neuauflagen waren mir bei Textabschluss leider nicht zugänglich); Reinhuber, Grundbegriffe und internationaler Anwendungsbereich von Währungsrecht, 1995, 78 sowie 216, aber enger als Stoll, weil „grundsätzlich“ ausländisches Währungsrecht nicht anwendbar sei, sondern nur bei eigenem „Anwendungsinteresse“ des Forums; einen ähnlichen Ansatz scheint Grothe, Fremdwährungsverbindlichkeiten, 1999, 212, zu verfolgen.

²² Mann (Fn. 1), 267 (kursiv von mir).

²³ So ungeachtet der weiten Definition auch die Nachweise in Fn. 2; s. ferner Proctor (Fn. 2), 332 („chattel“); ähnlich, wenngleich den Begriff bereits weitend, Hahn (Fn. 1), 383 sowie Visser (Fn. 1), 180.

ne, dergestalt, dass die Neugestaltung oder Neustückelung von Noten und die Umbenennung der Währungseinheit international universell gültig wäre – mehr aber auch nicht.

2. Differenzierende Umstellungssätze – ein „macro bail-in“?

Ein so enges Verständnis lag der *lex monetae* jedoch auch unter dem Goldstandard nicht zugrunde. Denn – in den Worten Martin Wolffs – „das dem Gelde wesentliche Vertrauen ruht nicht notwendig in den Eigenschaften des Edelmetalls und gründet sich heute [...] auf das Vertrauen in den geldausgebenden Verband, seine Wirtschaft, seine Finanzen, seine Politik, seine Aussichten.“ Wählt ein Gläubiger „eine staatliche Währung [...], so gibt er damit seinem Vertrauen in das Gebaren [dieses] Staates auf geldpolitischem Gebiet Ausdruck.“²⁴

Das sich in der Währungswahl ausdrückende Vertrauen ist der Aspekt, unter dem die *lex monetae* Parteiautonomie und das „Gebaren von Staaten auf geldpolitischem Gebiet“, also monetäre Souveränität, versöhnt. Ja, es ist geradezu die historische Pointe der *lex monetae*, dass sie die universelle Anerkennung gerade jener währungsrechtlichen Maßnahmen, die aus Sicht des Gläubigers einen angeblich „intrinsischen“ Geldwert verschlechtern, zugunsten einer monetären Entschuldung ermöglicht: Historisch sind dies vor allem die Ausgabe von zwangsläufigem Papiergeld oder die Einstellung der Goldeinlösung. Gab es bis ins 19. Jahrhundert vereinzelt Versuche, solche Maßnahmen fremder Souveräne als ausländische Enteignung abzuwehren, so ist seither für die meisten Autoren klar, dass ausländische Gläubiger sich dies gefallen lassen müssen, und diesem Prinzip folgten seither die Gerichte in den verschiedensten Staaten, ohne dies von der *lex causae* abhängig zu machen oder den *ordre public* einzuwenden.²⁵ Nussbaum erkennt darin ein völkerrechtliches Prinzip: „In the absence of a treaty to the contrary the right of a government to resort to inflationary emission of paper money and eventually to currency devaluation is uncontested.“²⁶ Lässt sich diese Idee, dass Parteiautonomie und Währungshoheit koexistieren, in die Fiat-Welt übertragen?

In der Fiat-Welt kann sich ein rechtliches Währungsrisiko nicht mehr durch Einstellung der Goldeinlösung oder Papierzwang realisieren. Man könnte aber gerade in der Ausdifferenzierung von Geldschulden die spezifische Art und Weise erblicken, wie sich rechtliches Währungsrisiko in der Fiat-Welt realisiert. Denn erst die Ausdifferenzierung führt zu einer Neugewichtung der einzelnen Komponenten des Geldsystems, indem sie Geldguthaben gegenüber Güterpreisen herabsetzt. Die nominelle Kürzung von Geldguthaben wäre demnach einer

²⁴ Wolff, Das IPR Deutschlands, 1954, 158, dort ausdrücklich *lex monetae* für die Einstellung der Goldeinlösung.

²⁵ Umfassende Nachweise bei Nussbaum, Money in the law national and international, 1950, 351 sowie van Hecke, Currency, in: International Encyclopedia of Comparative Law III/2, 36–4; s. auch Mann (Fn. 1), 267 („extraterritorial effect“, 268 Fn. 4), der es allerdings offen lässt, ob dies aus der *lex monetae* folgt oder daraus, dass alle Schuldrechte der Welt nominalistisch sind; s. ferner Proctor (Fn. 2), 334.

²⁶ Nussbaum (Fn. 25), 352.

Konkursdividende vergleichbar, indem sie wie diese den „intrinsischen“ Wert von Geldguthaben im Verhältnis zu Güterpreisen abbildet. Unter diesem Aspekt wäre eine Währungsumstellung genauso wenig eine „Enteignung“ wie dies eine Konkursdividende ist. Die hiervon differenzierte 1:1-Umstellung von Güterpreisen dagegen ermöglicht eine nahtlose Fortführung schwebender Verträge, wiederum vergleichbar den entsprechenden Usanzen in der Restrukturierungspraxis. Um einen Ausdruck aus einem verwandten Rechtsgebiet zu verwenden: Die differenzierte Umstellung wäre gleichsam ein *macro bail-in*, und so wie es im Goldstandard die Funktion der *lex monetæ* war, der monetären Entschuldung zu universeller Anerkennung zu verhelfen, so würde sie in der Fiat-Welt dazu führen, dass ein monetärer Neubeginn universell anerkannt wird, wiederum unabhängig von *lex causæ* und ohne dass der *ordre public* gegen die „Enteignung“ ins Feld geführt werden könnte.²⁷

Man mag hier einwenden, dass die Aufwertungspraxis der 1920er Jahre eine Differenzierung implizierte, die Rechtsprechung in den meisten Ländern diese aber nur unter der *lex causæ* anerkannte, die Rechtsübung also in andere Richtung weise. Indes erkannten ausländische Gerichte sehr wohl den Währungsschnitt der Reichsmark an. Vorbehalte bestanden dagegen gegenüber der freien Aufwertung durch das Reichsgericht, und diese mögen darauf zurückzuführen sein, dass man ein Überschwappen richterrechtlichen Antinominalismus, durch den die Konsequenzen einer Währungswahl gerade rückgängig gemacht werden sollten und der etablierte Nominalismus der eigenen Rechtsordnung gefährdet würde, vermeiden wollte.²⁸ Die Rechtspraxis lässt sich durchaus durch den Gedanken erklären, dass die Wahl einer Währung ein Vertrauensakt ist, an dem sich Schuldner und Gläubiger auch im Fall eines Währungswechsels festhalten lassen müssen: Gerade im Londoner Schuldenabkommen ging man davon aus, dass Reichsmarkschulden unabhängig von der *lex causæ* nach dem 10:1-Satz des Umstellungsgesetzes in DM umzustellen seien. Freilich mit einer Ausnahme: Für gewisse auf Goldmark lautende oder mit Goldklausel versehene Schulden galt eine 1:1-Umstellung.²⁹ Und soweit die deutsche Rechtsprechung bei Reichsmarkschulden zu einer 1:1-Umstellung kam, betraf dies wie dargestellt vor allem Goldhypothecken, unabhängig von Zweifeln über die *lex causæ*. Man kann dies als implizite Anerkennung jenes Gedankens lesen: Denn indem die Parteien eine Goldklausel vereinbarten, brachten sie ja zum Ausdruck, dass sie der Währung als solcher, dem finanzpolitischen „Gebaren“ des betreffenden Staates, nicht uneingeschränkt vertrauen wollen.³⁰ Daher wäre es auch nicht gerechtfertigt gewesen, sie im vollen Umfang an das Schicksal dieser Währung zu binden. Diese

²⁷ Natürlich kann und sollte der *ordre public* aber überall der reinen Ausländerdiskriminierung entgegenstehen.

²⁸ S. die englische Entscheidung *Anderson v. Equitable Assurance Society* (1926), 134 L.T. 557, 566 und dazu Mann (Fn. 1), 278.

²⁹ Anlage II Art. 5. Nr. 3 mit Anlage VII.

³⁰ In der Tat gehen ja insb. die Goldmarkhypothecken auf das Misstrauen ausländischer Investoren gegenüber Mark und Reichsmark zurück, s. dazu Nussbaum (Fn. 1), 183 sowie Hahn (Fn. 1), 108.

Deutung ist im Übrigen konsistent mit der ganz herrschenden Auffassung, dass die Goldklauselabrogation gerade nicht der *lex monetae*, sondern der *lex causae* untersteht.³¹

3. Sicherheit des Geldverkehrs und „ehrliche Reziprozität“

Es fällt ein weiterer Unterschied auf zwischen der Diskussion um die Währungsreform von 1948 und den Überlegungen, die der Coupon-Rechtsprechung zugrunde lagen. Denn bei ersterer schaute man vor allem auf das individuelle Interesse des einzelnen Gläubigers bzw. Schuldners. Exemplarisch ist die wohl am Gläubigerinteresse ausgerichtete Wertung Roths, dass „ein möglichst weitgehender Ausgleich von Wertverlusten bei Fremdwährungsschulden wünschenswert und geboten ist.“³² Jene Rechtsprechung berief sich dagegen auf die „Sicherheit im internationalen Geldverkehr“, ein Gedanke, der von der einzelnen Gläubiger- oder Schuldnerposition zu abstrahieren und ein übergeordnetes, allgemeines Interesse anzusprechen scheint.

Der Gedanke wird vom Reichsgericht nicht weiter erläutert. Allerdings beruft sich das Reichsgericht auf eine Schrift Gustav Hartmanns, in der dieser das Reichsgericht gegen zeitgenössische Kritik in Schutz nimmt und jenen Gedanken näher ausführt.³³ Hartmann lehnt es ab, die Teilnehmer am internationalen Geldverkehr in Gläubiger und Schuldner zu sortieren und mal aus der Schuldner-, mal aus der Gläubigerperspektive zu argumentieren. Denn Gläubiger- bzw. Schuldneigenschaft seien letztlich nur Funktionen, die die Teilnehmer am internationalen Geldverkehr gleichermaßen einnehmen, ja in aller Regel kombinieren. Bei währungsrechtlichen Maßnahmen, die die Auf- oder Abwertung gewisser Schulden im Verhältnis zu anderen auslösen, müsse sich deshalb „unbekümmert um alle Schlagbäume“ und über alle Teilnehmer hinweg eine natürliche „Ausgleichung“ ergeben.³⁴ Eine Währungsgesetzgebung, die es unternähme, einseitig Gläubigern oder Schuldnern Vorteile zu verschaffen, wäre demnach nicht nur der „Sicherheit des Geldverkehrs“ abträglich, sondern von vornherein zum Scheitern verurteilt.³⁵ Umgekehrt wäre eine Währungsgesetzgebung, die jene zwangsläufige „Ausgleichung“ akzeptierte und gegenüber der isolierten Gläubiger- oder Schuldnerperspektive indifferent wäre, gleichsam einen neutralen Standpunkt einnehme, eben deshalb der „Sicherheit des Geldverkehrs“ zuträglich, und darin läge die Grundlage für ihren Anspruch auf universelle Anerkennung. Hartmann folgert, dass ein Währungswechsel, der auf solcher Neutralität beruhe, „auch für die dem Währungslande nicht angehörenden Gerichte“ verbindlich sein müsse, und zwar ausdrücklich unabhängig von

³¹ Nussbaum (Fn. 1), 177 sowie ders. (Fn. 25), 433; Mann (Fn. 1), 292; Proctor (Fn. 2), 394; van Hecke, in: International Encyclopedia of Comparative Law III/2 (Fn. 25), 36–8 ff.; ein ähnlicher Gedanke mag der Rspr., wonach beim Realkredit das Währungsrecht der *lex rei sitae* maßgeblich sei, zugrunde liegen: BGHZ 17, 89 sowie BGH WM 2006, 1091.

³² Roth, BerGesVR 20 (1979), 113 (kursiv meinerseits).

³³ Hartmann, Internationale Geldschulden, 1882.

³⁴ Hartmann (Fn. 32), 61.

³⁵ Ein historisch instruktives Beispiel solchen Scheiterns bei Nussbaum (Fn. 25), 266.

Erfüllungsort oder der *lex causae*. Denn: „Nur dann kann Sicherheit im internationalen Geldverkehr bestehen [...], wenn für Obligationen auf ein bestimmtes Landesgeld auch die rechtliche Geldordnung des fraglichen Landes hin und her respectirt wird in ehrlicher Reciprocität.“³⁶

Heutzutage dürfte der internationale Geld- und Kreditverkehr mindestens so sehr verwoben sein wie zu Hartmanns Zeiten. International tätige Banken emittieren Anleihen über Landesgrenzen hinweg ebenso sehr, wie sie sie zeichnen, und die bei Hartmann angedeuteten Verrechnungslagen dürften umso ausgeprägter sein. Dieser Befund sollte es möglich machen, bei Währungsumstellungen an jene Überlegungen anzuknüpfen. Es kommt hinzu, dass Währungsrisiken heute nicht mehr durch Gold, sondern durch Währungsderivate abgesichert werden. Genauer gesagt: Währungsrisiken werden nicht innerhalb eines bilateralen Obligationsverhältnis reduziert, sondern über Obligationketten und Obligationsnetzwerke gestreut. Eine auf die individuelle Obligation fokussierte Sichtweise riskiert also, indem sie diese Vernetztheit des Finanzsystems verkennt, Verrechnungslagen auseinanderzureißen und Sicherungen hinfällig zu machen, wenn etwa für Forderung und Gegenforderung, Hauptforderung und Swapforderung unterschiedliche *leges causae* oder „objektive Schwerpunkte“ gefunden werden. Dies erschwert die Risikoeinschätzung und belastet die Marktdisziplin.

In Hartmanns Argument klingt ein weiterer Gesichtspunkt an, der bei der Währungsreform von 1948 keine Rolle spielen konnte, für das heutige Finanzsystem aber vielleicht bedeutsam ist. Bei jener Reform ging es um die kollisionsrechtliche Bewältigung der Währungsreform eines einzelnen Landes. Der Gedanke von parallelen, verschiedene Währungsräume gleichzeitig erfassenden Reformen kam daher nicht auf. Zwar muss auch heute eine solche Eventualität eher fern erscheinen. Fakt ist aber, dass jede internationale Bank nicht nur über Landesgrenzen hinweg ebenso sehr Schulden aufnimmt wie Kredit gewährt, sondern beides auch in den verschiedensten Währungen tut. Das heutige globale Finanzsystem zeichnet sich gerade dadurch aus, dass Währungsräume nicht territorial abgrenzbar sind, sondern Währungen grundsätzlich über Landesgrenzen hinweg verwendet werden, „Währungsräume“ sich also überlappen und gegenseitig durchdringen. Einem solchen Finanzsystem entspräche es durchaus, Währungswechsel umfassend der *lex monetae* zu entnehmen.

IV. Schluss

Währungskrisen sind, wie eingangs gesagt, die Motoren des Währungsrechts. Roth hat in Bezug auf differenzierende Umstellungssätze angemerkt, dass „praktisch brauchbare Lösungen [...] zumeist nicht von der währungsrechtlichen Dogmatik her, sondern erst in speziellen und internationalen Regelun-

³⁶ Hartmann (Fn. 32), 54

gen entwickelt werden können.“³⁷ Dies trifft sicherlich zu, soweit man von währungsrechtlicher Dogmatik eine universelle, gleichsam zeitlose Lösung erwarten würde. Das aber dürfte nicht ihre Rolle sein. Dagegen kann eine historische Reflexion zutage bringen, welche Wertungen und Gesichtspunkte bei der Bewältigung von Währungskrisen eine Rolle spielten und inwiefern sie für die Rechtsübung – wie sie sich real in der Gerichtspraxis ebenso niederschlägt wie in staatsvertraglichen Regelungen – prägend wurden. Die Bewältigung der deutschen Währungsreform von 1948 lässt sich durchaus auf den Gesichtspunkt zurückführen, dass die Wahl einer Währung ein Akt des Vertrauens ist und die umfassende Anwendung der *lex monetae* begründet. Dogmatik erscheint als Desiderat sachlicher Gesichtspunkte und dadurch ein Maßstab, um die Überzeugungskraft und damit Durchsetzbarkeit jener vertraglichen Lösungen messen und beurteilen zu können. Dies wiederum dürfte helfen, solche Lösung zu konzipieren und auszuhandeln. Inwiefern die in diesem Beitrag dargestellten Gesichtspunkte künftig jemals relevant werden, diese Frage sollte – um F. A. Mann zu paraphrasieren – im Rahmen dieses Beitrags weder gestellt noch beantwortet werden.

³⁷ Roth, BerGesVR 20 (1979), 110.

Vertragshaftung nach § 280 Abs. 1 BGB – ein gespaltenen Tatbestand

Gerhard Wagner und Jakob Feddersen

I. Einleitung

Mit der Schuldrechtsreform 2002 wurde das deutsche Vertragsrecht auf eine neue Grundlage gestellt. Das Projekt hat zwei Wurzeln, nämlich die europäische Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf einerseits,¹ das nationale Vorhaben einer Überarbeitung des BGB-Schuldrechts andererseits. Wolfgang Ernst gehört zu den wenigen Beobachtern, die nicht nur die Vorbereitung und Durchführung der Schuldrechtsreform kritisch begleiteten.² Der schwierigen Aufgabe ihrer dogmatischen Bewältigung widmete er sich anschließend mit seiner Kommentierung der §§ 280 ff. BGB im Münchener Kommentar. Weitsichtig schrieb der Jubilar von der Schuldrechtsreform als „Daueraufgabe“³ der Zivilrechtswissenschaft – um diese hat er sich wie kaum jemand anderes verdient gemacht.

In demselben kritisch-konstruktiven Spirit fokussiert der nachfolgende Beitrag auf den Tatbestand der allgemeinen Vertragshaftung gemäß § 280 Abs. 1 BGB, den es in dieser Form vorher nicht gegeben hat. Während das BGB 1900 die Schadensersatzhaftung des pflichtvergessenen Vertragsschuldners in § 276 Abs. 1 BGB a.F. lediglich implizierte,⁴ macht § 280 Abs. 1 BGB sie explizit. Die §§ 281 ff. BGB enthalten zwar Qualifizierungen und in § 311a Abs. 2 BGB findet sich ein Sondertatbestand. Es bleibt aber dabei, dass § 280 Abs. 1 BGB der Ausgangspunkt und die zentrale Anspruchsgrundlage für vertragliche Schadensersatzansprüche ist.⁵ Mit dessen Herzstück – Pflichtverletzung und Vertretenmüssen – befasst sich der Beitrag und berücksichtigt dabei insbesondere die deliktsrechtliche Perspektive sowie das französische Recht.

¹ Richtlinie 1999/44/EG, nunmehr abgelöst durch Richtlinie (EU) 2019/771.

² Ernst, NJW 1994, 2177; ders., JZ 1994, 801.

³ Ernst, NJW 1994, 2177, 2181.

⁴ (Zu spät) grundlegend U. Huber, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, etwa § 3 II 2, 78 f.; dazu Wagner, JZ 2000, 779.

⁵ BT-Drucks. 14/6040, 135; MünchKommBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, § 280 Rn. 4.

II. Die Pflichtverletzung im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB knüpft die Schadensersatzhaftung aus Vertrag an drei Voraussetzungen: Pflichtverletzung, Schaden und Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden. Der Begriff der Pflichtverletzung ist als Oberbegriff für alle Typen von Leistungsstörungen gemeint, also nicht nur die zu späte (Verzug) oder gar nicht erfolgte Leistung (etwa infolge Unmöglichkeit), sondern auch die praktisch bedeutsame Kategorie der Schlechtleistung, die vormalig als positive Vertragsverletzung angesprochen wurde.⁶ Der Gesetzgeber folgte damit dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission,⁷ und entschied sich gegen den von U. Huber entwickelten Begriff der „Nichterfüllung“.⁸

Der Begriff der Pflichtverletzung und seine Rolle im neuen Schuldrecht waren von Anfang an umstritten. Die Funktion des § 280 Abs. 1 BGB als abstrakte Haftungsnorm und diejenige der Pflichtverletzung als Klammer für alle Typen der Leistungsstörung – Verzug, Unmöglichkeit, positive Vertragsverletzung – wurden infrage gestellt.⁹ Weiterhin wurde im Kontext der Reformdiskussion kritisiert, der Begriff wecke falsche Assoziationen in Richtung eines Verschuldensvorwurfs.¹⁰ *Faute de mieux* hielt der Gesetzgeber gleichwohl an dem Begriff der Pflichtverletzung fest.¹¹

Inhaltlich verstand der Gesetzgeber unter Pflichtverletzung im Kontext des § 280 Abs. 1 S. 1 BGB ein objektiv hinter dem vertraglichen Pflichtenprogramm zurückbleibendes Verhalten des Schuldners.¹² Die Frage, ob der Schuldner die Pflichtverletzung im Sinne der §§ 276–278 BGB zu vertreten habe, stelle sich erst im Rahmen des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.¹³ Insofern trifft die Beweislast den Schuldner, der nachweisen muss, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Mit dieser Beweislastverteilung führte der Reformgesetzgeber eine Lösung fort, die im BGB allein für Unmöglichkeit und Verzug in §§ 282, 285 BGB a.F. explizit geregelt, von der Rechtsprechung jedoch – zumindest dem Ergeb-

⁶ Dazu U. Huber (Fn. 4), § 3 II 3, 79 ff.

⁷ Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, 128 ff. (insb. 130).

⁸ U. Huber, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, 1981, 647, 674 u. 699 ff.; hierzu krit. Diederichsen, AcP 182 (1982), 101, 117 ff. (der in Abschlussbericht [Fn. 7], 130, und Gesetzesmaterialien, BT-Drucks. 14/6040, 133, – allerdings wohl zu Unrecht – als Urheber des Pflichtverletzungsbegriffs genannt wird).

⁹ Zur Kritik Ernst, NJW 1994, 2177, 2180 f.; ders., JZ 1994, 801, 805; Canaris, JZ 2001, 499, 522 f.; Flume, ZIP 1994, 1497 f.

¹⁰ Statt vieler Ernst, JZ 1994, 801, 805; sehr krit. U. Huber, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, 31, 99; vgl. auch Stoll, JZ 2001, 589, 593; ders., in: FS für Werner Lorenz II, 2001, 287, 293; zum Diskurs Selzer, Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht, 2022, 32 ff. sowie Schneider, Abkehr vom Verschuldensprinzip?, 2007, 66 ff. m.w.N.; weiterführend Unberath, Die Vertragsverletzung, 2007, 323 ff.

¹¹ BT-Drucks. 14/6040, 134.

¹² BT-Drucks. 14/6040, 134, 135 f.

¹³ BT-Drucks. 14/6040, 136 (zum Verschuldensprinzip 144).

nis nach – auch auf die Fälle der positiven Vertragsverletzung erstreckt worden war.¹⁴

Der Beitrag geht damit auch der Frage nach, ob sich § 280 Abs. 1 S. 1 BGB als abstrakte Haftungsnorm und der Begriff der Pflichtverletzung als allgemeine Voraussetzung der Schadensersatzhaftung wegen Vertragsverletzung in der juristischen Praxis bewährt haben. Der Jubilar ist insoweit skeptisch und hält es für bemerkenswert, „dass 20 Jahre nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform immer noch über deren Grundbegrifflichkeit gestritten wird“¹⁵.

Im Folgenden werden die Grundlinien des Pflichtverletzungsbegriffs in § 280 Abs. 1 S. 1 BGB sowie dessen Grenzen nachgezeichnet. Es wird sich zeigen, dass der gesetzgeberische Anspruch, einen auf alle möglichen Leistungsstörungen passenden Grundbegriff zu schaffen, nur teilweise eingelöst wurde. Unter dem „Sammelbegriff“¹⁶ der Pflichtverletzung werden tatsächlich zahlreiche weitere Differenzierungen notwendig. Der Schlüssel zum Verständnis des Verhältnisses von Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 S. 1 BGB und Vertretenmüssen gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, das für die Beweislast entscheidend ist, liegt in der Unterscheidung zwischen erfolgsbezogenen und verhaltensbezogenen Pflichten.

III. Die Dogmatik der Pflichtverletzung

1. Der erfolgsbezogene Ausgangspunkt

Die Pflichtverletzung in § 280 Abs. 1 S. 1 BGB knüpfte nur scheinbar an ein pflichtwidriges Verhalten des Schuldners an, sondern war nach gesetzgeberischer Vorstellung in einem weiteren Sinne als Störung des vertraglich geschuldeten Leistungsaustauschs zu verstehen. Nur so ist erklärlich, dass bereits die bloße Verzögerung der Leistung (Verzug) eine Pflichtverletzung sein soll, unabhängig davon, worauf die Verzögerung beruht.¹⁷ Noch deutlicher ist dies bei der Unmöglichkeit der Leistung, die eine Pflichtverletzung darstellen soll,¹⁸ obwohl gemäß § 275 Abs. 1 BGB genau genommen keine zu verletzende Pflicht (mehr) besteht.¹⁹ Die sich hierum drehenden Diskussionen im Nachgang der Reform

¹⁴ BT-Drucks. 14/6040, 136; U. Huber, in: Eckert/Delbrück (Hrsg.), Reform des deutschen Schuldrechts, 2003, 23, 41; Mock, Die Beweislastverteilung bei der positiven Vertragsverletzung, 2006, 67 ff.; vgl. außerdem Stoll, AcP 176 (1976), 145, 149 ff.; Sonnenberger, in: FS für Dieter Medicus, 1999, 621, 622 ff.; eing. zum Zusammenhang zur sog. Gefahrenbereichslehre: Repgen, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, BGB § 280 Rn. 18 ff. und Keilmann, Dem Gefälligen zur Last, 2006, 52 ff.

¹⁵ MünchKommBGB/Ernst (Fn. 5), § 280 Rn. 21.

¹⁶ MünchKommBGB/Ernst (Fn. 5), § 280 Rn. 13.

¹⁷ BT-Drucks. 14/60/40, 135 f.

¹⁸ BT-Drucks. 14/60/40, 135 f. und die zutr. hM: MünchKommBGB/Ernst (Fn. 5), § 280 Rn. 21 Fn. 21; S. Lorenz, in: E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2005, 2006, 5, 38; ders., NJW 2005, 1889, 1890; Looschelders, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris II, 2017, 403, 414; Medicus/S. Lorenz, Schuldrecht I, 22. Aufl. 2021, § 27 Rn. 5.

¹⁹ So etwa Harke, ZGS 2006, 9, 10; vgl. Sutschet, Garantienhaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006, 265 f.

scheinen sich mittlerweile gelegt zu haben. Angesichts der offenkundigen gesetzgeberischen Konzeption konnte sich eine ausschließlich verhaltensbezogene Interpretation der Pflichtverletzung, die hierfür stets ein pflichtwidriges Verhalten des Schuldners forderte,²⁰ zu Recht nicht durchsetzen.²¹ Das Gesetz spricht von Pflichtverletzung, meint damit aber das Ausbleiben des Leistungserfolgs. Das ist keine begriffliche Glanzleistung, doch mit den Worten des Jubilars gilt: „Die Eigentümlichkeit des gesetzlichen Sprachgebrauchs ist hinzunehmen.“²²

2. Tätigkeitsbezogene Leistungspflichten

Die rein „objektive“ Konzeption des Gesetzgebers stößt bereits bei den Hauptleistungspflichten an ihre Grenzen. Die Trennung zwischen einer objektiv vom vertraglichen Programm abweichenden Situation (Pflichtverletzung)²³ und der hierauf bezogenen Verantwortlichkeit des Schuldners (Vertretenmüssen),²⁴ ist bei verhaltensbezogenen Leistungspflichten, etwa im Rahmen von Dienstverträgen, nicht zu realisieren. Dies liegt auch daran, dass der Gesetzgeber das reformierte Leistungsstörungenrecht im Allgemeinen und § 280 Abs. 1 BGB im Besonderen an erfolgsbezogenen Leistungspflichten ausgerichtet hat. Prototypisch waren Kauf- und Werkvertragsrecht, nicht hingegen das Dienstvertragsrecht.²⁵

Immerhin kann auch beim Dienstvertrag die nicht oder verspätet erbrachte Dienstleistung als „objektive Pflichtverletzung“ angesprochen werden.²⁶ Im Falle der Schlechtleistung gelangt das Problem allerdings zur Blüte, denn hier lässt sich keine Pflichtverletzung formulieren, die nicht mit dem Vertretenmüssen identisch wäre. Anschaulich macht dies der Behandlungsvertrag, bei dem der Arzt nach einhelliger Meinung im Grundsatz nicht die Herbeiführung des Heilungserfolgs, sondern lediglich pflichtgemäßes und kunstgerechtes Bemühen schuldet,²⁷ also nicht mehr (aber auch nicht weniger) als die Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt im Sinne des § 276 Abs. 2 BGB, die in § 630a Abs. 2 BGB lediglich konkretisiert wird.²⁸ Das vertragliche Leistungsprogramm besteht in sorgfaltsgemäßigem Verhalten, und die sorgfaltswidrige Behandlung ist die Pflichtverletzung, die der geschädigte Patient gemäß § 280 Abs. 1 S. 1 BGB beweisen muss.²⁹ Damit liegt offen zutage, dass für die Frage des Vertretenmüs-

²⁰ So insb. *Ehmann/Sutschet*, JZ 2004, 62, 67; *Schur*, Leistung und Sorgfalt, 2001, 124 ff. (allerdings zum alten Recht); s. neuerdings *Selzer* (Fn. 10), 219 ff.

²¹ Zur h.M. etwa NK-BGB/*Dauner-Lieb*, 4. Aufl. 2021, § 280 Rn. 31; eing. *Soergel/Benicke/Hellwig*, 13. Aufl. 2014, BGB § 280 Rn. 75 ff.; vgl. *Gsell*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris I, 2007, 337, 338 f.

²² MünchKommBGB/*Ernst* (Fn. 5), § 280 Rn. 16.

²³ Vgl. BT-Drucks. 14/6040, 135.

²⁴ Vgl. BT-Drucks. 14/6040, 136 und BT-Drucks. 14/6857, 49.

²⁵ *Illmer*, Strukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts, 2022, 564 f.

²⁶ *Riehm*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris I, 2007, 1079, 1089; s. auch *Looschelders*, in: FS Canaris II (Fn. 18), 403, 407 f.; MünchKommBGB/*Wagner*, 9. Aufl. 2023, § 630a Rn. 113.

²⁷ Dazu MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 26), Vor § 630a Rn. 20 ff.; *ders.*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt* (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, 203, 219 ff.; s. auch *Looschelders*, in: FS Canaris II (Fn. 18), 403, 408 f.

²⁸ BT-Drucks. 17/10488, 19; MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 26), § 630a Rn. 140.

²⁹ MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 26), Vor § 630a Rn. 17 ff. u. 21 ff.

sens gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB bei tätigkeitsbezogenen Leistungspflichten nichts übrig bleibt.³⁰ Vertretenmüssen bzw. Verschulden fallen mit der Pflichtverletzung inhaltlich zusammen.³¹

Diese Erkenntnis bleibt keineswegs auf den Behandlungsvertrag beschränkt, sondern gilt auch für andere tätigkeitsbezogenen Verträge, insbesondere anwaltliche Beratungsverträge,³² Arbeitsverträge³³ und sonstige Dienstverträge.³⁴ Maßgeblich ist indes nicht der Vertragstyp als solcher, sondern die Parteivereinbarung, wobei die Vertragstypenordnung das von den Parteien regelmäßig Gewollte reflektiert. Natürlich können die Parteien im Einzelfall eine erfolgsbezogene Pflicht vereinbaren, wie bei anwaltlichen Beratungs-³⁵ oder ärztlichen Behandlungsverträgen³⁶ mitunter anzutreffen.

3. Schutzpflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB

a) Schutzpflichten als Verkehrspflichten

Anders als bei verhaltensbezogenen Hauptleistungspflichten hat der Reformgeber den Verhaltensbezug der Pflichtverletzung bei den Schutzpflichten des § 241 Abs. 2 BGB klar ausgesprochen. Während für erfolgsbezogene Nebenpflichten, etwa der Pflicht zur Aushändigung einer Bedienungsanleitung, am erfolgsbezogenen Verständnis des § 280 Abs. 1 BGB festzuhalten sei,³⁷ müsse bei einer Schutzpflichtverletzung gemäß § 241 Abs. 2 BGB „positiv festgestellt werden, worin die Pflichtverletzung an sich besteht“³⁸. Die Beweislast für die Umstände, aus denen sich die Verletzung ergibt, trägt nach dem Willen des Gesetzgebers der geschädigte Gläubiger.³⁹ Ein Schaden an Rechtsgütern des Gläubigers reicht für die Begründung einer Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 S. 1 BGB nicht,

³⁰ Dies entspricht der wohl h.M.; NK-BGB/*Dauner-Lieb* (Fn. 21), § 280 Rn. 30; S. *Lorenz*, NJW 2005, 1889, 1890; *ders.*, in: E. *Lorenz* (Fn. 18), 5, 40; *Medicus/S. Lorenz* (Fn. 18), § 27 Rn. 6; MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 26), Vor § 630a Rn. 21 ff.; *Wendehorst*, AcP 206 (2006), 205, 267 ff.

³¹ So grds. auch *Soergel/Benicke/Hellwig* (Fn. 21), BGB § 280 Rn. 152 ff. (diff. in Rn. 156); zum alten Recht: *Hirte*, Berufshaftung, 1996, 381 f.; klarsichtig *Lieb*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 3, 1983, 185, 213; *Hart*, in: FS für Helmut Heinrichs, 1998, 291, 315.

³² Vgl. BGH NJW 2019, 1870 Rn. 7; vgl. *Schultz*, in: Gaier/Wolf/Göcken (Hrsg.), Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl. 2020, Zivilrechtliche Anwaltshaftung Rn. 78; zum alten Recht *Heinemann*, NJW 1990, 2345, 2347.

³³ S. aber die – freilich deklaratorische – Sonderregelung in § 619a BGB; dazu BT-Drucks. 14/7052, 184 u. 204; eing. *Illmer* (Fn. 25), 565, und *Reppen*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Fn. 14), § 280 Rn. 19, 41 u. 199.

³⁴ *Illmer* (Fn. 25), 561 ff.

³⁵ Vgl. S. *Lorenz*, in: E. *Lorenz* (Fn. 18), 5, 40 Fn. 116 gegenüber *Canaris*, in: E. *Lorenz* (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002, 2003, 5, 30 f.

³⁶ MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 26), § 630a Rn. 7 mit Beispielen.

³⁷ Beispiel nach BT-Drucks. 14/6040, 136. Zur Abgrenzung von Schutz- und Nebenleistungspflichten sowie deren Einordnung in § 241 Abs. 1 u. 2 BGB *Grigoleit*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris I, 2007, 275, 279 f. und MünchKommBGB/*Bachmann*, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 69 ff. insb. 72 f.

³⁸ BT-Drucks. 14/6040, 136.

