

Versari in re illicita

Rückgriff auf die Rechtsfigur einer Erfolgshaftung aufgrund unerlaubten Verhaltens im Vertragsrecht?

Hannah Luisa Schmitz

Versari in re illicita

Erfolgshaftung aufgrund unerlaubten Verhaltens im Vertragsrecht?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch die
Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu
Münster

vorgelegt von
Hannah Luisa Schmitz
aus Bochum

2019

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Sebastian Lohsse

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Nils Jansen

Dekan: Prof. Dr. Klaus Boers

Datum der mündlichen Prüfung: 09. Juli 2019

Hannah Luisa Schmitz

Versari in re illicita



Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 44

Hannah Luisa Schmitz

Versari in re illicita

Rückgriff auf die Rechtsfigur einer Erfolgshaftung aufgrund unerlaubten Verhaltens im Vertragsrecht?

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

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

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<https://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Hannah Luisa Schmitz

„Versari in re illicita. Rückgriff auf die Rechtsfigur einer Erfolgshaftung aufgrund unerlaubten Verhaltens im Vertragsrecht?“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 44

Verlag readbox unipress in der readbox publishing GmbH, Dortmund

www.readbox.net/unipress

Zugl.: Diss. Universität Münster, 2019

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ 'CC BY-SA 4.0 International'

lizenziert: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Von dieser Lizenz ausgenommen sind Abbildungen, welche sich nicht im Besitz der Autorin oder der ULB Münster befinden.



ISBN 978-3-8405-0222-4

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-12139534429

(elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2020 Hannah Luisa Schmitz

Satz: Hannah Luisa Schmitz

Umschlag: ULB Münster



Für meinen Vater

Vorwort

Die vorliegende Arbeit verdankt ihre Entstehung meinem geschätzten Lehrer, Herrn Professor Sebastian Lohsse. Er hat nicht nur durch die wöchentliche Digestenexegese mein Interesse am Römischen Recht geweckt, sondern mit fortwährender Unterstützung, unermüdlicher Diskussionsbereitschaft und seinem einzigartigen Enthusiasmus an der Entstehung der Arbeit mitgewirkt. Ferner durfte ich wertvolle Erfahrungen im Rahmen von zahlreichen Seminarfahrten und Forschungsreisen nach China sammeln, die meine persönliche und fachliche Entwicklung geprägt haben. Für all dies danke ich ihm von ganzem Herzen.

Neben der Betreuung durch meinen Doktorvater haben insbesondere die Hinweise von Professor Andreas Thier im Bereich des kanonischen Rechts die Arbeit vorangebracht. Dafür danke ich ihm vielmals.

Sehr herzlich danke ich auch Herrn Professor Nils Jansen für sein Interesse an dem Thema der Arbeit und seine wertvollen Anregungen sowie die zügige Erstattung des Zweitgutachtens.

Die Arbeit am Institut für Rechtsgeschichte der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster hat mir viel Freude bereitet, nicht zuletzt durch die ausgezeichnete Arbeitsatmosphäre und den mit Leidenschaft geführten wissenschaftlichen Diskurs seitens meiner Kolleginnen und Kollegen. Viele davon sind im Laufe der letzten Jahre zu Freunden geworden, was mich umso mehr erfreut. Hier möchte ich insbesondere Juliane Roden und Tobias van Berkum in meinen Dank miteinschließen.

Bochum, im November 2019

Hannah Schmitz

Inhalt

ABKÜRZUNGEN	VII
LITERATUR	IX
QUELLEN (NACH EPOCHEN).....	XXI
ERSTER TEIL. EINFÜHRUNG	1
I. Ursprung der Rechtsregel.....	5
II. Fragestellung und Gang der Untersuchung	6
ZWEITER TEIL. KANONISTISCHE STRAFRECHTSLEHRE	9
§ 1. Lehre vom <i>versari in re illicita</i> am Beispiel der Summa Decretalium des Goffredus de Trano	9
I. Anwendungsbereich	15
II. Entstehung der Lehre	16
III. Kriterium der Erlaubtheit der Handlung	18
IV. Kriterium der Sorgfalt bei der Vornahme der Handlung	25
§ 2. Ergebnis.....	26
DRITTER TEIL. RECHTSGEDANKE DES <i>VERSARI IN RE ILLICITA</i> IM ZIVILRECHT..	27
1. KAPITEL RÖMISCHES RECHT	27
§ 1. Vertragswidriger Sachgebrauch	27
I. Überschreitung des Gebrauchsrechts bei der Leihe	28
1. Vertragliche Haftung aus der <i>actio commodati</i>	28
2. Haftung für ein <i>furtum usus</i>	34
a) Tatbestand des <i>furtum usus</i>	34
b) Deliktische Haftung aus der <i>actio furti</i>	35
c) Haftung aus der <i>condictio ex causa furtiva</i>	35
3. Nebeneinander der vertraglichen und deliktischen Haftung.....	36
II. Gebrauch der hinterlegten Sache im Rahmen der Verwahrung.....	36
1. Vertragliche Haftung aus der <i>actio depositi</i>	37
2. Haftung aus der <i>actio furti</i>	40
III. Überschreitung des Gebrauchsrechts bei Miete und Pacht	40
§ 2. Rechtswidrige Fremdgeschäftsführung.....	43
§ 3. Vertragswidrige Substitution im Rahmen des Auftrags.....	49

§ 4. Vertragswidrige Umladung.....	50
I. Lab. D. 14,2,10,1	50
II. Ulp. D. 19,2,13,1	55
§ 5. Schuldnerverzug und Diebstahl	58
I. Schuldnerverzug	58
II. Diebstahl	62
§ 6. Ergebnis	62
2. KAPITEL MITTELALTER.....	63
§ 1. Umgang mit den römischen Quellen durch die Glossatoren	63
I. Lehre der <i>culpa praecedens</i> in der Glossa Ordinaria	63
1. Inhalt der <i>culpa praecedens</i> -Haftung	63
2. Haftung für äquivalente Kausalität?	67
3. Verhältnis der <i>culpa praecedens</i> zur <i>mora</i>	69
4. Ergebnis	72
II. Haftung aufgrund <i>culpa praecedens</i> in den Quaestionen.....	73
§ 2. Entwicklung ab Guilelmus Duranti	78
I. Speculum iudiciale des Guilelmus Duranti	79
II. Tractatus de maleficiis des Albertus Gandinus	81
III. Practica criminalis und Cinus de Pistoia	83
§ 3. Systembildung durch Guilelmus de Cuneo und Bartolus – Rezeption der Res- illicita-Lehre.....	85
I. Haftungssystem nach Guilelmus de Cuneo	86
II. Bartolus als Anhänger der Lehre de Cuneos	92
III. Ergebnis	99
§ 4. Fortführung des Haftungssystems von de Cuneo und Bartolus.....	100
I. Bartholomäus Salicetus	100
II. Paul de Castro	102
III. Alexander Tartagnus.....	106
IV. Ergebnis	107
3. KAPITEL LEHRE DER SPANISCHEN SPÄTSCHOLASTIKER	108
§ 1. Zurechnung von Rechtsverletzungen im Rahmen der <i>restitutio ratione</i> <i>acceptionis</i>	109
§ 2. Heranziehung vertragsrechtlicher Wertungen	111
4. KAPITEL HUMANISMUS, NATURRECHT UND USUS MODERNUS.....	116
§ 1. Humanismus	116

I.	Lehre Cujaz'	117
1.	Zufallshaftung aufgrund Verschuldens am Beispiel der Leihe	117
2.	Zufallshaftung im Verzug	120
3.	Gleichsetzung der beiden Haftungstatbestände	120
4.	Ergebnis	125
II.	Lehre Hugo Donellus'	125
1.	Zufallsgefahr aufgrund Verschuldens	126
2.	Zwischenergebnis	130
3.	Zufallshaftung im Verzug	130
III.	Ergebnis	132
§ 2.	Naturrecht	132
I.	Lehre Hugo Grotius'	133
1.	Zufallshaftung im Rahmen von Gefälligkeitsverträgen	133
2.	Zufallshaftung im Verzug	136
3.	Zwischenergebnis	136
II.	Lehre Christian Wolffs	137
III.	Ergebnis	140
§ 3.	Usus modernus pandectarum	140
I.	Gefahrtragung aufgrund der Eigentümerstellung	141
II.	Übergang der Zufallsgefahr	142
1.	Lehre Georg Adam Struves	142
2.	Lehre Simon van Leeuwens	143
III.	Ergebnis	145
5. KAPITEL	VON DEN PANDEKTISTEN ZUM BGB	145
§ 1.	Pandektisten	146
I.	Zufallshaftung aufgrund Verschuldens	146
1.	Lehre Heinrich Dernburgs	147
2.	Lehre Bernhard Windscheids	148
3.	Lehre Karl von Vangerows	150
II.	Zufallshaftung aufgrund Verzugs	152
III.	Ergebnis	155
§ 2.	Ausblick auf das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900	155
I.	Normierung einer Haftung für <i>versari in re illicita</i> im BGB	156
1.	Haftung des Verzugsschuldners, § 287 S. 2 BGB ¹⁹⁰⁰	156
2.	Haftung des Geschäftsführers, § 678 BGB ¹⁹⁰⁰	157
II.	Haftung nach den allgemeinen Grundsätzen	158

1. Vertragswidriger Sachgebrauch im Rahmen der Leihe.....	159
2. Vertragswidrige Hinzuziehung Dritter	160
a) Grundsatz des § 278 BGB	160
b) Substitution im Rahmen des Auftrags	161
c) Vertragswidrige Überlassung an Dritte	163
aa) Miete.....	163
bb) Verwahrung	164
III. Ergebnis	164
VIERTER TEIL. FAZIT	165
QUELLENVERZEICHNIS.....	169

Abkürzungen

Bezüglich der Abkürzungen wird verwiesen auf KASER, Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl., München 1971, XIX-XXX sowie KIRCHNER, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Aufl., Berlin 2013.

Literatur

ALBERIGO, GIUSEPPE/ WOHLMUTH, JOSEF (Hg.):

Dekrete der ökumenischen Konzilien. Konzilien des Mittelalters: vom ersten Laterankonzil 1123 bis zum fünften Laterankonzil 1512-1517. Paderborn, München, Wien, Zürich 1998-2002.

ALTMEEPEN, HOLGER:

Versari in re illicita, in: ALTMEEPEN, HOLGER/ REICHARD, INGO/ SCHERMAIER, MARTIN JOSEF (Hg.), Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2009.

ALZON, CLAUDE:

Problèmes relatifs à la location des entrepôts ed Droit romain, Paris 1964.

APATHY, PETER:

Commodatum und furtum, in: Festschrift für Herbert Hausmaninger zum 70. Geburtstag (GAMAUF, RICHARD [Hg.]), Wien 2006.

APATHY, PETER/ KLINGENBERG, GEORG/ STIEGLER, HERWIG:

Einführung in das römische Recht, Wien, Köln, Weimar 1994.

ARANGIO-RUIZ, VINCENZO:

Responsabilità contrattuale in diritto romano, Neapel 1927.

ARNDTS VON ARNESBERG, CARL LUDWIG:

Lehrbuch der Pandekten, 12. Aufl., Stuttgart 1883.

BASILE, FABIO:

La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva, Mailand 2005.

BAMBERGER, HEINZ GEORG/ ROTH, HERBERT (Hg.):

Beck'scher Online-Kommentar BGB: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 42. Edition Stand: 01.02.2017 .

BESELER, GERHARD:

Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, Bd. I (Tübingen 1910) und Bd. III (Tübingen 1913).

BETTI, EMILIO:

Istituzioni di diritto romano, Bd. II, 1. Teil, Padua 1960.

BRETONE, MARIO/ GALSTERER, BRIGITTE:

Geschichte des römischen Rechts. Von den Anfängen bis zu Justinian, 2. Aufl., München 1998.

BROX, HANS/ WALKER, WOLF-DIETRICH:

Besonderes Schuldrecht, 41. Aufl., München 2017.

BRÜGGEMEIER, GERT:

Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich: ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, Berlin 2006.

CANNATA, CARLO AUGUSTO:

Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classic, Mailand 1969.

DAHM, GEORG:

Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter. Untersuchungen über die Beziehungen zwischen Theorie und Praxis im Strafrecht des Spätmittelalters, namentlich im XIV. Jahrhundert, Berlin und Leipzig 1931.

DEMURO, GIAN PAOLO:

Il Dolo. Vol. 1: Svolgimento storico del concetto, Mailand 2007.

DERNBURG, HEINRICH:

Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. Bd. II, 2. Abteilung. Die Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Halle a. S. 1906.

Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. II Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs und das Urheberrecht, 3. Aufl., Halle a. S. 1882.

DE ROBERTIS, FRANCESCO:

La disciplina della responsabilità contrattuale nel Sistema della compilazione Giustiniana, Bd. I., Bari 1962.

DILCHER, HERMANN:

Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, Frankfurt a.M. 1960.

ENGELMANN, WOLDEMAR:

Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung, 2. Aufl., Aalen 1965.

ERMAN, WALTER (Begr.)/ WESTERMANN, HARM PETER/ GRUNEWALD, BARBARA/ MAIER-REIMER, GEORG (Hg.):

Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., Köln 2014.

ESSER, JOSEF/ SCHMIDT, EIKE (Hg.):

Schuldrecht, 8. Aufl., Heidelberg 1995.

FEENSTRA, ROBERT/ LOKIN, JAN H. A. (Hg.):

Flores legum. Herman Jan Scheltema antecessori Groningano oblatus. Unter Mitarbeit von Herman J. Scheltema, Groningen 1971.

FIKENTSCHER, WOLFGANG:

Schuldrecht, 9. Aufl., Berlin 1997.

FRITZ, JOHANN ADAM:

Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu v. Wening-Ingenheims Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, Freiburg i. Br. 1839.

GEBAUER, MARTIN:

Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, Tübingen 2007.

GITTER, WOLFGANG:

Gebrauchsüberlassungsverträge, in: Gernhuber, Joachim (Hg.), Handbuch des Schuldrechts, Tübingen 1988.

GLÜCK, CHRISTIAN FRIEDRICH:

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Kommentar für meine Zuhörer, Erlangen 1796.

GORDLEY, JAMES:

Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment, Oxford 2006.

GSELL, BEATE/ KRÜGER, WOLFGANG/ LORENZ, STEPHAN/ MAYER, JÖRG (Hg.):

beck-online. Grosskommentar. Stand 01.05.2017.

HALLEBEEK, JAN:

The Concept of Unjust Enrichment in Late Scholasticism, Nijmegen 1996.

HARKE, JAN-DIRK:

Mora debitoris und mora creditoris im klassischen römischen Recht, Berlin 2005.

HIRSCH, CHRISTOPH:

Schuldrecht Besonderer Teil, 4. Aufl., Baden-Baden 2016.

JAKOBS, HORST HEINRICH/ SCHUBERT, WERNER (Hg.):

Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse Bd. I, §§ 241 – 432. Berlin, New York 1978.

JANSEN, NILS:

Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution. Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs, Tübingen 2013.

JAUERNIG, OTTMAR (Berg.)/ STÜRNER, ROLF (Hg.):

Bürgerliches Gesetzbuch. 16. Aufl., München 2015.

KASER, MAX:

Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt, 2. Aufl., München 1971.

KASER, MAX/ KNÜTEL, ROLF/ LOHSSE, SEBASTIAN:

Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch, 21. Aufl., München 2017.

KÉRY, LOTTE:

Gottesfurcht und irdische Strafe. Der Beitrag des mittelalterlichen Kirchenrechts zur Entstehung des öffentlichen Strafrechts, Köln 2006.

KLEE, KARL:

Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld, Berlin 1906.

KNÜTEL, ROLF:

Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe, Köln, Wien 1976.

KUTTNER, STEPHAN:

Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX., Vatikanstadt 1935.

LANG, ROLF:

Normzweck und Duty of Care, München 1983.

LANGE, HERMANN/ KRIECHBAUM, MAXIMILIANE:

Römisches Recht im Mittelalter, Bd. II Die Kommentatoren, München 2007.

LARENZ, KARL:

Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, 1. Aufl., München 1956.

LARENZ, KARL/ CANARIS, CLAUS-WILHELM:

Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2. Hb., 13. Aufl., München 1994.

LEE, ROBERT WARDEN:

Hugo Grotius – The Jurisprudence of Holland, Vol. I text, translation, and notes, Aalen 1977.

LENEL, OTTO:

Palingenesia iuris civilis, Leipzig 1889, Neudr. Graz 1960.

LIEBS, DETLEF:

Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Aufl., München 2007.

LÖFFLER, ALEXANDER:

Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Bd. 1. Die Entwicklung des geltenden Rechts. Leipzig 1895.

LOHSSE, SEBASTIAN:

Aequitas Martiniana. Zum Umgang mit den römischen Quellen in der frühen Glossatorenschule. Zugleich ein Beitrag zu den Grundlagen von Zufallshaftung und Bereicherungsschuld, Manuskript.

Sowieso-Untergang und hypothetischer Verkauf, in: BUONGIORNO, PIERANGELO/ LOHSSE, SEBASTIAN (Hg.), Fontes Iuris. Atti del VI Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten, Neapel 2013.

LONGO, GIANNETTO:

L'Hereditatis Petitio. Studi di Diritto Privato Italiano e Straniero diretti da Mario Rotondi Vol. XI., Padua 1933.

LUZZATTO, GIUSEPPE IGNAZIO:

Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale, Bd. 1 La responsabilità per custodia, Mailand 1938.

VON MADAI, CARL OTTO:

Die Lehre von der Mora, Halle 1837.

MAFFEI, DOMENICO:

Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori, Mailand 1957.

MAYER-MALY, THEO:

Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht, Wien 1956.

MEDICUS, DIETER:

Bürgerliches Recht, 9. Aufl., München 1979.

MEDICUS, DIETER; PETERSEN, JENS:

Bürgerliches Recht, 23. Aufl., München 2011.

METRO, ANTONINO:

L'obbligazione di custodire nel diritto romano, Mailand 1966.

MEYER-TERMEER, APOLLONIA JOZIJA MARIA:

Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht, Zutphen 1978.

MOMMSEN, FRIEDRICH:

Beiträge zum Obligationenrecht. Erste Abteilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig 1853.

MUGDAN, BENNO:

Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich,
Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.

MÜLLER-EHLEN, MARTINA:

Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaf-
tung in der römischen Erbschaftsklage, Köln 1998.

MÜLLER, MICHAEL:

Ethik und Recht in der Lehre von der Verantwortlichkeit. Ein Längsschnitt durch die
Geschichte der katholischen Moraltheologie, Regensburg 1932.

SÄCKER, FRANZ JÜRGEN/ RIXECKER, ROLAND/ OETKER, HARTMUT/ LIMPERG,
BETTINA (Hg.):

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl., München 2016.

NÄF-HOFMANN, MARLIES:

Zur objektiven Ausweitung der actio de dolo im römischen und gemeinen Recht, Win-
terthur 1962.

NIEDERMEYER, HANS:

Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus, in:
NIEDERMEYER, HANS/ FLUME, WERNER (Hg.), Festschrift für Fritz Schulz, Bd. I., Wei-
mar 1952.

NUFER, GÜNTHER:

Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf
die Folgezeit, München 1969.

OERTMANN, PAUL:

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Recht der
Schuldverhältnisse, Bd. II, 2. Teil, 5. Aufl., Berlin 1927.

PALANDT, OTTO (Begr.):

Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen. 76. Aufl., München 2017.

PARIS, JEAN:

La responsabilité de la custodia en droit romain, Paris 1926.

PAULY, AUGUST FRIEDRICH:

Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft. Neue Bearb.
WISSOWA, GEORG/ KROLL, WILHELM (Hg.), Stuttgart 1932.

PRÜTTING, HANNS/ WEGEN, GERHARD/ WEINREICH, GERD:

Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 11. Aufl., Köln 2016.

PLANCK, GOTTLIEB:

Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse, 1. u. 2. Aufl., Berlin 1900.

PUCHTA, GEORG FRIEDRICH:

Lehrbuch der Pandekten, Leipzig 1838.

RABEL, ERNST:

Grundzüge des Römischen Privatrechts, 2. Aufl., Basel 1955.

DE ROBERTIS, FRANCESCO:

La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana, Bari 1964.

ROTHENFUßER, CHRISTOPH:

Kausalität und Nachteil, München 2002.

VON SAVIGNY, FRIEDRICH CARL:

System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VI, Berlin 1847.

SCHILLING, BRUNO/ SINTENIS, CARL FRIEDRICH FERDINAND:

Das Corpus Iuris Canonici in seinen wichtigsten und anwendbarsten Theilen, in's Deutsche übersetzt und systematisch zusammengestellt, 2 Bände, Leipzig 1837.

SCHMOECKEL, MATHIAS/ RÜCKERT, JOACHIM/ ZIMMERMANN, REINHARD (Hg.):

Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. I, Tübingen 2013.

SCHULZ, FRITZ:

Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Leipzig 1975.

SEILER, HANS HERMANN:

Zur Haftung des auftraglosen Geschäftsführers im römischen Recht, in: MEDICUS, DIETER/ SEILER, HANS HERMANN (HG.), Studien im römischen Recht. Max Kaser zum 65. Geburtstag, gewidmet von seinen Schülern, Berlin 1973.

SOERGEL, HANS-THEODOR (Begr.)/ SIEBERT, WOLFGANG (Hg.):

Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, 13. Aufl., Stuttgart 2014.

VON STAUDINGER, JULIUS (Begr.):

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, §§ 581 – 606. Neubearbeitung, Berlin 2013.

STEIN, PETER:

Regulae Iuris. From juristic rules to legal maxims, Edinburgh 1966.

STOLLEIS, MICHAEL:

Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München 2001.

TALAMANCA, MARIO:

Istituzioni di diritto romano, Mailand 1990.

TRAEGER, LUDWIG:

Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB, Marburg 1904.

VON VANGEROW, KARL ADOLPH:

Lehrbuch der Pandekten, 3. Bd., 7. Aufl., Marburg 1869.

WACKE, ANDREAS:

Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden, in: Festschrift für Heinz Huebner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984 (BAUMGÄRTEL, GOTTFRIED/ BECKER, HANS-JÜRGEN/ KLINGMÜLLER, ERNST/ WACKE, ANDREAS [Hg.]), Berlin 1984.

WANDT, MANFRED:

Gesetzliche Schuldverhältnisse, 8. Aufl., München 2017.

WIEACKER, FRANZ:

Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur, München 1988.

WILLVONSEDER, REINHARD:

Die Verwendung der Denkfigur der "condicio sine qua non" bei den römischen Juristen, Wien 1984.

WIMMER, MARKUS:

Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten, Köln 1995.

WINDSCHEID, BERNHARD/ KIPP, THEODOR:

Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.

WOLLSCHLÄGER, CHRISTIAN:

Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen, Köln, Wien 1970.

WÜSTENDÖRFER, HANS:

§ 278 des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Lichte des Römischen Rechts: die Haftung des Schuldners für "Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient" nach römischem Recht, Straßburg 1897.

ZIMMERMANN, REINHARD:

The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition. Oxford 1996.

Quellen (nach Epochen)

Römische Quellen

PAUL KRUEGER/ THEODOR MOMMSEN:

Corpus Iuris Civilis, Vol. I., 15. Aufl., Berlin 1928.

Kanonistische Quellen

EMIL LUDWIG FRIEDBERG:

Corpus Iuris Canonici.

Pars I. Decretum Gratiani, Ed. Leipzig 1839.

Pars II. Decretalium Collectiones, Decretales Gregorii (Liber extra-vagantium decretalium), Ed. Leipzig 1881, Neudruck Graz 1959.

GOFFREDUS DE TRANO:

Summa super titulis decretalium, Ed. Lyon 1519, Neudruck Aalen 1968.

BERNHARD VON PAVIA:

Summa Decretalium, Ed. LASPEYRES, ERNST ADOLPH THEODOR, Graz 1956.

RUFINUS:

Summa Decretorum, Ed. SINGER, HEINRICH, Die Summa Decretorum des Magister Rufinus, Paderborn 1902.

SIMON VON BISIGNANO:

Summa in Decretum, Ed. AIMONE BRAIDA, PETRUS, in: monumenta iuris canonici, Series A: Corpus Glossatorum, Vol. 8, Vatikanstadt 2014.

Summa Lipsiensis:

WEIGAND, RUDOLF/ LANDAU, PETER/ KOZUR, WALTRAUD, Summa 'omnis qui iuste iudicat' sive Lipsiensis, in: monumenta iuris canonici, Series A: Corpus Glossatorum, Vol. 7, Bd. 1 Vatikanstadt 2007, Bd. 2 Vatikanstadt 2012.

Summa Parisiensis:

MCLAUGHLIN, TERRENCE PATRICK, *The Summa Parisiensis on the Decretum Gratiani*, Toronto 1952.

Mittelalter

ACCURSIUS:

Corpus Iuris Iustiniani, cum commentariis Accursii. Tom. I-VI, Ed. Lyon 1627.

Quaestiones in schola Bulgari disputate:

Ed. PATETTA, FRIDERICO, in: GAUDENZI, AUGUSTO/ PALMERIO, GIOVANNI BATTISTA/ PATETTA, FRIDERICO/ TAMASSIA, JOHANNE/ SCIALOIA, VICTORIO (Hg.), *Bibliotheca iuridica medii aevi. Scripta anecdota glossatorum*, Bd. 2, Bologna 1892.

Quaestiones Dominorum Bononiensium:

Collectio Parisiensis, in: GAUDENZI, AUGUSTO/ PALMERIO, GIOVANNI BATTISTA (Hg.), *Bibliotheca iuridica medii aevi. Scripta anecdota glossatorum*, Bd. 1, Bologna 1913.

HUGOLINUS, Quaestiones insolubiles:

RIVALTA, VALENTINO, *Le quaestiones di Ugolino glossatore*, Bologna 1891.

PILIUS, Quaestiones Aureae:

Ed. Roma 1560.

ROFFREDUS, Quaestiones Sabbatinae:

Selectae quaestiones iuris variae, Ed. Köln 1676.

IOANNIS ANDREAE, Quaestiones Marcuriales:

Selectae quaestiones iuris variae, Ed. Köln 1676.

GUILELMUS DURANTI:

Speculum iudiciale, pars I et II, Ed. Basel 1574, Nachdruck Frankfurt a.M. 2009.

ALBERTUS GANDINUS:

Tractatus de maleficiis, Ed. KANTOROWICZ, HERMANN, Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik, Bd. 2: Die Theorie, Berlin und Leipzig 1926.

AUREA PRACTICA CRIMINALIS:

Ed. Köln, 1580.

THOMAS VON AQUIN:

Summa theologiae secunda secundae partis, Ed. Rom 1952.

GUILELMUS DE CUNEO:

Lectura super digestum vetus, Hs. Wien ÖNB, Cod. 2257, fol. 64-130 (MsF FRA 107).

BARTOLUS A SAXOFERRATO:

Opera quae nunc extant omnia, In secundam partem digesti veteris commentaria cum adnotationibus, Ed. Basel 1588.

BALDUS:

Commentaria In secundam Digesti Veteris Partem, Ed. Venedig 1572.

BARTHOLOMÄUS SALICETUS:

In Secundam Digesti veteris Partem, Ed. Frankfurt 1615.

PAUL DE CASTRO:

In Digestum Vetus. Singulis commentariis adnotamenta singulatim subiecta sunt, Ed. Lyon 1561.

ALEXANDER TARTAGNUS:

Consiliorum seu responsorum clarissimi, Ed. Lyon 1549.

Spanische Spätscholastik

LEONARDUS LESSIUS:

De Iustitia et Iure. caeterisque virtutibus cardinalibus libri quatuor, Ed. Paris 1618.

LUIS DE MOLINA:

De Justitia et Jure, Ed. Mainz 1659.

CAJETAN:

Secunda Secundae Sancto Thomae cum commentariis Cardinalis Caietani, Ed. Venedig 1588.

FRANCISCO DE VITORIA:

Commentaria in secundam secundae, in: BELTRÁN DE HEREDIA, VICENTE (Hg.), Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás, Salamanca 1932-1952.

DOMENICO DE SOTO:

De Iustitia et Iure libri decem, Ed. Salamanca 1553.

MARTIN DE AZPILCUETA (DOCTOR NAVARRUS):

Enchiridion, sive Manuale confessoriorum et poenitentium, Ed. Würzburg 1593.

GABRIEL VÁZQUEZ (BELLEMONTANUS):

Tractatus de restitutione in foro conscientiae, in: Opuscula moralia, Ed. Antwerpen 1621.

DOMINGO BÁÑEZ:

Decisiones de Iure et Iustitia, Ed. Duaci 1615.

DIEGO DE COVARRUVIAS:

Omnia opera, Ed. Frankfurt a.M. 1608.

Humanismus

JACOB CUJAZ:

Opera Omnia, Ed. Neapel 1722.

HUGO DONELLUS:

Opera Omnia, Ed. Florenz 1846.

Naturrecht

CHRISTIAN WOLFF:

Institutiones juris naturae et gentium, in: ÉCOLE, JEAN/ HOFMANN, JOSEPH EHRENFRIED/ THOMANN, MARCEL/ ARNDT, HANS WERNER, u.a. (Hg.), *Christian Wolff Gesammelte Werke*, II. Abt. Lateinische Schriften, Bd. 26, Hildesheim 1969.

Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (übersetzt von Gottlob Samuel Nicolai 1754), in: ÉCOLE, JEAN/ HOFMANN, JOSEPH EHRENFRIED/ THOMANN, MARCEL/ ARNDT, HANS WERNER, u.a. (Hg.), *Christian Wolff Gesammelte Werke*, I. Abt. Deutsche Schriften, Bd. 10, Hildesheim 1980.

HUGO GROTIUS:

De jure belli ac pacis libri tres, Ed. Amsterdam 1735.

Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid. Ed. DOVERING, FOLKE/ FISCHER, HERMAN FREDERIK WILHELM DAVID/ MEIJERS, EDUARD MAURITS, 2. Ausgabe, Leiden 1965.

SAMUEL PUFENDORF:

De jure naturae et gentium libri octo, Ed. London 1672.

Usus modernus

SIMON VAN LEEUWEN:

Censura Forensis theoretico-practica, pars prima, Ed. Amsterdam 1685.

GEORG ADAM STRUVE:

Jurisprudentia Romano-Germanica Forensis, Ed. Jena 1675.

Pandektistik

HEINRICH DERNBURG:

Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. Bd. II, 2. Abteilung. Die Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Halle a. S. 1906.

Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. II
Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs und das Urheberrecht, 3. Aufl., Halle
a. S. 1882.

KARL ADOLPH VON VANGEROW:

Lehrbuch der Pandekten, 3. Bd., 7. Aufl., Marburg 1869.

BERNHARD WINDSCHEID/ THEODOR KIPP:

Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.

Erster Teil. Einführung

„Im modernen Strafrecht überwunden geglaubt und für die erfolgsqualifizierten Delikte in § 18 StGB ersetzt durch eine hybride Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination, kann die Lehre [des *versari in re illicita*] doch für die Verteilung von Zufallsschäden im Zivilrecht fruchtbar gemacht werden. Der Gedanke ist nicht archaisch, sondern stammt aus dem (im Vergleich zum römischen fortschrittlicheren) kanonischen Recht, welches hier jedoch wie häufig aus antiken römischen Quellen schöpfte.“¹

So beschreibt ANDREAS WACKE die heutige Bedeutung der Lehre vom *versari in re illicita* und hinterlässt dabei ein ambivalentes Bild: Einerseits handle es sich um ein veraltetes und überkommen geglaubtes, ursprünglich rein strafrechtliches Prinzip; andererseits soll die Lehre aber noch heute Bedeutung im Zivilrecht haben.

In der Sache geht es in der mit der Kurzformel des *versari in re illicita* umschriebenen Lehre nach der heutigen Sichtweise um eine Haftung für alle kausalen Erfolge eines unerlaubten Verhaltens.² Ihre regelhafte Fassung nimmt dementsprechend auch auf die Folgen Bezug: *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto* – „Wer sich auf verbotenes Gebiet begibt, dem werden alle Folgen, die sich aus seinem unerlaubten Verhalten ergeben, zugerechnet“³. Die Regel macht nach heutigem Verständnis zugleich eine Begrenzung deutlich: Zwar soll die Haftung auf Erfolge erweitert sein, die nicht willentlich, sondern bloß zufällig herbeigeführt worden sind, doch ist die Haftung durch das Kriterium der Kausalität begrenzt. Die Haftung für *versari in re illicita* führt also nicht etwa zu einer unbedingten Einstandspflicht für jegliche Erfolge, die sich im Anschluss an

¹ WACKE, Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden, 669, 691.

² ALTMEPPEN, *versari in re illicita*, in: FS Knütel, 13 ff.; BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht 2006, 553 Fn. 49; DANNERT, NZV 1995, 132, Fn. 34; ESSER/SCHMIDT, AT/2 § 33 I 1b; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, RP, § 36 Rn. 4; KNÜTEL, NJW 1993, 900, 901; KNÜTEL, JuS 2001, 209, 211; MÜLLER-EHLEN, Hereditatis petitio, 379; MüKo/OETKER, § 249 BGB, Rn. 107; MüKo/SCHÄFER, § 678 BGB, Rn. 12; WACKE, JuS 1980, 202, 209; ZIMMERMANN, The Law of Obligations, 197.

³ Die Lehre wird in dieser Form wiedergegeben bei ALTMEPPEN, *versari in re illicita*, in: FS Knütel, 13, 14; BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht 2006, 553, Fn. 49; DANNERT, NZV 1995, 132, Fn. 34; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, RP, § 36 Rn. 4; KNÜTEL, NJW 1993, 900, 901; DERS., JuS 2001, 209, 211; DERS., SZ 100 (1983), 340, 418, Fn. 329; LIEBS, Rechtsregeln, Nr. 16, 242.

die Handlung des Schuldners ereignen, sondern nur zur Einstandspflicht für solche Erfolge, die durch sein unerlaubtes Verhalten kausal verursacht worden sind.

Die Unterscheidung zwischen unbedingter Einstandspflicht und Verantwortlichkeit nur für kausal herbeigeführte Erfolge lässt sich an einem Beispiel verdeutlichen: Jemand vermietet – ohne selbst Mieter zu sein – unberechtigterweise ein Wochenendhaus an Dritte. Wird das Wochenendhaus durch einen Brand zerstört, der durch das Kind der Mieter ausgelöst wurde, so haftet der Vermieter dem Eigentümer, da der Brand kausale Folge der unberechtigten Vermietung ist. Diese Haftung ist Ausdruck des Rechtsgedankens einer Haftung für *versari in re illicita*. Demgegenüber ist eine Haftung des Vermieters bei einem Brand durch Blitzschlag zu verneinen, denn der Blitz hätte das Haus auch dann zerstört, wenn der Vermieter es nicht unberechtigt vermietet hätte.⁴

Im modernen Recht ist eine Haftung für *versari in re illicita* im Sinne einer Einstandspflicht für alle kausalen Erfolge eines unerlaubten Tuns vereinzelt normiert. So erweitert § 287 S. 2 BGB die Haftung des Schuldners im Verzug auf Zufall.⁵ Der Verzugsschuldner kann sich nur durch den Einwand entlasten, der Erfolg wäre auch ohne den Verzug eingetreten. Er haftet somit für alle durch den Verzug äquivalent kausal herbeigeführten Erfolge.⁶ Zudem sah bis zur Reform des Seehandelsrechts im Jahr 2013 § 565 HGB a.F. im Fall der vertragswidrigen Umladung von Gütern auf ein anderes Schiff eine Haftung für „jeden daraus entstandenen Schaden“ vor. Auch diese Haftung ließ sich dem Rechtsgedanken einer

⁴ Das Beispiel findet sich bei MEDICUS, Bürgerliches Recht, 9. Aufl. 1979, Rn. 432, in Bezug auf die Reichweite der Haftung des Geschäftsführers aus § 678 BGB. MEDICUS trifft die soeben dargestellte Unterscheidung. Seine Begründung ist jedoch unzutreffend: Entscheidend ist nicht die Tatsache, dass „Mieter den Blitz nicht anziehen“. Eine Befreiung des Geschäftsführers aus der Haftung aus §§ 687 II, 678 BGB erfolgt nämlich nicht bereits dann, wenn kein adäquater Zusammenhang zwischen der Geschäftsführung und dem Erfolg besteht. Maßgeblich ist allein, dass der Blitz das Haus auch dann zerstört hätte, wenn der Geschäftsführer es nicht unberechtigt an Dritte untervermietet hätte, und das Verhalten des Geschäftsführers damit nicht einmal äquivalent kausal für den Erfolg geworden ist.

⁵ Die Zufallshaftung erfasst auch die Fälle höherer Gewalt: KNÜTEL, NJW 1993, 900 - 901; Erman/HAGER, § 287 BGB, Rn. 6; Palandt/GRÜNEBERG, § 287 BGB, Rn. 3; Prütting/Wegen/Weinreich/SCHMIDT-KESSEL, § 287 BGB, Rn. 3; Staudinger/LÖWISCH/FELDMANN, § 287 BGB, Rn. 10.

⁶ So die allg. Meinung: Jauernig/STADLER, § 287 BGB, Rn. 2; KNÜTEL, NJW 1993, 900 - 901; MüKo/ERNST, § 287 BGB, Rn. 3 ff.; Palandt/GRÜNEBERG, § 287 BGB, Rn. 4; Soergel/BENICKE/NALBANTIS, § 287 BGB, Rn. 17 ff. Nach aA ist ein bloß zeitlicher Zusammenhang ausreichend: Erman/HAGER, § 287 BGB, Rn. 3; Staudinger/LÖWISCH/FELDMANN, § 287 BGB, Rn. 16 u. 19.

Haftung für *versari in re illicita* zuordnen.⁷ Ferner verstehen Teile der Literatur die Einstandspflicht des Geschäftsführers nach § 678 BGB als eine Haftung für *versari in re illicita*.⁸ Der Geschäftsführer, der ein Geschäft gegen den Willen des Geschäftsherrn übernommen hat, soll also gemäß § 678 BGB unabhängig von einem Ausführungsver schulden für jeden aus der Geschäftsführung resultierenden Erfolg einzustehen haben. Auslöser dieser Zufallshaftung ist die schuldhaftige Übernahme des Geschäfts gegen den Willen des Geschäftsherrn. Vereinzelt wird darüber hinaus vertreten, dass der Geschäftsherr nach § 678 BGB sogar unbedingt haftet,⁹ also nicht einmal durch einen hypothetischen Kausalverlauf entlastet wird. Nach wohl überwiegender Ansicht ist die Haftung des Geschäftsführers aus § 678 BGB hingegen auf adäquat verursachte Schäden begrenzt.¹⁰ Danach haftet der Geschäftsführer zwar ebenfalls für zufällige Folgen der schuldhaften Übernahme des Geschäfts, jedoch nur für solche, die einen Sachzusammenhang zur Geschäftsführung aufweisen und nicht außerhalb jeglicher Lebenserfahrung liegen. Auf Basis dieser überwiegenden Ansicht lässt sich § 678 BGB mithin nicht als Ausdruck des Rechtsgedankens einer Haftung für *versari in re illicita* verstehen, fordert dieser Gedanke dem heutigen Verständnis zufolge doch gerade eine Einstandspflicht für jegliche kausalen Folgen eines unerlaubten Tuns.

In Übereinstimmung mit der Feststellung WACKES diskutiert die moderne Literatur darüber hinaus, ob sich die in Einzelfällen angeordnete Zufallshaftung auf andere Fallgruppen übertragen lässt, ob also eine Verallgemeinerung des Rechtsgedankens des *versari in re illicita* angezeigt ist. Uneinigkeit besteht vor allem in Bezug auf die Frage, wie weit die Haftung des Entleihers bei vertragswidrigem

⁷ KNÜTEL, NJW 1993, 900, 901. Darüber hinaus sieht GEBAUER, Hypothetische Kausalität, 289 ff., eine Haftung für *versari in re illicita* in der schadensrechtlichen Rückabwicklung von Verträgen, insbesondere beim Kapitalanlageschaden, begründet. Da der Schädiger nach dem Grundsatz der Naturalrestitution aufgrund der fehlerhaften Ad-hoc-Mitteilung nach Wahl des Anlegers entweder das Risiko einer ungünstigen Marktentwicklung tragen müsse oder der Anleger durch die Geltendmachung des Kursdifferenzschadens die Früchte einer günstigen Entwicklung selber ziehen könne, entspreche die Haftung dem Gedanken des *versari in re illicita*.

⁸ HIRSCH, Schuldrecht BT, § 61, Rn. 1799; KNÜTEL, NJW 1993, 900, 901; MEDICUS, Fn. 4 sowie MEDICUS/PETERSEN, Bürgerliches Recht, 23. Aufl., Fn. 432; Prütting/Wegen/Weinreich/FEHRENBACHER, § 678 BGB, Rn. 4 und WACKE, Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden, 669, 691.

⁹ NK-BGB/SCHWAB, § 678 BGB, Rn. 10.

¹⁰ BeckOK/GEHRLEIN, § 678 BGB Rn. 4; BROX/WALKER, Besonderes Schuldrecht, § 37, Rn. 7; Erman/DORNIS, § 678 BGB, Rn. 5; HK-BGB/SCHULZE, § 678 BGB, Rn. 4; Jauernig/MANSEL, § 678 BGB, Rn. 1; Soergel/BEUTHIEN, § 678 BGB, Rn. 5; WANDT, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 5, Rn. 78.

Sachgebrauch reicht. Soll der Entleiher, wie das einer Haftung für *versari in re illicita* entspräche, für jegliche Folgen seines vertragswidrigen Verhaltens, insbesondere auch für einen zufälligen Untergang der entliehenen Sache, eintreten müssen?¹¹ Oder soll der Entleiher lediglich für die adäquat herbeigeführten Folgen einzustehen haben?¹² Grundsätzlich muss der Entleiher nur für einen schuldhaft verursachten Schaden eintreten (§ 280 Abs. 1 BGB). Bezüglich des vertragswidrigen Sachgebrauchs liegt ein Verschulden des Entleihers vor. Will man den Entleiher darüber hinaus für weitere Erfolge verantwortlich machen, ist diese Zufallshaftung gesondert zu begründen. Die Vertreter der Ansicht, nach der es ausreicht, dass der vertragswidrige Gebrauch *condicio sine qua non* für den Eintritt des Erfolges ist, stützen sich auf eine Analogie zu § 287 S. 2 BGB und verweisen darauf, dass die sachliche mit einer zeitlichen Gebrauchsüberschreitung vergleichbar sei.¹³ Als Voraussetzung dieser Analogie wird meist gefordert, dass das vertragswidrige Handeln einen mit dem Verzug vergleichbaren „Dauerzustand des Unrechts“ herbeigeführt hat.¹⁴ Demgegenüber hat schon LARENZ darauf hingewiesen, dass es sich bei § 287 S. 2 BGB um eine Ausnahmenvorschrift handle und ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung keine Zufallshaftung angenommen werden könne.¹⁵ In diesem Sinne stellt auch LOHSSE heraus, dass eine allgemeine Haftung für *versari in re illicita* nicht Teil unseres Zivilrechts sei.¹⁶

Der Unterschied zwischen den beiden Ansichten lässt sich an einem einfachen Beispiel veranschaulichen: E hat sich von V einen Mantel geliehen. Ohne Rücksprache mit V zu halten, verleiht E den Mantel an C weiter. Der Mantel wird bei einem Einbruch in die Wohnung des C entwendet. Der Dieb ist unauffindbar.

¹¹ So die überwiegende Auffassung: BGHZ 37, 306, 310; BeckOK/WAGNER, § 603 BGB, Rn. 2; Erman/v. WESTPHALEN, § 603 BGB, Rn. 1; FIKENTSCHEK, Schuldrecht, Rn. 404; GITTER, Gebrauchsüberlassungsverträge, 167; KNÜTEL, NJW 1993, 900, 901; Palandt/WEIDENKAFF, § 603, Rn. 2; Soergel/HEINTZMANN, § 602 BGB, Rn. 2; Staudinger/REUTER, § 602 BGB, Rn. 3; STIEPER, ZGS 2011, 557, 564. Ausführlich zu der Frage GEBAUER, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, 330 ff., der sich ebenfalls dafür ausspricht, dass ein Äquivalenzzusammenhang ausreicht.

¹² So BeckOGK/LOHSSE, § 603 BGB, Rn. 8; MüKo/HÄUBLEIN, 7. Aufl. 2016, § 603 BGB, Rn. 4 und LARENZ, Schuldrecht BT, 1. Aufl. 1956, 149 (unverändert bis LARENZ/CANARIS, 13. Aufl., 295).

¹³ FIKENTSCHEK, Schuldrecht, Rn. 404; Staudinger/REUTER, § 602 BGB, Rn. 3; STIEPER, ZGS 2011, 557, 564.

¹⁴ FIKENTSCHEK, Schuldrecht, Rn. 404; Staudinger/REUTER, § 602 BGB, Rn. 3; STIEPER, ZGS 2011, 557, 564. Ausführlich zur Analogie zu § 287 S. 2 BGB GEBAUER, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, 330 ff.

¹⁵ LARENZ, Schuldrecht BT, 1. Aufl. 1956, 149 (unverändert bis LARENZ/CANARIS, 13. Aufl., 295).

¹⁶ BeckOGK/LOHSSE, § 603 BGB, Rn. 8.

Lässt man E aufgrund der vertragswidrigen Weitergabe des Mantels für alle Folgen dieses Verhaltens haften, so muss er für den zufälligen Verlust des Mantels bei C eintreten, denn die vertragswidrige Weitergabe ist kausal für den zufälligen Verlust: Hätte sich der Mantel nicht in Cs Wohnung befunden, wäre er nicht gestohlen worden. Fordert man hingegen einen Adäquanzzusammenhang zwischen dem vertragswidrigem Verhalten und dem Verlust, so ist eine Haftung des E zu verneinen. Schließlich hat die Weitergabe des Mantels an C die Gefahr eines Diebstahls nicht erhöht.

Neben der inhaltlichen Diskussion der Frage, ob eine Verallgemeinerung des Rechtsgedankens einer Haftung für *versari in re illicita* angezeigt ist, lässt sich vereinzelt beobachten, dass die Lehre pauschal im Rahmen einer Rechtfertigung von Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht mit dem Hinweis herangezogen wird, dass eine ausufernde Haftung für jegliche Folgen nicht Teil unseres modernen Zivilrechts sei.¹⁷

I. Ursprung der Rechtsregel

Während die Rechtsregel in der kanonistischen Strafrechtslehre des 12. und 13. Jahrhunderts belegt ist,¹⁸ sehen manche ihren Ursprung bereits bei den römischen Klassikern.¹⁹ Der Frage, inwieweit sich den römischen Quellen ein Beleg für die Anwendung des Rechtsgedankens einer Haftung für *versari in re illicita* entnehmen lässt, widmet sich das Erste Kapitel des Dritten Teils. Einleitend soll an dieser Stelle der Hinweis genügen, dass die römischen Quellen wohl ein anderes Verständnis nahe legen. Die Formulierung des Rechtsgedankens als Regel geht daher offenbar auf die Kanonisten zurück. Die Lehre der Kanonisten erweist sich jedoch als differenzierter, als es nach dem heutigen Verständnis zu erwarten wäre. Die Doktrin wird im kanonischen Recht an Fällen der Zurechnung von Tötungen entwickelt und beantwortet die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein ungewollter Todeserfolg einer Handlung zuzurechnen ist. Liegt

¹⁷ DANNERT, NZV 1995, 132, 137 (für den Pflichtwidrigkeitszusammenhang); ESSER/SCHMIDT, AT/2, § 33 I 1b, 228 (für den Schutzzweckzusammenhang); so auch BRÜGGE-MEIER, Haftungsrecht 2006, 553; LANG, Normzweck und Duty of Care, München 1983, 92 f.; MüKo/OETKER, § 249 BGB, Rn. 107 (die letzten beiden im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität).

¹⁸ Dazu sogleich im 2. Teil, S. 9 ff.

¹⁹ KASER/KNÜTEL/LOHSSE, RP, § 36 Rn. 4; KNÜTEL, JuS 2001, 209, 211; DERS., SZ 100 (1983), 340, 418, Fn. 329; ALTMEPPEN, *versari in re illicita*, in: FS Knütel, 13 ff.; WACKE, Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden, 669, 692 f.; DERS., JuS 1980, 202, 209; ZIMMERMANN, The Law of Obligations, 197.

eine *opera rei illicitae* – also eine unerlaubte Handlung – vor, wird dieser Erfolg zugerechnet. Stellt die Handlung des Täters hingegen eine *opera rei licitae* – eine erlaubte Handlung – dar, so kommt es darauf an, ob der Täter bei der Vornahme der Handlung die notwendige Sorgfalt beachtet hat.²⁰ War dies nicht der Fall, muss er für den zufälligen Erfolg einstehen. Nach der Doktrin kann also sogar ein bloß fahrlässiges Verhalten eine Zufallshaftung auslösen. Man haftet folglich für den zufälligen Todeserfolg nicht nur aufgrund einer unerlaubten Handlung; vielmehr scheint auch ein an sich erlaubtes Verhalten bei Hinzutreten einer Sorgfaltsmissachtung eine Zufallshaftung nach sich ziehen zu können.

II. Fragestellung und Gang der Untersuchung

Die soeben dargelegten Beobachtungen sind bemerkenswert und geben den Anstoß der Untersuchung: Auf der einen Seite handelt es sich bei *versari in re illicita* um eine Rechtsregel, deren Formulierung wohl auf die kanonistische Strafrechtslehre zurückgeht und die dort an Fragen der Zurechnung von zufälligen Tötungen entwickelt wird. Auf der anderen Seite diskutiert die moderne zivilrechtliche Literatur, ob eine Haftung für ein *versari in re illicita* angezeigt ist. Dies führt zur Fragestellung der Untersuchung: Welchen Platz hat der Rechtsgedanke einer Haftung für *versari in re illicita* im Zivilrecht? Ziel der Arbeit ist es nicht nur zu ermitteln, welche Bedeutung der Rechtssatz im Zivilrecht hat, sondern vor allem wann und in welchen Zusammenhängen er Eingang ins Zivilrecht gefunden hat und weshalb und inwieweit er in diesem Rechtsgebiet Geltung beansprucht. An einer umfassenden Untersuchung dieser Frage fehlt es bis heute.²¹

Als Grundannahme liegt der Untersuchung das heutige Verständnis zugrunde, nach dem Inhalt einer Haftung für *versari in re illicita* eine Einstandspflicht für jegliche Folgen eines unerlaubten Tuns ist, es sich also um eine Zufallshaftung handelt.²² Es gilt also, die Fälle zu ermitteln, in denen der Schuldner allein aufgrund eines vorherigen unerlaubten Verhaltens für Zufall haftet. Unter Zufall

²⁰ Die Lehre wird beispielsweise wiedergegeben von GOFFREDUS DA TRANO, *Summa super titulis decretalium* (ed. Lyon 1519, Neudruck Aalen 1968), 187 f.

²¹ Zu oberflächlich bleibt ALTMIPPEN, *versari in re illicita*, 13 ff.

²² ALTMIPPEN, *versari in re illicita*, in: FS Knütel, 13 ff.; BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht* 2006, 553 Fn. 49; DANNERT, NZV 1995, 132, Fn. 34; ESSER/SCHMIDT, AT/2 § 33 I 1b; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, RP, § 36 Rn. 4; KNÜTEL, NJW 1993, 900, 901; KNÜTEL, JuS 2001, 209, 211; MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, 379; MüKo/OETKER, § 249 BGB, Rn. 107; MüKo/SCHÄFER, § 678 BGB, Rn. 12; WACKE, JuS 1980 Heft 3, 202, 209; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, 197.

versteht die Untersuchung ein vom Schuldner nicht verschuldetes Ereignis.²³ Wenn im Folgenden von einem äquivalent kausalen Zusammenhang gesprochen wird, ist damit eine Ursächlichkeit im Sinne der *condicio sine qua non* gemeint.²⁴ Ein Erfolg ist demgegenüber adäquat herbeigeführt, wenn sein Eintritt nach der allgemeinen Lebensanschauung nicht völlig außerhalb der Erfahrung und Erwartung liegt.

Es stellt sich also die Frage, in welchen Fällen ein unerlaubtes Verhalten eine den Haftungsmaßstab überschreitende Einstandspflicht auslöst und ob eine solche weite Zurechnung von Folgenverletzungen angezeigt ist. Diese Formulierung des Untersuchungsgegenstandes führt dazu, dass sich die Arbeit nicht darauf beschränkt, in dogmengeschichtlicher Hinsicht aufzuarbeiten, ob und in welchen Zusammenhängen sich ein Jurist der Terminologie des *versari in re illicita* bedient. Es geht also nicht allein um die Benennung der Rechtsregel. Die Untersuchung will vielmehr ermitteln, inwieweit der Rechtsgedanke einer Haftung für *versari in re illicita* als einer Haftung für jegliche Folgen eines unerlaubten Tuns in geschichtlicher Hinsicht zu beobachten ist. Dies führt zu der grundsätzlichen Frage, inwieweit der Schuldner für Folgen seines schuldhaften Verhaltens haften soll. Diese Frage soll für die Lehren der Vertreter der einzelnen juristischen Epochen untersucht werden. Da man heute vielfach den inhaltlichen Grundgedanken der Regel schon den klassischen römischen Juristen zuschreibt,²⁵ ist insoweit von den antiken Quellen auszugehen.

Den Schwerpunkt der Untersuchung bildet die historische Perspektive. Durch eine nähere Untersuchung des Rechtsgedankens einer Haftung für *versari in re illicita* in den einzelnen Epochen sollen die Grundlagen zur Beantwortung der Frage geschaffen werden, ob eine Haftung für *versari in re illicita* Teil unseres

²³ Während des Gesetzgebungsverfahrens zum BGB wies die Erste Kommission darauf hin, dass der Zufallsbegriff doppeldeutig sei. Es könne darunter sowohl ein vom Schuldner nicht verschuldetes als auch ein von ihm nicht zu vertretendes Ereignis zu verstehen sein. Die Mehrheit der Kommissionsmitglieder war jedoch der Ansicht, „nach dem juristischen Sprachgebrauche könne die Richtigkeit der ersteren Bedeutung nicht zweifelhaft sein“, s. JAKOBS/SCHUBERT, Die Beratung des BGB, § 287, 308.

²⁴ Trotz der strafrechtlichen Kritik an der Formel entspricht dies der überwiegenden Auffassung im zivilrechtlichen Schrifttum. Dazu ROTHENFUßER, Kausalität und Nachteil, 5, mit ausführlichen Nachweisen; zur Anwendung des „hypothetischen Eliminationsverfahrens“ im Zivilrecht schon RÜMELIN, AcP 90 (1900), 171, 282; der in diesem Zusammenhang den Begriff der adäquaten Kausalität verwendet, und TRAEGER, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 39 f.

²⁵ Siehe soeben, S. 5.

heutigen Zivilrechts ist. Der Untersuchungszeitraum erstreckt sich vom Römischen Recht bis zur Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1900. Aufgrund der Größe des Untersuchungszeitraums kann nicht jede Verästelung der Diskussion in den einzelnen Epochen dargestellt werden. Die Arbeit hat es sich vielmehr zum Ziel gesetzt, die groben Diskurslinien nachzuzeichnen, um so dem Leser ein Bild davon zu verschaffen, wie in den jeweiligen Epochen mit der Frage umgegangen wird, ob ein Schuldner allein aufgrund eines unerlaubten Verhaltens für Zufall haftet.

Obwohl die Arbeit in erster Linie die zivilrechtlichen Auswirkungen der Rechtsregel in den Blick nimmt, ist ihr ein kurzer Abriss über die Ausprägung der Regel in der kanonistischen Strafrechtslehre vorangestellt. Dieser Abschnitt erhebt freilich keinesfalls den Anspruch einer umfassenden Untersuchung, soll dem Leser vielmehr einen Überblick über die Vorstellungen der Kanonisten zur Res-illicita-Lehre verschaffen und ihm so einen Vergleich mit den zivilrechtlichen Fragestellungen ermöglichen. Veranlasst ist diese überblicksartige Darstellung vor allem deshalb, weil die bisherigen Untersuchungen zum kanonistischen Verständnis der Res-illicita-Lehre – abgesehen vom Werk STEPHAN KUTTNER²⁶ – den strafrechtlichen Ursprung des Prinzips wenig übersichtlich und nicht im Gesamtzusammenhang darstellen. Eine eingehende Untersuchung des kanonistischen Verständnisses ist für das Hauptanliegen der Arbeit, die Auswirkungen der Lehre im Zivilrecht zu in den Blick zu nehmen, indes nicht geboten.

²⁶ KUTTNER, Schuldlehre, 185 ff. Nur begrenzt hilfreich ist KOLLMANN, Die Lehre vom *versari in re illicita* im Rahmen des *Corpus iuris canonici*, in: ZStW 35 (1911), 46 - 106.

Zweiter Teil. Kanonistische Strafrechtslehre

Die Anwendung der Res-illicita-Lehre ist für die kanonistische Strafrechtslehre belegt. Die Kanonisten entwickeln die Lehre vom *versari in re illicita* als Prinzip der Zurechnung von zufällig verursachten Tötungen.²⁷

§ 1. Lehre vom *versari in re illicita* am Beispiel der Summa Decretalium des Goffredus de Trano

Inhalt und Umfang der Doktrin gibt GOFFREDUS DE TRANO in seiner *Summa decretalium* im Titel *de homicidio voluntario vel casuali* wieder:

Casu ut cum quis lapidem proiicit ad aves vel alias non animo hominem ledendi vel occidendi et aliquis transiens ictu lapidis percussus moritur hoc distinguendum est an quis det operam rei illicite vel licite. Si licite ut cum quis proiicit porcos vel alias bestias de sua segete vel de arboribus aves circumspicit et neminem videns funda vel manu lapidem iacit. Et cum locus non esset hominibus previus aliquis casualiter in ictu lapides occurrens percutitur et moritur. Et alia exempla pro se ponere potest quilibet studiosus. ut. infra eo. ti. lator dilectus. ex litteris in alia ex litteris significasti. Jo. et c. quedam ut asseris. l. di. hi qui arborem. Sepe contingit. et c. si duo. In his igitur et consimilibus casibus opera datur rei licite. Sicut dictum est. Et adhibetur omnis diligentia que potest adhiberi et dum innoxius est is qui occasionem mortis perstat et probant iura predicta. Si autem rei illicite opera detur vel si non adhibeatur diligentia et cautela que potest et dum mors imputatur exempla pone in hoc infra eodem titu. continebatur. ad audientiam tua sicut l. di clerico iacente quia te eos et c. si qua femina. De voluntario homicidio pone exempla. infra e.c.i.l.di. si quis voluntate. Unum autem non omitto notare quia frater Ray. in sum. sua duo scripsit que nisi ad iuris intellectum redacta fuerint simplicium animos subvertere possunt.²⁸

²⁷ Zum kanonistischen Verständnis nach wie vor maßgeblich KUTTNER, Schuldlehre, § 15, 185 ff. mit ausführlichen Quellenangaben; vgl. auch BASILE, la colpa in attività illecita, 358; BOLDT, Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht, in: ZStW 55 (1936), 44, 46 ff.; DEMURO, Il dolo Vol. 1, 88 ff.; ENGELMANN, Die Schuldlehre der Postglossatoren, 210 ff.; GORDLEY, Foundations of Private Law, 190 ff.; KOLLMANN, ZStW 35, 46 - 106; KLEE, der dolus indirectus, 7 ff.; KÉRY, Gottesfurcht und irdische Strafe, 436 ff.; LÖFFLER, Schuldformen, 139 ff.; MÜLLER, Ethik und Recht in der Lehre der Verantwortlichkeit, 71 ff., insb. 80 f., 90 f.

²⁸ GOFFREDUS DE TRANO, Summa super titulis decretalium, 187 f.

Der Abschnitt behandelt die Frage, wann ein *homicidium casuale* dem Täter zuzurechnen ist. Ein Beispiel für eine solche Tötung erwähnt DE TRANO gleich zu Beginn des Textes: Jemand wirft nach Vögeln und trifft dabei versehentlich einen Spaziergänger, der an dem Schlag durch den Stein verstirbt. Das *homicidium casuale* umfasst in Abgrenzung zum *homicidium voluntarium* Fälle, in denen der Tod nicht durch einen auf den Willen des Täters rückführbaren Umstand, sondern durch einen Unglücksfall oder eine unvorhersehbare Verkettung von Umständen eintritt.²⁹ Als Umschreibung findet sich in den Dekretalen des Liber Extra der Begriff des *casus fortuitus*.³⁰ BERNHARD VON PAVIA spricht von *casui et fato et fortunae*.³¹

Nach DE TRANO ist für die Frage der Zurechnung des zufälligen Todeserfolgs zu unterscheiden, ob die Handlung des Täters erlaubt war oder nicht: *hoc distinguendum est an quis det operam rei illicitae vel licitae*.

Die Formulierung *opera rei illicitae* stellt nicht etwa, wie teilweise in der Sekundärliteratur zu lesen ist³², auf ein *opus illicitum* – also ein unerlaubtes Werk – ab, sondern bezieht sich auf die *opera*, die Tätigkeit. Anknüpfungspunkt der Beurteilung der Erlaubtheit ist damit die Handlung des Täters selbst und nicht der Erfolg. DE TRANO fasst den Inhalt der Res-illicita-Lehre wie folgt zusammen: *In his igitur et consimilibus casibus opera datur rei licitae [...] et adhibetur omnis diligentia que potest adhiberi et dum innoxius est is qui occasionem mortis perstat et probant iura predicta. Si autem rei illicitae opera detur vel si non adhibeatur diligentia et cautela que potest et dum mors imputatur*.

Handelt es sich um eine erlaubte Tätigkeit und hat der Täter zudem jegliche Sorgfalt beachtet, die er anwenden konnte, so haftet er nach DE TRANO nicht, auch wenn er eine Bedingung für den Tod gesetzt hat. Liegt jedoch eine unerlaubte Handlung vor oder hat der Täter im Falle einer erlaubten Handlung die Sorgfalt nicht beachtet, die er anwenden konnte, so ist er für den Tod verantwortlich.

²⁹ In diesem Sinne übersetzen SCHILLING/SINTENIS den Titel *de homicidio voluntario vel casuali* mit ‚von der beabsichtigten und von der zufälligen Tödtung‘; SCHILLING/SINTENIS, Das Corpus Iuris Canonici in seinen wichtigsten und anwendbarsten Theilen, Bd. II, 734.

³⁰ Siehe z.B. X. 5,12,9 (*fortuito casu occubuit vulneratus*) und X. 5,12,23 (*nihil potuit imputari, si casus omnes fortuitos non praevideat*).

³¹ BERNHARD V. PAVIA, Summa decretalium, ad *de homic.*, lib. V, tit. X, (ed. Laspeyres, 222).

³² KÉRY, Gottesfurcht und irdische Strafe, 436.

Auf die Unterscheidung, ob die Handlung des Täters erlaubt war oder nicht, kommt es nach den Ausführungen DE TRANOS allerdings nur an, sofern der Täter eine bloße hinreichende Bedingung für die Zurechnung des Erfolgs gesetzt hat (*dum innoxius est is qui occasionem mortis perstat*). Bei einer Verursachung *a corpore in corpus* ist der Täter stets für den Erfolg verantwortlich.³³ Diese Fallgruppe erfasst Sachverhalte, in denen kein Zweifel daran besteht, dass der Täter den Tod verursacht hat und deswegen dafür verantwortlich ist, so beispielsweise in dem Fall, in dem der Täter sein Opfer mit einem Schwert erschlägt. Auf eine Distinktion nach der Erlaubtheit der Handlung kommt es in diesem Fall nicht an.

In allen anderen Fällen stellt sich die Frage, wann eine vom Täter gesetzte Bedingung hinreichend für die Zurechnung des Erfolgs ist. Dabei unterscheidet die Kausallehre der Kanonisten zwischen einer *causa*, bei der ein Wirkungszusammenhang zum Erfolg besteht, und einer *occasio*, die zwar eine Ursache im formal-logischen Sinn ist, also nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiere, aber nicht in allen Fällen als ein Bewirken des Erfolgs gewertet wird. Nur eine *occasio directa, propinqua* oder *proxima*³⁴ gelten als *causa* und begründen einen hinreichenden Wirkungszusammenhang. Im Gegensatz dazu steht die *occasio remota*, aufgrund derer dem Täter der Erfolg nicht zugerechnet werden kann.³⁵ KUTTNER weist darauf hin, dass im Laufe der Zeit der Gegensatz zwischen *propinqua* und *remota* anstelle des Gegensatzes zwischen *causa* und *occasio* tritt.³⁶

³³ HUGUCCIO, Summa decretorum, ad. D. 50, c. 36: [...] *quidam vero distinguunt, si a corpore in corpus quis occidit, ulterius promoveri non poterit, secus si alias interposito occidit, ut puta: insistit operi licito, adhibet omnem diligentiam, lapis cadit, occidit. Set non recipio hanc distinctionem [...]* (zit. nach KUTTNER, Schuldlehre, 197, Fn. 3).

³⁴ Die Terminologie ist nicht immer einheitlich. Teilweise wird die *occasio proxima* wohl auch als eine Verursachung *a corpore in corpus* verstanden worden sein. So gibt es zumindest GUILIEMUS DURANTI wieder (siehe 3. Teil, 2. Kap., § 2, S. 82 ff.).

³⁵ Sum. Bamb. ad. C. 23, q. 5, c. 8: *et hoc quod dicimus 'qui occasionem' etc. intellegitur de occasione propinqua, quia si occasio sit remota, non tenetur*; ad. C. 23, q. 5, c. 19: *verum est, quando est causa remota et non tendens ad hoc. et ita habet hic locum 'qui occasionem d. d. etc' ff. ad L. Aquil. Qui occidit. § penultima, quia regula intellegitur de causa propinqua et ad hoc tendente*; DAMASUS, Brocardica: *arg. qui occasionem dampni dat, dampn. ded. vr [...]. Si dedit occasionem proximam, secus si remotam, ut in illa c. Neracius*; ALBERTUS (Dekretalist) ad Comp. II., De homic., c. 5: *Nota qui occasionem dampni (dat, damnum dedisse videtur) [...] maxime cum propinquam occasionem dederit, secus videtur in remota, arg. ff. locate qui domum i. f., infra e.t. ex parte, lib. III.* (übernommen von TANCREDEUS ad Comp. II, loc. Cit.) (zit. nach KUTTNER, Schuldlehre, 196 Fn. 2); vgl. dazu auch KUTTNER, Schuldlehre, 196 und MÜLLER, Ethik und Recht in der Lehre der Verantwortlichkeit, 115.

³⁶ KUTTNER, Schuldlehre, 196 f.

Zur Entwicklung dieser Kausallehre trägt vor allem die Diskussion über den Kanon D. 50, c. 39 bei.³⁷

Unde Nicolaus Papa scribit Osbaldo Corespiscopo Quadrantino.

Studeat sanctitas tua persuadere episcopo tuo [...] diligenter investigare et omni annis scrutari procurate, quatenus inuenire valeatis, utrum percussione iam nominati presbyteri, an cervicis fractione idem diaconus, ut fertur, extinctus est. Et siquidem a saepe fato presbitero non ad mortem percussus est, sed ex equo cadens cervice fracta interiit, secundum arbitrium vestrum pro percussione incaute agentis presbytero poenitentiam competentem indicite et aliquanto tempore a missarum solenniis suspendatur, denuo post haec ad sacerdotale rediturus officium. Quod si veraciter qualicumque percussione istius presbyterii ille mortuus fuerit diaconus, nulla hunc ratione ministrare sacerdotis more decernimus, quoniam, etsi voluntatem occidendi non habuit, furor tamen et indignatio, ex quibus motio illa mortifera prodiit, in omnibus, et praecipue in Dei ministris, multipliciter inhibentur atque damnantur. Verum si presbyter adeo vestro studio obnoxius forte claruerit, praecipimus, ut tale beneficium sibi ecclesiae suae concedatur, quo et ipse et sui sufficiens possint habere suae sustentationis solatium.

In dem zugrunde liegenden Fall hatte ein Priester einen Diakon, der auf einem Pferd saß, ohne Tötungswillen geschlagen. Der Diakon fiel vom Pferd und brach sich das Genick. Maßgeblich für die Entscheidung ist nach Papst Nikolaus I., ob die Todesursache bereits in der Verletzung durch den Schlag oder allein in dem Genickbruch durch den Sturz lag. Habe der Priester durch seinen Schlag den Tod herbeigeführt, so müsse er – unabhängig von der Tatsache, dass er ohne Tötungswillen gehandelt habe – mit Deposition bestraft werden. War allein der Genickbruch Ursache für den Tod des Priesters, so müsse der Priester ausschließlich für den Schlag eine angemessene Buße leisten und dürfe seinen Weihegrad behalten. Die Entscheidung lässt sich so verstehen, dass Papst Nikolaus I. in dieser Sachverhaltsalternative den Schlag nicht als ursächlich für den Tod ansieht und der Priester daher ausschließlich für den Schlag und nicht für den Tod verantwortlich sei.

