

Die unverzichtbare Wissenschaft

The Indispensable Science

*Festschrift für Wolfgang Ernst
zum 70. Geburtstag*

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

Herausgegeben von
BEATE GSELL,
THOMAS RÜFNER und
ULRIKE BABUSIAUX

Mohr Siebeck

Die unverzichtbare Wissenschaft

The Indispensable Science

*Festschrift für Wolfgang Ernst
zum 70. Geburtstag*

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



Die unverzichtbare Wissenschaft

The Indispensable Science

*Festschrift für Wolfgang Ernst
zum 70. Geburtstag*

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

Herausgegeben von

Beate Gsell, Thomas Rübner
und Ulrike Babusiaux

Mohr Siebeck

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

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

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

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

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

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

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2026.

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

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

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

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

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

Vorwort

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

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

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

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

Foreword

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

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

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

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

Inhaltsverzeichnis – Contents

Vorwort	V
Foreword	.VI
Danksagung	XV
Acknowledgements	.XVI

Lorena Atzeri

John Selden and the Theodosian Code	1
---	---

Marietta Auer

Kollektive Entscheidungsparadoxien Eine Handreichung für Juristen.	15
---	----

Ulrike Babusiaux

<i>Datio ob rem</i> und Fideikommiss – Überlegungen zu CIL XII 4393.	27
--	----

Christian Baldus

<i>Ex consuetudine eius regionis</i> : Zur Rechtsmängelhaftung in der Provinz . . .	39
---	----

Theodor Baums

Die Thüringische Gesellschaft des Pfefferhandels von 1579	49
---	----

Renato Beneduzi

Kollegialität und <i>intercessio</i> als Elemente des römischen Systems von <i>checks and balances</i> in der Republik	61
---	----

József Benke

<i>Vendere ius utendi fruendi</i>	69
---	----

Reinhard Bork

Die Genese der insolvenzrechtlichen Bestimmungen über die Vormerkung	81
---	----

John W. Cairns

Teaching English Law in the University of Edinburgh, 1912–1943	95
--	----

Riccardo Cardilli

Herrschaft des *pater* und Privateigentum

Die Geschichte einer Diskontinuität 107

Oliver Diggelmann

Der Genozidbegriff im rechtlichen und öffentlichen Diskurs 121

Tanja Domej

Rechtsprechung durch „Künstliche Intelligenz“ 127

Harry Dondorp

Transferring Subscriptions in the VOC

From Debts to Shares 141

Tim W. Dornis

Das patentdogmatische Labyrinth künstlich-intelligenter Erfindungen . . . 153

Wouter Druwé

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

consilia (c. 1560–1600) 167

Stefan Enchelmaier

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

in Deutschland und England 177

Iole Fargnoli

Die erste mehrsprachige Schweizer Kodifikation

Der Beitrag von Filippo Serafini zum Obligationenrecht von 1881 191

Florian Faust

Das Bewirken der Leistung im allgemeinen Schuldrecht 201

Thomas Finkenauer

Gesetzesredaktion auf der Griesalp: zum Grundlagenirrtum nach

Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR 213

Roberto Fiori

Il problema del fondamento normativo della buona fede integrativa nel

diritto civile italiano: un approccio storico. 227

Andreas Martin Fleckner

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

Johannes W. Flume

Geld und Wertrisiko

Zur Entmaterialisierung und Komplexität in der Privatrechtsordnung
der technischen Moderne 255

David Fox

Homer, Paul, and the Evolution of Economic Exchange 269

Robert M. Frakes

Envisioning the Notes of Ulpian and Paulus on Papinian 281

Thomas Gächter und Robin Suter

Arbeiten nach 65

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

Jean-François Gerkens

Aequè perituris... Necessaria reversione ad veterem quaestionem

Nochmals zur überholenden Kausalität im römischen Recht 307

Joshua Getzler

Abuse of Rights and Breach of Loyalty 323

Hans Christoph Grigoleit

Der Beschluss als Instrument kollektiver Willensbildung –

sachgesetzliche vs. positivrechtliche Formalisierung 337

Beate Gsell und Matthias Fervers

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

Schadensersatz in §§ 327 ff. BGB 355

Andreas Heinemann

Diskrepanzen beim Kartellschadensersatz – Auf der Suche nach einer

wettbewerbsrechtlichen *lex Aquilia* 369

Rainer Hüttemann

Geschäftsordnungen im Privatrecht – eine Skizze 383

Bruno Huwiler

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

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

Richard Hyland

How Ulpian Teaches. 411

David Ibbetson

‘Roman Law’ in England 423

Ido Israelowich

Naming Necessity and Ambiguity: the Formation of Roman Legal

Language 433

Éva Jakab

Ausnahmen?

Letztwillige Verfügungen römischer Bürger aus den Provinzen 445

Peter Jung

Die Wahlrechte des Käufers einer mangelhaften Ware im

schweizerischen Obligationenrecht. 457

Eva-Maria Kieninger

Albrecht Mendelssohn Bartholdy

und der „Renvoi in Modern English Law“ 471

Andreas Klein

Rechtsschutz gegen missbräuchliche Vorfändungen 485

Andreas Kley

Antinormatives Verfassungsdenken als Auslegungsmethode. 499

Frank Klinkhammer

Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 280 Abs. 1 BGB aufgrund

unberechtigter Kündigung eines Mietvertrags? 511

Wolfgang Krüger

Das angebliche Anhörungsrecht des potentiellen Störers. 519

Michael Lobban

The Early Eighteenth Century College Visitor 531

Thomas Lobinger

Die Herausgabe der Verzögerungsbereicherung. 545

Sebastian Lohsse

Ruhendes Eigentum?

Zusammengesetzte Sachen und das Erbe des römischen Rechts 561

Felix Maultzsch

Der zeitliche Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Mängelrechts 573

Franz-Stefan Meissel

The Restitution of Nazi Looted Art in Austria 585

Ernest Metzger

Abraham Lincoln Brings Roman Law to Illinois 603

Claus Mollenkopf

Vorstandshaftungsverjährung bei Gewährung überhöhter
Betriebsratsvergütungen. 615

Patrick Mossler

Gefahrübergang beim Unternehmenskauf 623

Christoph G. Paulus

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

Martin Pennitz

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

Guido Pfeifer

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

Thomas Pfeiffer

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

Johannes Platschek

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

Wolfgang Portmann und Christoph Reusser

Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz bei Krankheit in der Schweiz
Grundsätzliches und Aktuelles 693

Johannes Reich

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

Thomas Rüfner

Der Formularprozess in der Rechtswissenschaft der Vormoderne. 721

Joe Sampson

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

Alexander Schall

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

Philipp Scheibelreiter

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

Martin Schermaier und Sebastian Fuchs

Actus sine itinere?