³⁹ BT-Drucks. 14/6040, 136.

da dies allein noch keine Verletzung einer vertraglichen Pflicht darstellt.⁴⁰ Der Schuldner ist gemäß § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, Verletzungen an Rechtsgütern des Vertragspartners im Rahmen der Vertragsabwicklung nur insoweit zu vermeiden, wie dies durch Anwendung der verkehrserforderlichen Sorgfalt möglich ist.⁴¹ Wie im Deliktsrecht gilt auch für das Vertragsrecht, dass Sicherheit nicht absolut, sondern nur im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren geschuldet ist.⁴² Die vertraglichen Schutzpflichten sind mit den Verkehrspflichten des Deliktsrechts nach Begründung und Inhalt identisch.⁴³ Sie richten sich nach dem Fahrlässigkeitsmaßstab gemäß § 276 Abs. 2 BGB.⁴⁴ Ein Unterschied zwischen Verkehrspflichten, Schutzpflichten und der verkehrserforderlichen Sorgfalt ist nicht anzuerkennen.

b) Beweiserleichterungen bei Rechtsgutsverletzungen

Im Falle der Schutzpflichtverletzung begründet die Feststellung, dass der Schuldner die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beachtet hat, somit bereits die Pflichtverletzung, die der Gläubiger unter Beweis stellen muss. Dabei kommen ihm allerdings die üblichen Beweiserleichterungen zugute, worauf der Reformgesetzgeber ausdrücklich hingewiesen hat.⁴⁵ Diese betreffen nicht das Vertretenmüssen, denn dafür trägt der Schuldner gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB ohnehin die Beweislast, sondern die objektive Pflichtverletzung. Eine gesetzliche Regelung der Beweislastumkehr für die objektive Pflichtwidrigkeit findet sich im Rahmen des Behandlungsvertragsrechts. Gemäß § 630h Abs. 1 BGB wird der „Fehler des Behandelnden“ – sprich: der objektive Sorgfaltspflichtverstoß – vermutet, „wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war und das zur Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten geführt hat“. Wie die Beschränkung der Regelung auf Personenschäden erkennen lässt, liegen die Wurzeln des § 630h Abs. 1 BGB im Deliktsrecht, nämlich in der Rechtsprechung zur Haftung von Krankenhausträgern für die Sicherheit der baulichen

⁴⁰ Treffend MünchKommBGB/Ernst (Fn. 5), § 280 Rn. 17; Staudinger/Schwarze, 2025, BGB § 280 Rn. C 44; NK-BGB/Dauner-Lieb (Fn. 21), § 280 Rn. 28; BeckOK/S. Lorenz, 1.5.2025, BGB § 280 Rn. 81; BeckOGK/Riehm, 1.8.2023, BGB § 280 Rn. 17; Canaris, in: E. Lorenz (Fn. 35), 5, 30 f.; Soergel/Benicke/Hellwig (Fn. 21), § 280 Rn. 133; dies., NJW 2014, 1697 f.; Wagner, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt (Fn. 27), 203, 220 ff.

⁴¹ Wagner, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt (Fn. 27), 203, 220.

⁴² BGH NJW 2025, 2027 Rn. 17 f.; NJW 2025, 435 Rn. 20 f.; zur Zumutbarkeit s. MünchKommBGB/Bachmann (Fn. 37), § 241 Rn. 171; zu den parallelen deliktischen Verkehrspflichten MünchKommBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 527 ff.; ders., Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 79.

⁴³ BGH VersR 2023, 66 Rn. 10 ff.; VersR 2021, 787 Rn. 2; vgl. BGH NJW 2024, 3375 Rn. 15 f.; MünchKommBGB/Wagner (Fn. 42), § 823 Rn. 499.

⁴⁴ RGZ 52, 373, 379; BGH NJW 2010, 1967 Rn. 6; VersR 1975, 812; NJW 1985, 620; MünchKommBGB/Wagner (Fn. 42), § 823 Rn. 497; ders., Deliktsrecht (Fn. 42), Kap. 5 Rn. 33; Brügemeier, Deliktsrecht, 1986, Rn. 114; Esser/E. Schmidt, Schuldrecht AT II, 8. Aufl. 2000, § 25 IV, 68 f.; Medicus/S. Lorenz (Fn. 18), § 27 Rn. 7.

⁴⁵ BT-Drucks. 14/6040, 136.

Anlagen und der eingesetzten medizinischen Apparate.⁴⁶ Auf den Kernbereich ärztlichen Handelns bezieht sich § 630h Abs. 1 BGB hingegen nicht; insoweit hat also der Patient den Behandlungsfehler zu beweisen. Mit der Beweislastumkehr bei voll beherrschbaren Risiken hat die Rechtsprechung der Sache nach erfolgsbezogene Verkehrs- und Schutzpflichten anerkannt.⁴⁷ Aus einem objektiv mangelhaften Zustand des Krankenhauses wird auf einen (ebenfalls objektiven) Sorgfaltspflichtverstoß des Krankenhauspersonals geschlossen. Ähnlich wie bei der deliktischen Produkthaftung, bei der von einem Produktfehler auf eine Verkehrspflichtverletzung des Herstellers geschlossen wird,⁴⁸ wird der Sorgfaltspflichtverstoß in eine erfolgsbezogene Komponente – den verkehrswidrigen Zustand – und eine verhaltensbezogene Seite – den Sorgfaltspflichtverstoß – aufgespalten.⁴⁹ Hier zeigt sich, dass Schutzpflichten durchaus mit Erfolgsbezug formuliert werden können, wobei allerdings ein Zustand „äußerer Verkehrswidrigkeit“ nach wie vor festgestellt werden muss, wofür der geschädigte Gläubiger die Beweislast trägt.

4. § 280 Abs. 1 BGB als gespaltenener Tatbestand

Aus dem Vorstehenden folgt die Einsicht, dass bei verhaltensbezogenen Pflichten, unabhängig davon, ob es sich um Leistungs- oder Schutzpflichten handelt, die Fahrlässigkeit in der Pflichtverletzung enthalten ist. Da aber das Vertretenmüssen im Sinne des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB wiederum gemäß § 276 Abs. 2 BGB mit der Fahrlässigkeit identisch ist, bleibt für den Entlastungsbeweis nichts übrig. Eine Entlastung durch Nachweis mangelnden Vertretenmüssens ist also überhaupt nur bei erfolgsbezogenen Pflichten möglich.

Dies bedeutet: Die zentrale Anspruchsnorm für vertragsrechtliche Schadensersatzansprüche ist in sich gespalten in einen Tatbestand für erfolgsbezogene und einen weiteren für verhaltensbezogene Pflichten. Bei erfolgsbezogenen Pflichten ist die Haftung begründet, wenn (1) der Erfolg nicht eingetreten ist, (2) der Gläubiger einen Schaden erlitten hat und (3) das Ausbleiben des Erfolgs kausal für den Eintritt des Schadens war. Der Schuldner kann sich gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB durch den Nachweis entlasten, dass er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt im Sinne des § 276 Abs. 2 BGB beachtet hat.

Der verhaltensbezogene Tatbestand des § 280 Abs. 1 S. 1 BGB besteht hingegen aus: (1) Verletzung einer Sorgfaltspflicht im Sinne des § 276 Abs. 2 BGB durch den Schuldner, (2) Eintritt eines Schadens beim Gläubiger und (3) Kausalität der Pflichtwidrigkeit für den Schadenseintritt. Eine Entlastung gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB ist nicht möglich.

Man mag es bedauern, dass die Zweiteilung des § 280 Abs. 1 BGB im Gesetzestext mit keinem Wort erwähnt wird, obwohl den Verfassern der Schuld-

⁴⁶ BT-Drucks. 17/10488, 28; aus der Rspr.: BGHZ 89, 263, 269ff.; BGH VersR 1975, 952, 954; NJW 1978, 1683; NJW 1978, 584f.; NJW 1982, 699; NJW 1991, 1540, 1541; MünchKommBGB/Wagner (Fn. 26), § 630h Rn. 21.

⁴⁷ MünchKommBGB/Wagner (Fn. 26), § 630h Rn. 22.

⁴⁸ MünchKommBGB/Wagner (Fn. 42), § 823 Rn. 1139.

⁴⁹ MünchKommBGB/Wagner (Fn. 26), § 630h Rn. 23.

rechtsreform die Differenzierung geläufig war.⁵⁰ Sie ist auch keineswegs nur von theoretischem Interesse, denn die Zuordnung einer Pflicht entweder zu dem erfolgs- oder verhaltensbezogenen Tatbestand des § 280 Abs. 1 BGB ist von erheblicher praktischer Bedeutung, insbesondere in Bezug auf die Beweislast.

5. Was bleibt vom Entlastungsbeweis?

Dieser Befund eines gespaltenen Haftungstatbestands stößt in Teilen der Literatur auf Widerstand, der sich in dem Versuch äußert, für § 280 Abs. 1 BGB eine einheitliche Prüfungsstruktur zu retten. Dies lässt sich erreichen, wenn auch bei verhaltensbezogenen Pflichten ein Bereich reklamiert werden kann, der für den Entlastungsbeweis des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB verbleibt.

Zu diesem Zweck wird auf die aus dem Deliktsrecht bekannte Aufspaltung der Fahrlässigkeit in *äußere* und *innere Sorgfalt* zurückgegriffen.⁵¹ Der Verstoß gegen die äußere Sorgfalt stellte die Pflichtverletzung dar, die Einhaltung der Gebote der inneren Sorgfalt würde den Weg zum Entlastungsbeweis gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB ebnen. Wiederum unter Mobilisierung deliktsrechtlicher Denkfiguren wird weiter vorgeschlagen, die Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 S. 1 BGB an der Sorgfalt im *Höchstmaß* zu orientieren,⁵² während bei der Entlastung gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB hingegen situations- und verkehrskreisbezogene Besonderheiten des Schädigers zu berücksichtigen seien.⁵³ Von einer weiteren Meinung wird die Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 S. 1 BGB umgekehrt auf objektive *Mindeststandards* bezogen, die sich aus Gesetzen, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften sowie privaten Normen (DIN, VDE etc.) ergeben sollen, und im Einzelfall wiederum erhöht sein könnten.⁵⁴ Im Rahmen der Entlastung gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB sei sodann zu prüfen, ob die Beachtung dieser Anforderungen im konkreten Fall bei Beachtung der verkehrserforderlichen Sorgfalt möglich und geboten war.⁵⁵ Eine Entlastung soll auch dann in Betracht gezogen werden, wenn die Erfüllung der vertraglichen Pflicht im konkreten Fall aus besonderen Gründen unzumutbar war.⁵⁶

Diese Differenzierungen stimmen mit dem gesetzlichen Rahmen nicht überein. Zwischen äußerer und innerer Sorgfalt mag bei der Mikroanalyse des Schä-

⁵⁰ BT-Drucks. 14/6040, 135 f.; weniger deutlich noch der Abschlussbericht der Schuldrechtsreformkommission (Fn. 7), 30, 130.

⁵¹ *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889, 895; vgl. auch *ders.*, JZ 2002, 588, 591; grdl. *ders.*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl. 1995, 468 ff. und *ders.*, AcP 193 (1993), 86, 88; s. auch *ders./Spickhoff*, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 314; *Selzer* (Fn. 10), 270 ff.

⁵² Zum Begriff auch *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 385.

⁵³ So insb. *Spickhoff*, in: *ders.* (Hrsg.), Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, BGB § 280 Rn. 9; *Ji*, Haftungsfragen beim Dienstvertrag, 2007, 47 ff.; *Katzenmeier*, Arzthaftungsrecht, 2002, 188 (dort mit weiterer Diff. *ex post/ex ante*); zur Sorgfalt im Höchstmaß s. auch *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 172 ff.

⁵⁴ BeckOGK/*Riehm* (Fn. 40), § 280 Rn. 16 f.; *ders.*, in: FS Canaris I (Fn. 26), 1079, 1089 ff. u. 1091 f.

⁵⁵ BeckOGK/*Riehm* (Fn. 40), § 280 Rn. 16 f.; *ders.*, in: FS Canaris I (Fn. 26), 1079, 1089 ff. u. 1091 f.

⁵⁶ *Canaris*, in: E. Lorenz (Fn. 35), 5, 31.

digerverhaltens differenziert werden, doch beides sind Dimensionen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, die sich nicht aufspalten lässt. Allgemeine Verkehrsanforderungen (äußere Sorgfalt) und deren objektive Erkennbarkeit für den Schädiger (innere Sorgfalt) bedingen einander und sind nicht zu trennen.⁵⁷ Mit Blick auf den objektiven Maßstab des § 276 Abs. 2 BGB ist eindeutig, dass sich eine Subjektivierung der inneren Sorgfalt verbietet. Die ihr mitunter zugewiesenen Elemente gehören in Wahrheit zur objektiven Pflichtverletzung.⁵⁸ Angesichts der Legaldefinition der Fahrlässigkeit lässt sich auch nicht vertreten, Sorgfaltspflichten zielten auf ein Höchstmaß an Sicherheit oder, umgekehrt, markierten lediglich einen Mindeststandard. In § 276 Abs. 2 BGB ist von alledem keine Rede, sondern von der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, die seit jeher im objektiv Vernünftigen, bezogen auf die Handlungssituation des Schädigers *ex ante*, gesehen wird.⁵⁹ Auch Zumutbarkeitserwägungen sind bereits bei der Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 S. 1 BGB zu würdigen.

Eine Trennung von Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit bei verhaltensbezogenen Pflichten ist demnach abzulehnen.⁶⁰ Versuche in diese Richtung werden wohl deshalb immer wieder unternommen, weil das Aufgehen der Fahrlässigkeit in der Pflichtverletzung als Gefährdung des Verschuldensprinzips begriffen wird.⁶¹ Diese Sorge ist unbegründet. Der Prüfungsstandort der Fahrlässigkeit – entweder in § 280 Abs. 1 S. 1 oder in S. 2 BGB – bricht dem gemäß § 276 Abs. 2 BGB ohnehin objektiv verstandenen zivilrechtlichen Verschulden keinen Zacken aus der Krone.⁶² Vielmehr wird das Verschuldensprinzip dadurch gestärkt, dass der geschädigte Gläubiger die Beweislast für die Pflichtverletzung trägt (§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB).⁶³

Ein letzter Fall, für den ein Anwendungsbereich des Entlastungsbeweises auch bei verhaltensbezogenen Vertragspflichten reklamiert wird, ist der Rechtsirrtum.⁶⁴ Die einschlägige, hier nicht im Einzelnen auszuwertende Judikatur⁶⁵ beruht jedenfalls auf dem Gedanken, dass rechtliche Unsicherheit nicht entlasten darf, denn das „Risiko, die Rechtslage unzutreffend einzuschätzen, trägt

⁵⁷ MünchKommBGB/Wagner (Fn. 42), § 823 Rn. 35; *Fabarius*, Äußere und innere Sorgfalt, 1991, 141 ff.

⁵⁸ Eingehend *König*, Unternehmenshaftung, 2023, 519 ff., insb. 530; dazu *Wagner*, ZHR 189 (2025), 470 ff.

⁵⁹ *Wagner*, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt (Fn. 27), 203, 222 f. m.w.N.; s. auch *Spickhoff*, NJW 2002, 2530, 2535 f.

⁶⁰ MünchKommBGB/Wagner (Fn. 26), Vor § 630a Rn. 23.

⁶¹ So etwa *Deutsch*, JZ 2002, 588, 591; vgl. auch *ders.*, AcP 193 (1993), 86, 88, wo die *innere Sorgfalt* mit dem Verschuldensprinzip identifiziert wird.

⁶² Vgl. zur ähnlichen Frage im Deliktsrecht MünchKommBGB/Wagner (Fn. 42), § 823 Rn. 29, 37 u. 61 ff.

⁶³ BGH VersR 2017, 618 Rn. 18; MünchKommBGB/Wagner (Fn. 26), § 630a Rn. 236, § 630h Rn. 7 ff.

⁶⁴ *U. Huber*, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 10), 31, 102 f.; BeckOGK/*Riehm* (Fn. 40), § 280 Rn. 352; BeckOK/*S. Lorenz* (Fn. 40), BGB § 280 Rn. 81.1; zur Sonderkonstellation des bekannten „Skilift“-Falls (BGH NJW 1985, 620) s. MünchKommBGB/Wagner (Fn. 42), § 823 Rn. 54 f.; krit. auch *v. Bar*, in: FS 50 Jahre BGH, Bd. 1, 2000, 595, 610 ff.

⁶⁵ Vgl. den Überblick bei *Grüneberg/Grüneberg*, BGB, 84. Aufl. 2025, § 276 Rn. 22 f.; eingehend *U. Huber* (Fn. 4), 705 ff.; zum Verbotsirrtum im Deliktsrecht MünchKommBGB/Wagner (Fn. 42), § 823 Rn. 54 f.

grundsätzlich der Schuldner“⁶⁶. Eine Entlastung kommt allenfalls infrage, wenn der Schuldner auch bei Beachtung der verkehrserforderlichen Sorgfalt nicht mit einer anderweitigen Entscheidung der Gerichte zu rechnen brauchte.⁶⁷ Es geht damit letztlich (auch) hier um den Maßstab des § 276 Abs. 2 BGB, also um die Pflichtverletzung.⁶⁸

IV. Kohärenz von Vertrags- und Deliktshaftung

1. Pflichtwidrigkeit, Verschulden und dreistufiger Deliktsaufbau bei § 823 Abs. 1 BGB

Die Unmöglichkeit einer Differenzierung zwischen Pflichtverletzung und Verschulden ist nicht auf das Vertragsrecht beschränkt, sondern zeigt sich noch eindringlicher im Deliktsrecht. Auch dort ist jahrzehntelang versucht worden, den dreistufigen Deliktsaufbau trotz Übergang vom Erfolgs- zum Verhaltensunrecht zu retten – jedoch vergeblich. Sobald die Haftung an eine Verkehrspflichtverletzung geknüpft wird, verlagert sich die Fahrlässigkeitsprüfung in den Unrechtstatbestand – und für das „Verschulden“ bleibt nichts mehr übrig.

Wie bei § 280 Abs. 1 BGB wurde auch im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB dieses Erkenntnis durch den Versuch ausgewichen, die Verkehrspflichten auf die „Sorgfalt im Höchstmaß“ zu beziehen, doch dieses Manöver kann hier genauso wenig überzeugen.⁶⁹ Es widerspricht im Übrigen der Praxis des BGH, der die Verkehrspflichten an der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gemäß § 276 Abs. 2 BGB orientiert und nicht an einem davon abweichenden Höchststandard.⁷⁰ Einen zwischen Höchst- und Normalmaß gespaltenen Sorgfaltsstandard zu entwickeln, ist zudem sinnlos, weil § 823 Abs. 1 BGB die Haftung eindeutig von Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 Abs. 2 BGB abhängig macht, sodass eine schärfere Verkehrspflicht ohnehin wieder „heruntermoderiert“ werden müsste. Zu welchem Zweck wird sie dann zunächst hochgeschraubt? Die einzige sinnvolle Erklärung bestünde darin, das Verschulden zu subjektivieren, also auf die individuellen Verhältnisse des Schädigers abzustellen. Obwohl sich Anklänge in diese Richtung in einzelnen Judikaten nachweisen lassen, widerspricht eine Subjektivierung des § 276 Abs. 2 BGB dem seit den Zeiten des *bonus pater familias* etablierten Verständnis der Fahrlässigkeit.⁷¹ Insgesamt gilt auch bei § 823 Abs. 1 BGB: Verkehrspflichten sind nichts anderes als deliktische Sorgfaltspflichten und als solche an § 276 Abs. 2 BGB orientiert.

⁶⁶ BGHZ 89, 296, 303.

⁶⁷ BGH NJW 1951, 398; BGHZ 131, 346, 353 f.; BGH r+s 2023, 464 Rn. 14; U. Huber (Fn. 4), 711.

⁶⁸ Überzeugend König (Fn. 58), 533; zur Insolvenzverwalterhaftung genauso BGH r+s 2023, 464 Rn. 12.

⁶⁹ Wagner, Deliktsrecht (Fn. 42), Kap. 5 Rn. 33; MünchKommBGB/Wagner (Fn. 42), § 823 Rn. 495 f.; Abrens/Spickhoff, Deliktsrecht, 2022, § 8 Rn. 19.

⁷⁰ Vgl. BGH NJW 2021, 1463 Rn. 11 ff.

⁷¹ Zimmermann, The Law of Obligations, 1990, 1008 f.

2. Erfolgs- und verhaltensbezogene Schutzgesetze bei § 823 Abs. 2 BGB

Das Spannungsverhältnis zwischen objektiven Verhaltensstandards und einem (vermeintlich) hiervon unabhängigen – subjektiven? – Verschuldenserfordernis zeigt sich auch bei § 823 Abs. 2 BGB. Während die Konkretisierung der verkehrserforderlichen Sorgfalt in § 823 Abs. 1 BGB durch die Rechtsprechung erfolgt, ergibt sie sich bei § 823 Abs. 2 BGB aus einer Rechtsnorm. Ausweislich des § 823 Abs. 2 S. 2 BGB folgt aus dem Verstoß gegen das Schutzgesetz allein noch nicht die Haftung, sondern es bedarf zusätzlich der Feststellung eines Verschuldens. Lässt sich also auch bei verhaltensbezogenen Pflichten zwischen Pflichtverletzung und Verschulden differenzieren? Die Frage ist zu verneinen. Die Funktion des § 823 Abs. 2 S. 2 BGB zeigt sich nämlich vor allem bei solchen Schutzgesetzen, die gar keine Verhaltenspflichten statuieren, sondern die Verursachung eines Erfolgs verbieten, beispielsweise mit dem Verbot, gesundheitsgefährdende Lebens- und Futtermittel in den Verkehr zu bringen (Art. 14 Abs. 1, Abs. 2 lit. a VO [EG] 178/2002).⁷² Mit dem Eintritt des inkriminierten Erfolgs ist noch nicht erwiesen, dass der Schädiger auch gegen Sorgfaltspflichten (§ 276 Abs. 2 BGB) verstoßen hat. Gemäß § 823 Abs. 2 S. 2 BGB wird die Haftung nur ausgelöst, wenn zusätzlich zum Erfolgseintritt auch eine Sorgfaltspflichtverletzung nachgewiesen ist.

Grundsätzlich ist bei § 823 Abs. 2 BGB der Geschädigte beweissbelastet,⁷³ doch hat die Rechtsprechung die gegenläufige Regel entwickelt, dass sich bei gegebenem Schutzgesetzverstoß der Schädiger entlasten muss.⁷⁴ Steht der „objektive Verstoß“ gegen den gesetzlichen *Verhaltensstandard* fest, muss der Schädiger „Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen“.⁷⁵ Es gilt also eine Vermutung, nach der von der Verletzung des gesetzlichen Verhaltensstandards auf das Verschulden geschlossen wird.⁷⁶ Danach wird etwa vermutet, dass sich der Schädiger nicht in einem entschuldbaren Verbotsirrtum befunden hat.⁷⁷ Diese Rechtsprechung trifft den richtigen Punkt, doch dogmatisch ist die Entlastung bei Verstößen gegen gesetzliche Verhaltensstandards, die auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht vermieden werden konnten, bei der Pflichtwidrigkeit, also im Unrechtstatbestand, und nicht „erst“ auf Verschuldensebene anzusiedeln. Diese Weichenstellung wird durch die Rechtslage bei erfolgsbezogenen Schutzgesetzen bestätigt. Da diese das verbotene Verhalten nicht umschreiben, indiziert der Verstoß gegen

⁷² MünchKommBGB/Wagner (Fn. 42), § 823 Rn. 700.

⁷³ BGH WM 2012, 260 Rn. 8; MünchKommBGB/Wagner (Fn. 42), § 823 Rn. 714.

⁷⁴ RGZ 113, 293, 294 f.; BGHZ 51, 91, 103 f. = NJW 1969, 269, 274; BGH VersR 1955, 504; NJW 1968, 1279, 1281; VersR 1977, 136, 137; NJW 1985, 1774, 1775 = JZ 1985, 540 m.Anm. Baumgärtel; NJW 2023, 2259 Rn. 59, 63.

⁷⁵ BGHZ 237, 245 Rn. 59 = NJW 2023, 2259.

⁷⁶ BGHZ 237, 245 Rn. 59 = NJW 2023, 2259; NJW 2017, 886 Rn. 16; NJW 2006, 1589 Rn. 22; dazu MünchKommBGB/Wagner (Fn. 42), § 823 Rn. 714.

⁷⁷ BGHZ 237, 245 Rn. 62 ff. = NJW 2023, 2259.

die Norm nicht das Verhaltensunrecht im Sinne einer Pflichtverletzung.⁷⁸ Das pflichtwidrige Verhalten wird nicht vermutet, sondern ist positiv festzustellen, und die Beweislast für den Sorgfaltspflichtverstoß bleibt bei dem Geschädigten.

Insgesamt gilt die für § 280 Abs. 1 BGB maßgebliche Differenzierung zwischen erfolgsbezogenen und verhaltensbezogenen Pflichten somit auch im Rahmen des § 823 Abs. 2 S. 2 BGB.

V. Die Lehren des französischen Rechts

1. *Obligations de moyens – et de résultat*

Die in Deutschland für die Vertrags- wie auch die Deliktshaftung zunehmend Anerkennung findende Differenzierung zwischen erfolgs- und verhaltensbezogenen vertraglichen Pflichten⁷⁹ ist im französischen Recht besonders ausgearbeitet und begrifflich auf den Punkt gebracht worden.

Im französischen Vertragsrecht standen sich Art. 1137 und Art. 1147 Code civil⁸⁰ a.F. gegenüber, die sich beide mit der Haftung des Schuldners bei Vertragsverletzung befassen, aber einander zu widersprechen schienen. Gemäß Art. 1147 CC a.F. konnte der Gläubiger bereits für die bloße Nichterfüllung der vertraglichen Pflicht (*l'inexécution*) Schadensersatz verlangen und sich der Schuldner erst im Fall von höherer Gewalt (*cause étrangère*) entlasten. Demgegenüber sollte der eine Sache verwahrende Schuldner nach Art. 1137 CC a.F. nur für die Einhaltung der Sorgfalt eines guten Hausvaters (*les soins d'un bon père de famille*), also bei Verletzung einer Sorgfaltspflicht haften. Nachdem diese altmodische Formel durch eine zeitgenössischere Umschreibung des allgemeinen Sorgfaltsstandards ersetzt worden war,⁸¹ haben die Art. 1137, 1147 CC a.F. die französische Schuldrechtsreform des Jahres 2016⁸² der Sache nach überstanden und finden sich heute in Art. 1197 und 1231-1 CC.⁸³ Der Widerspruch zwischen den beiden Bestimmungen betrifft sowohl die materiellen Voraussetzungen der Haftung als auch die Beweislastverteilung.⁸⁴

Um die Klärung der mit der Konkurrenz der Art. 1137, 1147 CC a.F. verbundenen Unklarheiten hat sich in den zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts *Demogue* verdient gemacht. Von ihm stammt die fundamentale Unterscheidung zwischen *obligations de résultat* und *obligations de moyens*,⁸⁵ die bald darauf

⁷⁸ BGHZ 116, 104, 115 = NJW 1992, 1039, 1042 = ZIP 1992, 410 m.Anm. Brüggeheimer; BGHZ 237, 245 Rn. 60 = NJW 2023, 2259; Spickhoff, Gesetzesverstoß und Haftung, 1998, 308; MünchKommBGB/Wagner (Fn. 42), § 823 Rn. 714.

⁷⁹ Vgl. MünchKommBGB/Ernst (Fn. 5), § 280 Rn. 148.

⁸⁰ Nachfolgend: CC.

⁸¹ In Art. 1197 CC ist nun die Rede von *les soins d'une personne raisonnable*.

⁸² Ordonnance Nr. 2016-131 du 10 février 2016.

⁸³ *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des Obligations, 13. Aufl. 2024, Rn. 594.

⁸⁴ Zum Ganzen *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck* (Fn. 83), Rn. 592 ff.

⁸⁵ *Demogue*, Traité des Obligations, Bd. 5, 1925, Rn. 1237 (insb. S. 538 f.).

von der Rechtsprechung aufgegriffen wurde⁸⁶ und sich in der französischen Dogmatik durchgesetzt hat. Nach *Demogue* ist die Beweislast dem Inhalt der vertraglichen Verpflichtung entsprechend zu verteilen. Hat der Schuldner die Herbeiführung eines Erfolges versprochen (*obligation de résultat*), reicht das bloße Ausbleiben des Erfolgs zur Haftungsbegründung. Wenn sich der Schuldner hingegen „lediglich“ dazu verpflichtet hat, eine bestimmte Tätigkeit sorgfältig auszuführen (*obligation de moyens*), hängt die Haftung von einer Sorgfaltsverletzung ab, die der Gläubiger beweisen muss.

In Bezug auf erfolgsbezogene Vertragspflichten ist die Vertragshaftung nach französischem Recht im Ausgangspunkt strenger ausgestaltet als die deutsche, denn sie reicht bis zur Grenze höherer Gewalt. Der Schuldner kann sich also nicht schon dadurch entlasten, dass er nachweist, sorgfältig gehandelt zu haben. In der Haftungsausfüllung wird dies zum Teil durch das in Art. 1231-3 CC realisierte Gradationssystem kompensiert.⁸⁷

2. *L'objet de l'obligation* – Hauptpflichten

Die Systematisierung der Hauptpflichten im französischen Vertragsrecht folgt noch heute den Unterscheidungen des – inzwischen abgeschafften⁸⁸ – Artikel 1126 CC a.F. in *obligations de donner*, *obligations de faire* und *obligations de ne pas faire*.⁸⁹ *Obligations de donner*, wie etwa die Verschaffungspflicht in Bezug auf ein Recht, und Unterlassungspflichten (*obligations de ne pas faire*) sind erfolgsbezogen und werden einhellig als *obligations de résultat* begriffen,⁹⁰ während bei *obligations de faire* weiter differenziert wird. Die Pflicht zur Übergabe einer mangelfreien Sache wird als *obligation de résultat* verstanden, während die Rückgabepflicht der Mietsache nach Vertragsende zumindest teilweise *obligation de moyens* ist.⁹¹ Generell können die Parteien Pflichten als erfolgs- oder tätigkeitsbezogen vereinbaren.⁹²

3. *Obligations de sécurité* – Schutzpflichten

Die Unterscheidung zwischen erfolgs- und verhaltensbezogenen Pflichten hat ein wichtiges Anwendungsfeld bei den (nach deutscher Terminologie) Schutzpflichten.⁹³ Die *obligations de sécurité* werden in der neueren Lehre mitunter als vertragsrechtliche Spiegelung („traduction contractuelle“) der allgemeinen

⁸⁶ Arrêt Mercier, Cass. Civ. 20.3.1936, D.P. 1936.1.88.

⁸⁷ *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck* (Fn. 83), Rn. 603 u. 616 ff.; *Brieskorn*, Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, 2010, 382 ff.

⁸⁸ *Terré/Simler/Lequette/Chénédé*, Droit civil: Les obligations, 12. Aufl. 2019, Rn. 347.

⁸⁹ Vgl. *Schneider* (Fn. 10), 73 ff.

⁹⁰ *Bénabent*, Droit des obligations, 14. Aufl. 2014, Rn. 411 a.E.; *Terré/Simler/Lequette/Chénédé* (Fn. 88), Rn. 854.

⁹¹ *Terré/Simler/Lequette/Chénédé* (Fn. 88), Rn. 855 m.N. zur Rspr.

⁹² *Faure Abbad*, Le fait générateur de la responsabilité contractuelle, 2003, Rn. 521.

⁹³ Die auch zu den Nebenpflichten zählende und mehrheitlich als *obligation de résultat* eingeordnete *obligation de renseignement* (Aufklärungspflicht) bleibt hier außen vor; dazu *Schneider* (Fn. 10), 93 ff. u. 101 ff.

deliktischen Sorgfaltspflicht qualifiziert.⁹⁴ Auch in Frankreich sind vertragliche Schutz- und deliktische Verkehrspflichten demnach zwei Seiten derselben Medaille.

Im französischen Recht werden vertragliche Schutzpflichten nicht zwingend als *obligations de moyens* qualifiziert, sondern auch erfolgsbezogene Schutzpflichten anerkannt, sog. *obligations de résultat de sécurité*. Die Ausbildung dieser Kategorie, in der der Schuldner für den Schutz der Rechtsgüter des anderen bis zur Grenze der höheren Gewalt eintreten muss, steht in untrennbarem Zusammenhang mit der weiten Deliktshaftung, nämlich der verschuldensunabhängigen Sachhalterhaftung gemäß Art. 1384 CC a.F./Art. 1242 CC n.F.⁹⁵ Da die Vertragshaftung eine deliktische Haftung nach dem Prinzip des *non-cumul des responsabilités* sperrt,⁹⁶ wären beispielsweise die durch eine Eisenbahn zu Schaden gekommenen Opfer damit konfrontiert, dass die Haftung des Eisenbahnunternehmens aus Deliktsrecht, etwa für Schädigungen im Bahnhof, strenger ausgestaltet wäre als die vertragsrechtliche Haftung während der Reise.⁹⁷ Die Figur der *obligation de sécurité de résultat* verhindert diesen Wertungswiderspruch und dehnt die vertragliche Haftung bis zur Grenze höherer Gewalt aus.

4. Abgrenzungskriterien

Die Abgrenzung zwischen den beiden Kategorien von Vertragspflichten erfolgt anhand des Kriteriums, ob die Herbeiführung eines avisierten Erfolges in der Macht des Schuldners steht (dann *obligation de résultat*) oder vom Zufall (*l'aléa*) abhängt oder maßgeblich beeinflusst wird (dann *obligation de moyens*).⁹⁸ Darüber hinaus kommt es auf das Verhalten des Gläubigers an, dessen aktive Rolle (*rôle actif*) bei der Schadensentstehung eine *obligation de sécurité-moyens* indiziert.⁹⁹ Zu denken wäre etwa an die Kundin, die im Supermarkt auf einer Bananenschale ausrutscht. Hängt das Schadensgeschehen demnach (auch) vom Einfluss des Geschädigten ab (der sog. menschliche Faktor bzw. *facteur humain*),¹⁰⁰ unterliegt die Schadensvermeidung also nicht der vollständigen Kontrolle des Schuldners. Deshalb ist es nicht gerechtfertigt, ihm eine strikte Haftung bis zur Grenze höherer Gewalt aufzubürden. Im Zweifelsfall wird eine *obligation de moyens* angenommen.¹⁰¹

⁹⁴ Faure Abbad (Fn. 92), Rn. 521 erster Absatz.

⁹⁵ Terré/Simler/Lequette/Chénède (Fn. 88), Rn. 856; v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht I, 1996, Rn. 468 ff.; Schneider (Fn. 10), 87 f.

⁹⁶ MünchKommBGB/Wagner (Fn. 42), Vor § 823 Rn. 94; Wagner, in: Zimmermann (Hrsg.), Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, 2003, 189, 232 f.

⁹⁷ Dazu v. Bar (Fn. 95), Rn. 470.

⁹⁸ Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck (Fn. 83), Rn. 600; Terré/Simler/Lequette/Chénède (Fn. 88), Rn. 852.

⁹⁹ Schneider (Fn. 10), 88 f.

¹⁰⁰ Faure Abbad (Fn. 92), Rn. 523.

¹⁰¹ Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck (Fn. 83), Rn. 600; Faure Abbad (Fn. 92), Rn. 522.

