

Ne optimus vel pessimus accipiatur¹

Die Qualitätsanforderungen bei Gattungsschulden

(unter Einschluss von vertretbaren und verbrauchbaren Sachen)

Unser juristisches Vokabular enthält zwei einander ähnelnde Begriffe, die jedoch zu unterscheiden sind: nämlich Gattungsschulden und vertretbare Sachen. Die Unterscheidung hat im 19. Jahrhundert Levin Goldschmidt maßgeblich herausgestellt². Die römischen Juristen unterschieden weniger deutlich. Ich beginne deshalb mit terminologischen Vorbemerkungen, ehe ich mich meinem eigentlichen Thema, den selten behandelten Qualitätsanforderungen an Gattungsschulden aus rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht zuwende.

I. Vertretbare Sachen (*coese fungibili*)³

1. Vertretbar sind bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder

* Il seguente articolo è destinato agli studi in onore di Letizia Vacca.

¹ Von Ulpian D. 30.37 pr. zitierte Worte des Gaius Cassius Longinus (unten IV 2).

² L. Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts* Teil C (1868-1883), Neudruck 1973, 23; ders., Bd. I 1: *Zur Lehre von der Waare*, 1868, § 60 ff. Vgl. Th. Rüfner, in *HKK* (u. Fn. 4) *zum BGB I*, 2003, §§ 90-103, Randnr. 23.

³ Schrifttum: O. Karlowa, Über den Begriff der fungiblen Sachen, in *Grünhuts Zeitschrift* 16, 1889, 406 ff.; St. Brassloff, *Die Bezeichnung der vertretbaren Sache bei den römischen Juristen*, in *Wiener Studien* 36, 1914, 348 ff.; E. Genzmer, *Pondere, numero mensura*, in *AHDO/RIDA*. 1, 1952, 469 ff.; G. Savognone, *La categoria delle res fungibiles*, in *BIDR*. 55-56, 1952, 18 ff.; F. Casavola, *Emptio pondere numero mensura*, in *Scritti Jovene*, Napoli 1954, 551 ff.; F. Heinemann, *Maß, Gewicht, Zahl*, in *Museum Helveticum* 32, 1976, 183 ff. Zuletzt vor allem die vorwiegend rezeptionsgeschichtlich und rechtskritisch ausgerichtete Untersuchung von Th. Rüfner, *Vertretbare Sachen? Die Geschichte der res quae pondere numero mensura constant*, Berlin 2000, rezensiert von Chr. Baldus, in *Labeo* 49, 2003, 212-216; Th. Finkenauer, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte [ZNR]*, 2007, 118 ff. – Rüfner ist ein vorzüglicher Latein-Kenner. Aus nationalen und internationalen *Certamina* ging er als prämiierter Sieger hervor. Die von ihm analysierten lateinischen Quellen übersetzt Rüfner jedoch leider nicht. Seine Exegese beginnt er oft mit dem Abschnitt «Formales» (S. 57-66). Darin vergleicht er zumeist die Ausdrucksweise verschiedener Juristen und die Bedeutung einzelner Wörter. Generell ist ein einleitender Abschnitt «Formales» aber nicht empfehlenswert. Beginnen sollte eine Exegese mit der Klärung des Sachverhalts; «Formales» kann (soweit erforderlich) in Fußnoten erledigt werden. Kaum verständliche Abkürzungen ohne Informationsgehalt wie «Alf 5 dig a Paul epit» und «Pomp 9 Quint Muc (so S. 27 Fn. 34) beeinträchtigen in den Augen von unserem Fach weniger vertrauten Lesern das Präsentationsgewand unserer Disziplin. Nach dem Zitat eines Autors ist überdies (zumal wenn dessen Name nicht durch Kapitälchen oder Kursivsatz hervorgehoben wird) ein Komma zu setzen.

Gewicht bestimmt zu werden pflegen, so die Legaldefinition in § 91 BGB⁴. Ohne Inhaltsangabe oder Beispielsnennung werden mit dieser Vorschrift aus dem Allgemeinen Teil des BGB nur drei Arten der Bemessung einer beliebigen Menge von Handelswaren beschrieben. Denn mit den Worten «im Verkehr» ist der Handelsverkehr gemeint, verwiesen wird also auf das im Großhandel oder im Einzelhandel Übliche, auf die dortigen Usancen. Vertretbare Sachen sind landwirtschaftliche Produkte wie Getreide, Kartoffeln, Eier, Milch, Wein, überdies Bergbau-Erzeugnisse wie Kohlen oder Erze, auch Sand, sowie serienmäßig hergestellte neue Sachen jeder Art, solange diese nicht in Gebrauch genommen wurden⁵. Ihre Vertretbarkeit ist nicht im Sachenrecht, sondern für Schuldverträge von Bedeutung. Beim Sachdarlehen muss der Geber dem Nehmer eine vertretbare Sache überlassen, der Nehmer muss (außer dem bedungenen Zins) bei Fälligkeit Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückerstatten⁶. Dasselbe gilt für die uneigentliche Verwahrung (das *depositum irregulare*), § 700 BGB. Die Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung der übereigneten Sachen trägt dann der Empfänger (Darlehensnehmer). Dieselben Rechtsfolgen galten gemäß Gaius D. 23,3,42 für die zur Mitgift bestellten vertretbaren Sachen⁷.

2. Im Usus Modernus sprach man von *res fungibiles*, später verdeutscht als ‚fungible Sachen‘. In den antiken Rechtsquellen kommt das Adjektiv *fungibilis* noch nicht vor. Der Ausdruck *res fungibiles* ist eine originelle Schöpfung des Freiburger Juristen Ulrich Zasius (1461-1535)⁸. Seinem Benennungsvorschlag folgten zahlreiche spätere Autoren⁹. Der kleine Traktat *De rebus fungibilibus*

⁴ Die historischen Grundlagen der Vorschrift erläutert zusammenfassend Th. Rübner, in *Historisch-Kritischer Kommentar [HKK] zum BGB I*, 2003, §§ 90-103, Randnr. 21 ff. Die Bezeichnung ‚vertretbare Sachen‘ stammt von Karl Salomo Zachariae von Lingenthal (1769-1843), siehe B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1906⁹, I § 141 Fn. 1. Missverständlich sprach Windscheid selber von ‚Gattungssachen‘.

⁵ Neue Bücher derselben Auflage sind vertretbare Sachen, gebrauchte antiquarische nicht. Ein Buch wird aber in der Regel nur verliehen, kaum einmal darlehensweise übereignet. Das Einzelstück einer Auflage nennen wir Exemplar (ital. copia). Ein von Hand geschriebener römischer *liber* (Buchrolle) war nicht vertretbar.

⁶ § 607 BGB. Für Gelddarlehen gelten ab 2001 die neuen Vorschriften der §§ 488 ff. BGB.

⁷ Rübner (o. Fn. 3) 46.

⁸ Auf Zasius verwies schon Windscheid (o. Fn. 4) Fn. 3. Ich zitiere aus dem *Responsum* des Zasius von 1541 nach Rübner (o. Fn. 3) 93: *Rectius vero res fungibiles novo nostro vocabulo nominari possunt, quod ex communicabile natura functionem... recipiunt*. «Mit Recht können diese Sachen in unseren neuen Wortschatz als ‚fungible‘ bezeichnet werden, weil sich aus ihrer einheitlichen Eigenschaft ihr Bestimmungszweck ergibt». – Alle folgenden Übersetzungen stammen (wo nichts anderes angegeben) von mir. Rübner übersetzt die lateinischen Quellen nicht.

⁹ Mudaeus, Styck, Brunnemann, Vinnius, Voet; für Schottland James Stair. Deren Schriften sind angeführt von Rübner (o. Fn. 3) 93 f.

von 1611 des Johannes Althusius (1560-1638) wurde oft zitiert und begünstigte die Verbreitung des Ausdrucks. Pothier französisierte ihn als *choses fungibles*. Auf Pothiers Einfluss beruht vermutlich die Aufnahme des Ausdrucks als Art. 1291 (bezüglich der Aufrechnung, *compensation*) in den Code civil von 1804. In Gesetzbücher der deutschen Sprache wurde der Terminus ‚fungible Sachen‘ hingegen nicht aufgenommen.

3. Quellenmäßige Grundlage für die Wortschöpfung von *Zasius* bildete eine Bemerkung des klugen Dogmatikers Iulius Paulus im später zu betrachtenden Text D. 12.1.2.1 (unten I 5), wonach die Sachen, *quae pondere numero mensura consistunt*, «in genere suo functionem recipiunt», die also durch ihre Zugehörigkeit zu einer Gattung charakterisiert werden (frei übersetzt)¹⁰. Der Ausdruck *functio* findet sich einzig in dieser Digestenstelle, ansonsten 285 mal in spätantiken Konstitutionen bezüglich der Aufgabe von Beamten. Aber schon Pedius bemerkte bezüglich der Konkretisierung eines Klagebegehrens, dass gleichbedeutende Bestimmungsweisen untereinander austauschbar sind: *quatenus mutua vice fungantur, quae tantundem praestent* (nach Paulus D. 12.1.6 i. f.).

Den Ausdruck *fungibel* kritisierte man einst als «barbarisch»¹¹. Er ist aber keine banausische Sprachverwilderung, sondern gehört der gehobenen Gelehrtensprache an. Als «verunglückt» bezeichnete man auch die Übersetzung als «vertretbar»¹². Durchaus zutreffend kommt durch diese Bezeichnung jedoch zum Ausdruck, dass *fungible* Sachen untereinander austauschbar oder auswechselbar sind, weil sie nicht durch individuelle Merkmale gekennzeichnet sind. Eine Sache kann darum für andere «eintreten»¹³.

Austauschbar sind insbesondere Sachen, die einander dermaßen gleichen wie «ein Ei dem anderen». Die (auch auf Personen, besonders auf Zwillinge bezogene) Redewendung begegnet schon bei Cicero und Seneca¹⁴. Damit ist

¹⁰ Die auf *recipiunt* folgenden Worte *per solutionem quam specie* sind schwer verständlich. Emendiert werden sie im Schrifttum durch den Zusatz eines Komparativs (*magis* oder *potius*); s. Rüfner 37.

¹¹ So R. Schneider in der deutschen Übersetzung hrsg. von Otto, Schilling, Sintonis II, 1831, zu D. 12.1.2.1 Fn. 5. Ebenso Windscheid (wie o. Fn. 4).

¹² So M. Kaser, *Das römische Privatrecht* (2. Aufl.) I 382 [künftig: *RP*] mit Quellen und Schrifttum.

¹³ A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli 2001¹², § 19.6 spricht von «surrogabilità».

¹⁴ *Tam simile quam ovo ovum*: Sen. *Apokolokyntosis* 11.5. *Non ovum tam simile ovo*: Cicero, *Quaestiones Academicæ* 4.18. L. Röhrich, *Lexikon der sprichwörtlichen Redensarten* I, 2009, 354. – Einer Anekdote zufolge verkaufte ein Sklavenhändler zwei aneinander zum Verwechseln ähnlich sehende schöne Knaben teuer als Zwillinge (etwa für gemeinsame Auftritte im Theater). Der Käufer bemerkte bald, dass sie unterschiedliche Sprachen sprachen und aus verschiedenen,

gemeint die äußere Form, die geometrische Gestalt, im Unterschied etwa zu Würfel, Zylinder, Tetraeder; und der äußeren Form nach gleichen sich nun einmal trotz ihres beachtlichen Größenunterschieds Straußen-Ei und Wachtel-Ei. Bei der zitierten Redewendung denkt man in erster Linie an Hühnereier. Aber sogar bei denen gibt es (wie bei anderen Nahrungsmitteln) verschiedene Güte- oder Handelsklassen¹⁵.

4. Die Konstanz der Wortfolge *pondere numero mensura* ist erstaunlich. Sie findet sich stereotyp in 23 Belegstellen vom 1. Jahrhundert n. Chr. bis Justinian¹⁶. In keiner Quelle begegnet eine andere Reihenfolge. Ihre Gleichförmigkeit ähnelt den Vorgängen des Abzählens («1, 2, 3») oder Buchstabierens («a, b, c»)¹⁷. Auf welche Autorität sie zurückzuführen ist, lässt sich nicht aufklären. Nirgends wird ein offizieller Erlass oder ein Gewährsmann zitiert¹⁸.

Von der lateinischen Trias ist das Abzählen am einfachsten durchzuführen, dazu braucht man kein Messgerät. Vermutlich deshalb hat der BGB-Gesetzgeber in § 91 die Reihenfolge umgestellt und die Bestimmung nach der Zahl vorgezogen. Bei der Übersetzung der lateinischen Trias berechtigt dies aber nicht zu entsprechender Umstellung¹⁹. Der Regel «so frei wie nötig» gebührt der Vorrang vor der grundsätzlich erwünschten Orientierung des Übersetzens nach der Zielsprache.

voneinander weit entfernten Gegenden stammten. Auf die Beschwerden des Käufers entgegnete der Verkäufer, wenn zwei nicht von derselben Mutter geborene und noch dazu schöne Knaben einander so haargenau ähnelten, sei das Wunder noch größer als bei wirklichen Zwillingen und ihr Verkaufswert darum umso höher zu veranschlagen. Plinius d. Ä., *Naturalis historia* 7.56; É. Jakab, *Praedicere und cavere beim Marktkauf*, 1997, 21. – Nach neueren genetischen Untersuchungen gibt es tatsächlich (wenngleich selten) miteinander nicht verwandte aber doch einander zum Verwechseln ähnliche Doppelgänger mit großenteils denselben genetischen Anlagen, sogenannte «ultra-look-alikes»: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 196 vom 24.8.2022 Seite N 1; <https://www.smithsonianmag.com/smart-news/doppelgangers-dont-just-look-alike-they-also-share-dna-180980635/> [Aufruf 26.8.2022].

¹⁵ <https://de.wikipedia.org/wiki/Güteklasse> [Aufruf 4.4.2023]. Bei Eiern z. B. bezüglich Käfig-, Boden- oder Freilandhaltung. Selten gleicht ein Ei demnach haargenau dem anderen.

¹⁶ Bei Gaius 6 mal, Gai. epit. 1 mal, Maecian 1 mal, Licinnius 1 mal, Papinian 1 mal, Ulpian 3 mal, Ulp. epit. 2 mal, Paulus 3 mal, Lex Romana Burgundionum 1 mal, Justinian 4 mal. RÜFNER (o. Fn. 3) 25 nennt 21 Belegstellen.

¹⁷ Mündlicher Hinweis von Evelyn Höbenreich.

¹⁸ Auf griechische Parallelen in literarischen Quellen für den Dreiklang verweisen Genzmer und Heinemann (beide o. Fn. 3). An deren Vorbildlichkeit für die römischen Juristen zweifelt RUFNER 29 f.

¹⁹ So allerdings (auf Frank Peters zurückgehend), die deutsche Übersetzung von Behrends/Knüttel/ Kupisch/ Seiler [künftig: BKKS] zu D. 12.1.2.1 und § 3. An anderen Stellen haben BKKS jedoch die lateinische Reihenfolge beibehalten.