Einige Kanonisten, insbesondere BAZIANUS, stützen sich auf den Wortlaut des Kanons und begreifen den Schlag für den Fall, in dem der Genickbruch die Todesursache war (*non ad mortem percussus est, sed ex equo cadens cervice fracta*

³⁷ Dazu ausführlich KUTTNER, Schuldlehre, 189 ff.

interiit), als eine bloße *occasio* bzw. *causa remota*, für die kein hinreichender Verursachungszusammenhang zum Todeserfolg bestehe. Eine bloß mittelbare Verursachung reiche nicht aus.³⁸

Die meisten wenden sich jedoch gegen die Annahme, die Ursächlichkeit der Handlung sei schon deshalb abzulehnen, weil der Erfolg durch das Hinzutreten von Zwischengliedern (hier der Sturz) mittelbar herbeigeführt worden sei. STEPHAN VON TOURNAI findet eine andere Auslegung des Kanons: Der Fall, in dem der Priester nur mit Suspension bestraft werde, sei so zu verstehen, dass der Diakon nicht aufgrund des Schlags, sondern aus einem anderen Grund³⁹ vom Pferd gefallen sei.⁴⁰ Mit dieser Erkenntnis können die Fälle der mittelbaren Verursachung in den Tatbestand des *homicidium casuale* einbezogen werden. Darauf aufbauend entwickelt HUGUCCIO folgende Einteilung⁴¹: Es seien drei Tatsachen gegeben: der Schlag (*quod percussus est*), der Sturz (*quod cecidit*) und der Tod (*quod mortuus sit*). Keine Ursächlichkeit für die Tötung liege vor, wenn der Schlag weder den Tod noch den Sturz herbeigeführt habe (Variante 1). In allen anderen Varianten ist nach HUGUCCIO die Handlung des Täters für den Tod ursächlich geworden: Die Ursächlichkeit bestehe, wenn der Schlag den Sturz (und daraufhin den Tod) herbeigeführt hat (Variante 2), wenn der Schlag zwar nicht den Sturz, aber den Tod (durch Verletzung) herbeigeführt hat (Variante 3) und letztlich, wenn der Schlag nur den Sturz herbeigeführt hat und der Sturz den Genickbruch

³⁸ Gloss. Stuttg. ad: *Hinc nota, quod si aliquis aliquem verberat et ex verberibus ipsis non fuit iusta causa mortis illata, non est quod ei imputetur*; Dist. Hal. ad D. 50, c. 35: *si vero presbyter non proximam causam, set casu mortis occasionem prestiterit, ad tempus suspenditur a missarum sollempnibus; pro arbitrio episcopi penitentia ei indicenda, ut di. 50 Studeat (c. 39)*; Gloss. Cod. G. T. ad D. 50, c. 39: *Licet ex percussione cadens fracta cervice mortuus fuerit, si ad mortem percussus non est, non omnino deponitur, set ad tempus suspenditur, sicut et Placidius de abortu uxoris excusatur, infra ead. Quantum (c. 48). Licet et occasionem dederit [...]. Patet eum percussisse, set quia non ad mortem, non velud homicidia iudicatur. Quicquid dicatur, sic se habet sentential. Set an in hoc dispensatione fuerit, investiga; et puto quod fuerit.* (zit. nach KUTTNER, Schuldlehre, 190 Fn. 2 u. 3); siehe dazu KUTTNER, Schuldlehre, 190.

³⁹ Z.B. weil er nicht reiten konnte; Sum. Lips. ad D. 50, c. 39 v. Studeat (ed. WEIGAND/LAN-DAU/KOZUR, Bd. 1, 228).

⁴⁰ STEPHAN V. TOURNAI, Summa decretorum, ad D. 50, c. 39: *Casus talis est: quidam presbyter diaconum in equo sedentem percussit qui de equo cadens fracta cervice mortuus est: mandat ergo dominus apostolicus isti Osbaldo, ut diligenter inquiret, utrum ex percussione vel ex casu de equo alias contingente mortuus sit. set 'ex equo cadens' non propter ictum, set alia de causa. nam si ex percussione cecidisset et cervicem sibi fregisset, ad homicidio nullo modo presbyter excusari posset.* (zit. nach KUTTNER, Schuldlehre, 191, Fn. 2. Dort mit weiteren Zitaten).

⁴¹ Dazu auch KUTTNER, Schuldlehre, 192 f.

(Variante 4).⁴² In der Variante 1 ist eine *causa remota* gegeben. Eine solche liegt also immer dann vor, wenn das Verhalten des Täters in keiner Weise den Todeserfolg herbeigeführt hat. Die Varianten 2 und 3 stellen eine *causa directa* dar; die Variante 4 hingegen sei als *occasionaliter* zu bewerten.⁴³

Zur Begründung, dass im Falle einer *causa remota* kein Wirkungszusammenhang gegeben sei und daher nicht jede Handlung des Täters zu einer Zurechnung des Erfolgs führe⁴⁴, ziehen die Kanonisten zudem Fälle aus den Digesten heran.⁴⁵ In Paul. D. 14,2,2,1 findet sich die Entscheidung, dass wenn einem Schmied der Ambos oder der Hammer zerbricht, dieser Schaden nicht dem Besteller des Werkes, der den zu bearbeitenden Gegenstand hingegeben hat, zuzurechnen sei. Nach Paul. D. 9,2,30,4 ist in dem Fall, in dem ein Sklave nicht lebensgefährlich verletzt wird, sondern durch eine andere Nachlässigkeit stirbt, nur eine Klage wegen Verletzung und nicht wegen Tötung gegeben.

Liegt eine *occasio propinqua/ directa/ proxima* vor, so ist in einem zweiten Schritt die eingangs dargestellte Differenzierung nach Erlaubtheit und Unerlaubtheit der Handlung vorzunehmen. Im Falle einer unerlaubten Handlung ist

⁴² HUGUCCIO ad D. 50, c. 39: [...] *mandat ergo apostolicus inquiri, utrum ex percussione sit mortuus vel ceciderit an non, quasi dicat, quod constat quod percussus est, et quod cecidit, et quod mortuus est; set (1) si non cecidit ex percussione nec mortuus est ex ea, fieri debet quod dicitur in prima parte capituli; si vero (2) ex ea cecidit (3) vel non, et tamen ex ea mortuus est; vel (4) si ex ea cecidit et non ex ea est mortuus set ex fractione cervicis quam passus est, cum cecidit, debet fieri quod in ultima parte dicitur.* (zit. nach KUTTNER, Schuldlehre, 192 Fn. 1. Dort mit Zitaten weiterer Autoren.).

⁴³ HUGUCCIO, ad D. 50, c. 39 ad v. pro percussione: *que non directo nec occasionaliter fuit causa mortis [...]*; ad v. qualicumque percussione: *sive directo sive occasionaliter. directo, si percussus fuit ad mortem; occasionaliter, si non fuerit percussus ad mortem, set ex percussione cecidit et cervicem fregit*; so auch KUTTNER, Schuldlehre, 192 f. (zit. nach ebend. S. 193 Fn. 1).

⁴⁴ Anders die Parömie: *qui occasionem damni dat, damnum dedisse videtur* (nach D. 9,2,30,3).

⁴⁵ Sum. Bamb. ad D. 50, c. 39: [...] *non tamen credo, quod si causa valde remota fuerit, quod ideo teneatur, licet sit universaliter dictum, 'qui occ. dam. dat, dam. ded. videtur ff. ad L. Aquil. Qui occidit, § ult.; intelligo enim actionem directam. Non omnis enim, qui occasionem dampni dat, tenetur de damno. nam si pretium dedi fabro [...]* (Beispiel aus Paul. D. 14,2,2,1); ad. C. 23, q. 5, c. 8: *et hoc quod dicimus 'qui occasionem' etc. intelligitur de occasione propinqua, quia si occasio sit remota, non tenetur* (zit. Paul. D. 14,2,2,1); ad. C. 23, q. 5, c. 19: *verum est, quando est causa remota et non tendens ad hoc. et ita habet hic locum 'qui occasionem d. d. etc' ff. ad L. Aquil. Qui occidit. § penultima, quia regula intelligitur de causa propinqua et ad hoc tendente*; DAMASUS, Brocardica: *arg. qui occasionem dampni dat, dampn. ded. vr [...]. Si dedit occasionem proximam, secus si remotam, ut in illa c. Neracius.* ALBERTUS (Dekretalist) ad Comp. II., De homic., c. 5: *Nota qui occasionem dampni (dat, damnum dedisse videtur) [...] maxime cum propinquam occasionem dederit, secus videtur in remota, arg. ff. locate qui domum i. f., infra e. t. ex parte, lib. III.* (übernommen von TANCREDEUS ad Comp. II, loc. Cit.) (zit. nach KUTTNER, Schuldlehre, 196 Fn. 2).

der Täter für den von ihm verursachten Erfolg verantwortlich. Diese Einstandspflicht stellt eine Haftung für alle sich aus der unerlaubten Handlung ergebenden und als hinreichende Bedingung zurechenbaren Erfolge dar. Die Haftung für eine *opera rei illicitae* ist im Gegensatz zur Haftung aufgrund einer *culpa praecedens*, wie sie sich bei den Legisten zu der Zeit findet, wohl nicht durch das Kriterium der Gefahrerhöhung beschränkt.⁴⁶ Sofern die Handlung des Täters hingegen erlaubt ist, ist in einer dritten Unterscheidung zu fragen, ob der Täter die erforderliche Sorgfalt angewandt hat. Ist diese Frage zu bejahen, wird dem Täter der Erfolg nicht zugerechnet. Hat der Täter hingegen fahrlässig gehandelt, muss er für den Erfolg einstehen. An dieser Stelle kann demnach ein bloß fahrlässiges Verhalten eine Zufallshaftung auslösen.

Für ein *homicidium casuale* muss der Täter nach dem kanonistischen Verständnis der Res-illicita-Lehre im Ergebnis einstehen, sofern er eine hinreichende Bedingung (*occasio propinqua, directa* etc.) gesetzt hat und entweder eine unerlaubte Handlung begeht oder im Falle einer erlaubten Handlung die erforderliche Sorgfalt missachtet.

I. Anwendungsbereich

Inhaltlich wenden die Kanonisten die Lehre im Rahmen ihrer kirchlichen Gewalt auf den Tatbestand des *homicidium casuale* an. Eine Erstreckung auf das weltliche *homicidium* erfolgt erst im *Speculum iudiciale* des GUILIELMUS DURANTI und im *Tractatus de maleficiis* des ALBERTUS GANDINUS.⁴⁷

Ein *homicidium casuale* zieht, sofern der Täter für schuldig erachtet wird, Amtsenthörung (Deposition⁴⁸) und als weiherechtliche Konsequenz Irregularität nach sich. Die Sätze der Irregularität regeln die Frage, wann ein Kleriker von der Ausübung seiner Kirchenämter auszuschließen ist. Die Irregularität ist demnach keine Strafe gegenüber dem Einzelnen und erfordert daher auch keine Zurechnung des Erfolgs als eine Folge der persönlichen Schuld, sondern sie dient allein

⁴⁶ Zur legistischen *culpa praecedens*-Lehre siehe 3. Teil, 2. Kap., § 1, S. 66 ff.

⁴⁷ So auch MÜLLER, Ethik und Recht in der Lehre der Verantwortlichkeit, 101; dazu 3. Teil, 2. Kap., § 2, S. 81 ff.

⁴⁸ KUTTNER, Schuldlehre, 229 Fn. 1 mit ausführlichen Nachweisen. Dagegen tritt nach KÉRY bei einem *homicidium casuale* ausschließlich Irregularität ein, KÉRY, Gottesfurcht und irdische Strafe, 425. Das Verhältnis der Irregularität zu den kanonischen Strafen insbesondere für die Zeit nach dem Liber Extra ist weitgehend ungeklärt, vgl. HIRTE, Poenae et poenitentiae – Sanktionen im Recht der Kirche des Mittelalters, 16.

der Aufrechterhaltung der klerikalen Würde gegenüber der Allgemeinheit.⁴⁹ So sollen all diejenigen vom Klerikerstand fern gehalten werden, die unter einem geistigen oder körperlichen Fehler leiden (*irregularitas ex defecto*) oder sich eines Verbrechen schuldig gemacht haben (*irregularitas ex delicto*).⁵⁰

Vielfach wird im Anschluss an LÖFFLER⁵¹ gelehrt, die Anwendung der Res-illlicita-Lehre sei auf das Gebiet der Irregularität beschränkt gewesen. KUTTNER⁵² weist jedoch darauf hin, der juristische Sinn der Doktrin liege darin, eine Verbindung von der strengen Erfolgshaftung, die sich in den alten Kanones des Decretum Gratiani findet, zu den strafrechtlichen Prinzipien der Zurechnung zu schaffen. Für das Gebiet der Irregularität, das allein die Wahrung der Würde des Klerikerstandes bezwecke, wäre eine solche Zurechnung des zufälligen Erfolgs zur Handlung nicht notwendig gewesen, da es für das Gebiet der Irregularität allein darauf ankomme, ob der Priester in den Augen der Gemeinde ‚mit Blut befleckt‘ sei.⁵³ Die Lehre werde daher – so KUTTNER – als allgemeine Zurechnungslehre gegolten haben. Allerdings räumt auch KUTTNER ein, dass sich die strenge Behandlung von zufälligen Tötungen am stärksten bei der Irregularität ausgeprägt habe.⁵⁴

II. Entstehung der Lehre

Die Lehre des *versari in re illicita* wird durch eine Interpretation der Kanones durch die Dekretisten und Dekretalisten entwickelt.⁵⁵ Die im Decretum Gratiani überlieferten Kanones geben eigentlich keinen Anlass zur Begründung einer solchen Regel. Zwar enthalten sie Entscheidungen, in denen für eine bloß zufällig verursachte Tötung eingestanden werden musste, doch bedarf es zur Begründung der Lehre erst einer stark erweiternden Auslegung.⁵⁶

⁴⁹ LÖFFLER, Die Schuldformen des Strafrechts, 138.

⁵⁰ KÉRY, Gottesfurcht und irdische Strafe, 426 m.w.N.; siehe auch GILLMANN, Zur Geschichte der Ausrücke irregularis und irregularitas, AKKR (1911), 49 ff.

⁵¹ LÖFFLER, Schuldformen, 139; DAHM, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, 259; KOLLMANN, ZStW 35, 46, 47; ENGELMANN, Die Schuldlehre der Postglossatoren, 211.

⁵² KUTTNER, Schuldlehre, 187 f.

⁵³ Im Einklang damit steht die Entscheidung Clemens III. in X. 5,12,12, nach der ein Geistlicher auch dann irregulär wird, wenn unsicher ist, ob er eine hinreichende Bedingung für den Tod gesetzt hat. Dazu 2. Teil, § 1, S. 20 ff.

⁵⁴ KUTTNER, Schuldlehre, 187. Ebenso GORDLEY, Foundations of Private Law, 190.

⁵⁵ Anders KOLLMANN, ZStW 35, 46, 48 ff., für den die Lehre schon im Decretum Gratiani belegt ist.

⁵⁶ KUTTNER, Schuldlehre, 201, spricht in diesem Zusammenhang von einer „gewaltsamen Interpretation einiger Wendungen in den Kanones des Dekrets“; KOLLMANN, ZStW 35, 46, 48 ff., interpretiert die Kanones hingegen dahingehend, dass diese bereits zwischen

Als gedankliche Grundlage für die Herausbildung der Lehre dienten den Kanonisten nach KUTTNER⁵⁷ drei Kanones: Zunächst die Äußerung AUGUSTINUS', nach der nicht zugerechnet werden könne, was *propter bonum et licitum* begangen worden sei, wenn daraus ein nicht auf den Willen des Handelnden rückführbares Unglück resultierte.⁵⁸ Des Weiteren die Synode von Worms (D. 50, c. 50), die entschied, dass ein Holzfäller, der – *operi necessario incumberet* – durch den von ihm gefälltten Baum unglücklicherweise einen Spaziergänger getötet hatte, nicht wegen der Tötung haftet. Hat der Holzfäller hingegen fahrlässig den Baum gefällt, so muss er wegen der Tötung Buße leisten. In keiner der beiden Stellen ist die Rede von Unerlaubtem, erst recht nicht von einer Zurechnung des zufälligen Erfolgs aufgrund einer unerlaubten Handlung (einem *opus non necessarium* oder *propter illicitum*), wie sie die Res-illicita-Lehre im Blick hat. Gleichwohl ziehen einige Dekretisten genau diese Schlussfolgerung aus D. 50, c. 50 und zitieren die Stelle als Grundlage der Res-illicita-Lehre.⁵⁹ Einen dritten Anhaltspunkt stellt laut KUTTNER die oben besprochene Entscheidung von Papst Nikolaus I. dar, die in D. 50, c. 39 überliefert ist.⁶⁰ In der Formulierung Nikolaus' *etsi voluntatem occidendi non habuit, furor tamen et indignacio* finden einige Dekretisten den Grund dafür, dass die Zurechenbarkeit des Erfolgs auf der Unerlaubtheit und Schuldhaftigkeit der Handlung beruhe.⁶¹

Der erste Ansatz einer Lehre, die nach dem Grund der Handlung differenziert, findet sich bei RUFINUS.⁶² RUFINUS kommentiert den kurzen Kanon D. 50, c. 37, in dem entschieden wird, dass ein Kleriker, der einen Jungen derart mit einem Stock schlägt, dass dieser stirbt, in seinem Amt verbleiben darf. Als Begründung für die Entscheidung differenziert RUFINUS danach, *aut habet causam iacendi*

verschuldeter und nicht verschuldeter Zufallstötung unterschieden hätten und daher von Vorstellungen ausgegangen wären, die der Res-illicita-Lehre entsprechen.

⁵⁷ KUTTNER, Schuldlehre, 200 ff.

⁵⁸ C. 23, q. 5, c. 8 (*Ad Publicolam*, epist. 47); dazu KUTTNER, Schuldlehre, 201 und KÉRY, Gottesfurcht und irdische Strafe, 343.

⁵⁹ Ausdrücklich SIMON V. BISIGNANO, *Summa in Decretum*, ad C. 23, q. 5, c. 8 (ed. AIMONE BRAIDA, 379); *Sum. Bamb.* ad D. 50, c. 50; HUGUCCIO, *Summa decretorum*, ad D. 50, c. 50; *Glos. Cod. Ph.* und *Glos. Ord.* eod. (die letzten vier zit. nach KUTTNER, Schuldlehre, 202 Fn.1); so auch KUTTNER, Schuldlehre, 202.

⁶⁰ Dazu 2. Teil, §1, S. 12 ff.; dazu ausführlich KUTTNER, Schuldlehre, 189 f. u. 202.

⁶¹ Daher bezeichnet KUTTNER, Schuldlehre, 203, RUFINUS als „ersten Vertreter“ der Lehre.

⁶² RUFINUS, *Summa Decretorum*, ad D. 50, c. 37 (ed. SINGER, 126); darauf weist auch MÜLLER, *Ethik und Recht in der Lehre der Verantwortlichkeit*, 80 u. 90 hin; anders noch LÖFFLER, der die Lehre erstmalig in der *Summa Decretalium* des Bernard von Pavia (lib. V tit. 10 *de homicidio voluntario vel causali*, §§ 2, 5 u. 7) findet, s. LÖFFLER, *Schuldformen*, 139 f.

aut non habet. Liegt eine solche *causa* vor und hat der Kleriker die ihm obliegende Sorgfalt beachtet, so kann er seinen Weihegrad behalten. Ist eine solche *causa* hingegen nicht gegeben, so ist der Priester unwiderruflich aus seinem Amt zu entlassen (*irrevocabiler degradetur*). Entscheidend für eine Zurechnung des Erfolgs ist für RUFINUS demnach noch nicht die Unerlaubtheit, sondern der Mangel eines hinreichenden Grundes für die Vornahme der Handlung.⁶³

Durch SIMON VON BISIGNANO wird im Anschluss daran der Kernpunkt der kanonistischen Lehre herausgebildet.⁶⁴ Er unterscheidet zwischen dem *dare operam rei illicitae*, das für sich gesehen eine Zurechnung des zufälligen Erfolgs herbeiführt, und dem *dare operam rei licitae*, das einer weiteren Distinktion bedarf.⁶⁵

III. Kriterium der Erlaubtheit der Handlung

Als Beispiel für eine erlaubte Handlung nennt GOFFREDUS DE TRANO das Werfen von Steinen nach Tieren, um diese von der Saat fernzuhalten.⁶⁶ Weitere Beispiele der Kanonisten für zufällige Erfolge, die aus einer erlaubten Handlung resultieren, sind: Ein Spaziergänger wird von einem Baum erschlagen, den ein Holzfäller zuvor gefällt hatte.⁶⁷ Ein Mensch wird von einem Stein erschlagen, den ein anderer nach einem Vogel geworfen hatte.⁶⁸ Ein Unfall ereignet sich beim Hausbau durch herabfallende Steine.⁶⁹ Anwendungsfälle, in denen eine erlaubte Handlung wegen Beachtung der erforderlichen Sorgfalt keine Haftung nach sich zieht, sieht DE

⁶³ So auch KUTTNER, Schuldlehre, 203.

⁶⁴ KUTTNER, Schuldlehre, 204.

⁶⁵ SIMON V. BISIGNANO, Summa in Decretum, ad C. 15, q. 1, c. 13, u. C. 23, c. 8, q. 5 (ed. AIMONE BRAIDA, 284 u. 379). Für Nachweise weiterer Autoren, die der Meinung v. BISIGNANOS folgen, siehe KUTTNER, Schuldlehre, 204 Fn. 3.

⁶⁶ Siehe auch HUGUCCIO, Summa decretorum, ad D. 50, c. 37: *dabat operam rei licite, puta quia volebat expellere aprum de segete tua, vel occidere avem* (zit nach KUTTNER, Schuldlehre, 206, Fn. 4). Der Kanon selber geht von dem Fall aus, dass der Kleriker einen Jungen mit einem Stock schlägt, siehe dazu soeben (2. Teil, § 1, S. 18). Weitere Nachweise bei KUTTNER, Schuldlehre, 206, Fn. 4.

⁶⁷ D. 50, cc. 49, 50, 51; BERNHARD V. PAVIA, Summa decretalium, ad *de homic.* (ed. Lapeyres, 222); Sum. Lips. ad D. 50, c. 49 (ed. WEIGAND/LANDAU/KOZUR; Bd. 1, 231): *usque innoxii: si tantam adhibuerunt diligentiam quantam debuerunt*; ähnlich Sum. Paris. ad D. 50, cc. 49, 50 (ed. McLAUGHLIN, 47) (auf die Anwendung der geschuldeten Sorgfalt kommt es nur im Falle einer erlaubten Handlung an); KUTTNER weist weitere Stellen nach: Sum. Colon. ad D. 50; OMNIBONUS, Decretum abbreviatum, D. 18; Dist. Hal. ad D. 50, c. 49; Glos. Cod. L. M. Ph. ad D. 50, cc. 49 - 51; HUGUCCIO, Summa decretorum, ad eod.; Sum. Bamb. ad eod.; JOH. TEOTONICUS ad eod.; KUTTNER, Schuldlehre, 206 Fn. 3. Der Fall findet sich bereits in den römischen Quellen: Paul. D. 9,2,31; Inst. 4,3,5.

⁶⁸ Nachweise bei KUTTNER, Schuldlehre, 206, Fn. 2.

⁶⁹ Nachweise bei KUTTNER, Schuldlehre, 207, Fn. 1. Zur Umsetzung der Res-illicita-Lehre in der päpstlichen Praxis siehe KUTTNER, Schuldlehre, 235 ff.

TRANO in X. 5,12 cc. 9, 13, 14, 15, 16, 23 u. 25 und D. 50, cc. 49, 50, 51 belegt. Ein anschauliches Beispiel liefert die Dekretale X. 5,12,13.

Innocentius III. Episcopo Lingonensi.

Dilectus filius A. capellanus, *in nostra praesentia constitutus, sua nobis confessione* proposuit, quod, quum quadam corporis molestia gravaretur *ita, quod et cibi et somni desiderium raptum videretur ab eo*, ut comedendi appetitum aliquantulum excitaret, equum, quem nutriebat, adscendit. Qui quum bene non pareret habens, sed praeter sensoris arbitrium suis saltibus lasciviret, ipse, ut eius refrenaret impetum, *et freno vim intulit, equumque calcaribus stimulavit*. Quumque fracto freno equus, *quasi proprio arbitrio relictus, curreret festinanter, ei* quaedam mulier, veniens ex obliquo *et infantulum baiulans, obviavit, in quam equus irruens, procul abiecto sessore, puerum praedictum oppressit, et capellanus ipse ex repentino casu vix mortis periculum evitavit, sed ad ultimum convalescens postmodum divina celebrare non praesumpsit*. Ideoque, *quia nobis non constitit de praemissis, fraternitati tuae per apostolica scripta mandamus, quatenus super his inquiras diligentius veritatem, et si est ita, quum idem capellanus nec voluntate nec actu homicidium perpetravit, nec dedit operam illicitae rei, non impedias, quo minus divina possit officia celebrare.* [Dat. Lat. VI. Id. Nov. 1200.]

In dem von Papst Innocenz III. zu entscheidenden Fall hatte ein Kaplan sein Pferd zu einem Ausritt bestiegen. Das Pferd war unruhig und ging durch. Der Kaplan setzte heftig die Sporen, um es zu zähmen. Dabei rissen die Zügel, das Pferd warf seinen Reiter ab und lief davon. Eine Frau, die ein Kind auf dem Arm trug, betrat die Straße, auf der sich das Pferd befand. Das Pferd sprang auf die Frau zu und trat dabei das Kind tot. Innozenz III. entschied, dass der Kaplan nicht für den Tod des Kindes verantwortlich sei, da er die Tötung weder beabsichtigt noch verübt hatte und auch seine Handlung an sich nicht unerlaubt gewesen sei.

Beispiele für Fälle, in denen der Täter für den Tod verantwortlich ist, entweder weil er eine unerlaubte Handlung vorgenommen oder weil er die erforderliche Sorgfalt missachtet hat, finden sich nach DE TRANO hingegen in X. 5,12 cc. 8, 12, 19, 20 und D. 50, cc. 37, 38, 43.

Ein Beispielsfall einer erlaubten Handlung, bei der der Täter fahrlässig gehandelt hat, findet sich in der Dekretale X. 5,12,12. Dass die Dekretale einen Fall einer an sich erlaubten, jedoch fahrlässigen Handlung behandelt, wird auch von der

dem Liber Extra beigefügten Summe bestätigt: *homicidium casuale imputatur ei, qui dedit operam rei licitae, si non adhibuit diligentiam, quam debuit.*

Clemens III.

Ad audientiam apostolatus nostri [*ex parte vestra*] pervenit, quod, quum quidam presbyter, volens corrigere quendam de familia sua, *eo* cingulo, quo cingi solebat, ipsum verberare tentaret, contigit, quod cultellus de vagina, quae cingulo adhaerebat, elapsus, eum in dorso aliquantulum vulneravit; postmodum vero, quum ille vulneratus aliquamdiu vixisset, et *iam* convaluisset a vulnere, alia graviori, ut dicitur, infirmitate percussus, *cum sana mente ac devotione debita* viam est universae carnis ingressus. Quia vero, utrum occasione vulneris decessisset, dubium habetur: *eodem presbytero ab omni officio beneficioque suspenso, quid super hoc vobis esset agendum, apostolicam sedem consulistis. Nunc itaque vestrae discretioni duximus respondendum, quod, quum in dubiis semitam debeamus eligere tutiorem, vos convenit iniungere presbytero memorato, ut de cetero in sacris ordinibus non ministret; iniuncta tamen [ei] poenitentia congruenti, sibi poteritis concedere, ut in minoribus ordinibus ministrare sit contentus. Si vero vobis legitime constiterit, quod ille ex alia infirmitate obierit, de vestra licentia poterit, sicut erat solitus, divina officia ministrare. [Dat. Laterani.]*

In dem Fall, über den Papst Clemens III. zu entschieden hatte, wollte ein Priester jemanden, gegenüber dem er ein Züchtigungsrecht besaß (*de familia sua*), zurechtweisen und versuchte, ihn für diesen Zweck mit seinem Gürtel zu schlagen. Als er den Gürtel von seiner Hüfte zog, glitt ein Messer aus der Scheide, die an dem Gürtel befestigt war, und verletzte den anderen am Rücken. Der andere hatte nach dem Vorfall noch eine Weile lang überlebt und sich von der Wunde erholt, war dann Berichten zufolge schwer erkrankt und an Schwäche verstorben. Da es an dieser Stelle zweifelhaft sei, ob die durch den Priester zugefügte Wunde zum Tod geführt habe, rät Papst Clemens angesichts dieser Unsicherheit, den sichersten Weg einzuschlagen und den Priester von allen Ämtern zu suspendieren. Nur wenn der andere nachweislich an der Krankheit und nicht an der Verletzung gestorben sei, könne der Priester in seinem Dienst verbleiben.

Die Züchtigung des Familienmitglieds ist eine erlaubte Handlung. Allerdings verhält sich der Priester bei der Ausübung seines Züchtigungsrechts fahrlässig, indem er nicht auf das Messer achtet, das an seinem Gürtel befestigt ist. Voraussetzung

für eine Verantwortlichkeit des Priesters für den Tod ist nach der Kausallehre der Kanonisten⁷⁰ zunächst, dass der Priester durch seine Handlung eine hinreichende Bedingung für die Zurechnung des Todeserfolgs gesetzt hat. Daran bestehen Zweifel, da das Opfer nach der Verletzung noch eine Zeit lang überlebt und sich von der Wunde erholt, später jedoch an einer womöglich durch eine andere Krankheit verursachten Schwäche verstirbt. Der Priester hat daher unter Umständen keine hinreichende Bedingung für den Todeserfolg gesetzt. Fehlt es an einer solchen Bedingung, so kommt es auf die Erlaubtheit des Tuns und die Fahrlässigkeit nicht an, denn eine Verantwortlichkeit des Priesters für den Tod scheidet von vornherein aus.

Die Unsicherheit, ob das Opfer an der durch den Priester gesetzten oder einer anderen Bedingung verstorben ist, geht jedoch zu Lasten des Priesters: er wird trotzdem irregulär (mit der Möglichkeit nach einer angemessenen Buße die niederen Weihepflichten zu erfüllen). An dieser Stelle tritt der Zweck der Irregularität hervor, der nicht in der Bestrafung des einzelnen Täters, sondern in der Wahrung der klerikalen Würde als solcher liegt.⁷¹ Für die Rechtsfolge der Irregularität ist es nicht erforderlich, dem Priester den Erfolg als eine Folge seiner Schuld zweifelsfrei zuzurechnen. Es reicht aus, dass durch die Handlung des Priesters eine Lage geschaffen wird, aus der eine Schädigung der Klerikerwürde entstehen kann.

Einen Erfolg, der sich im Anschluss an eine unerlaubte Handlung ereignet, enthält der in der Dekretale X. 5,12,19 wiedergegebene Fall:

Idem. (Innocentius III.)

Tua nos duxit fraternitas consulendos (Et infra: [cf. c. 7. de cons. et aff. IV. 14.])
Tertio Quaesivisti per sedem apostolicam explicari, quod sit de quodam monacho sentiendum, qui, credens, se quandam mulierem a gutturis tumore curare, ut chirurgicus cum ferro tumorem illum aperuit, et, quum tumor ille aliquantulum resedisset, monachus ipse mulieri praecepit, ne se vento exponeret ullo modo, ne forte ventus, subintrans gutturis apertionem, sibi causam mortis inferret; sed mulier, eius mandato contempto, dum messes colligeret, vento se exposuit incaute, et sic per apertionem gutturis sanguis multus effluxit, et mulier diem ultimum sic finivit, quae tamen confessa est, quod, quia vento exposuit semetipsam, [ipsa] sibi

⁷⁰ Dazu soeben 2. Teil, § 1, S. 11 ff.

⁷¹ Siehe 2. Teil, § 1, S. 16.

dederat causam mortis; utrum videlicet, quum praedictus monachus sit sacerdos, liceat ei sacerdotale officium exercere. Nos igitur fraternitati tuae taliter respondemus, quod, licet ipse monachus multum deliquerit alienum officium usurpando, quod sibi minime congruebat, si tamen causa pietatis, et non cupiditatis id egerit, et peritus erat in exercitio chirurgiae, omnemque studuit, quam debuit, diligentiam adhibere, non est ex eo, quod per culpam mulieris contra consilium eius accidit, adeo reprobandus, quod non post satisfactionem condignam cum eo misericorditer agi possit, ut divina valeat celebrare; alioquin interdicenda est ei sacerdotalis ordinis exsecutio de rigore [...]

Eine Frau hatte nach einer Halsoperation, die von einem Mönch ausgeführt worden war, die Wunde entgegen der ausdrücklichen Anweisung des Mönches dem Wind ausgesetzt und war an einer Nachblutung verstorben. Die Ausübung der Chirurgie wurde Klerikern in den höheren Weihegraden durch das IV. Laterankonzil 1215 verboten⁷² und war wohl auch schon vorher als verboten angesehen. In der Entscheidung fasst Papst Innocenz III. offenbar bereits 1212 die Ausübung als eine verbotene Handlung auf (*alienum officium usurpando*).⁷³ Zweifel an dieser Annahme mag die Tatsache aufwerfen, dass Innocenz III. den Mönch in seiner Entscheidung unter bestimmten Voraussetzungen nicht vom Gottesdienst ausschließt. Sofern der Mönch nämlich nicht aus Habgier, sondern aus Mitleid gehandelt habe, in der Chirurgie erfahren war sowie bei der Vornahme der Operation die erforderliche Sorgfalt beachtet habe, könne er nach Ableistung einer Buße wieder zum Gottesdienst zugelassen werden, da die Patientin sich durch die Missachtung seines Rates selbst der Gefahr ausgesetzt habe. Nach der Res-
illicita-Lehre müsste die Annahme einer unerlaubten Handlung allerdings unabhängig davon, ob der Mönch die Operation sorgfältig durchgeführt hat oder nicht, zur Versagung der kirchlichen Ämter führen. Die Möglichkeit der Leistung einer Buße eröffnet Innocenz III. dem Mönch jedoch nur auf dem Gnadenweg in Form einer Dispens (*misericorditer agi possit*). Die Entscheidung mag daher dem besonderen Charakter der Dispens geschuldet sein, die nach KÉRY „nicht auf einem konkreten Rechtsanspruch gründet, sondern eine willkürliche

⁷² C. 18, ed. ALBERIGO/WOHLMUTH (Hg.), Dekrete der ökumenischen Konzilien, 244: *nec illam chirurgiae artem subdiaconus, diaconus aut sacerdos exercent que ad ustionem vel incisionem inducit.*

⁷³ In dem Sinne DAHM, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, 260; KÉRY, Gottesfurcht und irdische Strafe, 437 und KUTTNER, Schuldlehre, 244; a.A. KLEE, der die Operation als ein *opus licitum* ansieht, KLEE, der *dolus indirectus*, 8.

Entscheidung aufgrund besonderer Amtsbefugnisse darstellt, deren Willkür nur dadurch akzeptabel wird, dass sie sich an übergeordneten Erwägungen ausrichtet, die das Wohl des Einzelnen mit dem Wohl der Gemeinschaft in Übereinstimmung zu bringen suchen“.⁷⁴ Papst Innocenz III. macht hier demnach keine echte Ausnahme von der Res-illicita-Lehre.

Ein weiterer Erfolg, der aus einer unerlaubten Handlung resultiert, ist der tödliche Unfall beim Turnier. Das Turnierspiel war seit dem III. Laterankonzil 1179 mit kirchlichen Strafen belegt.⁷⁵ Zum Maßstab, nach dem eine *res illicita* vorliegt, gehören demnach auch die kirchlichen Verbote. Die Einordnung als *res illicita* hängt von den Wertvorstellungen der Zeit ab und ist damit wandelbar. Ein möglicher Hintergrund der Verbote mag die Wahrung des Ansehens des Klerikerstands gewesen sein. So ist beiden Verboten in den Laterankonzilien der Gedanke gemein, dass kein Geistlicher einen anderen Menschen einer Todesgefahr aussetzen soll: Sowohl beim Turnierkampf als auch bei einer Operation ist dieses Risiko erhöht. Zudem mag für die Bestrafung auch der Gedanke eine Rolle gespielt haben, dass die verbotenen Aktivitäten in die menschliche Schöpfung eingreifen und damit gegen den göttlichen Willen verstoßen. Dafür lässt sich etwa eine Aussage BERNHARD VON PAVIAS heranziehen, der nach KUTTNER als erster eine Begründung für die Strafe der Begräbnisverweigerung findet: *ludus noxius in culpa est* (aus D. 9,2,10).⁷⁶

Einen Zweifelsfall stellt die Dekretale X. 5,12,8 dar.

Idem (Alexander III.) Cusentinensi Archiepiscopo.

Continebatur in literis tuis, quod, quum diaconus, praesentium lator, et quidam alii clerici a vineis ecclesiae opere consummato redirent, leviandi laboris gratia quendam ludum imitati sunt viatorum, proiicientes baculos suos in longum; studebant enim iacere in directum, et alter alterius fustem ferire. Cuius ludi, sicut asserunt,

⁷⁴ KÉRY, Gottesfurcht und irdische Strafe, 437. Zum Dispens im kirchlichen Strafrecht: KÉRY, aaO, 498 ff. m.w.N. u. 680 ff.

⁷⁵ In c. 20, III. Laterankonzil: Turnierverbot verbunden mit der Verweigerung des kirchlichen Begräbnisses für Teilnehmer des Turniers, die zu Tode kommen (ed. ALBERIGO/WOHLMUTH (Hg.), Dekrete der ökumenischen Konzilien, 221); siehe auch X. 5,13,1 und BERNHARD V. PAVIA, Summa decretalium ad *de torneamentis* (ed. LASPEYRES, 224 f.); zu den Turnierverboten: KUTTNER, Schuldlehre, 207 Fn. 2.

⁷⁶ BERNHARD V. PAVIA, Summa decretalium ad *de torneamentis* (ed. LASPEYRES, 225); ihm folgend TANCREDEUS, ad Comp I, de torneam., v. *temere* (zit. nach Kuttner, 207 Fn. 2. Dort mit Zitat).

solet esse conditio, ut, qui alterius baculum percuteret, quasi victor, pro equo alio, cuius baculus percussus est, uteretur; sed praefati clerici, equitandi licentia non utentes, sola erant iactione contenti, ut, dum alacrius ad baculos suos concurrerent, laborem itineris non sentirent. Quidam autem laicus, sicut praedictus diaconus asserit, dum baculum eiusdem diaconi percussisset, incautus in eum equitaturus insiliit, et sic a falce illius diaconi, qua erat accinctus, mortale vulnus accepit, de quo post dies octo exspiravit. Ideoque mandamus, quatenus eundem diaconum sine licentia Romani Pontificis ad superiorem gradum non adscendere, vel in diaconatus officio nullo unquam tempore ministrare permittas, sed eum dispensative ministrare in subdiaconatus officio patiaris.

Der Dekretale liegt folgender Fall zugrunde: Auf dem Rückweg von der Arbeit am Weinberg spielten Kleriker ein Spiel, bei dem sie sich gegenseitig Stäbe hinarfen. Sieger war, wer den Stab des anderen zerschlug. Als Preis durfte der Sieger auf dem Rücken des Gegners reiten. Obwohl die Geistlichen auf dieses Recht eigentlich verzichtet hatten, näherte sich ein Laie unvorsichtig einem Diakon, dessen Stab er zerschlagen hatte, um als Belohnung auf dessen Rücken zu reiten. Dabei wurde der Laie von der Sense des Diakons, die an dessen Gürtel befestigt war, gestreift und erlitt eine tödliche Wunde, an der er nach acht Tagen verstarb. Nach der Entscheidung Alexanders III. sollte der Erzbischof von Cusentina den Diakon für den Tod des Laien bestrafen und ihn nicht für höhere Ämter zulassen bzw. ihm die Ausübung des Amtes des Diakons untersagen. Eine Begründung für seine Entscheidung liefert Alexander III. nicht.

Hier lässt sich nicht eindeutig zuordnen, ob die Verantwortlichkeit aus einer unerlaubten Handlung oder aus einer Missachtung der Sorgfaltspflicht folgt. Als Handlung des Diakons, die die Folgen der Irregularität auslöst, kommt nur die Teilnahme am Spiel infrage. Eine mögliche Begründung der Verantwortlichkeit kann daher darin gesehen werden, dass die Teilnahme am Spiel aufgrund der Gefährlichkeit des Spiels als eine unerlaubte Handlung zu betrachten ist, sodass es für eine Zurechnung des zufälligen Todes nicht mehr darauf ankommt, ob der Diakon bezüglich des Messers die erforderliche Sorgfalt beachtet hat. Andererseits kann Alexander III. die Teilnahme als eine erlaubte Handlung aufgefasst haben. Dann wird er davon ausgegangen sein, dass der Diakon die erforderliche Sorgfalt missachtet habe. Die dem Liber Extra angefügte Summe lässt beide möglichen Begründungen zu: *homicidium casuale imputatur ei, qui dabat operam rei*

illicitae vel etiam licitae, secundum alium intellectum, si non adhibuit omnem diligentiam, quam debuit.

Aus welchem Grund die Verantwortlichkeit des Priesters folgt, kann letztlich für die Kanonisten offen bleiben, da der Tod dem Priester in beiden Fällen zugerechnet wird.

IV. Kriterium der Sorgfalt bei der Vornahme der Handlung

Die Frage nach der Sorgfalt der Handlung stellt sich nur in den Fällen, in denen eine erlaubte Handlung gegeben ist. In diesem Fall schließt ein sorgfältiges Verhalten die Zurechnung des zufälligen Erfolgs aus. Die Sorgfalt beschreiben die Kanonisten mit Begriffen der *diligentia*⁷⁷, *sollicitudo*⁷⁸ oder *cautela*⁷⁹. Der Bezugspunkt des Sorgfaltsmaßstabs wird von den Kanonisten nicht einhellig beurteilt. Teilweise wird in einer subjektiven Betrachtung auf das individuelle Können des Täters abgestellt (*adhibet diligentiam quam potuit*).⁸⁰ Mehrheitlich ziehen die Kanonisten jedoch einen objektiven Maßstab heran und erachten diejenige Sorgfalt als maßgeblich, zu der man verpflichtet war (*adhibet diligentiam debitam*).⁸¹ Als Quellengrundlage zur Frage, wann ein fahrlässiges Verhalten gegeben war, ziehen die Kanonisten nach KUTTNER⁸² drei Kanones heran, die das

⁷⁷ Sum. Lips. ad D. 50, c. 49 (ed. WEIGAND/LANDAU/KOZUR; Bd. 1, 231); BERNHARD V. PAVIA, Summa decretalium ad *de homic.* (ed. Laspeyres, 222); BERNHARD V. PARMA, Gloss. Ord. zu X. 5,12,6 v. 'consilium'; Sum. Gal. f. 96 v.; Dist. Hal. ad D. 50, c. 12; Glos. Cod. Ph. ad D. 50, c. 42. (die letzten drei zit. nach KUTTNER, Schuldlehre, 215 Fn. 2).

⁷⁸ Dist. Hal. ad D. 50, c. 35 (zit. nach KUTTNER, Schuldlehre, 215 Fn. 3).

⁷⁹ STEPHAN V. TOURNAI ad D. 50, c. 49 v. *innocentii*; RICHARDUS ANGLICUS, Distinctiones zum Dekret, ad D. 1, c. 24 (zit. nach KUTTNER, Schuldlehre, 215 Fn. 4); GOFFREDUS DE TRANO, Summa super titulis decretalium, *de homic.* (ed. Lyon 1519, Neudruck Aalen 1968, 187 f.).

⁸⁰ STEPHAN V. TOURNAI ad D. 50, cc. 5, 49 v. *innocentii*; GOFFREDUS DE TRANO, Summa super titulis decretalium, *de homicidio voluntario vel casuali* (ed. Lyon 1519, Neudruck Aalen 1968, 187 f.).

⁸¹ RUFINUS, Summa Decretorum, ad D. 50, c. 37 (ed. SINGER, 126); SIMON V. BISIGNANO, Summa in Decretum, ad C. 15, q. 1, c. 13 (ed. v. AIMONE BRAIDA, 284); Sum Lips. ad D. 50, c. 49 v. *innocentii* u. ad C. 23, q. 5, c. 41; BERNHARD V. PAVIA, Summa decretalium ad *de homic.* (ed. Laspeyres, 222); KUTTNER zitiert weitere Autoren: JOHANNES FAVENTINUS ad D. 50, c. 37 u. ad C. 23, c. 41, q. 5 (aus RUFINUS); Gloss. Stuttg. ad D. 50, c. 38; Gloss. Cod. M. ad D. 50, cc. 38, 43; Cod. M. G. ad C. 23, q. 5, c. 41; Cod. Ph. ad D. 50, c. 51; HUGUCCIO, Summa decretorum, ad D. 50, cc. 37, 46, 48; Sum. Bamb. ad D. 50, c. 37; LAURENTIUS, Glos. Pal. ad D. 50, cc. 37, 42 u. Comp. III., h.t., ad c. 4.; JOHANNES TEUTONICUS ad D. 50, c. 43 u. ad C. 15, dict. p. c. 2, q. 1; ROBERTUS FLAMESB., III, c. 4; ALANUS Comp. I, h.t., ad c. 8; VINCENTINUS ad Comp. I, h.t., c. 9; TANCREDEUS Comp. I, h.t., ad c. 10 u. Comp. II, h.t., V, 6, ad c. 2; DAMASUS, Brocarda u. Sum. ad tit. *De homic.* (zit. nach KUTTNER, Schuldlehre, 216 Fn. 2. Dort mit Zitaten der Autoren.).

⁸² KUTTNER, Schuldlehre, 213 f.

Fällen von Bäumen behandelten: D. 50, c. 49 (Papst Nikolaus, 858), c. 50 (Synode von Worms, 868) und c. 51 (Synode von Tribur, 895). Während Papst Nikolaus in seiner Entscheidung auf *culpa vel neglectus* und die Synode von Worms neben Vorsatz auf *negligentia* als Schuldformen abstellt, entscheidet die Synode von Tribur, dass der Sorgfaltsmaßstab gewahrt ist, wenn vor dem Fällen der eine Holzfäller dem anderen „*cave!*“ zuruft. Der Holzfäller hafte dann nicht, wenn der Baum den Gewarnten dennoch erschlägt.

Neben den kanonistischen Quellen ziehen die Kanonisten auch die römischen Quellen heran. Dabei wird einerseits Bezug genommen auf die Quellen zur Haftung nach der Lex Aquilia (D. 9,2) und andererseits auf die Quellen zur Begrenzung auf die *dolus*-Haftung nach der Lex Cornelia de sicariis (D. 48,8).⁸³

§ 2. Ergebnis

Als wesentlicher Punkt zur kanonistischen Res-illicita-Lehre lässt sich festhalten, dass die Kanonisten in Bezug auf die Zurechnung von unvorhergesehenen Todeserfolgen nach der Erlaubtheit der Handlung differenzieren. Ist das Verhalten des Täters unerlaubt, so muss er für jegliche Folgen dieser Handlung einstehen. Eine erlaubte Handlung zieht hingegen keine Zurechnung nach sich, es sei denn, der Täter hat die erforderliche Sorgfalt missachtet. Dann kann auch ein lediglich fahrlässiges Verhalten zu einer Zurechnung eines unvorhergesehenen Todeserfolges führen. Eine Begründung, warum ein unerlaubtes Verhalten eine Haftung für jegliche Folgen nach sich ziehen soll, finden die Kanonisten indes nicht.

⁸³ Nachweise mit Zitaten bei KUTTNER, Schuldlehre, 214 Fn. 1.

Dritter Teil. Rechtsgedanke des *versari in re illicita* im Zivilrecht

In der kanonistischen Strafrechtslehre bilden die Fälle unvorhergesehener Todeserfolge die Grundlage für die Entwicklung des Rechtsgedankens des *versari in re illicita*. Die Kanonisten differenzieren danach, ob die Handlung des Täters erlaubt war oder nicht. Handelt der Täter unerlaubt, so muss er für jegliche Folgen dieser unerlaubten Handlung einstehen. Der Gedanke kann auch im Zivilrecht fruchtbar gemacht werden: Nach dem heutigen Verständnis der Lehre hat ein Schuldner, der sich auf unerlaubtes Gebiet begibt, für den zufälligen Untergang der Sache einzustehen, die Gegenstand des Schuldverhältnisses ist. Allgemeiner formuliert geht es um die grundsätzliche Frage, wie weit die Haftung des Schuldners in bestimmten Fällen pflichtwidrigen Verhaltens reicht. Die Frage ist Gegenstand einer Diskussion, die wohl nicht in der hinreichenden Trennschärfe geführt worden ist.

1. Kapitel Römisches Recht

Der Gedanke einer Haftung für *versari in re illicita* wird teilweise schon den römischen Quellen zugeschrieben.⁸⁴ Die Fallgruppen, in denen der Gedanke zum Tragen kommen soll und die im Folgenden näher untersucht werden, sind der vertragswidrige Gebrauch bei Leihe, Verwahrung sowie Miete und Pacht, die rechtswidrige Fremdgeschäftsführung, die vertragswidrige Substitution des Beauftragten, die vertragswidrige Umladung von Waren sowie der Schuldnerverzug und der Diebstahl.

§ 1. Vertragswidriger Sachgebrauch

Die erste Fallgruppe, die eine Haftung für *versari in re illicita* beinhalten soll, ist der vertragswidrige Gebrauch der Sache bei Leihe, Verwahrung, Miete und Pacht.

⁸⁴ KASER/KNÜTEL/LOHSSE, RP, § 36 Rn. 4; KNÜTEL, JuS 2001, 209, 211; DERS., SZ 100 (1983), 340, 418, Fn. 329; ALTMEPPEN, *versari in re illicita*, in: FS Knütel, 13 ff.; WACKE, Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden, 669, 692 f.; DERS., Römischrechtliche Exegese: Ein Unfall beim Prellen, in: JuS 1980 Heft 3, 202, 209; ZIMMERMANN, The Law of Obligations, 197.

I. Überschreitung des Gebrauchsrechts bei der Leihe

Beleg einer Haftung für *versari in re illicita* soll die Haftung des Entleiher bei Überschreitung seines Gebrauchsrechts sein. Während der Entleiher für gewöhnlich zwar immerhin für *custodia* haftet⁸⁵, die Zufallsgefahr aber beim Verleiher bleibt⁸⁶, finden sich Quellen, in denen ein Entleiher, der die geliehene Sache vertragswidrig gebraucht, für Erfolge einstehen muss, die außerhalb dieses Haftungsmaßstabs liegen.⁸⁷

Als Beispiel für eine Überschreitung des Gebrauchsrechts bei der Leihe findet sich bei GAIUS folgender Fall: Der Entleiher hat sich Silberbesteck geliehen, um Freunde zum Essen einzuladen. Anstatt das Gastmahl zu veranstalten, nimmt er das Besteck mit auf Reisen und überschreitet somit die Grenzen seines Gebrauchsrechts.⁸⁸ Als weitere Beispiele dienen den römischen Juristen Fälle, in denen der Entleiher ein geliehenes Pferd an einen von der Leihvereinbarung abweichenden Ort führt.⁸⁹

1. Vertragliche Haftung aus der *actio commodati*

Die Haftung des Entleiher für vertragswidrigen Gebrauch findet sich in Gai. D. 13,6,18 pr.

D. 13,6,18 pr. Gaius libro nono ad edictum provinciale

In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem

⁸⁵ Gai. 3,206; Ulp. D. 13,6,5,2 ff. (lib. 28 ed.); Inst. 3,14,2 u. 4,1,16.

⁸⁶ *Casum sentit dominus*, Ulp. D. 50,17,23 a.E., Ulp. D. 13,6,5,4, Gai. D. 13,6,18 pr.; vgl. KASER, RP I, 512. Zum Anwendungsbereich des Lehrsatzes: WACKE, Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden, 669, 670 ff.

⁸⁷ Darauf weisen u.a. ALZON, Problèmes relatifs à la location des entrepôts en Droit romain, 71 Fn. 368 und WACKE, Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden, 669, 692 hin.

⁸⁸ Gai. D. 13,6,18 pr. (lib. 9 ed. prov.); Gai. D. 44,7,1,4 (lib. 2 aur.).

⁸⁹ Entweder, weil der Entleiher mit dem geliehenen Pferd zu einem weiter entfernten Ort reitet als vereinbart war (Val. Max. 8,2,4; Paul. D. 47,2,40 (lib. 9 Sab.)), oder, weil er mit dem Pferd in die Schlacht zieht, obwohl ihm dies lediglich für einen Ausritt geliehen wurde (Gai. 3,196; Ulp. D. 13,6,5,7 (lib. 28 ed.); Inst. 4,1,6).

peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet [...]

GAIUS legt zunächst den Haftungsmaßstab des Entleihers fest. So stellt er dar, dass der Entleiher für die Sorgfalt eines *diligentissimus pater familias* einzustehen hat und demnach lediglich von der Haftung für *vis maior* befreit ist. In dem Fragment spricht GAIUS von *eos casus non praestet, quibus resisti non possit*. Für die Fälle der *vis maior* nennt er verschiedene Beispiele wie Todesfälle von Sklaven, die sich ohne Vorsatz und Fahrlässigkeit des Entleihers ereignen, Überfälle von Räubern oder Feinden, hinterhältige Anschläge von Seeräubern, Schiffbruch, Feuer sowie die Flucht von Sklaven, die man nicht zu bewachen pflegt. Im Folgenden schränkt GAIUS diese Haftungsbegrenzung jedoch ein. Bei Schiffbruch und Angriffen von Straßen- und Seeräubern wird der Entleiher nur dann von der Haftung befreit, wenn er die geliehene Sache auch tatsächlich mit auf Reisen nehmen durfte. GAIUS zieht hierzu das oben bereits erwähnte Beispiel heran, bei dem der Entleiher das ihm für ein Essen geliehene Silber mit auf Reisen nimmt. Der Entleiher muss *sine ulla dubitatione* – wie der Jurist sagt – für den Verlust durch Schiffbruch oder aufgrund feindlicher Angriffe durch Straßen- und Seeräuber eintreten. Er haftet in diesem Fall also auch für Fälle höherer Gewalt; die Haftungsbegrenzung greift nicht. Grund dafür ist der vertragswidrige Gebrauch der Sache.

Die gleiche Position des GAIUS findet sich in D. 44,7,1,4. Wieder gibt GAIUS zunächst die Grundregel wieder, dass derjenige, der eine Sache zum Gebrauch empfangen hat, nicht für Zufall eintreten muss. Danach schränkt er diese Regel ein: In manchen Fällen müsse der Entleiher (Verwahrer oder Mieter etc.) dennoch für Zufall eintreten und zwar *si culpa eius interveniat*. GAIUS betont an dieser Stelle ausdrücklich die *culpa* als Auslöser der Zufallshaftung. Die *culpa* wird durch den vertragswidrigen Gebrauch begründet. Zuletzt greift GAIUS auch hier das Beispiel des vertragswidrig mit auf Reisen genommenen Silberbestecks auf.

Die in den Quellen zum Ausdruck kommende Zufallshaftung kann möglicherweise dem Rechtsgedanken der Haftung für *versari in re illicita* zugeordnet werden. Durch die Überschreitung des Gebrauchsrechts begibt sich der Entleiher sprichwörtlich „auf verbotenes Gebiet“, und er haftet für bestimmte Folgen, die

aus dieser Handlung resultieren. So wie es heute verstanden wird, erfordert das Prinzip des *versari in re illicita* eine Haftung für alle äquivalent durch die verbotene Handlung verursachten Erfolge.⁹⁰ Demnach müsste der Entleiher nicht bloß haftbar sein, wenn das von ihm vertragswidrig mit auf Reisen genommene Tafelsilber von Räubern gestohlen wird, sondern auch, wenn es aufgrund eines Erdbebens verschüttet wird, das nur das Haus betroffen hat, in dem sich der Entleiher auf der Reise befand.⁹¹ Ist die in den Quellen zum Ausdruck kommende Haftung enger ausgestaltet, lässt sich diese Fallgruppe dagegen nicht dem Rechtsgedanken einer Haftung für *versari in re illicita* zuordnen.⁹² Für die Beantwortung der Frage, ob die in den Quellen beschriebene Haftung dem Rechtsgedanken der Haftung für *versari in re illicita* zuzuordnen ist, ist demnach entscheidend, welche Art von Kausalbeziehung die Quellen zwischen der Handlung des Entleihers und dem zufälligen Sachuntergang fordern. ZIMMERMANN⁹³ wirft die Frage nach der Kausalbeziehung zwischen der unerlaubten Handlung und dem zufälligen Untergang auf und zieht insbesondere auch die Schlussfolgerung, dass eine enger ausgestaltete Haftung nicht dem Prinzip des *versari in re illicita* unterfällt. Er verweist jedoch nur allgemein darauf, dass die Quellen bezüglich dieser Frage nicht eindeutig seien.

Anders als von ZIMMERMANN angedeutet, lassen sich aus den Quellen allerdings sehr wohl Rückschlüsse auf die Art der Kausalbeziehung zwischen der unerlaubten Handlung und dem zufälligen Sachuntergang und damit auch für den Haftungsumfang ziehen. Die römischen Quellen legen eine Deutung als Haftung für

⁹⁰ In diesem Sinne legt die Stelle RABEL, Grundzüge des Römischen Privatrechts, 138, aus. RABEL führt zudem Paul. D. 11,6,2,1 als einen Fall an, in dem aufgrund einer Vertragsverletzung eine Zufallshaftung ausgelöst werde und damit eine Haftung für ein *versari in re illicita*. In der Stelle geht es jedoch um die Frage einer Einstandspflicht für das Verschulden Dritter und nicht um eine Haftung für einen zufälligen Untergang. Eine Zufallshaftung des Beauftragten aufgrund einer Vertragsverletzung wird in einem anderen Fall von den Glossatoren PILIUS und HUGOLINUS in ihren Quaestionen diskutiert: Jemand wird beauftragt, eine Sache an einen bestimmten Ort zu transportieren. Der Beauftragte vertraut die Sache jedoch einem Dritten an, bei dem sie dann (zufällig) verloren geht. Siehe 3. Teil, 2. Kap., § 1, II., S. 76 f.

⁹¹ Denn der Untergang des Silbers durch das Erdbeben beruht äquivalent kausal auf der Mitnahme des Silbers auf Reisen. Der vertragswidrige Gebrauch an sich hat jedoch die Gefahr des konkreten Untergangs nicht erhöht.

⁹² Diese Schlussfolgerung findet sich auch bei ZIMMERMANN, The Law of Obligations, 196 f. Dazu sogleich.

⁹³ ZIMMERMANN, The Law of Obligations, 196 f.

Gefahrerhöhung nahe.⁹⁴ Sie enthalten keinen Beleg einer weiteren Haftung für alle äquivalent kausal verursachten Erfolge oder darüber hinaus einer unbedingten Einstandspflicht. Dies gilt zunächst für die von GAIUS behandelten Fälle: Durch die Überschreitung des Gebrauchsrechts (Mitnahme des Silbers auf Reisen) hat der Entleiher die Gefahr des zufälligen Untergangs durch Schiffbruch oder feindliche Angriffe durch Straßen- und Seeräuber erhöht. Er hat eine Ursache geschaffen, die den Verlust der entliehenen Sache aufgrund dieser Ereignisse wahrscheinlich macht. Der Verlust liegt daher nicht mehr außerhalb jeglicher Lebenserfahrung. Genaugenommen ist daher an dieser Stelle eigentlich nicht mehr von einer Zufallshaftung zu sprechen, sondern besser von einer Haftung für Gefahrerhöhung. Dies wird insbesondere anhand der Wahl der Beispiele deutlich. Zu Beginn des Fragments zählt GAIUS noch verschiedene Ereignisse höherer Gewalt wie Feuer, Sklaventod und auch den Schiffbruch zur Entlastung des Entleihers auf. Im Falle des mit auf Reisen genommen Silbers ergänzt GAIUS die Haftung des Entleihers jedoch nur um die Fälle des Schiffbruchs und der feindlichen Angriffe durch Straßen- und Seeräuber. Diese stellen typische Reisegefahren da, deren Eintrittswahrscheinlichkeit durch den vertragswidrigen Gebrauch erhöht wird. Nur weil der Entleiher das Silber überhaupt entgegen der ursprünglichen Abrede mit auf Reisen genommen hat, war der Untergang durch Schiffbruch oder feindlichen Angriff möglich. Dagegen behauptet GAIUS gerade nicht, dass der Entleiher aufgrund seines vertragswidrigen Gebrauchs auch für die anderen Fälle höherer Gewalt eintreten müsse. Für diese Fälle gilt vielmehr die am Anfang des Fragments beschriebene Haftungsbefreiung. Der Entleiher haftet also nur dann, wenn sich die durch sein Verhalten begründete Gefahr realisiert hat.

⁹⁴ Ebenso DILCHER, Die Theorie der Leistungsstörungen, 109; MOMMSEN, Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. I: Die Unmöglichkeit der Leistung, 234 und WACKE, Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden, 669, 692 f., der den Aspekt der Gefahrerhöhung erkennt, diese Haftung jedoch nicht scharf genug von einer Haftung für ein *versari in re illicita* im Sinne einer Haftung für alle äquivalent kausal verursachten Folgen des vertragswidrigen Gebrauchs abgrenzt. Auch die Äußerung WINDSCHEIDS, WINDSCHEID/[KIPP], Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. (1906), § 375, Fn. 10, es sei „in der Tat seine Schuld, aus welcher er hier in Anspruch genommen wird, nämlich der wissentlich unrechtmäßige Gebrauch der Sache; nur wird nicht eine direkte, sondern eine indirekte Folge dieser Verschuldung gegen ihn geltend gemacht“ ist dahingehend zu deuten, dass der Entleiher nur für eine mit seinem Verschulden im Zusammenhang stehende Folge haftet. Anders hingegen KASER, RP I, 533, Rn. 4; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, RP, § 39, Rn. 11 und MACCOR-MACK, SZ 89 (1972) 206, 208 f., deren Äußerungen jeweils im Sinne einer Haftung für alle äquivalent kausal verursachten Erfolge zu verstehen sind.

Der Aspekt der Gefahrerhöhung findet sich auch in Inst. 3,14,2. Nach der Institutionenstelle ist der Entleiher von der Haftung für Zufall befreit, sofern der Zufall nicht durch sein Verschulden eingetreten ist: *sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit.*

Haftungsbegründend ist folglich bei der Haftung für Gefahrerhöhung das Verschulden. Auch in Inst. 3,14,2 wird wiederum das Beispiel des auf Reisen mitgenommenen Silberbestecks aufgegriffen und ausdrücklich nur die Haftung für bestimmte Zufallsgefahren (Überfall von Feinden oder Räubern bzw. Schiffbruch) erwähnt.⁹⁵

Deutlich zeigt sich der Aspekt der Gefahrerhöhung auch in der folgenden Äußerung ULPIANS:

D. 13,6,5,7 Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum

Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. plane si sic commodavi, ut ad bellum duceris, meum erit periculum. nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse Namusa ait: sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum inposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere: nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui negligentius machinam colligavit.

ULPIAN entscheidet, dass derjenige, der ein Pferd geliehen hat und entgegen der Parteivereinbarung mit diesem in die Schlacht geritten ist, für den durch den Tod des Pferdes entstandenen Schaden einstehen muss. Die Haftung des Entleihers lässt sich damit begründen, dass der Entleiher die Gefahr des Untergangs erhöht und sich dieses Risiko in dem Tod des Pferdes realisiert hat. Der Tod in der Schlacht ist nur dann das Risiko des Verleihers, wenn dieser in die gefährliche

⁹⁵ „*alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis.*“ (Inst. 3,14,2). Der Bezug auf das Verschulden als Haftungsgrund findet sich in Ulp. D. 13,6,5,4 (lib. 28 ed.).

Art des Gebrauchs eingewilligt hat.⁹⁶ Dann war es dem Verleiher im Vorhinein möglich, das Risiko einzuschätzen und abzuwägen. Das Gleiche gilt für den Unfall eines vom Baugerüst herabfallenden Sklaven. Hat der Verleiher den Sklaven zur Arbeit auf dem Gerüst verliehen, so trägt er die Gefahr des Sturzes. Liegt der Grund für den Unfall jedoch in der Sphäre des Entleihers, weil er den zur Arbeit auf ebener Erde entliehenen Sklaven auf das Gerüst geschickt hat, so haftet er für den Tod des Sklaven durch Abstürzen. Auch dieser Fall lässt sich als Ausdruck der Haftung für Gefahrerhöhung verstehen. Maßgeblich ist in beiden Fällen die Vereinbarung der Parteien, genauer die Einwilligung des Verleihers in die Gefährlichkeit der Benutzung.⁹⁷ Handelt der Entleiher entgegen dem Willen des Verleihers, so haftet er nur, wenn sich die durch seine Handlung begründete Gefahr in dem konkreten Erfolg verwirklicht hat. Denn bei den von ULPPIAN aufgezählten Schäden handelt es sich um Zufallsschäden, die aufgrund der Gefährlichkeit der Handlungen entstanden sind.

So wie die Äußerungen einiger Stimmen in der Literatur⁹⁸ zu verstehen sind, ließe sich Gai. D. 13,6,18 pr. für den Fall des vertragswidrigen Gebrauchs als Beleg einer Haftung für *versari in re illicita* heranziehen, nämlich im Sinne einer Haftung für äquivalent kausal verursachten Zufall, die aufgrund einer vorherigen schuldhaften Handlung ausgelöst wird. Gai. D. 13,6,18 pr. enthält für den Fall des vertragswidrigen Gebrauchs jedoch lediglich eine engere Ausnahme von der allgemeinen Haftungsbefreiung für Zufall. Aus der Quelle lässt sich entnehmen, dass der Entleiher, der sein Gebrauchsrecht überschreitet, nur für die durch ihn verursachte Gefahrerhöhung haftet. In allen übrigen Fällen, in denen die entlehene Sache durch Zufall (der zwar äquivalent, jedoch nicht adäquat kausal verursacht wurde) untergeht, ist der Entleiher nach wie vor von der Haftung befreit. Allein die durch den vertragswidrigen Gebrauchs des Entleihers (Mitnahme des Silbers auf Reisen) herbeigeführte Gefahrerhöhung rechtfertigt es, ihn über den normalen Haftungsmaßstab der *custodia* und der *culpa* hinaus haften zu lassen. In ihr findet sich nicht der Gedanke, der dem Prinzip des *versari in re illicita* nach dem heutigen Verständnis zugrunde liegt.

⁹⁶ So auch WACKE, Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden, 692.

⁹⁷ WACKE, Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden, 692.

⁹⁸ Vgl. S. 32, Fn. 92.

2. Haftung für ein *furtum usus*

Neben der vertraglichen Haftung aus der *actio commodati* sieht sich der Entleiher, der die Sache vertragswidrig gebraucht, auch einer Haftung wegen Diebstahls ausgesetzt. Durch die Überschreitung seines Gebrauchsrechts begeht der Entleiher eine Gebrauchsanmaßung, die dem Tatbestand des Diebstahls zuzuordnen ist, ein sog. *furtum usus*⁹⁹.

a) Tatbestand des *furtum usus*

Die Ansicht, ein *furtum usus* sei als Diebstahl zu bestrafen, entsteht bereits in der Republik¹⁰⁰ und erhält sich bis in das justinianische Zeitalter. Die Regel wird anhand des vertragswidrigen Gebrauchs im Rahmen der Leihe entwickelt und ist in den Institutionen Justinians wiedergegeben.

Inst. 4,1,6

Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. itaque sive creditor pignore, sive is apud quem res deposita est ea re utatur, sive is qui rem utendam accepit in alium usum eam transferat quam cuius gratia ei data est, furtum committit. veluti si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad cenam invitaturus et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem equum perduxisset.

In dem Institutionentext findet sich die allgemeine Aussage, dass jeder, der die Sache entgegen dem Willen des Eigentümers gebraucht, einen Diebstahl begeht: *Furtum autem fit [...] generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat.*

⁹⁹ Gai. 3,196; Ulp. D. 13,6,5,8 (lib. 28. ed.); Paul. D. 47,2,40 (lib. 9 Sab.); allgemein zum *furtum usus*: APATHY, *Commodatum und furtum*, 15 - 24; APATHY/KLINGENBERG/STIEGLER, *Einführung in das römische Recht*, 156; KASER, *RP I*, 533 Fn. 4 u. 615; KASER/KNÜTEL/LOHSE, *RP* § 51, 310, Rn. 1; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, 548, 624.