5. Mischformen

Im französischen Recht sind Zwischenstufen anerkannt,¹⁰² nämlich die *obligation de résultat atténuée* (abgeschwächte Erfolgsverpflichtung) bzw. *obligation de moyens renforcée* (verstärkte Verhaltensverpflichtung). Sie stoßen in die dogmatische Ödnis, die sich zwischen strikter Haftung mit Entlastungsmöglichkeit bei *force majeure* einerseits und verschuldensabhängiger Haftung mit voller Beweisbelastung des Gläubigers andererseits erstreckt.¹⁰³ In der Sache geht es darum, die strikte Koppelung von Haftungsmaßstab und Beweislastverteilung aufzubrechen, also dem Gläubiger zwar die Beweislast abzunehmen, den Schuldner aber nicht erst bei höherer Gewalt, sondern bereits beim Nachweis mangelnden Verschuldens (*absence de faute*) zu entlasten, was interessengerechte Lösungen erlaubt.¹⁰⁴

VI. Rechtsvergleichende Auswertung

1. Nutzen für die deutsche Dogmatik

Die in der französischen Dogmatik gebildeten Kategorien der *obligations de résultat*, die zur Herbeiführung eines Erfolgs verpflichten, und den *obligations de moyens*, die das gebotene Verhalten im Sinne der Anwendung der verkehrserforderlichen Sorgfalt umschreiben, bringt die auch in Deutschland maßgebende Unterscheidung auf den Punkt. Dagegen wird eingewandt, die französische Differenzierung sei für die hiesige Dogmatik nicht anschlussfähig, weil es sich bei dem Begriff der *faute* nach französischem Verständnis um ein eingliedriges Konzept handle, während § 280 Abs. 1 BGB zweigliedrig sei.¹⁰⁵ Dieses Argument überzeugt nicht. Es lässt sich auch im deutschen Recht zumindest bei verhaltensbezogenen Pflichten nicht zwischen Pflichtverletzung und Vertretenmüssen gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB differenzieren,¹⁰⁶ sodass der Haftungstatbestand eingliedrig ist und dem französischen Begriff der *faute* entspricht.¹⁰⁷

Eine Differenz zwischen französischem und deutschem Recht besteht allerdings unverkennbar im Bereich der Rechtsfolgen bei *obligations de résultat*. Während nach beiden Rechtsordnungen der Gläubiger zur Begründung der Vertragshaftung lediglich den Nichteintritt des Erfolgs nachweisen muss, kann sich der Schuldner nach deutschem Recht bereits durch den Nachweis mangelnden Verschuldens entlasten, wohingegen er nach französischem Recht bis zur Grenze höherer Gewalt einstehen muss. Zwar kennt auch das deutsche Recht

¹⁰² Dazu *Terré/Simler/Lequette/Chénéde* (Fn. 88), Rn. 855 (S. 915 a.E.); *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck* (Fn. 83), Rn. 600.

¹⁰³ *Bénabent* (Fn. 90), Rn. 410 („no man’s land“).

¹⁰⁴ Vgl. *Schneider* (Fn. 10), 91 f.

¹⁰⁵ *BeckOGK/Riehm* (Fn. 40), § 280 Rn. 13.1; vgl. *Sonnenberger*, in: *FS Medicus I* (Fn. 14), 621, 633 f.

¹⁰⁶ *Oben*, III. 4.

¹⁰⁷ Vgl. *Hirte* (Fn. 31), 382.

in § 276 Abs. 1 S. 1 BGB unter bestimmten Umständen eine striktere Haftung des Schuldners (etwa bei Übernahme eines Beschaffungsrisikos oder einer Garantie).¹⁰⁸ Im Grundsatz ist die Verantwortlichkeit jedoch auf Vorsatz und Fahrlässigkeit begrenzt.¹⁰⁹

2. Abstufungen

Der französischen Doktrin ist nicht nur die Profilierung der Unterscheidung zwischen *obligations de résultat* und *moyens* zu verdanken, sondern auch die Einsicht, dass der binäre Gegensatz den Parteiinteressen nicht stets gerecht wird, sondern Mischformen anzuerkennen sind. Im deutschen Recht etwa lässt sich die im Behandlungsvertragsrecht anerkannte Haftung für voll beherrschbare Risiken als *obligations de sécurité-résultat atténuée* einordnen. Das Charakteristikum dieser Fallgruppe¹¹⁰ besteht darin, dass der geschädigte Patient gemäß § 280 Abs. 1 S. 1 BGB nicht fahrlässiges Verhalten des Krankenhausträgers nachweisen muss, sondern sich gemäß § 630h Abs. 1 BGB auf den Nachweis eines objektiv mangelhaften Zustands im Krankenhaus beschränken kann. Das Beispiel verdeutlicht zugleich, dass es im deutschen Recht bei den Zwischenstufen zwischen Resultats- und Sorgfaltspflicht allein um die Beweislastverteilung und nicht (auch) den materiellen Haftungsmaßstab geht (verschuldensabhängige oder strikte Haftung), was vieles vereinfacht, weil nur ein einziges Sachproblem zur Debatte steht.

VII. Fazit: Verhaltensstandards und Verschulden

Die Unterscheidung zwischen erfolgs- und verhaltensbezogenen Vertragspflichten ist für § 280 Abs. 1 BGB grundlegend, weil die Bestimmung in Wahrheit zwei verschiedenen strukturierte Haftungstatbestände enthält. Das tieferliegende Problem ist die Unterscheidung zwischen „objektiven“ Verhaltensanforderungen und „subjektivem“ Verschulden. Diese Differenzierung findet sich auch jenseits des Vertrags- und Deliktsrechts des BGB, etwa bei der Haftung des Vorstands der Aktiengesellschaft (§ 93 AktG). Selbst das europäische Datenschutzrecht weist mit Art. 82 Abs. 3 DSGVO Anklänge in diese Richtung auf. Der vorliegende Beitrag diene dem Nachweis, dass bei rechtlichen Verhaltenspflichten eine solche Differenzierung nicht sinnvoll erfolgen kann. Dies gilt unabhängig davon, ob die jeweilige Verhaltensnorm aus einem Gesetz oder aus dem allgemeinen Sorgfaltsgebot des § 276 Abs. 2 BGB stammt. Zwar sind gesetzliche Verhaltensstandards in den allgemeinen Fahrlässigkeitsmaßstab einzupassen und beispielsweise die Erkennbarkeit der Verhaltensnorm für einen verständigen Beobachter in der Lage des Schädigers ex ante zu fordern, doch diese Anforderung

¹⁰⁸ MünchKommBGB/Ernst (Fn. 5), § 280 Rn. 28 ff.; U. Huber (Fn. 4), § 24, 575 ff. sowie § 26, 626 ff.

¹⁰⁹ MünchKommBGB/Ernst (Fn. 5), § 280 Rn. 30; U. Huber (Fn. 4), § 27 II, 666 ff.

¹¹⁰ Oben, III. 3. b).

rungen stellen sich *innerhalb* der Kategorie der Pflichtverletzung, nicht in einer davon zu trennenden Kategorie des „Verschuldens“. Im Privatrecht bedeutet Pflichtverletzung die Verfehlung des objektiv rechtlich gebotenen Verhaltens. Die Verfehlung des objektiv rechtlich gebotenen Verhaltens ist *zugleich* dasjenige, was der Schuldner gemäß § 276 Abs. 2 BGB zu vertreten hat.

Einräumung von Sicherheiten an kryptobasierten Vermögenswerten

Rolf H. Weber

I. Einleitung

Neben vielen anderen Rechtsbereichen gehört das Sachenrecht zu den Kerndomänen von *Wolfgang Ernst*; hervorstechend ist seine Kommentierung zum Besitz im Basler Kommentar.¹ Der weltweit anerkannte Rechtshistoriker ist indessen selbst in jahrhundertealten traditionellen Rechtsgebieten nicht davor gefeit, sich den Auswirkungen neuer technologischer Entwicklungen (z.B. Kryptowährungen) auf das Recht stellen zu müssen.

Solche Entwicklungen haben ihren Niederschlag nicht zuletzt auch im Basler Kommentar zum Besitzesrecht gefunden. Nach der 6. Aufl. (2019) sind in der 7. Aufl. (2023) die Kryptowährungen neu zu einem mehrfach angesprochenen und materiell diskutierten Thema der Kommentierung geworden.²

Die sachenrechtlichen Komponenten von Kryptowerten betreffen grundlegend das Eigentum, in der Folge aber z.B. auch den Besitz und die Einräumung von Sicherheiten. Die Kommentierung der Bestimmungen zum Besitz (Art. 919–941 ZGB) durch den Jubilar (gemeinsam mit dem neuen Co-Autor *Samuel Zogg*) nimmt sich v.a. der Kryptowährungen an, die – als moderne Geldform – unter dem Gesichtspunkt des Besitzes daran von besonderer Bedeutung sind;³ nicht detailliert zur Sprache kommen die gesetzgeberisch neu geschaffenen Registerwertrechte (Art. 973d OR). Die Kommentierung geht davon aus, dass Eigentum an Kryptowährungen, ebenso wie Eigentum an Daten (Art. 641 ZGB),⁴ nicht bestehen kann; diese Betrachtungsweise entspricht der heutigen Mehrheitsmeinung.⁵

¹ *Ernst/Zogg*, in: Geiser/Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum ZGB, Bd. II, 7. Aufl. 2023.

² Vgl. Stichwortverzeichnis (S. 3250) zu Geiser/Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum ZGB, Bd. II, 7. Aufl. 2023.

³ BSK ZGB II-*Ernst/Zogg* (Fn. 1), Art. 919 N 20c; Art. 919 N 48; Art. 933 N 8b; Art. 934 N 4; Art. 935 N 2.

⁴ Vgl. *Wolf/Wiegand*, in: Geiser/Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum ZGB, Bd. II, 7. Aufl. 2023, Vor Art. 641 ff. N 19 ff.

⁵ Die in Fn. 3 (*Ernst/Zogg*) zit. Lit. enthält viele weit. Verw.; ganz neu neben BSK ZGB II-*Wolf/Wiegand* (Fn. 4) z.B. *Lötscher/Chevalley*, in: Zellweger-Gutknecht/Tschudi/MacCabe (Hrsg.), Kryptowerte, 2024, 81, 94–96, und *Bauer/Bauer*, in: Geiser/Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum ZGB, Bd. II, 7. Aufl. 2023, Art. 901 N 13c, je m.w.N.; vgl. auch schon *Weber/Thouvenin*, Zeitschrift für schweizerisches Recht 2018 I, 43, 49.

Der Beitrag zur Festschrift des Jubilars plädiert dafür, das Universum der Kryptowerte weit zu verstehen und innerhalb dieses Universums verstärkt die konkreten Eigenschaften der einzelnen Kryptowerte in der digitalen Wirtschaft zu analysieren. Dieser Ansatz wird am Beispiel der Einräumung von Sicherheiten an kryptobasierten Vermögenswerten hernach vertieft.

II. Kategorien von Vermögenswerten

1. Traditionelle Vermögenswerte-Kategorien

Traditionell kennt das Schweizer Recht (entsprechend den Rechtsordnungen anderer kontinentaleuropäischer Länder) verschiedene rechtliche Kategorien, denen sich (wirtschaftliche) Vermögenswerte zuordnen lassen:

- Das Eigentum an beweglichen Sachen ist in der Realität der wichtigste Rechtstitel für Inhaber von Vermögenswerten. Konzeptionell geht das Schweizer Recht davon aus, dass bewegliche Güter physischer Natur sein müssen.⁶ Kryptobasierte Vermögenswerte weisen keine physischen Eigenschaften auf; die analoge Anwendung der Eigentumsregeln wird – wie erwähnt – überwiegend abgelehnt. Dieselben Überlegungen wie für das Eigentum gelten für den Besitz.⁷
- Die Immaterialgüterrechte verkörpern Rechte, die auf einer gesetzlich festgelegten, nicht körperlichen Schutzposition beruhen; v.a. Urheberrechte lassen sich als kryptobasierte Vermögenswerte ausgestalten (z.B. Werke der digitalen Kunst, sog. *Non-fungible Tokens*) und verwerten.⁸
- Das Wertpapier basiert auf einer Urkunde (Art. 965 OR); weil die Urkunde physischer Natur ist, eignet sich der Wertpapierbegriff nicht zur Erfassung der kryptobasierten Vermögenswerte.
- Bucheffekten sind Gutschriften auf Effektenkonten einer Verwahrungsstelle; sie werden durch Kontogutschriften übertragen, erlauben also den direkten Zugriff des Berechtigten auf den Vermögenswert nicht.⁹
- Einfache Wertrechte (Art. 973c OR) entstehen durch Eintragung in ein (elektronisch ausgestaltbares) Wertrechtbuch, das jedoch weder für die Geltendmachung noch für die Übertragung des Rechts von Bedeutung ist.¹⁰

⁶ Dieser Grundsatz gilt auch für Rechtsordnungen, die das Kriterium des „Stoffes“ nicht in der Eigentumsumschreibung enthalten (z.B. § 353 ABGB in Österreich, der ausdrücklich „unkörperliche Sachen“ erwähnt).

⁷ BSK ZGB II-*Ernst/Zogg* (Fn. 1), Art. 919 N 20c und Art. 933 N 8b.

⁸ *Weber*, sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 2022, 487, 491 f.

⁹ Vgl. *Kuhn*, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, 2. Aufl. 2023, N 2087 ff.

¹⁰ Vgl. *Pöschl/Maizar*, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Wertpapierrecht, Basel 2012, Art. 973c N 37 f.

- Forderungen bedürfen nach Schweizer Recht einer schriftlichen Abtretung (Art. 164 OR), was in der digitalen Welt unpraktikabel ist.¹¹

Angesichts der Schwächen der traditionellen Vermögenswerte-Kategorien hat sich der Gesetzgeber entschieden, mit dem DLT-Gesetz eine neue Form von Rechten zu schaffen, nämlich die Registerwertrechte.

2. Registerwertrechte

Art. 973d Abs. 1 OR definiert das Registerwertrecht als ein „Recht, das gemäss einer Vereinbarung der Parteien in einem Wertrechtregister [...] eingetragen ist und nur über diese Wertrechtregister geltend gemacht und auf andere übertragen werden kann“. Funktionell ist das Registerwertrecht mit dem Wertpapier öffentlichen Glaubens vergleichbar (d.h. mit der besonderen Übertragungs-, Legitimations- und Einreden-Ordnung ausgestattet); die Urkunde als physischer Informationsträger bei den Wertpapieren bzw. der Eintrag im zentralisierten Register bei Bucheffekten wird durch einen elektronischen Informationsträger, der verschiedene, technologisch umschriebene Voraussetzungen zwecks Gewährleistung eines nicht beeinträchtigenden Bestands zu erfüllen hat, bei Registerwertrechten ersetzt.¹²

Grundsätzlich können Registerwertrechte alle Arten von privatrechtlichen Rechtspositionen repräsentieren (z.B. Forderungs-, Mitgliedschafts-, Sachen- und Immaterialgüterrechte), d.h. sie sind im Wirtschaftsleben umfassend einsetzbar. Eine Ausnahme gilt gemäß Auffassung des Bundesrates (und darauf gestützt eines großen Teils der Lehre) für Kryptowährungen, die hernach genauer analysiert werden.¹³

3. Kryptowährungen als faktische Vermögenswerte?

Im Gegensatz zu anderen kryptobasierten Vermögenswerten, die sich als Registerwertrechte ausgestalten lassen, besteht die Besonderheit von Kryptowährungen darin, dass in der Regel bei deren originärer Schaffung und Ausgabe keine zentrale Instanz vorhanden ist, welche die Funktion des Emittenten bzw. des Schuldners einnimmt. Überdies repräsentieren Kryptowährungen meist kein Forderungsrecht, weil es an einer entsprechenden Vertragsbeziehung, welche als Grundlage für die Geltendmachung der Forderung zu dienen vermag, fehlt.¹⁴

In der Entstehungsgeschichte hat schon früh eine akademische Stimme den sog. „nativen“ Token jegliche Rechtsqualität abgesprochen; dennoch wird eingestanden, dass solche Token als „eigenständige Güter“ übertragbar sind, d.h.

¹¹ Vgl. *Weber/Iacangelo*, Jusletter IT, 24. Mai 2018, Rn. 3–5.

¹² *Weber*, in: Nobel/Müller (Hrsg.), *Berner Kommentar, Das Aktienrecht. Kommentar der ersten Stunde*, 2023, § 6 N 19 ff.

¹³ Vgl. nachfolgend Ziff. II.3.

¹⁴ So schon die ICO-Wegleitung der FINMA vom 16. Februar 2018, 3; die Idee, dass alle Teilnehmer*innen eines bestimmten Distributed Ledgers eine sog. Systemvereinbarung abschließen (so *von der Crone/Kessler/Angstmann*, *Schweizerische Juristen-Zeitung* 2018, 337, 340 ff.) ist in der Lehre auf praktisch einhellige Ablehnung gestoßen.

dass deren Übertragung an die Adresse eines anderen Netzteilnehmers die „faktische Verfügungsmacht an den Werten“ verschafft.¹⁵ In Anlehnung an diese Auffassung hat der Bundesrat die Kryptowährungen als „native“ Token und damit als „rein faktische, immaterielle Vermögenswerte“ bezeichnet,¹⁶ deren Übertragung weder den sachenrechtlichen noch den zessionsrechtlichen Regeln unterliege. Diese Betrachtungsweise ist von der Lehre hernach meist ohne vertiefende Begründungen übernommen worden;¹⁷ übersehen wird dabei aber, dass Differenzierungen durchaus möglich und zum Teil auch gesetzgeberisch vorgesehen sind.

Gegen eine „Verbannung“ der Kryptowährungen in rein faktische „Vermögenspositionen“ sprechen aber gute Gründe, d.h. die Ausgestaltung von Kryptowährungen als Registerwertrechte sollte, unter gewissen Voraussetzungen, nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden, und zwar aus verschiedenen Gründen:¹⁸

- Banknoten vermitteln heute (auch) kein Forderungsrecht mehr; die Übertragung und der Erwerb kraft guten Glaubens sind dennoch in Analogie zu den Inhaberpapieren möglich (Art. 935 ZGB).
- Weiter ergeben sich in der Praxis oft Abgrenzungsschwierigkeiten, weil Zahlungstoken meist nicht in „reiner“ Form vorkommen, sondern Mischelemente von Nutzungs- und/oder Vermögens-Token mit beinhalten. Diese Einschätzung trifft insbesondere auf die sog. *Stablecoins* in der Form gedeckter Zahlungstoken zu; sie vermitteln rechtlich durchsetzbare Ansprüche, wenn sie (wie meist in der Praxis) durch eine gesetzliche Währung oder andere Vermögenswerte abgesichert sind.¹⁹ Aufsichtsrechtlich unterwirft die MiCAR deshalb die *Stablecoins* als E-Geld-Token einem strikten Regulierungsregime.²⁰ Umstritten bleibt „nur“ die Konstellation, in welcher ein Emittent die Kryptowährung ausgibt, aber keine Forderung begründet wird.²¹
- Schließlich beruhen Kryptowährungen, vergleichbar mit Fiatwährungen, oft auf institutionellen Arrangements, z.B. einem bestimmten Validierungsmechanismus für Transaktionen.²²

¹⁵ Eggen, Aktuelle Juristische Praxis 2018, 558, 562 f.

¹⁶ Bundesrat, Botschaft vom 27. November 2019 zum DLT-Gesetz, BBl 2020, 233, 258.

¹⁷ Aus der neuesten Literatur vgl. Wyss, Digitale Übertragung von Vermögenswerten, 2025, Rn. 180/81 m.w.N. in Fn. 591–593.

¹⁸ Eingehend dazu Weber, Schweiz. Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2025, 621, 626 f., und Kuhn, in: Weber/Kuhn (Hrsg.), Entwicklungen im Schweizer Blockchain-Recht, 2021, Kap. IV Rn. 96.

¹⁹ Wie Kuhn (Fn. 18) auch Zellweger-Gutknecht/Monnerat, in: Omlor/Möslein/Grundmann (Hrsg.), Elektronische Wertpapiere, 2021, 7, 16 f.; MacCabe, in: Zellweger-Gutknecht/Tschudi/MacCabe (Hrsg.), Kryptowerte, 2024, 137, 145.

²⁰ Vgl. dazu Art. 48–55 MiCAR.

²¹ Die Registerwertrechts-Fähigkeit bejahend Kuhn (Fn. 18), Kap. IV Rn. 96; Zellweger-Gutknecht/Monnerat (Fn. 19), 16 f.; verneinend Jutzi/Abbühl, FinTech und DLT, 2023, Rn. 201; MacCabe (Fn. 19), 145.

²² Kuhn (Fn. 18), Kap. IV Rn. 96.

Diese Diskussion ist keineswegs lediglich rein theoretischer Natur. Angesichts der Rechtsunsicherheit gibt es derzeit in der Schweiz noch keine als Registerwertrechte ausgestaltete *Stablecoins*. Die Rechtsqualität der Kryptowährungen hat zudem einen wesentlichen Einfluss auf die – nachfolgend diskutierte – Einräumung von Sicherheiten und auf die Beurteilung der Frage, ob Kryptowährungen auf DLT-Handelsplattformen (Art. 73a FinfraG) übertragbar sind; die zurückhaltende Einschätzung des Bundesrates²³ lässt sich mit guten Argumenten bezweifeln.²⁴

Liechtenstein hat insoweit einen flexibleren Ansatz gewählt. Der zivilrechtliche Rechtsrahmen für Token ist unabhängig davon anwendbar, ob der einzelne Token ein Recht repräsentiert oder nicht, d.h. die relevanten Normen gelten für alle Kryptowährungen.²⁵ Selbst wenn man nicht so weit geht wie in Liechtenstein, erscheint eine Differenzierung zwischen den gedeckten Zahlungstoken, die rechtlich durchsetzbare Ansprüche vermitteln, und den ohne zentrale Instanz umlaufenden Zahlungstoken, die keine Forderung begründen, geboten.

III. Einräumung von Sicherheiten an kryptobasierten Vermögenswerten

1. Registerwertrechte

Für Registerwertrechte hat der Gesetzgeber mit dem DLT-Rahmengesetz eine besondere (wenn zwar punktuelle und nicht sehr übersichtliche) Norm für die Begründung von Sicherungsrechten an Registerwertrechten geschaffen (Art. 973g OR).²⁶ Die Bestimmung äußert sich zu den Typen von Sicherheiten und zur Prioritätenordnung, nicht aber zu den erfassten Sicherungsrechten und zur Verwertung.

a) Erfasste Sicherungsrechte

Vergleichbar mit anderen Vermögenswerten fallen mit Bezug auf Registerwertrechte die üblichen Sicherungsrechte in Betracht, nämlich das Pfandrecht, die Sicherungsübereignung und das Retentionsrecht.

Die neue OR-Bestimmung regelt vornehmlich das Pfandrecht; die Regeln lassen sich vergleichbar auf die Sicherungsübereignung anwenden; hingegen bleibt die Prioritätenordnung mit Bezug auf Retentionsrechte ungeklärt.

²³ Bundesrat, DLT-Botschaft (Fn. 16), BBl 2020, 309 f.

²⁴ Vgl. Weber, in: Weber/Kuhn (Hrsg.), Entwicklungen im Schweizer Blockchain-Recht, 2021, Kap. VII Rn. 38.

²⁵ Vgl. dazu Kuhn (Fn. 18), Kap. IV Rn. 97.

²⁶ Eingehend zum Thema nun Weber, in: Jutzi/Reiser/Weber, Berner Kommentar, Aktienrecht, Allgemeine Bestimmungen und Registerwertrechte, Bern 2026, Art. 973g (wird hernach nicht weiter zitiert).

b) Typen der Einräumung von Sicherheiten

Bei der Einräumung von Sicherheiten kommt dem Publizitätsprinzip eine zentrale Bedeutung zu. Nach Art. 973g Abs. 1 OR ist die Bestellung von Sicherheiten auf zwei Arten möglich, nämlich als aa) possessorische (besitzgebundene) Sicherheiten durch Übertragung von Registerwertenrechten auf den Sicherungsnehmer oder als bb) nicht possessorische (besitzlose) Sicherheiten.²⁷ Ungeachtet dessen, ob es zu einem Übertragungsvorgang kommt oder nicht, ist die Erkennbarkeit der Einräumung von Sicherungsrechten wesentlich.

aa) Besitzgebundene Sicherheiten

Im Falle von possessorischen (besitzgebundenen) Sicherheiten an Registerwertenrechten erweist sich der Übergang der faktischen Kontrolle über das Registerwertrecht auf den Sicherungsnehmer als erforderlich. Die konkreten Modalitäten ergeben sich aus dem verwendeten (technologischen) System.

Vergleichbar zum Faustpfandprinzip (Art. 884 ZGB), das im Falle von physischen Wertpapieren gilt, ist eine Sicherheit an Registerwertenrechten nur dann rechtsgenügend bestellt, wenn der Sicherungsgeber nicht selbstständig, unter Ausschluss des Sicherungsnehmers, über das Registerwertrecht verfügen kann. In der Praxis lassen sich deshalb Methoden der Doppel- oder Mehrfachzeichnung (multiple Signatur) zur Anwendung bringen, die sicherstellen, dass die Übertragung des Registerwertrechts nur unter Mitwirkung des Sicherungsnehmers möglich ist.²⁸

Die Bestellung einer possessorischen (besitzgebundenen) Sicherheit an Registerwertenrechten mittels Besitzeskonstitut ist mit dem Faustpfandprinzip nicht vereinbar. Hingegen kann bei gestuften Besitzverhältnissen eine Übertragung durch Anweisung des mittelbaren an den unmittelbaren Verfügungsberechtigten erfolgen (Besitzanweisung, Art. 924 Abs. 1 ZGB).²⁹

bb) Besitzlose Sicherheiten

Art. 973g Abs. 1 OR lässt besitzlose (nicht-possessorische) Sicherheiten an Registerwertenrechten ausdrücklich zu. Vorausgesetzt ist aber, dass (1) die Sicherheit im Wertrechtregister *erkennbar* ist und (2) *ausschließlich* der Sicherungsnehmer im Sicherungsfall über das Registerwertrecht verfügen kann.³⁰

(1) *Erkennbarkeit* bedeutet, dass „die Sicherheit im Wertrechtregister ersichtlich ist“ (Art. 973g Abs. 1 Ziff. 1 OR). Die Erkennbarkeit muss insbesondere gegenüber denjenigen Personen, die vom Schuldner Eigentumsrechte (inkl. beschränkter dinglicher Rechte) erwerben wollen, gegeben sein; im Wertrechte-

²⁷ Kuhn (Fn. 18), Kap. IV Rn. 136.

²⁸ Kuhn (Fn. 18), Kap. IV Rn. 138.

²⁹ Allgemein zur Besitzanweisung vgl. BSK ZGB II-Ernst/Zogg (Fn. 1), Art. 924 N 3 ff.; Weber/Iacangelo (Fn. 11), Rn. 38 ff.

³⁰ Die nachfolgenden Ausführungen basieren auf der detaillierten Darstellung von Kuhn (Fn. 18), Kap. IV Rn. 139–146.

register ist somit zum Ausdruck zu bringen, dass ein bestimmtes Registerwertrecht mit einer Sicherheitseinräumung belastet ist, um dem Publizitätsprinzip ausreichend Genüge zu tun.

Der Hinweis auf das Bestehen einer Sicherheit ist ausreichend, der Rechtsgrund muss nicht offengelegt werden. Art. 973g Abs. 1 OR führt damit zu einer Durchbrechung des sonst im schweizerischen Mobiliarsicherungsrecht geltenden Faustpfandprinzips (Art. 884 Abs. 3 ZGB), das nach herrschender Lehre auch im Falle der Sicherungsübereignung (Art. 717 Abs. 1 ZGB) zur Anwendung kommt. Das Faustpfandprinzip wird also für Registerwertrechte dank der Möglichkeit der Bestellung von besitzlosen Sicherheiten aufgegeben.

(2) Weiter verlangt das Gesetz, dass im Sicherungsfall *einzig der Sicherungsnehmer* über das Registerwertrecht verfügen kann (Art. 973g Abs. 1 Ziff. 2 OR). Verfügung meint Verfügungsmacht und damit ein besitzähnliches faktisches Herrschaftsrecht. *Kuhn* zieht die Rechtfertigung der zweiten Bedingung, nämlich der Verfügungsmacht des Sicherungsnehmers, in Zweifel, zumal auch die Materialien diesbezüglich unergiebig sind.³¹ Vermutlich hat sich der Gesetzgeber bei Art. 973g Abs. 1 Ziff. 2 OR an Art. 25 Abs. 1 BEG orientiert; diese Bestimmung bezieht sich aber auf eine Kontrollvereinbarung in einem Drei-Parteien-Verhältnis mit Bezug auf die Situation von intermediär-verwahrten Wertpapieren, die bei den tokenisierten Registerwertrechten nicht vorliegt.

Eine Rechtfertigung für das Erfordernis der Verfügungsbefugnis des Sicherungsnehmers ließe sich darin sehen, dass bei besitzlosen Sicherungsrechten ein technisches Verfahren bereitzustellen ist, mit welchem dem Sicherungsgeber die Sache im Sicherungsfall entzogen wird, damit eine Verwertung erfolgen kann. Denkbar wäre die Ausgestaltung des (bei Registerwertrechten regelmäßig zur Anwendung kommenden) *Smart Contract* in einer Weise, dass bei Eintritt eines Sicherungsfalls die Mitzeichnungsrechte des Sicherungsgebers entfallen und eine automatische Übertragung des Registerwertrechts auf den Sicherungsnehmer erfolgt.

c) Prioritätenordnung

Theoretisch ist es nicht ausgeschlossen, dass an einem Registerwertrecht mehrere Pfandrechte begründet werden; in einer solchen Situation ist klarzustellen, welche Prioritätenordnung zur Anwendung kommt, und zwar in horizontaler und in vertikaler Richtung. Für die Prioritätenordnung wichtig ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit (sog. Alterspriorität). Im Gegensatz zu Liechtenstein (Art. 6 Abs. 1 lit. a TVTG) hat der Schweizer Gesetzgeber aber darauf verzichtet, neben der Erkennbarkeit des Sicherungsrechts auch einen Zeitstempel als Voraussetzung der Begründung von Sicherheiten vorzusehen;³² ein solcher (nicht manipulierbarer) Zeitstempel würde den Zeitpunkt der Bestellung eindeutig festlegen.

³¹ Im Einzelnen zur Verfügungsmacht vgl. *Kuhn* (Fn. 18), Kap. IV Rn. 145/46.

³² *Kuhn* (Fn. 18), Kap. IV Rn. 147; im Falle einer Gesetzrevision wäre an die Schaffung einer solchen Norm zu denken, um den Grad an Rechtssicherheit zu erhöhen.

aa) *Horizontale Ordnung*: Eine horizontale Konstellation liegt vor, wenn ein Registerwertrecht mehrfach verpfändet wird, z.B. in der Weise, dass der Sicherungsgeber nacheinander zwei besitzlose Pfandrechte bestellt. Ein sekundäres (possessorisches) Pfandrecht lässt sich auch dadurch bestellen, dass der (primäre) Pfandgläubiger notifiziert und angewiesen wird, das Pfandobjekt nach Befriedigung an den nachfolgenden Sicherungsnehmer herauszugeben (Art. 886 ZGB). Die Prioritätenordnung ergibt sich in dieser Konstellation aus dem Zeitpunkt der Errichtung der Pfandrechte (Art. 893 Abs. 2 ZGB). Weil der Schweizer Gesetzgeber – wie erwähnt im Gegensatz zu Liechtenstein – kein Erfordernis eines Zeitstempels einführt, hat der Berechtigte den Nachweis des Zeitpunkts der Erkennbarkeit des Pfandrechts im Wertrechtregister zu erbringen.³³

Die Festlegung der Prioritätenordnung ist auch dann wichtig, wenn an einem Registerwertrecht, das durch ein besitzloses Pfandrecht belastet ist, ein Retentionsrecht geltend gemacht wird (z.B. vom Inhaber des Wertrechtregisters in der Funktion als Verwahrungsstelle zur Sicherstellung von Verwaltungsgebühren). Die Anwendung des Grundsatzes der Alterspriorität ist in dieser Situation problematisch, weil auch der Pfandgläubiger von den Leistungen der Verwahrungsstelle profitiert; aus diesem Grunde sollte – im Gegensatz zu einer verbreiteten Auffassung in der Lehre – das Retentionsrecht den Vorrang genießen.³⁴

bb) *Vertikale Ordnung*: Ein vertikaler Konflikt entsteht, wenn z.B. die Verwahrungsstelle ein Registerwertrecht (absichtlich oder unbeabsichtigt) einem Dritten überlässt, der im Wertrechtregister nicht als rechtszuständig ausgewiesen ist. In einer solchen Situation ist auf die Kollisionsregel von Art. 973f Abs. 3 OR zurückzugreifen. Diese Art. 925 Abs. 2 ZGB nachgebildete Bestimmung legt fest, dass der gutgläubige Erwerber der Ware dem gutgläubigen Erwerber des Warenpapiers vorgeht, was bedeutet, dass der Empfänger in der Sache bzw. des Rechts den Vorrang hat.³⁵ Eine Klärung der Prioritätenordnung in der Registervereinbarung wäre zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten indessen sinnvoll.

d) *Verwertung*

Die Verwertung von Registerwertrechten (Art. 973d OR), an denen Sicherungsrechte bestehen, richtet sich nach den Vorschriften, die auch für andere Vermögenswerte gelten. Insbesondere ist die (neue) Bestimmung zur Aussonderung von kryptobasierten Vermögenswerten (Art. 242a SchKG) relevant.

Die Durchsetzung von Pfandrechten an Registerwertrechten erfolgt durch Betreibung auf Pfandverwertung (Art. 41, Art. 151–158 SchKG). Die SchKG-Bestimmungen lassen sich bei possessorischen Sicherheiten analog anwenden, nicht hingegen bei nicht-possessorischen Pfandrechten (Art. 973g Abs. 2 OR), bei denen zuerst dem Sicherungsgeber der Besitz zu entziehen ist.³⁶

³³ Zum Ganzen *Kuhn* (Fn. 18), Kap. IV Rn. 150 f.

³⁴ Vgl. *Kuhn* (Fn. 18), Kap. IV Rn. 152.

³⁵ *Kuhn* (Fn. 18), Kap. IV Rn. 154.

³⁶ Vgl. *Kuhn* (Fn. 18), Kap. IV Rn. 157.

Die Parteien können in der Vereinbarung zur Einräumung von Sicherheiten auch vorsehen, dass die Verwertung von Sicherheiten an Registerwertrechten in einem Privatverfahren erfolgen darf; gemäß Bundesgericht ist die Möglichkeit einer Privatverwertung nicht problematisch.³⁷ Im Konkursfall des Sicherungsgebers verliert eine solche vertragliche Bestimmung aber ihre Wirksamkeit, außer bei Sicherheiten in Form von Bucheffekten (Art. 31 BEG) oder bei von Banken/Wertpapierhäusern bestellten, einen objektiv bestimmbaren Wert aufweisenden Vermögenswerten.³⁸

2. Faktische kryptobasierte Vermögenswerte

a) Ausgangslage

Soweit die Mehrheitsauffassung in der Lehre den faktischen kryptobasierten Vermögenswerten keine selbstständige rechtliche Qualität zuerkennt, ist die Begründung von Sicherheiten (Pfandrechte, Sicherungsübereignung, Retentionsrechte) nicht möglich, weil sich das Faustpfandprinzip nicht realisieren lässt. Die spezifische Norm von Art. 973g Abs. 2 Ziff. 2 OR zur nicht-possessorischen Einräumung von Sicherheiten ist (vom Wortlaut her lediglich) auf Registerwertrechte zugeschnitten.³⁹

In der Praxis erweist sich dieses Resultat aber jedenfalls für diejenigen kryptobasierten Vermögenswerte als unbefriedigend, die einen Anspruch gegen einen Aussteller des Vermögenswerts begründen oder an unterliegende Werte geknüpft sind (z.B. insbesondere *Stablecoins*). Aus diesem Grunde ist zu überlegen, inwieweit die vorgenannte Mehrheitsmeinung neu überdacht werden sollte.

b) Analoge Anwendung der Sachenrechts- oder Schuldrechtsprinzipien?