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

Karsten Schmidt

„Beschlossen und verkündet“ – Reflexionen zu einem

Grundlagenbeitrag des Jubilars 785

Johanna Schmidt-Räntsch

Ethische Produktkennzeichnungen. 799

Wolfgang Schön

Der Westturm: Eine Reminiszenz 813

Jan Schröder

Heinrich Stoll (1891–1937) 825

Helen Scott

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

Boudewijn Sirks

Was Roman Law Invented? 851

Benjamin Spagnolo

Burning Questions. 863

Nicholas Stone

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

François R. Velde

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

Rastko Vrbaski

Differenzierende Umstellungssätze. 899

Gerhard Wagner und Jakob Feddersen

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

Rolf H. Weber

Einräumung von Sicherheiten an kryptobasierten Vermögenswerten 931

Constantin Willems

Reciprocal Exchange of Agricultural Services in Rabbinic
and Roman Law 945

Corinne Zellweger-Gutknecht und Fabia Stöcklin

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

Samuel Zogg

Anspruchsgegenstand und Surrogatshaftung im schweizerischen
Bereicherungsrecht. 971

Biographie – Curriculum Vitae 985

Schriftenverzeichnis – Publications. 987

Autorenverzeichnis – List of Authors 999

*Aeque perituris... Necessaria reversione
ad veterem quaestionem*

Nochmals zur überholenden Kausalität im römischen Recht

Jean-François Gerkens

I. Einleitung

Es war Wolfgang Ernst selbst, der mich ermutigte, zu meinem Dissertationsthema über die überholende Kausalität zurückzukehren. Unsere erste Diskussion dazu fand während unserer Teilnahme¹ am *International Roman Law Moot Court* statt, als er gerade sein hervorragendes Buch² über ein Fragment des Julian fertigstellte – ein Fragment, das ich in meiner Dissertation³ auch ausführlich behandelt hatte. Ich gestand ihm, mit Teilen meiner eigenen Arbeit nicht einverstanden zu sein, woraufhin er mich zur erneuten Beschäftigung mit dem Thema ermutigte. Die Herausforderung reizte mich, doch wusste ich zunächst nicht, wie ich sie angehen sollte. Ein vollständiges Neuschreiben hätte viele Gedanken und Exegesen wiederholt, an denen ich weiterhin festhielt. Daher entschied ich mich, das Argument in Form eines Aufsatzes neu zu formulieren – und welcher Ort wäre geeigneter als dieses Werk zu Ehren von Wolfgang Ernst! Ihm sei herzlich für seine Ermutigung gedankt!

II. Entstehung der Dissertation

Nach meinem Jurastudium in Lüttich wurde ich von Roger Vigneron († 2002) als Assistent eingestellt. Er schlug mir eine Dissertation im römischen Recht unter Betreuung von Fritz Sturm († 2015) vor, der damals in Lausanne lehrte. Sturm unterbreitete mehrere Themen, darunter auch jenes der „überholenden Kausalität“, für welches ich mich entschied. Ich begann mit Exegesen von Digestenfragmenten, die mir als Beispiele geeignet erschienen. Die Forschung dauerte etwa drei Jahre, vom Winter 1993/94 bis 1996/97. Die Verteidigung fand

¹ XIth International Roman Law Moot Court, Eupen-Liège, 11–14 April 2018.

² *Ernst*, Justinian's Digest 9.2.51 in the Western Legal Canon. Roman Legal Thought and Modern Causality. Concepts, 2019, 177.

³ *Gerkens*, *Aeque perituris... Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*, 1997, 159–206.

am 25. April 1997 in Lüttich statt. Die Monographie wurde kurz darauf ohne wesentliche Änderungen veröffentlicht.

1. Die Wahl der Definition der überholenden Kausalität

Um geeignete Digestenfragmente zu analysieren, war zunächst eine Definition der „überholenden Kausalität“ erforderlich. Da das Konzept jedoch fast ausschließlich von deutschsprachigen Juristen verwendet wird, musste ich deren Schriften – auch aus dem modernen Recht – heranziehen. Die romanistische Literatur bietet zwei Definitionen: eine von Hausmaninger und eine restriktive von Ankum.

Hausmaninger⁴ definiert:

„Von überholender Kausalität spricht man, wenn ein Ereignis einen Schaden real herbeigeführt und ein anderes Ereignis denselben Schaden bewirkt hätte, wenn ihm das erstgenannte Ereignis nicht zuvorgekommen wäre“.

Ein Beispiel: Primus zerstört das Haus des Secundus; zwei Monate später verwüstet ein Brand das Viertel, sodass das Haus ohnehin zerstört worden wäre.

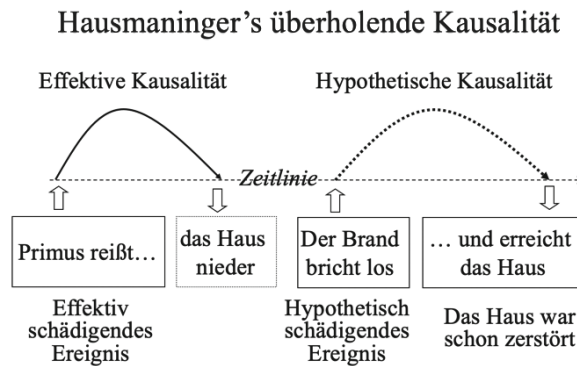


Abbildung 1: Hausmaningers überholende Kausalität

Demgegenüber steht Ankums⁵ Definition:

„Nach modernen Einsichten spricht man von überholender Kausalität, wenn ein bestimmtes Ereignis stattgefunden hat, wodurch später eine bestimmte Folge eingetreten wäre, und, bevor es so weit kommt, ein zweites Ereignis geschieht, das unmittelbar zu dieser Folge führt.“

Nach dieser zweiten Definition genügt es nicht, dass der Schaden auch ohne das tatsächlich schädigende Ereignis eingetreten wäre, vielmehr muss das hypothetisch schädigende Ereignis zeitlich vor dem tatsächlich schädigenden liegen.

⁴ Hausmaninger, Schadenersatzrecht der Lex Aquilia, 5. Aufl. 1996, 19.

⁵ Ankum, in: FG für Ulrich von Lübtow, 1980, 326.

Ankum's überholende Kausalität

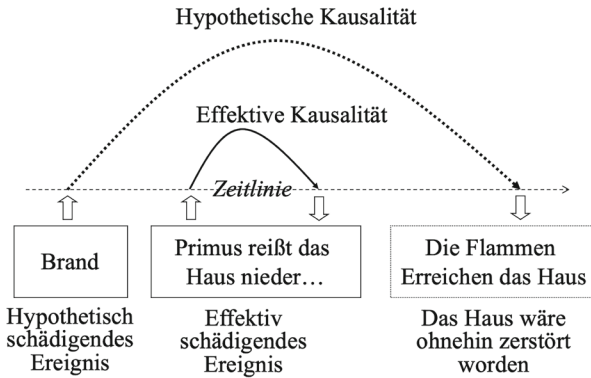


Abbildung 2: Ankums überholende Kausalität

Diese zweite Definition verdient den Vorzug, da sie den Gedanken des „Überholens“ klarer ausdrückt. Nur hier überholt ein Ereignis ein anderes bei der Schadensverursachung.

Im Beispiel müsste der Brand also bereits wüten, als Primus das Haus zerstört. Primus käme so dem Brand zuvor – seine Handlung überholt die Schadensverursachung durch das Feuer.

Wie die Diskussion zeigt, handelt es sich um ein modernes, dogmatisches Problem. Die römischen Juristen haben sich nie ausdrücklich mit überholender Kausalität befasst und keine spezifische Terminologie zur Kausalität entwickelt.⁶ Diese Untersuchung musste daher ihre eigene Legitimität hinterfragen, um sicherzustellen, dass sie sich tatsächlich mit römischem Recht befasste. Dies erforderte methodische Flexibilität und sorgfältige Analyse der Quellen. Ausgangspunkt war: Welche Texte enthalten Fallkonstellationen, die der Definition von Hans Ankum entsprechen?

2. Die Auswahl der Fälle und der jeweiligen Digestenfragmente

Die Fälle, die der gewählten Definition der überholenden Kausalität entsprechen, sind m.E. die folgenden:

- Der Fall des *damnum incendi arcendii causa datum* (Schaden, der zur Abwehr eines Brandes verursacht wurde): Ulp. 9 disp. D. 9, 2, 49, 1; Ulp. 56 ed. D. 47, 9, 3, 7; Ulp. 71 ed. D. 43, 24, 7, 4; = III.1.a)
- Der „Eber-in-der-Schlinge“-Fall: Proc. 2 epist. D. 41, 1, 55; = III.1.b)

⁶ Gerken (Fn. 3), 325; Ernst (Fn. 2), 105–107.