¹⁰⁰ Ungefähr im 2. Jh. v. Chr. fand eine Ausweitung des *furtum*-Tatbestandes auf das *furtum usus* statt. Der Gedanke ist größtenteils von Q. Mucius Scaevola (*pontifex*) geprägt. Der Ausgangsfall ist wohl derjenige, dass jemand ein Pferd zu einer Reise nach Aricia geliehen hatte und mit diesem Pferd auf den nächsten Hügel jenseits der Stadtgrenze geritten ist. Der Entleiher wurde wegen Diebstahls verurteilt (Gell. 6,15). Zur Entwicklung des *furtum usus* vgl. SCHULZ, *Classical Roman Law*, 1951, 575; STEIN, *Regulae Iuris*, 45 f.; WIEACKER, *IURA* 20 (1969), 458 f. und DERS. *Römische Rechtsgeschichte*, 578; eine Übersicht der Quellen findet sich bei SCHULZ, *Geschichte der Römischen Rechtswissenschaft*, 1961, 78 f.

So haften der Pfandgläubiger und der Verwahrer, die das Pfand bzw. die in Verwahrung gegebene Sache in Gebrauch nehmen, oder der Entleiher, der die geliehene Sache vertragswidrig gebraucht, aufgrund eines Diebstahls. Der Text fasst auch den Fall der Mitnahme des Silberbestecks auf Reisen unter den Tatbestand eines *furtum usus*. Die Überschreitung des Gebrauchsrechts führt allerdings nur bei Kenntnis, dass gegen den Willen des Eigentümers gehandelt wurde, zu einem *furtum* (Pomp. D. 47,2,77 pr. [lib. 38 Quint. Muc.]; Gai. 3,197; Inst. 4,1,7). Grund ist, dass ein Diebstahl nicht ohne *dolus* begangen werden kann.

b) Deliktische Haftung aus der *actio furti*

Das *furtum usus* führt zu einer Haftung aus der *actio furti*. Der Gedanke einer Haftung für *versari in re illicita* kommt im Rahmen der *actio furti* nicht zum Tragen. Zwar ist der Entleiher aus der *actio furti* auch bei zufälligem Sachuntergang verantwortlich, er haftet also unabhängig davon, ob die Sache bei *litis contestatio* noch vorhanden ist (Ulp. D. 47,2,50 pr.). Die *actio furti* ist jedoch eine reine Strafklage.¹⁰¹ Die Haftung des Diebes beruht allein auf dem Bußgedanken. Der Gedanke der Gefahrtragung aufgrund des Verschuldens einer Partei kommt an dieser Stelle nicht zum Tragen. Für den Grundsatz des *versari in re illicita* ist daher an dieser Stelle kein Platz.¹⁰²

c) Haftung aus der *condictio ex causa furtiva*

Neben der Haftung mit der *actio furti* haftet der Dieb auch mit der *condictio ex causa furtiva*. Für Anwendbarkeit der *condictio ex causa furtiva* auch beim *furtum usus* findet sich ein ausdrücklicher Hinweis bei POMPONIUS:

D. 13,1,16 Pomponius libro trigensimo octavo ad Quintum Mucium

Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo, condictioe quoque ex furtiva causa obstringitur: quae differt ab actione commodati hoc, quod, etiamsi sine dolo malo et culpa eius interierit res, condictioe tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam et in depositi non ultra dolum malum tenetur is, cum quo depositi agetur.

¹⁰¹ Gai. 3,189; Inst. 4,1,5; dazu KASER, RP I, 158, 501 und KASER/KNÜTEL/LOHSSE, RP, § 51, Rn. 3.

¹⁰² Zur Haftung des Diebes aufgrund des Herausgabeverzugs siehe 3. Teil, 1. Kap., § 5, II., S. 62.

POMPONIUS legt dar, dass der Dieb aus der *condictio ex causa furtiva*¹⁰³ verschuldensunabhängig für den Sachuntergang haftet. Diese Zufallshaftung lässt sich als Ausfluss des Gedankens *fur semper in mora* erklären, nach dem sich der Dieb ab dem Diebstahl im Verzug der Rückgabe der Sache befindet.¹⁰⁴ So haftet er im selben Umfang wie ein Verzugsschuldner für Zufall. An dieser Stelle hat der Gedanke des *versari in re illicita* im selben Maße Platz wie beim Schuldnerverzug. Diesbezüglich wird auf § 5 dieses Kapitels verwiesen, in dem die Auswirkungen des Rechtsgedankens des *versari in re illicita* beim Schuldnerverzug im römischen Recht ausführlich dargestellt werden.¹⁰⁵

3. Nebeneinander der vertraglichen und deliktischen Haftung

Wir haben gesehen, dass der Entleiher bei einer Überschreitung seines Gebrauchsrechts vertraglich nur beschränkt auf den durch die Gefahrerhöhung entstandenen Schaden haftet. Indessen liegt aufgrund der Gebrauchsüberschreitung zugleich ein *furtum usus* vor, für das der Entleiher sowohl aus der *actio furti* als auch aus der *condictio ex causa furtiva* verpflichtet wird. Beide Klagen führen zu einer Haftungsverschärfung, und der Entleiher trägt über die *condictio ex causa furtiva* letztlich die volle Sachgefahr. Die Haftung für ein *furtum usus* steht somit in einem Spannungsverhältnis zum vertraglichen Haftungsregime. Es handelt sich bei der Haftung aus der *actio commodati* und der Haftung für ein *furtum usus* um zwei nebeneinander laufende Haftungsregime. An eine Abstimmung dieser Haftungsregime haben die römischen Juristen offenbar nicht gedacht.

II. Gebrauch der hinterlegten Sache im Rahmen der Verwahrung

Den Gedanken einer Haftung für *versari in re illicita* schreibt ZIMMERMANN auch den Quellen zur Verwahrung zu.¹⁰⁶ Ähnlich wie bei der Leihe kann der Rechtsgedanke im Falle des vertragswidrigen Gebrauchs zum Tragen kommen.

¹⁰³ Bei der *condictio ex causa furtiva* handelt es sich im Gegensatz zur *actio furti* um eine sachverfolgende Klage. Sie ist gerichtet auf die Sache selbst bzw. ihren einfachen Wert (Paul. D. 13,1,3 [lib. 9 Sab.]).

¹⁰⁴ Ulp. D. 13,1,8,1 (lib. 27 ed.); Pap. D. 13,1,17 (lib. 10 quaest.); Tryph. D. 13,1,20 (lib. 5 disput.); Paul. D. 12,2,30,1 (lib. 18 ed.).

¹⁰⁵ Siehe 3. Teil, 1. Kap., § 5, I., S. 58 ff.

¹⁰⁶ ZIMMERMANN, The Law of Obligations, 209, Fn. 161.

Der Verwahrer, der anders als der Entleiher nur für *dolus* haftet¹⁰⁷ und keine Befugnis hat, die Sache zu gebrauchen,¹⁰⁸ überschreitet die Grenzen der Verwahrung bereits dann, wenn er die hinterlegte Sache in Gebrauch nimmt.

1. Vertragliche Haftung aus der *actio depositi*

Als Beleg einer Zufallshaftung, die durch den Gebrauch der hinterlegten Sache ausgelöst wird, verweist ZIMMERMANN auf Ulp. D. 16,3,1,25.¹⁰⁹

D. 16,3,1,25 Ulpian libro trigensimo ad edictum

Si rem depositam vendidisti eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes.

In dem von ULPIAN geschilderten Fall hat ein Verwahrer die hinterlegte Sache zunächst verkauft und sie danach wieder zurückerworben. Die Sache geht nach dem Rückerwerb beim Verwahrer unter, ohne dass dieser den Untergang dolos herbeigeführt hatte. Nach der Entscheidung des Juristen muss der Verwahrer für den zufälligen Untergang der Sache einstehen. ULPIAN sieht die Begründung für die Einstandspflicht des Verwahrers darin, dass dieser durch den Verkauf der Sache arglistig gehandelt habe (*quia semel dolo fecisti, cum venderes*).

Die Entscheidung ULPIANS ist in zwei Punkten bemerkenswert. Erstens ist der Verkauf der hinterlegten Sache in dem der Quelle zugrunde liegenden Fall nicht kausal für den späteren Untergang geworden, denn die Sache wäre auch dann beim Verwahrer untergegangen, wenn dieser sie nicht verkauft und danach wieder zurückerworben hätte. ULPIAN legt dem Verwahrer in dem der Quelle zugrunde liegenden Fall demnach eine unbedingte Haftung auf. Zweitens erwähnt ULPIAN ausdrücklich, dass diese Haftung aus der *actio depositi* folgt. Dies steht im Widerspruch zu den Beobachtungen im Rahmen der Leihe, nach denen der

¹⁰⁷ Die Haftungsbegrenzung auf *dolus* ergibt sich aus der Überlegung, dass der Verwahrer im Gegensatz zum Verleiher aus seinem altruistischen Verhalten keinen Nutzen zieht (Utilitätsprinzip), Ulp. D. 13,6,5,2 (lib. 28 ed.); Paul. D. 50,17,10 (lib. 3 Sab.); ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, 205; allgemein zum Prinzip G. C. J. J. VAN DEN BERGH, *Qui habet commoda ferre debet onera*, in: FS Scheltema, 21 ff.; LIEBS, *Rechtsregeln*, 191 Nr. 46.

¹⁰⁸ Florent. D. 16,3,17,1 (lib. 7 inst.).

¹⁰⁹ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, 209, Fn. 161.

Entleiher bei vertragswidrigem Gebrauch aus der *actio commodati* allein für Gefahrerhöhung haftet.¹¹⁰ Zu erwarten wäre, dass der römische Jurist für den sehr ähnlich gelagerten Fall der Gebrauchsüberschreitung im Rahmen der Verwahrung gleich entscheidet.

Die Literatur verweist als Begründung für diese weite Haftung aus der *actio depositi* darauf, dass sich der Text neben der vertraglichen Haftung auch auf die Haftungsgründe der *actio furti* sowie der *condictio furtiva* beziehe.¹¹¹ Dagegen spricht schon der Wortlaut des Fragments, der allein von der Haftung aus der *actio depositi* spricht (*teneri te depositi*). Ferner folgt aus dieser Argumentation allein noch kein hinreichender Grund, warum ULPIAN in D. 16,3,1,25 für die Haftung des Verwahrers eine von der Haftung des Entleihers¹¹² abweichende Entscheidung trifft, denn auch bei einer Gebrauchsüberschreitung im Rahmen der Leihe begeht der Entleiher nach Ansicht der römischen Juristen ein *furtum (usus)* und haftet daher aus der *actio furti* und der *condictio furtiva*.¹¹³ PARENTI erläutert, die weite Haftung aus der *actio depositi* sei darauf zurückzuführen, dass in dem der Quelle zugrunde liegenden Fall eine Haftungslücke bei der *actio furti* bestehe.¹¹⁴ Da es sich um einen bösgläubigen Besitzer handle – so PARENTI –, werde keine *actio furti* gewährt. Dies ergebe sich aus Ulp. D. 47,2,12,1 (lib 29 ad ed.). Diese Schutzlücke wird nach den Ausführungen PARENTIS in dem vorliegenden Fall durch die erweiterte Haftung aus der *actio depositi* geschlossen. Die Argumentation PARENTIS vermag allerdings nicht zu überzeugen. In D. 47,2,12,1 verwehrt ULPIAN die *actio furti* einem bösgläubigen Besitzer, dem die Sache abhanden gekommen ist. Demgegenüber geht es in dem vorliegenden Fall um die Klage des Hinterlegers gegen den Verwahrer. An der Gutgläubigkeit des Hinterlegers bestehen keine Bedenken. Die Bösgläubigkeit des Verwahrers steht der *actio furti* des Hinterlegers – auch nach Ulp. D. 47,2,12,1 – nicht entgegen.

Auch nach dem Blick in die Literatur erscheint ULPIANS Entscheidung in D. 16,3,1,25 weiterhin rätselhaft.

¹¹⁰ Siehe 3. Teil, 1. Kap., § 1, S. 27 ff.

¹¹¹ METRO, *L'obbligazione*, 140 ; PARENTI, TSDP 7 (2014), 8; DE ROBERTIS *Responsabilità contrattuale*, Bd. II, 397 und WINDSCHEID/[KIPP], *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. II, 9. Aufl. (1906), § 378, Fn. 8a u. § 375, Fn. 10a (Ausführlich zur Lehre WINDSCHEIDS 3. Teil, 5. Kap., § 1, I., S. 152 ff.).

¹¹² Ulp. D. 13,6,5,7 (lib. 28 ed.).

¹¹³ Inst. 4,1,6. Ausführlich zur Haftung des Entleihers aufgrund eines *furtum usus* 3. Teil, 1. Kap., § 1, I., S. 34 ff.

¹¹⁴ PARENTI, TSDP 7 (2014), 8 f.

Für die Frage, ob das Fragment Ausdruck des Rechtsgedankens einer Haftung für *versari in re illicita* ist, deren Beantwortung Ziel dieser Arbeit ist, ist entscheidend, dass die durch den Verkauf der hinterlegten Sache begründete Arglist nicht kausal für den späteren Untergang geworden ist. Die in der Quelle beschriebene Haftung des Verwahrers stellt eine Einstandspflicht für jegliche Erfolge unabhängig von einer Kausalbeziehung dar.¹¹⁵ Eine solche Haftung überschreitet den Gedanken einer Haftung für *versari in re illicita*, denn nach diesem Prinzip wird nach heutigem Verständnis nur für äquivalent kausal verursachte Erfolge gehaftet. Die Quelle enthält demnach keinen Beleg für die Anwendung des Rechtsgedankens.

Eine mögliche Erklärung für die Entscheidung Ulpianus könnte aus der systematischen Stellung des Textes folgen. Ulp. D. 16,3,1,25 steht im Zusammenhang mit den Paragraphen 20, 21 und 22 des Fragments¹¹⁶, die die Frage behandeln, wann eine arglistige Nichtherausgabe durch den Verwahrer vorliegt und welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Arglist maßgeblich ist.¹¹⁷ Allgemein haftet der Verwahrer für die dolose Nichtherausgabe der hinterlegten Sache (*rem dolo malo redditam non esse*).¹¹⁸ In diesem Sinne ist auch Paragraph 25 zu verstehen. ULPIANUS bejaht die Frage, dass die durch den Verkauf begründete Arglist den Tatbestand des *rem dolo malo redditam non esse* erfüllt und der Verwahrer deswegen haftet. Der einmal begründete Arglistvorwurf kann durch den späteren Rückkauf nicht wieder beseitigt werden. Ein möglicher Erklärungsansatz für diesen Umstand kann in der Parallele zum Fall des Abhandenkommens gefunden werden: Ist einem anderen Besitzer als dem Eigentümer die Sache abhanden gekommen, endet das Abhandenkommen erst, wenn der ehemalige Besitzer die Sache vom Dieb wiedererlangt und der Eigentümer davon Kenntnis hat. Grund dafür ist, dass der Eigentümer erst ab dem Zeitpunkt, in dem er von der Wiedererlangung der Sache Kenntnis hat, auf diese zugreifen kann. Andernfalls befindet er sich in der Annahme, die Sache sei noch beim Dieb. In Ulp. D. 16,3,1,25 hat der Verwahrer durch den Rückkauf der Sache zwar den rechtswidrigen Zustand dahingehend beseitigt, dass die hinterlegte

¹¹⁵ In diesem Sinne versteht auch WINDSCHEID/[KIPP], Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 9. Aufl. (1906), § 378, Fn. 8a und § 375, Fn. 10 u. 10a, die Unterschlagung durch den Verkauf als Auslöser für eine unbedingte Zufallshaftung.

¹¹⁶ Siehe LENEL, Paling. II, 614.

¹¹⁷ In Paragraph 20 bringt Ulpianus zum Ausdruck, dass bei der Frage, ob der Verwahrer die Sache arglistig nicht herausgegeben hat, nicht bloß die vorherige (vor Prozessbeginn erfolgte) Arglist zu berücksichtigen ist, sondern auch die künftige, also die nach Prozessbeginn verübte (*sed etiam futurus, id est post litem contestatam*).

¹¹⁸ Ulp. D. 13,6,5,2 (lib. 28 ed.); Paul. D. 50,17,10 (lib. 3 Sab.).

Sache wieder in seinen Besitz gelangt ist; jedoch denkt der Hinterleger unter Umständen weiterhin, die Sache sei beim Käufer und macht deswegen nicht von seinem Recht Gebrauch, die Sache vom Hinterleger zurückzufordern. Bis zum Zeitpunkt der Kenntnis haftet der Verwahrer daher aufgrund der durch den Verkauf begründeten Arglist auch für den zufälligen Untergang der Sache.

2. Haftung aus der *actio furti*

Durch den Gebrauch der hinterlegten Sache begeht der Verwahrer ein *furtum usus* und haftet wie der Entleiher bei Überschreitung des Gebrauchsrechts aus der *actio furti* und der *condictio ex causa furtiva* (Gai. 3,196; Inst. 4,1,6). Auch hier findet sich der Gedanke einer Haftung für *versari in re illicita* nicht.¹¹⁹

III. Überschreitung des Gebrauchsrechts bei Miete und Pacht

Auch der Haftung des Mieters und Pächters für vertragswidrigen Gebrauch wird der Gedanke einer Haftung für *versari in re illicita* zugeschrieben. Das Ergebnis lässt sich vorwegnehmen: Wiederum sind die Quellen kein Beleg für die Anwendung des Rechtsgedankens; vielmehr deuten sie auf eine engere Haftung für Gefahrerhöhung hin.

Die Haftung des Mieters für vertragswidrigen Gebrauch findet sich bei Ulp. D. 19,2,11,1:

D. 19,2,11,1 Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum

Si hoc in locatione convenit 'ignem ne 'habeto' et habuit, tenebitur etiam si fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere. aliud est enim ignem innocentem habere: permittit enim habere, sed innoxium, ignem.

Ein Mieter hat entgegen der vertraglichen Vereinbarung ein Feuer unterhalten. Nach ULPIAN haftet er, auch wenn ein *casus fortuitus* zu einem Brand geführt hat. Anders liegt der Fall, wenn es dem Mieter erlaubt war, ein ungefährliches Feuer zu unterhalten. Im Ausgangsfall liegt durch die Unterhaltung eines Feuers ein vertragswidriger Gebrauch vor. Der Mieter haftet auch für den zufällig aus dem Feuer entstandenen Brand. Die Haftung des Mieters umfasst dabei sowohl die Zinsgefahr (der Mieter muss also den Mietzins entrichten, obwohl er das Haus

¹¹⁹ Zum Inhalt der Haftung und dem Zusammenhang zum Rechtsgedanken des *versari in re illicita* siehe 3. Teil, 1. Kap., § 1, S. 35 ff.

nicht bewohnen kann) als auch den Ersatz des durch den Brand verursachten Schadens. An dieser Stelle findet sich wieder der Gedanke einer Haftung für Gefahrerhöhung, denn jedes Feuer erhöht die Gefahr eines Brandes.¹²⁰ Ist dem Mieter hingegen die Unterhaltung eines gefahrlosen Feuers gestattet, handelt er nicht vertragswidrig, sofern er nur ein solches entfacht. Er muss demnach nicht für den zufällig entstandenen Brand einstehen. Unter einem „gefahrlosen Feuer“ könnte sich der Jurist beispielsweise ein in einem Herd entfachtetes Feuer vorgestellt haben. Die Entscheidung ULPIANS weist Parallelen auf zu der Entscheidung in dem Fall, in dem der als Maler geliehene Sklave vom Gerüst fällt.¹²¹ In beiden Fällen bestimmt sich die Gefahrtragung nach der Parteivereinbarung, präziser – so die Formulierung WACKES – nach „der Einwilligung des Verleihers in die Gefährlichkeit der Benutzung“¹²². So trägt in der Abwandlung von Ulp. D. 19,2,11,1, in der der Mieter nur ein ungefährliches Feuer unterhalten hat und dies auch durfte, der Vermieter das Brandrisiko. Überschreitet der Mieter durch die Unterhaltung eines (gefährlichen) Feuers hingegen die Grenzen des ihm vertraglich gestatteten Gebrauchs, haftet er für den durch die Gefahrerhöhung entstandenen Brandschaden. Im Ergebnis findet sich auch in dieser Quelle kein Beleg für den Gedanken einer Haftung für *versari in re illicita*.

Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht Ulp. D. 19,2,9,3 entnehmen.

D. 19,2,9,3 Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum

Si colonis praediorum lege locationis, ut innocentem ignem habeant, denuntiatum sit, si quidem fortuitus casus incendii causam intulerit, non praestabit periculum locator: si vero culpa locatoris, quam praestare necesse est, damnum fecerit, tenetur.

ULPIANS Aussage ist im Vergleich zum vorherigen Fragment allgemeiner formuliert: Gibt es eine Bestimmung im Pachtvertrag, nach der die Pächter nur ein gefahrloses Feuer unterhalten dürfen, trägt der Verpächter nicht die Gefahr eines zufällig verursachten Brandes. Wenn der Schaden jedoch durch Verschulden des Verpächters verursacht worden ist, muss dieser für den Schaden einstehen. Auf den ersten Blick sieht es so aus, als wisse ULPIAN in dieser Quelle – anders als

¹²⁰ In diesem Sinne auch MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 195: „Die Haftung nach Vertragsverletzung ist vis maior erfassende culpa-Haftung.“

¹²¹ Ulp. D. 13,6,5,7 (lib. 28 ed.); dazu 3. Teil, 1. Kap., § 1, I., S. 32 ff.

¹²² WACKE, *Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden*, 692.

in Ulp. D. 19,2,11,1 – dem Pächter die Brandgefahr in jedem Fall zu, also sowohl in dem Fall, in dem der Pächter entgegen der Vereinbarung ein gefährliches Feuer unterhalten hat, als auch in dem Fall, in dem er nur ein gefahrloses Feuer entfacht und damit seiner vertraglichen Pflicht entsprochen hat. Nach der Aussage ULPIANS in D. 19,2,11,1 trägt die Gefahr im letzten Fall jedoch gerade nicht der Pächter, sondern der Verpächter, da der Pächter insoweit keine Vertragsverletzung begangen hat. Zu diesem Ergebnis setzt sich *non praestabit periculum locator* in Widerspruch.

Die Stelle wird daher für interpoliert gehalten.¹²³ THOMAS wendet sich gegen diese Interpolationskritik.¹²⁴ Nach THOMAS besteht ein Zusammenhang zwischen dem Text und den Paragraphen 2 und 4 des Fragments, sofern man diese aus der Sicht des Pächters liest. Alle drei Paragraphen enthalten Gefahrtragungsregelungen und sagen dem Pächter nach der Ansicht THOMAS' Folgendes: Paragraph 2: „Wenn du vertraglich die Haftung für Zufall übernimmst, musst du bei Eintritt eines solchen Ereignisses zahlen.“, Paragraph 3: „Wenn du eine andere, außergewöhnliche Haftung akzeptierst, die jedoch keinen Zufall erfasst¹²⁵, heißt es nicht, dass der Verpächter für jeden Zufall haftet.“ Paragraph 4: „Aber der Verpächter muss dir in darüber hinausgehenden Fällen die Zahlungspflicht erlassen.“ Diese Auslegung des Paragraph 3 ergebe sich – so THOMAS – daraus, dass eine Vertragsklausel restriktiv zulasten der begünstigten Partei ausgelegt werden müsse, sofern es um die Haftung der anderen Partei gehe, denn darüber treffe die Klausel keine Aussage. Nach THOMAS' Ansicht will ULPIAN demnach in Paragraph 3 nicht mehr sagen, als dass aus einer Bestimmung, die dem Pächter die Unterhaltung eines ungefährlichen Feuers erlaubt, nicht der Umkehrschluss gezogen werden kann, dass der Verpächter immer die Brandgefahr trägt. Mit dieser Interpretation der Stelle hat THOMAS einen Weg gefunden, den auf den ersten Blick bestehenden Widerspruch zwischen den Aussagen ULPIANS in D. 19,2,11,1 und in D. 19,2,9,3 nachvollziehbar aufzulösen.

¹²³ HAYMANN, SZ 40 (1919), 167, 238, Fn. 3, der *locatori* anstatt *locator* vorschlägt, sowie MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, 195 f., der eine Verwechslung von *conductor* und *locator* durch den nachklassischen Bearbeiter annimmt.

¹²⁴ THOMAS, SZ 79 (1962), 334 - 339.

¹²⁵ THOMAS, SZ 79 (1962), 334 - 339, versteht den Fall einer Haftung für Gefahrerhöhung nicht als Zufallshaftung, sondern als Haftung für *culpa*. Die Übernahme der Brandgefahr ist demnach für ihn eine Haftung für ein außergewöhnliches Ereignis, das jedoch keinen Zufall darstellt.

§ 2. Rechtswidrige Fremdgeschäftsführung

Auch in den Fällen der rechtswidrigen Fremdgeschäftsführung wird der Gedanke einer Haftung für *versari in re illicita* gesehen.¹²⁶ Während der Geschäftsführer in der Regel für *dolus* und *culpa*¹²⁷ einstehen muss, von einer Haftung für höhere Gewalt jedoch befreit ist¹²⁸, finden sich Quellen, die die Haftung des Geschäftsführers möglicherweise auf alle aus der Geschäftsführung entstandenen Schäden erweitern.

Als Beleg einer solchen Haftung wird Pomp D. 3,5,10 herangezogen.

D. 3,5,10 Pomponius libro vicensimo primo ad Quintum Mucium

Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet.

Zu Beginn des Fragments legt POMPONIUS die allgemeine Einstandspflicht des Geschäftsführers für *culpa* und *dolus* dar und gibt anschließend die Meinung des Proculus wieder, nach der der Geschäftsführer in bestimmten Fällen auch für *casus* haften soll, etwa wenn er ein neues Geschäft vornimmt, dass der Geschäftsherr nicht zu tätigen pflegte. Als Beispiele solcher Geschäfte führt POMPONIUS den Ankauf junger Sklaven zum Weiterverkauf oder den Beginn eines neuen Vermögensgeschäftes¹²⁹ an. Der Jurist benutzt an dieser Stelle die Formulierung: *casum praestare debere*. Man könnte *casum praestare debere* als

¹²⁶ KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 44 II, Rn. 18; ALTMEPPEN, *versari in re illicita*, in: FS Knütel, 13, 29.

¹²⁷ Die Annahme ist nicht unumstritten. Eine Übersicht über den Meinungsstand findet sich bei SEILER, *Zur Haftung des auftraglosen Geschäftsführers im römischen Recht*, in: FS Kaser, 195 ff.

¹²⁸ Gai. D. 3,5,21 (lib. 3 ed. prov.); Diocl.-Max. C. 2,18,22.

¹²⁹ Damit könnte z.B. die Eröffnung eines Handelsunternehmens gemeint sein; SEILER, *Zur Haftung des auftraglosen Geschäftsführers im römischen Recht*, in: FS Kaser, 195, 202.

eine Haftungserweiterung auf alle Schäden, mithin als Einstandspflicht für jeglichen Zufall, verstehen.¹³⁰ Vielfach wird aus dieser Annahme die Schlussfolgerung gezogen, das Fragment sei Grundlage des § 678 BGB.¹³¹

Möglich sind jedoch zwei Bedeutungen des *casum praestare debere*: Erstens kann eine Einstandspflicht des Geschäftsführers die Frage betreffen, ob dieser vom Geschäftsherrn trotz zufällig eingetretener Verluste Aufwendungsersatz verlangen kann. Wird ihm diese Möglichkeit verwehrt, trägt der Geschäftsführer die Verlustgefahr. Zweitens kann sich die Einstandspflicht des Geschäftsführers darüber hinaus auch auf den Ersatz entstandener Schäden gegenüber dem Geschäftsherrn beziehen. Nur die zweite Alternative ist Ausdruck des Gedankens einer Haftung für *versari in re illicita*. Sofern dem Geschäftsführer lediglich der Aufwendungsersatz verwehrt wird, muss dieser nicht für einen über seine unerlaubte Handlung hinausgehenden Schaden eintreten. Er trägt vielmehr die unmittelbare Konsequenz daraus, dass er ein ungewöhnliches Geschäft besorgt hat.

Die Verwendung des Wortes *casus* allein ist nicht eindeutig. Der Begriff kann zum einen als Zufall im Sinne jedes Ereignisses, das außerhalb des Haftungsrahmens liegt, verstanden werden. Dann wäre dem Geschäftsführer hier eine Haftung für jeglichen äquivalent kausal verursachten Schaden, unabhängig von seinem Verschulden, auferlegt worden.¹³² Zum anderen kann *casus* in einer untechnischen Verwendung des Begriffs die Gewinn-Verlust-Rechnung meinen und

¹³⁰ So ARNDTS, Lehrbuch der Pandekten, § 297, 564; WINDSCHEID/[KIPP], Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. (1906), § 430, Fn. 7; ARANGIO-RUIZ, Responsabilità contrattuale in diritto romano, 225; RABEL, Grundzüge des Römischen Privatrechts, 138; wohl auch BIONDI, APal. 12, 431 f.; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 44 II, Rn. 18, die deswegen das Fragment ausdrücklich als einen Anwendungsfall des *versari in re illicita* bezeichnen; in diesem Sinne auch ALTMEPPEN, *versari in re illicita*, in: FS Knütel, 13, 29. MAYER-MALY, Probleme der negotiorum gestio, SZ 86 (1969), 416 ff., spricht in diesem Zusammenhang von einer Haftung für *casus mixtus* (niederer Zufall). Anders SEILER, Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht, 57; DERS., Zur Haftung des auftraglosen Geschäftsführers im römischen Recht, in: Studien im römischen Recht, 195, 202 f., nach dessen Ansicht der Geschäftsführer nur für die aus der Geschäftsführung resultierenden Nachteile eintreten muss. Dies ist wohl im Sinne einer Haftung für alle im Zusammenhang mit der Geschäftsführung stehenden und nicht für jegliche Folgen zu verstehen.

¹³¹ ALTMEPPEN, *versari in re illicita*, in: FS Knütel, 13, 29.; ZIMMERMANN, The Law of Obligations, 446 f.; OERTMANN, BGB, Bd. II, 5. Aufl. 1929, § 678 Anm. 2, nach dessen Ansicht der Geschäftsführer nach § 678 BGB jedoch nur für den „objektiven Ausgang der Geschäftsführung“ haftet und gerade nicht für solche Schäden eintreten muss, „wozu er nur eine mehr oder minder entfernte Bedingung gesetzt hat“.

¹³² Folge einer solchen Interpretation der Quelle wäre, dass ein Geschäftsführer, der ohne Auftrag das Haus des Geschäftsherrn anstreicht, obwohl der Geschäftsherr dies nicht zu tun pflegt, nicht nur bloß keinen Aufwendungsersatz für die Farbe bekommen würde,

somit die Frage des Aufwendungsersatzes betreffen. Bei näherem Hinsehen liegt die zweite Interpretation nahe: PROCULUS führt als Beispiele für die Fälle der Haftung des Geschäftsführers den Ankauf junger, unerfahrener Sklaven oder den Beginn eines anderen (Vermögens-) Geschäfts an und stellt die Frage, wer das Verlustrisiko aus diesen Geschäften zu tragen hat. Nach der Entscheidung des Juristen trifft ein Verlust den Geschäftsführer, der Gewinn gebührt hingegen dem Geschäftsherrn. Die Entscheidung lässt sich darauf zurückführen, dass die Herausgabepflicht für Gewinne Ausdruck des Prinzips ist, dass die Vorteile der Geschäftsführung dem Geschäftsherrn zustehen.¹³³ Entstehen sowohl Gewinne als auch Verluste, so sind diese zu verrechnen. Besteht nach der Verrechnung ein Überschuss, hat der Geschäftsherr eine Klage auf Herausgabe. Sofern kein Überschuss besteht, wird keine Klage gewährt. Die Entscheidung des Juristen ist konsequent, denn in keinem Fall wird das Vermögen des Geschäftsherrn geschmälert. Das Verlustrisiko trägt somit immer der Geschäftsführer. Grund dafür ist, dass der Geschäftsführer ein ungewöhnliches Geschäft geführt hat und sich so seinem Geschäftsherrn gegenüber treuwidrig verhalten hat. Da der Geschäftsherr gerade keine jungen Sklaven zum Weiterverkauf ankauft, kann ihm das Risiko eines Wertverlusts der Sklaven oder einer schlechten Verhandlungsführung des Geschäftsführers nicht zugerechnet werden. Die Führung des ungewöhnlichen Geschäfts durch den Geschäftsführer hat zur Folge, dass dieser alle Risiken, die sich aus dieser Geschäftsführung ergeben, tragen muss und somit auch die Gefahr trägt, dass er keinen Aufwendungsersatz bekommt.¹³⁴ Die Entscheidung rührt aus der Natur der Geschäftsführungsklage her. Eine mögliche Wertminderung des Geschäftsführungsgegenstandes ist ein typisches Risiko der Geschäftsführung. So wäre auch der Tod eines zum Weiterverkauf angekauften Sklaven, der normalerweise als höhere Gewalt den Schuldner von der Haftung befreit,¹³⁵ Teil des Verlustrisikos, das der Geschäftsführer zu tragen hat. Der Tod eines

sondern auch dem Geschäftsherrn ersatzpflichtig wäre, wenn ein sorgfältig angebrachtes Gerüst von einer starken Windböe erfasst wird und die Fassade des Hauses zerstört.

¹³³ So muss der Geschäftsführer alles aus der Geschäftsführung herausgeben *quidquid ex his negotiis retinet*, Gai. D. 3,5,2 (lib. 3 ed. prov.).

¹³⁴ SEILER, Der Tatbestand der *Negotiorum gestio* im Römischen Recht, 57 und SACHERS, Die Haftung des auftraglosen Geschäftsführers, SDHI 4 (1938), 309, 346, der von „anderen unvorhergesehenen Umständen, welche mit der Geschäftstätigkeit zusammenhängen“ spricht.

¹³⁵ Der Sklaventod wird von den römischen Juristen als Schulbeispiel für ein zufälliges Ereignis benutzt, das den Schuldner von der Haftung befreit; Pomp. D. 45,1,23 (lib. 9 Sab.); Paul. eod. 24 (lib. 9 Sab.), Afr. D. 30,108,11 (lib. 5 quaest.); vgl. dazu LOHSSE, *Aequitas Martiniana*, S. 207 f. m.w.N.

Skaven ist nämlich gerade ein Risiko des Skavenankaufs und somit ein Risiko der Geschäftsführung. Es ist unerheblich, ob ein vom Geschäftsführer beim Weiterverkauf erzielter Verlust auf seiner schlechten Verhandlungsführung oder auf einem Wertverlust am Skavenmarkt beruht oder eben aufgrund des Untergangs des Verkaufsobjektes eingetreten ist. In allen Fällen besteht ein Sachzusammenhang zwischen der Geschäftsführung und den durch den Verkauf erlittenen Verlusten. Nach dem Gesamtzusammenhang der Ausführungen liegt näher, dass Pomp. D. 3,5,10 nur die Frage betrifft, ob der Geschäftsführer Aufwendersatz erhält. Die Quelle ist demnach kein Beleg einer Haftung des Geschäftsführers für jeden äquivalent kausal verursachten Schaden und lässt sich nicht als Beleg einer Haftung für *versari in re illicita* heranziehen. Die in Pomp. D. 3,5,10 beschriebene Einstandspflicht des Geschäftsherrn deckt sich damit auch nicht mit dem Gedanken des § 678 BGB, der einen Schadensersatzanspruch des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer unabhängig von einem Ausführungsver schulden enthält.

Die Frage, ob der Geschäftsführer Ersatz seiner Aufwendungen bekommt, sofern das Objekt der Geschäftsführung zufällig untergeht, wird zudem in Gai. D. 3,5,21 erörtert.

D. 3,5,21 Gaius libro tertio ad edictum provinciale

Sive hereditaria negotia sive ea, quae alicuius essent, gerens aliquis necessario rem emerit, licet ea interierit, poterit quod impenderit iudicio negotiorum gestorum consequi: veluti si frumentum aut vinum familiae paraverit idque casu quodam interierit, forte incendio ruina. sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sive vitio eius acciderit: nam cum propter ipsam ruinam aut incendium damnandus sit, absurdum est eum istarum rerum nomine, quae ita consumptae sunt, quicquam consequi.

Der Geschäftsführer hat eine Sache erworben, deren Kauf im Rahmen seiner Geschäftsführung erforderlich war, wie zum Beispiel Getreide oder Wein für die Skaven des Hauses. Die Lebensmittel gehen durch einen Brand oder durch einen Einsturz des Hauses unter. Der Geschäftsführer haftet nicht für den Zufall, sondern bekommt Ersatz seiner Aufwendungen, sofern sich der zufällige Untergang ohne sein Fehlverhalten ereignet hat. Im Unterschied zu Pomp. D. 3,5,10,1, in

dem der Geschäftsführer ein unübliches Geschäft vornimmt, ist die Geschäftsführung hier erforderlich. Der Kauf der Sachen erfolgt mit Berechtigung. Daher bekommt der Geschäftsführer seine Aufwendungen auch dann ersetzt, wenn die gekauften Sachen durch Zufall untergegangen sind. Ist der Geschäftsführer jedoch zur Haftung wegen des Brandes oder Hauseinsturzes zu verurteilen (*cum propter ipsam ruinam aut incendium damnandus sit*), so kann er seine Aufwendungen nicht im Rahmen der Geschäftsführungsklage geltend machen. Der zufällige Untergang entlastet den Geschäftsführer also nicht, wenn er für diesen verantwortlich ist. Daraus folgt nicht, dass der Geschäftsführer für den Untergang der Sache aufgrund anderer zufälliger Ereignisse (z.B. durch einen feindlichen Angriff von Räubern) haftet. Er ist vielmehr nach wie vor von dieser Haftung befreit. Auch hier betrifft die Haftung des Geschäftsführers wiederum die Frage des Aufwendersatzes und nicht die der Einstandspflicht für weitere Schäden.

Ein Text, der hingegen eine Haftung des Geschäftsführers für einen zufällig entstandenen Schaden enthält, ist Paul. D. 3,5,12.

D. 3,5,12 Paulus libro nono ad edictum

Debitor meus, qui mihi quinquaginta debebat, decessit: huius hereditatis curacionem suscepi et impendi decem: deinde redacta ex venditione rei hereditariae centum in arca reposui: haec sine culpa mea perierunt. quaesitum est, an ab herede, qui quandoque extitisset, vel creditam pecuniam quinquaginta petere possim vel decem quae impendi. Iulianus scribit in eo verti quaestionem, ut animadvertamus, an iustam causam habuerim seponendorum centum: nam si debuerim et mihi et ceteris hereditariis creditoribus solvere, periculum non solum sexaginta, sed et reliquorum quadraginta me praestaturum, decem tamen quae impenderim retenturum, id est sola nonaginta restituenda. si vero iusta causa fuerit, propter quam integra centum custodirentur, veluti si periculum erat, ne praedia in publicum committerentur, ne poena traiectionis pecuniae auferretur aut ex compromisso committeretur: non solum decem, quae in hereditaria negotia impenderim, sed etiam quinquaginta quae mihi debita sunt ab herede me consequi posse.

In dem in der Quelle¹³⁶ geschilderten Fall hat jemand die Verwaltung des Nachlasses seines Schuldners übernommen, gegen den er eine Forderung in Höhe von

¹³⁶ Allgemein zu der Stelle BISCOTTI, Custodia, amministrazione, liquidazione di beni ereditari, in: Studi per Giovanni Nicosia, Bd. II, 15 ff.; KNÜTEL, Stipulatio poenae, 230 ff.;

50 besaß. Den Erlös aus dem Verkauf eines Erbschaftsgegenstandes in Höhe von 100 hat der Nachlassverwalter in einer Geldtruhe verwahrt, mit der das Geld ohne Verschulden des Nachlassverwalters verloren ging. Gefragt ist danach, ob der Nachlassverwalter von dem Erben, der später aufgetreten ist, zum einen 50 zur Begleichung seiner Forderung als auch 10 für seine getätigten Aufwendungen verlangen kann. PAULUS zitiert Julian, der danach differenziert, ob es eine *iusta causa* für die Verwahrung der 100 gab. War das der Fall (beispielsweise da eine konkrete Gefahr bestand, dass sich Strafzinsen für ein Seedarlehen erhöhten oder eine Vertragsstrafe verfiel), besteht bezüglich beider Forderungen (50 und 10) jeweils eine Klage gegen den Erben. Der Nachlassverwalter kann also 60 verlangen und der Erbe trägt das Verlustrisiko. Lag jedoch keine *iusta causa* zur Verwahrung der 100 vor, war der Nachlassverwalter verpflichtet, direkt an sich selbst und die übrigen Gläubiger zu zahlen. In diesem Fall trägt er die Gefahr für die 100. Allerdings kann er seine Aufwendungen in Höhe von 10 abziehen, sodass er nur für den Verlust der restlichen 90 einstehen muss. Von den 90 muss er 40 an die restlichen Gläubiger leisten. Zudem fällt seine Forderung gegen den Erben in Höhe von 50 aus. Diese Einstandspflicht geht über den bloßen Wegfall der Klage auf Aufwendungsersatz hinaus und beinhaltet den Ersatz eines Schadens. Der unabhängig von einem Verschulden des Nachlassverwalters eingetretene Verlust der 100 in der Geldtruhe stellt ein Risiko der Verwaltungsgeschäftsführung dar. Es gehört zur Kerntätigkeit eines Nachlassverwalters, mit dem Erlös aus dem Verkauf von Erbschaftsgegenständen sorgfältig umzugehen und diesen direkt an die Erbschaftsgläubiger auszuzahlen, sofern kein zwingender Grund für eine Verwahrung vorliegt.¹³⁷ Durch die Verschleppung der Auszahlung hat der Nachlassverwalter die Gefahr des Untergangs erhöht. Bei der Einstandspflicht des Nachlassverwalters handelt es sich somit um eine Haftung für Gefahrerhöhung. Daher enthält auch diese Quelle keinen Beleg für die Anwendung des Gedankens einer Haftung für *versari in re illicita*, die nach dem heutigen Verständnis über die Haftung für eine Gefahrerhöhung hinaus eine Einstandspflicht für jeden äquivalent kausal verursachten Schaden darstellt.

SACHERS, SDHI 4 (1938), 309, 332 ff.; SEILER, Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht, 56 f.

¹³⁷ So auch SACHERS, SDHI 4 (1938), 309, 336, der darauf hinweist, dass es offenbar der *fides* widerspricht, die man von einem Geschäftsführer verlangt, der mit der Verwaltung des Nachlasses im Hinblick auf die Gläubigerbefriedigung beauftragt ist, wenn dieser Maßnahmen trifft, die diesem Geschäftsführungszweck nicht gerecht werden.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass auch in den Stellen zur rechtswidrigen Fremdgeschäftsführung kein zwingender Beleg für den Gedanken einer Haftung für *versari in re illicita* gefunden werden kann.

§ 3. Vertragswidrige Substitution im Rahmen des Auftrags

Teilweise wird zudem darauf hingewiesen, dass die Quellen über die Haftung des Beauftragten eine Haftung für *versari in re illicita* enthalten, sofern der Beauftragte den Auftrag vertragswidrig an einen Dritten überträgt.¹³⁸

Einen solchen Fall soll PAULUS in D. 11,6,2,1 wiedergeben.

D. 11,6,2,1 Paulus libro vicensimo quinto ad edictum

Sed si ego tibi, cum esses mentor, mandaverim, ut mensuram agri ageres et tu id Titio delegaveris et ille dolo malo quid in ea re fecerit, tu teneberis, quia dolo malo versatus es, qui tali homini credidisti.

In dem von PAULUS geschilderten Fall hatte jemand einem anderen den Auftrag erteilt, ein Grundstück zu vermessen, weil dieser Feldmesser ist. Der Beauftragte hatte den Auftrag jedoch entgegen der Vereinbarung an einen Dritten (Titius) übertragen, der dann arglistig in der Angelegenheit etwas getan hat. KNÜTEL versteht den Fall dahingehend, dass der Feldmesser das (unrichtige) Ergebnis der Messtätigkeit in der *renuntatio* selbst verlautbart, nachdem er die Messung zuvor dem Titius übertragen hatte.¹³⁹ Nach der Entscheidung des Juristen PAULUS haftet der Beauftragte für den entstandenen Schaden, weil es arglistig gewesen ist, dem Titius zu vertrauen. Auslöser der Haftung ist also ein Verschulden des Feldmessers. Die Haftung des Feldmessers wird überwiegend dem Gesichtspunkt einer *culpa in eligendo* zugeschrieben.¹⁴⁰ KNÜTEL bezweifelt zu Recht, dass diese Erklärung im Einklang mit der Begründung *quia dolo malo versatus es* steht.¹⁴¹ Andere sehen den Grund der Haftung des Feldmessers demgegenüber darin, dass diesem die Übertragung des Auftrags an einen Laien nicht gestattet war, und dass

¹³⁸ WINDSCHEID/[KIPP], Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. (1906), Bd. II, § 410, Fn. 5a; GOLDSCHMIDT, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen, ZHR 16 (1871), 278, 340, 343 und RABEL, Grundzüge des Römischen Privatrechts, 138.

¹³⁹ KNÜTEL, SZ 100 (1983), 340, 430.

¹⁴⁰ NÄF-HOFMANN, Zur objektiven Ausweitung der actio de dolo, 1962, 17, Fn. 16b; KASER, RP I, 513 m. Fn. 82; KRÜCKMANN Versicherungshaftung im römischen Recht, SZ 63 (1943), 21, 38; DE ROBERTIS, La responsabilità contrattuale, Bd. 1, 434.

¹⁴¹ KNÜTEL, SZ 100 (1983), 340, 430.

deshalb die durch die Übertragung begangene, bewusste Vertragsverletzung die strenge Einstandspflicht auslöst.¹⁴² Einer solchen Haftung kann der Rechtsgedanke einer Haftung für *versari in re illicita* zugeschrieben werden. Der Feldmesser begibt sich durch die vertragswidrige Übertragung des Auftrags auf „verbotenes Gebiet“ und haftet für die Folgen unabhängig von seinem Verschulden. Demgegenüber führt KNÜTEL aus, PAULUS werde die Arglist des Feldmessers darin gesehen haben, dass dieser die von Titius ermittelten Maße ohne weitere Prüfung übernommen hat.¹⁴³ Diese Ansicht steht mit dem von PAULUS am Ende der Stelle dargelegten Argument (*qui tali homini credidisti*) in Einklang.

Der Feldmesser haftet nach PAULUS also aufgrund seiner Arglist im Rahmen der *renuntatio*. Er haftet damit gerade nicht unabhängig von seinem Verschulden für Folgen, die außerhalb des Haftungsrahmens liegen. Inhalt einer Haftung für ein *versari in re illicita* ist nach der heute verbreiteten Lehre demgegenüber eine Haftung für alle äquivalent kausal verursachten Folgen eines unerlaubten Tuns. In der Quelle kann demnach kein zwingender Beleg für diesen Rechtsgedanken gesehen werden.

§ 4. Vertragswidrige Umladung

I. Lab. D. 14,2,10,1

Anhand von Lab. D. 14,2,10,1 sehen vor allem KASER/KNÜTEL/LOHSSE für das römische Recht den Gedanken einer Haftung für *versari in re illicita* belegt.¹⁴⁴

D. 14,2,10,1 Labeo libro primo pithanon a Paulo epitomarum

Si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla nauta necessitate coactus in navem deteriozem, cum id sciret te fieri nolle, transtulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. Paulus: immo contra, si modo ea navigatione utraque navis periit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset. Idem iuris erit, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus

¹⁴² So WINDSCHEID/[KIPP], Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. (1906), Bd. II, § 410, Fn. 5a; GOLDSCHMIDT, ZHR 16 (1871), 278, 340, 343 und RABEL, Grundzüge des Römischen Privatrechts, 138.

¹⁴³ KNÜTEL, SZ 100 (1983), 340, 431.

¹⁴⁴ KASER/KNÜTEL/LOHSSE, RP, § 36 Rn. 4, 208; so auch ALTMEPPEN, *versari in re illicita*, in: FS Knütel, 13 ff.; GEBAUER, Hypothetische Kausalität, 24.

prohibitus fuerit. Idem iuris erit, cum ea condicione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem devehendas eas merces locasset, nec per eum staret, quo minus remissa sibi ea poena spectaret. Idem iuris in eodem genere cogitationis observabimus, si probatum fuerit nautam morbo impeditum navigare non potuisse. Idem dicemus, si navis eius vitium fecerit sine dolo malo et culpa eius.

Jemand hat ein Schiff mit der Abrede gemietet, dass der Kapitän¹⁴⁵ die Waren des Mieters auf dem Schiff transportiert.¹⁴⁶ Vor der Abfahrt hat der Kapitän die Waren jedoch auf ein anderes, schlechteres Schiff umgeladen und ist mit diesem in See gestochen. Mit dem Schiff, auf dem die Waren schließlich befördert wurden, sind diese untergegangen. In dem Ausgangsfall gewährt LABEO dem Vertragspartner eine Klage gegen den Kapitän. PAULUS fügt eine Abwandlung hinzu (*immo contra*): der Kapitän hafte nicht, wenn beide Schiffe bei der Fahrt untergegangen wären. Zudem nennt er weitere Fälle, in denen der Kapitän nicht für den Untergang der Ware einstehen muss.

Nach KASER/KNÜTEL/LOHSSE löst die „schuldhafte Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht“ (die Umladung auf ein schlechteres Schiff) in dem von LABEO geschilderten Ausgangsfall eine Zufallshaftung aus. Der Kapitän begebe sich durch die Umladung auf „verbotenes Gebiet“ und ihm würden aus diesem Grund alle Folgen zugerechnet, die sich aus seiner Handlung ergeben – mögen diese auch durch Zufall eingetreten sein.¹⁴⁷ Diese Haftung ent spreche – so die Aussage von KASER/KNÜTEL/LOHSSE – dem Rechtsgedanken des *versari in re*

¹⁴⁵ Zum Begriff des *nauta* siehe RÖHLE, SDHI 31 (1965), 305, 310, Fn. 16.

¹⁴⁶ Zum Unterschied des Frachtvertrags als Schiffsmiete mit einer Transportabrede zur *locatio conductio* siehe MEYER-TERMEER, Die Haftung der Schiffer im Griechischen und Römischen Recht, 177, 179 Anm. 8

¹⁴⁷ KASER/KNÜTEL/LOHSSE, RP, § 36 Rn. 4; KNÜTEL, SZ 100 (1983), 340, 426 ff.; in diesem Sinne auch BESELER, SZ 47 (1927), 355, 365 (was im Fall des Verzugs gilt, müsse auch im Fall der positiven Vertragsverletzung gelten); RABEL, Grundzüge des Römischen Privatrechts, 138; RÖHLE, SDHI 31 (1965), 305, 310, nach dessen Ansicht LABEO „die Schlechterfüllung des Schiffers als haftungsbegründend“ angesehen hat und daher für ihn „der Untergang des Schiffes als zufälliges Ereignis“ unerheblich gewesen ist. So auch ALZON, Problèmes relatifs à la location des entrepôts en Droit romain, 71 Fn. 368; Bedenken äußert NIEDERMEYER, Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus, in: FS Schulz Bd. 1, 399, 450 ff., der in der Sache aber dennoch davon ausgeht, dass die Umladung im Ausgangsfall zu einer unbedingten Haftung führt; vgl. auch SARGENTI, Problemi della responsabilità contrattuale, SDHI 20 (1954), 127, 167.

illicita, der nach heutigem Verständnis eine Haftung für alle äquivalent kausal verursachten Erfolge beinhaltet.

Möglicherweise deutet die Aussage LABEOS jedoch nur auf eine Haftung für Gefahrerhöhung hin. Danach wäre die Haftung des Kapitäns enger ausgestellt und die Quelle würde keinen Beleg für eine Haftung für *versari in re illicita* darstellen.

Die Umladung auf ein schlechteres Schiff (*navis deterior*) stellt eine Pflichtverletzung seitens des Kapitäns dar und führt zu einer Haftungsverschärfung. Die Zufallshaftung folgt hier aus einer Verletzung der Pflichten aus dem Frachtvertrag und nicht etwas aus einem *receptum nautarum*, einem Versprechen des Schiffers, Waren oder Passagiere wohlbehalten abzuliefern¹⁴⁸, denn aus diesem folgt keine Haftung für höhere Gewalt.¹⁴⁹ Die Verwendung des Komparativs (*deteriorem*) impliziert, dass das Schiff, auf das die Ware umgeladen worden ist, dem vertraglich vereinbarten Standard nicht entspricht. Hier hatte der Absender ein konkretes Schiff gemietet und die Abrede hinzugefügt, dass seine Waren mit diesem Schiff transportiert werden (*Si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur*). Der Kapitän handelt durch die Umladung gegen diese vertragliche Vereinbarung. Allein aufgrund dieser Tatsache lässt sich eine Pflichtverletzung des Kapitäns begründen.

LABEO fügt dieser Pflichtverletzung noch zwei weitere Voraussetzungen hinzu: Die Umladung erfolgte *nulla nauta necessitate* und *cum id sciret te fieri nolle*. Diese beiden Varianten stellen jeweils einen möglichen Ausschluss der Pflichtverletzung dar. Erfolgte die Umladung *nauta necessitate*, war sie also aus seefahrerischen Erwägungen erforderlich, liegt keine Pflichtverletzung vor. Der Kapitän ist aus diesem Grund entschuldigt. In diesem Sinne ist auch eine Umladung

¹⁴⁸ Dazu MEYER-TERMEER, Die Haftung der Schiffer im Griechischen und Römischen Recht, 185 ff.

¹⁴⁹ Ulp. D. 4,9,3,1 (lib. 14 ed.); so auch KNÜTEL, SZ 100 (1983), 340, 416, der darauf hinweist, dass eine Haftung in dem Fall angenommen werden könne, in dem der Schiffer die Gefahr des Schiffbruchs fahrlässig herbeigeführt habe. PARIS, La responsabilité de la custodia en droit romain (1926), 89 f., versteht Lab. D. 14,2,10,1 als einen Fall, in dem der Schiffer die Gefahr des Schiffbruchs fahrlässig herbeigeführt hat. Gegen eine *receptum*-Haftung ferner WÜSTENDÖRFER, § 278 des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Lichte des Römischen Rechts, 44, ALZON, Problèmes relatifs à la location des entrepôts en Droit romain, 90 A. 443; VAN DEN BERGH, *custodiam praestare: custodia-liability or liability for failing custodia?* TR 43 (1975), 69; vgl. auch DE ROBERTIS, La responsabilità contrattuale, Bd. 1, 104.

in Unkenntnis eines entgegenstehenden Willens des Vertragspartners (und gerade nicht *cum id sciret te fieri nolle*) keine Pflichtverletzung. In dem von LABEO geschilderten Fall sind alle Voraussetzungen für eine Pflichtverletzung gegeben.

Unklar bleibt jedoch der Umfang der Haftung des Kapitäns. Die Waren sind auf dem Schiff, auf dem sie schließlich befördert wurden, untergegangen. Hätte der Kapitän die Ware nicht auf das zweite Schiff umgeladen und wäre er nicht mit diesem Schiff losgefahren, so wären die Waren nicht zu dem bestimmten Zeitpunkt auf dem konkreten Schiff untergegangen. Der Untergang ist demnach äquivalent kausal im Sinne der *condicio-sine-qua-non*-Formel¹⁵⁰ verursacht.¹⁵¹ Die Quelle legt nahe, dass die Haftung auf äquivalent kausal verursachte Erfolge begrenzt ist. Dies ergibt sich insbesondere auch aus der von PAULUS hinzugefügten Abwandlung, in der ein hypothetischer Kausalverlauf den Schiffer von seiner Haftung entlastet.¹⁵² Einen weiteren Hinweis auf den Haftungsmaßstab des Kapitäns liefert der Zusatz, dass der Kapitän die Ware auf ein *navis deterior* umgeladen hat. Aus welchen Gründen die Ware untergegangen ist, erwähnt LABEO nicht. Die Formulierung *cum ea nave perierunt* legt aber die Vermutung nahe, dass das Schiff Schiffbruch erlitten hat und die Waren mit ihm untergegangen sind. Des Weiteren ist nicht erkennbar, dass in dem Fall ein Verschulden des zweiten Schiffers vorliegt, so dass es LABEO auch nicht auf eine etwaige Einstandspflicht des Kapitäns für ein Verschulden Dritter ankommt.¹⁵³ Schiffbruch stellt für den Kapitän *vis maior* dar und entlastet ihn normalerweise von der Haftung.¹⁵⁴ Durch die Umladung auf ein schlechteres Schiff wurde jedoch die Gefahr des Untergangs, hier durch Schiffbruch, erhöht.¹⁵⁵ Das *navis deterior* war weniger see-

¹⁵⁰ Zur Frage der Anwendung der *condicio-sine-qua-non*-Formel im römischen Recht siehe: WILLVONSEDER, Die Verwendung der Denkfigur der „*condicio sine qua non*“ bei den römischen Juristen, Wien 1984.

¹⁵¹ So auch OERTMANN, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, 222, der die Vertragsverletzung als „mittelbare Ursache“ beschreibt.

¹⁵² Dazu sogleich (S. 38 f.). Für eine unbedingte Haftung hingegen wohl KNÜTEL, SZ 100 (1983), 340, 416 (Haftungserweiterung entsprechend dem Verzugsfall); NIEDERMEYER, Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus in: FS Schulz Bd. 1, 399, 450 ff. und BESELER, SZ 47 (1927), 355, 365 (was im Fall des Verzugs gilt, müsse auch im Fall der positiven Vertragsverletzung gelten).

¹⁵³ So auch KNÜTEL, SZ 100 (1983), 340, 416.

¹⁵⁴ MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 33; MEYER-TERMEER, Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht, 177, 179 Anm. 19; SCHULZ, GrünhZ. 38 (1911), 52.

¹⁵⁵ Dies deuten auch NIEDERMEYER, Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus in: FS Schulz Bd. 1, 399, 452 und WILLVONSEDER, Die Verwendung der Denkfigur der „*condicio sine qua non*“ bei den römischen Juristen, 56, an

tauglich als das vertraglich bestimmte Schiff und so schlechter gegen Schiffbruch geschützt. Somit liegt der auf den ersten Blick zufällige Untergang nicht mehr außerhalb jeglicher Lebenswahrscheinlichkeit. Es besteht vielmehr ein innerer Sachzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung durch die Umladung und dem Untergang auf hoher See. Der Kapitän haftet aber gerade nicht für jede äquivalent kausal verursachte Folge seines Handelns, sondern nur für die Schäden, deren Eintrittsgefahr durch sein pflichtwidriges Verhalten erhöht wurde. Für die Annahme einer Begrenzung der Haftung auf die Fälle der Gefahrerhöhung spricht zudem, dass LABEO hier nur eine Haftung für Schiffbruch und nicht etwa für andere Zufallsschäden wie den Tod eines Sklaven während der Überfahrt¹⁵⁶ erwähnt, deren Eintrittsgefahr durch die Umladung gerade nicht erhöht worden ist. Der von LABEO geschilderte Ausgangsfall ist demnach kein Beleg einer Haftung für *versari in re illicita*, die nach dem heutigen Verständnis über die Fälle der Gefahrerhöhung hinaus eine Einstandspflicht für jeden äquivalent kausal verursachten Erfolg darstellt.

Die von PAULUS rund 150 Jahre später hinzugefügte Abwandlung behandelt einen veränderten Sachverhalt, in dem beide Schiffe bei der Fahrt untergegangen sind.¹⁵⁷ Nach PAULUS ist der Kapitän in diesem Fall von der Haftung befreit, denn PAULUS gewährt dem Kapitän hier eine Entlastungsmöglichkeit durch die Berufung auf den hypothetischen Kausalverlauf¹⁵⁸ (Untergang der Ware bei

die beide jedoch nicht den Schluss einer Begrenzung der Haftung auf die Fälle der Gefahrerhöhung ziehen.

¹⁵⁶ Der Schiffer haftet hingegen für den Sklaventod, wenn der Sklave beim Schiffbruch umgekommen ist und sich so die Gefahr der Umladung auf ein schlechteres Schiff verwicklicht hat.

¹⁵⁷ Ob tatsächlich beide Schiffe gleichzeitig ausgelaufen sind (so RÖHLE, SDHI 31 (1965), 305, 310) oder ob nur das Schiff ausgelaufen ist, auf das die Waren sich befanden, und PAULUS von einem derart starken Sturm, in dem mit hoher Wahrscheinlichkeit beide Schiffe untergegangen wären, ausgegangen ist (so WILLVONSEDER, Die Verwendung der Denkfigur der „*condicio sine qua non*“ bei den römischen Juristen, 156 f.), kann dahingestellt bleiben. In beiden Fällen stellt sich die Frage der Entlastung aufgrund des hypothetischen Kausalverlaufs „Transport der Ware auf dem vertraglich bestimmten Schiff“.

¹⁵⁸ Zur Terminologie: In der Ausnahme behandelt PAULUS einen Fall hypothetischer Kausalität, nämlich die Frage, ob sich der Kapitän darauf berufen kann, dass der von ihm verursachte Schaden aufgrund eines anderen Ereignisses (hier der Transport der Ware auf dem vertraglichen bestimmten Schiff) ohnehin eingetreten wäre. Es liegt eine beachtliche Reserveursache vor. So auch GEBAUER, Hypothetische Kausalität, 24. Teilweise wird in diesem Zusammenhang von überholender Kausalität gesprochen. Diese schafft ein Entlastungsmoment für einen bereits in Gang gesetzten Kausalverlauf, für den bei normalem Lauf der Dinge gehaftet werden müsste. Überholend ist der durch Umladen auf das zweite Schiff in Gang gesetzte Kausalverlauf dahingehend, dass er die durch Beladung des vertraglich bestimmten Schiffes in Gang gesetzte Kausalkette abbricht. Der Kausalverlauf „Fahrt mit dem vertraglich bestimmten Schiff“ hätte jedoch keine Haftung begründet und

Transport auf dem vertraglich bestimmten Schiff). Aus diesem Zusatz lässt sich entnehmen, dass die Unfallhaftung des Kapitäns auf die Fälle äquivalenter Kausalität begrenzt ist. Da PAULUS den Kapitän von der Haftung befreit, wird freilich durch diesen Zusatz keine Haftung für *versari in re illicita* begründet.

II. Ulp. D. 19,2,13,1

Nach dem bisher Gesagten enthält auch der Fall der vertragswidrigen Umladung keinen Nachweis für eine Haftung für alle äquivalent kausal verursachten Folgen eines unerlaubten Tuns, mithin für *versari in re illicita*. Vielmehr legt Lab. D. 14,2,10,1, wie auch schon die vorherigen Beobachtungen zur Überschreitung vertraglich eingeräumter Gebrauchsrechte gezeigt haben, eine Unfallhaftung nahe, die auf die Fälle der Gefahrerhöhung begrenzt ist. Eine Haftung für *versari in re illicita* wird darüber hinaus allerdings noch Ulp. D. 19,2,13,1 zugeschrieben, der ein ähnlicher Sachverhalt zugrunde liegt.¹⁵⁹

D. 19,2,13,1 Ulpianus libro trigesimo ad edictum

Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in Ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum.¹⁶⁰

bedarf daher keines Entlastungsmoments. Darauf weisen auch KASER/KNÜTEL/LOHSSE, RP, § 36 Rn. 4 hin.

¹⁵⁹ WACKE, Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden, 669, 693, der das Fragment als Beispielfall für *versari in re illicita* aus dem Seetransport nennt; KNÜTEL, SZ 100 (1983), 340, 416 u. 440 Fn. 430; ihm folgend ALTMIPPEN, *versari in re illicita*, in: FS Knütel, 13, 31.

¹⁶⁰ KNÜTEL, SZ 100 (1983), 340, 415 Fn. 315, weist darauf hin, dass insbesondere der Teil *si culpa caret* und der *ceterum*-Satz Interpolationskritik erfahren. *Si culpa caret* halten für interpoliert BESELER, Beiträge 1, 50; 3, 13; LUZZATTO, Caso fortuito, 196 Fn. 1; MAYER-MALY, Locatio conductio, 33; SARGENTI, SDHI 20 (1954), 127, 149 Fn. 51; SCHULZ, GrünhZ. 38 (1911), 9, 51 f.; VAN OVEN, TR 24 (1956), 137, 145 f., (der allerdings den Inhalt des Textes als authentisch betrachtet); dagegen MACCORMACK, Custodia and Culpa, SZ 89 (1972), 201 Fn. 148; DERS., SDHI 38 (1972), 149 und KNÜTEL, aaO, 415 Fn. 315 u. 417 Fn. 324, der sich ausführlich mit den Argumenten für eine Interpolation (Banalität der Aussage, fehlende Kenntnis Labeos von einer allgemeinen Form der *culpa*) auseinandersetzt. Keine Beanstandung des Textes äußern BETTI, Istituzioni di diritto romano II/1 (1960), 249 Fn. 96; CANNATA, Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico, 316 Fn. 1; MEYER-TERMEER, Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht (1978), 182 Anm. 16; PARIS, La responsabilité de la custodia en droit romain (1926), 89 f. Der *ceterum*-Satz wird angegriffen von SCHULZ, aaO, 52; LONGO, osservazioni critiche sulla disciplina Giustiniana della *locatio-conductio*, in: St. Biondi 2

Ein Reeder hat versprochen, eine Fracht in den Hafen von Minturnae zu verschiffen. Da sein Schiff nicht in die Mündung des nach Minturnae führenden Flusses¹⁶¹ passt, lädt er die Waren auf ein Flussfahrzeug¹⁶² um. Dieses geht noch in der Flussmündung unter. ULPIAN gibt die Meinung LABEOS wieder, nach der der Reeder nicht haftet, sofern ihn kein Verschulden trifft.¹⁶³ Im Gegensatz zu Lab. D. 14,2,10,1 liegt in dem Ausgangsfall keine Pflichtverletzung des Reeders vor, da es einen berechtigten Grund zur Umladung gibt. Nach der Wiedergabe ULPIANs fügt LABEO im Weiteren drei Fallkonstellationen hinzu, in denen eine Klage aus dem Frachtvertrag gegeben ist: *invito domino fecit (1), quo non debuit tempore (2), si minus idoneae navi (3)*. In diesen Fällen liegt nach LABEO ein Verschulden des Reeders vor.

Einige Autoren sehen in Lab. D. 14,2,10,1 und Ulp. D. 19,2,13,1 ein „einheitliches Rechtsinstitut der Schifffahrtshaftung“ bei vertragswidriger Umladung begründet.¹⁶⁴ Dem ist im Grunde zuzustimmen. Auch in Ulp. D. 19,2,13,1 führt die Vertragsverletzung zu einer Zufallshaftung des Schiffers, die jedoch auf die Fälle

(1965), 301; GUARINO, ‘magister’ e ‘gubernator navis’, Labeo 11 (1965), 36, 40 Fn. 36; MAYER-MALY, aaO, 33. Nach KNÜTEL, aaO, 418 Fn. 332, ist Grund für die Störung des Texts mehr ein versehentlicher Ausfall des Verbs (*imposuit*) als an eine Interpolation. Zur Kritik des *aut si minus idoneae navi* siehe Fn. 163.

¹⁶¹ Minturnae war eine in der Nähe der Küste gelegene Stadt Latiums an der Grenze Kampaniens, die durch ihre Anbindung an die Via Appia und den Fluß Lyris eine günstige Verkehrslage besaß (PHILIPP, RE 15/2, 1935 f.). Zu Recht hat BESELER, Beiträge 2, 8, herausgestellt, dass allen Römern bekannt war, dass der *flumen Minturnense* Lyris heißt. Siehe auch MAYER-MALY, locatio conductio, 33, Fn. 33.

¹⁶² KNÜTEL, SZ 100 (1983), 340, 415, schlägt einen Leichter vor.

¹⁶³ KNÜTEL, SZ 100 (1983), 340, 417 Fn. 324, entgegnet der Kritik, die Aussage *si culpa caret* sei überflüssig und daher interpoliert, dass LABEO mit der Aussage auf die Beweisverteilung eingehe. So könne sich der Schiffer nur von einer Haftung entlasten, wenn er nachweise, dass ihn kein Verschulden treffe.