Ein Pfandrecht lässt sich an beweglichen Sachen begründen (sog. Faustpfand, Art. 894 ZGB). Zumindest vom Wortlaut her ist diese Bestimmung auf Kryptowährungen, weil es an deren physischer Eigenschaft fehlt, nicht anwendbar.

Weiter können Forderungen und andere Rechte verpfändet werden, wenn sie übertragbar sind (Art. 899 ZGB); grundsätzlich gelten in diesem Fall die Bestimmungen zum Faustpfand. Weil Kryptowährungen in der Regel keine Forderungen gegen einen Schuldner, z.B. deren Ausgeber, begründen, spricht der Wortlaut gegen die Zulässigkeit von Sicherheiten daran. Gesondert zu beurteilen ist hingegen die Auslegung der „anderen Rechte“.

Zur Auslegung einer Gesetzesbestimmung darf nach allgemein anerkannter Auffassung nicht allein auf den Wortlaut abgestellt werden. Vielmehr stehen verschiedene Auslegungsmethoden zur Verfügung, die zu berücksichtigen sind.⁴⁰ Die historische Auslegung ist im gegebenen Kontext nicht hilfreich, weil kryptobasierte Vermögenswerte vor mehr als hundert Jahren (Entstehung des

³⁷ BGE 24 II 445; BGE 64 II 418.

³⁸ *Kuhn* (Fn. 18), Kap. IV Rn. 158 f.

³⁹ Vgl. vorne Ziff. II.3.

⁴⁰ Im Einzelnen dazu *Kramer/Arnet*, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl. 2024, 66 ff.

ZGB) nicht existierten. Auch die systematische Auslegung bringt mit Bezug auf Kryptowerte keinen Erkenntnisgewinn.

Hingegen führen die teleologische Auslegung und die zeitgenössische Auslegung zu offeneren Ergebnissen. Mit den Bestimmungen zu den Pfandrechten wollte der Gesetzgeber teleologisch die Einräumung von Sicherheiten an Vermögenswerten ermöglichen; vor gut hundert Jahren sind nur in physischer Form oder als Forderungen ausgestaltete Vermögenswerte im Umlauf gewesen, d.h. das Recht hat alle damals vorhandenen „Formen“ erfasst. Dass neue Vermögenswerte grundsätzlich nicht von der Pfandrechtsordnung erfasst sein können, ergibt sich nicht aus der gesetzgeberischen Konzeption. Auch in einer zeitgenössischen Betrachtungsweise ist die Zulässigkeit der Einräumung von Sicherheiten an Kryptowährungen vertretbar, denn der Gesetzgeber hat die neuen Innovationen und den Wandel der Zeit offensichtlich nicht berücksichtigen können.

Die Lehre ist in dieser Frage gespalten, d.h. die Meinungsäußerungen sind „kontrovers“. ⁴¹ Derzeit lassen sich die publizierten Aussagen mit Bezug auf den Begriff „andere Rechte“ (Art. 899 ZGB) wie folgt zusammenfassen:

- *Kogens/Montanari* verneinen die Qualifikation von Kryptowährungen als Forderungen oder andere Rechte. ⁴² *Favre* geht davon aus, dass die Anwendung von Regelungen des Sachenrechts auf Kryptowährungen notwendigerweise eine Gesetzesanpassung erfordern würde. ⁴³ Ähnlich äußert sich *Zogg*, der argumentiert, dass Kryptowährungen mangels Körperlichkeit nicht in den Anwendungsbereich des Sachenrechts fallen. ⁴⁴
- *Meyer* qualifiziert kryptobasierte Vermögenswerte als sachähnliche digitale Objekte *sui generis*, bei denen eine Anwendung von Sachenrecht in vielen Fällen zu zweckmäßigen Resultaten führe. ⁴⁵ Ähnlich gehen *Bärtschi/Meisser* davon aus, dass sich die Vorschriften zum Pfandrecht an Forderungen und anderen Rechten sinnvoll für Kryptowerte heranziehen lassen. ⁴⁶ In ihrem umfassenden Lehrbuch zu FinTech und DLT sind *Jutzi/Abbühl* der Meinung, es bestehe kein Grund, weshalb kein direktes Pfandrecht an Token begründet werden könne. ⁴⁷ Ebenso befürwortet *Kuhn* in seinem grundlegenden Werk zu den Kreditsicherheiten die analoge Anwendung der sachenrechtlichen Prinzipien. ⁴⁸ Bei Kryptowährungen mit unterliegender Forderung folgt auch *MacCabe* dieser Begründung. ⁴⁹

⁴¹ So die Begriffsverwendung von *Bauer*, Vermögensrechte und unkörperliche Rechtsobjekte, 2023, Rn. 146; für einen neuen Überblick zum Meinungsstand vgl. *Weber* (Fn. 18), 626 f.

⁴² *Kogens/Montanari*, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2021, 461, 466 f.

⁴³ *Favre*, Aktuelle Juristische Praxis 2024, 1142, 1150 ff.

⁴⁴ *Zogg*, recht 2019, 95, 102.

⁴⁵ *Meyer*, Rechte an und aus Blockchain-basierten Crypto Tokens, 2022, 176 ff.

⁴⁶ *Bärtschi/Meisser*, in: *Weber/Thouvenin* (Hrsg.), Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, 2015, 113, 148.

⁴⁷ *Jutzi/Abbühl* (Fn. 21), Rn. 818.

⁴⁸ *Kuhn* (Fn. 9), Rn. 1516.

⁴⁹ *MacCabe* (Fn. 19), 145.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass angesichts des erwähnten (fast) „unentschiedenen“ Meinungsstandes zumindest die gewichtigen (der Mehrheit angehörenden) Stimmen von *Jutzi/Abbühl* und *Kuhn* für die Möglichkeit der Einräumung von Sicherheiten an kryptobasierten Vermögenswerten sprechen. Bei dieser Ausgangslage würde in einer teleologischen bzw. zeitgenössischen Auslegung eine analoge Anwendung von Art. 899 ZGB auf Kryptowährungen als vertretbar erscheinen.

c) *Analoge Anwendung der Regelungen zu den Registerwertrechten?*

Wie bereits erwähnt, sprechen gute Gründe dafür, die Kryptowährungen nicht lediglich als faktische „Vermögenspositionen“ zu qualifizieren, sondern die Parallelität zu anderen vermögensbasierten Kryptowerten stärker in den Vordergrund zu rücken.⁵⁰ Diese Einschätzung trifft insbesondere auf gedeckte Zahlungstoken, die rechtlich durchsetzbare Ansprüche vermitteln, zu; erfasst wären in einer solchen Betrachtungsweise insbesondere die durch Fiatwährungen unterlegten *Stablecoins*.⁵¹

Würde einem solchen Argumentationsansatz gefolgt, wäre es überlegenswert, die für die Registerwertrechte erläuterte Bestimmung zur Begründung von Sicherungsrechten (Art. 973g OR) analog zur Anwendung zu bringen.

d) *Ersatzlösungen im Falle der Verwahrung von Kryptowährungen?*

Kryptowährungen werden regelmäßig in sog. *Wallets* verwahrt. In der Praxis stehen verschiedene Verwahrungsformen zur Verfügung, nämlich die Selbstverwahrung (*cold storage*) und die *non-custodial wallets*, welche dem Berechtigten die volle Verfügungsmacht über die Vermögenswerte (z.B. Kryptowährungen) belassen. Demgegenüber steht im Falle von *custodial wallets* deren Anbietern die Kontrolle über die *Private Keys* der Kunden für die kryptobasierten Vermögenswerte zur Verfügung, d.h. die Kunden haben keine alleinige Kontrolle über die Vermögenswerte. Eine Mittelform stellen die sog. *multi-signature wallets* dar, bei denen die Nutzer nur gemeinsam mit dem Anbieter der *Wallet*-Dienstleistungen über einen verschlüsselten *Private Key* verfügen können.⁵²

Mit Bezug auf die Einräumung von Sicherheiten ergibt sich aus den differenzierten Verwahrungsformen was folgt: Im Fall einer Selbstverwahrung oder der Begründung von *non-custodial wallets* behält der Berechtigte an den kryptobasierten Vermögenswerten (u.a. den Kryptowährungen) die volle Verfügungsmacht; Drittpersonen haben keinerlei Ansprüche. Eine indirekte Begründung von Sicherheiten gestützt auf den Verwahrungsvorgang erweist sich damit nicht als möglich, d.h. es gelten die vorerwähnten Überlegungen zur analogen Anwendung bestehender Normen.

⁵⁰ Vgl. vorne Ziff. II.3.

⁵¹ Die Leistungspflicht des Schuldners würde sich (auch) auf die Verschaffung der technischen Ausschließlichkeit beziehen (Wyss [Fn. 17], Rn. 182).

⁵² Favre (Fn. 43), 1146.

Erfolgt die Verwahrung unter Beteiligung von *custodial-wallet*-Anbietern, bestehen vertragliche Ansprüche auf die Verschaffung der Werte und jederzeitige Herausgabe der betreffenden *Private Keys*. Vergleichbar ist die rechtliche Situation, wenn der Berechtigte seine Kryptowährungen einem Verwahrer als Treugut übergibt; der Anspruch gegen den treuhänderisch auftretenden Verwahrer geht auf die Zurverfügungstellung der kryptobasierten Vermögenswerte. Im Falle eines *multi-signature wallet* bestehen ebenfalls Ansprüche gegenüber dem betreffenden Dienstleister, welcher den bestimmungsgemäßen Zugang zu den *Private Keys* verschaffen muss, um eine Verfügung über die im *Wallet* gehaltenen kryptobasierten Vermögenswerte zu ermöglichen.⁵³

In denjenigen geschilderten Fällen, in welchen ein Anspruch gegen den Verwahrer vorliegt, lässt sich dieser Anspruch nach Art. 899 ZGB verpfänden; betroffen sind einerseits relative Rechte, die gegenüber bestimmten Personen ausgeübt werden können (z.B. Forderungen), andererseits aber auch absolute, gegen jedermann ausübbarer Rechte.⁵⁴ Mit der Übertragung der Zugriffsberechtigung auf die im *Wallet* hinterlegten Kryptowerte kann die Abrede verbunden werden, dass der „kontrollierende“ Verwahrer die betreffenden Kryptowährungen für Sicherungszwecke halten soll und ihm die Berechtigung zusteht, sich daraus schadlos zu halten, falls die vertraglich definierten gesicherten Forderungen nicht erfüllt werden.⁵⁵

Mit der faktischen Übertragung der Kryptowährungen an einen *Wallet*-Anbieter kann auch die Abrede verbunden werden, dass der Verwahrer die betreffenden Kryptowährungen nur für die Zwecke der Errichtung eines Pfandrechts oder einer anderen Sicherheit erhält. Wie erwähnt schließt Art. 973g OR eine besitzlose Einräumung von Sicherheiten für Registerwertrechte nicht aus;⁵⁶ ähnliche Überlegungen müssen auch mit Bezug auf die Einräumung von Sicherungsrechten an Kryptowährungen gelten; vergleichbar ist damit die Bestellung eines Pfandrechts an Bucheffekten, die mittels Gutschrift nach Art. 24 BEG erfolgt.⁵⁷

Eine besondere Herausforderung stellt das Publizitätsprinzip dar, denn die Begründung einer Sicherheit muss Dritten gegenüber erkennbar sein (ähnlich dem Grundgedanken von Art. 973g OR). Denkbar wäre, die Einräumung von Sicherheiten an Kryptowährungen in Betracht zu ziehen, indem der Sicherungsgeber – wie bei der Auftragserteilung an einen *custodial-wallet*-Dienstleister – diesem die tatsächliche Verfügungsmacht über die *Private Keys* überlässt, ohne aber die Kryptowährungen auf dem *Distributed Ledger* auf den Sicherungsnehmer zu übertragen.⁵⁸

Der Berechtigte an Kryptowährungen kann auch die ihm gegenüber dem Verwahrer im Rahmen eines *custodial wallet* zustehenden Rechte, insbesondere auf

⁵³ Vgl. Favre (Fn. 43), 1147.

⁵⁴ BSK ZGB II-Bauer/Bauer (Fn. 5), Art. 899 N 2 ff.

⁵⁵ Kogens/Montanari (Fn. 42), 467; Favre (Fn. 43), 1150.

⁵⁶ Vgl. vorne III.1.b).

⁵⁷ Vgl. auch Favre (Fn. 43), 1150 f.

⁵⁸ Eingehender Favre (Fn. 43), 1152 f.

Herausgabe des *Private Key*, nach Art. 899 ZGB verpfänden. Ebenfalls Gegenstand eines Sicherungsrechts vermögen die Rücklieferungsansprüche als Rechte nach Art. 899 ZGB zu sein; entsprechendes gilt für den Fall einer treuhänderischen Verwahrung von Kryptowährungen bei einem Dritten.

Falls Kryptowährungen in Drittverwahrung hinterlegt werden, bestehen somit verschiedene Möglichkeiten, Sicherheiten an ihnen einzuräumen. Materiell handelt es sich aber um Ersatzlösungen, weil ein solches Vorgehen nicht direkt die Vermögenswerte betrifft (wie im Falle der Registerwertrechte, Art. 973g OR), sondern indirekt den Herausgabe- bzw. Verschaffungsanspruch.

IV. Ausblick

Neue technologische Entwicklungen führen regelmäßig zu rechtlichen Herausforderungen; statische Normen, gerade im Privatrecht, sind einer rasch sich wandelnden Umwelt ausgesetzt, deren Bedürfnisse sich nicht immer leicht aufzufangen lassen.⁵⁹

Dieses Phänomen trifft auch auf die kryptobasierten Vermögenswerte zu. Der Gesetzgeber hat in der Schweiz mit dem DLT-Gesetz von 2020 schnell reagiert und viele neue Rechtsfragen, z.B. mit der Schaffung von Registerwertrechten, beantwortet. Lücken gibt es aber mit Bezug auf Kryptowährungen; der Rückgriff auf eine teleologische Auslegung ist bei der Lückenfüllung angebracht.

Die Einräumung von Sicherheiten an Kryptowährungen ist durch den Gesetzestext nicht klar geregelt. Angesichts ihrer funktionellen Nähe zu anderen kryptobasierten Vermögenswerten, zumindest wenn es sich um gedeckte Zahlungstoken, die rechtlich durchsetzbare Ansprüche vermitteln (z.B. *Stablecoins*), handelt, erscheint es als sachgerecht, die analoge Anwendung bestehender sachenrechtlicher Normen in Betracht zu ziehen. Der „Umweg“ über die Verpfändung von Verschaffungs- und Herausgabeansprüchen ist nur im Falle der Drittverwahrung möglich und stellt deshalb lediglich eine indirekte Ersatzlösung dar.

⁵⁹ Dazu Weber, in: Festgabe aus Anlass des Juristentags 2025 in Zürich, 2025, 431 ff.

Reciprocal Exchange of Agricultural Services in Rabbinic and Roman Law¹

Constantin Willems

I. Introduction

‘D 9.2.27.14 (Ulp 18 ad Ed): Weed in the Digest’ – this is the title Wolfgang Ernst gave to his essay in law and history dedicated to David Ibbetson, his fellow Regius Professor from the other place.² In his paper, Wolfgang Ernst presents an exegesis of Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 27, 14, a fragment addressing intricate questions concerning the liability of someone who sows darnel (*lolium*) or wild oats (*avena*), i.e. various kinds of weeds,³ amongst another man’s crops and thereby spoils them. As the honouree of this *festschrift* recalls, Matthew 13:24–30 and 36–43, the so-called ‘Parable of the Weeds’,⁴ illustrates that if someone sowed weeds, such as darnel (ζιζάνια), on another one’s field, these plants must be weeded in order to save the crop; however, as the gathering of the weeds would also root up the wheat along with them, this time-consuming task would best be postponed until harvesting time. According to the ancient sources, agricultural labour such as weeding, hoeing, and ploughing a field by the aid of oxen or asses was often shared between neighbours on a reciprocal basis. Following up on Wolfgang Ernst’s essay, the present paper wants to extend the study by compar-

¹ This paper has been written in the ambit of the project ‘Rabbinic Civil Law in the Context of Ancient Legal History: A Legal Compendium to the Bavot Tractates of the Talmud Yerushalmi’, led by Catherine Hezser (SOAS, University of London) and the author of this paper as Principal Investigators and funded by the AHRC and the DFG. Funded by the Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – project number 508015204.

² Ernst, in: Sampson/Tofaris (eds.), *Querella: Essays in Law and History for David Ibbetson*, 2024, 25–45.

³ For details, see *Tellegen-Couperus*, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité* 42 (1995), 415, 418: ‘*Lolium temulente* is a kind of grass which produces poisonous seeds and which is dangerous if it gets in among the corn. *Avena* is wild or barren oats, a weed which is not dangerous but a nuisance and which takes at least six years to get rid of. The farmer does not realize that the weeds have been sown until the corn begins to ripen in the field. Only then does it become clear that the harvest is worthless because it is almost impossible to separate the poisonous and barren seeds from the corn’.

⁴ For the connection between Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 27, 14 and the Parable of the Weeds, see Ernst (fn. 2), 45, *Tellegen-Couperus* (fn. 3), 418 fn. 2; *von Beseler*, in: *FS für Fritz Schulz*, vol. 1, 1951, 3, 22 (‘Celsi Unkrautfall ist durchaus möglich, aber doch wohl wo nicht erdacht so doch singular. Ich glaube daß man ihn Celso nicht aus dem italischen Leben sondern aus dem Gleichnisse zugetragen hat. Es gab damals genug Leute in Rom die die christliche Überlieferung oder Stücke davon kannten.’).

ing and contrasting certain aspects of rabbinic and Roman law in the context of the reciprocal exchange of agricultural services involving, *inter alia*, weed, hoes, and asses.

II. Reciprocal Exchange of Agricultural Services in Rabbinic Law

1. Reciprocal Weeding and Hoeing in the Mishnah

In the fifth chapter of the Mishnah tractate Baba Metsia, questions concerning the taking of interest are addressed, which is regarded as usury and consequently forbidden amongst fellows in the faith.⁵ While the Torah only mentions cases in which money is given in exchange for a fixed monetary interest, the rabbis extended the prohibition to other cases, also comprising the unequal exchange of work.⁶ In this context, the Mishnah also considers cases in which two people promise to mutually exchange agricultural services, such as weeding and hoeing their respective fields.

Ben Zion Rosenfeld has observed that ‘the Roman economy, including that of Palestine, was primarily agricultural’.⁷ As Kai Ruffing’s in-depth analysis of papyri and literary sources concerning viticulture in Roman Egypt has shown, both weeding (βοτανισμός/βοτανολογία) and hoeing (σκάπτειν/σκαφητός) were important tasks in the ancient agricultural calendar which were to be performed on a regular basis. Ruffing qualifies weeding as one of the most important tasks in ancient agriculture that was to be done not only sporadically, but throughout the year.⁸ Likewise, hoeing the ground had to be done several times per year as well: While there is no generally accepted rule among the Roman writers on agriculture, the papyri testify to hoeing having taken place up to five times per year, while other sources, such as P. Soter. 1 (from 69 CE), lines 19–23, stipulate that the tenant was to hoe (σκαφητοῖς) the vineyard twice per year, once in the winter season (ἐνὶ μὲν χειμερινῷ) and once in the summer season (τῷ δ’ ἐtéρωι θερινῷ).⁹ Several papyri and ostraca such as P. Lond. 1/131 (r), lines 85 and 374 (from 78/79 CE), P. Mil. Vogl. 2/52, line 17 (from 138 CE) or O. Strassb. 1/675, line 4 (from the 2nd century CE), testify to the fact that people – namely, as in the case of P. Lond. 1/131 (r), children (παῖδες) – were hired to help with the task of weeding; the same might be true for hoeing, as both SB 6/9408, line 24 (from 250 CE) and SB 6/9409-3, line 54 (from 260 CE) mention forms of χερσοκοπέω

⁵ On this issue, see *Rosenfeld*, Credit and Usury in Jewish Society in the Mishnah and Talmud, 2024, 3. See also the book review by *Hezser*, Theologische Literaturzeitung 149 (2024), col. 917–919.

⁶ See *Horowitz*, The Spirit of Jewish Law: A Brief Account of Biblical and Rabbinical Jurisprudence with a Special Note on Jewish Law and the State of Israel, 1953, 488–489.

⁷ *Rosenfeld* (fn. 5), 6–7. For a more detailed discussion, see *Luuk de Lig*, Fairs and Markets in the Roman Empire, 1993, 149–154.

⁸ *Ruffing*, Weinbau im römischen Ägypten, 1999, 132.

⁹ *Ruffing* (fn. 8), 133–135.

(‘to break up unirrigated land’), stating that this task has been performed by 20 men in the first and 35 in the second case.¹⁰

Accordingly, the specific scenario of the mutual exchange of agricultural services such as weeding and hoeing as a real-life problem has also been addressed from a legal point of view in the Mishnah.

Mishnah, Baba Metsia 5:10

אומר אדם לחברו, נכש עמי ואנכש עמך, עדר עמי ואעדר עמך, ולא יאמר לו נכש עמי ואעדר עמך, עדר עמי ואנכש עמך. כל ימי גריד, אחד. לא יאמר לו חרש עמי בגריד ואני אחרש עמך ברביעה.

‘A person may say to his fellow: “Weed with me and I will weed with you”; “Hoe with me and I will hoe with you.” But he may not say to him: “Weed with me and I will hoe with you”; “Hoe with me and I will weed with you.” All the days of the dry season are one, and all the days of the rainy season are one. He may not say to him: “Plow with me in the dry season and I will plow with you in the rainy season.”’¹¹

Mishnah, Baba Metsia 5:10 is, in the words of Hayim Lapin, ‘concerned with the implications of fluctuations in value [...] of work’;¹² ‘the labor that one person does for another has to be balanced by the “loan” of labor that that person receives in return, or the exchange of unpaid labor is usurious’.¹³ According to Heinrich W. Guggenheimer, ‘[o]ne may not offer to exchange agricultural work against agricultural work if these would represent vastly different expenditures if they needed hired hands’.¹⁴ This means that only equivalent services may be exchanged; if the service one party has to perform is harder than the one performed in exchange, this constitutes, in the eyes of the Mishnah, a case of forbidden usury.¹⁵

Furthermore, the Mishnah states that all the days of the dry season (and, respectively, those of the wet season) are considered equivalent (אֶחָד – *ahad*, i.e. considered as ‘one’), which means that the service due in return could be provided for example on one of the following days within the same season; in this case, different weather conditions shall not lead to an assessment of the transaction as being usurious, even if the work might be harder if the weather had deteriorated between both provisions of services.¹⁶ Again, to quote Hayim Lapin: ‘Parties can aid each other in the same type of labor in the same season, but not different

¹⁰ See *Ruffing* (fn. 8), 377–384.

¹¹ Translation by *Lapin*, in: Cohen/Goldenberg/Lapin (eds.), *The Oxford Annotated Mishnah: A New Translation of the Mishnah with Introductions and Notes*, vol. 2, 2022, 382, 413. For other translations, see *Lapin*, *Early Rabbinic Civil Law and the Social History of Roman Galilee: A Study of Mishnah Tractate Baba’ Meši’a*, 2nd edn. 2020, 278; *Guggenheimer*, *The Jerusalem Talmud, Fourth Order: Neziqin, Tractates Bava Qamma, Bava Meši’a and Bava Batra*, Edition, Translation, and Commentary, 2008, 415; *Neusner*, *The Talmud of the Land of Israel: A Preliminary Translation and Explanation*, Vol. 29: *Baba Mesia*, 1984, 136–137; and *Wewers*, *Bavot – Pforten*, 1982, 274–275.

¹² *Lapin*, *Early Rabbinic Civil Law* (fn. 11), 97.

¹³ *Lapin*, *Early Rabbinic Civil Law* (fn. 11), 192.

¹⁴ *Guggenheimer* (fn. 11), 416 fn. 183.

¹⁵ *Wewers* (fn. 11), 275 fn. 208.

¹⁶ *Wewers* (fn. 11), 275 fn. 209.

labors or in different seasons, since the difficulty of the work or the monetary value may differ'.¹⁷

Ben Zion Rosenfeld has observed that 'the Mishnah is not worried about the fluctuation of labor prices and does not require evaluating the service given in monetary value as in fruit' and that it 'also does not limit the time for the loan and payment'.¹⁸ Given that 'there is evidence for the fluctuation of labor prices in various seasons' and in view of the question of supply and demand, he considers whether either 'the labor prices were fixed' or 'the rabbis did not suspect a change from the loan to the payment'.¹⁹

2. Reciprocal Exchange of Draught Animals in the Tosefta

In the sixth chapter of the Tosefta tractate *Baba Metsia*, '[t]he issue of comparing the value of different versions of service and the price of the versions of service'²⁰ is also discussed, using different scenarios from agricultural everyday life.

Tosefta, *Baba Metsia* 6:14

אומר אדם לחבירו ילך חמורי עמך היום ושלך עמי למחר תחרוש פרתי עמך היום ושלך עמי למחר אבל לא יאמר לו חמורי עמך היום למזרח ושלך עמי למחר במערב תחרוש פרתי עמך היום במזרח ושלך עמי למחר במערב ואם היה שכר שוה ה"ז מותר. ר"י אומר כל ימי הגרוד אחד וכל ימי הרביעה אחד

'A man may say to his fellow: "Let my ass go with you today and yours with me tomorrow"; but he should not say to him: "Let my ass go with you today to the east and yours with me tomorrow to the west."; "Let my cow plough with you today in the east and yours with me tomorrow in the west." But if the cost of doing so is the same this is permitted. R. Judah says "All the days of the dry season are deemed equivalent to one another and all the days of the rainy season are equivalent to one another".'²¹

While the Mishnah envisages a case in which both parties stipulate to perform certain services by themselves, the Tosefta presents a scenario in which both parties share their respective animals, i.e. property, on a reciprocal basis: Both parties supply each other in turn with their donkey or cow, e.g. to transport merchandise²² or to use them jointly for ploughing their fields. As to the result, however, the same criterion is applied: 'when exchanging labor, the exchange must be identical'.²³ According to the Tosefta, such a transaction is also acceptable 'if both services are equal in price – possibly because in that case it means that people see the effort as identical'.²⁴ Again, the Tosefta takes up the statement

¹⁷ *Lapin*, in: *The Oxford Annotated Mishnah* (fn. 11), 413 fn. 'Weed with me'.

¹⁸ *Rosenfeld* (fn. 5), 170.

¹⁹ *Rosenfeld* (fn. 5), 170.

²⁰ *Rosenfeld* (fn. 5), 170.

²¹ Translation by *Rosenfeld* (fn. 5), 170. See also the English translation by *Neusner*, *The Tosefta Translated from the Hebrew, Fourth Division Neziqin (The Order of Damages)*, 1981, 108.

²² See *Rosenfeld* (fn. 5), 171: 'The Tosefta deals with moving merchandise from place to place with animals of burden, whether it is a field-owner who is bringing his produce to the market, or a professional donkey driver who is transporting merchandise for others for a fee and needs additional animals for one trip'.

²³ *Rosenfeld* (fn. 5), 171.

²⁴ *Rosenfeld* (fn. 5), 171.

that days in the dry period and in the rainy period are regarded as equal, attributing it to R. Judah.

II. Reciprocal Exchange of Agricultural Services in Roman Law

The Mishnah and the Tosefta treat the scenarios of reciprocal weeding and hoeing and of reciprocal exchange of draught animals in the context of the prohibition of the taking of interest, assuming that the services are exchanged on an enforceable, i.e. contractual basis and not as a mere courtesy amongst neighbours. Such relations amongst neighbours in an agricultural context are also known from the Roman sources. To name but two examples from the literary sources, Cicero stresses the duty to assist one's neighbour in gathering his harvest (Cic. off. 1, 59: *ut vicinum citius adiuvet in fructibus percipiendis*), while Varro explains that many poor people till their fields with the help of their families (Varr. rust. 1, 17, 2: *cum ipsi colunt, ut plerique pauperculi cum sua progenie*). As Saskia T. Roselaar argued, 'generally speaking family or neighbour assistance played an important role in peasant survival'.²⁵

In the Digest, the late-classical Roman jurist Ulpian, who lived around the turn of the second to third century CE,²⁶ when defining in Ulp. 20 Sab. D. 33, 7, 8 pr. what is included in the *instrumentum*, i.e. the equipment of a farm, mentions in close connection *arata ligones sarculi*, i.e. ploughs (*arata*) and various types of hoes and mattocks (*ligones* and *sarculi*).²⁷ However, in the Roman legal sources passed down to us, the scenario of reciprocal weeding and hoeing is not discussed. This being said, it is again Ulpian who presents the case of two neighbours temporarily joining their resources to plough their respective fields, thereby also addressing the issue of reciprocal exchange of draught animals.

Ulp. 28 ed. D. 19, 5, 17, 3

Si, cum unum bovem haberem et vicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei et ille mihi bovem commodarem, ut opus faceret, et apud alterum bos periit, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est.

'If I have one ox and my neighbour one, and we agreed that for ten days, I will lend him and he will lend me an ox, so it can do the work, and the ox perished while at the other one, the action on loan does not lie, as the loan was not gratuitous, but it must be brought an action with prescribed words.'²⁸

²⁵ Roselaar, *Public Land in the Roman Republic: A Social and Economic History of Ager Publicus in Italy*, 396–89 BC, 2010, 206 fn. 213. See also Schumacher, ZRG RA 111 (1994), 519, 520.

²⁶ See Knütel, in: Stolleis (ed.), *Juristen: Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1995, 640–641; Schulz, *History of Roman Legal Science*, 1946, 107.

²⁷ On this fragment, see Ligios, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell' 'instrumentum fundi tra il I sec. a.C. e il III sec. d.C.*, 1996, 44–65 and the book review by Astolfi, SDHI 63 (1997), 521, 522 and 532; furthermore, see Nicosia, IURA 18 (1967), 45, 60.

²⁸ See also the English translation by Frier, in: Watson (ed.), *The Digest of Justinian*, vol. 2, 1998, 120.

In the case at hand, both neighbours agree to consecutively ‘lend’ each other their single ox in order to create a team, probably to perform agricultural work,²⁹ such as ploughing. As Karlheinz Misera has argued, such cases of ‘barter of use’ (‘Gebrauchs- und Nutzungstausch’) constituted a real-life problem which manifested itself especially in small-scale farming businesses.³⁰ It must be stressed that in the case at hand, we are not confronted with ‘agricultural partnerships, or even collective ownership of agricultural facilities and plough animals’, as Julien Ogereau argues with reference to Ulp. 28 ed. D. 19, 5, 17, 3,³¹ but rather with a temporal joining of resources,³² which, however, increases productivity for both parties involved.

As Klaus Slapnicar has observed, the parties in the case at hand might have considered their agreement as an amalgam of two reciprocal loan contracts (*commodaremus*).³³ Ulpian, however, concludes that, as the ‘lending’ was not without remuneration (*gratuitum*), but there was a *quid pro quo*, the *actio commodati* is not admissible in this case, but the owner of the perished ox may raise an *actio praescriptis verbis*.³⁴ Accordingly, the oldest interpretation of Ulp. 28 ed. D. 19, 5, 17, 3 which we have at our disposal, Bas. 20.4.17.3, uses a different word for what the parties agreed upon (ἀντικιχρᾶν) rather than the name of the remedy for loan (ἡ ἐπὶ τοῖς κεχρημένοις ἀγωγῇ) while describing the details of the case.³⁵

²⁹ See Artner, *Agere praescriptis verbis*: atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren, 2002, 203; Burdese, in: *Derecho romano de obligaciones*: homenaje al profesor José Luis Murga Gener, 1994, 63, 86; Burdese, *IURA: Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico* 36 (1985) 14, 59 (‘comodato reciproco’); Misera, *ZRG RA* 94 (1977), 267, 270; Pernice, *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 10 (1868), 68, 100.

³⁰ Misera (fn. 29), 268. On this issue, see also Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto: ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, vol. 1, 1992, 189 and Willems, in: Hellwege/Soniewicka (eds.), *Law and Interdisciplinarity*, 2024, 309, 311.

³¹ Ogereau, *Paul’s Koinonia with the Philippians: A Socio-Historical Investigation of a Pauline Economic Partnership*, 2014, 203.

³² See Rives, *Animal Sacrifice in the Roman Empire (31 BCE–395 CE): Power, Communication, and Cultural Transformation*, 2024, 31: ‘Some neighbours might have pooled their resources to support a yoke of oxen between them; the Roman legal writer Ulpian can imagine a scenario in which two neighbours own one ox each, which they take turns using as a team’.

³³ Slapnicar, *Gratis habitare: unentgeltliches Wohnen nach römischem und geltendem Recht*, 1981, 63.

³⁴ See Scheibelreiter, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, 2023, 2471, 2474; Babusiaux, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, 2023, 2530, 2541; Cannata, in: Burdese (ed.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, 2006, 187, 197; Artner (fn. 29), 203; Misera (fn. 29), 272; Robaye, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité* 36 (1989), 351, 383 (‘deux prêts en sense inverse deviennent un seul contrat à titre onéreux’); Slapnicar (fn. 33), 62–63.

³⁵ See Scheltema/van der Wal, *Basilicorum libri LX*, vol. A.3, 1960, 1011 and G.E. Heimbach/C.G.E. Heimbach, *Basilicorum libri LX*, vol. 2, Lipsiae 1840, 382; G.E. Heimbach, *Basilicorum libri LX*, vol. 6: *Prolegomena et manuale Basilicorum*, 1870, 278, does not specify any further the original source the title Bas. 20, 4 is taken from. There are no pertinent scholia, see Scheltema/Holwerda, *Basilicorum libri LX*, vol. B.3, 1957, 1219.

Another option the jurists might have considered is the *actio locati*, which also encompasses cases of provision of services in return for remuneration.³⁶ While Ulpian – in line with his view that the price (*merces*) in a *locatio conductio* must consist of money – does not address this question,³⁷ in Justinian’s Institutes, this very problem and case is treated in the title on *locatio conductio*.

Inst. 3, 24, 2

Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur: ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit. et placuit non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus. veluti si, cum unum quis bovem haberet et vicinus eius unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos periit: neque locati vel conducti neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est.

‘Furthermore, as it was commonly asked whether a sales contract is concluded by bartering things, it used to be asked likewise for a *locatio conductio*, if, for example, somebody gave you a thing in order to use or to enjoy it and received in turn another thing from you in order to use or to enjoy it. And it was held that this is not a *locatio conductio*, but a type of contract in its own right. Such as, if somebody had one ox and his neighbour one, and they have agreed that for ten days, they will lend each other their oxen, so they can do the work, and the ox perished while at the other one, neither the action on *locatio conductio* nor that on loan lies, as the loan was not gratuitous, but it must be brought an action with prescribed words.’³⁸

Having reminded the law students of the ancient disputes concerning the legal classification of barter as sub-cases of sale or *locatio conductio*,³⁹ Justinian and his compilers endorse Ulpian’s assessment of the case that we are not confronted with a typical service contract (*locatio conductio*), that “‘use for use” is not *lo-*

³⁶ On this point, see *Molnar*, INDEX: Quaderni Camerti di Studi Romanistici 12 (1983–1984), 157, 171. *Longo*, in: Studi Albertario, vol. 1, 1953, 685, 687–688, argues that the reference to *locatio conductio* is owed to an interpolation by Justinian’s compilers. However, already Gaius, in his Institutes, raises the question whether ‘use for use’ may constitute a case of *locatio conductio*, albeit without answering it, see Gai. 3, 144 (Vel si rem tibi utendam dederim et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur. – ‘Likewise, if I give you a thing in order to use it and accept in turn another thing in order to use it, it has been asked whether a *locatio conductio* has been concluded.’), which shows that the jurists of his time discussed this question in a controversial way; on this, see *Robaye* (fn. 34), 383 with fn. 78; *Quadrato*, Le istituzioni nell’insegnamento di Gaio: omissioni e rinvii, 1970, 66–67 and 122–123, and *Mayer-Maly*, Locatio conductio: eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht, 1956, 131.