Auf welche Weise die Vorgänge des Wägens und Messens praktisch durchgeführt wurden, gehört zu den Prolegomina einer antiken Rechtsökonomie. Deren ausführliche Beschreibung ist noch ein Desiderat. Ich muss mich hier auf Andeutungen in den Fußnoten beschränken. Maße und Gewichte²⁰ waren normiert und unterlagen amtlicher Kontrolle. Waagen und Gewichte sind in jedem Antiken-Museum zu sehen. Unter *mensura* sind vor allem Hohlmaße für Getreide²¹ und für Flüssigkeiten (Wein, Öl) zu verstehen²². Seltener sind Längen- oder Flächenmaße, etwa für Seile (Schiffstaue) oder Tuche (Gewebe, Teppiche).

Die mit der Konjunktion «oder» verbundenen Merkmale sind gleichwertig und untereinander austauschbar. Vertretbare Sachen ändern ihre Eigenschaft nicht mit historisch gewandelten²³ oder von Ort zu Ort verschiedenen Handelsgewohnheiten²⁴.

²⁰ Ein nützlicher Überblick bei Guarino (Fn. 13) § 19.6. Eine ausführliche Tabelle römischer Maße und Gewichte in *DNP*. 16, 2003-2016, 445-450.

²¹ Anschauliche Fußbodenmosaiken zeigen das Zumessen von Korn durch einen *mentor* (Kornmesser) durch Glattstreichen des *modius* mit Hilfe eines *rutellum* (Streichbretts); wiedergegeben bei E. Höbenreich, *Annona: Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung*, 1997, Tafeln 6-8. Ein *modius* umfasste 8,75 Liter, das ist weniger als eine 10 Liter umfassende Gießkanne. Die Übersetzung ins Deutsche als ‚Scheffel‘ war wesentlich umfangreicher: in landschaftlich hochgradiger Verschiedenheit zwischen etwa 20 bis zu unhandlichen über 200 Litern. Siehe [https://de.wikipedia.org/wiki/Scheffel_\(Maßeinheit\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Scheffel_(Maßeinheit)) [Aufruf 4.4.2023]. Örtlich unterschiedlich war auch das italienische Äquivalent *moggio*. ‚Scheffel‘ war überdies ein Flächenmaß, nämlich für die Größe eines zur Aussaat eines Scheffels von Saatgut bestimmten Ackers. Wegen des großen Volumens bedeutet das Verb ‚scheffeln‘: etwas in Mengen zusammenraffen. Eine Herleitung von lat. *scafa* (kleines Schiff, Boot) ist etymologisch zweifelhaft. Abbildungen auf römischen Münzen unter [https://de.wikipedia.org/wiki/Modius_\(Einheit\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Modius_(Einheit)) <https://es.wikipedia.org/wiki/Fanega>. Auffallenderweise kannten die Römer kein größeres Getreidemaß als den *modius*. Selbst bei den staatlichen Getreide-Importen rechnete man nach Millionen *modii* und nicht nach einer größeren (Gewichts)einheit. Die damalige Reichseinheitlichkeit des *modius* ist andererseits im Vergleich zur großen lokalen Verschiedenheit der Größe eines Scheffels vor der Vereinheitlichung der Maße und Gewichte im Zuge der Französischen Revolution bemerkenswert. *Modius* (abgeleitet von *modus* ‚Maß‘) gehört zu den wenigen Wörtern, die die Griechen aus dem Latein entlehnten. Serapis, der ägyptische Gott der Unterwelt, trägt einen *modius* auf dem Kopf als Symbol für Wohlstand und Fruchtbarkeit der Erde.

²² Dazu die tabellarische Übersicht bei É. Jakab, *Das Risikomanagement beim Weinkauf*, München 2009, 267. Zum Zumessen von Wein nach den Papyri, den römischen Agrarschriftstellern und den Juristen S. 227 ff. (§ 12).

²³ Getreide und Getreideprodukte werden heute nach Gewicht, nicht nach Mengen gehandelt. Das Abwiegen ist weniger aufwendig als das Einfüllen in und Entleeren aus Messgefäßen. Zum Wiegen auf der Stangenwaage muss das Handelsgut allerdings in Säcken verpackt sein. Und Ledersäcke (*cullei*) waren wertvoll, auch leere Säcke eigneten sich z. B. zur Pfandbestellung, Scaevola D. 13.7.43.1. Sie waren anscheinend nicht überall in ausreichender Anzahl verfügbar, darum wurde Weizen unverpackt in das Schiff des Saufeius hineingeschüttet, D. 19.2.31.

²⁴ Importierte Avocado-Früchte werden bei uns stückweise (also nach Zahl) angeboten. Während meines ersten Aufenthalts auf Teneriffa staunte ich über deren hohen Preis – bis ich erfuhr,

5. Nur vertretbare (oder verbrauchbare: unten II 3) Sachen taugen als Gegenstände für ein Sachdarlehen. Zur Abgrenzung des *mutuum* von anderen Rechtsgeschäften äußert sich der Spätklassiker Iulius Paulus:

D. 12.1.2 (Paulus libro 28. *ad edictum*): Unter dem Ediktstitel *De rebus creditis*²⁵ pr. *Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. 1. Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia (scr. quae) in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.*

Ein Darlehen gewähren wir, wenn wir nicht dieselben Stücke zurückerhalten sollen, die wir hingegeben haben (sonst wäre es Leihe oder Verwahrung), sondern Sachen derselben Gattung. Wenn es nämlich eine andere Gattung ist, wenn wir zum Beispiel für Weizen Wein zurückerhalten sollen, ist es kein Darlehen. – § 1: Die Gewährung eines Darlehens geschieht mit solchen Sachen, die nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt werden, weil wir [nur] durch die Hingabe solcher körperlichen Gegenstände [unter Verlust des Eigentums] zum bloßen Forderungsinhaber werden können, die ihre Tauglichkeit zur Erfüllung aus ihrer Zugehörigkeit zu einer Gattung beziehen, nicht aus ihrer Eigenschaft als einzelne Stücke. Durch Hingabe anderer Sachen können wir nämlich deshalb nicht zum bloßen Forderungsinhaber werden, weil einem Gläubiger nicht gegen seinen Willen anstelle der einen Sache eine andere geleistet werden kann.²⁶

Die Darlehensgewährung grenzt Paulus in diesem theoretischen Traktat von anderen Vertragstypen ab. Ein Darlehensnehmer muss andere als die empfangenen, aber derselben Gattung zugehörige Sachen zurückgeben. Soll der Empfänger hingegen dieselben Sachen wie die erhaltenen zurückgeben, dann ist dies Leihe oder Verwahrung. Sollen aber Sachen anderer Gattung als die erhaltenen zurückgewährt werden (beispielsweise Wein anstelle geleisteten Getreides), dann ist dies Tausch, kein Darlehen. Geeignete Darlehensgegenstände sind solche Sachen, die nach Gewicht, Zahl oder Maß gehandelt werden. Durch deren Übereignung an den Empfänger (*mutuas dando*)²⁷ erlangt der Geber gemäß § 1

dass Avocados dort nach Gewicht (Kilogramm) gehandelt werden. Auf der fruchtbaren Atlantik-Insel kann man Avocados nämlich ausgereift vom Strauch pflücken. In Österreich werden zuweilen auch Hühnereier pro Kilogramm angeboten.

²⁵ Dazu vor allem B.-H. Jung, *Darlehensvaluierung im römischen Recht*, Göttingen 2002, 52 ff. mit reichen Literaturangaben.

²⁶ Diese etwas freie und leicht kommentierte Übersetzung ist entnommen aus BKKS (o. Fn. 19).

²⁷ Als Realvertrag kommt das Darlehen mit der Übereignung des Gegenstandes zustande.

eine Forderung auf Rückgewähr von Sachen gleicher Gattung. Die von Paulus zweimal gebrauchte charakteristische Wendung *in creditum iri* bedeutet «eine Forderung eingehen, in ein Guthaben umwandeln», «sich als Eigentümer zum Gläubiger degradieren»²⁸. Die am Schluss angeführte Begründung passt hingegen nicht zum Vordersatz. Eine *datio in solutum* kann zwar dem Gläubiger nicht aufgedrängt werden. Aufgedrängt wird ihm eine Sache anderer Art aber nicht, wenn er (wie dem Zusammenhang nach vorausgesetzt) von vornherein mit ihr einverstanden ist²⁹.

II. Verbrauchbare Sachen (*cose consumabili*)

1. Während die römischen Juristen (wie gezeigt) noch keinen gemeinsamen Oberbegriff für vertretbare Sachen kannten, begegnet in den Quellen doch eine Definition für verbrauchbare Sachen, nämlich *res quae usu consumuntur*. Verglichen mit den vielen Quellen zu *pondere numero mensura* (o. Fn. 16) ist die Wendung allerdings selten³⁰. An konkreten Beispielen erwähnen 6 Stellen die Nahrungstrias *vinum oleum frumentum*³¹, gleichfalls stereotyp in dieser Reihenfolge³². Außer Lebensmitteln sind verbrauchbar aber auch Mittel für die Körperpflege, Viehfutter, Heizmaterialien, gewisse Baustoffe wie Sand u. dgl.

²⁸ Die Wendung begegnet auch in D. 19.2.31 und D. 36.1.67.4; vgl. A. Bürge, *Der Witz im antiken Seefrachtvertrag. Beobachtungen zur Vertragspraxis im antiken Mittelmeerraum*, in *Index* 22, 1994, 405 Fn. 31. Das Zustandekommen eines Darlehens ist damit nicht notwendig gemeint. Auch eine Rückforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung käme in Betracht. Vgl. Marcian D. 19.5.25 i. f.: ... *quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet aut tantundem ex eodem genere*... Wurde Nichtgeschuldetes geleistet, so ist entweder dasselbe zurückzufordern oder ebenso viel aus derselben Gattung. Ein Darlehen verlangt zudem einen diesbezüglichen Konsens. BKKS (o. Fn. 19, Rubrum D. 12.1) übersetzen *creditum* mit «anvertrauen». Nach D. 12.1.2.3 ist *creditum* der weitere Begriff. Oft ist er aber gleichbedeutend mit Darlehen, *mutuum*. Einen Klärungsversuch unternimmt Rüfner (o. Fn. 3) 36.

²⁹ Am Bezug des letzten Satzes auf die *datio in solutum* zweifelt mit ausführlicher Begründung Rüfner 38-42.

³⁰ Einmal kurz bei Ulpian D. 13.6.3.6; dann im Rubrum D. 7.5. Ausführlicher Inst. 2.4.2.

³¹ Viermal Gaius *inst.* 2.196 und 3.90, D. 13.3.4 und D. 28.8.6. Ferner Javolen D. 33.6.7 pr. und Inst. 2.4.2. Neben der Lebensmitteltrias erwähnt Gaius 3.90 aber auch die drei Metalle *aes argentum aurum*, und zwar beide Kategorien als fungible Sachen.

³² Getreide als wichtigstes Grundnahrungsmittel wäre an erster Stelle zu erwarten. Getreidedarlehen sind die häufigsten Beispiele in den Quellen. *Triticum* steht an erster Stelle aber nur im Rubrum zu D. 33.6. Als Gegenstand von Vermächtnissen wird in diesem Digestentitel mit Abstand am häufigsten Wein genannt, nämlich in 22 Paragraphen, Getreide und Öl hingegen nur je zweimal. Fleisch wird in der Nahrungstrias nicht erwähnt; *caro, carnis* ist in den Quellen selten. Große Qualitätsunterschiede bestanden beim lebenswichtigen (aber in den Rechtsquellen kaum behandelten) Salz.

2. Eine einzige späte Quelle rechnet auch Kleider (*vestimenta*) zu den verbrauchbaren Sachen (Justinians Inst. 2.4.2)³³. Das ist unzutreffend. Zur Begründung heißt es in Lehrbüchern, dass Kleider durch ihre Benutzung abgenutzt werden. In der Abnutzung besteht jedoch nicht ihr bestimmungsgemäßer Gebrauch³⁴; die Abnutzung ist nur eine unerwünschte Begleiterscheinung ihres Gebrauchs^{35,36}.

3. Verbrauchbare Sachen bilden eine Unterkategorie der vertretbaren. Wohl alle verbrauchbaren Sachen sind auch fungibel. Bei Sachdarlehen bilden sol-

³³ Beeinflusst vielleicht durch das Rubrum zum Titel D. 7.5; er handelt vom Nießbrauch an Sachen, *quae usu consumuntur vel minuuntur*. In Ulpian D. 34.2.22 bedeutet *consummatum* hingegen «fertig gewebt». Das mehrere Fachausdrücke der Weberei enthaltende Fragment ist ohne Übersetzung kaum zu verstehen.

³⁴ vgl. § 92 BGB, Bestimmungsmäßig gebrauchen‘ heißt nach Ulpian D. 7.1.15.1 *secundum condicionem eius uti*. Nach zutreffender Bemerkung von Guarino (o. Fn. 13) Fn. zu § 19.5 sind cose consumabili «quelle la cui utilizzazione, secondo la loro destinazione normale, si esaurisce in una volta sola». Cose deteriorabili bilden nach Guarino eine mittlere Kategorie.

³⁵ Durch Abnutzung werden im Laufe der Zeit viele Gebrauchsgegenstände in ihrem Wert vermindert, auch Teppiche, Möbel. Übertrieben behauptete Windscheid, *Pandekten I* § 140 Fn. 2, Kleider würden durch Gebrauch zwar «nicht aufgebraucht, aber allmählich in Lumpen verwandelt». Ein Nießbraucher darf nach Ulpian D. 7.1.15.4 von Kleidern keinen bestimmungswidrigen Gebrauch machen (*ne abutatur*). Besonders haltbar, ja Generationen-übergreifend ist Lederkleidung (wie Sklaven sie trugen); vgl. die Lederhosen-Saga von B. von Münchhausen, <https://www.peter-becker.de/index.htm>. «Abnutzbare Sachen» bilden entgegen Windscheid keine juristische Kategorie. In zeitraubender Handarbeit gefertigte Kleidungsstücke waren in der Antike (auch wenn schon getragen) wertvoll. (Nur einmalig zu verwendende Wegwerf-Unterwäsche gab es nicht). Nach den Körpermaßen ihres Trägers angefertigte Kleidungsstücke sind auch keine vertretbaren Sachen. Kleider kann man nur entleihen, aber nicht als Darlehen (mit der Pflicht zur Rückübereignung gleichartiger Stücke) aufnehmen. An Wolle kann man nach Ulpian D. 7.5.11 keinen Nießbrauch bestellen, ebensowenig wie an Parfüm oder Gewürzen. Die von Ulpian nicht erwähnte Begründung ist im Fehlen einer fruchttragenden Muttersache zu sehen. Nießbrauch gibt es an Schafen. (Bei an verbrauchbaren Sachen zu bestellendem Nießbrauch erwirbt der Begünstigte gemäß § 1067 BGB daran Eigentum, mit der Pflicht zur Erstattung ihres Anfangswertes bei Nießbrauchsende). Die Verarbeitung von Wolle zu Kleidungsstücken ist wertsteigernd, nicht-mindernd. Dasselbe gilt von Baustoffen (Lehm, Sand, Zement): Solche Rohstoffe sind vertretbare Sachen, aber die daraus hergestellten Produkte sind nicht verbrauchbar (anders das Mahlen von Getreide, das Keltern von Weintrauben). Ob man Brot zum Darlehen geben könne, wurde von Accursius merkwürdigerweise bezweifelt, siehe Rüfner (Fn. 3) 77 f.