¹⁶⁴ KNÜTEL, SZ 100 (1983), 340, 416. Nach BRETONE, Geschichte des römischen Rechts, 202, wird die Entscheidung des Juristen von den Modalitäten der Fälle bestimmt. So fänden sich in Ulp. D. 19,2,13,1 Spuren des konkreten Vorgangs, der Anlass für das Responsum des Juristen war, wohingegen Lab. D. 14,2,10,1 einen höheren Abstraktionsgrad enthalte und LABEO einen mehr „regulativen“ Ton benutze. RÖHLE, SDHI 31 (1965), 305, 310, geht konkreter auf die Vergleichbarkeit der Texte ein: Laut ihm ist der Ausgangsfall in Ulp. D. 19,2,13,1 ein Anwendungsfall, in dem außerhalb liegende Umstände den Kapitän zur Umladung zwingen und er daher entschuldigt sei. Dies sei vergleichbar mit dem Ausschlussgrund der Pflichtverletzung *nulla nauta necessitate* in Lab. D. 14,2,10,1. Zudem sei ein weiterer haftungsbefreiender Umstand die ausdrückliche Einwilligung in die Umladung. Demnach entspreche *invito domino* (Ulp. D. 19,2,13,1) *cum id sciret te fieri nolle* (Lab. D. 14,2,10,1). Die Variante des *aut si minus idoneae navi* sei von einem nachklassischen Bearbeiter aus Lab. D. 14,2,10,1 übernommen und entspreche somit der Umladung auf ein *navis deterior*; dem zustimmend MAYER-MALY, Locatio conductio, 33, nach dessen Ansicht Leitgedanke der Textveränderung die Vorstellung einer speziellen *culpa in eligendo* gewesen sei (siehe zuvor Fn. 163).

der Gefahrerhöhung begrenzt ist. Die letzten beiden von LABEO hinzugefügten Fälle des Fragments Ulp. D. 19,2,13,1, in denen ein Verschulden des Reeders vorliegt, sind vergleichbar mit den Fällen der Pflichtverletzung, die auch in Lab. D. 14,2,10,1 zu einer Haftung für Gefahrerhöhung führen. In beiden Fällen ist die Umladung schuldhaft, weil durch sie die Gefahr des Untergangs erhöht wird. In Fall zwei (*quo non debuit tempore*) ist es schuldhaft, zu einer Zeit umzuladen, zu der man dies nach seefahrerischer Kenntnis (d.h. nach dem Kenntnisstand des Reeders) nicht hätte tun dürfen. Vorstellbar ist etwa ein gefährlicher Seegang oder ein aufziehender Sturm, die die Gefahr des Untergangs des Schiffes erhöhen. Dieser Fall enthält dieselben Erwägungen, die LABEO in D. 14,2,10,1 anstellt. Nach der Aussage LABEOS dort stellt eine Umladung, die *nulla nauta necessitate* erfolgt, eine Pflichtverletzung dar. Die Umladung zur Unzeit, wie sie Ulp. D. 19,2,13,1 im Blick hat, lässt sich als Anwendungsfall des von LABEO in D. 14,2,10,1 allgemeiner formulierten Kriteriums des *nulla nauta necessitate* begreifen. Auch die dritte Variante, in der nach Ulp. D. 19,2,13,1 ein Verschulden des Reeders gegeben ist (*si minus idoneae navi*), enthält einen Fall der Gefahrerhöhung. Die Umladung auf ein weniger taugliches Schiff birgt die erhöhte Gefahr eines Untergangs. Auch dieser Aspekt ist bereits aus Lab. D. 14,2,10,1 bekannt. Variante zwei und drei des Fragments Ulp. D. 19,2,13,1 beinhalten demnach parallel zu der Haftungsverschärfung in Lab. D. 14,2,10,1 eine Haftung für Gefahrerhöhung.

Unklarer ist, ob auch in der ersten Variante, in der nach der Aussage LABEOS ein Verschulden des Reeders vorliegt (*invito domino fecit*), die Haftung auf die Fälle der Gefahrerhöhung begrenzt ist. Den Reeder trifft nach LABEO ein Verschuldensvorwurf, wenn er entgegen dem Willen seines Vertragspartners umgeladen hat. Er haftet deswegen für den Untergang der Ware. Eine mögliche Antwort auf diese Frage lässt sich gewinnen, in dem man die vertragliche Abrede näher beleuchtet. Zur Bestimmung des Inhalts dieser Abrede ist die Ausgestaltung des Frachtvertrags im konkreten Fall heranzuziehen. Anders als in Lab. D. 14,2,10,1 liegt hier keine Schiffsmiete mit einer Transportabrede, sondern ein Frachtvertrag in Gestalt eines Werkvertrags vor. Deutlich wird dies anhand des Wortlauts: *Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit*. Auch die Stellung des Fragments im Titel der *locatio conductio* deutet darauf hin. Geschuldet ist demnach der Transport der Waren, jedoch nicht zwingend mit einem bestimmten Schiff. Der Reeder darf sich grundsätzlich aussuchen, auf welchem Schiff er die

Ware transportiert. Die Variante *invito domino fecit* geht andererseits davon aus, dass die Parteien im Frachtvertrag die Abrede getroffen haben, der Transport solle mit einem bestimmten Schiff erfolgen. Aus dieser Abrede ist der Wille des Geschäftsherrn erkennbar, dass seine Waren nur mit dem vertraglich bestimmten Schiff und keinem anderen transportiert werden sollen. Nur das in der Abrede bestimmte Schiff erachtet der Geschäftsherr als geeignet. Da aufgrund dieser Abrede alle anderen Schiffe als untauglich zu betrachten sind, ergibt sich aus der Vereinbarung eine subjektiv bestimmte Gefahrerhöhung. Der Transport mit einem anderen Schiff erfolgt gegen den ausdrücklich geäußerten Willen des Vertragspartners. Daher haftet der Reeder bei einem Untergang der Ware auf jedem anderen Schiff, unabhängig von der Frage, ob das andere Schiff weniger geeignet war, da sich die subjektiv bestimmte Gefahrerhöhung verwirklicht hat.¹⁶⁵ Auch diese Haftung lässt sich folglich als eine Haftung für (subjektive) Gefahrerhöhung begreifen und ist nicht dem Rechtsgedanken einer Haftung für *versari in re illicita* so wie sie heutzutage verstanden wird zuzuordnen. Denn nach dem heutigen Verständnis umfasst eine Haftung für *versari in re illicita* über die Gefahrerhöhung hinaus eine Haftung für alle äquivalent kausal verursachten Folgen.

§ 5. Schuldnerverzug und Diebstahl

Aus den bisherigen Ergebnissen lässt sich kein zwingender Beleg für die Anwendung des Rechtsgedankens des *versari in re illicita* durch die römischen Juristen entnehmen. Auch die Texte zur Verzugshaftung und zum Diebstahl bieten hierfür keine Grundlage. Vielmehr legen die Quellen eine unbedingte Haftung des Verzugsschuldners nahe, die über den Rechtsgedanken des *versari in re illicita* hinausgeht.

I. Schuldnerverzug

Da sich der Verzugsschuldner durch die verspätete Herausgabe auf „unerlaubtes Gebiet begibt“, kann der Verzug als ein *versari in re illicita* im Sinne des Prinzips verstanden werden. Ferner hat der Schuldner für einen Sachuntergang nach Eintritt des Verzugs unabhängig von seinem Verschulden einzustehen.¹⁶⁶ Der

¹⁶⁵ Das Argument seitens des Geschäftsherrn lässt sich so formulieren: „Ich habe es dir, Reeder, doch gesagt, dass alle anderen Schiffe außer diesem unsicher sind.“

¹⁶⁶ Vgl. u.a. Ulp. D. 6,1,15,3 (lib. 16 ed.); Paul. D. 24,3,25,2 (lib. 36 ed.); Pomp. D. 16,3,12,3 (lib. 22 Sab.); Afr. D. 30,108,11 (lib. 5 quaest.); KASER, RP I, 516 m.w.N.; GEBAUER,

Verzugsschuldner wird also nicht dadurch befreit, dass die Rückgabe des Leistungsgegenstands infolge eines zufälligen Ereignisses unmöglich wird. Eine Haftung für *versari in re illicita* erfordert darüber hinaus einen Kausalzusammenhang zwischen der unerlaubten Handlung und dem zufälligen Untergang.¹⁶⁷ Welche Reichweite der Zufallshaftung im Verzug sich aus den römischen Quellen ergibt, wird in der Literatur uneinheitlich beurteilt: Haftet der Schuldner bedingt, also nur für den durch den Verzug äquivalent kausal verursachten Schaden, oder muss er darüber hinaus sogar unbedingt für jegliche Folgen, unabhängig von einer Kausalbeziehung, eintreten?¹⁶⁸ Geht man von einer bedingten Haftung des Verzugsschuldners aus, ist diese Haftung Ausdruck des Gedankens einer Haftung für *versari in re illicita*¹⁶⁹, ansonsten geht sie sogar noch darüber hinaus.

Richtigerweise legen die römischen Quellen eine unbedingte Zufallshaftung des Verzugsschuldners nahe. Ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verzug und dem späteren Untergang ist daher gerade kein Erfordernis der Haftung. Diese Haftung geht über das Prinzip einer Haftung für *versari in re illicita* hinaus. Beleg dieser Annahme ist die Verwendung des Sklaventods als Schulbeispiel für die Zufallshaftung im Verzug.¹⁷⁰ Der Sklaventod, sofern er sich ohne Vorsatz und Fahrlässigkeit seines Besitzers ereignet hat, ist ein typischer Fall der *vis maior*. Der Verzug steht in keinerlei Zusammenhang mit dem Tod des Sklaven, denn der Sklave wäre zum selben Zeitpunkt auch beim Gläubiger gestorben, sofern der Schuldner ihn rechtzeitig geleistet hätte. Der Verzug ist mithin nicht kausal für den Tod gewesen. Dass die römischen Juristen gerade den Sklaventod als Musterbeispiel für die Haftung des Verzugsschuldners herangezogen haben,

Hypothetische Kausalität, 25; WACKE, Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden, in: FS Hübner; 669, 681 ff.

¹⁶⁷ Vgl. auch MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, 379.

¹⁶⁸ Siehe zum Streitstand LOHSSE, *Aequitas Martiniana*, 203 ff. mit Literaturnachweisen für beide Ansichten; DERS., *Sowieso-Untergang und hypothetischer Verkauf*, in: BUONGIORNO/LOHSSE (Hg.), *Fontes Iuris*, 161 ff. LOHSSE hebt hervor, die Grundlage der Kontroverse sei gewesen, dass man von einem Schulenstreit zwischen Prokulianern und Sabinianern ausgegangen sei. Zu dem Schulenstreit GLÜCK, *Pandecten* Bd. IV, 414; HERDLITZCZKA SZ 49 (1929), 291, 297 ff., 306 f.; KASER SZ 98 (1981), 77, 102 ff., u. 126 ff.; LONGO, *L'Hereditatis Petitio*, 172 ff.; TALAMANCA, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, *StCagl.* 43 (1962/63), 133, 167 ff.; WIMMER, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, 26 ff., 78 f.

¹⁶⁹ Darauf weisen auch MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, 379, und LOHSSE, *Aequitas Martiniana*, 203, hin.

¹⁷⁰ *Pomp. D.* 45,1,23 (lib. 9 Sab.); *Paul. eod.* 24 (lib. 9 Sab.); *Afr. D.* 30,108,11 (lib. 5 quaest.); *Ulp. D.* 45,1,82,1 (lib. 78 ed.); *ders. D.* 46,2,8 pr. (lib. 46 Sab.).

legt die Annahme nahe, dass für sie die unbedingte Haftung des Verzugsschuldners selbstverständlich gewesen ist. Wie anders lässt sich die Verwendung eines Schulbeispiels, bei dem die Sache zum selben Zeitpunkt aus denselben Gründen auch beim Gläubiger untergangen wäre, sonst erklären?¹⁷¹

Die Frage nach der Reichweite der Zufallshaftung hängt zudem maßgeblich von der Beurteilung des sog. Verkaufsarguments ab. Das Verkaufsargument formuliert ULPIAN in D. 30,47,6.

D. 30,47,6 Ulpianus libro vicesimo secundo ad Sabinum

Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait utique aestimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit: potuit enim eum acceptum legatarius vendere.

ULPIAN bespricht in dem Paragraphen den Fall, dass ein Grundstück, das aufgrund eines Damnationslegats geschuldet ist, durch einen Erdbeben untergeht. Grundsätzlich müsse der Erbe für den zufälligen Untergang des Grundstücks nicht einstehen. Befindet er sich hingegen mit der Übereignung des Grundstücks im Verzug, so hafte er. ULPIAN begründet seine Ansicht damit, dass der Legatar das Grundstück hätte verkaufen können, wenn der Erbe es ihm bereits übereignet hätte. Nach der Aussage ULPIANS greift also der Einwand des Erben, das vermachte Grundstück wäre auch bei rechtzeitiger Leistung durch den Erdbeben untergegangen, nicht durch, denn der Legatar hätte das Grundstück bei rechtzeitiger Leistung vor dem Untergang weiterverkauft und so den Vermögensverlust abwenden können.¹⁷²

Das Verkaufsargument lässt sich systematisch einordnen¹⁷³, in dem man in einem ersten Schritt danach fragt, ob dem Schuldner eine Entlastungsmöglichkeit aufgrund eines hypothetischen Kausalverlaufs gewährt wird. Gestattet werden könnte ihm die Berufung darauf, dass der Sachuntergang den Gläubiger ebenso

¹⁷¹ So auch LOHSSE, *Aequitas Martiniana*, 208 f.

¹⁷² Das Verkaufsargument findet sich darüber hinaus in Ulp. D. 6,1,15,3 (lib. 16 ed.) oder auch Paul. D. 5,3,40 pr. (lib. 20 ed.). MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, 378, hebt hervor, dass das Verkaufsargument häufiger Textkritik ausgesetzt sei, so bspw. LONGO, *L'Hereditatis Petitio*, 173; SCHULZ, SZ 32 (1911), 87 A.1 sowie KASER, SZ 72 (1955), 90, 111 A. 65 (jeweils bez. auf auch Paul. D. 5,3,40 pr.) und DERS. SZ 98 (1981), 77, 130 A. 203 (bez. auf Ulp. D. 6,1,15,3).

¹⁷³ Dazu auch LOHSSE, *Aequitas Martiniana*, 209 ff.

getroffen hätte, wenn er die Sache rechtzeitig bekommen hätte.¹⁷⁴ Ist diese Frage zu bejahen, so hätte der Vermögensverlust den Gläubiger auch ohne den Schuldnerverzug getroffen. Der Verzug ist in diesem Fall nicht kausal für den Schaden geworden. Lässt man eine Entlastung des Schuldners durch die Berufung auf diesen hypothetischen Kausalverlauf zu, so haftet er lediglich bedingt. In einem zweiten Schritt steht hierzu das Verkaufsargument: die (ebenfalls hypothetische) Überlegung, dass der Gläubiger die Sache vor dem Sachuntergang verkaufen und so den Vermögensverlust hätte abwenden können, wenn er die Sache rechtzeitig in seinem Vermögen gehabt hätte. Das Verkaufsargument ist demnach ein Gegenargument zum Einwand der fehlenden Kausalität. Das Verkaufsargument ist immer nur dann von Bedeutung, wenn die Haftung des Schuldners durch die Zulassung der Entlastung aufgrund eines hypothetischen Kausalverlaufs auf die Fälle äquivalent kausaler Verursachung begrenzt ist. Haftet der Schuldner hingegen unbedingt – also unabhängig von einer Kausalbeziehung –, ist es irrelevant, ob der Gläubiger die Sache vor ihrem zufälligen Untergang hätte verkaufen können. Im Falle einer unbedingten Haftung muss der Schuldner ohnehin für den zufälligen Untergang einstehen. Daher deutet die Verwendung des Verkaufsarguments in den Quellen auf den ersten Blick auf eine bedingte Haftung des Verzugsschuldners hin.

Das Verkaufsargument in D. 30,47,6 ist jedoch nicht so zu verstehen, dass der Legatar tatsächlich nachweisen muss, dass er verkauft hätte. Gemeint ist allein die abstrakte Verkaufsmöglichkeit.¹⁷⁵ Denn der verhinderte Verkauf ist nicht etwa Bedingung der Haftung, sondern reines Motiv.¹⁷⁶ In D. 30,47,6 benutzt ULPIAN das Argument zur Rechtfertigung der unbedingten Einstandspflicht für den zufälligen Sachuntergang. Weil der Gläubiger theoretisch die Sache verkauft haben könnte und so das Risiko eines zufälligen Untergangs auf einen Dritten hätte abwälzen können, erscheint es gerechtfertigt, den Schuldner unabhängig von einer Kausalbeziehung für den Sachuntergang haften zu lassen. Demgegenüber taucht der Verkaufsgedanke in anderen Quellen als Bedingung der Haftung auf.¹⁷⁷ LOHSSE hat jedoch gezeigt, dass sich diese Verwendung des

¹⁷⁴ Der Einwand, dass die Sache ebenso beim Gläubiger untergegangen wäre, findet sich in Gai. D. 16,3,14,1 (lib. 9 ed. prov.).

¹⁷⁵ Dies hebt auch LOHSSE, *Aequitas Martiniana*, 228 f., hervor.

¹⁷⁶ SAVIGNY, *System VI* (1847), 185; so auch MADAI, *Mora*, 298 und HARKE, *Mora*, 24 A. 37.

¹⁷⁷ Ulp. D. 6,1,15,3 (lib. 16 ed); Paul. D. 5,3,40 pr. (lib. 20 ed.).

Verkaufsgedankens aus dem Umfang der *restituere*-Haftung nach *litis contestatio* erklären lässt.¹⁷⁸

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass auch den Quellen zur Verzugshaftung kein Beleg für die Anwendung des Gedankens einer Haftung für *versari in re illicita* zu entnehmen ist. Vielmehr legen die Quellen eine unbedingte Haftung des Verzugsschuldners nahe, die über den Gedanken einer Haftung für *versari in re illicita* hinausgeht.

II. Diebstahl

Wie wir im Rahmen der Ausführungen zum *furtum usus* gesehen haben, befindet sich der Dieb ab dem Zeitpunkt der Deliktsbegehung mit der Herausgabe der Sache im Verzug: *semper enim moram fur facere videtur*.¹⁷⁹ Er haftet daher wie der Schuldner im Verzug für Zufall. Allerdings ist damit auch die Haftung aus der *condictio ex causa furtiva* aufgrund der soeben angestellten Erwägungen kein Ausdruck einer Haftung für *versari in re illicita*.

§ 6. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sich in den römischen Quellen kein zwingender Beleg für die Existenz des Gedankens einer Haftung für *versari in re illicita* findet. Das Prinzip einer Haftung für *versari in re illicita* fordert nach dem heutigen Verständnis eine Haftung für alle äquivalent verursachten Schäden. Die Quellen legen ein anderes Verständnis nahe. Zum einen lässt sich eine engere Haftung für Gefahrerhöhung erkennen. Gehaftet wird nur für denjenigen Schaden, dessen Eintrittsgefahr durch die Handlung des Schuldners erhöht wurde. Die engere Haftung für Gefahrerhöhung wird insbesondere bei der Leihe (Gai. D. 13,6,18 pr. und Ulp. D. 13,6,5,7) aber auch im Rahmen von Miete und Pacht (Ulp. D. 19,2,11,1) sowie in den Schiffsfällen (Lab. D. 14,2,10,1 und Ulp. D. 19,2,13,1) deutlich. Teilweise lassen die Quellen im Hinblick auf den Gedanken einer Haftung für *versari in re illicita* auch eine weitere Haftung erkennen und zwar beim Schuldnerverzug. Dieser begründet nach richtiger Ansicht eine noch strengere Haftung, indem der Schuldner im Verzug unbedingt – also ohne das Erfordernis einer Kausalbeziehung – haftet. Diese Haftung lässt sich allein

¹⁷⁸ LOHSSE, *Aequitas Martiniana*, 211 ff.

¹⁷⁹ Siehe 3. Teil, 1. Kap., § 1, I., S. 36.

aus dem Strafgedanken erklären und wird von den römischen Juristen teilweise durch den Hinweis auf die abstrakte Verkaufsmöglichkeit gerechtfertigt.

2. Kapitel Mittelalter

§ 1. Umgang mit den römischen Quellen durch die Glossatoren

Wie der Blick auf die antiken Quellen gezeigt hat, findet sich in diesen kein zwingender Beleg für die Existenz des Gedankens einer Haftung für *versari in re illicita*. Zum einen enthalten die Quellen eine engere Haftung für Gefahrerhöhung. Diese findet sich beispielsweise bei der Leihe und Verwahrung sowie bei Miete und Pacht. Zum anderen ist eine Haftung erkennbar, die die Grenzen des Gedankens einer Haftung für *versari in re illicita* überschreitet: die Haftung im Verzug. Hier haftet der Schuldner unbedingt und damit über den Rahmen einer Haftung für kausale Schäden hinaus.

I. Lehre der *culpa praecedens* in der *Glossa Ordinaria*

Die Glossatoren entwickeln zur Frage, ob und in welchen Fällen ein Schuldner für Zufall haftet, die Theorie der *culpa praecedens*. Nach dieser soll in Fällen, in denen ein Verschulden dem zufälligen Untergang vorausgegangen ist, gehaftet werden: *ibidem si culpa praecedat casum, de casu tenetur*.¹⁸⁰

Was der genaue Inhalt der Haftung aufgrund einer *culpa praecedens* ist, lässt sich dieser allgemein gehaltenen Aussage zunächst nicht entnehmen, sondern ist durch eine genauere Untersuchung der Glossen zu ermitteln.

1. Inhalt der *culpa praecedens*-Haftung

Die *sedes materiae* der *culpa praecedens*-Doktrin findet sich in der Glosse *In homine* ad Ulp. D. 13,6,5,7.¹⁸¹

In homine. Not. ex hoc §. generale tale, quod ubicumque quis non tenetur de casu; ibidem si culpa praecedat casum, de casu tenetur: ut infra eodem l. in rebus § i. [D. 13,6,18,1] et infra loca. l. videamus § si hoc [D. 19,2,11,1] et C. de nautic foen. l. cum proponas [C. 4,33,3] et supra si quis caut. l. ii. § si non propter. versic vis

¹⁸⁰ Gl. *In homine* ad Ulp. D. 13,6,5,7.

¹⁸¹ Darauf weist auch MAFFEI, *Caso fortuito*, 122, hin.

flum. [D. 2,11,2,4 und 7]. et infra solut. matr. l. in his [D. 24,3,66]. Sed quandoque fallit: ut infra ad leg. Rho. de iact. l. fin § si ea et § fin [D. 14,2,10,1 und 2].

ACCURSIUS fasst die Beispiele mit dem Satz zusammen, dass *ibidem si culpa praecedat casum, de casu tenetur*. Also erfasst der Satz offenbar Sachverhalte wie den Fall eines geliehenen Pferdes, das entgegen der Vereinbarung im Leihvertrag mit in die Schlacht genommen wird und dort umkommt, oder den Fall eines Sklaven, der, obwohl er lediglich als Maler verliehen wurde, auf ein Gerüst geschickt wird und von diesem (zufällig) in den Tod stürzt.

Der Entleiher haftet für den zufälligen Untergang der Leihsache, sofern diesem ein Verschulden vorausgegangen ist. Das Vorliegen einer *culpa praecedens* löst demnach eine Zufallshaftung aus. In den nachfolgenden Glossen ad Ulp. D. 13,6,5,7 wird dieses Verschuldenselement näher erläutert und begründet. So sagt ACCURSIUS in der Glosse *Periculum*, nicht der Entleiher, sondern der Verleiher trage die Gefahr des zufälligen Untergangs des Pferdes in der Schlacht, weil das Pferd zu diesem Gebrauch verliehen worden sei (*quia ad hoc dedi*). Ist das Pferd auch zum Ritt in die Schlacht verliehen, stellt seine Mitnahme in die Schlacht keine Überschreitung des Gebrauchsrechts dar und begründet somit auch keine *culpa praecedens*. In diesem Fall liegt die oben beschriebene Einwilligung des Verleihers in die Gefährlichkeit der Benutzung vor. Auch die Glosse *Machina* behandelt das Verschulden. Hier geht es um den zweiten Fall aus Ulp. D. 13,6,5,7, in dem ein Sklave als Maler verliehen wurde, der seine Arbeit auf ebener Erde verrichten soll. Der Entleiher schickt den Sklaven dennoch für die Malerarbeiten auf ein Gerüst, von dem aus der Sklave durch einen Unfall in den Tod stürzt.

ACCURSIUS erläutert, dass nur dann eine *culpa praecedens* vorliegt, wenn gegen die Fehlerhaftigkeit des Gerüsts nichts getan worden ist (*et machinae vitio nihil factum est*). Nach seiner Vorstellung kann ein Verschuldensvorwurf also nur dann gemacht werden, wenn der Entleiher die Fehlerhaftigkeit des Gerüsts erkennen und etwas dagegen unternehmen hätte können. Aufschlussreich ist dabei die hinzugefügte Aussage: *et nota quod res inanimata non dicitur culpam comittere*. Da eine leblose Sache nicht schuldhaft handeln könne, kommt es bezüglich des Verschuldens auf die Person des Entleihers an.

In den Beispielsfällen haftet der Entleiher zwar für einen zufälligen Untergang, jedoch nur für einen solchen, dessen Eintrittsgefahr durch sein Verschulden erhöht worden ist. Dadurch, dass der Entleiher den für die Arbeit auf dem Boden geliehenen Sklaven auf das Gerüst geschickt hat, begründet er die Gefahr des zufälligen Absturzes. Maßgeblich für die Haftung aufgrund einer *culpa praecedens* scheint daher, dass sich die durch das Verschulden des Entleihers begründete Gefahr in dem zufälligen Untergang verwirklicht hat.¹⁸² Es handelt sich bei der *culpa praecedens*-Haftung also wie im römischen Recht in den Fällen der Leihe, Verwahrung, Miete und Pacht etc. um eine Haftung für Gefahrerhöhung.

Betrachtet man ferner die in der Glosse *In Homine* allegierten Stellen, so wird diese Vermutung bestätigt. Den Entscheidungen bei Gai. D. 13,6,18 pr.¹⁸³, Ulp. D. 19,2,11,1 sowie Ulp. D. 19,2,13,3 liegen jeweils Fallkonstellationen zugrunde, in denen der Schuldner das Risiko des zufälligen Untergangs durch sein Verhalten erhöht hat. Entweder muss der Schuldner aufgrund der Unterhaltung eines gefährlichen Feuers für den daraus (zufällig) entstandenen Brand einstehen (Ulp. D. 19,2,11,1) oder er muss Ersatz leisten für einen Sklaven, dessen Ausbildung er im Inland übernommen hat und den er mit ins Ausland genommen hat, wo der Sklave Feinden in die Hände gefallen ist (Ulp. D. 19,2,13,3). Die Glosse weist zur Begründung der Haftung in allen drei Fällen auf das Vorliegen einer *culpa praecedens* hin (vgl. u.a. die Glosse *Praestare debet* ad Gai. D. 13,6,18 pr.: *Hoc ideo, quia culpa praecedat casum*).¹⁸⁴ Die beiden weiteren Allegationen

¹⁸² So beschreibt auch MAFFEI, *Caso fortuito*, 122, die Haftung: „[...] quella colpa che favorisce l'avverarsi del fortuito, mediante un uso della cosa commodata, diverso o contrario a quello stabilito nel contratto di comodato“. In diesem Sinne fasst zudem WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, 46, den Inhalt der Haftung zusammen: „Der Schuldner haftet, wenn die Erfüllung zwar durch ein typischerweise unzurechenbares Ereignis wie Sturm oder Feuersbrunst vereitelt wird, es ihm aber anzulasten ist, dass er den Leistungsgegenstand in diese Gefahrenlage verbracht hat.“; im Ergebnis so auch HKK/SCHERMAIER, §§ 276 - 278, Rn. 33, der allerdings die Haftung wegen *versari in re illicita* mit der Haftung für *culpa praecedens* gleichsetzt. Auch ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, 207 ff., versteht die Haftung als eine Einstandspflicht für Gefahrerhöhung. In Abgrenzung dazu beschreibt er die Lehre des *versari in re illicita* als der sich später geltend machende kanonistische Standpunkt wie folgt: Dort werde der Erfolg schon dann zur *culpa* zugerechnet, wenn überhaupt irgend eine schuldhaftige Handlung begangen wurde, auf die dann der *casus* folgt (siehe 2. Teil, § 1, S. 9 ff.).

¹⁸³ Die Allegation bezieht sich auf § 9, doch dürfte das Prinzipium gemeint sein, weil es nur dort um Zufallshaftung bei Überschreitung des Gebrauchsrechts geht.

¹⁸⁴ Die Haftung aufgrund einer *culpa praecedens* erwähnen die Gl. *Si hoc* ad Ulp. D. 19,2,11,1; Gl. *Placuit* ad Ulp. D. 19,2,13,3; Gl. *Non permittit* ad C. 4,33,3 (4); Gl. *Dolo et culpa* ad Lab. D. 14,2,10,1; Gl. *Dolo* ad Inst. 3,14,3.

der Glosse *In Homine* (Ulp. D. 2,11,2,4 u. 7 und Iav. D. 24,3,66) ergeben allerdings wenig Sinn. Weder findet sich in den Glossierungen zu diesen Stellen eine Erwähnung der *culpa praecedens* noch geht es in den Stellen inhaltlich um eine solche Haftung.

Einen weiteren Hinweis auf den Inhalt der *culpa praecedens*-Haftung liefert die Gl. *Dolo* ad Inst. 3,14,3.

Dolo. Nota in deposito solum dolum venire: ut hic et D. depositi. l. i. § illud [D. 13,6,1,7]. Item venit lata culpa quae pro dolo accipitur: ut D. e. l. Quod Nerva [D. 16,3,32]. Quandoque levissima, ut si hoc fuerit pactum: ut D. eo. l. i. § sapem [D. 16,3,1,35]: Item si fuit in culpa, quia portavit rem depositam per locum periculosum: ut D. commo. l. in rebus § i. [D. 13,6,18 pr.¹⁸⁵] et l. si ut certo § interdum [D. 13,6,5,7]. Item mora factam in restitutione: ut. D. deposi. l. si in Asia § fin [D. 16,3,12,3]. Et hic et superior similiter tenetur de casu.

Der Institutionentext erläutert, dass der Verwahrer lediglich für die dolose Nichtrückgabe der Sache haftet. Darüber hinaus ist er nach Ansicht von ACCURSIUS für einen solchen Zufall verantwortlich, dem ein Verschulden vorausgegangen ist: *Item si fuit in culpa [...] Et hic et superior similiter tenetur de casu*. Die Glosse ordnet den Fall als eine Haftung aufgrund einer *culpa praecedens* ein. Dafür spricht auch die Verweisung auf Ulp. D. 13,6,5,7. Zusätzlich gibt die Glosse einen Grund für diese Haftung: *Item si fuit in culpa, quia portavit rem depositam per locum periculosum: ut D. commo. l. in rebus § i. et l. si ut certo § interdum* (Ulp. D. 13,6,5,7). Der Verwahrer haftet für Zufall, weil er die hinterlegte Sache an einen gefährlichen Ort gebracht und sie so der Gefahr des zufälligen Untergangs ausgesetzt hat. Zum einen findet sich hier eine Rechtfertigung der *culpa praecedens*-Haftung. Der Schuldner muss entgegen der Regel *casus a nullo praestantur* für den Zufall eintreten, weil er dessen Eintrittsgefahr erhöht hat. Zum anderen lässt sich aus der Aussage der Glosse der Umkehrschluss ziehen, dass der Verwahrer nur insoweit für den zufälligen Untergang verantwortlich ist, wie sich diese Gefahr (wenn auch zufällig) verwirklicht hat (der Verwahrer ist nur bis zur Grenze der Gefahrerhöhung für den zufälligen Untergang verantwortlich). So markiert die Aussage neben der Rechtfertigung der Haftung gleichzeitig ihre Grenze.

¹⁸⁵ Die Allegation erfolgt nach dem Wortlaut auf Fragment 1. Richtigerweise wird aber das *principium* gemeint sein.

2. Haftung für äquivalente Kausalität?

Bis hierher konnte gezeigt werden, dass die Doktrin der *culpa praecedens* solche Fälle erfasst, die im römischen Recht unter den Gedanken einer Haftung für Gefahrerhöhung fallen und die Glosse die Haftungserweiterung auch aus diesem Grund rechtfertigt. Im Anschluss daran stellt sich die Frage, ob dies die Grenze der *culpa praecedens*-Haftung darstellt oder ob die Haftung auch über den Gedanken einer Haftung für Gefahrerhöhung hinausgehen kann.

Einen ersten Anhaltspunkt dazu bietet die Glosse *In Homine* ad Ulp. D. 13,6,5,7¹⁸⁶. Nach der Aufzählung der Parallelstellen findet sich die Aussage: *Sed quandoque fallit: ut infra ad leg. Rho. de iact. l. fin § si ea et § fin* (Lab. D. 14,2,10,1). Die Annahme, dass beim Vorliegen einer *culpa praecedens* stets für den daraus resultierenden Zufall eingestanden werden muss, täusche in dem Fall von Lab. D. 14,2,10,1, in dem es um den Untergang von Waren nach Umladung auf ein schlechteres Schiff geht.¹⁸⁷ ACCURSIUS begründet die Haftung des Kapitäns in Lab. D. 14,2,10,1 in der Glosse *Actionem* ad Lab. D. 14,2,10,1 allerdings ausdrücklich mit dem Vorliegen einer *culpa praecedens*: *Quia culpa praecessit casum, ut supra. commo. lex si ut certo § sed interdum* (Ulp. D.13,6,5,7). Es spricht demnach einiges dafür, dass es sich nach ACCURSIUS' Sicht auch bei Lab. D. 14,2,10,1 um einen Anwendungsfall der *culpa praecedens*-Haftung handelt. Inhaltlich geht es in dem Fragment wiederum um eine Haftung für Gefahrerhöhung: Die Umladung auf ein schlechteres Schiff hat die Gefahr des Untergangs in einem Sturm erhöht. Dass dieser Fall in den Anwendungsbereich der *culpa praecedens*-Haftung fällt, kann nicht in Zweifel gezogen werden und wird daher nicht der Anlass für die Aussage *Sed quandoque fallit* gewesen sein.

Eine mögliche Erklärung könnte sein, dass sich die Aussage *Sed quandoque fallit* auf die von PAULUS hinzugefügte Abwandlung bezieht. In dieser sind beide Schiffe bei der Fahrt untergegangen. Der Kapitän wird von der Haftung befreit, soweit sich der Untergang ohne sein Verschulden oder das der Besatzung ereignete. PAULUS lässt hier also eine Entlastung des Kapitäns zu, weil derselbe Erfolg aufgrund eines anderen Ereignisses (der Transport der Ware auf dem vertraglichen bestimmten Schiff) ohnehin eingetreten wäre. Gewährt man dem Schuldner

¹⁸⁶ Vgl. S. 63.

¹⁸⁷ Für das antike römische Recht siehe 3. Teil, 1. Kap., § 4, I., S. 50 ff.

diese Entlastungsmöglichkeit, so haftet dieser nur bedingt, also nur für die Fälle äquivalenter Kausalität. Wäre derselbe Erfolg aufgrund des anderen Ereignisses ohnehin eingetreten, so ist die haftungsauslösende Handlung (Umladung auf das schlechtere Schiff) des Schuldners nicht kausal für den Erfolg geworden.

Aus diesen Erwägungen folgt indes nicht zwingend, dass der Schuldner nach ACCURSIUS' Ansicht aufgrund einer *culpa praecedens* über die Fälle der Gefahrerhöhung hinaus immer für äquivalente Kausalität haftet. Denn die Zulassung der Entlastungsmöglichkeit durch Berufung auf einen hypothetischen Kausalverlauf steht mit dem Gedanken einer Haftung für Gefahrerhöhung im Einklang. Die Annahme eines hypothetischen Kausalverlaufs führt allein dazu, dass die Gefahrerhöhung nicht kausal geworden ist. An der Gefährlichkeit der Handlung ändert sich dadurch nichts. Die Umladung auf das schlechtere Schiff bleibt gefährlich und begründet eine *culpa praecedens*. Wären jedoch beide Schiffe bei der Fahrt untergegangen (sowohl das vertraglich bestimmte als auch das, auf das der Kapitän die Waren umgeladen hat), hätte sich das Risiko der Umladung auf ein schlechteres Schiff nicht realisiert.

Darüber hinaus spricht vieles dafür, dass der Annahme, ACCURSIUS habe mit der Aussage *Sed quandoque fallit* nicht notwendigerweise eine über die Fälle der Gefahrerhöhung hinausgehende Haftung im Blick, auch seine anschließende Aussage nicht entgegen steht. So findet sich in der Glosse *Dolo et culpa* ad Lab. D. 14,2,10,1 die Ergänzung, dass die Haftung des Kapitäns anders einzuordnen sei als die Haftung des Verzugsschuldners nach Meinung des JOHANNES. Im Verzug haftet der Schuldner nach JOHANNES unbedingt, d.h. unabhängig von einer Kausalbeziehung zwischen Verzug und Sachuntergang.¹⁸⁸ Dem stellt ACCURSIUS nun die Haftung des Kapitäns aufgrund der *culpa praecedens* gegenüber. Damit wollte ACCURSIUS aber wohl nicht ausdrücken, dass seiner Meinung nach der Schuldner im Verzug unbedingt und bei Vorliegen einer *culpa praecedens* über die Fälle der Gefahrerhöhung hinaus für jede äquivalent kausal verursachte Folge haftet. Vielmehr liegt es nahe, dass ACCURSIUS mit der Gegenüberstellung zur unbedingten Haftung des Verzugsschuldners nur auf die Tatsache hinweist, dass es im Rahmen der *culpa praecedens*-Haftung überhaupt die Möglichkeit der Entlastung durch einen hypothetischen Kausalverlauf gibt. Eine solche Entlastung ist

¹⁸⁸ Ausführlich Gl. *Detrimentum* ad Pomp. D. 12,1,5; Gl. *Difficilis est* ad Marci. D. 22,1,32 pr.; Gl. *Non tenetur* ad Paul. D. 23,3,56(57) pr. oder Gl. *Dolo et culpa* ad Lab. D. 14,2,10,1.

bei einer unbedingten Haftung nicht möglich. Dies stellt demnach wohl den Unterschied zwischen der Verzugshaftung und der Haftung aufgrund einer *culpa praecedens* dar, auf den ACCURSIUS zum Ende der Glosse *Dolo et culpa* nochmal ausdrücklich hinweist: *Sed dic esse aliud cum quis est in mora et aliud cum in culpa*.¹⁸⁹ Dass die Zulassung dieser Entlastungsmöglichkeit auch mit einer Haftung für Gefahrerhöhung im Einklang steht, haben wir soeben gesehen.

Im Ergebnis könnte sich eine mögliche Erklärung daraus ergeben, die Aussage *Sed quandoque fallit* wörtlich zu nehmen. Die zu Beginn der Glosse *In Homine* aufgestellte allgemeine Regel *ibidem si culpa praecedat casum, de casu tenetur* trifft danach in manchen Fällen nicht zu. Die Regel erfährt nämlich eine Ausnahme für den Fall, dass sich die durch die *culpa praecedens* begründete Gefahr nicht verwirklicht hat. In diesem Fall „täuscht“ die Regel eben. Ein solcher Fall findet sich in Lab. D. 14,2,10,1, denn hier führt das Vorliegen einer *culpa praecedens* nicht zwingend zur Haftung. Diese Erwägungen legen nahe, dass sich aus der Aussage *Sed quandoque fallit* keine Erweiterung der Haftung aufgrund einer *culpa praecedens* auf die Fälle der äquivalenten Kausalität entnehmen lässt.

3. Verhältnis der *culpa praecedens* zur *mora*

Ausgehend von der Tatsache, dass sowohl das Vorliegen einer *culpa praecedens* als auch der Verzug eine Zufallshaftung des Schuldners auslösen¹⁹⁰, ist nunmehr das Verhältnis der beiden Haftungsgründe zueinander zu klären. Aus den bisherigen Ergebnissen lässt sich erkennen, dass Inhalt der *culpa praecedens*-Haftung eine Haftung für Gefahrerhöhung ist. Die Einstandspflicht im Verzug geht über diese Haftung hinaus. Die Reichweite der Zufallshaftung des Verzugsschuldners wurde von den Glossatoren nicht einheitlich beurteilt¹⁹¹, da schon die römischen Quellen verschiedenartig gedeutet werden konnten¹⁹². Die meisten gingen von einer unbedingten Haftung aus, bei der der Verzugsschuldner für jegliche Folgen unabhängig vom Bestehen einer Kausalbeziehung eintreten muss. So muss der

¹⁸⁹ Zum Verhältnis der Haftung für *culpa praecedens* zur Verzugshaftung siehe sogleich, 3. Teil, 2. Kap., § 1, I., 3., S. 69 ff.

¹⁹⁰ Für *culpa praecedens* vgl. Gl. *In Homine* ad Ulp. D. 13,6,5,7; für den Verzug bspw. Gl. *Detrimentum* ad Pomp. D. 12,1,5.

¹⁹¹ GLÜCK, Pandecten Bd. IV, 414 f. (§ 330); v. VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 3, 198; neuerdings auch GEBAUER, Hypothetische Kausalität, 30; LOHSSE, Aequitas Martiniana, 203 ff. und MAFFEI, Caso fortuito, 133 ff.

¹⁹² Darauf hat etwa schon WINDSCHEID/[KIPP], Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. (1906), § 280, Fn. 14, hingewiesen. Neuerdings auch LOHSSE, Aequitas Martiniana, 204. Zu den römischen Quellen siehe 3. Teil, 1. Kap., § 5, S. 58 ff.

Schuldner nach JOHANNES BASSIANUS auch dann haften, wenn die Sache auch bei ordnungsgemäßer Leistung untergegangen wäre und der Verzug deswegen nicht kausal geworden ist.¹⁹³ Andere Glossatoren nahmen dagegen eine bedingte Zufallshaftung an, bei der die Haftung des Schuldners von der Kausalität abhängig ist (so v.a. MARTINUS¹⁹⁴). Nach beiden Ansichten muss der Schuldner im Verzug jedoch mindestens für äquivalente Kausalität einstehen (also bedingt haften). Die Auffassung, die von einer unbedingten Haftung ausgeht, lässt den Verzugsschuldner lediglich darüber hinaus auch für diejenigen Folgen einstehen, die in keinerlei Kausalzusammenhang zum Verzug stehen. Bezüglich der von MARTINUS vertretenen Ansicht, nach der der Schuldner im Verzug bedingt für Zufall haftet, ist zu betonen, dass diese Ausdruck des Gedankens des *versari in re illicita* ist. Der Schuldner begibt sich durch den Verzug auf unerlaubtes Gebiet und muss für alle Folgen, die sich aus dem Verzug ergeben, einstehen.

Eine mögliche Klärung der Frage, ob die Haftung aufgrund einer *culpa praecedens* nach Ansicht der Glossatoren stets auf die Gefahrerhöhung begrenzt ist, oder ob die Haftung in den Fällen des Verzugs darüber hinaus geht, könnte sich durch eine nähere Betrachtung des Verhältnisses der Zufallshaftung aufgrund des Verzugs zur Haftung aufgrund einer *culpa praecedens* ergeben.

Zunächst lässt sich beobachten, dass die *culpa praecedens* in den Glossen zur Zufallshaftung des Verzugsschuldners keine Erwähnung findet.¹⁹⁵ Die Glosse begründet die Haftung des Verzugsschuldners für Zufall also nicht mit dem Prinzip der *culpa praecedens*.¹⁹⁶ Dies spricht dafür, dass die Zufallshaftung nach Verzug eine eigenständige Fallgruppe darstellt, die nicht der *culpa praecedens*-Haftung unterfällt. *Culpa praecedens* und Verzug sind demnach verschiedene Haftungstatbestände, die jeder für sich eine Zufallshaftung auslösen. Die These belegt insbesondere die Glosse *Dolum* ad Pomp. D. 13,1,16. Die Digestenstelle behandelt den Fall des *furtum usus*. Ein solches wird durch eine Gebrauchsan-

¹⁹³ Ausführlich Gl. *Detrimentum* ad Pomp. D. 12,1,5; Gl. *Difficilis est* ad Marci. D. 22,1,32 pr.; Gl. *Non tenetur* ad Paul. D. 23,3,56(57) pr. oder Gl. *Dolo et culpa* ad Lab. D. 14,2,10,1.

¹⁹⁴ Die Lehre des MARTINUS findet sich überliefert in der Gl. *Periculo* ad Pomp. D. 16,3,12,3; Gl. *Interitura esset* ad Gai. D. 16,3,14,1; Gl. *Detrimentum* ad Pomp. D. 12,1,5. Dazu ausführlich LOHSSE, *Aequitas Martiniana*, 203 ff.

¹⁹⁵ So z.B. in der Gl. *Detrimentum* ad Pomp. D. 12,1,5; der Gl. *Difficilis est* ad Mar. D. 22,1,32 pr. oder der Gl. *Vendere* ad Ulp. D. 30,47,6.

¹⁹⁶ A.A. HKK/LOHSSE, §§ 286 - 292, Rn. 23.

maßung begangen, d.h. entweder durch die Überschreitung eines vertraglich eingeräumten Gebrauchsrechts (z.B. im Rahmen eines Leihvertrags) oder durch den Gebrauch einer hinterlegten Sache.¹⁹⁷ Nach römischem Recht haftet der Entleiher bzw. Verwahrer aufgrund des *furtum usus* sowohl vertraglich aus der *actio commodati* als auch deliktisch aus der *condictio ex causa furtiva*. Da *fur semper in mora*, begründet das *furtum usus* zugleich Schuldnerverzug. Der Dieb haftet folglich wie der Verzugsschuldner (je nach Ansicht also bedingt oder unbedingt für den nach dem Verzug eingetretenen zufälligen Untergang). In der Glosse *Dolum* ad Pomp. D. 13,1,16 fasst ACCURSIUS die Haftung des Entleihers für Zufall zusammen: *Quandoque enim ultra dolum tenetur commodatarius: ut si culpa, vel mora praecedat casum*. Der Entleiher bzw. Verwahrer haftet in zwei Fällen über *dolus* hinaus: bei *culpa praecedens* und bei *mora*. Dabei trifft ACCURSIUS keine Aussage über den Umfang der jeweiligen Zufallshaftung. Nach dem bisher Gesagten liegt es nahe, die Zufallshaftung des Entleihers als ein zweiteiliges System zu verstehen. Sowohl der Verzug als auch die *culpa praecedens* lösen für sich gesehen eine Zufallshaftung aus.¹⁹⁸ Bei Verzug haftet der Schuldner mindestens für äquivalente Kausalität (nach der Ansicht der Mehrheit der Glossatoren haftet er sogar unbedingt), während beim Vorliegen einer *culpa praecedens* der schuldhaft Handelnde nur für den durch eine Gefahrerhöhung ausgelösten Zufall eintreten muss (s.o.). Die Glosse *Dolum* ist dabei wohl insbesondere nicht als eine Erweiterung der Haftung für *culpa praecedens* auf die Fälle der äquivalenten Kausalität zu verstehen. Es scheint sich um zwei nebeneinander laufende Haftungsregime zu handeln. In dem zugrunde liegenden Fall des *furtum usus* sind *culpa praecedens* und *mora* lediglich kumulativ gegeben. Die Gebrauchsannaßung begründet die *culpa praecedens*. Aufgrund dieser haftet der Schuldner für Zufall, jedoch nur in den Grenzen der Gefahrerhöhung. Zusätzlich liegt aufgrund der Gebrauchsannaßung ein *furtum usus* vor, durch das wiederum Verzug und damit eine Einstandspflicht mindestens für Äquivalenz begründet wird (*fur semper in mora*).

Dazu passt auch die in der Glosse *Dolo et Culpa* ad Lab. D. 14,2,10,1 angeführte Distinktion: *Sed dic esse aliud cum quis est in mora et aliud cum in culpa*.

¹⁹⁷ Zum Römischen Recht vgl. 3. Teil, 1. Kap., § 1, I., S. 28 ff.

¹⁹⁸ So auch DILCHER, Leistungsstörungen, 110 und WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, 45 f.

Auch die Glosse *Saepe evenit* ad Ulp. D. 16,3,1,35 bestätigt die Annahme, dass es sich bei *culpa praecedens* und *mora* um zwei selbstständige Haftungstatbestände handelt, die jeder für sich gesehen eine Zufallshaftung auslösen:

Saepe evenit. Not. quinque sunt casus, in quibus depositarius tenetur de casu fortuito. 1. Primus si pactum intervenit: ut hic, et infra mand. l. et Aristoni [D. 17,1,39] et supra de pact.l.iurisdictionum § item si quis [D. 2,14,7,15]. 2. Secundus, si mora praecedat casum: ut infra eod.l.si in Asia. § fin [D. 16,3,12,3]. 3. Tertius, si culpa: ut infra eod.l.quod Nerva [D. 16,3,32]. 4. Quartus, si dolus: ut supra eod.l.§ si rem [D. 16,3,1,25]. 5. Quintus, secundum Ioan. si gratia tantum accipientis sit depositum: ut supra si cer.pet.l.si quis.in fin.i.respon [D. 12,1,4].

ACCURSIUS zählt fünf Fälle auf, in denen der Verwahrer für Zufall haftet. Dabei steht der Verzug an zweiter und die *culpa praecedens* an dritter Stelle. Auch hier begreift ACCURSIUS Verzug und *culpa praecedens* demnach als separate Fallgruppen, die eine Zufallshaftung zur Folge haben.

Nach AZO¹⁹⁹ gilt die Haftungserweiterung für Zufall aufgrund *culpa praecedens* und *mora* für alle Arten von Obligationen²⁰⁰: *Idem quoq(ue) est, si gestoris culpa vel mora praecedat casum fortuitum: quod generale est quolibet debitore: ut ff. de leg. i. l. cum res. §. ult. et ff. commo. si ut certo. §. sed interdum* (Ulp. D. 30,47,6 et Ulp. D. 13,6,5,7).

4. Ergebnis

Der Blick auf die Glossa ordinaria hat gezeigt, dass die Glossatoren versuchen, Fälle, in denen die römischen Quellen eine Zufallshaftung aufgrund bestimmten schuldhaften Verhaltens vorsehen, in ein einheitliches Haftungssystem zu fassen. Erkennbar wird ein zweiteiliges System, das je nach Haftungsgrund einen unterschiedlichen Haftungsumfang vorsieht. Zum einen besteht die Haftung aufgrund einer *culpa praecedens*: *ibidem si culpa praecedat casum, de casu tenetur*²⁰¹. Vieles spricht dafür, dass diese durch das Kriterium der Gefahrerhöhung begrenzt ist. Ist dem zufälligen Untergang ein Verschulden vorausgegangen, so muss der Schuldner für den Zufall einstehen, sofern seine schuldhafte Handlung

¹⁹⁹ AZO, Summa Codicis, ad C. 2,18(19),16

²⁰⁰ So auch DILCHER, Leistungsstörungen, 110.

²⁰¹ Gl. *In homine* ad Ulp. D. 13,6,5,7.

die Gefahr des Untergangs erhöht hat. Zum anderen lässt sich die Verzugshaftung als zweiter, wohl separater Haftungsgrund erkennen. Dabei steht die Haftung für ein Verschulden offenbar eigenständig neben der Haftung aufgrund Verzugs. Es sei eben etwas anderes – wie ACCURSIUS sagt –, wenn man im Verzug ist, als wenn ein bloßes Verschulden vorliegt.²⁰² Der Unterschied besteht wohl im Umfang der Haftung: Im Verzug haftet der Schuldner mindestens für äquivalente Kausalität (nach strengerer Ansicht haftet er sogar unbedingt – also für jeden Zufall). Diese Haftung geht über die Haftung für Gefahrerhöhung aufgrund einer *culpa praecedens* hinaus. Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass die teilweise vertretene Auffassung, die die Zufallshaftung im Verzug auf das Erfordernis der äquivalenten Kausalität begrenzt, dem Rechtsgedanken einer Haftung für *versari in re illicita* entspricht. Diese Ansicht geht auf MARTINUS zurück²⁰³.

II. Haftung aufgrund *culpa praecedens* in den Quaestionen

Weitere Aufmerksamkeit verdienen neben der Glossa Ordinaria die Quaestionen der Glossatoren. Während sich nach MAFFEI²⁰⁴ die Aussage der Glossa Ordinaria darauf beschränkt, die Quellen zu paraphrasieren, findet das Problem der *culpa praecedens* darüber hinaus lebhaften Anstoß in Quaestionen.²⁰⁵

²⁰² *Sed dic esse aliud cum quis est in mora et aliud cum in culpa.* Gl. *Dolo et culpa* ad Lab. D. 14,2,10,1.

²⁰³ Gl. *Periculo* ad Pomp. D. 16,3,12,3; Gl. *Interitura esset* ad Gai. D. 16,3,14,1; Gl. *Detrimentum* ad Pomp. D. 12,1,5. Dazu LOHSSE, *Aequitas Martiniana*, 233 ff.

²⁰⁴ MAFFEI, *Caso fortuito*, 123 ff.

²⁰⁵ MAFFEI, *Caso fortuito*, 125, verweist auf die *Quaestiones in schola Bulgari disputate* (ed. F. PATETTA in: *Bibl. iur. medii aevi*, II (Bononiae 1892)), die *Quaestiones Dominorum Bononiensium* (*Collectio Parisiensis*, ed. I. PALMIERIO in: *Bibl. iur. medii aevi*, I und *Collectio Gratianopolitana*, ed. I. PALMIERIO in: *Primi voluminis additiones ad Bibl. iur. medii aevi*, I), die Quaestionen des Hugolinus (*Quaestiones insolubiles*) und die des Pilius (*Quaestiones Aureae*). Insbesondere die *quaestio XII* der *Quaestiones in schola Bulgari disputate* (ed. F. PATETTA, in ed. cit. 201) soll das Problem nach MAFFEI auf vielschichtige Weise beleuchten. In dem in der Quaestion diskutierten Fall mietet Titius die Arbeitskraft der Besatzung einer Galeere, um mit dieser nach Afrika zu fahren und dort Geld einzutreiben. Es wird vereinbart, dass die Galeere samt Besatzung acht Tage in Afrika verweilt. Während die Galeere in Afrika im Hafen liegt und Titius seinen Geschäften nachgeht, wird das Schiff von Sarazenen angegriffen, sodass die Besatzung aus Furcht bereits vor Titius' Rückkehr zurück nach Italien fährt. Gefragt ist, ob die Besatzung Titius aus dem Mietvertrag bzw. aus der Vereinbarung auf sein Interesse haften muss. Die Vermieter der Galeere berufen sich zu ihrer Verteidigung darauf, dass der Angriff der Sarazenen ein zufälliges Ereignis sei und sie im Rahmen ihrer vertraglichen Verpflichtung nur für Verschulden einzustehen hätten. BULGARUS entscheidet, dass die Ausgaben, die Titius durch die vorzeitige Abreise der Galeere entstanden sind, beide Parteien anteilig zu tragen haben. Eine Begründung, warum gerade diese Quaestion das Problem der *culpa praecedens* anschaulich abbilden soll, gibt MAFFEI nicht. Im Gegenteil enthält die Quelle überhaupt keinen Fall einer Haftung für *culpa praecedens*. Bei genauerer Betrachtung des

Das Ergebnis lässt sich vorwegnehmen: Die Entscheidungen der Juristen in den Quaestionen bestätigen die Annahmen, die sich aus den Ergebnissen zur Glossa Ordinaria ergeben. Die Fälle werden von den Glossatoren auch im Rahmen der Literaturgattung der Quaestionen anhand des Prinzips der *culpa praecedens*-Haftung²⁰⁶ gelöst. In Übereinstimmung mit den Wertentscheidungen, die in der Glossa Ordinaria zum Vorschein treten, legen auch die Quaestionen eine Haftung für Gefahrerhöhung nahe und weisen zudem teilweise ausdrücklich auf das Erfordernis äquivalenter Kausalität zwischen der schuldhaften Handlung und dem zufälligen Untergang hin²⁰⁷. Allerdings lässt sich durch ein Studium der in den Quaestionen behandelten Fälle ein anschauliches Bild des Prinzips der *culpa praecedens*-Haftung zeichnen.

Beispielhaft dafür ist die Entscheidung des MARTINUS in der *quaestio* CXXIII der *Quaestiones Dominorum Bononiensium*²⁰⁸. Der Quaestion liegt folgender Fall zugrunde: Titius hat den Esel des Sempronius gemietet, damit Sempronius die Waren des Titius nach Faventia transportiert. Am vereinbarten Tag transportiert Sempronius nicht die Waren des Titius, sondern die eines anderen. Titius mietet daher einen anderen Esel, mit dem seine Waren transportiert werden. Während dieses Transports gehen die Waren bei einem Überfall durch Räuber verloren. Titius klagt gegen Sempronius aus dem Mietvertrag. MARTINUS entscheidet, dass Sempronius für den Untergang der Waren hafte.

Grund für die Einstandspflicht ist das Vorliegen eines Verschuldens, da Sempronius die Waren nicht wie vereinbart transportiert hat: *quia culpa eius hoc damnum contigit*. Dadurch, dass Sempronius die Ware nicht mit seinem Esel transportiert hat, hat er den Schadenseintritt ermöglicht. Dazu ergänzt MARTINUS: *nam si portasset, salve essent*. Hätte Sempronius die Waren vertragsgemäß transportiert, wären diese nicht untergegangen. In dieser Aussage lässt sich zum einen eine Recht-

Sachverhalts wird deutlich, dass das zufällige Ereignis (der Überfall der Sarazenen) zuerst eintritt und das zur Diskussion stehende Verhalten der Besatzung nur eine Reaktion auf diesen Vorfall ist. Die Fälle der Haftung aufgrund einer *culpa praecedens* behandeln jedoch die Frage, ob der Schuldner aufgrund seines vorhergehenden schuldhaften Verhaltens für den sich im Anschluss ereignenden Zufall haftet.

²⁰⁶ Ausdrücklich ROFFREDUS, *Quaestiones Sabbatinae*, q. 49 Rn. 4, in: *Selectae quaestiones iuris variae* (Köln 1676), 237 (358) und q. 54 Rn. 9, 11, 12, 13, in: eod. cit., 244 f. (365 f.) und IOANNIS ANDREAE, *Quaestiones Marcuriales*, q. 21, in: eod. cit. 511 f. (732 f.).

²⁰⁷ Q. CXXIII der *Collectio Parisiensis*: ed. PALMIERI in: eod. cit., 255.; q. XIX des Hugolinus, ed. V. RIVALTA, *Le Quaestiones di Ugolino glossatore* (Bologna 1891), 78 - 80.

²⁰⁸ *Collectio Parisiensis*; ed. PALMIERI in: *bibl. iur. medii aevi*, Bd. 1, 255.

fertigung der Haftung aus einer Kausalbeziehung erkennen. Zum anderen begrenzt MARTINUS damit die Haftung auf die Fälle äquivalenter Kausalität. Wäre die Ware auch bei einem Transport durch Sempronius untergegangen, müsste dieser nicht für den Verlust eintreten. Ob MARTINUS darüber hinaus von einer Haftung für Gefahrerhöhung ausgegangen ist, wird aus der Quaestion nicht vollkommen klar. Der zugrunde liegende Sachverhalt lässt keine Gefahrerhöhung erkennen. Die Pflichtverletzung des Sempronius, die dieser dadurch begeht, dass er die Waren des Titius nicht transportiert, hat die Gefahr des Verlusts der Ware durch Räuber nicht erhöht. Schließlich geht die Ware auf demselben Weg verloren, auf dem die Waren auch mit dem Esel des Sempronius transportiert worden. Danach würde die von MARTINUS in der Quelle beschriebene Haftung dem Rechtsgedanken des *versari in re illicita*, so wie er heute verstanden wird, entsprechen, denn es würde sich um eine Haftung für jegliche äquivalent kausal verursachte Folgen einer Pflichtverletzung handeln. Demgegenüber scheint MARTINUS hier davon auszugehen, dass die Pflichtverletzung des Sempronius die Gefahr des Verlusts erhöht hat. Dies ergibt sich aus seiner Formulierung: *quia culpa eius hoc damnum contigit*. Insbesondere die Verwendung des Verbs *contigit* deutet darauf hin, dass nach MARTINUS' Ansicht in dem Fall ein über die bloße Kausalbeziehung hinausgehender Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem späteren Verlust der Ware besteht. Es liegt demnach näher, dass der von MARTINUS in der Quaestion beschriebenen Haftung nicht der Rechtsgedanken des *versari in re illicita* zuzuschreiben ist.²⁰⁹

Der Aspekt der Gefahrerhöhung wird deutlicher in einer Reihe von Fällen, die die Leihe bzw. Miete von Pferden, Kelchen, Silberbesteck o.ä. behandeln.²¹⁰ Als Beispiel sei an dieser Stelle die *quaestio XC*²¹¹ der *Quaestiones dominorum Bononiensium* herausgegriffen. Die Quaestion behandelt den schon in dem römischen Quellen häufig diskutierten Fall, in dem der Entleiher mit einem geliehenen Pferd an einen Ort reitet, der in der vertraglichen Abrede nicht vorgesehen war. Wie wir soeben gesehen haben, versteht die Glossa Ordinaria den Fall als Anwendungsfall einer Haftung aufgrund einer *culpa praecedens*.²¹² In dem in

²⁰⁹ Ähnliche Entscheidungen finden sich in der quaestio IV (Bulg.), der quaestio IX (Bulg.), der quaestio XCVI (Bulg.), der quaestio CII (Iac.) und der quaestio CXXXVI (Mart.) der *Quaestiones in schola Bulgari disputate* sowie quaestio LXXXVIII der *Quaestiones Aureae* des PILIUS.

²¹⁰ So auch MAFFEI, *Caso fortuito*, 129.

²¹¹ *Collectio Parisiensis*, ed. cit., 251.

²¹² Siehe 3. Teil, 2. Kap., § 1, I., S. 66 f.

der *quaestio* XC zur Diskussion gestellten Fall hat sich jemand ein Pferd für einen Ritt zu einem Landgut geliehen. Auf dem Weg sieht er seine Freunde mit Räubern kämpfen und tritt dem Kampf bei. Das Pferd wird im Kampf getötet. Die Frage, ob der Verleiher gegen den Entleiher wegen des Todes des Pferdes aus Leihe klagen kann, bejaht BULGARUS. Der Entleiher hat dadurch, dass er das Pferd mit in die Schlacht genommen hat, die Gefahr des Todes desselben erhöht. Darüber hinaus entschuldigt die Tatsache, dass der Entleiher seinen Freunden im Kampf zu Hilfe gekommen ist, nicht von dem Verschuldensvorwurf, der sich aus der Überschreitung seines Gebrauchsrechts ergibt.²¹³ Im Ergebnis deckt sich daher die Entscheidung des BULGARUS, den Entleiher für die von ihm verursachte Gefahrerhöhung haften zu lassen, mit der Wertentscheidung, die die Exegese der *Glossa Ordinaria* gezeigt hat.

Die Begrenzung der Haftung auf die Fälle äquivalenter Kausalität zeigt sich an zwei weiteren Quaestionen. Die eine Quaestion²¹⁴ stammt von PILIUS. PILIUS berichtet folgenden Fall: Ein Bewohner Mailands möchte Geld zu seiner Frau nach Cremona schicken und beauftragt hierzu seinen Nachbarn als Boten. Der Bote – weil er sich nicht auf die lange Reise machen will – vertraut das Geld einem Freund an, damit dieser das Geld überbringe. Auf der Reise wird der Freund von Straßenräubern überfallen und verliert das Geld.

Gefragt ist, ob dem Auftraggeber eine *actio mandati* gegen den Boten als Beauftragten zustehe. Die Quaestion verneint dies, ohne Gründe zu nennen. Eine vom

²¹³ Anders in dem von MARTINUS in der q. CX (*Collectio Parisiensis*; ed. cit., 253) entschiedenen Fall, in dem der Mieter (Sempronius) nicht zur Hilfe seiner Freunde in die Schlacht reitet, sondern seinem Vermieter Titius beitrifft. Das Führen des Pferdes in die Schlacht stellt in diesem Fall keinen vertragswidrigen Gebrauch dar, denn es ist davon auszugehen, dass der Vermieter in seine eigene Rettung eingewilligt hätte. Daher liegt keine *culpa praecedens* vor und der Mieter haftet nicht für den Untergang des Pferdes in der Schlacht. Folglich widerspricht die Entscheidung des MARTINUS entgegen der Ansicht von MAFFEI im Ergebnis auch nicht der Entscheidung des BULGARUS in der q. XC. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass Martinus in der q. CX zwei Fragen stellt, die voneinander zu trennen sind: Erstens, ob der Mieter Wertersatz für den Tod des Pferdes in der Schlacht zu leisten hat. Diese Frage ist, wie soeben dargelegt, zu verneinen. Zweitens, ob der Mieter seinen Mietzins (hier in Form von Waren) zurückverlangen kann. Sempronius argumentiert an dieser Stelle, dass er das Pferd nicht für den Ritt zu dem vertraglich bestimmten Ort nutzen konnte und der Vermieter somit seiner Pflicht nicht nachgekommen sei. MARTINUS entscheidet, dass Sempronius den Mietzins nicht zurückbekomme, da er unbedacht war, als er das Pferd in die Schlacht geführt hat, und die fehlende Nutzung somit auf seinem Verschulden beruhe. Hierbei handelt es sich indessen nicht um eine Haftung für einen zufällig eingetretenen Schaden.

²¹⁴ Q. XXVIII der *Collectio Parisiensis*, 241 bzw. q. CXXX der *Collectio Gratianopolitana*, 232.

Sachverhalt ähnliche Quaestion stammt aus den *Quaestiones insolubiles* des Hugolinus²¹⁵: Ein Verwalter schickt Bücher zu Titius, obwohl es der Eigentümer verboten hat. Die Bücher gehen auf dem Weg bei einem Überfall durch Räuber verloren.

Nach der Lösung des HUGOLINUS haftet der Verwalter. Als Grund für die Haftung verweist HUGOLINUS darauf, dass der Verwalter die Grenzen des Auftrags überschritten habe und gegen ein ausdrückliches Verbot des Auftraggebers verstoße. Die auf den ersten Blick ähnlichen Fälle werden von PILIUS und HUGOLINUS gegensätzlich entschieden. Der Grund für diesen unterschiedlichen Entscheidungen könnte sich in dem von HUGOLINUS vorgebrachten Einwand²¹⁶ finden: *nec admitto cum distinctione (utrum) esset eodem modo res peritura, an non*. Es komme also darauf an, ob die Sache (beim Gläubiger) auf dieselbe Weise untergegangen wäre. Ist das der Fall, so ist das Verhalten des Schuldners nicht kausal für den Untergang gewesen. Der Einwand mangelnder Kausalität scheint zu den gegensätzlichen Entscheidungen der beiden Juristen zu führen. In dem der Quaestion des PILIUS zugrunde liegenden Fall wäre das Geld auch bei einem Transport durch den beauftragten Boten aus demselben Grund (räuberischer Überfall) untergegangen. Demnach ist die Überschreitung der Grenzen des Auftrags durch die Übergabe an den Freund nicht kausal für den späteren Untergang geworden. Da der Auftragnehmer jedoch gerade nicht unbedingt haftet, sondern nur für den kausal auf seiner Überschreitung beruhenden Erfolg einstehen muss, spricht PILIUS den Boten im konkreten Fall wohl von der Haftung frei. Ein weiterer Grund für PILIUS' Entscheidung lässt sich darin finden, dass in dem Fall auch keine Gefahrerhöhung vorliegt. Durch die Übergabe des Geldes an den Freund wurde nicht die Gefahr des Überfalls erhöht, denn der Freund nahm wohl dieselbe Wegstrecke, die auch der Beauftragte genommen hätte. Dafür spricht der Umstand, dass die Quaestion nicht erwähnt, es sei wahrscheinlicher gewesen, dass der Freund ausgeraubt wird. Anders verhält es sich in dem in der Quaestion des HUGOLINUS geschilderten Fall. Hier gelingt dem Verwalter (Auftragnehmer) keine Entlastung durch den Einwand mangelnder Kausalität, denn die Bücher wären ohne die Pflichtverletzung des Verwalters nicht auf demselben Weg untergegangen. Sie wären nämlich überhaupt nicht losgeschickt worden. Das

²¹⁵ Q. XIX ed. V. RIVALTA, *Le Quaestiones di Ugolino glossatore* (Bologna 1891), 78 - 80.

²¹⁶ Derselbe Einwand wird auch von PILIUS in einer weiteren Quaestion angesprochen: q. VII, *Pilei Medicinensis quaestiones aureae*, Roma 1560, 12 f. und NICOLINI, *Pilii Medicinensis Quaestiones Sabbatinae. Saggio di edizione* (Modena, 1946), 27 - 29.

schuldhaftes Verhalten ist hier – anders als im ersten Fall – kausal für den Verlust der Bücher geworden. Zudem wurde durch die Versendung der Bücher die Gefahr des Verlustes erhöht. Der Verwalter haftet daher in dem Fall wohl für einen äquivalent kausal durch ihn verursachten Schaden. Zusammenfassend lässt sich auch bei den auf den ersten Blick gegensätzlich entschiedenen Fällen eine einheitliche Entscheidungsgrundlage erkennen.