³⁷ See *Artner* (fn. 29), 203 with fn. 146, referring to Ulp. 32 ed. D. 10, 3, 23 and Ulp. 30 ed. D. 16, 3, 1, 9.

³⁸ See also the English translation by *Birks/MacLeod*, Justinian’s Institutes: Translated with an Introduction, 1987, 115.

³⁹ On this, see *Ernst*, in: Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner (eds.), Handbuch des Römischen Privatrechts, 2023, 2039, 2061; *Babusiaux* (fn. 34), 2530, 2540; *du Plessis*, in: Czajkowski/Eckhardt (eds.), Law in the Roman Provinces, 2020, 436, 455–459; *Möller*, in: FS für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag, 2011, 455, 459–463; *Leesen*, Gaius Meets Cicero: Law and Rhetoric in the School Controversies, 2010, 215–236; *Blaho*, in: Ernst/Jakab (eds.), Kaufen nach Römischen Recht: antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen, 2008, 53–60.

catio conductio’,⁴⁰ but that the ‘barter of use’ constitutes a contractual genre of its own (*proprium genus contractus*), giving way to the *actio praescriptis verbis*.⁴¹

This remedy, tailored to the needs of the specific case,⁴² was granted for instance in cases in which the parties agreed to exchange services: In the words of the Roman jurist Paul in Paul. 5 quaest. D. 19, 5, 5 pr., one party provides a service to the other, with the intention that the other party provides him with a service in return – ‘I do in order that you do’,⁴³ *facio ut facias*.⁴⁴ In Paul. 5 quaest. D. 19, 5, 5, 4, Paul specifies that in such a case, an *actio praescriptis verbis* should be granted, which in this case is similar to an action on mandate (*quae actio similis erit mandati actioni*).

In his Greek *Paraphrasis* of the Institutes, written in 533/534 CE, Theophilus, law professor in Constantinople and one of the authors of Justinian’s Institutes,⁴⁵ gives some more detail about the oxen case.

Theoph. Paraphr. Inst. 3, 24, 2

[...] δύο τινὲς ἀργογεῖτονες ὑπήρχον· ἑκάτερος αὐτῶν πρὸς ἓνα βοῦν ἐκέκτητο· οὐδέτερος οὖν ἠδύνατο τὸν οἰκεῖον ἀγρὸν ἀροτριᾶν διὰ τὸ ἓνα κεκτῆσθαι βοῦν. ἐὰν συμφωνηθῇ μεταξὺ αὐτῶν, ὥστε τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ἐπὶ δέκα ἡμέρας κυχρᾶν τὸν οἰκεῖον βοῦν ἐπὶ τῷ ἀροτριάσει τὴν γῆν τοῦ λαβόντος καὶ παρ’ αὐτῷ ἀπόλῃται ὁ βοῦς, οὔτε μίσθωσις τὸ τοιοῦτόν ἐστι, διὰ τὸ μὴ εἶναι certon ἐνταῦθα ἐν ἀργυρίῳ μίσθωμα, οὔδε commodaton (τὸ γὰρ commodaton gratuiton ὀφείλει εἶναι· ἰδοὺ δὲ ἐνταῦθα ὁ χρήσας ἔχει ἥτοι ἐλπίζει τὸ ἐκ τῆς ἀντιλήψεως κέρδος), ἀλλ’ ὀριζόμεθα ἐνταῦθα τὴν praescriptis verbis κατὰ τοῦ ἀπολέσαντος.

‘[...] There were two countrymen, each one of them had acquired but one ox; neither of the two, in fact, was able to plough his proper field for having acquired but one ox. If they have agreed among themselves that one lends to the other one for ten days his proper ox for ploughing the land of the one who takes it, and the ox perished with him, it is neither a rental contract for there is not a certain rent in money, nor a *commodatum* (a *commodatum*, to wit, must be gratuitous, in this case, however, the lender has for sure hoped for profit from receiving in turn); but we grant here the *praescriptis verbis* [claim] against the one who perished it.’⁴⁶

Among the ornaments and details of the case added by Theophilus, it might be worth stressing that he underlines the fact that both peasants, having only one ox each, were not able to plough their respective land with one ox only – accord-

⁴⁰ Thomas, *Bullettino dell’istituto di Diritto Romano* ‘Vittorio Scialoja’ 74 (1971), 83, 88.

⁴¹ See *Misera* (fn. 29), 276.

⁴² On the disputed history of the *actio praescriptis verbis*, see *Babusiaux* (fn. 34), 2530, 2550–2567. In the past, several authors argued that the reference to the *actio praescriptis verbis* in Ulp. 28 ed. D. 19, 5, 17, 3 has been added by the compilers and that in classical times, the jurists would have rather granted a claim in analogy to the *actio commodati*, an *actio in factum concepta*; see for instance *Mayer-Maly* (fn. 36), 132.

⁴³ *Frier* (fn. 28), 118.

⁴⁴ See *Schulz*, *Classical Roman Law*, 1951, 522.

⁴⁵ See *Kaiser*, in: Johnston (ed.), *The Cambridge Companion to Roman Law*, 2015, 119, 123, 125 and 133; *Lokin/Meijering/Stolte/van der Wal*, in: *Lokin/Meijering/Stolte/van der Wal* (eds.), *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum*, 2010, ix and xviii–xxii.

⁴⁶ The Greek text follows the edition by *Lokin/Meijering/Stolte/van der Wal* (eds.), *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum*, 2010, 682. See also the Latin translation by *Ferrini*, *Institutionum Graeca paraphrasis Theophilo Antecessori vulgato tributa*, vol. 2, 1897, 357–358 and the English translation by *Murison*, in: *Lokin/Meijering/Stolte/van der Wal* (eds.), *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum*, 2010, 683.

ingly, making them a team created an additional surplus in value. There are various mosaics and reliefs from different places and centuries attesting to the fact that in Roman times, teams of oxen were used to pull a plough. To name but one example, the collection of the Louvre in Paris not only holds a group of figurines depicting a person ploughing with the help of two oxen (Boeotia, 6th century BCE),⁴⁷ but also a sarcophagus with a relief showing a person ploughing with a team of oxen (Rome, around 160 CE),⁴⁸ and a funerary stele showing a team of ploughing oxen (Phrygia, around 200 CE)⁴⁹. According to Pliny, with a single team of oxen (*uno boum iugo*), depending on whether the condition of the soil was ‘easy’ (*facilis*) or ‘difficult’ (*difficilis*), 30 to 40 jugers (*ingera*) of land could be cultivated (see Plin. nat. 18, 173). Besides, Pliny stresses that fields which were ploughed did not need further weeding (Plin. nat. 18, 172: *nec sarienda sunt hoc modo sata*).

As to the legal side, Theophilus puts emphasis on the fact that the agreement did not constitute a loan contract (*commodaton*)⁵⁰: As the lender (ὁ χρήσας) was hoping for a *quid pro quo*, namely receiving the borrower’s ox in return (ἐλπίζει τὸ ἐκ τῆς ἀντιλήψεως κέρδος), the transaction was not gratuitous (*gratuiton*) and called for a different legal qualification than being a case of *commodatum*. Consequently, as the transaction is not qualified as a *locatio conductio* (μίσθωσις) either, since there is no monetary consideration (ἐν ἀργυρίῳ μίσθωμα), the *actio praescriptis verbis* is granted in the special situation at hand (ἐνταῦθα).

Unlike rabbinic law, Roman law does not appear to have considered the question of usury in this very context. Generally, Roman law had a relatively lenient approach towards the relation between both parties’ obligations. In the consensual contracts, such as *emptio venditio* and *locatio conductio*, parties were ‘naturally’ allowed to seek their own advantage and strive for contracts which proved to be a good deal for them, as long as the other party was not defrauded.⁵¹

IV. Conclusions

From an economic point of view, in the examined cases treated in the Mishnah and in the Tosefta, smallholders⁵² ‘supplement and increase their work ability’

⁴⁷ Louvre, Paris, inventory number: CA 352, <https://collections.louvre.fr/en/ark:/53355/cl010258978> (14.11.2025).

⁴⁸ Louvre, Paris, inventory number: AGRR 5, <https://collections.louvre.fr/ark:/53355/cl010277240> (14.11.2025).

⁴⁹ Louvre, Paris, inventory number: MND 420, <https://collections.louvre.fr/ark:/53355/cl010277043> (14.11.2025).

⁵⁰ On the use of Latin terms in the Greek Paraphrasis, see *Stolte*, in: Johnston (ed.), *The Cambridge Companion to Roman Law*, 2015, 355, 361–362; *Lokin/Meijering/Stolte/van der Wal* (fn. 45), xxiii–xxiv.

⁵¹ See *Willems*, ZRG RA 136 (2019), 233, 241–245 with further references.

⁵² See *Zimmermann*, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, 355.

‘through exchange with their neighbors or colleagues’.⁵³ The same is true for the famous case about the team of oxen discussed in Roman law.

From a legal point of view, both Roman and rabbinic law contain rules aiming at supporting the accomplishment of this economic aim. In doing so, Roman jurists and rabbis regard the same problem, but through a different lens. The solution found in the Roman legal sources is characterised by an approach departing from the pertinent legal remedies, i.e. thinking ‘in *actiones*’ (‘aktionsrechtliches Denken’)⁵⁴. The Roman jurists consider and then refuse that an *actio commodati* or an *actio locati* pertains, before resorting to the *actio praescriptis verbis*. The rabbis, in turn, depart from the important general rule that it is forbidden to take usury before mapping out under which circumstances it is accepted to exchange certain agricultural services on a reciprocal basis. It becomes obvious that both Roman jurists and rabbis have to adapt their basic conceptions in order to enable and facilitate that the reciprocal exchange of agricultural services amongst neighbours can be regarded as legally permitted and enforceable. While the late-classical Roman jurists⁵⁵ living at the passage from the second to the third century CE such as Ulpian have to resort to the *actio praescriptis verbis*, outside of the system of the classic four types of contract, concluded *re*, *verbis*, *litteris*, and *consensu*,⁵⁶ the rabbis quoted in the Mishnah and in the Tosefta – both products of about the same time⁵⁷ – advocate that exchanging agricultural services exceptionally does not constitute a case of forbidden usury if the services are equivalent (reciprocal weeding, reciprocal hoeing, reciprocal exchange of animals such as asses or cows) and performed under similar conditions (both parties hoeing, weeding, or ploughing either within the dry season or within the rainy season, both parties using the animals to carry their burden in the same direction).

It is hoped that dedicating these lines to Wolfgang Ernst, not only following up on his research on ‘weed in the Digest’,⁵⁸ but also trying to contribute to the subject of rabbinic and Roman law from a comparative perspective, a subject

⁵³ *Rosenfeld* (fn. 5), 171.

⁵⁴ On this concept, see for instance *Ernst* (fn. 39), 2039, 2079; *Babusiaux*, in: Baldus/Miglietta/Santucci/Stolfi (eds.), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Atti del Seminario internazionale* (Montepulciano 14.–17. Juni 2011), 2012, 367–431; *Miceli*, in: *Actio in rem e actio in personam: in ricordo di Mario Talamanca*, 2011, vol. 1, 97–126.

⁵⁵ This is stressed by *Fiori*, in: *du Plessis/Ando/Tuori* (eds.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, 2016, 581, 590.

⁵⁶ See *du Plessis*, *Borkowski’s Textbook on Roman Law*, 6th edn., 2020, 310; *Fiori* (fn. 55), 587.

⁵⁷ See *Hezser*, in: *Cohen* (ed.), *What is the Mishnah? The State of the Question*, 2023, 141, 152; *Hezser*, in: *Berthelot/Dohrmann/Nemo-Pekelman* (eds.), *Legal Engagement: The Reception of Roman Law and Tribunals by Jews and Other Inhabitants of the Empire*, 2021, 303, 307; *Armgarth*, *ZRG RA* 137 (2020), 39, 41.

⁵⁸ *Ernst* (fn. 2), 25–45.

also touched upon by Fritz Schulz,⁵⁹ the honouree's well-esteemed⁶⁰ academic great-grandfather, might – unlike the seeds in Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 27, 14 – fall on fertile ground.

⁵⁹ See *Schulz*, *Prinzipien des römischen Rechts*, 1934, 89 ('Insbesondere kann von einer Einwirkung der jüdisch-talmudischen Jurisprudenz auf das römische Recht keine Rede sein. Soweit die beiden Rechte Ähnlichkeiten aufweisen, die ein Abhängigkeitsverhältnis wahrscheinlich machen, handelt es sich um eine Beeinflussung des jüdischen Rechts durch das römische, nicht um das Umgekehrte.') and *Schulz*, *Principles of Roman Law*, 1936, 131 ('In particular, Jewish-Talmudic jurisprudence had no influence whatever on Roman law. In so far as the two legal systems contain similarities pointing to the dependence of one on the other, it was Roman law that influenced the Jewish, and not vice versa'). On this very quotation, see *Likhovski*, in: Bonin/Hakim/Nasti/Schiavone (eds.), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani: Eredità e Genealogie*, 2019, 2674, 286.

⁶⁰ See *Ernst*, in: Beatson/Zimmermann (eds.), *Jurists Uprooted: German Speaking Emigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, 2004, 105–203.

Gerichts-, Vollstreckungs- und Exekutiv-Immunität von Zentralbanken¹

Corinne Zellweger-Gutknecht und Fabia Stöcklin

I. Ausgangslage

Der Jubilar hat sich in seiner Forschung intensiv mit der Dogmatik und Geschichte des Geldrechts befasst. Die Zentralbank als hoheitliche Instanz bietet erst in jüngerer Zeit eine institutionelle Ordnung, die den Wert des Geldes gewährleisten soll. Damit die Zentralbank diese ihr zugedachte Aufgabe erfüllen kann, ohne zum Spielball ausländischer Ansprüche zu werden, muss sie weitgehende Immunität genießen. In der Hoffnung, dieser „äußere Rahmen des Geldes“ möge beim Jubilar auf Interesse stoßen, befasst sich der vorliegende Beitrag mit verschiedenen Facetten dieser Immunität.

Ist eine ausländische Zentralbank oder eine andere ausländische Währungsbehörde² von einem Verfahren betroffen, stellt sich jeweils die Frage, ob, und, falls ja, inwiefern sie Immunität genießt. Das gilt sowohl für gerichtliche, vor- und nach-gerichtliche Verfahren als auch für rein administrativ angelegte Verfahren.

Gerichtsimmunität hat zur Folge, dass eine ausländische Partei bereits im Erkenntnisverfahren vor nationalen Gerichten nicht verklagt oder in ein gerichtliches Verfahren hineingezogen werden darf, sofern nicht ausdrücklich eine Ausnahme vorgesehen ist oder eine wirksame Zustimmung vorliegt. *Vollstreckungsimmunität* führt dazu, dass davon erfasste Vermögensgegenstände vom Vollstreckungsverfahren ausgenommen sind. In beiden Fällen fehlt die Prozessvoraussetzung der inländischen Gerichtsbarkeit,³ was für beide Verfahrensab-

¹ Die Zweitautorin dankt dem Team des Max-Planck-Institut Luxemburg für Internationales, Europäisches und Regulatorisches Verfahrensrecht für den wertvollen wissenschaftlichen Austausch während ihres Forschungsaufenthalts sowie der Stiftung zur Förderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Forschung an der Universität Basel für die gewährte finanzielle Unterstützung zur Finalisierung des vorliegenden Beitrags.

² Mit Blick auf den Begriff der Zentralbank (bzw. Notenbank oder Währungsbehörde) stellen Recht und Lehre zur Immunität auf die wirtschaftswissenschaftliche Terminologie ab. Letztere orientiert sich an den Funktionen dieser Institution, was sich „generell gut in das moderne, funktional geprägte Immunitätsrecht einfügt“, zit. *Bsaisou*, Vollstreckungsimmunität von Zentralbanken, 2020, 19.

³ *Gutzwiller*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2002, 121, 132 m.w.H. insb. zu den Substantiierungs- und Beweislastfolgen.

schnitte jeweils gesondert⁴ bereits beim Eintreten in die Sache und von Amtes wegen⁵ zu prüfen ist.⁶

Die Immunität gegenüber Akten von Exekutivbehörden – hier als *Exekutivimmunität* bezeichnet – betrifft die Frage, ob und inwieweit staatliche Organe beim Sicherungsvollzug gegenüber einer ausländischen Währungsbehörde ohne Beizug von Gerichten tätig werden dürfen.

Im Folgenden wird zunächst kurz an die historische Entwicklung der Zentralbankimmunität erinnert (II). Daran schließt eine Auslegeordnung zum Stand der Dinge in allen drei Immunitätsbereichen an (III) – jeweils aus der Perspektive des Staates und der Zentralbank; gefolgt von Überlegungen zu Statut und Kriterien der Immunitätsbestimmung, sowie (IV) einem kurzen Fazit zum Schluss.

II. Die Immunität in der historischen Entwicklung

Die völkerrechtliche Staatenimmunität folgt aus dem Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten. Demzufolge können Gleiche über Gleiche weder herrschen noch richten (*par in parem non habet imperium ni iurisdictionem*). Entsprechend galt die Staatenimmunität ursprünglich absolut, d.h. unabhängig von der Art der staatlichen Aktivität und der Natur des streitigen Anspruchs.⁷ Allerdings betätigten sich Staaten ab dem 20. Jahrhundert vermehrt selbst wirtschaftlich und delegierten kommerzielle Tätigkeiten an eine wachsende Zahl mehr oder weniger selbständiger Organisationen. Absolute Staatenimmunität vertrug sich mit dieser Tendenz immer weniger.⁸ Seiner Struktur nach erinnert etwa das Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität (EU UeSI 1972)⁹ an die Phase der Abkehr von der absoluten Immunität: Es erwähnt sie zwar noch – indes nur noch am Ende einer taxativen Liste von Ausnahmen.¹⁰

Zunächst begannen Gerichte, die Immunität *ratione personae* zu begrenzen: Sie verneinten die Immunität für Rechtsträger, welche formaljuristisch vom Staat getrennt wurden, selbst wenn diese hoheitliche Aufgaben wahrnahmen und der Staat sie beherrschte.¹¹ Auch das Bundesgericht urteilte eine Weile in

⁴ Zur völkerrechtlich gebotenen Unterscheidung der Verfahren etwa *von Schönfeld*, NJW 1986, 2980, 2985; *Bsaisou* (Fn. 2), 89 f. m.w.H.

⁵ Vgl. für das deutsche Recht *Krauskopf/Steven*, WM 2000, 269, 269.

⁶ BGE 124 III 382, 387 E. 3.b = Pra 88 (1999) Nr. 23.

⁷ Vgl. etwa *Schütze*, Rechtsverfolgung im Ausland, 5. Aufl. 2016, 42 f. Rn. 91.

⁸ *Gramlich*, RabelsZ 1981, 545, 546 und 566 ff.; *Krauskopf/Steven* (Fn. 5), 271.

⁹ Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität vom 16. Mai 1972, in der Schweiz in Kraft seit 7. Oktober 1982, SR 0.273.1, AS 1982 1792; BBl 1981 II 977.

¹⁰ UeSI 1972 Art. 15 EU (Immunität) und Art. 1–14 (Einschränkungen). Vgl. auch *Reinisch*, IPRax 2017, 298, 299 m.w.H.

¹¹ Deutsche Entscheide in diesem Sinne: RGZ 110, 315, 317; RGZ 157, 389, 395; BGHZ 18, 1, 9 f. = WM 1955, 1223; OLG Frankfurt a.M., OLG Rep 1997, 227 (obiter). In der englischen Rechtsprechung so noch Court of Appeal in *Trendtex Trading Corporation Ltd. v Central Bank of Nigeria* [1977] Q.B. 558 = Int. Leg. Mat. 16 (1977) 483 (wobei zwei der drei Richter *ratione personae* argumentierten). Anders seit je in den USA: Fn. 32.

diesem Sinne.¹² Zentralbanken konnten unter diesem Regime der relativen Immunität *ratione personae* Immunität nur noch reklamieren, wenn sie formal als unselbständige Verwaltungseinheit des Staates organisiert waren. Dann aber galt diese Immunität einstweilen noch absolut.¹³

Schon im späten 19. Jahrhundert gingen Gerichte in Italien und Belgien dazu über, die Immunität auch für Staaten zu relativieren:¹⁴ Sie bejahten Immunität nur noch – nun *ratione materiae* – wenn hoheitliche Handlungen (*acta iure imperii*) im Streit standen. Namentlich bei privatwirtschaftlicher Betätigung (*acta iure gestionis*) verneinten sie sie hingegen.¹⁵ Auch das Bundesgericht schloss sich dieser Entwicklung bereits früh an.¹⁶

III. Die materiell-relative Immunität in der heutigen Praxis

1. Gerichtsimmunität

a) Staaten

Heute besteht Immunität in der Regel nur noch für hoheitliche Akte,¹⁷ nicht aber für privatwirtschaftliche Tätigkeiten, unerlaubte Handlungen sowie in Situationen, in denen ein Staat auf seine Immunität verzichtet hat. Die soeben skizzierte Entwicklung von der absoluten Immunität hin zu dieser materiell-relativen Immunität vollzog sich außerhalb der Schweiz¹⁸ primär im Bereich der Gerichtsimmunität. Inzwischen hat das Gros der Staaten den Grundsatz der absoluten Staatenimmunität aufgegeben, darunter Österreich,¹⁹ Deutschland,²⁰ die

¹² So im Jahr 1947 spezifisch zur Vollstreckungsimmunität BGE 73 III 158, 164 E. 4 i.S. *Staatliche Versicherungsanstalt der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien*. Vgl. auch die Urte. (zu Zentralbanken) in Fn. 13.

¹³ War eine formale Trennung erfolgt, verneinte das Bundesgericht in dieser Phase (Fn. 12) die Immunität entsprechend. Vgl. die unveröffentlichten Urte. v. 6.11.1931 i.S. *Banque Nationale de Bulgarie gegen Alcalay* (NZZ 1931 Nr. 2183) und v. 30.6.1942 i.S. *Bovard gegen Caisse autonome d'Amortissement de la Dette Publique Chilienne*; sinngemäß auch Urte. v. 12.4.1940 i.S. *Seckel gegen Österreichischer Bundesschatz*.

¹⁴ Vgl. die Nachweise in BGE 44 I 49, 54 E. 4.

¹⁵ *Reimisch* (Fn. 10), 299 m.w.H. Das gleiche Phänomen vollzog sich simultan auch staatsintern, sodass Staatsbürger neu gerichtlich gegen den eigenen Staat beziehungsweise dessen Behörden vorgehen konnten; *Schlemmer*, in: Giovanoli/Devos (Hrsg.), *International Monetary and Financial Law – The Global Crisis*, 2011, 431.

¹⁶ BGE 44 I 49, 54 E. 4; bestätigt in BGE 56 II 237, 250 E. 4 bzw. E. 2 m.H.a. die Tendenz im Ausland.

¹⁷ Zu deren Qualifikation vgl. Ziff. III.1.c).

¹⁸ In der Schweiz ergingen die Urteile regelmäßig zur Vollstreckungsimmunität; dazu unten Ziff. III.3.

¹⁹ OGH, Urte. v. 10.5.1950 – 1 Ob 171/50, *Hoffmann v. Dralle*, SZ 1950 Nr. 23/143, 304–332 = 17 ILR 155.

²⁰ Ab 1962: BVerfGE 15, 25, 33 ff. [1962] (Militärmission); 16, 27, 33 ff. [1963] (Botschaftsgebäude); BVerfG, NJW 2007, 2605, 2607 [2006] (hoheitliches Handeln selbst bei schweren Menschenrechtsverletzungen).

USA,²¹ Großbritannien,²² China²³ und Brasilien.²⁴ Das englische Recht diene zudem als Vorbild u.a. für die Immunitätsgesetze Singapurs, Pakistans und Südafrikas sowie teils auch Kanadas.²⁵ Damit ist das Konzept der materiell-relativen Staatenimmunität längst zu Völkergewohnheitsrecht geworden.²⁶ Es fand auch Eingang in das Staatsimmunitäts-Übereinkommen der Vereinten Nationen (UN CJSIS 2004),²⁷ das freilich bislang nicht in Kraft getreten ist.²⁸

b) Währungsbehörden

Die Immunität von Zentralbanken und anderen Währungsbehörden hat sich aus der Staatenimmunität entwickelt.²⁹ Entsprechend verlor das personale Element der Immunität für sie ebenfalls an Bedeutung – und zwar in doppelter Hinsicht: Mit Überwindung der Immunität *ratione personae* entfällt die Immunität nicht mehr allein deswegen, weil eine Zentralbank (wie heute üblich)³⁰ als formal selbstständige Körperschaft neben dem Staat auftritt. Zudem wird inzwischen auch die Zentralbankimmunität *ratione materiae* beurteilt.³¹

Die rechtliche Fundierung dieses Resultats ist keineswegs einheitlich. Teils greift ein weiter Staatsbegriff, der selbstständige Rechtsträger den Regeln für

²¹ *Foreign Sovereign Immunities Act* (US FSIA 1976), Sec. 1330 in Chap. 85 Tit. 28 United States Code; 15 ILM (1976) 1388. Ausschlussgründe für Immunität sind Verzicht (*waiver*) Sec. 1605(a)(1), gewisse deliktische Akte Sec. 1605(a)(3) und eine *commercial activity* Sec. 1603(d) – zu deren Qualifikation unten Ziff. III.1.c). *Dellapenna*, *Suing Foreign Governments and Their Corporations*, 2. Aufl. 2021, 756. Vgl. auch *Krauskopf/Steven* (Fn. 5), 276 m.w.H. Kodifiziert wurde so die zuvor gelebte Praxis, *Reinisch* (Fn. 10), 299 m.w.H. Zur älteren Rechtsprechung *Gramlich* (Fn. 8), 558 ff.

²² *State Immunity Act* 1978, c. 33 (UK), 17 ILM (1978) 1123. Keine Prozessimmunität gewährt wird für *commercial transactions*: Sec. 14(1). – zu deren Qualifikation Sec. 14(2) und unten Ziff. III.1.c).

²³ Art. 4–6 *Law of the People's Republic of China on Foreign State Immunity* (CN FSIL 2023).

²⁴ Supremo Tribunal Federal (Brasilien), Recurso Extraordinário n°. 954.858/RJ, Urt. v. 23.8.2021 (ChangriLa).

²⁵ *Krauskopf/Steven* (Fn. 5), 275 m.w.H.

²⁶ In einer Umfrage der International Law Commission befürworteten 1988 noch Brasilien, Bulgarien, China, die DDR, Belarus und Venezuela die absolute Immunität, *Fox/Webb*, *The Law of State Immunity*, 3. Aufl. 2015, 150. Jedenfalls Brasilien und China haben ihre Praxis inzwischen geändert (vgl. Fn. 24 f.).

²⁷ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, UN-Resolution 59/38, New York, 2.12.2004. Generell-abstrakt ausgenommen von der Immunität sind *commercial transactions*: Art. 10 (Grundsatz) i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. c (Begriffsdefinition); vgl. zur Immunität: Art. 15; Einschränkungen sind taxativ genannt: Art. 1–14.

²⁸ Inkrafttreten nach der 30. Ratifikation; die Schweiz ratifizierte am 16. April 2010, BBl 2009 1761. *Ziliolli*, in: EZB (Hrsg.), *Treading softly: How central banks are addressing current global changes*, ECB Legal Conference 2023, 2023, 112, 114, sieht darin dennoch bereits völkerrechtliches Gewohnheitsrecht – was indes wohl nicht zutrifft, wo Praxisunterschiede fortbestehen (so z.B. bzgl. Vollstreckungsimmunität der Zentralbanken, s.u.).

²⁹ Vgl. nur *Fox/Webb* (Fn. 26), 369. Zur Praxis des Bundesgerichts *Favre*, in: Pingel (Hrsg.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, 2004, 43 ff.

³⁰ *Reinisch* (Fn. 10), 303; *Krauskopf/Steven* (Fn. 5), 270 insb. m.H.a. die Zentralbanken der EU-Staaten.

³¹ *Schütze* (Fn. 7), 41 Rn. 88.

Staaten selbst unterstellt.³² Teils werden die selbständigen Rechtsträger zwar explizit nicht als Teil des Staates betrachtet, ihre Immunität bei *hoheitlicher Tätigkeit* aber doch bejaht.³³ Für EU-Mitgliedstaaten gilt zudem, dass ohne explizite Bewilligung des EuGH keine Prozesse gegen die EZB angestrengt werden dürfen. Für Nicht-Mitgliedstaaten ist völkerrechtlich mehrheitlich anerkannt, dass die Funktion der EZB als Währungsinstanz mehrerer Staaten im selben Rahmen zu Immunität berechtigt wie für einzelstaatliche Zentralbanken.³⁴

c) *Hoheitsakte: Qualifikationskriterien und -statut*

Da sich die Immunität heute wie gezeigt materiell-relativ insbesondere auf hoheitliche Akte beschränkt,³⁵ sind *Kriterien* zu ermitteln, die eine fragliche Handlung als hoheitlich oder privatwirtschaftlich einstufen. In Frage kommen einerseits der Zweck einer Handlung (bzw. die Frage, ob sie der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient) und andererseits ihre Natur. Letztere zeigt sich insbesondere in der Art der Handlung (also in der Frage, ob sie staatstypisch ist wie etwa Gesetzgebung, Verwaltung, militärische Maßnahmen), in ihrem Konnex zu staatstypischen Handlungen (also in der Frage, ob sich etwa eine Staatsaufgabe ohne die fragliche Handlung gleichermaßen erfüllen ließe), der Form der Handlung (bzw. der Frage, ob sie autoritativ wirkt wie etwa bei Anordnungen oder Zwang) und in ihrer Wirkung (bzw. in der Frage, ob Private gleichermaßen handeln und so gleiche Resultate erzielen könnten).

Noch fehlen universell geltende völkerrechtliche Kriterien für diese Unterscheidung.³⁶ Denn der Bedarf nach einer Differenzierung fehlte lange bzw. blieb sie dort entbehrlich, wo das Konzept der absoluten Immunität weitergalt, so namentlich in Ländern der damals sogenannten „Dritten Welt“ und des ehemaligen sozialistischen Ostblocks.³⁷ Da sich eine feste Immunitätsuntergrenze bis auf Ausnahmen nicht feststellen lässt, genießen Staaten hier weiterhin völkerrechtlichen Spielraum.³⁸

Immerhin zeichnen sich Tendenzen ab. Mit Blick auf die Gerichtsimmunität stellen Rechtsordnungen soweit ersichtlich nicht auf den Zweck einer Handlung ab. Vielmehr fokussieren sie sich auf deren Natur und deren oben beschriebenen Facetten.³⁹ Hoheitlicher Natur sind demnach konsequenterweise auch

³² Art. 2(1)(b)(iii) UN CJIS 2004; Sec. 2(1)(b) US FSIA 1976 und schon *Dunlap v. Banco Central del Ecuador*, 41 N.Y.S. 2d 650 (Sup. Ct. 1943) = AILC 6 (1973) 231. Vgl. auch *Krauskopf/Steven* (Fn. 5), 277.

³³ Für Österreich: OGH, Urt. v. 28.6.2016 – 8 Ob 68/16g, OEBA 64 (2016) Heft 12, 927 f.; Großbritannien: Sec. 14 UK SIA 1978 (Fn. 22); völkerrechtlich: Art. 27 Abs. 2 und 3 EU UeSI 1972; *Reinisch* (Fn. 10), 304.

³⁴ *Fox/Webb* (Fn. 29), 370.

³⁵ Vgl. eingangs Ziff. III.1.a) und soeben Ziff. III.1.b) bei Fn. 33.

³⁶ *Gramlich* (Fn. 8), 585.

³⁷ *Schlemmer* (Fn. 15), 431; BVerfGE 46, 342, 350 [1977].

³⁸ *Schaumann/Habscheid*, in: Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (Hrsg.), Bericht der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht. Heft 8: Arbeiten der 2. Studienkommission, 1968, 1, 77.

³⁹ Vgl. für Deutschland BVerfGE 16, 27, 61 [1963], wonach die Rechtsnatur des Aktes und nicht der Zweck entscheidend ist. Ebenso Sec. 1603(d) US FSIA 1976, wonach die Rechtsnatur

Handlungen Privater, die ihre Wirkung nur entfalten, wenn sie mit expliziter Einwilligung der staatlichen Zentralbank vorgenommen werden. Generell legen inzwischen die meisten Staaten den Hoheitsbegriff restriktiv aus.⁴⁰ Gar kein hoheitlicher Akt ist nach Auffassung der großen Mehrheit der Gerichte die Kapitalaufnahme durch Emission von Staatsanleihen.⁴¹ Die Absicherung des allgemeinen Finanzbedarfs eines Staates gilt jedenfalls für sich genommen nicht als staatliche Tätigkeit, welche Immunität nach sich ziehen würde.

Schließlich fragt sich auch, nach welcher Rechtsordnung die Kriterien ermittelt werden sollen, um zu bestimmen, ob eine Zentralbank (bei engem Staatsbegriff) bzw. ein hypothetisch an ihrer Stelle handelnder Staat (bei weitem Staatsbegriff) für eine konkrete Handlung Immunität genießt. Zur Ermittlung dieses *Qualifikationsstatus* werden drei Ansätze herangezogen:

Erstens wird auf das Recht des Forumsstaates (*lex fori*) abgestellt. So greifen Gerichte der Schweiz, Deutschlands und Großbritanniens auf innerstaatliches Recht zurück, wenn sie im Völkerrecht keine allgemeingültigen Unterscheidungskriterien feststellen können.⁴² Damit bleibt die rechtliche Einordnung als Hoheitsakt keine ausschließliche Angelegenheit des fremden Staates. Um Rechtsmissbrauch durch den Forumsstaat zu verhindern, muss er seine Auslegung nach dem völkerrechtlich anerkannten Prinzip von Treu und Glauben (*good faith*) im Einzelfall vornehmen.⁴³

Zweitens erachtete Gramlich das Recht des handelnden Staates (Herkunftsstaatsrecht) als maßgeblich.⁴⁴ Er folgte dabei dem Grundsatz der Gleichheit der Staatssouveränität und dem Verbot der Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates. Beides sah er verletzt, wenn nach inländischem Recht die Handlungen ausländischer Staatsorgane in *acta iure imperii* oder *acta iure gestionis* unterteilt wurden. Hingegen wahre die Bewertung nach dem Recht des Herkunftsstaates auch das Reziprozitätsprinzip. Denn so stehe es jedem Staat frei, den eigenen Immunitätsbereich zu definieren.⁴⁵ Gramlich entwickelte den Ansatz in der Ostblock-Ära, um den damals stark divergierenden Gesellschafts-, Rechts- und Wirtschaftssystemen (marktwirtschaftlicher und so-

einer Handlung (und nicht deren Zweck bzw. *purpose*) bestimmt, ob es sich um eine *commercial activity* handelt. Zum UK *Mann*, Further studies in international law, 1990, 303 ff., 313, wonach es auf die Motivation für die fragliche Handlung nicht ankommt, und ebenso bereits Sec. 14(2) UK SIA 1978. Schließlich OGH 8Ob68/16g, OEBA 64 (2016) Heft 12, 927 f. Der Zweck der Handlung bleibt auch nach österreichischem Recht unerheblich: *Kriebaum*, in: Reinisch (Hrsg.), Handbuch des österreichischen Völkerrechts, Band 1, 6. Aufl. 2021, Rn. 1563.