³⁶ Der gemäß § 474 BGB amtlich sogenannte «Verbrauchsgüterkauf» ist kein Verkauf von verbrauchbaren Sachen, sondern von beweglichen (auch nichtverbrauchbaren) Sachen durch einen Unternehmer an einen Endabnehmer, den sogenannten Verbraucher. «Verbraucher» heißt ein Kunde auch, wenn er die Sache mit ihrem Gebrauch nicht aufbraucht. Treffender wäre die Bezeichnung «Gebrauchsgüterkauf»; darunter fallen auch Verbrauchsgüter, denn im Verbrauch von dazu bestimmten Sachen liegt deren Gebrauch (§ 92 BGB).

che über verbrauchbare Sachen im praktischen Leben die große Mehrzahl. Im Widerspruch dazu sprechen neuere Gesetze überwiegend von vertretbaren (so § 607 BGB), selten von verbrauchbaren Sachen. Im letzteren Sinne ist gemäß Art. 1892 des Code civil tauglicher Darlehensgegenstand «une certaine quantité de choses qui se consomme par l'usage», also *res quae usu consumuntur*. Dementsprechend lautet die Kapitelüberschrift ausdrücklich «Du prêt de consommation». Italiens Codice civile von 1942 spricht hingegen in Art. 1813 (abweichend vom älteren Codice per il Regno d'Italia, Art. 1892) beim *mutuo* von *cose fungibili*. Auch wo wie in Österreich das Gesetz von verbrauchbaren Sachen spricht (so bis zum Jahre 2010 § 983 ABGB), interpretierte man dies erweiternd im Sinne von vertretbaren Sachen³⁷.

Die Suche nach unverbrauchbaren vertretbaren Sachen fällt jedoch schwer. Auf dieser Suche stößt man letztlich auf standardisierte Mehrweg-Verpackungen und auf Paletten für den Transport von schwergewichtigen Baumaterialien³⁸. Getränkeflaschen und Transportpaletten sind gewiss vertretbare, nicht aber verbrauchbare Sachen. Der Käufer erlegt einen Geldbetrag als «Pfand» (eine Barkaution) für die Rückgabe. Er schließt aber nicht zusätzlich zum Kauf einen Darlehensvertrag über die zurückzugebenden Behälter ab. Es handelt sich nicht um einen gemischten Vertrag, nicht um eine Kombination aus zwei Vertragstypen. Die Rückgabe ist unselbständige Nebenpflicht von einem anonymen Massengeschäft, bei dem die Parteien nicht als Darlehensgläubiger und -schuldner einander gegenüberreten. Vor allem muss der Käufer nicht seine Kreditwürdigkeit dartun. Der Käufer betrachtet sich auch nicht als Eigentümer der für ihn nutzlos gewordenen leeren Flaschen oder Paletten. Behält sich eine Brauerei durch Vermerk auf den Bierkästen ihr Eigentum daran vor, kommt nur eine Gebrauchsleihe, kein Darlehen in Betracht.

Antike Amphoren als Behälter für Wein und Öl waren zumeist Einweg-Gefäße. Nach ihrer Leerung wurden sie vermutlich nicht in die Produktionsstätten zurückgebracht, wie aus der Existenz des Monte Testaccio zu schließen ist: Zu diesem 35 m hohen Schuttkegel mit einem Umfang von 1000 m wurden die Bruchstücke aus den nahen Hafens- und Speicheranlagen in der Nähe des Tiber (überwiegend aus der Zeit von 140 bis 250 n. Chr.) aufgeschüttet. Noch brauch-

³⁷ Eine ausführliche rechtsvergleichende Darstellung bringt J. Kranjc, *Der Darlehensgegenstand in der europäischen Tradition: vertretbare oder verbrauchbare Sachen?*, in *Orbis Iuris Romani* 10, 2005, 103-126, zu Österreich 123 f. Seit 2010 spricht § 983 ABGB aber ebenfalls von vertretbaren Sachen. Im Gemeinen Recht wurden vertretbare und verbrauchbare Sachen oft nicht unterschieden, s. Rüfner (o. Fn. 3) 103.

³⁸ Ausführlich erörtert von K. B. Berger, in *Münchener Kommentar zum BGB* IV (7. Aufl. 2016) § 607 RandNr. 10-16.

bare verwendete man zum zweiten Male öfters nicht als Gefäße, sondern als Hohlkörper für den Auftrieb von Flößen, oder man vermauerte sie in Gewölben³⁹.

III. *Gattungsschulden und Stückschulden*

1. Die Bestimmung als Gattungsschuld hängt nicht von der Verkehrsanschauung, sondern von der Parteivereinbarung ab. Das BGB regelt die Gattungsschuld folgerichtig nicht im Allgemeinen Teil (erstes Buch, § 91), sondern im Allgemeinen Schuldrecht (zweites Buch, § 279, seit 2001 im Wortlaut unverändert in § 243)⁴⁰. Gattungsschulden enthalten zwar zumeist vertretbare Sachen. Gattungsmäßig können aber auch nichtvertretbare Sachen geschuldet sein, Beispiele: Ein Kunstmaler verspricht zehn zu schaffende Gemälde dem Inhaber eines Hotels zur Ausschmückung seiner Gästezimmer oder einer Arztpraxis zur Verschönerung ihrer Räumlichkeiten. Oder ein Autohändler kauft 10 gebrauchte Kraftwagen für den Export. Im Italienischen unterscheidet man cose generiche von obbligazioni generiche⁴¹. Das Wort Gattung bedeutet «Zusammengehöriges», vgl. Ehegatte.

2. Im gemeinen Pandektenrecht unterschied man Genusschulden von Speziesschulden. Der Ausdruck *species* ist jedoch nicht eindeutig und darum zu vermeiden. Die Grundbedeutung des vielfältig schillernden Wortes ist Anblick, Aussehen (von *spectare*), Gestalt, Form; daher *speciosus* ansehnlich, wohlgestaltet. Auch in den Rechtsquellen bedeutet *species* aber auch Art, Unterart einer Gattung⁴², also das Gegenteil zum Einzelstück. Diese Bedeutung lebt in den romanischen Sprachen fort⁴³. Im Sinne von «Gattung» verwenden die dortigen Kodifikationen die Wörter espèce, specie, especie sogar bei der Definition des Darlehens⁴⁴. Seit Carl von Linnés Klassifikation von Pflanzen und Tieren un-

³⁹ Art. *Mons Testaceus*, DNP. 8, 2000, 385; Art. *Transportamphoren*, DNP. 12/1, 2003, 756-759, (757).

⁴⁰ Rechtsvergleichend H. Bätge, Art. *Gattungsschuld*, in F. Schlegelberger (hrsg.), *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch* III, 1931, 622-634. Die Entwicklung zum modernen Recht erörtert ausführlich F. Dorn, in *HKK* (o. Fn. 4) II 1, 2007, § 243 S. 365-431.

⁴¹ Guarino (o. Fn. 13) § 19.6 und § 66.3.3.

⁴² Im Verhältnis zu versprochenem «Purpur» ist «*purpura* aus *Tyros*» eine *species* und diese wiederum eine Untergattung; Gaius 4.53d.

⁴³ Bätge (Fn. 40) 623, 625.

⁴⁴ Fr. Code civil Art. 1892; it. Codice civile Art. 813, ebenso Schweizer OR Art. 312 in französischer und italienischer Fassung; span. Código civil Art. 1753. Alle abgedruckt bei Kranjc (o. Fn. 37) 106 ff.

terscheidet man Gattungen von *species* als Unterarten, Subspecies. Nur manchmal bezeichnet *species* in den Rechtsquellen das Einzelstück (im Gegensatz zu *genus*)⁴⁵, aber auch den Einzelfall⁴⁶. Je nach dem Zusammenhang bedeutet *species* also Grundverschiedenes, einerseits Stück, andererseits das Gegenteil Art, Gattung⁴⁷. Schillernd ist auch die Bedeutung von *genus* (eigentlich Geschlecht, Abstammung). Gleichbedeutende Parallelwörter kennt das Lateinische nicht. *Series* ist die Reihenfolge⁴⁸.

3. Für «Stück» gibt es im Lateinischen außer *species* offenbar kein anderes Wort. Oft wird es in Texten weggelassen⁴⁹. *Fragmentum* ist das Bruchstück⁵⁰. *Segmentum* kommt in den Rechtsquellen nicht vor. ‚Stück‘ bedeutet etwas von einem Ganzen Abgeschnittenes (z. B. Tortenstück, Brotschnitte). Gebäckstücke nennt man mancherorts «Teilchen». Auch wenn nicht mit Messer oder Schere abgeschnitten, spricht man vom «Abschnitt» i. S. des Kapitels eines Buches oder von einem Stück des Weges (einer Wegstrecke), aber auch von einem Theaterstück⁵¹. Ital. ‚pezzo‘ soll keltischen Ursprungs sein. Frz. ‚morceau‘ bedeutet eigentlich Bissen (von lat. *mordere*, beißen); dem entspricht der deutsche Diminutiv «ein bisschen».

4. In einer Truhe verschlossene Gelder folgen nach einhelliger Juristenansicht bis ins Detail den Regeln über die Stückschuld. Gleiches gilt etwa für eine Schiffsladung. Das Behältnis ist (samt seinem eventuell wechselnden Inhalt) das geschul-

⁴⁵ Besonders in der Parömie *Species perit ei cui debetur – genus perire non censetur*. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln* Nr. S 56. Kaser, Knütel, Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl. 2021, § 52 RandNr. 20.

⁴⁶ *Species* als «Rechtsfall» zum Beispiel in Marcellus D. 46.3.72.5 (unten IV 3).

⁴⁷ Das Verb ‚spezifizieren‘ bedeutet: etwas genauer bestimmen. Ein Beispiel für den in § 375 HGB geregelten Spezifikationskauf: Ein Baustoffhändler kauft von einer Nagelschmiede eine bestimmte Menge von Nägeln oder Schrauben und behält sich einstweilen deren später zu bestimmenden Maße vor.

⁴⁸ Zweimal bei Ulpian D. 37.11.2.4 und D. 50.15.1 pr.; ansonsten über 35 mal in nachklassischen Quellen.

⁴⁹ Ein Stück Fleisch *caro*; ein Stück Holz *lignum*; ein Stück Eisen *ferrum*; zahlreiche weitere Beispiele in H. Menge, O. Güthling, *Langenscheidts Großwörterbuch Deutsch-Lateinisch* s. v. Stück.

⁵⁰ Nur einmal in D. 8.5.8.5 (herabfallende Steine aus einem Steinbruch). Fragmente heißen überdies Auszüge aus Quellen, wie die *Fragmenta Vaticana*.

⁵¹ C. Zuckmayer gab seiner Autobiographie den Titel «Als wär’s ein Stück von mir» (1966), zurückgehend auf eine Zeile aus Ludwig Uhlands Gedicht «Der gute Kamerad». Der Titel von Zuckmayers Memoiren ist ein elegantes Wortspiel mit der Zweideutigkeit des Wortes «Stück»: einerseits als Körperteil, andererseits als literarisches Produkt.

dete Stück⁵². Wenn der gesamte Vorrat geschuldet wird, ist dies keine Vorratsschuld oder beschränkte Gattungsschuld. Wo keine Möglichkeit zur Auswahl besteht, haben wir es nicht mit einer Gattungsschuld zu tun⁵³. Ersteigert man einen bestimmten Stapel Brennholz, so erlangt man ebenfalls eine Stückschuld. Auch die Rückleistungspflicht eines um eine Sache ungerechtfertigt Bereicherten ist (zunächst) eine Stückschuld, selbst wenn diese Sache eine vertretbare ist⁵⁴. Unter das Edikt ‚*Si certum petetur*‘ fällt nach Paulus D. 12.1.6 auch eine mengenmäßig bestimmte Gattungsschuld.

5. Die Parömie *Tot stipulationes quot res* passt nur auf gebündelte Stückschulden⁵⁵. Ist die Leistung von einer der versprochenen Sachen tatsächlich oder rechtlich unmöglich, oder ist eine davon ungültig versprochen, so ist das Versprechen insoweit nichtig, der Rest aber bleibt gültig. Entsprechend zu reduzieren ist der Anspruch auf die Gegenleistung. Bei gattungsmäßig bestimmten Sachen (etwa 100 zu schlagenden Baumstämmen) wäre es jedoch sinnlos, ebenso viele Stipulationen anzunehmen (obwohl jeder einzelne Stamm mit einer durchlaufenden Zählernummer gekennzeichnet und dadurch individualisierbar ist).

6. Kein Gattungskauf ist der Kauf eines Sachinbegriffs «in Bausch und Bogen» (etwa einer Erbschaft, eines Warenlagers). Die darin befindlichen disparaten Sachen bilden keine Gattung. Zum Begriff der Gattung gehört die Gleichartig-

⁵² A. Wacke, *Pecunia in arca*, in *OIR*. 8, 2003, 98; italienische Übersetzung von Francesca Lamberti als Monographie unter gleichlautendem Titel, *Pecunia in arca*, Lecce 2002, 36 ff., 68 Fn. 125. Ulpian D. 30.30.6: ... *si legetur pecunia quae in arca est vel vinum quod in apothecis est, dicendum est cessare clausulam (sc. ut annua bima trima die dato), quoniam quotiens species legetur, cessare diximus*. [Wenn in einer Truhe befindliche Gelder oder in Kellern lagernder Wein vermacht wurde, ist zu sagen dass die Klausel (sc. der Zahlung in drei Jahresraten) nicht in Betracht kommt, weil sie – wie wir sagten – ausscheidet, sobald bestimmte Stücke vermacht sind.]

⁵³ So beurteilte das Reichsgericht das Versprechen der «ersten 30 Tonnen» von aus einer bestimmten Grube geförderten Erzen nicht als Gattungsschuld, *RGZ*. 92, 369. Dasselbe gilt für das gesamte Korn aus der Ernte eines Landguts: Bätge (Fn. 40) 625.

⁵⁴ Vgl. Marcian D. 19.5.25 i. f.: ... *quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet aut tantundem ex eodem genere*... (Im Zusammenhang mit dem Ersatz für nichtgeschuldete Arbeitsleistungen). «Wurde Nichtgeschuldetes geleistet, so ist entweder dasselbe zurückzufordern oder ebenso viel aus derselben Gattung». Bei Unmöglichkeit der Herausgabe ist der Bereicherte gemäß § 818 Abs. 2 BGB zum Wertersatz verpflichtet. Muss er danach stets Geld leisten? Nein: Solange er (bei Gattungsschulden) *tantundem ex eodem genere* in natura leisten kann, ist die Herausgabe für ihn nicht unmöglich.