- Der Fall der verderblichen Waren, die bei einem Schiffbruch von jemandem mitgenommen wurden: Paul. 54 ed. D. 47, 9, 4 pr.–1; = III.1.c)
- Der Fall des tödlich verletzten Sklaven, der später aus einem anderen Grund stirbt: Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 11, 3 und Ulp. 18 ed. D. 9, 2, 15, 1; Iul. 86 dig. D. 9, 2, 51; = III.1.e) und III.1.d)
- Der Fall des durch Stipulation versprochenen Sklaven, der vom Versprechenden freigelassen wird und dann unerwartet stirbt: Paul. 5 Plaut. D. 44, 7, 45; = III.2.a)
- Der Fall des Sklaven, der an zwei Käufer verkauft wurde und vor der *traditio* an einen von ihnen eines natürlichen Todes stirbt: Paul. 16 quaest. D. 18, 4, 21; = III.2.b)
- Der Fall der zwei Schiffe, die während derselben Überfahrt untergehen: Lab./Paul. 1 pith. D. 14, 2, 10, 1; = III.2.c)
- Der Fall des Käufers, der von einem mangelhaften Sklaven evinziert wird: Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21, 1, 44, 2; Pomp. 9 Sab. D. 21, 2, 16, 2; ulp. 32 ed. D. 19, 1, 11, 14; = III.2.d)
- Der Fall des Mitgiftguts, das vom Ehemann vernachlässigt wird und durch Zufall zugrunde geht: Paul. 36 ed. D. 25, 1, 4; Paul. 6 Plaut. D. 23, 3, 56 pr.;
- Der Fall der gemeinsamen Mauer, die zerstört wird mit der Begründung, sie wäre ohnehin eingestürzt, wenn einer der Miteigentümer ein neues Gebäude daran angebracht hätte: Ulp. 42 Sab. D. 39, 2, 35–37.

3. Methodologische Präzisierungen

Obwohl die Ausgangshypothese dogmatisch war, verlangte die – zu Recht – von Fritz Sturm vorgegebene Methode eine besonders sorgfältige Analyse der römischrechtlichen Texte. Es galt alle verfügbaren Handschriften der Vulgata und den palingenetischen Kontext der Fragmente zu berücksichtigen. Diese strenge Quellenkritik sollte verhindern, dass die Untersuchung zu dogmatisch wurde, und vielmehr klären, ob römische Juristen für die modernen Fragestellungen empfänglich gewesen wären. Bei den zuvor genannten Fällen stellte sich daher die Frage: Hätten auch römische Juristen Gemeinsamkeiten erkannt, die ähnliche Lösungen nahelegten? Diese Überlegung führte dazu, den Titel meiner Dissertation aus dem ersten Fragment der Liste zu wählen – *Aeque perituris* – und damit die juristische Reflexion auszudrücken: Wenn die Sache ohnehin zugrunde gegangen wäre, ist dann derjenige zu verurteilen, der sie zerstört hat? Diese Frage entsprach der eingangs formulierten dogmatischen Fragestellung, war aber näher an der Denkweise der römischen Juristen.

4. Konfrontation mit Fritz Sturm

Als die Arbeit sich dem Ende zuneigte (Ende 1996) und ich Fritz Sturm das vollständige Manuskript übermittelte – das er zuvor Kapitel für Kapitel gebilligt hatte – bat er mich, ein Hotelzimmer in Bonn zu reservieren, wo er an einem Kolloquium teilnahm. Zu meiner Überraschung forderte er bei seiner Ankunft, dass ich meine gesamte dogmatische Analyse umkehren sollte: Was ich als überholende Kausalität analysiert hatte, sollte nun als überholte Kausalität dargestellt werden – und umgekehrt. Das widersprach allem, was ich bisher geschrieben hatte, und stellte mich vor eine große Herausforderung. Ich musste Fritz Sturm überzeugen, dass seine Forderung nicht umsetzbar war. Das Gespräch verlief jedoch ergebnislos, und mir wurde klar, dass ich in einem Punkt nachgeben musste, um mein Manuskript einreichen zu können. Konkret konnte ich das Kapitel zur deliktischen Haftung retten, musste aber das zur vertraglichen Haftung opfern. Durch eine Änderung der Terminologie kehrte ich die dogmatische Analyse um – ein Kompromiss, den Sturm akzeptierte, obwohl er nicht logisch war.

Die Dissertation wurde unter diesen Bedingungen eingereicht und verteidigt. Die Kommission und Sturm waren zufrieden, die Arbeit wurde veröffentlicht. Nur Bill Gordon⁷ erkannte in seiner Rezension das logische Problem.

Diese Schwäche meines Buches war vor allem mir selbst bewusst, blieb aber weitgehend unbemerkt. Meine akademische Laufbahn litt nicht darunter und ich betrachtete diese Episode als eine der Anekdoten, die zum Leben gehören.

5. Neue aufmerksame Leser

Das Problem holte mich 2001 beim Privatissimum von Pascal Pichonnaz in Fribourg ein: Die dortigen Studenten hatten meine Dissertation gründlich gelesen und das logische Problem im 2. Kapitel erkannt. Sie fragten mich sofort nach dem Grund für diese Analyse – und ich erklärte offen, dass sie recht hatten und ich es nie so hatte schreiben wollen! Ihre Überraschung war verständlich, aber sie waren auch stolz, das Problem entdeckt zu haben. Obwohl mir diese Erklärung leichtfiel, wurde mir klar, dass auch andere Leser das Problem bemerken könnten. Ich musste also eine Korrektur in Erwägung ziehen, schob sie aber zunächst auf.

Die Herausforderung bestand darin, einen Selbstplagiatsvorwurf zu vermeiden, der bei einer bloßen Umschreibung eines Kapitels entstehen könnte. Außerdem musste ich berücksichtigen, dass ich 28 Jahre nach der Veröffentlichung nicht mehr derselbe Forscher bin. Letztlich erschien mir eine zweigeteilte Antwort sinnvoll: Erstens sollte ich klarstellen, wie meine dogmatische Analyse zur Vertraglichen Haftung tatsächlich aussah. Zweitens wollte ich zeigen, wie sich meine Analyse der Fragmente seit 1997 weiterentwickelt hat.

⁷ Gordon, TR 67 (1999/3–4), 366–368.

III. Meine dogmatische Analyse der überholenden Kausalität – wie ich sie in meiner Monographie hätte darstellen wollen

Nach der von mir gewählten Definition setzt überholende Kausalität zwei schädigende Ereignisse voraus: ein hypothetisches und ein tatsächlich eingetretenes, wobei Letzteres das erste in der Schadensverursachung überholt. Diese Definition eignet sich für alle Haftungsarten – deliktisch, vertraglich und für die von Gaius⁸ als „*ex variis causarum figuris*“ bezeichneten Fälle. Daraus ergibt sich, dass unterschiedliche dogmatische Analysen je nach Haftungsart wenig sinnvoll sind, auch wenn die rechtlichen Lösungen je nach Kontext variieren können. Diese werde ich im Folgenden getrennt behandeln. Aus Platzgründen verzichte ich auf den dritten Teil (Haftung *ex variis causarum figuris*) sowie auf vollständige Exegesen, wie sie in meiner Dissertation zu finden sind. Ich verweise daher auf die dortigen Ausführungen, da sich meine Auffassung zur Interpretation der Fragmente kaum geändert hat. Im Folgenden fasse ich ihre wesentlichen Beiträge zusammen.