⁴⁰ *Parkin v Government of the République Democratique du Congo and Another*, 1971 (1) SA 259 (W) 260H–262A; *Dörr*, in: Leible/Ruffert (Hrsg.), Völkerrecht und IPR, 2006, 208; BVerfGE 46, 342, 377 [1977].

⁴¹ EuGH, *Fahnenbrock u.a./Hellenische Republik*, EuZW 2015, 633; *Weston Cie. de Finance, SA v. Ecuador*, 823 F. Supp. 1106, 1110 f. (S.D.N.Y. 1993).

⁴² *Gutzwiller* (Fn. 3), 123 m.w.H., der die (implizite) Praxis des Bundesgerichts hier verortet. Vgl. für Deutschland noch BVerfGE 16, 27, 61 [1963], wonach die Qualifikation als nicht-/hoheitliche Staatstätigkeit grundsätzlich nach nationalem Recht vorzunehmen sei.

⁴³ BVerfGE 27, 45 = ILR 57, 73 [1964]; *Bankas*, The state immunity controversy in international law: private suits against sovereign states in domestic courts, 2. Aufl. 2022, 315 f.

⁴⁴ *Gramlich* (Fn. 8), 574 ff. und 586 f.; ebenso schon *Schaumann/Habscheid* (Fn. 38), 123 ff.

⁴⁵ *Gramlich* (Fn. 8), 574 f.; *Münch*, ZaöRV 1964, 18.

zialistischer Prägung) Rechnung zu tragen. Es ist nicht auszuschließen, dass er in einer multipolarer werdenden Welt an Bedeutung gewinnen könnte.

Drittens schließlich steigt die Zahl der Gerichte, welche wie etwa in Österreich,⁴⁶ Deutschland,⁴⁷ Großbritannien,⁴⁸ Frankreich⁴⁹ und den USA⁵⁰ zwischen Hoheitsakt und privatrechtlicher Handlung nicht nach innerstaatlichem Recht unterscheiden, sondern nach völkerrechtlichen Kriterien differenzieren, soweit sich solche feststellen lassen.

2. Vollstreckungsimmunität

a) Staaten

Ein Vollstreckungsverfahren wirkt unmittelbarer und einschneidender als ein verlorenes Erkenntnisverfahren. Entsprechend hielt sich das Prinzip der absoluten Immunität von Staaten gerade in der Vollstreckung deutlich länger.⁵¹ Doch inzwischen dominiert auch hier die völkergewohnheitsrechtliche Regel: Vermögensgegenstände im Forumsstaat sind gegen Zwangsvollstreckung nur insoweit geschützt, als sie tatsächlich hoheitlichen Zwecken eines fremden Staates dienen. Das gilt namentlich in Deutschland,⁵² dem UK,⁵³ den USA⁵⁴ und im völkerrechtlichen Rahmen.⁵⁵

Zu den Wegbereitern dieser Praxis zählte auch das Schweizerische Bundesgericht. Es verlangt indes strikt einen Konnex des streitigen Rechtsverhältnisses zur hiesigen Rechtsordnung⁵⁶ und hält bis heute an einem „ausreichenden Bin-

⁴⁶ OGH 8Ob68/16g, OEBA 64 (2016) Heft 12, 927 f.; Keller/Bollenberger, BankArchiv 2016, 927.

⁴⁷ BVerfGE 46, 342, 359 [1977].

⁴⁸ Supreme Court, *Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2017] UKSC 62 betonte, dass die Qualifikation hoheitlicher Akte zwar nach dem UK SIA 1978 erfolgt, aber mit internationalen Standards (EU UeSI 1972, UN CJIS 2004) übereinstimmen muss. Die Sec. 4(2)(b) und 16(1)(a) hinderten ausländische Staatsangestellte daran, arbeitsrechtliche Ansprüche im UK geltend zu machen, was gegen Art. 6 und 14 der EMRK verstieß. Das Gericht verneinte darum die Immunität. Unlängst wurden die fraglichen Bestimmungen im UK SIA 1978 angepasst.

⁴⁹ Vgl. *Grabinski*, Die kollisionsrechtliche Behandlung des Durchgriffs bei rechtlich selbstständigen Unternehmen in privater oder öffentlicher Hand, 1991, 178.

⁵⁰ *De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua*, 770 F.2d 1385 (5th Cir. 1985).

⁵¹ *Reinisch*, European Journal of International Law 2006, 803, 804, 807; *Gramlich* (Fn. 8), 591.

⁵² BVerfGE 46, 342, 354 und 388 f., 392 [1977] (Botschaftskonto); bestätigt BVerfGE 64, 1, 16 [1983] (National Iranian Oil Company); BGH, NJW 2016, 1659, 1660; *Gramlich* (Fn. 8), 592; *Krauskopf/Steven* (Fn. 5), 275 f.

⁵³ Sec. 14(4) UK SIA 1978 (keine Immunität für Aktiva mit privatwirtschaftlicher Zweckbestimmung).

⁵⁴ Sec. 1609, 1610(a)(2) US FSIA 1976 (generell-abstrakter Ausschluss der Immunität für kommerziell genutztes Staatsvermögen mit Konnex zum Anspruch).

⁵⁵ Erste Ausnahmen zur absoluten Immunität in Art. 20 Abs. 1 und 2 f EU ÜeSI 1972. Art. 21(a), (c) UN CJIS 2004 (generell-abstrakter Ausschluss der Immunität für kommerziell genutztes Staatsvermögen mit Konnex zum Anspruch). Vgl. auch IGH, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, I.C.J. Reports 99, 148 [2012].

⁵⁶ BGE 44 I 49, 53 ff. E. 4 m.w.H.; *Favre*, in: FS für Hans Peter Walter, 2004, 471 ff.; BGE 56 II 237 zur Sicherung von Ansprüchen aus privat emittierten und später von Griechenland als

nenbezug“ fest.⁵⁷ Ein solches Erfordernis ist im Rahmen von Vollstreckungsverfahren keineswegs singulär.⁵⁸ Auch historisch machte es in einem Umfeld fast global geltender absoluter Staatenimmunität durchaus Sinn: So bejahte das Bundesgericht (progressiv) die relative Gerichtsimmunität, verhinderte über den Konnex aber (konservativ) ein uferloses Übergreifen der Immunitätsrelativierung auf die Vollstreckung.⁵⁹ Diese Ratio der Binnenvoraussetzung ist bei Verfahren gegen Staaten inzwischen entfallen. In Bezug auf Währungsbehörden ist dieses immunitätsstärkende Element hingegen weiter zentral und es bestehen andere ausreichende Elemente, die einer ausufernden Immunität vorbeugen.⁶⁰

b) Währungsbehörden

Für Zentralbanken und andere Währungsbehörden sind Immunitätsschranken von besonderer Bedeutung.⁶¹ Ihr Guthaben bei ausländischen Banken ist oft beträchtlich und das potenziell wichtigste Vollstreckungssubstrat außerhalb des Hoheitsgebiets eines Schuldnerstaats.⁶² Selbst wenn eine Zentralbank solche Vermögen im Alltag nicht als Währungsreserven für ihre Operationen nutzt, bleibt für sie der jederzeit ungehinderte Zugriff darauf essenziell. Nur so kann sie ihr Mandat auch in plötzlichen Krisensituationen flexibel und autonom erfüllen. Ein Vollstreckungszugriff kollidiert stets mit währungspolitischen Interessen und hätte im Einzelfall kaum absehbaren Konsequenzen.⁶³

Vor diesem Hintergrund anerkennen diverse Gerichte⁶⁴ und Erlasse den Zentralbanken weiterhin kategorische Vollstreckungsimmunität, so etwa die USA,⁶⁵

Schuldnerin übernommenen Anleihen. Konnex a.a.O. 249 E. 2 bejaht, wenn das Rechtsverhältnis „vom fremden Staate im Inland begründet, eingegangen worden oder zur Durchführung hier bestimmt“ ist.

⁵⁷ Mindestens muss der Schuldner Schritte unternommen haben, um einen hiesigen Erfüllungsort zu begründen, vgl. *Gutzwiller* (Fn. 3), 124. Vgl. etwa BGE 82 I 75; 106 Ia 142; 120 II 400, 406 = Pra 1995 Nr. 203, E. 4a. Jüngst etwa BGE 134 III 122 E. 5.2.2, 135 III 608 E. 4; Bundesamt für Justiz BJ, Information Nr. 16, 1.12.2016, Arrestlegung von Vermögenswerten ausländischer Staaten und internationaler Organisationen. Kritisch *Marro*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2022, 243, 256.

⁵⁸ Vgl. Fn. 54 zu Sec. 1609 i.V.m 1610(a)(2) US FSIA 1976 und Art. 21(a) UN CJIS 2004.

⁵⁹ Symptomatisch die Differenzierung in BGE 56 II 237, 250 E. 4 zwischen Belgien (kein Binnenbezug, aber absolute Vollstreckungsimmunität) und Italien (Binnenbezug, aber relative Vollstreckungsimmunität).

⁶⁰ Vgl. unten Ziff. III.2.c) zur Zweckbindung.

⁶¹ Zur Vollstreckungsimmunität von Zentralbanken *Gutzwiller* (Fn. 3), 121 ff.; detailliert *Bsaisou* (Fn. 2), passim.

⁶² *Szodrubch*, Staateninsolvenz und private Gläubiger, 2010, 387.

⁶³ *Aufrecht*, Comparative Survey of Central Bank Law, 1965, 106 ff. und 183 ff.

⁶⁴ U.S. Court of Appeals (2d Cir.), *Havlish v. Taliban*; *Aliganga v. Taliban* (2025); US Court of Appeals (2d Cir.), *NML Capital, Ltd. v. Banco Central de la República Argentina*, 652 F.3d 172 (2011); High Court of England and Wales (QB), *AIC Ltd. v. Federal Government of Nigeria* [2003] EWHC 1357; Supreme Court of the Netherlands, *Republic of Kazakhstan v. Stati and Others* (Case No. 19/03142) und *SamrukKazyna JSC v. Stati and Others* (Case No. 19/03144) [2020].

⁶⁵ Sec. 1611(b)(1) US FSIA 1976: Weiterhin absolute Immunität für Zentralbankvermögen unabhängig vom Verwendungszweck. *Ostrander*, in: EZB (Hrsg.), Treading softly: How central banks are addressing current global changes, ECB Legal Conference 2023, 2023, 122, 124.

Großbritannien⁶⁶ und völkerrechtliche Übereinkommen.⁶⁷ In den USA wird selbst die vorläufige Sicherung konsequent unterbunden, auch wenn das Vermögen kommerziellen Zwecken (mit-)dient.⁶⁸

Demgegenüber gewähren Gerichte in Deutschland,⁶⁹ Schweden⁷⁰ und Frankreich⁷¹ Vollstreckungsimmunität immerhin dann, wenn eine Zentralbank fragile Werte für souveräne Zwecke und auf eigene Rechnung hält. Auch das Bundesgericht folgt (seit Abkehr von der Relativierung *ratione personae*)⁷² dieser Linie.⁷³ Desgleichen lässt heute China die Vollstreckung gegen ausländische Währungsbehörden zu, wenn deren betroffenes Vermögen eine klare kommerzielle Zweckbindung aufweist.⁷⁴

Soweit Vollstreckungsimmunität an sich besteht, lässt sie sich nur durch *Verzicht* überwinden.⁷⁵ Fragen dazu müssen mit Rücksicht auf den Umfang unbehandelt bleiben.⁷⁶ Jedenfalls aber kann eine Zentralbank selbstständig über die Reichweite der Vollstreckungsimmunität ihres Vermögens verfügen⁷⁷ und sich insbesondere durch Prorogation auf ein ausländisches Verfahren einlassen.

c) Hoheitliche Vermögenswerte: Qualifikationsstatut und -kriterien

Bei der Vollstreckungsimmunität greifen andere Kriterien zur Identifikation hoheitlichen Vermögens von Zentralbanken als bei der Gerichtsimmunität.

⁶⁶ Sec. 14(4) UK SIA 1978: Fiktion der hoheitlichen Zweckwidmung für sämtliches Zentralbankvermögen; *Gramlich* (Fn. 8), 592; *Krauskopf/Steven* (Fn. 5), 275 f.

⁶⁷ *Wuerth*, in: Ruys/Angelet/Ferro (Hrsg.), *Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, 2018, 266. EU ÜeSI 1972: Noch ohne Regelung für selbstständige Organismen; daher für eine Analogie zu Art. 27 Abs. 2; *Krauskopf/Steven* (Fn. 5), 274 m.w.H. Art. 21(1)(c) UN CJIS 2004: Fiktion hoheitlichen Charakters für jegliches Zentralbankvermögen – indes kein Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht angesichts der Praxis in Deutschland und Schweden (dazu sogleich und Fn. 69 f.).

⁶⁸ *Weston Cie. de Finance, SA v. Ecuador*, 823 F. Supp. 1106, 1110 f. (S.D.N.Y. 1993); *Krauskopf/Steven* (Fn. 5), 277.

⁶⁹ BGH, NJW-RR 2013, 1532; BGHZ 39, 1532, 1534 [1963]; *Schaumann/Habscheid* (Fn. 44), 266; a.M. *Gramlich* (Fn. 8), 594 f. (absolute Vollstreckungsimmunität).

⁷⁰ Case No Ö 3828–20, *Ascom* NJA 2021.

⁷¹ Cour de cassation (Frankreich), *NML Capital c. La République argentine; et autre*, Arrêt n° 394 (11–13.323); Arrêt n° 395 (11–10.450); Arrêt n° 396 (10–25.938); Urt. v. 28.3.2013 (Immunität *ratione materiae*, soweit Währungsreserven hoheitlichen Aufgaben dienen). Vgl. nun auch Art. L111–1–2 *Code des procédures civiles d'exécution* (2016) para 1 Ziff. 3 (Vermögen wird für kommerzielle Zwecke genutzt oder ist dafür bestimmt; die – längere – exemplarische Liste nennt Zentralbankvermögen indes nicht explizit).

⁷² Vgl. Fn. 12 f.

⁷³ Vgl. zu den Einzelheiten der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Vollstreckungsimmunität Ziff. III.2.c).

⁷⁴ Art. 12 CN FSIL 2023 (klare kommerzielle Zweckbindung).

⁷⁵ Art. 26 EU ÜeSI 1972; § 1611(b)(1) US FSIA 1976; Sec. 14(4) UK SIA 1978.

⁷⁶ Namentlich fragt es sich, ob ein Verzicht auf die Gerichtsimmunität zugleich die Vollstreckungsimmunität aufhebt, ob ein allgemeiner Verzicht auch Zentralbankvermögen erfasst und ob auch ein Staat selbst (bzw. welche innerstaatliche Einheit) durch eine ausdrückliche und spezifische Verzichtserklärung die Vollstreckungsimmunität von Vermögen seiner Zentralbank wirksam aufheben könnte.

⁷⁷ *Bsaisou* (Fn. 5), 254; a.M. *Gramlich* (Fn. 8), 59; explizit offengelassen in BGH, NJW-RR 2013, 1532, 1534.

Dort steht der Zweck einer fraglichen Handlung nicht im Vordergrund. Demgegenüber ist in der Vollstreckung nun der Verwendungszweck durchaus ein zentraler Anknüpfungspunkt: Sind Vermögenswerte einem hoheitlichen Zweck gewidmet, sind sie gegen Vollstreckung im Ausland immun,⁷⁸ was etwa Art. 92 Abs. 1 Ziff. 11 SchKG⁷⁹ ausdrücklich so statuiert und die effektive Wahrnehmung staatlicher Aufgaben sicherstellen soll. Allerdings verlangt das Bundesgericht einschränkend, dass Vermögen einem konkreten hoheitlichen Zweck gewidmet und die Widmung *erkennbar* sein muss.⁸⁰ Diese Trias, die *konkrete und erkennbare Widmung*, soll verhindern, dass ein ausländischer Staat „durch Anlage beliebiger Mittel im Ausland auf den Namen seiner Zentralbank eine praktisch unbeschränkte Vollstreckungsimmunität“ erlangt.⁸¹ Bei bestimmten Aktiven spricht allenfalls eine Vermutung gegen die Klassifikation als der Monetärpolitik gewidmete Währungsreserve, so etwa bei längerfristig gebundenen Anlagen oder solchen in untypischer Währung.⁸²

Kritisch betrachtet werden teils pauschale Ansätze, die den Gläubigern von Zentralbanken jegliche realistische Vollstreckung verunmöglichen.⁸³ Hierunter fallen jedenfalls jene Rechtsordnungen, die für Zentralbankvermögen eine hoheitliche Zweckwidmung fingieren oder ohne Fiktion gegen jegliche Vollstreckung immunisieren.⁸⁴ Die Attraktion als Aufbewahrungsort für Aktiven von Zentralbanken, die zur Mandatserfüllung auf gesicherte Verfügungsfähigkeit angewiesen sind, ist aber evident und überwiegt deren Nachteile deutlich.⁸⁵

Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht operiert (in beschränkter Weise) mit einer Pauschalierung: Es legte die Natur der Vermögenswerte im NIOC-Beschluss fest, indem es abstrakt auf die Zugehörigkeit der Aktiven zum Finanzvermögen (*iure gestionis*) oder zum Verwaltungsvermögen (*iure imperii*) abstellte.⁸⁶ Das ist abzulehnen, da es keine inhaltliche Bewertung des Verwendungszwecks und damit auch keine angemessen präzise Abgrenzung zwischen hoheitlichem Vermögen und nichthoheitlichen Vermögenswerten erlaubt.⁸⁷

⁷⁸ Vgl. die Nachweise in den Fn. 71 und 74.

⁷⁹ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889, SR 281.1.

⁸⁰ BGE 111 Ia 62, 65 E. 7.b; BGE 108 III 107, 109 f. E. 1; Bargeld und Wertschriften sind nach Summen oder Titeln auszuschneiden; taugliche Belege sind auch amtlich beglaubigte Auszüge aus den Geschäftsbüchern der Zentralbank, nicht jedoch Privatgutachten: BGer 5A_9272008 vom 25. Juni 2008, E. 3.1 f. (unveröffentlicht).

⁸¹ Zit. BGE 111 Ia 62, 65 E. 7.b (Central Bank of Lybia, Erkennbarkeit) in Bestätigung von BGE 86 I 23 (Gebäude für diplomatische Mission); vgl. auch BGE 108 III 107, 109 E. 1; *Reinisch* (Fn. 51), 810.

⁸² *Gutzwiller* (Fn. 3), 132.

⁸³ *Bsaisou* (Fn. 5), 270 f.

⁸⁴ Vgl. die Nachweise auf die USA, UK und die CJIS 2004 in den Fn. 65–67.

⁸⁵ Stellungnahme des Bundesrates vom 30.11.1998, E. 1./2. zur Interpellation „Goldreserven der SNB in den USA“ von Wilfried Ernest Gusset vom 8.10.1998, Geschäfts-Nr. 98.3476.

⁸⁶ BVerfG, NJW 1983, 2766, 2768 (National Iranian Oil Company, NIOC); so nun auch OLG Köln, NJOZ 2004, 788, 791 f.

⁸⁷ So auch *Bsaisou* (Fn. 5), 284 f.

Schlussendlich stellt sich auch für die Vollstreckungsimmunität die Frage nach dem Qualifikationsstatut. Dazu kann auf das zur Gerichtsimmunität Gesagte verwiesen werden.

3. Exekutivimmunität (Immunität gegenüber Akten von Exekutivbehörden)

Schließlich bleibt die Frage, ob die Vollstreckungsimmunität auch im Falle *exekutiver Maßnahmen wie Sanktionen oder administrativen Zugriffen* gilt, oder ob sie auf gerichtliche Verfahren und darauf gestützte Zwangsvollstreckung beschränkt bleiben soll.⁸⁸ Die Frage der Immunität gegenüber Exekutivakten – ebenso wie gegenüber gerichtlich angeordneten Sanktionen – hat jüngst Aktualität erlangt:⁸⁹ Nach dem Angriff Russlands auf die Ukraine wurden Vermögenswerte der russischen Zentralbank etwa im Rahmen der gegen Russland verhängten EU-Sanktionen eingefroren. Die Sanktionen stützten sich u.a. auf den Beschluss des Rates der Europäischen Union vom 28. Februar 2022.⁹⁰ Sie beruhten damit nicht auf einem Gerichtsurteil, sondern auf einer Politentscheidung der EU-Institutionen.

Sanktionen, die im Rahmen *gerichtlicher* Verfahren ergehen, haben die Grenzen der Immunität jedenfalls zu beachten.⁹¹ Nach Völkergewohnheitsrecht sind Eingriffe in Zentralbankaktiven als Sanktionen gegen völkerrechtliche Verletzungen nur gerechtfertigt, wenn sie i) nicht strafen, sondern zu rechtskonformem Verhalten hinlenken, ii) durch Staaten ergriffen werden, die durch die Völkerrechtsverletzung geschädigt sind und iii) nur vorläufig greifen und rückgängig gemacht werden können.⁹²

Ungeachtet der Aktualität ist nicht einsichtig, weshalb Immunität nur im Zusammenhang mit gerichtlichen Verfahren greifen sollte.⁹³ Denn so könnten exekutive Maßnahmen das Prinzip der souveränen Gleichheit von Staaten systematisch unterlaufen.⁹⁴ Dies gilt umso mehr, als Exekutivmaßnahmen mitunter gerade deswegen ergriffen werden, weil die Immunitätsfrage (und deren Beantwortung) im Falle gerichtlich verfügter Sanktionen vermieden werden soll. Zudem lassen sich administrative Sanktionen zuweilen nur schwer von gerichtlich legitimierten Akten unterscheiden.

⁸⁸ *Moiseienko*, The European Journal of International Law 2023, 1007; *Ostrander* (Fn. 65), 139 ff.

⁸⁹ *Wuerth*, Does Foreign Sovereign Immunity Apply to Sanctions on Central Banks?, 2022.

⁹⁰ Verordnung (EU) 2022/334.

⁹¹ *Brunk* (*Wuerth*), in: EZB (Hrsg.), Treading softly: How central banks are addressing current global changes, ECB Legal Conference 2023, 2023, 118, 221.

⁹² *Ostrander* (Fn. 65), 144. Kritisch *Brunk* (*Wuerth*) (Fn. 91), 118 m.H.a. Memorandum Decision and Order (S.D.N.Y. 21 February 2023) re Terrorist Attacks on 11 September 2001: „If successful, such [sanction] efforts are likely to violate customary international law on immunity“.

⁹³ Vgl. etwa die Position von *Timor-Leste* (Beschlagnahme vertraulicher Dokumente durch australische Behörden): International Court of Justice, Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (*Timor-Leste v. Australia*), Order of 11 June 2015, I.C.J. Reports 2015, 572, <https://icj-cij.org/case/156> (15.12.2025). Das Verfahren wurde einvernehmlich durch Rückgabe der streitigen Dokumente beigelegt.

⁹⁴ Vgl. auch *Ziliolli* (Fn. 28), 115.

Die Frage der Exekutivimmunität wird noch dringlicher, wenn die allgemeinen Rechtfertigungsgrenzen für Sanktionen überschritten werden, etwa wenn die Umkehrbarkeit entfällt, weil eingefrorene Werte umverteilt werden – und ebenso, wenn ein „Freeze“ so lange dauert, dass er kaum noch als vorläufig gelten kann.⁹⁵ Daher sind auch Sanktionen reiner (Inter-)Gouvernemental- oder Administrativbehörden Prinzipien zu unterstellen, wie sie für gerichtliche Akte entwickelt wurden, wenn ein Rückfall des Völkerrechts in eine „Zahn-um-Zahn“-Ära vermieden werden soll.⁹⁶

IV. Fazit

Das Konzept der materiell-relativen Staatenimmunität hat längst den Rang von Völkergewohnheitsrecht inne. Gerichte beurteilen inzwischen auch die Gerichtsimmunität von Zentralbanken nach diesem Grundsatz: Davon erfasst ist jedenfalls hoheitliches Handeln. Wann solches vorliegt, beurteilen diverse Gerichte nach der *lex fori*, greifen aber, um die Auslegung nach Treu und Glauben zu gewährleisten, schon hier auf Völkerrecht zurück. Zunehmend erfolgt zudem die Beurteilung selbst direkt gestützt auf Völker(gewohnheits)recht. So oder so entscheidet nicht der Zweck einer Handlung, sondern deren Natur über die Einstufung als Hoheitsakt.

Bei der Vollstreckungsimmunität genießen Zentralbanken sodann in einigen Rechtsordnungen bis heute absolute Immunität. In anderen sind Vermögen dann immun in der Vollstreckung, wenn sie hoheitlichen Zwecken dienen. Zentral für diese Qualifikation ist die Zweckwidmung, die konkret, erkennbar und teils zur streitigen Forderung auch konnex sein muss. Die Schweiz verlangt zudem einen Binnenbezug. Das rückt sie im Resultat näher zur absoluten Immunität, wie sie in anderen Ländern mit bedeutenden Finanzzentren gilt. Dieser Ansatz ist in Bezug auf Zentralbankvermögen zu bewahren. Denn der möglichst ungehinderte Zugriff der Zentralbanken auf ihr Vermögen ist essenziell für die Handlungsfähigkeit im Rahmen ihres Mandats, während die konkret-erkennbare Zweckwidmung verhindert, dass Staaten die Immunität ihrer Währungsbehörde missbrauchen.

Freilich läuft dieser Schutz leer, wenn Exekutivbehörden trotzdem einen Sicherungsbeschluss vornehmen mit dem Hinweis auf die ja mögliche gerichtliche Nachprüfung. Denn selbst eine kurze Blockade von Währungsreserven kann die Funktionsfähigkeit einer Zentralbank im Einzelfall empfindlich beeinträchtigen. Entsprechend besteht weiterhin Entwicklungsbedarf in Bezug auf die Exekutiv-

⁹⁵ Zilioli (Fn. 28), 116 m.H.a. Art. 49 der Resolution 56/83 über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen (Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, ARSIWA) der International Law Commission, 12.12.2001.

⁹⁶ Zilioli (Fn. 28), 113: „don't become the monster you are fighting“. Insofern unkritisch hingegen Brunk (Wuerth) (Fn. 91), 121 – obwohl sie anerkennt, dass die Exekutivmaßnahmen den gerichtlichen Sanktionen gerade deswegen vorgezogen wurden, um die Immunitätsfrage zu umgehen.

immunität – unabhängig davon, ob lediglich eine spätere Vollstreckung gesichert oder Völkerrechtsverletzungen sanktioniert werden sollen. Exekutive Maßnahmen können das Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten systematisch unterlaufen, wenn sie ohne gerichtliche Kontrolle greifen – oder nur schon zu greifen drohen. Das Prinzip der Exekutivimmunität von Zentralbankvermögen sollte strikt(er) beachtet werden. Ansonsten besteht in einer multipolaren Welt unweigerlich die Gefahr, dass dereinst auch die eigene Währungsbehörde davon betroffen sein kann.

Anspruchsgegenstand und Surrogatshaftung im schweizerischen Bereicherungsrecht¹

Samuel Zogg

I. Einleitung

In Fällen des Bereicherungsausgleichs ist es nicht immer einfach zu bestimmen, was genau Gegenstand der herauszugebenden Bereicherung und damit Anspruchsziel der Kondiktion ist. In diesen Themenkomplex gehört auch die Frage, ob und inwieweit eine Haftung für Ersatzvorteile (sog. Surrogate) besteht, wenn der ursprüngliche Bereicherungsgegenstand weggefallen ist und durch einen neuen ersetzt wurde. Die Antwort auf diese Frage ist im Gesetz nicht geregelt. Sie ergibt sich durch Auslegung von Art. 62 ff. OR.

In der Schweiz steht außer Frage, dass der Bereicherungsanspruch – auch soweit allfällige Surrogate betroffen sind – von vornherein nur obligatorischer Natur sein kann.² Ausgangspunkt ist der allgemeine Lehrsatz, dass die Bereicherung grundsätzlich *in natura* zu erstatten ist, d.h. der erlangte Vorteil als solcher herausgegeben werden muss, und nur ersatzweise, wenn dies nicht möglich ist, Geldersatz geschuldet ist (Prinzip der Naturalrestitution).³ Dieses Dogma ist gewiss nicht unrichtig, aber auch nicht hinreichend präzise. Damit wird namentlich die Frage nicht beantwortet, ob auch ein erworbener Ersatzvorteil (Surrogat) *in natura* oder immerhin wertmässig abzuliefern ist. Bildeten vertretbare Sachen Gegenstand der ursprünglichen Bereicherung, fragt sich, ob vom Bereicherungsschuldner eine Ersatzbeschaffung verlangt werden kann, wenn der konkrete Bereicherungsgegenstand aus seinem Vermögen ausgeschieden ist, d.h. Restitution „der Gattung nach“ geschuldet ist.

Eine abschließende Darstellung des Kondiktionsgegenstands kann hier nicht geleistet werden. Im Fokus steht die Bereicherungshaftung für den erlangten

¹ Diese Thematik war Gegenstand einer mündlichen Prüfung, die ich vor gut anderthalb Jahrzehnten beim Jubilar – meinem Lehrer und Mentor – abgelegt habe. Sie beschäftigte mich außerdem, wenn auch unter englischem Recht, im Rahmen meiner Habilitationsschrift, die der Jubilar eng begleitet hat (Zogg, *Proprietary Consequences in Defective Transfers of Ownership*, 2020, insb. 26 ff., 62 ff., 78 ff.).

² Anders die Rechtslage im Common Law, namentlich im englischen Recht, in dem dingliche Rechte am Surrogat (auch) qua Bereicherungsrecht entstehen können; vgl. dazu Zogg (Fn. 1), 46 ff.

³ Von Tübr/Peter, OR AT, Bd. I, 3. Aufl. 1979, 500 f.; A. Koller, OR AT, Bd. I, 5. Aufl. 2023, Rn. 30.47 ff.; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Bd. I, 11. Aufl. 2020, Rn. 1513 f.; vgl. auch BGE 133 III 153, E. 2.4.

Vorteil als solchen (Primärvorteil) sowie für Ersatzvorteile (Surrogate), die an dessen Stelle treten. Neben dem Primärvorteil liegen meistens noch weitere (Sekundär-)Vorteile vor, die dem Bereicherungsschuldner zukommen, bspw. wenn er den erlangten Vorteil während einer bestimmten Zeit genutzt hat oder hätte nutzen können (Bsp.: Zinsen). Auf solche Sekundärvorteile wird hier nicht näher eingegangen.

II. Leistungskondiktion

1. Nicht in natura restituierbare Vorteile

Bei den sog. Leistungskonditionen ist der rechtsgrundlos zugewendete Vorteil in den meisten Fällen von vornherein nicht *in natura* restituierbar. Werden Sachen ohne Rechtsgrund übertragen, können diese wegen des Kausalitätsprinzips vindiziert werden; eine an sich bestehende (Besitzes-)Kondiktion wird durch die Vindikation verdrängt.⁴ Wird rechtsgrundlos mit Bargeld bezahlt, kann dieses ebenfalls vindiziert (und nicht kondiziert) werden, solange eine Vermischung nicht stattgefunden hat. Mit der Vermischung erwirbt der Vermischer Alleineigentum an den Geldstücken.⁵ Dem bisherigen Eigentümer steht dann bloß ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Wertersatz zu (Geldsummenschuld); Naturalrestitution, etwa in Form einer Rückübereignung von Geldstücken aus dem betreffenden Gemisch, ist nicht geschuldet. Dieser Bereicherungsanspruch gründet einerseits in einem Eingriffstatbestand (Eingriffskondiktion infolge Vermischung fremden Geldes). Andererseits kann er auch als Leistungskondiktion infolge rechtsgrundloser Hingabe des Bargeldes verstanden werden, die ursprünglich – dann noch verdrängt durch die Vindikation – auf *Besitzrückgabe* gerichtet war, mit dem Unmöglichwerden der Sachrückgabe infolge Vermischung nunmehr aber auf den objektiven Wert des ursprünglich zugewendeten Gegenstands zielt.

Bei einer rechtsgrundlosen Banküberweisung (fehlerhaftes Valutaverhältnis) erlangt der Empfänger eine Buchgeldforderung gegenüber seiner Bank. Die Kondiktion ist hier grundsätzlich auf (Teil-)Zession dieser Forderung gerichtet. In den meisten Fällen wird im betreffenden Girovertrag jedoch ein Abtretungsverbot vereinbart sein bzw. bei Saldoziehung eine Novation statthaben, was eine Naturalrestitution ausschließt. Dann – und im Falle einer Auszahlung des Saldos – richtet sich der Anspruch auf Wertersatz.⁶

Im Falle einer rechtsgrundlos zugewendeten Dienstleistung liegt die Primärbereicherung des Empfängers in der diesem gegenüber erbrachten Dienstleis-

⁴ Zogg, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 8. Aufl. 2025, Art. 62 Rn. 94 m.N.

⁵ BGE 47 II 267, E. 2.

⁶ Vgl. zur Frage, ob mit Blick auf eine mögliche Insolvenz der Bank ggf. bloß Rücküberweisung geschuldet ist *Bucher*, OR AT, 2. Aufl. 1988, 675 Fn. 81; Zogg/Schulin, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 8. Aufl. 2025, Art. 64 Rn. 3.

tung als solchen und nicht erst in einer allfälligen Ersparnis des Bereicherten.⁷ Weil eine Naturalrestitution hier per se ausscheidet, richtet sich die Kondiktion von vornherein auf Ersatz des objektiven Werts der Dienstleistung im Zeitpunkt der Leistungserbringung.

In derartigen Fällen, in denen dem Bereicherten Vorteile zugewendet werden, die von vornherein nicht *in natura* restituierbar sind, besteht bei richtiger Betrachtung keine eigentliche Surrogatshaftung. Aus Art. 64 OR ergibt sich im Umkehrschluss, dass bei Unmöglichkeit der Naturalrestitution Bereicherungsausgleich grundsätzlich – bei bösem Glauben des Bereicherten – selbst dann geschuldet ist, wenn der Empfänger nicht mehr bereichert ist, d.h. in dessen Vermögen kein Ersatzvorteil an die Stelle des ursprünglichen Bereicherungsgegenstands getreten ist (Bsp.: der bösgläubige B nimmt gestützt auf einen nichtigen Vertrag eine Dienstleistung von A entgegen, die er sich sonst nicht geleistet hätte). Der Bereicherungsausgleich, wie er in Art. 64 OR *e contrario* angeordnet ist, kann in diesem Fall nur auf Ersatz des objektiven (Markt-)Werts der ursprünglich empfangenen Leistung gerichtet sein. Dies ist *kein Surrogat*, das herauszugeben wäre, denn im Vermögen des Empfängers ist in Tat und Wahrheit gerade kein Ersatzvorteil an die Stelle der ursprünglichen Bereicherung getreten. Vielmehr handelt es sich um eine gesetzliche Anordnung, wonach die Kondiktion bei Unmöglichkeit der Naturalrestitution im Grundsatz auf eine *fingierte Ersatzbereicherung* – den objektiven Marktwert des Empfangs – gerichtet ist.