⁵⁵ Ulpian D. 45.1.1.5 für zwei namentlich benannte Sklaven. Kaser, Knütel, Lohsse (o. Fn. 45) § 19.4 und § 50.13. A. Wacke, *D. 50.17.45 pr.: Eine klassische Regel über den Erwerb von eigenen Sachen*, *IVRA*. 70, 2022, 377 f.

keit⁵⁶. Gehören einzelne Gegenstände nicht zu dem Sachinbegriff oder gehen sie unter, so darf der Käufer den zu zahlenden Preis nicht mindern (vgl. § 2380 BGB).

7. Tiere sind keine vertretbaren Sachen (vgl. § 90a BGB). Massenhaft gefangene kleine Fische (Sardinen, Heringe), die tonnenweise gehandelt werden, sind vertretbar und verzehrbar. Werden Herdentiere mit der Abrede überstellt, dass bei Vertragsende Tiere von gleicher Anzahl zurückzugeben sind, auch wenn einige der überstellten nicht mehr leben sollten, so ist dies ein noch im Schweizerischen Obligationenrecht Artt. 302-304 geregelter Eisern-Vieh-Vertrag⁵⁷.

8. Einzigartig und unvertretbar ist ein sogenanntes (meist nur digital existierendes) Non-Fungible-Token («NFT»)⁵⁸.

IV. Zur Auswahl eines generaliter geschuldeten Sklaven

1. Bei den bisherigen Untersuchungen über Gattungsschulden im römischen Recht stand das Problem des Gefahrübergangs durch deren Konkretisierung im Vordergrund⁵⁹. Abhandlungen über deren Qualitätsanforderungen blieben die Ausnahme⁶⁰. Nach verbreiteter Ansicht konnte ein Gattungsschuldner, falls nichts anderes vereinbart war, mit dem schlechtesten Stück aus der Gattung erfüllen (u. Fn. 88). Die für diese Ansicht sprechenden Quellen sind jedoch nicht zahlreich⁶¹. Dem widersprechen insbesondere Aussagen über Gattungsvermächtnisse, über deren Inhalt Erbe und Legatar keine Vereinbarung getroffen

⁵⁶ An einer Sachgesamtheit kann man aber z. B. einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht bestellen: A. Daubermann, *Die Sachgesamtheit als Gegenstand des klassischen römischen Rechts*, Frankfurt 1993; rezensiert von Chr. Baldus, *SCDR*. Supl. 1992/1993, 1994, 55-69.

⁵⁷ N. Grass, Art. *Viehverstellung*, in *HRG*. V, 1993, 912 f. Italienisch ‚soccida‘.

⁵⁸ Ein kryptografisch eindeutiger, unteilbarer, unersetzbarer und überprüfbarer Gegenstand; siehe Wikipedia Non-Fungible-Token.

⁵⁹ Eine Gattungsschuld konkretisiert sich zur Stückschuld, sobald der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat (§ 243 Abs. 2 BGB), wenn er also eine Sache aus einem Vorrat ausgesondert und zur Abholung bereitgestellt oder sie (bei Schickschulden) an den Gläubiger abgesandt hat.

⁶⁰ Etwa P. Beretta, *Qualitas e bonitas nell'obbligazione di genere*, *SDHI*. 9, 1943, 202 ff. Dort insbesondere die Quellen zu *qualitas*. Beretta erklärte allerdings die Zusicherung «besten» afrikanischen Weizens in D. 45.1.74 und 45.1.75.2 für interpoliert (so sein Ergebnis S. 223). Dieser vereinzelt Ansicht ist nicht zuzustimmen. Weitere Literatur bei Kaser (o. Fn. 12) 495 f.; Guarino (o. Fn. 13) Fn. zu § 66.3.3 und im Folgenden. *Qualitas* bezieht sich auch auf das Vermögen, die Kreditwürdigkeit einer Person (*qualitas personae*).

⁶¹ Javolen D. 17.1.52 Satz 1 (unten VI); Paulus D. 33.6.4 Satz 2 (unten V 2).

haben. Vermachte ein Testator «einen Sklaven» aus seinem Gesinde ohne nähere Angabe, so fragt sich, welcher gewählt werden konnte. Die hierzu überlieferten drei Fragmente enthalten praktische Beispiele und bilden (wie sich zeigen wird) eine sich sinnvoll steigernde Sequenz.

Sklaven werden gehandelt (etwa wie Pferde), sie sind aber keine vertretbaren Sachen⁶². Sklaven gelten nicht als verkäufliche Waren (*merx*); Sklavenhändler heißen darum nicht *mercatores*, sondern *mangones* oder (technisch) *venaliciarüi*.⁶³ Auf den Sklavenmärkten wurden sie in der Regel einzeln versteigert. Obwohl nicht «fungibel», wurden doch den Quellen zufolge zuweilen pauschal zehn, ja sogar einhundert Sklaven geschuldet⁶⁴. Das sind dann Gattungsschulden. Wird jemand mit dem Vermächtnis «eines Sklaven» bedacht, dann soll ihm dieser in der Regel aus dem Erbschaftsvermögen zugewendet werden, damit der Begünstigte weiterhin mit einer Dienstperson versorgt ist. Das ist dann eine begrenzte Gattungsschuld.

Je nach ihrer Herkunft, ihrem Lebensalter, ihren Fähigkeiten unterlagen Sklaven unterschiedlicher Wertschätzung, und danach richteten sich ihre Verkaufspreise⁶⁵. Wurde «ein Sklave» *generaliter*, also ohne Namensnennung (*sine proprio nomine*) aus Vermächtnis oder Stipulation geschuldet⁶⁶, so fragt sich, welche Eigenschaften der vom Schuldner zu leistende Sklave haben musste oder nicht haben durfte, um erfüllungstauglich zu sein. Die drei folgenden, einander teilweise zu widersprechen scheinenden Digestenstellen sind bei wohlwollender Interpretation weitgehend miteinander zu vereinbaren.

⁶² Wenn Savigny einmal die römischen Juristen als «fungible Personen» bezeichnete, meinte er mit dieser provozierenden, aber nicht abwegigen Charakterisierung, dass sich ihre Methoden der Entscheidungsfindung unter einander nicht wesentlich unterscheiden.

⁶³ Mela-Afrikan D. 50.16.207; Jakab, *Praedicere* (o. Fn. 14) 16-21; Á. d'Ors, *Las Quaestiones de Africano*, Roma 1997, 95 f.

⁶⁴ D. 46.3.29 (medio): *decem homines*; D. 45.1.117: *centum homines, quos ego heresve meus eligerem*; Knütel, *Studi Sanfilippo* III 376 f.

⁶⁵ Ulpian D. 50.15.4.5; Jakab (Fn. 63) 7 ff. Oft beruhen solche Einschätzungen auf Vorurteilen; reiche Hinweise im Stichwortregister vom Handwörterbuch der antiken Sklaverei [HAS] III (2017) Sp. 3767 f. sub «Sklaven, Vorurteile» und «Sklaven, Wert». Ein *pretiosissimus homo* begegnet in Gaius 4.14, ein *homo magni pretii* in Inst. 4.6.19. Einen *homo vilissimus* erwähnen Gaius 4.53d und Paulus D. 9.4.17. Kriterien für die Wertschätzung werden im allgemeinen nicht genannt. Unterschiedliche Wertschätzungen von Sklaven erwähnt Ulpian D. 47.10.15.44 bezüglich des vom Prätor bei der Erteilung der Injurienklage auszuübenden Ermessens. Kranke und behinderte Sklaven waren verständlicherweise billiger. Eine *pluris petitio* begeht nach Gaius 4.53d auch, wer aus einer Gattungs- oder Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners vorgegriffen einen bestimmten Gegenstand einklagt, mag dieser auch der billigste sein, etwa der Stichus aus einer *generaliter* eingegangenen Verpflichtung. Preise für Sklaven bestimmter Güte setzt Justinian C. 6.43.3 pr. fest.

⁶⁶ Eine *obligatio incerta* nach Ulpian D. 45.1.75.1.

2. Der älteste Beleg geht zurück auf Gaius Cassius Longinus, den Mitbegründer der nach Sabinus benannten Rechtsschule. Er plädierte zwecks Vollzugs des *SC Silanianum* in einer Senatsrede vom Jahre 61 n. Chr. für die Tötung aller Sklaven des ermordeten Stadtpräfekten Lucius Pedanius Secundus; um 69 n. Chr. ist er gestorben. Ulpian zitiert Cassius im folgenden Text, dessen Quintessenz ich als Überschrift meiner Abhandlung voranstellte.

D. 30.37 pr. (Ulpianus libro 21. *ad Sabinum*):
Legato generaliter relicto, veluti hominis, Gaius Cassius scribit id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur. Quae sententia rescripto imperatoris nostri et divi Severi iuvatur, qui rescripserunt homine legato actorem non posse eligi.

Wurde ein Vermächtnis unter allgemeiner Bezeichnung hinterlassen, zum Beispiel «ein Sklave», so ist, wie Gaius Cassius schreibt, zu beachten, dass darunter weder der beste noch der schlechteste zu verstehen ist. Diese Ansicht wird gestützt durch ein Antwortschreiben unseres Kaisers (Antoninus Caracalla) zusammen mit dem vergöttlichten Septimius Severus, worin sie zum Bescheid gaben, beim Vermächtnis «eines Sklaven» könne nicht der Verwalter gewählt werden.

Ne optimus vel pessimus ist die einzige Formulierung dieser Art. *Accipiatur* heißt: «als Wille des Testators ist anzunehmen»⁶⁷. Die Alternative richtet sich je nachdem, welcher Person das Auswahlrecht zusteht: Der Legatar darf nicht den besten, der (normalerweise wahlberechtigte) Erbe nicht den schlechtesten auswählen⁶⁸. Letzteres wird bestätigt durch Julian-Afrikan D. 30.110: *heredem in hoc teneri, ut non pessimum det* (siehe sogleich 4). Aber auch der beste Sklave gebührt dem Bedachten nicht. Dies bekräftigten die Kaiser Septimius Severus und Caracalla (zwischen 198 und 211 n. Chr.) auf Anfrage im praktischen Falle des vom Bedachten gewünschten *servus actor*, den ihm der Erbe nicht gewähren wollte.

Der mehrdeutige Ausdruck *actor* ist auslegungsbedürftig. In Betracht kommt hier ein Vermögensverwalter oder ein Gutsverwalter. Ein Übersetzer der Quelle sollte sich nicht festlegen, denn Übersetzung und Auslegung sind zu unterscheiden⁶⁹. ‚Bester Sklave‘ (*optimus*) war der Vermögensverwalter; ihm war der Auf-

⁶⁷ Nicht etwa ist gemeint, der Bedachte dürfe weder den besten noch den schlechtesten entgegennehmen; so freilich B. Biondi, *Successione testamentaria*, Milano 1955², 436. Biondi erklärte den Satz für sinnwidrig. Den besten zu bekommen, könne dem Bedachten doch nur recht sein. Diese Deutung verstößt gegen das Gebot der wohlwollenden Interpretation.

⁶⁸ Ein etwa wahlberechtigter Legatar wird für sich gewiss nicht den schlechtesten wählen; deswegen ist der zweite Fall (*vel pessimus*) entgegen Guarino (o. Fn. 13) jedoch nicht «sbagliato». Nach Guarino Fn. zu § 66.3.3 sei der 2. Fall interpoliert; er streicht *vel pessimus*. Diese Variante bezieht sich jedoch auf den eventuell wahlberechtigten Erben.

⁶⁹ Zur Problematik des «interpretierenden Übersetzens» Knüttel, in M. Armgardt, F. Klinck, I. Reichard (eds.), *Liber amicorum Christoph Krampe*, Berlin 2013, 215-229. Dazu kritisch A.

seher eines Landguts in der Hierarchie des Gesindes untergeordnet. Das kaiserliche Reskript wird deshalb einem Vermögensverwalter (Buchhalter, Kassenwart) gegolten haben⁷⁰. «Lo schiavo messo a capo dell'amministrazione» nennt ihn zutreffend Guarino (o. Fn. 60)⁷¹. Als Führer des Hausbuches (des *codex accepti et depensi*) stand er in der Rangordnung des Dienstpersonals an der Spitze und genoss eine ausgesprochene Vertrauensstellung. Könnte er ausgewählt werden, würde das häusliche Rechnungswesen zusammenbrechen, bis eine Ersatzperson für ihn gefunden ist und diese sich eingearbeitet hat. Daran kann der Testator nicht gedacht haben. Gedacht war an einen solchen Sklaven, den der Erbe ohne Einbuße entbehren kann.

3. Mit einem Sklaven, dessen Besitz dem Empfänger wieder entzogen werden kann, kann der Gattungsschuldner nicht erfüllen. Einen schlecht beleumundeten Sklaven kann der Gläubiger andererseits nicht zurückweisen:

D. 46.3.72.5 (Marcellus libro 20. *digestorum*):

Qui hominem debebat, Stichum, cui libertas ex causa fideicommissi praestanda est, solvit: non videtur liberatus: nam vel minus hic servum dedit quam ille, qui servum dedit nondum noxa solutum. num ergo et si vispellionem aut alias turpem dederit hominem, idem sit? et sane ‚datum‘ negare non possumus, et differt haec species a prioribus: habet enim servum, qui ei auferri non possit.

Wer die Übereignung «eines Sklaven» schuldete, leistete den Stichus, der aufgrund eines Fideikommisses freizulassen war. Damit ist er nicht als befreit anzusehen. Er leistete nämlich sogar weniger als derjenige, der einen von der Deliktshaftung nicht befreiten Sklaven hingab. Gilt dann dasselbe auch, wenn er einen Totengräber oder einen anderen schlecht beleumundeten Sklaven leistete? Freilich können wir nicht leugnen, dass («ein Sklave») geleistet wurde, und dieser Fall unterscheidet sich von den erstgenannten; denn er bekam einen Sklaven, der ihm nicht weggenommen werden kann.

Wacke, *Vitae parallelae: An Rolf Knütels Seite von Hamburg ins Rheinland*, in *In Memoriam Rolf Knütel*, Bonn 2022, 26 ff., 28 f. Der Übersetzer eines kompletten Digestentitels kann für eine einzelne Passage nicht soviel Zeit aufwenden wie der Verfasser einer Exegese. Beim interpretierenden Übersetzen läuft man Gefahr sich zu irren, mit möglicherweise fatalen Konsequenzen für das allgemeine Verständnis einer Quelle nach der als authentisch angesehenen Übersetzung. Im Zweifel sollte sich ein Übersetzer daher besser nicht festlegen.

⁷⁰ Vom *servus actor* handeln über ein Duzend Rechtsquellen. *Actor* heißt er wohl deswegen, weil er auch Forderungen einzutreiben hat. Vgl. *coactor* in D. 40.7.40.8.