1. Deliktische Haftung

Im Bereich der deliktischen Haftung hat sich meine Analyse nicht grundsätzlich verändert, sodass ich mich weitgehend darauf beschränken werde, die in meiner Dissertation vertretene Position zusammenzufassen. Die Fragmente, die unter meine Definition der überholenden Kausalität fallen, sind die folgenden:

- D. 43, 24, 7, 4; D. 9, 2, 49, 1; D. 47, 9, 3, 7; = a)
- D. 41, 1, 55; = b)
- D. 47, 9, 4 pr.-1; = c)
- D. 9, 2, 15, 1; = d)
- D. 9, 2, 11, 3; D. 9, 2, 51. = e)

a) *Damnum incendii arcendi causa datum*

Der Schaden, der durch das Niederreißen eines Nachbarhauses zur Eindämmung eines Brandes entsteht, bildet die Grundlage für den modernen Notstandsbegriff. Im römischen Recht existiert jedoch kein allgemeiner Rechtfertigungs-

⁸ Gai. 2 aur. D. 44, 7, 1, pr.: *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*

tigungsgrund:⁹ die prozessualen Mittel des Prätors verlangen eine differenzierte Analyse. Drei Fragmente illustrieren diesen Fall mit Bezug auf drei verschiedene prozessuale Mittel: die *actio legis Aquiliae*, das *interdictum quod vi aut clam* sowie die *actio de incendio ruina naufragio rate nave expugnata*.

Bei der *actio legis Aquiliae* verweist Ulpian (D. 9, 2, 49, 1) auf Celsus: Der Prätor verweigert die Verurteilung mangels *iniuria*, da der Täter aus berechtigter Furcht (*iusto metu ductus*) handelte. Die Absicht, ein Feuer einzudämmen, rechtfertigt die Handlung und verhindert eine Verurteilung.

Beim *interdictum quod vi aut clam* war die Lösung vorerst umstritten, da dieses nicht das Vorliegen einer *iniuria* voraussetzt. Eine Einrede *quod incendii defendendi causa factum non sit* hätte auch hier eine Verurteilung verhindern können. Diese wurde jedoch nur dem Magistrat gewährt, nicht Privatpersonen. Servius unterscheidet: Wenn das Feuer die Trümmer erreicht, liegt kein Schaden vor (*aeque perituri aedibus*); erlischt es vorher, wird der Täter verurteilt.¹⁰

Das Argument des fehlenden Schadens ergibt sich aus Servius' Vergleich mit der *actio legis Aquiliae*: Wenn das Feuer das niedergerissene Haus erreicht, liegt weder *iniuria* noch *damnum* vor. Entscheidend ist hier nicht die Furcht, sondern ob der Schaden ohnehin eingetreten wäre.

Bei der *actio de incendio* [...] sieht das Edikt¹¹ eine vierfache Schadensersatzpflicht vor, unabhängig von einer *iniuria*. Die Position von Labeo – der eine Verurteilung des Täters, der ein Haus niederreißt, um ein Feuer einzudämmen, vertritt – erklärt sich meiner Ansicht nach dadurch, dass erst nach Labeos Zeit *dolus* als Voraussetzung für die *actio de incendio* verallgemeinert wurde.¹² Ursprünglich war *dolus* nur für den Fall der Hehlerei¹³ nötig. Ulpian kritisiert je-

⁹ Vgl. meine Dissertation (Fn. 3), 114–120, wo ich die erforderlichen Differenzierungen zwischen den Formeln der verschiedenen prozessualen Mittel ausführlich dargestellt habe. Die einzig mögliche Schlussfolgerung lautete: Man kann im römischen Recht nicht – wie heute – die Existenz eines allgemeinen Rechtfertigungsgrundes namens „Notstand“ postulieren, da im Rahmen des *interdictum quod vi aut clam* ein solcher Rechtfertigungsgrund von den römischen Juristen ausdrücklich abgelehnt wird. Dies war jedenfalls die Position von Servius, Ulpian und auch dem Verfasser der *Basiliken*. Dennoch hat mir Fritz Sturm damals nicht erlaubt, in meiner Dissertation zu schreiben, dass das römische Recht keinen dem modernen Notstandsbegriff entsprechenden Rechtfertigungsgrund kannte. Was ich in der Dissertation nicht schreiben durfte, habe ich jedoch später in anderen Veröffentlichungen nachgeholt (z.B. *Gerkens*, in: FS für Guido Tsuno, 2013, 103–124).

¹⁰ Ähnlich auch noch in den Bas. 58, 23, 7.

¹¹ Tatsächlich sieht das Edikt des Prätors an dieser Stelle vor, dass eine Verurteilung zum Vierfachen ausgesprochen wird, wenn eine *rapina*, eine *receptio dolo malo* oder ein Schaden bei einem Brand, einem Einsturz oder einem Schiffsbruch verursacht wurde (Ulp. 56 ed. D. 47, 9, 1 pr.).

¹² Ulp. 56 ed. D. 47, 9, 3, 7: Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit: nam si dolus malus absit, cessat edictum. [...].

¹³ Ulp. 56 ed. D. 47, 9, 3, 3: Non tantum autem qui rapuit, verum is quoque, qui recepit ex causis supra scriptis, tenetur, quia receptores non minus delinquant quam adgressores. *sed enim additum est „dolo malo“, quia non omnis qui recipit statim etiam delinquit, sed qui dolo malo recipit. quid enim, si ignarus recipit? aut quid, si ad hoc recepit, ut custodiret salvaque faceret ei qui amiserat? utique non debet teneri.*

doch Labeo spöttisch und verweist wiederum auf Celsus' Lösung im Rahmen der *lex Aquilia*.¹⁴

Was die überholende Kausalität betrifft, so ist zweifellos der Text zum Interdikt *quod vi aut clam* der ergiebigste. In der Tat ersticken die beiden anderen Fragmente die Fragestellung gewissermaßen im Keim, indem sie prinzipiell jede Möglichkeit ausschließen, Ersatz für das *damnum incendii arcendi causa datum* zu erlangen – und zwar wegen des Fehlens einer *iniuria*, bzw. eines *dolus*. Die Konstellation des Interdikts *quod vi aut clam* hingegen eröffnet die Diskussion und kontrastiert den durch das Niederreißen mit dem durch das Feuer verursachten Schaden. Der Schaden wird dem Brand zugerechnet, wenn er die Trümmer erreicht; andernfalls dem Täter.

Dadurch liefert der Text ein äußerst interessantes Argument, um sich der römischen Auffassung dessen anzunähern, was die Pandektisten später als „überholende Kausalität“ bezeichnet haben. Das Argument, wonach der Schaden ohnehin eingetreten wäre (*aeque perituris*), bringt eine Vorstellung zum Ausdruck, die der überholenden Kausalität sehr nahekommt. Es stellt zugleich die Frage nach der Zurechnung des Schadens entweder zu dem tatsächlich schädigenden Ereignis oder zu dem hypothetisch schädigenden Ereignis.

Drittens setzt der Text eine sehr klare Grenze für die Anwendung des Arguments *aeque perituris* und damit auch für die Analyse der Relevanz der überholenden Kausalität im römischen Recht. Im letzten Teil des Textes zitiert Ulpian Labeo:

D. 43, 24, 7, 4 (*in fine*):

[...] quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit nec ne, aestimari oportere Labeo ait.