Ist eine Naturalrestitution nicht möglich und daher Ersatz des objektiven Werts geschuldet, besteht von vornherein nur eine wertmäßige Geldsummensschuld. Eine *Verschärfung* dieser Haftung aufgrund der Art und Weise, wie der Schuldner die allenfalls in seinem Vermögen verbleibende Bereicherung weiterverwendet, ist m.E. ausgeschlossen. Kauft z.B. der in nichtiger Weise mit Buchgeld Beschenkte gewinnbringend Aktien, die er nur wegen dieser Zuwendung „aus diesem Geld“ erwirbt, so ist die Kondiktion selbst bei Bösgläubigkeit nach wie vor einzig auf Ersatz des zugewendeten Geldwerts und nicht auf Übertragung der erworbenen Aktien bzw. deren Werts gerichtet.⁸

Möglich ist indessen – bei Gutgläubigkeit des Bereicherungsschuldners – eine *Reduktion* bzw. ein *Entfallen* der Haftung wegen Wegfalls der Bereicherung (Art. 64 OR). Unter dem Titel dieser Einwendung ist letztlich ein Gesamtvermögensvergleich aufseiten des Bereicherungsschuldners anzustellen, indem sein aktueller Vermögensstand mit demjenigen verglichen wird, der hypothetisch bei Wegdenken des Bereicherungsvorgangs bestanden hätte. Hat der gutgläubig Bereicherte den rechtsgrundlos empfangenen Geldbetrag für etwas verwendet, das

⁷ Oberhammer/Fraefel, in: Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar OR, 2014, Art. 64/65 Rn. 1.

⁸ So wohl auch Koller (Fn. 3), Rn. 30.56, 30.67, Rn. 30.74; vgl. aber dessen Bsp. in Rn. 30.75 f., wo das Gegenteil suggeriert wird. Anders demgegenüber die Rechtslage im englischen Recht, sofern wegen der Nichtigkeit der Schenkung die Entstehung eines dinglichen Rechts des Schenkers am überwiesenen Geld bejaht wird (namentlich infolge eines *resulting* oder *constructive trusts*); dann überträgt sich das dingliche Recht am verwendeten Geld – sofern es gemäß den entsprechenden Regeln „getraced“ werden kann – auf das erworbene Surrogat; s. zum Ganzen Zogg (Fn. 1), 16 ff., 21 ff., 71 ff., 78 ff.

er sich ohne den Empfang nicht geleistet hätte, etwa für eine Luxusreise, so ist er im entsprechenden Umfang nicht mehr bereichert, und die Bereicherungshaftung reduziert sich auf den betreffenden Betrag. Kauft er sich ein Motorrad über Wert, das er sich sonst nicht angeschafft hätte, so ist ihm m.E. – als Folge der Einwendung von Art. 64 OR – die Wahl zu lassen, ob er sich durch Bezahlung des objektiven Werts des Motorrads oder alternativ durch Hingabe des Motorrads selbst befreien will.

Hat der gutgläubig Bereicherte das rechtsgrundlos empfangene Geld für etwas verwendet, das er auch sonst aus eigenen Mitteln angeschafft hätte, etwa für Lebensmittel, so bleibt er auch nach deren Verbrauch bereichert, weil er sich die entsprechenden Ausgaben erspart hat. Die ursprünglich empfangene Bereicherung ist wertmäßig nach wie vor in seinem Vermögen vorhanden, wenn auch nicht mehr in Form eines Aktivums, sondern in Form einer Ersparnis. Diese Erkenntnis führt freilich nicht zu einer Veränderung des *Anspruchsgegenstands* als solchem, sondern bloß dazu, dass sich der Schuldner nicht auf die *Einwendung* von Art. 64 OR berufen kann, also nicht in den Genuss einer Haftungsreduktion kommt. Geschuldet ist nach wie vor (nur) Geldersatz für das empfangene Bargeld bzw. die empfangene Buchgeldforderung (*fingierte Ersatzbereicherung*), nicht etwa Herausgabe der Ersparnis als solcher (als *Surrogat* für die Lebensmittel, die ihrerseits Surrogat für das ursprünglich empfangene Geld waren). Hat der Schuldner die Lebensmittel unter Wert gekauft, so schuldet er nicht deren Marktwert, den er sich objektiv erspart hat, sondern – nach wie vor – nur Ersatz des ursprünglich empfangenen Geldbetrags.⁹

2. In natura restituierbare Vorteile

a) Vorbemerkungen

Wegen des Kausalitätsprinzips bei der Sachübereignung und des Vorrangs der Vindikation gegenüber der Kondiktion sind Fälle, in denen die rechtsgrundlos zugewendete Leistung *in natura* kondiziert werden kann, relativ selten, aber nicht ausgeschlossen, wie die folgenden Beispiele zeigen: (i) Weist A einen Dritten an, B eine Sachleistung zu erbringen, z.B. ihm 1.000 Liter Heizöl in zehn Fässern zu übereignen, und ist das Valutaverhältnis zwischen A und B nichtig, so zielt die Kondiktion von A gegen B auf Übereignung der empfangenen Sache. (ii) Übergibt der Mieter C dem Untermieter D die Mietsache gestützt auf einen nichtigen Untermietvertrag, steht ihm eine Besitzeskondiktion (und keine Vindikation) zu.¹⁰ (iii) Überträgt E eine Sache gestützt auf einen gültigen Tauschvertrag an F, der seinerseits nicht mehr liefern kann, weil die von ihm zu übereignende Sache nachträglich durch Zufall untergegangen ist, so wird F gemäß Art. 119 Abs. 1 OR von seiner Leistungspflicht befreit. Qualifiziert man seine Rückleistungsschuld dem Wortlaut von Art. 119 Abs. 2 OR entsprechend

⁹ Koller (Fn. 3), Rn. 30.55 f., vgl. aber Rn. 30.75 f.

¹⁰ BSK OR I/Zogg (Fn. 4), Art. 62 Rn. 94.

als bereicherungs-¹¹ und nicht als vertragsrechtlichen¹² Anspruch, so richtet sich die Kondiktion von E auf Rückübereignung der übertragenen Sache.¹³ (iv) Zeidiert G eine Forderung gestützt auf ein nichtiges Verpflichtungsgeschäft an H, steht ihm wegen der abstrakten Natur der Abtretung eine auf Rückzession der Forderung gerichtete Kondiktion zu.

Handelt es sich beim rechtsgrundlos empfangenen Gegenstand um eine vertretbare Sache (z.B. 1.000 Liter Heizöl), so könnte angenommen werden, das Prinzip der Naturalrestitution gebiete im Falle eines Verbrauchs oder sonstigen Untergangs der empfangenen Sache, dass der Bereicherungsschuldner Restitution mit anderen Sachen gleicher Art, Menge und Güte leiste.¹⁴ Die Pflicht zur Naturalrestitution wäre dann eine Gattungsschuld und der Schuldner hätte sich zur Erfüllung anderweitig einzudecken. Eine solche Sichtweise ist m.E. abzulehnen. Bei richtiger Betrachtung stammt nur der *konkrete (individualisierte) Gegenstand*, den der Schuldner rechtsgrundlos empfangen hat, „aus dem Vermögen“ des Bereicherungsgläubigers, und nur dieser ist herauszugeben. Bei einer auf Naturalrestitution gerichteten Kondiktion handelt es sich daher stets um eine Stück- und nicht um eine Gattungsschuld.¹⁵

b) Zufälliger Untergang

Geht der *in natura* geschuldete Bereicherungsgegenstand durch Zufall unter (Bsp.: die rechtsgrundlos empfangenen 1.000 Liter Heizöl brennen noch vor der Winterzeit infolge eines Flächenbrands nieder), so verhält es sich wie folgt: Eine Naturalrestitution ist wegen des Feuers objektiv unmöglich geworden, denn geschuldet war (nur) die Übereignung der konkret empfangenen 1.000 Liter Heizöl (nicht irgendwelcher anderer 1.000 Liter Heizöl), und diese Sache existiert nicht mehr. Der Bereicherungsanspruch richtet sich daher grundsätzlich auf den objektiven (Markt-)Wert der ursprünglich empfangenen 1.000 Liter Heizöl im Zeitpunkt des Untergangs (fingierte Ersatzbereicherung). Diese in Art. 64 OR an sich vorgesehene Regel wird im Falle eines zufälligen Untergangs indessen von Art. 119 Abs. 1 OR übersteuert, der auf sämtliche – auch bereicherungsrechtliche – Obligationen anwendbar ist.¹⁶ Demgemäß wird der Bereicherungsschuldner von seiner Leistungspflicht befreit, wenn die zu übereignende Sache aufgrund von Umständen, die er nicht zu verantworten hat, untergegangen ist. Dies gilt nicht nur für den Gut-, sondern auch für den Bösgläubigen, der Kenntnis von seiner Rückerstattungspflicht hatte.¹⁷ Eine Unfallshaftung besteht nur

¹¹ So noch BGE 46 II 429, E. 2; offen gelassen in BGE 137 III 243, E. 4.4.7; s. zudem *Koller* (Fn. 3), Rn. 54.22 f.

¹² *Widmer Lüchinger/Wiegand*, in: *Widmer Lüchinger/Oser* (Hrsg.), *Basler Kommentar OR I*, 8. Aufl. 2025, Art. 119 Rn. 29 m.w.N.

¹³ *Von Tuhr/Peter* (Fn. 3), 513.

¹⁴ So wohl *Koller* (Fn. 3), Rn. 30.48.

¹⁵ Die Gegenmeinung müsste sich eines abstrakten (natürlichen) Gattungsbegriffs bedienen, um vertretbare von nicht vertretbaren Sachen zu unterscheiden, was schwierigere Abgrenzungsfragen mit sich bringen würde; vgl. hierzu v.a. BGE 121 III 453.

¹⁶ BSK OR I/*Widmer Lüchinger/Wiegand* (Fn. 12), Art. 119 N 2.

¹⁷ *Koller* (Fn. 3), Rn. 30.61; *Bucher* (Fn. 6), 694.

im Verzugsfall (Art. 103 OR). Dass es bei einem zufälligen Untergang der Bereicherung für den Wegfall der Haftung nicht auf den guten Glauben ankommt, wie es die Einwendung von Art. 64 OR erfordern würde, ergibt sich bereits aus dessen Wortlaut. Danach ist der gute Glaube für die Haftungsbefreiung nur im Falle einer „Entäußerung“ der Bereicherung erforderlich, also wenn der Bereicherungswegfall auf einen Akt des Schuldners zurückzuführen ist (Veräußerung, Verbrauch, Zerstörung etc.).¹⁸

Erhält der Bereicherungsschuldner für die untergegangene Sache eine Versicherungsleistung oder dergleichen, steht dem Bereicherungsgläubiger nach einem ungeschriebenen, insbesondere mit Bezug auf Art. 97/119 OR anerkannten Grundsatz¹⁹ ein ersatzweiser Anspruch auf das sog. *stellvertretende Commodum* zu, was eine eigentliche Surrogathaftung darstellt. Die h.L. bejaht im Allgemeinen auch einen Anspruch des Gläubigers auf einen allfälligen, den ursprünglichen Leistungsgegenstand übersteigenden Mehrwert, etwa im Falle einer „Überversicherung“.²⁰ Jedenfalls mit Bezug auf die hier besprochenen bereicherungsrechtlichen Ansprüche ist dies freilich abzulehnen.²¹ Unter dem Titel von Art. 62 ff. OR muss ein auf das stellvertretende Commodum gerichteter Ersatzanspruch stets auf den objektiven Wert des ursprünglich empfangenen Bereicherungsgegenstands beschränkt bleiben, denn im darüber hinausgehenden Umfang stammt der Empfang nicht „aus dem Vermögen“ des Bereicherungsgläubigers. Hat der Schuldner z.B. das rechtsgrundlos empfangene Heizöl aus eigener Tasche „überversichert“, wäre es nicht gerechtfertigt, diesen Mehrerlös dem Gläubiger zukommen zu lassen.

c) Zerstörung, Verbrauch

Zerstört oder verbraucht der Schuldner den *in natura* kondizierbaren Bereicherungsgegenstand (Bsp.: B verbrennt das ihm rechtsgrundlos übertragene Heizöl im Winter), so wird eine Naturalrestitution gleich wie bei zufälligem Untergang unmöglich. Die Kondiktion richtet sich daher grundsätzlich auf den objektiven Wert des ursprünglich empfangenen Gegenstands im Zeitpunkt der Zerstörung bzw. des Verbrauchs (fingierte Ersatzbereicherung). Art. 119 Abs. 1 OR ist hier nicht anwendbar, weil die Leistungsunmöglichkeit auf Umständen beruht, die der Bereicherungsschuldner zu verantworten hat. Ob dieser von der Bereicherungsschuld befreit wird, bestimmt sich in einem solchen Fall nach Art. 64 OR.²²

Handelt der Schuldner bösgläubig, d.h., er weiß von der Rückerstattungspflicht oder hätte bei pflichtgemäßer Vorsicht mit einer solchen rechnen müssen, schuldet er in jedem Fall den objektiven Wert der empfangenen Sache im Zeitpunkt ihres Untergangs. Das gilt auch dann, wenn eine entsprechende Bereiche-

¹⁸ Koller (Fn. 3), Rn. 30.61.

¹⁹ Vgl. statt vieler BSK OR I/Widmer Lüchinger/Wiegand (Fn. 12), Art. 119 N 21 ff. m.N.

²⁰ BSK OR I/Widmer Lüchinger/Wiegand (Fn. 12), Art. 97 Rn. 155, Art. 119 Rn. 2; Koller (Fn. 3), Rn. 54.34; Schroeter/Juhász, Aktuelle Juristische Praxis 2024, 653, 663 f., je m.w.N.

²¹ Vgl. auch Koller (Fn. 3), Rn. 30.56.

²² Koller (Fn. 3), Rn. 30.61.

rung (Ersparnis) in seinem Vermögen nicht mehr vorhanden ist (Bsp.: der bösgläubige B hätte ohne die rechtsgrundlose Zuwendung seine Wohnung nicht beheizt). Gegenüber dem Bösgläubigen besteht zudem ein Schadenersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR, der sich ebenfalls auf den objektiven Sachwert bezieht, aber auch weitere Schadenspositionen im Vermögen des Gläubigers abdeckt.

War der Schuldner im Zeitpunkt der Zerstörung bzw. des Verbrauchs gutgläubig und ist er nicht mehr bereichert, insbesondere weil er sich den Verbrauch andernfalls nicht geleistet hätte, entfällt eine Bereicherungshaftung (Art. 64 OR). Mangels Verschuldens besteht auch keine Schadenersatzpflicht nach Art. 97 Abs. 1 OR. Hat sich der Schuldner Ausgaben erspart (Bsp.: der gutgläubige B hätte im Winter ohnehin mit Heizöl geheizt), so ist er nach wie vor bereichert und kann sich nicht auf die Einwendung von Art. 64 OR berufen. Er schuldet daher – gleich wie der Bösgläubige – Ersatz des objektiven Werts des Empfangenen im Zeitpunkt des Verbrauchs.

d) Veräußerung

Veräußert der Schuldner den *in natura* kondizierbaren Gegenstand (Bsp.: B verkauft die rechtsgrundlos empfangenen 1.000 Liter Heizöl oder tauscht diese gegen einen anderen Gegenstand), so kann sich eine Naturalrestitution als (subjektiv) unmöglich erweisen.²³ Ist das der Fall, richtet sich die Kondiktion grundsätzlich auf den objektiven Wert der veräußerten Sache im Zeitpunkt der Veräußerung (fingierte Ersatzbereicherung).

Die Frage einer allfälligen Haftungsbefreiung bzw. -reduktion richtet sich auch hier nicht nach Art. 119 Abs. 1 OR, sondern nach Art. 64 OR. Hat der Schuldner die Sache *verschenkt* oder *unter Wert* verkauft und war er bösgläubig, so kann er sich nicht auf einen Wegfall der Bereicherung berufen. Hinzu kommt eine Schadenersatzpflicht nach Art. 97 Abs. 1 OR. Hat der Schuldner gutgläubig gehandelt und ist er nicht mehr bereichert (Bsp.: B hätte das Heizöl ohne die rechtsgrundlose Zuwendung nicht verschenkt), entfällt die Bereicherungshaftung (Art. 64 OR). Hat der gutgläubige B das Heizöl unter Wert gegen einen anderen Gegenstand eingetauscht, so kann er sich – wegen Art. 64 OR – wahlweise durch Hingabe des empfangenen Tauschgegenstands *in natura* oder durch Entrichtung dessen Werts befreien. Eine Schadenersatzpflicht gemäß Art. 97 Abs. 1 OR besteht mangels Verschuldens nicht. Hätte der Bereicherte die betreffende Transaktion ohnehin vorgenommen (Bsp.: B hatte ohnehin vor, seine Heizölbestände zu reduzieren), so besteht die Bereicherung in Form einer Ersparnis fort. Er kann sich daher nicht auf die Einwendung von Art. 64 OR be-

²³ Ob im Falle einer Sachveräußerung, die gegen eine vertragliche oder andere persönliche Pflicht verstößt, etwa beim Doppelverkauf, Unmöglichkeit vorliegt oder ob – und in welchem Umfang – eine Wiederbeschaffungspflicht besteht, ist str.; vgl. dazu BGE 135 III 212, E. 3.1; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 3), Rn. 2569; *Minnig*, Grundfragen mehrfacher Verpflichtungsgeschäfte, 2018, 30 ff. Bei einer auf Naturalrestitution gerichteten Kondiktion könnte eine allfällige Wiederbeschaffungspflicht von vornherein nur den Bösgläubigen treffen. Der Gutgläubige wäre hiervon jedenfalls unter dem Titel von Art. 64 OR befreit; vgl. *Koller* (Fn. 3), Rn. 30.57.

rufen und schuldet nach wie vor Ersatz des objektiven Werts des Empfangenen im Zeitpunkt der Veräußerung.

Hat der Schuldner die Sache *über Wert* verkauft oder eingetauscht, so fragt sich, ob der Gläubiger Anspruch auf den (höheren) Verkaufserlös oder die empfangene (wertvollere) Tauschsache hat (sog. *Transaktionssurrogat*). Die Frage ist m.E. zu verneinen. Nach richtiger Auffassung lässt sich unter dem Titel von Art. 62 ff. OR nicht der subjektive Gewinn, sondern nur – höchstens – der objektive Wert der ursprünglich empfangenen Bereicherung abschöpfen.²⁴ Der Verkaufserlös bzw. der empfangene Tauschgegenstand ist kein bereicherungsrechtlich relevantes Surrogat.²⁵ Er stammt nicht „aus dem Vermögen“ des Bereicherungsgläubigers, sondern beruht allein auf dem vom Schuldner initiierten Austauschvorgang. Ein daraus gezogener Gewinn ist auf *sein* Verhandlungsgeschick, *seine* Tüchtigkeit oder eine sich *ihm* bietende, von *ihm* wahrgenommene günstige Gelegenheit zurückzuführen und hat nichts mit dem Vermögen des Gläubigers zu tun. Das gilt nicht nur für den unmittelbaren Transaktionsgewinn bei einem „guten Geschäft“ (wenn der objektive Wert der Gegenleistung den Wert des vom Schuldner hingegebenen Bereicherungsgegenstands von Anfang an übersteigt), sondern auch dann – umso mehr –, wenn sich der Wert der empfangenen Gegenleistung nachträglich erhöht. Tauscht B das rechtsgrundlos empfangene Heizöl gegen Aktien des erwerbenden Unternehmens, die in der Folge erheblich an Wert gewinnen, so wäre nicht einzusehen, weshalb sich die Kondition von A auf den entsprechenden Gewinn erstrecken soll, den B erwirtschaftet hat. Es sind noch extremere Beispiele denkbar: Tauscht B das Heizöl gegen einige Lotterielose, von denen eines den Hauptpreis gewinnt, so wäre es geradezu absurd, wenn B den Millionengewinn an A herausgeben müsste. Die Gegenmeinung würde aufgrund der Verschuldensunabhängigkeit des Bereicherungsrechts bedeuten, dass selbst der Gutgläubige den Lotteriegewinn abliefern müsste, nur weil er das Lotterielos mit dem rechtsgrundlosen Empfang finanziert hatte.²⁶

Ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf das sog. Transaktionssurrogat lässt sich auch nicht mit dem insbesondere im Zusammenhang mit Art. 97/119 OR anerkannten Grundsatz begründen, wonach dem Gläubiger bei Unmöglichkeit der Leistung ein Anspruch auf das stellvertretende Commodum zu-

²⁴ S. hierzu *Koller* (Fn. 3), Rn. 30.74 m.N. Nach der auch hier vertretenen Ansicht könnte ein subjektiver Gewinn höchstens über Art. 423 OR – bei Bösgläubigkeit – abgeschöpft werden. In der diskutierten Konstellation, in der es nicht um eine Eingriffs-, sondern um eine Leistungskondition geht, die den Schuldner bloß *obligatorisch* zur Sachübereignung verpflichtet, in der dem Gläubiger aber kein *dingliches* Recht an der veräußerten Sache zusteht, ist ein Transaktionsgewinn m.E. aber auch nicht über Art. 423 OR abschöpfbar. Mit der Veräußerung des Bereicherungsgegenstands greift der Schuldner hier nicht in ein mit Zuweisungsgehalt versehenes Recht des Gläubigers ein, führt also kein fremdes Geschäft.

²⁵ Ähnlich *Koller* (Fn. 3), Rn. 30.74 (vgl. aber Rn. 30.75 f.).

²⁶ Die Einwendung von Art. 64 OR würde den Gutgläubigen nur vor Verlusten, nicht aber vor einer Gewinnherausgabepflicht schützen. Vgl. zu einem analogen Problem im englischen Recht, wo eine derartige, auf rein transaktionalen Zufälligkeiten beruhende Gewinnherausgabepflicht in Fällen dinglicher Restitution im Grundsatz bestehen kann, wobei die Doktrin bemüht ist, immerhin den Gutgläubigen zu schützen, *Zogg* (Fn. 1), 82 ff.

steht. Entgegen der h.L.²⁷ scheint bereits im Allgemeinen zweifelhaft – jedenfalls bei Gutgläubigkeit des Veräußerers –, ob in Fällen von durch Veräußerung des Leistungsgegenstands verursachter Unmöglichkeit ein Anspruch auf das Transaktionsurrogat besteht (sog. *commodum ex negotiatione*). Jedenfalls aber unter dem Titel von Art. 62 ff. OR muss dies verneint werden.²⁸ Erstens stammt ein Transaktionsgewinn nicht „aus dem Vermögen“ des Bereicherungsgläubigers, und zweitens träre eine derartige Gewinnherausgabepflicht auch den Gutgläubigen, der nicht über Art. 64 OR geschützt wäre (Extrembeispiel: Lotteriegewinn).

e) Forderungseinziehung

Zediert G eine Forderung an H und erweist sich das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft als unwirksam, so schuldet H bereicherungsrechtlich die Rückzession der Forderung. Zieht H die Forderung beim Drittschuldner ein, richtet sich die Kondiktion von G nach zutreffender Ansicht auf Übertragung des eingezogenen Gegenstands *in natura* (Realisat).²⁹ Es handelt sich dabei nicht um einen Fall der Eingriffskondiktion (anders, wenn der Zedent als Nichtgläubiger die Forderung des Zessionars wirksam einzieht), sondern um eine Leistungskondiktion wegen rechtsgrundloser Forderungsübertragung, die sich nunmehr auf das Surrogat richtet. Im Gegensatz zu einem Transaktionsurrogat, das durch Veräußerung des Bereicherungsgegenstands generiert wird und nicht kondiziert werden kann, liegt hier ein unmittelbares Sachsurrogat (*commodum ex re*) vor, das „aus dem Vermögen“ des Bereicherungsgläubigers stammt. Der Bereicherungsschuldner erzielt bei der Forderungseinziehung keinen Gewinn, der auf sein Verhandlungsgeschick, seine Tüchtigkeit oder dergleichen zurückzuführen wäre, sondern zieht bloß das ein, was ohnehin dem Gläubiger zusteht.

III. Eingriffskondiktion

1. Vorbemerkungen

Auch bei den sog. Eingriffskondiktionen ist der Vorteil, der dem Bereicherten aufgrund des Eingriffs in die fremde Rechtsposition zukommt, in aller Regel nicht *in natura*, sondern nur seinem Wert nach restituierbar (so etwa bei Eingriffen in Immaterialgüterrechte oder in das Persönlichkeitsrecht). Näher eingegangen werden soll hier auf zwei Fälle, nämlich das Einziehen einer fremden Forderung und den Eingriff in fremdes Eigentum.

²⁷ Schroeter/Juhász (Fn. 20), 657 ff., 663 f.; Koller (Fn. 3), Rn. 54.32, 54.34; BSK OR I/Widmer Luchinger/Wiegand (Fn. 12), Art. 119 Rn. 25 f., Art. 97 Rn. 154 f.; Schwenger/Fountoulakis, OR AT, 8. Aufl. 2020, Rn. 64.23; vgl. auch BGE 46 II 429, E. 2.

²⁸ So im Ergebnis auch Koller (Fn. 3), Rn. 30.74 (vgl. aber Rn. 30.75 f.).

²⁹ Koller (Fn. 3), Rn. 30.55.

2. Einziehen einer fremden Forderung

Zieht ein Nichtgläubiger eine Forderung in gegenüber dem Gläubiger wirksamer Weise ein (Bsp.: der Zedent zieht die an den Zessionar abgetretene Forderung beim nicht notifizierten Drittschuldner ein), so gesteht die h.L. dem Gläubiger eine Eingriffskondiktion gegenüber dem einziehenden Nichtgläubiger zu, weil in der Forderungszuständigkeit als solcher eine Rechtsposition mit Zuweisungsgehalt gesehen wird (trotz der an sich nur *inter partes* bestehenden Wirkung des Forderungsrechts).³⁰ Die Kondiktion richtet sich auf Übertragung des eingezogenen Gegenstands *in natura*.³¹

Wie bei der Leistungskondiktion (rechtsgrundlose Forderungsabtretung und Einziehung durch den Zessionar) stellt das Realisat auch im Falle einer Eingriffskondiktion (Einziehen einer fremden Forderung) ein unmittelbares Sachsurrogat für die Forderung dar, die der Bereicherungsschuldner mit dem Einziehen zum Untergang bringt. Ein solches Sachsurrogat stammt „aus dem Vermögen“ des Bereicherungsgläubigers. Anders verhält es sich demgegenüber, wenn der Bereicherungsschuldner das *in natura* kondizierbare Realisat weiterveräußert. Ist eine Naturalrestitution unmöglich,³² so ist bloß objektiver Wertersatz geschuldet, nicht Herausgabe des Veräußerungserlöses bzw. des empfangenen Tauschgegenstands (Transaktionssurrogat).³³

3. Eingriff in fremdes Eigentum

a) Gebrauch

Bei unbefugtem Gebrauch einer fremden Sache steht dem Eigentümer im Grundsatz eine Eingriffskondiktion gegenüber dem Eingreifenden zu (Bsp.: B benutzt das Fahrrad von A ohne Recht oder vermietet es an einen Dritten). Die dem Eingreifenden primär zukommende Bereicherung ist in der Benutzung der fremden Sache als solcher zu sehen und nicht erst in einer entsprechenden Ersparnis des Eingreifenden.³⁴ Weil eine Naturalrestitution hier per se ausscheidet, richtet sich die Kondiktion von vornherein bloß auf Ersatz des objektiven Werts der Benutzung im betreffenden Zeitpunkt (fingierte Ersatzbereicherung in Form einer angemessenen Benutzungsgebühr).³⁵

Handelt der Eingreifende *bösgläubig*, schuldet er den objektiven Wert der Sachnutzung auch dann, wenn er nicht mehr bereichert ist (Bsp.: B hätte den Weg vom Bahnhof nach Hause zu Fuß zurückgelegt, wenn er nicht zufällig das unabgeschlossene Fahrrad von A entdeckt hätte). Einen subjektiven Gewinn kann der Eigentümer nur über Art. 423 OR abschöpfen (Bsp.: B hat das Fahrrad von A über dem objektiven Marktwert vermietet). Hinzu kommt eine Haftung

³⁰ Vgl. z.B. *Schwenzer/Fountoulakis* (Fn. 27), Rn. 57.8.

³¹ KUKO OR/*Oberhammer/Fraefel* (Fn. 7), Art. 62 N 23.

³² Vgl. Fn. 23.

³³ Es verhält sich hier nicht anders als bei der Leistungskondiktion; vgl. II.2.d).

³⁴ Vgl. ähnlich bei einer rechtsgrundlos empfangenen Dienstleistung, II.1.

³⁵ Vgl. *Koller* (Fn. 3), Rn. 30.67 f., m.H. auf Art. 474 Abs. 2 OR.

nach Art. 41 ff. OR (Ersatz des Schadens im Vermögen des Gläubigers) sowie Art. 940 Abs. 1 ZGB (Schaden- und Nutzungsersatz). War der Eingreifende *gutgläubig* (Bsp.: B mietet vom Dieb D gutgläubig ein Fahrrad, das im Eigentum von A steht), so kommt er in den Genuss des Haftungsprivilegs von Art. 938 ZGB. Dieses befreit ihn nicht nur von allfälligen Schadenersatzansprüchen, sondern auch von einer allfälligen Bereicherungshaftung, und zwar selbst dann – über die Einwendung von Art. 64 OR hinaus –, wenn er aufgrund des Eingriffs noch bereichert ist (Bsp.: B hat das Fahrrad unter Wert gemietet und sich die Differenz erspart).³⁶

b) Zerstörung, Verbrauch, Verarbeitung, Vermischung etc.

Im Falle unbefugter Zerstörung, Verbrauchs, Verarbeitung oder Vermischung einer fremden Sache besteht die dem Eingreifenden zukommende Bereicherung primär in der Ausbeutung bzw. im Verzehr der Sachsubstanz. Eine Naturalrestitution ist *a priori* unmöglich, und zwar selbst dann, wenn es um vertretbare Sachen geht (Bsp.: B füttert sein Tier mit Futter von A). Der Eingreifende schuldet auch hier nicht Restitution „der Gattung nach“, sondern Ersatz des objektiven Sachwerts im Zeitpunkt des Untergangs (fingierte Ersatzbereicherung).

Bei Bösgläubigkeit schuldet der Eingreifende den objektiven Sachwert auch im Falle eines Wegfalls der Bereicherung (z.B. bei Zerstörung oder Verbrauch von teurem fremdem Wein, den sich der Eingreifende aus eigener Tasche nicht geleistet hätte). Hinzu kommt eine Haftung nach Art. 41 ff. OR und Art. 940 Abs. 1 ZGB. Handelt der Eingreifende gutgläubig, so beschränkt sich das Haftungsprivileg von Art. 938 ZGB bei Verbrauch, Verarbeitung oder Vermischung (nicht aber Zerstörung) auf die Schadenersatzhaftung, befreit aber nicht von der Eingriffskondition.³⁷ Diesbezüglich kann sich der Eingreifende einzig auf Art. 64 OR berufen, wenn die Bereicherung weggefallen ist (Bsp.: der gutgläubige B trinkt eine teure Flasche Wein, die er vom Dieb D zum Geburtstag geschenkt erhalten hat, sich sonst aber nicht geleistet hätte). Soweit er nach wie vor bereichert ist (in Form einer Ersparnis), schuldet er Ersatz des objektiven Werts der verbrauchten Sache im betreffenden Zeitpunkt (Bsp.: der Dieb D schenkt dem gutgläubigen B Katzenfutter, das A gehört und B seiner ohnehin hungrigen Katze verfüttert). Hat der Eingreifende aufgrund des Sachuntergangs eine Ersatzleistung erhalten (Versicherungsleistung oder dergleichen), so richtet sich die Eingriffskondition auf dieses unmittelbare Sachsurrogat, allerdings begrenzt auf den objektiven Wert der untergegangenen Sache.³⁸

³⁶ *Ernst/Zogg*, in: Geiser/Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar ZGB II, 7. Aufl. 2023, Art. 938 Rn. 11 ff.; BSK OR I/Zogg (Fn. 4), Art. 62 Rn. 60.

³⁷ BSK ZGB II/*Ernst/Zogg* (Fn. 36), Art. 938 Rn. 8, 18 f. m.N.

³⁸ Vgl. II.2.b); s.a. BSK ZGB II/*Ernst/Zogg* (Fn. 36), Art. 938 Rn. 22.

c) *Veräußerung*

Veräußert der Eingreifende eine fremde Sache wirksam³⁹ an einen Gutgläubigen (vgl. insb. Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ff. ZGB), so ist die Eingriffskondiktion m.E. im Grundsatz auf Ersatz des objektiven Werts der veräußerten Sache im Veräußerungszeitpunkt gerichtet (fingierte Ersatzbereicherung).

Handelt der Veräußerer gutgläubig (Bsp.: der Verkäufer A ficht einen Kaufvertrag aufgrund eines dem Käufer B verborgenen Irrtums an, nachdem dieser die Sache bereits dem gutgläubigen C veräußert hat), so befreit ihn Art. 938 ZGB höchstens – soweit überhaupt anwendbar⁴⁰ – von allfälligen Schadenersatzansprüchen, nicht aber von einer Bereicherungshaftung.⁴¹ Hat er die Sache *verschrenkt*, so entfällt im Grundsatz eine Kondiktion gemäß Art. 64 OR, wenn er nicht mehr bereichert ist (Bsp.: B hätte die Sache C andernfalls nicht verschrenkt). Hat er die Sache *unter Wert* gegen einen anderen Gegenstand eingetauscht, so kann er sich – wegen Art. 64 OR – wahlweise durch Hingabe des empfangenen Tauschgegenstands *in natura* oder durch Entrichtung dessen Werts befreien. Hatte B ohnehin vor, C eine derartige Sache zu schenken, so bleibt er in Form einer Ersparnis bereichert und kann sich im entsprechenden Umfang nicht auf die Einwendung von Art. 64 OR berufen. Hat B die Sache *über Wert* verkauft oder eingetauscht, richtet sich die Kondiktion nur auf Ersatz des objektiven Werts der veräußerten Sache im Veräußerungszeitpunkt, nicht auf einen darüber hinausgehenden Verkaufserlös, den empfangenen Tauschgegenstand oder dessen (höheren) Wert. Bei der empfangenen Gegenleistung (sog. Transaktionssurrogat) handelt es sich nicht um einen bereicherungsrechtlich relevanten Ersatzvorteil.⁴² Erstens stammt die Gegenleistung nicht „aus dem Vermögen“ des Bereicherungsgläubigers. Zweitens wäre es stoßend, wenn auch der Gutgläubige, der diesbezüglich nicht über Art. 64 OR geschützt wäre, einen Gewinn abzuliefern hätte, der auf sein Geschick, seine Tüchtigkeit, seine Kenntnisse oder einen ihm zuzurechnenden glücklichen Zufall zurückzuführen ist (Extrembeispiel: Lotteriegewinn, der unter Aufwendung fremden Eigentums finanziert wurde).⁴³

Handelt der Veräußerer bösgläubig (Bsp.: der Käufer B veräußert die Kaufsache, nachdem der Verkäufer A den Kaufvertrag bereits wegen Irrtums angefochten hat), so haftet er gemäß Art. 41 ff. OR und – sofern anwendbar – Art. 940 Abs. 1 ZGB auf Schadenersatz. Unter dem Titel der Eingriffskondiktion schuldet m.E. auch der Bösgläubige nur, aber immerhin, Ersatz des objektiven Werts der veräußerten Sache im Veräußerungszeitpunkt (fingierte Ersatzbereicherung), nicht aber einen darüber hinausgehenden Veräußerungsgewinn (höherer

³⁹ Ist die Veräußerung unwirksam, stellt sich die Frage der Konkurrenz zwischen der Vindikation des Eigentümers gegenüber dem Dritten und seinen persönlichen Ansprüchen gegenüber dem Veräußerer; vgl. dazu BSK ZGB II/*Ernst/Zogg* (Fn. 36), Art. 938 Rn. 21, Art. 940 Rn. 18.