Die Untersuchung der Quaestionen hat gezeigt, dass die Glossatoren auch in dieser Literaturgattung inhaltlich nicht von dem Prinzip einer Haftung für *culpa praecedens* abweichen. In Übereinstimmung mit den Ergebnissen zur Glossa Ordinaria deuten auch die Entscheidungen der Juristen in den Quaestionen auf eine Haftung für Gefahrerhöhung hin, die kein zwingender Beleg für die Anwendung des Rechtsgedankens des *versari in re illicita* ist. Das Kriterium der Gefahrerhöhung tritt allerdings nicht in allen Quaestionen so deutlich hervor²¹⁷, wie es in der Glossa Ordinaria der Fall ist.

§ 2. Entwicklung ab Guilelmus Duranti

Die Glossatoren entwickeln anhand der römischen Quellen, die eine Unfallhaftung in bestimmten Fällen schuldhaften Verhaltens vorsehen, die Lehre der *culpa praecedens*. Diese Doktrin bildet zusammen mit der Verzugshaftung ein zweigliedriges Haftungssystem. Sowohl die Aussagen der Glossa Ordinaria als auch die Quaestionen legen als Inhalt der *culpa praecedens*-Lehre eine Haftung für Gefahrerhöhung nahe. Der Schuldner haftet aufgrund seines schuldhaften Verhaltens für Zufall, jedoch nur für einen solchen, dessen Eintrittsgefahr durch sein Verhalten erhöht worden ist. Dies wird anhand der Fälle deutlich, an denen die *culpa praecedens*-Lehre von den Glossatoren angeführt wird und die dem Gedanken einer Haftung für Gefahrerhöhung zuzuordnen sind. Darüber hinaus wird der Aspekt der Gefahrerhöhung angedeutet durch Aussagen der Glossa Ordinaria wie beispielsweise: *Item si fuit in culpa, quia portavit rem depositam per locum periculosum: ut D. commo. l. in rebus § i. et l. si ut certo § interdum* (Ulp. D. 13,6,5,7).²¹⁸

Der Gedanke des *versari in re illicita*, der heutzutage als eine Haftung für alle Folgen eines unerlaubten Tuns verstanden wird, ist durch eine solche Haftung

²¹⁷ Vgl. Q. CXXIII (Mart.) der *Quaestiones Dominorum Bononiensium*, Collectio Parisiensis, ed. PALMIERI, in: *Bibl. iur. medii aevi*, Bd. 1, 255.

²¹⁸ Gl. *Dolo* ad Inst. 3,14,3.

für Gefahrerhöhung nicht zwingend belegt. Der Gedanke findet sich allein in der Verzugshaftung und zwar nur nach der Mindermeinung der Glossatoren, die den Verzugsschuldner nicht unbedingt haften lassen, sondern lediglich für die durch den Verzug kausal verursachten Folgen.

Bis hierher konnte demnach gezeigt werden, dass der Gedanke einer Haftung für *versari in re illicita*, so wie er heutzutage verstanden wird, weder durch die römischen Quellen noch durch die *culpa praecedens*-Theorie der Glossatoren zwingend belegt ist. Lediglich einer Mindermeinung zur Verzugshaftung kann der Gedanke zugeschrieben werden.

I. Speculum iudiciale des Guilelmus Duranti

Eine Übernahme ins Zivilrecht wird dadurch begünstigt, dass GUILIELMUS DURANTI die kanonistische Lehre in seinem *Speculum iudiciale* wiedergibt.²¹⁹ Dem weitreichenden Einfluss dieses Standardwerkes zum römisch-kanonischen Prozess ist wohl zuzuschreiben, dass die Doktrin zur Kenntnis der italienischen Legisten gelangt.

Facto autem si quis sponte committat homicidium propria manu, sit irregularis: etiam si Paganum, vel Sarracenum occiderit. [...] Idem etiam est, et si non sponte, sed casu, cum daret operam rei illicitae: vel si non adhibuit diligentiam, quam debuit: ut ex. De homic. C. sicut dignum et cap. Presbyterum. et cap. continebatur et c. ad audientiam. et c. Ioannes et. c. fin [X. 5,12 cc. 6,7,8,12,23,25]. Idem est, si causam proximam morti dedit: ut l. dist. studeat [D. 50, c. 39]. Vel si venenum dedit: ut eo. tit. si aliquis [X. 5,12,5] et C. de maleficis et mathe. l. i [X. 5,26,1]. sive accusator, vel iudex, vel advocatus, vel testis fuit in causa criminali: ut supra ver. item litigiosus, et C. [Speculum iudiciale, lib. I. partic. I, § 4, n. 9]. Si autem casu committitur homicidium, et dabat operam licitae rei et adhibuit diligentiam, quam potuit. et hoc non sit irregularis, ut ex. eodem lator. & ex litteris.ii. et c. seq. et c. Ioannes et c. fi. [X. 5,12 cc. 9,15,16,23,25] [...]²²⁰

DURANTI zählt in der Quelle allgemein die Fälle auf, in denen jemand aufgrund einer Tötung irregulär wird. Zunächst weist er daraufhin, dass der Täter einer willentlich verübten Tötung (*sponte committat homicidium*) stets irregulär

²¹⁹ Darauf weist auch ENGELMANN, Die Schuldlehre der Postglossatoren, 211, hin.

²²⁰ GUILIELMUS DURANTI, *Speculum iudiciale*, pars I et II, lib. I. partic. I, de dispensat § 4, n. 45, ed. Basel 1574, Nachdruck Frankfurt a. M. 2009, 70.

werde – selbst wenn er einen Heiden oder Sarazenen getötet habe. Im Anschluss widmet er sich der Frage der Verantwortlichkeit für ein *homicidium casuale*. Dabei gilt nach DURANTI dieselbe Abgrenzung zum *homicidium voluntarium*, die sich schon bei Kanonisten findet: *si non sponte, sed casu [committat homicidium]*. Entscheidend für eine Einordnung als *homicidium casuale* ist auch hier der fehlende Tötungswille. Für die Verantwortlichkeit verweist DURANTI auf die kanonistische Res-illicita-Lehre: *Idem etiam est, et si non sponte, sed casu, cum daret operam rei illicitae: vel si non adhibuit diligentiam, quam debuit*. Der Täter werde im Falle einer zufälligen Tötung irregulär, sofern er eine unerlaubte Handlung vorgenommen oder im Falle einer erlaubten Handlung die erforderliche Sorgfalt missachtet habe. Zur Begründung allegiert DURANTI Stellen aus dem Liber Extra.

Irregularität tritt nach DURANTI zudem ein, wenn der Täter eine *causa proxima* für den Tod gesetzt hat: *Idem est, si causam proximam morti dedit*. Als *causam proximam morti dedit* fasst DURANTI wohl die direkte Verursachung des Todes auf (*a corpore corpori datum*). Diese Fallgruppe erfasst – wie bereits beschrieben²²¹ – Sachverhalte, in denen der Täter zweifelsfrei den Erfolg herbeigeführt hat und deswegen dafür verantwortlich ist, ohne dass es auf die Unterscheidung nach der Erlaubtheit der Handlung ankommt. DURANTI verweist als Beispielsfall auf die bereits erörterte Entscheidung Papst Nikolaus' I., in der ein Priester einen Diakon, der auf einem Pferde saß, ohne Tötungswillen geschlagen hatte, der Diakon daraufhin vom Pferd stürzte und tödlich verunglückte.²²² Die Verweisung bezieht sich nach dem zuvor Gesagten auf die erste Variante, die Papst Nikolaus I. nennt, in der der Tod bereits durch den Schlag (die *percussio*) und nicht erst durch den Genickbruch verursacht worden ist. Eine derartige Verursachung kann als eine *causa proxima* aufgefasst werden. Des Weiteren führt DURANTI aus, dass eine Verursachung im Sinne einer *causa proxima* auch dann vorliege, wenn der Täter dem Opfer Gift verabreicht habe (*Vel si venenum dedit*) oder wenn ein Ankläger, Richter, Anwalt oder Zeuge an einem Todesurteil mitgewirkt haben (*vel iudex, vel advocatus, vel testis fuit in causa criminali*).

Abschließend erläutert DURANTI, dass der Täter im Falle einer ungewollten Tötung nach der Res-illicita-Lehre nicht irregulär werde, sofern er eine erlaubte Handlung vorgenommen und die erforderliche Sorgfalt beachtet habe: *Si autem*

²²¹ Siehe 2. Teil, § 1, S. 11 ff.

²²² D. 50, c. 39; siehe 2. Teil, § 1, S. 12.

casu committitur homicidium, et dabat operam licitae rei et adhibuit diligentiam, quam potuit. et hoc non sit irregularis. Auch hier zieht DURANTI zur Begründung Stellen aus dem Liber Extra heran.

Als wesentliches Ergebnis lässt sich festhalten, dass DURANTI die Res-illicita-Lehre für den Fall der zufälligen Tötung eines Menschen in der Gestalt wiedergibt, wie sie sich auch bei den Kanonisten findet.²²³ Der Täter muss für eine zufällige Tötung einstehen, sofern er eine hinreichende Bedingung für diesen Erfolg gesetzt hat und entweder eine unerlaubte Handlung vorgenommen oder im Falle einer erlaubten Handlung die erforderliche Sorgfalt missachtet hat. Dabei bezieht DURANTI seine Aussagen ausschließlich auf die kanonistische Rechtsfolge der Irregularität.

II. Tractatus de maleficiis des Albertus Gandinus

Einen allgemeingültigen Charakter erlangt die Lehre durch die Wiedergabe im Tractatus de maleficiis des ALBERTUS GANDINUS:

[17] Sed quid dicemus nos de maleficio commisso casu? Dic, quod nullo modo punitur, ff. de penis. l. respiciendum ad finem [D. 48,19,11,2], verbi gratia, ut quando venando committitur, vel etiam non punitur, quando impetu committitur, ut propter furorem vel ebrietatem, ut ff. ad l. Pompeiam de parricidiis l. pen. [D. 48,9,9] et ff. de officio presidis l. divus [D. 1,18,14]. Vel distingue latius secundum ius canonicum et Bernardum, quod, si aliquis commisit homicidium casu, quia aut dabat operam rei licite aut non. Primo casu, si adhibuit diligentiam quam debuit et potuit, in nullo ponitur, ut Extra de homicidio voluntario vel casuali c. ex litteris, et c. significasti et c. dilectus [X. 5,12, cc. 14,16,13], nisi inde scandalum grave esset, vel tanta laboraret infamia, quod purgatio esset indicenda, ut eod.tit. c. ex litteris [X. 5,12,14]. Si vero non adhibuit diligentiam, quam debuit, imputatur ei propter negligentiam, que culpe adnumeratur in hoc, quia non promovetur ad ordines nec utitur ordine iam suscepto, ut eod. tit. c. ad audientiam [X. 5,12,12]. Si vero dabat operam rei illicite, sive adhibuit diligentiam sive non, semper ei imputatur, ut eod. tit. c. continebatur et c. dilectus [X. 5,12 cc. 8,13] et ff. de regulis iuris l. culpa est [D. 50,17,36].²²⁴

²²³ Zum kanonistischen Standpunkt siehe 2. Teil, S. 9 ff.

²²⁴ Ed. H. KANTOROWICZ, Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik, Bd. II: Die Theorie, 297. Auf die Ausführungen des Gandinus weisen auch LÖFFLER, Die Schuldformen des Strafrechts, 147 Fn. 3, und MÜLLER, Ethik und Recht in der Lehre der Verantwortlichkeit, 101, hin.

GANDINUS beginnt seine Ausführungen mit dem Grundsatz, dass der Täter für einen zufälligen Erfolg nach dem weltlichem Strafrecht normalerweise nicht verantwortlich sei: *Sed quid dicemus nos de maleficio commisso casu? Dic, quod nullo modo punitur*. Als Beispiel eines solchen Erfolgs zieht er Marcianus D. 48,19,11,2 heran. Nach der Digestenstelle liegt ein zufälliger Erfolg vor, wenn der Jäger auf der Jagd seinen Speer nach einem wilden Tier wirft und dabei einen Menschen tötet. Für GANDINUS gilt somit dieselbe Definition eines zufälligen Delikts wie sie sich schon bei GOFFREDUS DE TRANO und GUILIEMUS DURANTI zum *homicidium casuale* findet: Erfasst sind Fälle, in denen der Erfolg nicht durch einen auf den Willen rückführbaren Umstand, sondern durch einen Unglücksfall oder eine unvorhersehbare Verkettung von Umständen eintritt. Zu dem Grundsatz, dass für einen zufälligen Erfolg nicht eingestanden werden muss, gilt nach GANDINUS eine Ausnahme: Anwendung finde die Unterscheidung des kanonischen Rechts nach der Erlaubtheit der Handlung. Bemerkenswert ist, dass GANDINUS die kanonistische Lehre an dieser Stelle in zwei Punkten verallgemeinert: Zum einen beschränkt er seine Ausführungen – anders als DURANTI – nicht mehr auf zufällige Tötungen, sondern spricht von *maleficiis commissis in casu*, also allgemein von zufälligen Delikten. Zum anderen gibt GANDINUS den kanonistischen Standpunkt nicht bloß wieder, sondern weist den Leser an, die Res-illicita-Lehre in Fragen der Zurechnung zufälliger Tötungen anzuwenden: *Vel distingue latius secundum ius canonicum et Bernardum, quod, si aliquis commisit homicidium casu, quia aut dabat operam rei licite aut non*.

Im Anschluss gibt GANDINUS die kanonistische Lehre fast wörtlich in der Gestalt wieder, wie sie sich bei BERNHARD VON PARMA in der Glossa Ordinaria zum Liber Extra findet.²²⁵ Im Falle einer erlaubten Handlung und der Anwendung der erforderlichen Sorgfalt werde der Täter auf keine Weise bestraft. Eine Ausnahme bestehe für den Fall, in dem dem Täter nach den Sätzen der Irregularität ein Reinigungseid auferlegt werde.²²⁶ Falls der Täter jedoch fahrlässig gehandelt habe, werde ihm der Tod aufgrund seiner Nachlässigkeit zugerechnet und er werde irregulär: *Si vero non adhibuit diligentiam, quam debuit, imputatur ei propter negligentiam, que culpe adnumeratur in hoc, quia non promovetur ad ordines*

²²⁵ BERNHARD VON PARMA, Gloss. Ord. zu X. 5,12,6 v. 'consilium'.

²²⁶ Dieser Zusatz findet sich wörtlich so auch bei BERNHARD VON PARMA, Gloss. Ord. zu X. 5,12,6,7 v. 'consilium'.

nec utitur ordine iam suscepto. Bei einer unerlaubten Handlung werde der Tod dem Täter stets zugerechnet.

Wie auch schon DURANTI gibt GANDINUS die Res-illicita-Lehre inhaltlich in Übereinstimmung mit der kanonistischen Lehre wieder. Ein wesentlicher Unterschied besteht jedoch darin, dass er den Anwendungsbereich der Lehre in zwei Punkten verallgemeinert: Erstens ist die Lehre nach GANDINUS Ausführungen nicht mehr auf die Fälle zufälliger Tötungen beschränkt, sondern für alle zufällig verursachten Delikte gültig. Zweitens handelt es sich bei den Ausführungen GANDINUS' nicht mehr bloß um eine abstrakte Wiedergabe des kanonistischen Rechts; vielmehr erfolgt eine konkrete Handlungsanweisung an den Leser, die Unterscheidungskriterien der Res-illicita-Lehre bei Zurechnungsfragen heranzuziehen.

III. Practica criminalis und Cinus de Pistoia

Trotz der Wiedergabe im Speculum iudiciale und im Tractatus de maleficiis wird die kanonistische Res-illicita-Lehre in der darauf folgenden Zeit von der Practica criminalis²²⁷ sowie von CINUS DE PISTOIA nicht übernommen. Die Practica criminalis und CINUS DE PISTOIA, die wortgleich dieselbe Lehre vertreten, knüpfen vielmehr inhaltlich und terminologisch an die *culpa praecedens*-Lehre der Glossatoren an.²²⁸

[...] ulterius sic distingue, quia quidam, est casus fortuitus, qui praevideri non potest: et tunc iste, qui talem casum fortuitum admisit est extra omne delictum in totum, ut C. de pignoratitia actione, L. quae fortuitous [C. 4,24,6]: alius est casus fortuitus, qui praevideri potest: et tunc, quia culpa praecedat casum istum, ideo, talis non est in totum extra delictum, sed quantum ad poenam legis Cornelia de sicaris, prout antea dixi, quia ibi exigitur dolus, qui non committitur sine animo, sed culpa potest committi sine animo, et ideo ratione culpae extraordinarie punitur

²²⁷ Während die Practica criminalis lange als Werk des JACOBUS DE BELVISIO angesehen wurde, so wird sie diesem heute nicht mehr zugeschrieben. Der wahre Autor ist unbekannt. Das Werk findet sich dennoch häufig unter BELVISIOS Namen gedruckt. Dazu LANGE, Bd. II, 620; MAFFEI, Giuristi, 2 f., 6, 42 ff.

²²⁸ ENGELMANN, Die Schuldlehre der Postglossatoren, 214 f., stellt heraus, dass sich „die erste präzise Fassung der Lehre vom verschuldeten Casus“ bei JACOBUS DE BELVISIO und CINUS DE PISTOIA fände. Er weist darauf hin, dass beide offenbar ihre Lehre von einem Dritten – vielleicht ihrem Lehrer DINUS – übernommen hätten. Der Gedanke einer Zufallshaftung aufgrund eines vorausgegangenen Verschuldens findet sich freilich schon in der *culpa praecedens*-Lehre der Glossatoren, siehe 3. Teil, 2. Kap., § 1, S. 63 ff. Die Practica criminalis und CINUS DE PISTOIA stellen im Gegensatz zu den Glossatoren auf das Kriterium der Vorhersehbarkeit ab (dazu sogleich).

ut D. sicariis, l. in lege [D. 48,8,7]. ex istis potest decidi quaestio, quod si commo-
davi alicui equum, et ille, qui equum commodato accepit, invadens inimicos, fuit
interfectus cum equo, quod heredes eius teneantur mihi emere equum, quia fuit in
culpa, quia primo invasit et ubi culpa praecessit casum, non excusatur quis, ut D.
commodati. L. si ut certo, § commodatum [D. 13,6,5,3], et D. depositi, L. quod
Nerva [D. 16,3,32], et C. mandate, L. penultima, in principio [C. 4,35,23 pr.], et
D. locati, L. si merces, § culpae [D. 19,2,25,4], et D. pro socio, L. cum duobus, §
fin. [D. 17,2,52,18] et de actionibus empti, L. Iulianus, § praeterea, vers. modo
[D. 19,1,13,22 (a.E.)], et est expressum, D. ad legem Aquiliam, L. si ex plagis, §
primo [D. 9,2,52,1] [...]²²⁹

Die Practica criminalis unterscheidet nach dem Kriterium der Vorhersehbarkeit
des Zufalls. Der Täter ist in keinem Fall strafbar, sofern der Erfolg durch einen
Zufall verursacht wurde, der nicht vorhergesehen werden konnte: *est casus for-
tuitus, qui praevideri non potest: et tunc iste, qui talem casum fortuitum admisit
est extra omne delictum in totum.*

Eine Verantwortlichkeit besteht jedoch dann, wenn der Täter den Zufall vorher-
sehen konnte. Zur Begründung stellt die Practica criminalis darauf ab, dass eine
culpa praecedens gegeben sei: Zufall, den man vorhersehen konnte, ist schuld-
haft verursacht. Der Vorwurf, der sich aus dieser Aussage ergibt, ist wohl fol-
gender: Sofern der Eintritt des Erfolgs vorhersehbar war, hätte der Täter diesen
vermeiden können und müssen. Deswegen wird dem Text nach auch *ratione cul-
pae extraordinarie punitur*. Wie oben gezeigt, begründet das Vorliegen einer
culpa praecedens in der Lehre der Glossatoren eine Einstandspflicht für Gefah-
rerhöhung, d.h. der Täter ist für einen solchen Zufall verantwortlich, dessen Ein-
trittsgefahr durch seine Handlung erhöht worden ist.²³⁰ Im Gegensatz hierzu dif-
ferenziert die Practica criminalis anhand des Kriteriums der Vorhersehbarkeit
des Zufalls. Während es also nach dem Verständnis der Glossatoren auf die ob-
jektive Gefährlichkeit der Handlung ankommt, stellt die Practica criminalis dem-
gegenüber auf das subjektive Kriterium der Vorhersehbarkeit ab. In den meisten

²²⁹ Aurea Practica criminalis, lib. III, cap. 26, Nr. 11 u. 12 (Ausgabe Köln, 1580, 650); Die
Lehre findet sich wortgleich bei CINUS DE PISTOIA Lectura super Codice, ad C. 9,16,1,
Nr. 1: *Sol. casus fortuitus alius est, qui provideri non potest, et iste talis extra noxam est
in totum, ut dictis II. alius est casus fortuitus, qui praevideri potest: et tunc quia culpa
praecedat casum istum non est extra noxam in totum, sed quantum ad poenam l. Cor.de
sica. Sic ubi exigitur dolus, ut infra eo. l. si quis et D. eo. l. i. Dolus autem non committitur
sine animo, sed culpa sic. Unde ratione culpa punitur extra ordinem, ut D. e. l. lege.*

²³⁰ Siehe 3. Teil, 2. Kap., § 1, I., S. 63 ff.

Fällen werden die Kriterien zu denselben Ergebnissen kommen. So zieht auch die *Practica criminalis* den schon aus den *Digesten* bekannten Beispielsfall heran, in dem der Entleiher mit dem geliehenen Pferd in die Schlacht reitet, in der dann das Pferd verstirbt. Die *Practica criminalis* wandelt den Fall dahingehend ab, dass auch der Entleiher selbst in der Schlacht mit dem Pferd zu Tode kommt und sich die Klage des Verleihers gegen die Erben richtet. Nach der Entscheidung der *Practica criminalis* muss der Erbe dem Verleiher ein neues Pferd kaufen; er haftet mithin für den zufälligen Untergang des Pferdes in der Schlacht. Grund der Haftung ist, dass der Tod des Pferdes dadurch vorhersehbar geworden ist, dass der Entleiher mit diesem in die Schlacht geritten ist, und somit eine *culpa praecedens* vorliegt, die die Zufallshaftung nach sich zieht.

Der Blick auf die *Practica criminalis* hat gezeigt, dass diese versucht, eine einheitliche Lehre für die Zurechnung zufälliger Erfolge anhand des Differenzierungskriteriums der Vorhersehbarkeit des Zufalls zu bilden. Das Kriterium ist ein rein subjektives. Demgegenüber differenziert die *Res-illicita*-Lehre anhand der Erlaubtheit der Handlung, also einem objektiven Kriterium. Nach dem kanonistischen Standpunkt findet sich in der *Res-illicita*-Lehre darüber hinaus eine weitere Differenzierung anhand subjektiver Maßstäbe, nämlich der Frage, ob der Täter im Falle einer erlaubten Handlung die erforderliche Sorgfalt missachtet hat. Zudem bedient sich die *Practica criminalis* der Terminologie der *culpa praecedens*-Lehre, stellt dabei jedoch anders als die Glossatoren nicht auf die objektive Gefaherhöhung der Handlung, sondern auf das subjektive Kriterium der Vorhersehbarkeit ab.

§ 3. Systembildung durch Guilelmus de Cuneo und Bartolus – Rezeption der *Res-illicita*-Lehre

Nach den bisherigen Ergebnissen spricht einiges dafür, dass der Weg für eine Rezeption der *Res-illicita*-Lehre ins Zivilrecht durch die Wiedergabe im *Speculum iudiciale* und im *Tractatus de maleficiis* bereitet worden ist. In der nachfolgenden Zeit finden sich verschiedene Begründungsansätze zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen zufällige Erfolge zuzurechnen sind. Einen ersten Versuch der Bildung einer einheitlichen Theorie enthält die *Practica criminalis* bzw. die Lehre *CINUS DE PISTOIAS*, die anhand des Kriteriums der Vorhersehbarkeit des zufälligen Erfolgs differenzieren. Dabei bedienen sich die Autoren der Terminologie der *culpa praecedens*-Lehre der Glossatoren.

I. Haftungssystem nach Guilelmus de Cuneo

Eine systematische Darstellung aller Tatbestände, bei denen ein Verschulden eine Zufallshaftung auslöst, findet sich wohl zuerst bei GUILIELMUS DE CUNEO. Er vereint die Lehre der *culpa praecedens* und des *versari in re illicita* zu einem einheitlichen Haftungssystem.²³¹ GUILIELMUS DE CUNEO gibt seine Lehre in der *Lectura super digestum vetus* zum *commodatum* wieder.

[...] Item si culpa intercedit tenetur de casu fortuito videtur supra in § sed interdum supra de com. [D. 13,6,5,7] ca. dicti § si peculiam § ult. [D. 40,7,20,6²³²] et supra § quod vero si [D. 1,3,14] ar. sis in culpa teneris videtur in § si in totum²³³ [D. 25,1,4] quaeritur si quaeras ne quid si culpa faciat teneri de casu vel utrum casu excuset eum aut ista²³⁴ culpa non cadit in speciem more sed aut est in culpa, et tunc aut ista culpa non est ordinata ad casum et tunc non tenetur de casu culpa. immo casus excusat a culpa, infra. quod vi aut clam si alius et est alia [D. 43,24,7,4]. ar. infra, de sta. li. l. non omne²³⁵ [D. 40,7,38] aut culpa potest esse ordinata ad casum et tunc aut casu non venissem nisi culpa praecessissem. Tunc dico quod tenetur de casu videtur in isto § sed interdum [D. 13,6,5,7] est exemplis hic positus aut cave casus unde evenisse(m) nisi culpa non intervenisse(m). Et tunc aut culpa est commissa in non faciendo et tunc non facit teneri de casu immo casus subsequentis facit evitare culpam de ipse in tenendo factis, l. et in totum [D. 25,1,4] et habentis scilicet infra de dampno infec. l. dampno in [D. 39,2,2 und eod. 3] aut culpa est in faciendo, et tunc aut dabat opera rei licite et tunc culpa non facit ipsum tene(ri) de casu immo casus excusat ipsum a culpa, infra de ac. et ob si is qui [D. 44,7,18], infra ad l. ro. de iac. l. ult § i [D. 14,2,10,1], aut dabat operam rei illicite et tunc culpa facit ipsum tene(ri) de casu, supra ad l. aquil. l. ita vulneratus [D. 9,2,51].²³⁶

²³¹ ENGELMANN, Die Schuldlehre der Postglossatoren, 210 ff., weist darauf hin, dass der kanonistische Einfluss erst durch Bartolus und Baldus zurückgewiesen und die Lehre präzise gefasst werde. Zur strafrechtlichen Entwicklung, insbesondere der Auswirkung der Res-illicita-Lehre auf das erfolgsqualifizierte Delikt und die Figur der *actio libera in causa*, siehe MÜLLER, Ethik und Recht in der Lehre der Verantwortlichkeit, 101 ff.

²³² An dieser Stelle ist die Hs. nicht eindeutig lesbar. Dass die Allegation auf Paul. D. 40,7,20,6 hinweist, kann deshalb nur vermutet werden. Der Hinweis ergibt jedoch wenig Sinn.

²³³ Es ist wohl die *l. et in totum* (Paul. D. 25,1,4) gemeint.

²³⁴ *Iusta*, Cod. 2257.

²³⁵ *Non esse*, Cod. 2257.

²³⁶ Wien ÖNB, Cod. 2257, fol. 124a.

DE CUNEO geht von der Grundannahme der *culpa praecedens*-Theorie aus, dass der Schuldner für Zufall haftet, wenn ein Verschulden dazwischentritt: *Item si culpa intercedit tenetur de casu fortuito*. Als Anwendungsfall dieser Regel verweist er auf Ulp. D. 13,6,5,7. Diese Annahme gelte jedoch nicht ausnahmslos; es sei vielmehr zu differenzieren. So stelle sich die Frage, in welchen Fällen ein Verschulden eine Zufallshaftung auslöst und wann der schuldhaft Handelnde umgekehrt durch den Zufall von der Haftung befreit ist: *quaeritur si quaeras ne quid si culpa faciat teneri de casu vel utrum casu excuset eum*.

Das Haftungssystem des GUILIELMUS DE CUNEO ist in fünf Distinktionsschritte gegliedert. Zunächst komme es darauf an, ob durch das schuldhafte Verhalten Verzug vorliege: *aut ista culpa non cadit in speciem more*. Sind nämlich die Voraussetzungen des Verzugs erfüllt, haftet der Schuldner allein aufgrund des Verzugs.²³⁷ Andernfalls liege ausschließlich ein Verschulden vor (*sed aut est in culpa*), das nur aufgrund weiterer Differenzierungen zu einer Haftung führe.

Begründet das Verhalten des Schuldners keinen Verzug, so ist laut DE CUNEO in einem weiteren Schritt zu unterscheiden: *aut ista culpa non est ordinata ad casum*. Entscheidend ist in diesem Schritt offenbar, ob die schuldhafte Handlung dem Zufall zuzuordnen ist. Wann diese Voraussetzung gegeben ist, wird erst durch BARTOLUS' Kommentar²³⁸ deutlich: *quia ex illa culpa nullo modo potuisset casus ille contingere*. Die schuldhafte Handlung ist dann nicht dem Zufall zuzuordnen, sofern der Zufall durch die Handlung des Schuldners in keiner Weise herbeigeführt worden sein kann. Aus dieser Formulierung lässt sich die Beschränkung auf die Fälle der Gefahrerhöhung entnehmen, die sich auch in der *culpa praecedens*-Lehre der Glossatoren findet²³⁹. Das schuldhafte Verhalten muss grundsätzlich geeignet sein, den Erfolg herbeizuführen. Hat das Verhalten des Schuldners die Gefahr des Erfolgseintritts nicht erhöht, so kann der Zufall in keiner Weise durch dieses Verhalten herbeigeführt worden sein. In diesem Fall befreit der Zufall den Schuldner von der Haftung: *aut ista culpa non est ordinata ad casum et tunc non tenetur de casu culpa. immo casus excusat a culpa*. DE CUNEO

²³⁷ Diesen Aspekt arbeitet BARTOLUS klarer heraus, siehe 3. Teil, 2. Kap., § 3, II., S. 94.

²³⁸ BARTOLUS, *Lectura super digestum vetus*, ad Ulp. D. 13,6,5,7 siehe dazu 3. Teil, 2. Kap., § 3, II., S. 92 ff.

²³⁹ Dazu 3. Teil, 2. Kap., § 1, S. 63 ff.

allegiert als Beispiel für einen solchen Fall Ulp. D. 43,24,7,4²⁴⁰. Die Digestenstelle behandelt die Frage, wann jemand das Haus seines Nachbarn zerstören darf, um einem Feuer, das dieses erfasst hat, Einhalt zu gebieten. Es steht außer Frage, dass in dem von ULPIAN geschilderten Fall die Handlung des Schuldners (der Abriss des Hauses) die Zufallsgefahr des Feuers nicht herbeigeführt hat, denn das Feuer war bereits im Gange, bevor der Schuldner das Haus zerstört hat. Die beiden Ursachen stehen folglich in keinerlei Zusammenhang. Diese Erwägungen legen nahe, warum DE CUNEO die Digestenstelle als Beispielsfall allegiert, in dem das Verhalten des Schuldners nicht *ordinata ad casum* ist.

Sofern die Handlung hingegen zur Herbeiführung des Erfolgs geeignet ist, ist nach der Lehre DE CUNEO in einem dritten Schritt anhand der Ursächlichkeit der Handlung zu differenzieren. So soll danach gefragt werden, ob der Zufall auch ohne die schuldhafte Handlung eingetreten wäre. Stelle die Handlung eine notwendige Bedingung für den Zufallseintritt dar, so haftete der Schuldner: *aut culpa potest esse ordinata ad casum et tunc aut casu non venissem nisi culpa praecessissem. Tunc dico quod tenetur de casu*. Vieles spricht dafür, dass sich diese Variante inhaltlich mit der *culpa praecedens*-Haftung der Glossatoren deckt. Der Schuldner muss aufgrund seines schuldhaften Verhaltens für einen solchen Zufall eintreten, für den sein Verhalten ursächlich geworden ist und dessen Eintrittsgefahr er erhöht hat. An dieser Stelle übernimmt DE CUNEO wohl die *culpa praecedens*-Lehre der Glossatoren. Er spezifiziert deren Voraussetzungen, ohne dabei inhaltlich von der Lehre der Glossatoren abzuweichen. Im Einklang hierzu findet sich bei DE CUNEO wie auch schon bei den Glossatoren die Allegation von Ulp. D. 13,6,5,7²⁴¹ als ein Anwendungsfall dieser Regel. Im Fall von Ulp. D. 13,6,5,7 trifft folglich die Ausgangshypothese DE CUNEO *Item si culpa intercedit tenetur de casu fortuito* zu. Daher allegiert DE CUNEO die Stelle wohl auch schon zu Beginn seiner Ausführungen (*videtur supra in § sed interdum*) und verweist später insbesondere auf die in der Stelle genannten Beispiele, die eine solche Haftung veranschaulichen sollen. In dem der Stelle zugrunde liegenden Fall hatte der Entleiher einen als Maler geliehenen Sklaven entgegen der Parteivereinbarung zur Arbeit auf ein Gerüst geschickt, von dem aus der Sklave

²⁴⁰ Als Beweis für eine solche Haftungsbefreiung gibt DE CUNEO ferner Paul. D. 40,7,38 an. Die Stelle ist für die Frage, wann das Kriterium des *est ordinata ad casum* erfüllt ist, jedoch wenig aussagekräftig.

²⁴¹ Zum Römischen Recht siehe 3. Teil, 1. Kap., § 2, I, S. 32 ff., für die Glossatoren 3. Teil, 2. Kap., § 1, S. 63 ff.

in den Tod gestürzt war. Die Arbeit auf dem Gerüst ist gefährlicher als die Tätigkeit auf dem Boden, weil sie mit der Gefahr des tödlichen Abstürzens verbunden ist. Das schuldhafte Verhalten (Anweisung zur Arbeit auf dem Gerüst) stellt mithin eine für den Tod des Malers ursächliche Bedingung dar, und die durch dieses Verhalten begründete Gefahr hat sich im Erfolg realisiert. Ebenso verhält es sich in dem anderen Fall des Paragraphen, in dem der Entleiher mit einem entliehenen Pferd in die Schlacht reitet und das Pferd in der Schlacht stirbt.

Ist das Verhalten indessen nicht ursächlich für den Erfolg geworden, da dieser auch ohne das schuldhafte Handeln eingetreten wäre (*aut cave casus unde evenisse[m] nisi culpa non intervenisse[m]*), so ist nach der Lehre DE CUNEOS weiter zu differenzieren. In einem vierten Schritt soll maßgeblich sein, ob das Verhalten des Schuldners in einem Tun oder einem Unterlassen liegt. Ein Unterlassen löse keine Zufallshaftung aus: *Et tunc aut culpa est commissa in non faciendo et tunc non facit teneri de casu.*

Im Falle eines Tuns komme es auf in einem letzten Schritt auf die Unterscheidung an, ob das Verhalten des Schuldners eine erlaubte oder eine unerlaubte Handlung darstelle. Liegt ein erlaubtes Verhalten vor, so sei der Schuldner aufgrund des Zufalls von einer Haftung entlastet. Im Falle einer unerlaubten Handlung müsse er jedoch für den zufälligen Erfolg einstehen: *aut culpa est in faciendo, et tunc aut dabat opera rei licite et tunc culpa non facit ipsum tene(ri) de casu immo casus excusat ipsum a culpa. [...] aut dabat operam rei illicite et tunc culpa facit ipsum tene(ri) de casu.*

Beleg einer Haftungsbefreiung im Falle einer erlaubten Handlung soll nach DE CUNEO Lab. D. 14,2,10,1 sein.²⁴² In dem bereits erörterten Fall hatte ein Kapitän entgegen der Vereinbarung im Frachtvertrag die Ware auf ein schlechteres Schiff umgeladen, mit dem diese dann untergegangen war.²⁴³ Im Ausgangsfall muss der Kapitän für den Verlust der Ware einstehen. Da DE CUNEO die Stelle allerdings gerade als ein Beispiel für eine Haftungsbefreiung allegiert, liegt es nahe, dass er auf die von PAULUS hinzugefügte Abwandlung hinweist, in der der Kapitän von der Haftung befreit ist: *immo contra, si modo ea navigatione utraque navis periit.* Die Fallvariante beinhaltet den Fall des Sowieso-Untergangs: Die Ware

²⁴² Wenig Klarheit bietet indes die Allegation von Iul. D. 44,7,18.

²⁴³ Zum Römischen Recht siehe 3. Teil, 1. Kap., § 4, S. 50 ff.; für die Glossatoren 3. Teil, 2. Kap., § 1, I., S. 67 ff.

wäre auch dann in dem Sturm untergegangen, wenn der Kapitän sie nicht umgeladen hätte, sondern mit dem vertraglich bestimmten Schiff gefahren wäre. Ein Verschulden des Kapitäns wird in dem Fall durch die Umladung begründet. Obwohl daher in Lab. D. 14,2,10,1 eine Pflichtverletzung des Kapitäns gegeben ist, scheint DE CUNEO davon auszugehen, dass es sich hierbei um eine erlaubte Handlung handelt, denn er allegiert die Digestenstelle als einen Fall einer erlaubten Handlung, in dem dem Schuldner die Berufung auf einen hypothetischen Kausalverlauf gestattet wird. Diese Erwägungen legen nahe, dass sich Verschulden und Erlaubtheit der Handlung nach der Ansicht DE CUNEO nicht ausschließen. Ein Verschulden führt nach seiner Auffassung offenbar also nicht zwangsläufig dazu, dass auch eine unerlaubte Handlung vorliegt. Dafür spricht auch die Formulierung, die DE CUNEO in seiner Lectura verwendet. So spricht er zum einen davon, dass eine *opera rei licitae* vorliegt, und sagt gleichzeitig, dass in einem solchen Fall die *culpa* nicht immer zu einer Haftung für Zufall führt: *aut dabat opera rei licite et tunc culpa non facit ipsum tene(ri) de casu immo casus excusat ipsum a culpa*. Eine Begründung für diese Unterscheidung liefert DE CUNEO nicht. Vorstellbar wäre, dass *culpa* für DE CUNEO eine andere Qualität besitzt als eine Handlung, die für sich gesehen *illicita* ist. Nach dem Gesagten soll die Allegation DE CUNEO an dieser Stelle wohl insbesondere den Blick auf die von PAULUS hinzugefügte Ausnahme lenken, in der im Falle einer erlaubten Handlung eine Entlastung durch einen hypothetischen Kausalverlauf (hier der So-wieso-Untergang) zugelassen wird. Genau diese Art von Haftungsbefreiung ordnet DE CUNEO in seinem fünften Distinktionsschritt an.

Ein Beispiel für die Haftung aufgrund einer unerlaubten Handlung findet DE CUNEO in Iul. D. 9,2,51. Das Fragment behandelt Fälle der Tötung eines Sklaven: Im Principium wird ein Sklave zunächst durch den Täter tödlich verletzt, stirbt dann aber durch den Schlag eines Dritten. In Paragraph 1 verletzen mehrere Täter einen Sklaven derart, dass nicht geklärt werden kann, wessen Schlag zum Tod geführt hat. Nach der Entscheidung des Juristen sind in beiden Fallvarianten jeweils alle Täter nach der Lex Aquilia verantwortlich. Der letzte Paragraph des Fragments befasst sich mit der Schadensberechnung bei mehreren Beteiligten. Auch in diesen Fällen könnte sich die Frage einer Entlastung aufgrund hypothetischer bzw. alternativer Kausalverläufe stellen. Beiden Sachverhalten ist gemein, dass der Tod des Sklaven auch ohne die Handlung des einen Täters eingetreten wäre. Im ersten Fall könnte der Kausalverlauf ,Tod aufgrund des Schlags durch

den Dritten‘ als Entlastung für den vom Täter in Gang gesetzten Kausalverlauf gesehen werden. Hier liegt ein Fall der sog. überholenden bzw. abbrechenden Kausalität vor, da die durch den Schlag des Dritten gesetzte Bedingung an den durch den ersten Täter in Gang gesetzten Kausalverlauf anknüpft. Im zweiten Fall könnte eine Entlastung der Beteiligten nach der Rechtsfigur der alternativen bzw. der kumulativen Kausalität in Betracht gezogen werden. Im Gegensatz zur Umladung in Lab. D. 14,2,10,1, die wohl nur eine *culpa* begründet, scheint die Tötung für DE CUNEO eine an sich verbotene Handlung darzustellen, die nach seiner Lehre unterschiedslos eine Haftung nach sich zieht. Eine Entlastung aufgrund hypothetischer oder alternativer Kausalverläufe scheidet somit aus.

Nach dem Gesamtzusammenhang der Ausführungen lässt sich DE CUNEO'S 'Verständnis der kanonistischen Res-illicita-Lehre wie folgt beschreiben: Wer etwas Verbotenes tut, muss für alle Folgen einstehen. Eine Entlastung durch einen hypothetischen Kausalverlauf wird nur im Fall einer erlaubten Handlung zugelassen. Hervorzuheben ist, dass an dieser Stelle eine Rezeption der kanonistischen Res-illicita-Lehre stattfindet. In seinem fünften Distinktionsschritt unterscheidet DE CUNEO, ob eine erlaubte oder eine unerlaubte Handlung gegeben ist. Dabei bedient er sich der Terminologie der kanonistischen Lehre (*aut dabat opera rei licite [...] aut dabat operam rei illicitae*). Anders als bei den Kanonisten, bei denen es auf die Erlaubtheit der Handlung wohl nur ankommt, sofern die Handlung eine hinreichende Bedingung zur Herbeiführung des Erfolgs darstellt, zieht DE CUNEO das Kriterium der Erlaubtheit offenbar in Fällen heran, in denen der Erfolg auch ohne das Verhalten des Schuldners eingetreten wäre. Vieles spricht demnach dafür, dass in DE CUNEO'S Lehre eine Erweiterung gegenüber dem kanonistischen Standpunkt in der Hinsicht stattfindet, dass im Falle einer unerlaubten Handlung eine unbedingte Einstandspflicht begründet wird, also eine Einstandspflicht für einen solchen Erfolg, der ohne die unerlaubte Handlung ohnehin eingetreten wäre. Die Unterscheidung nach der Erlaubtheit der Handlung ist hier also offenbar nur für die Frage wichtig, ob im Falle des Sowieo-Untergangs eine Haftungsbefreiung zugelassen wird. Indes fällt die Unterscheidung, ob der Schuldner im Falle einer erlaubten Handlung sorgfältig gehandelt hat, wohl weg. Im Falle einer erlaubten Handlung scheint der Schuldner also stets durch den Sowieo-Untergang entlastet zu werden, ohne dass es auf die Einhaltung einer etwaigen Sorgfaltspflicht ankommt.

II. Bartolus als Anhänger der Lehre de Cuneos

In seinem Kommentar zum Digestum vetus übernimmt BARTOLUS die von GUILIELMUS DE CUNEO geprägte grundlegende systematische Darstellung der verschiedenen Tatbestände, in denen ein Verschulden eine Zufallshaftung auslöst. Seine Ausführungen hierzu finden sich zum einen in der Kommentierung zu Ulp. D. 13,6,5,7, die auch für die Glossatoren die *sedes materiae* zur Lehre der *culpa praecedens* darstellt²⁴⁴, zum anderen in der Kommentierung zu Pomp. D. 13,1,16, einem Fall des *furtum usus*²⁴⁵. Dabei verweist BARTOLUS stets ausdrücklich auf DE CUNEO.

Bartolus ad Ulp. D. 13,6,5,7

§ *Sed interdum*. [...] No. quod quis tenetur de casu, quando culpa praecedit casum. Contra hoc opp. infra ad l. Rhod. de iact. l. fi. § i. [D. 14,2,10,1] Gl. dicit, fallit, ibi. nec aliter solvit. Tu dic clarius. Quandoque culpa praecessit casum, utrum quis teneatur de casu? dic secundum Gul. sic. Aut illa culpa cadit in moram, et tenetur de casu. l. quod te supra. si cer. per. [D. 12,1,5] et l. si ex legati causa. de ver. obl. [D. 45,1,23] Aut non cadit in moram: et tunc aut illa culpa non est ordinata ad casum, quia ex illa culpa nullo modo potuisset casus ille contingere: et tunc non tenetur de casu: l. non omne. de stat. lib. [D. 40,7,38] facit l. si alius. § est et alia. Quod vi aut clam [D. 43,24,7,4]. Quandoq; culpa potest esse ordinata ad casum: quia ex ea potest contingere casus: tunc aut casus secutus est propter illam culpam: et tunc tenetur de casu, ut hic. Aut casus nihilominus contigisset, posito quod culpa non intercessisset: et tunc aut culpa fuit commissa in non faciendo, et quis non tenetur de casu: l. et in totum. infra. de impen. [D. 25,1,4] Aut fuit commissa in faciendo: et tunc aut illud factum non cadebat in delictum: et tunc non tenetur de casu: ut l. fi. § i. infra ad l. Rhod. de iact. [D. 14,2,10,1] et l. si is qui infra de act. et oblg. [D. 44,7,18] facit d. l. si alius. et est et alia. quod vi aut clam [D. 43,24,7,4]. Aut illum factum cadebat in delictum: et tunc tenetur quando-cunque de casu postea eveniente: ut l. ita vulneratus. ad l. Aquil. [D. 9,2,51] secundum Gul. Tu hoc ultimum subdistingua, Aut delictum committebatur circa rem ipsam: et verum dicit Gul. Aut committebatur circa usum rei: et tunc secus supra. de cond. fur. l. qui furtum [D. 13,1,16]. Et ibi vidistis. Ex his habes, qualiter

²⁴⁴ Dazu 3. Teil, 2. Kap., § 1, I., S. 63 ff.

²⁴⁵ Für das Römische Recht siehe 3. Teil, 1. Kap., § 1, I., S. 34 ff.; für die Glossatoren 3. Teil, 2. Kap., § 1, I., S. 69 f.

debeas formare positiones et articulos, ut concludatur, quod culpa faciat quem teneri de casu. Nam quandoque; debet concludi, quod propter culpam casus evenit: quandoque; hoc non est necesse. Item ex praedictis habes, qualiter debeant formari articuli ex parte rei; scilicet quod casus evenisset, etiam si culpa non praecessisset: ut praedictis pater.²⁴⁶

Wie GUILIELMUS DE CUNEO schließt sich auch BARTOLUS der Grundannahme der *culpa praecedens*-Lehre an, dass ein Verschulden die Zufallshaftung auslöst: *Nota quod quis tenetur de casu, quando culpa praecedit casum*. Im Anschluss wirft er die Frage auf, ob diese Annahme ausnahmslos zutreffe: *Quandoque culpa praecessit casum, utrum quis teneatur de casu?* Unter ausdrücklicher Nennung von GUILIELMUS DE CUNEO übernimmt BARTOLUS wohl dessen in fünf Distinktionsschritte gegliedertes Haftungssystem, ohne jedoch inhaltliche Änderungen vorzunehmen. Einige Aspekte arbeitet BARTOLUS indes deutlicher heraus.

Zu Beginn legt BARTOLUS dar, die Annahme, ein Verschulden löse stets eine Zufallshaftung aus, treffe auf den ersten Blick in einem Fall nicht zu. Die Accursische Glosse merke nämlich zu Lab. D. 14,2,10,1 *fallit* an. Gemeint sei, dass die *culpa praecedens*-Lehre in diesem Fall keine Anwendung finde, die Lehre mithin täusche. Jedoch weist BARTOLUS anschließend darauf hin, dass auch die Glosse den Fall im Einklang mit der Regel löse (*nec aliter solvit*). Der Hintergrund für Aussage BARTOLUS' könnte derselbe sein, den wir auch schon bei der Glosse gesehen haben: Auch die Glosse versteht Lab. D. 14,2,10,1 als einen Fall, in dem durch die Umladung ein Verschulden begründet wird, das dem zufälligen Untergang der Ware durch Schiffbruch vorausgeht. Obwohl das Vorliegen einer *culpa praecedens* eigentlich eine Zufallshaftung auslöst, wird der Kapitän in der von PAULUS hinzugefügten Abwandlung durch den Sowieso-Untergang von der Haftung befreit.²⁴⁷ In diesem Sinne „täuscht“ also die Regel darüber, dass das Vorliegen eines Verschuldens stets eine Zufallshaftung auslöse, denn auch im Rahmen der *culpa praecedens*-Theorie wird eine Entlastung aufgrund eines hypothetischen Kausalverlaufs zugelassen. Diesen Aspekt greift BARTOLUS wie auch GUILIELMUS DE CUNEO in dem fünften Distinktionsschritt auf, bei dem die Entlastung aufgrund des hypothetischen Kausalverlaufs nur zugelassen wird, wenn das Verschulden eine erlaubte Handlung darstellt.

²⁴⁶ BARTOLUS DE SAXOFERRATO, Opera omnia, Dig. vet. II (ed Basel 1588, 245).

²⁴⁷ Dazu soeben 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., S. 89 f.; zum Römischen Recht siehe 3. Teil, 1. Kap., § 4, I., S. 50 ff.; zur Accursischen Glosse 3. Teil, 2. Kap., § 1, I., S. 67 ff.

Im Anschluss stellt BARTOLUS das Haftungssystem nach GUILIUMUS DE CUNEO dar. Dabei ergänzt er zum ersten Distinktionsschritt, dass der Schuldner bei Verzug unabhängig von einer weiteren Differenzierung allein aufgrund des Verzugs haftet: *Aut illa culpa cadit in moram, et tenetur de casu*. Darüber hinaus spezifiziert BARTOLUS das Kriterium des *culpa est ordinata ad casum*, das die Voraussetzungen einer Zufallshaftung aufgrund einer *culpa praecedens* beschreibt, mit der Begründung *quia ex illa culpa nullo modo potuisset casus ille contingere*. Das Verschulden werde dem Zufall dann nicht zugeordnet, wenn das schuldhafte Verhalten den Zufall in keinem Fall herbeigeführt haben kann. Positiv wendet BARTOLUS das Kriterium wie folgt: Das Verschulden werde dem Zufall zugeordnet, wenn dieser gerade wegen der schuldhaften Handlung eingetreten ist: *culpa potest esse ordinata ad casum: quia ex ea potest contingere casus: tunc aut casus secutus est propter illam culpam*. Aus dieser Formulierung könnte der Aspekt der Gefahrerhöhung hervortreten.²⁴⁸ Gehaftet wird wohl nur für einen solchen Zufall, der gerade wegen der schuldhaften Handlung eingetreten ist. Es liegt also nahe, dass nach BARTOLUS' Ansicht zwischen dem Verhalten des Schuldners und dem zufälligen Erfolg ein innerer Zusammenhang bestehen muss. Dies ist offenbar der Fall, wenn das Verschulden geeignet war, den Erfolg herbeizuführen, also letztlich wenn das schuldhafte Verhalten die Gefahr des zufälligen Untergangs erhöht hat.

Schließlich verwendet BARTOLUS im fünften Schritt, in dem nach der Erlaubtheit der Handlung differenziert wird, alternativ zum *aut dabat operam rei licite* noch die Formulierung *et tunc aut illud factum non cadebat in delictum*, die wohl jedoch das Kriterium der Erlaubtheit der Handlung beschreibt.

Abschließend weist BARTOLUS noch auf eine letzte Unterscheidung hin, die nach der Lehre DE CUNEOS vorzunehmen sei. Im Falle einer unerlaubten Handlung sei danach zu differenzieren, ob das Delikt an der Sache selbst oder durch den Gebrauch derselben begangen worden sei. Sei die unerlaubte Handlung an der Sache selbst begangen worden, habe DE CUNEO richtigerweise dargestellt, dass in diesem Fall eine unbedingte Haftung ausgelöst werde.²⁴⁹ Anders verhalte es sich jedoch, wenn die unerlaubte Handlung bezüglich des Gebrauchs der Sache begangen worden sei. Die Aussage gibt keinen Aufschluss über den Inhalt der Haf-

²⁴⁸ Vgl. dazu die Ausführungen zu GUILIUMUS DE CUNEO, 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., S. 88 f.

²⁴⁹ Dazu 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., S. 91 ff.

tung in diesen Fällen; eher könnte sie ein typisches Beispiel scholastischer Methode sein, nach der BARTOLUS versucht, jeden Fall in ein Ordnungsschema zu pressen.

Weitere Hinweise zu der Frage, wann ein Verschulden nach Ansicht BARTOLUS' eine Zufallshaftung auslöst, finden sich in seinen Ausführungen zum *furtum usus*:

Bartolus ad Pomp. D. 13,1,16

Qui furtum. In hac actione periculum interitus pertinet ad furem indistincte: sed in actionibus descendentibus ex contractu, habetur ratio culpa secundum naturam contractus. h.d.

Opp. ad secundam partem, et videtur, quod commodatarius teneatur de casu: ut d. l. si ut certo. § 2 infra.commoda. [D. 13,6,5,2] Solu. illud verum, si culpa vel mora praecessit. Mirabile est hoc, cum hic praesupponamus furtum esse factum: ergo culpa et mora praecessit: l.in re furtiva.supra eo. [D. 13,1,8 pr.] et infra eo.l.fi. [D. 13,1,20] Unde Iac. Butr. videtur fateri contrarium, et dicit quod hic dicitur in tex.et gl. intelligatur secundum naturam actionis communem commodati et depositi, non referendo nos ad casum positum in tex. Sed hoc videtur mihi contra mentem huius legis. Ideo dico, quod etiam in casu huius legis, si agerem commodati vel depositi, non haberetur culpa. Nam culpa quae fuit commissa in utendo, non fuit ordinata ad casum: et ideo non facit commodatarium vel depositarium teneri de casu: ut l.si vehenda § 1. infra ad.l.Rhodia de iactu. [D. 14,2,10,1] et ibi not. et l.et in totum: infra de impe. in re.do.fact. [D. 25,1,4] et idem dico in mora. Nam quamvis sit in mora, quo ad conditionem furtivam: non tamen est, quo ad actionem commodati, vel depositi. Et iuxta haec do tibi unam doctrinam, si vis cognoscere brevib.verbis, an culpa praecedente, quis teneat(ur) de casu: dicas semper hoc modo, Aut illa culpa quae praecedit casum, non est ordinata ad illum casum: et tunc nunquam ille qui est in culpa, tenetur de illo casu: ut hic. Et infra de statulib.l.non omnes. [D. 40,7,38] de act.et obl. l.is qui ex stipulate [D. 44,7,45], Aut est ordinata ad casum: et tunc si casus non evenisset, nisi culpa praecessisset, tenetur: ut infra. commo.l.si ut certo § sed interdum. [D. 13,6,5,7] et infra solu.mat.l.in iis (his) §i. [D. 24,3,66,1] Aut casus contigisset, etiam si culpa non praecessisset: et tunc si est culpa in non faciendo, excusat: infra de impend.in reb.dotalib.fact.l.4. [D. 25,1,4] Aut est culpa commissa in faciendo: et tunc si committendo culpam dabat operam rei licitae, non teneri de casu: infra ad.l.Rhodi.de

iactu l.fi.§i. [D. 14,2,10,1] Aut dabat operam rei illicitae: et tunc sic: infra de.si-car.l.i.§divus. [D. 48,8,1,3] supra ad.l. Aquil.l.ita vulneratus. [D. 9,2,51] de lega.i.l.cum res § fi. [D. 30,47,6] Opp. de l.i.§ si rem.i.depositi. [D. 16,3,1,25] Sol.Ibi commisit furtum in vendendo, hic in utendo. Et ibi deliquit circa totam rem, hic tantum circa usum eius: ut l.qui iumenta infra de furt. [D. 47,2,40] et ibi nota.²⁵⁰

Die von BARTOLUS kommentierte Digestenstelle ordnet im Fall des *furtum usus*²⁵¹ eine Haftung aus der *condictio ex causa furtiva* an. Im Rahmen dieser Klage – so der römische Jurist POMPONIUS – muss der Schuldner verschuldensunabhängig für den Verlust der geliehenen oder gebrauchten Sache einstehen, wohingegen er im Rahmen der Klage aus Leihe oder Verwahrung nur ausnahmsweise über den üblichen Verschuldensmaßstab (Fahrlässigkeit bzw. Arglist) hinaus haftet.²⁵² Die Meinung des POMPONIUS gibt auch BARTOLUS zu Beginn seines Kommentars wieder: *In hac actione periculum interitus pertinet ad furem indistincte: sed in actionibus descendantibus ex contractu, habetur ratio culpa secundum naturam contractus*. In dieser Klage – gemeint ist die Diebstahlskon-diktion – hafte der Dieb unterschiedslos, also verschuldensunabhängig, für den Untergang der Ware. Bei den vertraglichen Klagen komme es für die Haftung dagegen auf Verschulden an. Die Art des Verschuldens richte sich nach der Natur des Vertrags. Das Gegenteil besage allerdings die Quelle Ulp. D. 13,6,5,2. So hafte der Entleiher bzw. Verwahrer vertraglich doch für Zufall und zwar nach der *solutio* sofern entweder Verschulden oder Verzug dem Zufall vorausgegangen sei: *et videtur, quod commodatarius teneatur de casu: [...] Solu. illud verum, si culpa vel mora praecessit*.

Das Haftungssystem des BARTOLUS, das er – wie wir soeben gesehen haben – in seinem Kommentar zu Ulp. D. 13,6,5,7 darstellt, ist wohl so zu verstehen, dass der Schuldner bei Verzug unterschiedslos haftet; liegt kein Verzug, sondern nur Verschulden vor, so ist die Haftung wohl durch das Kriterium der Gefahrerhöhung begrenzt. Anders verhält es sich nach BARTOLUS jedoch im Fall des *furtum usus*, da hier Verschulden und Verzug gleichzeitig vorliegen. Auf der einen Seite begründet die Gebrauchsüberschreitung ein Verschulden, auf der anderen Seite befindet sich der Dieb ab dem Zeitpunkt des Diebstahls mit der Rückgabe der

²⁵⁰ BARTOLUS DE SAXOFERRATO, Opera omnia, Dig.vet. II (ed. Basel 1588, 209).

²⁵¹ Allgemein dazu 3. Teil, 1. Kap., § 1, I., S. 34 ff.; zu Pomp. D. 13,1,16 siehe S. 35 f.

²⁵² Zum Nebeneinander der vertraglichen Haftung und der Haftung aus der *condictio ex causa furtiva* im Römischen Recht siehe 3. Teil, 1. Kap., § 1, I., 3., S. 36.

Sache in Verzug (*fur semper in mora*).²⁵³ Das Problem der Doppelung von Verschulden und Verzug wird dadurch verschärft, dass schon in Rom die beiden Haftungsregime (vertragliche Haftung für die Gebrauchsüberschreitung und die deliktische Haftung für den Gebrauchsdiebstahl) nicht aufeinander abgestimmt waren.²⁵⁴ So ist die Dopplung von Verschulden und Verzug nicht mit dem Haftungssystem des GUILIEMUS DE CUNEO und des BARTOLUS vereinbar, da dort der Schuldner entweder unterschiedslos für den Verzug einstehen muss oder aber im Falle eines Verschuldens durch das Kriterium der Gefahrerhöhung begrenzt haftet. BARTOLUS gibt zunächst die Ansicht seines Lehrers JACOBUS BUTRIGARIUS wieder, für den die Dopplung von Verschulden und Verzug an dieser Stelle nicht verwunderlich erscheine: *Unde Iac. Butr. videtur fateri contrarium*. Denn nach JACOBUS BUTRIGARIUS löst die Aussage des POMPONIUS in D. 13,1,16 wohl nicht den konkreten Fall, sondern verweist nur darauf, wie man grundsätzlich nach der Diebstahlsklage und der vertraglichen Klage hafte. Der Stelle komme demnach lediglich allgemeine Geltung zu. Diese Deutung verstößt nach BARTOLUS' Ansicht jedoch gegen den Sinn des Digestentextes. Zur Erklärung der Stelle wendet BARTOLUS hier einen Kunstgriff an, der sich als Paradebeispiel der scholastischen Methode bezeichnen lässt: Voraussetzung für die Einstandspflicht aufgrund eines Verschuldens ist, dass *culpa est ordinata ad casum*. BARTOLUS löst also den Widerspruch der Kumulation von Verschulden und Verzug, der aufgrund der unterschiedlichen Haftungsumfänge der Tatbestände besteht, wohl dahingehend auf, dass im Fall des *furtum usus* zwar ein Verschulden vorliege, aber keines, das eine Zufallshaftung auslöse, denn das Verschulden sei in diesem Fall nicht dem Zufall zuzuordnen: *Ideo dico, quod etiam in casu huius legis, si agerem commodati vel depositi, non haberetur culpa. Nam culpa quae fuit commissa in utendo, non fuit ordinata ad casum: et ideo non facit commodatarium vel depositarium teneri de casu*. Die Aussage BARTOLUS' lässt sich dahingehend deuten, dass bei einem Gebrauchsdiebstahl das Verschulden, das aus dem vertragswidrigen Gebrauch folgt, nicht die Gefahr des zufälligen Untergangs erhöht habe, und deswegen nicht der mit dem Kriterium des *ordinata ad casum* geforderte innere Zusammenhang bestehe. Dass diese Begründung nicht mehr als ein formaler Kunstgriff ist, zeigt sich unter anderem daran, dass BARTOLUS den Fall des Reitens des Pferdes in die Schlacht in dem Kommentar zu Ulp. D. 13,6,5,7 als ein Beispiel anführt, in dem

²⁵³ Ulp. D. 13,1,8,1; Pap. D. 13,1,17; Tryph. D. 13,1,20; Paul. D. 12,2,30,1; siehe 3. Teil, 1. Kap., § 1, I., S. 33 ff. BARTOLUS selbst allegiert Tryph. D. 13,1,20.

²⁵⁴ Dazu 3. Teil, 1. Kap., § 1, I., S. 36.

das Verschulden dem Zufall zugeordnet sei.²⁵⁵ Das Reiten des Pferdes an einen Ort, der über die vertragliche Abrede hinausgeht, stellt jedoch im Römischen Recht den Grundfall des Gebrauchsdiebstahls dar.²⁵⁶ BARTOLUS muss demnach ein anderer Fall des Gebrauchsdiebstahls vorschweben. Weiterhin führt er aus, dass auch der Verzug im Fall des Gebrauchsdiebstahls keine Zufallshaftung aus einer vertraglichen Klage auslöse. Aufgrund des Verzugs hafte der Dieb lediglich, wie eingangs bereits beschrieben, aus der *condictio ex causa furtiva* verschuldensunabhängig für den Verlust der gestohlenen Sache: *idem dico in mora. Nam quamvis sit in mora, quo ad conditionem furtivam: non tamen est, quo ad actionem commodati, vel depositi.* Welcher Fall BARTOLUS vorschwebt und warum der Verzug nur bezüglich der Kondiktion aufgrund des Diebstahls und nicht auch bezüglich der vertraglichen Klage besteht, bleibt nur zu ahnen.

Dieser Schlussfolgerung zum Verhältnis der *culpa praecedens* und der *mora* im Fall des Gebrauchsdiebstahls schließt BARTOLUS die Wiedergabe des Haftungssystems nach GUILIEMUS DE CUNEO an. Wiederum ergänzt BARTOLUS einige Aspekte, ohne jedoch inhaltlich von der Lehre abzuweichen. So allegiert er neben Iul. D. 9,2,51 auch Ulp. D. 30,47,6 als Beispiel einer Haftung aufgrund einer unerlaubten Handlung, bei der der Sowieso-Untergang den Schuldner nicht entlastet. Der Paragraph beinhaltet den Fall, dass ein vermachtes Grundstück durch einen Erdbeben untergeht. Grundsätzlich muss der Erbe für den zufälligen Untergang des Grundstücks nicht einstehen. Befindet er sich hingegen mit der Übereignung des Grundstücks in Verzug, haftet er. Der Verzug begründet ein Verschulden des Erben. Trotz der Erwähnung des Verkaufsarguments ordnet die Digestenstelle eine unbedingte Haftung an.²⁵⁷ Der Einwand hypothetischer Kausalität, dass das Grundstück bei rechtzeitiger Übereignung beim Vermächtnisnehmer ebenso untergegangen wäre, entlastet den Schuldner also nicht. Nach dem Gesagten liegt es nahe, dass BARTOLUS den Verzug an dieser Stelle als eine unerlaubte Handlung versteht, die eine Zufallshaftung auslöst, ohne dass der Sowieso-Untergang zu einer Entlastung führt.²⁵⁸

²⁵⁵ Siehe BARTOLUS ad Ulp. D. 13,6,5,7: *culpa potest esse ordinata ad casum: quia ex ea potest contingere casus: tunc aut casus secutus est propter illam culpam: et tunc tenetur de casu, ut hic.*

²⁵⁶ Inst. 4,1,6; siehe 3. Teil, 1. Kap., § 1, S. 34.

²⁵⁷ Zur Stelle, insbesondere zum Verkaufsargument als Gegenargument zum Einwand fehlender Kausalität, S. 60 ff.

²⁵⁸ Schließlich weist BARTOLUS noch auf Marcianus D. 48,8,1,3 hin. Die Stelle bringt für den Inhalt der Haftung aufgrund einer unerlaubten Handlung nach der Lehre DE CUNEO und BARTOLUS' jedoch keine weiteren Erkenntnisse.

Am Ende seines Kommentars geht BARTOLUS erneut auf die im Falle einer unerlaubten Handlung zu treffende Unterscheidung zwischen der Begehung des Delikts bezüglich der ganzen Sache und bezüglich des Gebrauchs ein: *Et ibi deliquit circa totam rem, hic tantum circa usum eius*. Diese Aussage ist, wie oben bereits angedeutet, wohl eher ein Ausdruck der Neigung der Scholastik, immer weitere Differenzierungen zu finden, als dass sie weitere inhaltliche Klarheit schafft. Dasselbe gilt auch für die bezüglich Ulp. D. 16,3,1,25 getroffene Unterscheidung. Ulp. D. 16,3,1,25 ordnet für den Fall, dass der Verwahrer die hinterlegte Sache verkauft und sie danach wieder zurückerworben hat, an, dass er haftet, sofern die Sache danach ohne sein Verschulden bei ihm untergeht. Aus der Erklärung BARTOLUS', in dem Fall sei der Diebstahl beim Verkauf, im Falle vom Pomp. D. 13,1,16 beim Gebrauch begangen, lässt sich keine inhaltliche Erklärung des Falls ableiten. Zu einer solchen kommt erst PAUL DE CASTRO.²⁵⁹

III. Ergebnis

Als wesentliches Ergebnis lässt sich festhalten, dass in der Lehre DE CUNEOS und BARTOLUS' der Versuch der Bildung eines umfassenden Systems zu erkennen ist, das wohl alle Fälle erfassen soll, in denen die römischen Quellen eine Zufallshaftung vorsehen. Zu diesem Zweck stellen sich DE CUNEO und BARTOLUS die übergeordnete Frage, ob und unter welchen Umständen ein Verschulden eine Zufallshaftung auslöst: *Quandoque culpa praecessit casum, utrum quis teneatur de casu?*²⁶⁰ Um diese Frage zu beantworten, bedienen sich die Autoren sowohl der Terminologie der *culpa praecedens*-Lehre als auch des Prinzips des *versari in re illicita* und führen auf diese Weise beide Lehren in einem einheitlichen System zusammen. Während die Juristen die *culpa praecedens*-Theorie wohl in der Gestalt übernehmen, wie sie sich auch bei den Glossatoren findet (Haftung für alle kausalen Erfolge, deren Eintrittsfahr durch die schuldhafte Handlung erhöht worden ist), erweitern sie offenbar die Res-illicita-Lehre gegenüber dem kanonistischen Standpunkt.²⁶¹ Die Ausführungen DE CUNEOS und BARTOLUS' deuten darauf hin, dass jede unerlaubte Handlung zu einer unbedingten Einstandspflicht führt, der Schuldner also unabhängig davon haftet, ob seine Handlung kausal für den Erfolg geworden ist. Demgegenüber musste der Täter nach

²⁵⁹ Dazu 3. Teil, 2. Kap., § 4, II., S. 102 ff.

²⁶⁰ BARTOLUS ad Ulp. D. 13,6,5,7.

²⁶¹ Siehe dazu auch die Zusammenfassung der Lehre DE CUNEOS, 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., S. 91 f.

dem kanonistischen Standpunkt wohl nur eintreten, sofern er eine hinreichende Bedingung im Sinne einer *occasio propinqua, directa* bzw. *proxima*²⁶² für den Tod gesetzt hat. Desweiteren übernehmen DE CUNEO und BARTOLUS die kanonistische Distinktion, nach der ein bloß fahrlässiges Verhalten des Täters eine Zufallshaftung auslösen konnte, wohl nicht.