Wenn das Haus also bereits vor dem Ausbruch des Feuers eingerissen wurde, wird der Schaden niemals dem Brand zugerechnet, sondern stets demjenigen, der das Haus eingerissen hat. Mit anderen Worten: das Argument *aeque perituris* greift nicht mehr, wenn das hypothetisch schädigende Ereignis (das Feuer) erst nach Eintritt des Schadens eintritt. Gleichzeitig markieren Labeo und Ulpian damit eine gewisse intellektuelle Präferenz für eine restriktive Definition der überholenden Kausalität: Wenn das hypothetisch schädigende Ereignis erst nach der Schadensverwirklichung eintritt, ist es nicht mehr zu berücksichtigen.

b) Der „Eber-in-der-Schlinge“-Fall

Der Text von Proculus (D. 41, 1, 55) wirft zentrale Fragen zum Besitz- und Eigentumserwerb an einer *res nullius* auf. Ein Aspekt dieses Fragments wurde oft als Fall überholender Kausalität interpretiert – worauf ich mich hier konzentriere.

Ein Jäger stellt eine Falle, in der sich ein Wildschwein verfängt. Während es sich zu befreien versucht, kommt ein Passant vorbei und befreit das Wild-

¹⁴ Vgl. D. 9, 2, 49, 1.

schwein. Wenn der Jäger bereits Eigentümer war und sich beklagt, das Tier verloren zu haben, könnte der Passant einwenden, das Wildschwein hätte sich auch ohne seine Hilfe befreit.

Was den Text von Proculus betrifft, so bin ich heute weniger kategorisch in meiner Einschätzung als zur Zeit der Abfassung meiner Dissertation. Ich vertrete zwar weiterhin die Auffassung, dass der Jäger nach Proculus allein durch das Verfangen des Wildschweins in der Falle Eigentümer werden konnte, würde jedoch nicht mehr behaupten, dass die Möglichkeit der Selbstbefreiung des Tieres unbedingt einen Fall überholender Kausalität darstellt.

Zwei Interpretationen sind möglich: Entweder, wie in meiner Dissertation, gilt der Befreiungsversuch als hypothetisch schädigendes Ereignis, das durch das Eingreifen des Passanten überholt wurde; oder der Befreiungsversuch war so intensiv, dass der Jäger noch keine ausreichende *potestas* über das Tier hatte, um als Eigentümer zu gelten. Im zweiten Fall war der Jäger also noch nicht Eigentümer und verfügte auch über keine Klagemöglichkeit gegenüber dem Passanten.

c) *Die vom sinkenden Schiff geraubten verderblichen Waren*

Paulus (D. 47, 9, 4 pr.–1) zitiert ein kaiserliches Reskript, das bestimmt, was bei einem Schiffsuntergang mitgenommen werden darf: *peritura* dürfen gerettet werden, *quae servari possint*, nicht – Letzteres ist strafbar.

Aus Sicht der überholenden Kausalität sind die *peritura* interessant: Ihr Untergang war sicher, sie waren virtuell bereits zerstört. Der Schiffbruch ist das hypothetisch schädigende Ereignis, das Wegnehmen der Sachen das tatsächliche, das den Schiffbruch in der Schadensverwirklichung überholt.

Die Analyse ist daher derjenigen des *damnum incendii arcendi causa datum* in kausaler Hinsicht sehr ähnlich.

d) *Der Fall des tödlich verletzten Sklaven, der beim Einsturz eines Hauses oder bei einem Schiffbruch ums Leben kommt*

Ulpian (D. 9, 2, 15, 1) beschreibt einen tödlich verletzten Sklaven, der später durch einen Hauseinsturz oder Schiffbruch stirbt. Der Angreifer kann nur nach Kapitel 3 (*de vulnerato*) der *lex Aquilia* verklagt werden, nicht nach Kapitel 1 (*de occiso*).

Ulpian beruft sich auf Julian: Der Tod ist erst im Moment seines Eintritts feststellbar – der Einsturz verhindert diese Feststellung.

Obwohl dieser Text den römischrechtlichen Forschern große Schwierigkeiten bereitet hat – sie hielten Julian für widersprüchlich im Vergleich zum folgenden Text (D. 9, 2, 51) – konnte ich in meiner Dissertation zeigen, dass dieser Eindruck auf einer modernen Analyse beruht, die von der pandektistischen Erfindung der überholenden Kausalität geprägt ist. Meines Erachtens steht der vorliegende Text vielmehr in Übereinstimmung mit den vorhergehenden Texten in Bezug auf die Kausalitätsanalyse.

Konzentriert man sich auf die Haftung *de occiso*, ist die Verletzung das hypothetisch schädigende Ereignis, der Hauseinsturz das tatsächliche, das den Tod verursacht und die Verletzung überholt.

Diese Analyse scheint den vorherigen Fällen zu widersprechen, da dort der Schaden dem hypothetisch schädigenden Ereignis zugerechnet wurde, hier dem tatsächlichen. Doch das Gemeinsame springt ins Auge: Die Zurechnung erfolgt stets zu einem natürlichen oder zufälligen Ursprung – ob hypothetisch oder tatsächlich.

Dies stärkt die Relevanz des Arguments *aeque perituris*, das stets von der beklagten Partei vorgebracht wird – sei es als Täter des tatsächlich- oder des hypothetisch-schädigenden Ereignisses.

e) *Der tödlich verletzte Sklave, der von einem zweiten Täter getötet wird*

Beide Texte behandeln den Fall eines Sklaven, der tödlich verletzt wird, bevor ein zweiter Täter ihn endgültig tötet. Etwas überraschend vertreten Julian (D. 9, 2, 51) und Ulpian (D. 9, 2, 11, 3) unterschiedliche Auffassungen: Julian hält beide Täter für *de occiso* haftbar, Ulpian – gestützt auf Celsus und Marcellus – nur den zweiten, während der erste *de vulnerato* haftet.

Wolfgang Ernst¹⁵ analysiert diese *quaestio* ausführlich und schlägt vor, dass die Juristen unterschiedliche Fälle behandeln: Bei Ulpian folgen die Taten rasch aufeinander, bei Julian liegt mehr Zeit dazwischen. Daraus folgert er: Wenn die Angriffe zeitlich nah beieinander liegen, hat der erste Täter den Sklaven nicht getötet, sondern nur verletzt (daher nur Haftung *de vulnerato*); wenn hingegen ein längerer Zeitraum zwischen den Angriffen liegt, vollendet der zweite Täter gewissermaßen das *occidere* des ersten (daher haften beide *de occiso*).

Wie ich bereits in meiner Rezension¹⁶ dargelegt habe, überzeugt mich diese Interpretation nicht. Ich sehe in den Fragmenten von Ulpian und Julian keinen Hinweis darauf, dass sie unterschiedliche Fälle behandeln. Vielmehr sprechen zahlreiche Argumente dafür, dass sie denselben Fall behandeln und sich in der Lösung nicht einig sind. Beide Juristen behandeln den Fall der aufeinanderfolgenden Täter unmittelbar nach dem Fall, in dem mehrere Täter gleichzeitig einen Sklaven schlagen, ohne dass feststeht, wer den tödlichen Schlag gegeben hat (D. 9, 2, 11, 2–D. 9, 2, 51, 1). Diese Abfolge legt nahe, dass sie identische Fallkonstellationen in derselben Reihenfolge behandeln.

Der Meinungsunterschied zwischen Julian und den anderen römischen Juristen zeigt sich in beiden Texten. Ulpian schließt die Lex 11, 3 mit den Worten [...] *et est probabilius*, was darauf hindeutet, dass die von Marcellus und Celsus vertretene Lösung als die wahrscheinlichere, aber nicht als die einzig mögliche angesehen wird – ein Hinweis auf eine abweichende Meinung. Julian wiederum verteidigt seine Lösung in einer ausführlichen Argumentation gegen den Vorwurf der Absurdität:

¹⁵ Ernst (Fn. 2).

¹⁶ Gerkens, ZRG RA 138 (2021), 691, 698.

[...] quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat [...].