⁷¹ Als «Gutsverwalter» übersetzt ihn hingegen Knütel in der deutschen Übersetzung des *Corpus Iuris Civilis* von 2012. Der Verwalter eines Landguts hieß *vilicus*. Von ihm handeln 17 Quellen. Der *vilicus* hatte von früh bis spät die Arbeiten der Sklaven zu beaufsichtigen und durfte sich vom Landgut nicht entfernen. Aufschlussreich D. Flach, *Römische Agrargeschichte*, München 1990, 171 ff. Er gehörte zu dessen «Zubehör» (*instructum*), D. 33.7.18.4; D 33.7.12.5; C. 6.38.2 (293) und war deshalb gewöhnlich nicht Gegenstand eines separaten Rechtsgeschäfts.

Marcellus äußerte sich dem Zusammenhang nach bezüglich des aus einem Stipulationsversprechen geschuldeten (beliebigen) Sklaven (vgl. die vorausgehenden §§ 2-4). Die *actiones ex stipulatu* und *ex testamento* folgen jedoch gleichen Regeln. Wäre ein Sklave aus Vermächtnis geschuldet, hätte Marcellus ebenso entschieden. Verpflichtungen aus Stipulation und aus Damnationslegat sind auf *dare*, also auf Eigentumsverschaffung gerichtet. Dauerhaftes Eigentum am Sklaven kann aber nicht verschafft werden, wenn er freigelassen werden muss. Dem Empfänger verblieben bestenfalls die Patronatsrechte. Damit erlangte er dem Text zufolge weniger, als wenn der Sklave wegen einer begangenen Unrechtstat noch der Noxalhaftung unterliegt. Durch Wiedergutmachung (*noxiam sarcire*) kann er nämlich von dem Makel gelöst werden. Das Freilassungsfideikommiss zwingt hingegen unabwendbar. Mit einer Veräußerung erlischt die Freilassungsaufgabe ebensowenig wie die Noxalhaftung. Das Angebot eines damit behafteten Sklaven kann der Gläubiger demnach zurückweisen. Nahm er ihn in Unkenntnis dessen an, kann er (gegen Rückgabe) auf Nachlieferung oder auf Ersatz klagen. Denn mit einem solchen Erfüllungsversuch gilt der Schuldner nach Marcellus als nicht befreit (*non liberatus*). Erheben kann der Gläubiger die Klage auf Erfüllung sogleich; anders als ein Käufer muss er nicht bis zur tatsächlichen Eviktion warten⁷². Denn nach dem strengen römischen Eviktionsprinzip muss ein Verkäufer nur den ungestörten Besitz, das *habere licere* garantieren. Ein auf *dare* gerichteter Anspruch zielt hingegen (wie hier) auf die Verschaffung unbelasteten Eigentums.

Nicht zurückweisen kann der Gläubiger nach Marcellus jedoch einen *vispellio*, weil (und wenn) ihm das übertragene Eigentum nicht entzogen werden kann. *Vispellio* war ein Leichenträger⁷³, oder eher ein Totengräber oder Bestatter⁷⁴. Beim außerdem genannten *turpis homo* wäre etwa an einen Kloakenreiner zu denken. Wegen ihres (oft nachts, auch an armen Personen) verrichteten schmutzigen Geschäfts standen Bestatter am untersten Ende der gesellschaftlichen Stufenleiter und galten als verächtlich⁷⁵.

⁷² Bei der *obligatio dandi* löste der Rechtsmangel als solcher bereits die sofortige Klagemöglichkeit des Gläubigers aus: *magis puto non esse exspectandam condicionem* (scil. die von *statuliber* zu erfüllende Bedingung), so Afrikan D. 46.3.38.3; W. Ernst, *Rechtsmängelhaftung*, Tübingen 1995, 104 f., 113 f.; A. Dieckmann, *Der Nacherfüllungsanspruch*, Diss. Hannover 2007, 63.

⁷³ So U. Wesel, *Vispellio*, in ZSS. 80, 1963, 392-394.

⁷⁴ S. Querzoli, *Vispellio. Lo schiavo becchino nei Digesta di Ulpio Marcello*, in *Ostraka* 24, 2015, 99-105.

⁷⁵ Von kommunalen Ehrenämtern waren *vispelliones* nach der *Tabula Heracleensis* 19/20 ausgeschlossen. Der Testamentserbe eines *vispellio* konnte nach Marcian. D. 36.1.7 i. f. nicht zum Erbschaftsantritt gezwungen werden, wenn er künftig dessen Namen tragen sollte. Die unzumutbare Bedingung wurde vermutlich gestrichen.

Hiernach hielt Marcellus anscheinend jeden Sklaven für erfüllungstauglich, der nicht mit einem Rechtsmangel behaftet war. Harmonisierende Vergleichsbeachtung mit der zuvor behandelten Ansicht des Cassius D. 30.37 pr. (oben 2) führt jedoch zu dem Schluss, dass ein *vispellius* zwar ein minderwertiger, aber kein *pessimus servus* war⁷⁶. Anders als der von Marcellus erwähnte *noxae non solutus* ließ sich der *vispellio* kein Vergehen zuschulden kommen. Ihm ist es nicht anzulasten, wenn er grundlos zu derart erniedrigender Tätigkeit gezwungen wurde. Trotz seines geringeren Verkaufswertes kann er durchaus ein loyaler und pflichtbewusster Diener sein. Der Empfänger kann ihn auch als Gärtner oder Landarbeiter beschäftigen. Betrieb der Testator selber als *libitinarius* ein Bestattungsunternehmen⁷⁷, dann bezog sich sein Vermächtnis naheliegenderweise auf einen seiner anagestellten *vispelliones*⁷⁸; mit einem solchen musste der Legatar dann rechnen. Anders als ein Käufer gemäß D. 21.2.31 konnte sich ein Vermächtnisnehmer '*vispellium non esse*' nicht zusichern lassen. Ein geradezu verdorbener, korrupter Sklave war er nicht⁷⁹. Schlechtere Eigenschaften haben unfolgsame, aufsässige, rebellische, zur Flucht oder zur Trunksucht neigende Sklaven. Zu denjenigen Sklaven, die man lieber nicht haben möchte⁸⁰, weil sie ihren Herrn schädigen, gehört der *vispellio* nicht. Zu einem derartigen diebischen Sklaven äußerte sich jedoch Julian nach dem folgenden Text.

4. D. 30.110 (Africanus libro 8. *quaestionum*):

Si heres generaliter servum quem ipse voluerit dare iussus sciens furem dederit isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse ait. sed quoniam illud verum est heredem in hoc teneri, ut non pessimum det, ad hoc tenetur, ut et alium hominem praestet et hunc pro noxae dedito relinquat.

Soll der mit einem Vermächtnis beschwerte Erbe allgemein «einen Sklaven seiner Wahl» leisten, übereignet er jedoch wissentlich einen Dieb und bestiehlt dieser den Legatar, so kann wegen Arglist geklagt werden, sagt er (sc. Julian). Weil aber der Erbe richtigerweise nicht den schlechtesten leisten darf, muss er sowohl einen anderen Sklaven leisten als auch (dem Legatar) den Dieb als an Schadens Statt ausgeliefert belassen.

Ein diebischer Sklave ist nicht erfüllungstauglich, einen derartigen *pessimus servus* könnte der Gläubiger zurückweisen. Hier hat ihm der Erbe die schädliche Eigenschaft des Sklaven bewusst verheimlicht und dieser den Empfänger

⁷⁶ I. Opelt, *Die lateinischen Schimpfwörter*, Heidelberg 1965, führt *vispellio* nicht an.

⁷⁷ Ein solcher Fall begegnet in D. 14.3.5.8, wo sich ein Leichenwäscher (*pollinctor*) Sachen des Verstorbenen aneignet. Umfassend S. Castagnetti, *Le leges libitinae flegree*, Napoli 2012.

⁷⁸ Die Bezeichnung als *vispellio* setzt eine Tätigkeit von gewisser Dauer voraus. Wer einmalig ein Grab schaufelt, wird dadurch nicht zum *vispellio*.

⁷⁹ S. dazu die Fälle in D. 11.3 *De servo corrupto*.

⁸⁰ Wie Justinian C. 8.53.35.2 sagt, unten VII.

später bestohlen. Wegen dieses Diebstahls kann der Empfänger als jetziger Herr sich nicht selber (*noxaliter*) verklagen⁸¹. Doch kann er den Erben als früheren Herrn mit der *actio de dolo* belangen. Weil mit dem Dieb die Gattungsschuld nicht erfüllt werden kann, wird er gewissermaßen noch dem Vermögen des Erben zugerechnet. Die *noxae deditio* durch den Erben wird vereinfacht dadurch vollzogen, dass er dem Empfänger den bereits übergebenen Sklaven belässt⁸². Der Empfänger besitzt den diebischen Sklaven alsdann aufgrund eines neuen Titels; er kann ihn züchtigen oder veräußern⁸³. Sein Anspruch auf Leistung eines anderen Sklaven aus der Gattung besteht fort. Die Entscheidung ist *lege artis* goldrichtig hergeleitet⁸⁴.

5. Die Lehre des Frühklassikers Cassius Longinus, dass bei einem der Gattung nach geschuldeten Sklaven weder vom Gläubiger der beste noch vom Schuldner der schlechteste gewählt werden darf, haben zwei spätere klassische Fragmente bestätigt. Nicht gesagt wird in diesen Texten, nach welchem Vergleichsmaßstab der beste oder der schlechteste zu bestimmen ist. Ist *optimus* nur der idealiter denkbar beste? Oder der auf dem Sklavenmarkt erhältliche teuerste mit den besten Eigenschaften? Bei einem aus dem Nachlass zu leistenden Sklaven (also bei begrenzter Gattung) wären alle dazu gehörigen Sklaven auf ihre

⁸¹ Auch Entwendungen von gewaltunterworfenen *servi et filii* aus dem Hausvermögen sind materiellrechtlich *furtum*, D. 47.2.17 pr., die entwendeten Sachen folglich *res furtivae*. A. Wacke, *Actio rerum amotarum*, Köln 1963, 87 f.

⁸² Eine *brevi manu traditio*. Sie erspart die Rückgabe und nochmalige Hingabe. Ob mit dem ersten Erfüllungsversuch abstrakt das Eigentum überging, bleibe dahingestellt.

⁸³ Minderwertige oder straffällig gewordene Sklaven waren allerdings schwer zu verkaufen. Der *praeco* musste sie lange Zeit ausbieten; Jakab, *Praedicere* (o. Fn. 14) 43.

⁸⁴ Der zweite Satz ist wohl eine Hinzufügung Afrikans. D'Ors (o. Fn. 63) 408 erklärt den zweiten Satz im Anschluss an Lenel für unecht, weil die Verpflichtung zur Leistung einer «calidad media» justinianisch sei. Bei dieser *petitio principii* lässt d'Ors Cassius Longinus D. 30.37 pr. (oben 2) außer Acht. Lenel, *Afrikans Quästionen*, ZSS. 51, 1931, 1 ff., [= *Gesammelte Schriften* IV, 655 ff.], aus der Hochphase der Interpolationenkritik stammend, streicht p. 47 den zweiten Satz weg. Für Echtheit mit Recht (wenngleich nur sehr kurz) D. Liebs, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen 1972, 119, 120. Anhaltspunkte für mangelnde Prinzipientreue (Liebs) finde ich nicht. Um Noxalhaftung aus einer nichtdeliktischen Klage geht es hier nicht; dazu Kaser, RP I (o. Fn.12) 633 mit Fn. 28 (in Kasers Text korrigiere «der Beklagte» in: Kläger). Nur den ersten Satz behandelt McCormack, ‚*Dolus*‘ in *Decisions of the Mid-classical Jurists (Iulian-Marcellus)*, in *BIDR*. 96-97, 1993, f. 83. Von Biondi (o. Fn. 67) angedeutete Bedenken wegen der Subsidiarität der *actio doli* bestehen nicht. Mit der Nachlieferung eines mangelfreien Sklaven ist der durch den Diebstahl angerichtete Schaden nicht ersetzt. Der Legatar hat kumulativ beide Klagen. Gegen G. Grosso, *I legati nel diritto romano*, Torino 1962², 269 ff. außer Liebs auch Kaser, RP II² 557 Fn. 19 a. E. Weitere Lit. mit zutreffender Inhaltsangabe bei L. J. ter Beek, *Dolus: Een semantisch-juridische studie*, Nijmegen 1999, II 665 f.

Qualitäten hin zu durchmustern. Scheidet man von den in Betracht kommenden die obersten und die untersten mit jeweils etwa 10 bis 15 Prozent aus, dann wäre noch eine erhebliche Schwankungsbreite von mindestens 70 Prozent erfüllungstauglich, das bedeutet eine Abweichung von der mittleren Güte nach oben und unten von jeweils 35 Prozent. Die Praxis mag damit zurechtgekommen sein. Justinian hat die Anforderungen später präzisiert (unten VII).

V. Präzisierung der geschuldeten Qualität nach Verbrauchsgewohnheiten?

1. Die Zuwendung von nur der Gattung nach bestimmten Sachen von Todes wegen unterscheidet sich von einer Stipulation unter Lebenden in zweifacher Hinsicht. Erstens erhält der Begünstigte die Zuwendung ohne seine Mitwirkung; eine bestimmte Qualität kann er sich – anders als ein Stipulationsgläubiger – nicht ausbedingen. Zweitens erhält der Bedachte die Zuwendung in der Regel unentgeltlich (falls sie nicht mit einer Auflage verbunden ist); er muss also gegebenenfalls mit der schlechtesten Qualität vorlieb nehmen. Die vom belasteten Erben zu leistende Güte hängt folglich vom wirklichen oder vom mutmaßlichen Willen des Testators ab. Fraglich ist vor allem, welche Indizien für die Ermittlung seines mutmaßlichen Willens in Betracht zu ziehen sind.

2. Enthält also ein Testament keine Angabe über die Qualität von einer zu leistenden Menge verbrauchbarer Sachen, so fragt es sich, anhand welcher Kriterien die Güte bestimmt werden kann. Eignet sich die bisherige Verbrauchsgewohnheit des Hausherrn zur Konkretisierung eines von ihm angeordneten unbestimmten Gattungsvermächnisses? Die Frage wird von Paulus verneint, in widersprüchlicher Weise hingegen von Ulpian für das Geldvermächnis in zwei Fragmenten bejaht⁸⁵. Den Vorzug verdient (wie zu beweisen sein wird) insbesondere für im Rückblick auf die Vergangenheit angeordnete Unterhaltsvermächnisse die Bejahung.

D. 33.6.4 (Paulus libro 4. *ad Sabinum*):

Cum certum pondus olei non adiecta qualitate legatur, non solet quaeri, cuius generis oleo uti solitus fuerit testator aut cuius generis oleum istius regionis homines in usu habeant: et ideo liberum est heredi, cuius vellet generis oleum legatario solvere.

Wurde eine bestimmte Gewichtsmenge Öls ohne Angabe von dessen Güte vermacht, so pflegt man nicht zu prüfen, welche Ölsorte der Testator zu verwenden pflegte oder welche Ölsorte die Leute in seiner Gegend verwenden. Demnach steht es dem Erben frei, Öl jeder beliebigen Qualität dem Legatar zu leisten.