⁴⁰ Vgl. dazu BSK ZGB II/*Ernst/Zogg* (Fn. 36), Vor Art. 938 ff. Rn. 25 f.

⁴¹ BSK ZGB II/*Ernst/Zogg* (Fn. 36), Art. 938 Rn. 8, 20 f. m.N.

⁴² Vgl. II.2.d).

⁴³ *Koller* (Fn. 3), Rn. 30.74.

Verkaufserlös oder wertvollere Tauschsache).⁴⁴ Ein solcher kann bei Bösgläubigkeit einzig über Art. 423 OR abgeschöpft werden. Einzelheiten sind in diesem Zusammenhang freilich nicht vollauf geklärt. Offen ist etwa die Frage, ob unter dem Titel von Art. 423 OR nur ein Anspruch auf den *wertmäßigen* Nettogewinn oder auch ein Anspruch auf Ablieferung des empfangenen Tauschgegenstands *in natura* (gegen Erstattung der Aufwendungen) besteht. Nicht hinreichend abgesteckt sind sodann die Grenzen eines derartigen Anspruchs auf den erzielten Transaktionsgewinn, etwa wenn mit fremdem Eigentum tauschweise erworbene Aktien erheblich an Wert gewinnen oder wenn das mit gestohlenem Bargeld gekaufte Lotterielos den Hauptpreis in Millionenhöhe gewinnt.⁴⁵ Ungeklärt ist weiter, ob sich ein Anspruch auf den Veräußerungsgewinn auf die *erste* Transaktion beschränkt oder ob auch *weiterer* Gewinn, der unter Verwendung des ursprünglichen Gewinns generiert wird, erfasst sein kann (Bsp.: der bösgläubige B erwirbt mit Eigentum von A tauschweise Aktien des Unternehmens X, die er später gegen Aktien des Unternehmens Y eintauscht). Zu diskutieren wäre schließlich, ob auch eine Genehmigung der unechten GoA möglich ist (Art. 424 OR)⁴⁶ und ob dadurch ein weitergehender, auftragsähnlicher (Gewinn-)Ablieferungsanspruch nach Art. 400 Abs. 1 OR begründet werden kann.

IV. Ergebnis

Die Kondiktion ist primär auf Naturalrestitution gerichtet. Weil eine solche in vielen Fällen von vornherein ausgeschlossen ist oder nachträglich unmöglich wird, ist regelmäßig nur noch der objektive (Geld-)Wert der empfangenen Bereicherung im Zeitpunkt des Unmöglichwerdens der Naturalrestitution geschuldet. Das gilt insbesondere auch dann, wenn *in natura* kondizierbare vertretbare Sachen untergehen, denn bei der Naturalrestitutionsschuld handelt es sich nicht um eine Pflicht zur Restitution „der Gattung nach“, sondern um eine Speziesschuld zur Restitution der konkret empfangenen Sache. Beim objektiven Geldwert, der ersatzweise anstelle der Naturalrestitution geschuldet ist, handelt es sich nicht um ein Surrogat, das an die Stelle der ursprünglich empfangenen Bereicherung getreten ist, sondern um eine *fingierte Ersatzbereicherung*, die nach der gesetzlichen Ordnung im Grundsatz kondizierbar ist. Ein Wegfall dieser Haftung kann sich v.a. aus Art. 64 OR ergeben, in bestimmten Fällen auch aus Art. 119 OR oder Art. 938 ZGB.

⁴⁴ So auch Koller (Fn. 3), Rn. 30.74, 30.79 ff.; Schwenger/Fountoulakis (Fn. 27), Rn. 58.5; BSK OR I/Zogg (Fn. 4), Art. 62 Rn. 62; anders BGE 71 II 90, E. 5; von Tuhr/Peter (Fn. 3), 503 f.; anders zudem noch BSK ZGB II/Ernst/Zogg (Fn. 36), Art. 940 Rn. 17 f.

⁴⁵ Vgl. hierzu Koller (Fn. 3), Rn. 30.81; Schmid, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1993, Art. 423 OR Rn. 108 ff., wonach im Einzelfall eine wertende Entscheidung darüber zu treffen sei, ob und inwieweit der Gewinn noch der verletzten Rechtssphäre des Gläubigers zugerechnet werden kann.

⁴⁶ So etwa Oser/Weber, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 8. Aufl. 2025, Art. 424 Rn. 3; anders ZK/Schmid (Fn. 45), Vor Art. 419 ff. OR Rn. 20, 23, Art. 424 OR Rn. 7; OGer ZH, LB190004 vom 3. Dezember 2019, 91 f.

Eine Surrogatshaftung ist im schweizerischen Bereicherungsrecht auf sog. *Sachsurrogate* (*commoda ex re*) beschränkt, die unmittelbar an die Stelle des kondizierbaren Gegenstands treten (z.B. Versicherungsleistung, Realisat einer Forderungseinziehung). Auch ein solcher Anspruch ist aber auf den objektiven Wert der ursprünglichen Bereicherung beschränkt; ein Mehrwert ist nicht kondizierbar. Eine Bereicherungshaftung für sog. *Transaktionssurrogate* (*commoda ex negotiatione*) besteht m.E. selbst bei Bösgläubigkeit nicht. Ein entsprechender Transaktionsgewinn kann einzig – bei Bösgläubigkeit – über Art. 423 OR abgeschöpft werden. Die Konturen eines solchen Anspruchs sind freilich noch nicht hinreichend präzise gefasst.

Biographie – Curriculum Vitae

Wolfgang Ernst wurde 1956 geboren. Er studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Bonn und Frankfurt am Main. Nach dem Ersten Staatsexamen 1980 wurde er 1981 an der Universität Bonn promoviert. 1982 erwarb er den Grad eines LL.M. an der Yale Law School. Nach dem Referendardienst und dem Zweiten Staatsexamen im Jahr 1985 wurde er Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Römisches Recht in Bonn. 1990 wurde er in Bonn habilitiert und lehrte von 1990 bis 2000 als Ordinarius Römisches Recht und Bürgerliches Recht an der Universität Tübingen. Dort war er 1993/94 auch Dekan. Im Jahr 2000 folgte Wolfgang Ernst einem Ruf an die Universität Bonn. 2004 wechselte er auf eine Professur für Römisches Recht und Privatrecht an der Universität Zürich. 2015 wurde er Regius Professor of Civil Law an der Universität Oxford. Wolfgang Ernst war Gastprofessor in Jerusalem und Cambridge. Er ist Träger der Ehrendoktorwürden der Universitäten von Edinburgh und Wien.

Wolfgang Ernst was born in 1956. He read law at the universities of Bonn and Frankfurt/Main, passing the First State Examination in Law in 1980. In 1981, he obtained the degree of Dr. iur. from the University of Bonn. In 1982, he graduated from Yale Law School with an LL.M. degree. After his professional legal training, Wolfgang Ernst passed the Second State Examination in Law in 1985 and became postdoctoral assistant lecturer at the Institute of Roman Law of the University of Bonn. After his habilitation in 1990, he became full professor of Roman law and German private law at the University of Tübingen. In 2000, he accepted a call to the University of Bonn. In 2004, he became professor of Roman law and private law at the University of Zurich. In 2014, Wolfgang Ernst was appointed to the Regius Chair of Civil Law at the University of Oxford. He has taught as a visiting professor in Cambridge and Jerusalem. Wolfgang Ernst holds honorary degrees from the universities of Vienna and Edinburgh.

Schriftenverzeichnis – Publications

I. Monographien – Monographs

Eigenbesitz und Mobiliarerwerb, Tübingen 1992

Rechtsmängelhaftung, Tübingen 1995

Rechtliche Qualitätsmängel. Der Rechtsstatus von Leistungsobjekten als Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen, Heidelberg 1999

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages. Zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozess, Berlin 2000

Le vote en assemblée. Exemples, conseils, et bonne pratiques, Zürich 2016

Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten. „group choice“ in europäischen Justiztraditionen, Tübingen 2016

Justinian's Digest 9.2.51 in the Western Legal Canon, Cambridge 2019

Mit OBERHOLZER SERAFIN/SUNARIC PREDRAG, Fristen und Fristberechnung im Zivilprozess (ZPO – SchKG – BGG), 2. Aufl., Zürich 2021

Kleine Abstimmungsfibel. Leitfaden für die Versammlung, 2. Aufl., Zürich 2023

Vom Recht in der Weltgeschichte, Basel 2023

II. Kommentierungen – Commentary Work

Mit LAUKO ROBERT, Kommentierung der Art. 30–34 CISG, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), 2. Aufl., Heidelberg 2009

vor § 433 und Kommentierung der §§ 433–499 BGB, in: Schmoeckel Mathias/Rückert Joachim/Zimmermann Reinhard (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III: Schuldrecht, 1. Teilband, Tübingen 2013

Mit ZOGG SAMUEL, Kommentierung der Art. 919–941 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 7. Aufl., Basel 2023

Einleitung zum Schuldrecht, vor § 275 und Kommentierung der §§ 275, 280–284, 286–304, 311a, 323–326 BGB, in: Sacker Jürgen et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 und 3: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 2025

Kommentierung der Art. 211–238 und Art. 492–512 OR, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar OR, 2. Aufl., Basel 2026

III. Aufsätze und Beiträge zu Sammelwerken – Articles

1. Zum Römischen Recht – On Roman Law (cf. 4./5./6./7.)

Periculum est emptoris (zugl. Diss. iur.), ZRG RA 99 (1982), 216–248

Das Nutzungsrisiko bei der Pacht in der Entwicklung seit Servius, ZRG RA 105 (1988), 541–591

periculum conductoris. Eine gleichlaufende Gefahrtragsregel bei den Verträgen der locatio conductio, in: Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag, Stuttgart/Berlin/Köln 1992, 59–97

Wandlungen des *vis maior*-Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft, INDEX 22 (1994), Omaggio a Peter Stein, 293–321

Neues zur Sachmängelgewährleistung aufgrund des Ädilenedikts, ZRG RA 116 (1999), 208–221

Das Kaufrecht in den Institutionen des Gaius, in: Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, Köln/Weimar/Wien 2002, 159–173

Neues zur Gefahrentragung bei emptio venditio und locatio conductio?, ZRG RA 121 (2004), 363–378

Irrtum: Ein Streifzug durch die Dogmengeschichte, in: Zimmermann Reinhard (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, Tübingen 2007, 1–34

Zur Überlieferung der Responsen des Paulus durch *Pauli responsorum libri XXIII*, in: Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna III, Napoli 2007, 1671–1682

Der zweifache Verkauf derselben Sache – Betrachtungen zu einem Rechtsproblem in seiner europäischen Überlieferung, in: Jakab Éva/Ernst Wolfgang (Hrsg.), Kaufen nach römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen, Berlin 2008, 83–104

Nisi aliud actum est. Zur Frage nach einem *ius dispositivum* im römischen Recht bis Justinian. Eine Skizze in fünf Thesen, in: Roman Law and Legal Knowledge, Studies in Memory of Henryk Kupiszewski, Warszawa 2011, 61–86

non quia ius, sed quia Romanum – Mommsen und die Rechtswissenschaft seiner Zeit, in: Fagnoli Iole/Rebenich Stefan (Hrsg.), Theodor Mommsen und die Bedeutung des Römischen Rechts, Berlin 2013, 15–34

Insulam Exurere: Reading Collatio 12.7.1–3 Closely, in: Spagnolo Benjamin/Sampson Joe (Hrsg.), Principle and Pragmatism in Roman Law, Oxford 2020, 159–170

Philipp Lotmars Exegesen der Klassikertexte zum Irrtum beim Kauf, in: Fagnoli Iole/Fasel Urs (Hrsg.), Das römische Recht vom Error – Philipp Lotmars opus magnum, Bern 2020, 87–108

D. 19,1,23 Iulianus libro 13 digestorum, ZRG RA 139 (2022), 352–358

The politics of the *lex Aquilia*. Reparation disputes in the battle of the orders: the quest for fair trials, TR 90 (2022), 315–352

Caput Secundum Legis Aquiliae in the History of Roman Law Scholarship, in: Secundum Doctores. Essays in Medieval Learned Law in Honour of Harry Dondorp, Amsterdam 2023, 17–35

§ 79: Klagen aus Kauf (*actio empti, actio venditi*), in: Babusiaux Ulrike et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts II, Tübingen 2023, 2039–2288

D 9.2.27.14 (Ulp 18 *ad Ed*): Weed in the *Digest*, in: Essays in Law and History for David Ibbetson. *Querella*, Oxford 2024, 35–46

2. Zum Obligationenrecht und seiner Reform – national, europäisch, international – On the Law of Obligations and its Reform – Domestic, European, International

Kernfragen der Schuldrechtsreform, JZ 1994, 801–809

Zum Kommissionsentwurf für eine Schuldrechtsreform, NJW 1994, 2177–2181

Some reflections on the reform of the law of Obligations in Germany, Tel Aviv University Studies in Law 13 (1997), 231–244

Die Verpflichtung zur Leistung in den Principles of European Contract Law und in den Principles of International Commercial Contracts, in: Basedow Jürgen (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Tübingen 2000, 129–158

Die Schuldrechtsreform 2001/2002 – Zum Diskussionsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZRP 2001, 1–11

Mit ZIMMERMANN REINHARD/LEENEN DETLEF/MANSEL HEINZ-PETER, *Finis Litium?* Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 684–699

Die Reform des Leistungsstörungenrechts in Deutschland. Novellierung eines Zivilgesetzbuches im europäischen Kontext: Ergebnisse und Erfahrungen, in: Fischer-Czermak Constanze/Hopf Gerhard/Schauer Martin (Hrsg.), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend: Reformbedarf und Reform, Wien 2003, 85–110

New Rules of Breach of Contract in Germany, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 5 (2003), 333–356

Die kaufrechtliche Gewährleistung nach der Teilrevision des Obligationenrechts, in: Norm und Wirkung. Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, 255–298

Sachmängelhaftung und Gefahrtragung. Abgrenzungen und Wechselwirkungen in der Dynamik des Vertragsvollzugs, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebenzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, 165–238

Solidarschuld und Verjährung, in: Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, 175–192

Der ‚Common Frame of Reference‘ aus juristischer Sicht, *AcP* 208 (2008), 248–282

Zur Struktur des CFR, in: Schmidt-Kessel Martin (Hrsg.), Der gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, München 2009, 55–70

Vollharmonisierung und autonomer Nachvollzug, *EuZ* 2010, 2–3

Das Verjährungsrecht des (D)CFR, in: Remien Oliver (Hrsg.), Verjährungsrecht in Europa – zwischen Bewährung und Reform. Würzburger Tagung vom 8. und 9.5.2009, Tübingen 2011, 67–92

Das AGB-Recht des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: Remien Oliver/Herrler Sebastian/Limmer Peter (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?. Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011, München 2012, 93–106

Die Vertragsordnung – Rückblick und Ausblick, *ZSR* 137 II (2018), 5–85

Die Rechtslage aufgrund Verbrauchs der Vindikation nach § 281 Abs. 4 BGB, *ZfPW* 2019, 122–128

Primär- und Sekundäranspruch in historischer Sicht, in: Verbindungslinien im Recht. Festschrift für Christoph G. Paulus zum 70. Geburtstag, München 2022, 171–190

Leistungsstörungen beim Forderungskauf, *NJW* 2025, 1681–1688

Wandlungen der Vertragstypenordnung. Die letzten 125 Jahre, AcP 225 (2025), 46–75

Neues Sachmängelrecht beim Grundstückskauf, recht 2026, 1–8

3. Zum Recht Englands und des UK – On the Laws of England and the UK

Rez. MILSOM S.F.C., Historical Foundations of the Common Law, 2. Aufl, London 1981, RabelsZ 48 (1984), 598–606

Englische Judikatur als Auslandsrecht, in: Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa. Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag, München 2015, 83–106

„Retained EU-Law“. Probleme einer neuen Rechtserscheinung, ZfPW 2018, 369–384

„Von dem Tage aber und von der Stunde“ – Wann passiert der Brexit?, in: Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei?. Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich 2018, 51–56

Rez. du Plessis Paul J. (Hrsg.), Wrongful Damage to Property in Roman Law. British Perspectives, Edinburgh 2018, LQR 135 (2019), 341–343

For Women Scotland v The Scottish Ministers. [2025] UKSC 16, ZfPW 2025, 363–371

The Res Cogitans. UK Supreme Court [2016] UKSC 23, in: Rechtsprechung in Wissenschaft, Praxis und Lehre. Festschrift für Barbara Dauner-Lieb, Baden-Baden 2025, 251–262

4. Zum Fahrnissachenrecht und Besitzesrecht (einschließlich Kunstrecht) – On Personal Property (including Art Law)

Ist der gutgläubige Mobiliarerwerb eine Rechtsscheinwirkung?, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, 95–120

Neues Sachenrecht für Kulturgüter, recht 2008, 2–14

Zur heutigen Rechtsbedeutung der alliierten Restitutionsgesetze in Deutschland, in: *Ius romanum – Ius commune – Ius hodiernum*. Studies in honour of Eltjo J.H. Schrage on the occasion of his 65th birthday, Aalen 2010, 115–146

Lösungsrecht und Singularsukzession, in: Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 839–854

Possessorischer Besitzschutz und eidgenössischer Zivilprozess, recht 2011, 101–111

Anmerkung zu BGH, Urteil v. 16.3.2012 [Hans Sachs], JZ 2013, 359

Bilderbesitz im Rechtsstaat, JZ 2014, 28–32 (= Bilderbesitz im Rechtsstaat – Einsatz von Strafprozessrecht zu Restitutionszwecken?, KUR 16 (2014), 67–72)

Neue Rahmenbedingungen für die Kunstrestitution in Deutschland? Zum juristischen Innovationspotenzial des Streits um den Bilderbesitz Cornelius Gurlitt, in: Heil Johannes/Weber Annette (Hrsg.), *Ersessene Kunst – Der Fall Gurlitt*, Berlin 2014, 91–110

5. Zu Dogmatik und Geschichte von Gattungskauf und Gattungsschuld – On Generic Sales and Generic Obligations

Die Konkretisierung in der Lehre vom Gattungskauf, in: *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*, Köln 1997, 49–110

Gattungskauf und Lieferungskauf im römischen Recht, ZRG RA 114 (1997), 272–344

Das Lieferungsgeschäft als Vertragstyp seit dem Preußischen Allgemeinen Landrecht, in: *Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag*, Band II, Köln 1998, 1097–1118

Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskaufs, ZEuP 1999, 583–641

Der Erfüllungszwang bei der Gattungsschuld in der Prozessrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts, in: *„Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert“*. Festschrift für Knut Wolfgang Nörr, Köln 2003, 219–236

6. Zur Reziprozität von Vertragsverhältnissen – On Reciprocity in Contract Law

Die Vorgeschichte der *exceptio non adimpleti contractus* im römischen Recht bis Justinian, in: *Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag*, Berlin 1998, 1–57

Die Gegenseitigkeit im Vertragsvollzug, AcP 199 (1999), 485–524

„In connexis debet esse paritas“. Die Ausbildung des vertragsrechtlichen Paritätsgedankens in der Lehre von Legisten und Kanonisten des 12. bis 14. Jahrhunderts am Beispiel der *exceptio non adimpleti contractus*, in: *Festschrift für Martin Heckel zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 1999, 513–534

Die *datio ob rem* als Austauschgeschäft – Ein Beitrag zu einseitig geregelten Geschäftsvorgängen im Verkehrsrecht, in: Jakab Éva/Ernst Wolfgang (Hrsg.), *Usus Antiquus Juris Romani*. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung, Berlin 2005, 29–58

Entgeltlichkeit – Eine Untersuchung am Beispiel des Tauschs, der gemischten Schenkung und anderer Verträge, in: *Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010*, Tübingen 2010, 139–184

Mit GÄCHTER THOMAS, Schranken der Freigiebigkeit, SZS/RSAS 2011, 139–163

7. Zum Geldrecht und seiner Geschichte – On Monetary Law and its History

Rez. SZAIVERT WOLFGANG/WOLTERS REINHARD, Löhne, Preise, Werte. Quellen zur römischen Geldwirtschaft, Darmstadt 2005, forum historiae iuris (2005), <<http://www.forhistiur.de/zitat/0509ernst.htm>>

Geld. Ein Überblick aus historischer Sicht, JBTh 21 (2006), 3–22

Rationalia ad D. 46.3.99, in: Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, 233–248

The Glossators' Monetary Law, in: Cairns John W./du Plessis Paul J. (Hrsg.), The Creation of the *Ius Commune*. From Casus to Regula, Edinburgh 2010, 219–246

Euro-Ausstieg: Kollisions- und Sachrechtsfragen auf nationaler und europäischer Ebene, EuZ 2012, 56–73

Privatrechtliche Folgen eines Ausscheidens einzelner Staaten aus der Euro-Währung – ein Problemaufriss, ZIP 2012, 49–58

„Rechtzeitige Zahlung“ – Reformabsicht des BMJ, ZIP 2012, 751

Negativzinsen aus zivilrechtlicher Sicht – ein Problemaufriss, ZfPW 2015, 250–256

Besprechung von GEVA BENJAMIN, The Payment Order of Antiquity and the Middle Ages. A Legal History, Oxford 2011, RabelsZ 80 (2016), 228–231

The Legists' Doctrines on Money and the Law from the Eleventh to Fifteenth Centuries, in: Fox David/Ernst Wolfgang (Hrsg.), Money in the Western Legal Tradition. Middle Ages to Bretton Woods, Oxford 2016, 110–135

Besprechung von COFFEE NEIL, Gift and Gain. How Money Transformed Ancient Rome, ZRG RA 135 (2018), 748–752

Besprechung von Gasper Giles E.M./Gullbekk Svein H. (Hrsg.), Money and the Church in Medieval Europe, 1000–1200. Practice, Morality and Thought, Speculum 93/3 (2018), 847–849

Mommsen on Money, Banking and Finance Law Review 38 (2022), 307–329

Before Mann: Martin Wolff on Monetary Law, in: Allen Jason/Dannemann Gerhard (Hrsg.), F.A. Mann. The Lawyer and His Legacy, Oxford 2024, 205–224

8. Zu Rechtsfragen kollektiver Entscheidungsfindung – On Legal Issues of Collective Decision Making

Abstimmen über Rechtserkenntnis. Gedanken zur Entscheidungsfindung in Richterkollegien, JZ 2012, 637–648 (in spanischer Sprache: Votar sobre el conocimiento jurídico. Concepciones sobre la toma de decisiones en los colegios de jueces, En Letra: Derecho Penal 16 (2023), 191–223)

Abstimmungen in Richterkollegien, *Justice – Justiz – Giustizia: die Schweizer Richterzeitung* 4 (2012), <<https://richterzeitung.weblaw.ch/rzissues/2012/4.html>> (siehe auch: Abstimmungen in Richterkollegien. Verfahrensmöglichkeiten im Licht von Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte, in: Gass Stephan et al. (Hrsg.), *Justiz im Blickfeld. Ausgewählte Beiträge aus der Schweizer Richterzeitung*, Bern 2013, 319–357)

Der Beschluss als Organakt, in: *Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus. Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012*, Berlin 2012, 1–42

Abstimmen nach den Gründen oder nach dem Endresultat – Eine Prozesskontroverse im 19. Jahrhundert, in: *Festschrift für Jan Schröder zum 70. Geburtstag am 28. Mai 2013*, Tübingen 2013, 309–334

Plinius, *Epistulae* 8,14: Abstimmungsprobleme im römischen Senat, *Fundamina* 20 (2014), 240–257

Schiedsrichtermehrheiten im klassischen römischen Recht, in: *Inter cives nec non peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen 2014, 161–180 (verbessert: Zwei Probleme aus dem römischen Recht des Schiedsverfahrens, in: Keiser Thorsten/Oestmann Peter/Pierson Thomas (Hrsg.), *Wege zur Rechtsgeschichte: Die rechtshistorische Exegese*, Köln 2022, 57–70)

Maiors pars – Mehrheitsdenken in der römischen Rechtskultur, *ZRG RA* 132 (2015), 1–67

Modalités de vote dans les tribunaux collégiaux. La diffusion des idées des Lumières en Europe au 19^{ème} siècle, *Glossae* 15 (2018), 80–98

Zu einigen Fragen des Abstimmungsdesigns im Privatrecht: Stimmverbot – Blockabstimmung – Stichentscheid – Subtraktionsmethode, in: *Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag*, Band I, München 2019, 261–290

Beschlussfassung durch den Betriebsrat – Abstimmungsregelungen im BetrVG und ihre Probleme, in: *Festschrift für Wolfgang Portmann*, Zürich 2020, 147–158

Mehrheitsabstimmung bei schriftlicher Beschlussfassung, *ZIP* 2020, 889 (siehe auch: Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, *recht* 2020, 168–172)

The Fine-Mechanics of Judicial Majoritarianism, in: Häcker Birke/Ernst Wolfgang (Hrsg.), *Collective Judging in Comparative Perspective. Counting Votes and Weighing Opinions*, Cambridge etc. 2020, 3–18

Verantwortung für Gremienunrecht, *AcP* 223 (2023), 170–227

9. Vermischtes – Miscellaneous

Gestaltungsrechte im Vollstreckungsverfahren, *NJW* 1986, 401–405

Zur Präzisierung der sogenannten Nachrangklausel im Konflikt mit dem verlängerten Eigentumsvorbehalt, in: Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1992, 87–104

Anwaltshaftung nach Änderung der Rechtsprechung zur Aufhebung von Grundstücksverträgen, ZIP 1994, 605–610

Die Zurückweisung der Ware, NJW 1997, 896–905

Das Bundesverfassungsgericht in der Privatrechtsordnung, in: Kitagawa Zentaro et al. (Hrsg.), Das Recht vor der Herausforderung eines neuen Jahrhunderts: Erwartungen in Japan und Deutschland, Tübingen 1998, 205–214

Interzession: Vom Verbot der Fraueninterzession über die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften zum Schutz des Verbrauchers als Interzedenten, in: Zimmermann Reinhard/Knütel Rolf/Meinecke Jens Peter (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999, 395–430

Negligence in 19th Century Germany, in: Schrage Eltjo J.H. (Hrsg.), Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts, Berlin 2000, 341–360

Fritz Schulz (1879–1957), in: Beatson Jack/Zimmermann Reinhard (Hrsg.), Jurists Uprooted. German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain, Oxford 2004, 105–204

Doppelverkauf – Ein Panorama, in: Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, 113–142

Le BGB en tant que codification, in: Dunand Jean-Philippe/Winiger Bénédict (Hrsg.), Le Code civil français dans le droit européen, Bruxelles 2005, 141–152

Fritz Mauthner als Jurist, in: Recht gestern und heute. Festschrift zum 85. Geburtstag von Richard Haase, Wiesbaden 2006, 179–192

Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: Engel Christoph/Schön Wolfgang (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, 3–49

Friedrich Ludwig Keller als Gegenstand der rechtshistorischen Forschung, ZRG RA 125 (2008), 688–674

Haftung und Gefahrtragung beim Aktienkauf. Der Konkurs der Aktiengesellschaft als Leistungsstörung – Eine zivilistische Skizze aus Anlass von BGE 128 III 370, in: Tradition mit Weitsicht. Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Bern 2009, 89–128

Die Zahlung fälliger Schuld als Fall der paulianischen Anfechtung in Geschichte und Gegenwart, SJZ 106/16–17 und 18 (2010), 389–395 und 417–425

General introduction: legal change? Railway and car accidents and how the law coped with them, in: Ernst Wolfgang (Hrsg.), *The Development of Traffic Liability*, Volume 5, Cambridge 2010, 1–11

Kanonisches Recht in Savignys „System“, ZRG KA 127 (2010), 275–313

Fristenprobleme beim Bauhandwerkerpfandrecht – zugleich zum Bedeutungswund von Art. 961 Abs. 3 ZGB, in: *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Bern 2013, 463–478

Andreas von Tuhr, in: *Neue Deutsche Biographie (NDB)*, 26. Band, Berlin 2016, 500–501

Oskar Pisko zu Gewährleistungs-, Nichterfüllungs- und Irrtumsfolgen bei Lieferung mangelhafter Ware (1920–1938), in: Thomale Chris (Hrsg.), *Oskar Pisko. Richter, Reformier, Rechtsgelehrter*, Wien 2024, 211–220

Römischesrechtliche Grundlagen von Insolvenz- und Restrukturierungsplan, in: Jacoby Florian et al. (Hrsg.), *Vertrag – Prozess – Restrukturierung. Festschrift für Reinhard Bork zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2026, 1235–1250

IV. Herausgeber – As Editor/Co-Editor

Mit Zimmermann Reinhard, *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen 2001

FLUME WERNER, *Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Tübingen 2003

Mit Jakab Éva, *Usus Antiquus Juris Romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung*, Heidelberg 2005

MAUTHNER FRITZ, *Recht. Texte zum Recht, seiner Geschichte und Sprache*, Frankfurt am Main 2007

Mit Jakab Éva, *Kaufen nach Römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen*, Heidelberg 2008

Mit Altmeyden Holger et al., *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009

The Development of Traffic Liability, Cambridge 2010

Mit Fox David, *Money in the Western Legal Tradition. Middle Ages to Bretton Woods*, Oxford 2016

Mit Häcker Birke, *Collective Judging in Comparative Perspective. Counting Votes and Weighing Options*, Cambridge etc. 2020

FREDERICK ALEXANDER MANN, *Life and Cases. Manuscript of an Autobiography*, Göttingen 2021

Mit Babusiaux Ulrike et al., Handbuch des Römischen Privatrechts, Tübingen 2023

Mit Dickinson Andrew/Endicott Timothy, Dicey +100. Albert Venn Dicey. A Centennial Commemoration, Cambridge 2024

V. Lehrmittel – Study Material

Mit ZOGG SAMUEL, Sachenrecht. in a nutshell, 3. Aufl., Zürich 2020

Autorenverzeichnis – List of Authors

Lorena Atzeri

Professore Associato an der Università degli Studi di Milano

Marietta Auer

Direktorin am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie Frankfurt am Main

Ulrike Babusiaux

Professorin an der Universität Zürich

Christian Baldus

Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Theodor Baums

Emeritierter Professor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main, professeur associé der Universität Luxembourg

Renato Beneduzi

Professor an der Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

József Benke

Professor an der Pécsi Tudományegyetem

Reinhard Bork

Emeritierter Professor an der Universität Hamburg

John W. Cairns

Professor an der University of Edinburgh

Riccardo Cardilli

Professor an der Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Oliver Diggelmann

Professor an der Universität Zürich

Tanja Domej

Professorin an der Universität Zürich

Harry Dondorp

Associate professor (bis 2023) an der Vrije Universiteit Amsterdam

Tim W. Dornis

Professor an der Leibniz-Universität Hannover

Wouter Druwé

Associate Professor an der Katholieke Universiteit Leuven

Stefan Enchelmaier

Professor an der University of Oxford

Iole Fargnoli

Professorin an der Universität Bern und Università degli Studi di Milano

Florian Faust

Professor an der Bucerius Law School, Hamburg

Jakob Feddersen

Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Humboldt-Universität zu Berlin

Matthias Fervers

Professor an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Thomas Finkenauer

Professor an der Eberhard Karls Universität Tübingen

Roberto Fiori

Professor an der Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Andreas Martin Fleckner

Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin

Johannes W. Flume

Professor an der Paris Lodron Universität Salzburg

David Fox

Professor an der University of Edinburgh

Robert M. Frakes

Professor an der California State University Bakersfield

Sebastian Fuchs

Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Thomas Gächter

Professor an der Universität Zürich

Jean-François Gerkens

Professor an der Université de Liège

Joshua Getzler

Professor an der University of Oxford

Hans-Christoph Grigoleit

Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Beate Gsell

Professorin an der Ludwig-Maximilians-Universität München, Richterin am Oberlandesgericht München

Andreas Heinemann

Professor an der Universität Zürich

Bruno Huwiler

Emeritierter Professor an der Universität Basel

Rainer Hüttemann

Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Richard Hyland

Professor an der Rutgers University Camden

David Ibbetson

Emeritierter Professor an der University of Cambridge

Ido Israelowich

Professor an der Tel Aviv University

Éva Jakab

Professorin an der Károli Gáspár Református Egyetem Budapest

Peter Jung

Professor an der Universität Basel

Eva-Maria Kieninger

Professorin an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Andreas Klein

Rechtsanwalt in Frankfurt am Main

Andreas Kley

Professor an der Universität Zürich

Frank Klinkhammer

Honorarprofessor an der Philipps-Universität Marburg, Richter am Bundesgerichtshof a.D.

Wolfgang Krüger

Honorarprofessor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a.D.

Michael Lobban

Senior Research Fellow am All Souls College, Professor an der University of Oxford

Thomas Lobinger

Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Sebastian Lohsse

Professor an der Universität Münster

Felix Maultzsch

Professor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main

Franz-Stefan Meissel

Professor an der Universität Wien

Ernest Metzger

Professor an der University of Glasgow

Claus Mollenkopf

Richter am Oberlandesgericht Stuttgart – Commercial Court Baden-Württemberg –

Patrick Mossler

Rechtsanwalt in Hamburg

Christoph G. Paulus

Emeritierter Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin

Martin Pennitz

Professor an der Universität Innsbruck

Guido Pfeifer

Professor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main

Thomas Pfeiffer

Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Johannes Platschek

Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Wolfgang Portmann

Professor an der Universität Zürich

Johannes Reich

Professor an der Universität Zürich

Tilman Repgen

Professor an der Universität Hamburg

Christoph Reusser

Rechtsanwalt in Basel

Thomas Rüfner

Professor an der Universität Trier, Richter am Oberlandesgericht Koblenz

Joe Sampson

Associate Professor an der University of Cambridge

Alexander Schall

Professor an der Leuphana Universität Lüneburg

Philipp Scheibelreiter

Professor an der Universität Wien

Martin Schermaier

Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Karsten Schmidt

Affiliate Professor an der Bucerius Law School, Hamburg

Johanna Schmidt-Räntsch

Honorarprofessorin an der Humboldt-Universität zu Berlin, Richterin am Bundesgerichtshof a.D.

Wolfgang Schön

Direktor am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen, Honorarprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Jan Schröder

Emeritierter Professor an der Eberhard Karls Universität Tübingen

Helen Scott

Professorin an der University of Cambridge, Honorary Professor im Department of Private Law an der University of Cape Town

Boudewijn Sirks

Emeritierter Professor an der University of Oxford

Benjamin Spagnolo

Fellow und Trinity Associate Professor am Trinity College, Cambridge

Fabia Stöcklin

Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Basel

Nicholas Stone

Barrister in London

Robin Suter

Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich

François Velde

Senior Economist und Economic Advisor bei der Federal Reserve Bank of Chicago

Rastko Vrbaski

Senior Advisor bei der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich Basel

Gerhard Wagner

Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin

Rolf H. Weber

Professor an der Universität Zürich

Constantin Willems

Professor an der Philipps-Universität Marburg

Corinne Zellweger-Gutknecht

Professorin an der Universität Basel

Samuel Zogg

Titularprofessor an der Universität Zürich, Ersatzoberrichter am Obergericht Zürich