Beide Fragmente machen deutlich, dass es nicht hinnehmbar ist, niemanden zu bestrafen – obwohl dies die logische Konsequenz des Arguments *aequae perituris* wäre. Dieses Argument muss also verworfen werden, wenn es zur Strafflosigkeit führt, insbesondere bei konkurrierenden menschlichen Handlungen ohne zufälliges Ereignis.

Der Unterschied zwischen Ulpian und Julian liegt in der Ersatzlösung, nachdem das Argument *aequae perituris* ausgeschlossen wurde. Ulpian und seine Mitstreiter ignorieren die hypothetische Kausalität und berücksichtigen nur die tatsächlich schädigenden Handlungen: Der erste Täter haftet für die Verletzung, der zweite für den Tod. Diese Lösung ist auch juristisch logisch, wenn man sich auf die Ablehnung des Arguments *aequae perituris* geeinigt hat. Julian hingegen argumentiert aus einer gesetzgeberischen Perspektive und lehnt eine rein juristisch-logische Lösung ab. Er beruft sich auf das Gemeinwohl, das verlangt, dass beide Täter nach demselben ersten Kapitel der *lex Aquilia* bestraft werden.

Aus Sicht der überholenden Kausalität ist der erste Schlag hypothetisch für den Tod des Sklaven, aber zugleich ein tatsächlich schädigendes Ereignis für die Verletzung. Der zweite Schlag ist das tatsächlich schädigende Ereignis für den Tod, aber ohne Einfluss auf die bereits tödliche Verletzung.

Für Ulpian und seine Mitstreiter haftet der erste Täter also *de vulnerato* und der zweite *de occiso*. Für Julian hingegen verdienen sowohl die tödliche Verletzung des ersten Täters als auch der tödliche Schlag des zweiten eine Verurteilung *de occiso*, also aus dem ersten Kapitel der *lex Aquilia*.

Damit sind die Fälle der deliktischen Haftung im römischen Recht abgeschlossen. Wenden wir uns nun den Fällen der vertraglichen Haftung zu.

2. Vertragliche Haftung

Dieser Teil bedurfte einer Überarbeitung, insbesondere hinsichtlich der Analyse der überholenden Kausalität. Die betroffenen Fragmente sind:

- D. 44, 7, 45; = a)
- D. 18, 4, 21; = b)
- D. 14, 2, 10, 1; = c)
- D. 21, 1, 44, 2; D. 21, 2, 16, 2; D. 19, 1, 11, 14. = d)

a) *Der durch Stipulation versprochene, aber vom Versprechenden freigelassene Sklave*

Paul (D. 44, 7, 45) behandelt den Fall einer *stipulatio*, in der ein Sklave versprochen wird. Noch vor der Übergabe wird der Sklave freigelassen und stirbt eines natürlichen Todes – bevor der Versprechende in *mora debitoris* gerät.

Dies ist ein klarer Fall überholender Kausalität: Der Schaden (die Nichterfüllung der Verpflichtung) hätte aus der Freilassung entstehen können (hypothetisch schädigendes Ereignis), tritt aber tatsächlich durch den Tod ein (tatsächlich schädigendes Ereignis, das die Freilassung überholt).

In meiner Dissertation musste ich die Ereignisse umkehren – die Freilassung als tatsächlich schädigend, den Tod als hypothetisch –, was nicht mit meiner Definition vereinbar war, nach der das tatsächlich schädigende Ereignis das hypothetische in der Schadensrealisierung überholt.

Auch das Argument *aeque perituris* ist hier relevant: Der Versprechende kann geltend machen, dass der Sklave ohnehin gestorben wäre und der Stipulant ihn nicht erhalten hätte.

Ein wesentlicher Unterschied zur deliktischen Haftung betrifft den Zeitpunkt der Schadenszurechnung. Ulpian (zum interdict *quod vi aut clam*: III.1.a) am Ende) verweist auf Labeo: der Brand kann nur *ex praesenti statu* berücksichtigt werden und nicht *ex post*. Wenn das Feuer also erst nach Zerstörung des Hauses ausbricht, kann es folglich nicht mehr berücksichtigt werden.

Im vorliegenden Text von Paul ist der maßgebliche Zeitpunkt der Beginn der *mora debitoris*. Stirbt der Sklave vorher, wird der Schaden dem Zufall zugerechnet. Ist der Schuldner bereits im Verzug, kann er sich nicht mehr auf Zufall berufen.

b) *Der Fall des doppelten Verkaufs eines Sklaven, der vor der Übergabe an einen der Käufer stirbt*

Paul (D. 18, 4, 21) schildert den Fall eines Verkäufers, der einen Sklaven zunächst an Käufer A verkauft, ihn aber nicht liefert. Käufer A zahlt nicht. Der Verkäufer verkauft denselben Sklaven an Käufer B – möglicherweise, weil Käufer A nicht zahlte –, der zahlt. Doch der Sklave stirbt beim Verkäufer, bevor dieser in Verzug gerät.

Der Schaden wird dem natürlichen Tod zugerechnet, nicht dem doppelten Verkauf. Paul stellt klar: Käufer A kann den von B gezahlten Preis nicht beanspruchen. Nach der Regel *periculum est emptoris* trägt der Käufer das Risiko – hier beide Käufer, da der Tod vor Eintritt der *mora debitoris* eintrat.

Die einzig logische Lösung: Käufer B kann den Preis nicht zurückfordern, Käufer A bleibt zur Zahlung verpflichtet. Auch wenn der Verkäufer so zweimal bezahlt wird, ist dies rechtlich konsequent. Ein doppelter Verkauf ist nicht automatisch vorteilhaft – im Gegenteil: Wäre der Sklave nicht gestorben, hätte der Verkäufer dem verdrängten Käufer den doppelten Preis als Eviktionsentschädigung zahlen müssen.

Aus Sicht der überholenden Kausalität: Der Schaden scheint aus dem doppelten Verkauf zu resultieren, wird aber tatsächlich durch den Tod des Sklaven verursacht – ein Ereignis, das die Vertragsverletzung überholt.

Auch hier kann sich der Verkäufer mit dem Argument *aeque perituris* verteidigen: Der Sklave wäre ohnehin gestorben, unabhängig von der Vertragslage.

c) Der Fall der zwei Schiffe, die während derselben Überfahrt untergehen

Paul (Lab./Paul. 1 pith. D. 14, 2, 10, 1) kommentiert einen Fall von Labeo: Ein Händler verlangt, dass seine Waren mit einem bestimmten Schiff transportiert werden. Der Kapitän verläßt sie jedoch ohne Notwendigkeit auf ein minderwertiges Schiff, das während der Fahrt untergeht. Der Händler erhält Schadenersatz aus der *locatio conductio*.

Paul prüft anschließend mehrere Varianten, darunter jene, in der auch das ursprünglich vorgesehene Schiff bei derselben Fahrt untergeht. In diesem Fall hatte das vertragswidrige Verhalten keinen Einfluss auf den Schaden – den Verlust der Ware.

Die Analyse der überholenden Kausalität ist hier weniger eindeutig. Die zwei konkurrierenden Ereignisse sind nicht die beiden Schiffsuntergänge, sondern: einerseits das vertragswidrige Umladen (tatsächlich schädigendes Ereignis), andererseits der Untergang des besseren Schiffes (hypothetisch schädigendes Ereignis).

Betrachtet man die Situation retrospektiv, so steht fest, dass die Ware ohnehin verloren gegangen wäre. Die vertragswidrige Umladung und der anschließende Untergang des minderwertigen Schiffes stellen das tatsächlich schädigende Ereignis dar, das den Untergang des besseren Schiffes in der Realisierung des Schadens überholt hat.