⁸⁵ D. 32.75 und D. 30.50.3. Zu beiden sogleich sub 3 mit Fn. 100.

Drei Sorten von Olivenöl waren zur Römerzeit im Handel: als Speiseöl für die Ernährung (als wichtiges Grundnahrungsmittel neben Getreide und Wein), als Körperöl für die Hygiene, sowie als Brennstoff für die Lampen⁸⁶. Von den von den Agrarschriftstellern genannten zehn Olivensorten erbrachte die Sorte *Licinia* das beste Öl, die Sorte *Sergia* war die ergiebigste⁸⁷. Das italische Hauptanbaugebiet lag um Venafrum; importiert wurde Olivenöl aber auch aus Istrien und vor allem aus der iberischen Provinz Baetica. Zur Beleuchtung verwendete man auch andere Öle, hergestellt aus Mandeln oder Nüssen. Welche Sorte aus diesem großen Angebot konnte der mit einem Vermächtnis Bedachte beanspruchen, wenn im Testament nur die Menge angegeben, die Qualität aber nicht spezifiziert war?

Die hier vorliegende unbestimmte Gattungsschuld kann der Schuldner nach allgemeiner Lehre mit der geringwertigsten tauglichen Ware erfüllen⁸⁸. Nur in diesen Minimalwert darf ihn folglich der *iudex* im Falle der Nichterfüllung verurteilen⁸⁹. Das ist eine Ausprägung des *favor debitoris*⁹⁰, und da Schuldner hier der Erbe ist, zugleich des *favor heredis*⁹¹. Die Leistung von Getreide bester afrikanischer Sorte (*tritici optimi Africani*)⁹² musste sich ein Stipulationsgläubiger zusichern lassen. Mehr als von ihm versprochen, musste ein Schuldner nicht leisten (*in dubio mitius* oder *contra stipulatorem*). Einem Stipulator war es folglich zuzuschreiben, wenn er sich nicht die beste Qualität zusichern ließ (*sibi imputetur, de se queri debet*).

⁸⁶ H. Schneider, Art. *Speiseöle*, in *DNP*. 12/2, 2003, 1118 ff. Besonders kostbar war das in D. 34.2.21.1 genannte *nardum purum*, ein aus der Wurzel der Narde (eines Baldriangewächses) gewonnenes ätherisches Öl. Nach dem Markus-Evangelium 14.3 zerbrach eine Frau ein mit diesem Balsam gefülltes Alabasterfläschchen und goss den Inhalt auf das Haupt des zu Bethanien im Hause Simons des Aussätzigen speisenden Jesus, was Anwesende als Verschwendung kritisierten.

⁸⁷ F. De Martino, *Wirtschaftsgeschichte des alten Rom*, München 1985, 264 [= *Storia economica di Roma antica*, Firenze 1979-80] Kap. XX bei Fn. 59-61.

⁸⁸ Statt Vieler: Th. Finkenauer im *Handbuch der Römischen Privatrechts* (hrsgg. Babusiaux, Baldus etc.) I, 2023, 585, § 21 Rn. 29 Fn. 206. Mit Guarino (o. Fn. 13) § 66.3.3 ist allerdings die schlechteste Qualität entsprechend Cassius-Ulpian D. 30.37 pr. und Afrikan D. 30.110 auszunehmen.

⁸⁹ Die *condemnatio* aus dem Edikt *si certum petetur* ging auf *quanti ea res est*: Lenel, *Edictum perpetuum*, 240. Für das Damnatonslegat verzichtete Lenel 367 f. auf eine Rekonstruktion der *actio ex testamento*.

⁹⁰ Andeutungen dazu bei Kaser, Knütel, Lohsse (o. Fn. 45) § 18 Randnr.14.

⁹¹ H. J. Wieling, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München 1972, 167. Eine Aufzählung diverser *favores* als Auslegungsrichtlinien bei Guarino (o. Fn. 13) § 21.4.

⁹² D. 45.1.74 und 45.1.75.2. Von *triticum* handeln insgesamt 29 Quellenbelege. Im Spanischen entlehnt als *trigo*. Das Italienische kennt nur *frumento* und *grano*, letztes von lat. *granum* (in den Rechtsquellen nur einmal in einer testamentarischen Verfügung von Grundstückszubehör in D. 33.7.6). Als mit dem Oberbegriff ‚Cerealien‘ verwandt begegnet in den Rechtsquellen viermal *Cerealis* nur als Eigenname.

Der von Paulus im Anschluss an Sabinus zu entscheidende Fall betraf allerdings ein Vermächtnis. Da einseitig ohne Mitwirkung des Anspruchsberechtigten angeordnet, passt darauf eine gegen den Legatar zu richtende Auslegungsmaxime nicht. Zu fragen ist vielmehr danach, was der Testator vermutlich gewollt hat. Zwei mögliche Auslegungskriterien weist Paulus in seinem Bescheid zurück:

Die Tatsache dass man im Hause des Testators üblicherweise Öl oder Weizen von hervorragender Qualität verzehrte (oder Wein von erlesener Provenienz trank)⁹³ verpflichtete den Erben nicht zu Leistungen von ebenso vorzüglicher Beschaffenheit. Die mangelnde Bestimmtheit wird durch das frühere Verhalten des Testators nach Ansicht des Juristen nicht ausgeräumt. Betrifft das Vermächtnis allerdings Öl aus dem eigenen Vorrat des Testators (Vorratsschuld), dann wird er an dessen Qualität gedacht haben. Hat etwa der Erbe als Sohn am elterlichen Tisch solch gutes Öl mitverzehrt⁹⁴, oder erhielt der Legatar schon zu Lebzeiten des Testators Öl von solcher Güte, dann wurde dadurch ein Vertrauen auf dessen Fortgewährung erweckt. In dem von Paulus referierten, vermutlich einst von Sabinus entschiedenen Regelfall sollte aber der vielleicht hausfremde Erbe das Öl erst auf dem Markt erwerben (Beschaffungsschuld.)

3. Das Vermächtnis von Münzgeld von unbestimmter Qualität soll nach Ulpian aber (merkwürdigerweise) doch vorrangig nach der *consuetudo* des Testators oder seiner Region ausgelegt werden:

D. 32.75 (Ulpianus libro 20. *ad Sabinum*):

Nummis indistincte legatis hoc receptum est, ut exiguiore legati videantur, si neque ex consuetudine patris familiae neque ex regionis, unde fuit, neque ex contextu testamenti possit apparere.

Wurden Münzen ohne nähere Angaben vermacht, so sind anerkanntermaßen solche von geringstem Wert als vermacht anzusehen, wenn dies weder aus der Gewohnheit des Hausvaters noch der Gegend seiner Herkunft noch aus dem Zusammenhang des Testaments geklärt werden kann.

Vermacht ist anscheinend nicht ein nomineller (ziffernmäßig bestimmter)

⁹³ Insbesondere Falerner Wein, der von Horaz besungenen berühmtesten Weinsorte aus dem nördlichen Kampanien. Genannt in D. 33.1.17.1. Bei nicht angegebener Qualität von vermachtem Wein will R. Astolfi, *Studi sull'oggetto dei legati* II, Padova 1969, 142 f. die für das Vermächtnis von Öl in D. 33.6.4 angegebene Auslegungsregel entsprechend anwenden. Die Agrarschriftsteller Columella und Vergil zählen annähernd zweihundert Weinsorten auf, viele von ihnen mit besonderen Namen bezeichnet, Beretta (o. Fn. 60) 206 ff. Vermachten Wein darf der Legatar auf seinen Geschmack hin prüfen, D. 33.6.2.1.

⁹⁴ Oder ein *socius* in einer neuzeitlich sogenannten *communio ad unum panem vel vinum*; S. Lepsius, *Art. Gesamthand*, in *HRG²* (o. Fn. 57, 2009), 265.

Geldbetrag, sondern eine Anzahl von Münzen (*nummi*) als körperlichen Gegenständen⁹⁵. Auszugehen ist von der Existenz unterschiedlicher Währungen im römischen Reich⁹⁶. Allein in den drei Jahren 193-196 soll Septimius Severus über 340 Münztypen ediert haben⁹⁷. Geldschulden hat der Schuldner mit der am Leistungsort (dem *locus solutionis*) allgemein akzeptierten Münzsorte zu bezahlen; eine schlechtere muss der Gläubiger nicht annehmen. Die Berücksichtigung der in D. 32.75 genannten *consuetudo regionis* trifft insoweit das Richtige⁹⁸. Der hier zu bestimmende Inhalt des Vermächtnisses ist indessen eine Freigebigkeit; der Testator schuldet dem Legatar nichts. Da nach dem Greshamschen Gesetz mit der Neuprägung schlechterer Münzen das gute alte Geld aus dem Zahlungsverkehr vertrieben und gehortet wird⁹⁹, wollte der Testator vielleicht von ihm gehortete alte Münzen von höherem Edelmetallgehalt als dem gegenwärtigen vermachen. Ein solches Vermächtnis kann der Erbe evidentermaßen nicht wirksam mit der schlechteren neueren Münzsorte erfüllen. Ein solcher Testatorwille kann auch *ex contextu testamenti* hervorgehen, heißt es am Schluss von D. 32.75, d. h. *earum quae praecedunt vel quae sequuntur summarum scripta* nach dem insoweit inhaltlich übereinstimmenden Paralleltext von Ulpian D. 30.50.3¹⁰⁰.

4. Münzen sind die fungibelsten aller Gattungssachen. Die speziellere gegenteilige Auslegung des auf Öl gerichteten Gattungsvermächtnisses in D. 33.6.4 leuchtet nicht ein¹⁰¹. Die vermutlich auf Sabinus zurückgehende Außerachtlassung der Verbrauchsgewohnheit des Testators oder seines Umfeldes aus dem Paulusfragment D. 33.6.4 wird nicht näher begründet und kann nicht unwidersprochen geblieben sein. Die Annahme ist lebensfremd, der Testator habe mit der Nichtangabe der *qualitas* dem Erben freigestellt, die schlechteste Sorte zu leisten. Da der Nachlass dem Erben unentgeltlich zufällt, ist es ihm zuzumuten, daraus eine bessere Qualität als die schlechteste abzugeben oder mit Erbschaftsmitteln auf dem Markt zu besorgen.

⁹⁵ Auch eine Geldsummenschuld wäre jedoch nach den genannten Kriterien auszulegen.

⁹⁶ M. Crawford, Art. *Geld, Geldwirtschaft, DNP*. (Fn. 86) 4, 2003, 877 ff.

⁹⁷ De Martino (Fn. 87) Kap. XXVI bei Fn. 46.

⁹⁸ Über lokale Gewohnheiten siehe (ausgehend von einem praktischen Fall) G. Klingenberg, *Ein Irrtum über eine lokale Gewohnheit*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart 1993, 167-175.

⁹⁹ Benannt nach dem Ratgeber der britischen Königin Elisabeth und Begründer der Londoner Börse Thomas Gresham (1519-1579).

¹⁰⁰ Aus Ulpian 24. Buch *ad Sabinum*. In § 3 werden noch andere Anhaltspunkte für die Auslegung erwähnt, Astolfi (Fn. 93) II (1969) 222 ff.

¹⁰¹ Nach Wieling, (Fn. 91) 167 lasse sich die Unterscheidung nicht begründen. Die Sonderstellung des Geldvermächtnisses beruhe vielleicht «auf der Tradition eines abweichenden *exemplum*». Eher umgekehrt nimmt das Ölvermächtnis wie von Sabinus entschieden eine Sonderstellung ein.

Beschafft er sich eigens zwecks Abfindung des Legatars eine schlechtere Qualität als er selber vom Testator erbt, kann man ihm *dolus* vorwerfen. Beim Gattungsvermächtnis sie selber ist die Qualität auch nach der Erwartung zu bestimmen, die der Legatar hegen darf. Der Willensforschung nach den von Ulpian wiederholt genannten Kriterien gebührt der Vorrang vor der Regel *in dubio mitius*. Kann der Zweifel ausgeräumt werden, ist für ihre Anwendung kein Platz¹⁰². Wenn das Vermächtnis einer Jahresrente *sine adiectione summae* nach Nerva primär danach bestimmt werden soll, *quod testator praestare solitus fuerat* (D. 33.1.14¹⁰³), dann ist nicht einzusehen, weshalb beim ähnlichen Vermächtnis von Öl *non adiecta qualitate* die Verbrauchsgewohnheit des Testators unberücksichtigt bleiben soll. Die geringste Güte wird nur dann geschuldet (*receptum est*), wenn kein anderer Wille des Testators zu ermitteln ist.

VI. Stipulation und Bürgenregress

Für die aus einem Stipulationsversprechen geschuldete Qualität haben wir außer Marcellus D. 46.3.72.5 (oben IV. 3) eine Äußerung von Javolen zu einem etwas atypischen Fall des Bürgenregresses:

D. 17.1.52 (Iavolenus libro 1. *epistularum*):

*Fideiussorem, si sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum sponndit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo. A reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se a stipulatore licuit. Itaque si paratus fuerit reus, quod dando ipse creditori liberari potuit fideiussori dare et fideiussor id quod dederit (id est melius triticum) condicet, exceptione eum doli mali summoveri existimo*¹⁰⁴.

Versprach ein Bürge für einen anderen die Lieferung von «Weizen» ohne Angabe von dessen Güte, so kann er meines Erachtens den Hauptschuldner durch die Lieferung von Weizen jeder beliebigen Sorte befreien. Vom Hauptschuldner kann er jedoch keine bessere Weizensorte erstattet verlangen als die schlechteste, mit der

¹⁰² *In dubio mitius* und ähnliche Regeln sind nur subsidiäre Entscheidungshilfen, falls das wirklich Gewollte nicht durch Auslegung zu ermitteln ist.

¹⁰³ D. 33.1.14 (*Ulpianus libro 2. fideicommissorum*): *Si cui annuum fuerit relictum sine adiectione summae, nihil videri huic adscriptum Mela ait: sed est verior Nervae sententia, quod testator praestare solitus fuerat, id videri relictum: si minus, ex dignitate personae statui oportebit*. Wurde jemandem eine jährliche Rente ohne Bestimmung des Betrages vermacht, so sei ihm nichts vermacht, sagt Mela. Richtiger ist aber die Ansicht des Nerva, als vermacht sei das anzusehen, was ihm der Testator zuzuwenden pflegte; andernfalls muss der Betrag nach der Standeswürde der Person bestimmt werden. Dazu Wacke, *Quae vivus/viva praestabam: Unterhaltsfortzahlungsvormächtnisse nach Maßgabe lebzeitiger Zuwendungen*, IVRA 69, 2021, 391 ff., 408 f.

¹⁰⁴ Interpunktion von mir geändert.

er sich vom Gläubiger hätte befreien können. Wenn daher der Schuldner bereit war, dem Bürgen zu geben womit der sich selber dem Gläubiger gegenüber befreien konnte, der Bürge aber das was er leistete (nämlich besseren Weizen) erstattet verlangt, ist er meines Erachtens mit der Einrede der Arglist abzuwehren.