§ 4. Fortführung des Haftungssystems von de Cuneo und Bartolus

Die Lehren des GUILIELMUS DE CUNEO und des BARTOLUS erweisen sich als prägend für die nachfolgende Zeit.

I. Bartholomäus Salicetus

So übernimmt u.a. BARTHOLOMÄUS SALICETUS in seinem Kommentar zu Ulp. D. 13,6,5,7²⁶³ die Lehre mit allen fünf Distinktionsschritten ohne inhaltliche Erweiterung oder Ergänzung.²⁶⁴ In Bezug auf die letzte Unterscheidung nach der Erlaubtheit der Handlung weist er darauf hin, dass die Meinung BARTOLUS' von der DE CUNEO abweiche. Während nach der Ansicht DE CUNEO jede unerlaubte Handlung unterschiedslos eine Zufallshaftung nach sich zieht, trifft dies nach BARTOLUS nur für die Klagen aus Delikt zu. Bei den vertraglichen Klagen müsse man vielmehr differenzieren, ob die unerlaubte Handlung bezüglich der ganzen Sache (*circa rem*) oder bezüglich deren Gebrauchs (*circa eius usum*) begangen sei: *Aut cadit in speciem delicti, et tunc dicit Guil. De Cug. Quod indistincte tenetur de casu [...]. Sed Bart. dixit hoc ultimum verum, quando agitur actione descendente ex delicto [...]. Sed si agatur ex contractu distinxit, aut delictum fuit circa rem commissum; et idem ut infra depositi. L.i. § si rem (Ulp. D. 16,3,1,25) aut circa eius usum tantum, et tunc secus, ut d.l. qui furtum (Ulp. D. 13,1,16).*

Der Frage, ob und aus welcher Klage der Gebrauchsdiebstahl eine Zufallshaftung auslöst, widmet sich SALICETUS in seinem Kommentar zu Pomp. D. 13,1,16.

²⁶² Siehe dazu 2. Teil, § 1, S. 11.

²⁶³ BARTHOLOMÄUS SALICETUS, In Secundam Digesti veteris Partem, ad commodati l. si ut certo § sed interdum, Nr. 14 u. 15 (ed. Frankfurt 1615, 287).

²⁶⁴ Hingegen folgt BALDUS zwar in seinem Kommentar zum Digestum vetus den Grundaussagen der Lehre DE CUNEO und BARTOLUS' und verweist insbesondere auf die Aussagen DE CUNEO, ohne jedoch alle Distinktionsschritte der Doktrin wiederzugeben. Siehe BALDUS, Commentaria In secundam Digesti Veteris Partem ad D. 13,6,5,7; D. 13,6,18 pr.; D. 13,1,16 und D. 14,2,10,1.

Qui furtum. Qui utitur re deposita vel commodata alium usum quam sit commo- data, etiam conditione furtiva convenitur et de interitu tenetur h.d. Vel sic. In haec actione periculum interitus spectat ad furem indistincte. Sed si agatur actione descendente, ex contractu habetur ratio culpaec secundum naturam contractus, h.d. Sed tex. ibi quoque implicat, ut teneatur commodati vel depositi et conditione furtiva. Opp. De l. si ut certo § sed interdum.infra.commo. [D. 13,6,5,7] so. ut gl. Quod ibi tenetur de casu: quia ibi culpa vel mora praecessit casum. Sed dicat quis certe: et hic culpa praecessit casum, quod patet: quia furtum commisit, ideo et de casu hic teneri debet: quod fateri videtur Iac. Butr. Ideo istum tex. in fi. intelligit extra casum nostrae. l. Puta secundum regularem naturam commodati et depositi, sed hoc est violare tex. Ideo dicit Bart. quod in casu nostro si ageretur commodati vel depositi non teneretur de casu, quia culpa quae fuit commissa in utendo, non fuit ordinata ad casum, et sic non facit commodatarium vel depositarium teneri de casu, ut. l. si vehenda, § i. infra ad l.Rhod.de iac. [D. 14,2,10,1] et l.an in totum infra de impen. in re do fac. [D. 25,1,4] et idem dicit de mora, ut dicatur esse in mora respectu conditiones furtivae, non respectu actionis commodati vel depositi. Oppo. dc. l.i. § si rem infra depositi. [D. 16,3,1,25] Sol. ut in gl. quia ibi deliquit circa totam rem. Hic circa usum tantum.²⁶⁵

SALICETUS weist wie BARTOLUS auf das Problem hin, dass im Falle *des furtum usus* Verzug und Verschulden vorliege und die Digestenstelle nahelege, dass der Dieb sowohl aus der Diebstahlscondiction als auch aus der vertraglichen Klage aus Leihe oder Verwahrung hafte: *Sed tex. ibi quoque implicat, ut teneatur commodati vel depositi et conditione furtiva.* Auch SALICETUS sieht das Problem, dass aus Ulp. D. 13,6,5,7 der Schluss zu ziehen sei, der Entleiher hafte entweder aufgrund von Verschulden oder von Verzug. Wie BARTOLUS distanziert sich auch SALICETUS von der Auslegung des JACOBUS BUTRIGARIUS, der darauf hingewiesen hatte, dass die Stelle nur allgemein beschreibe, aus welchen Klagen der Dieb verantwortlich sei. Im Weiteren schließt sich SALICETUS der Distinktion BARTOLUS‘ an, nach der das Verschulden im Falle des Gebrauchsdiebstahls gerade nicht dem Zufall zugeordnet sei und daher im Ergebnis nicht zu einer Zufallshaftung aus dem Vertrag führe: *Ideo dicit Bart. quod in casu nostro si ageretur commodati vel depositi non teneretur de casu, quia culpa quae fuit commissa in utendo, non fuit ordinata ad casum, et sic non facit commodatarium vel*

²⁶⁵ BARTHOLOMÄUS SALICETUS, In Secundam Digesti veteris Partem, de conditione furtiva, l. qui furtum (ed. Francofurti 1615, 239).

depositarium teneri de casu. Eine Erklärung der Fälle, an die BARTOLUS gedacht haben mag, findet SALICETUS nicht. Dasselbe gilt für die Auslegung der Verzugshaftung, die nach BARTOLUS nur bezüglich der *condictio ex causa furtiva* begründet ist.

II. Paul de Castro

Während auch PAUL DE CASTRO die Lehre vollständig übernimmt, vermag er jedoch inhaltlich kleinere Ergänzungen hinzuzufügen. In seinem Kommentar zu Gai. D. 13,6,18 pr. schließt er sich zunächst der Lehre der *culpa praecedens* an.

Paul de Castro, Commodati ad l. in rebus (Gai. D. 13,6,18 pr.)

In rebus. Commodatarius tenetur de levissima culpa si sui gratia tantum fuit factum commodatum. Non de casu fortuito nisi culpa precedat: [...] Item allegatur post princ. quod illi dicuntur casus fortuiti, quibus resisti non potest humano ingenio, vel diligentia. Item allegatur quod quando culpa precedit casum, non dicitur proprie casus fortuitus: ideo quis de tali casu tenetur. Intellige quando precessit talis culpa, de qua ipse tenetur non aliter. Nam si esset contractus gratia utriusque, vel dantis tantum et precederet culpa levissima, de qua non tenetur, similiter non tenebitur de tali casu. [...] ²⁶⁶

Eingangs führt DE CASTRO den Grundgedanken der *culpa praecedens*-Lehre an: Der Entleiher sei im Normalfall von einer Haftung für Zufall befreit; dies gelte jedoch nur, sofern kein Verschulden dem Zufall vorausgegangen sei: *Non de casu fortuito nisi culpa precedat*. Im Anschluss an diese allgemein gehaltene Aussage spezifiziert DE CASTRO den Inhalt der Haftung dahingehend, dass der Schuldner nur für die Verschuldensart hafte, für die er auch vertraglich einstehen müsse. Maßgeblich für die *culpa praecedens* ist demnach der nach dem Vertrag übliche Haftungsmaßstab: *quando culpa precedit casum, non dicitur proprie casus fortuitus: ideo quis de tali casu tenetur. Intellige quando precessit talis culpa, de qua ipse tenetur non aliter*. Liegt ein Verschulden vor, für das der Schuldner vertraglich nicht einstehen muss²⁶⁷, ziehe dieses Verschulden nach der *culpa praecedens*-Lehre auch keine Zufallshaftung nach sich.

²⁶⁶ PAUL DE CASTRO, in Digestum Vetus. Singulis commentariis adnotamenta singulatim subiecta sunt, ed. Lyon 1561, 268.

²⁶⁷ DE CASTRO führt hier die leichteste Fahrlässigkeit in dem Fall an, in dem ein Vertrag dem Nutzen beider Parteien dient.

Ausführlich behandelt DE CASTRO die Frage, wann ein Verschulden eine Zufalls- haftung auslöst, in seinem Kommentar zu Lab. D. 14,2,10,1.

Ad legem Rhodiam de iactu, l. si vehenda § si ea (Lab. D. 14,2,10,1)

§ *Si ea*. Non tenetur quis de casu, si culpa precesserit: si talis casus evenisset etiam culpa non interverniente. h.d. no. facit l.si alius § est et alia infra quod vi aut clam [D. 43,24,7,4] et l. is qui. de act. et obl. [D. 44,7,18] limitat ergo iste § omnes leges dicentes, quem teneri de casu quando culpa precesserit: ut supra commo. l. in rebus [D. 13,6,18 pr.] et l. si ut certo § sed interdum [D. 13,6,5,7] quia intelliguntur quando casus evenit propter culpam, qui alias evenisset: alias secus: ut hic: et istud est verum, etiam si culpa consistit in faciendo, dum tamen non cadat in delictum, ut hic est casus. Secus si caderet delictum, quia tunc tenetur etiam si eodem modo casus evenisset, ut in l.ita vulneratus supra ad l.Aquil. [D. 9,2,51] quando autem consistit in non faciendo, que est minor culpa, tunc indistincte videtur procedere, quod non teneatur de casu, quando non evenit propter culpam: immo eodem modo evenisset.ut. l.in totum. infra de impe. [D. 25,1,4] Item predicta, quando culpa est ordinata ad casum, quia ex illa posset casus contingere: alias indistincte non tene- tur de casu, secundum Gul. de cu. in l.omnes de statu lib. [D. 40,7,38] et ipse no. et etiam. Bart. in D. l.si ut certo § sed interdum. [D. 13,6,5,7] Ubi omnino vide. Secus in dolo qui facit que teneri de casu sed non sit ad casum ordinatur ut infra depo. l.i. § si rem depositam [D. 16,3,1,25].²⁶⁸

DE CASTRO zieht zunächst die Schlussfolgerung, die auch GUILIEMUS DE CUNEO und BARTOLUS aus Lab. D. 14,2,10,1 gezogen haben. Sofern der zufällige Unter- gang auch ohne das schuldhafte Handeln eingetreten wäre, führe das Vorliegen einer *culpa praecedens* nicht zu einer Haftung: *Non tenetur quis de casu, si culpa precesserit: si talis casus evenisset etiam culpa non interverniente*. Für eine Haf- tung aufgrund einer *culpa praecedens* müsse demnach die durch das Verschulden begründete Gefahrerhöhung kausal geworden sein; eine Entlastung durch den So- wieso-Untergang werde zugelassen.²⁶⁹ Dies zeige sich an Lab. D. 14,2,10,1, da dem Kapitän in der von PAULUS hinzugefügten Abwandlung eine Haftungsbe- freiung aufgrund des Sowieso-Untergangs gewährt werde. Als Beispiel eines Falls, in dem sich der Zufall auch ohne die Handlung des Schuldners ereignet

²⁶⁸ PAUL DE CASTRO, in *Digestum Vetus. Singulis commentariis adnotamenta singulatim subiecta sunt*. ed. Lyon 1561, 280.

²⁶⁹ Dies gilt nur, soweit eine erlaubte Handlung vorliegt. Dazu sogleich.

hätte, weist DE CASTRO zudem auf Ulp. D. 43,24,7,4 hin.²⁷⁰ Die bereits aus DE CUNEOs Kommentar bekannte Digestenstelle²⁷¹ behandelt die Frage, wann jemand das Haus seines Nachbarn zerstören darf, um ein Feuer zu stoppen, das dieses ergriffen hat. Die Zufallsgefahr des Feuers hat sich hier bereits vor der Handlung des Schuldners (dem Abriss des Hauses) verwirklicht und wäre damit auch ohne diese eingetreten.

Im Anschluss fasst PAUL DE CASTRO den Inhalt der Haftung aufgrund einer *culpa praecedens* wohl so zusammen wie ihn auch GUILIELMUS DE CUNEO und BARTOLUS verstehen: *omnes leges dicentes, quem teneri de casu quando culpa praecesserit: ut supra commo. l. in rebus et l. si ut certo § sed interdum quia intelliguntur quando casus evenit propter culpam, qui alias evenisset.* Den Stellen, die eine Unfallshaftung aufgrund einer *culpa praecedens* anordnen, wie z.B. Gai. D. 13,6,18 pr. und Ulp. D. 13,6,5,7, liegen Fälle zugrunde, in denen sich der Zufall gerade wegen des Verschuldens ereignet habe. Diese Erwägungen legen nahe, dass DE CASTRO hier auf das Kriterium der Gefahrerhöhung verweist, das die *culpa praecedens*-Haftung begrenzt. Wie DE CUNEO und BARTOLUS bereits herausgearbeitet hätten, müsse ein Verschulden, das eine Unfallshaftung begründet, dem Zufall zugeordnet sein (*culpa est ordinata ad casum*). Es müsse also geeignet sein, den Erfolg herbeizuführen. Andernfalls werde eine Unfallshaftung nicht ohne weitere Unterscheidung ausgelöst. Diesen Aspekt greift DE CASTRO auch zum Ende seiner Ausführungen auf: *Item prodicta, quando culpa est ordinata ad casum, quia ex illa posset casus contingere: alias indistincte non tenetur de casu, secundum Gul. de cu. in l. omnes de statu lib. et ipse no. et etiam. Bart. in D. l. si ut certo § sed interdum.* Die Regel, dass ein Verschulden eine Unfallshaftung auslöst, wenn das Verschulden geeignet war, den Erfolg herbeizuführen, gilt nach DE CASTRO allerdings nur, sofern dieses Verschulden durch eine Handlung begründet wurde und diese zudem nicht unter ein Delikt falle: *et istud est verum, etiam si culpa consistit in faciendo, dum tamen non cadat in delictum.* Vieles spricht dafür, dass die Voraussetzung, dass die Handlung nicht unter ein Delikt fallen dürfe, wie bei BARTOLUS das Kriterium der Erlaubtheit der Handlung enthält.²⁷² Bei einem Delikt, also einer unerlaubten Handlung, wird nach DE CASTRO unterschiedslos für Zufall gehaftet. Insbesondere könne sich der unerlaubt Handelnde nicht auf den

²⁷⁰ Die Allegation von Iul. D. 44,7,18 bringt schon bei DE CUNEO keine weiteren Erkenntnisse.

²⁷¹ Siehe 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., S. 87 f.

²⁷² Siehe 3. Teil, 2. Kap., § 3, II., S. 94 f.

Einwand berufen, dass der Zufall sich auch ohne sein Tun ereignet hätte. Der Sowieso-Untergang entlastet ihn nicht: *Secus si caderet delictum, quia tunc teneatur etiam si eodem modo casus evenisset, ut in l.ita vulneratus supra ad l.Aquil.* Wie sowohl GUILIEMUS DE CUNEO als auch BARTOLUS allegiert DE CASTRO Iul. D. 9,2,51 als Beispiel einer solchen Einstandspflicht. Die Quelle enthält Fälle der Tötung eines Sklaven, in denen dem Schädiger eine Entlastung durch hypothetische Kausalverläufe verweigert wird. Er haftet mithin unbedingt für die Tötung. Auch auf die Haftungsbefreiung im Falle eines Unterlassens, die sich ebenfalls bei GUILIEMUS DE CUNEO und BARTOLUS findet, geht DE CASTRO näher ein. So sei der Schuldner aufgrund der geringeren Schuld, die ein Unterlassen mit sich bringe, ohne weitere Unterscheidung von einer Haftung befreit. Voraussetzung sei jedoch, so fügt DE CASTRO hinzu, dass der Zufall nicht gerade wegen des Verschuldens eingetreten sei: *quando autem consistit in non faciendo, que est minor culpa, tunc indistincte videtur procedere, quod non teneatur de casu, quando non evenit propter culpam.*

Bemerkenswert ist an dieser Stelle, dass PAUL DE CASTRO die Lehre DE CUNEOs und BARTOLUS' dahingehend interpretiert, dass auch ein Unterlassen eine Zufallshaftung auslösen kann und zwar, wenn es die Gefahr des Eintritts des Zufalls erhöht hat, mithin *ordinata ad casum* ist. Als Beispiel für eine Haftungsbefreiung im Falle eines Unterlassens allegiert DE CASTRO Paul. D. 25,1,4. In der Digestenstelle geht es darum, dass ein Ehemann es unterlässt, bestimmte Verwendungen zu tätigen. So erörtert der römische Jurist PAULUS, dass unterlassene Verwendungen nur berücksichtigt werden, wenn gerade durch ihre Unterlassung ein Schaden entstanden sei. Im Normalfall führe das Unterlassen von Verwendungen also nicht zu einer Haftung. In diesem Sinne greift PAULUS zum Ende des Textes das Beispiel auf, dass ein Ehemann, der es unterlassen habe, ein einsturzgefährdetes Mietshaus abzustützen, nicht dafür einzustehen habe, wenn das Haus bei einem Brand zerstört werde. Grund dafür sei, dass die unterlassene Abstützung des Hauses nicht das Brandrisiko erhöht habe.

Schließlich wendet sich DE CASTRO der Zufallshaftung aufgrund arglistigen Verhaltens zu. Im Gegensatz zum Verschulden löse Arglist auch dann eine Zufallshaftung aus, wenn diese nicht dem Zufall zuzuordnen sei: *Secus in dolo qui facit que teneri de casu sed non sit ad casum ordinatur ut infra depo. l.i. § si rem depositam.* Diese Aussage lässt den Schluss zu, dass die Haftung des arglistig

Handelnden nach DE CASTROS Ansicht wohl nicht durch das Kriterium der Gefahrerhöhung begrenzt ist. DE CASTRO führt als Beispiel einer solchen Haftung Ulp. D. 16,3,1,25²⁷³ an. In dem der Stelle zugrunde liegenden Fall hatte ein Verwahrer die hinterlegte Sache zunächst verkauft und sie danach wieder zurückerworben. Nach dem Rückkauf geht die Sache zufällig beim Verwahrer unter. Nach der Entscheidung ULPIANUS muss der Verwahrer für den Untergang einstehen, da er durch den Verkauf der Sache arglistig gehandelt hat. Der Verkauf hat die Gefahr des Untergangs der Sache beim Verwahrer allerdings nicht erhöht. Somit ist das arglistige Verhalten des Verwahrers nach der Terminologie DE CUNEOS und BARTOLUS', auf die auch DE CASTRO in seinem Kommentar zurückgreift, wohl nicht dem Zufall zuzuordnen. Hinzu kommt, dass die Arglist nicht nur keine Gefahrerhöhung herbeigeführt hat, sondern darüber hinaus nicht einmal ursächlich für den späteren Untergang geworden ist. Trotzdem haftet der Verwahrer. Die strenge Haftung des Verwahrers lässt sich zum einem damit begründen, dass ein arglistiges Verhalten eine andere Qualität besitzt als ein bloß schuldhaftes und zum anderen mit der Tatsache, dass der Hinterleger keine Kenntnis von dem Rückkauf der Sache gehabt hat und so keinen Zugriff auf diese nehmen konnte.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sich PAUL DE CASTRO der Lehre DE CUNEOS und BARTOLUS' anschließt und dabei einzelne Aspekte genauer bestimmt. So interpretiert DE CASTRO die Haftung aufgrund eines Unterlassens dahingehend, dass der Schuldner in diesem Falle zwar generell von der Haftung befreit sei, jedoch ein Unterlassen dann eine Zufallshaftung auslöse, wenn es die Eintrittsgefahr des Zufalls erhöht hat. Schließlich setzt sich DE CASTRO mit der Arglisthaftung auseinander. Nach dem Gesagten liegt es nahe, dass Arglist nach der Ansicht DE CASTROS im Gegensatz zum Verschulden unabhängig von dem Kriterium des *ordinata ad casum* stets eine Zufallshaftung auslöst.

III. Alexander Tartagnus

Auf die Notwendigkeit, die Ursächlichkeit des Verschuldens für den zufälligen Untergang und die aus dem Verschulden folgende Gefahrerhöhung zu beweisen, weist ALEXANDER TARTAGNUS in seinen *Consilia* hin.

²⁷³ Zum Römischen Recht siehe 3. Teil, 1. Kap., § 1, II., S. 37.

Consiliorum, lib. VI, 74, Nr. 7

Quarto confirmatur predicta ex his que notanter scribit Guill. de cugno et Bartol. in l. ut certo § sed interdem ff. commo. [D. 13,6,5,7] Ubi eleganter volunt quod ubi quis allegat aliquem teneri de casu, eo quia culpa precessit casum, oportet eum articulare et probare, quod ille casus contigit solum propter illam culpam. et quod casus aliter non potuisset contingere, nisi illa culpa intervenisset. allegat. l. non omne ff. de statulib [D. 40,7,38].²⁷⁴

Nachdem ALEXANDER TARTAGNUS die Anwendung der Lehre des GUILIELMUS DE CUNEO und des BARTOLUS auch in der Praxis bestätigt hat, legt er die Notwendigkeit dar, die Voraussetzungen einer Zufallshaftung aufgrund eines Verschuldens zu beweisen. So müsse dem schuldhaft Handelnden zum einen nachgewiesen werden, dass seine Handlung geeignet war, den Zufall herbeizuführen, sodass der Zufall gerade wegen dieses Verhaltens eingetreten ist: *aliquem teneri de casu, eo quia culpa precessit casum, oportet eum articulare et probare, quod ille casus contigit solum propter illam culpam.*

Zum anderen sei der Nachweis zu erbringen, dass diese Handlung ursächlich für den Erfolg geworden ist, also der Zufall ohne das Verhalten des Schuldners nicht eingetreten wäre: [...] *et quod casus aliter non potuisset contingere, nisi illa culpa intervenisset.*

Die Anwendung der Unterscheidung in der Praxis, ob es sich um eine erlaubte oder unerlaubte Handlung handelt, scheint TARTAGNUS indessen hier nicht ausdrücklich zu bestätigen.

IV. Ergebnis

Nach dem Gesamtzusammenhang der Ausführungen erscheint die Lehre DE CUNEOS und BARTOLUS' als prägend für die anschließende Zeit. Vieles spricht dafür, dass die nachfolgenden Autoren das System um kleinere Aspekte ergänzen, ohne es jedoch entscheidend weiterzuentwickeln. Durch ALEXANDER TARTAGNUS wird zudem die Anwendung der Regel in der Praxis bestätigt, wobei der Autor nicht ausdrücklich auf die Unterscheidung nach der Erlaubtheit der Handlung eingeht.

²⁷⁴ ALEXANDER TARTAGNUS, Consiliorum seu responsorum clarissimi, lib. VI, 74, Nr. 7 (ed. Lyon 1549, 29).

3. Kapitel Lehre der spanischen Spätscholastiker

Die spanischen Spätscholastiker wenden sich gegen den kanonistischen Gedanken einer Zurechnung aufgrund eines *versari in re illicita* und begrenzen die Verantwortlichkeit des Schädigers durch das Kriterium der Gefahrerhöhung.

Die spätscholastischen Juristen gleichen Rechtsverletzungen und Störungen bei der Güterzuordnung nach der naturrechtlichen Lehre von der Restitution aus.²⁷⁵ Die Lehre von der Restitution stellt ein einheitliches Rechtsinstitut dar und unterscheidet ihrem Grunde nach zwischen der *restitutio ratione rei acceptae* und der *restitutio ratione accptionis*.²⁷⁶ Nach der *restitutio ratione rei acceptae* muss derjenige Ausgleich (*restitutio*) leisten, der aus fremden Recht bereichert ist, z.B. weil er ein Rechtsgut besitzt, das ihm nicht gehört.²⁷⁷ Die *restitutio ratione accptionis* sieht dagegen eine Ausgleichs- bzw. Schadensersatzpflicht in Fällen vor, in denen jemand eine Sache, die er von einem anderen erhalten hatte, nicht zurückgegeben oder einem anderen durch sein Verhalten einen Schaden zugefügt hat.²⁷⁸ Die Konstellationen, die die Juristen unter die *restitutio ratione rei acceptae* fassen, sind folglich nach heutiger Terminologie mit den sachen- und bereicherungsrechtlichen Fallgestaltungen vergleichbar, während die *restitutio ratione accptionis* in deliktsrechtlichen Fällen Anwendung findet. Hintergrund der Restitutionslehre ist nach der Untersuchung JANSSENS ein moraltheologischer: Dem Schuldner werde nur dann eine Vergebung seiner Sünden gewährt, wenn er eingetretene Störungen wieder ausgleicht.²⁷⁹ Daneben beruhe das System auf Gedankengut der aristotelisch-thomistischen Philosophie sowie den Wertungen über das *dominium*, die in der römisch-gemeinrechtlichen Tradition stehen.

²⁷⁵ Allgemein zur spätscholastischen Restitutionslehre: NUFER, Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit; DOLEZALEK, The Moral Theologians' Doctrine of Restitution and its Juridification in the Sixteenth and Seventeenth Centuries, *Acta Juridica* 1992, 104 - 114; HALLEBEEK, The Concept of Unjust Enrichment in Late Scholasticism; JANSEN, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution. Vgl. auch GORDLEY, *Foundations of Private Law*, 423 ff.

²⁷⁶ Statt aller CAJETAN, *Secunda Secundae Sancto Thomae cum commentariis Cardinalis Caietani*, ad qu. LXII, art. VI; SOTO, *De iustitia*, lib. IV, qu. VII, art. II; siehe auch JANSEN, *Restitution*, 49.

²⁷⁷ JANSEN, *Restitution*, 1 f., 59 ff. Zur *restitutio ratione rei acceptae* auch NUFER, *Restitutionslehre*, 41 ff., 50; HALLEBEEK, *Concept of Unjust Enrichment*, 53 ff. und GORDLEY, *Foundations of Private Law*, 423 ff.

²⁷⁸ JANSEN, *Restitution*, 1 f., 79 ff. Ausführlich schon NUFER, *Restitutionslehre*.

²⁷⁹ JANSEN, *Restitution*, 42 ff.

§ 1. Zurechnung von Rechtsverletzungen im Rahmen der *restitutio ratione acceptionis*

JANSEN stellt heraus, im Rahmen der *restitutio ratione acceptionis* sei für die Begründung der Ausgleichspflicht entscheidend, dass die Rechtsverletzung dem Verhalten des Schuldners zugerechnet werde.²⁸⁰ Hier stelle sich für die spätscholastischen Juristen folglich die Frage der Abgrenzung zwischen zurechenbaren Schädigungen und nicht mehr zurechenbaren Zufallsfolgen. Dabei müssten sich die Spätscholastiker insbesondere mit der Frage der Zurechnung aufgrund eines *versari in re illicita* auseinandersetzen. Sollen dem Schädiger im Rahmen der *restitutio ratione acceptionis* sämtliche Folgen der Beschädigung des fremden Rechtsguts zugerechnet werden? Während die Lehre vom *versari in re illicita* für die Zurechnung von unvorhergesehenen Erfolgen zum Allgemeingut der kanonistischen Strafrechtslehre des 13. Jahrhunderts geworden war, lehnt die Moraltheologie des 16. Jahrhunderts diese Lehre – wie die Untersuchung JANSENS zeigt – als eine zu weitgehende Zurechnung ab.²⁸¹ Zur Begrenzung der Einstandspflicht hätten die Spätscholastiker auf das Kriterium der Gefahrerhöhung zurückgegriffen. Bemerkenswert sei diese Beobachtung zunächst vor dem Hintergrund, dass THOMAS VON AQUIN die kanonistische Res-illicita-Lehre als vereinbar mit seiner Theorie der Willensschuld angesehen hatte.²⁸² Die Moraltheologen des 16. Jahrhunderts seien – so schlussfolgert JANSEN – also davon ausgegangen, dass THOMAS VON AQUIN eine Zurechnung aufgrund eines *versari in re illicita* akzeptiert hatte.²⁸³ Dennoch weisen die Spätscholastiker die Lehre nach den Beobachtungen JANSENS in der weiten Ausprägung, wie sie von den Kanonisten verstanden wurde, aus unterschiedlichen Gründen zurück, da die Zurechnung nach dem Rechtsgedanken des *versari in re illicita* ihrer Auffassung nach keinen hinreichenden Zusammenhang zwischen dem Willen des Handelnden und dem späteren Erfolg herstellt.²⁸⁴ So betonten zunächst CAJETAN

²⁸⁰ JANSEN, Restitution, 120 ff.

²⁸¹ JANSEN, Restitution, 123.

²⁸² THOMAS VON AQUIN, Summa theologiae secunda secundae partis, qu. LXIV, art. VIII. JANSEN, Restitution, 123 Fn. 485, merkt an, der Text sei keinesfalls eindeutig. Allerdings sei VON AQUINS Aussage später so verstanden worden, dass er „die Doktrin des *versari in re illicita* widerspruchlos übernommen und in sein System eingefügt habe“. Im Falle eines bewussten Normverstößes seien die Folgen seines Handelns *per accidens volitum* zuzurechnen.

²⁸³ JANSEN, Restitution, 123.

²⁸⁴ JANSEN, Restitution, 123 ff.; vgl. auch GORDLEY, Foundations of Private Law, 190 ff. und MÜLLER, Ethik und Recht in der Lehre der Verantwortlichkeit, 230 ff.

und VITORIA, dass sich die Sünde des Täters auf die unerlaubte Handlung beschränke und er nicht ohne weiteres für Folgen dieser Handlung verantwortlich gemacht werden dürfe.²⁸⁵ Die Unerlaubtheit der Handlung sei kein taugliches Zurechnungskriterium. VITORIA stellt heraus, dass in dem Fall, in dem jemand, um seinen Feind zu töten, dessen Haus zerstöre und dabei ein unschuldiger Dritter getötet werde, kein Unterschied zum erlaubten Abriss des eigenen Hauses bestehe, sofern sichergestellt sei, dass kein unbeteiligter Dritter zu Schaden kommt.²⁸⁶ Wenig später setzt sich insbesondere DOMENICO DE SOTO mit dem Zweck des Verbots der Handlung sowie dem Kriterium der Gefahrerhöhung auseinander.²⁸⁷ Entscheidend ist nach der Lehre SOTOS, ob dem Täter die Handlung gerade wegen ihrer Gefährlichkeit verboten war. In diesem Sinne entscheidet auch COVARRUVIAS, dass eine Zurechnung eines Todeserfolges immer dann angenommen werden könne, wenn das unerlaubte Verhalten typischerweise oder häufig den Tod eines Menschen zur Folge habe.²⁸⁸ Spätere Vertreter der spanischen Spätscholastik sind sogar der Meinung, dass eine Zurechnung aufgrund von *versari in re illicita* vollständig abzulehnen sei.²⁸⁹ Maßgeblich für die Zurechnung eines Erfolges ist allein das Verschulden des Schädigers. Die Restitutionspflicht der spätscholastischen Lehre scheint sich demnach nur auf die durch eine Gefahrerhöhung herbeigeführten Folgen zu erstrecken.

Als erstes wesentliches Ergebnis lässt sich auf Grundlage der Beobachtung JANSENS festhalten, dass sich die spätscholastischen Juristen im Rahmen der *restitutio ratione acceptionis* mit der Reichweite der Verantwortlichkeit menschlichen Verhaltens auseinandersetzen und sich dabei insbesondere gegen den kanonistischen Gedanken einer Zurechnung aufgrund eines *versari in re illicita* wenden. Die Moralthologen des 16. Jahrhunderts begrenzen die Verantwortlichkeit

²⁸⁵ CAJETAN, *Secunda Secundae Sancto Thomae cum commentariis Cardinalis Caietani*, ad qu. LXIV, art. VIII; VITORIA, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXIV, art. VIII, n. 4.

²⁸⁶ VITORIA, *Commentaria in secundam secundae*, Qu. LXIV, Art. VIII, n. 4.

²⁸⁷ SOTO, *De iustitia*, lib. V, qu. I, art. IX. Darauf weist auch JANSEN, *Restitution*, 124, Fn. 491 u. 492, hin.

²⁸⁸ COVARRUVIAS, *de homicidio*, p. II, § IV, n. 10.

²⁸⁹ AZPILCUETA, *Enchiridion, sive Manuale*, cap. XV., n. 6; VAZQUEZ (BELLEMONTANUS), *Tractatus de restitutione*, cap. II, § II, dub. III. Noch weiter ging die Ansicht, nach der nicht einmal die auf einer Gefahrerhöhung beruhenden Schadensfolgen zugerechnet werden sollen, sofern der Schädiger die erforderliche Sorgfalt beachtet hatte. Dabei sollte die Sorgfalt die Gefahr seiner Handlung neutralisieren (LESSIUS, *De iustitia et iure* lib. II, cap. IX, dub. XV, n. 103, MOLINA, *De iustitia*, tract. II, disp. 728, n. 2 - 3; BÁNEZ, *Decisiones*, qu. LXIV, art. VIII, p. II). Dies hebt auch JANSEN, *Restitution*, 124 f., hervor.

des Schädigers wohl auf Erfolge, deren Eintrittsgefahr durch die schädigende Handlung erhöht worden ist.

§ 2. Heranziehung vertragsrechtlicher Wertungen

Darüber hinaus ist das Verhältnis der Restitutionspflicht zu vertraglichen Rückgabeansprüchen problematisch.²⁹⁰ Während nach THOMAS VON AQUIN'S Ansicht vertragliche Rückgabeansprüche unter den Begriff der Restitution fallen²⁹¹, versuchen sich die Spätscholastiker davon zu lösen. Denn andernfalls – so stellt JANSEN heraus – hätte „die Restitution bei einem derart weiten Ansatz ihre spezifischen Konturen verloren und wäre zur Klammer für das gesamte Vermögensrecht geworden“²⁹². Daher unterscheiden die spätscholastischen Juristen zwischen der Restitution „im spezifischen, engeren Sinne“ und der Restitution im einem „weiten, unspezifischen Sinne“, die auch vertragliche Herausgabepflichten umfasst. Über das Vertragsrecht als spezielle Materie finden sich gesonderte Abhandlungen.²⁹³ Eine Rückabwicklung des Vertrages im Wege der Restitution befürworten die Spätscholastiker nur im Falle der Nichtigkeit. Allerdings werden im Rahmen der Restitution daneben der Verzug und vertragliche Rückgabepflichten aus Überlassungs- und Darlehensverträgen erörtert. Trotzdem greifen die Spätscholastiker auch bei diesen Fragen auf die vertragsrechtlichen Wertungen zurück. Somit wird im Ergebnis – wie JANSEN herausstellt – „der nichtvertragliche Restitutionsanspruch [...] – in moderner Terminologie – durch vertragsrechtliche Wertungen überlagert“²⁹⁴. Dabei scheinen die Erörterungen der Spätscholastiker zu der Frage, ob ein Schuldner für Zufall haftet, starke Parallelen zur Terminologie und den Ansichten der mittelalterlichen Legisten aufzuweisen. Zur Veranschaulichung sollen im Folgenden beispielhaft die Ausführungen LEONARDUS LESSIUS' und LUIS DE MOLINAS näher beleuchtet werden.

LESSIUS setzt sich in seinem Kommentar *De Iustitia et Iure* mit der Frage der Zufallshaftung in bestimmten Fällen vertragswidrigen Verhaltens auseinander.

Utrum nascatur obligatio restitutionis damni ex culpa levi, vel levissima, quando intercessit contractus commodati, conducti, depositi, pignoris, vel alterius similis. [...]

²⁹⁰ Dazu JANSEN, Restitution, 53 ff.

²⁹¹ THOMAS VON AQUIN, *Summa theologiae secunda secundae partis*, qu. LXII, art. I, VI.

²⁹² JANSEN, Restitution, 54.

²⁹³ JANSEN, Restitution, 54.

²⁹⁴ JANSEN, Restitution, 55.

Respondeo igitur, et dico Primo, Si res apud commodatarium, vel conductorem pereat fortuito, ad nulla ipse restitutionem tenetur, nisi aliter expresse sit conventum. Ita habetur c. unico de Commodato. [X. 3,15] Probat, quia res quaeque domino suo perit, si nulla intercessit culpa, vel pactio, ratione cuius tenearis ad damnum sarciendum.

Adverte tamen, in tribus casibus teneri commodatarium de eventu fortuito, qui in illo cap. exprimuntur.²⁹⁵ Primo, Si intercessit pactum de restituendo quomodocumque periret. quod pactum is, qui commodat semper potest exigere, quando gratis commodat secus autem quando iusto pretio; quia supra iustum pretium nihil potest exigi pretio aestimabile. talis autem obligatio praestandi eventum fortuitum, est pretio digna. Secundo, Si sit in mora restituendi, ut si tempore statuto non restituat, et postea pereat, si enim restituisset, forte non periisset. est autem in mora, qui potest restituere, et non restituit, cum tamen teneatur. Tertio, Si ex culpa, data sit occasio casui fortuito; ut si non sis re illa usus eo loco, quo conventum est, sed alio, ubi erat maius periculum, ipse adque periit. v.g. accepisti utendem vas argenteum domi tuae, et foras extulisti. vide Instit. Quibus modis re contrah. obligatio. § Item is [Inst. 3,14,2].²⁹⁶

Obwohl LESSIUS hier die Haftung des Entleihers und des Mieters für einen zufälligen Sachuntergang als Teil der Restitutionspflicht begreift, zieht er in seinen Ausführungen vertragliche Wertungen heran. Dies entspricht der eben angesprochenen Feststellung JANSENS, nach der die Spätscholastiker die außervertraglichen Restitutionsansprüche nicht trennscharf von vertraglichen Ansprüchen abgrenzen, sondern in ihren Ausführungen auf die vertragsrechtlichen Wertungen zurückgreifen.²⁹⁷ In diesem Sinne nennt LESSIUS hier drei Fälle, in denen ein Entleiher für Zufall haftet. Erstens, wenn ein *pactum* vorliegt, nach dem die entliehene Sache in jedem Fall zurückzugeben ist. Zweitens, wenn sich der Entleiher in Rückgabeverzug befindet und drittens, wenn ein Verschulden vorliegt, das den Anlass für den zufälligen Untergang gegeben hat: *Si ex culpa, data sit occasio casui fortuito*. Vieles spricht dafür, dass die Voraussetzung, das Verschulden müsse den Anlass für den zufälligen Untergang gegeben haben, nichts anderes meint als das Erfordernis einer Gefahrerhöhung. Neben der ausdrücklichen Vereinbarung durch ein

²⁹⁵ In X 2, 15: *si casus fortuitus acciderit sua culpa, vel intervenerit pactum, vel in mora fuisset* (wenn der Zufall auf seinem Verschulden beruhte, wenn es eine Vereinbarung gab, oder wenn er im Verzug gewesen war).

²⁹⁶ LESSIUS, *De Iustitia et Iure* lib. II, cap. VII, dub. VIII, n. 36 f.

²⁹⁷ JANSEN, *Restitution*, 55.

pactum und dem Verzug muss der Entleiher aufgrund eines sonstigen Verschuldens also wohl nur dann für Zufall einstehen, wenn das Verschulden die Gefahr des zufälligen Erfolges erhöht hat. Den Aspekt der Gefahrerhöhung verdeutlicht LESSIUS zudem anhand eines Beispiels: Gebraucht der Entleiher die Sache an einem anderen Ort als vereinbart und war dieser Ort gefährlicher als der ursprünglich vereinbarte, so haftet er für die zufällige Verschlechterung oder den zufälligen Untergang der Leihsache. Indem LESSIUS dabei betont, dass der Ort, an dem der Entleiher die geliehene Sache entgegen der Vereinbarung gebraucht, gefährlicher war als der ursprünglich vereinbarte (*ubi erat maius periculum*), stellt er wohl als Erster ganz deutlich heraus, dass die Haftung aufgrund einer *culpa praecedens* durch das Kriterium der Gefahrerhöhung begrenzt ist.

Wie gezeigt haftet der Schuldner nach der *culpa praecedens*-Lehre der Glossatoren²⁹⁸ sowie in der Lehre BARTOLUS²⁹⁹ aufgrund seines Verschuldens wohl ebenfalls nur für Gefahrerhöhung. Zur Beschreibung des Kriteriums der Gefahrerhöhung greifen die Autoren auf ähnliche Formulierungen zurück:

LESSIUS: *Si ex culpa, data sit occasio casui fortuito.*

BARTOLUS: *culpa potest esse ordinata ad casum: quia ex ea potest contingere casus: tunc aut casus secutus est propter illam culpam.*

Im Weiteren beschäftigt sich LESSIUS mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Einwilligung des Eigentümers in die Benutzung eine Haftung ausschließt: *Quia usus est sub ratihabitione domini. ergo si postea ratum habeat, liberabitur. [...] si domini expresso consensu fuisset usus, non tenetur de casu illo fortuito.*³⁰⁰

Darüber hinaus erklärt LESSIUS wohl auch den Einwand mangelnder Kausalität als beachtlich und befreit den Schuldner von der Haftung, wenn die geschuldete Sache beim Eigentümer ebenfalls untergegangen wäre: *Nota tamen, Si res eodem modo erat peritura apud dominum, commodatarium in his casibus non teneri ad restitutionem, [...]*³⁰¹.

²⁹⁸ 3. Teil, 2. Kap., § 1, I., S. 63 ff.

²⁹⁹ 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., S. 87 u. § 3, II., S. 94.

³⁰⁰ LESSIUS, De Iustitia et Iure lib. II, cap. VII, dub. VIII, n. 37 a.E.

³⁰¹ LESSIUS, De Iustitia et Iure lib. II, cap. VII, dub. VIII, n. 38.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass LESSIUS' Ausführungen Parallelen zur *culpa praecedens*-Lehre der mittelalterlichen Juristen erkennen lassen, nach der der Schuldner ebenfalls nur für einen solchen Zufall einstehen musste, dessen Eintrittsgefahr sein schuldhaftes Verhalten erhöht hat. Die Erwägungen legen nahe, dass der Restitutionsanspruch in der Lehre LESSIUS' im Falle einer Verletzung vertraglicher Rückgabepflichten durch vertragsrechtliche Wertungen überlagert wird.

Auch in der Lehre MOLINAS finden sich ganz ähnliche Ausführungen zur Frage, wann ein Schuldner aufgrund vertragswidrigen Verhaltens für Zufall einstehen muss.

De casu fortuito regulariter non tenetur commodatarius, ut patet c.unic. de com-
moda. [D. 13,6] §.item is. versic. at is. Inst. quib.modere contra. oblig.
[Inst.3,14,1] l. si ut certo, §.nunc. videndum. versic. quod vero [D. 13,6,5,4] l. in
rebus. in prin. ff. commodati. [D. 13,6,18, pr.] l. i. C. eod. tit. [C. 4,23,1] l.i. § is
vero. ff. de actionib. et oblig. [D. 44,7,1,4] et l.2. tit. 2. par. 5. [Partidas part. 5, tit.
2, l. 2] Dictum est regulariter. in primis, quia de casu fortuito tenetur, si id pactum
deductum sit, ut habetur cap. unic. de commodat. l.1. [D. 13,6,1] C.eodem tit.
[C. 4,23,1] et l.3. tit. 2. part.5. [Siete Partidas part. 5, tit. 2, l. 3] Deinde, quia si
comodatarius aliter, aut ad aliud, usus est re commodata, quam ad id, ad quod
fuit concessa, aut fuit in mora restituendi, atque horum quicquam occasio fuit,
quod res periret aut deterior redderetur (quod iura appellant, commodatarium in
culpa fuisse casus fortuiti) tenetur de casu fortuito. Ita haberetur c. unic. de com-
modat. § item is. versic. at is. Inst. quib.mod. re contr. oblig. l. si ut certo §.nunc
videndum. vers. quod vero l.in rebis. in princ. ff. commodat. l.1. § is vero. ff. de
action. et oblig. et l.3. tit.2. par. 5. [D. 13,6,1; Inst. 3,14,2; D. 13,6,5,4; D. 13,6,18
pr.; D. 44,7,1,4; Siete Partidas part. 5, tit. 2, l. 3] exempla sunt. Ut si tibi equum in
unum locum commodavi, et tu eum duxisti in alium, eaque ratione in latrones in-
cidisti aut aliud infortunium ei accidit: aut si tibi commodavi vasa, ut in domo tua
faceres convivium, et tu ea longius asportasti, vel per mare, eaque occasione furto,
naufragio, aut alio infortunio, perierunt, vel si quia in mora fuisti, rem tibi³⁰² com-
modatam restituendi, illa periit.³⁰³

³⁰² Tibi] mihi.

³⁰³ MOLINA, De Justitia et Jure, Tract. II, Disp. 295, n. 3.

Von dem Grundsatz, dass der Entleiher nicht für Zufall haftet, macht MOLINA wie auch LESSIUS drei Ausnahmen: das *pactum*, die schuldhafte Gebrauchsüberschreitung und den Verzug. Diese Haftung veranschaulicht MOLINA an Beispielen. Reitet der Entleiher mit dem entliehenen Pferd an einen anderen Ort als vereinbart, so haftet er für einen Überfall durch Räuber und für andere Zufälle. Nimmt er ein Gefäß, das der Verleiher ihm geliehen hatte, um Zuhause ein Essen zu veranstalten, mit auf Reisen, so haftet er für dessen Verlust durch einen Diebstahl, durch Schiffbruch oder andere (Reise-)Unglücke. Beide Beispiele stammen aus den römischen Quellen³⁰⁴ und sind auch von den Glossatoren³⁰⁵ und Kommentatoren³⁰⁶ zur Veranschaulichung der Zufallshaftung aufgrund vertragswidrigen Verhaltens herangezogen worden. Dass MOLINA diese Beispiele allegiert, lässt sich möglicherweise damit erklären, dass er die Haftung des Entleihers für vertragswidrigen Gebrauch ebenfalls auf die Erfolge begrenzt, die durch eine Gefahrerhöhung entstanden sind. Darüber hinaus hält MOLINA offenbar – wie auch LESSIUS – den Einwand mangelnder Kausalität der Schädigung für beachtlich und befreit den Schuldner von der Haftung, wenn die Sache beim Eigentümer ebenso untergegangen wäre.³⁰⁷

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass LESSIUS und MOLINA die Frage, ob der Schuldner im Falle des vertragswidrigen Gebrauchs für Zufall haftet, zwar im Rahmen der Restitutionspflicht behandeln, jedoch auch im Rahmen dieser Pflicht vertragsrechtliche Wertungen heranziehen. So scheinen sich beide Autoren dafür zu entscheiden, den Schuldner aufgrund eines Verschuldens nur in den Grenzen der Gefahrerhöhung und nicht für jeden kausal verursachten Schaden haften zu lassen. Diese Lehre weist sowohl in der Terminologie als auch inhaltlich Parallelen zu der mittelalterlichen *culpa praecedens*-Lehre auf.

Darüber hinaus lassen beide Quellen eine gewisse Ähnlichkeit der Fälle der sachlichen und zeitlichen Gebrauchsüberschreitung erkennen. So nennen beide Autoren als Ausnahmefälle, nach denen der Entleiher für einen Zufall haftet, neben der ausdrücklichen Vereinbarung durch ein *pactum* sowohl den vertragswidrigen

³⁰⁴ Der Reiterfall findet sich bei Gai. 3, 196; Ulp. D. 13,6,5,7 (lib. 28 ed.); Inst. 4,1,6; Die Mitnahme der entliehenen Sache auf Reisen bei Gai. D. 13,6,18 pr. Zu den Fällen siehe S. 28 ff.

³⁰⁵ Vgl. in der Gloss. Ord. die Glossen *In Homine* ad D. 13,6,5,7, *Praestare debet* ad Gai. D. 13,6,18 pr. und *Dolo* ad Inst. 3,14,3 (dazu S. 63 ff.).

³⁰⁶ Vgl. u.a. GUILIEMUS DE CUNEO, *Lectura super digestum vetus* (dazu 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., S. 86 ff.).

³⁰⁷ MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. II, Disp. 295, n. 4.

Gebrauch als auch den Verzug. Aufgrund vertragswidrigen Gebrauchs haftet der Entleiher nach Ansicht LESSIUS' und MOLINAS wohl allerdings nicht für jeden zufälligen Untergang, sondern nur für einen solchen, dessen Eintrittsgefahr das schuldhafte Verhalten erhöht hat. Vieles spricht daher dafür, dass die Haftung für eine sachliche Gebrauchsüberschreitung enger ausgestaltet ist und keine Haftung für ein *versari in re illicita* im Sinne einer Haftung für alle äquivalent kausal verursachten Erfolge eines unerlaubten Tuns darstellt. Diese Erwägungen bestätigen die These, dass die spätscholastischen Juristen eine Zurechnung allein aufgrund eines *versari in re illicita* als eine zu weitreichende Zurechnung ansehen und diese daher ablehnen.

4. Kapitel Humanismus, Naturrecht und Usus Modernus

Während die Spätscholastiker die Lehre des *versari in re illicita* wohl als ein Prinzip zu weitreichender Zurechnung von Folgen ablehnen, ergibt sich für die Vertreter des juristischen Humanismus, die Naturrechtslehren und die Vertreter des Usus modernus Pandectarum kein einheitliches Bild. DONELLUS knüpft an die mittelalterliche *culpa praecedens*-Lehre an und begrenzt die Haftung des Schuldners durch das Kriterium der Gefahrerhöhung. Demgegenüber deuten die Aussagen CUJAZ' auf eine weitergehende Haftung hin, die dem Rechtsgedanken des *versari in re illicita* entspricht. Anders wohl die Naturrechtslehren: Die Vertreter des Naturrechts bestimmen eine Zufallshaftung offenbar gerade nicht anhand allgemeiner Zurechnungslehren wie der *culpa praecedens* oder des *versari in re illicita*. Die Autoren finden einen Grund für die Zufallshaftung in der Natur des Vertrages bzw. in den Interessen der Parteien. Im Usus modernus liegt der Schwerpunkt der Diskussion wohl auf der Frage nach der Eigentümerstellung und der damit verbundenen Gefahrtragung.

§ 1. Humanismus

In der Epoche des juristischen Humanismus werden zur Frage, ob ein Schuldner für Zufall haftet, sowie zur Reichweite dieser Haftung unterschiedliche Auffassungen vertreten. Als Vertreter gegensätzlicher Ansichten lassen sich CUJAZ' und DONELLUS' anführen.

I. Lehre Cujaz'

Der Gedanke, dass bestimmte Fälle schuldhaften Verhaltens eine Zufallshaftung auslösen, findet sich auch in der Lehre CUJAZ'. Während die Lehren der Glossatoren und Kommentatoren stets zwischen einer Haftung aufgrund Verschuldens und einer Haftung aufgrund Verzugs unterscheiden, scheint CUJAZ die beiden Tatbestände in Bezug auf die Reichweite der Haftung gleichzusetzen. Nach CUJAZ' Ansicht haftet der Schuldner also möglicherweise für ein Verschulden im gleichen Umfang wie bei Verzug, d.h. er muss für jede Folge seiner schuldhaften Handlung einstehen. Diese Erwägungen werden dadurch bestärkt, dass CUJAZ seine Abhandlungen allein auf die Diskussion der Beachtlichkeit von Reserveursachen fokussiert und dem Kriterium der Gefahrerhöhung keine Beachtung schenkt. Als Konsequenz erweitert CUJAZ offenbar die Haftung für ein Verschulden gegenüber der Sicht DE CUNEOS und BARTOLUS, bei denen die Haftung aufgrund Verschuldens (*culpa praecedens*) auf die Fälle der Gefahrerhöhung begrenzt ist.³⁰⁸ Im Ergebnis lässt sich die Ansicht CUJAZ' demnach wie folgt zusammenfassen: Der Schuldner muss sowohl bei Verzug als auch im Falle des Verschuldens für jeden äquivalent kausalen Schaden einstehen, mag dieser auch durch Zufall hervorgerufen worden sein. Inhaltlich findet sich in dieser Lehre der Rechtsgedanke einer Haftung für ein *versari in re illicita*, ohne dass CUJAZ jedoch auf die Terminologie der Res-illicita-Lehre zurückgreift. Um die Tragweite von CUJAZ' Ansicht zu erfassen, sind einleitend kurz seine Ausführungen zu den Haftungstatbeständen des Verschuldens und des Verzugs darzustellen, bevor die Gleichsetzung der Rechtsfolgen beider Tatbestände besprochen wird.

1. Zufallshaftung aufgrund Verschuldens am Beispiel der Leihe

Wie eingangs erwähnt, vertritt auch CUJAZ, dass der Schuldner in bestimmten Fällen schuldhaften Verhaltens für Zufall haftet. Ganz allgemein drückt er diesen Gedanken in seinem Kommentar zum Digestentitel *De obligationibus et actionibus* (D. 44,7) aus.

Et periculi nomine, et sors et fortuna significatur, cum dicimus, rei mutuo datae periculum ad eum, qui accepit pertinere: et ex diverso, cum dicimus, rei tantum

³⁰⁸ Siehe 3. Teil, 2. Kap., § 3, S. 85 ff., insb. S. 88 f.

commodatae vel depositae, vel pignoratae periculum non ad eum pertinere qui accepit, sed ad eum, qui dedit, quia ejus rei dominium sibi retinuit. Ergo aequum est, ut ei ea res pereat, nisi forte (quod Cujas ostendit hoc loco) casus major acciderit culpa ejus, qui accepit: tunc enim culpa, et negligentiae nomine tenetur, qui rem accepit ex commodati vel pignoris causa: Nam et commodatarius in servanda re commodata exactissimam diligentiam, id est diligentissimi patrisfamilias, et cautissimi diligentiam adhibere debet, adeo ut et levissimae culpa nomine teneatur, quia in hoc contractu sola commodatarii utilitas vertitur, ut merito exigatur ab eo cautio, et diligentissima custodia, non qua solet sua custodire, sed qua diligentissimus omnium solet sua custodire, *l. 5 commodatum, commod.* [D. 13,6,5] Et creditor item in servando pignore exactam et mediocrem, non exactissimam diligentiam praestat: nec enim tenetur culpa levissimae nomine, sed levis tantum. Sed varii sunt culparum gradus.³⁰⁹

CUJAZ weist zunächst darauf hin, dass anders als beim Tausch, bei dem das Eigentum an der Sache auf den Empfänger übergeht und dieser daher die Gefahr ihres zufälligen Untergangs trägt, bei geliehenen, hinterlegten oder als Pfand gegebenen Sachen derjenige die Gefahr trägt, der die Sache hingegeben hat, da dieser sein Eigentum an der Sache behält. Diese Wertung – so CUJAZ weiter – sei allerdings nur gerecht, sofern der zufällige Untergang nicht auf einem Verschulden des Empfängers beruhe. Diese Äußerung lässt den Schluss zu, dass CUJAZ anerkennt, dass in bestimmten Fällen ein Verschulden eine Zufallshaftung auslöst. Im Weiteren führt CUJAZ aus, dass die Art des Verschuldens, für die der Empfangende einstehen muss, von der jeweiligen Vertragsart abhängt. Diesen Aspekt hat auch bereits PAUL DE CASTRO betont.³¹⁰

Ein Hinweis darauf, in welchen Fällen eine solche Zufallshaftung aufgrund eines Verschuldens nach der Ansicht CUJAZ' besteht, findet sich in seinen Ausführungen zur Haftung des Entleihers.

II. Si facto incendio, ruina, naufragio, aut quo alio simili casu res commodata amissa sit, non tenebitur eo nomine is cui commodata est: nisi forte cum posset rem commodatam salvam facere, suam praetulit. In commodato dolus, et culpa, et diligentia praestatur, damnum fatale non praestatur: et ideo si incendio, ruina,

³⁰⁹ CUJAZ, Opera Omnia, Tom. VIII, de obl. et act., c. 320 E.

³¹⁰ Siehe 3. Teil, 2. Kap., § 4, II., S. 102 f.

naufragio, vi latronum, morbo res commodata perierit, non tenetur is, qui commodatum accepit, nisi forte, inquit, cum³¹¹ posset, etc. nam tunc eius culpa intervenit, *l. si ut certo, § quod vero, ff. commod.* [D. 13,6,5,4]

III. Servus vel equus si a latronibus, vel in bello, in aliam causam commodati occisi sunt, actio commodati datur: custodia enim et diligentia rei commodatae praestanda est. Mortis damnum ad commodatarium pertinet, etiam si fortuito acciderit, videlicet, si re commodata in aliam causam, vel alio modo, atque accepit utatur, *l. I. § is vero, ff. de oblig. et act.* [D. 44,7,4] *l. si ut certo, § sed interdum, ff. commod.* [D. 13,6,5,7] Nam et hic culpa eius intervenit. [...] ³¹²

Auch hier weist CUJAZ zunächst auf den Grundsatz hin, dass der Entleiher nicht die Zufallsgefahr trägt, da er nicht Eigentümer der Sache wird. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht laut CUJAZ, wenn der Entleiher die geliehene Sache vor dem zufälligen Untergang retten konnte, er jedoch seinen eigenen Sachen den Vorzug gegeben hat. In diesem Fall haftet der Entleiher wohl dafür, dass er die bestehende Rettungsmöglichkeit nicht wahrgenommen hat. Er haftet mithin für ein Verschulden.

Darüber hinaus hafte der Entleiher, wenn er die geliehene Sache vertragswidrig gebraucht hat: *Mortis damnum ad commodatarium pertinet, etiam si fortuito acciderit, videlicet, si re commodata in aliam causam, vel alio modo, atque accepit utatur.* Diese Haftung wird nach CUJAZ durch das Verschulden ausgelöst: *Nam et hic culpa eius intervenit.* Wie auch schon die Glossatoren und Kommentatoren scheint CUJAZ die Überschreitung des Gebrauchsrechts bei der Leihe als einen Fall zu verstehen, in dem der Entleiher für Zufall haftet. Zur Reichweite dieser Haftung äußert sich CUJAZ an dieser Stelle nicht. Offen bleibt demnach, ob der Entleiher nur für einen solchen Schaden einzustehen hat, dessen Eintrittsgefahr durch sein Verhalten erhöht wurde, oder darüber hinaus für alle äquivalent kausal verursachten Folgen haftet.

³¹¹ *Cum <salvare> posset.*

³¹² CUJAZ, Interpretationes ad Julii Pauli receptarum Sententiarum libros V, lib. II, De commodato, et deposito, pignore fiduciave (= Opera Omnia, Tom. I, c. 384).

2. Zufallshaftung im Verzug

An der Tatsache, dass der Verzug eine Zufallshaftung auslöst, besteht für CUJAZ kein Zweifel.³¹³ In Bezug auf die Reichweite der Verzugshaftung schließt sich CUJAZ der Meinung des Glossators MARTINUS an.³¹⁴ MARTINUS hatte den römischen Quellen, die eine unbedingte Haftung des Verzugsschuldners vorsahen, die Voraussetzung der Kausalität des Verzugs für den Sachuntergang entgegengesetzt.³¹⁵ Nach MARTINUS' Ansicht konnte sich der Verzugsschuldner durch den Hinweis entlasten, dass die Sache beim Gläubiger im Falle rechtzeitiger Leistung ebenso untergegangen wäre und der Verzug mithin nicht kausal für diesen Untergang geworden war. Eine Haftung des Verzugsschuldners für jede äquivalent kausale Folge entspricht inhaltlich dem Gedanken einer Haftung für ein *versari in re illicita*. CUJAZ verwendet hier jedoch nicht die Terminologie der Res-illicita-Lehre.

3. Gleichsetzung der beiden Haftungstatbestände

Wie bereits erwähnt, setzt CUJAZ die beiden Haftungstatbestände der Zufallshaftung aufgrund Verzugs und der Zufallshaftung aufgrund Verschuldens in Bezug auf den Haftungsumfang offenbar gleich. Ein Beleg für diese Lehre findet sich in seinem Kommentar zu Pomp. D. 12,1,5.

Regulam hanc proponit Pomponius initio l. Quod ex causa conditionis debetur si pereat post moram aut culpam commissam a debitore, debitori perire, id est, perinde debitorem teneri ac si non peri(v)isset, et condemnari in aestimationem, et consequenter si pereat ante culpam commissam liberari eum. His verbis *per te factum erit*, non mora tantum significatur, sed et culpa omnis, ut si occiderit, *l. si ex legati*, *l. si servum § sequi*, *de verbor. obl. l. morae § ult. de usur.* [D. 45,1,23;

³¹³ Siehe z.B. Opera Omnia, Tom. IX, c. 496: *Omnis mora semel committitur, aut mora semel commissa sufficit ut sequantur quae sequuntur moram jure ipso, damna scilicet, et pericula, quae post moram sequuntur debitorem.*

³¹⁴ *Lex significant ita distinguendum esse ex Proculianorum sentential: aut peritura erat res apud actorem, etsi confestim restituta esset, et tunc liberatur: aut non erat peritura, ut quia actor eam distraxisset, et pretium redegisset, et tunc non liberatur [...]* (Ad Titulum de Verborum Obligationibus, l. 23 (D. 45,1,23), = Opera Omnia, Tom. I, c. 1179 E.). *Et placet distinctio Martini, utrum servus fuerit periturus apud legatarium, an non, ut hoc casu pereat heridi, illo non item.* (Ad Africanum Tractatus V. l. 108 de legat. I. = Opera Omnia Tom. I, c. 1348 A.). Darauf, dass CUJAZ sich der Meinung des MARTINUS anschließt, weist auch MADAI, Mora, 294 f., hin.

³¹⁵ Zum Streitstand der Glossatoren und der Ansicht MARTINUS siehe auch 3. Teil, 2. Kap., § 1, S. 69 ff.

D. 45,1,91,1 und D. 22,1,32 pr.] si manumiserit, si in sacrum dedicarit, si fefellerit ad diem: et quia ait si perierit, pertinet igitur haec regula ad certi conditionem generalem, non ad conditionem ex mutuo: nam vero est, si deterius factum sit: et ait, quod te dare, et ad eodem Pompon. porrigitur etiam ad actionem in personam, qua non dari intenditur, sed reddi oportere, *l. si in Asia § ult. depos.* [D. 16,3,12,3] Sic igitur dicamus: quod te mihi dare aut facere oporteat, si postea quam tua culpa intervenit perierit, vel deterius factum sit, tuum esse detrimentum [...] ³¹⁶

In der Digestenstelle legt der römische Jurist POMPONIUS dar, dass der Untergang einer geschuldeten Sache zu Lasten des Schuldners gehe, wenn dieser vor dem Untergang schuldhaft in Verzug geraten ist. Dies scheint für CUJAZ der Anlass gewesen zu sein, die Stelle unter der Überschrift *Post moram a debitore commissam debitori perire id, quod ex causa conditionis debetur, si pereat* zu behandeln.

Gleich zu Beginn seines Kommentars stellt CUJAZ jedoch klar, dass die von ihm im Folgenden zu treffenden Wertungen nicht nur für den Verzug, sondern allgemein für jede Form von Verschulden gelten: *si pereat post moram aut culpam commissam a debitore, debitori perire.*

Dies begründet CUJAZ damit, dass die von POMPONIUS benutzte Beschreibung *per te factum erit* nicht bloß den Verzug bezeichne, sondern vielmehr allgemein jedes Verschulden betreffe: *His verbis per te factum erit, non mora tantum significatur, sed et culpa omnis, ut si occiderit, l. si ex legati, l. si servum § sequi, de verbor. obl. l. morae § ult. de usur. si manumiserit, si in sacrum dedicarit, si fefellerit ad diem.* Deswegen, so schlussfolgert CUJAZ, gelte allgemein die Regel, dass der Schuldner jeglichen Schaden zu tragen haben, wenn der geschuldete Gegenstand nach einem Verschulden untergeht: *Sic igitur dicamus: quod te mihi dare aut facere oporteat, si postea quam tua culpa intervenit perierit, vel deterius factum sit, tuum esse detrimentum.*

An dieser Stelle trifft CUJAZ noch keine Aussage über die Reichweite einer solchen Haftung. Indes lässt die Gleichstellung von Verzug und Verschulden den vorsichtigen Schluss zu, dass nach seiner Ansicht der Haftungsumfang in den Fällen des Verzugs und des Verschuldens gleich zu bestimmen ist. Bei der Haf-

³¹⁶ CUJAZ, Opera Omnia Tom. VII, c. 640 f.

tung aufgrund Verzugs handelt es sich wohl um einen Sonderfall der Verschuldung, da es nach CUJAZ' Aussage ausreichen soll, allgemein davon zu sprechen, dass die Sache nach dem Verschulden untergegangen ist.

Im Anschluss an diese Verallgemeinerung folgen Ausführungen zur Definition, den Voraussetzungen und dem Wesen des Verzugs. Zum Haftungsumfang äußert sich CUJAZ etwas weiter unten:

Sed videndum adhuc, an recipienda exceptio sit quam huic regulae adjicit Martinus, nisi res peritura erat apud creditorem: hoc enim casu negat periculum vel detrimentum debitoris esse et e contrario si non erat peritura apud creditorem, concedit esse. Sed hanc distinctionem improbat Joann. nec mirum si in hoc dissenserint interpretes, cum dissenserint auctores juris Sabiniani et Proculiani [...]³¹⁷

An dieser Stelle setzt sich CUJAZ ausführlich mit der Frage auseinander, ob sich der Schuldner durch die Berufung auf den (hypothetischen) Kausalverlauf, nach dem die geschuldete Sache beim Gläubiger ebenso untergegangen wäre, entlasten kann. Haftet der Schuldner also nur bedingt, d.h. nur für den durch den Verzug kausal verursachten Schaden, oder darüber hinaus unbedingt? Dabei geht CUJAZ auf die gegensätzlichen Ansichten der Glossatoren MARTINUS und JOHANNES BASSIANUS ein³¹⁸ und weist zudem darauf hin, dass auch die römischen Quellen die Frage nicht eindeutig klären. Wie wir schon eingangs beobachten konnten, schließt sich CUJAZ wohl der Meinung des MARTINUS an, erklärt also den Einwand, dass die Sache beim Gläubiger ebenso untergegangen wäre und der Verzug mithin nicht kausal für den Untergang geworden ist, für beachtlich. Auch mit dem Gegeneinwand des Gläubigers zur fehlenden Kausalität, er hätte die Sache, bevor sie bei ihm untergegangen wäre, verkaufen und so den Schaden von sich abwenden können, setzt sich CUJAZ auseinander.³¹⁹ Interessant ist der Umstand, dass CUJAZ dem Schuldner die Berufung auf einen hypothetischen Kausalverlauf gestattet, insbesondere vor dem Hintergrund, dass er, wie soeben dargestellt, nicht allein über den Verzug, sondern allgemein über die Reichweite der Haftung aufgrund von Verschulden zu sprechen scheint und somit die Wertungen, die in der Diskussion der Glossatoren in Bezug auf

³¹⁷ CUJAZ, Opera Omnia Tom. VII, c. 642 D.

³¹⁸ Während sich JOHANNES für eine unbedingte Haftung ausgesprochen hatte, so wurde der Schuldner nach der Meinung des MARTINUS durch diesen Einwand entlastet und haftete damit lediglich bedingt. Siehe 3. Teil, 2. Kap., § 1, S. 70 f.

³¹⁹ Zum Verkaufsargument im römischen Recht siehe 3. Teil, 1. Kap., § 5, I., S. 58 ff.

die Reichweite der Verzugshaftung getroffen wurden, offenbar auf die Verschuldenshaftung überträgt. So erinnert CUJAZ seinen Leser im Anschluss an die Auseinandersetzung mit der Frage der Beachtlichkeit von Reserveursachen daran, dass seine Ausführungen nicht bloß den Verzug, sondern das Verschulden allgemein betreffen und daher bei der Haftung aufgrund von Verschulden ebenfalls zu unterscheiden sei, ob die Sache beim Gläubiger ebenso untergegangen wäre. Nach dem Gesamtzusammenhang der Ausführungen liegt es nahe, dass sich der Schuldner daher nach der Ansicht CUJAZ' nicht nur im Verzug, sondern bei jedem schuldhaften Verhalten durch den Einwand entlasten kann, dass die Sache ebenso beim Gläubiger untergegangen wäre und das Verschulden daher nicht kausal für den Untergang geworden ist.

[...] et ut dixi supra, his verbis per te factum, in hac l. non tantum significatur mora, sed culpa omnis: ut igitur docent, post moram re perempta distinguendum esse, fuerit peritura necne, ita doceas, post culpam re perempta eodem modo distinguendum esse.³²⁰

Zur Veranschaulichung wendet CUJAZ diese Regel im Anschluss auf den in Lab. D. 14,2,10,1³²¹ (*l. si ea conditione*) beschriebenen Fall an.