Unter dem Gesichtspunkt des Arguments *aeque perituris* kann der Kapitän geltend machen, dass die Ware auch ohne sein vertragswidriges Verhalten untergegangen wäre.

d) Der Verkauf eines mangelhaften Sklaven, der später evinziert wird

Pomponius (D. 21, 2, 16, 2), Paul (D. 21, 1, 44, 2) und Ulpian (D. 19, 1, 11, 14) behandeln denselben Fall: Ein Käufer erwirbt einen mangelhaften Sklaven, der später evinziert wird. Die Frage ist, ob der Käufer noch ein Interesse hat, sich über die Mängel zu beklagen. Die Antwort lautet: Ja – er kann Ersatz für die Dienste verlangen, die ihm wegen des Mangels entgangen sind.

Cassius und Proculus stritten über die Existenz eines Höchstbetrags, den der Käufer gerichtlich als Entschädigung geltend machen konnte. Während Cassius offenbar der Auffassung war, dass der Käufer nicht mehr als das Doppelte des gezahlten Kaufpreises erhalten könne, vertrat Proculus die Ansicht, dass die Nachteile, die sich aus den Sachmängeln des gekauften Sklaven ergeben, unabhängig von den Folgen der Gewährleistung wegen Eviktion zu entschädigen seien.

Meine Analyse dieses Falles unter dem Gesichtspunkt der überholenden Kausalität hat sich seit der Abfassung meines Buches nicht geändert. Entscheidend ist, ob der Käufer *possessor ad usucapionem* war. Nur ein *possessor ad usucapionem* konnte die pauschale Entschädigung für die Sachmängel entsprechend des tatsächlich erlittenen Schadens verlangen – etwa für die Dienste, die der Sklave dem Käufer aufgrund des Mangels nicht leisten kann. Ist der Käufer hingegen nicht *possessor ad usucapionem*, so ist die Entschädigung nicht pauschal, sondern ergibt sich aus der konkreten Schadensbewertung. In dieser letzten Konstellation könnte es sein, dass der Käufer noch keinen Schaden erlitten hat, weil der gekaufte Sklave – dessen Mangel beispielsweise darin besteht, dass er zur Flucht neigt – zum Zeitpunkt der Eviktion noch keinen Fluchtversuch unternommen hatte. In einem solchen Fall könnte man sagen, dass die Eviktion das tatsächlich schädigende Ereignis darstellt, welches das hypothetisch schädigende Ereignis – den noch nicht realisierten Mangel – überholt hat.

Auch das Argument *aeque perituris* ist hier anwendbar: Der Verkäufer könnte sich damit verteidigen, dass der Käufer sich über den Mangel des Sklaven nicht beklagen könne, da er ohnehin evinziert wurde und diese Eviktion jede Möglichkeit eines aus dem Mangel resultierenden Schadens beendet hat.

Dieser letzte Fall stellt sich in wesentlichen Punkten anders dar als die drei zuvor behandelten. Es geht hier nämlich nicht mehr um höhere Gewalt, sondern um zwei konkurrierende *culpae in contrahendo*. In diesem Sinne kann sich der Schuldner – der Verkäufer – nicht der gesamten vertraglichen Haftung entziehen, sondern nur hinsichtlich des zusätzlichen Schadens, der durch die Sachmängel der Kaufsache entstanden ist, da er ohnehin bereits für die Eviktion haftet.

Die Konstellation erinnert an den Fall des tödlich verletzten Sklaven, der später getötet wird: Auch in jenem Fall besteht die von der Mehrheit der römischen Juristen vertretene Lösung darin, dass der erste Angreifer nicht vollständig von der Haftung befreit wird, da er den Sklaven tatsächlich verletzt hat. Diese Juristen gestatten ihm lediglich, einer schwereren Verurteilung – nämlich einer Verurteilung *de occiso* – zu entgehen.

6. Durch die Rechtsdogmatik, aber über dieselbe hinaus!

Der augenzwinkernde Verweis auf das berühmte Zitat von Rudolf von Jhering dient lediglich dazu, meinen methodischen Werdegang zu bekräftigen. Das Thema, das mir von Fritz Sturm vorgeschlagen wurde, bewegte sich eindeutig im dogmatischen Rahmen. Im Laufe meiner Recherchen habe ich jedoch meine methodische Herangehensweise verfeinert. Beim Lesen der Texte der römischen Juristen wurde mir klar, dass es unerlässlich ist, diesen rein modernen Rahmen zu überschreiten und – soweit möglich – die Perspektive der großen Juristen einzunehmen, die in der justinianischen Kompilation zitiert werden.

Mit anderen Worten: Anstatt mich darauf zu beschränken, die römische Kasuistik zu untersuchen, um einen theoretischen Rahmen (neu) zu entwerfen, wollte ich auch prüfen, inwieweit die römischen Juristen selbst eine gemeinsame Deutungsperspektive für diese Fälle entwickelt hatten oder nicht. Aus diesem

Grund habe ich in den vorangegangenen Seiten eine doppelte Deutungsperspektive gewählt und jeden dieser Fälle sowohl unter dem Gesichtspunkt der überholenden Kausalität als auch des von mir eingeführten Kriteriums des *aequae perituris* analysiert, das meines Erachtens geeignet ist, die von den römischen Juristen gewählten Lösungen zu verstehen.

Meiner Ansicht nach haben die römischen Juristen das Argument berücksichtigt, wonach jemand sich damit verteidigte, keinen Schaden verursacht zu haben, weil dieser ohnehin eingetreten wäre. Die Wirksamkeit dieses Arguments ist jedoch nicht absolut. Es funktioniert nur dann, wenn einer der schädigenden Umstände ein natürliches, nicht einem Menschen zurechenbares Ereignis ist. Wenn jedoch beide konkurrierenden schädigenden Umstände menschlichen Ursprungs sind, greift dieses Argument nicht mehr, da dies zu einer Strafflosigkeit beider Schädiger führen könnte – ein Ergebnis, das als unerträglich¹⁷ galt. Die Ablehnung dieses Arguments scheint allgemein anerkannt zu sein, doch die Alternativlösung kann variieren. So verzichteten die meisten Juristen im Bereich der aquilischen Haftung auf die Berücksichtigung der hypothetischen Ursache (Ulpian, Celsus, Marcellus in D. 9, 2, 11, 3), während Julian eine strenge Haltung gegenüber beiden Angreifern beibehält, ohne zwischen tatsächlicher und hypothetischer Ursache zu unterscheiden (Julian in D. 9, 2, 51).

Ferner: In den Fällen, in denen die römischen Juristen die hypothetische Kausalität berücksichtigten, hing der letztmögliche Zeitpunkt, zu dem das hypothetisch schädigende Ereignis hätte eintreten müssen, von der jeweiligen Art der Haftung ab. Im Deliktsrecht musste es dem tatsächlichen Schadenseintritt vorausgehen (Labeo in D. 43, 24, 7, 4 *in fine*), im Vertragsrecht musste es der *mora debitoris* vorausgehen, und bei der Haftung des Ehemannes für die Verwaltung der Mitgift seiner Frau musste es dem Ende der Ehe vorausgehen.¹⁸

Das ist meines Erachtens das Maß, in dem die römischen Juristen die hypothetische Kausalität und zudem das *aequae-perituris*-Argument berücksichtigt haben. In diesem Punkt ist meine Analyse unverändert geblieben und entspricht weiterhin meiner Schlussfolgerung aus dem Jahr 1997.¹⁹

7. Fritz Sturm

Der vorliegende Beitrag – und insbesondere der Zeitpunkt seines Erscheinens – könnte den Eindruck erwecken, dass ich meinem Doktorvater gegenüber einen gewissen Groll hege. Diesen Eindruck möchte ich keinesfalls entstehen lassen. Es handelt sich wirklich nicht um Groll. Ich habe stets gesagt – und werde es weiterhin sagen – dass ich an der Seite von Fritz Sturm sehr viel gelernt habe. Ich werde mich immer mit großer Freude an meine Aufenthalte in Echandens

¹⁷ So ausdrücklich Julian (D. 9. 2. 51: [...] quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat [...]).