1. Der von Javolen knapp skizzierte Sachverhalt lässt sich folgendermaßen veranschaulichen. Dem Betreiber einer großen Müllerbäckerei (etwa vom Zchnitt des berühmten Eurysaces)¹⁰⁵ verspricht ein Getreide-Importeur die laufende Lieferung von Weizen ohne Angabe einer bestimmten Qualität¹⁰⁶. Als Großabnehmer kommt auch die staatliche Getreide-Verwaltung (*annona*) in Betracht¹⁰⁷. Zur Sicherung gegen eventuelle Lieferungsaufälle dieses Händlers verbürgt sich für ihn ein zweiter Importeur¹⁰⁸. Nachdem nun der erste zum Fälligkeitszeitpunkt nicht leistet, springt der Bürge für ihn ein; er liefert allerdings eine bessere Sorte, als der Schuldner zu seiner Befreiung hätte leisten müssen¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Eine Abbildung bei E. Höbenreich, *Annona*: (Fn. 21) Tafel 15. Weiteres in: Der Neue Pauly, Art. *Bäckereien, Mehl, Mühle*, Band 2, 2003, 394-396. – Endverbraucher erwerben rohe, unverarbeitete Körner heutzutage nur als Naturkost-Anhänger (um sie im Haushalt zu schrotten) oder als Hühner- und Vogelfutter in überschaubaren Mengen. Bürgschaften werden für solche Geschäfte nicht übernommen.

¹⁰⁶ Ein Großlieferant verspricht auch nach D. 18.1.81.1 einem anderen Gutsbesitzer die jährliche Lieferung von 100.000 *modii* Getreide aus seinem Landgut. Ein späterer Käufer des Landguts haftet als Singularsukzessor nach Scaevola von Rechts wegen nicht für die persönliche Verpflichtung des Veräußerers. Denkbar wäre es jedoch, dass der Käufer die Lieferungspflicht mit befreiender Wirkung übernimmt und der Veräußerer für ihn als Bürge einzustehen verspricht.

¹⁰⁷ Die mit der öffentlichen Getreideversorgung betrauten Amtsträger arbeiteten mit privaten Importeuren und Schiffseignern Hand in Hand: Höbenreich 51 (eine Art *public-private partnership*, PPP). Als Saatgut verwendeten Landwirte hingegen zumeist Teilrücklagen aus eigener Vorjahresernte, D. 33.7.12 pr. (Teil 2): M. A. Ligios, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell'instrumentum fundi*, Napoli 1996, 86 ff. Ein scharf kalkulierender Gutsherr sollte nach Cato vor allem Verkäufer, nicht Einkäufer sein: D. Flach (o. Fn. 71) 127.

¹⁰⁸ Zugrunde liegt der Abmachung ein Lieferungskauf größeren Zuschnitts. Als reine *emptio venditio* kommen Gattungskäufe in den Quellen nicht vor; man bekräftigte sie regelmäßig mit Stipulationen. Der Lieferant konnte also einen Kaufpreis beanspruchen. Der Preis für die zweit- oder drittbeste Sorte war vermutlich niedriger als der für die optimale; der Käufer konnte damit als Müllerbäcker billigeres Brot (für ärmere Käuferschichten oder für das Militär als Kommissbrot) produzieren. Die Bürgschaft für die Lieferung rechtfertigte andererseits eine Anhebung des Preises. Der Bürge beanspruchte jedoch eventuell seinerseits eine Provision. Zugunsten von Einzelhändlern oder Verbrauchern als Abnehmer wäre die Eingehung einer Bürgschaft ungewöhnlich. So wie hier beispielhaft aufgrund der Interessenlage ökonomisch analysiert, lässt sich Javolens knapp geschilderter Sachverhalt veranschaulichen.

¹⁰⁹ Eine bevorzugte Kornsorte war die *siligo* = Weichweizen (unterschieden von *triticum* im engeren Sinne = Hartweizen); erwähnt in D. 3.5.29(30) und D. 47.2.52.11. Gemeinhin wird *siligo* als «Winterweizen» übersetzt, wurde aber auch als Sommerfrucht kultiviert. Winterweizen ist wegen der längeren Vegetationsperiode ertragreicher. Die Quellen bei den klassischen Agrar-

Die geleistete bessere Sorte verlangt der Bürge vom Hauptschuldner ersetzt; der Hauptschuldner bietet aber nur die noch vertragsgerechte schlechtere Sorte als Ersatz an. Javolen entscheidet im zweiten Satz zugunsten des Hauptschuldners. Die bessere Sorte leistete der Bürge demnach auf eigenes Risiko; diese Einbuße muss er selber tragen. Das Fragment gilt gemeinhin als Beleg dafür, dass ein Gattungsschuldner (und dementsprechend auch dessen Bürge) die schlechteste mangelfreie Ware aus der versprochenen Gattung leisten durfte. Diese Ansicht kann sich auf den ersten Satz (*quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo*) stützen. Bei einem Versprechen von mittlerer Qualität wäre aber ebenso zu entscheiden, falls ein Bürge eine bessere oder gar die beste Sorte leisten sollte.

2. Der Bürge verlangt also Erstattung dessen, was er tatsächlich geleistet hat (*id quod dederit*)¹¹⁰; der Hauptschuldner will jedoch nur erstatten, was als Minimum geschuldet war: Hierin besteht der Interessenkonflikt. Fraglich ist, mit welcher Klage der Bürge vorgeht¹¹¹. Die Frage sei der Vollständigkeit halber hier miterörtert, obschon sie etwas von unserem eigentlichen Thema wegführt. Die *actio* müsste naheliegenderweise eine strengrechtliche Klage sein mit einem bestimmten Antrag, die der Beklagte nur dadurch zu Fall bringen kann, dass er die geschuldete Mindestqualität an Weizen anbietet und die *exceptio doli* vorschützt. Die *actio mandati contraria* kommt dafür nicht in Betracht¹¹²:

schriftstellern sind mit Inhaltsangaben angeführt von I. Fargnoli, *Il passante truffaldino e il furto di frumento in una testimonianza di Labeone*, in C. Cascione, C. Masi Doria (a. c. di), *Fides humanitas ius. Studii in onore di L. Labruna III*, Napoli 2007, 1725 f., weiterführend mit reichen Schriftumsangaben D. Flach (o. Fn. 71) 250 ff.

¹¹⁰ Die vielfach als nachträgliches Einschleibsel betrachtete Hinzufügung *id est melius triticum* ist zur Präzisierung des zuvor geschilderten Sachverhalts wichtig.

¹¹¹ Vom Gläubiger konnte der Bürge die geleistete bessere Sorte nicht zurückverlangen. Denn jede Leistung innerhalb der Gattungsbreite hatte Tilgungswirkung, auch die Leistung einer besseren Qualität: Bätge (Fn. 40) 628. Zurückverlangen kann ein Schuldner nur eine vom Gläubiger nicht akzeptierte gattungsfremde *aliud*-Lieferung. Eine bessere als die geschuldete Sorte wird ein Gläubiger dankbar annehmen; eine Beeinträchtigung seiner Interessen ist kaum denkbar. Empfindet ein Empfänger gelieferten Wein als zu stark (Beispiel von Bätge, o. Fn. 40, 628), kann er ihn verdünnen. Die Römer tranken Wein regelmäßig mit Wasser versetzt. Ungemischter Wein (*merum*) war nicht das Alltagsgetränk.

¹¹² Dies gegen P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni I. Le garanzie personali*, Padova 1962, 165 f. Die Konträrklage aus Mandat war nach seiner insoweit zutreffenden Ansicht zwar der prinzipiell bevorzugte Rückgriffsweg für einen Bürgen (vor allem wenn ihm die für die *actio depensi* vorgeschriebene Wartefrist von sechs Monaten nicht zuzumuten war). Wegen der zur Abwehr der Klage nach Javolen erforderlichen *exceptio doli*, die den *bonae fidei iudicia* im allgemeinen inhärent war (was Frezza hier nicht beachtet) passt die Auftragsgegenklage aber nicht in diesem Fall. Eine *exceptio doli* gegenüber einer *actio mandati contraria* begegnet ausnahmsweise in dem verwickelten Fall von Paulus D. 46.1.71 pr., vermutlich gestützt auf einen *dolo petit*-Einwand. Dazu Th. Finkenauer,

Als *bonae fidei iudicium* richtet sie sich auf das unbestimmte, erst vom *iudex* zu beziffernde Ziel des *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Ein ziffernmäßig bestimmter Antrag war für dieses *petitum* nicht erforderlich. Ein Zessionsregress, falls sich der Bürge bei der Befriedigung des Gläubigers dessen Forderung gegen den Schuldner abtreten ließ, ist ebenfalls auszuschneiden, denn die abgetretene Hauptforderung enthielt (wie vorausgesetzt) keine Qualitätsangabe.

Etlichen Interpreten zufolge habe Javolen von der einem Sponsionsbürgen zustehenden *actio depensi* gehandelt; dafür spreche das Wort *spopondit* im ersten Satz¹¹³. Die *actio depensi* erwähnt Gaius zweimal in seinen Institutiones (3.127 und 4.22); in den von Justinian überlieferten Quellen verblieben allerdings von ihr kaum Spuren. Es fragt sich jedoch, ob die von Ulrich Manthe als ‘Bürgenzahlungsklage’ verdeutschte *actio*¹¹⁴ auf Bürgschaften für Naturalleistungen (wie hier von Korn) überhaupt anwendbar war¹¹⁵. Außerdem musste der Bürge dem Gläubiger (jedenfalls ursprünglich) *per aes et libram* gezahlt haben; dazu hätten sich fünf männliche Formzeugen mitsamt einem *libripens* in (oder vor) den Kornspeicher (*horrea*) begeben müssen¹¹⁶. Und der Rückgriff gegen den Hauptschuldner hätte dem Bürgen erst nach einem halben Jahr zugestanden. Für den auf fortlaufende Kornlieferungen angewiesenen Geschäftsverkehr waren das kaum zumutbare Bedingungen. Vor allem ist ungewiss, ob das Klageziel der *actio depensi* auf Erstattung des *id quod dederit* gerichtet war.

Wegen der im Schlusssatz erwähnten, auf *id quod dederit* gerichteten *condictio* ist vielmehr in Ergänzung des Sachverhalts zwanglos zu vermuten, dass der Haupt-

Zur Inhärenz von Einreden im bonae fidei iudicium, in IVRA 68, 2020, 77-136, 114-116. Das Dogma von der Inhärenz wurde nach Finkenauers überzeugenden Ergebnissen ich immer strikt befolgt. Als Vorsichtsmaßnahme konnte eine *exceptio* auch im *b. f. iudicium* eingeschaltet werden.

¹¹³ Lenel, *Palingenesia* I, 286 Fn. 3, Ders., *EP*³ 215 Fn. 1; Frezza (wie Fn. 112); B. Eckardt, *Iavoleni epistulae*, Berlin 1978, 62 f.; L. J. ter Beek, *Dolus* (o. Fn. 84 a. E.) II 844 mit weiteren Nachweisen.

¹¹⁴ U. Manthe, *Gaius Institutiones, herausgegeben, übersetzt und kommentiert*, Darmstadt 2004, 273.

¹¹⁵ O. Lenel, *Edictum perpetuum*, Leipzig 1927³, 296 f. vermutete mit schwachen Argumenten eine spezielle *in factum* konzipierte Rückgriffsklage für Sponsions- und andere Bürgen. Sie soll an die Stelle der *actio depensi* getreten sein. Nach dem Rekonstruktionsvorschlag von Kaser ging die *condemnatio* dieser prätorischen Sonderformel auf *quanta pecunia Aulo Agerio abest, tantam pecuniam iudex...condemnato*: so Kaser, *Unmittelbare Vollstreckbarkeit und Bürgenregreß*, in ZSS. 100, 1983, 124 ff.; T. Giménez-Candela, *Mandatum und Bürgenregreß*, in D. Nörr, S. Nishimura (Hrsgg.), *Mandatum und Verwandtes*, Berlin 1993, 170 f.; nicht fehlerfrei wiedergegeben von L. Bernad Segarra, *Relaciones entre fianza y mandato en derecho romano* (ohne Ort und Jahr, nach 1997) 340 ff. (weithin Frezza folgend) 345. Diese hypothetische Sonderklage war danach zuständig für die Verbürgung von Geldschulden.

¹¹⁶ Über die Lagerung von Getreide und die Anlage von Kornspeichern anschaulich Flach (o. Fn. 71) 256 f.

schuldner eine hierauf gerichtete Rückgriffsstipulation zugunsten des Bürgen eingegangen war. Daraus haftete er im Regressfalle mit einer *condictio certae rei*¹¹⁷. Um sie zu Fall zu bringen, musste er als Beklagter eine *exceptio doli* vorschützen.

3. Fraglich ist, weshalb dem Bürgen ein *dolus* vorzuwerfen ist¹¹⁸. Dass er absichtlich eine bessere Qualität lieferte, etwa um den Hauptschuldner als einen Konkurrenten zu schädigen, ist nicht anzunehmen. Vielleicht wollte er aber den Gläubiger als seinen Geschäftsfreund begünstigen, in der Erwartung, bei anderer Gelegenheit von ihm Vorteile zu erlangen (nach der Devise *manus manum lavat*). Vielleicht hat er zwar nicht mutwillig, aber aus Unachtsamkeit oder Sorglosigkeit¹¹⁹, oder um seinen Speicher zu räumen eine bessere Qualität geliefert als erforderlich. Vorausgesetzt ist demnach, dass der Bürge anders handeln konnte; denn Müssen setzt Können voraus, *ought implies can*¹²⁰. Wenn wegen eines Lieferengpasses im Getreidehandel momentan keine geringere Qualität angeboten wurde, hätte auch der Hauptschuldner keine solche leisten können; dann kann man dem Bürgen nichts vorwerfen. Das Vorliegen eines *dolus* ist mithin situationsbedingt zu beurteilen. Als Beauftragter muss ein Bürge im Interesse des Hauptschuldners mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen handeln. Die Grenzen seines Mandats darf ein Beauftragter nicht überschreiten, *diligenter fines mandati custodiendi sunt* (Paulus D. 17.1.5 pr.). Wer bei der Führung eines fremden Geschäfts mehr als erforderlich aufwendet, kann nur das Erforderliche, nicht seine Mehraufwendungen ersetzt verlangen (gleichfalls Paulus D. 3.5.24[25])¹²¹. Javolens Votum will verhindern, dass der Hauptschuldner durch die Leistung des Bürgen in eine schlechtere Lage gerät als er selber, wenn er rechtzeitig geleistet hätte. Kann der verklagte Hauptschuldner aber auch gegenwärtig keine mindere Qualität anbieten, wird er in den Geldwert der vom Bürgen geleisteten besseren verurteilt.