Et quod hoc casu eviceris, idem illo consequens erit obtinere te, hoc vero palam docet § *si ea conditione*. [D. 14,2,10,1] Si enim navis perierit in quam novissime culpa nautae merces translatae sunt, prior navis non perierit, in qua vehi merces initio convenerat, nauta tenetur. Si utraque navis eadem navigatione naufragio perierit, atque ita omnino periturae erant merces, non tenetur.³²²

In dem Schiffsfall hat ein Kapitän die Waren entgegen der Parteivereinbarung auf ein anderes Schiff umgeladen und mit diesem bei der Fahrt Schiffbruch erlitten. Die Waren gehen verloren. Der römische Jurist PAULUS fügt die Abwandlung hinzu, dass der Kapitän entlastet sei, wenn sowohl das vertraglich bestimmte als auch das Schiff, auf das die Waren verladen wurden, bei der Fahrt untergegangen wären. In seinem Kommentar weist CUJAZ seinen Leser wohl darauf hin, dass dieser mit der von ihm befürworteten Unterscheidung, ob die Sache

³²⁰ CUJAZ, Opera Omnia, Tom. VII, c. 643 D.

³²¹ Zum Römischen Recht siehe 3. Teil, 1. Kap., § 4, I., S. 50 ff., zum Umgang mit der Quelle durch die Glossatoren 3. Teil, 2. Kap., § 1, I., S. 67 ff., zur Ansicht DE CUNEOS und BARTOLUS 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., S. 90 f. und II., S. 93 f.

³²² CUJAZ, Opera Omnia, Tom. VII, c. 643 D.

auch ohne die schuldhafte Handlung untergegangen wäre, auch bestimmte Fälle lösen könne, in denen dem Schuldner eine Zufallshaftung allein aufgrund seines Verschuldens auferlegt wird. Entscheidend für die Lösung des Lab. D. 14,2,10,1 zugrunde liegenden Falls ist nach der Aussage CUJAZ' daher, ob auch das vertraglich bestimmte Schiff Schiffbruch erlitten hat und so die Waren sowieso untergegangen wären. CUJAZ kommt zu dem Ergebnis, dass diese Reserveursache den Kapitän entlastet.

Zwei Aspekte sind an dieser Stelle hervorzuheben. Der erste betrifft die Auswahl der allegierten Stellen. CUJAZ behandelt an dieser Stelle nur den Schiffsfall als Beispiel einer Zufallshaftung aufgrund eines Verschuldens. Er lässt also offenbar andere Fälle weg, in denen einem Schuldner aufgrund seines Verschuldens eine Zufallshaftung auferlegt wird, obwohl ihm diese Fälle wohl bekannt sind. So haben wir in seinen Ausführungen zur Leihe gesehen, dass nach Ansicht CUJAZ' der vertragswidrige Gebrauch eine Zufallshaftung des Entleihers auslöst.³²³ Eine mögliche Erklärung dafür, dass Cujaz hier nur Lab. D. 14,2,10,1 als Beispiel allegiert, könnte sein, dass in den Fällen der Leihe der Aspekt der Gefahrerhöhung deutlich hervortritt und CUJAZ auf dieses Kriterium zur Begrenzung der Haftung offenbar verzichtet. In seinem Kommentar zur Haftung des Entleihers trifft CUJAZ keine Aussagen über die Reichweite der Haftung aufgrund eines Verschuldens. Vieles spricht dafür, dass der Haftungsumfang in diesen Fällen nach seiner Ansicht allgemein zu bestimmen ist. Anhaltspunkte, wie CUJAZ die Reichweite der Haftung beurteilt hat, könnten sich in dem hier besprochenen Kommentar zu Pomp. D. 12,1,5 finden. Diese Erwägungen legen nahe, dass der Haftungsumfang nach Ansicht CUJAZ' weiter ist: Der Schuldner haftet wohl für jeden kausal verursachten Schaden. Er kann sich durch die Berufung auf bestimmte Reserveursachen entlasten und so widerlegen, dass sein Verhalten kausal für den Schaden geworden ist. Als zweiter Aspekt ist hervorzuheben, dass CUJAZ – offenbar bewusst – keine Ausdrücke verwendet, die eine Begrenzung der Haftung auf die Fälle der Gefahrerhöhung beschreiben, obwohl sich seit den Glossatoren eine Terminologie hierzu herausgebildet hat. So spricht beispielsweise BARTOLUS von *culpa potest esse ordinata ad casum: quia ex ea potest contingere casus: tunc aut casus secutus est propter illam culpam*, um zu be-

³²³ CUJAZ, Opera Omnia, Tom. I, c. 384. Siehe dazu 3. Teil, 4. Kap., § 1, I., S. 117 ff.

schreiben, dass nicht für jede äquivalent kausale Folge des Verschuldens, sondern nur unter einem engeren Zusammenhang gehaftet werden soll.³²⁴ Die Voraussetzung lässt CUJAZ offenbar weg, obwohl er mit der Lehre BARTOLUS' sicherlich vertraut war. Eine mögliche Erklärung lässt sich darin sehen, dass CUJAZ bewusst die Haftung aufgrund einer *culpa praecedens* nicht auf die Fälle der Gefahrerhöhung begrenzt, sondern sie in einem weiteren Sinne versteht. So lässt er den Schuldner durch die Gleichsetzung mit der Haftung des Verzugsschuldners wohl allgemein für jede äquivalent kausale Folge seines Verschuldens haften. Er behandelt die Frage der Beachtlichkeit bestimmter Reserverursachen ausführlich und bezieht den Haftungsumfang immer wieder ausdrücklich auch auf die Haftung aufgrund Verschuldens.

4. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass CUJAZ die Haftungstatbestände des Verschuldens und des Verzugs in Bezug auf den Haftungsumfang offenbar gleichstellt. Nach seiner Lehre haftet ein Schuldner daher wohl für alle Folgen seines Verschuldens. Inhaltlich entspricht eine solche Haftung dem Rechtsgedanken des *versari in re illicita*. Eine sachliche Rechtfertigung für eine derart weite Haftung des Schuldners gibt CUJAZ indes nicht.

II. Lehre Hugo Donellus'

Im vorherigen Abschnitt konnte gezeigt werden, dass der Schuldner nach Ansicht CUJAZ' bei Verschulden wie im Verzug wohl für jegliche Folgen haftet. CUJAZ hat eine sehr weitreichende Schlussfolgerung gezogen, in dem er offenbar die Tatbestände des Verschuldens und des Verzugs in Bezug auf den Haftungsumfang gleichsetzt. Demgegenüber gibt DONELLUS auf die Frage, für welche Zufälle ein Schuldner in bestimmten Fällen vertragswidrigen Verhaltens einstehen muss, eine andere Antwort. Im Gegensatz zu CUJAZ knüpft DONELLUS in seiner Lehre wohl an die mittelalterliche *culpa praecedens*-Lehre an und lässt den Schuldner nur begrenzt auf die Fälle der Gefahrerhöhung haften.

³²⁴ Siehe dazu 3. Teil, 2. Kap., § 3, II., S. 94 f.

DONELLUS geht zunächst vom dem Grundsatz aus, dass der Schuldner von einer Zufallshaftung befreit ist.³²⁵ Diese grundsätzliche Haftungsbefreiung präzisiert er für bestimmte Vertragstypen:

Dicere solemus in commodato, in pignore, et in omnibus contractibus in quibus utriusque et creditoris et debitoris aut solius debitoris utilitas versatur, dolum et culpam praestandam esse, casum fortuitum praestandum non esse, L. si ut certo, §. nunc videndum, D. commod. [D. 13,6,5,2]³²⁶

Bei Leihe und Pfand sowie bei anderen Verträgen, die allein dem Nutzen des Schuldners dienen, steht der Schuldner nach Aussage DONELLUS' für Arglist und Verschulden, nicht aber für Zufall ein. DONELLUS fasst zu dieser Haftung die Fälle hinzu, in denen der Vertrag dem Nutzen beider Parteien dient.³²⁷ Anders als in den naturrechtlichen Lehren von GROTIUS und PUFENDORF³²⁸ scheint die Tatsache, dass ein Vertrag lediglich dem Nutzen des Schuldners dient, nicht dazu zu führen, dass dieser die Zufallsgefahr trägt.

1. Zufallsgefahr aufgrund Verschuldens

Demgegenüber kennt auch DONELLUS Fälle, in denen das Verschulden des Schuldners eine Zufallshaftung auslöst:

Rata sit igitur haec sententia, casus fortuitos in re debita incidentes, nullo omnino iudicio, et a nullo debitore praestari, ut sit sensus, re omni debita casu amissa, debitorem liberari ea amissione. Haec sententia tamdiu vera est, quandiu nulla idonea causa incidit, propter quam debitor casum praestet. Sed interdum ejusmodi caussae incidunt; ideo et interdum casus fortuiti a debitore praestantur, ut ab eo apud quem res deposita est, cui commodata est, cui pignori oblata est. Id contingit, aut propter culpam debitoris qui casui fortuito caussam dederit, aut propter conventionem de casu fortuito praestando initio interpositam.

³²⁵ *Atqui hi sunt casus, qui fortuiti appellantur. De hisce casibus haec regula traditur. Quae fortuitis casibus accidunt, vel (ut alibi scriptum est) casus fortuiti nullo iudicio bonae fidei praestandi, sive a nemine praestantur;* HUGO DONELLUS, *Commentaria in Codicem Justiniani ad Tit. XXIII. Lib. IV. C. de Commodato* (= *Opera Omnia*, Tom. VIII, ed. Florentiae 1846, 31 Nr. 10). Vgl. auch die Seiten 33 Nr. 15, 34 Nr. 20 u. 21 sowie 35 Nr. 22 ff. (aaO).

³²⁶ HUGO DONELLUS, *Commentaria in Codicem Justiniani ad Tit. XXIII. Lib. IV. C. de Commodato* (= *Opera Omnia*, Tom. VIII, 31 Nr. 11).

³²⁷ Wie zum Beispiel beim Kauf.

³²⁸ Dazu sogleich, 3. Teil, 4. Kap., § 2, I., S. 133 ff.

Culpa debitoris facit ut debitor casum praestet, seu ut, re casu amissa, nihilominus obligatus maneat, si culpa casui causam praebuerit. Hic enim, ut in contractibus et aliis rebus. initium et causam spectamus, ut est in L. si ut certo, in pr. D. commod. [D. 13,6,5 pr.] exempla haec sunt: Dicimus mortem animalium a debitore non praestari, ut fortuitum casum; hoc ita est, nisi culpa morti causam praebuerit, vel quia debitor animal acceptum occidit, vel quia aegrotum non curavit, L. si ut certo, § custodiam, § commodati L. in rebus, D. commodati. [D. 13,6,5,5 u. 7 und D. 13,6,18 pr.]

Dicimus re debita incensa, damnum nullo iudicio praestari. Hoc ita est, nisi incendium culpa inhabitantis contingerit. L. si venditor, D. de per. et com. rei vend. [D. 18,6,1 pr.]

Dicimus praedonum impetus et naufragia, ut casus fortuitos non praestari. Hoc ita est, nisi culpa sua in debitor haec pericula se conjecerit; veluti, si res ei commodata sit ut domi haberet, ipse autem peregre profectus, secum ferre maluit; deinde in latrones incidit, aut navim ingressus, naufragium fecit, § item is, Institut. quibus mod. re contrah. obl. [Inst. 3,14,2] Postremo, dicimus damnum injuria oblatum, a nullo praestari. Hoc ita est, nisi quis, oborta rixa cui rixae causam praebuit, rem debitam amiserit, L. pen. in pr. D. sol. Matr. [D. 24,3,66 pr.]³²⁹

Zu Beginn der Quelle wiederholt DONELLUS den Grundsatz, dass kein Schuldner für einen zufälligen Verlust der geschuldeten Sache einzustehen hat. Er betont dabei, dass der Schuldner durch den Verlust vollständig von seiner Verpflichtung befreit werde. Jedoch gebe es bestimmte Gründe, so DONELLUS weiter, aufgrund derer der Schuldner dennoch für Zufall hafte: *Haec sententia tamdiu vera est, quandiu nulla idonea causa incidit, propter quam debitor casum praestet. Sed interdum ejusmodi causae incidunt; ideo et interdum casus fortuiti a debitore praestantur, ut ab eo apud quem res deposita est, cui commodata est, cui pignori oblata est.* So muss nach der Lehre DONELLUS' ein Verwahrer, Entleiher oder Pfandgläubiger bei Vorliegen bestimmter Gründe auch für Zufall einstehen. Ein solcher Grund sei, dass der Zufall von dem Verschulden ‚herrühre‘: *Id contingit, aut propter culpam debitoris qui casui fortuito causam dederit, aut propter conventionem de casu fortuito praestando initio interpositam.* Der Zufall sei in zwei Fällen auf das Verschulden zurückzuführen: Zum einen, wenn das Verschulden

³²⁹ HUGO DONELLUS, Commentaria in Codicem Justiniani ad Tit. XXIII. Lib. IV. C. de Commodato (= Opera Omnia, Tom. VIII, 36 Nr. 24 ff.).

den Grund für den zufälligen Untergang gegeben habe und zum anderen, wenn es eine Vereinbarung gebe, nach der für Zufall haftet wird. Nach DONELLUS haftet folglich ein Schuldner für Zufall, wenn sein Verschulden den Anlass für den zufälligen Verlust der Sache gegeben hat. Durch diese Einschränkung begrenzt DONELLUS die Haftung wohl auf die Fälle der Gefahrerhöhung. Der Schuldner haftet also nur für einen solchen Zufall, dessen Eintrittsgefahr er erhöht hat. Anknüpfungspunkt für die Zufallshaftung scheint das Verschulden zu sein: *Culpa debitoris facit ut debitor casum praestet, seu ut, re casu amissa, nihilominus obligatus maneat, si culpa casui causam praebuerit.*

Dass DONELLUS offenbar von einer Haftung für Gefahrerhöhung ausgeht, wird auch anhand der Beispiele deutlich, die er im Anschluss bespricht. Nach dem ersten Beispiel haftet ein Schuldner für den Tod eines Tieres, für den er normalerweise nicht haftet, weil es sich um ein zufälliges Ereignis handelt, sofern er durch eine schuldhafte Handlung den Anlass für den Tod gegeben hat, das Tier getötet oder es im Falle einer Krankheit nicht geheilt hat. Bei den letzten beiden Fallvarianten ist der Tod des Tieres nicht zufällig eingetreten. Vielmehr hat ihn die Handlung des Schuldners verursacht. In der ersten Variante beschreibt DONELLUS eine Haftung für ein zufälliges Ereignis, für das der Schuldner aufgrund eines vorher begangenen schuldhaften Verhaltens eintreten muss. Auch hier betont DONELLUS die Erforderlichkeit einer Gefahrerhöhung (*culpa mortis causam praebuerit*). In dem zweiten Beispiel haftet der Schuldner nach DONELLUS dafür, dass eine Sache durch ein Feuer verbrannt ist, sofern der Schuldner durch sein Verhalten die Gefahr des Feuers veranlasst hat (*incendium culpa inhabitantis contingerit*). Das dritte Beispiel behandelt die Zufallsgefahren eines räuberischen Überfalls und eines Schiffbruchs. Für diese haftet der Schuldner nach DONELLUS Lehre wiederum nur dann, wenn er durch sein Verschulden die Gefahr dieser Ereignisse erhöht hat. So haftet beispielsweise ein Entleiher für den zufälligen Verlust der geliehenen Sache durch Raub oder durch Schiffbruch, wenn er die geliehene Sache mit auf Reisen genommen und sich dabei in Situationen begeben habe, die diese Gefahren bergen.³³⁰

Nach dem Gesagten liegt näher, dass sich DONELLUS in seiner Lehre der *culpa praecedens*-Lehre des Mittelalters anschließt, nach der der Schuldner aufgrund eines vorausgehenden Verschuldens ebenfalls nur dann für Zufall haftete, wenn

³³⁰ Die Beispiele hat DONELLUS Ulp. D. 13,6,5,7 und Gai. D. 13,6,18 pr. entnommen.

sein Verschulden die Gefahr dieses Zufalls erhöht hat.³³¹ DONELLUS greift zur Beschreibung des Kriteriums der Gefahrerhöhung wohl auf dieselbe Terminologie zurück, die sich auch bei BARTOLUS findet (*casus contingit*).

Darüber hinaus setzte sich DONELLUS weiter mit der Frage der Reichweite einer Zurechnung zufälliger Ereignisse zum Verschulden auseinander.

In qua specie, singulare genus culpae nobis notandum est. Placuit enim veteribus, si quis inimicus noster nobis damnum injuria dederit, hoc damnum nos praestare debere; veluti, si quis inimicus rem commodatam aufert, aut locatam, aut pignori datam; quia inimicitiae quas cum illo exercemus, culpae nostrae adscribuntur, L. si merces, §. culpae, D. locat. [D 19,2,25,4] Et merito adscribuntur; sive enim causam inimicis praebuerimus, aperte nostra culpa est, quod inimicitias exercemus; sive non praebuerimus, tamen haec ipsa culpa est, quod inimicitiam exercemus, et non operam damus ut res inter nos componatur. Aliud est, si quis a nobis non laesus, aut inimicitias quae prius fuerant, remissis et reconciliatione secuta, odio tantum nostri nobis damnum det; nulla enim hic culpa est, eoque damnum non praestare cogimur, d. L. pen. in pr. D. de sol. Matrim. [D. 24,3,66 pr.]³³²

In der Quelle bespricht DONELLUS den Fall, dass eine geschuldete Sache durch einen feindlichen Angriff verloren geht. Er wirft die Frage auf, ob es für eine Zurechnung des zufälligen Verlustes ausreicht, dass sich eine Seite mit einer anderen grundsätzlich in feindlicher Stellung befindet und darin ein Verschulden zu sehen ist oder ob der zufällige Verlust im Einzelfall durch das Verschulden veranlasst sein muss. DONELLUS entscheidet diese Frage wohl dahingehend, dass er die durch die Gewalt von Feinden entstandenen, zufälligen Schäden schon deshalb zurechnet, weil eine Seite (schuldhaft) Feindschaft mit der anderen Seite hegt. Nach dem Gesagten liegt es daher näher, dass für eine Zurechnung eines zufälligen Ereignisses zum Verschulden nach der Entscheidung DONELLUS' keine konkrete Gefahrerhöhung erforderlich ist, sondern es ausreicht, wenn durch das Verschulden eine abstrakte Gefährdungslage geschaffen wird, aus der später der zufällige Untergang hervorgeht.

³³¹ Zur *culpa praecedens*-Lehre der Glossatoren siehe 3. Teil, 2. Kap., § 1, I., S. 63 ff. Zur Lehre DE CUNEO und BARTOLUS 3. Teil, 2. Kap., § 3, S. 85 ff.

³³² HUGO DONELLUS, *Commentaria in Codicem Justiniani ad Tit. XXIII. Lib. IV. C. de Commodato* (= *Opera Omnia*, Tom. VIII, 37 Nr. 29 f.).

2. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass DONELLUS in Bezug auf die Frage, wann ein Schuldner aufgrund seines Verschuldens für Zufall haftet, die mittelalterliche *culpa praecedens*-Lehre übernimmt. Der Schuldner haftet nach seiner Ansicht wohl für jeden Schaden, dessen Eintrittsgefahr sein Verschulden erhöht hat. Darüber hinaus erörtert DONELLUS welche Gefahrenlage das Verschulden geschaffen haben muss, damit ein zufälliger Erfolg diesem zugerechnet werden kann. Seine Ausführungen bezüglich des Falls, dass Sachen bei einem feindlichen Angriff verloren gehen, könnten dahingehend zu verstehen sein, dass die abstrakte Gefährdung, die sich daraus ergibt, dass sich eine Seite mit der anderen in feindlicher Stellung befindet, für eine Zurechnung ausreicht.

3. Zufallshaftung im Verzug

Neben der Haftung aufgrund Verschuldens löst auch der Verzug nach der Lehre DONELLUS' eine Zufallshaftung aus.

Mora quoque debitoris facit ut, si post moram res perierit, ejus detrimentum sit, et non minus obligetur quam antea, *L. quod te, D. si certum pet.* [D. 12,1,5] *L. si ex legati caussa, D. de verb. obl.* [D. 45,1,23] Idque est quod dicitur, culpam et moram, quae culpa species est, perpetuare obligationem, *L. si servum §. sequitur, D. de verbor. obligat.* [D. 45,1,91,3] id est facere ut obligatio quae primo fuerat, etiam re debita amissa, perpetua maneat quasi res adhuc exstaret, *L. si rem, § ult. D. de verb. obl.* [D. 45,1,83,8] Et nihil interest quomodo post moram debitoris pereat, utrum dolo ejus, an vero casu fortuito quem evitare non potuerit, *L. item si verberatum, §.ult. D. de rei vindicat.* [D. 6,1,15,3] *L. cum res, §.ult. de legat. 3* [D. 30,47,6] Nec quisquam hic apud se reputet iniquum esse, debitorem praestare eum casum cui obsistere non potuerit, aut creditorem id petere quod habere non potuisset, etsi res restituta esset; quoniam apud creditorem aequae erat peritura. Nam huic dubitationi recte occurritur a veteribus juris auctoribus, optima ratione; quia, si res sine mora restituta esset, potuisset creditor aestimationem rei habere; potuit enim vendere et pretium lucrari; quae ratio prodita est in duobus locis a me proxime citatis. Moram autem regulariter facere intelligitur, cum opportune loco et tempore interpellatus, non restituit aut praestat rem quam debuit. *L. moram D. de usufru.* [D. 22,1,14 pr.] *L. si ex legati caussa, D. de verb. obl.* [D. 45,1,23] De mora nihil excepi ad *L. 1 supr. De commod.* [D. 13,6,5,1] sed solam culpam

debitoris, propterea quod generalis culpa species est mora, *d. L. si servum, §. sequitur, D. de verb. obl.* [D. 45,1,91,3] Sed hujus generis culpa species sunt duae quas hic nominatim comprehendimus.³³³

In der Quelle legt DONELLUS dar, dass der Schuldner nach Verzugseintritt für jeden Untergang der Sache verantwortlich ist. Diese Haftung sei Folge der *perpetuatio obligationis*, durch die die Verpflichtung des Schuldners unabhängig von der Existenz der Sache bestehen bleibt. Der Verzugsschuldner haftet allein aufgrund des Verzugs auch für Zufall. Zudem sei der Einwand unbeachtlich, dass die Sache im Falle ihrer rechtzeitigen Rückgabe an den Gläubiger bei diesem ebenso untergegangen wäre. Die Tatsache, dass der Verzug nicht kausal für den Untergang geworden ist, ist demnach unerheblich. Nach dem Gesamtzusammenhang der Ausführungen liegt es näher, dass DONELLUS hier eine unbedingte Zufallshaftung des Schuldners als Folge der *perpetuatio obligationis* beschreibt. Im Folgenden wirft er die Frage auf, ob eine derart weitgehende Haftung gerechtfertigt ist, und verweist auf das Argument, dass der Gläubiger die Sache vor dem Untergang hätte verkaufen können und so ihren Wert erhalten hätte. Das Verkaufsargument³³⁴ kann als Gegeneinwand zur fehlenden Kausalität des Verzuges gesehen werden. Da der Gläubiger die Sache im Falle einer rechtzeitigen Wiedergabe vor dem Untergang verkauft und so ihren Wert erhalten hätte, treffe ihn der Schaden ihres Verlustes nicht. Demnach wäre also der Verzug trotz des So-wieso-Untergangs kausal für den Verlust geworden. Stellt man demgegenüber lediglich auf die abstrakte Verkaufsmöglichkeit ab, kann das Argument als Rechtfertigung dafür gesehen werden, dass der Schuldner für den Schaden einstehen muss, obwohl er sich aufgrund der fehlenden Kausalität des Verzugs entlasten kann. In beiden Fällen deutet die Verwendung des Verkaufsarguments durch DONELLUS' darauf hin, dass dieser eine Haftung des Schuldners für jeden nach Verzugseintritt eingetretenen Schaden befürwortet. Diese Haftung geht nach der Lehre DONELLUS offenbar weiter als die eben beschriebene Haftung für ein Verschulden, aufgrund dessen der Schuldner nur für den durch das Verschulden kausal herbeigeführten Zufall und nur begrenzt auf die Fälle der Gefahrerhöhung haftet. Dies scheint auch der Anlass dafür gewesen zu sein, dass sich DONELLUS zum Ende des Textes mit der Frage auseinandersetzt, ob es sich beim

³³³ HUGO DONELLUS, *Commentaria in Codicem Justiniani ad Tit. XXIII. Lib. IV. C. de Commodato* (= *Opera Omnia*, Tom. VIII, 37 Nr. 31 ff.).

³³⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen zum Römischen Recht 3. Teil, 1. Kap., § 5, I., S. 58 ff.

Verzug um eine spezielle Art des Verschuldens handelt. Den Widerspruch der beiden Haftungsumfänge löst DONELLUS wohl dahingehend auf, dass es sich beim Verzug um eine andere Art des Verschuldens handle, die man ihrem Wesen nach von anderen Verschuldensarten unterscheiden müsse.

III. Ergebnis

Nach dem Gesamtzusammenhang der Ausführungen finden sich in der Epoche des Humanismus unterschiedliche Lehren bezüglich der Frage, für welche Zufälle ein Schuldner in bestimmten Fällen vertragswidrigen Verhaltens einstehen muss. Auf der einen Seite knüpft DONELLUS wohl an die mittelalterliche *culpa praecedens*-Lehre an und lässt den Schuldner nur begrenzt auf die Gefahrerhöhung haften. Dabei setzt er sich mit der Frage auseinander, ob für eine Zurechnung des zufälligen Schadens das Verschulden die Gefahr des zufälligen Untergangs konkret hervorgerufen haben muss, oder ob es in bestimmten Fällen ausreicht, dass durch das Verschulden eine lediglich abstrakte Gefahrenlage geschaffen wurde, aus der später der zufällige Erfolg hervorgegangen ist. Die Ergebnisse legen nahe, dass der Schuldner nach der Lehre DONELLUS' im Verzug für jeden Untergang der Sache nach Verzugseintritt haftet, unabhängig davon, ob die Sache beim Gläubiger ebenso untergegangen wäre. Der Verzugsschuldner haftet anders als ein einfacher Schuldner wohl unbedingt für jeden Zufall.

Auf der anderen Seite sind die Ausführungen CUJAZ' eher dahingehend zu verstehen, dass dieser die Tatbestände des Verschuldens und des Verzugs in Bezug auf den Haftungsumfang gleichstellt. In beiden Fällen haftet ein Schuldner nach Ansicht CUJAZ' wohl für jeden durch sein Verschulden kausal verursachten Schaden, denn CUJAZ schließt sich der Ansicht MARTINUS' an, nach der eine Entlastung des Schuldners durch die Berufung auf einen hypothetischen Kausalverlauf zugelassen wird. Eine solche Haftung ist Ausdruck des Rechtsgedankens einer Haftung für ein *versari in re illicita*. Eine Begründung für diese Haftung gibt CUJAZ indes nicht.

§ 2. Naturrecht

Auch die Vertreter des Naturrechts kennen eine Zufallshaftung in bestimmten Fällen schuldhaften Verhaltens. Anders als CUJAZ versuchen sie jedoch, Gründe für diese Haftungserweiterung zu finden. Ob und wann ein Schuldner für Zufall einstehen muss, bestimmt sich nach den einzelnen Vertragsarten. So begründen

die Naturrechtslehren eine Zufallshaftung aus der Natur des Vertrags bzw. anhand der Interessen der Parteien und nicht anhand allgemeiner Zurechnungslehren wie der *culpa praecedens* oder des *versari in re illicita*. Die Begründungen der einzelnen Autoren folgen dabei einheitlichen Linien: Während sich GROTIUS und PUFENDORF im Rahmen der Leihe auf die Gefälligkeit (*ratione beneficiae*) bzw. die Wohltätigkeit (*benignitas*) des Verleihers berufen, entnimmt WOLFF darüber hinaus der Natur des Leihens die stillschweigende Abrede, dass der Entleiher die Zufallsgefahr trage. Bezüglich des Haftungsumfangs ist die Diskussion, ob der Schuldner durch die Reserveursache, dass die Sache beim Gläubiger ebenso untergegangen wäre, entlastet wird, auch im Naturrecht lebendig.

I. Lehre Hugo Grotius'

Die Vertreter der Naturrechtslehren beantworten die Frage, ob ein Schuldner für Zufall eintreten muss, anhand der Natur des jeweiligen Vertrags.

1. Zufallshaftung im Rahmen von Gefälligkeitsverträgen

GROTIUS unterscheidet Gefälligkeitsverträge von anderen Verträgen, bei denen von der Grundannahme *casum sentit dominus* keine Ausnahme gemacht wird. In seinem Entwurf des Naturrechts *De jure belli ac pacis* legt GROTIUS im Rahmen von Gefälligkeitsverträgen die Zufallsgefahr derjenigen Partei auf, der die Gefälligkeit erbracht wird.

1. Sed notandum est, quandam rei aequalitatem spectari et in contractibus beneficis, non quidem omnimodam ut in commutatoriis, sed ex suppositione ejus quod agitur, ne quis scilicet ex beneficio damnum sentiat: ob quam rationem mandatarium indemnitas praestari debet a sumtibus factis, et damno in quod ex causa rei mandatae incidit: et commodatarius rem tenetur resarcire si perit, quia non solius rei ratione domino tenetur, id est, ex vi dominii, quomodo quivis possessor teneatur, ut supra didicimus, sed et ratione beneficae acceptionis: quod ita verum est, nisi omnino et apud dominum fuisset peritura.³³⁵ Hoc enim casu nihil per commodatum domino abest. Contra depositarius praeter fidelitatem nihil recipit: ideo si perit res, non tenebitur: non rei ratione, quia non exstat, nec locupletior est; nec acceptionis ratione, quia accipiendo beneficium non accepit, sed dedit. In pignore,

³³⁵ DOVERING/FISCHER/MEIJERS weisen auf die *Lex Visigothorum*, lib. V. tit. V., c. 1,2,3 hin; DOVERING/FISCHER/MEIJERS in: Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, 227.

ut et in locato, media via sequenda est, ut qui rem accepit nec de casu quovis teneatur ut commodatarius, et majorem tamen diligentiam quam depositarius praestare debeat: quia pignoris acceptio est quidem gratuita, sed accedere solet contractui oneroso.³³⁶

Eingangs stellt GROTIUS fest, dass bei Gefälligkeitsverträgen derjenige, der die Gefälligkeit erbracht hat, nicht den Schaden tragen soll. Der Entleiher hafte unabhängig von seinem Verschulden für den Untergang der Leihsache, weil er den Besitz der Sache aufgrund einer Gefälligkeit des Verleihers erhalten habe. Für einen zufälligen Sachuntergang müsse daher nicht der Verleiher aufgrund seiner Eigentümerstellung, sondern der Entleiher *ratione beneficiae acceptionis* einstehen. GROTIUS begründet die Zufallshaftung des Entleihers mithin durch den Hinweis auf die Natur der Leihe als Gefälligkeitsvertrag.³³⁷ Im Anschluss äußert er sich zum Haftungsumfang: Der Entleiher hafte nur dann für den Schaden, wenn die Sache nicht ebenfalls beim Gläubiger untergegangen wäre. Vieles spricht also dafür, dass GROTIUS die Haftung des Entleihers auf die Fälle der äquivalenten Kausalität begrenzt.³³⁸ An dieser Stelle finden wir den Hinweis auf die bereits bekannte Diskussion, ob der Schuldner durch bestimmte Reserveursachen entlastet wird. GROTIUS gibt darüber hinaus noch eine Begründung, warum der Sowieso-Untergang beim Gläubiger eine beachtliche Reserveursache darstellt: Wäre die Sache beim Gläubiger ebenso untergegangen, habe dieser durch den Untergang keinen Schaden erlitten. Auf die Möglichkeit, dass der Gläubiger die Sache vor dem Untergang verkaufen und so den Schaden hätte abwenden können, geht GROTIUS indes nicht ein.

In der Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid äußert sich GROTIUS ebenfalls zur Haftung des Entleihers:

³³⁶ HUGO GROTIUS, De jure belli ac pacis libri tres lib. II, c. XII, § XIII, 418 f.

³³⁷ In diesem Sinne argumentiert auch PUFENDORF, De jure naturae et gentium libri octo, Lib. V, c. IV, 638 f.: *Illud dubitatur, an commodatarius teneatur rei aestimationem, aut aliam ejusdem generis restituere, si quidem ea perierit casu fortuito, et quem avertisse ipse non erat? Id quod communiter negant. vid. l.1 §.4. D. de oblg. et act. Ego tamen putaverim distinguendum, an res omnino apud dominum fuisset peritura, si vel maxime commodato non foret data, an vero minus. Priori casu cessat restitutio. Posteriori autem eam fieri omnino suadere videtur aequitas; cum alias mea mihi benignitas nimio constaret, si praeter usum gratuitum re quoque ipsa mihi sit carendum, quam non eram perditurus, absque; altero si fuisset.*

³³⁸ So auch PUFENDORF. Siehe Fn. 337.

7. Den aennemer ofte inleener is schuldig `t gheleende weder te gheven met alle vruchten ende baten: ende soo goed als `t was: waer de zake door onvermidelick ongheluck vergaen ofte verargert des waer hy vrij: maer hem wird veel eer verzuim toegereekent als een bewaerder, die maer iet ontfangt om eens anders will, ofte als een pand-aenvaerder die `t ontfangt, soo om sijent wille als om eens anders wille, alsoo den inleener `t geleende ontfangt alleen om sijn selfs will, ende daerom moet hy `t gheleende op `t nauste waernemen, sulcs dat indien hy een saeck die hem t`huis zijnde geleent was, met hem op de reis heeft genomen, ende de selve door schip-breuck ofte rooff hem af-handig is gemaect, hy in de vergoedinge is gehouden.³³⁹

In dieser Quelle spricht GROTIUS eingangs davon, dass der Entleiher zwar die Leihsache in dem Zustand zurückgeben muss, in dem er sie erhalten hat, er jedoch grundsätzlich nicht für Zufall hafte: *Den aennemer ofte inleener is schuldig `t gheleende weder te gheven met alle vruchten ende baten: ende soo goed als `t was: waer de zake door onvermidelick ongheluck vergaen ofte verargert des waer hy vrij.*

Die Annahme steht auf den ersten Blick in Widerspruch zu seiner soeben dargestellten Äußerung in *De jure belli ac pacis*, nach der der Entleiher kraft Naturrechts für Zufall einstehen müsse. Eine mögliche Erklärung für diesen Widerspruch lässt sich darin finden, dass GROTIUS in seinem Werk *De jure belli ac pacis* ausschließlich seinen Entwurf eines allgemeinen Naturrechts behandelt, während er in der *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* sowohl eingangs allgemein über das Naturrecht als auch im Anschluss über den Zustand im römisch-holländischen Recht spricht. In der hier besprochenen Stelle der *Inleidinge* beschreibt GROTIUS wohl die Situation nach *Ius commune*. Er stellt also möglicherweise dar, dass der Entleiher nach *Ius commune* grundsätzlich von einer Zufallshaftung befreit sei, ihm jedoch in bestimmten Fällen die Zufallsgefahr auferlegt werde. Wiederum beruft sich GROTIUS hierzu auf den Charakter der Leihe als Gefälligkeitsvertrag. Da der Entleiher die Sache lediglich zu seinem Nutzen empfangen, müsse er für die größtmögliche Sorgfalt einstehen. Dies bewirke, dass der Entleiher auch für einen Verlust der Leihsache durch Schiffbruch oder Raub hafte, wenn er die Sache mit auf Reisen genommen hat, obwohl sie

³³⁹ HUGO GROTIUS, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, ed. DOVERING/FISCHER/MEIJERS, 2. Ausg., 226 f. Eine Übersetzung findet sich bei LEE, *Hugo Grotius – The Jurisprudence of Holland*, Vol. I text, translation, and notes, 344 f.

ihm von dem Verleiher nur für den Gebrauch zu Hause geliehen worden ist. Hier greift GROTIUS das Beispiel des römischen Juristen GAIUS auf, in dem der Entleiher ein für ein Essen mit Freunden geliehenes Silberbesteck mit auf Reisen nimmt, wo das Besteck durch Schiffbruch verloren geht oder von Räufern gestohlen wird.³⁴⁰ Obwohl der Entleiher normalerweise von der Zufallsgefahr befreit ist, haftet er nach GAIUS' Entscheidung für den zufälligen Verlust durch Schiffbruch oder Raub. In dem Fall führt folglich das vertragswidrige Verhalten des Entleihers zu einer Haftungserweiterung auf bestimmte Zufälle. GAIUS erweitert die Haftung dabei jedoch wohl nicht auf alle äquivalent kausal herbeigeführten Erfolge, sondern nur auf solche, deren Eintrittsgefahr durch das vertragswidrige Verhalten erhöht worden ist. Die Digestenstelle ist demnach möglicherweise Ausdruck der objektiven Haftung für Gefahrerhöhung im Römischen Recht. Nach dem Gesagten haftet der Entleiher nach *Ius Commune* also in bestimmten Fällen vertragswidrigen Verhaltens für Zufall, jedoch wohl nur im Rahmen der von ihm herbeigeführten Gefahrerhöhung.

2. Zufallshaftung im Verzug

Zur Haftung des Schuldners im Verzug nach römisch-holländischem Recht äußert sich GROTIUS im Anschluss an die Ausführungen zur Gebrauchsüberschreitung bei der Leihe:

8. Doch indien den inleener in ghebreck is gheweest van de zaken weder te gheven, soo moet hy oock het ongeval boeten: [...]³⁴¹

Befindet sich der Entleiher mit der Rückgabe der Leihsache in Verzug, so haftet er auch für Zufall. GROTIUS' Ausführungen legen nahe, dass der Verzug für ihn ein eigenständiger Haftungsgrund ist, der eine Zufallshaftung auslöst. Eine Aussage über die Reichweite dieser Zufallshaftung trifft GROTIUS indes nicht.

3. Zwischenergebnis

Nach dem Gesamtzusammenhang der Ausführungen liegt näher, dass GROTIUS die Frage, ob einem Schuldner die Zufallsgefahr auferlegt wird, in seinem Ent-

³⁴⁰ Gai. D. 13,6,18 pr.; Gai. D. 44,7,1,4 und Inst. 3,14,2.

³⁴¹ HUGO GROTIUS, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, ed. DOVERING/FISCHER/MEIJERS, 2. Ausg., 227. Übersetzung bei LEE, *Hugo Grotius – The Jurisprudence of Holland*, Vol. I text, translation, and notes, 345.

wurf eines Naturrechts nicht durch den Rückgriff auf allgemeine Zurechnungslehren wie die der *culpa praecedens* oder des *versari in re illicita* beantwortet. Ob jemand für Zufall haftet, bestimmt sich nach GROTIUS' Lehre offenbar für jede Vertragsart gesondert. GROTIUS beruft sich auf die Natur des Vertrags bzw. die Interessen der Parteien. So entlastet er beispielsweise den Verleiher von der Zufallshaftung, da dieser die Sache aus reiner Gefälligkeit verliehen habe, und legt die Zufallsgefahr somit grundsätzlich dem Entleiher auf.

Der Zustand im *Ius commune* weicht nach der Aussage GROTIUS' in der *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* offenbar davon ab. Seine Ausführungen deuten wohl darauf hin, dass der Entleiher nach *Ius commune* grundsätzlich nicht für Zufall haftet, es sei denn, er habe sich vertragswidrig verhalten und dieses Verhalten habe die Gefahr des zufälligen Untergangs erhöht.

II. Lehre Christian Wolffs

In CHRISTIAN WOLFFS Lehre findet sich wohl ebenfalls kein allgemeines Prinzip zur Zurechnung von Zufällen, wie es die Lehre vom *versari in re illicita* oder auch die *culpa praecedens*-Lehre vorsehen. WOLFF definiert zu Beginn seiner *Institutiones juris naturae et gentium* Zufall als ein Ereignis, an dem niemand Schuld hat und das deswegen nicht zugerechnet werden kann. Zugerechnet werden können nach der naturrechtlichen Lehre WOLFFS nämlich nur Handlungen, die aufgrund von *culpa* oder *dolus* geschehen.³⁴² Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Schuldner dennoch für einen Zufall einstehen muss, bestimmt sich in der Lehre WOLFFS – wie auch bei GROTIUS – nach der Natur des Vertrags und der Interessenlage der Parteien. Seine Lehre soll folgend am Beispiel der Haftung des Entleihers dargestellt werden:

§ 520. Cum damnum dolo vel culpa datum resarciendum sit (§.270); si res com-
modata dolo vel culpa commodatarii deterioratur, vel destruitur, damnum datum

³⁴² § 17. *Quamobrem si quid in actione libera desideretur ex parte intellectus, vel voluntatis, vel denique facultatis locomotivae, a rectitudine deficit (§.16.). Dicitur autem defectus rectitudinis actionis vincibilis quoad intellectum Culpa; quoad voluntatem et noluntatem Dolus. In genere quoque defectus rectitudinis actionis Culpa vocari solet. Vincibile vero dicitur, quod usu facultatem vitari poterat. Atque ideo patet, actiones non minus culposas, quam dolosas agenti imputari. [...] Quamobrem cum quae casu fiunt, nulla culpa antecedente, ea nobis evitari impossibile sit, veluti si grando segetem prosterint, inundatio domum subvertit; nobis quoque imputari nequeunt (§. cit.)* (CHRISTIAN WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium*, Pars II, c. XI. De actibus beneficis obligatoriis, seu contractibus beneficis § 17).

resarciendum. Quoniam culpa commodatarii res interiisse intelligitur casu, quo apud commodantem interitura non fuisset, si hic in mora restituendi fuerit (§.21.417); casum praestare tenetur commodans³⁴³ ob moram in restituendo commissam, quo res commodata apud commodantem peritura, vel deteriorata non fuisset. Immo cum commodans rei suae usum innoxium eo animo concedens, ut finito usus res sibi restituatur (§.515), non praesumatur velle subire periculum rei amitendae, vel deteriorandae; naturaliter commodato tacita inest haec conditio, ut commodatarius teneatur propter casum, quo res commodata penes commodantem non peritura, vel deteriorate fuisset.³⁴⁴

Eingangs weist WOLFF in Übereinstimmung mit dem in § 17 der Institutiones juris naturae et gentium aufgestellten Grundsatz darauf hin, dass man nur für einen solchen Schaden einzustehen habe, der durch Verschulden oder durch Vorsatz herbeigeführt worden ist. Folglich müsse auch der Entleiher den durch Verschlechterung oder Untergang der Leihsache entstandenen Schaden nur dann ersetzen, wenn dieser auf seinem Verschulden oder seinem Vorsatz beruht. Befindet sich der Entleiher jedoch mit der Rückgabe der Leihsache in Verzug, so haftet er nach Ansicht WOLFFS auch für den durch einen Zufall herbeigeführten Schaden, sofern der Zufall die Sache nicht auch getroffen hätte, wenn sie sich beim Verleiher befunden hätte. Grund für diese Haftungserweiterung ist nach Ansicht WOLFFS, dass die Sache durch das Verschulden des Entleihers untergegangen ist, wenn sie beim Verleiher nicht von dem zufälligen Ereignis getroffen worden wäre. Mit dieser Begründung rechnet WOLFF dem Entleiher den zufälligen Untergang zu seinem Verschulden zu. Die Haftungserweiterung steht damit im Einklang mit dem Grundsatz des § 17 der Institutiones juris naturae et gentium.

Im Weiteren bezieht WOLFF seine Ausführungen nicht mehr allein auf die Frage, ob und warum der Verzug eine Zufallshaftung auslöst, sondern äußert sich allgemein zur Gefahrtragung beim Leihvertrag. Aus der Annahme, der Verleiher gehe davon aus, dass er seine Sache unversehrt zurückbekommt, schlussfolgert WOLFF, dass der Verleiher dem Entleiher stets nur den unschädlichen Gebrauch der Sache gestatte. Daher könne nicht vermutet werden, der Verleiher wolle die

³⁴³ Gemeint ist wohl der *commodatarius*; Auch die deutsche Fassung Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (§ 520) spricht an dieser Stelle von „dem die Sache geliehen worden“.

³⁴⁴ CHRISTIAN WOLFF, Institutiones juris naturae et gentium, Pars II, c. XI. De actibus beneficis obligatoriis, seu contractibus beneficis § 520.

Gefahr tragen, dass die Sache beim Entleiher zufällig untergeht oder verschlechtert wird. Aus diesem Grund, so WOLFF, liege dem Leihvertrag naturgemäß die stillschweigende Abrede zugrunde, dass der Entleiher die Gefahr des zufälligen Untergangs trage. Dies gelte jedoch nur für den äquivalent kausal verursachten Schaden. Die Tatsache, dass die Sache beim Verleiher ebenso untergegangen wäre, entlastet demnach den Entleiher. Nach dem Gesamtzusammenhang der Ausführungen liegt näher, dass WOLFF die Erweiterung der Haftung des Entleihers auf zufällige Erfolge anhand der Natur der Leihe und einer Bewertung der Parteiinteressen begründet. Dabei stellt er offenbar nicht pauschal auf die Gefälligkeit bzw. Freigiebigkeit des Verleihers ab – wie das vor ihm noch GROTIUS und PUFENDORF getan haben –, sondern entnimmt der Leihvereinbarung die stillschweigende Abrede, dass der Entleiher die Zufallsgefahr trage.³⁴⁵

Anders als der Leihe ist anderen Vertragstypen nach WOLFF eine solche stillschweigende Abrede nicht zu entnehmen. So hafte beispielsweise der Verwahrer nicht für Zufall. Als Begründung weist WOLFF darauf hin, dass sich die Sache allein aus dem Interesse des Hinterlegers bei dem Verwahrer befinde.³⁴⁶

§ 541. [...] cum vero deponentis causa res sit penes depositarium, nec ullum ex contractu hic percipiat utilitatem (§.539), casum praestare non tenetur.³⁴⁷

Befindet sich der Verwahrer hingegen im Verzug, so hafte er für den äquivalent kausal verursachten Schaden.³⁴⁸

³⁴⁵ Diese Begründung greift später REICHEL auf: „Das Wesen des Leihvertrages als eines Gefälligkeitsgeschäftes aber verlangt, daß die Gefahr zufälligen Untergangs usw. dem Leihnehmer zur Last fällt. Dies allein entspricht der Denkweise loyaler Vertragsparteien.“; REICHEL, LeipZ 16. Jg. (1922), 543, 545.

³⁴⁶ Mit derselben Begründung entlastet WOLFF auch den Pfandgläubiger und weist die Zufallsgefahr dem Verpfänder zu: *quoniam tamen constituentis causa penes creditorem est, si casus in eo contingit, de eo non tenetur creditor.* (CHRISTIAN WOLFF, Institutiones juris naturae et gentium, Pars II. Cap. XV. De Jure in re aliena constituto, seu pignore et servitutibus, § 1502).

³⁴⁷ CHRISTIAN WOLFF, Institutiones juris naturae et gentium, Pars II. Cap. XI. De actibus beneficis obligatoriis, seu contractibus beneficis § 541.

³⁴⁸ Dasselbe gilt für den Pfandgläubiger: *Ast cum ratio cesset, si creditor fuerit in mora restituendi, casum, qui in eo non contigisset, si restitutum fuisset, praestare tenetur (§.419). Quoniam vero pignus constituitur in securitatem debiti, non datur vero res oppignorata pro debito (§.697); si pignus casu perit, aut ita deterioratur, ut inde satisfieri non possit creditori, hic nihilominus debitorem sibi obligatum habet.* (CHRISTIAN WOLFF, Institutiones juris naturae et gentium, Pars II. Cap. XV. De Jure in re aliena constituto, seu pignore et servitutibus, § 1502).

[...] Et quoniam in mora es, si rem depositam repetenti statim resituere nolis (§.417); non modo casum praestare teneris, quo eadem res apud me non fuisset interitura, vel deteriorate, cum damnum culpa tua contingat (§.270), sed etiam ad id, quod interest rem statim restitutam non fuisse, teneris (§.419).³⁴⁹

Hier führt WOLFF denselben Grund an, der sich auch in seinen Ausführungen zur Haftung des Entleihers findet: Der Schaden, der durch einen Zufall entstanden ist, der die Sache beim Hinterleger nicht getroffen hätte, ist schuldhaft durch den Verwahrer verursacht worden und ihm deshalb zuzurechnen.

III. Ergebnis

Die Quellen deuten darauf hin, dass die Naturrechtslehren eine etwaige Zufallshaftung wohl nicht aufgrund allgemeiner Zurechnungslehren wie der *culpa praecedens* oder des *versari in re illicita* bestimmen, sondern je nach Vertragsart einer Partei das Zufallsrisiko zuweisen. Zur Bestimmung, wer das Zufallsrisiko trägt, scheinen die Vertreter der Naturrechtslehren auf die Natur des Vertrags und auf die Interessenlage der Parteien zurückzugreifen. So geben die Juristen gleichzeitig eine Begründung für die Haftung.

§ 3. Usus modernus pandectarum

Der Schwerpunkt der Diskussion im Usus modernus pandectarum liegt offenbar auf der Frage, ob der Eigentümer die Gefahr des zufälligen Untergangs trägt und bei welchen Verträgen das Eigentum auf den Vertragspartner übertragen wird. Dennoch erkennen die Vertreter des Usus modernus wohl eine Zufallshaftung in bestimmten Fällen schuldhaftens Verhaltens sowie im Verzug an. Die Haftung aufgrund eines Verschuldens begrenzen die Autoren ebenfalls durch das Kriterium der Gefahrerhöhung. Somit haftet der Schuldner auch hier nur für einen solchen Zufall, dessen Eintrittsgefahr sein schuldhaftes Verhalten erhöht hat. Der Rechtsgedanke des *versari in re illicita* geht über eine solche Haftung hinaus.

³⁴⁹ CHRISTIAN WOLFF, Institutiones juris naturae et gentium, Pars II, c. XI. De actibus beneficis obligatoriis, seu contractibus beneficis § 541.

I. Gefahrtragung aufgrund der Eigentümerstellung

Die Frage, ob der Eigentümer die Gefahr des zufälligen Untergangs trägt und bei welchen Verträgen das Eigentum auf den Vertragspartner übertragen wird, greift u.a. STRUVE in seiner *Iurisprudentia Romano-Germanica forsensis* auf.³⁵⁰

XX. Hic casus fortuitus, seu damnum fatale, periculum, aut vis major in nullo contractu, ubi dominus contrahens rem suam alteri contrahentium ratione initi contractus tradidit, v.c. *custodiendam; utendam; administrandam; it. in securitatem crediti*; praestatur a detinente rem, sed res perit suo domino. *d. l.23 d.R.J.* [D. 14,2,2³⁵¹] *l.9 C. d.pign.act.* [C. 2,24,9] *l.18. pr. commod.* [D. 13,6,18 pr.] *§.ult. l.q.m.r.c.obgl.* [Inst. 3,14,4] *l.32. d. neg.ges.* [D. 3,5,31 pr.] *l.52. §.3. pro soc.* [D. 17,2,52,3] *l. 26. §.6. mandat.* [D. 17,1,26,6] *l.50. d.adm. et peric.tut.* [D 26,7,50] *l.25. §.6 loc. cond.* [D. 19,2,25,6] *l.1. §.11. d. mag.conv.* [D. 27,8,1,11] *l.2. §.7. de adm.rer.ad civ.pretin.* [D. 50,8,2,7] *l.1. §.4. d.O et A.* [D. 44,7,1,4] *l.19. C.d. pign.* [C. 8,13,9] *l.4.C.d.peric. tutor.* [C. 5,38,4]

XXI. At in contractibus aliis, ex quibus res aliqua certa in alterius dominium est transferenda, res perit illi, cui debetur.³⁵²

STRUVE stellt zunächst dar, dass der zufällige Sachuntergang immer den Eigentümer treffe. Daran ändere sich auch nichts, wenn der Eigentümer jemand anderem aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung die Detention an der Sache eingeräumt habe.³⁵³ Verträge, bei denen der Eigentümer seinem Vertragspartner die Detention einräumt, sind etwa die Verwahrung, die Leihe oder die Bestellung eines Pfands. Anders sei es jedoch bei Verträgen, bei denen die Sache aufgrund der vertraglichen Verpflichtung übereignet wird. Dann treffe die Sachgefahr den Empfänger.

³⁵⁰ Dieselbe Diskussion findet sich bei STRYK, *Specimen usus moderni pandectarum*, Bd. II ad Pandect. Lib. XIII. Tit. VI, Commodati, § IV. An Dominium transferatur? u. § V. An hodie in commodatarium transferatur dominium?, ed. Halae Magdeburgicae, 1749, 27 ff. und CARPZOV, *Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica*, Part. II, Constit. XXVI, Def. V u. VI, ed. Lipsiae 1674, 645.

³⁵¹ Die Allegation bezieht sich wohl auf Fragment 2.

³⁵² GEORG ADAM STRUVE, *Jurisprudentia Romano-Germanica Forensis*, Lib. III Tit. III (De contractibus in genere), ed. Jenae 1675, 544 f.

³⁵³ Zum Begriff der *detentio* im Gegensatz zur *possessio* im Römischen Recht KASER/KNÜTEL/LOHSSE, RP, § 19 Rn. 17 - 20.

II. Übergang der Zufallsgefahr

Auch im Usus modernus werden Fälle diskutiert, in denen die Zufallsgefahr ausnahmsweise nicht den Eigentümer trifft.

1. Lehre Georg Adam Struves

So legt STRUVE im Anschluss an seine Ausführungen zur Gefahrtragung aufgrund der Eigentümerstellung dar, wann jemand die Gefahr des zufälligen Untergangs trägt, obwohl er nicht Eigentümer der Sache ist.

XXIII. Praeterea ratione periculi quis tenetur (I.) Si dolus vel culpa casui intervernerit l.5 § 4 § 7 commod. [D. 13,6,5,4 u. 7] l. 1 § 4 d.O. et A. [D. 44,7,1,4] l. 5 l.9 C.d. pign. Act. [C. 4,24,5 u. 9] § 3 I. d. emt.vend. [D. 19,1,3,1] l. 15 d. per. et c.r.v. [D. 18,6,16] et passim. (II.) Si mora casum praecesserit. c.un. d. commod. [C. 4,23,1] l.12 § 3 depos. [D. 16,3,12,3] l.2 C. d.peric. [C. 4,48,2] et comm. R.v. l.8 § 6 de precar. [D. 43,26,8,6] Notandae tamen hic duae limitationes: sc. 1. Nisi quis rem retineat ex justa aliqua causa. arg. l.22 d.usur. [D. 22,1,22] et 2. nisi interitura fuisset ea res, etiamsi restitute actori l.14 § 1. depos. [D. 16,3,14,1] (III.) Si res non nudae taxationis gratia v.l.52 § 3 pro soc. [D. 17,2,52,3] l.34 famil.ercisc. [D. 10,2,34] l. 69 § 7 de jur. dot. [D. 23,3,69,7] sed ita aestimata data fuerit, ut quis quasi emptam haberet, et loco rei, ex contractu reddendae, aestimationem restituere debebat: l.5. § 3 commod. [D. 13,6,5,3] l.un. § 9 in fin. C. de rei ux. act. [C. 5,13,1,9] l.5. l.10 C. de jur. dot. l.10 princ. l.16 l.18 eod. [C. 5,12,5,10,16 u. 18.]³⁵⁴

STRUVE nennt drei Fälle, in denen der Vertragspartner anstatt des Eigentümers die Gefahr des zufälligen Untergangs trage: Erstens, wenn Arglist oder Verschulden dem Zufall vorausgegangen sind; zweitens, wenn der Schuldner vor dem Untergang in Verzug geraten ist; und drittens, wenn eine Sache zum Schätzwert geleistet worden ist.

Bezüglich der ersten beiden Haftungstatbestände gelten nach STRUVE jedoch zwei Einschränkungen. Zum einen sei der Beklagte entschuldigt, sofern er die Sache aus einem anzuerkennenden Grund zurückgehalten habe. Zum anderen

³⁵⁴ GEORG ADAM STRUVE, *Jurisprudentia Romano-Germanica Forensis*, Lib. III Tit. III De contractibus in genere, (ed. Jenae 1675, 546).

hafte er nicht, wenn die Sache auch beim Kläger untergegangen wäre. Der Beklagte kann sich also durch die Berufung auf diese Reserveursache entlasten. Sowohl die Haftung für Verschulden bzw. Arglist als auch die Haftung aufgrund Verzugs sind mithin beschränkt auf die Fälle äquivalenter Kausalität. Diese Begrenzung der Haftung gilt für beide Tatbestände gleichermaßen.

Der Aufbau des Textes, nach dem die Tatbestände des Verschuldens bzw. der Arglist die erste und der Verzug eine weitere Ausnahme zur Gefahrtragung des Eigentümers bilden, spricht allerdings dafür, dass STRUVE – anders als CUJAZ – wohl an dieser Stelle nicht die Haftung im Verzug mit der Haftung aufgrund Verschuldens in Bezug auf den Haftungsumfang verallgemeinern möchte. Vieles spricht vielmehr dafür, dass Verschulden bzw. Arglist und Verzug nach STRUVES Ansicht separate Haftungsgründe darstellen. Bezüglich der Haftung aufgrund Verschuldens bzw. Arglist allegiert STRUVE Fälle, in denen eine Gefahrerhöhung vorliegt. Er weist u.a. auf Ulp. D. 13,6,5,7 hin. Die Digestenstelle ist bei den Glossatoren *sedes materiae* der *culpa praecedens*-Lehre.³⁵⁵ Zudem allegiert auch BARTOLUS die Stelle als Beispiel einer Haftung aufgrund eines Verschuldens, die er als eine Haftung für Gefahrerhöhung versteht.³⁵⁶ Nach dem Gesagten gibt es daher wohl keinen Beleg dafür, dass das Kriterium der Gefahrerhöhung im Rahmen der Haftung aufgrund eines Verschuldens in der Lehre STRUVES wegfällt. Die Aussage STRUVES deutet eher darauf hin, dass er die Haftung für ein Verschulden im Sinne der mittelalterlichen *culpa praecedens*-Lehre als eine Haftung für Gefahrerhöhung begreift. Aufgrund eines Verschuldens haftet der Schuldner für den äquivalent kausal verursachten Zufall, jedoch nur, sofern das Verschulden die Gefahr des zufälligen Untergangs erhöht hat.

2. Lehre Simon van Leeuwens

SIMON VAN LEEUWEN³⁵⁷ schließt sich in Bezug auf die Frage, wann ein Schuldner für Zufall eintreten muss, wohl ebenfalls der mittelalterlichen *culpa praecedens*-Lehre an.³⁵⁸ Darauf deuten seine Ausführungen zur Haftung des Entleihers in der *Censura Forensis theoretico-practica* hin.

³⁵⁵ Siehe 3. Teil, 2. Kap., § 1, I., S. 63 ff.

³⁵⁶ 3. Teil, 2. Kap., § 3, II., S. 92 ff.

³⁵⁷ Zur Person SIMON VAN LEEUWENS und seinem Einfluss auf das niederländische Recht FEENSTRA in: Juristen. Ein biographisches Lexikon (Hg. STOLLEIS), 2. Aufl. 2001.

³⁵⁸ So auch CARPZOV, *Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica*, Part. II., Constit. XXVI, Def. VII, ed. Lipsiae 1674, 646.

4. [...] De casu fortuito commodatarius nunquam tenetur, l. 18 in pr. §.1. et §.ult. ff. commodat. [D. 13,6,18 pr.,1 u. 4] Nisi expresse ita convenerit. d. l. 5 §.2. et seq. et § ult. in fin. ff. eod. [D. 13,6,5,2,3 u. 15 a.E.] aut si culpa casui occasionem aut causam dederit, veluti si ex alio usu in quem commodaveram res perierit, aut in mora fueris, rem commodatam restituere, et interim res perierit. l.5 §.4. et §.7. [D. 13,6,5,4 u. 7] et d.l.18 in pr. ff. commodat. [D. 13,6,18 pr.] §.2. Instit. quib. mod. re contrah. obligat. [Inst. 3,14,2] l.52 §.1. ff. ad leg. Aquil. [D. 9,2,52,1] Grot. Introd. lib. 3. cap. 9. vers. Den aennemer. Sed hoc casu, non tam propter casum, quam propter culpam tenetur.³⁵⁹

Der Grundsatz, dass der Entleiher nicht für Zufall hafte, erfährt nach VAN LEEUWEN drei Ausnahmen: Erstens, wenn eine Zufallshaftung ausdrücklich vereinbart ist; zweitens, wenn ein Verschulden die Gelegenheit oder den Grund des Zufalls gegeben hat; und drittens, wenn sich der Entleiher im Verzug befindet. Die zweite Ausnahme *culpa casui occasionem aut causam dederit* ist möglicherweise Ausdruck der mittelalterlichen *culpa praecedens*-Lehre, nach der das Verschulden als Auslöser der Zufallshaftung angesehen wird. Als Beispiel eines solchen Verschuldens gibt VAN LEEUWEN den vertragswidrigen Gebrauch an: *veluti si ex alio usu in quem commodaveram res perierit*.³⁶⁰ Durch die Formulierung *culpa casui occasionem aut causam dederit* stellt VAN LEEUWEN offenbar heraus, dass die Zufallshaftung aufgrund eines Verschuldens auf die Fälle der Gefahrerhöhung begrenzt ist. Vieles spricht also dafür, dass wie bei STRUVE neben der Haftung für eine *culpa praecedens* die Zufallshaftung im Verzug als separater Haftungsgrund steht. Ob der Schuldner im Verzug nur für den äquivalent kausal verursachten Schaden und darüber hinaus für jegliche Erfolge, mithin unbedingt, haftet, wird aus dem Text wohl nicht deutlich. VAN LEEUWEN spricht vielmehr allgemein von *et interim res perierit*. Danach könnte auch ein bloß zeitlicher Zusammenhang ausreichen. Am Ende des Texts betont VAN LEEUWEN, dass der Schuldner in den Fällen nicht allein für den Zufall haftet, sondern der Zufall vielmehr dem Verschulden zugerechnet wird. Es handelt sich somit um eine ‚Haftung wegen Verschuldens‘.

³⁵⁹ SIMON VAN LEEUWEN, *Censura Forensis theoretico-pratica, pars prima*, lib. IV c. 5, ed. Amsterdam 1685, 326 f.

³⁶⁰ Auf dieses Beispiel gehen auch CARPZOV (Fn. 354) und STRYK (Fn. 347) ein.

III. Ergebnis

Der Blick auf die Lehren der Vertreter des Usus modernus hat gezeigt, dass der Schwerpunkt der Diskussion offenbar auf der Frage nach der Eigentümerstellung und der damit verbundenen Gefahrtragung liegt. Die Abhandlungen beginnen stets mit einer ausführlichen Auseinandersetzung, ob und bei welchen Verträgen das Eigentum auf den Vertragspartner übertragen wird und wer daher die Gefahr des zufälligen Untergangs trägt. Nur im Anschluss und meist kurz werden die Ausnahmen behandelt, in denen ein anderer als der Eigentümer die Zufallsgefahr trägt. Dabei erkennen wohl auch die Vertreter des Usus modernus eine Zufallshaftung in bestimmten Fällen schuldhaften Verhaltens sowie im Verzug an. Inhaltlich scheinen sich die Autoren der mittelalterlichen Lehre sowohl im Bezug auf die Reichweite der Haftung aufgrund Verschuldens als auch im Bezug auf das Verhältnis zur Verzugshaftung anzuschließen. Verzug und Verschulden sind wohl separate Haftungstatbestände, die in Bezug auf den Haftungsumfang unterschiedlich zu behandeln sind. Im Verzug haftet der Schuldner nach der Äußerung STRUVES offenbar für den äquivalent kausalen Schaden. Eine solche Haftung ist Ausdruck des Rechtsgedankens des *versari in re illicita*. Die Aussage VAN LEEUWENS könnte indes dahingehend zu verstehen sein, dass ein bloß zeitlicher Zusammenhang ausreicht. Demgegenüber spricht vieles dafür, dass die Vertreter des Usus modernus die Haftung aufgrund eines Verschuldens als eine Haftung für Gefahrerhöhung beurteilen. Der Schuldner haftet folglich wohl nur für einen solchen Zufall, dessen Eintrittsgefahr sein schuldhaftes Verhalten erhöht hat. Der Rechtsgedanke des *versari in re illicita* geht über eine solche Haftung hinaus.

5. Kapitel Von den Pandektisten zum BGB

Der Blick auf die Lehren des Humanismus, des Naturrechts und des Usus Modernus hat ein unterschiedliches Bild gezeigt: Bezüglich der Frage, wann jemand für Zufall haftet, weichen die Lehren der Vertreter der einzelnen Epochen inhaltlich voneinander ab. Während sich die Vertreter des Usus Modernus wohl stärker an der mittelalterlichen Lehre orientieren und den Schuldner aufgrund seines Verschuldens nur für den durch die Gefahrerhöhung entstandenen Schaden haften lassen, erweitert CUJAZ die Haftung des Schuldners gegenüber dem mittelalterlichen Standpunkt. So muss der Schuldner nach Ansicht CUJAZ' aufgrund seines Verschuldens offenbar für jeden kausalen Schaden einstehen. Diese Haftung

lässt sich dem Rechtsgedanken einer Haftung für *versari in re illicita* zuordnen. Die Naturrechtslehren gehen einen anderen Weg. Sie bestimmen die Haftung wohl nicht anhand allgemeiner Zurechnungslehren, sondern aufgrund der Natur des Vertrags und der Interessenlage der Parteien. So weisen sie beispielsweise dem Entleiher möglicherweise das Zufallsrisiko zu, da dieser die Sache aufgrund einer Gefälligkeit des Verleihers in seinem Besitz hat.

Die Diskussion der Pandektisten wirkt konturenlos. Die meisten Autoren erörtern die Reichweite der Haftung des Schuldners nicht als allgemeines Prinzip, sondern vielmehr anhand bestimmter Vertragsverletzungen wie insbesondere der Gebrauchsüberschreitung im Rahmen der Leihe. Teilweise deuten die wenig trennscharfen Aussagen einiger Autoren eine Haftung des Schuldners für alle kausalen Erfolge an. In dieser findet sich der Rechtsgedanke des *versari in re illicita*. Die Haftung wird von den Befürwortern jedoch nicht als allgemeines Prinzip benannt. Im Gegensatz hierzu setzt sich VANGEROW allgemein mit der Frage auseinander, ob eine Haftung für alle Folgen eines rechtswidrigen Tuns, also für ein *versari in re illicita*, angezeigt ist. VANGEROW wendet sich gegen den Gedanken einer derart weiten Zurechnung.

§ 1. Pandektisten

Im 19. Jahrhundert wird die Diskussion, ob eine allgemeine Zufallshaftung aufgrund schuldhaften Verhaltens im Sinne eines *versari in re illicita* angezeigt ist, offenbar nicht trennscharf geführt. Es finden sich zwar bei einzelnen Autoren Hinweise, dass eine Haftung für jegliche Folgen eines unerlaubten Tuns zu weit gehe³⁶¹, jedoch bleibt die Diskussion bei den meisten Autoren wohl auf Einzelfragen beschränkt³⁶².

I. Zufallshaftung aufgrund Verschuldens

Die Pandektisten diskutieren die Frage, ob der Schuldner aufgrund vertragswidrigen Verhaltens für Zufall haftet, insbesondere an dem Fall, dass der Entleiher die Leihsache vertragswidrig gebraucht.

³⁶¹ Vergleiche hierzu die Ausführungen VANGEROWS. Dazu sogleich.

³⁶² So beispielsweise bei DERNBURG, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, Bd. II, 2. Abteilung. Die Schuldverhältnisse, § 231 u. § 175, und WINDSCHEID/[KIPP], Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. (1906), § 375. Keine Aussagen über eine Zufallshaftung aufgrund Verschuldens treffen hingegen PUCHTA, Lehrbuch der Pandekten und ARNDTS, Lehrbuch der Pandekten.