¹⁸ Wie oben schon geschrieben, habe ich hier aus Platzgründen auf die Fälle der Haftung *ex variis causarum figuris* verzichten müssen. Unter Punkt II.2. sind das die Fälle 9 und 10. Dazu *Gerkens* (Fn. 3), 287–315.

¹⁹ *Gerkens* (Fn. 3), 325–328.

erinnern, wo er mich empfing und beherbergte, um uns die Zeit für ausführliche Gespräche über meine Dissertation zu geben. Seine Großzügigkeit mir gegenüber, ebenso wie die seiner Ehefrau Gudrun Sturm (geb. Hoffmann), schien keine Grenzen zu kennen.

Natürlich waren diese Gespräche nicht immer einfach, aber es war richtig, dass sie es nicht waren. Diejenigen, die Fritz Sturm gut kannten, werden sich vermutlich an seinen kompromisslosen und mitunter wenig diplomatischen Charakter erinnern. Es ist verständlich, dass er die Zeit der Arbeit an meiner Dissertation anders erlebt hat als ich. Ich glaube ihm, wenn er in meinem Vorwort schreibt:²⁰ „[...] wobei dem Kandidaten die absolute Freiheit der gewählten Lösungen gelassen wurde, die übrigens nicht immer mit den meinen übereinstimmen. [...]“. Es stimmt sicherlich, dass er nicht all meine Schlussfolgerungen teilte, aber ebenso wahr ist, dass diese das Ergebnis eines Kompromisses waren, der auch mich nicht vollständig zufriedenstellte.

Erst heute genieße ich jene absolute Freiheit, von der er sprach, und deshalb erschien es mir wichtig, mein Werk zu überarbeiten, um ihm – dem Werk – so hoffe ich – jene Kohärenz zurückzugeben, die durch den Kompromiss mit Fritz Sturm beeinträchtigt worden war.

²⁰ *Gerkens* (Fn. 3), 10: „[...] tout en laissant au candidat la liberté absolue des solutions choisies qui ne correspondent d'ailleurs pas toujours aux miennes. [...]“.

Autorenverzeichnis – List of Authors

Lorena Atzeri

Professore Associato an der Università degli Studi di Milano

Marietta Auer

Direktorin am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie Frankfurt am Main

Ulrike Babusiaux

Professorin an der Universität Zürich

Christian Baldus

Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Theodor Baums

Emeritierter Professor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main, professeur associé der Universität Luxembourg

Renato Beneduzi

Professor an der Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

József Benke

Professor an der Pécsi Tudományegyetem

Reinhard Bork

Emeritierter Professor an der Universität Hamburg

John W. Cairns

Professor an der University of Edinburgh

Riccardo Cardilli

Professor an der Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Oliver Diggelmann

Professor an der Universität Zürich

Tanja Domej

Professorin an der Universität Zürich

Harry Dondorp

Associate professor (bis 2023) an der Vrije Universiteit Amsterdam

Tim W. Dornis

Professor an der Leibniz-Universität Hannover

Wouter Druwé

Associate Professor an der Katholieke Universiteit Leuven

Stefan Enchelmaier

Professor an der University of Oxford

Iole Fargnoli

Professorin an der Universität Bern und Università degli Studi di Milano

Florian Faust

Professor an der Bucerius Law School, Hamburg

Jakob Feddersen

Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Humboldt-Universität zu Berlin

Matthias Fervers

Professor an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Thomas Finkenauer

Professor an der Eberhard Karls Universität Tübingen

Roberto Fiori

Professor an der Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Andreas Martin Fleckner

Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin

Johannes W. Flume

Professor an der Paris Lodron Universität Salzburg

David Fox

Professor an der University of Edinburgh

Robert M. Frakes

Professor an der California State University Bakersfield

Sebastian Fuchs

Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Thomas Gächter

Professor an der Universität Zürich

Jean-François Gerkens

Professor an der Université de Liège

Joshua Getzler

Professor an der University of Oxford

Hans-Christoph Grigoleit

Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Beate Gsell

Professorin an der Ludwig-Maximilians-Universität München, Richterin am Oberlandesgericht München

Andreas Heinemann

Professor an der Universität Zürich

Bruno Huwiler

Emeritierter Professor an der Universität Basel

Rainer Hüttemann

Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Richard Hyland

Professor an der Rutgers University Camden

David Ibbetson

Emeritierter Professor an der University of Cambridge

Ido Israelowich

Professor an der Tel Aviv University

Éva Jakab

Professorin an der Károli Gáspár Református Egyetem Budapest

Peter Jung

Professor an der Universität Basel

Eva-Maria Kieninger

Professorin an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Andreas Klein

Rechtsanwalt in Frankfurt am Main

Andreas Kley

Professor an der Universität Zürich

Frank Klinkhammer

Honorarprofessor an der Philipps-Universität Marburg, Richter am Bundesgerichtshof a.D.

Wolfgang Krüger

Honorarprofessor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a.D.

Michael Lobban

Senior Research Fellow am All Souls College, Professor an der University of Oxford

Thomas Lobinger

Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Sebastian Lohsse

Professor an der Universität Münster

Felix Maultzsch

Professor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main

Franz-Stefan Meissel

Professor an der Universität Wien

Ernest Metzger

Professor an der University of Glasgow

Claus Mollenkopf

Richter am Oberlandesgericht Stuttgart – Commercial Court Baden-Württemberg –

Patrick Mossler

Rechtsanwalt in Hamburg

Christoph G. Paulus

Emeritierter Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin

Martin Pennitz

Professor an der Universität Innsbruck

Guido Pfeifer

Professor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main

Thomas Pfeiffer

Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Johannes Platschek

Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Wolfgang Portmann

Professor an der Universität Zürich

Johannes Reich

Professor an der Universität Zürich

Tilman Repgen

Professor an der Universität Hamburg

Christoph Reusser

Rechtsanwalt in Basel

Thomas Rüfner

Professor an der Universität Trier, Richter am Oberlandesgericht Koblenz

Joe Sampson

Associate Professor an der University of Cambridge

Alexander Schall

Professor an der Leuphana Universität Lüneburg

Philipp Scheibelreiter

Professor an der Universität Wien

Martin Schermaier

Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Karsten Schmidt

Affiliate Professor an der Bucerius Law School, Hamburg

Johanna Schmidt-Räntsch

Honorarprofessorin an der Humboldt-Universität zu Berlin, Richterin am Bundesgerichtshof a.D.

Wolfgang Schön

Direktor am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen, Honorarprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Jan Schröder

Emeritierter Professor an der Eberhard Karls Universität Tübingen

Helen Scott

Professorin an der University of Cambridge, Honorary Professor im Department of Private Law an der University of Cape Town

Boudewijn Sirks

Emeritierter Professor an der University of Oxford

Benjamin Spagnolo

Fellow und Trinity Associate Professor am Trinity College, Cambridge

Fabia Stöcklin

Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Basel

Nicholas Stone

Barrister in London

Robin Suter

Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich

François Velde

Senior Economist und Economic Advisor bei der Federal Reserve Bank of Chicago

Rastko Vrbaski

Senior Advisor bei der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich Basel

Gerhard Wagner

Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin

Rolf H. Weber

Professor an der Universität Zürich

Constantin Willems

Professor an der Philipps-Universität Marburg

Corinne Zellweger-Gutknecht

Professorin an der Universität Basel

Samuel Zogg

Titularprofessor an der Universität Zürich, Ersatzoberrichter am Obergericht Zürich