¹¹⁷ Ter Beek (Fn. 113) sieht im Verb *condicet* hingegen eine untechnische Alternativbezeichnung für eine erhobene *actio depensi*. – Ob dem Bürgen auch ohne *stipulatio* eine Rückgriffskondition gegen den durch seine Leistung befreiten und dadurch bereicherten Hauptschuldner zugestanden hätte, ist für das klassische Recht zweifelhaft. Im geltenden deutschen Recht wird neben der Leistungskondition eine Rückgriffskondition als Bereicherung «in sonstiger Weise» bejaht (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB). Befreit war der Hauptschuldner hier aber ebenfalls nur von seiner Minimalschuld; den Wert der geleisteten besseren Qualität konnte der Bürge damit nicht ersetzt verlangen.

¹¹⁸ Wegen Bereicherungsabsicht wäre ein *dolus* zu bejahen, wenn der Bürge mehr erstattet haben will, als er selber leistete. Soviel begehrt er hier aber nicht.

¹¹⁹ Er achtete nicht auf seine Befugnis, eine mindere Qualität liefern zu dürfen.

¹²⁰ R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Cape Town 1990, 194 Fn. 61, 687 Fn. 71.

¹²¹ Gemäß § 670 BGB sind auch Aufwendungen zu ersetzen, die der Beauftragte den Umständen nach für erforderlich halten durfte. *Ex ante* für erforderlich gehaltene Aufwendungen sind auch dann zu ersetzen, wenn sie sich *ex post* als unnötig herausstellen. Unscharf Art. 1720 des italienischen Codice civile.

VII. Präzisierung durch Justinian

Für die Spätantike verbleiben drei inhaltlich übereinstimmende Verordnungen Justinians aus den Jahren 530 und 531 zu unserer Fragestellung, von denen zwei zusammengehören. Die beiden zusammengehörigen betreffen Schenkungsversprechen, die dritte handelt von der *optio legati*, einem Vermächtnis mit Auswahlbefugnis.

C. 8.53.35.1 (Iustinianus):

Si vero redditum certum ex possessionibus donaverit, non tamen nomina possessionum edixerit, necesse habere de sua substantia fundos tradere tantum redditum inferre valentes, quantum in donatione posuerit, in talibus tamen agris, qui nec omnibus quos habet in possessione anteponuntur nec deteriores omnibus sunt, sed status mediocris inveniuntur.

Wenn er jedoch gewisse Einkünfte aus Besitzungen verschenkte, ohne die Namen der Besitzungen anzugeben, so soll er aus seinem Vermögen Grundstücke leisten, die an Ertrag soviel hergeben wie er bei der Schenkung angab; allerdings solche Äcker, die weder besser sind als alle anderen von ihm besessenen noch schlechtere als alle anderen, sondern die als von mittlerer Güte befunden werden.

C. 8.53.35.2 (Iustinianus):

Similique modo, si quis certum numerum servorum donaverit, non tamen et is nominatim servos inscripserit, et hic mediocris figurae servos tradere et neque tales, quos non habere magis quam habere prodest, nec iterum eos, qui omnem servorum familiam donatoris antecellunt: sed et hic mediocritas spectetur.

Auf gleiche Weise soll jemand, der eine bestimmte Zahl von Sklaven schenkte, aber nicht deren Namen angab, Sklaven von mittlerer Figur¹²² übertragen, nicht etwa solche, von denen es nützlicher ist, sie nicht zu haben als sie zu haben, aber auch nicht solche, die aus dem gesamten Sklavengesinde der Schenkers herausragen, sondern auch hier ist die Mittelmäßigkeit zu beachten.

C. 6.43.3.1b (Iustinianus):

Censemus itaque, si intra annale tempus ille qui eligere iussus est hoc facere supersederit vel minime potuerit vel quandocumque decesserit, ipsi legatario videri esse datam electionem, ita tamen, ut non optimum ex servis vel aliis rebus quicquam eligat, sed mediae aestimationis, ne, dum legatarium satis esse fovendum existimamus, heredis commoda defraudentur.

Wir verordnen daher, wenn der Wahlberechtigte die Wahl nicht vornimmt oder sie nicht ausüben kann oder wenn er irgendwann stirbt, dass die Wahlbefugnis dann als dem Vermächtnisnehmer selber verliehen anzusehen ist; so jedoch, dass er nicht den besten von den Sklaven oder von anderen (vermachten) Gegenständen auswählen darf, sondern nur einen von mittlerem Schätzwert, damit nicht, indem wir den Legatar genügend begünstigt zu haben glauben, der Erbe um seine Vorteile gebracht wird.

¹²² *Figura* hier im Sinne von Gestalt, Ausbildung, Arbeitsleistung.

Das Schenkungsversprechen (von dem *const.* 35.1 handelt) war nach Justinian ein formloser Konsensualkontrakt¹²³. Die erste, auf den 18. März 530 datierte Konstitution erging 11 Monate vor der Einsetzung der Digestenkommission (am 15. Dezember 530: *const. Deo auctore*), die zweite (vom 1. September 531) 9 Monate danach. Dass die hier betrachteten Klassikertexte von der Kommission verändert wurden, lässt sich entgegen den Behauptungen mancher Textkritiker (vgl. o. Fn. 84) nicht nachweisen¹²⁴.

In der Auswahl des mittelwertigen Sklaven oder sonstigen geschenkten oder vermachten Gegenstandes aus dem Vermögen des Schenkers oder Testators, der *res mediae aestimationis*, stimmen die drei Quellen überein. Die nähere Bestimmung müsste im Streitfalle ein Richter treffen. In der dritten Quelle wird das Auswahlrecht praktischerweise letztlich dem Bedachten zugestanden. In den klassischen Quellen war das Kriterium der mittleren Qualität wohl dem Sinne nach gemeint, aber im Wortlaut noch nicht anzutreffen. Ansonsten bedürfen Justinians inhaltlich klare Anordnungen keines weiteren Kommentars.

VIII. *Moderne Rechtsordnungen*

1. Ohne große inhaltliche Abweichungen werden die Qualitätsanforderungen in den modernen Zivilgesetzbüchern unterschiedlich formuliert. Die Formulierungen lassen sich in drei Gruppen einteilen: *a)* Nach französischem Code civil Art. 1246 und spanischem Código civil Art. 1167 muss ein Gattungsschuldner weder die beste noch darf er die schlechteste Qualität leisten. So begrenzt beschrieb die Leistungspflicht schon Cassius nach Ulpian D. 30.37 pr. (oben IV 2). *b)* Nach preußischem ALR I 5 § 275 und deutschem BGB § 243 (vormals § 279) wird eine Sache mittlerer Art und Güte geschuldet; so seit 2007 auch Österreichs ABGB § 905b. Diese Auffassung entspreche der heutigen Verkehrsanschauung, heißt es zur Begründung in den Motiven zum BGB¹²⁵. Von der Paarformel «Art und Güte» ist das neben ‚Gattung‘ pleonastische Wort ‚Art‘ eigentlich überflüssig; es sei denn eine der Gattung untergeordnete Subspecies wird geschuldet.

¹²³ In Abkehr von den strengen Formvorschriften für die Schenkung von Konstantin: Kaser, *RP* II² 394 ff., 396 f.

¹²⁴ Nicht einmal wurde die von Sabinus-Paulus D. 33.6.4 (oben V 2) zur Qualitätsbestimmung abgelehnte Berücksichtigung der individuellen oder regionalen Verbrauchsgewohnheit an die Mehrzahl der gegenteiligen Zeugnisse angepasst. Das der herrschenden Auslegungspraxis widersprechende Fragment hätten die Kompilatoren weglassen können.

¹²⁵ In der Paragraphenfolge übersichtlich zusammengestellt von O. Haidlen, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Motiven*, Stuttgart 1897, I S. 303 unter Angabe weiterer Vorläufervorschriften auch aus partikularen Gesetzesentwürfen.

Inhaltlich ist die erstgenannte Formulierung dem Anschein nach etwas breiter. c) Nach dem Sächsischen BGB (von 1865) § 696, Schweizer OR Art. 71 Abs. 2 und italienischem Codice civile Art. 1178 dürfen die zu leistenden Stücke nicht unter mittlerer Beschaffenheit sein. Diese negative Formulierung ist als am präzisesten vorzugswürdig, wie oft bei rechtlichen Vorschriften¹²⁶.

2. Für Gattungsvermächnisse lauten die Bestimmungen in Frankreichs Code civil Art. 1022 und Spaniens Código civil Art. 875 ebenso wie für gewöhnliche Gattungsschulden. Nach Österreichs ABGB Art. 659 ist die Auswahl «mit Rücksicht auf den Stand und das Bedürfnis des Legatars» zu treffen. Nach deutschem BGB § 2155 ist eine «den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache» zu leisten. Die Berücksichtigung seiner Verhältnisse geht nach Ansicht der BGB-Verfasser weiter als die seiner Bedürfnisse¹²⁷. Wurde die Auswahl dem Legatar überlassen, so kann er gemäß § 656 von Österreichs ABGB und Art. 664 comma 2 von Italiens Codice civile aus dem Nachlass sogar die beste Sache wählen (ebenso ALR I 12 § 393). Das erscheint bedenklich und widerspricht sowohl der erörterten Ansicht des Cassius Longinus D. 30.37 pr. als auch Justinians C. 8.53.35.1 und C. 6.43.3.1b. Berechtigte Interessen des belasteten Erben darf die Wahl jedenfalls nicht beeinträchtigen.

IX. Die wichtigsten Ergebnisse

Was vertretbare (fungible) Sachen sind, richtet sich nach der Verkehrsan-schauung, was Gattungsschulden, bestimmt die Parteivereinbarung, bei Dam-nationsvermächnissen die Anordnung des Testators. Auch nichtvertretbare Sa-chen können Gegenstand einer Gattungsschuld sein. Die römischen Rechtsquel-len enthalten für vertretbare Sachen keinen Oberbegriff, sie sprechen von *res quae pondere numero mensura consistunt*. Verbrauchbare Sachen (*res quae usu*

¹²⁶ Deutlich am Beispiel der Goldenen Regel: Die seit dem alten Orient verbreitete negative Fas-sung «Was du nicht willst, das man dir tu, das füg' auch keinem anderen zu» ist als Schädigungsver-bot Inhalt des *neminem laedere*. Die positive Fassung «Alles was ihr wollt, das euch die Menschen tun, das tut ihnen auch» (Matthäus 7.12) ist hingegen ein diffuses Gebot der Nächstenliebe.

¹²⁷ Der von einem Autohändler mit einem PKW Bedachte mit zahlreichen Familienangehöri-gen hat an einem geräumigeren Fahrzeug größeren Bedarf als an einem Kleinwagen. Ein Sammler kostbarer Porzellanteller hat für die Zuwendung eines ihm fehlenden Tellers nicht geradezu ein Bedürfnis, doch entspricht sie seinen Verhältnissen. Ein passionierter Reiter soll aus einem Reit-stall sinnvollerweise dasjenige Pferd bekommen, auf dem er schon zu Lebzeiten des Testators geritten ist. Dass der auszuwählende Gegenstand für den Bedachten brauchbar sein muss (so ALR I 12 § 392), versteht sich.

consumuntur) bilden eine Unterkategorie der vertretbaren; genannt werden die Nahrungsmittel *vinum oleum frumentum*. Kleider (*vestimenta*) sind entgegen einer Stelle in Justinians Institutionen (I. 2.4.2) keine verbrauchbaren Sachen. In deren Abnutzung besteht nicht ihr bestimmungsmäßiger Gebrauch, sie ist nur eine unerwünschte Begleiterscheinung ihres Gebrauchs. Als Darlehensgegenstände nennen geltende Gesetze (außer Geld) «vertretbare Sachen», in der Praxis sind dies aber nur verbrauchbare Sachen. Getränkeflaschen und Transportpaletten, im Schrifttum als vertretbare aber unverbrauchbare Sachen angeführt, sind keine tauglichen Gegenstände eines Darlehens.

Den Gegensatz zur Gattungsschuld bildet die Stückschuld. Im Gemeinen Recht unterschied man Genussschuld und Speziesschuld. Den mehrdeutigen Ausdruck *species* sollte man jedoch vermeiden. *Species* ist zugleich eine Untergattung. In den Quellen meint *species* auch den einzelnen Rechtsfall.

Eine Gattungsschuld konnte ein römischer Schuldner nach herrschender Ansicht mit der schlechtesten mangelfreien Sache erfüllen. Dieser Ansicht kann man zustimmen, wenn sich ein Gläubiger nicht (wie bei der Stipulation) die beste Qualität zusichern ließ. Der mit einem Vermächtnis Bedachte konnte jedoch den Testator in der Regel nicht zu einer entsprechenden Genauigkeit des Leistungsinhalts drängen. War ein Sklave *generaliter* (ohne Angabe von Namen, Eigenschaften oder Fähigkeiten) vermacht, dann ist als Wille des Testators anzunehmen (*accipiatur*), dass weder der wahlberechtigte Legatar den besten noch der wahlberechtigte Erbe den schlechtesten leisten darf. Als *optimus servus* wird genannt ein *actor*, d. h. ein Vermögenverwalter; als Freigelassener konnte er zum *procurator* aufsteigen. Der Verwalter eines Landgutes (*vilicus*) war ihm untergeordnet. *Pessimus* (oder *vilissimus*) *servus* war insbesondere ein diebischer Sklave oder ein anderer (etwa rebellischer oder korrupter), den man lieber nicht haben als dass man ihn haben wollte. Kein *pessimus* (wenngleich minderwertig) war ein *vispellio* (Leichenbestatter) oder ein zu anderen ekligen Tätigkeiten gezwungener Sklave (*turpis homo*). Der mit einem Freilassungsfideikommiss belastete Sklave war nicht erfüllungstauglich, der mit einer Noxalhaftung beschwerte war minderwertig. Justinian bestätigte diese aus drei Digestenstellen hervorgehenden Ergebnisse in Erlassen aus den Jahren 530/531, wonach die *mediocritas* zu befolgen und eine Sache *mediae aestimationis* zu leisten ist. Ob beim Vermächtnis von verbrauchbaren Sachen die geschuldete Qualität nach der Verbrauchsgewohnheit des Testators oder seiner Region zu bestimmen ist, war den Quellen zufolge kontrovers. Vorzuziehen ist die bejahende Ansicht.

Nach neuzeitlichen Zivilrechtskodifikationen ist – inhaltlich übereinstimmend – eine Sache von mittlerer Beschaffenheit zu leisten. Statt dieser positiven Formulierung ist die negative präziser, wonach die geschuldeten Stücke

nicht unter der mittleren Qualität sein dürfen. Die Erfüllung von Gattungsvermächtnissen soll sich zuweilen nach den Bedürfnissen oder Verhältnissen des Bedachten richten. Der geschuldete Gegenstand kann danach von überdurchschnittlicher Qualität sein. Den wertvollsten Gegenstand darf der Legatar jedoch (entgegen gelegentlicher Gesetzesvorschriften) jedenfalls dann nicht wählen, wenn dadurch berechnigte Interessen des belasteten Erben beeinträchtigt würden.

Andreas Wacke
Universität zu Köln
andreas.wacke@uni-koeln.de