1. Lehre Heinrich Dernburgs

Zum Teil findet sich lediglich der pauschale Hinweis, dass der Entleiher im Falle vertragswidrigen Gebrauchs für Zufall hafte. In diesem Sinne äußert sich HEINRICH DERNBURG:

§ 231. Verpflichtungen des Entleihers und der Verleihers

[...] Veränderungen oder Verschlechterungen der geliehenen Sache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, hat er nicht zu vertreten, § 602; ebensowenig schädliche Zufälle. [...] Im Falle des vertragswidrigen Gebrauches haftet der Entleiher für Untergang oder Verschlechterung durch Zufall, wenn sie die Sache ohne den ungehörigen Gebrauch nicht getroffen hätten.³⁶³

Während der Entleiher grundsätzlich von einer Zufallshaftung befreit sei, obliegt ihm nach DERNBURG dennoch das Zufallsrisiko, wenn er die Sache vertragswidrig gebraucht habe und der Zufall die Sache ohne diesen Gebrauch nicht getroffen hätte. Bezüglich des Haftungsumfangs findet sich lediglich der Hinweis, dass der Entleiher nur dann entlastet sei, wenn sein vertragswidriger Gebrauch nicht kausal für den zufälligen Untergang geworden sei. Eine weitergehende Begrenzung durch das Kriterium der Gefahrerhöhung wird von DERNBURG hingegen nicht genannt. Die Aussage DERNBURGS könnte mithin dahingehend zu deuten sein, dass der Entleiher im Falle vertragswidrigen Gebrauchs für alle äquivalent kausal verursachten Folgen dieses Gebrauchs haftet. Dies entspricht dem Rechtsgedanken einer Haftung für *versari in re illicita*.

Darüber hinaus setzt DERNBURG offenbar die Haftung aufgrund Verschuldens ähnlich wie CUJAZ mit der Verzugshaftung in Bezug auf den Umfang der Haftung gleich.

§ 175. Verpflichtungen aus dem Leihvertrag.

[...] Dagegen hat der Leihnehmer selbst für Zufall zu haften, wenn er die Sache zu andern als den eingeräumten Zwecken benutzt hat, wenn er ohne Einwilligung des Verleihers den Gebrauch Andern überließ, endlich wenn er in Verzug gesetzt ist;

³⁶³ HEINRICH DERNBURG, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, Bd. II, 2. Abteilung. Die Schuldverhältnisse, 236 f.

doch bleibt ihm der Gegenbeweis offen, daß der Unfall die Sache auch getroffen hätte, wenn er nicht vertragswidrig gehandelt hätte [...] ³⁶⁴

Sowohl in bestimmten Fällen vertragswidrigen Gebrauchs (Nutzung zu vertragswidrigen Zwecken, Weitergabe der Leihsache an einen Dritten) als auch im Verzug haftet der Entleiher nach der Aussage DERNBURGS für Zufall. In beiden Fällen könne sich der Entleiher durch den Hinweis entlasten, dass sein Verhalten nicht kausal für den zufälligen Untergang geworden ist. Vieles spricht demnach dafür, dass DERNBURG die Haftung des Entleihers aufgrund Verschuldens und Verzugs in Bezug auf den Haftungsumfang gleich beurteilt. Ein möglicher Grund könnte sein, dass DERNBURG den Fall, in dem die Sache nach einem schuldhaften Gebrauch untergeht, und den Fall, in dem die Sache nach einer verspäteten Rückgabe untergeht, als vergleichbar ansieht. Die Haftung entspricht dabei dem Rechtsgedanken des *versari in re illicita*.

2. Lehre Bernhard Windscheids

Auch BERNHARD WINDSCHEID diskutiert nicht allgemein, ob eine Zufallshaftung aufgrund schuldhaften Verhaltens gerechtfertigt ist, sondern befasst sich mit der Frage der Reichweite der Haftung im Rahmen bestimmter Vertragsverletzungen. So äußert er sich zu der Frage, ob der Entleiher bei einer Gebrauchsüberschreitung für Zufall haftet.

Wegen Zufalls haftet der Entleiher nur, wenn es ausgemacht worden ist¹⁰, oder im Falle der Unterschlagung^{10a}.

Fn. 10: [...] Daß der Empfänger bei zufälligem Verlust oder zufälliger Beschädigung auch dann Ersatz geben muss, wenn der Zufall Folge eines Gebrauches gewesen ist, welchen er von der Sache unbefugterweise und wissend, daß er dazu nicht befugt sei, gemacht hat (I. 5 § 7 D. 13,6; I. 1 § 4 D. 44,7; § 2 I. 3,14), ist keine Ausnahme von dem Satz, daß der Empfänger nur wegen Schuld haftet. Es ist in der Tat seine Schuld, aus welcher er hier in Anspruch genommen wird, nämlich der wissentlich unrechtmäßige Gebrauch der Sache; nur wird nicht eine direkte, sondern eine indirekte Folge dieser Verschuldung gegen ihn geltend gemacht; die Sache würde ohne den unrechtmäßigen Gebrauch von dem Zufall nicht betroffen

³⁶⁴ HEINRICH DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. II, 471 f.

sein. Übrigens fällt ein wissentlich unrechtmäßiger Gebrauch der Sache auch unter den Begriff der Entwendung (*furtum*). L. 5 § 8 D. 13,6; l. 16 D. 13,1; §§ 6,7 I. 4,1.

Fn. 10a: *Furtum rei*. Der Empfänger haftet in diesem Fall nach den Regeln der *condictio furtiva* (§ 425) auch für denjenigen Zufall, welcher mit dem *furtum* in keinem Kausalzusammenhang steht. Arg. 1.1 § 25 D. 16,3 (§ 378^{8a}).³⁶⁵

Normalerweise trage der Entleiher nicht die Zufallsgefahr. In Fußnote 10 ergänzt WINDSCHEID, dass der Entleiher im Falle einer Gebrauchsüberschreitung hingegen für Zufall hafte. Dass der Entleiher in diesem Fall für Zufall verantwortlich sei, ist nach WINDSCHEID keine Ausnahme von dem Grundsatz, dass der Entleiher nur für Verschulden einzustehen habe. Vielmehr werde der Entleiher in dem Fall, in dem er die Sache vertragswidrig gebraucht und die Sache dann als Folge dieses Gebrauchs zufällig untergeht, aus seiner Schuld in Anspruch genommen. WINDSCHEID knüpft damit an die mittelalterliche *culpa praecedens*-Lehre an, nach der dem Schuldner der zufällige Untergang zu seiner *culpa* zugerechnet wird.³⁶⁶ Ferner betont WINDSCHEID, dass der Entleiher nur für eine indirekte Folge seines Verschuldens hafte, da „die Sache ohne den unrechtmäßigen Gebrauch von dem Zufall nicht betroffen sein“ würde. Eine mögliche Erklärung könnte sein, dass WINDSCHEID die Haftung auf die Fälle äquivalenter Kausalität begrenzt. Als Beleg dieser Haftung zitiert WINDSCHEID Ulp. D. 13,6,5,7; Gai. D. 44,7,1,4 und Inst. 3,14,2. Die Stellen sehen eine Zufallshaftung des Entleihers bei vertragswidrigem Gebrauch vor, wobei der Entleiher im Römischen Recht nur für den Schaden verantwortlich ist, dessen Eintrittsgefahr sein schuldhaftes Verhalten erhöht hat. WINDSCHEID geht auf das Kriterium der Gefahrerhöhung nicht ein. Nach dem Gesamtzusammenhang der Ausführungen liegt näher, dass der Entleiher nach seiner Ansicht für alle äquivalent kausalen Folgen des vertragswidrigen Gebrauchs haften soll. Diese Haftung ist Ausdruck des Rechtsgedankens einer Haftung für *versari in re illicita*.

Darüber hinaus ergänzt WINDSCHEID, dass der wissentlich unrechtmäßige Gebrauch der geliehenen Sache den Tatbestand des Diebstahls (*furtum*) erfülle. In Fußnote 10a erläutert WINDSCHEID, dass der Entleiher daher neben der vertraglichen Haftung aus der Leihe auch aus der *condictio furtiva* verantwortlich sei. Aus der *condictio furtiva* hafte der Dieb auch für denjenigen Zufall, der mit dem

³⁶⁵ WINDSCHEID/[KIPP], Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 9. Aufl. (1906), § 375.

³⁶⁶ Dazu 3. Teil, 2. Kap., § 1, I., S. 63 ff.

Diebstahl in keinerlei Kausalzusammenhang steht. Es handelt sich um eine unbedingte Haftung.

Ferner ist nach WINDSCHEID eine Zufallshaftung des Beauftragten gegeben, wenn dieser den Auftrag vertragswidrig an einen Dritten übergibt:

Überläßt er die Ausführung des Auftrags einem anderen, so ist zu unterscheiden, ob dies nach der ausdrücklichen Bestimmung oder im Sinne des Vertrages gestattet war, oder nicht; im letzten Falle haftet er für die Fehler des von ihm Angestellten unbedingte, im ersten Falle nur dann, wenn er die Untauglichkeit des Angestellten kannte oder kennen mußte.³⁶⁷

Die vertragswidrige Substitution führt nach der Aussage WINDSCHEIDS zu einer unbedingten Haftung für die Fehler des Angestellten. Unbedingte Haftung könnte hier bedeuten, dass der Beauftragte unabhängig von einem Verschulden des Angestellten für jeden Schaden haftet. Er müsste demnach auch für Zufall einstehen. Grund ist wohl die vertragswidrige Substitution, die eine Pflichtverletzung darstellt. Hingegen finden sich in der Aussage WINDSCHEIDS keine Anhaltspunkte, ob der Beauftragte seiner Ansicht nach auch für einen solchen Schaden einstehen soll, der sich auch ohne die vertragswidrige Substitution ereignet hätte oder ob die Vertragsverletzung kausal für den Schaden geworden sein muss. Ist die Haftung auf den durch die vertragswidrige Substitution kausal verursachten Schaden begrenzt, so lässt sich ihr der Gedanke einer Haftung für ein *versari in re illicita* zuschreiben.

3. Lehre Karl von Vangerows

Während sich die Aussagen der anderen Pandektisten auf die Haftung in einzelnen Vertragsverhältnissen beziehen, setzt sich KARL VON VANGEROW allgemein mit der Frage auseinander, ob eine Zurechnung jeglicher Erfolge aufgrund eines schuldhaften Verhaltens angezeigt ist.

§ 571. Verbindlichkeit zum Schadensersatz.

Nur derjenige Schaden ist zu ersetzen, welcher auch wirklich die Folge der rechtswidrigen Handlung ist, und wenn also der Schaden in dem konkreten Falle aus einem anderen Grund hervorgegangen ist, so fällt die Ersatzpflicht hinweg, und

³⁶⁷ WINDSCHEID/[KIPP], Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. (1906), § 410.

zwar selbst dann, wenn auch ohne das Eintreten jenes anderen Grundes die rechtswidrige Handlung ganz gewiß den Schaden hervorgebracht hätte. [...] Der obige Satz, daß man nicht für einen Schaden haftet, der nicht aus unsrer rechtswidrigen Handlung, sondern aus einem andern Grunde hervorgegangen, ist auch selbst dann wahr, wenn jener andre Grund ohne unsre rechtswidrige Handlung gar nicht eingetreten sein würde, und so brauche ich, wenn ich einen fremden Sklaven leicht verwunde, derselbe aber durch Pfuscherei des zugezogenen Arztes stirbt, für diesen Schaden nicht einzustehen, einfach darum, weil der Sklave in Wahrheit nicht an der von mir geschlagenen Wunde gestorben ist. [...] Wenn dagegen häufig die Regel aufgestellt wird, daß derjenige, welcher wegen einer Rechtswidrigkeit Schadensersatz leisten müsse, allen Schaden zu ersetzen habe, welcher erweislich ohne jede Rechtswidrigkeit nicht eingetreten wäre: so läßt sich ein so rigoröser Satz gewiß nicht rechtfertigen. Danach müßte z.B. derjenige, welcher ein Haus beschädigt hat, auch für den Schaden einstehen, welchen die zur Reparatur zugezogenen Arbeiter durch Diebstahl in dem Hause angerichtet haben, oder derjenige, welcher einen Sklaven leicht verwundet hat, müßte dann, wenn der zur Heilung zugezogene Arzt eine ansteckende Krankheit einschleppt und in Folge davon die ganze Sklaven-Familie stirbt, auch für diesen Schaden Ersatz leisten, u. vgl. m. Es kann allerdings vorkommen, daß einmal die Gesetze Jemanden wegen einer Rechtswidrigkeit auch zur Haftung für Zufall verbindlich machen, und so muß z.B. der Miether oder Kommodatar, welcher die Sache kontraktswidrig auf eine Reise mitnimmt, auch für den Schaden haften, welcher durch Schiffbruch oder durch Räuber entsteht, l. 5 §.7, l. 18 commod. (13,6), l. 13 §.3 locati (19,2), l. 1 §.4 de O. et A. (44,7); aber ein solches Einstehen für casus ist doch gewiß nicht die allgemeine Folge einer jeden Rechtswidrigkeit.³⁶⁸

VANGEROW befasst sich mit der Reichweite von Schadensersatzansprüchen. Dabei betont er, dass nur ein solcher Schaden zu ersetzen sei, der „auch wirklich die Folge der rechtswidrigen Handlung ist“. Im Weiteren führt er aus, dass die Regel, „daß derjenige, welcher wegen einer Rechtswidrigkeit Schadensersatz leisten müsse, allen Schaden zu ersetzen habe, welcher erweislich ohne jede Rechtswidrigkeit nicht eingetreten wäre“ nicht zu rechtfertigen sei, da eine solche Zurechnung zu „rigoros“ sei. Eine solche Zurechnung ist Ausdruck des Gedankens einer Haftung für *versari in re illicita*. Nach dem Gesagten lehnt

³⁶⁸ KARL V. VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, Bd. III, § 571, Anm. 3.1, 7. Aufl. Marburg 1869, 39 f.

VANGEROW hier also ausdrücklich eine Haftung für ein *versari in re illicita* ab, da diese zu weit gehe. Es gebe jedoch Fälle, so VANGEROW weiter, in denen die Gesetze jemandem wegen eines rechtswidrigen Verhaltens die Zufallsgefahr auferlegen. Beispiele einer solchen Haftung seien der Mieter oder Entleiher, der die Sache vertragswidrig mit auf Reisen nimmt und für den Verlust der Sache durch Schiffbruch oder durch Raub eintreten muss. Dazu zitiert VANGEROW mit Gai. D. 13,6,18 pr., Ulp. D. 19,2,13,3 und Gai. D. 44,7,1,4 Quellen, die eine Zufallshaftung des Entleihers bzw. des Mieters aufgrund derartiger Gebrauchüberschreitungen vorsehen. In den Digestenstellen haftet der Schuldner jeweils nur für den Schaden, dessen Eintrittsgefahr sein schuldhaftes Verhalten erhöht hat. Ob die Haftung nach VANGEROWS Ansicht auf die Fälle der Gefahrerhöhung zu begrenzen ist oder ob der Schuldner für jeden durch die Gebrauchüberschreitung kausal herbeigeführten Schaden haften soll, lässt sich an dieser Stelle wohl nicht genau klären. Abschließend betont VANGEROW jedoch, dass eine solche Haftung „nicht die allgemeine Folge einer jeden Rechtswidrigkeit“ sei. Eine Haftung für jegliche Folgen eines unerlaubten Tuns, so wie sie das Prinzip des *versari in re illicita* vorsieht, ist demnach nach VANGEROWS Ansicht wohl nicht angezeigt.

II. Zufallshaftung aufgrund Verzugs

Dass der Schuldner im Verzug für Zufall haftet, wird im 19. Jahrhundert wohl nicht bezweifelt. Die Pandektisten scheinen vielmehr ausführlich die Reichweite dieser Haftung zu erörtern, insbesondere die Bedeutung hypothetischer Ereignisse.³⁶⁹ Nach GEBAUER gewinnt die Argumentation „an Tiefe und Konturenschärfe“ und es wird ersichtlich, „dass die Zufallshaftung beim Schuldnerverzug eine Vielzahl von Kausalitätsfragen bündelt, deren Bedeutung über das Recht der Leistungsstörungen hinausweist“³⁷⁰. GEBAUER stellt dar, dass die Trennung folgender Fragen herausgearbeitet worden ist: Streitig sei zunächst die Ausgangsfrage geblieben, ob sich der Verzugsschuldner durch die Berufung auf bestimmte Reserveursachen von seiner Haftung befreien könne, er mithin nur für kausal verursachte Folgen eintreten müsse, oder ob er darüber hinaus unbedingt, also unabhängig von einer Kausalbeziehung, hafte. Den Autoren, die dem Schuldner diese Entlastungsmöglichkeit zubilligten, stellten sich laut GEBAUER

³⁶⁹ Eine Übersicht über die Einzelheiten der Diskussion sowie die Ansichten der einzelnen Autoren bietet GEBAUER, *Hypothetische Kausalität*, 33 ff.

³⁷⁰ GEBAUER, *Hypothetische Kausalität*, 33 ff.

im Anschluss weitere Fragen in Bezug auf die Beachtlichkeit von Reserveursachen: Sollten solche Reserveursachen auch den Dieb entlasten können? Wie war das Verhältnis der Reserveursachen des hypothetischen Untergangs beim Gläubiger und der hypothetischen rechtzeitigen Weiterveräußerung durch den Gläubiger zu beurteilen? Welcher logischen Struktur und Reihenfolge sollte die Prüfung folgen? In welchem zeitlichen Verhältnis standen diese beiden hypothetischen Kausalverläufe? Ein weiteres Problem, auf das GEBAUER hinweist, ist die Frage, ob für eine Entlastung des Schuldners erforderlich sei, dass der hypothetische Untergang beim Gläubiger durch den identischen Zufall herbeigeführt worden sei, oder ob es ausreiche, dass ein anderer Zufall als derjenige, der tatsächlich den Untergang beim Schuldner bewirkt habe, ebenfalls zum Untergang der Sache beim Gläubiger geführt hätte, wenn rechtzeitig geleistet worden wäre? Zur Veranschaulichung gibt GEBAUER das Beispiel, dass dem säumigen Schuldner die Sache gestohlen wurde, beim Gläubiger wäre sie hingegen verbrannt. Heftig diskutiert worden sei im Hinblick auf die Reserveursache der rechtzeitigen Weiterveräußerung darüber hinaus, ob es genüge, „dass der Gläubiger die Möglichkeit gehabt hätte, zu verkaufen, oder komme es darauf an, dass er bei rechtzeitiger Leistung tatsächlich verkauft hätte.“ Schließlich habe sich die Frage gestellt, welche Partei die Existenz von Reserveursachen beweisen müsse.

Da die Untersuchung allein das Ziel verfolgt zu ermitteln, ob die Haftung des Verzugsschuldners Ausdruck des Rechtsgedankens einer Haftung für *versari in re illicita* ist, ist hier nur die Ausgangsfrage von Relevanz: Wird eine Entlastung durch bestimmte Reserveursachen zugelassen? Haftet der Schuldner im Verzug also nur für den kausal verursachten Schaden?

Bejaht man diese Frage, so ist die Haftung Ausdruck des Rechtsgedankens des *versari in re illicita*, da der Verzug eine unerlaubte Handlung darstellt und der Schuldner für alle äquivalent kausal verursachten Folgen seiner Handlung haftet. Eine unbedingte Haftung des Verzugsschuldners geht hingegen über den Rechtsgedanken des *versari in re illicita* hinaus.³⁷¹ Die weiteren Fragen, mit denen sich die Pandektisten beschäftigt haben, setzen bereits voraus, dass bestimmte Reserveursachen beachtlich sind und der Schuldner im Verzug daher nur für kausal verursachte Folgen haftet. In der Diskussion werden mithin nur die Einzelheiten einer bedingten Haftung des Verzugsschuldners geklärt. Eine bedingte Haftung

³⁷¹ Vergleiche zu der Frage, inwieweit die Verzugshaftung eine Haftung für ein *versari in re illicita* darstellt, die Ausführungen zum Römischen Recht, 3. Teil, 1. Kap., § 5, S. 58 ff.

des Verzugsschuldners lässt sich unabhängig davon, wie die Haftung im Einzelnen ausgestaltet ist, als Ausdruck des Prinzips des *versari in re illicita* verstehen.

Die Mehrheit der Pandektisten hat sich wohl dafür ausgesprochen, den Schuldner im Verzug nur bedingt, mithin nur für den kausal von ihm verursachten Zufall haften zu lassen.³⁷² Die Gegenansicht³⁷³ ist vor allem von MADAI vertreten worden, der die Grundlage einer unbedingten Haftung des Verzugsschuldners in der *perpetuatio obligationis* sieht. MADAI hebt hervor, dass eine Entlastung des Schuldners aufgrund des hypothetischen Kausalverlaufs, nach dem die Sache auch beim Gläubiger untergegangen wäre, im Widerspruch dazu stünde, dass der Schuldner im Wege der *perpetuatio obligationis* durch die Fiktion des Leistungsgegenstandes als weiterhin verpflichtet angesehen werde.³⁷⁴ Den wesentlichen Fehler dieser Argumentation sieht VANGEROW darin, dass MADAI „die *perpetuatio obligationis* als selbstständiges Prinzip an die Spitze der Lehre von den Wirkungen der Mora stellt, und daraus dann die unbedingte Haftung des säumigen Schuldners als konsequente Folge deduziert“ und so die Hierarchie der Prinzipien missachte.³⁷⁵ Die *perpetuatio obligationis* ist nach VANGEROW nämlich kein eigenständiges Prinzip, sondern lediglich die Konsequenz eines höheren Grundsatzes, nach dem der Schuldner im Verzug aufgrund seines Verschuldens das gesamte Interesse zu erstatten habe. Das Interesse umfasse dabei alles das, was der Gläubiger ohne den Verzug gehabt hätte. Wenn aber der geschuldete Gegenstand beim Gläubiger ebenso untergegangen wäre und dieser den Verlust auch nicht durch einen rechtzeitigen Verkauf abgewendet hätte, habe der Gläubiger durch den Verzug keinen weiteren Schaden erlitten, sodass er nichts als sein Interesse ersetzt verlangen könne. Da die *perpetuatio obligationis* lediglich eine Konsequenz dieses höheren Grundsatzes sei, sei nach VANGEROW in diesem Fall eine Ausnahme von den Wirkungen der *perpetuatio obligationis* zu machen und eine Entlassung des Schuldners durch den hypothetischen Untergang beim Gläubiger zu gewähren.

³⁷² Statt aller WINDSCHEID/[KIPP], Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. (1906), § 280, Fn. 14., der sich ausführlich mit der Frage der Reichweite der Verzugshaftung auseinandersetzt und den Stand der Literatur wiedergibt.

³⁷³ MADAI, Mora, 296 ff. Ihm folgen SCHILLING, Jb. dt. Rechtswissenschaft Jg. 2 (1838), Bd. 3, 218, 253 f. und FRITZ, Erläuterungen II, 359 f.

³⁷⁴ Zur Argumentation MADAI'S siehe GEBAUER, Hypothetische Kausalität, 34 f. und LOHSSE, Aequitas Martiniana, 226 Fn. 576.

³⁷⁵ VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 3, 7. Aufl. (1869) § 588 Anm. 3, 199. GEBAUER, Hypothetische Kausalität, 35, stellt heraus, dass VANGEROWS Argumentation für das 19. Jahrhundert typisch sei.

Abschließend lässt sich feststellen, dass der Schuldner im Verzug nach mehrheitlicher Ansicht der Pandektisten wohl lediglich für den kausal verursachten Zufall einstehen musste. Damit haftete er inhaltlich für ein *versari in re illicita*. Die Pandektisten griffen dabei jedoch nicht auf die Terminologie der Res-illicita-Lehre zurück.

III. Ergebnis

Die Untersuchung der Pandektisten lässt vermuten, dass die Diskussion, ob und wann ein Schuldner für Zufall haftet, nicht trennscharf geführt wird. Im Verzug haftet der Schuldner nach mehrheitlicher Ansicht wohl für jeden kausalen Schaden, mithin für ein *versari in re illicita*. Ob und wann ein Schuldner aufgrund eines Verschuldens für Zufall haftet, wird offenbar nicht einheitlich beurteilt. Die meisten Autoren begrenzen ihre Ausführungen auf bestimmte Vertragsverletzungen. So wird vielfach eine Zufallshaftung des Entleihers bei vertragswidrigem Gebrauch diskutiert. Dabei deuten die Aussagen DERNBURGS und WINDSCHEIDS auf eine Haftung für alle Folgen hin. Diese Haftung lässt sich ebenfalls dem Rechtsgedanken einer Haftung für *versari in re illicita* zuordnen. Sie wird von den Befürwortern allerdings nicht als allgemeines Prinzip benannt. VANGEROW, der demgegenüber allgemein die Frage erörtert, ob eine Haftung für alle Folgen eines rechtswidrigen Tuns, also für ein *versari in re illicita*, angezeigt ist, lehnt eine derart weite Zurechnung ab.

§ 2. Ausblick auf das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900

Im 19. Jahrhundert verliert die Diskussion, ob eine Zufallshaftung aufgrund schuldhaften Verhaltens im Sinne eines *versari in re illicita* angezeigt ist, an Konturenschärfe. Die meisten Autoren erörtern die Frage der Reichweite der Haftung des Schuldners anhand einzelner Vertragsverletzungen. Im Anschluss hieran diskutiert auch der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1900 die Reichweite der Haftung des Schuldners nicht als allgemeines Prinzip. In zwei Fällen findet sich im BGB von 1900 eine Haftung für *versari in re illicita* der Sache nach normiert: bei der Haftung des Schuldners im Verzug nach § 287 S. 2 BGB^{1900, 376} sowie bei der Einstandspflicht des Geschäftsführers gemäß § 678

³⁷⁶ Im Folgenden werden die §§ des BGB in der Fassung vom 1.1.1900 zitiert. Dazu werden die jeweiligen Fassungen des Entwurfs der 1. und 2. Kommission angegeben.

BGB¹⁹⁰⁰. Der Blick auf die Gesetzesmaterialien gibt darüber hinaus jedoch Anlass zur Verwunderung: Einige Aussagen in den Motiven deuten darauf hin, dass der Gesetzgeber über die Fälle des Verzugs und der pflichtwidrigen Geschäftsübernahme hinaus davon ausgegangen ist, dass der Schuldner in bestimmten Fällen pflichtwidrigen Verhaltens für jegliche Folgen seines unerlaubten Tuns, mithin für ein *versari in re illicita*, haftet. Dies mag sich daraus erklären, dass wohl auch bereits eine Mehrheit der Pandektisten eine derart weite Zurechnung befürwortet. Ein Hinweis darauf, dass die Haftung Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens ist, geben die Gesetzgebungsmaterialien nicht.

I. Normierung einer Haftung für *versari in re illicita* im BGB

Der Sache nach ist eine Haftung für *versari in re illicita* im BGB von 1900 an zwei Stellen normiert.

1. Haftung des Verzugsschuldners, § 287 S. 2 BGB¹⁹⁰⁰

Nach § 287 S. 2 BGB^{1900, 377} haftet der Schuldner im Verzug für Zufall. Die Norm sieht vor, dass sich der Schuldner durch den Einwand entlasten kann, der Schaden wäre auch bei rechtzeitiger Leistung entstanden. Die Entlastung des Schuldners folgt also bei Fehlen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Verzug und dem Schaden. Eine solche Haftung ist – wie auch schon an anderer Stelle erwähnt³⁷⁸ – Ausdruck des Rechtsgedankens einer Haftung für *versari in re illicita*. Der Schuldner begibt sich durch den Verzug „auf unerlaubtes Gebiet“ und haftet für jede Folge dieses Verhaltens. Durch die Zulassung der Entlastungsmöglichkeit hat sich der Gesetzgeber bewusst gegen eine unbedingte Haftung des Verzugsschuldners entschieden.³⁷⁹ Weder die Protokolle der Zweiten Kommission noch die Motive begründen die Zufallshaftung des Verzugsschuldners jedoch mit einem Hinweis auf den Rechtsgedanken des *versari in re illicita*.³⁸⁰

³⁷⁷ § 287 BGB liegen E I § 251 sowie E II § 243 zugrunde.

³⁷⁸ 1. Teil, S. 2 f.; 3. Teil, 1. Kap., § 5, S. 58 f. und 3. Teil, 2. Kap., § 1, S. 70 f.

³⁷⁹ „Durch die dem § 251 beigefügte Beschränkung [...] ist jedoch zunächst die für das gemeine Recht vereinzelt vertretene Meinung abgelehnt, daß der im Verzuge befindliche Schuldner unbedingt für den Zufall einzustehen habe.“ Motive, MUDGAN, Materialien, Bd. II, 35.

³⁸⁰ Gegenstand der Diskussion des Gesetzgebungsverfahrens ist vielmehr die Frage, ob es für eine Entlastung des Schuldners erforderlich ist, dass der hypothetische Untergang beim Gläubiger durch den identischen Zufall herbeigeführt worden ist oder ob es aber ausreicht, dass ein anderer Zufall, als derjenige, der tatsächlich den Untergang beim Schuldner bewirkt hat, ebenfalls zum Untergang der Sache beim Gläubiger geführt hätte, wenn rechtzeitig geleistet worden wäre. Ausführlich hierzu GEBAUER, Hypothetische

2. Haftung des Geschäftsführers, § 678 BGB¹⁹⁰⁰

Daneben findet sich eine Haftung für *versari in re illicita* wohl in § 678 BGB^{1900, 381}. Nach dieser Norm muss ein Geschäftsführer, der ein fremdes Geschäft gegen den Willen des Geschäftsherrn führt, aufgrund seines Übernahmerverschuldens unabhängig von einem weiteren Ausführungsver schulden für alle aus der Geschäftsführung entstandenen Schäden eintreten. Die Übernahme der Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn kann als „Begeben auf unerlaubtes Gebiet“ gesehen werden, und der Geschäftsführer haftet unabhängig von einem weiteren Verschulden für alle Folgen, mithin auch für Zufall.

Für den Gesetzgeber hat der Umfang der Haftung des Geschäftsführers bei pflichtwidriger Übernahme des Geschäfts offenbar nicht im Fokus der Diskussion gestanden. Ein Hinweis in Bezug auf den Umfang der Haftung findet sich in den Motiven:

Hat der Geschäftsführer bei der ihm hiernach obliegenden Prüfung die gebührende Sorgfalt verletzt, so hat er nach allgemeinen Grundsätzen für alle, nicht bloß für die vorauszusehenden Folgen der von ihm zu vertretenden Handlung oder Unterlassung zu haften. [...] Kein Grund liegt aber vor, den Geschäftsführer, welcher gegen den ihm bekannten Willen des Geschäftsherrn sich eingemischt oder gehandelt hat, darüber hinaus für jeden Zufall haftbar zu erklären.³⁸²

Aus den allgemeinen Grundsätzen folge, dass der Geschäftsführer für alle Folgen der unbefugten Geschäftsführung hafte. Diese Haftung sei nicht auf die vorauszusehenden Folgen begrenzt. Die Aussage lässt sich dahingehend deuten, dass der Geschäftsführer – unabhängig von einem weiteren Verschulden – für jeden kausalen Schaden haftet.³⁸³ Auslöser dieser Haftung ist wohl die schuldhaft e Übernahme der Geschäftsführung. Kein Grund besteht nach Aussage der Motive

Kausalität, 47 ff. Während sich E I § 251 noch für die Identität der realen und hypothetischen Ursache ausspricht, erweitert der Zweite Entwurf (E II § 243) die Entlastungsmöglichkeit des Schuldners auf jeden Zufall, der ebenfalls zum Untergang der Sache beim Gläubiger geführt hätte. Die Zweite Kommission lehnt die im Ersten Entwurf vorgesehene Beschränkung der Einstandspflicht mit dem Hinweis ab, dass die Einrede andernfalls praktisch bedeutungslos werde (MUGDAN, Materialien, Bd. II, 538).

³⁸¹ E I § 749 Abs. 2; E II § 609.

³⁸² MUGDAN, Materialien, Bd. II, 479.

³⁸³ WINDSCHEID/[KIPP], Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 9. Aufl. (1906), § 430, Fn. 7, ziehen als Grundlage einer solchen Haftung des Geschäftsführers Pomp. D. 3,5,10 heran. Dies wohl zu Unrecht, denn die Stelle enthält gerade keinen Beleg einer solchen Zufallhaftung. Siehe 3. Teil, 1. Kap., § 2, S. 43 ff.

hingegen, die Haftung des Geschäftsführers darüber hinaus auf jeden Zufall zu erweitern. Die Haftung des Geschäftsführers ist also nicht unbedingt. Es bleibt bei einer Haftung für alle kausalen Erfolge. In dieser Haftung findet sich der Rechtsgedanke des *versari in re illicita*.

Die Diskussion in Bezug auf die Haftung des Geschäftsführers hat sich offenbar auf andere Punkte fokussiert: Zum einen wurde erörtert, welcher Sorgfaltsmaßstab dem Geschäftsführer bezüglich der unbefugten Einmischung in Angelegenheiten des Geschäftsherrn aufzuerlegen ist.³⁸⁴ Zum anderen stand die Frage zur Diskussion, ob eine Normierung der Haftung des Geschäftsführers bei unbefugter Geschäftsführung nicht überflüssig ist, da sich der Inhalt dieser Haftung schon aus den allgemeinen Grundsätzen ergibt.³⁸⁵ Beide Punkte betreffen die Tatbestandsebene. Auf den Haftungsumfang wirkt sich die jeweilige Diskussion nicht aus.

II. Haftung nach den allgemeinen Grundsätzen

Über diese Sonderregelungen hinaus ist im BGB¹⁹⁰⁰ kein allgemeiner Grundsatz normiert, nach dem jemand aufgrund vertragswidrigen Verhaltens für Zufall haftet. In den Motiven finden sich jedoch Hinweise, dass der Gesetzgeber möglicherweise davon ausgegangen ist, über die Fälle des § 287 S. 2 BGB und § 678 BGB hinaus folge aus den allgemeinen Grundsätzen des Schadensersatzes eine Haftung für alle Folgen eines unerlaubten Tuns, mithin für ein *versari in re illicita*.

Nach der Regelungstechnik des BGB ist für die einzelnen Vertragstypen geregelt, welches Verhalten der Vertragsparteien zulässig ist. So sieht beispielsweise § 603 BGB³⁸⁶ vor, dass der Entleiher zum einen von der entliehenen Sache keinen anderen als den vertragsgemäßen Gebrauch machen darf und zum anderen nicht befugt ist, die Sache an einen Dritten weiterzugeben. Ein Verstoß gegen

³⁸⁴ Motive, MUDGAN, Materialien, Bd. II, 479.

³⁸⁵ Prot. II, MUDGAN, Materialien, Bd. II, 1193. Darauf, dass eine gesonderte Regelung überflüssig sei, weist auch PLANCK/ANDRÉ, F.), Bürgerliches Gesetzbuch, § 678, 428, hin. Nach Aussage der Protokolle hielt die Zweite Kommission es „für zweckmäßig, den Fall der gegen den erkennbaren Willen des Geschäftsherrn erfolgenden Einmischung in dessen Geschäfte besonders hervorzuheben und auch für diese das Maß der von dem Einmischenden zu beobachtenden Sorgfalt im Gesetze festzustellen.“, MUDGAN, Materialien, Bd. II, 1193. Man wollte also den Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsführers in Ergänzung zu § 276 BGB¹⁹⁰⁰ gesondert herausstellen.

³⁸⁶ § 603 BGB liegen E I § 549 und E II § 543 zugrunde.

dieses Verbot begründet eine Pflichtverletzung. Die Konsequenzen einer Pflichtverletzung sind nicht speziell im Rahmen der jeweiligen Vertragstypen normiert, sondern ergeben sich aus den allgemeinen Vorschriften über den Schadensersatz.

Während die Protokolle zu der Frage schweigen, inwieweit der Schuldner nach Vorstellung des Gesetzgebers bei vertragswidrigem Verhalten für Zufall haftet, finden sich Hinweise in den Motiven der Ersten Kommission. Dort werden die Folgen bestimmter Fälle vertragswidrigen Verhaltens erläutert. Die Motive sehen in bestimmten Fällen vertragswidrigen Verhaltens, wie dem vertragswidrigen Sachgebrauch im Rahmen der Leihe und der vertragswidrigen Hinzuziehung Dritter, offenbar eine Haftung für alle Folgen der Vertragswidrigkeit vor. Der Schuldner haftet in diesen Fällen wohl auch für Zufall. Eine solche Haftung entspricht dem Rechtsgedanken einer Haftung für *versari in re illicita*.

1. Vertragswidriger Sachgebrauch im Rahmen der Leihe

Zur Haftung des Entleihers bei vertragswidrigem Gebrauch treffen die Motive folgende Aussage:

Daß der Entleiher, wenn er von der geliehenen Sache schuldvoller Weise einen vertragswidrigen Gebrauch macht, auch wegen des Zufalles haftet, welcher Folge dieses vertragswidrigen Gebrauches ist – was in Uebereinstimmung mit dem röm. Rechte verschiedene neuere Gesetze ausdrücklich bestimmen (vgl. 1.5 § 7 D. 13,6; § 2 J. 3,14; ALR I 21 § 252; öst. GB § 979; Code 1881; schweiz. ObligR. 322; bayer. Entw. 647) –, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden, da es sich aus den allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatz wegen verschuldeter Nichterfüllung ergibt (vgl. §§ 240, 224).³⁸⁷

Demnach soll ein vertragswidriger Sachgebrauch eine Zufallshaftung des Entleihers auslösen. Der Entleiher hafte für den Zufall, „welcher Folge dieses vertragswidrigen Gebrauches ist“. Er muss folglich wohl nur für den kausalen Schaden eintreten und haftet nicht etwa unbedingt. Eine gesonderte Normierung dieser Haftung war nach Vorstellung des Gesetzgebers jedoch überflüssig, da die Haftung bereits aus den „allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatz wegen verschuldeter Nichterfüllung“ folge. Die allgemeinen Grundsätze, aus denen sich die Zufallshaftung des Entleihers in diesem Fall ergebe, seien E I §§ 240, 224³⁸⁸. Nach

³⁸⁷ MUDGAN, Materialien, Bd. II, 251.

³⁸⁸ E II § 236; § 280 BGB.

E I § 240, der dem späteren § 280 BGB¹⁹⁰⁰ entspricht, haftet der Schuldner im Falle der Unmöglichkeit für den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden. Voraussetzung ist nach dem Wortlaut des Gesetzes, dass die Leistung in Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist. Als einen solchen Umstand könnte der Gesetzgeber den vertragswidrigen Sachgebrauch angesehen haben. Hat dieser Gebrauch zu einem Untergang der Sache geführt, so haftet der Schuldner für den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden. Die in den Motiven beschriebene Haftung des Entleihers stellt inhaltlich eine Haftung für ein *versari in re illicita* dar, denn der Entleiher haftet aufgrund seines vertragswidrigen Gebrauchs für jeden kausal durch diesen Gebrauch verursachten Zufall. Die Motive ziehen das Römische Recht als Autorität heran und verweisen auf Ulp. D. 13,6,5,7 und Inst. 3,14,2. Beide Stellen sehen eine Zufallshaftung des Entleihers bei einer Überschreitung seines Gebrauchsrechts vor. Jedoch ist im Römischen Recht die Haftung auf den Schaden begrenzt, dessen Eintrittsgefahr durch den vertragswidrigen Gebrauch erhöht worden ist.³⁸⁹ Die Begrenzung auf die Fälle der Gefahrerhöhung wird in den Motiven hingegen nicht aufgegriffen.³⁹⁰

2. Vertragswidrige Hinzuziehung Dritter

Eine zweite Fallgruppe vertragswidrigen Verhaltens, an der in den Motiven eine Zufallshaftung diskutiert wird, ist die unbefugte Hinzuziehung Dritter. Wiederrum verweisen die Motive hinsichtlich der Haftungsfolge auf die allgemeinen Grundsätze, aus denen sich wohl eine Haftung für alle Folgen des unerlaubten Tuns, mithin für ein *versari in re illicita*, ergibt.

a) Grundsatz des § 278 BGB

Dies gilt zunächst für die nicht erlaubte Einschaltung eines Erfüllungsgehilfen. Nach § 278 BGB^{1900, 391} muss der Schuldner für ein Verschulden der Personen,

³⁸⁹ Dazu 3. Teil, 1. Kap., § 1, S. 27 ff. und § 6, S. 62.

³⁹⁰ Als weitere Autoritäten berufen sich die Motive auf „verschiedene neuere Gesetze“, die eine Haftung für jegliche Folgen des vertragswidrigen Gebrauchs ausdrücklich bestimmen. So sieht I. 21 § 252 ALR eine Zufallshaftung des Entleihers vor, wenn dieser „die Sache zu einem andern, als dem bestimmten Zwecke gebraucht; oder den Gebrauch derselben einem Andern überläßt; oder mit der Rückgabe säumig ist“. Dies lässt vermuten, dass das ALR die Fälle des vertragswidrigen Gebrauchs und der vertragswidrigen Überlassung an einen Dritten mit dem Verzug gleichstellt. Auch die anderen zitierten Gesetze (§ 979 öster. ABGB, Art. 1881 Code Civil, Art. 322 schweiz. ObligR, § 647 bayer. Entwurf) ordnen bei vertragswidrigem Verhalten offenbar eine Haftung für alle kausalen Zufälle an.

³⁹¹ E I § 224, E II § 234.

derer er sich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient (Erfüllungsgehilfen), eintreten.³⁹² Die unbefugte Hinzuziehung eines Erfüllungsgehilfen begründet nach Aussage der Motive eine Pflichtverletzung, deren „Folgen der Schuldner nach den allgemeinen Grundsätzen zu tragen“ hat.³⁹³ Wie zuvor dargestellt, haftet der Schuldner nach den allgemeinen Grundsätzen im Falle der Unmöglichkeit gemäß E I § 240³⁹⁴ für den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden. Der Schuldner muss wohl für jeden äquivalent kausal verursachten Schaden eintreten, auch für einen zufälligen.³⁹⁵ Der Umstand, der zur Unmöglichkeit geführt und den der Schuldner zu vertreten hat, wird nach Vorstellung des Gesetzgebers die unbefugte Hinzuziehung eines Gehilfen sein. Im Ergebnis löst also die unbefugte Hinzuziehung eines Erfüllungsgehilfen nach Aussage der Motive eine Haftung für alle Folgen aus, die ohne die Einschaltung des Dritten nicht eingetreten wären. Der Schuldner haftet unabhängig von einem Verschulden des Gehilfen, mithin auch für Zufall. Inhaltlich lässt sich auch in dieser Haftung der Rechtsgedanke einer Haftung für *versari in re illicita* erkennen.

b) Substitution im Rahmen des Auftrags

Eine Zufallshaftung soll nach Aussage der Motive zudem die vertragswidrige Substitution des Beauftragten auslösen. Die Pflichten des Beauftragten bezüglich der Heranziehung Dritter sind in § 664 BGB^{1900, 396} geregelt. Nach Satz 1 darf

³⁹² Die Frage nach der Haftung für Gehilfen war für das gemeine Recht eine der meistbestrittenen. Dabei stand eine strenge Ansicht, nach der von einer regelmäßigen Haftung für Gehilfen (Art. 1384 Code Civil) ausgegangen wurde, einer Ansicht gegenüber, die danach differenziert hat, ob der Schuldner befugt war, einen Dritten zur Bewirkung der Leistung hinzuziehen. War diese Frage zu bejahen, so haftete der Schuldner nach diesem Standpunkt für das Verschulden seines Gehilfen. Im Falle einer unbefugten Hinzuziehung stand er für die Handlung des Erfüllungsgehilfen unbedingt ein. MUDGAN, Materialien, Bd. II, 16 mit Nachweisen für beide Ansichten. Die Motive stellen heraus, schon im Rahmen des Ersten Entwurfs (E I § 224) sei für die Einstandspflicht des Schuldners vorausgesetzt gewesen, dass der Schuldner den Dritten befugterweise zur Bewirkung der Leistung herangezogen habe. MUDGAN, Materialien, Bd. II, 16. Der Gesetzgeber hat damit den im gemeinen Recht herrschenden Streit zugunsten der differenzierten Ansicht entschieden und eine unbedingte Einstandspflicht im Falle einer befugten Hinzuziehung eines Gehilfen verworfen. Bedient sich der Schuldner befugterweise eines Erfüllungsgehilfen, so haftet er für dessen Verschulden.

³⁹³ „Uebrigens ist bei der Vorschrift des Entw. vorausgesetzt, daß der Schuldner befugterweise sich dritter Personen zu der oder bei der Bewirkung der Leistung bedient hat. That er dies im konkreten Falle unbefugt, so liegt schon in der Zuziehung Dritter einer Pflichtverletzung, deren Folgen der Schuldner nach allgemeinen Grundsätzen zu tragen hätte (arg. §§ 589 Satz 2, 616 Satz 2).“ Motive, MUDGAN, Materialien, Bd. II, 17.

³⁹⁴ § 280 BGB.

³⁹⁵ Dazu 3. Teil, 5. Kap., § 1, II., S. 152 f.

³⁹⁶ E I § 589, E II § 595.

der Beauftragte den Auftrag im Zweifel nicht einem Dritten übertragen. Darüber hinaus stellt § 664 S. 3 BGB¹⁹⁰⁰ klar, dass der Beauftragte nach § 278 BGB¹⁹⁰⁰ für das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen einstehen muss. Bezüglich der Haftung des Beauftragten aufgrund einer unbefugten Einschaltung eines Erfüllungsgehilfen gilt das eben Gesagte.³⁹⁷ Die vertragswidrige Hinzuziehung eines Gehilfen zur Ausführung des Auftrags stellt eine Pflichtverletzung dar, die offenbar eine Haftung für alle durch die vertragswidrige Einschaltung des Dritten herbeigeführten Folgen auslöst. Damit haftet der Beauftragte für ein *versari in re illicita*. Demgegenüber betrifft § 664 S. 1 BGB¹⁹⁰⁰ den Fall, dass der Beauftragte nicht bloß einen Gehilfen zur Bewirkung des Auftrags einschaltet, sondern den Auftrag vollständig einem Dritten überträgt. Es findet ein Austausch der Person des Beauftragten statt. Für den Fall, dass der Beauftragte den Auftrag unbefugterweise auf einen Dritten überträgt, haftet dieser nach Aussage der Motive ebenfalls für jeden Schaden, der ohne die unbefugte Substitution nicht eingetreten wäre.

In der unbefugten Substitution liegt eine (kontraktwidrige) Pflichtverletzung, in Folge derer der Beauftragte dem Auftraggeber für jeden Schaden einzustehen hat, von dem feststeht, daß er im Falle der unterbliebenen Substitution nicht eingetreten wäre.³⁹⁸

In den Motiven wird die unbefugte Substitution demnach ebenfalls als eine Pflichtverletzung angesehen, die eine Haftung für alle Folgen dieser Pflichtverletzung auslöst. Der Beauftragte haftet auch für einen zufällig eingetretenen Schaden. Diese Haftung entspricht inhaltlich einer Haftung für ein *versari in re illicita*. Die Motive geben an dieser Stelle eine Begründung für die Haftungserweiterung. Aus der Tatsache, dass der Auftraggeber dem Beauftragten untersagt habe, den Auftrag einem anderen zu übertragen, folge, dass dem Interesse des Auftraggebers im Falle einer Substitution nicht mehr gedient werde. Daher müsse der Beauftragte in vollem Umfang dafür einstehen, wenn der Auftraggeber durch die Substitution einen Schaden erleide.³⁹⁹

³⁹⁷ Dies heben auch die Protokolle hervor: „Die gleiche Beurtheilung [dass der Beauftragte für den aus der Pflichtverletzung entstandenen Schaden nach allgemeinen Grundätzen haftet] tritt ein, wenn der Beauftragte unbefugt einen Gehülfen zugezogen hat.“; MUDGAN, Materialien, Bd. II, 299.

³⁹⁸ MUDGAN, Materialien, Bd. II, 298.

³⁹⁹ MUDGAN, Materialien, Bd. II, 298 f.

Im Ergebnis spricht daher vieles dafür, dass die Motive wohl auch bei Pflichtverletzungen im Rahmen des Auftrags eine Haftung für ein *versari in re illicita* vorgesehen haben. Überträgt der Beauftragte den Auftrag unbefugt an einen Dritten oder zieht er vertragswidrig einen Erfüllungsgehilfen hinzu, so haftet er offenbar für alle aus der Vertragswidrigkeit entstandenen Schäden. Auf ein Verschulden des Dritten kommt es insoweit nicht an.

c) Vertragswidrige Überlassung an Dritte

Vergleichbar mit der Haftung aufgrund einer unbefugten Hinzuziehung von Hilfspersonen wird in den Motiven eine Zufallshaftung im Falle der vertragswidrigen Überlassung einer gemieteten oder hinterlegten Sache an Dritte diskutiert.

aa) Miete

Nach § 549 BGB^{1900, 400} ist der Mieter ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten zu überlassen. Vertraut der Mieter den Gebrauch der Mietsache unbefugterweise einem Dritten an, so sehen die Motive vor, dass er auch für einen beim Dritten zufällig entstandenen Schaden haftet.

Hat der Miether den Gebrauch unstatthafter Weise an einen Anderen überlassen, so tritt nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 224 Abs. 1, § 218; vgl. auch 251) insofern eine noch strengere Haftung ein, als er auch den durch die Ueberlassung des Gebrauches an den Dritten entstandenen zufälligen Schaden zu vertreten hat, sofern nicht erhellt, daß der durch diesen Zufall entstandene Schaden auch ohne die Vertragswidrigkeit entstanden sein würde (bayer. Entw. 435).⁴⁰¹

Dass der Mieter im Falle einer vertragswidrigen Überlassung an einen Dritten für Zufall haftet, folgt nach Aussage der Motive wiederum aus den allgemeinen Grundsätzen. Die Motive verweisen an dieser Stelle auch auf die Haftung bei Verzug (E I § 251⁴⁰²). Nach E I § 251 haftet der Schuldner im Verzug auch für Zufall. Die Haftung ist dabei auf den kausalen Schaden begrenzt. Auch die Motive stellen heraus, dass die Haftung des Mieters aufgrund einer vertragswidrigen Überlassung entfällt, sofern „der durch diesen Zufall entstandene Schaden auch

⁴⁰⁰ E I § 516, E II § 493.

⁴⁰¹ MUDGAN, Materialien, Bd. II, 221.

⁴⁰² E II § 243, § 287 BGB.

ohne die Vertragswidrigkeit entstanden sein würde“. Die Aussage lässt sich dahingehend deuten, dass der Schuldner bei einer Vertragsverletzung nach Ansicht der Motive für jeden kausalen Schaden, mithin für ein *versari in re illicita*, haftet.

bb) Verwahrung

Auch der Verwahrer ist nach der Regelung des BGB¹⁹⁰⁰ nicht berechtigt, die hinterlegte Sache an einen Dritten zu übergeben (§ 691 S. 1 BGB^{1900, 403}). Hinterlegt der Verwahrer die Sache dennoch bei einem Anderen, liegt – ähnlich wie bei der Substitution des Beauftragten – eine unbefugte Substitution der Person des Verwahrers vor. Nach § 691 S. 3 BGB¹⁹⁰⁰ haftet der Verwahrer zudem gem. § 278 BGB¹⁹⁰⁰ für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen. Die Folgen einer vertragswidrigen Substitution sowie einer vertragswidrigen Hinzuziehung eines Gehilfen ergeben sich nach Aussage der Motive parallel zur Regelung des Auftrags aus den allgemeinen Grundsätzen.⁴⁰⁴ Beides sind Pflichtverletzungen, die eine Haftung des Beauftragten für alle auf der Pflichtverletzung beruhenden Folgen auslösen. Auf ein Verschulden des Dritten kommt es insoweit nicht an. Auch die Haftung des Verwahrers für diese Pflichtverletzungen lässt sich damit dem Gedanken einer Haftung für ein *versari in re illicita* zuordnen.

III. Ergebnis

Als Ausblick auf die Regelung des BGB¹⁹⁰⁰ lässt sich festhalten, dass obwohl das Prinzip einer Haftung für *versari in re illicita* im BGB¹⁹⁰⁰ außerhalb der Fälle des § 278 S. 2 BGB und § 678 BGB nicht als allgemeiner Haftungsgrundsatz normiert ist, die Haftung in bestimmten Fällen vertragswidrigen Verhaltens nach Vorstellung des Gesetzgebers offenbar diesem Rechtsgedanken entspricht. So sehen die Motive in bestimmten Fällen vertragswidrigen Verhaltens, wie dem vertragswidrigen Sachgebrauch im Rahmen der Leihe und der vertragswidrigen Hinzuziehung Dritter, eine Haftung für alle Folgen der Vertragswidrigkeit vor. Der Schuldner haftet in diesen Fällen auch für Zufall. Eine solche Haftung entspricht dem Rechtsgedanken einer Haftung für *versari in re illicita*.

⁴⁰³ E I § 616, E II 631.

⁴⁰⁴ „Die Folgen, welche sich an die unbefugter Weise erfolgte Bestellung eines Substituten knüpfen, brauchen hier so wenig, als beim Mandate, bestimmt zu werden. In der unbefugten Substitution liegt hier wie dort eine Pflichtverletzung, für deren Folgen der Depositar voll aufzukommen hat. Dieselbe Beurteilung tritt ein bei unbefugter Zuziehung eines Gehilfen.“; MUDGAN, Materialien, Bd. II, 321.

Vierter Teil. Fazit

Nach dem modernen zivilrechtlichen Verständnis der Haftung für *versari in re illicita* hat ein Schuldner, der sich auf verbotenes Gebiet begibt, für den zufälligen Untergang der Sache einzustehen, auf die sich das Schuldverhältnis bezieht. Der Gedanke begegnet in verschiedensten Zusammenhängen, so bei der Überschreitung vertraglich eingeräumter Gebrauchsrechte etwa im Rahmen der Leihe, der Verwahrung sowie bei Miete und Pacht, ferner bei rechtswidriger Fremdgeschäftsführung, bei der vertragswidrigen Hinzuziehung Dritter sowie nach Eintritt des Schuldnerverzugs und nach einem Diebstahl.

Allgemeiner formuliert geht es um die grundsätzliche Frage, wie weit die Haftung in bestimmten Fällen pflichtwidrigen Verhaltens reicht. Die Ergebnisse der Arbeit legen nahe, dass diese Frage Gegenstand einer Diskussion ist, die wohl nicht in der hinreichenden Trennschärfe geführt worden ist. Die Diskussion knüpft an die Kasuistik der römischen Quellen an und wurde seit dem Mittelalter bis zur Entstehung des BGB von 1900 offenbar nicht belastbar geführt. Die meisten Autoren setzen sich offensichtlich nicht mit der allgemeinen Frage auseinander, ob und unter welchen Umständen ein pflichtwidriges Verhalten eine Zufallshaftung auslöst, sondern diskutieren vielmehr die Reichweite einzelner Vertragsverletzungen. Insbesondere steht die Frage im Fokus, inwieweit der Entleiher für vertragswidrigen Gebrauch haftet.⁴⁰⁵

Als wesentliches Ergebnis der Untersuchung lässt sich festhalten, dass der Schuldner aufgrund eines Verschuldens bis ins späte Mittelalter wohl nur für die durch sein Verhalten hervorgerufene Gefahrerhöhung haftet. Er ist mithin zunächst in geringerem Umfang verantwortlich als nach dem modernen Verständnis der Haftung für *versari in re illicita*, die heute als Einstandspflicht für alle Folgen einer pflichtwidrigen Handlung begriffen wird. Zuschreiben lässt sich der

⁴⁰⁵ LESSIUS, *De Iustitia et Iure*, lib. II, cap. VII, dub. VIII (dazu 3. Teil, 3. Kap., § 2, S. 111 ff.); MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. II., Disp. 295, n. 3 (dazu 3. Teil, 3. Kap., § 2, S. 114 ff.); GROTIUS, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheit*, 226 f. (dazu 3. Teil, 4. Kap., § 2, I., S. 133 ff.); SIMON VAN LEEUWEN, *Censura Forensis theoretico-practica*, pars prima, lib. IV, cap. 5 (dazu 3. Teil, 4. Kap., § 3, II., S. 143 ff.); DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußen*, Bd. II, 2. Abteilung. Die Schuldverhältnisse, 236 f. (dazu 3. Teil, 5. Kap., § 1, I., S. 147 f.) und WINDSCHEID/[KIPP], *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl. 1906, § 375 (dazu 3. Teil, 5. Kap., § 1, I., S. 148 f.).

Gedanke der Begrenzung der Haftung auf die Gefahrerhöhung nach den Ergebnissen der Untersuchung schon den römischen Quellen⁴⁰⁶, wengleich Einzelheiten erst die Glossatoren und Kommentatoren genauer herausarbeiten. Namentlich entwickeln die Glossatoren an den römischen Quellen, die eine Haftung für Gefahrerhöhung nahe legen, die Lehre der *culpa praecedens*, nach der ein Schuldner immer dann für Zufall eintreten muss, wenn diesem ein Verschulden vorausgegangen ist. Angesichts dieser Quellenanbindung ist die Einstandspflicht nach der Lehre der Glossatoren wohl auf die Fälle der Gefahrerhöhung begrenzt. Das Kriterium der Gefahrerhöhung präzisieren die Kommentatoren GUILIELMUS DE CUNEO und BARTOLUS. So verlangen diese Juristen, dass ein Verschulden nur dann die Zufallshaftung auslöst, wenn es *ordinata ad casum est*⁴⁰⁷. Wann diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, erläutert BARTOLUS mit der Formulierung *quia ex illa culpa nullo modo potuisset casus ille contingere*.⁴⁰⁸ Indem später LESSIUS beschreibt, dass der Ort, an dem die entlehene Sache untergeht, gefährlicher sein muss als derjenige, an dem die Sache nach der vertraglichen Vereinbarung benutzt werden darf, betont er das Kriterium der Gefahrerhöhung in aller Deutlichkeit.⁴⁰⁹

Neben der Haftung aufgrund Verschuldens stellt sich die Frage nach der Reichweite der Haftung aufgrund Verzugs. Haftet der Schuldner im Verzug nur bedingt, also nur für den durch den Verzug kausal verursachten Schaden, oder muss er darüber hinaus sogar unbedingt für jegliche Folgen, unabhängig von einer Kausalbeziehung, eintreten? Während die bedingte Haftung Ausdruck des Rechtsgedankens des *versari in re illicita* in seiner modernen Form ist, geht eine unbedingte Haftung über diesen hinaus. Obwohl auch in den römischen Quellen zum Schuldnerverzug bereits Reserveursachen wie das sog. Verkaufsargument diskutiert werden, haftet der Verzugsschuldner im römischen Recht wohl unbedingt. Die Erwähnung von Reserveursachen wie dem sog. Verkaufsargument lässt sich – wie LOHSSE richtig herausarbeitet – nur im Zusammenhang mit der *restituere*-Haftung erklären, da diese von vornherein auf einen hypothetischen

⁴⁰⁶ Dort findet er sich insbesondere in den Quellen zur Leihe (bspw. Gai. D. 13,6,18 pr. [lib. 9 ed. prov.] oder Ulp. D. 13,6,5,7 [lib. 28 ed.]), zur Miete und Pacht (bspw. Ulp. D. 19,2,11,1 [lib. 32 ed.]) und den Fällen der vertragswidrigen Umladung (Lab. D. 14,2,10,1 [lib. 1. epit.] und Ulp. D. 19,2,13,1 [lib. 32 ed.]).

⁴⁰⁷ DE CUNEO *Lectura super digestum vetus*, Wien ÖNB, Cod. 2257 fol. 124a und BARTOLUS DE SAXOFERRATO ad Ulp. D. 13,6,5,7, *Opera Omnia*, Dig. vet. II.

⁴⁰⁸ BARTOLUS DE SAXOFERRATO ad Ulp. D. 13,6,5,7, *Opera Omnia*, Dig. vet. II.

⁴⁰⁹ LESSIUS, *De Iustitia et Iure* lib. II, cap. VII, dub. VIII, n. 36 f.

Kausalverlauf abstellt.⁴¹⁰ Während der Großteil der Glossatoren die Ansicht der römischen Juristen teilt und von einer unbedingten Haftung des Verzugsschuldners ausgeht, gestattet MARTINUS als Erster dem Schuldner im Verzug die Berufung auf einen hypothetischen Kausalverlauf. Nach seiner Ansicht haftet der Verzugsschuldner also nur bedingt und damit für ein *versari in re illicita* im Sinne des modernen Verständnisses. Bis zu diesem Zeitpunkt stellt die Verzugs haftung neben der Haftung aufgrund Verschuldens ein separates Haftungsregime dar. Dies ist wohl auch bei den Kommentatoren weiterhin der Fall. Zwar ist in der Lehre DE CUNEOS und BARTOLUS' der Versuch erkennbar, ein umfassendes Haftungssystem zu entwickeln, das alle Fälle erfasst, in denen die römischen Quellen eine Zufallshaftung vorsehen, doch bleibt die Haftung aufgrund Verzugs von der Haftung aufgrund Verschuldens zu unterscheiden.⁴¹¹ Aufgrund eines Verschuldens haftet der Schuldner nämlich nur für die Gefahrerhöhung.

Erst CUJAZ verzichtet offenbar darauf, die Haftung aufgrund Verschuldens auf die Gefahrerhöhung zu beschränken, setzt nämlich die Tatbestände des Verzugs und des Verschuldens in Bezug auf den Haftungsumfang gleich.⁴¹² Nach der Aussage CUJAZ' haftet der Schuldner aufgrund seines Verschuldens genauso wie im Verzug. CUJAZ übernimmt die Meinung des MARTINUS, der dem Verzugsschuldner die Berufung auf eine Reserveursache gestattet und ihn daher nur bedingt haften lässt. Als Konsequenz muss der Schuldner nach Ansicht CUJAZ' für alle kausalen Erfolge einstehen. Er haftet folglich sowohl im Verzug als auch aufgrund Verschuldens immer für ein *versari in re illicita* im Sinne des modernen Verständnisses. Eine mögliche Erklärung dafür, dass CUJAZ die Fälle des Verzugs mit denen des Verschuldens gleichsetzt, könnte sich aus der Nähe dieser Sachverhalte ergeben. Der Fall, in dem jemand eine Sache verspätet zurückgibt, kann als vergleichbar mit dem Fall angesehen werden, in dem jemand eine Sache auf eine andere Weise nutzt als es ihm vertraglich gestattet ist. Dies könnte für CUJAZ möglicherweise der Anlass gewesen sein, die Haftung in diesen Fällen gleich zu behandeln.

In der Folgezeit gerät der Aspekt der Gefahrerhöhung im Rahmen der Haftung aufgrund Verschuldens mehr und mehr in den Hintergrund. Dies mag der Grund

⁴¹⁰ Hierzu 3. Teil, 1. Kap., § 5, I., S. 58 ff.

⁴¹¹ DE CUNEO Lectura super digestum vetus, Wien ÖNB, Cod. 2257 fol. 124a und BARTOLUS DE SAXOFERRATO ad Ulp. D. 13,6,5,7, Opera Omnia, Dig. vet. II.

⁴¹² CUJAZ ad D. 12,1,5, Opera Omnia Tom. VII, c. 640 f.

dafür gewesen sein, dass das Argument in der Diskussion des 19. Jahrhundert nur vereinzelt Erwähnung findet⁴¹³ und die Meisten wohl eine Haftung für jegliche Folgen auch im Rahmen der Haftung aufgrund Verschuldens befürworten.⁴¹⁴ Auf der Grundlage dieser Diskussion ist offenbar auch der Gesetzgeber von 1900 davon ausgegangen, dass sich aus den allgemeinen Grundsätzen eine Haftung für *versari in re illicita* im Sinne einer Einstandspflicht für jegliche Folgen eines unerlaubten Tuns ergibt.⁴¹⁵

Vor dem Hintergrund dieser historischen Betrachtung lässt sich festhalten, dass eine Verallgemeinerung des Rechtsgedankens des *versari in re illicita* im Zivilrecht über die ausdrücklich normierten Fälle entgegen einer im modernen Schrifttum weit verbreiteten Auffassung⁴¹⁶ nicht angezeigt ist. Richtigerweise sollte daher beispielsweise der Entleiher im Falle des vertragswidrigen Gebrauchs stets nur für denjenigen Schaden haften, dessen Eintrittsgefahr sein vertragswidriges Verhalten erhöht hat. Eine darüber hinaus gehende Haftung für jeden kausalen Schaden im Sinne eines *versari in re illicita* lässt sich weder aus historischer Sicht begründen noch besteht für eine derartige Haftung ein sachlicher Grund.

⁴¹³ Und zwar bei v. VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, Bd. III, § 571, Anm. 3.1, 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1869, 39 f.

⁴¹⁴ So offenbar WINDSCHEID/[KIPP], Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 9. Aufl. 1906, § 375, Fn. 10 u. 10a, und DERNBURG, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, Bd. II, 2. Abteilung. Die Schuldverhältnisse, 236 f.

⁴¹⁵ MUDGAN, Materialien, Bd. II, 251.

⁴¹⁶ BGHZ 37, 306, 310; BeckOK/WAGNER, § 603 BGB, Rn. 2; Erman/v. WESTPHALEN, § 603 BGB, Rn. 1; FIKENTSCHER, Schuldrecht, Rn. 404; GEBAUER, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, 330 ff.; GITTER, Gebrauchsüberlassungsverträge, 167; KNÜTEL, NJW 1993, 900, 901; Palandt/WEIDENKAFF, § 603, Rn. 2; Soergel/HEINTZMANN, § 602 BGB, Rn. 2; Staudinger/REUTER, § 602 BGB, Rn. 3; STIEPER, ZGS 2011, 557, 564. Siehe hierzu 1. Teil, Einführung S. 4 f.

Quellenverzeichnis

Institutiones Iustiniani

Inst. 3,14,2	S. 32, 149, 160
Inst. 3,14,3	S. 66
Inst. 4,1,6	S. 34, 40
Inst. 4,1,7	S. 35

Digesta Iustiniani

D. 3,5,10	S. 43
D. 3,5,12	S. 47
D. 3,5,21	S. 46
D. 9,2	S. 26
D. 9,2,10	S. 23
D. 9,2,51	S. 90, 98, 105
D. 9,2,30,4	S. 14
D. 11,6,2,1	S. 49
D. 12,1,5	S. 120
D. 13,1,16	S. 35, 70, 95, 97, 99, 100
D. 13,6,5,2	S. 96
D. 13,6,5,7	S. 32, 62, 63, 64, 72, 78, 87, 88, 92, 100, 104, 149, 160
D. 13,6,18 pr.	S. 28, 33, 62, 65, 102, 104, 152
D. 14,2,2,1	S. 14
D. 14,2,10,1	S. 50, 62, 67, 89, 93, 103, 123
D. 16,3,1,25	S. 37, 99, 106
D. 16,3,1,35	S. 72
D. 19,2,9,3	S. 41
D. 19,2,11,1	S. 40, 62, 65
D. 19,2,13,1	S. 55, 62
D. 19,2,13,3	S. 65, 152
D. 25,1,4	S. 105
D. 30,47,6	S. 60, 72, 98
D. 43,24,7,4	S. 88, 104

D. 44,7,1,4	S. 29, 149, 152
D. 47,2,12,1	S. 38
D. 47,2,50 pr.	S. 35
D. 47,2,77 pr.	S. 35
D. 48,8	S. 26

Decretum Gratiani

D. 50, c. 37	S. 17, 19
D. 50, c. 38	S. 19
D. 50, c. 39	S. 12
D. 50, c. 43	S. 19
D. 50, c. 49	S. 19, 26
D. 50, c. 50	S. 17, 19, 26
D. 50, c. 51	S. 19, 26

Liber Extra

X. 5,12,8	S. 19, 23
X. 5,12,9	S. 19
X. 5,12,12	S. 19
X. 5,12,13	S. 19
X. 5,12,14	S. 19
X. 5,12,15	S. 19
X. 5,12,16	S. 19
X. 5,12,19	S. 19, 21
X. 5,12,20	S. 19
X. 5,12,23	S. 19
X. 5,12,25	S. 19

Gai institutiones

Gai. 3,196	S. 40
Gai. 3,197	S. 35

Versari in re illicita

Hannah Luisa Schmitz

„versanti in re illicita imputantur omnia, quae ex delicto sequuntur“ – „Wer sich auf verbotenes Gebiet begibt, dem werden alle Folgen zugerechnet, die sich aus seinem unerlaubten Tun ergeben“. Im modernen zivilrechtlichen Schrifttum finden sich gelegentlich Hinweise, dass dieser Rechtssatz auch heute noch geltendes Recht ist. Die mit der Kurzformel *versari in re illicita* umschriebene Lehre wird aus moderner Sicht als eine Haftung für alle Folgen eines unerlaubten Verhaltens verstanden.

Für die kanonistische Strafrechtslehre des 12. und 13. Jahrhunderts ist die Anwendung der Rechtsregel belegt. Die Kanonisten entwickeln die Lehre vom *versari in re illicita* als Prinzip der Zurechnung von zufällig verursachten Tötungen.

Die Untersuchung widmet sich der Frage, wann Juristen im Vertragsrecht auf die Rechtsfigur des *versari in re illicita* zurückgreifen und zeichnet die Diskurslinien vom Römischen Recht bis zur Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1900 nach.

19,90 €
ISBN 978-3-8405-0222-4

